

BAB III

HASIL DAN PEMBAHASAN

1. Kriminalisasi Pekerja Seks Sebagai Pelaku Tindak Pidana Prostitusi

1.1. Dasar Filosofis Kriminalisasi Pekerja Seks Sebagai Pelaku Tindak Pidana Prostitusi

Para kriminolog membedakan antara perbuatan *mala prohibita* dan *mala in se*. *Mala prohibita* menunjuk kepada perbuatan yang buruk karena adanya suatu larangan, yaitu perbuatan yang tidak dipandang sebagai suatu perbuatan buruk dengan sendirinya melainkan adanya suatu ketentuan hukum atau undang-undang yang mendefinisikan perbuatan tersebut sebagai suatu pelanggaran atau perbuatan buruk. *Mala in se* merupakan perbuatan yang dipandang sebagai perbuatan buruk dengan sendirinya meskipun ada atau tidak adanya suatu hukum yang mengatur perbuatan tersebut.⁹¹

Perbuatan yang dilakukan seseorang yang diduga melakukan kejahatan dapat diuji berdasarkan kaedah hukum yang dilanggar apakah perbuatan tersebut termasuk kategori tindakan yang merupakan *mala prohibita* atau *mala in se*. Pekerja seks dalam prostitusi dapat dikategorikan melakukan perbuatan *mala in se*, hal ini karena pekerja seks dianggap telah melakukan perbuatan yang dinilai melanggar norma kesusilaan, meskipun di dalam ketentuan pidana tidak diatur pekerja seks sebagai subjek hukum tindak pidana prostitusi.

⁹¹Frank E Hagan, Op. Cit, hlm. 9

Meskipun pekerja seks dianggap telah melakukan perbuatan yang dikategorikan perbuatan *mala in se*, namun untuk dapat memberikan ketentuan pidana yang memberikan kepastian hukum terhadap pekerja seks sebagai pelaku tindak pidana diperlukan adanya pembentukan norma hukum pidana yang tertulis dalam bentuk undang-undang. Sehingga kriminalisasi pekerja seks sebagai pelaku tindak pidana prostitusi dalam penelitian ini sesuai untuk mengisi kekosongan hukum yang terjadi berkaitan dengan pekerja seks sebagai pelaku tindak pidana prostitusi.

Secara filosofis pembentukan norma hukum harus didasarkan kepada Pancasila sebagai sumber dari segala sumber hukum. Di samping harus juga di dasarkan pada Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945 (UUD NRI 1945) sebagai konstitusi negara.

Pancasila sebagai sumber dari segala sumber hukum ditegaskan di dalam ketentuan Pasal 2 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan.⁹² Di dalam Undang-Undang ini juga disebutkan bahwa UUD NRI 1945 merupakan hukum dasar dalam peraturan perundang-undangan.⁹³ Sehingga dari uraian tersebut dapat diketahui bahwa suatu norma hukum dalam suatu peraturan perundang-undangan harus didasarkan dan tidak boleh bertentangan dengan Pancasila dan UUD NRI 1945.

⁹²**Pasal 2 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan** yang berbunyi, “Pancasila merupakan sumber segala sumber hukum negara”.

⁹³**Pasal 3 ayat (1) Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan**, yang berbunyi” Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 merupakan hukum dasar dalam Peraturan perundang-undangan”

Di dalam penelitian ini masalah yang diangkat adalah terkait kriminalisasi pekerja seks sebagai pelaku tindak pidana prostitusi. Jika dikaitkan dengan lima sila dalam Pancasila yang terdiri dari Ketuhanan Yang Maha Esa, Kemanusiaan yang adil dan beradab, Persatuan Indonesia, Kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam permusyawaratan/perwakilan dan Keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia, maka pekerja seks yang melakukan perbuatan cabul dalam prostitusi ini tidak sesuai dengan sila pertama dan sila kedua di dalam Pancasila.

Sila Ketuhanan Yang Maha Esa yang merupakan sila pertama Pancasila di dalamnya terkandung nilai bahwa negara yang didirikan adalah sebagai pengejawantahan tujuan manusia yang merupakan makhluk ciptaan Tuhan Yang Maha Esa. Oleh karena itu segala hal yang berkaitan dengan pelaksanaan dan penyelenggaraan negara termasuk juga moral negara, penyelenggara negara, hukum maupun peraturan perundang-undangan harus dijiwai nilai-nilai Ketuhanan Yang Maha Esa.⁹⁴

Nilai Ketuhanan memiliki maksud bahwa masyarakat Indonesia merupakan masyarakat yang memiliki tata nilai yang disandarkan kepada nilai-nilai yang bersumber kepada ajaran agama. Sistem kepercayaan, berupa sistem religi telah berakar lama dalam tradisi masyarakat Indonesia dan dijadikan panduan dalam merumuskan setiap kebijakan, setiap tindakan.⁹⁵

⁹⁴Kaelan dan Achmad Zubaidi, *Pendidikan Kewarganegaraan*, (Paradigma: Yogyakarta, 2010), hlm. 31

⁹⁵Mokhammad Najih, *Politik Hukum Pidana: Konsepsi Pembaharuan Hukum Pidana dalam Cita Negara Hukum*, (Setara Press: Malang, 2014), hlm. 31

Jika dikaitkan dengan penelitian ini maka prostitusi merupakan perbuatan yang tidak sesuai dengan nilai Ketuhanan Yang Maha Esa. Hal ini karena prostitusi tidak dibenarkan dalam agama manapun, dimana sila ini sangat berhubungan dengan keyakinan beragama yang berlaku di Indonesia.

Salah satu yang tidak membenarkan adanya prostitusi adalah agama islam. Hukum islam melarang segala bentuk perzinahan termasuk di dalamnya prostitusi seperti yang disebutkan dalam Al-Quran surat al Isyra ayat 32 yang artinya “Dan janganlah kamu sekali-sekali melakukan perzinahan, sesungguhnya perzinahan itu merupakan suatu perbuatan yang keji, tidak sopan dan jalan yang buruk”. Hukum islam tidak membedakan antara perzinahan ataupun pelacuran, segala bentuk persetubuhan antara laki-laki dengan perempuan yang dilakukan di luar ikatan pernikahan yang sah adalah zina.⁹⁶ Hal ini berbeda dengan pengertian zina dalam KUHP di mana salah satu pihak atau kedua belah pihak harus sudah dalam ikatan perkawinan.

Agama Hindu memandang prostitusi sebagai perbuatan terlarang, karena di dalam agama Hindu tubuh wanita diibaratkan sebagai susu kehidupan bagi generasi selanjutnya. Sehingga dengan memperjualbelikan susu kehidupan lewat prostitusi maka akan memberikan kutukan seumur hidup.⁹⁷

Pada Injil, perjanjian baru lebih mengutamakan pertobatan hal tersebut dapat diketahui dari rumusan-rumusan injil, yang antara lain memuat,

⁹⁶Ahmad Wardi Muslich, *Hukum Pidana Islam*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2005), hlm. 9

⁹⁷Lucky Elza Aditya, *Urgensi Kriminalisasi Terhadap Pelacuran Dalam Pembaharuan Hukum Pidana di Indonesia*, (Jurnal Mahasiswa Fakultas Hukum, Universitas Brawijaya, 2016), hlm. 13

“Barangsiapa di antara kamu tidak berdosa, hendaklah ia pertama melemparkan batu kepada perempuan zina itu” pergilah dan jangan berbuat dosa lagi....”⁹⁸

Berdasarkan nilai religius yang terkandung di dalam sila pertama Pancasila ini jika dikaitkan dengan penelitian mengenai kriminalisasi pekerja seks sebagai pelaku tindak pidana prostitusi ini merupakan salah satu upaya dalam mewujudkan penyelenggaraan negara berupa hukum yang bermoral dan dijiwai dengan nilai-nilai religius yang terkandung dalam sila pertama Pancasila ini.

Di samping sila pertama Pancasila, perbuatan cabul dalam prostitusi yang dilakukan oleh pekerja seks juga tidak sesuai dengan sila kedua Pancasila yaitu kemanusiaan yang adil dan beradab. Di dalam sila kedua Pancasila ini terkandung nilai-nilai bahwa terdapat kewajiban negara untuk menjunjung tinggi harkat dan martabat manusia sebagai makhluk yang beradab. Sila kedua ini memuat nilai mengenai kesadaran sikap moral dan tingkah laku manusia yang didasarkan atas hati nurani manusia yang berhubungan dengan norma, kebudayaan terhadap diri sendiri, sesama dan lingkungan. Nilai Kemanusiaan yang mengandung makna bahwa eksistensi diri bangsa Indonesia harus menempatkan dirinya sebagai manusia yang utuh, menghormati dirinya sendiri sebagai manusia dan menghormati manusia lain sebagaimana dia menghormati dirinya sendiri.⁹⁹ Nilai kemanusiaan yang beradab merupakan perwujudan nilai kemanusiaan sebagai makhluk yang berbudaya, bermoral dan beradab.¹⁰⁰

⁹⁸Leden Merpaung, *Kejahatan Terhadap Kesusilaan Dan Masalah Prevensinya*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2008), hlm. 5

⁹⁹Mokhamad Najih, Loc. Cit

¹⁰⁰Leden Merpaung, Op. Cit. 32

Beradab berasal dari kata adab yang merupakan sinonim dari kata sopan, berbudi luhur, susila. Beradab memiliki maksud yang sama dengan berkesopanan, berbudi luhur, dan bersusila. Sehingga berdasarkan pengertian tersebut maka sikap, serta tindakan yang dilakukan harus selalu didasarkan pada nilai-nilai keluhuran budi, kesopanan dan kesusilaan. Berdasarkan uraian tersebut maka beradab juga memiliki maksud yang sama dengan berdasarkan nilai-nilai kesusilaan di mana nilai kesusilaan adalah bagian dari kebudayaan.¹⁰¹

Pekerja seks dalam melakukan perbuatan cabul pada perbuatan prostitusi ini tidak mencerminkan perbuatan yang berbudaya, bermoral dan beradab karena prostitusi telah melanggar norma kesusilaan. Selain itu, pekerja seks dalam prostitusi tidak mencerminkan adanya kesadaran terhadap tingkah laku manusia yang seharusnya disesuaikan dengan norma-norma dan kebudayaan baik terhadap sikap moral terhadap diri sendiri, terhadap sesama maupun terhadap lingkungan, yang pada permasalahan ini berupa merusak tatanan lingkungan sosial. Sehingga kriminalisasi pekerja seks sebagai pelaku tindak pidana prostitusi dalam penelitian ini merupakan salah satu upaya dalam pembentukan norma hukum yang mengangkat harkat dan martabat manusia.

Sehingga yang menjadi landasan filosofis dalam kriminalisasi pekerja seks sebagai pelaku tindak pidana prostitusi adalah bahwa prostitusi merupakan perbuatan yang bertentangan dengan sila-sila Pancasila sebagai sumber dari segala sumber hukum.

¹⁰¹Pimpinan MPR dan Tim Kerja Sosialisasi MPR periode 2009-2014, *Empat Pilar Kehidupan Berbangsa dan Bernegara*, (Jakarta: Sekretariat Jendral MPR RI, 2012), hlm. 52

Kaelan dan Achmad Zubaidi dalam bukunya yang berjudul Pendidikan Kewarganegaraan mengemukakan bahwa sebagai konsekuensi selama bangsa Indonesia memiliki kehendak bersama untuk membangun bangsa di atas dasar filosofis nilai-nilai Pancasila, seharusnya segala kebijakan dalam negara terutama dalam melakukan suatu pembaharuan-pembaharuan dalam negara dalam proses reformasi dewasa ini nilai yang terkandung dalam sila Pancasila merupakan suatu pangkal tolak derivasi baik dalam politik, sosial, ekonomi, hukum, serta kebijakan hubungan internasional. Hal ini diistilahkan bahwa Pancasila menjadi pandangan hidup atau paradigma bagi kehidupan berbangsa dan bernegara.¹⁰²

Pancasila yang merupakan paradigma berbangsa dan bernegara maka nilai yang terkandung di dalam sila Pancasila harus tercermin salah satunya pada hukum yang berlaku di Indonesia. Hal ini mengingat Indonesia merupakan negara hukum. Jika dikaitkan dengan permasalahan dalam penelitian ini, kriminalisasi pekerja seks sebagai pelaku tindak pidana prostitusi merupakan salah satu upaya dalam mewujudkan pengejawantahan nilai-nilai Pancasila ke dalam ketentuan hukum yang ada.

Pancasila merupakan *core philosophy* dari pembukaan UUD NRI 1945.¹⁰³ Di dalam alinea Keempat pembukaan UUD NRI 1945 disebutkan bahwa untuk mencapai tujuan negara yang dicantumkan dalam alinea yang sama maka UUD NRI 1945 dibentuk dengan berdasarkan kepada Ketuhanan Yang Maha Esa, kemanusiaan yang adil dan beradab, persatuan Indonesia, dan kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam permusyawaratan/ perwakilan, serta

¹⁰²Kaelan dan Achmad Zubaidi, Loc. Cit, hlm. 37

¹⁰³Ibid, hlm. 41

dengan mewujudkan suatu keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia. Yang mana hal tersebut merupakan lima sila dalam Pancasila. Sehingga jika pekerja seks bertentangan dengan Pancasila hal ini juga bertentangan dengan pembukaan UUD NRI 1945.

Supaya norma-norma hukum yang terkandung di dalam hukum dasar atau norma dasar dapat berlaku sebagaimana mestinya, norma-norma hukum itu harus terlebih dahulu dituangkan ke dalam ketentuan perundang-undangan yang norma hukumnya bersifat umum dan dapat mengikat seluruh warga negara.¹⁰⁴ Hal tersebut di atas menjadi dasar filosofis dari perlunya kriminalisasi pekerja seks sebagai pelaku tindak pidana prostitusi, melalui pembentukan ketentuan perundang-undangan yang berlaku secara umum dan mengikat seluruh warga negara.

1.2. Dasar Yuridis Kriminalisasi Pekerja Seks Sebagai Pelaku Tindak Pidana Prostitusi

Sebagaimana yang telah disebutkan di awal yaitu pada bagian latar belakang masalah, permasalahan hukum dalam penelitian ini adalah adanya kekosongan peraturan hukum. Permasalahan hukum tersebut adalah karena tidak ada peraturan hukum pidana yang secara tegas mengatur mengenai ancaman pidana yang dapat diberikan kepada pekerja seksual sebagai pelaku tindak pidana prostitusi. Kekosongan peraturan hukum ini mengakibatkan adanya ketidakpastian hukum.

¹⁰⁴Maria Farida Indrati, *Ilmu Perundang-Undangan 1*, (Yogyakarta: Kanisius, 2007), hlm. 67

Ketidakpastian hukum ini semakin terlihat dengan adanya beberapa daerah yang mengeluarkan peraturan daerah yang mengatur mengenai pekerja seks sebagai pelaku tindak pidana prostitusi, padahal belum ada norma hukum yang umum atau yang berlaku secara nasional yang mengatur hal tersebut. Sehingga ada beberapa daerah yang menjadikan pekerja seks sebagai pelaku tindak pidana yang berarti dapat mengenakan ketentuan pidana terhadap mereka namun juga terdapat daerah yang tidak mengatur demikian. Hal ini akan mendorong adanya ketidakadilan dan kesewenang-wenangan terhadap pekerja seks. Masalah terkait peraturan daerah ini akan diuraikan dalam uraian pembahasan selanjutnya di dalam sub bab ini.

Permasalahan prostitusi sebenarnya tidak diatur secara spesifik sebagai suatu tindak pidana di dalam hukum di Indonesia. Namun ada beberapa ketentuan berhubungan dengan prostitusi, hanya saja ketentuan tersebut tidak mengatur mengenai pekerja seks sebagai pelaku tindak pidana, melainkan hanya memberikan ketentuan pidana terhadap orang yang menghubungkan perbuatan cabul dalam prostitusi.

Ketentuan tersebut adalah ketentuan dalam Pasal 296 KUHP¹⁰⁵. Di dalam bentuk normatif, Pasal 296 KUHP tersebut dapat diuraikan unsur-unsurnya sebagai berikut:¹⁰⁶

¹⁰⁵**Pasal 296 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana** yang berbunyi, "Barang siapa dengan sengaja menyebabkan atau memudahkan perbuatan cabul oleh orang lain dengan orang lain, dan menjadikannya sebagai pencaharian atau kebiasaan, diancam dengan pidana penjara paling lama satu tahun empat bulan atau pidana denda paling banyak lima belas ribu rupiah".

¹⁰⁶Adami Chazawi, Op.Cit, hlm. 113

Unsur-Unsur Objektif:

- a. Perbuatan : 1) menyebabkan dilakukannya perbuatan cabul
2) mempermudah dilakukannya perbuatan cabul
- b. Objek : oleh orang lain dengan orang lain
- c. Yang dijadikannya : 1) sebagai pencaharian;
2) sebagai kebiasaan

Unsur subjektif

- d. Dengan sengaja

Di dalam unsur-unsur Pasal 296 KUHP tersebut diketahui bahwa unsur suatu perbuatan dalam ketentuan ini berupa menyebabkan serta mempermudah dilakukannya perbuatan cabul serta menjadikannya sebagai pencaharian atau kebiasaan. Perbuatan cabul yang di maksud di dalam ketentuan ini adalah perbuatan cabul yang dilakukan orang lain dengan orang lain, hal ini berarti subjek hukum pidana dalam ketentuan ini tidak melakukan perbuatan cabul melainkan terdapat pihak ketiga yang melakukan perbuatan cabul.

Kesengajaan pelaku dalam rumusan ketentuan Pasal 296 KUHP ini ditujukan kepada perbuatan berupa menyebabkan atau memudahkan dilakukannya perbuatan melanggar norma kesusilaan yang dalam ketentuan ini merupakan

perbuatan cabul orang lain, dan kesengajaan tersebut terlihat dengan klausula menjadikan perbuatan tersebut sebagai suatu mata pencaharian atau kebiasaan.¹⁰⁷

Ketentuan pidana berikutnya yang berhubungan dengan prostitusi adalah Pasal 506 KUHP¹⁰⁸. Ketentuan Pasal 506 KUHP ini jika diuraikan unsur-unsurnya adalah sebagai berikut:

Unsur-Unsur Objektif:

- a. Perbuatan : menarik keuntungan dari perbuatan cabul
- b. Objek : seorang wanita
- c. Yang dijadikannya : sebagai pencaharian;

Unsur subjektif

- d. Dengan sengaja

Berdasarkan unsur-unsur Pasal 506 KUHP tersebut diketahui ancaman pidana dikenakan kepada seseorang yang melakukan perbuatan berupa menarik keuntungan dari perbuatan cabul wanita dan menjadikannya suatu pencaharian. Sejalan dengan ketentuan Pasal 296 KUHP, ancaman pidana Pasal 506 KUHP ini tidak dapat dikenakan terhadap pelaku perbuatan cabul yang menjadikannya sebagai pencaharian atau dikaitkan dengan permasalahan penelitian ini ketentuan tersebut tidak mengatur pekerja seks sebagai pelaku tindak pidana.

¹⁰⁷P.A.F. Lamintang dan Theo Lamintang, *Delik-Delik Khusus Kejahatan Melanggar Norma Kesusilaan dan Nilai Kepatutan*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2009), hlm. 203

¹⁰⁸**Pasal 506 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana** yang berbunyi, "Barang siapa menarik keuntungan dari perbuatan cabul seorang wanitadan menjadikannya sebagai pencaharian, diancam dengan kurungan paling lama satu tahun".

Di dalam ketentuan Pasal 296 KUHP dan pasal 506 KUHP menyebutkan perbuatan cabul. Menurut Adami Chazawi di dalam bukunya yang berjudul Tindak Pidana Mengenai Kesopanan mengemukakan pengertian perbuatan cabul (*ontuchtige handelingen*) sebagai suatu perbuatan baik yang dilakukan pada diri sendiri maupun pada orang lain yang berhubungan dengan alat kelamin atau berhubungan dengan bagian tubuh yang lainnya yang dapat merangsang nafsu seksual.¹⁰⁹

Di samping itu Adami Chazawi mengemukakan pula bahwa perbuatan cabul memiliki arti yang lebih luas daripada pengertian bersetubuh. Berdasarkan pengertian bersetubuh yang dikemukakan Hoge Raad, bahwa bersetubuh memiliki pengertian sebagai perpaduan antara alat kelamin seorang laki-laki dengan alat kelamin seorang perempuan dalam hal ini disyaratkan masuknya alat kelamin laki-laki (penis) ke dalam alat kelamin perempuan (liang vagina), sehingga alat penis mengeluarkan sperma sebagaimana biasanya dapat membuahkan kehamilan. Sementara itu, jika perbuatan ini tidak memenuhi salah satu syarat misalnya belum masuknya penis namun spermanya sudah keluar, kejadian ini tidak dimaksud sebagai bersetubuh melainkan perbuatan cabul.¹¹⁰

Dalam bab kajian pustaka telah diuraikan mengenai pengertian prostitusi sebagai perbuatan tercela yang berupa perbuatan cabul atau perbuatan seksual di luar ikatan perkawinan yang dilakukan oleh seseorang baik diri sendiri atau melibatkan pihak ketiga (mucikari) di mana perbuatan seksual tersebut di dasarkan atas pembayaran atau dijadikan pencaharian.

¹⁰⁹Adami Chazawi, op.cit., hlm. 80

¹¹⁰Ibid

Perbuatan cabul yang dilakukan oleh pekerja seks dalam prostitusi merupakan salah satu bentuk perbuatan yang tidak sesuai dengan norma kesusilaan. Seperti yang kita ketahui di dalam KUHP permasalahan tentang kesusilaan di atur di dalam Buku Kedua Bab XIV tentang kejahatan terhadap kesusilaan serta Buku Ketiga tentang pelanggaran pada Bab VI tentang pelanggaran kesusilaan di mana didalam bab kesusilaan tersebut salah satu bentuk perbuatan yang diatur adalah perbuatan cabul.

Dikaitkan dengan dasar filosofis kriminalisasi pekerja seks sebagai pelaku tindak pidana prostitusi seperti yang telah diuraikan sebelumnya, perbuatan pekerja seks bertentangan dengan sila dalam Pancasila salah satunya sila kedua. Sila kedua Pancasila ini mensyaratkan nilai kemanusiaan yang juga beradab yang berarti didasarkan pada nilai-nilai kesusilaan sehingga sudah saatnya perbuatan pekerja seks yang dianggap bertentangan dengan norma kesusilaan tersebut diatur dalam suatu ketentuan hukum.

Terkait masalah prostitusi ini, seperti yang sudah disebutkan sebelumnya bahwa terdapat beberapa daerah di Indonesia yang memiliki peraturan daerah yang mengatur mengenai pekerja seks sebagai pelaku tindak pidana prostitusi. Beberapa di antaranya adalah

1. Peraturan Daerah Kota Tangerang Nomor 8 Tahun 2005 Tentang Pelarangan Pelacuran
2. Peraturan Daerah Kota Malang Nomor 8 Tahun 2005 Tentang Larangan Tempat Pelacuran dan Perbuatan Cabul di Kota Malang

3. Peraturan Daerah Kabupaten Lahat Nomor 3 Tahun 2002 Tentang Larangan Perbuatan Pelacuran dan Tuna Susila dalam Kabupaten Lahat
4. Peraturan Daerah Kota Bandar Lampung Nomor 15 Tahun 2002 Tentang Larangan Perbuatan Prostitusi dan Tuna Susila dalam wilayah Kota Bandar Lampung
5. Peraturan Daerah Kabupaten Daerah Tingkat II Indramayu Nomor 7 Tahun 1999 Tentang Prostitusi.
6. Peraturan Daerah Kabupaten Bantul Nomor 5 Tahun 2007 Tentang Larangan Pelacuran di Kabupaten Bantul
7. Peraturan Daerah Kabupaten Probolinggo Nomor 5 Tahun 2005 Tentang Pemberantasan Pelacuran
8. Peraturan Daerah Kabupaten Batang Nomor 6 Tahun 2011 tentang Pemberantasan Pelacuran di Wilayah Kabupaten Batang.

Meskipun di dalam beberapa peraturan daerah yang disebutkan di atas mengatur mengenai ancaman pidana yang dapat dikenakan terhadap pekerja seks yang juga berarti mengatur mengenai pekerja seks sebagai pelaku tindak pidana prostitusi, namun hal ini tidak dapat menyelesaikan adanya permasalahan hukum berupa kekosongan peraturan hukum yang terjadi. Di lihat dari lingkup berlakunya maka suatu peraturan daerah hanya berlaku di dalam suatu wilayah tertentu saja sehingga terhadap daerah yang tidak memiliki peraturan daerah yang mengatur mengenai pekerja seks sebagai pelaku tindak pidana prostitusi tidak dapat dikenakan ancaman pidana terhadap pekerja seks.

Keberadaan peraturan daerah di samping belum adanya undang-undang yang mengatur mengenai pekerja seks sebagai pelaku tindak pidana prostitusi ini

perlu dikaji menggunakan teori jenjang norma (*Stufenbau theory*) oleh Hans Kelsen. *Stufenbau theory* pada dasarnya dimaksudkan untuk menyusun suatu hierarki norma-norma sehingga memiliki jenjang antar norma satu dengan yang lainnya. Jenjang norma ini memiliki arti bahwa norma yang ada di atas memiliki posisi yang lebih kuat sehingga norma-norma yang ada pada jenjang bawah tidak boleh bertentangan dengan norma-norma yang berada pada jenjang lebih tinggi.¹¹¹

Jenjang paling tinggi dalam jenjang norma ini adalah norma dasar atau *grundnorm* yang merupakan kaidah-kaidah hukum yang paling fundamental. Norma dasar ini menjadi dasar dibuatnya kaidah-kaidah hukum yang lebih kongkret, baik dalam bentuk tertulis, yurisprudensi, maupun hanya berupa hukum kebiasaan yang mengikat secara hukum. Norma dasar (*grundnorm*) ini biasanya disebut sebagai konstitusi negara.¹¹²

Teori jenjang norma (*stufenbau theory*) yang dikemukakan oleh Hans Kelsen tersebut diilhami oleh seseorang muridnya yang bernama Adolf Merkl mengemukakan bahwa suatu norma hukum bersumber dan berdasar pada norma hukum yang ada di jenjang atasnya, tetapi ke bawah juga menjadi sumber dan dasar norma hukum yang ada di jenjang bawahnya, sehingga suatu norma hukum masa berlakunya (*rechtskracht*) relatif, yang sangat bergantung pada norma yang ada di jenjang atasnya. Sehingga jika suatu norma hukum yang berada di atasnya

¹¹¹Abdul Ghofur Anshori, *Filsafat Hukum*, (Yogyakarta: Gadjah Mada University Press, 2009), hlm. 42

¹¹²Munir Fuady, *Teori-Teori Besar (Grand Theory) Dalam Hukum*, (Jakarta: Kencana, 2013), hlm. 138

dicabut atau dihapus, maka norma-norma yang ada di bawahnya pada dasarnya akan tercabut atau terhapus pula.¹¹³

Di dalam sistem perundang-undangan yang ada di Indonesia dikenal juga suatu sistem jenjang atau hierarki yaitu yang disebutkan dalam ketentuan Pasal 7 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan. Hierarki tersebut dimulai dari yang paling atas adalah Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945; Ketetapan Majelis Pemusyawaratan Rakyat; Undang-Undang/ Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang; Peraturan Pemerintah, Peraturan Presiden, Peraturan Daerah Provinsi; dan Peraturan Daerah Kabupaten/Kota.

Di dalam Undang-Undang Nomor 9 Tahun 2015 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 Tentang Pemerintah Daerah jo Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 Tentang Pemerintah Daerah di dalam ketentuan Pasal 12 disebutkan bahwa yang menjadi salah satu urusan Pemerintah Daerah adalah terkait dengan ketertiban umum. Pemerintah Daerah memiliki kewenangan untuk mengatur sanksi terhadap perbuatan yang mengganggu ketertiban umum. Namun di dalam Undang-Undang ini tidak disebutkan adanya kewenangan Pemerintah Daerah terkait dengan urusan pembentukan hukum pidana, sehingga menjadikan pekerja seks sebagai pelaku tindak pidana bukan termasuk urusan yang menjadi wewenang dari Pemerintah Daerah.

Undang-Undang Pemerintah Daerah ini di dalam ketentuan Pasal 17 ayat (2) dan (3) dijelaskan bahwa Pemerintah Pusat memiliki kewenangan untuk

¹¹³Maria Farida Indrati, op. cit, hlm. 41

membatalkan kebijakan daerah yang dibuat tidak berdasarkan norma-norma, standar, prosedur yang ditetapkan oleh Pemerintah Pusat.¹¹⁴

Jika dilihat berdasarkan *stufenbau theory* dan ketentuan dalam Undang-Undang Nomor 9 Tahun 2015 tentang Perubahan kedua Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 Tentang Pemerintah Daerah. Maka suatu peraturan perundang-undangan dibentuk harus didasarkan kepada peraturan yang hierarkinya ada di atasnya dalam hal ini adalah Undang-Undang. Jika suatu peraturan daerah dibentuk tidak didasarkan pada norma-norma yang telah ditentukan oleh Pemerintah Pusat maka peraturan daerah tersebut dapat dibatalkan.

Beberapa peraturan daerah yang disebutkan di atas mengatur mengenai pekerja seks sebagai pelaku tindak pidana prostitusi di mana hal tersebut tidak diatur di dalam KUHP. Hal ini berarti bahwa peraturan daerah-peraturan daerah tersebut tidak sesuai dengan perundang-undangan yang ada pada jenjang atasnya, sehingga mengakibatkan adanya disharmonisasi norma dalam peraturan perundang-undangan.

Peraturan daerah yang merupakan jenis peraturan yang hierarkinya berada di bawah KUHP, mengakibatkan daya berlakunya lemah karena dibentuk tidak di dasarkan pada norma yang ada di atasnya, di samping penegakan terhadap peraturan daerah hanya dilakukan oleh Satuan Polisi Pamong Praja (SATPOL PP)

¹¹⁴**Pasal 17 ayat (2) dan ayat (3) Undang-Undang Nomor 9 Tahun 2015 Tentang Perubahan Kedua Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 Tentang Pemerintah Daerah**, yang berbunyi “ (2)daerah dalam menetapkan kebijakan daerah sebagaimana yang dimaksud pada ayat (1), wajib berpedoman pada norma. Standar, prosedur, dan kriteria yang telah ditetapkan oleh Pemerintah Pusat; (3) Dalam hal kebijakan daerah yang dibuat dalam rangka penyelenggaraan Urusan Pemerintah yang menjadi kewenangan daerah tidak mempedomani norma, standar, prosedur dan kriteria sebagaimana yang dimaksud ayat (2), Pemerintah Pusat membatalkan kebijakan daerah sebagaimana yang dimaksud pada ayat (1)

berbeda dengan undang-undang yang ditegakkan oleh penegak hukum dan sistem peradilan pidana. Sehingga sesuai dengan pendapat oleh Adolf Merkl maka jika norma di atasnya tidak mengatur maka norma yang ada di bawahnya akan tidak berlaku atau batal demi hukum, dan dianggap tidak pernah ada. Hal ini menegaskan bahwa peraturan daerah yang ada saat ini belum bisa menyelesaikan permasalahan kekosongan norma yang ada.

Kekosongan norma terkait pekerja seks sebagai pelaku tindak pidana prostitusi ini mengakibatkan tidak tercapainya suatu kepastian hukum. Sehingga untuk mengatasi permasalahan ketidakpastian hukum ini diperlukan adanya pembaharuan hukum dalam bentuk kriminalisasi. Kriminalisasi menjadi suatu sarana dalam kebijakan kriminal yang membuat suatu perbuatan yang awalnya bukan merupakan tindak pidana atau tidak diatur dalam ketentuan hukum menjadi perbuatan yang diatur dalam ketentuan hukum.

Seperti yang pernah disebutkan dalam sub bab sebelumnya bahwa dalam pembentukan suatu norma baru secara yuridis harus diperhatikan pula UUD NRI 1945 sebagai hukum dasar. Di dalam ketentuan dasar yang terkait dengan permasalahan penelitian ini dapat kita lihat dalam beberapa ketentuan yang ada di dalam UUD NRI 1945.

Di dalam ketentuan Pasal 1 ayat (3) UUD NRI 1945¹¹⁵ ditegaskan bahwa negara Indonesia merupakan negara hukum. Menurut J.F stahl terdapat 4 (empat) unsur dari negara hukum yaitu, pertama mengakui dan melindungi hak asasi manusia. Kedua, melindungi hak asasi itu melalui penyelenggaraan negara yang

¹¹⁵Pasal 1 ayat (3) **Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia** 1945 berbunyi, “Negara Indonesia adalah negara hukum”.

di dasarkan pada *trias politica*. Ketiga, pemerintah dalam menjalankan tugas didasarkan atas undang-undang. Keempat, adanya Pengadilan Tata Usaha Negara (PTUN) yang menjadi sarana bagi masyarakat untuk melakukan gugatan jika pemerintah tidak melaksanakan tugas dengan melanggar undang-undang.¹¹⁶

Di dalam unsur negara hukum yang dikemukakan oleh J.F. Stahl di atas, bahwa dalam menjalankan tugas pemerintah harus didasarkan pada undang-undang sehingga mensyaratkan harus adanya peraturan hukum yang mendasari perbuatan pemerintah termasuk pengenaan hukuman atau pidana atas suatu perbuatan. Sehingga hal ini menunjukkan pentingnya adanya suatu kepastian hukum.

Jaminan terhadap kepastian hukum secara tegas disebutkan di dalam Pasal 28 D ayat (1) UUD NRI 1945¹¹⁷ hak warga negara dalam pasal ini meliputi hak seseorang atas jaminan hidup, perlindungan dan kepastian hukum yang adil. Yang menjadi tujuan dari ketentuan pasal ini adalah bahwa semua orang berhak dijamin dari adanya diskriminasi dan perlakuan yang tidak adil di dalam hukum. Terkait dengan penelitian ini, adanya kriminalisasi dalam bentuk ketentuan hukum yang mengatur mengenai pekerja seks sebagai pelaku tindak pidana prostitusi dalam bentuk undang-undang selain memberikan kepastian hukum juga mencegah adanya diskriminasi atas pemberlakuan peraturan daerah yang hanya berlaku pada daerah tertentu saja serta tidak didasarkan pada ketentuan perundangan yang ada di tingkat atasnya.

¹¹⁶Hariyono, Iwan Nugroho, I Gede Atmadja, dkk, *Membangun Negara Hukum yang Bermartabat*, (Malang: Setara Press, 2013), hlm. 258

¹¹⁷Pasal 28 D Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945, berbunyi, “setiap orang berhak atas pengakuan jaminan perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama dihadapan hukum”.

Pasal lain dalam UUD NRI 1945 yang berkaitan dengan permasalahan ini adalah Pasal 28J UUD NRI 1945¹¹⁸. Di dalam Pasal 28 J UUD NRI 1945 ini disebutkan mengenai kewajiban setiap orang untuk menghormati hak asasi manusia orang lain. Sehingga dengan adanya perlindungan terhadap hak asasi manusia ini seseorang dapat mendapatkan jaminan dalam pemenuhan haknya. Namun meskipun memberikan jaminan terhadap pemenuhan hak asasi manusianya, hal ini bukan berarti dalam menjalankan hak dan kebebasannya seseorang tidak memiliki batas. Terdapat batasan terhadap penghormatan hak asasi manusia berdasarkan pembatasan yang ditetapkan dengan undang-undang dan sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis.

Hak asasi manusia bukanlah sebeb-bebasnya melainkan adanya kemungkinan untuk dibatasi sejauh pembatasan tersebut telah ditentukan dalam undang-undang yang pada akhirnya melahirkan Pasal 28 J pada Amandemen UUD NRI 1945. Pasal 28J memberikan pembatasan terhadap hak asasi manusia yang tercantum di dalam Pasal 28A sampai dengan Pasal 28I UUD NRI 1945. Sehingga yang perlu ditekankan adalah hak asasi manusia yang diatur di dalam UUD NRI 1945 tidak ada yang bersifat mutlak.¹¹⁹

¹¹⁸**Pasal 28 J ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia** berbunyi, “Setiap orang wajib menghormati hak asasi manusia orang lain dalam tertib kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara”. ayat (2) pasal 28J ini berbunyi, “Dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan dengan undang-undang dengan maksud semata-mata untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis”.

¹¹⁹Tenang haryanto, Johannes Suhardjana, A. Komari, Mohamad Fauzan dan Manunggal Kusuma Wardaya, *Pengaturan Tentang Hak Asasi Manusia Berdasarkan Undang-Undang Dasar 1945 Sebelum dan Setelah Amandemen*, Jurnal Dinamika Hukum, (Universitas Jenderal Soedirman, Purwokerto, 2008), hlm. 8

Ketentuan Pasal 28J ini jika dikaitkan dengan kriminalisasi pekerja seks sebagai pelaku tindak pidana prostitusi dapat menjadi salah satu dasar yuridis. Hal ini karena merupakan hak asasi manusia bagi seseorang untuk dapat bekerja memenuhi kebutuhan hidupnya dan kelangsungan hidupnya, meskipun salah satunya dengan menjadi pekerja seks. Namun penghormatan hak asasi manusia yang demikian ini dibatasi dengan adanya tuntutan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan serta ketertiban umum. Meskipun seseorang menganggap bahwa menjadi pekerja seks merupakan hak asasi manusia, namun sebagian yang lain menganggap bahwa menjadi pekerja seks merupakan perbuatan yang tidak bermoral, tidak sesuai dengan nilai-nilai agama yang berlaku, serta akan mengganggu ketertiban umum. Sehingga dengan adanya pertimbangan tersebut menjadikan pekerja seks bukan termasuk hak asasi manusia yang harus dihormati seperti yang dimaksud di dalam Pasal 28J UUD NRI 1945.

Selain dalam UUD NRI 1945, jaminan terhadap adanya kepastian hukum juga diatur di dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP¹²⁰. Ketentuan tersebut juga disebut sebagai asas legalitas di mana asas ini mengatur mengenai mengharuskan adanya ketentuan pidana yang menyatakan bahwa suatu perbuatan dilarang oleh suatu norma pidana. Asas ini memberikan perlindungan terhadap seseorang atas kesewenang-wenangan pemerintah dengan cara adanya kepastian hukum.

Berdasarkan uraian di atas adanya kekosongan pengaturan hukum dalam KUHP yang mengatur pekerja seks sebagai pelaku tindak pidana serta tidak terbentuknya suatu sinkronisasi peraturan daerah terhadap peraturan perundang-

¹²⁰**Pasal 1 ayat (1) Kitab Undang-Undang Hukum Pidana** berbunyi, “Tiada suatu perbuatan dapat dipidana kecuali atas kekuatan aturan pidana dalam perundang-undangan yang telah ada, sebelum perbuatan dilakukan”.

undangan di atasnya sesuai dengan sistem perundang-undangan, mengakibatkan tidak tercapainya kepastian hukum. Selain itu peraturan daerah yang dibuat tanpa didasari oleh suatu norma yang berlaku secara nasional yang dibentuk oleh pemerintah pusat mengakibatkan dapat dibatalkannya suatu peraturan daerah. Sehingga perlu adanya kriminalisasi terhadap pekerja seks sebagai pelaku tindak pidana prostitusi akibat adanya kekosongan hukum yang terjadi.

Sehingga yang menjadi dasar yuridis penelitian mengenai kriminalisasi pekerja seks sebagai pelaku tindak pidana ini adalah beberapa ketentuan dalam UUD NRI 1945 yaitu Pasal 1 ayat (3), Pasal 28D ayat (1) serta Pasal 28J yang merupakan norma dasar sesuai ketentuan dalam Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan yang menjadi dasar dalam pembentukan suatu norma hukum dan juga asas legalitas.

1.3. Dasar Sosiologis Kriminalisasi Pekerja Seks Sebagai Pelaku Tindak Pidana Prostitusi

Satjipto Rahardjo dalam bukunya Ilmu Hukum menyebutkan pembedaan hukum salah satunya berupa hukum tertulis dan hukum tidak tertulis. Hukum tertulis atau yang juga disebut *written law* saat ini menjadi padanan bagi hukum perundang-undangan, hukum tertulis mengatur kehidupan masyarakat yang tersusun secara organisatoris (*organized society*) dalam bentuk peraturan perundang-undangan.¹²¹ Jika dikaitkan dengan permasalahan dalam penelitian ini, belum terdapat hukum yang tertulis yang mengatur mengenai pekerja seks sebagai

¹²¹ Satjipto Rahardjo, Op. Cit, hlm. 71

pelaku tindak pidana prostitusi dalam bentuk undang-undang yang mengakibatkan adanya kekosongan peraturan hukum.

Bentuk lainnya dalam pembedangan hukum adalah hukum tidak tertulis atau yang juga dapat disebut *unwritten law*. Hukum ini identik dengan pengaturan tradisi, kebiasaan, kepercayaan atau budaya ingatan yang tidak tertulis dalam suatu bentuk peraturan perundang-undangan.¹²² Hukum tidak tertulis berhubungan erat dengan hukum adat serta kaidah-kaidah yang berlaku di dalam masyarakat.

Sudikno Mertokusumo dalam bukunya yang berjudul Mengenal Hukum mengemukakan bahwa hukum tidak lepas dari kehidupan manusia. Kepentingan manusia di dalam masyarakat perlu dilindungi dengan adanya kaidah yang berlaku di dalam masyarakat. Beberapa kaidah sosial yang berlaku yang antara lain kaidah keagamaan, kaidah kesusilaan, kaidah kesopanan dan kaidah hukum.¹²³

Permasalahan kriminalisasi pekerja seks sebagai pelaku tindak pidana prostitusi ini sesuai dengan kaedah keagamaan. Hal ini karena seperti yang telah disebutkan sebelumnya bahwa tidak ada agama yang membenarkan perbuatan prostitusi yang dilakukan oleh pekerja seks. Hal ini tentunya bertentangan dengan kaedah keagamaan yang dijunjung tinggi di Indonesia.

Seperti yang diuraikan dalam bab sebelumnya bahwa prostitusi merupakan suatu bentuk pelanggaran kesusilaan karena di dalamnya terdapat perbuatan cabul yang sangat berhubungan dengan perbuatan asusila. Hal ini jelas menjadikan

¹²² Ibid, hlm 72

¹²³ Sudikno Mertokusumo, op.cit. hlm 1-5

perbuatan yang dilakukan oleh pekerja seks bertentangan dengan kaidah kesusilaan. Jika dikaitkan dengan penelitian ini maka kriminalisasi pekerja seks sebagai pelaku tindak pidana prostitusi merupakan suatu upaya untuk menerapkan kaidah atau norma kesusilaan dalam kehidupan bermasyarakat.

Kaidah kesopanan didasarkan pada suatu kebiasaan, suatu kepatutan atau kepantasan yang berlaku di dalam masyarakat.¹²⁴ Dengan mendasarkan pada kebiasaan di dalam masyarakat maka hal ini tidak terlepas dari adat istiadat yang berlaku di Indonesia. Hukum adat di Indonesia memiliki corak *religio magis* atau perilaku hukum yang kaidah hukumnya berkaitan dengan kepercayaan terhadap yang ghaib berdasarkan ajaran religius. Sehingga perbuatan pekerja seks dalam prostitusi ini tidak sesuai dengan suatu kebiasaan yang hidup dalam masyarakat Indonesia yang bercorak religius magis. Selain itu perbuatan pekerja seks ini juga melanggar kepatutan dalam masyarakat karena merupakan pula perbuatan yang melanggar kesusilaan.

Sedangkan berdasarkan kaidah hukum, permasalahan dalam penelitian ini tidak sesuai dengan nilai dalam Pancasila terutama dalam sila pertama dan sila kedua. Seperti yang kita ketahui bahwa Pancasila merupakan sumber dari segala sumber hukum, tidak diaturnya pekerja seks sebagai pelaku tindak pidana ini juga bertentangan dengan ketentuan UUD NRI 1945 yang merupakan norma dasar dalam pembentukan norma hukum di Indonesia.

Prostitusi yang tidak mencerminkan norma atau kaidah-kaidah yang berlaku di dalam masyarakat seperti yang telah diuraikan di atas terlihat dengan adanya

¹²⁴Ibid, hlm. 8

reaksi masyarakat terhadap prostitusi. Reaksi penolakan terhadap praktik prostitusi termasuk di dalamnya pekerja seks adalah dengan adanya penutupan beberapa lokalisasi yang ada di Indonesia seperti penutupan lokalisasi dolly pada tahun 2014¹²⁵ dan penutupan lokalisasi kalijodo pada tahun 2016¹²⁶. Penutupan lokasi tersebut merupakan bagian dari rencana besar pemerintah yang menargetkan Indonesia pada 2019 bebas dari lokalisasi.¹²⁷

Beberapa daerah yang mengeluarkan peraturan daerah yang mengatur mengenai prostitusi dan mengatur pekerja seks sebagai pelaku tindak pidana prostitusi meskipun peraturan daerah tersebut tidak sesuai dengan sistem perundang-undangan di Indonesia namun hal ini menjadi salah satu bukti adanya reaksi masyarakat di beberapa daerah di Indonesia terhadap adanya prostitusi dan pekerja seks. Pembentukan peraturan daerah ini mengidentifikasi bahwa pekerja seks dan permasalahan prostitusi di beberapa daerah di Indonesia sudah menjadi *problem* yang meresahkan masyarakat.

Di dalam latar belakang masalah penelitian ini disebutkan bahwa akibat adanya kekosongan peraturan hukum terkait pekerja seks sebagai pelaku tindak pidana mengakibatkan tidak dapat dipidananya pekerja seks berinisial (AA) yang mengakibatkan mucikari yang berinisial (RA) dipidana berdasarkan ketentuan Pasal 296 KUHP yaitu pidana penjara selama 1 (satu) tahun 4 (empat) bulan.

¹²⁵**Lokalisasi Dolly-Jarak Resmi Ditutup**, BBC Indonesia, http://www.bbc.com/indonesia/berita_indonesia/2014/06/140618_dolly-jarak-tutup/ (diakses pada 12 Mei 2017)

¹²⁶**Pembongkaran Kalijodo Lancar Tanpa Perlawanan**, BBC Indonesia, http://www.bbc.com/indonesia/berita_indonesia/2016/02/160229_indonesia_kalijodo-update/ (diakses pada 12 Mei 2017)

¹²⁷**Indonesia Bebas Lokalisasi Prostitusi 2019**, <http://beritagar.id/artikel-amp/editor/indonesia-bebas-lokalisasi-prostitusi-2019//>, (diakses pada 12 Mei 2017)

Merasa hak konstitusionalnya dirugikan atas berlakunya ketentuan Pasal 296 KUHP dan Pasal 506 KUHP, yaitu karena hanya (RA) yang dikenai pertanggungjawaban pidana sedangkan (AA) tidak dapat dipidana, (RA) mengajukan permohonan pengujian Pasal 296 dan Pasal 506 KUHP kepada Mahkamah Konstitusi dengan perkara nomor 132/PUU-XIII/2015. Terhadap permohonan pengujian tersebut, dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 132/PUU-XIII/2015 yang dibacakan pada 5 April 2017 yang menyatakan bahwa menolak permohonan pemohon untuk seluruhnya karena pokok permohonan tidak beralasan menurut hukum.¹²⁸

Dalam pertimbangan putusan ini penolakan permohonan didasarkan atas pertimbangan bahwa dengan menjadikannya pekerja seks dan pengguna jasa seks sebagai juga pelaku tindak pidana berarti memasukkan Pasal 284 ayat (1) KUHP tentang perzinahan menjadi bagian dari Pasal 296 dan Pasal 506 KUHP. Padahal Mahkamah Konstitusi tidak memiliki kewenangan sebagai pembuat kebijakan kriminal, yang mana hal ini merupakan kewenangan pembentuk undang-undang (DPR dan Pemerintah).¹²⁹

Pasal 296 KUHP dan Pasal 506 KUHP meskipun tidak mencakup perbuatan sebagaimana yang dikehendaki pemohon, hal itu tidak serta merta berarti kedua pasal tersebut bertentangan dengan UUD NRI 1945. Majelis hakim menyebutkan bahwa norma yang termuat dalam kedua pasal tersebut tidak mengandung pengertian lain selain yang secara tegas tertulis dalam kedua pasal tersebut.

¹²⁸ **Risalah Sidang Pengucapan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor Perkara 132/PUU-XIII/2015, Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia,** <http://mahkamahkonstitusi.go.id/index.php?page=web.RisalahSidang&id=1&kat=1&cari=132%20FPUU-XIII%202015>, Diakses pada 11 Mei 2017.

¹²⁹ Ibid

Norma itu juga berlaku umum terhadap siapapun yang melakukan perbuatan sebagaimana dirumuskan dalam kedua pasal itu, dan perbuatan demikian memang layak dipidana sehingga tidak terdapat alasan untuk menyatakan tidak adil. Sehingga permohonan pemohon permasalahannya tidak terletak pada konstusionalitas norma melainkan pada persoalan politik hukum dalam hal ini politik hukum pidana.¹³⁰

Meskipun permohonan pengujian tersebut ditolak, namun hal ini memperlihatkan bahwa terdapat sebagian orang yang merasa dirugikan akibat tidak adanya norma hukum pidana yang mengatur pekerja seks sebagai pelaku tindak pidana prostitusi. Apalagi di dalam putusan Mahkamah Konstitusi ini penolakan tersebut didasari atas ketidakwenangan Mahkamah Konstitusi terhadap yang dimohonkan oleh pemohon.

Kriminalisasi pekerja seks sebagai pelaku tindak pidana prostitusi juga menjadi penting untuk dilakukan karena terdapat peluang besar atas dampak kesehatan yang diakibatkan oleh adanya praktik prostitusi. Di mana praktik prostitusi yang diidentikan dengan seks bebas ini memiliki peluang besar terhadap adanya penularan HIV AIDS.

Berdasarkan data mengenai situasi penyakit HIV AIDS di Indonesia yang dihimpun oleh Pusat Data dan Informasi Kementerian Kesehatan RI, pada triwulan kedua tahun 2016 jumlah kumulatif AIDS yang dilaporkan menurut jenis pekerjaan yang berhasil terdaftar adalah sebanyak 2.818 orang penderita AIDS

¹³⁰Ibid

berasal dari pekerjaan sebagai pekerja seks atau penjaja seks.¹³¹ Sehingga pada penelitian ini kriminalisasi pekerja seks sebagai pelaku tindak pidana prostitusi menjadi salah satu upaya dari mengurangi adanya penyebaran HIV AIDS.

Selain hal tersebut, prostitusi memberikan akibat negatif yang antara lain:¹³²

- 1) Menimbulkan dan meyebarkan penyakit kelamin dan kulit, terutama sifilis dan gonoroe. Pekerja seks yang melakukan perbuatan cabul dengan berganti-ganti pasangan ini di samping memperbesar peluang penyebaran HIV AIDS juga akan berpeluang besar menimbulkan serta menyebarkan penyakit kelamin.
- 2) Merusak sendi-sendi kehidupan keluarga. Suami-suami akan tergoda oleh pekerja seks biasanya melupakan fungsinya sebagai kepala keluarga yang akan mengakibatkan rumah tangganya berantakan.
- 3) Mendemoralisasikan atau memberi pengaruh demoralisasi kepada lingkungan khususnya anak-anak muda pada masa puber dan adolesensi.
- 4) Berkorelasi dengan kriminalitas dan kecanduan narkoba
- 5) Merusak sendi-sendi moral, susila, hukum dan agama. Hal ini sesuai dengan yang telah diuraikan oleh penulis di atas, karena perbuatan pekerja seks selain bertentangan dengan norma-norma yang hidup di dalam masyarakat, tapi juga bertentangan dengan Pancasila serta UUD NRI 1945. Selain itu setiap agama tidak membenarkan praktik prostitusi.
- 6) Dapat menyebabkan terjadinya disfungsi seksual.

¹³¹*Pusat Data dan Informasi Situasi HIV AIDS di Indonesia, Kementerian Kesehatan Republik Indonesia*, <http://www.depkes.go.id/folder/view/01/structure-publikasi-data-pusat-data-dan-informasi.html>, diakses pada 12 Mei 2017

¹³²Ahmad Shams Madyan, *AIDS Dalam Islam Krisis Manusia*, (Bandung: Mizan Pustaka, 2009), hlm. 186

Sehingga beberapa hal yang dapat mendasari alasan berupa dasar sosiologis dari kriminalisasi pekerja seks sebagai pelaku tindak pidana prostitusi. Pertama, perbuatan prostitusi yang dilakukan oleh pekerja seks tidak sesuai dengan kaidah-kaidah yang hidup di masyarakat seperti kaidah keagamaan, kaidah kesusilaan, kaidah kesopanan serta kaidah hukum. Kedua, adanya reaksi yang terjadi terhadap adanya praktik prostitusi seperti penutupan lokalisasi, diberlakukannya peraturan daerah yang mempidana pekerja seks di beberapa daerah di Indonesia, serta adanya permohonan pengujian terhadap Pasal 296 KUHP dan Pasal 506 KUHP akibat tidak mengatur mengenai ancaman pidana terhadap pekerja seks. Dan hal yang mendasari berikutnya adalah adanya data bahwa pekerja seks menjadi salah satu kelompok yang menyumbang adanya penyebaran HIV AIDS serta hal-hal lain yang disebabkan dari adanya dampak negatif dari adanya prostitusi.

Di dalam penelitian ini yang menjadi permasalahan adalah adanya kekosongan peraturan hukum sehingga terhadap permasalahan ini diperlukan adanya pembaharuan hukum, dalam konteks penelitian ini pembaharuan hukum yang digunakan adalah dengan cara kriminalisasi. Seperti yang telah dijelaskan dalam bab kajian teoritis yaitu pada teori kebijakan kriminal, suatu pembaharuan hukum (baik kriminalisasi maupun dekriminalisasi) harus dilakukan atau ditempuh dengan 2 (dua) pendekatan. Kedua pendekatan tersebut adalah pendekatan yang berorientasi pada kebijakan dan pendekatan yang berorientasi pada nilai.¹³³

¹³³Barda Nawawi Arief, Op. cit, hlm. 28

Pertama adalah pendekatan yang berorientasi pada kebijakan. Pendekatan ini lebih memperhatikan hitungan untung-rugi secara materiil hal ini disampaikan oleh Masruchin Rubai dalam materi kuliah Kriminologi Modern.¹³⁴ Berdasarkan landasan berfikir yang berdasarkan dasar filosofis, dasar yuridis serta dasar sosiologis kriminalisasi pekerja seks sebagai pelaku tindak pidana prostitusi, maka kriminalisasi pekerja seks sebagai pelaku tindak pidana prostitusi ini diperlukan karena perbuatan prostitusi yang dilakukan oleh pekerja seks merupakan suatu perbuatan yang bertentangan dengan sila dalam Pancasila sebagai sumber dari segala sumber hukum dan UUD NRI 1945 sebagai norma dasar. Selain itu adanya peluang besar terhadap pekerja seks sebagai kelompok yang rawan terjangkit dan menyebarkan HIV AIDS. Sehingga jika tidak terdapat ketentuan pidana terhadap pekerja seks maka akan berorientasi menghambat perkembangan negara. Sehingga jika dilihat dari hitungan untung rugi dari kriminalisasi pekerja seks sebagai pelaku tindak pidana prostitusi maka akan banyak hitungan ungunya daripada kerugiannya.

Kedua, pendekatan yang berorientasi pada nilai. Pada pendekatan ini lebih menitikberatkan pada nilai-nilai yang dianut atau berlaku di suatu bangsa.¹³⁵ Sudah dijelaskan bahwa perbuatan prostitusi yang dilakukan oleh pekerja seks ini jelas bertentangan dengan kaidah-kaidah yang berlaku di Indonesia, seperti kaidah keagamaan, kaidah kesusilaan, kaidah kesopanan dan juga kaidah hukum. Selain itu juga bertentangan dengan sila pertama dan sila kedua Pancasila, yang mana merupakan sumber dari segala sumber hukum serta ideologi negara.

¹³⁴Masruchin Rubai, *Materi Kuliah Kriminologi Modern*, 2016, tidak diterbitkan

¹³⁵Ibid

2. Formulasi Norma Hukum Terhadap Pekerja Seks Sebagai Pelaku Tindak Pidana Prostitusi di Dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana

2.1. Kebijakan Formulasi Norma Hukum Terhadap Pekerja Seks Sebagai Pelaku Tindak Pidana Prostitusi

Adanya permasalahan kekosongan hukum akibat tidak diaturnya pekerja seks sebagai pelaku tindak pidana prostitusi mengakibatkan diperlukannya suatu upaya untuk mengisi kekosongan hukum dengan salah satu upaya rasional berupa politik hukum.

Politik hukum sendiri menurut Bellefroid menyelidiki perubahan-perubahan apakah yang harus diadakan pada hukum yang ada sekarang, supaya dapat memenuhi syarat-syarat baru dari kehidupan masyarakat. Pendapat Bellefroid mengenai politik hukum ini dilanjutkan dengan adanya tertib hukum yang dilakukan dengan cara menjadikan *ius constitutum* yang dikembangkan dari stelsel-stelsel hukum yang lama menjadi *ius constituendum* atau hukum yang dicita-citakan.¹³⁶

Sebagai upaya mengisi kekosongan hukum yang terjadi melalui politik hukum dalam permasalahan penelitian ini dengan didasarkan dari pengertian politik hukum yang dikemukakan oleh Bellefroid di atas maka perlu adanya dasar-dasar yang kuat untuk dapat mengubah *ius constitutum* menjadi *ius*

¹³⁶Abdul Latif dan H. Hasbi Ali, op.cit, hlm. 10

constituendum yang menjadi makna dari politik hukum yang dilakukan. Hal ini karena *ius constituendum* merupakan suatu norma ideal yang dicita-citakan.

Di dalam penelitian mengenai kriminalisasi pekerja seks sebagai pelaku tindak pidana ini, penulis telah mengemukakan argumen-argumen sebagai dasar dari politik hukum atau kebijakan hukum. Argumen-argumen tersebut terdiri dari argumen tentang dasar filosofis, dasar yuridis serta dasar sosiologis terkait kriminalisasi pekerja seks sebagai pelaku tindak pidana prostitusi yang telah diuraikan dalam sub bab sebelumnya. Di dalam penelitian ini karena permasalahan yang ada merupakan permasalahan dalam lingkup norma pidana sehingga kebijakan hukum yang dilakukan adalah terkait dengan suatu kebijakan dalam hukum pidana maka kebijakan hukum yang dilakukan fokus kepada kebijakan hukum pidana yang secara umum juga disebut dengan kebijakan kriminal.

Terdapat tiga makna dari kebijakan kriminal seperti yang dikemukakan oleh Sudarto yaitu:¹³⁷

- a. Dalam Arti sempit, merupakan asas- asas juga metode yang mendasari reaksi terhadap pelanggaran hukum berupa ketentuan pidana;
- b. Dalam arti luas, merupakan seluruh fungsi serta aparatur penegak hukum, yang meliputi pula cara kerja pengadilan dan polisi.
- c. Dalam arti paling luas, (sesuai dengan pendapat Jorgen Jepsen) merupakan keseluruhan kebijakan yang dilakukan melalui perundangan dan badan-badan formal atau resmi, yang memiliki tujuan untuk menegakkan norma-norma yang sifatnya sentral.

Dikaitkan dengan penelitian ini, maka kriminalisasi pekerja seks sebagai pelaku tindak pidana prostitusi tersebut merupakan salah satu bentuk dari reaksi terhadap perbuatan yang baik secara filosofis, yuridis maupun sosiologis oleh

¹³⁷Barda Nawawi Arief, op.cit, hlm. 3

masyarakat dianggap sebagai perbuatan jahat. Sehingga diperlukan suatu bentuk kebijakan kriminal yang akan memuat mengenai norma-norma pidana yang akan menjadikannya sebagai suatu perbuatan pidana.

Kebijakan dalam norma pidana yang berkaitan dengan kebijakan melalui perundang-undangan dan badan resmi untuk menegakkan norma sentral seperti pengertian politik hukum yang dikemukakan oleh Jorgen Jepsen di atas. Sehingga kriminalisasi pekerja seks sebagai pelaku tindak pidana prostitusi ini menjadi salah satu penerapan terhadap kebijakan hukum, tepatnya pada kebijakan hukum pidana.

G.P. Hoefnagels menyebutkan bahwa kebijakan kriminal atau yang juga disebut sebagai kebijakan penanggulangan kejahatan dapat ditempuh dengan dua upaya yaitu penal dan non penal. Yang merupakan upaya penal atau kebijakan penal adalah penerapan suatu hukum pidana (*criminal law application*), sedangkan yang merupakan upaya non penal terdiri dari pencegahan yang dilakukan tanpa adanya upaya berupa pidana (*prevention without punishment*) dan mempengaruhi pandangan masyarakat mengenai kejahatan.¹³⁸

Di dalam penelitian ini karena mengangkat permasalahan mengenai kekosongan hukum pidana maka upaya kebijakan hukum yang digunakan adalah upaya penal atau kebijakan penal. Upaya penal atau kebijakan penal ini juga disebut sebagai kebijakan kriminal. Kebijakan kriminal atau yang juga disebut sebagai kebijakan penal di dalamnya terdapat tiga bagian yaitu *law making process* yang terdiri dari tingkat formulasi, aplikasi serta eksekusi, *law*

¹³⁸Ibid, hlm. 45

enforcement serta penologi. Hal ini disampaikan oleh Koesno Adi dalam materi kuliah Kriminologi Modern.¹³⁹

Hal ini juga disebutkan oleh Mukhamad Najih dalam bukunya Politik Hukum Pidana di mana pencegahan dan penanggulangan kejahatan dengan pendekatan secara penal dalam implementasinya dapat dilakukan melalui tahap: (1) tahap formulasi (*legislative policy*) atau tahap proses legislasi; (2) tahap *judicial policy* sebagai tahap aplikasi dan (3) tahap proses administratif/*eksekutive policy*.¹⁴⁰

Jika dikaitkan dengan kriminalisasi pekerja seks sebagai pelaku tindak pidana prostitusi ini maka kebijakan penal yang berkaitan dengan permasalahan penelitian ini adalah *law making process*. Hal ini karena adanya kekosongan peraturan hukum yang mengakibatkan masih perlunya dibentuk suatu ketentuan hukum untuk mengisi kekosongan peraturan hukum tersebut. Adanya kekosongan hukum yang terjadi ini memerlukan *law making process* berupa formulasi norma hukum pidana terkait pekerja seks sebagai pelaku tindak pidana prostitusi.

Tahap formulasi masuk ke dalam tahap kebijakan legislatif di mana menjadi tahap yang paling strategis dari *penal policy*. Hal ini dikarenakan bahwa kesalahan, kelemahan, ketidaktepatan, tumpang tindih dalam memformulasikan apa yang seharusnya diatur dalam suatu undang-undang akan mengakibatkan

¹³⁹Koesno Adi, *Materi Kuliah Kriminologi Modern*, tidak diterbitkan

¹⁴⁰Mukhamad Najih, Op.cit, hlm. 60

terhambatnya suatu upaya dalam pencegahan dan penanggulangan suatu tindak pidana pada tahap aplikasi dan eksekusi.¹⁴¹

Kebijakan formulasi yang terkait dengan kriminalisasi pekerja seks sebagai pelaku tindak pidana prostitusi ini dapat dilihat dalam Rancangan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana tahun 2015 (selanjutnya disebut RUU KUHP 2015) yaitu di dalam Pasal 489 yang menyebutkan bahwa, setiap orang yang bergelandang, dan berkeliaran di jalan atau di tempat umum dengan tujuan melacurkan diri, dipidana dengan pidana denda paling banyak kategori I. Pidana denda di dalam RUU KUHP 2015 ini disebutkan di dalam Pasal 82 ayat (3), di mana pidana denda Kategori I sebesar Rp. 10.000.000,00 (sepuluh juta rupiah) yang merupakan pidana denda dengan nominal terendah.

Meskipun di dalam ketentuan tersebut pidana dapat dikenakan terhadap subjek hukum pekerja seks karena terdapat unsur dengan tujuan melacurkan diri, namun ketentuan ini hanya terbatas dapat diterapkan kepada seorang pekerja seks yang bergelandang, berkeliaran di jalan atau di muka umum. Ketentuan pasal ini tidak dapat dikenakan terhadap pekerja seks yang ada di suatu rumah bordil, atau pekerja seks yang tidak menjajakan dirinya di muka umum. Hal ini jelas belum memenuhi formulasi norma hukum terhadap kriminalisasi pekerja seks sebagai pelaku tindak pidana prostitusi seperti yang menjadi tujuan dalam penelitian ini.

Di samping kebijakan formulasi di dalam RUU KUHP 2015, seperti yang sudah disebutkan sebelumnya bahwa di dalam lingkup lokal terdapat kebijakan

¹⁴¹Salim HS dan Erlies Septiana Nurbani, *Penerapan Teori Hukum Pada Penelitian Disertasi dan Tesis (Buku Ketiga)*, (Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 2016), hlm. 159

formulasi yang dilakukan. Kebijakan formulasi dalam lingkup lokal yaitu dalam bentuk Peraturan Daerah.

Terdapat beberapa daerah yang mengatur mengenai pekerja seks sebagai subjek hukum tindak pidana prostitusi. Berikut peneliti akan menyebutkan lima peraturan daerah yang memformulasi ketentuan mengenai pekerja seks sebagai pelaku tindak pidana prostitusi. Peraturan daerah yang akan peneliti jadikan materi bahasan antara lain yaitu Peraturan Daerah Kota Malang Nomor 8 Tahun 2005 Tentang Larangan Tempat Pelacuran dan Perbuatan Cabul, Peraturan Daerah Kabupaten Lahat Nomor 3 Tahun 2002 Tentang Larangan Perbuatan Pelacuran dan Tuna Susila dalam Kabupaten Lahat, Peraturan Daerah Kota Bandar Lampung Nomor 15 Tahun 2002 Tentang Larangan Perbuatan Prostitusi dan Tuna Susila Dalam Wilayah Kota Bandar Lampung, Peraturan Daerah Kabupaten Batang Nomor 6 Tahun 2011 Tentang Pemberantasan Pelacuran di Wilayah Kabupaten Batang, dan Peraturan daerah Kabupaten Probolinggo Nomor 5 Tahun 2005 tentang Pemberantasan Pelacuran.

Di dalam Peraturan Daerah Kota Malang Nomor 8 Tahun 2005 tentang Larangan Tempat Pelacuran dan Perbuatan Cabul menyebutkan pengertian pekerja seks, yang dalam peraturan daerah ini disebut pelacur, adalah setiap orang yang menyediakan diri kepada umum untuk melakukan zinah atau perbuatan cabul.¹⁴² Sedangkan larangan terhadap pekerja seks di dalam peraturan daerah ini diberikan terhadap siapa saja yang berhenti atau berjalan mondar-mandir baik dengan kendaraan bermotor maupun tidak bermotor dan atau berjalan kaki di

¹⁴²**Pasal 1 angka 4 Peraturan Daerah Kota Malang Nomor 8 Tahun 2005 Tentang Larangan Tempat Pelacuran dan Perbuatan Cabul**, “Pelacur adalah setiap orang yang menyediakan diri kepada umum untuk melakukan zinah atau melakukan perbuatan cabul,

depan tempat-tempat tertentu, di dekat rumah penginapan, pesanggrahan, rumah makan, atau warung dan pada tempat-tempat umum yang dalam keadaan remang-remang atau gelap yang karena tingkah lakunya tersebut dapat mencurigakan atau menimbulkan suatu anggapan sebagai pelacur.

Di dalam peraturan daerah tersebut meskipun diatur mengenai pengertian dari pekerja seks (dengan istilah pelacur) namun larangan dan ketentuan pidananya tidak dapat dikenakan terhadap pengertian pekerja seks secara keseluruhan melainkan hanya terhadap pekerja seks yang berhenti dan atau berjalan kaki di tempat tertentu, dan pada tempat-tempat umum.

Peraturan Daerah Kabupaten Lahat Nomor 3 Tahun 2002 Tentang Larangan Perbuatan Pelacuran dan Tuna Susila dalam Kabupaten Lahat. Di dalam peraturan daerah ini, larangan terhadap pekerja seks diatur di dalam ketentuan Pasal 3 huruf b. Larangan tersebut ditujukan kepada setiap orang atau badan hukum dalam daerah kabupaten lahath dilarang menjadi pelacur atau tuna susila.

Peraturan Daerah Kota Bandar Lampung Nomor 15 Tahun 2002 Tentang Larangan Perbuatan Prostitusi dan Tuna Susila dalam Wilayah Kota Bandar Lampung. Di dalam ketentuan Pasal 2 peraturan daerah ini disebutkan larangan yang ditujukan kepada setiap orang yang bertingkah laku yang dapat diduga sebagai perbuatan yang dapat menimbulkan perbuatan prostitusi dan tuna susila di dalam wilayah kota.

Peraturan Daerah Kabupaten Batang Nomor 6 Tahun 2011 tentang Pemberantasan Pelacuran di Wilayah Kabupaten Batang. Di dalam peraturan daerah ini larangan terhadap pekerja seks disebutkan dalam Pasal 4 tentang

larangan terhadap melakukan perbuatan pelacuran baik secara sendiri-sendiri atau bersama-sama.

Selanjutnya Peraturan Daerah Kabupaten Probolinggo Nomor 5 Tahun 2005 Tentang Pemberantasan Pelacuran Dalam Kabupaten Probolinggo. Di dalam peraturan daerah ini larangan ditujukan kepada pekerja seks yang berada di tempat umum atau dimana saja yang dapat dilihat oleh umum.

Menurut penulis upaya kebijakan formulasi yang saat ini ada baik dalam RUU KUHP 2015 maupun di dalam peraturan-peraturan daerah belum mampu memberikan pembaharuan dalam hukum pidana terkait pekerja seks sebagai pelaku tindak pidana prostitusi. Di dalam RUU KUHP 2015 meskipun menyebutkan orang yang memiliki tujuan melacurkan diri sebagai subjek hukum tindak pidana namun hal ini masih terbatas pada mereka yang berkeliaran atau bergelandang di jalan, padahal secara luas yang dimaksud sebagai pekerja seks tidak terbatas pada mereka yang tampak di muka umum. Hal ini berarti ketentuan tersebut ditujukan terhadap upaya ketertiban umum tidak fokus pada pengenaan pekerja seks sebagai pelaku tindak pidana prostitusi.

Kebijakan formulasi dalam beberapa peraturan daerah seperti Peraturan Daerah Kota Malang, Peraturan Daerah Kota Bandar Lampung dan Peraturan Daerah Kabupaten Probolinggo juga sejalan dengan RUU KUHP 2015 dimana mensyaratkan larangan terhadap seseorang yang karena perbuatannya di tempat umum mengidentifikasikan sebagai pekerja seks.

Meskipun ada beberapa peraturan daerah yang mengatur pekerja seks sebagai pelaku tindak pidana prostitusi namun sesuai dengan analisa penulis pada

sub bab sebelumnya mengenai dasar yuridis kriminalisasi pekerja seks sebagai pelaku tindak pidana prostitusi, peraturan daerah tersebut daya berlakunya lemah karena tidak didasarkan pada peraturan perundang-undangan di atasnya.

Belum diaturnya pekerja seks sebagai pelaku tindak pidana prostitusi maka diperlukan adanya kebijakan formulasi terkait pekerja seks sebagai pelaku tindak pidana prostitusi ke dalam suatu ketentuan norma hukum pidana yang berlaku secara nasional.

2.2. Perbandingan Peraturan Hukum Pidana Terkait Pekerja Seks sebagai Pelaku Tindak Pidana Prostitusi antara Indonesia dengan China.

Seperti yang sebelumnya diuraikan bahwa di Indonesia, terkait dengan prostitusi diatur di dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana yaitu di dalam Pasal 296 KUHP dan Pasal 506 KUHP. Ketentuan pasal tersebut hanya mengatur ketentuan pidana yang dapat dikenakan terhadap orang yang menyebabkan dan mempermudah perbuatan cabul orang lain dan orang lain (pasal 296 KUHP) serta terhadap orang yang menarik keuntungan dari perbuatan cabul orang lain (pasal 506 KUHP). Sehingga ketentuan pidana terkait prostitusi di Indonesia hanya dapat dikenakan terhadap mucikarinya saja, bukan orang yang melakukan perbuatan cabul dalam prostitusi baik pekerja seks maupun pengguna jasa seks.

Di China terkait dengan prostitusi di atur di dalam *Criminal Law of the People's Republic of China* atau Kitab Undang-Undang Hukum Pidana China yaitu di dalam *Article 358* sampai dengan *Article 360*

Article 358

Whoever arranges for or forces another person to engage in prostitution shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not less than five years but not more than 10 years and shall also be fined; whoever falls under any of the following categories shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not less than 10 years or life imprisonment and shall also be fined or be sentenced to confiscation of property.

- (1) making arrangements for another person to engage in prostitution an the circumstances being serious;*
- (2) forcing a girl under the age of 14 to engage in prostitution;*
- (3) forcing a number of persons to engage in prostitution or repeatedly forcing another person to engage prostitution;*
- (4) forcing the victim to engage in prostitution after raping her; or*
- (5) causing serious injury, death or other serious consequences to the person who forced to engaged in prostitution.*

Whoever falls under any of the categories mentioned in the preceding paragraph, if the circumstances are especially serious, shall be sentenced to life imprisonment or death and shall also be sentenced to confiscation of property

Whoever assists in arranging for another person to engage in prostitution shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not more than five years and shall be fined; if the circumstance are serious, he shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not less than five years but no more than 10 years and shal also be fined.

Article 359

Whoevers lures other persons into or shelters prostitution or procures other persons to engage in prostitution shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not more than five years , criminal detention or public surveillance and shall also be fined; if the circumstances are serious, he shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not less than five years and shall also be fined.

Whoever lures a girl under the age of 14 to engage prostitution shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not less than five years an shall also be fined

Article 360

Any person who knows clearly that he or she is suffering from serious venereal diseases such as syphilis and gonorrhoea goes whoring or engages in prostitution shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not more than five years, criminal detention or public surveillance and also be fined

Whoever whores with a girl under the age of 14 shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not less than five years and also be fined.

Article 361

Any employee of a unit in the trade hotels, in the catering or entertainment services, or in the taxi services, who, by taking advantage of his or her work unit, arrangers for, forces or lures another persons to engage in prostitution or provides shelter for prostitution or procures other persons to engage in prostitution, shall be convicted and punished in accordance with the provisions of article 358 and 359 of this law

If the chief leading member of any of the units listed above commits the crime mentioned in the preceding paragraph, he or she shall be given a heavier punishment.

Article 362

Where an employee of a unit in the trade of hotels, in the catering or entertainment servives, or in the taxi services, informs law-breakers of a public security organ's plan to ferret out or deal wit activities of prostitution or whoring, if the circumstances are serious he shall be convicted and punished in accordance with the provisions of Article 310 of this law

Seperti Kitab Undang-Undang Hukum Pidana yang berlaku di Indonesia, *Criminal Law of the People's Republic of China* di atas lebih banyak mengatur mengenai pidanaan yang dapat dikenakan terhadap subjek prostitusi yang bukan pekerja seks. Di dalam ketentuan *Article 358* misalnya mengatur mengenai pidanaan yang daat dikenakan terhadap seseorang yang mengatur untuk atau memaksa orang lain untuk terlibat dalam prostitusi. Sedangkan *Article 359* mengatur tentang pidanaan terhadap orang yang menghasut/ memikat seseorang atau menampung seseorang untuk melakukan prostitusi.

Criminal Law of the People's Republic of China ini di dalam *Article 361* dan *Article 362* mengatur pula pidanaan yang dapat dikenakan terhadap karyawan (baik karyawan hotel, *catering*, layanan hiburan) atau sopir taksi yang

menarik keuntungan dengan menjadi perantara dalam prostitusi. *Criminal Law of the People's Republic of China* mengatur pula pekerja seks sebagai subjek hukum prostitusi namun hanya terhadap pekerja seks yang memiliki penyakit menular seksual dan sengaja melakukan prostitusi meskipun mengetahui tentang penyakitnya tersebut hal ini diatur pada *Article 360*.

Ketentuan yang mengatur pekerja seks sebagai subjek hukum dari tindak pidana prostitusi di atur di luar *Criminal Law of the People's Republic of China* yaitu di dalam *Law on Penalties for Administration of Public Service Security 2005* (Undang-Undang Hukuman Untuk Administrasi Keamanan Publik 2005. Di dalam *Article 66* dan *article 67*

Article 66

A prostitute or a person who goes whoring shall be detained for not less than 10 days but no more than 15 days and may, in addition, be fined not more than 5,000 yuan; and if the circumstances are relatively minor, she or he shall be detained for not more than five days or be fined not more than 500 yuan. A person who, at public place, touts for prostitution or invites another person for whoring shall be detained for not more than five days or be fined not more than 500 yuan

Article 67

A person who seduce, shelters or introduces another person to engage in prostitution shall be detained for not less than 10 days but not more than 15 days and may, in addition, be fined more than 5,000 yuan; and if the circumstances are relatively minor, he shall be detained for not less than five days or be fined not more than 500 yuan.

Melihat perbandingan pengaturan terkait prostitusi antara Indonesia dengan China seperti yang telah diuraikan di atas diketahui bahwa berbeda dengan Indonesia yang tidak mengatur pekerja seks sebagai subjek hukum, China mengatur pekerja seks sebagai subjek hukum dan mengatur prostitusi khusus sebagai suatu tindak pidana sebagai upaya pemberantasan prostitusi. Hal ini bisa

dijadikan salah satu acuan untuk diaturnya pula dalam bentuk peraturan hukum tentang prostitusi dan peraturan mengenai pekerja seks sebagai subjek hukum pidana di dalam pembaharuan hukum pidana di Indonesia.

2.3. Formulasi Norma Hukum Terhadap Pekerja Seks Sebagai Pelaku Tindak Pidana Prostitusi dalam Pembaharuan Hukum Pidana

Berdasarkan landasan berfikir filosofis, yuridis serta sosiologis yang telah diuraikan dalam sub bab sebelumnya di dalam Bab ini menjadi argumen penulis untuk memperkuat adanya urgensi dari kriminalisasi pekerja seks sebagai pelaku tindak pidana prostitusi. Untuk menjadikan upaya kriminalisasi dapat diwujudkan secara nyata dan berlaku sesuai ketentuan yang berlaku maka diperlukan formulasi norma hukum terhadap pekerja seks sebagai pelaku tindak pidana prostitusi.

Formulasi norma hukum sangat penting dalam menyelesaikan permasalahan kekosongan hukum pekerja seks sebagai pelaku tindak pidana prostitusi ini tidak terlepas dari asas legalitas yang diatur di dalam hukum pidana di Indonesia saat ini. Asas legalitas yang mensyaratkan harus diaturnya suatu perbuatan dalam undang-undang untuk dapat dipidana. Sehingga sebagai upaya kriminalisasi pekerja seks sebagai pelaku tindak pidana ini perlu adanya formulasi yang menjadikan perbuatannya sebagai suatu tindak pidana.

Membentuk formulasi terkait pekerja seks sebagai pelaku tindak pidana prostitusi ini maka akan membahas subjek hukum yang akan menjadi subjek hukum tindak pidana, dalam konteks ini adalah prostitusi. Untuk merumuskan subjek

hukum yang dimaksud ini maka perlu dilihat beberapa konsep yang sudah ada terkait subjek hukum pekerja seks.

Telah disebutkan dalam uraian sebelumnya bahwa di dalam RUU KUHP 2015 terdapat konsep yang mengatur mengenai pekerja seks sebagai pelaku tindak pidana yaitu di dalam ketentuan Pasal 489. Pasal 489 RUU KUHP 2015 ini jika diuraikan unsurnya adalah sebagai berikut:

- Setiap orang
- Bergelandang dan berkeliaran di jalan atau di tempat umum dengan tujuan melacurkan diri
- Dipidana dengan pidana denda paling banyak kategori I

Jika diperhatikan unsur-unsur Pasal tersebut maka subjek hukum adalah setiap orang, dan perbuatan di dalam ketentuan ini adalah bergelandang dan berkeliaran di jalan atau di tempat umum dengan tujuan melacurkan diri. Sehingga yang dapat dikenai pidana menurut ketentuan ini hanyalah pekerja seks yang melakukan perbuatannya di jalan atau di tempat umum, sedangkan terhadap mereka yang tidak melakukannya di tempat umum seperti misalnya di rumah bordil bukan merupakan bagian dari pelaku tindak pidana.

Konsep lain yang memformulasikan pekerja seks sebagai pelaku tindak pidana prostitusi dapat dilihat di dalam beberapa peraturan daerah. Meskipun memiliki daya berlaku yang lemah serta berada di dalam jenjang di bawah undang-undang sehingga tidak bisa menjadi dasar pembentukan undang-undang, namun dengan melihat konsep yang sudah ada di dalam peraturan daerah tersebut maka dapat dijadikan pertimbangan di dalam penyusunan norma hukum. Karena

bagaimanapun juga membentuk suatu ketentuan hukum yang berlaku luas tidak boleh melepaskan harapan-harapan serta kepentingan yang diharapkan oleh masyarakat yang berada di daerah. Beberapa konsep tentang pekerja seks yang akan disajikan dalam tabel sebagai berikut.

Tabel 3.1.
Konsep Pekerja Seks Dalam Peraturan Daerah

No.	Peraturan Daerah	Pasal	Isi Pasal
1.	Peraturan Daerah Kota Malang Nomor 8 Tahun 2005 Tentang Larangan Tempat Pelacuran dan Perbuatan Cabul	Pasal 1 Angka 4	Pelacur adalah setiap orang yang menyediakan diri kepada umum untuk melakukan zinah atau perbuatan cabul
2.	Peraturan Daerah Kabupaten Lahat Nomor 3 Tahun 2002 Tentang Larangan Perbuatan Pelacuran dan Tuna Susila dalam Kabupaten Lahat	Pasal 1 Angka 6	Pelacuran dan tuna susila adalah seseorang baik laki-laki maupun perempuan yang melakukan hubungan kelamin dengan lawan jenisnya di luar perkawinan yang sah maupun sesama jenisnya dengan maksud mendapat kepuasan seksual dan untuk mendapatkan imbalan jasa maupun tidak bagi dirinya maupun orang lain
3.	Peraturan Daerah Kota Bandar Lampung Nomor 15 Tahun 2002 Tentang Larangan Perbuatan Prostitusi dan Tuna Susila dalam Wilayah Kota Bandar Lampung	Pasal 1 huruf h	Pelacur adalah seseorang baik pria maupun wanita yang mengadakan hubungan kelamin dengan seorang lawan jenis kelamin di luar ikatan perkawinan yang sah dengan maksud mendapatkan kepuasan seksual atau keuntungan materi lainnya bagi diri sendiri atau orang lain
4.	Peraturan Daerah Kabupaten Batang Nomor 6 Tahun 2011 Tentang Pemberantasan Pelacuran	Pasal 1 Angka 4	Pelacur adalah seseorang atau sekelompok orang baik pria, wanita atau waria/ banci, yang menyediakan dirinya kepada umum atau seseorang tertentu untuk melakukan

			perbuatan/ kegiatan cabul atau hubungan seksual atau untuk melakukan perbuatan yang mengarah pada hubungan seksual di luar perkawinan yang dilakukan di hotel/ penginapan, restoran, tempat hiburan, lokasi pelacuran atau tempat-tempat lain di daerah dengan tujuan untuk mendapatkan imbalan berupa uang, barang dan/atau jasa lainnya.
5.	Peraturan Daerah Kabupaten Probolinggo Nomor 5 Tahun 2005 Tentang Pemberantasan Pelacuran dalam Kabupaten Probolinggo	Pasal 1 Angka 4	Pelacur adalah barang siapa yang menyediakan dan menawarkan diri kepada umum untuk melakukan zina atau perbuatan cabul

Berdasarkan konsep pekerja seks dalam beberapa Peraturan Daerah yang disebutkan dalam tabel di atas, maka dapat diuraikan unsur-unsurnya sebagai berikut:

1. Pasal 1 angka 4 Peraturan Daerah Kota Malang Nomor 8 Tahun 2005 Tentang Larangan Tempat Pelacuran dan Perbuatan Cabul
 - Setiap orang
 - Menyediakan diri kepada umum untuk melakukan zinah/ perbuatan cabul
2. Pasal 1 angka 6 Peraturan Daerah Kabupaten Lahat Nomor 3 Tahun 2002 Tentang Larangan Perbuatan Pelacuran dan Tuna Susila dalam Kabupaten Lahat
 - Seseorang baik laki-laki maupun perempuan

- Melakukan hubungan kelamin dengan lawan jenisnya atau sesama jenis di luar ikatan perkawinan yang sah
 - Untuk mendapatkan kepuasan
 - Untuk mendapatkan imbalan jasa bagi dirinya maupun orang lain
3. Pasal 1 huruf h Peraturan Daerah Kota Bandar Lampung Nomor 15 Tahun 2002 Tentang Larangan Perbuatan Prostitusi dan Tuna Susila dalam Wilayah Kota Bandar Lampung
- Seseorang baik pria maupun wanita
 - Mengadakan hubungan kelamin dengan seseorang lawan jenis kelamin di luar ikatan perkawinan yang sah
 - Untuk mendapatkan kepuasan seksual bagi diri sendiri
 - Untuk mendapatkan keuntungan materi bagi diri sendiri atau orang lain
4. Pasal 1 angka 4 Peraturan Daerah Kabupaten Batang Nomor 6 Tahun 2011 Tentang Pemberantasan Pelacuran
- Seseorang atau sekelompok orang baik pria, wanita atau waria/ banci
 - Menyediakan dirinya untuk kepentingan umum atau seseorang untuk melakukan perbuatan cabul atau hubungan seksual atau perbuatan yang mengarah pada hubungan seks di luar perkawinan
 - Dilakukan di hotel/ penginapan, restoran, tempat hiburan, lokasi pelacuran atau tempat-tempat lain di daerah
 - Untuk mendapatkan imbalan berupa uang, barang, dan/atau jasa lainnya.
5. Pasal 1 Angka 4 Peraturan Daerah Kabupaten Probolinggo Nomor 5 Tahun 2005 Tentang Pemberantasan Pelacuran dalam Kabupaten Probolinggo
- Barang siapa

- Menyediakan dan menawarkan diri kepada umum untuk melakukan zina/ percabulan

Beberapa peraturan daerah tersebut memang memiliki daya berlakunya lemah karena tidak di dasarkan pada undang-undang terkait yang ada di atasnya akibat adanya kekosongan peraturan hukum. Namun konsep pekerja seks (yang juga disebut pelacur) yang ada pada beberapa peraturan daerah di atas dapat dijadikan bahan rujukan untuk dapat menemukan konsep tentang apa yang sebenarnya dimaksud dengan pekerja seks dalam penelitian kriminalisasi pekerja seks sebagai pelaku tindak pidana prostitusi ini.

Melihat uraian unsur-unsur yang disebutkan di atas dapat dilihat secara garis besar terdapat dua unsur yang penting dari suatu tindak pidana, yaitu unsur subjek hukum dan unsur perbuatan. Di dalam uraian di atas subjek hukum disebutkan dengan istilah “setiap orang”, “seseorang baik laki-laki maupun perempuan”, sekelompok orang baik pria, wanita, atau waria/banci”, “barang siapa”, meskipun menggunakan istilah yang berbeda namun memiliki maksud yang sama bahwa ketentuan tersebut dimaksudkan terhadap subjek hukum *natuurlijke persoon*. Subjek hukum dalam peraturan daerah tersebut juga ditujukan terhadap orang baik perempuan maupun laki-laki yang merujuk pada tidak adanya pembedaan jenis kelamin terhadap pekerja seks yang selama ini diidentikkan dengan perempuan.

Untuk membentuk suatu formulasi norma hukum pidana maka hal yang diperhatikan di samping subjek hukum tindak pidana adalah menjadikan

perbuatan sebagai suatu tindak pidana. Untuk menentukan suatu perbuatan menjadi tindak pidana maka harus memenuhi unsur-unsur pidananya.

Menurut Moeljanto syarat suatu perbuatan dapat dikategorikan sebagai suatu perbuatan pidana harus memuat unsur subjektif dan unsur objektif.¹⁴³ Hal ini juga disebutkan oleh Yulies Tiena Masriani dalam bukunya Pengantar Hukum Indonesia seperti yang disebutkan dalam bab kajian pustaka bahwa suatu peristiwa atau tindakan hukum dapat dinyatakan sebagai tindak pidana jika memenuhi unsur-unsur pidananya, yaitu:¹⁴⁴

1. Unsur objektif, berhubungan dengan suatu tindakan, peristiwa pidana merupakan perbuatan melawan hukum terhadap hukum yang sedang berlaku, di mana akibat perbuatan tersebut dilarang dan diancam dengan suatu ancaman hukuman
2. Unsur subjektif, peristiwa pidana adalah perbuatan yang dilakukan oleh seseorang secara salah. Unsur-unsur kesalahan si pelaku itulah yang mengakibatkan terjadinya peristiwa pidana. Unsur kesalahan itu timbul dari niat atau kehendak si pelaku. Jadi, akibat dari perbuatan itu telah diketahui bahwa dilarang oleh undang-undang dan diancam dengan hukuman, jadi memang ada unsur kesengajaan.

Untuk memenuhi unsur objektif suatu tindak pidana maka harus di rumuskan mengenai perbuatan yang dimaksud dalam formulasi norma hukum. Unsur-unsur perbuatan di dalam peraturan daerah yang telah di sebutkan di atas disebutkan bahwa dari kelima peraturan daerah tersebut menyebutkan adanya perbuatan cabul atau hubungan seksual di luar ikatan perkawinan yang sah, terdapat unsur lain yang disebutkan di dalam ketentuan dalam peraturan daerah tersebut adalah di mana perbuatan tersebut dilakukan untuk mendapatkan kepuasan seksual dan/atau mendapatkan imbalan atau keuntungan materi baik berupa uang, barang dan/atau jasa lainnya.

¹⁴³Ismu Gunadi, *Cepat & Mudah Memahami Hukum Pidana (Jilid I)*, (Jakarta: Prestasi Pustaka, 2011), hlm. 45

¹⁴⁴Yulies Tiena Masriani, Op.cit, hlm. 63

Perbuatan prostitusi ini telah disebutkan juga di dalam ketentuan umum prostitusi yang telah penulis uraikan dalam bab II, yang dimaksud dengan prostitusi adalah perbuatan tercela yang berupa perbuatan cabul atau perbuatan seksual di luar ikatan perkawinan yang dilakukan oleh seseorang baik diri sendiri atau melibatkan pihak ketiga (mucikari) yang di dasarkan pada adanya pembayaran atau imbalan.

Berdasarkan uraian perbuatan dalam peraturan daerah serta konsep dalam kajian pustaka dapat disimpulkan bahwa perbuatan di dalam formulasi norma hukum dalam penelitian ini adalah perbuatan menawarkan diri untuk dan/atau melakukan suatu perbuatan cabul yang dilakukan di luar suatu ikatan perkawinan yang sah dilakukan guna mendapatkan imbalan baik berupa uang, barang maupun jasa lainnya. Isitilah “perbuatan cabul” digunakan hal ini sesuai dengan pengertian perbuatan cabul oleh Adami Chazawi yang memiliki arti yang lebih luas dari pengertian bersetubuh atau hubungan seksual.¹⁴⁵ Hal ini telah disebutkan di dalam sub bab dasar yuridis di dalam penelitian ini.

Unsur subjektif dalam suatu perbuatan pidana adalah harus adanya unsur kesalahan. Dalam penelitian mengenai kriminalisasi pekerja seks sebagai pelaku tindak pidana prostitusi yang dimaksud dengan pekerja seks adalah pekerja seks *voluntary prostitution* atau pekerja seks yang melakukan perbuatan prostitusi tanpa adanya paksaan atau eksploitasi oleh pihak lain. Dengan tanpa adanya paksaan ini memiliki makna bahwa terdapat niat batin dari pelaku dalam hal ini pekerja seks untuk melakukan perbuatan prostitusi. Sehingga terdapat unsur kesalahan berupa kesengajaan dari pelaku dalam melakukan perbuatan tersebut.

¹⁴⁵Adami Chazawi, Loc.Cit

Unsur kesengajaan ini di dalam peraturan daerah tersebut di atas juga dapat terlihat dari unsur untuk mendapatkan kepuasan seksual dan untuk mendapatkan imbalan berupa uang, barang atau jasa lainnya. Hal ini memperlihatkan bahwa terdapat niat pelaku bahwa perbuatan tersebut sengaja diperbuat untuk mendapatkan kepuasan seksual serta imbalan.

Hal lain yang harus diperhatikan untuk merumuskan suatu perbuatan sebagai suatu perbuatan pidana adalah adanya unsur melawan hukumnya perbuatan. Maksud dari unsur melawan hukum ini adalah apakah perbuatan tersebut bertentangan dengan norma-norma hukum baik yang tertulis maupun tidak tertulis dalam masyarakat.

Berdasarkan paham-paham sifat melawan hukum, doktrin membedakan perbuatan melawan hukum atas:¹⁴⁶

1. Perbuatan melawan hukum formil, yaitu suatu perbuatan melawan hukum apabila perbuatan tersebut sudah diatur dalam peraturan tertulis berupa undang-undang.
2. Perbuatan melawan hukum materiil, yaitu terdapat kemungkinan suatu perbuatan melawan hukum walaupun belum diatur dalam undang-undang. Sandarannya adalah asas-asas umum dalam bidang hukum.

Untuk saat ini perbuatan prostitusi yang telah diuraikan di atas hanya bertentangan dengan norma-norma yang berlaku di dalam masyarakat atau merupakan perbuatan melawan hukum materiil. Hal ini seperti yang telah

¹⁴⁶ Teguh Prasetyo, *Hukum Pidana*, (Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 2011), hlm.

disebutkan dalam sub bab sebelumnya terkait dengan kriminalisasi pekerja seks sebagai pelaku tindak pidana prostitusi baik berdasarkan dasar filosofis, dasar yuridis maupun dasar sosiologis. Belum adanya norma hukum tertulis yang secara khusus mengatur hal tersebut mendorong adanya formulasi norma hukum terkait kriminalisasi pekerja seks sebagai pelaku tindak pidana prostitusi.

Unsur lain yang diperlukan dari formulasi norma hukum pidana ini adalah adanya sanksi pidana yang dapat diancamkan terhadap perbuatan tersebut. Sanksi pidana merupakan unsur terpenting suatu perbuatan dikategorikan sebagai suatu tindak pidana.

Berdasarkan hal-hal tersebut maka penulis menawarkan suatu konsep formulasi norma hukum pidana tentang kriminalisasi pekerja seks sebagai pelaku tindak pidana adalah sebagai berikut:

Pasal....

Setiap orang yang dengan sengaja menawarkan diri untuk melakukan perbuatan cabul dengan orang lain di luar ikatan perkawinan yang sah dengan maksud mendapatkan imbalan, diancam dengan pidana kurungan selama.... atau pidana denda sebesar.....

Di dalam formulasi norma hukum pidana di atas, unsur “setiap orang” merujuk pada tidak adanya pembedaan jenis kelamin pekerja seks yang selama ini diidentikkan dengan wanita. Selain itu adanya ancaman pidana yang dapat dikenakan dalam formulasi norma hukum di atas adalah merupakan suatu konsekuensi yang diberikan terhadap perbuatan pekerja seks yang melanggar

ketertiban dalam masyarakat serta melanggar norma-norma yang berlaku di dalam masyarakat.

Perbuatan prostitusi yang dilakukan oleh pekerja seks ini dapat menghasilkan kerugian pada negara sehingga perlu diatasi dengan reaksi negara berupa larangan terhadap perbuatan tersebut yang disertai oleh ancaman sanksi terhadap pelanggaran larangan tersebut.

Sanksi pidana yang diberikan di samping akan memberikan konsekuensi hukum atau pembalasan atas dilanggarnya suatu larangan dalam norma hukum, juga akan menimbulkan efek jeri terhadap setiap orang yang akan melakukan pelanggaran. Sehingga sanksi pidana juga akan bertujuan memberikan pencegahan terhadap terjadinya perbuatan prostitusi yang dilakukan oleh pekerja seks.

Ketentuan pidana yang menyebutkan adanya pidana kurungan atau pidana denda yang dapat dikenakan terhadap pekerja seks, kata penghubung “atau” yang memiliki maksud memberikan ketentuan pidana yang bersifat alternatif.¹⁴⁷ Pengenaan pidana yang diberikan ini disesuaikan dengan pertimbangan hakim dalam menentukan pidana yang paling tepat bagi perbuatan pelaku tindak pidana. Hal ini juga merupakan salah satu penerapan pembentukan ketentuan pidana yang sesuai dengan tujuan pemidanaan, karena memberikan peluang terhadap sanksi pidana yang terbaik bagi pelaku tindak pidana. Sehingga tidak semata-mata menghukum pelaku. Hal ini sejalan dengan tujuan pemidanaan yang juga

¹⁴⁷Supardan Modeong, Zudan Arif Fakrulloh, *Legal Drafting Berporos Hukum Humanis Partisipatoris*, (Jakarta: PT Perca, 2005), hlm. 56

memperhatikan kepentingan pelaku dalam penjatuhan pidana tidak semata-mata memberikan pembalasan.

Seperti yang telah dibahas sebelumnya bahwa suatu kebijakan kriminal tidak hanya melalui upaya penal tapi juga terdapat upaya non penal. Upaya *non penal* ini sebenarnya juga disebutkan di dalam Undang-Undang Nomor 11 tahun 2009 tentang Kesejahteraan Sosial dimana pekerja seks yang dalam peraturan ini disebut sebagai tuna susila dikategorikan sebagai Penyandang Masalah Kesejahteraan Sosial. Di dalam ketentuan Pasal 7 Undang-Undang ini terhadap mereka dapat diupayakan rehabilitasi.¹⁴⁸

Terkait dengan kebijakan *penal* dan kebijakan *non penal* Radzinowicz mengemukakan bahwa,

Criminal policy must combine the various preventive activities and adjust them as to form a single comprehensive machine and finally coordinate the whole into organized system of activity. (Kebijakan kriminal harus mengkombinasikan bermacam-macam kegiatan pencegahan dan pengaturannya sedemikian rupa sehingga akan membentuk suatu mekanisme tunggal yang luas dan akhirnya mengkoordinasikan keseluruhannya itu ke dalam suatu sistem kegiatan negara yang teratur).¹⁴⁹

¹⁴⁸Pasal 7 Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2009 tentang Kesejahteraan Sosial yang berbunyi,

- (1) Rehabilitasi sosial dimaksudkan untuk memulihkan dan mengembangkan kemampuan seseorang yang mengalami disfungsi sosial agar dapat melaksanakan fungsi sosialnya secara wajar
- (2) Rehabilitasi sosial sebagaimana di maksud dalam ayat (1) dapat dilaksanakan secara persuasif, motivatif, koersif, baik dalam keluarga, masyarakat maupun panti sosial.
- (3) Rehabilitasi sosial sebagaimana dimaksud pada ayat (2) diberikan dalam bentuk: a. motivasi dan diagnosis psikososial; b. Perawatan dan pengasuhan; c. Pelatihan vokasional dan pembinaan kewirausahaan; d. Bimbingan mental spiritual; e. Bimbingan fisik; f. Bimbingan sosial dan konseling psikososial; g. pelayanan aksesibilitas; h. Bantuan dan asistensi sosial; i. Bimbingan resosialisasi; j. Bimbingan lanjut dan/atau; j. rujukan

¹⁴⁹Muladi dan Barda Nawawi Arief, op.cit,hlm. 159

Sehingga dengan mendasarkan pada pendapat Radzionowicz maka diperlukan adanya kombinasi antara kebijakan penal dengan kebijakan non penal. Kebijakan penal yang berupa pemidanaan terhadap pekerja seks dilakukan setelah upaya atau kebijakan non penal sudah dirasa tidak mampu menangani permasalahan prostitusi. Hal ini selaras dengan sifat pidana sebagai *ultimum remedium*.

Dengan tetap memperhatikan kebijakan non penal di samping kebijakan penal ini menjadi salah satu upaya dalam mewujudkan suatu tujuan pemidanaan yang tidak hanya semata-mata memberikan pembalasan, namun juga pencegahan serta pemulihan kondisi seperti semula. Sehingga dengan adanya formulasi norma hukum terkait kriminalisasi pekerja seks sebagai pelaku tindak pidana ini diharapkan dapat dijadikan sebagai upaya perlindungan masyarakat (*social defense*) demi mencapai suatu kesejahteraan dalam masyarakat (*social welfare*).