

# KRITERIA KRIMINALISASI: ANALISIS PEMIKIRAN MOELJATNO, SUDARTO, THEO DE ROOS, DAN IRIS HAENEN

Dion Valerian  
Praktisi Hukum  
email: dionvalerian@yahoo.com

disampaikan 11/06/2021 – di-review 08/10/2021 – diterima 08/12/2022  
DOI: 10.25123/vej.v8i2.4923

## **Abstract**

*In criminal law, “criminalization” is defined as a process of determining certain conduct as a criminal offense through legislation. This doctrinal legal research article describes and analyzes the criteria for criminalization as promulgated by Moeljatno, Sudarto, Theo de Roos, and Iris Haenen. Moeljatno’s criteria are: 1) the conduct is harmful to the public, 2) criminalization is the primary means to deter the harmful conduct, and 3) the government’s ability to effectively enforce the criminal provision. Sudarto promulgates three criteria: 1) harmfulness of the conduct, 2) cost and benefit analysis, and 3) law enforcement burden. Furthermore, Theo de Roos’ six criteria are: 1) feasibility and motivation of harm, 2) tolerance, 3) subsidiarity, 4) proportionality, 5) legality, and 6) practical applicability and effectiveness. Lastly, based on de Roos’ typology Iris Haenen formulates three criteria: 1) primary criteria, which contains “threshold principles”: the conduct must be a) harmful and b) wrongful, 2) secondary criteria, which contains “moderating principles”: proportionality, subsidiarity, and effectiveness, and 3) legality criterion (*lex certa*). The criteria for criminalization can be employed by the legislators and general public in scrutinizing the feasibility of criminalization of a conduct, to ensure that only the conducts which meet all the criteria that can be criminalized. Only by doing so will the practice of criminalization adhere to the *ultimum remedium* principle and deter unnecessary criminalization and overcriminalization.*

*Keywords:*

*criminal law; criminalization; criminal offense; ultimum remedium*

## **Abstrak**

Dalam hukum pidana, istilah “kriminalisasi” dipahami sebagai penetapan suatu perbuatan menjadi tindak pidana melalui peraturan perundang-undangan. Artikel penelitian hukum doktrinal ini menjelaskan dan menganalisis kriteria kriminalisasi sebagaimana dikemukakan oleh Moeljatno, Sudarto, Theo de Roos, dan Iris Haenen. Kriteria Moeljatno adalah: 1) perbuatan bersifat merugikan masyarakat, 2) kriminalisasi adalah jalan utama untuk mencegah dilakukannya perbuatan tersebut, dan 3) kemampuan pemerintah untuk melaksanakan ancaman pidana secara efektif. Sudarto mencetuskan tiga kriteria: 1) perbuatan bersifat merugikan, 2) analisis biaya dan manfaat, dan 3) beban penegakan hukum. Kemudian, enam kriteria Theo de Roos adalah: 1) kemungkinan terjadi dan motivasi bahaya, 2) toleransi, 3) subsidiaritas, 4) proporsionalitas, 5) legalitas, dan 6) aplikabilitas dan efektivitas praktis. Terakhir, berdasarkan tipologi de Roos, Iris Haenen menentukan tiga kriteria kriminalisasi: 1) kriteria primer, yang mencakup prinsip-prinsip ambang: suatu perbuatan harus bersifat a) membahayakan (*harmful*) dan b) salah (*wrongful*), 2) kriteria sekunder, yang mencakup prinsip-prinsip yang memoderasi: subsidiaritas, proporsionalitas, dan efektivitas, serta 3) kriteria legalitas (*lex certa*). Kriteria kriminalisasi tersebut dapat digunakan oleh pembuat undang-undang dan publik dalam meneliti kemungkinan kriminalisasi suatu perbuatan, untuk memastikan hanya perbuatan-perbuatan yang memenuhi seluruh kriteria sajalah yang dapat dikriminalisasi. Hanya dengan melakukan hal tersebutlah praktik kriminalisasi akan mematuhi prinsip *ultimum remedium* serta mencegah kriminalisasi yang tidak perlu dan kriminalisasi berlebih.

*Kata Kunci:*

*hukum pidana; kriminalisasi; tindak pidana; ultimum remedium*

## Pendahuluan

Diskursus mengenai kriminalisasi (Ing.: *criminalization*, Bld.: *strafbaarstelling/criminalisering*) menempati posisi cukup penting dalam ilmu hukum pidana. Kriminalisasi, atau penetapan suatu perbuatan menjadi tindak pidana melalui peraturan perundang-undangan<sup>1</sup>, merupakan salah satu unsur dalam definisi “hukum pidana” menurut Moeljatno, seorang cendekiawan hukum pidana Indonesia. Moeljatno memaknai “hukum pidana” sebagai bagian dari keseluruhan hukum positif di suatu negara, yang mengadakan dasar-dasar atau aturan-aturan untuk:

- a. menentukan perbuatan-perbuatan mana yang tidak boleh dilakukan atau dilarang, disertai ancaman atau sanksi berupa pidana tertentu bagi barangsiapa yang melanggar larangan tersebut (cetak tebal dari penulis);
- b. menentukan kapan dan dalam hal-hal apa kepada mereka yang telah melanggar larangan itu dapat dikenakan atau dijatuhi pidana sebagaimana yang telah diancamkan; dan
- c. menentukan dengan cara bagaimana pengenaan pidana dapat dilaksanakan apabila ada orang yang disangka telah melanggar larangan tersebut.<sup>2</sup>

Sebagaimana tercantum dalam butir a di atas, Moeljatno memandang bahwa isu penentuan tindak pidana/kriminalisasi merupakan salah satu topik kunci yang dibahas dan dijelaskan oleh ilmu hukum pidana. Beberapa ahli hukum pidana seperti Muladi, Barda Nawawi Arief, dan Teguh Prasetyo berargumen bahwa

---

<sup>1</sup> Istilah “kriminalisasi” dalam artikel ini tidak dimaknai sebagai “tuntutan hukum atau penuntutan pidana terhadap seseorang tanpa dasar yang jelas atau atas dasar yang dibuat-buat”, yang sebenarnya lebih tepat disebut sebagai “*malicious prosecution*”. Istilah “*malicious prosecution*” dimaknai *Cornell Law School Legal Information Institute* sebagai “*The filing of a lawsuit for an improper purpose, and without grounds or probable cause. The lawsuit may either be civil or criminal in nature*”. Istilah “kriminalisasi” yang dikenal dalam ilmu hukum pidana (sebagaimana didefinisikan oleh mayoritas pemikir hukum pidana), dan oleh karena itu memiliki akar serta sandaran teoritis yang lebih jelas dan dapat dipertanggungjawabkan, adalah “kriminalisasi” dalam artian “penetapan suatu perbuatan menjadi tindak pidana melalui peraturan perundang-undangan”.

<sup>2</sup> Moeljatno, *Asas-asas Hukum Pidana*, Rineka Cipta, Jakarta, 2015, hlm. 1.

persoalan kriminalisasi juga merupakan salah satu masalah sentral dalam kebijakan kriminal mengenai penggunaan sarana penal.<sup>3</sup>

Pasal 1 ayat (1) Kitab Undang-Undang Hukum Pidana yang merupakan perwujudan asas legalitas menentukan: "Suatu perbuatan tidak dapat dipidana, kecuali berdasarkan kekuatan ketentuan-ketentuan perundang-undangan pidana yang telah ada". Berkenaan dengan "ketentuan-ketentuan perundang-undangan pidana" itu, hukum nasional Indonesia mengatur bahwa kriminalisasi hanya dapat ditetapkan melalui undang-undang, peraturan daerah provinsi, dan peraturan daerah kabupaten/kota, sesuai ketentuan Pasal 15 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan. Peraturan perundang-undangan yang sekarang berlaku di Indonesia belum ada yang mengatur secara spesifik mengenai kriteria kriminalisasi. Namun demikian, Pasal 12 Rancangan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (RKUHP) mengandung materi tentang syarat "menyatakan suatu perbuatan sebagai tindak pidana". Pasal 12 ayat (1) RKUHP menjelaskan tindak pidana merupakan perbuatan yang oleh peraturan perundang-undangan diancam dengan sanksi pidana dan/atau tindakan. Kemudian, Pasal 12 ayat (2) RKUHP merumuskan:

Untuk dinyatakan sebagai Tindak Pidana, suatu perbuatan yang diancam sanksi pidana dan/atau tindakan oleh peraturan perundang-undangan harus bersifat melawan hukum atau bertentangan dengan hukum yang hidup dalam masyarakat.

Dengan ketentuan Pasal 12 ayat (2), RKUHP memberikan arahan normatif bahwa suatu perbuatan hanya dapat dinyatakan sebagai tindak pidana (dikriminalisasi) jika perbuatan tersebut bersifat melawan hukum atau bertentangan dengan hukum yang hidup dalam masyarakat. Dalam kaitannya dengan ketentuan itu, menurut penulis, kriteria kriminalisasi yang dirumuskan oleh para sarjana sebagaimana diuraikan dalam artikel ini patut digunakan untuk mengukur sifat melawan hukum suatu perbuatan, sehingga dapat dirujuk sebagai alasan penetapan suatu perbuatan sebagai tindak pidana.

---

<sup>3</sup> Muladi dan Barda Nawawi A., *Teori-teori dan Kebijakan Pidana*, Alumni, Bandung, 1984, hlm. 160 dan Teguh Prasetyo, *Kriminalisasi dalam Hukum Pidana*, Nusamedia, Bandung, 2013, hlm. 38.

Tema pokok dalam diskursus kriminalisasi adalah mengenai kriteria-kriteria apa sajakah yang menjadi dasar pertimbangan untuk menetapkan suatu perbuatan sebagai tindak pidana.<sup>4</sup> Telah banyak gagasan tentang kriteria kriminalisasi yang dirumuskan oleh para ahli, terutama mengenai argumen-argumen apa yang dapat diajukan untuk mendukung ataupun menolak dijadikannya suatu perbuatan sebagai tindak pidana.<sup>5</sup> Artikel ini menjelaskan dan menganalisis pemikiran Moeljatno, Sudarto, Theo de Roos, dan Iris Haenen tentang kriteria kriminalisasi. Secara fungsional dan praktis, hasil kajian penulis dapat digunakan sebagai referensi dan dasar uji bagi pembuat undang-undang dan publik dalam melakukan analisis terhadap wacana kriminalisasi suatu perbuatan. Lebih jauh lagi, penulis berharap agar pembuat undang-undang menggunakan kriteria kriminalisasi yang didukung argumentasi intelektual-teoritis pada saat: 1) menetapkan suatu perbuatan sebagai tindak pidana, dan 2) membuat rumusan pasal tindak pidana dalam peraturan perundang-undangan. Jika kriteria kriminalisasi tersebut dirujuk dan diterapkan saat menyusun peraturan perundang-undangan, hanya perbuatan-perbuatan yang betul-betul memenuhi kriteria kriminalisasi sajakah yang dapat dijadikan tindak pidana. Mengutip Topo Santoso, tahap deliberasi perumusan peraturan perundang-undangan pidana merupakan *locus* diterapkannya prinsip hukum pidana sebagai *ultimum remedium*; bahwa hukum pidana hanya dapat digunakan sebagai sarana terakhir untuk menanggulangi persoalan kemasyarakatan, jika benar-benar tidak tersedia sarana lain untuk menanggulangi persoalan tersebut.<sup>6</sup> Pada titik ini, memedomani kriteria kriminalisasi sebagai dasar penetapan tindak pidana memiliki peran krusial.

---

<sup>4</sup> *Google Dictionary-Oxford Languages* mendefinisikan *criterion* (bentuk jamak: *criteria*) sebagai “a principle or standard by which something may be judged or decided” (suatu prinsip atau standar yang dengannya suatu hal diuji atau ditentukan). Terminologi “*criterion*” berasal dari istilah Yunani “*kriterion*” yang berarti “*means of judging*” (cara/metode untuk menguji). Istilah “kriteria kriminalisasi” menunjuk pada seperangkat pertimbangan, prinsip, atau standar yang digunakan sebagai dasar untuk menguji kriminalisasi terhadap perbuatan tertentu. Sebagai catatan, beberapa pemikir seperti de Roos dan Haenen menggunakan istilah “kriteria kriminalisasi” dan “prinsip kriminalisasi” secara bergantian.

<sup>5</sup> S.S. Buisman, *Criteria voor Strafbbaarstelling: De integratie tussen theorie en wetgevingsbeleid, Boom Strafbblad 2020-1*, hlm. 64.

<sup>6</sup> Topo Santoso, *Hukum Pidana: Suatu Pengantar*, Rajawali Pers, Depok, 2020, hlm. 123 dan 127. Mengenai elaborasi komprehensif tentang kriminalisasi dan hukum pidana sebagai *ultimum*

Anugerah Rizki Akbari dalam penelitiannya menemukan bahwa dari 563 undang-undang yang disahkan pada periode 1998-2014 di Indonesia, 154 di antaranya mengandung ketentuan pidana, dengan rincian terdapat 1.601 bentuk tindak pidana di dalamnya.<sup>7</sup> Menurut Akbari, tren kriminalisasi tersebut menunjukkan bahwa Indonesia “memiliki ketergantungan yang tinggi terhadap mekanisme hukum pidana dalam mengontrol masyarakat”.<sup>8</sup> Dengan latar itu, menjadi penting untuk mengkaji rujukan teoritis mengenai kriteria kriminalisasi, sebab pemenuhan terhadap kriteria tersebutlah yang harus dijadikan pedoman dalam mempertimbangkan kriminalisasi terhadap suatu perbuatan. Perbuatan-perbuatan yang tidak memenuhi kriteria kriminalisasi tidak dapat ditetapkan sebagai tindak pidana. Didudukkan pada posisi demikian, penerapan kriteria kriminalisasi dalam pembentukan peraturan perundang-undangan dapat mencegah terjadinya kriminalisasi yang tidak perlu (*unnecessary criminalization*) dan kriminalisasi berlebih (*overcriminalization*)<sup>9</sup>.

Artikel penelitian ini merupakan penelitian hukum doktrinal,<sup>10</sup> dengan “penelitian hukum doktrinal” diartikan sesuai pandangan A. Yaqin: “... *systematic study of legal rules, principles, concepts, theories, doctrines, decided cases, legal institutions, legal problems, issues or questions or a combination of some or all of them*”.<sup>11</sup> Karena objek studinya merupakan kriteria kriminalisasi yang lebih dekat ke jagat teori dan konsep daripada jagat hukum positif, artikel ini menggunakan

---

*remedium*, lebih lanjut rujuk Id., hlm. 121-154 serta Johannes Keiler dan David Roef, *Principles of Criminalisation and the Limits of Criminal Law*, dalam Johannes Keiler dan David Roef (ed.), *Comparative Concepts of Criminal Law*, Intersentia, Cambridge – Antwerp - Chicago, 2021, hlm. 35-84.

<sup>7</sup> Anugerah Rizki Akbari, *Potret Kriminalisasi Pasca Reformasi dan Urgensi Reklasifikasi Tindak Pidana di Indonesia*, *Institute for Criminal Justice Reform*, Jakarta, 2015, hlm. 31.

<sup>8</sup> Id., hlm. 11-12.

<sup>9</sup> Lebih lanjut tentang *overcriminalization* rujuk Douglas Husak, *Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law*, *Oxford University Press*, New York, 2008 dan Mahrus Ali, *Overcriminalization dalam Perundang-undangan di Indonesia*, *Jurnal Hukum Ius Quia Iustum* No. 3 Vol. 25 September 2018.

<sup>10</sup> Soetandyo Wignjosoebroto, *Ragam-ragam Penelitian Hukum*, dalam Sulistyowati Irianto dan Shidarta (ed.), *Metode Penelitian Hukum: Konstelasi dan Refleksi*, Yayasan Pustaka Obor Indonesia, Jakarta, 2011, hlm. 121 dan Valerie J. Kriekhoff, *Penelitian Hukum Normatif dalam Hukum Pidana: Metode dan Aplikasinya*, dalam Jufrina Rizal dan Suhariyono AR (ed.), *Demi Keadilan: Antologi Hukum Pidana dan Sistem Peradilan Pidana*, Pustaka Kemang, Jakarta, 2016, hlm. 526.

<sup>11</sup> Kriekhoff, Id., hlm. 524-525.

pendekatan konseptual (*conceptual approach*) yang memeriksa pandangan-pandangan dan doktrin-doktrin dalam ilmu hukum.<sup>12</sup>

## **Pembahasan**

### **Kriteria Kriminalisasi Moeljatno**

Moeljatno<sup>13</sup> mengungkapkan bahwa sifat perbuatan pidana adalah bertentangan dengan tata ketertiban yang dikehendaki hukum, dan oleh sebab itu merupakan perbuatan yang melanggar hukum. Perbuatan pidana menimbulkan kerugian terhadap masyarakat, sehingga bersifat anti-sosial, dalam arti bertentangan dengan cita-cita terwujudnya tata ketertiban dalam pergaulan masyarakat yang baik dan adil. Ukuran atau kriteria untuk menentukan perbuatan melawan hukum mana yang layak dikriminalisasi adalah termasuk dalam lingkup kebijakan pemerintah yang dipengaruhi beberapa faktor.<sup>14</sup> **Pertama**, biasanya perbuatan yang dikriminalisasi adalah perbuatan yang menimbulkan kerugian besar dalam masyarakat. Suatu perbuatan dikriminalisasi karena perbuatan tersebut “menghambat atau menghalang-halangi cita-cita bangsa Indonesia, yaitu datangnya masyarakat adil dan makmur”, sehingga perbuatan tersebut merupakan “bahaya bagi keselamatan masyarakat”.<sup>15</sup> Meskipun begitu, tidak pula dapat dikatakan bahwa perbuatan yang menimbulkan kerugian besar sajalah yang layak dikriminalisasi, karena di satu sisi, perbuatan pencurian yang kecil/ringan merupakan suatu delik, tetapi di sisi lain tidak semua perbuatan yang mengakibatkan kerugian besar (misalnya beberapa bentuk korupsi) telah dikriminalisasi. Kriminalisasi terhadap pencurian yang kecil ini mungkin dilakukan karena pencurian kecil secara kuantitatif marak terjadi.<sup>16</sup>

**Kedua**, menurut Moeljatno, selain keperluan untuk menyesuaikan perbuatan yang ditetapkan sebagai delik dengan perasaan hukum yang hidup

---

<sup>12</sup> Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Kencana, Jakarta, 2019, hlm. 135-136.

<sup>13</sup> Guru besar hukum pidana Universitas Gadjah Mada.

<sup>14</sup> *Supra* note 2, hlm. 2-5.

<sup>15</sup> Moeljatno, *Fungsi dan Tujuan Hukum Pidana Indonesia dan Rencana Undang-Undang tentang Asas-asas dan Dasar-dasar Pokok Tata Hukum Indonesia*, Bina Aksara, Jakarta, 1985, hlm. 20-21.

<sup>16</sup> *Supra* note 14.

dalam masyarakat, kriminalisasi suatu perbuatan juga bergantung pada pertimbangan, apakah kriminalisasi tersebut adalah jalan yang utama untuk mencegah dilakukannya perbuatan-perbuatan yang dilarang itu.<sup>17</sup> Kriteria ini dalam literatur-literatur lain disebut pula sebagai kriteria subsidiaritas, yang berfokus pada pertanyaan pokok mengenai apakah ada jalur hukum lain di luar hukum pidana yang dapat digunakan untuk menangani suatu perbuatan. Menurut Moeljatno, kriteria pertama dan kedua saling mempengaruhi satu sama lain. **Ketiga**, apakah pemerintah melalui alat-alat negara benar-benar mampu melaksanakan ancaman pidana jika ternyata ada yang melakukan perbuatan yang dilarang tersebut.<sup>18</sup> Dalam peristilahan lain, kriteria ini dapat disebut sebagai kriteria efektivitas.

Moeljatno berpendapat jika perbuatan yang dikriminalisasi tidak segera ditangani dan diajukan ke pengadilan, serta jika pelaku berdasarkan aspek perbuatan dan kesalahannya tidak dijatuhi pidana, hal tersebut mengakibatkan larangan dan sanksi pidana hanya menjadi tulisan belaka, dan tidak memberikan pengaruh sebagaimana seharusnya dalam kehidupan publik. Jika terlalu banyak perbuatan melawan hukum dijadikan perbuatan pidana sehingga tidak sesuai lagi dengan kebutuhan masyarakat menurut perasaan hukum yang hidup di dalamnya, hal itu mengakibatkan lahirnya keadaan yang disebut Moeljatno “inflasi pidana”. Pada akhirnya, penghargaan terhadap hukum pidana menjadi tidak sebagaimana mestinya lagi.<sup>19</sup>

Terhadap kriteria kedua dan ketiga Moeljatno, penulis mencatat bahwa inflasi pidana merupakan resultan dari tidak terpenuhinya kriteria subsidiaritas dan kriteria efektivitas, sehingga timbul keadaan: (1) terlalu banyak perbuatan melawan hukum yang dikriminalisasi, dan (2) perbuatan yang dikriminalisasi itu tidak dapat ditegakkan secara efektif dalam realitas. Situasi tersebut berakibat buruk terhadap integritas dan wibawa hukum pidana, karena mereduksi penghargaan publik kepada hukum pidana.

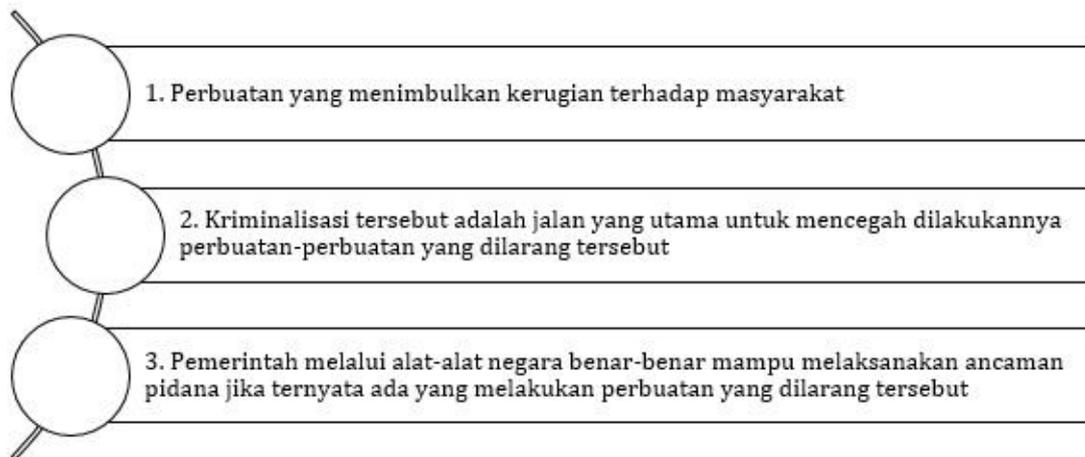
---

<sup>17</sup> Id.

<sup>18</sup> Id.

<sup>19</sup> Id.

**Gambar 1: Kriteria Kriminalisasi Moeljatno**



### **Kriteria Kriminalisasi Sudarto**

Sudarto<sup>20</sup> merupakan ahli hukum pidana yang mendedikasikan cukup banyak bahasan tentang kriminalisasi dalam buku-bukunya, antara lain “Hukum dan Hukum Pidana” (pertama terbit 1977) serta “Hukum Pidana dan Perkembangan Masyarakat” (1983). Sudarto telah menulis tentang isu kriminalisasi sejak tahun 1974 melalui makalah “Masalah-masalah Dasar dalam Hukum Pidana Kita” (yang kemudian dimuat dalam “Hukum dan Hukum Pidana”), sehingga dapat dipandang sebagai salah satu pembahas awal tentang diskursus kriminalisasi.

Dalam “Hukum dan Hukum Pidana”, Sudarto mendefinisikan “kriminalisasi” sebagai proses penetapan suatu perbuatan orang sebagai perbuatan yang dapat dipidana. Proses ini diakhiri dengan terbentuknya undang-undang yang mengancam perbuatan tersebut dengan sanksi pidana.<sup>21</sup> Menurut Sudarto, terdapat empat hal yang harus dipertimbangkan dalam mengkriminalisasi suatu perbuatan:

1. Tujuan hukum pidana

<sup>20</sup> Guru besar hukum pidana Universitas Diponegoro.

<sup>21</sup> Sudarto, Hukum dan Hukum Pidana, Alumni, Bandung, 1983, hlm. 39-40.

Tugas atau tujuan hukum pidana adalah untuk menanggulangi kejahatan dan juga pengugeran (penormaan) terhadap tindakan penanggulangan itu sendiri.<sup>22</sup>

2. Penetapan perbuatan yang tidak dikehendaki

Perbuatan yang tidak dikehendaki adalah perbuatan yang mendatangkan kerugian atas warga masyarakat. Secara *a contrario*, Sudarto menekankan bahwa “perbuatan yang tidak merugikan tidaklah boleh ditetapkan sebagai perbuatan yang tidak dikehendaki”.<sup>23</sup>

3. Perbandingan antara sarana dan hasil

Menurut Sudarto, upaya untuk mencegah suatu perbuatan dengan menggunakan sarana hukum pidana perlu disertai perhitungan mengenai biaya yang harus dikeluarkan (disebut Sudarto sebagai *social-costs*) dan hasil yang diharapkan akan dicapai. Sistem penyelenggaraan hukum pidana dibiayai oleh masyarakat, sehingga dengan terbitnya undang-undang pidana bertambah pula beban rakyat.<sup>24</sup>

4. Kemampuan badan penegak hukum

Dalam pembuatan peraturan hukum pidana perlu memperhatikan kemampuan daya kerja dari badan-badan penegak hukum, sehingga tidak menimbulkan kelampauan beban tugas, yang akan mengakibatkan efek dari peraturan pidana tersebut menjadi berkurang. Penciptaan suatu perbuatan pidana dapat meningkatkan beban penegak hukum, sehingga hal itu perlu dipertimbangkan sebelum melakukan kriminalisasi.<sup>25</sup>

Selanjutnya, dalam “Hukum Pidana dan Perkembangan Masyarakat”, Sudarto mengemukakan tiga kriteria kriminalisasi secara ringkas:<sup>26</sup>

- a. Ditetapkan dulu, bahwa perbuatan itu tidak dikehendaki atau lebih tepat tidak disukai oleh masyarakat. Ukuran untuk itu adalah antara lain, bahwa perbuatan itu merugikan atau mendatangkan korban.

---

<sup>22</sup> Disarikan dari Id., hlm. 44-49.

<sup>23</sup> Id., rujuk pula Salman Luthan, Asas dan Kriteria Kriminalisasi, Jurnal Hukum *Ius Quia Iustum*, Vol. 16, No. 1, 2009, hlm. 11.

<sup>24</sup> Sudarto, Id.

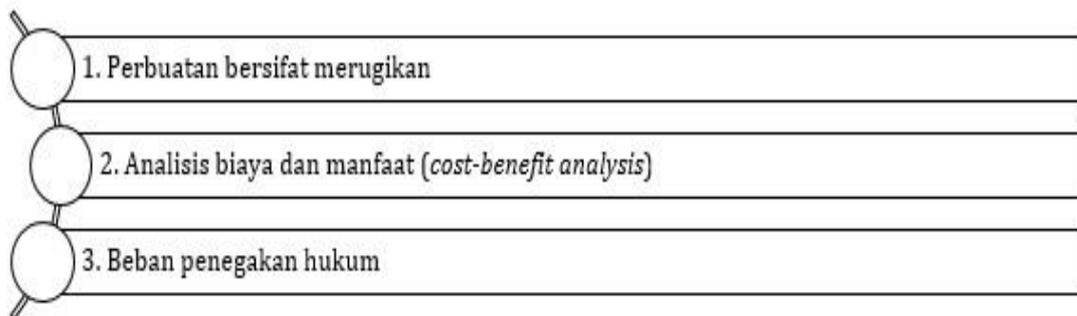
<sup>25</sup> Id.

<sup>26</sup> Id.

- b. Harus diperhatikan "*cost benefit principle*", artinya usaha untuk mengkriminalisasikan suatu perbuatan harus seimbang dengan hasilnya. Biaya sosial atau "*social cost*" itu tidak boleh kita abaikan, lebih-lebih bila *budget* untuk pembangunan memang "*cumpen*" sedikit. Harus bisa diperhitungkan apakah hasil kriminalisasi itu.
- c. Kriminalisasi menambah beban dari aparat penegak hukum, lebih-lebih alat penyidikan. Jangan sampai instansi ini "*over-belast*", memikul beban yang terlalu berat sehingga peraturan itu tidak efektif lagi.

Dapat langsung diidentifikasi bahwa kriteria kriminalisasi Sudarto dalam "Hukum Pidana dan Perkembangan Masyarakat" berkurang satu menjadi tiga kriteria, dibandingkan "Hukum dan Hukum Pidana" yang mengandung empat kriteria. Pada "Hukum Pidana dan Perkembangan Masyarakat", Sudarto mempertahankan tiga kriteria, yaitu (1) perbuatan bersifat merugikan, (2) analisis biaya dan manfaat (*cost-benefit analysis*), dan (3) beban penegakan hukum, serta meniadakan satu kriteria/pertimbangan yang sebelumnya ia rumuskan dalam "Hukum dan Hukum Pidana", yaitu "tujuan hukum pidana". Pertimbangan "tujuan hukum pidana" Sudarto cenderung bersifat lebih konseptual dan abstrak, sehingga memang lebih tepat dipandang sebagai nilai-nilai pemandu dalam kriminalisasi, namun belum dapat diterapkan sebagai kriteria teknis-spesifik untuk menguji kelayakan kriminalisasi suatu perbuatan. Menurut penulis, kriteria pertama Sudarto dapat dikategorikan sebagai kriteria bahaya/kerugian, sementara kriteria kedua dan ketiga tergolong sebagai kriteria efektivitas.

**Gambar 2: Kriteria Kriminalisasi Sudarto**



## Kriteria Kriminalisasi Theo de Roos

Theo de Roos<sup>27</sup> merumuskan teori tentang kriteria kriminalisasi dalam disertasinya di *Utrecht University* yang berjudul “*Strafbaarstelling van Economische Delicten: Een Crimineel-Politieke Studie*” (1987). Pada kancah literatur hukum pidana Belanda, Groenhuijsen menyebut kriteria kriminalisasi de Roos dipandang berwibawa, memiliki banyak pengikut, serta secara rutin diadopsi dan diterapkan oleh para sarjana hukum.<sup>28</sup> Dalam penulisan artikel ini, penulis belum dapat merujuk secara langsung dari “*Strafbaarstelling van Economische Delicten*” sebagai sumber pertama, sebab hingga saat ini penulis belum memiliki buku tersebut. Namun demikian, penulis dapat mengakses referensi lain mengenai kriminalisasi yang ditulis de Roos, berjudul “*Nieuwe accenten in het criminaliseringsbeleid: Risicobeheersing en bescherming van kwetsbaren*” (2000)<sup>29</sup>, yang di dalamnya ia menguraikan tentang kriteria kriminalisasi beserta informasi-informasi baru terkaitnya (konteks tahun 2000). Selain artikel “*Nieuwe accenten in het criminaliseringsbeleid*” itu, penulis menggunakan disertasi Martine Boersma (2012)<sup>30</sup> yang mendeskripsikan secara terperinci mengenai kriteria kriminalisasi de Roos dan mengutip langsung dari “*Strafbaarstelling van Economische Delicten*”. Meskipun bersifat sebagai sumber kedua/sumber tidak langsung, uraian Boersma penulis pandang cukup memadai untuk memberikan gambaran besar tentang

---

<sup>27</sup> Theo de Roos berturut-turut pernah menjadi guru besar hukum pidana di *Maastricht University*, *Universiteit Leiden*, dan *Tilburg University*, dikutip dari *Advocatenblad* edisi November 2015, [https://assets.budh.nl/advocatenblad/article\\_pdf/20093311/basis\\_pdf\\_oid.pdf](https://assets.budh.nl/advocatenblad/article_pdf/20093311/basis_pdf_oid.pdf). Terakhir, de Roos menjabat sebagai profesor emeritus di *Tilburg University*.

<sup>28</sup> M.S. Groenhuijsen, *Criteria voor strafbaarstelling, Delikt en Delinkwent 23 (1993)*, hlm. 2. Berdasarkan pelacakan singkat, tipologi de Roos tetap digunakan sebagai dasar analisis dalam penelitian-penelitian disertasi dan tesis di Belanda dalam kurun waktu satu dekade terakhir, antara lain disertasi Martine Boersma (*Maastricht University*, 2012), Iris Haenen (*Tilburg University*, 2014), Sjarai Lestrade (*Radboud University Nijmegen*, 2018), serta tesis Mark van der Heijden (*Tilburg University*), Charissa de Vries (*Universiteit van Amsterdam*, 2014), Sjoukje Hendrickx (*Tilburg University*, 2015), K. Keeris (*Tilburg University*, 2020), dan Ybo Buruma (*Univesiteit Leiden*, 2020).

<sup>29</sup> Th. A. de Roos, *Nieuwe accenten in het criminaliseringsbeleid: Risicobeheersing en bescherming van kwetsbaren*, dalam *Criminalisering, Justitiële verkenningen*, jrg. 26, nr. 5, 2000, hlm. 9-22.

<sup>30</sup> Martine Boersma, *Corruption: A Violation of Human Rights and a Crime Under International Law?*, Intersentia, Cambridge – Antwerp – Portland, 2012.

tipologi kriminalisasi de Roos. Di sana sini juga digunakan beberapa literatur lain untuk melengkapi pembahasan.

De Roos mengembangkan skema pengujian politik-pidana (*crimineel-politiek toetsingsschema*) untuk menetapkan suatu perbuatan sebagai tindak pidana.<sup>31</sup> Skema kriminalisasi ini mengandung beberapa prinsip (*beginselen*), yaitu:<sup>32</sup>

1. Kemungkinan terjadi dan motivasi bahaya (*aannemelijkheid en motivering van de schade, feasibility and motivation of harm/damage*), disebut pula “prinsip bahaya” atau “*harm principle*”. Menurut de Roos, suatu perbuatan problematik yang hendak dikriminalisasi harus diuji berdasarkan pembuktian empiris-ilmiah dan dengan argumen etis-normatif yang baik;
2. Toleransi (*tolerantie*), kriminalisasi suatu perbuatan harus menghormati kebebasan individual warga negara;
3. Subsidiaritas (*subsidiariteit*), kriminalisasi harus memperhatikan apakah ada mekanisme *self-regulation* atau sistem penegakan hukum yang lebih ringan daripada hukum pidana untuk menanggulangi suatu perbuatan;
4. Proporsionalitas (*proportionaliteit*), kriminalisasi tersebut tidak boleh bersifat “*overkill*” atau berlebihan;
5. Legalitas (*legaliteit*), tindak pidana harus dideskripsikan sejelas mungkin.
6. Aplikabilitas dan efektivitas praktis (*praktische hanterbaarheid en effectiviteit, practical applicability and effectiveness*).

Elaborasi lebih lanjut dari prinsip-prinsip kriminalisasi de Roos adalah sebagai berikut:

1. Kemungkinan terjadi dan motivasi bahaya (*aannemelijkheid en motivering van de schade, feasibility and motivation of harm*)  
Berdasarkan prinsip ini, suatu perbuatan yang hendak dikriminalisasi harus memiliki efek bahaya terhadap pihak ketiga atau terhadap masyarakat, dan pembuat undang-undang mesti dengan hati-hati menentukan serta

---

<sup>31</sup> Supra note 29, hlm. 10.

<sup>32</sup> Id.

membuktikan eksistensi bahaya itu.<sup>33</sup> Terdapat tujuh isu yang harus diklarifikasi dalam prinsip ini:<sup>34</sup>

- a. latar belakang struktural dari perbuatan;
- b. identifikasi yang jelas terhadap perbuatan dan hubungannya dengan latar belakang;
- c. identifikasi terhadap konsekuensi dari perbuatan (antara lain adalah kebayaannya) yang sedapat mungkin dalam bentuk “fakta keras”; hal ini memungkinkan adanya identifikasi terhadap korban dan kepentingan yang dirugikan;
- d. pemahaman mengenai bagaimana para pihak yang terlibat langsung (pelaku, korban, dan pihak ketiga) menilai perbuatan dimaksud;
- e. mengidentifikasi mekanisme hukum atau non-hukum yang telah ada untuk menangani perbuatan tersebut beserta efeknya, dan juga konsistensi/inkonsistensi dalam legislasi yang relevan;
- f. frekuensi terjadinya perbuatan; dan
- g. informasi komparatif mengenai legislasi, *case law*, dan lain sebagainya dari negara lain.

## 2. Toleransi (*tolerantie*)

Menurut de Roos sebagaimana dikutip Boersma, prinsip toleransi mempertimbangkan bahwa meskipun suatu perbuatan bersifat membahayakan/merugikan, perbuatan itu tidak seharusnya dikriminalisasi jika perbuatan itu berada pada wilayah kebebasan pribadi (*personal liberty*) warga negara.<sup>35</sup> Salah satu komponen penting dari prinsip toleransi adalah anti-paternalisme.<sup>36</sup> Terminologi “paternalisme” dijelaskan Gerald Dworkin sebagai “*the interference of a state or an individual with another person, against*

---

<sup>33</sup> Th. A. de Roos, *Strafbaarstelling van Economische Delicten: Een Crimineel-Politieke Studie*, Gouda Quint, Arnhem, 1987, sebagaimana dikutip Boersma, supra note 30, hlm. 296.

<sup>34</sup> Id.

<sup>35</sup> Id., hlm. 301. Mengenai bagaimana prinsip toleransi diterapkan dalam kebijakan pidana Belanda, rujuk Piet Hein van Kempen, *Criminal Policy and Criminal Justice Statistics*, dalam Piet Hein van Kempen, Maartje Krabbe, dan Sven Brinkhoff (ed.), *The Criminal Justice System of the Netherlands*, Intersentia, Antwerpen - Cambridge, 2019, hlm. 47-61.

<sup>36</sup> K. Keeris, *Sexting assessed and examined in light of the criteria for criminalization of De Roos* (tesis master di Tilburg University, 2020), hlm. 22.

*their will, and defended or motivated by a claim that the person interfered with will be better off or protected from harm*".<sup>37</sup> Aspek paternalistik terlihat misalnya dalam suatu kriminalisasi yang pelaku tindak pidana dan korban tindak pidananya adalah orang yang sama<sup>38</sup> (artinya, perbuatan itu benar-benar terjadi dalam ranah privat, dilakukan oleh pelaku kepada dirinya sendiri – penulis).

3. Subsidiaritas (*subsidiariteit*)

Prinsip ini menentukan bahwa pembuat undang-undang harus memilih untuk tidak mengkriminalisasi suatu perbuatan jika ada jalur atau mekanisme lain yang tersedia untuk memastikan terlindunginya suatu norma sosial. Hukum pidana harus menjadi jalan terakhir (*final resort, ultimum remedium*). Menurut de Roos sebagaimana dikutip Boersma, secara umum terdapat dua alternatif terhadap hukum pidana, yaitu mekanisme hukum dan mekanisme non-hukum. Mekanisme hukum non-hukum pidana misalnya adalah penggunaan hukum perdata dan hukum administrasi, sementara mekanisme non-hukum contohnya adalah program pendidikan dan program pencegahan tindak pidana.<sup>39</sup>

4. Proporsionalitas (*proportionaliteit*)

Menurut de Roos, prinsip proporsionalitas menghendaki agar kriminalisasi tidak melampaui batas dari apa yang diperlukan secara ketat (*should not go further than strictly necessary*). Dengan kata lain, suatu sanksi pidana harus proporsional dibandingkan dengan bahaya yang ditimbulkan tindak pidana. Bahaya di sini selain mencakup komponen finansial dan ekonomi, juga mengandung komponen etis-normatif.<sup>40</sup> Prinsip proporsionalitas de Roos menghendaki adanya kesebandingan antara bahaya yang ditimbulkan suatu perbuatan dengan respon negara terhadapnya. Dalam mempertimbangkan prinsip proporsionalitas, pembuat

---

<sup>37</sup> Gerald Dworkin, *Paternalism*, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2020 Edition), Edward N. Zalta (ed.), <https://plato.stanford.edu/archives/fall2020/entries/paternalism/>.

<sup>38</sup> Supra note 36.

<sup>39</sup> Supra note 33, hlm. 302.

<sup>40</sup> Id., hlm. 304-305.

undang-undang mesti menilai beratnya suatu sanksi pidana dihubungkan secara proporsional dengan keseriusan suatu tindak pidana.<sup>41</sup> Menurut de Roos sebagaimana dikutip van der Heijden, prinsip proporsionalitas tidak hanya dimiliki hukum pidana, tapi prinsip ini lebih sulit diterapkan di hukum pidana daripada hukum perdata atau hukum administrasi. Kesulitan pertama adalah dalam menentukan lingkup kerugian suatu perbuatan, dan kesulitan kedua adalah menentukan sanksi pidana yang proporsional dengan kerugian tersebut.<sup>42</sup> Prinsip proporsionalitas de Roos lebih berfokus pada masalah penjatuhan sanksi pidana yang sepadan terhadap suatu tindak pidana. Pendekatan ini agak berbeda dengan prinsip proporsionalitas Haenen yang akan dibahas di bagian selanjutnya.

5. Legalitas (*legaliteit*)

Prinsip legalitas atau *nullum crimen, nulla poena sine lege* adalah salah satu fondasi hukum pidana nasional dan internasional. Dijelaskan de Roos, prinsip ini menghendaki bahwa tidak ada tindak pidana dan tidak ada pidana tanpa kriminalisasi terlebih dahulu terhadap suatu perbuatan. Selain itu, penerapan hukum pidana secara retroaktif dan penerapan analogi dalam hukum pidana tidak dimungkinkan. Lebih lanjut, prinsip legalitas meminta bahwa ketentuan pidana diformulasikan sejelas mungkin (*lex certa*). Perumusan ketentuan yang samar tidak diperbolehkan.<sup>43</sup>

6. Aplikabilitas dan efektivitas praktis (*praktische hanterbaarheid en effectiviteit, practical applicability and effectiveness*)

Diterangkan de Roos, jika prinsip nomor 1 sampai dengan nomor 5 terpenuhi, penting bagi pembuat undang-undang untuk menentukan:<sup>44</sup>

- a. Apakah penerapan ketentuan pidana tersebut mungkin dilaksanakan dalam praktik?

---

<sup>41</sup> Supra note 36, hlm. 23.

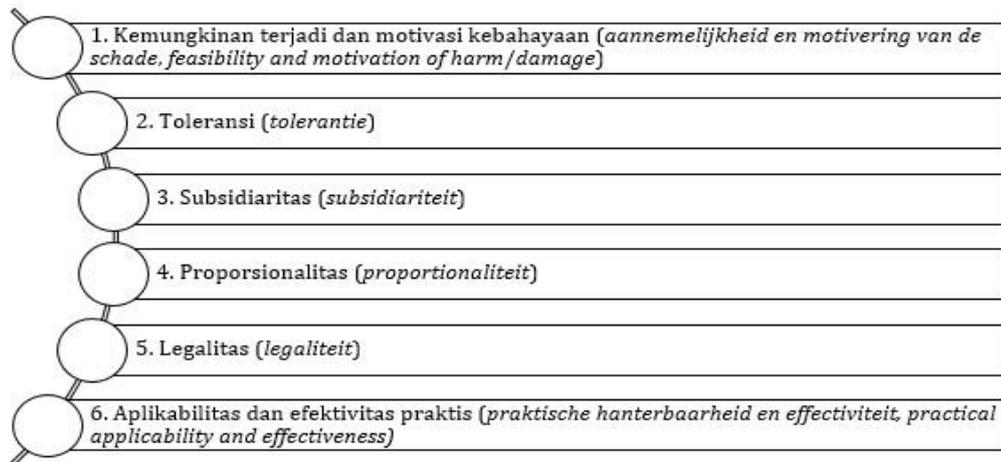
<sup>42</sup> Mark van der Heijden, *Strafbaarstelling van downloaden? Een toetsing van het kabinetsvoornemen om het downloaden van auteursrechtelijk beschermd materiaal voor eigen gebruik strafbaar te stellen aan de criteria voor strafbaarstelling van De Roos* (tesis master di Tilburg University), hlm. 29.

<sup>43</sup> Supra note 41.

<sup>44</sup> Id., hlm. 306.

- b. Apakah penerapan tersebut dapat dijamin dengan mempertimbangkan kapasitas sistem peradilan pidana?
- c. Apakah fungsi pencegahan umum dari ketentuan pidana tersebut dapat terpenuhi?

**Gambar 3: Kriteria Kriminalisasi Theodorus de Roos**



### Kriteria Kriminalisasi Iris Haenen

Iris Haenen<sup>45</sup> memformulasikan teori mengenai kriteria kriminalisasi dalam buku *Force & Marriage: The criminalisation of forced marriage in Dutch, English and international criminal law* (2014), yang bersumber dari disertasi doktoralnya. Menurut penulis, kriteria kriminalisasi Haenen perlu dipresentasikan kepada pembaca hukum di Indonesia, karena teori tersebut mensintesis teori-teori kriminalisasi kontemporer paling penting dan bereputasi dalam khazanah hukum Belanda dan Inggris. Haenen menyatakan teorinya disarikan dari pemikiran tidak kurang 14 orang teoritikus: Mill, Feinberg, Simester, von Hirsch, Husak, Ashworth, Horder, Duff, Hulsman, van Bemmelen, Theo de Roos, Corstens, Haveman, dan de Hullu.<sup>46</sup> Dijelaskan Haenen, ia menggunakan teori kriteria kriminalisasi de Roos

<sup>45</sup> Doktor hukum dari *Tilburg University*. Pada tahun 2014 tercatat sebagai pengajar di universitas yang sama.

<sup>46</sup> Iris Haenen, *Force & Marriage: The criminalisation of forced marriage in Dutch, English and international criminal law*, Intersentia, Cambridge – Antwerp – Portland, 2014, hlm. 120. Haenen menyatakan "... this chapter aims to provide a brief synthesis of the most important (contemporary) English and Dutch penalisation theories by presenting a set of principles that are common to the majority of theories".

sebagai titik berangkat bagi teorinya sendiri. Dalam “*Methoden van onderzoek in het strafrecht, de criminologie en de victimologie*” terbitan 2018, pemikiran Haenen disebut sebagai “*een (meer recent) voorbeeld van criteria voor strafbaarstelling*” atau “salah satu model kriminalisasi yang mutakhir (*more recent*)” di Belanda.<sup>47</sup>

Haenen menjelaskan:

*The principles ... are based on the ‘traditional moral criminal law’, on the so called core criminal offences, and not on purely regulatory or strict liability offences. Traditionally, criminal law dealt only with the most morally reprehensible of crimes, so-called mala in se crimes such as murder, rape and theft. During the past few decades, however, the criminal law is being used increasingly often as a form of governance: a means to regulate activities. Minor ‘offences’ are brought within the ambit of criminal law; acts that cannot, in the traditional meaning of the word, be said to cause severe harm or to constitute a public wrong.*<sup>48</sup>

Dengan pendirian ini, Haenen secara eksplisit menegaskan kriteria kriminalisasi berfokus pada pertimbangan terhadap bentuk-bentuk perbuatan yang dianggap benar-benar jahat, berbahaya, dan merusak. Hanya perbuatan yang memenuhi kriteria kriminalisasi sajarah yang patut dijadikan tindak pidana. Haenen menolak kriminalisasi terhadap perbuatan-perbuatan yang dianggap “minor” atau bersifat pengaturan/*regulatory*, serta tidak menimbulkan bahaya parah dan tidak memenuhi kriteria *public wrong*.

Kriteria kriminalisasi Haenen, yang disebut Bosma & Buisman sebagai “skema tiga langkah”<sup>49</sup>, terdiri dari:

- a. kriteria primer, yang mengandung dua prinsip ambang (*threshold principles*);
- b. kriteria sekunder, yang mencakup tiga prinsip yang memoderasi (*moderating principles*); dan
- c. kriteria legalitas, utamanya prinsip *lex certa*.

Berikut adalah uraian lebih lanjut mengenai tiga kriteria tersebut:

---

<sup>47</sup> A.K. Bosma dan S.S. Buisman, *Inleiding: Evidence-based onderzoek in wetgeving en rechtspraak*, dalam A.K. Bosma dan S.S. Buisman, ed., *Methoden van onderzoek in het strafrecht, de criminologie en de victimologie*, Wolters Kluwer, Tilburg, 2018, hlm. 4.

<sup>48</sup> Supra note 46, hlm. 121,

<sup>49</sup> Supra note 47.

1. Kriteria primer yang mengandung prinsip-prinsip ambang (*threshold principles*)

Suatu perbuatan hanya dapat dipidana jika perbuatan tersebut bersifat salah (*wrongful*) dan membahayakan/menimbulkan risiko bahaya (*harmful*). Hal ini disebut pula sebagai "*dual-element threshold*".<sup>50</sup>

a. **Perbuatan tersebut bersifat membahayakan (*harm principle*)**<sup>51</sup>

Mengutip Ten Voorde, Haenen menerangkan tiga bentuk perbuatan dan hubungannya dengan bahaya. **Pertama**, perbuatan yang mengakibatkan bahaya langsung secara fisik dan individual, misalnya kejahatan terhadap nyawa, tubuh, atau harta benda. **Kedua**, perbuatan yang korbannya tidak terlihat nyata secara fisik dan individual, namun perbuatan tersebut membahayakan publik/masyarakat umum secara keseluruhan, misalnya kejahatan penghindaran pajak dan pencemaran lingkungan hidup. **Ketiga**, perbuatan yang dilarang karena menimbulkan risiko bahaya, misalnya pemilikan senjata api dan mengemudi dalam keadaan mabuk.<sup>52</sup> Bagi Haenen, prinsip bahaya atau *harm principle* mencakup di dalamnya prinsip toleransi (*vide* pemikiran de Roos). Hubungan antara *harm principle* dan prinsip toleransi adalah keduanya memandang bahwa hanya perbuatan membahayakan yang tidak dapat ditoleransi dari perspektif kebebasan individual sajalah yang dapat dikriminalisasi. Merujuk de Roos, negara mendapatkan otoritas untuk menghukum dari *harm principle* dan prinsip toleransi, sehingga hanya jika suatu perbuatan menimbulkan bahaya yang tak dapat ditoleransi sajalah negara diperbolehkan untuk menetapkan perbuatan tersebut sebagai tindak pidana.<sup>53</sup> *Harm principle* mensyaratkan agar daya cakup (*extent*), keseriusan (*gravity*), dan kemungkinan (*likelihood*) dari bahaya yang ditimbulkan suatu perbuatan dipertimbangkan terhadap implikasi dari penegakan hukum pidana, seperti hilangnya kebebasan dan pelanggaran terhadap hak-hak fundamental lainnya. Berkaitan dengan ini, terdapat suatu "*standard harms*

---

<sup>50</sup> Supra note 46, hlm. 122-123.

<sup>51</sup> Id., hlm. 123-125.

<sup>52</sup> Id.

<sup>53</sup> Id.

*analysis*”, yaitu pengujian untuk menentukan apakah suatu perbuatan yang membahayakan harus dikriminalisasi.<sup>54</sup> Dengan menyitir Feinberg, Simester, dan von Hirsch, Haenen menjelaskan bahwa penentuan apakah suatu perbuatan bersifat membahayakan dapat menggunakan langkah-langkah berikut:<sup>55</sup>

- a) Pertimbangkan tingkat keparahan dan kemungkinan terjadi dari bahaya yang ditimbulkan suatu perbuatan. Semakin besar keparahan dan kemungkinan terjadinya suatu perbuatan, semakin kuat alasan untuk mengcriminalisasi perbuatan tersebut.
- b) Sebagai pertimbangan kontra terhadap pertimbangan pertama, perhitungkan nilai sosial dari perbuatan dan tingkat intrusi yang akan memberikan dampak pada pilihan-pilihan para pihak jika perbuatan tersebut dikriminalisasi. Semakin suatu perbuatan memiliki nilai sosial, atau jika kriminalisasi perbuatan akan membatasi kebebasan secara umum, semakin kuat alasan untuk tidak mengadakan kriminalisasi.
- c) Perhatikan halangan-halangan lain yang dapat mencegah diadakannya kriminalisasi. Misalnya, kriminalisasi itu tidak boleh merugikan hak atas privasi dan kebebasan berekspresi.

#### **b. Perbuatan tersebut bersifat salah (“*wrong*” principle)<sup>56</sup>**

Prinsip ini dianggap kompleks dan tidak memiliki kriteria tetap, karena bersumber dari nilai moral universal yang cenderung abstrak dan intuitif. Namun demikian, tulis Haenen, perbuatan yang salah dapat dijelaskan sebagai suatu perbuatan yang melanggar kepentingan seseorang, atau menimbulkan bahaya terhadap sumber daya (*resource*) seseorang. Dengan demikian, sifat “salah” dalam suatu perbuatan muncul dari “bahaya” yang ditimbulkan perbuatan dimaksud. Indikator lainnya, perbuatan tersebut dipandang publik sebagai perbuatan yang salah (*public wrong*). Justifikasi persyaratan ini adalah bahwa penghukuman terhadap tindak pidana dipandang sebagai respon masyarakat secara keseluruhan

---

<sup>54</sup> Id.

<sup>55</sup> Id.

<sup>56</sup> Id., hlm. 125-127.

terhadap tindak pidana itu. Karena pemidanaan dipersepsikan sebagai “kehendak publik”, hukum pidana hanya dapat diberlakukan untuk mengkriminalisasi perbuatan-perbuatan yang mendapat perhatian dan meresahkan masyarakat umum.<sup>57</sup>

## **2. Kriteria sekunder yang mencakup prinsip-prinsip yang memoderasi (*moderating principles*)**

Jika suatu perbuatan dinilai telah memenuhi sifat salah (*wrongful*) dan membahayakan (*harmful*), selanjutnya pembuat undang-undang harus memikirkan argumen-argumen untuk mendukung atau menolak kriminalisasi dengan mempertimbangkan prinsip-prinsip yang memoderasi, yaitu prinsip proporsionalitas, prinsip subsidiaritas, dan prinsip efektivitas.

### **a. Proporsionalitas (*proportionality*)<sup>58</sup>**

Prinsip proporsionalitas menghendaki agar reaksi terhadap suatu perbuatan harus sepadan (dalam artian tidak lebih parah) dengan perbuatan yang bersangkutan. Menyitir Jareborg, prinsip proporsionalitas terbagi ke dalam proporsionalitas prospektif (*prospective proportionality*) dan proporsionalitas restropektif (*restropective proportionality*). Prinsip proporsionalitas restropektif adalah mengenai relasi antara keseriusan/keparahan suatu tindak pidana dengan keseriusan/keparahan sanksi pidananya. Dalam arti lain, suatu sanksi pidana harus sepadan dengan tindak pidana yang bersangkutan. Prinsip proporsionalitas prospektif adalah suatu prinsip yang berkutat dengan masalah proporsionalitas antara keparahan (*severity*) suatu perbuatan dengan keseriusan reaksi negara dalam meresponnya. Prinsip ini antara lain mempertanyakan, apakah suatu perbuatan dinilai sedemikian parah sehingga melegitimasi penggunaan hukum pidana sebagai instrumen negara yang paling koersif. Dalam konteks kriminalisasi, Haenen berfokus pada prinsip proporsionalitas prospektif.<sup>59</sup> Prinsip proporsionalitas tidak hanya digunakan terbatas dalam tahap kriminalisasi. Prinsip

---

<sup>57</sup> Id.

<sup>58</sup> Id.

<sup>59</sup> Id.

ini dapat membantu pembuat undang-undang dalam menentukan dan mengklafisikasikan suatu tindak pidana dalam hukum pidana, apakah tergolong sebagai kejahatan atau pelanggaran. Setelah proses kriminalisasi, prinsip proporsionalitas juga digunakan dalam menentukan sanksi pidana terhadap suatu delik (proporsionalitas restropektif).<sup>60</sup>

## **b. Subsidiaritas (*subsidiarity*)**

### **a) Subsidiaritas eksternal (*external subsidiarity*)**

Prinsip ini berangkat dari argumen bahwa hukum pidana tidak boleh digunakan secara “mudah” atau “ringan”; jika ada bentuk intervensi hukum di luar hukum pidana yang bersifat lebih tidak intrusif, seperti hukum perdata atau hukum administrasi, penggunaan hukum perdata atau administrasi itu harus diutamakan daripada hukum pidana.<sup>61</sup> Bagi Haenen, prinsip subsidiaritas eksternal menuntut dilakukannya eksplorasi terhadap alternatif di luar hukum pidana dalam menanggulangi suatu perbuatan. Karena hukum pidana menimbulkan perampasan hak asasi dan memberikan efek stigmatisasi, banyak sarjana berargumen bahwa hukum pidana harus dipandang sebagai upaya terakhir (*the last resort, ultimum remedium, ultima ratio*).<sup>62</sup> Namun begitu, Haenen melihat bahwa pada kasus-kasus tertentu, hukum pidana justru lebih dipilih sebagai bentuk intervensi negara, karena hukum pidana secara sistematis melarang/mengecam suatu tindak pidana dan menghukum orang yang melakukannya. Bagi Haenen dengan menyitir Simester & von Hirsch, lapangan hukum lain (misalnya hukum perdata/administrasi) tidak memiliki kualitas pengecaman (*condemnatory quality*) sekeras hukum pidana.<sup>63</sup> Lebih lanjut, dengan mengutip Haveman dan de Roos, Haenen

---

<sup>60</sup> Id.

<sup>61</sup> Id., hlm. 129, “... when other, less intrusive forms of intervention, such as administrative or civil (tort) law, can be used as an effective way to prevent harm, they must be applied instead of criminal sanctions”.

<sup>62</sup> Id., hlm. 129-131. Beberapa ahli menyamakan prinsip *ultimum remedium* dengan prinsip subsidiaritas, C.P.M. Cleiren, *Functie en waarde van criteria voor strafbaarstelling in het huidige tijdsgewricht*, dalam C.P.M. Cleiren et. al., *Criteria voor strafbaarstelling in een nieuwe dynamiek*, Boom Lemma Uitgevers, Den Haag, 2012, hlm. 10.

<sup>63</sup> Haenen, Id.

menyatakan hukum pidana memang memiliki nilai simbolik dan ekspresif yang kuat, dan itu dapat berguna sebagai alasan kriminalisasi, meskipun legislasi pidana yang hanya eksis sebagai simbol haruslah dihindari.<sup>64</sup> Di sisi lain, sarjana seperti Simester dan von Hirsch menolak ide bahwa hukum pidana harus selalu digunakan sebagai *last resort/ultimum remedium*. Dalam pandangan mereka, perbuatan yang tergolong *mala in se* (perbuatan yang secara moral universal dipandang salah, *pre-legally wrong*, seperti pembunuhan dan pemerkosaan) harus dilarang oleh hukum pidana. Artinya, terdapat perbuatan-perbuatan tertentu (dengan kualitas *mala in se*) yang memang harus dikriminalisasi, terlepas dari kecocokan/ketersediaan mekanisme hukum selain hukum pidana.<sup>65</sup>

**b) Subsidiaritas internal (*internal subsidiarity*)**

Jika subsidiaritas eksternal berfokus pada alternatif hukum di luar hukum pidana, subsidiaritas internal berpusat pada alternatif di dalam hukum pidana. Dalam prinsip ini, setelah suatu perbuatan dianggap memenuhi prinsip subsidiaritas eksternal dan layak dikriminalisasi, pembuat undang-undang harus mempelajari hukum pidana positif di negaranya, dan memverifikasi apakah perbuatan tersebut telah diatur/tercakup dalam suatu ketentuan tindak pidana. Jika perbuatan tersebut telah tercakup dalam suatu formulasi tindak pidana, prinsip ini memandang tidak perlu dilakukan kriminalisasi delik baru secara terpisah dari ketentuan pidana yang telah ada. Dengan kata lain, kriminalisasi suatu perbuatan hanya dimungkinkan jika perbuatan tersebut memang belum diatur/tercakup dalam ketentuan tindak pidana atau undang-undang pidana manapun di suatu negara.<sup>66</sup>

---

<sup>64</sup> Id. Uraian ini segera mengingatkan penulis pada argumen Moeljatno mengenai "pidana sebagai tulisan belaka".

<sup>65</sup> Id., hlm. 130-131, "... *that some acts require criminalisation, irrespective of the suitability/availability of alternative mechanisms*".

<sup>66</sup> Id., hlm. 131.

### c. Keefektifan (*effectiveness*)

Haenen menyebut bahwa prinsip keefektifan juga eksis dalam pemikiran Simester & von Hirsch, de Roos, dan Hulsman. Dalam uraiannya mengenai prinsip keefektifan, Haenen banyak merujuk dari de Roos dan Jareborg, sehingga sebagian besar argumennya memiliki kemiripan dengan kriteria kriminalisasi de Roos. **Pertama**, pembuat undang-undang harus memastikan bahwa definisi suatu tindak pidana cukup jelas untuk dapat dilaksanakan oleh penegak hukum, sehingga tidak menimbulkan kesulitan-kesulitan yang tak dapat teratasi dalam proses penegakan hukum. **Kedua**, pembuat undang-undang harus mempertimbangkan kemudahan mendeteksi tindak pidana tersebut. Selain itu, apakah sistem peradilan pidana memiliki kapasitas untuk benar-benar menegakkan hukum dan menanggulangi tindak pidana itu.<sup>67</sup> **Terakhir**, pembuat undang-undang mesti mempertimbangkan apakah kriminalisasi suatu perbuatan dapat berkontribusi pada efek pencegahan umum bagi masyarakat untuk tidak melakukan perbuatan yang dilarang.<sup>68</sup>

### 3. Legalitas (*lex certa*):

Menurut Haenen, prinsip *lex certa* menggariskan bahwa definisi suatu tindak pidana mesti dirumuskan sejelas dan setepat mungkin, karena warga negara harus mampu memahami perbuatan apa yang dilarang oleh undang-undang. Namun demikian, di sisi lain, tidak semua bentuk tindak pidana dapat didefinisikan dan dikodifikasikan secara amat detail, karena jika hal itu terjadi akan menyebabkan undang-undang pidana menjadi begitu panjang dan rumit (disebut Haenen sebagai “rawa-rawa pasal yang tak tertembus”).<sup>69</sup> Sampai batas tertentu, penggunaan norma samar/tidak jelas (*vague norms*) menjadi tidak terhindarkan. Berdasarkan hukum putusan pengadilan (*case law*) *European Court of Human Rights* (ECtHR), kepastian hukum dan prinsip *lex certa* dipandang terpenuhi dengan mengukur *foreseeability* dari suatu rumusan pasal dan tersedianya (*accessible*) *case law* yang dapat menjelaskan dan menguraikan unsur samar/tidak jelas dari tindak

---

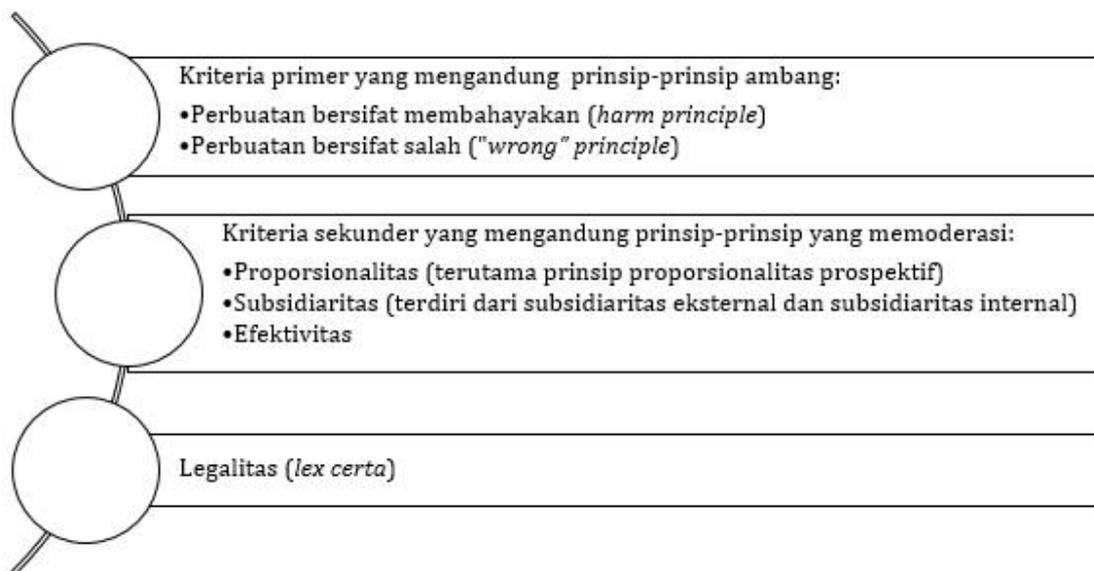
<sup>67</sup> Id.

<sup>68</sup> Id.

<sup>69</sup> Id., “... not all forms of criminal behaviour can be exhaustively codified, since the result of such an endeavour would be a vast criminal code containing an impenetrable morass of articles”.

pidana itu. Prinsip *lex certa* dipertimbangkan setelah pembuat undang-undang memutuskan untuk mengkriminalisasi suatu perbuatan, dalam makna bahwa tindak pidana tersebut mesti dirumuskan dalam rumusan yang akurat dan jelas. Jika keadaannya tidak demikian, perlu diajukan pertanyaan, apakah di kemudian hari hakim dapat memperjelas unsur-unsur rumusan pasal dalam *case law* sehingga mampu memitigasi *vagueness*, atau dapatkah nasihat hukum (*legal advice*) memberikan kejelasan terhadap rumusan undang-undang itu.<sup>70</sup> Dengan uraian lain, jika suatu tindak pidana tidak dapat dirumuskan secara jelas, sehingga mengandung unsur samar, dan unsur samar tersebut diperkirakan tidak dapat diuraikan/diperjelas oleh hakim dalam *case law* atau dijelaskan dengan nasihat hukum (*legal advice*), maka kriminalisasi itu tidak memenuhi prinsip *lex certa* dan seharusnya tidak dilakukan.<sup>71</sup>

**Gambar 4: Kriteria Kriminalisasi Iris Haenen**



<sup>70</sup> Id., "The *lex certa* principle should be taken into consideration after the legislator has decided to criminalise certain conduct, in the sense that it should be possible to define this new crime in accurate, clear terms. If this is not the case, the question should be asked whether it would be possible for judges to explain the elements of the definitions in case law, thereby mitigating the vagueness, or whether legal advice could offer clarity".

<sup>71</sup> Meskipun, menurut Haenen, dalam mayoritas kasus dimungkinkan untuk merumuskan suatu tindak pidana tanpa melampaui batas-batas kesamaran yang diperbolehkan (*the boundaries of permissible vagueness*), Id.

## Penutup

Berikut adalah beberapa pokok kesimpulan dari seluruh uraian di atas:

1. Moeljatno merumuskan tiga kriteria kriminalisasi: 1) suatu perbuatan menimbulkan kerugian terhadap masyarakat, 2) kriminalisasi tersebut adalah jalan yang utama untuk mencegah dilakukannya perbuatan-perbuatan yang dilarang tersebut, dan 3) pemerintah melalui alat-alat negara benar-benar mampu melaksanakan ancaman pidana jika ternyata ada yang melakukan perbuatan yang dilarang. Dengan istilah lain, kriteria 1, 2, dan 3 Moeljatno masing-masing dapat disebut sebagai kriteria bahaya, kriteria subsidiaritas, dan kriteria efektivitas.
2. Tiga kriteria kriminalisasi menurut Sudarto adalah: 1) perbuatan bersifat merugikan, 2) analisis biaya dan keuntungan, dan 3) beban penegakan hukum. Menurut penulis, kriteria 1 dapat disebut sebagai kriteria bahaya, sementara kriteria 2 dan 3 merupakan kriteria efektivitas.
3. Theodorus de Roos mengemukakan enam kriteria kriminalisasi: 1) kemungkinan terjadi dan motivasi bahaya (*aannemelijkheid en motivering van de schade, feasibility and motivation of harm/damage*), 2) toleransi (*tolerantie*), 3) subsidiaritas (*subsidiariteit*), 4) proporsionalitas (*proportionaliteit*), 5) legalitas (*legaliteit*), 6) aplikabilitas dan efektivitas praktis (*praktische hanterbaarheid en effectiviteit, practical applicability and effectiveness*).
4. Iris Haenen, dengan mendasarkan pada teori de Roos, merumuskan kriteria kriminalisasi sebagai berikut: 1) kriteria primer, yang mencakup dua prinsip ambang (*threshold principles*): suatu perbuatan harus bersifat a) membahayakan (*harmful*) dan b) salah (*wrongful*), 2) kriteria sekunder, yang mencakup tiga prinsip yang memoderasi (*moderating principles*): prinsip proporsionalitas (terutama prinsip proporsionalitas prospektif), prinsip subsidiaritas (terdiri dari subsidiaritas eksternal; dan subsidiaritas internal), dan prinsip efektivitas, serta 3) legalitas (*lex certa*).
5. Berdasarkan empat tipologi di atas, terdapat tiga kriteria yang menjadi benang merah pemikiran Moeljatno, Sudarto, de Roos, dan Haenen, dalam

artian kriteria itu muncul dalam teori empat pemikir tersebut, yaitu: 1) kriteria bahaya, 2) kriteria subsidiaritas, dan 3) kriteria efektivitas.

6. Mengingat Haenen menjadikan teori de Roos sebagai titik tolak bagi teorinya sendiri, perlu dilakukan analisis dan perbandingan tipologi Haenen dengan tipologi de Roos. **Pertama**, tipologi Haenen menggunakan lima kriteria yang sama dengan tipologi de Roos, yaitu kriteria bahaya, proporsionalitas, subsidiaritas, efektivitas, dan legalitas. **Kedua**, tipologi Haenen menggolongkan “prinsip toleransi” sebagai salah satu komponen *harm principle* (prinsip bahaya), sementara dalam tipologi de Roos prinsip toleransi adalah prinsip yang berdiri sendiri. **Ketiga**, Haenen memformulasikan perbuatan yang dikriminalisasi harus bersifat salah (*wrongful*); prinsip mana tidak ada dalam tipologi de Roos. **Keempat**, terdapat perbedaan pemaknaan prinsip proporsionalitas antara Haenen dan de Roos. Kriteria proporsionalitas de Roos terutama berfokus pada proporsionalitas antara tindak pidana dan sanksi pidananya (proporsionalitas restropektif), sementara Haenen mengedepankan prinsip proporsionalitas prospektif, yaitu prinsip yang membahas masalah kesepadanan antara tingkat keseriusan (*severity*) suatu perbuatan dengan reaksi negara dalam meresponnya. Artinya, yang dipertimbangkan adalah apakah dipandang proporsional jika suatu perbuatan diancam dengan hukum pidana. Bagi Haenen, isu mengenai kesepadanan antara tindak pidana dan sanksi pidana adalah isu ikutan yang baru muncul setelah suatu perbuatan disetujui untuk dikriminalisasi. **Kelima**, Haenen mengembangkan prinsip subsidiaritas de Roos dengan membaginya ke dalam dua subprinsip, yaitu subsidiaritas eksternal dan subsidiaritas internal. **Keenam**, Haenen mengembangkan kriteria legalitas (*lex certa*) dengan menggunakan kaidah dari *case law* ECtHR, yang antara lain memutus tentang syarat ketentuan peraturan perundang-undangan yang harus bersifat *foreseeable* dan *accessible* untuk terpenuhinya kepastian hukum dan *lex certa*.

Kriteria kriminalisasi sebagaimana diulas artikel ini dapat digunakan oleh pembuat undang-undang dan publik secara luas untuk menganalisis wacana kriminalisasi suatu perbuatan tertentu. Jika kriteria kriminalisasi itu dipedomani secara serius, hanya perbuatan-perbuatan yang memenuhi seluruh kriteria kriminalisasi sajalah yang patut dan harus ditetapkan sebagai tindak pidana. Sementara terhadap perbuatan-perbuatan problematik lain yang lebih tidak serius dan tidak memenuhi kriteria kriminalisasi dapat diselesaikan dengan mekanisme hukum non-hukum pidana atau mekanisme non-hukum. Dengan begitu, prinsip hukum pidana sebagai *ultimum remedium* benar-benar dipedomani dan diterapkan dalam pembentukan peraturan perundang-undangan pidana. Akhirnya, ufuk yang hendak dituju artikel ini adalah konfigurasi republik dan negara hukum demokratis-adil yang terhindar dari krisis kriminalisasi yang tidak perlu (*unnecessary criminalization*) dan kriminalisasi berlebih (*overcriminalization*).

## Daftar Pustaka

### Buku:

- A.K. Bosma dan S.S. Buisman, *Inleiding: Evidence-based onderzoek in wetgeving en rechtspraak*, dalam A.K. Bosma dan S.S. Buisman (ed.), *Methoden van onderzoek in het strafrecht, de criminologie en de victimologie*, Wolters Kluwer, Tilburg, 2018.
- Anugerah Rizki Akbari, Potret Kriminalisasi Pasca Reformasi dan Urgensi Reklasifikasi Tindak Pidana di Indonesia, *Institute for Criminal Justice Reform*, Jakarta, 2015.
- C.P.M. Cleiren, *Functie en waarde van criteria voor strafbaarstelling in het huidige tijdsgewricht*, dalam C.P.M. Cleiren et. al., *Criteria voor strafbaarstelling in een nieuwe dynamiek*, Boom Lemma Uitgevers, Den Haag, 2012.
- Douglas Husak, *Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, New York, 2008.

- Iris Haenen, *Force & Marriage: The criminalisation of forced marriage in Dutch, English and international criminal law*, Intersentia, Cambridge – Antwerp – Portland, 2014.
- Johannes Keiler dan David Roef, *Principles of Criminalisation and the Limits of Criminal Law*, dalam Johannes Keiler dan David Roef (ed.), *Comparative Concepts of Criminal Law*, Intersentia, Cambridge – Antwerp - Chicago, 2021.
- Martine Boersma, *Corruption: A Violation of Human Rights and a Crime Under International Law?*, Intersentia, Cambridge – Antwerp – Portland, 2012.
- Moeljatno, *Asas-asas Hukum Pidana*, Rineka Cipta, Jakarta, 2015.
- Moeljatno, *Fungsi dan Tujuan Hukum Pidana Indonesia dan Rencana Undang-Undang tentang Asas-asas dan Dasar-dasar Pokok Tata Hukum Indonesia*, Bina Aksara, Jakarta, 1985.
- Muladi dan Barda Nawawi A., *Teori-teori dan Kebijakan Pidana*, Alumni, Bandung, 1984.
- Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Kencana, Jakarta, 2019.
- Piet Hein van Kempen, *Criminal Policy and Criminal Justice Statistics*, dalam Piet Hein van Kempen, Maartje Krabbe, dan Sven Brinkhoff (ed.), *The Criminal Justice System of the Netherlands*, Intersentia, Antwerpen - Cambridge, 2019.
- Soetandyo Wignjosebroto, *Ragam-ragam Penelitian Hukum*, dalam Sulistyowati Irianto dan Shidarta (ed.), *Metode Penelitian Hukum: Konstelasi dan Refleksi*, Yayasan Pustaka Obor Indonesia, Jakarta, 2011.
- Sudarto, *Hukum dan Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, 1983.
- Sudarto, *Hukum Pidana dan Perkembangan Masyarakat: Kajian terhadap Pembaharuan Hukum Pidana*, Sinar Baru, Bandung, 1983.
- Teguh Prasetyo, *Kriminalisasi dalam Hukum Pidana*, Nusamedia, Bandung, 2013.
- Topo Santoso, *Hukum Pidana: Suatu Pengantar*, Rajawali Pers, Depok, 2020.
- Valerine J. Kriekhoff, *Penelitian Hukum Normatif dalam Hukum Pidana: Metode dan Aplikasinya*, dalam Jufrina Rizal dan Suhariyono AR (ed.), *Demi Keadilan: Antologi Hukum Pidana dan Sistem Peradilan Pidana*, Pustaka Kemang, Jakarta, 2016.

#### **Tesis:**

- K. Keeris, *Sexting assessed and examined in light of the criteria for criminalization of De Roos* (tesis master di *Tilburg University*, 2020).
- Mark van der Heijden, *Strafbaarstelling van downloaden? Een toetsing van het kabinetsvoornemen om het downloaden van auteursrechtelijk beschermd material voor eigen gebruik strafbaar te stellen aan de criteria voor strafbaarstelling van De Roos* (tesis master di *Tilburg University*).

#### **Artikel Jurnal:**

- M.S. Groenhuijsen, *Criteria voor strafbaarstelling, Delikt en Delinkwent 23* (1993).
- Mahrus Ali, *Overcriminalization dalam Perundang-undangan di Indonesia*, *Jurnal Hukum Ius Quia Iustum* No. 3 Vol. 25 September 2018.
- S.S. Buisman, *Criteria voor Strafbaarstelling: De integratie tussen theorie en wetgevingsbeleid*, *Boom Strafblad 2020-1*.

Salman Luthan, Asas dan Kriteria Kriminalisasi, *Jurnal Hukum Ius Quia Iustum*, Vol. 16, No. 1, 2009.

Th. A. de Roos, *Nieuwe accenten in het criminaliseringsbeleid: Risicobeheersing en bescherming van kwetsbaren*, dalam *Criminalisering, Justitiele verkenningen*, jrg. 26, nr. 5, 2000.

### **Sumber Daring**

*Advocatenblad* edisi November 2015, [https://assets.budh.nl/advocatenblad/article\\_pdf/20093311/basis\\_pdf\\_oid.pdf](https://assets.budh.nl/advocatenblad/article_pdf/20093311/basis_pdf_oid.pdf).

Gerald Dworkin, *Paternalism*, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2020 Edition), Edward N. Zalta (ed.), <https://plato.stanford.edu/archives/fall2020/entries/paternalism/>.

### **Peraturan Perundang-undangan**

Kitab Undang-Undang Hukum Pidana.

Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, LN RI Tahun 2011 Nomor 82, TLN RI Nomor 5234.

### **Rancangan Peraturan Perundang-undangan**

Rancangan Undang-Undang tentang Hukum Pidana.

### **Kamus**

*Cornell Law School Legal Information Institute.*

*Google Dictionary-Oxford Languages.*