

BAB IV

**ANCAMAN PIDANA PENJARA MINIMUM KHUSUS TERHADAP
KEJAHATAN KESUSILAN BERAT DAN SANGAT BERAT DALAM
KUHP MENDATANG**

Berdasarkan uraian yang telah disampaikan pada bab-bab sebelumnya bahwa untuk kejahatan kesusilaan berat dan sangat berat perlu diatur ancaman pidana penjara minimum khusus, maka pada bab ini dibandingkan ketentuan tentang ancaman pidana penjara minimum khusus antara KUHP Indonesia dengan beberapa undang-undang tindak pidana khusus, KUHP beberapa negara asing dan dengan Rancangan KUHP Indonesia kemudian dianalisis.

4.1. Hasil Penelitian

**4.1.1. Ancaman Pidana Penjara Minimum Khusus terhadap
Kejahatan Kesusilaan Berat dan Sangat Berat di Negara
Indonesia, Argentina, Austria, Jepang dan Thailand**

a. Negara Indonesia

Dalam KUHP Indonesia kejahatan kesusilaan diatur dalam buku II bab XIV tentang Kejahatan terhadap Kesusilaan. Pasal yang dipilih dalam penelitian ini adalah Pasal 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 297.

Berikut bunyi pasal-pasalnya :

1. Persetubuhan (Pasal 285, 286, 287, 288).

Menurut penjelasan Pasal 284 pengertian persetubuhan ialah : peraduan antara anggota kelamin pria dan wanita dimana biasanya dilakukan guna mendapatkan anak. Jadi anggota laki-laki harus masuk ke dalam anggota perempuan sehingga mengeluarkan air mani.¹

Pasal 285 : Siapapun yang dengan kekerasan ataupun ancaman kekerasan memaksa seorang perempuan bersetubuh dengannya tanpa pernikahan, diancam karena melakukan perkosaan, dengan **pidana penjara paling lama 12 tahun**.

Pasal 286 : Barangsiapa bersetubuh dengan seorang perempuan tanpa pernikahan, sedangkan diketahuinya bahwa perempuan tersebut dalam keadaan pingsan ataupun tak berdaya, diancam dengan **pidana penjara paling lama 9 tahun**.

Pasal 287 : (1) Siapapun yang bersetubuh dengan seorang perempuan tanpa pernikahan sedangkan diketahuinya ataupun sepatutnya harus disangka, bahwa usianya belum 15 tahun, ataupun jika umurnya tak ternyata, bahwa belum dapat dinikahi, diancam dengan **pidana penjara paling lama 9 tahun**

(2) Penuntutan cuma dilaksanakan berdasarkan pengaduan, kecuali bila usianya perempuan belum sampai 12 tahun ataupun bila terdapat salah satu hal dalam Pasal 291 dan Pasal 294.

Pasal 288 : (1) Barangsiapa bersetubuh dengan seorang wanita di dalam pernikahan, dimana diketahui ataupun sepantasnya harus disangka bahwa belum mampu dikawin, diancam, apabila perbuatan mengakibatkan luka-luka, dengan **pidana penjara paling lama 4 tahun**

¹ R. Soesilo, *OpCit*, hal. 209

- (2) Bila perbuatan mengakibatkan luka-luka berat, dikenakan **pidana penjara paling lama 8 tahun**
- (3) Jika mengakibatkan mati dijatuhkan **pidana penjara paling lama 12 tahun**

Sebagai perbandingan, dalam Undang-undang nomor 35 tahun 2014 mengenai Perubahan atas Undang-undang nomor 23 tahun 2002 mengenai Perlindungan Anak yaitu dalam pasal mengenai kejahatan kesusilaan terhadap anak diatur ancaman pidana penjara minimum khusus.

Pasal 76 D : Tiap orang dilarang melaksanakan kekerasan atau ancaman kekerasan memaksa anak melaksanakan persetubuhan dengan dia ataupun dengan orang lain.

Pasal 81 (1) : Tiap orang yang melanggar peraturan seperti dimaksud pada Pasal 76 D dihukum dengan **pidana penjara paling singkat 5 (lima) tahun dan paling lama 15 (lima belas) tahun** dan denda paling banyak Rp 5.000.000.000,- (lima miliar rupiah).

Demikian pula dalam Rancangan KUH Pidana edisi tahun 2015 terdapat ketentuan tentang kejahatan persetubuhan yaitu pada Pasal 491 :

- (1) Dihukum karena melaksanakan tindak pidana **perkosaan**, dengan **pidana penjara paling singkat 3 (tiga) tahun dan paling lama 12 tahun**:
 - a. pria yang melaksanakan persetubuhan dengan, wanita tanpa pernikahan berlawanan dengan keinginan wanita itu;
 - b. pria yang melaksanakan persetubuhan dengan wanita tanpa pernikahan, tanpa ijin wanita itu;
 - c. pria yang melaksanakan persetubuhan dengan wanita dengan ijin wanita itu, namun ijin itu diperoleh melalui ancaman untuk dibunuh ataupun dilukai;

- d. pria yang melaksanakan persetubuhan dengan wanita dengan ijin wanita itu sebab wanita itu yakin bahwa pria itu adalah suaminya yang sah;
 - e. pria yang melaksanakan persetubuhan dengan wanita yang belum berumur 18 (delapan belas) tahun, dengan persetujuannya; atau
 - f. pria yang melaksanakan persetubuhan dengan wanita, sedangkan diketahui bahwa wanita itu dalam keadaan pingsan ataupun tak berdaya.
- (2) Dianggap juga melakukan tindak pidana perkosaan, jika dalam keadaan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) :
- a.laki-laki memasukkan alat kelaminnya ke dalam anus atau mulut perempuan; atau
 - b.laki-laki memasukkan suatu benda yang bukan merupakan bagian tubuhnya ke dalam vagina atau anus perempuan.
- (3) Jika salah satu tindak pidana seperti dimaksud pada Pasal 491 **mengakibatkan luka berat atau mengakibatkan matinya orang** maka pembuat tindak pidana dihukum dengan **pidana penjara paling singkat 3 (tiga) tahun dan paling lama 15 (lima belas) tahun.**

Di sini tampak bahwa ketentuan tentang persetubuhan dalam undang-undang tindak pidana khusus yaitu Undang-undang nomor 35 tahun 2014 mengenai Perubahan atas Undang-undang nomor 23 tahun 2002 mengenai Perlindungan Anak dan dalam Rancangan KUH Pidana edisi tahun 2015 ancaman pidana penjaranya diatur minimum khusus.

2. Pencabulan (Pasal 289, 290, 291, 292, 293, 294, 295).

Menurut penjelasan Pasal 289 pengertian perbuatan cabul adalah : semua perbuatan dimana bertentangan dengan kesusilaan (kesopanan) ataupun perbuatan yang kejam, seluruhnya itu pada ruang lingkup

nafsu birahi kelamin, contohnya : cium-ciuman, meraba-raba anggota kelamin, meraba-raba buah dada dan lainnya.²

Pasal 289 : Siapapun yang menggunakan kekerasan ataupun ancaman kekerasan memaksa seseorang agar melaksanakan ataupun membiarkan dilaksanakan perbuatan cabul, diancam karena melaksanakan perbuatan dimana menyerang kehormatan kesucilaan, dengan **pidana penjara paling lama 9 tahun.**

Pasal 290 : diancam dengan **pidana penjara paling lama 7 tahun:**

- ke-1. Siapapun yang melaksanakan perbuatan cabul dengan seseorang sedangkan diketahuinya bahwa orang tersebut pingsan ataupun tak berdaya;
- ke-2. Siapapun yang melaksanakan perbuatan cabul dengan seseorang sedangkan diketahui atau sepantasnya harus disangka bahwa usianya belum 15 tahun ataupun jika usianya tak ternyata bahwa belum mampu dikawin;
- ke-3. Barangsiapa membujuk seseorang dimana diketahui ataupun sepantasnya harus disangka bahwa umurnya belum 15 tahun ataupun jika usianya tak ternyata bahwa belum mampu dinikahi, guna melaksanakan ataupun membiarkan dilaksanakan perbuatan cabul ataupun bersetubuh tanpa pernikahan dengan orang lain.

Pasal 291 : (1) Bila salah satu kejahatan dimana dijelaskan pada Pasal 286, 287, 289 dan 290 mengakibatkan luka-luka berat dijatuhkan **pidana penjara paling lama 12 tahun**
(2) Jika salah satu kejahatan dimana dijelaskan pada Pasal 285, 286, 287 dan 290 mengakibatkan mati dijatuhkan **pidana penjara paling lama 15 tahun.**

Pasal 292 : Orang yang cukup umur jika melaksanakan perbuatan cabul dengan orang lain sama kelamin dimana diketahui atau sepantasnya harus disangka bahwa

² R. Soesilo, *Ibid.*, hal. 212

belum cukup umur, diancam dengan **pidana penjara paling lama 5 tahun**.

- Pasal 293 : (1) Siapapun yang dengan memberi ataupun menjanjikan uang ataupun benda menyalahgunakan pengaruh yang timbul dari hubungan keadaan ataupun dengan penyesatan sengaja menggerakkan seseorang belum cukup usia serta bagus perilakunya guna melaksanakan ataupun membiarkan dilaksanakan perbuatan cabul dengan dia padahal tentang belum cukup umurnya itu diketahui atau selayaknya harus diduga, diancam dengan **pidana penjara paling lama 5 tahun**
- (2) Penuntutan Cuma dilakukan jika ada pengaduan dari orang dimana terhadap dirinya dilaksanakan kejahatan itu
- (3) Tenggang tersebut dalam Pasal 74, untuk pengaduan ini ialah masing-masing 9 bulan dan 12 bulan

- Pasal 294 : (1) Barangsiapa melaksanakan perbuatan cabul dengan anaknya, anak tirinya, anak angkatnya, anak di bawah pengawasannya yang belum cukup umur atau dengan orang yang belum cukup umur dimana pemeliharannya, pendidikan ataupun penjagaannya diserahkan padanya atau dengan bujangnya ataupun bawahannya yang belum cukup usianya, diancam dengan **pidana penjara paling lama 7 tahun**
- (2) Diancam dengan **pidana yang sama** :
- ke-1. Pejabat dimana melaksanakan perbuatan cabul dengan seseorang yang karena jabatan merupakan bawahannya ataupun dengan seseorang dimana penjagaannya dipercayakan ataupun diserahkan padanya;
- ke-2. Seorang pengurus, dokter, guru, pegawai, pengawas ataupun pesuruh di penjara, tempat pekerjaan negara, tempat pendidikan, rumah piatu, rumah sakit, rumah sakit ingatan ataupun lembaga sosial yang melaksanakan perbuatan cabul dengan seseorang yang dimasukkan ke dalamnya.

Pasal 295 : (1) Diancam :

- ke-1. Dengan **pidana penjara paling lama 5 tahun**, Siapapun yang dengan sengaja menghubungkan ataupun memudahkan dilaksanakannya perbuatan cabul oleh anaknya, anak tirinya, anak angkatnya ataupun anak di bawah pengawasannya yang belum cukup usianya dimana pemeliharaannya, pendidikan ataupun penjagaannya diserahkan kepadanya atau oleh bujangnya ataupun bawahannya yang belum cukup usianya dengan orang lain;
 - ke-2. Dengan **pidana penjara paling lama 4 tahun**, siapapun yang dengan sengaja menghubungkan atau memudahkan perbuatan cabul kecuali tersebut ke-1 di atas yang dilakukan oleh orang yang diketahui belum cukup umurnya atau yang sepatutnya harus diduga begitu, dengan orang lain.
- (2) Bila yang bersalah melaksanakan kejahatan tersebut merupakan nafkah ataupun kebiasaan maka hukuman bisa ditambah sepertiga.

Sebagai perbandingan, dalam Undang-undang nomor 35 tahun 2014 mengenai Perubahan atas Undang-undang nomor 23 tahun 2002 mengenai Perlindungan Anak yaitu dalam Pasal 82 ada diatur ancaman pidana penjara minimum khusus.

Pasal 76 E : Tiap orang dilarang melaksanakan kekerasan ataupun ancaman kekerasan, memaksa, melakukan tipu muslihat, melaksanakan serangkaian kebohongan, ataupun membujuk anak guna melaksanakan ataupun membiarkan dilaksanakan perbuatan cabul.

Pasal 82 : Tiap orang yang melanggar peraturan seperti dimaksud pada Pasal 76 E dihukum dengan **pidana penjara paling singkat 5 (lima) tahun dan paling lama 15 (lima belas) tahun** dan denda paling banyak Rp 5.000.000.000,- (lima miliar rupiah).

Demikian pula dalam Rancangan KUH Pidana edisi tahun 2015 terdapat ketentuan tentang kejahatan pencabulan yaitu pada Pasal 492, 493 dan 494 :

Pasal 492 : Setiap orang yang menggunakan kekerasan ataupun ancaman kekerasan memaksa seseorang melaksanakan ataupun membiarkan dilaksanakan pada dirinya perbuatan cabul, dipidana karena melaksanakan perbuatan yang menyerang kehormatan kesusilaan, dihukum dengan pidana penjara paling lama 9 (sembilan) tahun

Pasal 493 : Dihukum dengan pidana penjara paling lama 9 (sembilan) tahun setiap orang yang :

- a. melakukan perbuatan cabul dengan seseorang yang diketahui orang tersebut pingsan atau tidak berdaya;
- b. melakukan perbuatan cabul dengan seseorang yang diketahui atau patut diduga belum berumur 18 (delapan belas) tahun

Pasal 494 : (1) Jika salah satu tindak pidana seperti dimaksud pada **Pasal 492 dan Pasal 493** huruf a dan b *mengakibatkan luka berat*, maka pembuat tindak pidana dihukum dengan **pidana penjara paling singkat 3 (tiga) tahun dan paling lama 12 (dua belas) tahun**

(2) Jika salah satu tindak pidana seperti dimaksud pada **Pasal 492 dan Pasal 493** huruf a dan b *mengakibatkan matinya orang*, maka pembuat tindak pidana dihukum dengan **pidana penjara paling singkat 3 (tiga) tahun dan paling lama 15 (lima belas) tahun**

Di sini tampak bahwa ketentuan tentang cabul dalam undang-undang tindak pidana khusus yaitu Undang-undang nomor 35 tahun 2014 mengenai Perubahan atas Undang-undang nomor 23 tahun 2002 mengenai Perlindungan Anak dan dalam Rancangan KUH Pidana edisi tahun 2015 ancaman pidana penjaranya diatur minimum khusus.

3. Memperniagakan laki-laki dan perempuan yang belum dewasa (Pasal 297)

Pasal 297 : Perdagangan perempuan dan perdagangan anak laki-laki yang belum cukup usianya diancam dengan **pidana penjara paling lama 6 tahun**.

Sebagai perbandingan, dalam Undang-undang nomor 21 tahun 2007 mengenai Pemberantasan Tindak Pidana Perdagangan Orang Pasal 2 (1) nya mengatur sebagai berikut :

Setiap orang yang melakukan perekrutan, pengangkutan, penampungan, pengiriman, pemindahan ataupun penerimaan seseorang dengan ancaman kekerasan, penggunaan kekerasan, penculikan, penyekapan, pemalsuan, penipuan, penyalahgunaan kekuasaan ataupun posisi rentan, penjeratan utang ataupun memberi bayaran ataupun manfaat walau mendapat ijin dari orang yang memegang kendali atas orang lain untuk maksud mengeksploitasi orang itu dalam wilayah negara Republik Indonesia, dihukum dengan **pidana penjara paling singkat 3 (tiga) tahun dan paling lama 15 (lima belas) tahun** dan pidana denda paling sedikit Rp 120.000.000,- (seratus dua puluh juta rupiah) dan paling banyak Rp 600.000.000,- (enam ratus juta rupiah).

Selain itu, dalam Undang-undang nomor 35 tahun 2014 mengenai Perubahan atas Undang-undang nomor 23 tahun 2002 mengenai Perlindungan Anak ada juga pengaturan tentang tindak pidana perdagangan orang khususnya anak.

Pasal 76 F : Tiap orang dilarang menempatkan, membiarkan, melaksanakan, menyuruh melaksanakan, ataupun ikut serta melaksanakan penculikan, penjualan, dan/atau perdagangan anak.

Pasal 83 : Tiap orang yang melanggar peraturan seperti dimaksud pada Pasal 76 F dihukum dengan **pidana penjara paling singkat 3 (tiga) tahun dan paling lama 15 (lima belas) tahun** dan denda paling sedikit Rp

60.000.000,- (enam puluh juta rupiah) dan paling banyak Rp 300.000.000,- (tiga ratus juta rupiah).

Dalam Rancangan KUH Pidana edisi tahun 2015 juga terdapat ketentuan tentang Perdagangan Orang yaitu pada Pasal 555, 556, 557, 558, 561, 562, 563, 565, 566, 567, 568, 569 dan 570.

Pasal 555 (1) : Tiap orang yang melaksanakan perekrutan, pengangkutan, penampungan, pengiriman, pemindahan, ataupun penerimaan orang menggunakan ancaman kekerasan, penggunaan kekerasan, penculikan, penyekapan, pemalsuan, penipuan, penyalahgunaan kekuasaan ataupun posisi rentan, penjeratan utang ataupun memberi bayaran ataupun manfaat walau mendapat ijin dari orang yang memegang kendali atas orang lain untuk maksud mengeksploitasi orang itu dalam wilayah Negara Republik Indonesia, dihukum karena melakukan tindak pidana perdagangan orang dengan **pidana penjara paling singkat 3 (tiga) tahun dan paling lama 15 (lima belas) tahun** dan pidana denda paling sedikit Kategori III dan paling banyak Kategori IV.

(2) Bila perbuatan seperti dimaksud dalam ayat (1) mengakibatkan orang tereksplorasi maka pelaku **dihukum dengan pidana yang sama seperti dimaksud dalam ayat (1).**

Pasal 556 : Dipidana karena melakukan tindak pidana perdagangan orang dengan **pidana penjara paling singkat 3 (tiga) tahun dan paling lama 15 (lima belas) tahun** dan pidana denda paling sedikit kategori IV dan paling banyak kategori VI tiap orang yang memasukkan orang ke Indonesia dengan maksud :

- a. diperdagangkan di wilayah Negara Republik Indonesia; atau
- b. dibawa lagi keluar wilayah Indonesia untuk diperdagangkan ke wilayah Negara lain.

Pasal 557 : Setiap orang yang melaksanakan tindak pidana perdagangan orang Indonesia ke luar wilayah Negara Republik Indonesia ataupun memperdagangkan orang Indonesia di luar wilayah Negara Republik Indonesia **dihukum dengan pidana yang sama seperti Pasal 556.**

Pasal 558 : (1) Bila tindak pidana seperti dimaksud pada Pasal 555 sampai dengan Pasal 557 mengakibatkan korban luka berat, tertular penyakit yang membahayakan jiwanya atau kehilangan fungsi reproduksinya dihukum dengan **pidana penjara paling singkat 3 (tiga) tahun dan paling lama 15 (lima belas) tahun** dan pidana denda paling sedikit Kategori IV dan paling banyak Kategori VI.

(2) Bila tindak pidana seperti dimaksud pada Pasal 555 sampai dengan Pasal 557 mengakibatkan matinya korban dihukum dengan **pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara paling singkat 5 (lima) tahun dan paling lama 15 (lima belas) tahun.**

Pasal 561 : Setiap orang yang menggunakan, memanfaatkan dan menikmati hasil tindak pidana perdagangan orang dengan cara melaksanakan persetujuan ataupun perbuatan cabul lain dengan orang yang diperdagangkan dihukum dengan **pidana yang sama seperti dimaksud pada Pasal 555.**

Pasal 562 : Setiap orang yang membuat palsu ataupun memalsukan dokumen Negara ataupun dokumen lain ataupun membuat palsu atau memalsukan identitas dalam dokumen Negara atau dokumen lain guna mempermudah terjadinya tindak pidana perdagangan orang dihukum dengan **pidana penjara paling singkat 2 (dua) tahun dan paling lama 9 (sembilan) tahun** dan pidana denda paling sedikit Kategori III dan paling banyak Kategori V.

Pasal 563 : Tiap penyelenggara Negara dimana menyalahgunakan kekuasaan memaksa orang guna melaksanakan, tak melaksanakan ataupun membiarkan sesuatu dimana mengakibatkan terjadinya tindak pidana perdagangan

orang dihukum dengan **pidana yang sama seperti dimaksud pada Pasal 555.**

Pasal 565 : (1) Setiap orang yang bekerja atau bertugas sebagai nakhoda di kapal atau yang menggunakan kapal itu dengan sepengetahuan nakhoda atau pemilik kapal untuk digunakan dalam transaksi yang bertujuan menjadikan orang sebagai komoditas perdagangan dihukum dengan pidana penjara paling singkat 2 (dua) tahun dan paling lama 9 (sembilan) tahun

(2) Bila tindak pidana seperti dimaksud dalam ayat (1) mengakibatkan matinya orang dalam transaksi yang bertujuan menjadikan orang sebagai komoditas perdagangan dihukum dengan pidana penjara paling singkat 3 (tiga) tahun dan paling lama 15 (lima belas) tahun.

Pasal 566 : Setiap orang yang bekerja menjadi awak kapal pada suatu kapal padahal diketahui bahwa kapal tersebut digunakan untuk tujuan atau keperluan perdagangan orang atau jika awak kapal dengan sukarela tetap bertugas sesudah diketahui bahwa kapal tersebut digunakan untuk tujuan atau keperluan perdagangan orang dihukum dengan pidana penjara paling singkat 2 (dua) tahun dan paling lama 9 (sembilan) tahun atau pidana denda paling sedikit Kategori III dan paling banyak Kategori V.

Pasal 567 : Setiap orang yang menggunakan dana sendiri ataupun biaya orang lain dengan langsung ataupun tak langsung bekerja sama untuk menyewakan, mengangkut atau mengasuransikan kapal padahal diketahui bahwa kapal tersebut digunakan untuk tujuan perdagangan orang dihukum dengan pidana penjara paling singkat 2 (dua) tahun dan paling lama 9 (sembilan).

Pasal 568 : Setiap orang di luar wilayah Negara Republik Indonesia yang memberikan bantuan, kemudahan, sarana atau keterangan untuk terjadinya tindak pidana perdagangan orang **dihukum dengan pidana yang sama sebagai pembuat sebagaimana dimaksud dalam Pasal 555.**

Pasal 569 : Setiap orang yang merencanakan, menyuruh melakukan, percobaan atau pebuatan untuk melakukan tindak pidana perdagangan orang **dihukum dengan pidana yang sama sebagai pembuat sebagaimana dimaksud dalam Pasal 555.**

Pasal 570 : Dihukum dengan **pidana penjara paling singkat 1 (satu) tahun dan paling lama 5 (lima) tahun** setiap orang yang menyediakan atau mengumpulkan dana yang digunakan atau patut diketahuinya digunakan sebagian atau seluruhnya untuk melakukan tindak pidana perdagangan orang seperti dimaksud pada Pasal 555 dan Pasal 557.

Disini tampak bahwa ketentuan tentang Mempelniagakan laki-laki dan perempuan yang belum dewasa dalam undang-undang tindak pidana khusus yaitu Undang-undang nomor 21 tahun 2007 mengenai Pemberantasan Tindak Pidana Perdagangan Orang dan Undang-undang nomor 35 tahun 2014 mengenai Perubahan atas Undang-undang nomor 23 tahun 2002 mengenai Perlindungan Anak serta dalam Rancangan KUH Pidana edisi tahun 2015 ancaman pidana penjaranya diatur minimum khusus.

Ancaman pidana penjara dalam pasal-pasal kejahatan kesusilaan berat dan sangat berat pada KUHP dalam bentuk tabel tampak sebagai berikut :

Tabel 14. Ancaman Pidana Penjara dalam Pasal-pasal Kejahatan Kesusilaan Berat dan Sangat Berat pada KUHP

Pasal	Jenis kejahatan kesusilaan	Penjara maksimum	Penjara minimum khusus
285	persetubuhan	Paling lama 12 tahun	-
286	persetubuhan	Paling lama 9 tahun	-
287	persetubuhan	Paling lama 9 tahun	-
288	Persetubuhan	Paling lama 4 tahun Paling lama 8 tahun Paling lama 12 tahun	-
289	Pencabulan	Paling lama 9 tahun	-
290	Pencabulan	Paling lama 7 tahun	-
291	Pencabulan	Paling lama 12 tahun Paling lama 15 tahun	-
292	Pencabulan	Paling lama 5 tahun	-
293	Pencabulan	Paling lama 5 tahun	-
294 (1) (2)	Pencabulan	Paling lama 7 tahun Paling lama 7 tahun	-
295	Pencabulan	Paling lama 5 tahun Paling lama 4 tahun	-
297	Memporniagakan laki-laki dan perempuan yang belum dewasa	Paling lama 6 tahun	-

Sumber : bahan hukum primer diolah

Tabel 14 menunjukkan bahwa dalam KUHP Indonesia untuk kejahatan kesusilaan berat dan sangat berat ancaman pidana penjaranya hanya diatur batas maksimum sedangkan ancaman pidana penjara minimum khususnya tidak diatur.

Ancaman pidana penjara dalam pasal-pasal kejahatan kesusilaan berat dan sangat berat pada undang-undang tindak pidana khusus dan pada Rancangan KUHP edisi 2015 dalam bentuk tabel tampak sebagai berikut:

Tabel 15. Ancaman pidana penjara dalam pasal-pasal kejahatan kesusilaan berat dan sangat berat pada undang-undang tindak pidana khusus dan Rancangan KUHP

Jenis kejahatan kesusilaan	Peraturan	Pasal	Penjara maksimum	Penjara minimum khusus
Persetubuhan	Undang-undang nomor 35 tahun 2014 mengenai Perubahan atas Undang-undang nomor 23 tahun 2002 mengenai Perlindungan Anak	81 (1)	15 tahun	5 tahun
	Rancangan KUHP 2015	491 (1) 491 (3)	12 tahun 15 tahun	3 tahun 3 tahun
Pencabulan	Undang-undang nomor 35 tahun 2014 mengenai Perubahan atas Undang-undang nomor 23 tahun 2002 mengenai Perlindungan Anak	82	15 tahun	5 tahun
	Rancangan KUHP 2015	494 (1) 494 (2)	12 tahun 15 tahun	3 tahun 3 tahun
Memperniagakan laki-laki dan perempuan yang belum dewasa	Undang-undang nomor 35 tahun 2014 mengenai Perubahan atas Undang-undang nomor 23 tahun 2002 mengenai Perlindungan Anak	83	15 tahun	3 tahun
	Undang-undang nomor 21 tahun 2007 mengenai Pemberantasan Tindak Pidana Perdagangan Orang	2 (1)	15 tahun	3 tahun

Sumber : bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder diolah

Berdasarkan uraian pasal-pasal di atas tampak bahwa kejahatan-kejahatan kesusilaan berat dan sangat berat yang diteliti yaitu persetubuhan, pencabulan dan memperniagakan laki-laki dan perempuan yang belum dewasa dalam KUHP ancaman pidana penjaranya belum diatur minimum khususnya sedangkan dalam undang-undang tindak pidana khusus dan Rancangan KUHP 2015 sudah diatur minimum khusus (terjadi kekosongan norma).

b. Negara Argentina

Dalam KUHP Argentina kejahatan kesusilaan diatur dalam Titel III dengan judul Kejahatan terhadap Kesusilaan Umum. Pasal yang dipilih dalam penelitian ini adalah Pasal 119, 120, 122, 123 dan 124 (kejahatan persetubuhan).

Pasal 119 : Siapapun yang melakukan hubungan seksual dengan seorang dari kedua jenis kelamin akan dipidana dengan **pidana penjara atau tutupan dari enam sampai tujuh belas tahun** dalam keadaan-keadaan berikut :

1. Jika korban berumur di bawah dua puluh tahun
2. Jika korban hilang akal atau tidak sadar atau karena penyakit apa saja sehingga ia tidak bisa melawan
3. Apabila dipergunakan kekuatan atau intimidasi.³

Pasal 120 : Apabila korban seorang perempuan suci yang berumur di atas dua belas tahun dan di bawah lima belas tahun dan tidak ada keadaan-keadaan yang disebut di dalam ayat (2) dan (3) Pasal 119, pidananya berupa **penjara atau tutupan tiga sampai enam tahun.**⁴

³ Andi Hamzah, *KUHP Argentina, sebagai Perbandingan*, (Jakarta: Ghalia Indonesia, 1987), hal. 85

⁴*Ibid.*, hal. 86

Pasal 122 : Pidana penjara atau tutupan akan berupa **delapan sampai dua puluh tahun** jika dalam hal-hal tersebut pada Pasal 119 **mengakibatkan kerusakan yang serius kepada kesehatan korban** atau kejahatan itu dilakukan oleh orang tua ke atas, turunan, keluarga semenda garis yang sama, saudara laki-laki, pendeta atau seorang yang dipercayakan pendidikan atau memelihara korban atau oleh seorang yang dengan bantuan dari dua orang atau lebih.⁵

Pasal 123 : Jika dalam hal tersebut pada Pasal 120 ada keadaan-keadaan yang tersebut dalam Pasal 122, pidananya akan berupa penjara atau tutupan dari **enam sampai sepuluh tahun**.⁶

Pasal 124: Jika dalam hal-hal seperti tersebut pada Pasal 119 atau Pasal 120 **terjadi kematian korban**, pidananya akan berupa penjara atau tutupan dari **lima belas sampai dua puluh tahun**.⁷

Berdasarkan pasal-pasal di atas tampak bahwa dalam KUHP Argentina untuk kejahatan persetubuhan diatur ancaman pidana penjara minimum khusus. Dalam bentuk tabel tampak sebagai berikut

Tabel 16. Ancaman pidana penjara minimum khusus dalam kejahatan kesusilaan berat dan sangat berat di KUHP Argentina

Jenis kejahatan	Pasal	Penjara maksimum	Penjara minimum khusus
Persetubuhan	119	17 tahun	6 tahun
	120	6 tahun	3 tahun
	122	20 tahun	8 tahun
	123	10 tahun	6 tahun
	124	20 tahun	15 tahun

Sumber: bahan hukum primer diolah

⁵*Ibid.*, hal. 86

⁶*Ibid.*, hal. 86

⁷*Ibid.*, hal. 86

Tabel 16 menunjukkan bahwa dalam KUHP Argentina untuk kejahatan persetubuhan, ancaman pidana penjara maksimumnya di atas 7 tahun (tindak pidana sangat berat) diatur ancaman pidana penjara minimum khusus.

c. Negara Austria

Dalam KUHP Austria kejahatan kesusilaan diatur dalam Bab XIV dengan judul Perkosaan, Perbuatan Cabul dan Kasus-kasus Lain yang Berkaitan dengan Kecabulan yang Berat. Pasal yang dipilih dalam penelitian ini adalah Pasal 125, 126, 127 dan 128 (kejahatan persetubuhan dan pencabulan).

Pasal 125 : Seseorang yang dengan ancaman-ancaman yang berbahaya, benar-benar melakukan kekerasan atau dengan tipu daya membujuk terjadinya pembiusan, membuat seorang wanita tidak dapat menentangnyanya dan menyalahgunakan selagi ia dalam kondisi ini untuk persetubuhan di luar nikah melakukan delik berat perkosaan.⁸

Pasal 126 : Pidana untuk perkosaan adalah **pidana penjara berat dari lima sampai sepuluh tahun**. Jika kekerasan tersebut sangat **merugikan korban dari segi kesehatannya atau bahkan jiwanya, maka pidana yang akan dijatuhkan ialah lebih dari sepuluh sampai dua puluh tahun**. Jika delik berat itu menyebabkan kematian korban, maka pidana yang akan dijatuhkan ialah pidana penjara berat seumur hidup.⁹

Pasal 127 : Persetubuhan di luar nikah dengan seorang wanita yang tanpa kesalahan di pihak pelaku, dalam keadaan tidak dapat membela diri atau tidak sadar atau yang belum mencapai umur empat belas tahun, demikian juga

⁸ Andi Hamzah, *KUHP Austria, sebagai Perbandingan*, OpCit, hal. 96

⁹ *Ibid.* hal. 96-97

dianggap sebagai perkosaan dan akan dipidana sesuai dengan Pasal 126.¹⁰

Pasal 128: Seseorang yang untuk pemuasan keinginan-keinginan jasmaninya, secara seksual menyalahgunakan anak lelaki atau perempuan di bawah umur empat belas tahun atau seseorang dalam keadaan tidak dapat membela diri atau tidak sadar dengan cara selain dari yang tercantum dalam Pasal 129 (b) (cabul dengan sesama jenis kelamin) melakukan delik berat perbuatan cabul dan akan dipidana dengan **pidana penjara berat dari satu sampai lima tahun; jika terdapat unsur-unsur yang sangat memberatkan sampai sepuluh tahun, dan jika terjadi salah satu akibat yang tersebut dalam Pasal 126, pidana yang akan dijatuhkan sampai dua puluh tahun.**¹¹

Berdasarkan pasal-pasal di atas tampak bahwa dalam KUHP Austria baik yang mengatur kejahatan persetubuhan maupun kejahatan pencabulan diatur ancaman pidana penjara minimum khusus. Dalam bentuk tabel tampak sebagai berikut :

Tabel 17. Ancaman pidana penjara minimum khusus dalam kejahatan kesusilaan berat dan sangat berat di KUHP Austria

Jenis kejahatan	Pasal	Penjara maksimum	Penjara minimum khusus
Persetubuhan	126	10 tahun 20 tahun	5 tahun Lebih dari 10 tahun
	127	10 tahun 20 tahun	5 tahun Lebih dari 10 tahun
Pencabulan	128	5 tahun 10 tahun 20 tahun	1 tahun 1 tahun 1 tahun

Sumber : bahan hukum primer diolah

¹⁰*Ibid.*, hal. 97

¹¹*Ibid.*, hal. 97

Tabel 17 menunjukkan bahwa dalam KUHP Austria untuk kejahatan persetujuan ancaman pidana penjara maksimumnya di atas 7 tahun (tindak pidana sangat berat) diatur ancaman pidana penjara minimum khusus. Untuk kejahatan pencabulan ancaman pidana penjara maksimumnya ada yang 5 tahun (antara 4-7 tahun tergolong tindak pidana berat) dan ada yang di atas 7 tahun (tindak pidana sangat berat) juga diatur ancaman pidana penjara minimum khusus.

d. Negara Jepang

Dalam KUHP Jepang kejahatan seksual diatur dalam Bab XXII dengan judul Kejahatan Melanggar Kesusilaan, Perkosaan dan Bigami. Pasal yang dipilih dalam penelitian ini adalah Pasal 176, 177, 178 dan 181.

Pasal 176 : Perbuatan tidak senonoh dengan cara paksaan

1. Seseorang yang dengan kekerasan atau intimidasi melakukan suatu perbuatan tidak senonoh terhadap orang laki-laki atau perempuan yang berumur tidak kurang dari 13 tahun, diancam pidana penjara kerja paksa selama tidak kurang dari enam bulan dan tidak lebih dari tujuh tahun.
2. Pidana yang sama akan diterapkan terhadap seseorang yang melakukan perbuatan yang tidak senonoh terhadap seorang laki-laki atau perempuan yang berumur di bawah 13 tahun.¹²

Pasal 177 : Perkosaan

1. Seseorang yang dengan kekerasan atau intimidasi melakukan hubungan seksual dengan seorang perempuan yang berumur tidak kurang dari 13 tahun,

¹² Andi Hamzah, *KUHP Jepang, sebagai Perbandingan*, (Jakarta: Ghalia Indonesia, 1987), hal. 128-129

dipidana karena melaksanakan perkosaan dengan pidana penjara kerja paksa selama jangka waktu terbatas tidak kurang dari dua tahun.

2. Pidana yang sama akan diterapkan terhadap seseorang yang telah melakukan hubungan seksual yang berumur di bawah 13 tahun.¹³

Pasal 178 : Paksaan tidak senonoh dan perkosaan
Seseorang yang melakukan perbuatan tidak senonoh terhadap atau telah melakukan hubungan seksual dengan orang lain dengan cara mengambil keuntungan karena hilangnya kesadaran atau ketidak sanggupuan untuk melawan atau dengan jalan menyebabkan hilangnya kesadaran atau ketidaksanggupan melawan, diancam pidana yang sama seperti yang ditentukan di dalam dua pasal terdahulu.¹⁴

Pasal 181 : Kematian atau luka yang diakibatkan oleh perkosaan
Seseorang yang telah melakukan kejahatan di dalam Pasal 176 sampai 179 yang **membunuh atau melukai orang lain**, diancam **pidana penjara kerja paksa seumur hidup atau selama tidak kurang dari tiga tahun**.¹⁵

Berdasarkan pasal-pasal di atas tampak bahwa dalam KUHP Jepang baik yang mengatur kejahatan persetubuhan maupun kejahatan pencabulan diatur ancaman pidana penjara minimum khusus. Dalam bentuk tabel tampak sebagai berikut :

¹³*Ibid.*, hal. 129

¹⁴*Ibid.*, hal. 129

¹⁵*Ibid.*, hal.130

Tabel 18. Ancaman pidana penjara minimum khusus dalam kejahatan kesusilaan berat dan sangat berat di KUHP Jepang

Jenis kejahatan	Pasal	Penjara maksimum	Penjara minimum khusus
Pencabulan	176	7 tahun	6 bulan
Pencabulan dan persetubuhan	178	7 tahun	6 bulan

Sumber : bahan hukum primer diolah

Tabel 18 menunjukkan bahwa dalam KUHP Jepang untuk kejahatan pencabulan ancaman pidana penjara maksimumnya 7 tahun (tindak pidana berat) diatur ancaman pidana penjara minimum khusus. Untuk kejahatan pencabulan dan persetubuhan ancaman pidana penjara maksimumnya 7 tahun (tindak pidana berat) juga diatur ancaman pidana penjara minimum khusus.

e. Negara Thailand

Dalam KUHP Thailand kejahatan seksual diatur dalam Titel IX dengan judul Delik-delik yang Berhubungan dengan Seksualitas. Pasal yang dipilih dalam penelitian ini adalah Pasal 278, 279 dan 280.

Pasal 278 : Barangsiapa melakukan perbuatan cabul terhadap orang yang berumur di atas tiga belas tahun dengan jalan mengancam dengan cara apapun juga, dengan jalan melakukan perbuatan kekerasan, atau dengan mengambil kesempatan dari orang yang dalam keadaan tidak sanggup melawan, atau dengan jalan membuat wanita itu keliru mengira dia adalah orang lain, diancam pidana penjara selama tidak lebih dari tujuh tahun atau denda tidak lebih dari empat belas ribu baht, atau keduanya.¹⁶

¹⁶ Andi Hamzah, *KUHP Thailand, sebagai Perbandingan*, (Jakarta: Ghalia Indonesia, 1987), hal. 147

Pasal 279 : Barangsiapa melaksanakan perbuatan cabul dengan anak yang umurnya belum melewati tiga belas tahun dengan atau tanpa persetujuannya diancam pidana penjara selama tidak lebih dari tujuh tahun atau denda tidak lebih dari empat belas ribu baht atau keduanya. Jika delik yang dilakukan sesuai dengan paragraph pertama, pelanggar melakukannya dengan jalan mengancam dengan cara apapun juga, dengan melakukan perbuatan kekerasan, dengan jalan mengambil kesempatan dari anak itu yang dalam keadaan tidak sanggup melawan atau dengan jalan membuat anak itu keliru mengira dia adalah orang lain, diancam pidana penjara selama tidak lebih dari sepuluh tahun atau denda tidak lebih dari dua puluh ribu baht, atau keduanya.¹⁷

Pasal 280 : Jika delik yang dilakukan sesuai dengan Pasal 278 atau 279 **menyebabkan :**

- (1) **Mencederai berat badan korban, pelanggar diancam pidana penjara dari lima sampai lima belas tahun dan denda dari sepuluh ribu sampai tiga puluh ribu baht.**
- (2) **Kematian korban, pelanggar diancam pidana penjara seumur hidup.**¹⁸

Berdasarkan pasal-pasal di atas tampak bahwa dalam KUHP Thailand untuk kejahatan pencabulan diatur ancaman pidana penjara minimum khusus. Dalam bentuk tabel tampak sebagai berikut :

Tabel 19. Ancaman pidana penjara minimum khusus dalam kejahatan kesusilaan sangat berat di KUHP Thailand

Jenis kejahatan	Pasal	Penjara maksimum	Penjara minimum khusus
Pencabulan	280 (1)	15 tahun	5 tahun

Sumber : bahan hukum primer diolah

¹⁷*Ibid.*, hal. 147

¹⁸*Ibid.*, hal. 147-148

Tabel 19 menunjukkan bahwa dalam KUHP Thailand untuk kejahatan pencabulan ancaman pidana penjara maksimumnya 15 tahun (tindak pidana sangat berat) diatur ancaman pidana penjara minimum khusus.

Ancaman pidana penjara dalam pasal-pasal kejahatan kesusilaan berat dan sangat berat pada beberapa KUH Pidana Negara asing dalam bentuk tabel tampak sebagai berikut :

Tabel 20. Ancaman pidana penjara dalam pasal-pasal kejahatan kesusilaan berat dan sangat berat pada beberapa KUH Pidana Negara asing

Jenis kejahatan kesusilaan	Peraturan	Pasal	Penjara maksimum	Penjara minimum khusus
Persetubuhan	KUHP Argentina	119	17 tahun	6 tahun
		120	6 tahun	3 tahun
		122	20 tahun	8 tahun
		123	10 tahun	6 tahun
		124	20 tahun	15 tahun
	KUHP Austria	126	10 tahun Jika merugikan korban dari segi kesehatannya atau bahkan jiwanya : 20 tahun	5 tahun > 10 tahun
Pencabulan	KUHP Austria	128	5 tahun	1 tahun
			10 tahun	1 tahun
			20 tahun	1 tahun
	KUHP Jepang	176	7 tahun	6 bulan
	KUHP Thailand	280 (1)	15 tahun	5 tahun
Memporni akan laki-laki dan perempuan yang belum dewasa	KUHP Thailand	317	10 tahun	1 tahun
		318	12 tahun	2 tahun
		318	7 tahun	6 bulan
		319	10 tahun	1 tahun
		319	7 tahun	6 bulan

Sumber : bahan hukum primer diolah

Tabel 20 menunjukkan bahwa ancaman pidana penjara dalam kejahatan kesusilaan berat dan sangat berat yang diteliti dalam KUHP Argentina, Austria, Jepang dan Thailand diatur minimum khusus.

f. Perbandingan Ancaman Pidana Penjara terhadap Kejahatan Kesusilaan Berat dan Sangat Berat antara KUHP Indonesia dengan KUHP Argentina, Austria, Jepang dan Thailand

Pada bagian sebelumnya telah diuraikan tentang ancaman pidana penjara terhadap kejahatan kesusilaan berat dan sangat berat dalam peraturan perundang-undangan di Indonesia yaitu dalam KUHP, beberapa undang-undang tindak pidana khusus dan Rancangan KUHP edisi 2015 serta dalam KUHP beberapa negara asing. Hal ini jika ditunjukkan dalam tabel adalah sebagai berikut :

Tabel 21. Perbandingan Ancaman Pidana Penjara terhadap Kejahatan Kesusilaan Berat dan Sangat Berat antara Peraturan Pidana Indonesia dengan KUHP Argentina, Austria, Jepang dan Thailand

Jenis kejahatan kesusilaan	Peraturan	Pidana penjara	
		Minimum	Maksimum
Persetubuhan	KUHP Indonesia	Tidak diatur	Diatur
	Undang-undang nomor 35 tahun 2014 mengenai Perubahan atas Undang-undang nomor 23 tahun 2002 mengenai Perlindungan Anak	Diatur	Diatur
	KUHP Argentina	Diatur	Diatur
	KUHP Austria	Diatur	Diatur
	Rancangan KUHP	Diatur	Diatur
	Pencabulan	KUHP Indonesia	Tidak diatur
Pencabulan	Undang-undang nomor 35 tahun 2014 mengenai Perubahan atas Undang-undang nomor 23 tahun 2002 mengenai Perlindungan Anak	Diatur	Diatur
	KUHP Austria	Diatur	Diatur
	KUHP Jepang	Diatur	Diatur
	KUHP Thailand	Diatur	Diatur
	Rancangan KUHP	Diatur	Diatur
	Memperniagakan laki-laki dan perempuan yang belum dewasa	KUHP Indonesia	Tidak diatur
Undang-undang nomor 21 tahun 2007 mengenai Pemberantasan Tindak Pidana Perdagangan Orang		Diatur	Diatur
KUHP Thailand		Diatur	Diatur
Rancangan KUHP		Diatur	Diatur

Sumber : bahan hukum primer diolah

Tabel 21 menunjukkan bahwa untuk kejahatan kesusilaan berat dan sangat berat dalam **KUHP Indonesia** tidak diatur ancaman pidana penjara minimum khusus.

Berikut adalah ketentuan dalam beberapa KUHP negara lain yang menganut sistem minimum khusus.

1. Ada Negara yang tidak membatasi minimum khusus untuk pidana perampasan kemerdekaan, juga untuk pidana denda.
2. Lamanya minimum khusus untuk pidana perampasan kemerdekaan sangat bervariasi. Misalnya :

Di **Yugoslavia** menggunakan pola minimum 3 bulan atau 6 bulan untuk *imprisonment* dan minimum 3 tahun, 5 tahun atau 10 tahun untuk *severe imprisonment* (dengan catatan *imprisonment* berkisar antara minimum umum 3 hari dan maksimum umum 3 tahun). Sedangkan *severe imprisonment* berkisar antara minimum umum 1 tahun dan maksimum umum 15 tahun).

Di **Norwegia** menggunakan minimum khusus yang lamanya berkisar antara 2 bulan sampai 8 tahun untuk pidana penjara yang lamanya minimum umumnya 21 hari dan maksimum umumnya 15 tahun.

Di **Polandia** menggunakan minimum khusus antara 6 bulan sampai 10 tahun untuk pidana “deprivation of liberty” yang minimum umumnya 3 bulan dan maksimum umumnya 15 tahun.

Di **Korea** menggunakan minimum khusus antara 1 tahun sampai 10 tahun untuk “imprisonment at forced labor” (ada juga untuk “imprisonment at forced labor” yang minimumnya 1 bulan dan maksimum umumnya 15 tahun).

Di **Jepang** menggunakan minimum khusus antara 3 bulan sampai 7 tahun untuk “imprisonment at forced labor” (ada juga untuk “imprisonment at forced labor” yang minimum dan maksimum umumnya sama dengan Korea).

3. Jenis delik apa yang diberikan ancaman minimum khusus dan berapa lamanya minimum khusus untuk delik yang bersangkutan juga sangat bervariasi.
4. Ada negara yang dalam aturan umumnya memberikan kemungkinan untuk menjatuhkan pidana di bawah minimum khusus (misalnya Pasal 42 KUHP Yugoslavia, Pasal 55-57 KUHP Norwegia, Pasal 57 KUHP Polandia).
5. Pencantuman minimum khusus dalam perumusan delik juga bermacam-macam, ada yang hanya mencantumkannya bersama-sama dengan maksimum khususnya.
6. Adanya minimum khusus dapat berpengaruh pada sistem perumusan pidana lainnya, misalnya pada masalah residivis, pengurangan dan pemberatan pidana, masalah daluarsa dan sebagainya.

4.1.2. Contoh Putusan Pengadilan tentang Kasus Kejahatan Kesusilaan Sangat Berat yang Hukumannya Sangat Ringan

Sebagaimana telah disampaikan pada bagian Latar Belakang disertasi ini, pada putusan pengadilan Nomor 343/Pid.B/2013/PN BJ hakim menjatuhkan hukuman yang sangat ringan yaitu 9 bulan penjara dari ancaman pidana penjara dalam Pasal 285 KUHP yaitu

12 tahun. Selain itu ada putusan pengadilan nomor 849/PID.B/2015/PN.Jkt.Sel dimana hakim menjatuhkan hukuman 5 tahun 6 bulan penjara. Lebih rincinya sebagai berikut.

1. Putusan pengadilan nomor 343/Pid.B/2013/PN BJ

Dalam perkara ini terdakwa didakwa dengan dakwaan primer :

Pasal 285 KUHP dan dakwaan subsider : Pasal 289 KUHP.

Tuntutan Jaksa Penuntut Umum antara lain sebagai berikut :

- a. Menyatakan Terdakwa bersalah melakukan tindak pidana “dengan kekerasan atau ancaman kekerasan memaksa perempuan yang bukan isterinya bersetubuh dengan dia” sebagaimana diatur dan diancam dalam Pasal 285 KUHP dalam surat dakwaan Jaksa Penuntut Umum;
- b. Menjatuhkan pidana terhadap Terdakwa dengan pidana penjara selama 1 (satu) tahun, dikurangi selama Terdakwa dalam tahanan, dengan perintah agar Terdakwa tetap ditahan.

Dalam amar putusannya hakim menyatakan antara lain :

- a. Menyatakan Terdakwa terbukti secara sah dan meyakinkan bersalah melakukan tindak pidana “**Dengan ancaman kekerasan memaksa perempuan yang bukan istrinya bersetubuh**”.
- b. Menjatuhkan pidana terhadap Terdakwa oleh karena itu dengan pidana penjara selama **9 (sembilan) bulan**.

2. Putusan pengadilan Nomor 849/PID.B/2015/PN.Jkt.Sel

Dalam perkara ini terdakwa didakwa dengan dakwaan primer :

Pasal 285 KUHP dan dakwaan subsider : Pasal 289 KUHP.

Tuntutan Jaksa Penuntut Umum antara lain sebagai berikut :

- a. Menyatakan Terdakwa terbukti secara sah dan meyakinkan bersalah telah melakukan tindak pidana pemerkosaan sebagaimana diatur dalam Pasal 285 KUHP
- b. Menjatuhkan pidana terhadap terdakwa pidana penjara selama 7 (tujuh) tahun potong masa tahanan sementara dengan perintah terdakwa tetap ditahan.

Dalam amar putusannya hakim menyatakan antara lain :

- a. Menyatakan Terdakwa terbukti secara sah dan meyakinkan bersalah melakukan tindak pidana **“Dengan ancaman kekerasan memaksa seorang wanita bersetubuh dengan dia di luar perkawinan”**.
- b. Menjatuhkan pidana terhadap terdakwa oleh karena itu dengan pidana penjara selama **5 (lima) tahun 6 (enam) bulan**.

4.1.3. Sikap Pro dan Kontra terhadap Ancaman Pidana Penjara Minimum Khusus

Keadaan yang tidak konsisten tentang perlu atau tidaknya pengaturan ancaman pidana penjara minimum khusus menunjukkan bahwa belum adanya suatu pedoman yang digunakan legislatif untuk mencantulkannya dalam sebuah peraturan perundang-undangan.

Sikap ahli hukum dan penegak hukum juga ada yang pro dan kontra terhadap hal ini.

Pendapat yang pro :

Ada beberapa pakar yang mendukung pengaturan ancaman pidana penjara minimum khusus, sebagian telah disampaikan pada Bab III sub 3.1.2. Mahrus Ali berpendapat bahwa pengaturan ancaman pidana minimum khusus bertujuan untuk menghindari keleluasaan penuntut umum dalam menetapkan tuntutan dan hakim dalam penjatuhan pidana sehingga dapat mengurangi ketidakadilan dalam penetapan tuntutan pidana dan mencegah terjadinya disparitas pidana.

Menurut Chairul Huda penggunaan minimum khusus dalam ancaman pidana penjara bertujuan untuk membatasi kebebasan hakim untuk menjatuhkan pidana antara minimum umum dan maksimum umumnya.

Menurut Andi Hamzah tidak adanya minimum khusus dalam tiap-tiap tindak pidana yang tercantum dalam pasal-pasal maka hakim di Indonesia mempunyai kebebasan yang sangat luas dalam menentukan beratnya pidana yang akan dijatuhkan kepada terdakwa. Hal ini mengakibatkan dua delik yang sama dipidana sangat berbeda. Disinilah letak kelebihan jika dicantumkan ancaman pidana penjara minimum khusus.

Menurut Nursyahbani Katjasungkana, Koordinator Nasional Asosiasi Perempuan Indonesia untuk Keadilan (APIK) ancaman

pidana penjara untuk kejahatan kesusilaan yang ada unsur kualifikasi akibatnya perlu diberi minimum khusus untuk keberpihakan pada korban. Dalam KUHP yang berlaku sekarang, kejahatan ini ditempatkan pada kejahatan kesusilaan bukan kejahatan terhadap orang. Ini menunjukkan bahwa perempuan tidak dianggap sebagai subyek hukum. KUHP seharusnya mengutamakan prinsip hak asasi manusia, prinsip non diskriminasi, prinsip kesetaraan gender dan prinsip perlindungan hukum sebagaimana Undang-undang nomor 23 tahun 2004 mengenai Penghapusan Kekerasan Dalam Rumah Tangga yang merupakan undang-undang pidana khusus yang pertama yang memasukkan prinsip-prinsip ini dalam pasal-pasal nya.

Untuk menentukan ukuran lamanya minimum khusus, menurut Nursyahbani Katjasungkana perlu dipertimbangkan tentang seberapa besar pengaruh keberhasilan pembinaan di LAPAS terhadap narapidana. Perlu dilakukan penelitian tentang berapa lama seorang narapidana perlu mendapat pembinaan agar dia jera, tidak berbuat kejahatan lagi. Disini ilmu pengetahuan harus berkontribusi.

Masalah ancaman pidana penjara dengan minimum khusus tak dapat dilepaskan dari penegakan hukum. Nursyahbani Katjasungkana berpendapat bahwa ketentuan-ketentuan pada Kitab Undang-undang Hukum Acara Pidana (KUHAP) tidak sensitif gender. KUHAP terlalu pro pada pelaku. Kepentingan korban tidak

diakomodir dalam KUHAP. Dalam penegakan hukum terhadap kejahatan kesusilaan dimana korbannya adalah perempuan harusnya diimbangi dengan *punishment* yang pro korban. Komisi Yudisial menilai putusan-putusan hakim tentang perkara kejahatan kesusilaan yang korbannya perempuan dan hukumannya rendah menunjukkan hakim yang menangani perkara tersebut tidak paham tentang hak asasi manusia.¹⁹

Pendapat yang kontra :

Surya Jaya, Hakim Agung pada Mahkamah Agung RI sependapat dengan Muladi bahwa karena pembuat undang-undang mengancam pelaku tindak pidana dengan pidana minimum 1 hari dan maksimum pidana penjara sementara maksimum 20 tahun atau seumur hidup, menyebabkan terjadinya disparitas dalam pemidanaan dan memberikan ruang diskresi bagi hakim untuk menjatuhkan pidana berbeda-beda satu sama lainnya.²⁰

Surya Jaya juga menambahkan bahwa upaya mencantumkan pidana penjara minimum khusus menjadi semakin kuat ketika pada suatu masa banyak hakim menjatuhkan hukumannya begitu rendah. Saat itu terjadi *distrust* terhadap putusan hakim. Legislatif kemudian melakukan studi banding ke beberapa Negara guna mempelajari minimum khusus di Negara-negara tersebut. Setelah itu, dalam undang-undang pidana khusus mulai dicantumkan minimum khusus dengan

¹⁹ Hasil wawancara penulis dengan Nursyahbani Katjasungkana, Koordinator Nasional Asosiasi Perempuan Indonesia untuk Keadilan (APIK), tanggal 11 Januari 2017

²⁰ Surya Jaya, *Mewujudkan Paritas Pemidanaan Merupakan Esensi Keadilan*, makalah pada Seminar Nasional di Universitas Trisakti 4 Juni 2015

harapan hakim dalam menjatuhkan hukuman ada batas minimumnya.²¹

Menurut Surya Jaya, sikap demikian ibarat orang *latah* (ikut-ikutan). Mengadopsi ajaran minimum khusus yang berkembang di Negara-negara Anglo Saxon tidak selalu cocok jika diterapkan dalam sistem hukum di Indonesia.²² Hal ini sebagaimana dijelaskan dalam teori *The Law of the non Transferability of Law* dari Robert Seidman bahwa :

Hukum tidak dapat ditransfer begitu saja dari suatu masyarakat ke masyarakat lainnya. Untuk menyesuaikan diri dengan perubahan, kita tidak dapat begitu saja mentransfer hukum asing ke dalam masyarakat kita untuk langsung diberlakukan. Mungkin saja perangkat hukum asing itu efektif di masyarakatnya sendiri, karena antara perangkat hukum asing itu dengan kebutuhan masyarakatnya sudah selaras., antara hukum dengan pemikiran warga masyarakatnya serasi, namun belum tentu cocok untuk diterapkan pada masyarakat lain, yang berbeda perangkat sosialnya, berbeda nilai-nilai sosial yang dianutnya, berbeda stratifikasi sosialnya, berbeda taraf pemikiran warga masyarakatnya.

Menurut Eva Achjani Zulfa, KUHP memang memberikan kewenangan yang begitu besar kepada hakim dalam menjatuhkan sanksi pidana. Dalam pidana penjara misalnya, Pasal 12 KUHP menentukan skala minimal pidana penjara adalah satu hari. Bandingkan dengan jumlah maksimal pidana penjara yang ditentukan dalam berbagai pasal dalam Buku II KUHP. Rentang antara batas maksimal dan minimal yang begitu besar misalnya 1 hari sampai 15 tahun untuk pembunuhan, 1 hari sampai 5 tahun

²¹ Hasil wawancara penulis dengan Surya Jaya, Hakim Agung pada Mahkamah Agung RI, tanggal 12 Oktober 2015

²² Hasil wawancara Penulis dengan Surya Jaya, *Ibid.*

untuk pencurian, memberikan kewenangan yang luar biasa dari para hakim dalam menjatuhkan sanksi pidana. Alasan perhitungan besaran sanksi pidana yang diberikannya dalam berbagai putusan pun sulit ditemui. Karenanya subyektivitas penilaian hakim menjadi satu-satunya yang digunakan.²³

Menurut Muladi, pengembangan pidana minimum khusus adalah dalam rangka mengurangi disparitas pemidanaan (*disparity of sentencing*) dan menunjukkan beratnya tindak pidana yang dilakukan.²⁴

4.2. Analisis

Konsep Ancaman Pidana Penjara Minimum Khusus terhadap Kejahatan Kesusilaan Berat dan Sangat Berat dalam KUHP Mendatang

KUHP yang berlaku saat ini belum mengatur ancaman pidana penjara minimum khusus terhadap pelaku kejahatan kesusilaan termasuk yang berat dan sangat berat. Mengingat kejahatan kesusilaan dalam KUHP khususnya yang diatur dalam pasal-pasal yang menjadi obyek penelitian tergolong kejahatan berat dan sangat berat maka seharusnya ancaman pidana penjara dalam pasal-pasal yang mengaturnya diberi batas minimum khusus agar hakim tidak menghukum pelaku sangat ringan.

²³ Eva Achjani Zulfa, Proporsionalitas Penjatuhan Pidana, Jurnal Hukum dan Pembangunan, Tahun ke 41 nomor 2, April 2011, Badan Penerbit FH UI

²⁴ Muladi, *Hak Asasi Manusia, Politik dan Sistem Peradilan Pidana*, (Semarang: Badan Penerbit Universitas Diponegoro, 2002), hal. 155

Mengingat korban dari kejahatan yang diteliti kebanyakan adalah perempuan dan anak-anak yang secara kodrati merupakan mahluk yang lemah sehingga rentan menjadi korban kejahatan maka sudah sepantasnya pelaku diancam dengan hukuman yang tidak ringan yaitu dengan memberi batas minimum. Sungguh sangat tidak adil jika pelaku kejahatan kesusilaan berat dan sangat berat dihukum sangat ringan seperti pada putusan pengadilan nomor 343/Pid.B/2013/PN BJ di atas dimana hakim menjatuhkan pidana penjara 9 bulan dari 12 tahun yang diancamkan. Di samping itu, hal ini juga dapat mengakibatkan pelaku tidak jera dan dapat mengulangi perbuatannya.

Barda Nawawi Arief mengatakan bahwa saat ini cukup banyak peraturan perundang-undangan yang memuat ancaman pidana minimum khusus antara lain :

- a. Undang-undang nomor 5 tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.
- b. Undang-undang nomor 23 tahun 1999 mengenai Bank Indonesia
- c. Undang-undang nomor 28 tahun 1999 tentang Penyelenggara Negara yang Bersih dan Bebas KKN.²⁵

Selain itu ada juga :

- a. Undang-undang nomor 31 tahun 1999 jo Undang-undang nomor 20 tahun 2001 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi
- b. Undang-undang nomor 10 tahun 1998 mengenai Perubahan atas Undang-undang nomor 7 tahun 1992 mengenai Perbankan
- c. Undang-undang nomor 19 tahun 2002 tentang Hak Cipta

²⁵ Barda Nawawi Arief, *Kebijakan Formulasi Ketentuan Pidana dalam Peraturan Perundang-undangan*, (Semarang: Pustaka Magister, 2014), hal. 52-53

- d. Undang-undang nomor 23 tahun 2002 tentang Perlindungan Anak
- e. Undang-undang nomor 23 tahun 2004 mengenai Penghapusan Kekerasan dalam Rumah Tangga
- f. Undang-undang nomor 35 tahun 2009 tentang Narkotika²⁶

Sikap/kebijakan menetapkan ancaman pidana minimum khusus terkesan masih ragu-ragu, tidak berpola dan tidak disertai dengan aturan pemidanaan/pedoman penerapannya. Dikatakan ragu-ragu dan tidak berpola karena:

- 1) Akhir-akhir ini banyak undang-undang yang tidak lagi mencantumkan ancaman pidana minimum khusus, antara lain:
 - b) Undang-undang nomor 1 tahun 1999 tentang Penerbangan
 - c) Undang-undang nomor 9 tahun 1999 tentang Badan hukum Pendidikan
 - d) Undang-undang nomor 22 tahun 1999 mengenai Lalu Lintas dan Angkutan Jalan
- 2) Terlihat perbedaan sikap pembuat undang-undang karena pada tahun yang sama (atau pada masa/periode DPR yang sama) ada yang menetapkan dan ada juga yang tidak menetapkan pidana minimum khusus.
- 3) Apabila dikaitkan dengan substansinya, tidak jelas kriteria apa yang dipakai untuk mencantumkan atau tidak mencantumkan ancaman pidana minimum. Misalnya mengapa dalam Undang-undang nomor 18 tahun 2008 tentang Pengelolaan Sampah yang berkaitan dengan masalah lingkungan hidup ada pidana minimum khususnya sedangkan untuk tindak pidana lingkungan hidupnya sendiri pada awalnya (yaitu

²⁶ Suhadi, *Disertasi Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Pajajaran*, Op. Cit., hal. 8

pada Undang-undang nomor 23 tahun 1997) tidak ada minimum khusus, walaupun kemudian dalam undang-undang yang baru (Undang-undang nomor 32 tahun 2009) ada yang diberi minimum khusus (Pasal 98, 99, 101, 102, 103, 105, 106, 107, 108, 109) dan ada yang hanya diancam dengan pidana maksimum.

Demikian pula untuk delik yang kualitasnya dipandang dampaknya lebih luas seperti tindak pidana yang termasuk *cyber crime* dalam Undang-undang nomor 11 tahun 2008 mengenai Informasi dan Transaksi Elektronik dan delik yang berhubungan dengan penerbangan dalam Undang-undang nomor 1 tahun 2009 seperti: “memasuki kawasan udara terlarang”, “memproduksi/merakit pesawat udara tanpa memiliki sertifikat produksi”, “mengoperasikan pesawat udara yang tidak memenuhi standar kelaik-udaraan” dan sebagainya, tidak ada minimum khususnya.²⁷

Barda Nawawi Arief juga mengatakan ada ketidak konsistenan tentang lamanya pidana penjara minimum khusus dalam perundang-undangan di Indonesia. Pada undang-undang yang mencantumkan minimum khusus, untuk delik yang bobot maksimumnya sama, minimumnya berbeda-beda seperti tampak pada tabel di bawah ini.

²⁷Barda Nawawi Arief., *Kebijakan Formulasi Ketentuan Pidana dalam Peraturan Perundang-undangan*, (Semarang: Pustaka Magister, 2014), *OpCit.*, hal. 54-55

Tabel 22. Ancaman Pidana Penjara Maksimum dan Minimum Khusus dalam Berbagai Perundang-undangan²⁸

No	Undang-undang	Pidana Penjara	
		Maksimum	Minimum
1	UU 5 tahun 1997 – Psikotropika	15 th	4 th
2	UU 22 tahun 1997 -Narkotika	12 th 18 th 15 th 20 th 20 th	2 th 2 th 3 th 4 th 5 th
3	UU 28 tahun 1999 – Penyelenggara Negara yang Bersih dan Bebas dari KKN	12 th	2 th
4	UU 31/1999 jo UU 20/2001 – TP Korupsi	5 th 6 th 7 th 12 th 15 th 20 th 20 th	1 th 1 th 2 th 3 th 3 th 1 th 4 th
5	Perpu 1/2002 jo UU 15/2003 – Terorisme	7 th 15 th Mati/Seumur Hidup/20 th	2 th 3 th 4/3 th
6	UU 23 tahun 2002 – Perlindungan Anak	10 th 15 th Mati/Seumur Hidup/20 th	2 th 3 th 5 th
7	UU 12 tahun 2003 – Pemilu Anggota DPR, DPD, DPRD	2 bln 3 bln 4 bln 6 bln 12 bln 18 bln 24 bln 36 bln	15 hari 15 hari 1 bln 1 bln 2 bln 3 bln 4 bln 6 bln
8	UU 13 tahun 2003 – Ketenagakerjaan	4 th 4 th 5 th 5 th	1 bln 1 th 1 th 2 th

Sumber : bahan hukum primer diolah

²⁸*Ibid.*, hal. 53-54

Berdasarkan tabel di atas tampak bahwa tidak ada keseragaman dalam menentukan pidana penjara minimum khusus. Sebagai contoh : pada Undang-undang nomor 5 tahun 1997 tentang Psikotropika maksimum khusus 15 tahun, minimum khusus 4 tahun. Pada Undang-undang nomor 31 tahun 1999 jo Undang-undang nomor 20 tahun 2001 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi maksimum 15 tahun, minimum khusus 3 tahun. Pada Undang-undang nomor 23 tahun 2003 mengenai Pemilu Presiden dan Wakil Presiden maksimum 15 tahun, minimum khusus 3 bulan. Pada Undang-undang nomor 24 tahun 2007 tentang Penanggulangan Bencana maksimum 15 tahun, minimum khusus 12 tahun. Pada Undang-undang nomor 9 tahun 2008 tentang Penggunaan Bahan Kimia maksimum 15 tahun, minimum khusus 5 tahun.

Menurut Barda Nawawi Arief, kriteria/patokan delik yang diberi minimum khusus sangat bervariasi dan tidak berpola. Untuk delik yang bobot maksimumnya sama, minimumnya berbeda-beda.²⁹ Kisaran jumlah minimum sangat bervariasi.

Aturan pidana khusus dan administratif memiliki kecenderungan baru untuk mencantumkan ancaman pidana dengan batas maksimum dan minimum. Berbeda dengan KUHP yang tidak menetapkan batas minimum ancaman pidana, aturan pidana khusus

²⁹ Suhadi, *Disertasi Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Pajajaran*, OpCit., hal. 56

dan administratif menetapkan batas minimum sehingga mempersempit ruang pengadilan untuk menjatuhkan pidana di bawah ancaman pidana minimum.³⁰

Walaupun terdapat masalah-masalah sebagaimana telah dikemukakan di atas, namun penulis berpendapat bahwa dalam KUHP mendatang tetap perlu diatur ancaman pidana penjara minimum khusus untuk kejahatan kesusilaan berat dan sangat berat. Hal ini dapat dilakukan dengan cara membandingkan ketentuan yang sama dalam beberapa undang-undang tindak pidana khusus, dengan KUHP beberapa negara asing yaitu Argentina, Austria, Jepang dan Thailand serta dengan Rancangan KUHP di Indonesia dan berdasarkan patokan lamanya ancaman pidana penjara minimum khusus yang diatur dalam Naskah Akademik Rancangan Undang-undang mengenai Kitab Undang-undang Hukum Pidana sebagai acuan yuridisnya. Selain itu juga didasarkan pada acuan filosofis, teoritis, yuridis, sosiologis dan pendapat ahli.

4.2.1. Berdasarkan Pertimbangan Filosofis

Hukum materil saling berkaitan dengan hukum formil. Dalam penegakan hukum terhadap hukum materil yang dilanggar sangat tergantung pada ancaman hukuman yang tersedia. Berdasarkan putusan pengadilan yang pernah dijatuhkan oleh hakim dimana terdakwa dijatuhkan pidana penjara yang sangat rendah dari batas

³⁰ Gabriel Hallavey, *Modern Treatise on the Principle of Legality in Criminal Law*, (Verlag Berlin Heidelberg: Springer, 2010), hal. 12 sebagaimana dikutip Muhammad Ainul Syamsu, *Penjatuhan Pidana dan Dua Prinsip Dasar Hukum Pidana*, (Jakarta: PrenadaMedia Group, 2016), hal. 39

maksimum (seperti pada Putusan Pengadilan nomor 343/Pid.B/2013/PN BJ yang telah disampaikan pada bagian Latar Belakang disertasi ini), menunjukkan bahwa ancaman pidana penjara yang tersedia dalam hukum materil belum memadai. Hal ini terjadi karena dalam KUHP yang berlaku sekarang dalam pasal-pasalnya termasuk dalam kejahatan kesusilaan berat dan sangat berat tidak diatur pidana penjara minimum khusus. Maka dari itu dari hasil penelitian ini seharusnya dalam KUHP mendatang diadakan pembaharuan meliputi bentuk perbuatan yang dilarang dan tentang sanksi khususnya ancaman pidana penjara.

Langkah melakukan pembaharuan terhadap bentuk perbuatan yang dilarang adalah dengan melakukan kriminalisasi terhadap bentuk-bentuk kejahatan kesusilaan baru yang belum diatur dalam KUHP seperti : memasukkan alat kelaminnya ke dalam anus atau mulut perempuan; atau laki-laki memasukkan suatu benda yang bukan merupakan bagian tubuhnya ke dalam vagina atau anus perempuan. Kedua hal ini diatur dalam Pasal 491 ayat (2) Rancangan KUHP edisi 2015.

Pembaharuan terhadap sanksi berupa ancaman pidana penjara dalam KUHP mendatang yaitu dengan mengatur ancaman pidana penjara minimum khusus terhadap kejahatan kesusilaan berat dan sangat berat.

Dua upaya pembaharuan ini adalah dalam rangka memenuhi rasa keadilan bagi korban. Hal ini sesuai dengan

yang dikemukakan dalam Naskah Akademik Rancangan KUHP 2015 bahwa dasar-dasar dan sistem hukum pidana nasional ke depan dibuat berlandaskan ide keseimbangan yang mencakup :

keseimbangan monodualistik di antara kepentingan umum/masyarakat dan kepentingan individu/ perseorangan; keseimbangan di antara ide perlindungan/kepentingan korban dan ide individualisasi pidana; keseimbangan di antara unsur/ faktor obyektif (perbuatan/ lahiriah) dan subyektif (orang batiniah/sikap batin) (ide *daad-dader strafrecht*); keseimbangan di antara kriteria formal dan material; keseimbangan di antara kepastian hukum, kelenturan/ elastisitas/fleksibilitas dan keadilan; dan keseimbangan nilai-nilai nasional dan nilai-nilai global/ internasional/universal.³¹ Uraian di atas menunjukkan bahwa dalam KUHP mendatang harus ada keseimbangan antara perlindungan terhadap kepentingan korban dan kepentingan pelaku. Hakim dalam menjatuhkan hukuman bagi pelaku seharusnya mempertimbangkan penderitaan yang dialami korban. Hal ini sesuai dengan salah satu dari Pedoman Pemidanaan yang diatur dalam Rancangan KUHP bahwa: dalam pemidanaan wajib dipertimbangkan :

- a. Kesalahan pembuat tindak pidana
- b. Motif dan tujuan pemidanaan
- c. Sikap batin pembuat tindak pidana

³¹Naskah Akademik Rancangan KUHP 2015, OpCit, hal 24

- d. Tindak pidana yang dilakukan apakah direncanakan atau tidak direncanakan
- e. Cara melakukan tindak pidana
- f. Sikap dan tindakan pembuat sesudah melakukan tindak pidana
- g. Riwayat hidup, keadaan sosial dan keadaan ekonomi pembuat tindak pidana
- h. Pengaruh pidana terhadap masa depan pembuat tindak pidana
- i. Pengaruh tindak pidana terhadap korban dan keluarga korban
- j. Pemaafan dari korban dan/atau keluarganya dan/atau
- k. Pandangan masyarakat terhadap tindak pidana yang dilakukan.

Dari pedoman-pedoman pemidanaan tersebut, terdapat beberapa masalah yang berkaitan dengan kepentingan pihak korban yang perlu dipertimbangkan oleh hakim dalam menghukum pelaku. Menurut penulis *pengaruh tindak pidana terhadap korban dan keluarga korban* serta *pandangan masyarakat terhadap tindak pidana yang dilakukan* seharusnya menjadi pertimbangan hakim. Pada kasus perkosaan yang menimpa seorang pelajar YY di Bengkulu yang dilakukan oleh 14 orang telah menimbulkan penderitaan mendalam bagi

keluarga korban. Jadi aspek keadilan harus diperhatikan. Tidak hanya itu, peristiwa pidana ini begitu meresahkan masyarakat. Maka sudah sepantasnya hakim menghukum berat pelaku. Maka dari itu ancaman pidana penjara yang tersedia harus memadai. Di sini diperlukan adanya batas minimum untuk pidana penjara.

Selain itu kepentingan pelaku juga perlu diperhatikan yaitu dengan menjatuhkan hukuman yang setimpal bagi pelaku agar mendapat efek jera. Dalam KUHP yang berlaku sekarang hakim dapat menjatuhkan hukuman yang sangat ringan karena tidak diatur pidana penjara minimum khusus.

4.2.2. Berdasarkan Kajian Teoritis

a. Berdasarkan Teori Kebijakan Kriminal

Sesuai dengan teori yang dipilih untuk menganalisis permasalahan nomor dua untuk disertasi ini yaitu tentang ancaman pidana penjara minimum khusus terhadap kejahatan kesusilaan berat dan sangat berat dalam KUHP mendatang maka menurut penulis perlu dirumuskan sebuah peraturan yang memberi perlindungan kepada masyarakat.

Untuk menanggulangi kejahatan diperlukan suatu cara atau strategi yang tepat. Penanggulangan kejahatan dimulai dengan merumuskan undang-undang yang disebut kebijakan formulasi. Jadi kebijakan formulasi merupakan kebijakan merumuskan undang-

undang. Dengan kata lain kebijakan formulasi merupakan rencana pembuat undang-undang tentang apa yang akan dilakukan untuk menghadapi masalah dan bagaimana cara melakukannya. Mengingat kejahatan kesusilaan berat dan sangat berat yang secara kuantitatif makin meningkat frekuensinya dan secara kualitas semakin kejam cara melakukannya maka pemerintah harus menyusun kebijakan formulasi yang mana merupakan bagian dari kebijakan kriminal untuk menanggulangi kejahatan. Dalam KUHP mendatang perlu diatur ancaman pidana penjara minimum khusus terhadap kejahatan kesusilaan berat dan sangat berat untuk melindungi masyarakat. Hal ini ialah dalam rangka melaksanakan usaha pembaharuan hukum pidana.

Pidana yang dijatuhkan senantiasa dirasakan sebagai sanksi yang istimewa oleh terpidana. Sanksi tersebut dapat berupa perampasan hak hidup, perampasan kemerdekaan bergerak dan perampasan terhadap harta benda terpidana dan seterusnya. Dengan kata lain, hukum pidana dengan sanksinya telah meletakkan penderitaan yang bersifat khusus (*punishment/bijzondere leed*).³²

Jenis sanksi perampasan kemerdekaan menjadi primadona dalam produk badan legislatif. Sanksi perampasan kemerdekaan merupakan jenis sanksi yang terbanyak diancamkan dalam KUHP.³³

³²Ali Zaidan, *Menuju Pembaruan Hukum Pidana*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2015), hal. 4

³³Barda Nawawi Arief, *Kebijakan Legislatif dalam Penanggulangan Kejahatan dengan Pidana Penjara*, (Semarang: Badan Penerbit Universitas Diponegoro, 1996), OpCit, hal. 69

Oleh karena hukum pidana memberikan sanksi yang menimbulkan penderitaan bagi si pelanggar, sudah seyogianya penggunaan sanksi harus dilakukan secara hati-hati dan cermat. Kehati-hatian dan kecermatan harus dimulai ketika dilakukan penetapan perbuatan yang akan dilarang (kriminalisasi), penetapan sanksi yang diancamkan dan penjatuhan dan pelaksanaan sanksi oleh aparat penitensier.³⁴

Suatu perbuatan dinilai tercela dipengaruhi oleh penilaian masyarakat. Untuk itu diharapkan sikap responsif dari pemerintah terhadap perbuatan yang mengganggu kepentingan orang lain yang terjadi dalam kehidupan bermasyarakat. Jika pemerintah menilai perlu dilakukan kriminalisasi agar segera dibuat peraturannya disertai ancaman hukuman setelah mempertimbangkan alasan-alasan pengancamannya. Menentukan ukuran ketercelaan perbuatan yang dilarang memang tidak mudah. Sebagaimana dikatakan oleh George F. Fletcher bahwa pengertian perbuatan tidak dapat dilepaskan dari penilaian masyarakat berdasarkan konteks, kultur dan keadaan yang menyertai perbuatan.³⁵

Menurut penulis perlu dibuat tolok ukur yang jelas tentang ukuran-ukuran ketercelaan perbuatan yang dilarang dan diberi penjelasan yang memadai tentang alasan diancamkannya pidana. Dalam **Rancangan KUHP Indonesia tahun 2015** untuk beberapa kejahatan kesusilaan

³⁴ *OpCit.*, hal. 5

³⁵ George P. Fletcher, *The Grammar of Criminal Law: American, Comparative and International Volume One : Foundations*, (New York: Oxford University Press, 2007), hal. 281 dst. Sebagaimana dikutip Muhammad Ainul Syamsu, *OpCit.*, hal. 36

diatur ancaman pidana penjara minimum khusus. Ini tampak pada Pasal 491.

Pada pasal ini terdapat bentuk baru dari perbuatan yang dilarang yaitu memasukkan alat kelamin ke dalam anus atau mulut perempuan dan memasukkan benda yang bukan bagian tubuhnya ke dalam vagina atau anus perempuan, di samping bentuk perbuatan yang dilarang seperti yang diatur dalam KUHP Indonesia yang berlaku sekarang dan KUHP asing yaitu melakukan perkosaan, melakukan persetubuhan, melakukan persetubuhan dengan orang pingsan atau tidak berdaya, melakukan perbuatan cabul, melakukan perbuatan cabul dengan orang pingsan atau tidak berdaya. Penulis sangat setuju jika dua bentuk baru dari perbuatan yang dilarang di atas diatur dalam KUHP mendatang karena kejahatan kesusilaan makin marak dan beragam bentuknya maka perlu dikriminalisasi. Hal ini sesuai dengan yang disampaikan oleh salah seorang anggota Komisi X Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia dari Fraksi PPP, yakni Reni Marlinawati menanggapi fenomena kejahatan seksual yang menimpa anak-anak dan perempuan dengan mengatakan bahwa Negara harus memberi sinyal tegas atas kejahatan ini karena memang saat ini Indonesia darurat kejahatan seksual.³⁶

³⁶<http://nasional.republika..co.id/berita/nasional/umum/16/05/11/o6zz5w336-legislator-indonesia-darurat-kejahatan-seksual> ----- akses tanggal 16 Mei 2016

Hal senada juga disampaikan oleh Komisi Nasional Anti Kekerasan Terhadap Perempuan (Komnas Perempuan) bahwa angka kekerasan seksual pada tahun 2012 – 2013 meningkat tajam yaitu kira-kira 30%.

Perbuatan yang dilarang erat kaitannya dengan kriminalisasi sebagai salah satu upaya penanggulangan kejahatan melalui sarana penal. Upaya penanggulangan kejahatan (*criminal policy*) dapat dilakukan dengan dua cara, yaitu melalui sarana penal (fungsionalisasi hukum) atau melalui sarana non penal (fungsionalisasi non hukum pidana). Sarana penal diartikan sebagai kebijakan penanggulangan kejahatan dengan memfungsikan eksistensi hukum pidana untuk menanggulangnya. Sedangkan sarana non penal dilakukan dengan cara memfungsikan semua aspek selain hukum pidana seperti aspek hukum perdata atau hukum administrasi Negara.³⁷

Ketika penanggulangan kejahatan dilakukan dengan mendayagunakan hukum pidana, yang pertama kali dilakukan adalah dengan melarang perbuatan-perbuatan tertentu disertai ancaman sanksi pidananya melalui suatu kebijakan. Kebijakan ini lazim disebut dengan kebijakan kriminalisasi. Djoko Prakoso dengan mengutip Sudarto mengatakan, bahwa kriminalisasi adalah proses penetapan suatu perbuatan orang sebagai perbuatan yang dapat dipidana. Proses ini diakhiri dengan terbentuknya undang-undang dimana perbuatan itu

³⁷ Mahrus Ali, *Dasar-dasar Hukum Pidana*, OpCit., hal. 239

diancam dengan suatu sanksi berupa pidana.³⁸ Muladi dan Barda Nawawi Arief juga mengatakan, bahwa sebagai suatu kebijakan kriminalisasi bisa dimaknai sebagai sebuah proses guna menentukan perbuatan apa yang akan dilarang karena membahayakan atau merugikan dan sanksi apa yang akan dijatuhkan maka sistem peradilan pidana dapat diartikan sebagai proses penegakannya.³⁹

Hoefnagels sebagaimana dikutip oleh Yenti Garnasih mengatakan bahwa kriminalisasi adalah sesuatu perbuatan atau suatu hal menjadi suatu tindakan yang sebelumnya bukan merupakan perbuatan yang dapat dipidana menjadi perbuatan yang dapat dipidana.⁴⁰ Kriminalisasi juga terkait dengan penambahan/peningkatan sanksi pidana terhadap tindak pidana yang sudah ada.⁴¹

Berdasarkan pengertian kriminalisasi di atas, ruang lingkup kriminalisasi tidak hanya berkaitan dengan penentuan perbuatan yang semula bukan merupakan perbuatan yang dilarang, kemudian dilarang

³⁸ Djoko Prakoso, *Pembaharuan Hukum Pidana*, (Yogyakarta: Liberty, 1987), hal. 154

³⁹ Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Teori-teori dan Kebijakan Penal*, OpCit. , hal. 196-197

⁴⁰ Hoefnagels, *The Other Side of Criminology*, OpCit. hal. 73, sebagaimana dikutip oleh Yenti Garnasih, *Kriminalisasi Pencucian Uang*, (Jakarta: Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2003), hal. 38; Barda Nawawi Arief, *Pembaharuan Hukum Pidana dalam Perspektif Kajian Perbandingan*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2005), hal. 126

⁴¹ Paul Cornili, "Criminality and Deviance in a Changing World", Ceramah pada Kongres PBB IV 1970 mengenai *Prevention of Crime and Treatment of Offender*, sebagaimana dikutip oleh Salman Luthan, *Kebijakan Penal Mengenai Kriminalisasi di Bidang Keuangan (Studi terhadap Pengaturan Tindak Pidana dan Sanksi Pidana dalam Undang-undang Perbankan, Perpajakan, Pasar Modal dan Pencucian Uang)*, Disertasi, (Jakarta: Program Doktor Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2007), hal. 54

disertai ancaman sanksi tertentu, tetapi juga berkaitan dengan pemberatan sanksi pidana terhadap tindak pidana yang sudah ada.⁴²

Sudarto mengatakan bahwa dalam mengkriminalisasi suatu perbuatan harus memperhatikan hal-hal di bawah ini yaitu :⁴³

- a. Menggunakan hukum pidana harus memperhatikan tujuan pembangunan nasional yakni membentuk masyarakat adil dan makmur yang merata materil dan spirituil berdasarkan Pancasila. Dalam kaitannya dengan hal ini, menggunakan hukum pidana bertujuan untuk mengatasi kejahatan dan mengadakan pengugeran 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 diinginkan yakni perbuatan yang menimbulkan kerugian (materil dan spiritual) atas warga Negara.
- c. Menggunakan hukum pidana harus juga memperhatikan prinsip biaya dan hasil (*cost and benefit principle*).⁴⁴

⁴² *Ibid.*

⁴³ Sudarto, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, OpCit. , hal. 44-48

⁴⁴ Russel B.Korobkin dan Thomas S. Ulen, "Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics", *California Law Review*, No. 88 Tahun 2000, hal. 1055; Thomas J. Miles, "Empirical Economics and Study of Punishment and Crime", *University of Chicago Legal Forum*, No. 237 Tahun 2005, hal. 238; Lewis A. Kornhauser, "On Justifying Cost and Benefit Analysis", *Journal of Legal Studies*, No. 29 Tahun 2000, hal. 1-5

d. Menggunakan hukum pidana harus juga memperhatikan kapasitas ataupun kemampuan daya kerja daripada badan-badan penegak hukum yakni jangan sampai melampaui batas tugas (*overbelasting*).

Berdasarkan uraian diatas tampak bahwa melakukan kriminalisasi terhadap sebuah perbuatan perlu dilakukan agar pelaku dapat diproses secara hukum dan jika terbukti bersalah dapat dihukum mengingat banyak hal yang dapat mendorong terjadinya kejahatan khususnya kejahatan kesusilaan berat dan sangat berat, dapat dari media elektronik, dapat dari dampak mengkonsumsi minuman keras atau bahkan narkoba. Peristiwa-peristiwa yang terjadi di masyarakat yang membahayakan kepentingan orang lain seharusnya direspon oleh negara dengan cara mengkriminalisasinya.

Muladi dalam pandangannya tentang menjamin kepastian, ketertiban, penegakan hukum dan perlindungan hukum dalam era globalisasi mengidentifikasi bahwa pada masa lalu perubahan sosial (*social change*) yang cepat akibat proses modernisasi sudah dirasakan sebagai sesuatu yang potensial dapat menimbulkan keresahan dan ketegangan sosial (*social unrest and social tension*). Perubahan sistem nilai dengan cepat menuntut adanya norma-norma kehidupan sosial baru yang menyibukkan badan legislatif, lembaga-

lembaga penyelesaian sengketa (*in and out court*) dan usaha-usaha untuk sosialisasi hukum.⁴⁵

Dengan semakin meningkatnya proses modernisasi dan memunculkan fenomena baru berupa globalisasi yang menuntut perubahan struktur hubungan hukum (*legal structure*), substansi-substansi baru pengaturan hukum (*legal substance*) dan budaya hukum (*legal culture*) yang sering sama sekali baru. Tanpa adanya perubahan sistem hukum tersebut tuduhan-tuduhan selanjutnya pasti muncul, seperti penguasa tidak dapat menjamin kepastian hukum akan timbul bahaya-bahaya terhadap ketenteraman hidup (*peaceful life*) dalam pelbagai kehidupan sosial semua akan menjadi tidak pasti dan tidak tertib serta rasa tidak terlindung.⁴⁶

Dalam KUHP mendatang diharapkan agar kejahatan kesusilaan berat dan sangat berat yang terjadi dan belum diatur dalam undang-undang diakomodir dengan cara mengkriminalisasinya sebagai perbuatan yang dilarang dan merumuskan pidana penjaranya dengan batas minimum khusus. Dengan demikian hakim tidak menjatuhkan hukuman yang sangat ringan. Ini sejalan dengan kebijakan formulasi yang merupakan awal dari perencanaan dalam usaha untuk menanggulangi kejahatan, dimana kebijakan formulasi merupakan bagian dari kebijakan kriminal yang secara fungsional dapat dilihat

⁴⁵ Muladi, *Demokratisasi, Hak Asasi Manusia dan Reformasi Hukum di Indonesia*, (Jakarta: The Habibie Centre, 2003), hal. 57

⁴⁶ Siswanto Sunarso, *Filsafat Hukum Pidana, Konsep, Dimensi dan Aplikasi*, (Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 2015), hal. 270

sebagai bagian prosedur usaha menanggulangi kejahatan dalam upaya pembaharuan hukum pidana untuk memperbaiki substansi hukum.

Selain itu, bila dipandang dari aspek pendekatan nilai maka pembaharuan hukum pidana pada hakekatnya merupakan usaha melaksanakan peninjauan dan penilaian kembali nilai-nilai sosio politik, sosio filosofik serta sosio kultural yang mendasari dan memberi isi bagi muatan normatif serta substantif hukum pidana yang dicita-citakan.⁴⁷ Berarti hal-hal politis, filosofis dan budaya yang bersinggungan dengan masyarakat perlu diperhatikan dan dapat diubah untuk mencapai sebuah produk peraturan yang melindungi masyarakat.

Kebijakan hukum pidana dapat didefinisikan sebagai upaya membentuk peraturan perundang-undangan pidana yang cocok dengan kondisi dan situasi dalam suatu waktu dan untuk masa yang akan datang.⁴⁸ Kebijakan hukum pidana lazim juga diberi istilah sebagai kebijakan kriminal atau politik kriminal terkait dengan pembentukan hukum pidana.

Bicara tentang politik kriminal tidak lepas dari politik hukum. Politik hukum merupakan bagian Ilmu Pengetahuan Hukum yang mempelajari serta mengkaji perubahan yang harus dilakukan terhadap aturan-aturan hukum dan atau ketentuan-ketentuan hukum yang

⁴⁷ Barda Nawawi Arief, Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana, (Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2002), hal. 31

⁴⁸ Al Wisnubroto, Kebijakan Hukum Pidana dalam Penanggulangan Penyalahgunaan Komputer, (Yogyakarta: Universitas Atmajaya, 1999), hal. 11

sedang berlaku agar dapat memenuhi kebutuhan kehidupan bermasyarakat.⁴⁹ Atau dapat dikatakan politik hukum merupakan bagian Ilmu Pengetahuan Hukum yang membahas, memahami dan mengkaji perubahan *ius constitutum* menjadi *ius constituendum* dalam rangka upaya memenuhi kebutuhan masyarakat yang selalu mengalami perkembangan.⁵⁰

Politik hukum diperlukan bagi masyarakat, bangsa dan Negara yang sedang mengalami perubahan, perkembangan dan atau pembangunan, baik membangun yang lama menjadi baru, ataupun membangun yang baru dari tidak ada sebelumnya.⁵¹ Usaha dan kebijakan untuk membuat peraturan hukum pidana yang baik pada hakekatnya tidak dapat dilepaskan dari tujuan penanggulangan kejahatan. Jadi, kebijakan atau politik hukum pidana juga merupakan bagian dari politik kriminal. Dengan perkataan lain, dilihat dari sudut politik kriminal, maka politik hukum pidana identik dengan pengertian “kebijakan penanggulangan kejahatan dengan hukum pidana”.⁵²

Kebijakan kriminal yang telah dilaksanakan oleh aparaturnya penegak hukum berkaitan erat dengan perkembangan kejahatan sebagaimana disampaikan oleh Romli Atmasasmita.⁵³ Hal ini menunjukkan bahwa

⁴⁹ Soehino, *Politik Hukum di Indonesia*, (Yogyakarta: BPFE, 2010), hal. 1

⁵⁰ *Ibid.*, hal. 3

⁵¹ *Ibid.*, hal. 50

⁵² Mokhammad Najih, *Politik Hukum Pidana Pasca Reformasi*, (Malang: IN-TRANS Publishing, 2008), hal. 32

⁵³ Romli Atmasasmita, *Sistem Peradilan Pidana (Criminal Justice System) Perspektif Eksistensialisme dan Abolisionisme*, (Bandung: Bina Cipta, 1996), hal.39

tinggi atau rendahnya tingkat kejahatan tergantung pada seberapa jauh keberhasilan aparaturnya penegak hukum telah melaksanakan kebijakan kriminal yang ada. Kebijakan formulasi hukum pidana berupaya untuk mencapai tujuannya melalui kebijakan kriminal dengan menggunakan sarana penal (hukum pidana) dalam menanggulangi kejahatan.

Menurut Barda Nawawi Arief kebijakan hukum pidana memiliki sifat pencegahan dan penanggulangan kejahatan dengan sarana penal yang dilaksanakan melalui tahap-tahap yaitu tahap formulasi (kebijakan legislatif), tahap aplikasi (kebijakan yudikatif) dan tahap eksekusi (kebijakan eksekutif/administratif).⁵⁴ Beliau juga mengatakan bahwa kebijakan formulasi hukum pidana memang sepatutnya dikaji karena merupakan tahap yang paling strategis dari suatu upaya penanggulangan kejahatan melalui *penal policy*. Kesalahan/kelemahan kebijakan formulasi dapat dipandang sebagai kesalahan strategis dikarenakan dapat menghambat atau setidaknya mempengaruhi efektivitas penanggulangan kejahatan dengan hukum pidana.⁵⁵ Hal ini tampak jelas dalam penanggulangan kejahatan kesusilaan berat dan sangat berat seperti pada dua contoh putusan pengadilan yang diangkat dalam penelitian ini. Tidak diaturnya ancaman pidana penjara minimum khusus dalam Pasal 285 dan pasal kejahatan

⁵⁴ Barda Nawawi Arief, *Masalah Penegakan Hukum dan Kebijakan Penanggulangan Kejahatan*, (Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2001), hal. 75

⁵⁵ Barda Nawawi Arief, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, (Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2003), hal. 119-120

kesusilaan berat dan sangat berat yang lain dalam KUHP menyebabkan pelaku dihukum sangat ringan oleh hakim.

Kebijakan formulasi/legislatif merupakan rangkaian proses kebijakan hukum pidana mempunyai substansi/masalah pokok yang terdiri dari masalah tindak pidana, masalah kesalahan dan masalah pidana (pemidanaan).⁵⁶ Jadi masalah perumusan pidana adalah bagian dari kebijakan formulasi. Pengaturan ancaman pidana penjara minimum khusus dalam kejahatan kesusilaan berat dan sangat berat dalam KUHP perlu dilakukan untuk menanggulangi kejahatan ini agar tercapai putusan hakim yang adil dan memberi efek jera bagi pelaku.

Menurut A. Hamid S. Attamimi asas-asas pembentukan peraturan perundang-undangan Indonesia yang patut akan mengikuti pedoman dan bimbingan yang diberikan oleh :

- 1) Cita hukum Indonesia yang tidak lain melainkan Pancasila (sila-sila dalam hal tersebut berlaku sebagai cita (*idee*), yang berlaku sebagai bintang pemandu)
- 2) Norma fundamental Negara yang juga tidak lain melainkan Pancasila (sila-sila dalam hal tersebut berlaku sebagai norma).⁵⁷

Menurut penulis, sila-sila yang terkait dan perlu diperhatikan dalam menyusun sebuah peraturan perundang-undangan dalam

⁵⁶ Barda Nawawi Arief, *Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan Pengembangan Hukum Pidana*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 1998), hal. 111

⁵⁷ I.C. Van der Vlies, *Handboek Wetgeving*, (Zwolle: Tjeenk Willink, 1987) hal. 186, dalam A. Hamid S. Attamimi, *Peranan Keputusan Presiden Republik Indonesia dalam Penyelenggaraan Pemerintahan Negara*, Disertasi, (Jakarta: Fakultas Pascasarjana Universitas Indonesia, 1990), hal. 344-345

masalah ini adalah sila ke dua yaitu peri kemanusiaan yang adil dan beradab dan sila ke lima yakni keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia. Mengingat kejahatan seksual di Indonesia saat ini sudah dalam keadaan darurat sebagaimana disampaikan oleh anggota Komisi X DPR RI dari Fraksi PPP, yakni Reni Marlinawati. Demikian pula seperti yang dilaporkan oleh Komisi Nasional Anti Kekerasan Terhadap Perempuan (Komnas Perempuan) bahwa kekerasan seksual terhadap perempuan untuk kurun waktu tiga belas tahun terakhir jumlahnya hampir seperempat dari semua total perkara kekerasan terhadap perempuan. Maka sudah seharusnya pelakunya diancam dengan hukuman yang setimpal dengan perbuatannya. Walau keadilan sulit diukur, penulis mengajukan konsep minimum khusus dalam pasal tentang kejahatan kesusilaan berat dan sangat berat untuk memenuhi tuntutan rasa keadilan di pihak korban atas penderitaan yang dialaminya dan untuk memberi efek jera bagi pelaku atas perbuatannya yang tidak berperikemanusiaan.

b. Berdasarkan Teori Tujuan Pidanaan

Sebagaimana disampaikan oleh Made Sadhi Astuti dalam teori Tujuan Pidanaan bahwa pidana seharusnya merupakan pembalasan dan sekaligus memberi perlindungan kepada masyarakat dan bahwa pidana dijatuhkan sesuai dengan jenis kejahatan yang dilakukan serta nilai budaya bangsa.

Salah satu tujuan pidana adalah memberi pembalasan kepada pelaku untuk kejahatan yang telah dilakukannya. Pelaku kejahatan kesusilaan terutama yang berat dan sangat berat harus dibalas dengan cara memberi hukuman yang berat agar ia jera. Kejahatan kesusilaan berat dan sangat berat yang terjadi akhir-akhir ini dilakukan dengan cara yang kejam seperti perkosaan yang dilakukan terhadap Yy seorang pelajar sekolah oleh empat belas orang pelaku. Penderitaan yang dialami oleh pihak korban begitu berat. Orangtua korban sangat terpukul dengan peristiwa yang menimpa anaknya dan kehilangan anaknya untuk selamanya. Maka pelakunya pantas dijatuhi hukuman yang berat sebagai pembalasan. Hukuman yang dijatuhkan bagi pelaku seharusnya setimpal dengan penderitaan yang dialami korban. Pidana penjara selama 9 bulan seperti pada putusan pengadilan nomor 343/Pid.B/2013/PN BJ di atas (bagian Latar Belakang disertasi ini) sangatlah tidak adil. Di sini tujuan pembalasan tidak tercapai. Selain untuk memenuhi rasa keadilan bagi pihak korban, hukuman yang berat juga dimaksudkan agar pelaku tidak melakukan kejahatan lagi. Pembinaan yang lama selama menjalani hukuman di lembaga pemasyarakatan diharapkan dapat memperbaiki sikap pelaku. Jika pelaku dijatuhkan hukuman ringan maka ia cenderung akan mengulangi perbuatannya.

Pidana dijatuhkan juga bertujuan untuk melindungi masyarakat dari pelaku. Dengan dihukumnya pelaku dan ditempatkan pada

sebuah tempat khusus maka masyarakat dijauhkan dan terhindar dari pelaku. Masyarakat berhak mendapatkan perlindungan dari segala bentuk kejahatan. Pelaku kejahatan kesusilaan berat dan sangat berat seharusnya dihukum pidana penjara yang berat sesuai dengan ancaman maksimum yang diatur dalam KUHP maka perlu diatur batas minimum khususnya. Jika pelaku dijauhkan dari masyarakat untuk waktu yang lama yaitu ketika dia menjalani hukumannya, masyarakat akan merasa aman dan terlindung dari kejahatan.

Pidana dijatuhkan sesuai dengan jenis kejahatan yang dilakukan. Jenis kejahatan yang diteliti yaitu kejahatan kesusilaan. Dalam KUHP yang berlaku sekarang kejahatan yang berkaitan dengan seksual digolongkan dalam kejahatan kesusilaan padahal sasarannya adalah alat kelamin yang merupakan bagian dari tubuh manusia. Menurut penulis seharusnya dalam KUHP mendatang kejahatan yang terkait dengan seksual digolongkan dalam kejahatan terhadap tubuh sehingga hakim dalam menjatuhkan hukuman kepada pelaku mempertimbangkan penderitaan korban dimana bagian dari tubuhnya telah menjadi sasaran kejahatan.

Kejahatan kesusilaan berat dan sangat berat dapat mengakibatkan korban luka, luka berat, terganggu kejiwaannya bahkan kematian. Pada kejahatan kesusilaan berat dan sangat berat yang disertai persetubuhan dapat mengakibatkan kehamilan korban. Korban biasanya adalah anak dan perempuan dimana golongan ini

adalah kaum yang lemah maka sudah seharusnya pelaku diberi hukuman yang berat.

Tujuan pemidanaan juga tidak lepas dari nilai budaya bangsa. Bangsa Indonesia adalah bangsa yang menganut adat ketimuran dimana nilai-nilai kesusilaan sangat dijunjung tinggi. Jika nilai-nilai kesusilaan dirusak dengan melakukan sebuah kejahatan maka seharusnya pelakunya dihukum berat. Kejahatan terhadap kesusilaan terutama yang berat dan sangat berat harus ditanggulangi dengan serius. Salah satu upaya yang dapat dilakukan adalah dengan menghukum pelaku dengan hukuman yang setimpal dengan kejahatan yang telah dilakukannya. Hukuman yang dijatuhkan selain untuk membalas pelaku juga sebagai bentuk penghormatan terhadap nilai budaya bangsa yang telah terusik oleh perbuatan pelaku kejahatan.

Dalam KUHP mendatang pengaturan tentang ancaman pidana penjara khususnya untuk kejahatan kesusilaan berat dan sangat berat harus bertujuan memberi pembalasan kepada pelaku dan sekaligus memberi perlindungan kepada masyarakat. Ancaman pidana penjara dengan batas minimum dapat menjadi pedoman bagi hakim agar tidak menghukum pelaku kejahatan kesusilaan berat dan sangat berat dengan hukuman terlalu ringan.

Hal ini sejalan dengan pendapat Mr. Modderman yang ikut mempengaruhi pandangan pembentuk KUHP. Para pembentuk

KUHP tidak menjelaskan tentang teori pidana atau pembedaan yang manakah yang telah mereka gunakan sebagai pedoman untuk membentuk KUHP. Namun, pandangan dari Mr. Modderman yang pada waktu itu menjabat sebagai Menteri Kehakiman ikut pula mempengaruhi pandangan dari para pembentuk undang-undang. Mr. Modderman sendiri sebenarnya tidak pernah menyatakan secara tegas tentang teori pidana atau teori pembedaan yang mana yang telah ia anut. Akan tetapi dari pidato inagurasinya dapat diketahui bahwa Mr. Modderman menerima pendapat dari para penganut teori pencegahan umum dan pendapat dari para penganut teori perbaikan mengenai tujuan dari pidana. Mr. Modderman menginginkan agar pidana jangan hanya ditujukan untuk memperbaiki diri penjahatnya saja melainkan jika diperlukan juga untuk membuat penjahatnya tidak mampu melakukan kejahatan kembali, sedang ancaman pidana harus mampu mencegah niat orang untuk melakukan sesuatu kejahatan.⁵⁸

c. Berdasarkan Teori Model Pidanaan

Menurut teori Model Pidanaan ada ukuran kualitatif dan kuantitatif yang dapat dijadikan ukuran dalam menentukan minimum khusus untuk ancaman pidana penjara. Ukuran kualitatifnya adalah delik yang berkarakter (a) delik-delik yang dipandang sangat merugikan, membahayakan atau meresahkan masyarakat, dan (b)

⁵⁸ P.A.F. Lamintang dan Theo Lamintang, *Hukum Penitensier Indonesia*, Op.Cit, hal. 28-29

delik-delik yang dikualifisir atau diperberat oleh akibatnya (*erfolgsqualifizierte delikte*). Ukuran kuantitatifnya adalah delik berat yaitu delik yang diancam dengan pidana penjara 4 - 7 tahun dan delik sangat berat yang diancam dengan pidana penjara di atas 7 tahun.

Delik yang dipandang meresahkan masyarakat atau delik yang membuat masyarakat resah termasuk kejahatan kesusilaan terutama yang berat dan sangat berat harus ditanggulangi agar tidak mengganggu ketertiban masyarakat. Banyak orangtua menjadi resah dengan makin maraknya kejahatan kesusilaan terutama yang berat dan sangat berat termasuk di kalangan remaja karena begitu mudahnya mengakses gambar dan video porno melalui internet. Ini dapat mengakibatkan orang termasuk para remaja bahkan anak-anak meniru dan melakukan kejahatan.

Tindak pidana ada yang dalam bentuk pokok, ada yang mengandung unsur/syarat tambahan yang memperberat hukuman (disebut juga delik yang dikualifisir atau diperberat oleh akibatnya (*erfolgsqualifizierte delikte*)), ada juga yang mengandung unsur/syarat tambahan yang memperingan pidana. Salah satu unsur/syarat tambahan yang memperberat pidana adalah akibat yang timbul setelah perbuatan dilakukan misalnya luka, berat atau kematian.

Dalam penelitian ini, di antara pasal-pasal yang dijadikan obyek penelitian tampak bahwa delik yang dikualifisir atau diperberat oleh akibatnya adalah Pasal 288 dan 291 KUHP.

Tabel 26. Kejahatan kesusilaan yang dikualifisir oleh unsur akibatnya dalam KUHP

No	Pasal	Perbuatan	Penjara maksimum
1	288	(1) Bersetubuh dengan isterinya yang diketahuinya atau harus patut disangkanya bahwa perempuan itu belum masanya buat dikawinkan dan menyebabkan luka	4 tahun
		(2) Jika menyebabkan luka berat	8 tahun
		(3) Jika menyebabkan kematian	12 tahun
2	291	(1) Bila salah satu kejahatan yang disebutkan pada Pasal 286, 287, 289 dan 290 itu menyebabkan luka berat pada tubuh	12 tahun
		(2) Jika salah satu kejahatan yang diterangkan dalam Pasal 285, 286, 287, 289 dan 290 itu menyebabkan orang mati	15 tahun

Sumber : bahan hukum primer diolah

Pada Pasal 288 tampak bahwa pada perbuatan yang dilarang ada akibat luka, luka berat dan kematian. Ancaman pidana penjaranya maksimum 4 tahun jika mengakibatkan luka, 8 tahun jika mengakibatkan luka berat dan 12 tahun jika mengakibatkan kematian.

Pada Pasal 291 tampak bahwa pada perbuatan yang dilarang ada akibat luka berat dan kematian. Ancaman pidana penjaranya maksimum 12 tahun jika mengakibatkan luka berat dan 15 tahun jika mengakibatkan kematian.

Perbuatan yang dilarang dalam pasal-pasal ini tergolong berat (pidana penjaranya 4 – 7 tahun) dan sangat berat (pidana penjaranya di atas 7 tahun) tapi hakim dapat menjatuhkan hukuman yang rendah karena tidak diatur batas minimum khususnya. Maka dari itu seharusnya dalam KUHP mendatang ancaman pidana penjara untuk kejahatan kesusilaan berat dan sangat berat diatur minimum khususnya. Adapun perbuatan-perbuatan yang dilarang tersebut adalah sebagai berikut :

Tabel 27. Perbuatan yang dilarang dalam Pasal 285-290 KUHP

Pasal	Perbuatan yang dilarang
Pasal 285	Menggunakan kekerasan ataupun ancaman kekerasan memaksa perempuan yang bukan isterinya bersetubuh dengan dia
Pasal 286	bersetubuh dengan perempuan yang bukan isterinya padahal diketahuinya bahwa perempuan tersebut pingsan ataupun tidak berdaya
Pasal 287	bersetubuh dengan perempuan yang bukan isterinya padahal diketahuinya ataupun harus pantas diduganya, bahwa usia perempuan tersebut belum cukup lima belas tahun jika tak nyata berapa usianya, bahwa perempuan tersebut belum waktunya untuk kawin
Pasal 288	Bersetubuh dengan isterinya yang diketahuinya atau harus patut disangkanya bahwa perempuan itu belum masanya buat dikawinkan
Pasal 289	Menggunakan kekerasan ataupun ancaman kekerasan memaksa seseorang melaksanakan ataupun membiarkan dilaksanakan terhadap dirinya perbuatan cabul
Pasal 290	<p>1e. Melaksanakan perbuatan cabul dengan seseorang padahal diketahuinya bahwa orang tersebut pingsan ataupun tidak berdaya</p> <p>2e. Melaksanakan perbuatan cabul dengan orang padahal diketahuinya ataupun pantas harus diduganya bahwa usia orang tersebut belum cukup 15 tahun atau kalau tidak nyata berapa umurnya bahwa orang itu belum masanya buat dikawin</p> <p>3e. Membujuk (menggoda) seseorang, yang diketahuinya ataupun pantas harus diduganya bahwa usia orang tersebut belum cukup lima belas tahun ataupun jika tak nyata berapa usianya bahwa orang tersebut belum masanya buat dikawin akan melaksanakan ataupun membiarkan dilaksanakan terhadap dirinya perbuatan cabul ataupun akan bersetubuh dengan orang lain dengan tiada kawin</p>

Sumber : bahan hukum primer diolah

Kejahatan kesusilaan yang diteliti adalah kejahatan kesusilaan yang diancam pidana penjara di antara 4 - 7 tahun dan di atas 7 tahun (tergolong kejahatan berat dan sangat berat) maka sudah sepantasnya pelakunya dihukum berat. Langkah ini perlu dilakukan untuk mengefektifkan penegakan hukum sebagai bagian dari perlindungan masyarakat dan penanggulangan kejahatan dalam rangka menuju pembaharuan hukum pidana.

Masalah yang penting diperhatikan dalam pembaharuan hukum pidana Indonesia ada dua, yaitu masalah penentuan perbuatan apa yang semestinya dijadikan tindak pidana yang diatur di dalam Kitab Undang-undang Hukum Pidana dan masalah penerapan sanksi apa yang sebaiknya digunakan sesuai rasa keadilan masyarakat untuk diberikan kepada si pelanggar.⁵⁹ Pembaruan hukum pidana hanya terkait dengan perbuatan atau norma yang dirumuskan dalam undang-undang serta sanksinya karena hanya perbuatan dan norma ini yang sering berkembang dalam hal negatif, dimana jika teknologi berkembang maka perbuatan atau norma kejahatan ikut juga berkembang. Hal ini menyebabkan undang-undang sering ketinggalan zaman, seperti KUHP.....⁶⁰Mengingat cara

⁵⁹ Monang Siahna, *Pembaruan Hukum Pidana Indonesia*, (Jakarta: PT Grasindo, 2016), hal. 3

⁶⁰*Ibid.*, hal. 22

melakukan kejahatan makin kejam maka pembuat undang-undang harus mengimbangnya dengan membuat ancaman pidana yang sesuai. Untuk kejahatan kesusilaan yang merugikan, membahayakan, meresahkan masyarakat, yang diperberat oleh akibatnya dan diancam pidana penjara di antara 4 - 7 tahun serta di atas 7 tahun, perlu diberi minimum khusus.

4.2.3. Berdasarkan Acuan Yuridis

Berikut adalah ancaman pidana penjara minimum khusus dalam kejahatan persetubuhan, pencabulan dan memperniagakan laki-laki dan perempuan yang belum dewasa yang diperbandingkan antara KUHP Indonesia, undang-undang tindak pidana khusus, KUHP negara asing dan Rancangan KUHP 2015.

Tabel 23. Ancaman pidana penjara minimum khusus dalam kejahatan *persetubuhan* pada KUHP Indonesia, Undang-undang Perlindungan Anak, KUHP Argentina, KUHP Austria dan Rancangan KUHP 2015

Peraturan	Pasal	Penjara minimum khusus	Penjara maksimum
KUHP Indonesia	285	-	12 tahun
	286	-	9 tahun
	287	-	9 tahun
	288	-	4 tahun 8 tahun 12 tahun
KUHP Argentina	119 120 122 123 124	6 tahun 3 tahun 8 tahun 6 tahun 10 tahun	17 tahun 6 tahun 20 tahun 10 tahun 15 tahun
KUHP Austria	126 127	5 tahun Lebih dari 10 tahun 5 tahun Lebih dari 10 tahun	10 tahun 20 tahun 10 tahun 20 tahun
Undang-undang nomor 35 tahun 2014 mengenai Perubahan atas Undang-undang nomor 23 tahun 2002 mengenai Perlindungan Anak	81 (1)	5 tahun	15 tahun
Rancangan KUHP 2015	491 (1) 491 (3) 494 (1) 494 (2)	3 tahun 3 tahun 3 tahun 3 tahun	12 tahun 15 tahun. 12 tahun 15 tahun

Sumber : bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder diolah

Tabel 24. Ancaman pidana penjara minimum khusus dalam kejahatan *pencabulan* pada KUHP Indonesia, Undang-undang Perlindungan Anak, KUHP Austria, KUHP Jepang dan KUHP Thailand dan Rancangan KUHP 2015

Peraturan	Pasal	Penjara minimum khusus	Penjara maksimum
KUHP Indonesia	289	-	9 tahun
	290	-	7 tahun
	291	-	12 tahun
		-	15 tahun
	292	-	5 tahun
	293	-	5 tahun
	294	-	7 tahun
		-	7 tahun
	295	-	5 tahun
			4 tahun
296	-		1 tahun 4 bulan
Undang-undang Perlindungan Anak	82	5 tahun	15 tahun
KUHP Austria		1 tahun	5 tahun
		1 tahun	10 tahun
		1 tahun	20 tahun
KUHP Jepang	176	6 bulan	7 tahun
KUHP Thailand	280 (1)	5 tahun	15 tahun
Rancangan KUHP 2015	494 (1)	3 tahun	12 tahun
	494 (2)	3 tahun	15 tahun

Sumber : bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder diolah

Tabel 25. Ancaman pidana penjara minimum khusus dalam kejahatan memperniagakan laki-laki dan perempuan yang belum dewasa pada KUHP Indonesia, Undang-undang Perlindungan Anak, Undang-undang Pemberantasan Tindak Pidana Perdagangan Orang, KUHP Thailand dan Rancangan KUHP 2015

Peraturan	Pasal	Penjara minimum khusus	Penjara maksimum
KUHP Indonesia	297	-	6 tahun
Undang-undang Perlindungan Anak	83	3 tahun	15 tahun
Undang-undang Pemberantasan Tindak Pidana Perdagangan Orang	2(1)	3 tahun	15 tahun
KUHP Thailand	317	1 tahun 2 tahun	10 tahun 12 tahun
	318	6 bulan	7 tahun
	319	7 tahun	10 tahun 6 bulan
Rancangan KUHP 2015	555(1)	3 tahun	15 tahun
	(2)	3 tahun	15 tahun

Sumber : bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder diolah

Berdasarkan tabel-tabel di atas tampak bahwa untuk kejahatan persetubuhan, pencabulan dan memperniagakan laki-laki dan perempuan yang belum dewasa pada KUHP Indonesia tidak diatur ancaman pidana penjara minimum khusus padahal pada undang-undang tindak pidana khusus, KUHP negara asing dan dalam Rancangan KUHP diatur. Ini menunjukkan bahwa KUHP yang berlaku sekarang sudah tidak sesuai dengan perkembangan kejahatan yang terjadi di masyarakat dan tidak sesuai dengan tuntutan keadilan. Seharusnya dalam KUHP diatur ancaman pidana penjara minimum khusus agar menjadi pedoman bagi legislatif dalam menyusun ancaman pidana penjara dalam undang-undang tindak pidana khusus dalam hal ini undang-undang yang mengatur

kejahatan kesusilaan berat dan sangat berat. Selain itu, tampak bahwa batas minimum ancaman pidana penjara yang diatur dalam undang-undang tindak pidana khusus dan dalam KUHP beberapa negara asing berbeda-beda lamanya. Hal ini adalah karena setiap bangsa atau negara mempunyai ukuran dan penilaian yang berbeda, yang didasarkan pada kepentingan masing-masing, khususnya kepentingan negara.

Jika diperhatikan pada tabel-tabel di atas juga tampak bahwa untuk *kejahatan persetubuhan* pada KUHP Argentina dan Austria ancaman pidana penjara minimum khususnya cukup tinggi yaitu :

- Pada KUHP Argentina ancaman pidana penjara maksimumnya 15 tahun, minimum khususnya *10 tahun*.
- Pada KUHP Austria ancaman pidana penjara maksimumnya 20 tahun, minimum khususnya *lebih dari 10 tahun*.

Sementara itu ada juga negara yang mengatur ancaman pidana penjara minimum khususnya sangat rendah yaitu untuk *kejahatan pencabulan* pada KUHP Jepang ancaman pidana penjara maksimumnya 7 tahun sedangkan minimum khususnya *6 bulan*.

Demikian pula pada KUHP Thailand untuk kejahatan *Memporniagakan laki-laki dan perempuan yang belum dewasa* ancaman pidana penjara maksimumnya 7 tahun sedangkan minimum khususnya *6 bulan*.

Perbedaan lamanya ancaman pidana penjara dapat dipahami karena ancaman pidana secara konseptual menunjukkan ketercelaan perbuatan yang dimanifestasikan dalam bentuk dan jumlah pidana yang diancamkan. Ancaman pidana yang tinggi menunjukkan ketercelaan yang tinggi dari

perbuatan yang dilarang. Sebaliknya, ancaman pidana rendah menunjukkan ketercelaan yang rendah dari perbuatan yang dilarang. Namun konsepsi ini harus didukung dengan tolok ukur yang jelas tentang ukuran-ukuran ketercelaan perbuatan yang dilarang. Ukuran ini justru tidak ditemukan dalam hukum pidana Indonesia. Kriminalisasi tindak pidana sering kali tidak disertai penjelasan yang memadai tentang alasan diancamkannya pidana atau jumlah pidana tertentu.⁶¹

Dalam pasal-pasal tentang kejahatan kesusilaan berat dan sangat berat yang diteliti dalam KUHP yaitu kejahatan persetubuhan, kejahatan pencabulan dan kejahatan memperniagakan laki-laki dan perempuan yang belum dewasa (Pasal 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 294 ayat (1) dan (2), 295 dan 297) tampak bahwa ancaman pidana penjaranya berkisar antara 4 tahun (Pasal 295) sampai 15 tahun (Pasal 291). Sesuai dengan lamanya ancaman pidana penjara menunjukkan tingginya ketercelaan perbuatan yang dilarang. Pasal 291 yang mana ancaman pidana penjaranya adalah 15 tahun (yang tertinggi di antara kesusilaan berat dan sangat berat) mengatur tentang Pasal 285, 286, 287 dan 290 yang mengakibatkan kematian. Adapun perbuatan yang dilarang dalam pasal-pasal tersebut adalah :

⁶¹ Harkristuti Harkrisnowo, *Rekonstruksi Konsep Pemidanaan: Suatu Gugatan terhadap Proses Legislasi dan Pemidanaan di Indonesia*, (Orasi pada Upacara Pengukuhan Guru Besar Tetap dalam Ilmu Hukum Pidana Fakultas Hukum Universitas Indonesia di Balai Sidang Universitas Indonesia, Depok, 8 Maret 2003)

- Pasal 285 : memaksa seorang perempuan bersetubuh dengannya tanpa pernikahan
- Pasal 286 : bersetubuh dengan seorang perempuan tanpa pernikahan, sedangkan diketahuinya bahwa perempuan tersebut dalam keadaan pingsan ataupun tak berdaya
- Pasal 287 : bersetubuh dengan seorang perempuan tanpa pernikahan sedangkan diketahuinya ataupun sepatutnya harus disangka, bahwa usianya belum 15 tahun, ataupun jika umurnya tak ternyata, bahwa belum dapat dinikahi
- Pasal 290 :
- ke 1 : melaksanakan perbuatan cabul dengan seseorang sedangkan diketahuinya bahwa orang tersebut pingsan ataupun tak berdaya
 - ke 2 : melaksanakan perbuatan cabul dengan seseorang sedangkan diketahui atau sepantasnya harus disangka bahwa usianya belum 15 tahun ataupun jika usianya tak ternyata bahwa belum mampu dikawin
 - ke 3 : membujuk seseorang dimana diketahui ataupun sepantasnya harus disangka bahwa umurnya belum 15 tahun ataupun jika usianya tak ternyata bahwa belum mampu dinikahi, guna melaksanakan ataupun membiarkan dilaksanakan perbuatan cabul ataupun bersetubuh tanpa pernikahan dengan orang lain.

Di sini tampak bahwa perbuatan yang dilarang dalam pasal-pasal di atas tingkat ketercelaannya tinggi maka dari itu pelakunya diancam dengan pidana penjara paling lama 15 tahun, namun karena tidak dibatasi dengan minimum khusus maka hakim dapat menjatuhkan hukuman yang sangat ringan bagi pelaku.

Bagaimanapun dalam rangka penanggulangan kejahatan kesusilaan berat dan sangat berat, peraturan yang sekarang berlaku di Indonesia yaitu dalam KUHP perlu diubah. Sebagaimana dikatakan oleh John Rawls bahwa hukum harus direformasi jika

mereka tidak adil. Setiap orang memiliki hak yang tak dapat diganggu gugat yang berlandaskan keadilan. Dengan alasan ini, maka keadilan menyangkal hilangnya kebebasan untuk beberapa orang yang dibuat benar demi kebaikan bersama oleh orang lain. Artinya peraturan tentang kejahatan kesusilaan berat dan sangat berat dalam KUHP harus diperbaiki karena tidak adil yaitu dengan mengatur ancaman pidana penjara minimum khusus dan pelaku dapat dihukum berat sesuai dengan tingkat ketercelaan perbuatan yang dilarang.

4.2.4 Berdasarkan Pertimbangan Sosiologis

Beberapa putusan pengadilan tentang kejahatan kesusilaan sangat berat yang pernah dijatuhkan seperti pada contoh yang telah disampaikan pada bagian Latar Belakang disertasi ini tampak bahwa terdapat perbedaan tentang lamanya pidana penjara yang dijatuhkan kepada pelaku. Pelaku sama-sama dinyatakan terbukti memenuhi unsur Pasal 285 KUHP dimana ancaman pidana penjaranya paling lama dua belas tahun namun pidana penjara yang dijatuhkan berbeda yaitu pada putusan pengadilan nomor 343/Pid.B/2013/PN BJ pelaku dihukum sembilan bulan penjara sedangkan pada putusan pengadilan nomor 849/PID.B/2015/PN.Jkt.Sel pelaku dihukum lima tahun enam bulan penjara.

Fakta ini menunjukkan terjadinya disparitas dalam pemidanaan. Disparitas pemidanaan artinya suatu penerapan

pidana yang tidak sama terhadap tindak pidana yang sama atau terhadap tindak pidana yang sifat bahayanya dapat diperbandingkan, tanpa dasar pembenaran yang jelas.⁶² Perbedaan lamanya pidana penjara yang dijatuhkan oleh hakim dalam perkara yang sama jenis kejahatannya dapat terjadi karena beberapa hal.

Disparitas dalam ppidanaan dapat *disebabkan oleh hukumnya sendiri dan penerapan kebebasan hakim*. Dua hal ini berkaitan dengan masalah *strafsoort* dan *strafmaat*. Sebagai contoh adalah Pasal 188 KUHP yang dalam perumusannya memuat jenis pidana yang bersifat alternatif :

Barang siapa karena kesalahan (kealpaan) menyebabkan kebakaran, ledakan atau banjir, diancam dengan pidana penjara paling lama lima tahun atau pidana kurungan paling lama satu tahun atau pidana denda paling banyak empat ribu lima ratus rupiah, jika karena perbuatan itu timbul bahaya umum bagi barang, jika karena perbuatan itu timbul bahaya bagi nyawa orang lain atau jika karena perbuatan itu mengakibatkan orang mati.

Dalam pasal ini tampak adanya tiga alternatif ancaman pidana yaitu pidana penjara, pidana kurungan dan pidana denda. Hakim dapat memilih jenis pidana mana (*strafsoort*) yang tepat untuk dijatuhkan kepada pelaku. Selanjutnya, hakim juga bebas untuk menentukan beratnya pidana (*strafmaat*). Keadaan inilah yang dimaksud bahwa hukumnya sendiri dan kebebasan hakim merupakan salah satu penyebab terjadinya disparitas ppidanaan.

⁶² Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Teori-teori dan Kebijakan Pidana*, OpCit , hal. 54

Mengenai *kebebasan hakim*, diakui oleh undang-undang yaitu dalam Pasal 24 Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945 yang menyatakan bahwa kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan. Ketentuan ini merupakan jaminan terhadap kebebasan lembaga peradilan termasuk kebebasan hakim dalam menjalankan tugasnya.

Kebebasan hakim dalam kenyataannya memang diperlukan demi menjamin keadilan tapi seringkali penggunaannya melampaui batas sehingga dapat mengakibatkan terjadinya disparitas pemidanaan. Sehubungan dengan hal ini Sudarto mengatakan bahwa kebebasan hakim dalam menetapkan pidana tidak boleh sedemikian rupa sehingga memungkinkan terjadinya ketidaksamaan yang menyolok hal mana akan mendatangkan perasaan tidak adil (*onbehegelyk*) bagi masyarakat maka pedoman memberikan pidana dalam KUHP sangat diperlukan sebab akan mengurangi ketidaksamaan tersebut meskipun tidak dapat menghapuskannya sama sekali.⁶³

Selain masalah hukum dan kebebasan hakim, ada beberapa masalah lain yang juga menjadi penyebab terjadinya disparitas pemidanaan yaitu masalah *perbedaan falsafah pemidanaan yang*

⁶³Sudarto, *Hukum dan Hukum Pidana*, OpCit, hal. 61

diyakini hakim dan belum adanya pedoman pemidanaan serta patokan pemidanaan.

Dalam KUHP tidak diatur tentang *falsafah pemidanaan*. Hal ini mengakibatkan terjadinya perbedaan falsafah pemidanaan yang dianut hakim dan selanjutnya akan berakibat perbedaan sikap diantara hakim-hakim dalam menentukan lamanya pidana konservatif dengan falsafah pemidanaan memandang hukum pidana sebagai pembalasan maka ia cenderung akan menjatuhkan hukuman yang berat kepada terdakwa. Hakim yang bersikap progresif dengan falsafah pemidanaan memandang hukum pidana sebagai pembinaan maka ia cenderung akan menjatuhkan hukuman yang ringan kepada terdakwa. Jadi tidak diaturnya falsafah pemidanaan dapat mengakibatkan disparitas pemidanaan. Menurut Sudarto *pedoman pemberian pidana* dapat memudahkan hakim dalam menjatuhkan hukuman. Pedoman pemberian pidana mengatur hal-hal yang bersifat obyektif tentang pelaku sehingga putusan yang dijatuhkan hakim proporsional. Hal senada juga disampaikan oleh Muladi bahwa masalahnya bukan menghilangkan disparitas secara mutlak tetapi disparitas tersebut harus rasional.⁶⁴

Indonesia belum memiliki pedoman pemidanaan termasuk yang berkaitan dengan kriteria kualitatif dan kuantitatif penentuan

⁶⁴ Sudarto, *Kapita Selektta Hukum Pidana*, OpCit , hal. 20

pidana minimum khusus. Untuk ukuran kualitatif, menurut doktrin ilmu pengetahuan hukum pidana, delik yang dapat ditentukan pidana minimum khususnya adalah delik-delik yang :

1. dipandang sangat merugikan, membahayakan atau meresahkan masyarakat;
2. dikualifisir atau diperberat oleh akibatnya.

Untuk ukuran kuantitatif solusinya adalah dengan cara melakukan studi komparasi pada beberapa perundang-undangan pidana negara lain khususnya tentang formulasi pidana minimum khusus di beberapa KUHP negara lain.

Faktor berikutnya yang dapat mendorong terjadinya disparitas pemidanaan adalah tidak adanya *patokan pemidanaan*. Patokan pemidanaan adalah pidana rata-rata yang dijatuhkan hakim dalam wilayah pengadilan tertentu. Dengan demikian pidana yang terlalu ekstrim, terlalu berat atau terlalu ringan dapat dibatasi. Patokan tersebut tidak bersifat mutlak. Setiap majelis hakim bebas untuk menyimpang dari patokan tersebut asal saja dengan memberikan pertimbangan yang cukup dalam putusannya. Dengan tidak adanya patokan pemidanaan, hakim dalam memutus suatu perkara tidak mempunyai pegangan berat ringannya vonis hukuman yang akan dijatuhkan.⁶⁵

⁶⁵ Kif Aminanto, *Politik Hukum Pidana*, jilid 2, (Jember: Jember Katamedia, 2017), hal. 179

Disparitas pemidanaan juga dapat berasal dari diri hakim sendiri. Hakim yang memandang bahwa aliran klasik lebih baik akan memidana lebih berat sebab ia menganggap bahwa pidana itu harus disesuaikan dengan kejahatan. Sebaliknya hakim yang berpandangan modern akan memidana lebih ringan sebab orientasinya adalah pada si penjahat bukan pada kejahatan. Dengan demikian faktor-faktor yang berasal dari diri penjahat seperti keadaan fisik (misalnya jenis kelamin) dan kejiwaan maupun lingkungan dapat menjadi faktor yang meringankan hukuman sehingga bisa menjadi penyebab disparitas pemidanaan. Menurut Harkristuti Harkrisnowo disparitas pemidanaan dapat terjadi dalam beberapa kategori :

1. Disparitas antara tindak-tindak pidana yang sama
2. Disparitas antara tindak-tindak pidana yang mempunyai tingkat keseriusan yang sama
3. Disparitas pemidanaan yang dijatuhkan oleh satu majelis hakim
4. Disparitas antara pidana yang dijatuhkan oleh majelis hakim yang berbeda untuk tindak pidana yang sama.

Menurut Edward M. Kennedy sebagaimana dikutip oleh Barda Nawawi Arief disparitas pemidanaan dapat *mengakibatkan*:

1. Memelihara tumbuh atau berkembangnya perasaan sinis masyarakat terhadap sistem pidana yang ada
2. Gagal mencegah terjadinya tindak pidana

3. Mendorong terjadinya tindak pidana
4. Merintangi tindakan-tindakan perbaikan terhadap para pelanggar.⁶⁶

Ini menunjukkan bahwa disparitas pembedaan tidak sejalan dengan tujuan pembedaan dan falsafah pembedaan. Selain itu juga menimbulkan rasa tidak adil serta mendorong orang melakukan tindak pidana. Berikut adalah beberapa hal yang timbul akibat terjadinya disparitas pembedaan yaitu ketidakpuasan bagi terpidana bahkan masyarakat pada umumnya, kecemburuan sosial dan pandangan negatif oleh masyarakat pada institusi peradilan, ketidakpedulian pada penegakan hukum dalam masyarakat, menurunnya kepercayaan masyarakat pada peradilan dan akhirnya masyarakat lebih memilih main hakim sendiri daripada mengajukan perkara ke pengadilan.

Disparitas pembedaan juga merupakan wujud perlakuan peradilan yang tidak sama terhadap sesama pelaku tindak pidana sejenis yang dijatuhkan pidana penjara yang lamanya berbeda. Ini berarti prinsip *equality before the law* tidak dilaksanakan. Suhubungan dengan hal ini Muladi dan Barda Nawawi Arief mengatakan bahwa :

Terpidana yang setelah memperbandingkan pidana memudian merasa menjadi korban terhadap *judicialcaprice* akan menjadi terpidana yang tidak menghargai hukum, padahal penghargaan terhadap hukum tersebut merupakan salah satu

⁶⁶ Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Teori-teori dan Kebijakan Pidana*, Opcit., hal. 8

target di dalam tujuan pemidanaan. Dari ini akan nampak suatu persoalan yang serius, sebab akan merupakan suatu indikator dan manifestasi dari kegagalan suatu sistem untuk mencapai persamaan keadilan di dalam negara hukum dan sekaligus akan melemahkan kepercayaan masyarakat terhadap sistem penyelenggaraan hukum pidana. Sesuatu yang tidak diharapkan terjadi bilamana disparitas tersebut tidak diatasi yaitu timbulnya demoralisasi dan sikap anti rehabilitasi di kalangan terpidana yang lebih berat daripada yang lain dalam kasus yang sebanding.⁶⁷

Jadi tidak terpenuhinya asas *equality before the law* karena disparitas pemidanaan dapat berakibat terpidana tidak menghargai hukum, bersikap anti rehabilitasi dan secara umum melemahkan kepercayaan masyarakat terhadap sistem penyelenggaraan hukum pidana.

Berdasarkan uraian tentang disparitas pemidanaan di atas yang merupakan aspek sosiologis dari penelitian ini, perlu dicarikan solusinya apalagi untuk kejahatan kesusilaan berat dan sangat berat yang menimbulkan penderitaan berat bagi korban dan mengganggu rasa keamanan dan kenyamanan masyarakat. Berikut adalah beberapa solusi yang dikemukakan pakar.

Eddy Djunaedi Karnasudirdja mengemukakan beberapa cara untuk mengurangi atau meminimalisasi disparitas pemidanaan pada putusan hakim yaitu dengan menggunakan :

1. data-data pemidanaan
2. *checking list* atau
3. *prediction table*

⁶⁷ Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Ibid.*, hal. 54

4. patokan pidana⁶⁸

Di sini Ketua Pengadilan Negeri harus mengumpulkan data-data mengenai hukuman yang pernah dijatuhkan untuk satu jenis tindak pidana di wilayah hukumnya untuk jangka waktu tertentu. Data-data tersebut diajukan dalam sebuah rapat majelis hakim dan mendengarkan pendapat tiap hakim hingga diperoleh kesepakatan mengenai standar pembedanaan. Jika standar pembedanaan yang ditetapkan di masing-masing Pengadilan Negeri sudah berjalan beberapa tahun, barulah dapat ditetapkan standar pembedanaan untuk suatu wilayah Pengadilan Tinggi. Selanjutnya yang menetapkan alasan-alasan yang dapat memperingan dan memperberat hukuman adalah Mahkamah Agung dan berlaku untuk seluruh Indonesia.

Kif Aminanto mengatakan bahwa untuk meminimalisasi terjadinya disparitas pembedanaan perlu dirumuskan dalam politik hukum pidana berupa :

1. Peraturan perundang-undangan pidana yang berisi ketentuan antara lain mengenai pola pembedanaan, pedoman pembedanaan, patokan pembedanaan
2. Peraturan perundang-undangan pidana yang berisi ketentuan rumusan ancaman pidana yang serasi dengan tindak pidana yang dilakukan

⁶⁸ Domingussilaban.blogspot.com/2009/11/pola-pembedanaan-tindak-pidana-korupsi, diunduh tanggal 10 Januari 2014

3. Peraturan perundang-undangan pidana yang berisi ketentuan rentang antara ancaman minimum dan maksimum yang tidak terlalu longgar
4. Peraturan perundang-undangan pidana yang berisi ketentuan mengenai kode etik yang ketat
5. Peraturan Mahkamah Agung mengenai kemudahan akses informasi publik dalam mempublikasikan putusan hakim
6. Peraturan Mahkamah Agung mengenai penyusunan data base yang lengkap dan valid mengenai putusan pengadilan sebagai sarana standarisasi kualitas putusan pengadilan.⁶⁹

Demikian beberapa alternatif solusi yang dapat ditempuh untuk meminimalisir terjadinya disparitas pemidanaan. Yang tak kalah pentingnya adalah sikap hakim yang proporsional terhadap kepentingan pelaku, korban dan masyarakat.

4.2.5 Berdasarkan Pendapat Ahli

Dalam KUHP dan Rancangan KUHP delik perkosaan ditempatkan dalam delik kesusilaan. Secara umum dinyatakan bahwa delik kesusilaan adalah delik yang berhubungan dengan masalah kesusilaan (etika). Pandangan ini adalah pemikiran konvensional yang sudah ditinggalkan oleh berbagai negara. Dengan berkembangnya definisi perkosaan yang semakin mengarah pada perkosaan sebagai bentuk kejahatan seksual dan kejahatan yang menyerang integritas tubuh, maka sebaiknya

⁶⁹ Kif Aminanto, *OpCit*, hal. 182

dipikirkan apakah delik perkosaan diletakkan dalam bagian asusila atau sebaiknya diatur dalam bagian kejahatan nyawa dan tubuh.⁷⁰

Penulis berpendapat bahwa dalam KUHP mendatang sebaiknya kejahatan kesusilaan diatur dalam bagian kejahatan tubuh karena yang diserang adalah bagian tubuh manusia. Hal ini senada dengan pendapat Nursyahbani Katjasungkana bahwa dengan diaturnya kejahatan seksual dalam kejahatan kesusilaan menunjukkan bahwa korban kejahatan seksual tidak dianggap sebagai subyek hukum. Maka sudah sepantasnya pelaku kejahatan seksual apalagi yang ada unsur akibatnya diancam dengan pidana penjara yang berat. Hal ini bisa dilakukan antara lain dengan memberi batas minimum khusus.

Adanya putusan pengadilan yang menjatuhkan hukuman sangat ringan seperti pada putusan pengadilan nomor 343/Pid.B/2013/PN BJ di atas menunjukkan bahwa KUHP tidak berpihak pada korban dalam hal ini perempuan. Ditambah lagi hukum acara pidana yang berlaku sekarang tidak sensitif gender, menggiring putusan yang dijatuhkan hakim tidak pro kepada korban melainkan lebih memperhatikan kepentingan pelaku. Dari putusan yang seperti ini menunjukkan bahwa hakim tidak paham tentang hak asasi manusia. KUHP mendatang seharusnya

⁷⁰ Adery Ardhan Saputro, *Tindak Pidana Perkosaan dalam Rancangan KUHP*, (Jakarta: Aliansi Nasional Reformasi KUHP, 2016), hal.7

mengutamakan prinsip hak asasi manusia, prinsip kesetaraan gender, prinsip non diskriminasi, dan prinsip perlindungan hukum.

Prinsip hak asasi manusia perlu diperhatikan karena perempuan sebagai korban kejahatan seksual juga mempunyai hak yang paling asasi yaitu mendapatkan perlindungan dari kejahatan apapun termasuk kejahatan seksual. Jadi prinsip perlindungan hukum juga terlaksana. Dalam KUHP mendatang hendaknya ketentuan tentang kejahatan kesusilaan diatur dalam kejahatan terhadap tubuh karena yang diserang adalah bagian tubuh manusia jadi harus ada kesetaraan gender, tidak boleh ada diskriminasi terhadap perempuan.

Jika dikaitkan dengan teori kontrak sosial bahwa hidup manusia tergantung kepada perlindungan undang-undang yang dibuat oleh Negara yang memberi perlindungan supaya hak-hak manusia tak dilanggar oleh individu lainya dan hal itu disepakati dalam bentuk perjanjian antara penguasa dan rakyat maka undang-undang yang dibuat harus melindungi hak rakyat dalam hal ini adalah korban. Undang-undang yang demikian tentu adalah undang-undang yang mengatur sanksi bagi pelaku yang dapat membuatnya jera dan tidak mengulangi perbuatannya lagi. Selain itu juga memberi rasa aman bagi masyarakat.