

BAB I

PENDAHULUAN

I. Latar Belakang Masalah

Setiap warga negara (Indonesia) mempunyai dan memiliki hak konstitusi untuk mendapatkan perlindungan dari negara atas keselamatan dan hak hak lainnya (hak asasi) seperti yang dinyatakan dalam pembukaan Undang Undang Dasar Republik Indonesia tahun 1945 alenia ke empat yaitu “

.....Kemudian dari pada itu untuk membentuk suatu pemerintah negara Indonesia yang melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia.....”

Selain dari pada alenia ke empat dalam pasal 27 UUD 1945 dikatakan :

“Segala warga negara bersamaan kedudukannya di dalam hukum dan pemerintahan dan wajib menjunjung hukum dan pemerintahan itu dengan tidak ada kecualinya “

Atas dasar alenia ke empat dan pasal 27 UUD 1945, dijelaskan pula pada konsideran bagian menimbang huruf b, Undang undang Republik Indonesia nomor 39 tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia yaitu “ bahwa hak asasi manusia merupakan hak dasar yang secara kodrati melekat pada diri manusia, bersifat universal dan langgeng, oleh karena itu harus dilindungi, dihormati, dipertahankan dan tidak boleh diabaikan, dikurangi atau dirampas oleh siapapun”. Selain itu, dalam pasal 17 UU RI no 39 tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia berkaitan dengan hak memperoleh keadilan, dinyatakan :

“Setiap orang, tanpa diskriminasi, berhak untuk memperoleh keadilan dengan mengajukan permohonan, pengaduan, dan gugatan, baik dalam perkara pidana, perdata, maupun administrasi serta diadili melalui proses peradilan yang bebas dan tidak memihak, sesuai dengan hukum acara yang menjamin pemeriksaan

yang objektif oleh hakim yang jujur dan adil untuk memperoleh putusan yang adil dan benar”²⁶⁸

Akan tetapi, dalam kehidupan manusia dalam memenuhi hak asasinya, bisa dapat terjadi benturan atau konflik dengan hak orang lain dengan munculnya suatu peristiwa yang tidak bisa dielakan. Peristiwa yang terjadi itu, salah satunya adalah peristiwa hukum yang berkaitan dengan hukum pidana atau tindak pidana.

Suatu Tindak pidana dapat terjadi karena adanya pelaku (*dader*) dan korban (*victim*), walaupun korban itu bisa jadi pelaku itu sendiri. Diberbagai aturan hukum dan kebijakan kebijakan yang muncul dengan peraturan peraturan, petunjuk pelaksanaan (juklak) ataupun surat Edaran yang berkaitan dengan pemrosesnya tindak pidana, hampir semuanya berorientasi kepada perbaikan pelaku dengan penjatuhan pidana (*spicial preventive*), Tetapi berkaitan dengan korban hampir dapat dikatakan sedikit sekali yang memperhatikan korban tindak pidana, tentang bagaimana perlakuan dengan korban tindak pidana. Korban tindak pidana diperlukan hanya ketika dimintai keterangan diproses penyidikan sampai dengan dijadikan saksi korban dalam persidangan pidana dan setelah itu tidak lagi menjadi perhatian, berbeda dengan pelaku walaupun dipidana penjara, terpidana diberikan pembinaan, bimbingan dan hak hak lain selama menjalani pidana. Banyak kasus tindak pidana, suatu contoh yang terjadi pencurian sepeda motor, sedang motor tersebut merupakan alat pencari nafkan korban untuk ngojek guna kehidupan ekonomi keluarga, ketika motor dicuri terputuslah sumber ekonomi korban. Walaupun kemudian pelaku tertangkap namun barang bukti hasil kejahatan telah hilang karena dijual dengan cara perbagian dan atau tidak terlacak. Pelaku dipidana sebagai wujud memenuhi rasa keadilan bagi korban. Hak hak korban dalam proses peradilan diwakili oleh negara dengan proses

²⁶⁸. Undang Undang Republik Indonesia No 39 tahun 1999 tentang Hak Asasi manusia Citra Umbara, Bandung 2001

penuntutan dan peradilan, Korban sudah tidak bekerja tetapi masih terbebani dengan panggilan dari kepolisian (penyidik) untuk dimintai keterangan, oleh Jaksa penuntut umum untuk menjadi saksi di persidangan pidana, dari proses itu korban mengeluarkan biaya untuk ongkos transportasi memenuhi panggilan panggilan itu dan mungkin panggilan panggilan itu tidak cukup satu atau dua kali, maka ada istilah dalam masyarakat bahwa *“wis kelangan sapi dadi tambah kelangan wedus”*. Hal ini berarti, ketika korban sudah kehilangan sapi karena proses peradilan menjadi tambah kehilangan kambing karena harus bolak balik dimintai keterangan dan menjadi saksi. Makna dari istilah itu adalah bahwa seseorang yang menjadi korban sudah kehilangan harta benda, dan prosesnya pun masih mengeluarkan biaya untuk ongkos transportasi yang berarti tambah pengeluaran menjadikan tambah nominal kerugian. Dalam proses persidangan bahkan korban diberikan pertanyaan pertanyaan oleh hakim, jaksa dan pembela terlebih oleh pengacara atau pembela korban dengan cara mencecar seolah kesalahan itu ada pada korban walaupun dalam kasus tertentu korban dapat pula sebagai inspiator dan atau ada partisipasi korban dalam tindak pidana yang terjadi. Selama ini dalam proses peradilan pidana keberadaan saksi dan korban hanya diposisikan sebagai pihak yang dapat memberikan keterangan. Keterangan korban dapat dijadikan alat bukti dalam mengungkap sebuah tindak pidana, sehingga dalam hal ini yang menjadi dasar bagi aparat penegak hukum yang menempatkan saksi dan korban hanya sebagai pelengkap dalam mengungkap suatu tindak pidana dan memiliki hak-hak yang tidak banyak diatur dalam KUHAP, padahal untuk menjadi seorang saksi dalam sebuah tindak pidana, tentunya keterangan yang disampaikan tersebut dapat memberatkan atau meringankan seorang terdakwa, yang tentunya bagi terdakwa apabila keterangan seorang saksi dan korban tersebut memberatkan tersangka/terdakwa, maka ada kecenderungan terdakwa menjadikan saksi dan korban

tersebut sebagai musuh yang telah memberatkannya dalam proses penanganan perkara, hal ini tentunya dapat mengancam keselamatan saksi dan korban. Berdasarkan hal tersebut, maka tentunya seorang saksi dan korban perlu mendapatkan perlakuan dan hak-hak khusus, karena mengingat keterangan yang disampaikan dapat mengancam keselamatan dirinya sebagai seorang saksi²⁶⁹. JE. Sahetapy, SH. mengatakan :

“ apabila kita berbicara mengenai peradilan pidana maka bayangan kita akan terarah pada perangkat atau birokrasi peradilan pidana yang terdiri dari polisi, jaksa dan hakim di satu pihak dan terdakwa beserta pembelanya pada pihak yang lain. Korban sebagai pihak yang dirugikan oleh suatu kejahatan, terisolasi atau paling tidak kurang mendapat perhatian. Apalagi dengan meningkatnya perhatian terhadap pembinaan narapidana yang sering ditafsirkan sebagai sesuatu yang tidak berkaitan dengan pemenuhan kepentingan korban maka tidak mengherankan apabila perhatian kepada korban semakin jauh dari peradilan pidana.”²⁷⁰

Pasal 98 sampai dengan pasal 101, 274 dan 275 KUHAP yang berlaku melalui Undang – undang nomor 8 tahun 1981, memungkinkan digabungnya gugatan ganti kerugian dengan perkara pidana yang telah dialami korban. Namun pasal pasal tersebut masih jarang digunakan karena hampir tidak pernah diketahuinya oleh korban, bahkan oleh Penasehat Hukum korban juga hampir tidak pernah disampaikan kepada korban. Kurangnya perhatian pada korban disampaikan juga oleh *Robert Reiff* seperti yang dikutip oleh JE. Sahetapy :

*“The problem of crime, always gets reduced to “what can be done about criminals. “ no body ask, “what can be done about victim ?” Everyone assumes the best way to help the victim is to catch the criminal-as though the offenders is only source of the victim’s trouble.”*²⁷¹

Sedangkan *Andrew Karmen* dalam bukunya *crime victims* bagian *victim versus the criminal justice system*, menyampaikan kritikan berbagai kalangan di negara Amerika Serikat (USA) dari beberapa tokoh yaitu ;

²⁶⁹. Muhadar ,Edi Abdullah, Husni Thamrin ,*Perlindungan Saksi dan Korban Dalam Sistem Peradilan Pidana*, tamita utama 2009, hal.182

²⁷⁰ Sahetapy, *Viktimologi sebuah bunga rampai*, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta 1987, hal. 39

²⁷¹ . *I b i d*, hal 39-40

5. *James Reilly director of the victim/witness assistance project of the national district attorney's associations : if there is one word that describes how the criminal justice system treats victim of crime and witnesses to crime it is badly*
6. *Presidet Bill Clinton 1996 (through fedeeral legistations passed in 1994 and 1996) : for too long the rights and needs or crime victim and witnesses have overlook in the criminal juctice system ... we have begun to address this problem but those important measures are not enough.*
7. *Julie Toms and Daniel Mcgills, author of national institute of justice guid about servisces for crime victim : impact of crime victim to often endure what has been called a second victimization*
8. *Susan Herman, director of the national center for victims of crime : victim often feel that they are treated as piece of evidence, helpful only when they help prove the prosecution's case and when they help a police officer find the bad guy. but the often feel disrespected and ignore and that their interests dan concern are irrelevant*²⁷².

Selain dari pada itu dalam pasal 10 KUHP tidak diatur tentang pidana yang bisa dijatuhkan oeh hakim yang beroreintasi kepada korban. Hal demikian karena KUHP yang saat ini berlaku merupakan turunan dari WvS Belanda dan diterapkan di Indonesia berdasarkan asas *konkordasi*. Asas ini melandasi diberlakukannya hukum yang ada di Belanda untuk diterapkan juga kepada orang Belanda yang ada di Indonesia dan juga warga pribumi Indonesia (Hindia Belanda).

WvS Belanda itupun merupakan pengembangan dari *code penal* yang diberlakukan di Perancis, sedangkan Prancis sendiri mengembangkan *cede penal* dengan perintah *Napoleon Bonaparte* melanjutkan unifikasi pada jaman Romawi dengan *Codex Justianus* dan juga terpengaruh dengan *code Hamurabi*.²⁷³

Munculnya pemikiran baru tentang konsep Keadilan yang merubah pola fikir dan pandangan tentang keadilan, semakin banyak melihat ternyata hukum yang berlaku saat ini, masih belum bisa mencerminkan keadilan. Ada sesuatu yang dianggap tidak adil telah terjadi dan itu dianggap suatu yang wajar. Hal itu karena pemberlakuan hukum akibat penjajahan Belanda dan pendidikan Hukum oleh pemerintah Belanda menganut paham positivisme hukum, mempengaruhi penegakan

²⁷² . Andrew Karmen, *Crime Victim*” fourth edition, Wadsworth.2001, Hal 140 - 141

²⁷³ . <http://arti-definisi-pengertian.info/arti-code-napoleon> di download didownload tgl 19 september 2016 jam 23.10 WIB

hukum di Indonesia.²⁷⁴ Berbeda dengan negara-negara *Anggelsaksis* (*common law*) yang menjadikan peradilan sebagai sumber hukum yang pertama sedangkan dalam kelompok kontinental (*civil law*) hakim, terikat dengan undang undang sebagai sumber hukum. Hakim di Indonesia pada umumnya harus berpatokan kepada peraturan perundang-undangan sebagai sumber hukum positif utama di Indonesia, namun apabila tidak ada dasar hukumnya hakim harus melakukan *rechtfinding* hal ini sesuai ketentuan dalam ketentuan Pasal 10 ayat (1) Undang-undang RI No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, menegaskan:

“pengadilan tidak boleh menolak untuk memeriksa dan mengadili suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya”.

Di dalam Agenda Rencana Pembangunan Nasional (RPJMN 2015 – 2019) dalam Sembilan Agenda Pembangunan, pada agenda pertama dikatakan “Menghadirkan kembali negara untuk melindungi segenap bangsa dan memberikan rasa aman pada seluruh warga negara”

Pada agenda pertama rencana pembangunan nasional (2015-2019), ini sasaran utama yang berkaitan dengan korban adalah menurunnya jumlah pekerja migran yang mempunyai permasalahan hukum di dalam negeri dan luar negeri. Hal ini menjadi sasaran utama karena pekerja migran rentan akan menjadi korban dalam pekerjaan atau kegiatannya, sehingga dalam salah satu sasaran adalah regulasi tentang perlindungan pekerja migran. Disamping hal tersebut diperlukan arah kebijakan yang pada intinya adalah menguatkan perlindungan dengan menggalang kerjasama dengan pihak pihak terkait dan juga memberikan pengetahuan dengan memperbaiki tata kelola penempatan pekerja migran.

²⁷⁴ Mahmutarom, *Rekonstruksi Konsep Keadilan Studi Tentang Perlindungan korban tindak Pidana terhadap nyawa*, Disertasi UNDIP hal 4 - 6

Agenda ke empat rencana pembangunan nasional (2015-2019) adalah “memperkuat kehadiran negara dalam melakukan reformasi sistem dan penegakan hukum yang bebas korupsi, bermartabat dan terpercaya”. Agenda keempat ini, akan dilaksanakan dengan sasaran utama yang berkaitan dengan Korban kejahatan adalah sasaran yang pertama dengan ditingkatnya kualitas penegakan hukum dalam rangka penanganan berbagai tindak pidana, mewujudkan sistem hukum pidana dan perdata yang efisien, efektif, transparan, dan akuntabel bagi pencari keadilan dan kelompok rentan, dengan didukung oleh aparat penegak hukum yang profesional dan berintegritas. Kondisi demikian itu dilakukan untuk terwujudnya penghormatan, perlindungan, dan pemenuhan hak atas keadilan bagi warga negara. Sasaran utama dijalankan dengan arah kebijakan strategisnya meliputi 12 macam kegiatan dan menurut penulis yang berkaitan dengan korban tindak pidana ada beberapa yaitu

- k. Meningkatkan Kualitas Penegakan Hukum Dalam Rangka Penanganan Berbagai Tindak Pidana
- l. Meningkatkan Keterpaduan Dalam Sistem Peradilan Pidana, yang dilakukan melalui keterpaduan substansi hukum acara pidana baik KUHAP maupun peraturan perundang-undangan lainnya.
- m. Melaksanakan Sistem Peradilan Pidana Anak, sebagai bentuk jaminan dan perlindungan atas hak anak
- n. Meningkatkan Kualitas Aparat Penegak Hukum.
- o. Melakukan Harmonisasi dan Evaluasi Peraturan Terkait HAM
- p. Penanganan Pengaduan HAM,
- q. Optimalisasi Bantuan Hukum dan Layanan Peradilan bagi masyarakat
- r. Penanganan Kekerasan Terhadap Perempuan dan Anak,
- s. Meningkatkan Pendidikan HAM, dan

t. Membangun Budaya Hukum.²⁷⁵

Alasan dituangkan kesepuluh kegiatan tersebut dikarenakan bahwa faktor penegakan hukum pidana dengan berorientasi pada korban dapat dilaksanakan karena terintegrasinya antara penegak hukum yang mempunyai kompetensi dengan dilandasi atas Hak asasi Manusia, aturan Hukum yang jelas. Untuk itulah landasan hukum yang dicita citakan adalah landasan hukum yang bersumber dari prulalisme keberadaan hukum yang ada dan diyakini oleh masyarakat di Indonesia. Pembentukan hukum itu sudah dilakukan beberapa kali, mulai dari tahun 1968 dengan konsep rancangan buku I KUHP. Secara filosofis pembentukan KUHP baru dalam draf akademi dielaskan :

Kebijakan pembaharuan hukum pidana dengan membentuk Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) yang baru akan menjadi peletak dasar bagi bangunan sistem hukum pidana nasional Indonesia sebagai negara merdeka dan berdaulat, sesuai pula dengan misi dekolonisasi KUHP peninggalan/warisan kolonial, demokratisasi hukum pidana, konsolidasi hukum pidana, dan adaptasi dan harmonisasi terhadap berbagai perkembangan hukum yang terjadi baik sebagai akibat perkembangan di bidang ilmu pengetahuan hukum pidana maupun perkembangan nilai-nilai, standar-standar serta norma yang hidup dan berkembang dalam kehidupan masyarakat hukum Indonesia dan dunia internasional, sekaligus sebagai refleksi kedaulatan nasional yang bertanggungjawab.²⁷⁶

Berkaitan dengan hal itu pula, anak dan perempuan ini merupakan golongan yang rentan menjadi korban tindak pidana sehingga perlu upaya yang lebih dengan regulasi hukum yang jelas guna perlindungan yang menyeluruh dan secara otomatis menjadi kewajiban negara. Untuk semua itu dibarengkan dengan memunculkan atau memprogramkan budaya hukum yang harus diikuti seluruh masyarakat Indonesia.

Perlindungan hukum harus jelas dan otomatis karena dalam pasal empat Undang Undang Nomor 39 tahun 1999 bagian ke empat tentang hak memperoleh keadilan pasal delapan belas ayat ke empat dikatakan bahwa;

²⁷⁵. Kementerian Perencanaan Pembangunan Nasional / Badan Perencanaan Pembangunan Nasional, *Rencana Pembangunan Jangka Menengah Nasional 2015-2019*, 2014 hal 75 - 123

²⁷⁶. Badan Pembinaan Hukum Nasional Kementerian Hukum dan Hak Asasi Manusia RI, *Draf naskah Akademik Rancangan Undang-Undang Kitab Undang Undang Huku Pidana*, Jakarta, 2015 hal. 2

”setiap orang yang diperiksa berhak mendapatkan bantuan hukum sejak saat penyidikan sampai adanya putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap”²⁷⁷

Hal ini berarti berlaku kepada siapa saja baik pelaku maupun korban, tetapi hampir setiap kasus pidana yang terjadi pemeriksaan terhadap korban di setiap tingkatan pemeriksaan sampai dengan pengadilan hampir hampir tidak pernah mendapatkan bantuan hukum. Demikian halnya ketika untuk mendapatkan perlindungan dari Lembaga Perlindungan Saksi dan Korban (LPSK) tidak secara otomatis tetapi harus mengajukan permohonan terlebih dahulu. Undang undang Nomor 31 tahun 2004 tentang Perubahan atas Undang undang nomor 13 tahun 2002 tentang perlindungan saksi dan korban dalam pasal delapan ayat kedua dikatakan :

“ Dalam keadaan tertentu perlindungan dapat diberikan sesaat setelah permohonan diajukan kepada Lembaga Perlindungan Saksi dan Korban “²⁷⁸

Munculnya syarat-syarat perlindungan untuk korban menunjukkan bahwa korban tindak pidana masih belum mendapatkan perlakuan yang semestinya dan belum seimbang atau setara dengan pelaku tindak pidana.

Berkaitan dengan bantuan hukum kepada korban tindak pidana hampir sama saja. Undang-undang nomor 16 tahun 2011 tentang bantuan hukum tidak secara tegas menyatakan bahwa bantuan hukum dapat diberikan kepada korban kejahatan, walaupun dalam penjelasan Undang-undang nomor 16 tahun 2011 tentang bantuan hukum dijelaskan dalam alenia ke dua bahwa penyelenggaraan bantuan hukum kepada warga negara merupakan upaya untuk memenuhi dan sekaligus sebagai implementasi negara hukum yang mengakui dan melindungi serta menjamin hak asasi

²⁷⁷.Undang Undang Republik Indonesia No 39 tahun 1999 tentang hak asasi manusia, Op Cit

²⁷⁸.Undang Undang Republik Indonesia No 31 tahun 2004 tentang perubahan atas undang undang no 13 tahun 2002 tentang perlindungan saksi dan korban

warga negara akan kebutuhan akses terhadap keadilan (*accses to jutice*) dan kesamaan dihadapan hukum (*equality before the law*)²⁷⁹

Abdul Haris Semendawai Ketua Lembaga Perlindungan Saksi dan Korban, menyampaikan dalam *International conference on victimology and victim assistance in Indonesia* yang diadakan di Universitas Jenderal Soedirman pada Fakultas Hukum di Purwokerto, bahwa berdasarkan data yang ada di divisi penerimaan permohonan di Lembaga Perlindungan Saksi dan Korban, pada tahun 2011 pemohon yang masuk 340, pada tahun 2012 pemohon 655, tahun 2013, sebanyak 1560, kemudian pada tahun 2014, 1076 pemohon tahun 2015 ada 1687 pemohon dan 2016 sampai dengan bulan juli terdapat pemohon 1140. Dari pemohon sampai bulan juli tersebut yang sudah dilayani ada 2004 pemohon dengan rincian 1757 adalah untuk kasus Hak Asasi Manusia berat dan terorisme, 109 untuk tindak pidana umum dan penganiayaan, 105 untuk kasus kekerasan dan sexual serta 13 anak korban.²⁸⁰

Perlindungan korban tindak pidana dilakukan Lembaga perlindungan saksi dan korban mencakup bentuk perlindungan yang bersifat abstrak (tidak langsung) maupun yang konkret (langsung). Perlindungan yang abstrak pada dasarnya merupakan bentuk perlindungan yang hanya bisa dinikmati atau dirasakan secara emosional (psikis), seperti rasa puas (kepuasan). Sementara itu perlindungan yang konkret pada dasarnya merupakan bentuk perlindungan yang dapat dinikmati secara nyata, seperti pemberian yang berupa pemberian kompensasi atau restitusi, pembebasan biaya hidup atau pendidikan. Pemberian perlindungan yang bersifat non-materi dapat berupa pembebasan dari ancaman, dari pemberitaan yang merendahkan martabat manusia.

Dari penjelasan dari Ketua Lembaga Perlindungan Saksi dan Korban tersebut terbaca masih sangat minimnya perhatian pemerintah terhadap korban kejahatan. Kita

²⁷⁹ *Undang Undang Republik Indonesia No 16 tahun 2011 tentang perlindungan hukum*

²⁸⁰ *Suara Merdeka, Ribuan orang minta perlindungan LPSK*, edisi kamis 22 september 2016, hal 24

mungkin masih ingat bahwa selain tindak pidana yang konvensional juga muncul adanya *extraordinary crime* yang salah satu bentuknya adalah kejahatan terorisme. Terjadinya tindak pidana ini mempunyai akibat yang sangat luas, munculnya korban yang tidak bisa dibilang sedikit, karena bukan hanya saja perorangan tapi dapat berakibat sekelompok orang. Kasus bom Bali I dan II serta kasus kasus bom terorisme lainnya yang menimbulkan banyak korban, tetapi penanganan terhadap korban juga tidak diimbangi dengan penindakannya. Rencana revisi terhadap undang-undang tindak pidana teroris, telah banyak didorong untuk dapat dipenuhinya hak hak korban. Terdapat beberapa kelompok pemerhati akan korban tindak pidana terorisme ini mengusulkan adanya revisi undang undang tindak pidana teroris dengan memasukan pokok pikiran terkait dengan hak hak korban yaitu :

- d. Pencatuman devinisi korban dan kompensasi yang memadai
- e. Adanya pasal yang mengatur jaminan pembeayaan medis korban terorisme sejak masa kritis,
- f. Pemberian kompensasi tidak melalui putusan pengadilan negeri, namun dengan putusan lembaga negara yang berwenang melalui mekanisme assesment.²⁸¹

Namun menurut penulis tidak hanya untuk korban tindak pidana terorisme saja yang harus mendapatkan perhatian tetapi semua korban tindak pidana harus mendapatkan perhatian. Selanjutnya bukan hanya korban tindak pidana saja tetapi lebih meluas korban ketidakadilan karena adanya *abuse of power* dari pemerintah, penegak hukum dan militer, karena munculnya korban korban seperti dimaksud di atas dikarenakan kegagalan negara dalam hal melindungi segenap warga negara Indonesia seperti tertulis dalam alenia ke empat Undang Undang Dasar Republik Indonesia tahun 1945.

Atas dasar hal-hal tersebut di atas memunculkan ketertarikan penulis untuk melakukan penelitian yang lebih lanjut guna penyusunan Disertasi di mana fokus

²⁸¹ Suara Perdamaian, edisi IX juli 2016

kepada perlakuan korban tindak pidana yang didasarkan atas hukum yang berlaku dengan mengambil judul: “

REKONSTRUKSI STELSEL PIDANA (STUDY ATAS STELSEL PIDANA DALAM KUHP MENUJU STELSEL PIDANA YANG BERKEADILAN DENGAN BERORIENTASI PADA ASAS KESEIMBANGAN

J. Permasalahan

Permasalahan penelitian yang ingin diungkapkan dalam penelitian ini, adalah :

4. Mengapa stelsel pidana dalam KUHP belum berorientasi kepada asas keseimbangan ?
5. Bagaimana problematika yang timbul dalam praktek penerapan sanksi pidana yang belum berorientasi pada asas keseimbangan ?
6. Bagaimana kontruksi ideal stelsel pidana dalam KUHP yang berkeadilan dengan berbasis pada asas keseimbangan ?

K. Tujuan Penelitian

Tujuan dari penelitian ini adalah untuk mengetahui dan menganalisis

4. Stelsel Pidana dalam KUPH belum berorientasi pada asas keseimbangan
5. Problematik yang timbul terhadap sanksi pidana yang belum berorientasi pada asas keseimbangan
6. Kontruksi ideal stelsel pidana dalam KUHP yang berorientasi pada korban dengan berbasis keseimbangan.

L. Manfaat penelitian

Disusunnya penelitian ini, diharapkan dapat mempunyai manfaat sebagai berikut :

3. Manfaat teoritis

Penelitian ini dapat menemukan teori baru bidang hukum, guna upaya pengembangan dan pembaharuan hukum yang berlandaskan keadilan, dengan orientasi pada asas keseimbangan, serta sejalan dengan rasa keadilan dalam masyarakat di mana hukum itu berlaku. Disamping hal demikian hasil penelitian dapat menjadi rujukan ilmiah bagi peneliti yang lain yang berorientasi pada asas keseimbangan untuk mewujudkan keadilan restoratif dan substantif.

4. Manfaat Praktis

Secara Praktis hasil penelitian ini dapat menjadi acuan bagi penegak hukum agar supaya, dalam proses penegakan hukum tidak hanya berorientasi kepada pelaku tindak pidana tetapi juga berorientasi kepada korban guna mendapatkan keadilan substantif

M. Kerangka Konseptual

Sanksi pidana yang dijatuhkan oleh hakim akan melihat apakah perbuatan pelaku tindak pidana itu telah memenuhi unsur unsur dalam pasal KUHP yang telah dilanggarnya adanya kesalahan atau terdapat perbuatan yang memenuhi hukum materiil. Menemukan kesalahan itu melalui Proses peradilan pidana yang akan mengungkapkan suatu perbuatan melawan hukum. Dalam hukum pidana perbuatan melawan hukum pidana dikenal ada dua yaitu perbuatan melawan hukum formil dan perbuatan melawan hukum materiil. Seperti apa yang disampaikan Bambang Poernomo bahwa sifat melawan hukum suatu perbuatan terdapat dua ukuran yaitu sifat melawan hukum yang formil (*formale waderrechtelijkheid*) dan sifat melawan hukum yang materiil (*materiele waderrechtelijkheid*).²⁸² Sedang Indriyanto Seno Adji menjelaskan bahwa perbuatan melawan hukum secara formil lebih dititikberatkan pada pelanggaran terhadap perundangan yang tertulis, sedangkan yang

²⁸². Bambang Poernomo, *Asas asas Hukum Pidana*, Ghalia 1985 jakarta hal 117

secara Materiil merupakan pelanggaran terhadap norma kesopanan atau yang lazim disebut kepatutan yang hidup dalam masyarakat.²⁸³

Konsep atau Rancangan KUHP Baru, sifat melawan hukum secara materiil dijelaskan dalam pengertian asas legalitas yg diperluas, tidak hanya asas legalitas dalam pengertian formil tetapi diperluas menjadi asas legalitas dalam pengertian materiil. Konsep ini memberi tempat pada sumber hukum tidak tertulis yang hidup di dalam masyarakat sebagai dasar menetapkan patut di pidananya suatu perbuatan. Patut dicatat bahwa berlakunya hukum yang hidup di dalam masyarakat itu hanya untuk delik-delik yang tiada bandingnya (persamaannya) atau tidak telah diatur di dalam Undang-undang.²⁸⁴

Apabila dikaitkan dengan penerapan hukum yang berorientasi kepada korban, perbuatan atau tindak pidana yang dilakukan harus dinilai apakah korban merupakan penyebab pelaku melakukan tindak pidana atau apakah korban sebagai inspirator yang menjadikan pelaku melakukan tindak pidana. Semua itu harus dilihat secara menyeluruh sehingga hakim dalam memutuskan perkara bisa betul-betul dirasakan keadilan yang seimbang antara pelaku tindak pidana dan korban tindak pidana serta masyarakat. Dalam proses pembuktian walaupun terbukti bahwa ada perbuatan melawan hukum yang dilakukan oleh pelaku tindak pidana (ada perbuatan melawan hukum secara formil) tetapi perbuatan tersebut atas ijin dan persetujuan korban (dalam kasus sexual) maka pidana yang dijatuhkan harus seimbang diantara pelaku dan korban serta tanggapan atas reaksi masyarakat. Akan berbeda dengan murni pemerkosaan dimana tidak ada kehendak dan kemauan korban tentu pidana hanya dijatuhkan hanya pada pelaku tindak pidana, Dalam kasus pencurian misalnya kalau ternyata dalam sidang peradilan pidana terdapat adanya kesalahan korban tentunya

²⁸³. Indriyanto Seno Adji, *Asas perbuatan Melawan hukum Materiil dan masalahnya dalam perspektif Hukum Pidana di Indonesia*, makalah, hal 2-3

²⁸⁴. Barda Nawai Arief, *Op Cit* hal. 88

korban harus juga ikut bertanggung jawab terhadap kesalahannya tetapi apabila murni tidak adanya kesalahan dari korban, pelaku tindak pidana harus menjalani sanksi bahkan harus mengembalikan kerugian yang diderita oleh korban. Dalam hal tindak pidana yang menjadikan masyarakat menjadi korban seperti dalam tindak pidana terorisme, hak asasi manusia, maka yang berkewajiban melindungi korban adalah negara jadi negara juga harus memberikan jaminan dengan cara merehabilitasi ataupun memberikan restitusi kepada korban atau ahli warisnya.

Kalau dikaitkan dengan tujuan dari hukum yaitu keadilan, maka rasa keadilan ataupun rasa adil harus muncul dan terjadi dalam proses peradilan serta pelaksanaan putusan peradilan. Saat ini, putusan pidana (penjara) yang diputuskan oleh hakim seolah olah itulah yang menjadi rasa keadilan secara umum, setiap pencari keadilan dalam hukum pidana. Sesuai aturan hukum dipaksakan bahwa apa yang menjadi vonis hakim menjadi adil karena dalam judul putusan berbunyi “Keadilan berdasarkan KeTuhanan Yang Maha Esa” bukan suatu keadilan yang substantif tentunya. Negara mengambil alih rasa keadilan, dan menerapkannya melalui aparat hukum negara, negara mempunyai aturan hukum yang berlaku, kalau seorang yang melanggar hukum, berarti melawan negara karena telah melanggar hukum negara, maka kewajiban negara menjatuhkan pidana terhadap pelanggar hukum, hukum pidana hanya sebagai *lex talionis* (hukum pembalasan). Hal ini dikarenakan aturan hukum yang diberlakukan (KUHP/WVS) merupakan hasil dari pemerintahan kolonial Belanda pada saat itu, yang diterapkan kepada negara yang dijajahnya.

Kemerdekaan bangsa Indonesia, Paradigma pemidanaan yang sudah berkembang, dan dengan dasar negara Pancasila, pandangan atau prulalisme keyakinan rasa keadilan yang ada di masyarakat Indonesia, kesemuanya itu harus menjadikan semangat dalam setiap usaha dalam merekonstruksi pembaharuan hukum di Indonesia. Seperti apa yang

di tuangkan di dalam Undang undang nomor 48 tahun 2009 tentang Kekuasan Kehakiman, pasal empat dikatakan (1) Pengadilan mengadili menurut hukum dengan tidak membeda-bedakan orang .(2) Pengadilan membantu pencari keadilan dan berusaha mengatasi segala hambatan dan rintangan untuk dapat tercapainya peradilan yang sederhana, cepat, dan biaya ringan.²⁸⁵ Secara pengertian penulis berpendapat bahwa pengadilan tidak membedakan ras golongan maupun agama pencari keadilan baik korban maupun pelaku tindak pidana dan ayat kedua pengadilan membantu mengatasi hambatan apabila terjadi hambatan dalam menyelesaikan masalah untuk mendapatkan keadilan, jadi kalau perasaan adil sudah terjadi antara korban dan pelaku tindak pidana dan tidak ada hambatan, tidak perlu lagi ke peradilan, yang diperlukan adalah kepastian hukum dengan jalan dikeluarkannya penetapan hakim pengadilan sesuai tingkatannya. Jadi bahwasannya penjatuhan hukum oleh Hakim dianggap adil, dan ada anggapan dari pelaku, sudah menjalani pidana pidana berarti sudah impas dengan apa yang diperbuat, dan mereka tidak mengkalkulasi dampak dari perbuatan pelaku lebih luas lagi. Oleh karena itu, dampak itu harus juga menjadi pertimbangan Hakim dan atau penegak hukum yang lain dalam membuat putusan, merumuskan hukum apa yang lebih tepat. Selain menjerakan tetapi juga harus mengembalikan kondisi sosial, ekonomi dari korban. Bahwa Stesel pidana di KUPH tidak dan belum mencerminkan akan kondisi yang dimaksud, sedangkan aturan dalam pasal 10 KUHP yang menjadi rujukan penjatuhan jenis pidana. Makanya pidana yang berorientasi pada keadilan yang seimbang, menjadi solusi yang dirasa dapat diterapkan dalam pelaksanaan pembedaan.

N. Kerangka Teoritis

1. Keadilan sebagai *Grand Theory*

²⁸⁵ .Undang undang nomor 48 tahun 2009 tentang Kekuasan Kehakiman

Keadilan merupakan sesuatu yang ingin di dapatkan oleh setiap manusia. Acapkali manusia merasa tidak diperlakukan secara adil baik dalam kehidupan sosial, ekonomi dan yang lainnya seolah terasa apa yang dikehendaki belum terwujud, menimbulkan rasa bahwa keadilan belum hadir dalam kehidupan dirinya. Apalagi ketika permasalahan yang demikian itu berhubungan dengan hukum. Munculnya permasalahan hukum yang demikian itu, menjadikan munculnya dua kubu yang saling berlawanan, dan mereka merasa bahwa apa yang mereka perbuat/lakukan adalah sah dan benar. Sehingga untuk menyelesaikan permasalahan tersebut diperlukan suatu penengah yang bijak yang mampu memberikan rasa kenyamanan hati berupa kerelaan/keikhlasan (menerima segala sesuatu yang diputuskan). Rasa yang demikian itu bisa dikatakan rasa yang adil, walaupun dalam perjalanan waktu rasa adil itu akan terkikis karena terpengaruh dengan situasi alam pikir masing masing yang bersengketa. Hal demikian dikatakan bahwa rasa adil itu bersifat nisbi yang artinya bahwa keadilan itu bersifat relatif tergantung masa waktu dan kondisi yang mempengaruhi rasa keadilan itu. Oleh karena itu muncul berbagai pengertian atau konsep tentang keadilan.

Secara bahasa kata keadilan terbentuk dari kata dasar adil yang di dalam kamus besar bahasa Indonesia diartikan sebagai sama berat, tidak berat sebelah, dan tidak memihak. Sedangkan keadilan merupakan sifat atau perbuatan yang adil.²⁸⁶ Di dalam bahasa Inggris keadilan ialah "*justice*", makna *justice* tersebut terbagi atas dua yaitu makna *justice* secara atribut dan juga makna *justice* secara tindakan.

Makna *justice* secara atribut ialah suatu kuualitas yang fair atau adil. Sedangkan

²⁸⁶.Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Balai Pustaka, Jakarta. 1978 hal 8

makna *justice* secara tindakan ialah suatu tindakan menjalankan dan juga menentukan hak atau hukuman.²⁸⁷ Jadi adil adalah sifatnya sedang keadilan tindakan untuk menjadikan adil. Adil itu hanya bisa dirasakan jadi sifatnya abstrak, dan seorang diperlakukan secara adil apabila perasaan dan rasa hatinya menjadi menerima atau ikhlas.

Di dalam Islam, adil merupakan perintah Allah untuk setiap orang yang beriman seperti tertera dalam surat Al-Ma'idah ayat 8

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاٰنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا ۗ الْعَدْلُ هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَاتَّقُوا اللَّهَ ۚ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ

“ Hai orang-orang yang beriman hendaklah kamu jadi orang-orang yang selalu menegakkan (kebenaran) karena Allah, menjadi saksi dengan adil. Dan janganlah sekali-kali kebencianmu terhadap sesuatu kaum, mendorong kamu untuk berlaku tidak adil. Berlaku adillah, karena adil itu lebih dekat kepada takwa. Dan bertakwalah kepada Allah, sesungguhnya Allah Maha Mengetahui apa yang kamu kerjakan.”²⁸⁸

Terdapat juga dalam Surat Al-Hujarat ayat 9

وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا ۚ فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَىٰ فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّىٰ تَفِيءَ إِلَىٰ أَمْرِ اللَّهِ ۚ فَإِنْ فَاءَتْ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا ۚ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ

“ Dan kalau ada dua golongan dari mereka yang beriman itu berperang hendaklah kamu damaikan antara keduanya! Tapi kalau yang satu melanggar perjanjian terhadap yang lain, hendaklah yang melanggar perjanjian itu kamu perangi sampai surut kembali pada perintah Allah. Kalau dia telah surut, damaikanlah antara keduanya menurut keadilan, dan hendaklah kamu berlaku adil; sesungguhnya Allah mencintai orang-orang yang berlaku adil.”²⁸⁹

M. Quraish Syihab, mengatakan di dalam al-Qur'an, kata “adil” tertuang dalam berbagai bentuknya terulang sampai duapuluh delapan kali (28).

²⁸⁷. <http://www.gurupendidikan.com/10-pengertian-keadilan-dan-jenisnya-menurut-para-ahli>, di download tgl 19 september 2016 jam 22.15 WIB

²⁸⁸ Dep. Agama RI, *Al-Qur'an terjemah per kata*, Syaamil Al Qur'an, hlm 108

²⁸⁹. *I b i d*, hal 516

Selanjutnya dijelaskan bahwa ada empat hal makna keadilan yang dikemukakan oleh ahli agama yaitu :

Pertama, adil dalam arti sama, dasar dari arti ini adalah surat An Nisa (4) : 58

“apabila kamu memutuskan perkara diantara manusia maka hendaklah engkau memutuskannya dengan adil”

Pengertian ini dalam hal hakim mengadili perkara untuk tidak menempatkan para pihak dengan kedudukan yang sama,

Kedua, adil dalam arti seimbang, proposional dan dalil dari pengertian ini adalah

Al Infithar (82) : 6-7 :

“Hai manusia, apakah yang telah memperdayakan kamu (berbuat durhaka) terhadap Tuhanmu Yang Maha Pemurah, Yang telah menciptakan kamu lalu menyempurnakan kejadianmu dan menjadikan (susunan tubuh) mu seimbang”

Al-Mulk (67) : 3

Allah yang telah menciptakan tujuh langit berlapis-lapis. Kamu sekali-kali tidak melihat pada ciptaan Tuhan Yang Maha Pemurah sesuatu yang tidak seimbang. Maka lihatlah berulang-ulang, adakah kamu lihat sesuatu yang tidak seimbang?

Ketiga, dalam arti perhatian dalam hak hak individu dan memberikan hak hak itu kepada pemiliknya. Keadilan ini mewujudkan adanya keadilan sosial

Keempat, adil yang dinisbatkan kepada Ilahi. Keadilan disini dengan melihat kewajaran atas eksistensinya sebagai manusia, Allah memberikan rahmat kepada setiap manusia.²⁹⁰

Nabi Muhammad SAW bersabda :

(Diantara) penghuni surga ialah tiga orang; seorang penguasa yang adil, serta ahli sedekah dan mendapat bimbingan dari Allah; orang yang memiliki sifat penyayang dan lembut hati kepada keluarga dekatnya dan setiap kepada muslim serta orang yang tidak mau meminta-minta sementara ia menanggung beban keluarga yang banyak jumlahnya.” (HR Muslim).

²⁹⁰. Quraish Sihab, *Wawasan Al Quran Tafsir Maudhu'i atas Pelbagai Persoalan Umat*, Mizan, cet 3 Bandung, 1996, hal 110 - 117

Kebalikan dari perbuatan yang tidak adil adalah zalim, Rasulullah SAW bersabda :

“Takutlah berbuat zalim karena sungguh ia mendatangkan kegelapan-kegelapan di hari Kiamat.” (HR. Muslim)

Keadilan di dalam bersikap menjadi sebuah tuntutan wajib bagi setiap muslim walaupun yang harus dihadapi adalah orang yang baru kita benci ataupun kepada musuh sekalipun. Hal tersebut, seperti diteladankan oleh sahabat Nabi, Abdullah bin Rawahah saat diutus oleh Nabi Muhammad SAW untuk menemui kaum Yahudi Khaibar setelah mereka takluk kepada Islam. Rasulullah menetapkan hasil kebun-kebun kurma di Khaibar harus dibagi antara kaum Yahudi dengan kaum Muslim melalui Nabi. Abdullah bin Rawahah diutus untuk menaksir hasil panen yang akan diperoleh. Setelah selesai menaksir, Abdullah bin Rawahah menyatakan di hadapan kaum Yahudi Khaibar, “Wahai kaum Yahudi! Kalian adalah makhluk yang paling aku benci. Kalian telah membunuh para Nabi dan mendustakan Allah. Akan tetapi, kebencianku kepada kalian tidaklah membuatku berbuat curang atas kalian. Sungguh aku telah menaksir, ternyata jumlahnya 20.000 wasaq kurma. Kalau kalian setuju silahkan, jika tidak maka kembali kepadaku”. Kaum Yahudi pun menanggapi, ”Dengan keadilan semacam inilah, langit dan bumi menjadi tegak.”²⁹¹

Dari dasar di atas bahwa keadilan dalam Islam diarahkan dan untuk menghatarkan manusia menjadi taqwa, dan dengan ketaqwaan itu akan menjadikan umat manusia menjadi sejahtera.

Murtadha Muthahhari mengemukakan bahwa konsep adil dalam Islam dikenal dalam empat hal;

²⁹¹.Ali Farkhan Tsani, <http://www.mirajnews.com/id/khutbah-jumat-prinsip-keadilan-dalam-islam>, didownload tgl 19 september 2016 jam 23.10 WIB

1. Adil bermakna keseimbangan dalam arti suatu masyarakat yang ingin tetap bertahan dan mapan, maka masyarakat tersebut harus berada dalam keadaan seimbang, di mana segala sesuatu yang ada di dalamnya harus eksis dengan kadar semestinya dan bukan dengan kadar yang sama. Keseimbangan sosial mengharuskan kita melihat neraca kebutuhan dengan pandangan yang relatif melalui penentuan keseimbangan yang relevan dengan menerapkan potensi yang semestinya terhadap keseimbangan tersebut.
2. Persamaan dan non diskriminasi, dengan pengertian yaitu memandang setiap individu adalah sama tanpa melakukan pembedaan dan pengutamaan, pengertiannya keadilan sama dengan persamaan
3. Pemberian hak kepada yang berhak, dengan pengertian bahwa adanya pemeliharaan hak hak individu dan pemberian hak kepada setiap obyek yang layak menerimanya. Keadilan ini bersandar kepada dua hal yaitu :
 - a. Hak dan prioritas sebagai individu, sebagai contohnya adalah ketika seseorang mengerjakan sesuatu yang menghasilkan, maka dia berhak dan memiliki prioritas akan hasil tersebut
 - b. Karakter khas manusia, tercipta denga memunculkan ide, dan dengan ide itu manusia dapat melakukan pekerjaannya atau ide menjadi alat untuk bekerja guna mewujudkan gagasan gagasan guna mencapai tujuan
4. Pelimpahan wujud berdasarkan tingkat dan kelayakan, dengan pengertian bahwa manusia diciptakan Allah dengan wujud sesuai dengan bentuk manusia sebagai keadilan Allah dengan membentuk manusia dengan sempurna²⁹²

Mahmud Syaltut seorang ulama modern dari Mesir menyampaikan pendapatnya dalam hal keadilan dalam Islam, dijelaskan bahwa keadilan adalah

²⁹². Murtadha Muthahhari, *Keadilan Ilahi: Azas Pandangan Dunia Islam*, : Mizan Bandung 1995, hlm 60 - 65

lambang dan pagar yang menjaga kesatuan umat manusia, keadilan tidak boleh dibeda bedakan antara perseorangan. Selanjutnya dikatakan :

Dalam bidang keadilan, harus sama antara si kuat dan si lemah, antara yang mampu dan si miskin, antara keluarga dan orang lain antara muslim dengan tidak muslim. Semuanya harus dipandang dari segi kemanusiaannya²⁹³

Pendapat Mahmud Syaltut ini didasarkan atas Al Quran surat Annisa ayat 135

:

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ
إِن يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَن تَعْدِلُوا وَإِن تَلَوُوا أَوْ تُعْرَضُوا
فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا (١٣٥)

“Wahai orang-orang yang beriman, jadilah kamu orang yang benar-benar penegak keadilan, menjadi saksi karena Allah biarpun terhadap dirimu sendiri atau ibu bapa dan kaum kerabatmu. Jika ia kaya ataupun miskin, maka Allah lebih tahu kemaslahatannya. Maka janganlah kamu mengikuti hawa nafsu karena ingin menyimpang dari kebenaran. Dan jika kamu memutar balikkan (kata-kata) atau enggan menjadi saksi, maka sesungguhnya Allah adalah Maha Mengetahui segala apa yang kamu kerjakan.”²⁹⁴

Selain keadilan menurut Islam, keadilan juga disampaikan pula oleh para filsuf sejak jaman Romawi kuno, yang mengartikan keadilan sebagai “*tribuere culque suum*” dalam bahasa Inggris disebut sebagai *to give everybody his own* dan secara Indonesia diartikan memberikan kepada setiap orang apa yang menjadi haknya.²⁹⁵

Terdapat dua garis besar tentang pemikiran mengenai keadilan, yang pertama keadilan yang rasional diajarkan oleh Aristoteles dan yang kedua tentang keadilan Metafisika dengan tokohnya adalah Plato.²⁹⁶

Keadilan menurut Aristoteles adalah tindakan yang terletak di antara memberikan terlalu banyak dan juga sedikit yang dapat diartikan ialah

²⁹³ . Mahmud Syaltut, *Akidah dan Syariah Islam*, Bina Aksara, Jakarta, 1985, hal 177.

²⁹⁴ Kementerian Agama RI Al Quran *op Cit*, hal 100.

²⁹⁵ Morris Ginsberg, *Keadilan dalam Masyarakat*, Pondok Edukasi, Yogyakarta, 2001, hal 6

²⁹⁶ Agus Nurcholis Saleh, *Agama dan Keadilan*, 2016, makalah

memberikan sesuatu kepada setiap orang sesuai dengan memberi apa yang menjadi haknya. Sekanjutnya arti keadilan dijelaskan dengan membagi jenis-jenis keadilan sebagai berikut :

1. Keadilan *Komunikatif* ialah perlakuan kepada seseorang tanpa melihat kedudukan dan jasa-jasanya.
2. Keadilan *Distributif* ialah suatu perlakuan kepada seseorang sesuai dengan jasa-jasa yang telah diperbuatnya. Keadilan diberikan berdasarkan perbuatan atau prestasi yang telah dihasilkan
3. Keadilan *Konvensional* ialah suatu keadilan yang terjadi karena seseorang telah mematuhi suatu peraturan perundang-undangan. Keadilan ini menekankan pada aturan atau keputusan kebiasaan yang harus dilakukan warga negara yang dikeluarkan oleh suatu kekuasaan/negara.
4. Keadilan Perbaikan ialah suatu keadilan yang terjadi yang mana seseorang telah melakukan tindak pidana dan dia memperbaiki kesalahan yang telah diperbuatnya dengan cara meminta maaf, dipidana dan lainnya.
5. Keadilan Kodrat Alam ialah suatu perlakuan kepada seseorang yang didasarkan atas hukum alam, keadilan ini bersumber kepada hukum alam

Sedangkan Plato menjelaskan keadilan dengan membagi :

1. Keadilan Moral ialah suatu keadilan yang terjadi jika mampu untuk dapat memberikan perlakuan seimbang antara hak dan juga kewajibannya.
2. Keadilan Prosedural ialah suatu keadilan yang terjadi jika seseorang dapat melaksanakan perbuatan sesuai dengan sesuai tata cara yang diharapkan²⁹⁷

Penjelasan oleh filsuf Romawi, berbeda juga dengan keadilan secara pandangan Hukum. Setiap kasus permasalahan hukum aspek keadilan dalam

²⁹⁷ <http://www.gurupendidikan.com/10-pengertian-keadilan-dan-jenisnya-menurut-para-ahli>

penegakan hukum dalam sistem hukum nasional selalu dilihat dari perspektif keadilan hukum. Keadilan hukum itu sendiri tercermin dari putusan-putusan hakim yang mengani perkara. Banyak putusan Hakim yang justru mencederai rasa keadilan Masyarakat seperti contoh kasus kasus di bawah ini

1. Mencuri sebuah semangka dipenjara 2 bulan 10 hari Dua orang pria, Basar Suyanto dan Kholil, dijatuhi hukuman 2 bulan lebih 10 hari penjara di Pengadilan Negeri (PN) Kediri, Jawa Timur (Jatim), pada tahun 2009 lalu karena terbukti telah mencuri sebuah semangka .Karena vonis yang dijatuhkan PN Kediri tidak berperikemanusiaan, sejumlah perwakilan mahasiswa melakukan protes dan memberikan dukungan kepada kedua terdakwa. Dalam sidang banding, kedua pria tersebut akhirnya dihukum penjara selama 15 hari.

2. Mencuri 3 Buah Coklat di Hukum 1 Bulan Penjara

Nek Minah dihukum 1 bulan penjaran dengan masa percobaan 3 bulan karena terbukti mencuri 3 buah coklat seharga Rp 2 ribu di kebun milik PT Rumpun Sari Antan yang berada di Banyumas, Jawa Tengah (Jateng).Walaupun sudah mengembalikannya sesaat setelah ketahuan, namun pihak manajemen PT Rumpun Sari Antan tetap memperkarakannya untuk memberikan efek jera dan agar tidak ditiru oleh masyarakat lainnya.²⁹⁸

3. Hakim Pengadilan Negeri (PN) Purbalingga tidak mengindahkan perdamaian keluarga dan saran Balai Pemasyarakatan (Bapas) dengan menjatuhkan vonis hukuman pada tiga anak di bawah umur, pada 11 Februari 2014 lalu. Ketiga anak itu adalah ADC (16), NC (16), warga Desa Tetel, Kecamatan Pendagedan, dan RM (14), warga Desa Tegalpingen, Kecamatan

²⁹⁸ <https://detikasia.com/7-kasus-ketidakadilan-hukum-di-indonesia> didwonload tgl 19 jam 22.00wib

Pengadegan. Mereka diputus hukuman penjara dua bulan 15 hari setelah terbukti melakukan tindak pidana pencurian tiga ekor bebek. Hakim tunggal mengesampingkan seluruh argumen Balai Kemasyarakatan (Bapas) Purwokerto yang menyarankan ketiganya untuk dilakukan tindakan dikembalikan ke orang tua masing-masing. Menurut Bapas, usia para terdakwa masih muda yang labil. Tujuan terdakwa mencuri bebek untuk makan bersama-sama, bukan untuk diperjualbelikan.

Dari kasus-kasus itu seolah olah pidana penjara menjadi cermin keadilan dalam penegakan hukum, padahal penegakan hukum akan bermuara kepada keadilan, jadi memunculkan opini bahwa keadilan dapat ditempuh atau upaya adil itu apabila dijatuhi pidana penjara. Oleh karenanya Keadilan hukum selalu menjadi perdebatan dalam pembentukan dan penerapan hukum di Indonesia. Dengan kondisi demikian Suteki yang diilhami oleh teori hukum Progresif Satjipto Raharjo menyampaikan bahwa fenomena penegakan hukum di Indonesia seringkali memenuhi jalan buntu karena penegak hukum terpasung dengan penegakan hukum yang konvensional, maka sebagai sebuah proses *searching for the truth* hukum harus mengarah kepada keadilan substantif sebagai sebuah *the truth justice* (keadilan sebenarnya)²⁹⁹ Selanjutnya disampaikan bahwa guna mewujudkan keadilan substantif, secara prinsip hukum dapat saja dilanggar.³⁰⁰

Untuk mewujudkan keadilan substantif, sebagai bangsa Indonesia tentunya harus didasarkan atas cita hukum yaitu Pancasila. Ada 2 hal tentang keadilan berdasarkan Pancasila yaitu *pertama* keadilan individu seperti dalam sila 2 yaitu kemanusiaan yang adil dan beradab. Hal ini berarti adil karena adanya persamaan hak dan kewajiban pada setiap warga negara Indonesia tanpa

²⁹⁹ Suteki, *Masa depan Hukum Progresif*, thala media, Yogyakarta 2015, hal. 35-41

³⁰⁰ Suteki, *Kebijakan tidak menegakan hukum (non enforcement of law) demi pemuliaan keadilan substantif*, pidato pengukuhan sebagai guru besar undip, 2010

memandang suku, keturunan, agama, kepercayaan, jenis kelamin, kedudukan sosial, warna kulit. *Kedua*, keadilan sosial seperti dalam sila ke 5 yaitu Keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia. Untuk menuju kepada hal ini setiap warga negara harus mengembangkan sikap kepedulian kepada orang lain dengan menjalankan kepemilikan pribadi berorientasi kepada lingkungan sosial (tanggung rasa).

Antara keadilan Sila kedua: Kemanusiaan yang adil dan beradab

1. Mengakui dan memperlakukan manusia sesuai dengan harkat dan martabatnya sebagai makhluk Tuhan Yang Maha Esa.
2. Mengakui persamaan derajat, persamaan hak, dan kewajiban asasi setiap manusia, tanpa membeda-bedakan suku, keturunan, agama, kepercayaan, jenis kelamin, kedudukan sosial, warna kulit dan sebagainya.
3. Mengembangkan sikap saling mencintai sesama manusia.
4. Mengembangkan sikap saling tenggang rasa dan tepa selira.
5. Mengembangkan sikap tidak semena-mena terhadap orang lain.
6. Menjunjung tinggi nilai-nilai kemanusiaan.
7. Gemar melakukan kegiatan kemanusiaan.
8. Berani membela kebenaran dan keadilan.
9. Bangsa Indonesia merasa dirinya sebagai bagian dari seluruh umat manusia.
10. Mengembangkan sikap hormat menghormati dan bekerjasama dengan bangsa lain.

Dan keadilan Sila ke 5, Keadilan bagi seluruh rakyat Indonesia

1. Mengembangkan perbuatan yang luhur, yang mencerminkan sikap dan suasana kekeluargaan dan kegotongroyongan.
2. Mengembangkan sikap adil terhadap sesama.
3. Menjaga keseimbangan antara hak dan kewajiban.
4. Menghormati hak orang lain.
5. Suka memberi pertolongan kepada orang lain agar dapat berdiri sendiri.
6. Tidak menggunakan hak milik untuk usaha-usaha yang bersifat pemerasan terhadap orang lain.
7. Tidak menggunakan hak milik untuk hal-hal yang bersifat pemborosan dan gaya hidup mewah.
8. Tidak menggunakan hak milik untuk bertentangan dengan atau merugikan kepentingan umum.
9. Suka bekerja keras.
10. Suka menghargai hasil karya orang lain yang bermanfaat bagi kemajuan dan kesejahteraan bersama.
11. Suka melakukan kegiatan dalam rangka mewujudkan kemajuan yang merata dan berkeadilan sosial.

terdapat suatu tujuan kesamaan yaitu bahwa keadilan berdasarkan Pancasila mengarah kepada tercapainya kehidupan bangsa Indonesia dapat adil sebagai makhluk Allah dan makhluk sosial. Adapun yang harus dilakukan oleh seluruh rakyat Indonesia agar dapat mencapai keadilan, harus berfikir, bersikap dan berbuat. Berdasarkan Tap MPR no. I/MPR/2003, 36 butir pedoman pengamalan Pancasila telah diganti menjadi 45 butir butir Pancasila.³⁰¹

2. Kebijakan Kriminal, dan Keseimbangan sebagai *Midle theory*

Perlindungan hukum yang dilakukan oleh suatu negara merupakan salah bentuk dari apa yang disebut sebagai kebijakan kriminal (*criminal Policy*). Kebijakan menurut kamus besar bahasa Indonesia dijelaskan sebagai rangkaian konsep dan asas yang menjadi garis besar dan dasar rencana dalam pelaksanaan suatu pekerjaan, kepemimpinan, dan cara bertindak.³⁰² Sedangkan kebijakan diambil dari kata *bijak* yang artinya adalah selalu menggunakan akal.³⁰³ *Thomas Dye* mendefinisikan *public policy* “*anything a government chooses to do or not to do.*”³⁰⁴ Apabila dikaitkan dengan kriminal maka akan menjadi kebijakan kriminal yang oleh Sudarto didefinisikan secara singkat, merupakan sesuatu usaha yang rasional dari masyarakat dalam menanggulangi kejahatan. Selanjutnya Sudarto, mengemukakan tiga arti mengenai kebijakan kriminal seperti dikutip oleh Barda Nawawi Arief yaitu :

- a. Dalam arti sempit, adalah keseluruhan asas dan metode yang menjadi dasar dari reaksi terhadap pelanggaran hukum yang berupa pidana.

³⁰¹ <http://roda2blog.com/2014/07/10/45-butir-butir-pedoman-pengamalan-pancasila-terbaru>, di download tgl 19-9-2016 jam 22.50 wib

³⁰² Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, *Op Cit*, hal 131

³⁰³ . *I b i d*,

³⁰⁴ . Michale Howlett and M Ramesh, *Studying Public policy : policy cycles and policy subsystems*, Oxford Univercity Press, Canada, 1995 hal 4

- b. Dalam arti luas, adalah keseluruhan fungsi dari aparaturnya penegak hukum, termasuk di dalamnya cara kerja dari pengadilan dan polisi.
- c. Dalam arti paling luas (diambil dari *Jorgen Jepsen*), adalah keseluruhan kebijakan, yang dilakukan melalui perundang-undangan dan badan-badan resmi, yang bertujuan untuk menegakkan norma-norma sentral dari masyarakat.³⁰⁵

Secara Kriminologi, kejahatan merupakan gejala sosial, oleh karenanya kejahatan dapat menimbulkan ketegangan individu maupun ketegangan sosial.³⁰⁶

Dengan demikian kejahatan di samping merupakan masalah kemanusiaan juga merupakan masalah sosial. Oleh karenanya dalam penanggulangan kejahatan dapat digunakan dua model kebijakan, yaitu dengan menggunakan sanksi pidana (*penal policy*), dan (*non penal policy*) atau pencegahan kejahatan dengan menggunakan kebijakan seperti sanksi administratif, sanksi perdata dan lain-lain.

Marc Ancel menyatakan bahwa *Penal policy* (kebijakan hukum pidana), adalah suatu ilmu sekaligus seni yang pada akhirnya mempunyai tujuan praktis untuk memungkinkan peraturan hukum positif dirumuskan secara lebih baik dan untuk memberi pedoman tidak hanya kepada pembuat undang-undang, tetapi juga kepada pengadilan yang menerapkan undang-undang dan juga kepada para penyelenggara atau pelaksana putusan pengadilan.³⁰⁷

Menurut *G. Peter Hoefnagels*, dapat ditempuh dengan beberapa metode:

- a. penerapan hukum pidana (*criminal law application*),
- b. pencegahan tanpa pidana (*prevention without punishment*) dan

³⁰⁵. Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, edisi kedua cet. 4 Kencana Prenada Media Group 2014, Jakarta, hal 3

³⁰⁶. Barda Nawawi Arief, *Kebijakan Legislatif dalam Penanggulangan Kejahatan dengan Pidana Penjara*, Genta Publishing 2010, Yogyakarta, hal 11

³⁰⁷. Barda Nawawi Arief, *Op Cit*, hal 23

- c. mempengaruhi pandangan masyarakat mengenai kejahatan dan pemidanaan lewat mass media (*influencing views of society on crime and punishment/mass media*).³⁰⁸

Upaya penanggulangan kejahatan lewat jalur *non penal policy* lebih bersifat tindakan pencegahan untuk terjadinya kejahatan, maka sasaran utamanya adalah menangani faktor-faktor penyebab terjadinya kejahatan. Terdapat banyak hal penyebab terjadinya kejahatan antara lain, berpusat pada masalah-masalah atau kondisi-kondisi sosial yang secara langsung atau tidak langsung dapat menimbulkan atau menumbuhkan kejahatan. Faktor-faktor penyebab kejahatan telah dibahas dalam Kongres PBB ke-8 tahun 1990 di Havana, Cuba dan disebutkan dalam *Dokumen A/CONF. 144/L.3*, yaitu sebagai berikut :

- a. Kemiskinan, pengangguran, kebutuhurufan, ketiadaan perumahan yang layak dan sistem pendidikan serta pelatihan yang tidak cocok;
- b. Meningkatnya jumlah penduduk yang tidak mempunyai prospek (harapan) karena proses integrasi sosial dan keran memburuknya ketimpangan-ketimpangan sosial;
- c. Mengendornya ikatan sosial dan keluarga;
- d. Keadaan-keadaan atau kondisi yang menyulitkan bagi orang yang bermigrasi ke kota-kota atau ke negara-negara lain;
- e. Rusaknya atau hancurnya identitas budaya asli, yang bersamaan dengan adanya rasisme dan diskriminasi menyebabkan kelemahan di bidang sosial, kesejahteraan dan lingkungan pekerjaan;
- f. Menurunnya atau mundurnya kualitas lingkungan perkotaan yang mendorong peningkatan kejahatan dan tidak cukupnya pelayanan bagi tempat-tempat fasilitas lingkungan kehidupan bertetangga;
- g. Kesulitan-kesulitan bagi orang-orang dalam masyarakat modern untuk berintegrasi sebagaimana mestinya di dalam lingkungan masyarakatnya, di lingkungan keluarga, tempat pekerjaannya atau di lingkungan sekolahnya;
- h. Penyalahgunaan alkohol, obat bius dan lain-lain yang pemakaiannya juga diperluas karena faktor-faktor yang disebut diatas;
- i. Meluasnya aktivitas kejahatan yang teroganisir, khususnya perdagangan obat bius dan penadahan barang-barang curian;
- j. Dorongan dorongan (khususnya oleh media massa) mengenai ide-ide dan sikap-sikap yang mengarah pada tindakan kekerasan, ketidaksamaan (hak) atau sikap-sikap tidak toleran.³⁰⁹

³⁰⁸. *I b i d*, hal. 45

³⁰⁹. *Ibid*, hal. 52

Penyelesaian masalah yang berkaitan dengan sosial masyarakat tidak akan dapat diselesaikan dengan pendekatan penal, karena pendekatan penal tidak dapat menyentuh penyebab kejahatan sampai kepada akar permasalahan. Tujuan utama dari pendekatan non-penal adalah memperbaiki kondisi- kondisi sosial tertentu, namun secara tidak langsung mempunyai pengaruh kepada pencegahan terhadap kejahatan.

Berbeda halnya apabila pencegahan kejahatan dengan *penal policy*. Penggunaan *penal policy* dengan menggunakan hukum pidana dalam mengatur masyarakat (lewat peraturan perundang-undangan) pada hakekatnya merupakan bagian dari suatu langkah kebijakan. Operasionalisasi kebijakan hukum pidana dengan sarana penal (pidana) dapat dilakukan melalui proses yang terdiri atas tiga tahap, yakni

a. Tahap formulasi (kebijakan legislatif).

Pada tahapan formulasi, menurut *Nils Jareborg* mencakup tiga masalah pokok struktur hukum pidana, yaitu masalah

- a) Perumusan tindak pidana/kriminalisasi dan pidana yang diancamkan (*criminalisation and threatened punishment*);
- b) Pemidanaan (*adjudication of punishment sentencing*),
- c) Pelaksanaan pidana (*execution of punishment*).

Kekuasaan legislatif yang berwenang dalam hal menetapkan atau merumuskan perbuatan apa yang dapat dipidana yang berorientasi pada permasalahan pokok dalam hukum pidana meliputi perbuatan yang bersifat melawan hukum, kesalahan/pertanggungjawaban pidana dan sanksi apa yang dapat dikenakan oleh pembuat undang-undang.

b. Tahap aplikasi (kebijakan yudikatif/yudisial);

Tahap aplikasi merupakan kekuasaan dalam hal menerapkan hukum pidana oleh aparat penegak hukum atau pengadilan

c. Tahap eksekusi (kebijakan eksekutif/administratif).

tahapan eksekutif/administratif adalah melaksanakan hukum pidana oleh aparat pelaksana/eksekusi pidana.³¹⁰

Di samping harus memperhatikan kondisi dan aspek aspek sosial kebijakan kriminal baik penal maupun non penal harus pula memperhatikan korban, sebagai bagian integral dari kebijakan kriminal. Dalam kongres PBB ke 7 di Milan kebijakan kriminal yang juga memperhatikan korban dinyatakan bahwa "*victim's rights should be percived as in integral part of the total criminal justice system*"³¹¹

Kebijakan kriminal sebagai kebijakan integral dalam pencegahan kejahatan (*crime prevention*) harus memandang bahwa :

- a. Kejahatan bukan merupakan masalah hukum semata tetapi merupakan permasalahan sosial
- b. Penanggulangan kejahatan bukan hanya semata-mata tugas dari kepolisian, kejaksaan pengadilan dan kementerian hukum dan HAM tetapi merupakan tugas menyeluruh dari berbagai sektor (depertemen).
- c. Penanggulangan kejahatan dilakukan secara integral dengan lebih difokuskan kepada upaya preventif/kausatif dengan menanggulangi sebab dan kondisi yang menjadikan seorang/kelompok berbuat kejahatan.³¹²
- d. Merehabilitasi pelaku dan korban kejahatan

³¹⁰.Barda Nawawi Arif, *Masalah Penegakan Hukum dan Kebijakan Hukum Pidana dalam Penanggulangan Kejahatan*, Kencana Media Group, Jakarta, 2007, hlm 78-81

³¹¹.Barda nawawi Arief, Op cit. hal 18-19

³¹².*I b i d*, hal 22

Menurut *James F Gilsinan* perumusan atau penyusunan kebijakan kriminal ditentukan dari tiga kelompok besar, seperti yang ditulis dalam buku *Criminology and public policy* “*there are three major group involved in criminal justice policy making ; legislative bodies, appellate court and regulatory agency*”

Pembentukan kebijakan kriminal tersebut meliputi perbuatan/ perilaku apa saja yang dapat dipidana, menentukan anggaran untuk pelaksanaan guna penegakan hukum dan pelaksanaan pidana (*correctional*), dan juga memungkinkan untuk mengatur lembaga peradilan pidana.³¹³

Dari apa yang dikemukakan *James F Gilsinan* guna menentukan perbuatan apa saja yang akan dikriminalisasi, tentunya melihat bagaimana budaya masyarakat memandang suatu perbuatan dapat dikatakan jahat. Norma sosial, budaya, agama menjadi pertimbangan pengambil kebijakan, guna menetapkan kebijakan itu menjadi hukum yang berlaku mengikat semua pihak. Ini berarti bahwa kebijakan pidana bukan hanya semata mata pekerjaan teknik pembuatan undang undang saja, dengan menggunakan pendekatan *yuridis normatif saja* tetapi juga diperlukan pendekatan secara yuridis faktual dengan pendekatan budaya, sosiologi ekonomi dan keilmuan lainnya secara integral dan komprehensif.³¹⁴

Seperti apa yang dikatakan oleh *Christiansen* “ *the conception of problem crime and punishment is an assential part of the culture of any society*” Demikian pula yang dikatakan oleh *W Clifford* “ *the very foundation of any criminal of any jutice system consists of the phylosophy behind a given country.*”³¹⁵ Oleh *Brian Z Tamanaha* dalam pengertian hubungan kebijakan hukum dengan penegakannya

³¹³. *James F Gilsinan, Criminology and public policy*, Prentice Hall, 1990 New Jersey, hal 29

³¹⁴. Barda nawawi Arief, *Op cit* , hal 23-24

³¹⁵. Barda nawawi Arief, *Pembaharuan hukum Pidana dalam perspektif kajian perbandingan*, Citra Aditya Bhakti 2005 Bandung hal 9-10

memiliki apa yang disebut *the law society frame work* , dikarenakan hukum memiliki *a peculiar form of social life*.³¹⁶

Barda Nawawi Arief mengemukakan bahwa “tujuan umum dari politik kriminal adalah perlindungan masyarakat untuk mencapai kesejahteraan masyarakat”.³¹⁷ Dari konsepsi itu, pada seminar Kriminologi Ketiga tahun 1976, dapat dijadikan pedoman di mana dalam kesimpulannya dinyatakan hukum pidana hendaknya dipertahankan sebagai salah satu sarana untuk melindungi masyarakat (*social defence*) terhadap kejahatan dengan memperbaiki atau memulihkan kembali (*rehabilitatie*) si pembuat tanpa mengurangi keseimbangan kepentingan perorangan (pembuat) dan masyarakat.

Perkembangan masyarakat dan ilmu pengetahuan hukum dan pergeseran rasa keadilan dimana hukum tumbuh dan berkembang di masyarakat, politik ekonomi sosial dan lainnya menjadi dasar utama atau ide untuk perubahan dan pembaharuan hukum, selain juga perjanjian internasional. Beberapa kali PBB mengadakan kongres berkaitan dengan kebijakan kriminal, seperti pada kongres ke 7 di Milan negara Italia, salah satu pertimbangan ditegaskan bahwa :

*Crime prevention and crimnal jutice should be cinsidered in the context of economic development, polical systems, social cultural, values and social change as well as in the context of the new international economic order. The criminal justice system should be full reponsive to the diversity of political, economic and social systems and constanly evolving conditions of society.*³¹⁸

Yang demikian itu tidak hanya terjadi di Indonesia namun, terjadi pula pada negara negara lain di dunia.

Belanda, Membuat undang undang tentang hukum pidana sejak tahun 1795, perkembangan perubahan kebijakan kriminal di Belanda dengan menggunakan

³¹⁶ .Suteki, Op cit, Pidato pengukuhan

³¹⁷ . Barda Nawawi Arief, *Kebijakan Legislatif dalam Penanggulangan Kejahatan dengan Pidana Penjara*, Cetakan kedua, Semarang: Badan Penerbit UNDIP, 1996, hlm. 82

³¹⁸ . Muladi, *kapita selecta sistem peradilan Pidana*, Undip semarang, 1995, hal 10

Penal approach dimulai pada saat Belanda dikuasai Perancis pada tahun 1811. Setelah Perancis tidak lagi menduduki Belanda pada tahun 1813 Belanda memperbaharui code penal selama 68 tahun sampai 1881 dengan nama *Wetboek van Strafrecht* dengan beberapa perubahan, terutama pada ancaman pidananya. Pidana penyiksaan dan pidana cap bakar yang ada dalam Code Penal ditiadakan dan diganti dengan pidana yang lebih lunak.³¹⁹ Perubahan-perubahan itu dilakukan dengan mengikuti perkembangan pengetahuan dan teori hukum seperti terjadi dalam hukum pidana remaja (1965 dan 1995), pada perpanjangan penangguhan hukuman (1987), pembebasan lebih awal (1987), pembaharuan denda (1983), hukuman komunitas (1989-1995) pertanggungjawaban pidana korporasi (1976) dan pelanggaran serius terhadap moral publik.³²⁰

Perancis, KUHP Perancis tahun 1810 menganut sistem *egalitarian* yang menitikberatkan pada pertanggungjawaban mental pelaku kejahatan, dan sangat dipengaruhi doktrin utilitarian dari Jeremy Bentham. Kemudian KUHP Perancis diubah dengan UU Pidana 28 April 1832, mengurangi hukuman berat, dan dengan UU Pidana tanggal 9 Agustus 1981, hukuman mati dihapuskan. KUHP Perancis 1810 telah diubah dengan KUHP 1994 tanggal 1 Mei 1994, setelah melalui pembahasan sejak tahun 1974. Prinsip dasar dari KUHP baru Perancis tahun 1994 tetap tidak berubah, hanya memasukkan kejahatan berkaitan dengan hak asasi manusia dan memasukkan korporasi sebagai subjek hukum.³²¹

Kalau kita perhatikan bahwa keadilan dilambangkan dengan timbangan dan juga perlindungan masyarakat secara umum dilambangkan dengan pohon yang

³¹⁹ . <http://danangsucahyo.blogspot.co.id/2013/01/perbandingan-sistem-hukum-pidana.html> di download tanggal 12-01-2017 jam 22.00 WIB

³²⁰ Nyoman Samuil Kurniawan, *Code Penal Nedherland*

³²¹ . <http://danangsucahyo.blogspot.co.id/2013/01/> . *Op cit*

besar sehingga dapat memberikan pengayoman, bahwa kedua lambang tersebut dapat dikatakan bahwa keadilan adalah memberikan pengayoman yang seimbang.

Teori keseimbangan (*equity theory*) dikemukakan oleh *John Stacey Adams*, seorang psikolog kerja dan perilaku pada tahun 1963. Teori ini berasumsi bahwa pada dasarnya manusia menyenangi perlakuan yang adil/sebanding. Teori ini membangun kesadaran yang lebih luas terhadap dimensi penilaian masing-masing individu sebagai manifestasi keadilan yang lebih luas.³²²

Diasumsikan dengan tujuan hukum pada umumnya adalah mewujudkan keadilan, keadilan yang seimbang antara pelaku, korban dan negara atau masyarakat. Keadaan tidak seimbang menciptakan ketegangan psikkologis dalam diri seseorang. Ketegangan ini ini dapat mereda apabila terdapat perubahan sedemikian rupa sehingga tercapai Keadaan Seimbang". Dan tentang keseimbangan ini, Al-Qur'an pun juga menyinggungnya dalam surat Ar Rahman (55;7-9) yang berbunyi,

Dan Allah telah meninggikan langit dan Dia meletakkan neraca keadilan/keseimbangan

Supaya kamu jangan melampaui batas tentang neraca itu.

Dan tegakkanlah timbangan itu dengan adil (seimbang) dan janganlah kamu mengurangi neraca itu.

Keseimbangan akan melahirkan keadilan. Dan keadilan akan menciptakan ketentraman juga kebahagiaan umat manusia.

Menurut Barda Nawawi Arief bahwa keseimbangan bertitik tolak pada pemikiran keseimbangan monodualistik yang berarti memperhatikan dua

³²². <http://perilakuorganisasi.com/teori-keseimbangan.html>

kepentingan yaitu kepentingan masyarakat dan kepentingan individu yang dengan istilah disebut dengan *daad dader Strafrecht* yaitu hukum pidana yang memperhatikan segi obyektif dari perbuatan (*daad*) dan segi subyektif dari pembuat (*dader*). Yang lebih jauh diterangkan bahwa konsep tersebut mempertahankan dua asas fundamental dalam hukum pidana yaitu asas kemasyarakatan dan asas kemanusiaan atau asas legalitas dan asas kulpabilitas³²³

3. *Applied theory*

3.1. Konsep Korban

Kejadian atau terjadinya tindak pidana apabila dianalisa menggunakan konsep korban, terdapat peran korban dalam terjadinya tindak pidana, yang berarti bahwa pada kenyataannya dapat dikatakan bahwa tidak mungkin timbul suatu kejahatan kalau tidak ada si korban kejahatan baik pada orang lain maupun pembuat tindak pidana itu sendiri. Dengan demikian dapat dikatan bahwa korban mempunyai tanggung jawab fungsional dalam terjadinya kejahatan.³²⁴

Ditinjau dari perspektif tingkat keterlibatan korban dalam terjadinya kejahatan, *Ezzat Abdel Fattah* menyebutkan beberapa tipologi korban, yaitu;

1. *Nonparticipating victims* adalah mereka yang menyangkal/menolak kejahatan dan penjahat tetapi tidak turut berpartisipasi dalam penanggulangan kejahatan.
2. *Latent or predisposed victims* adalah mereka yang mempunyai karakter tertentu cenderung menjadi korban pelanggaran tertentu.
3. *Provocative victims* adalah mereka yang menimbulkan kejahatan atau pemicu kejahatan.

³²³. Barda Nawawie Arief, *Kebijakan Hukum Pidana*, Kencana Prenada Group, Jakarta 2008, Hal 97

³²⁴. Gudang Ilmu Hukum, *Hukum dan Viktimologi*, <http://bahankuliyah.blogspot.co.id/2014/05/hukum-dan-viktimologi.html> download tanggal 18 agustus 2016. Jam 21.15

4. *Participating victims* adalah mereka yang tidak menyadari atau memiliki perilaku lain sehingga memudahkan dirinya menjadi korban.

5. *False victims* adalah mereka yang menjadi korban karena dirinya sendiri.³²⁵

Hermann Mannheim juga mengatakan bahwa sering tidak jelas yang diperkirakan semula, siapa yang menjadi penjahat dan siapa yang menjadi korban, dicontohkan bahwa penipu dibunuh oleh korbannya.³²⁶ Ini berarti bahwa hubungan sebab akibat juga merupakan faktor terjadinya kejahatan yang juga menimbulkan korban, karena sebelumnya korban merupakan pelaku.

Benjamin Mendelson membedakan tipologi korban berdasarkan kesalahan korban yaitu :

1. *The completely innocent victim*, Korban yang sama sekali tidak bersalah disebut sebagai korban ideal
2. *The victim minor guilt and the victim due to his ignorance*, Korban karena kelalaiannya menjadi korban
3. *The victim as guilty as offender and voluntary victim*, Korban yang sama salahnya dengan pelaku
4. *The victim more guilty than the offender* Korban yang lebih bersalah dari pelaku
5. *The most guilty victim and the imagine as victim* Korban adalah satu satunya yang bersalah.³²⁷

Selain dari pada tipologi di atas terdapat juga golongan yang rentan menjadi korban kejahatan yaitu wanita dan anak anak, orang tua, penyandang *disability*

³²⁵ . *Ibid*

³²⁶ . Sahetapy *Op Cit* hal 117

³²⁷ . *Ibid*

Wanita menjadi korban akan kejahatan khususnya kejahatan seksual juga dapat di tipologikan, seperti pendapat dari Mulyana W. Kusuma menyebutkan sebagai berikut :

1. *Forcible rape* yaitu memaksa seorang wanita bersetubuh dengan kekerasan
2. *Exploitation Rape* yaitu Perkosaan pada setiap kesempatan laki-laki dengan mengambil keuntungan yang berlawanan dengan posisi perempuan yang bergantung padanya secara ekonomis dan sosial.
3. *Victim Precipitated Rape* Yaitu perkosaan yang terjadi dengan korban sebagai pencetusnya.
4. *Angea Rape* penganiayaan seksual yang sebagai sarana melampiaskan rasa geram dan marah yang tertahan. Merupakan pemecahan kelemahan, kesulitan dan kekecewaan hidup pelaku
5. *Domination Rape* yaitu suatu perkosaan yang tujuannya adalah penaklukan seksual, pelaku menyakiti korban, namun tetap memiliki keinginan berhubungan sex.
6. *Seductive Rape* Suatu perkosaan yang terjadi pada situasi-situasi yang merangsang yang tercipta oleh kedua belah pihak.
7. *Sadistic Rape* Perkosaan dengan sadistis, artinya Pelaku perkosaan menikmati kesenangan erotik bukan melalui hubungan sex, melainkan dengan serangan atas alat kelamin dan tubuh korban.³²⁸

Selanjutnya dalam Hukum Pidana Islam (*Jarimah/jinayat*) tentang perlakuan terhadap korban banyak dijelaskan dalam *Al Qur'an dan Hadits Nabi Muhammad SAW*. Islam mewajibkan negara menjamin setiap warga negara dengan jaminan sosial, oleh karenanya ketika warga negara melakukan pencurian karena alasan

³²⁸ . Abdul Wahid dan Muhammad Irfan, *Perlindungan terhadap korban kekerasan seksual (advokasi atas hak asasi Perempuan)*, Reika aditama, Bandung 2001, hal 46

tertentu, maka hakim akan menjatuhkan pidana terhadap negara atau yang menyebabkan kondisi tersebut, sebagaimana diriwayatkan oleh *Imam Maliki* bahwasannya pada jaman *kholifah Umar bin Khattab* ada beberapa budak yang mencuri onta untuk dimakan karena kelaparan. Setelah dilakukan proses peradilan pelaku tidak dijatuhi hukuman karena ternyata *Hatib* sebagai tuan budak yang mencuri, tidak memberikan hak budak tersebut, selanjutnya *Hatib* didenda oleh *Kholifah Umar bin Khattab* membayar 800 dinar dengan rincian setengah untuk membayar onta dan setengahnya lagi untuk membayar harga unta. *Kholifah Umar bin Khattab* tidak menjatuhkan hukuman *Had* karena didasarkan atas hadits Rasulullah SAW “*tanggulkanlah pelaksanaan hukuman Hudud disebabkan karena adanya syubhat*” (HR.al-Baihaki)³²⁹

Kejadian di atas, korban adalah pemilik onta, hasil dari putusan peradilan menetapkan adanya ganti kerugian, sedangkan pelaku menjadi korban atas kesewenangan pemilik budak, sehingga yang dipidana bukan pelaku tetapi penguasa yang menjadi penyebab mereka yang di bawah kekuasaannya melakukan tindak pidana yang harus bertanggung jawab. Berbeda ketika terjadi tindak pidana perzinahan Islam memandang bahwa kasus perzinahan merupakan kasus yang semua pelaku menghendaki terjadinya perbuatan perzinahan, sehingga keduanya dijatuhi pidana, seperti dalam Al Qur’an :

الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ عَلَيْهِمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ

Artinya : “Perempuan yang berzina dan laki-laki yang berzina, Maka deralah tiap-tiap seorang dari keduanya seratus dali dera, dan janganlah belas kasihan kepada keduanya mencegah kamu untuk (menjalankan) agama Allah, jika kamu beriman kepada Allah, dan hari akhirat, dan hendaklah

³²⁹ .Sri Endah Wahyuningsih, *Prinsip-Prinsip Individualisasi Pidana dalam Hukum Pidana Islam*, Badan Penerbit Universitas Diponegoro, Semarang 2013, hal 137 - 138

(pelaksanaan) hukuman mereka disaksikan oleh sekumpulan orang-orang yang beriman.” (QS. An Nuur : 2)

berdasarkan sabda Rasulullah Shallallahu ‘alaihi wa sallam :

خُذُوا عَنِّي ، خُذُوا عَنِّي ، فَدُجِعَ لَهِنَّ سَبِيلاً ، الْبِكْرُ بِالْبِكْرِ جِدُّ مِائَةٍ
وَتَغْرِيْبُ عَامٍ

“Ambillah dariku! ambillah dariku! Sungguh Allah telah menjadikan bagi mereka jalan, yang belum al-muhshaan dikenakan seratus dera dan diasingkan setahun.” [HR Muslim].³³⁰

Dalil di atas berlaku untuk mereka yang belum menikah sedangkan yang sudah menikah Hukuman yang harus dijalani adalah rajam.

Sedangkan untuk kasus pembunuhan diterapkan hukuman *Qishash*, dalam hal ini korban atau keluarga korban mempunyai hak atas pidana terhadap pelaku, dalil dari al-Qur‘ân adalah firman Allah Azza wa Jalla :

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى ۖ الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ
وَالْأُنثَىٰ بِالْأُنثَىٰ ۚ فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ
بِإِحْسَانٍ ۗ ذَٰلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ ۗ فَمَنِ اعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَٰلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ
وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ

“Hai orang-orang yang beriman, diwajibkan atas kamu qishâsh berkenaan dengan orang-orang yang dibunuh; orang merdeka dengan orang merdeka, hamba dengan hamba, dan wanita dengan wanita. Maka barangsiapa yang mendapat suatu pemaafan dari saudaranya, hendaklah (yang memaafkan) mengikuti dengan cara yang baik, dan hendaklah (yang diberi maaf) membayar (diat) kepada yang memberi maaf dengan cara yang baik (pula). Yang demikian itu adalah suatu keringanan dari Rabbmu dan suatu rahmat. Barangsiapa yang melampaui batas sesudah itu, maka baginya siksa yang sangat pedih dan dalam qishâsh itu ada (jaminan kelangsungan) hidup bagimu, hai orang-orang yang berakal, supaya kamu bertakwa. [al-Baqarah/2:178-179]”

³³⁰. <https://almanhaj.or.id/2641-hukuman-untuk-pezina.html> download tanggal 18 agustus 2016. Jam 21.15

Sedangkan dalil dari Sunnah di antaranya adalah hadits *Abu Hurairah Radhiyallahu ‘anhu, Rasulullâh Shallallahu ‘alaihi wa sallam* bersabda:

مَنْ قُتِلَ لَهُ قَتِيلٌ فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ إِمَّا أَنْ يُفْدَى وَإِمَّا أَنْ يُقْتَلَ

“Siapa yang menjadi keluarga korban terbunuh maka ia memilih dua pilihan, bisa memilih diyât dan bisa qishâsh (balas bunuh). [HR al-Jamâ’ah]”

Sedangkan dalam riwayat at-Tirmidzi rahimahullah dengan lafazh:

مَنْ قُتِلَ لَهُ قَتِيلٌ فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ إِمَّا أَنْ يَعْفُوَ وَإِمَّا أَنْ يُقْتَلَ

“Siapa yang menjadi keluarga korban terbunuh maka ia mempunyai dua pilihan, bisa memilih memaafkannya atau bisa membunuhnya.”

Ayat dan hadits di atas menunjukkan wali (keluarga) korban pembunuhan dengan sengaja, memiliki pilihan untuk membunuh pelaku tersebut (*qishâsh*) bilamenghendakinya, bila tidak, bisa memilih diyât dan pengampunan. Pada dasarnya pengampunan lebih utama, selama tidak mengantar kepada *mafsadat* (kerusakan) atau ada *kemashlahatan* lainnya.³³¹

Jadi pada dasarnya Islam melihat atau memberlakukan pelaku dan korban secara seimbang, artinya korban bisa saja mendapatkan pidana karena korban juga menjadi pelaku terutama dalam kasus sexual. Berbeda dengan hukum positif di Indonesia, seolah perempuan yang selalu dijadikan korban. Kondisi demikian karena pandangan penegak hukum hanya melihat secara subyektif pelaku tindak pidana dan pandangan secara pribadi, dan tidak melihat secara imbang dari prespektif korban. Oleh karenanya hak-hak korban seperti hak mendapatkan bantuan fisik, hak mendapatkan bantuan penyelesaian permasalahan, hak

³³¹. <https://almanhaj.or.id/3121-qishash.html> download tanggal 18 agustus 2016. Jam 21.15

mendapatkan kembalinya haknya, hak mendapatkan pembinaan dan rehabilitasi, hak memperoleh perlindungan dari ancaman dan hak memperoleh ganti kerugian (restitusi/kompensasi) dari pelaku maupun Negara, harus diupayakan sebagai keseimbangan dan atau perlakuan yang sama di mata hukum.

3.2. *Restorative justice*

Restorative justice didefinisikan oleh *James Dignan*, mengutip dari *Van Ness dan Strong* sebagai berikut :

*Restorative justice is a new framework for responding to wrong doing and conflict that is rapidly gaining acceptance and support by educational, legal, social work, and counseling professionals and community groups. Restorative justice is a valued-based approach to responding to wrongdoing and conflict, with a balanced focus on the person harmed, the person causing the harm, and the affected community.*³³²

Terjemahan bebas kedalam bahasa Indonesia berarti merupakan suatu jalan untuk menyelesaikan kasus pidana yang melibatkan masyarakat, korban, dan pelaku kejahatan dengan tujuan agar tercapai keadilan bagi seluruh pihak sehingga diharapkan terciptanya keadaan yang sama seperti sebelum terjadinya kejahatan dan mencegah terjadinya kejahatan lebih lanjut. Di dalam Pasal 1 butir 6 UU no. 11/2012 Keadilan Restoratif adalah penyelesaian perkara tindak pidana dengan melibatkan pelaku, korban, keluarga pelaku/korban, dan pihak lain yang terkait untuk secara bersama-sama mencari penyelesaian yang adil dengan menekankan pemulihan kembali pada keadaan semula, dan bukan merupakan pembalasan.

Dari definisi di atas terbaca bahwa untuk mewujudkan restoratif justice harus didasarkan :

- a. Adanya persetujuan korban

³³². www.djpp.depukumham.go.id/.../927-restorative-justice, didownload tanggal 3 oktober 2016 jam 22.00 WIB.

- b. Membuat pelaku bertanggung jawab dan untuk memperbaiki keasalannya
- c. Memberikan kesempatan kepada pelaku untuk membuktikan kapasitas dan kualitas disamping untuk mengatasi rasa bersalah secara konstruktif
- d. Melibatkan korban, orang tua (untuk kasus anak) kelurga dan masyarakat
- e. Menciptakan peran masyarakat

Menurut Bagir Manan, *restorative justice* diartikan sebagai "Penataan kembali sistem pemidanaan yang lebih adil", atau "Penataan kembali sistem pemidanaan yang lebih adil baik bagi pelaku, korban, maupun masyarakat.

Menurut Muladi, *restorative Justice* atau keadilan restoratif adalah sebuah teori yang menekankan pada memulihkan kerugian yang disebabkan atau ditimbulkan oleh perbuatan pidana. Memulihkan kerugian ini akan tercapai dengan adanya proses-proses kooperatif yang mencakup semua pihak yang berkepentingan.³³³

Restorative justice akan menjadi solusi ditengah kondisi hukum di Indonesia sementara ini dirasa kurang memberikan rasa adil yang didambakan para pencari keadilan dan rasa keadilan untuk korban. Kwat Puji Prayitna dalam tulisannya yang berjudul *Restorative justice* untuk peradilan di Indonesia dalam jurnal *Dinamika Hukum* menuliskan bahwa konsep *Restoratif Justice* menawarkan isu isu penting dalam proses peradilan pidana yaitu :

- a. Kritik terhadap peradilan pidana yang tidak memberikan kesempatan khususnya korban
- b. Menghilangkan konflik antara pelaku tindak pidana dengan korban dan masyarakat

³³³. Muladi, *Kapita Selektu Hukum Pidana*, Semarang: Penerbit Universitas Diponegoro, 1995, hlm. 125.

- c. Fakta bahwa perasaan ketidak berdayaan yang dialami sebagai akibat tindak pidana harus diatasi untuk mencapai kebaikan.

Selanjutnya disampaikan bahwa *restorative justice* merupakan upaya untuk mengatasi kejahatan dengan *pertama* melembagakan pendekatan menyelesaikan tindak pidana, pelanggaran HAM dan ganti kerugian dengan cara damai. *Kedua* mencari dan membangun hubungan kemitraan untuk mengkokohkan kembali pertanggungjawaban yang saling menguntungkan untuk merespon secara konstruktif atas tindak pidana yang terjadi di masyarakat. *Ketiga*, mencari kebutuhan yang seimbang terhadap kemauan korban pelaku dan masyarakat dengan proses memelihara keamanan dan kemartabatan bagi semua pihak.³³⁴ Dengan kata lain dalam falsafah jawa dikatakan “*menang tanpa ngasorake*” dalam arti bahwa dengan *restorative justice* antara pelaku dan korban sama-sama bermartabat, tidak ada yang direndahkan dengan masuk penjara sebagai akibat perbuatan pelaku tindak pidana. Di Indonesia banyak hukum adat yang merupakan implementasi *restorative justice*, namun keberadaannya tidak hampir hampir tidak dimasukkan dalam hukum nasional dikarenakan kuatnya paham positivisme hukum yang banyak dianut oleh para penegak hukum. Akibat dari politik hukum yang beraliran positivisme hukum, pidana penjara menjadi acuan, sehingga pada saat ini terjadi *over crowded* (penuh sesak) di dalam Lembaga Pemasyarakatan. Penuh sesaknya isi lembaga pemasyarakatan justru akan menimbulkan permasalahan yang sangat kompleks dengan kehidupan di Lembaga Pemasyarakatan, disamping biaya yang harus dikeluarkan oleh pemerintah untuk kehidupan mereka yang dipidana di dalam lembaga pemasyarakatan.

³³⁴. Kuart Puji Prayitna, *Restorative justice untuk peradilan di Indonesia*, jurnal Dinamika Hukum vol 12 No.3 tahun 2012

Pembaharuan hukum harus segera dilakukan dengan pemberlakuan *Restorative justice* dalam kebijakan kriminal bukan hanya kepada anak tetapi juga dewasa. *Restoratif justice* menempatkan nilai yang lebih tinggi dalam penyelesaian kasus tindak pidana. Secara ontologis penyelesaian tindak pidana dengan *restorative justice* lebih memberikan jaminan perlindungan hak asasi manusia, tidak ada stigmatisasi pelaku dengan pidana penjara, memberikan perlindungan kepada keluarga pelaku tindak pidana, dan jaminan dikembalikannya kerugian bagi korban tindak pidana, menjadikan masyarakat berperan dalam pengawasan dan pembimbingan kepada pelaku dan korban tindak pidana dan secara sosial mengembalikan konflik yang muncul akibat tindak pidana menjadi harmonis kembali, negara tidak dirugikan karena tidak harus memberikan jaminan kehidupan di dalam penjara bagi pelaku, negara dapat memenuhi kewajibannya dalam mensejahterakan masyarakat (*welfare state*)

3.3. Perlindungan Korban

Perlindungan setiap warga negara Indonesia merupakan kewajiban dari pada negara. Negara melindungi setiap warga negara dengan menghadirkan negara dalam pengertian melindungi hak hak warga negara dengan hukum positif. Hal ini tertulis dalam pasal 28D ayat 1 UUD 1945 :

Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama dihadapan hukum.

Perlindungan hukum oleh Satjito Rahardjo di terangkan sebagai upaya melindungi kepentingan seseorang dengan cara mengkolasikan kekuasaan kepadanya untuk bertindak dalam kekuasaanya.³³⁵

³³⁵. Satjipto raharjo, *Permasalahan Hukum di Indonesia*, Alumni, Bandung, 1983. hal 121

Sedangkan Philipus M. Hadjon menyatakan bahwa perlindungan hukum bagi rakyat Indonesia haruslah dilaksanakan berdasarkan Pancasila yang merupakan pengakuan harkat dan martabat manusia sesuai kelima sila yang menjunjung tinggi semangat kekeluargaan dalam mencapai kesejahteraan bersama.³³⁶ Selain dari pada pendapat tersebut perlindungan hukum mempunyai makna pengayoman seperti apa yang disampaikan Satjipto Raharjo mendefinisikan Perlindungan Hukum adalah memberikan pengayoman kepada hak asasi manusia yang dirugikan orang lain dan perlindungan tersebut diberikan kepada masyarakat agar mereka dapat menikmati semua hak-hak yang diberikan oleh hukum. Hukum difungsikan sebagai alat perlindungan yang bersifat adaptif fleksibel serta prediktif dan antisipatif, kepada masyarakat yang belum kuat terhadap kondisi sosial, ekonomi, politik guna mencapai keadilan sosial.³³⁷ Ini berarti bahwa guna mewujudkan keadilan sosial diperlukan adanya perlindungan hukum bagi setiap warga negara.

Rancangan Undang Undang tentang Kitab Hukum Pidana tahun 2015, pasal 55 ayat 1 tentang tujuan pemidanaan huruf (a) dikatakan bahwa pemidanaan bertujuan untuk pencegahan dilakukannya tindak pidana, penegakan norma hukum dan pengayoman terhadap masyarakat. Semua berarti bahwa perlindungan hukum dapat dilakukan secara *preventive* yaitu pencegahan dan juga pemberian atau penjatuhan pidana. Senada dengan RUUKUHP hasil Seminar Kriminologi Ketiga Tahun 1976 dalam salah satu kesimpulannya menyatakan:

“Hukum pidana hendaknya dipertahankan sebagai salah satu sarana untuk “social defence” dalam arti melindungi masyarakat terhadap kejahatan dengan memperbaiki atau memulihkan kembali (“rehabilitatie”) si pembuat

³³⁶ Philipus M Hadjon, *Perlindungan Hukum bagi Rakyat Indonesia*, Bina Ilmu, Suarabaya 1987, hal. 84

³³⁷ Satjipto Raharjo, *Ilmu Hukum*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 2000 hal 53

tanpa mengurangi keseimbangan kepentingan perorangan (pembuat) dan masyarakat."³³⁸

Roeslan Saleh mengatakan bahwa tujuan pokok terakhir mengenai pidana, tekanannya adalah sebagai pengamanan masyarakat. Pidana yang bersifat koreksi dan resosialisasi juga dimaksudkan untuk melindungi masyarakat dari pengulangan dilakukannya tindak pidana.³³⁹ Hukum pidana dengan saksi pidana, menjadi alat baik aktif maupun pasif dalam perlindungan kepada masyarakat. Secara aktif berarti bahwa hukum pidana dikenakan kepada seseorang dengan penerapan saksi pidana karena seorang melakukan kejahatan yang membahayakan orang lain, sedangkan secara pasif bahwa hukum pidana memberikan ancaman apabila seorang melakukan tindak pidana. Dalam hal ini Sudarto mengatakan bahwa hukum pidana dengan sarana sanksinya berupa pidana mempunyai dua faset yaitu yang *pertama* diharapkan melindungi masyarakat dan orang seseorang terhadap kejahatan dan penjahat, dan yang *kedua* melindungi warga masyarakat dari campur tangan penguasa yang menggunakan pidana sebagai sarana secara tidak benar yang berarti bahwa hukum pidana menjamin hak hak dan kepentingan yang sah dari orang seorang.³⁴⁰

Perlindungan terhadap korban pada pokoknya adalah perlindungan dari segi materiil, fisik dan juga psikis. Diperlukan pemulihan dalam segi materiil seperti ganti rugi, kompensasi, restitusi, rehabilitasi dan juga pendampingan dalam menghadapi permasalahan hukum yang dihadapinya dibarengi juga dengan pendampingan untuk pemulihan psikologisnya serta fisik oleh tenaga kesehatan apabila mengalami luka fisik. Dalam bukunya Muladi dan Barda Nawawi Arief

³³⁸. Badan Pembinaan Hukum Nasional Kementerian Hukum dan Hak Asasi Manusia RI, Op cit, hal. 11

³³⁹. Roeslan Salaeh, *Stelsel Pidana Indonesia*, aksara Baru, Jakarta, 1987 hal 22-23

³⁴⁰. Sudarto, *Peranan Kriminologi dalam mengarahkan Politik Hukum Pidana (Peranan Kriminologi dalam hukum Pidana)*, Universitas Airangga Fakultas Hukum, pelita, surabaya, 1975-1976, hla 66

menjelaskan bahwa ada dua model dalam memberikan hak perlindungan kepada korban tindak pidana yaitu :

1. Model Prosedural (*The Procedural Rights Model*) model ini penekanannya diberikan pada dimungkinkannya korban untuk memainkan peranan aktif di dalam proses kriminal atau di dalam jalannya proses peradilan, dalam hal ini korban diberikan hak untuk mengadakan tuntutan pidana atau membantu tingkatan sidang pengadilan yang kepentingannya terkait. Dalam hal ini korban kejahatan diberikan hak untuk mengadakan tuntutan pidana atau membantu jaksa atau hak untuk dihadirkan dan didengar disetiap tingkat sidang pengadilan yang kepentingannya terkait didalamnya.
2. Model pelayanan (*The Services Model*) penekanan pada model ini terletak pada perlunya diciptakan standar-standar baku bagi pembinaan korban kejahatan, yang dapat digunakan oleh polisi, misalnya dalam bentuk pedoman dalam rangka kodifikasi kepada korban dan atau kejaksaan dalam penanganan perkaranya, pemberian kompensasi sebagai saksi pidana yang bersifat retretusif dan dampak pernyataan korban sebelum pidana dijatuhkan³⁴¹

Perlindungan korban dengan menggunakan hukum pidana ini, tidak terlepas dari kebijakan kriminal yang merupakan kewajiban dari negara.

O. Kerangka Pemikiran Desertasi

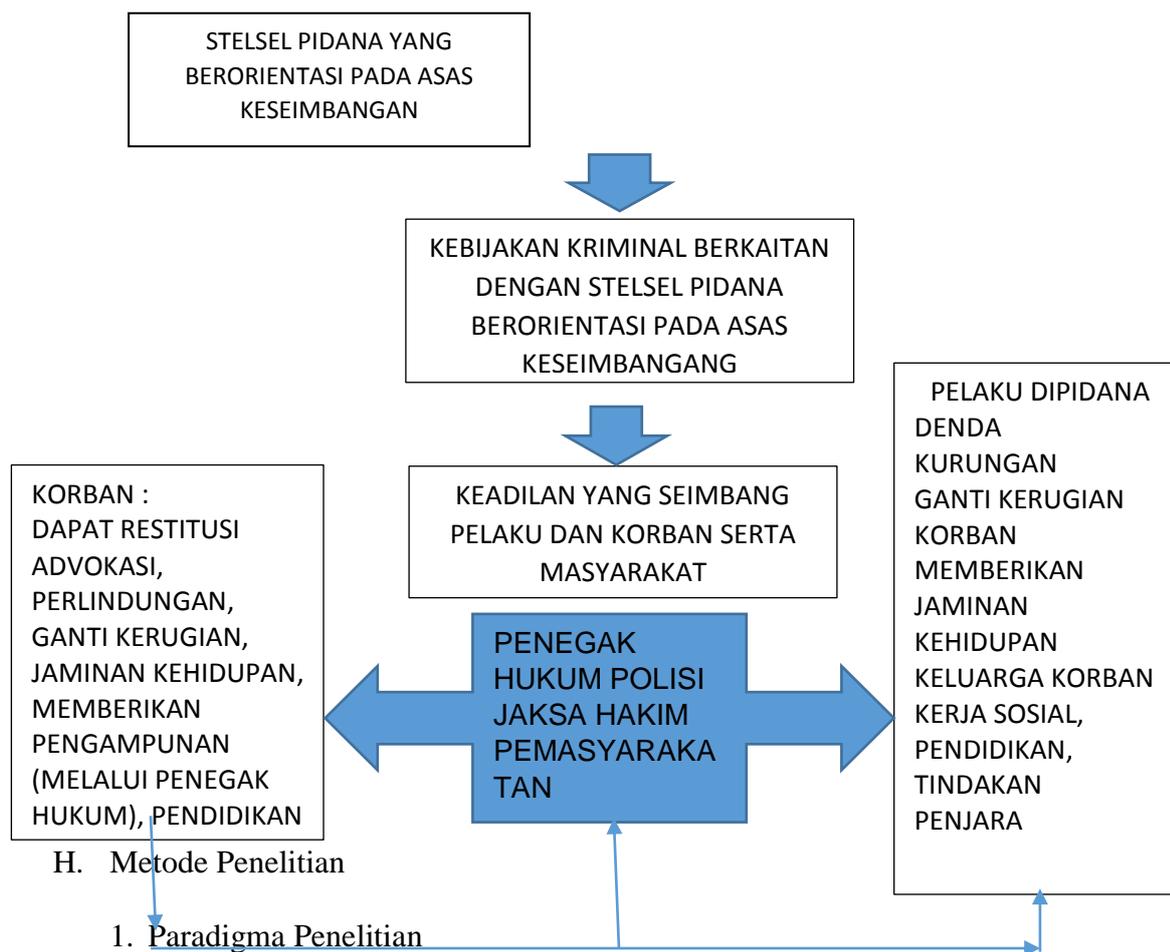
Keadilan merupakan tujuan utama dari para pencari keadilan yaitu orang-orang yang berkonflik yang harus diselesaikan secara hukum yang berlaku. Tetapi rasa keadilan yang telah disepakati dari hasil putusan /vonis masih memunculkan rasa ketidakadilan. Dalam kasus tindak pidana sanksi pidana yang diterapkan dalam sistem peradilan pidana, masih terfokus kepada pelaku tindak pidana. Pelaku dianggap sebagai seorang yang harus diberikan treatment agar supaya setelah bebas dari menjalani pidana dapat berintegrasi kembali kepada masyarakat di mana dia tinggal. Tetapi sanksi pidana hampir tidak pernah berasaskan keseimbangan antara pelaku dan korban tindak pidana, hal itu terjadi karena aturan hukum di Indonesia sanksi tidak berorientasi kepada korban hanya kepada pelaku tindak pidana. Diperlukan pembaharuan hukum dengan merekonstruksi sistem sanksi (stelsel) yang berasaskan

³⁴¹ . Muladi, Barda Nawawie Arief, *Bunga Rampai Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, 1992 hal. 85

keseimbangan, karena baik langsung maupun tidak langsung ada keterkaitan korban dengan tindak pidana yang terjadi. Walaupun pelaku dijatuhi pidana, karena ada keterlibatan korban dalam terjadinya tindak pidana, pelaku akan merasa bahwa apa yang diputuskan Hakim dirasa tidak adil. Oleh karena itu diperlukan suatu pembaharuan konsep tentang pidana dan ppidanaan yang secara komprehensif melihat terjadinya tindak pidana. Setelah konsep yang ada di rekontruksi, hasil dari rekontruksi dapat digunakan kajian untuk membangun kebijakan kriminal dengan melihat secara keseluruhan dengan mengarah kepada keseimbangan keadilan korban maupun pelaku. Dengan demikian dapat dirumuskan di dalam kebijakan itu, sanksi apa yang dapat dijatuhkan, sebagai kewajiban pelaku, kewajiban korban yang mengikat juga kepada negara menjalankan kewajiban negara dalam melindungi warga negara. Dalam hal ini disamping menjalankan kewajiban melindungi warga negara, penegakan hukum dengan pemeberian saksi juga mampu mengembalikan kondisi dengan rekonsiliasi bagi warganegara yang berkonflik. Guna memperjelas dalam pemahaman tentang alur fikir dalam konsep penelitian disertasi ini, kerangka pemikiran disertasi dibentuk sebagaimana berikut

KERANGKA PEMIKIRAN DISERTASI





Penelitian ini menggunakan paradigma konstruktivisme dengan melihat kondisi dan realitas sosial yang akan mendasari hasil pemikiran guna menghasilkan rekonstruksi pemikiran dan gagasan yang ada sebelumnya ataupun merubah sebagian bahkan menemukan teori yang baru, yang akan digunakan untuk menganalisa dalam penerapan hukum pidana yang berkeadilan dengan ber-asaskan keseimbangan. Disamping hal demikian dalam penelitian ini penulis mengkonstruksi kembali aturan hukum positif yang mengatur tentang stelsel pidana yang semula hanya berorientasi kepada pelaku tindak pidana maka di konstruksi kembali untuk berorientasi juga kepada korban dari tindak pidana tersebut. Rekonstruksi ini berkaitan juga dengan perlindungan hukum, penjatuhan pidana dan sanksi yang berorientasi kepada asas keseimbangan. Oleh karena itu

perlu adanya perubahan nilai (value) selain pelaku tindak pidana yang dilindungi maka korban juga harus dilindungi. Sehingga diharapkan adanya keseimbangan antara pelaku tindak pidana dengan korban tindak pidana dan masyarakat. Yang pada akhirnya juga perlu adanya konstruksi konsep pembedaan yaitu berupa perubahan paradigma penjatuhan sanksi pidana bagi pelaku tindak pidana atau bisa juga diberikan kepada korban apabila ternyata korban termasuk didalam proses terjadinya tindak pidana atau sanksi yang akan memberikan jaminan keberlangsungan hidup, secara ekonomi dengan ganti rugi atau hal hal lain kepada korban dalam hal korban dirugikan oleh pelaku tindak pidana.

2. Jenis Penelitian

Penelitian ini merupakan penelitian kualitatif yaitu penelitian yang akan dilakukan dengan penelitian yang mendalam kepada pihak-pihak dalam jajaran sistem peradilan pidana serta lembaga lain yang berkaitan dengan tindakan hukum berupa pemenuhan hak hak korban tindak pidana sesuai dengan hukum positif. Penelitian ini juga menggunakan kajian teoritis yang akan dipergunakan menganalisa, selanjutnya akan didiskritifkan untuk menjelaskan hubungan yang diperoleh sesuai dengan maksud pada penelitian ini.

3. Metode Pendekatan dalam penelitian

Pendekatan yang dilakukan dalam penelitian ini adalah pendekatan secara secara sosio legal dengan melihat kenyataan yang terjadi dalam proses penegakan hukum di Indonesia dengan fokus kepada para penegak hukum kepada korban tindak pidana dan juga aturan hukum pidana dan juga aturan lain diluar KUHP yang berorientasi pada korban tindak pidana. Penelitian ini termasuk dalam kategori penelitian yuridis empiris, yaitu penelitian yang berdasarkan kepada

penelitian lapangan dengan observasi dan wawancara kepada narasumber penelitian.

4. Sumber dan bahan penelitian

Sumber data yang akan dipergunakan dalam penelitian ini meliputi jenis data sebagai berikut :

a. Data Primer

Data Primer merupakan data dan atau fakta-fakta yang di dapat dan diperoleh langsung melalui penelitian lapangan, termasuk keterangan dari responden yang berhubungan dengan obyek dan praktek yang dapat dilihat secara langsung yang berhubungan dengan penelitian ini seperti di lembaga lembaga peradilan pidana.

b. Data sekunder

Data sekunder adalah data yang secara tidak langsung diperuntukan sebagai bahan kajian penelitian yang dapat berupa bahan hukum, dokument hasil putusan hakim, arsip, peraturan perundang undangan dan berbagai literatur lainnya.³⁴²

Data sekunder ini diperoleh dari :

1). Bahan Hukum Primer, yaitu bahan hukum yang bersifat mengikat yaitu :

- a) Undang-Undang Dasar Negara Kesatuan Republik Indonesia Tahun 1945.
- b) Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP).
- c) Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHAP).
- d) Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2011 tentang Sistem Peradilan Pidana Anak.
- e) Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia.
- f) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman

³⁴². Surjono Soekanto, Sri Mamudji, *Penelitian hukum Normatif, Suatu Pengantar Singkat*, Jakarta 2003, PT Raja Grafindo Persada, hlm 13

- g) Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2006 tentang Perlindungan saksi dan korban
 - h) Undang-Undang Nomor 31 Tahun 2014 Tentang Perubahan Atas UU No 13 Tahun 2006 Mengenai Perlindungan Saksi dan Korban
 - i) Peraturan Pemerintah Nomor 65 Tahun 2016 tentang Pedoman Pelaksanaan Diversi Dan Penanganan Anak Yang Belum Berumur 12 (Dua Belas) Tahun
 - j) Peraturan Pemerintah Nomor 27 tahun 1983 tentang Pelaksanaan KUHAP
 - k) Peraturan Pemerintah Nomor 92 tahun 2015 tentang perubahan ke dua atas Peraturan Pemerintah nomor 27 tahun 1983 Pelaksanaan KUHAP
 - l) Rancangan KUHP (RKUHP)
 - m) Peraturan Perundang-undangan lainnya yang berhubungan dengan penelitian ini.
- 2). Bahan hukum Sekunder, yaitu bahan-bahan hukum yang merupakan penjelasan dan petunjuk terhadap bahan hukum primer yang terdiri dari :
- a. Berbagai literatur/buku-buku yang berhubungan dengan materi penelitian.
 - b. Berbagai hasil seminar, lokakarya, simposium, dan penelitian karya ilmiah, jurnal dan artikel lain yang berkaitan dengan materi penelitian.
- 3). Bahan Hukum Tertier, yaitu bahan hukum yang memberikan petunjuk dan penjelasan terhadap bahan hukum primer dan bahan hukum sekender, yang terdiri dari Kamus Hukum, Kamus Inggris-Indonesia, Kamus umum Bahasa Indonesia dan Ensiklopedia.

5. Metode Pengumpulan Data

Teknik pengumpulan data yang dipergunakan dalam penelitian ini meliputi :

a. Penelitian lapangan

a.1. Observasi

Observasi merupakan bentuk penelitian lapangan, dilakukan dengan cara melihat langsung dan mengamati kepada obyek yang diteliti, guna memperoleh data primer.

a.2. Wawancara

wawancara dilakukan kepada narasumber penelitian dan direncanakan narasumber dalam penelitian ini adalah kepolisian (penyidik), Jaksa, Hakim, Pengacara, Petugas Lembaga Pemasyarakatan/Rumah Tahanan Negara, Pembimbing Kemasyarakatan, Korban Tindak Pidana, Pelaku tindak Pidana, anggota masyarakat untuk mengetahui bagaimana tanggapan atas pidana dan ppidanaan yang berlaku di Indonesia, Lembaga Perlindungan Saksi dan Korban.

a.3. Informan Kunci

Yang menjadi informan kunci dalam penelitian ini adalah Korban/pelaku tindak Pidana yang telah mempuyai putusan Tetap

b. Studi Kepustakaan

Studi kepustakaan dilakukan guna memperoleh bahan data, bahan data yang diperoleh dipelajari dan dianalisa dengan dikaitkan dengan permasalahan yang ada. Adapun pustaka yang menjadi yang menjadi acuan adalah buku-buku atau literatur, Surat Kabar, Jurnal, catatan atau tabel, kamus, perundang-undangan maupun dokumen-dokumen yang berhubungan dengan permasalahan dalam penelitian ini

6. Metode Analisa

Setelah data diperoleh untuk selanjutnya akan dianalisis dengan pisau analisis yang berupa teori teori tentang keadilan guna untuk memecahkan suatu masalah hukum yang diteliti. Analisis data yang digunakan dalam penelitian ini adalah analisis data kualitatif, yaitu data dan bahan yang diperoleh, apabila kurang maka diverifikasi kembali untuk mengumpulkan kembali data yang diperoleh dari lapangan dengan membandingkan hasil wawancara dengan hasil observasi. Selanjutnya setelah data valid dikonstruksikan untuk mendapatkan pengertian yang lengkap sesuai dengan permasalahan yang telah disusun sebelumnya. Kemudian disusun secara sistematis, di-deskriptif-kan dengan menggunakan norma hukum atau kaidah hukum serta fakta hukum yang akan menjawab permasalahan yang dibahas yang selanjutnya akan disusun untuk penjelasan atas kontruksi yang dibangun

I. Orisinalitas Penelitian atau Keaslian hasil penelitian

Dari apa yang diketahui dan hasil dari penelusuran penulis atas hasil-hasil penelitian yang sudah pernah dilakukan, penelitian yang berkaitan dengan penjatuhan sanksi pidana yang berorientasi kepada koban dengan berbasis nilai nilai keadilan, sudah pernah dilakukan dalam tema dan permasalahan-permasalahan yang hampir sama akan tetapi fokus bahasannya berbeda. Adapun penulis mengambil penelitian dengan dengan study kepada stelsel pidana, dikarenakan, stelsel pidana menjadi pilihan para penegak hukum untuk menjatuhkan atau merekomendasikan ataupun menuntut pidana yang menurut penuntut diberikan kepada pelaku tindak pidana. Sedang acuan utama tersebut menurut penulis belum menunjukkan keadilan yang berkeseimbangan antara pelaku dan korban tindak pidana. Oleh karenanya untuk menuju kepada kesimbangan penjatuhan pidana tersebut, penulis memfokuskan penelitian dengan study terhadap stelsel pidana yang ada dalam *Ius constitutum* yaitu Hukum yang berlaku saat ini atau hukum yang telah ditetapkan (hukum positif) dan

juga *ius constituendum* hukum yang dicita-citakan atau yang diangan-angankan di masa mendatang. Disamping hal tersebut tugas keseharian penulis yang merupakan petugas Balai Pemasyarakatan Purwokerto yang salah satu tugas pokok dan fungsinya adalah memberikan pendampingan kepada Anak yang berkonflik dengan Hukum, dalam proses pendampingan, apa yang dirasakan oleh penulis bahwa anak korban ataupun korban tindak pidana belum sepenuhnya mendapatkan hak haknya dalam proses peradilan pidana sesuai dengan ketentuan hukum yang berlaku dan juga putusan peradilan pidana masih lebih banyak berorientasi kepada pelaku tindak pidana.

Untuk itu, dilakukan juga komperatif kepada hasil penelitian yang sejenis dengan tujuan untuk menjadikan wawasan dan mengetahui hal hal mana yang belum masuk dalam study yang seperti dilakukan oleh penulis. Terdapat beberapa tulisan yang dijadikan komperatif bagi disertasi ini yaitu :

1. Rekontruksi perlindungan hukum terhadap anak sebagai korban tindak pidana kekerasan seksual berbasis hukum progresif, karya Etik Purwaningsih, merupakan disertasi UNISSULA tahun 2016 yang memfokuskan penelitian pada :
 - a. Perlindungan terhadap anak korban tindak pidana kekerasan seksual
 - b. kelemahan-kelemahan perlindungan hukum bagi anak dalam tindak pidana kekerasan seksual terhadap anak
 - c. perlindungan hukum terhadap anak sebagai korban tindak pidana kekerasan seksual yang berbasis hukum progresif
2. Kebijakan formulasi sistem pemidanaan yang berorientasi pada korban dalam bidang hukum pidana materiil, ditulis oleh Eko Soponyono Universitas Diponegoro Semarang, yang memfokuskan penelitian pada :
 - a. perumusan kebijaksanaan dalam sistem pemidanaan yang berorientasi pada korban

- b. kajian dan perbandingan kebijaksanaan dalam sistem pemidanaan di berbagai negara
3. Viktimologi dalam sistem peradilan pidana, karya Siswanto Sunarso, SH, MH., M.Kn
 - a. penegakan hukum serta perlindungan saksi dan korban
 - b. Perkembangan perlindungan hukum saksi dan korban
 - c. Perspektif perlindungan saksi dan korban dalam hukum pidana
 - d. Disparitas pemenuhan hak saksi dan korban
 - e. Pengaturan tentang perlindungan saksi dan korban

J. Sistematika Penulisan Disertasi

Penulisan Disertasi ini direncanakan menjadi 6 Bab yang berisi masing masing :

Bab I Pendahuluan, yang menguraikan latar belakang masalah, dengan berbagai alasan pemilihan judul, yaitu dimulai dengan tugas dan tanggung jawab dari negara akan perlindungan bagi segenap bangsa dan seluruh tumpah darah Indonesia serta jaminan bahwa negara dan pemerintah wajib menjunjung tinggi hukum dengan menempatkan hukum dengan perlakuan yang seimbang kepada setiap warganegara secara adil dan benar. Bertumpu kepada hal di atas pada kenyataan yang terjadi, perlakuan yang tidak seimbang dalam proses penegakan hukum yaitu antara pelaku tindak pidana dan korban tindak pidana masih belum menyentuh rasa keadilan masyarakat, sehingga menimbulkan rasa ketidakpercayaan kepada hukum. Oleh karenanya muncul permasalahan yang akan dikaji dengan menggunakan berbagai teori ataupun konsep tentang keadilan yang sekaligus merupakan perlindungan hukum bagi warga negara. Untuk mewujudkan keadilan dikaji juga melalui pandangan korban dan juga dengan cara mediasi melalui pendekatan restorative justice .

Bab II, berisi tentang Tinjauan Pustaka yang mendasari penelitian ini dengan uraian tentang apa yang dimaksud dengan tindak pidana dan keterangan dari maksud unsur unsur tindak pidana. Selanjutnya membahas pengertian korban tindak pidana, dan juga menjelaskan haka-hak korban tindak pidana dalam hukum positif, maupun dalam tatanan Internasional dan penerapannya di beberapa negara serta memberikan keterangan tentang makna dan arti Keadilan dan perlindungan korban tindak Pidana menurut para sarjana dan menurut Islam

Bab III, tentang Mengapa stelsel pidana dalam KUHP yang belum berorientasi kepada asas keseimbangan, membahas tentang pidana dan pemidanaan dalam penegakan hukum, terkandung maksud juga tujuan pemidanaan oleh karenanya akan diuraikan tentang sejarah aturan hukum pidana yang ada di Indonesia serta mengulas tentang tata urutan pidana (stelsel pidana) yang menjadi pedoman khususnya bagi hakim dalam menjatuhkan pidana dan pelaksanaan pidana. akan diuraikan juga tentang stelsel pidana yang ada di konsep RUUKUHP dan yang menjadi tujuan pidana dan pemidanaan. Selanjutnya akan diuraikan asas keseimbangan dalam pidana dan pemidanaan. Selain hal itu juga akan di perbandingkan dengan stelsel pidana di luar Indonesia dan dalam pandangan Islam serta dan stelsel pidana dalam KUHP yang belum berorientasi pada asas keseimbangan

Bab IV diulas problematika yang berkaitan dengan penerapan sanksi pidana yang belum berorientasi pada asas keseimbangan merupakan bagian dari perlindungan terhadap korban, masyarakat dan negara. Penerapan sanksi pidana yang selama ini lebih mengarah kepada atau berorientasi kepada pelaku tindak pidana, sehingga menimbulkan permasalahan. Permasalahan yang muncul disajikan atas dasar pendapat dari berbagai narasumber, baik itu penegak hukum maupun pelaku dan

korban tindak pidana oleh penulis akan ditempatkan dalam Bab IV, dalam disertasi ini.

Bab V merupakan Kontruksi ideal dalam proses pidana dan ppidanaan dengan menerapkan keadilan yang berorientasi pada asas keseimbangan dengan memberikan contoh stelsel pidana di berbagai negara dan juga dijelaskan Rekontruksi Nilai Sanksi Pidana

Bab VI, penutup yang terdiri kesimpulan saran saran dan rekomendasi, dari seluruh kajian tentang penerapan saksi pidana yang berkeadilan dengan asas keseimbangan. Selain itu adalah implikasi dari hasil penelitian akan diuraikan dalam penerapan stelsel pidana