

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Dalam konteks hukum pidana, sejak akhir abad ke-19, telah terjadi pergeseran pada kriminalisasi pelaku tindak pidana dari *offender oriented* kepada *victim oriented*. Pergeseran ini dengan dua argumentasi yaitu negara ikut bersalah sehingga ikut menanggungjawab dengan memberikan restitusi dan kompensasi.

Seseorang yang menjadi korban tindak pidana harus menghadapi masalah hukum yang krusial. Setelah merasakan pengalaman sebagai korban tindak pidana, ia harus mengalami viktimisasi lanjutan akibat adanya penolakan secara sistematis oleh sistem peradilan pidana. Penolakan tersebut terjadi karena adanya pandangan posisi korban telah diambil alih oleh negara, sehingga keterlibatan korban lebih jauh dalam proses peradilan untuk memperjuangkan hak-haknya dinilai akan membebani jalannya sistem yang ada. Selain itu juga dianggap akan berpengaruh pada efektivitas dan efisiensi kerja aparat penegak hukum.

Korban sebagai pihak yang menderita dan dirugikan akibat pelanggaran hukum pidana biasanya hanya dilibatkan sebatas pada memberikan kesaksian sebagai saksi korban. Akibatnya sering terjadi korban merasa tidak puas dengan tuntutan pidana yang diajukan oleh Jaksa Penuntut Umum dan/atau putusan yang dijatuhkan oleh Hakim karena dianggap tidak sesuai dengan nilai keadilan korban. Hal tersebut disebabkan karena sistem peradilan pidana diselenggarakan untuk mengadili pelaku tindak pidana, bukan untuk melayani kepentingan korban tindak

pidana, karena tindak pidana merupakan tindakan pelakunya melawan negara. Keberadaan sistem peradilan pidana ditujukan untuk kepentingan negara dan masyarakat, bukan untuk kepentingan personal warga masyarakat. Hal ini menyebabkan kerugian akibat tindak pidana yang diderita oleh korban tindak pidana merupakan musibah yang harus ditanggung korban itu sendiri karena bukan merupakan fungsi sistem peradilan pidana untuk menanggungnya.

Korban tindak pidana, baik itu korban tindak pidana teroris, korban pelanggaran HAM berat maupun korban tindak pidana konvensional mempunyai posisi yang sama selaku warga negara yang harus dilindungi keamanan atas diri, nyawa, harta benda, kehormatan dan nama baiknya oleh negara dan sebagai konsekuensinya jikalau terjadi kejahatan maka hakikinya semua korban harus mendapat perlindungan hukum yang sama dalam hal pengaturan restitusi dan kompensasi dalam undang-undang. Pemberian kompensasi dari negara sangat dibutuhkan oleh korban tindak pidana manakala restitusi tidak didapatkan dari pelaku kejahatan. Kenyataannya restitusi dan kompensasi terhadap korban tindak pidana konvensional belum diatur dengan jelas dalam undang-undang, masih menjadi perdebatan dari aspek keadilan. Dalam hukum positif sebagai wujud tanggung jawab negara pemberian kompensasi hanya terhadap korban kejahatan HAM berat dan korban tindak pidana terorisme sebagaimana diatur dalam Pasal 35 Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia dan Pasal 36 Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2003 penetapan peraturan pemerintah pengganti undang-undang nomor 1 tahun 2002 tentang Pemberatasan Tindak Pidana Terorisme menjadi Undang-Undang. Begitu juga

dengan Undang-Undang Nomor 31 tahun 2014 tentang perubahan atas Undang-Undang Nomor 13 tahun 2006 tentang Perlindungan Saksi dan Korban pada pasal 7 menyebutkan bahwa pemberian restitusi dan kompensasi hanya kepada korban tindak pidana terorisme dan korban pelanggaran HAM berat, hal ini menunjukkan **ketidakadilan dan diskriminasi perlakuan hukum** bagi korban tindak pidana konvensional lainnya.

Menurut Muladi, dalam rangka konsep pengaturan terhadap perlindungan korban tindak pidana, hal pertama yang harus diperhatikan yakni esensi kerugian yang diderita korban. Esensi kerugian tersebut tidak hanya bersifat material atau penderitaan fisik saja tetapi juga yang bersifat psikologis. Hal ini dalam bentuk “trauma kehilangan kepercayaan terhadap masyarakat dan ketertiban umum”. Simptom dari sindrom tersebut dapat berupa kegelisahan, rasa curiga, sinisme, depresi, kesepian dan perilaku penghindaran lainnya.¹

Kerugian yang diderita oleh korban tindak pidana dapat dimintakan ganti rugi sebagai salah satu hak korban tindak pidana. *United Nations Declaration on The Prosecution and Assistance of Crime Victims* pada butir 4 Part I-*General Principles* telah menegaskan kewajiban tiap-tiap negara dalam pemenuhan hak-hak korban tindak pidana :

*Reparation by the offender to the victim shall be an objective of the process justice .Such reparation may include (1 the return of stolen property, (2) monetary payment for loss, damages, personal injury and psychological trauma, (3) payment fo suffering, and (4) service to the victim. Reparation should be encouraged by the correctional process.*²

¹ Muladi, *Hak Asasi Manusia, Politik dan Sistem Peradilan Pidana*, Universitas Diponegoro, Semarang, 2002, hlm. 177.

² Romli Atmasasmita, *Penulisan Karya Ilmiah tentang Masalah Santunan Terhadap Korban Tindak Pidana*, Badan Pembinaan Hukum Nasional, Departemen Kehakiman, 1992, hlm. 4

Hal tersebut menunjukkan bahwa sebagai entitas internasional, PBB menghendaki ganti rugi oleh pelaku tindak pidana kepada korbannya seharusnya menjadi tujuan dari proses peradilan. Ganti rugi tersebut meliputi pengembalian harta benda yang dicuri, pembayaran sejumlah uang atas kehilangan, kerusakan, dan luka serta trauma psikis yang dialami korban, pembayaran untuk penderitaan dan bantuan kepada korban.

Salah satu bentuk ganti rugi terhadap korban tindak pidana yakni restitusi. Restitusi sesuai dengan Prinsip Pemulihan dalam Keadaan Semula (*restitutio in integrum*) adalah suatu upaya bahwa korban kejahatan haruslah dikembalikan pada kondisi semula sebelum kejahatan terjadi meski didasari bahwa tidak akan mungkin korban kembali pada kondisi semula. Prinsip ini menegaskan bahwa bentuk pemulihan kepada korban haruslah selengkap mungkin dan mencakup berbagai aspek yang ditimbulkan dari akibat kejahatan. Dengan restitusi, maka korban dapat dipulihkan kebebasan, hak-hak hukum, status sosial, kehidupan keluarga dan kewarganegaraan, kembali ke tempat tinggalnya, pemulihan pekerjaannya, serta dipulihkan asetnya. Dalam praktik hampir di banyak negara konsep restitusi ini dikembangkan dan diberikan pula kepada korban kejahatan atas penderitaan mereka sebagai korban tindak pidana. Dalam konsep ini maka korban dan keluarganya harus mendapatkan ganti kerugian yang adil dan tepat dari orang bersalah atau pihak ketiga yang bertanggungjawab. Ganti kerugian ini akan mencakup pengembalian harta milik atau pembayaran atas kerusakan atau

kerugian yang diderita, penggantian biaya-biaya yang timbul sebagai akibat jatuhnya korban, penyediaan jasa dan hak-hak pemulihan.³

Hukum pidana tidak hanya berorientasi keadilan dari aspek pelaku kejahatan dan memberi keadilan bagi korban tindak pidana dengan cara menjatuhkan sanksi yang berat (sebagai pemenuhan kepuasan psikologis korban yang telah menderita baik secara fisik dan psikis), tetapi justru yang sangat diharapkan oleh korban tindak pidana adalah pemulihan kerugian atas penderitaan yang dialami akibat kejahatan yang menimpanya.

Proses peradilan pidana saat ini masih berorientasi kepada *retributive justice* dan melalui pendekatan viktimologi, hal tersebut memunculkan gugatan terhadap hukum pidana dan penyelenggaraan peradilan yang berorientasi kepada pelaku kejahatan dengan mempertanyakan mengapa keadilan justru diberikan kepada orang yang melanggar hukum pidana dan tidak kepada orang yang dilanggar haknya, sebagai pihak yang menderita atau dirugikan secara langsung akibat adanya pelanggaran hukum pidana.⁴

Realitanya keberpihakan hukum terhadap pelaku tindak pidana tidak seimbang dengan keberpihakan hukum terhadap korban tindak pidana. Beberapa peraturan perundang-undangan baik hukum pidana materil maupun hukum pidana formil lebih banyak memberikan keistimewaan dan hak-hak perlindungan hukum kepada pelaku kejahatan selaku tersangka, terdakwa dan terpidana. Korban tindak

³ Supriyadi Widodo Eddyono, *et.al*, *Masukkan terhadap perubahan UU No.13 Tahun 2006 tentang perlindungan saksi dan korban*, Koalisi Perlindungan Saksi dan Korban, hlm 14

⁴ Mudzakir, *Victimologi (Studi Kasus di Indonesia)*, Makalah dalam Seminar Nasional Hukum Pidana dan Kriminologi Ke XI, Surabaya, 2005. hlm. 20.

pidana seakan dimarginalkan dan tidak mendapat jaminan maksimal atas hak-hak pemulihan kerugian yang dialaminya.

Kajian hukum pidana dewasa ini telah mempengaruhi pola pikir terutama dalam mengangkat persoalan korban tindak pidana dalam bidang kebijakan hukum pidana, sehingga hukum pidana tidak hanya memperhatikan pelaku kejahatan dengan segala hak-hak hukumnya saja, tetapi juga memperhatikan korban tindak pidana dengan segala persoalan yang dihadapinya sehubungan dengan kejahatan yang dialaminya. Persoalan utama yang dihadapi korban tindak pidana adalah pemulihan kerugian berupa restitusi atau kompensasi yang seharusnya didapatkan dari pelaku tindak pidana atau Negara sebagai bentuk tanggung jawab negara terhadap warga negaranya.

Beragam argumentasi yang dapat dikemukakan untuk mengedepankan perlindungan hukum terhadap korban tindak pidana yakni berdasarkan argumen kontrak sosial (*social contract argument*) dan argumen solidaritas sosial (*social solidarity argument*). Argumen kontrak sosial menyatakan bahwa negara boleh dikatakan memonopoli seluruh reaksi sosial terhadap kejahatan dan melarang tindakan-tindakan yang bersifat pribadi. Oleh karena itu bila terjadi kejahatan dan membawa korban, maka negara juga harus bertanggung jawab untuk memperhatikan kebutuhan para korban tindak pidana tersebut. Argumen solidaritas sosial menyatakan bahwa negara harus menjaga warga negaranya dalam memenuhi kebutuhannya atau apabila warga negaranya mengalami kesukaran, melalui kerjasama dalam masyarakat berdasarkan atau menggunakan

sarana-sarana yang disediakan oleh negara. Hal ini dapat dilakukan baik melalui peningkatan pelayanan maupun melalui pengaturan hak.⁵

Keterlibatan negara dan masyarakat umum dalam menanggulangi beban penderitaan korban tindak pidana, bukan karena hanya negaralah yang memiliki fasilitas-fasilitas pelayanan umum, tetapi juga disertai dengan dasar pemikiran bahwa negara berkewajiban menjaga keselamatan dan meningkatkan kesejahteraan para warganya.

Terjadinya korban tindak pidana dapat dianggap gagal negara dalam memberikan perlindungan yang baik kepada warganya. Atas dasar inilah negara turut bersalah dalam terjadinya viktimisasi dan karena itu sewajarnya negara memberikan kompensasi (*compensastion*) kepada korban tindak pidana, jika restitusi tidak didapatkan dari pelaku tindak pidana.

Perlindungan korban tindak pidana termasuk sebagai salah satu masalah yang juga mendapatkan perhatian dunia internasional. Dalam *Universal Declaration of Human Right, article 8* dinyatakan bahwa :⁶

Everyone has the right to an effective remedy by the competent national tribunals for acts violating the fundamental right granted him by the constitution or by law (Setiap orang berhak atas perbaikan efektif oleh pengadilan nasional yang berwenang atas tindakan pelanggaran hak-hak asasi yang dijamin kepadanya oleh undang-undang dasar atau hukum).

⁵ Muladi dan Barda Namawi Arief, *Bunga Rampai Hukum Pidana*, Alumni Bandung, 1992, hlm.78.

⁶ Eko Soponyono, *Kebijakan Formulasi Sistem Pemidanaan Yang Berorientasi Pada Korban Dalam Bidang Hukum Pidana Materil*, Fakultas Hukumsistek Universitas Diponegoro, Semarang, 2011, hlm. 276.

Pada kongres PBB ke-VII di Milan tahun 1985, berhasil disahkan Deklarasi Prinsip-Prinsip Dasar Keadilan Bagi Korban Kejahatan dan Penyalahgunaan Kekuasaan (*Declaration of Basic Principles of Justice for Victim of Crime and Abuse of Power*) Majelis Umum PBB 40/34 tanggal 29 November 1985.

Deklarasi menetapkan ketentuan yang berkaitan dengan akses ke pengadilan dan perlakuan yang adil, restitusi, kompensasi dan bantuan, yang menetapkan hak-hak berikut ini yang akan diperoleh para korban kejahatan :⁷

1. Hak korban untuk mendapatkan kesempatan menggunakan mekanisme hukum dan memperoleh ganti rugi dengan segera atas kerugian yang dideritanya (Pasal 4),
2. Hak korban atas penetapan prosedur penyelesaian yang adil, murah dan dapat diterima, baik formal maupun informal untuk memperoleh ganti rugi. Korban harus diberitahu mengenai hak-haknya dalam mengupayakan ganti rugi lewat mekanisme tersebut (Pasal 5),
3. Hak korban untuk diberitahu peranan, lingkup dan waktu yang tepat untuk prosedur tersebut, kemajuan proses pemeriksaan dan putusan atas kasus mereka, khususnya dalam kasus kejahatan berat dan tempat meminta informasi tersebut (Pasal 6a),
4. Hak bahwa pendapat mereka disampaikan dan dipertimbangkan pada tahap pemeriksaan yang tepat yang mempengaruhi kepentingan mereka (Pasal 6b),
5. Hak untuk diberikan bantuan yang pantas selama proses hukum (Pasal 6c),
6. Hak atas perlindungan *privacy* mereka, dan tindakan untuk menjamin keamanan mereka dari tekanan dan pembalasan dendam (Pasal 6d),
7. Hak penghindaran atau penangguhan yang tidak perlu dalam pemutusan kasus mereka dan pelaksanaan perintah atau keputusan yang memberikan ganti rugi (Pasal 6e),
8. Hak memperoleh akses kepada mekanisme informal untuk menyelesaikan sengketa, termasuk pencengahan, arbitrase dan peradilan adat (*customary justice*) atau kebiasaan masyarakat adat, harus digunakan apabila tepat untuk memudahkan perujukan dan pemberian ganti rugi (Pasal 7).

⁷ C. de Rover, *To Serve & To Protect, Acuan Universal Penegakan Ham*. PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta. 2000. hlm. 208.

Dalam kaitan dengan restitusi dan kompensasi Pasal 8 sampai dengan Pasal 13 menetapkan sejumlah asas :⁸

1. Para pelanggar hukum harus memberikan ganti kerugian (restitusi) kepada para korban (Pasal 8),
2. Negara-negara harus meninjau kembali kebiasaan, peraturan dan undang-undangnya untuk mempertimbangkan restitusi sebagai suatu pilihan hukuman yang tersedia dalam kasus-kasus pidana, disamping sanksi-sanksi pidana lainnya (Pasal 9),
3. Dalam hal ganti kerugian apabila tidak dapat diperoleh dari pelanggar hukum tersebut atau sumber lain, negara dianjurkan memberikan ganti rugi (kompensasi) (Pasal 12),
4. Pembentukan dana khusus untuk tujuan tersebut dianjurkan (Pasal 13).

Victim Declaration ini menjadi pedoman dasar bagi negara-negara internasional dalam menetapkan peraturan tentang pemberian kompensasi dan restitusi kepada korban kejahatan. Negara harus memikirkan jalan keluar untuk meringankan beban warganya yang menjadi korban kejahatan. Di beberapa negara telah memiliki aturan hukum dan lembaga yang mengatur pemberian kompensasi terhadap korban tindak pidana, diantaranya **Belanda** ada aturan *Criminal Injuries Compensation Fund Act Terwee* dengan Lembaga Pengatur Pemberian Kompensasi bernama *National Victim Support Organization*, **Jerman** dengan *Crime Victim Compensation Act* dan *Ministry of Work and Social Order* sebagai lembaga yang menangani pemberian kompensasi, **Amerika Serikat** dengan aturan *Criminal Injuries Compensation Act* serta lembaganya yang disebut *Criminal Injuries Compensation Agency/office of Crime Victim*, dan **Malaysia** dengan *Domestic Violence Act 1996* dengan lembaga “*Department of Justice*”.⁹

⁸ C. de Rover, *Ibid*, hlm. 209.

⁹ Johnny Ibrahim, *Gagasan Pengaturan Kompensasi Bagi Korban Tindak Pidana*, Jurnal Ilmiah, Univeritas Bayangkara, Surabaya, 2013, hlm. 6.

Seiring dengan adanya deklarasi tersebut Indonesia telah mengundang beberapa peraturan perundang-undangan yang substansinya sedikit banyak mengatur tentang upaya perlindungan korban tindak pidana sehubungan dengan akses dalam proses peradilan pidana, perlindungan dari ancaman kekerasan fisik/psikis maupun yang berhubungan dengan upaya mendapatkan kompensasi atau restitusi.

Pada tanggal 11 Agustus 2006 telah disahkan dan diberlakukan Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2006 tentang Perlindungan Saksi dan Korban (Selanjutnya disingkat UUPSK Tahun 2006) yang telah mengalami perubahan beberapa pasal dengan diundangkannya Undang-Undang Nomor 31 Tahun 2014 (selanjutnya disingkat UUPSK Tahun 2014) dengan lembaganya disebut Lembaga Perlindungan Saksi dan Korban (LPSK), berlakunya undang-undang ini cukup memberikan angin segar bagi upaya perlindungan saksi dan korban tindak pidana namun tidak maksimal karena pemberian restitusi dan kompensasi hanya kepada tindak pidana tertentu saja. Disamping itu dalam undang-undang tindak pidana khusus, yakni Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2003 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (PERPU) Nomor 1 Tahun 2002 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme menjadi Undang-Undang pada pasal 36-42 terdapat pengaturan tentang kompensasi, restitusi dan rehabilitasi.

Demikian pula pengaturan mengenai hal restitusi dan kompensasi, dapat kita lihat dalam Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia, juga Pasal 98 KUHP yang mengatur tentang Penggabungan Perkara Gugatan Ganti Kerugian menjadi salah satu alternatif bagi korban tindak pidana

memperjuangkan haknya untuk mendapatkan imbalan atas kerugian materil yang dideritanya dari pelaku kejahatan.

Walaupun demikian pengaturan tentang restitusi dan kompensasi dalam peraturan perundang-undangan di Indonesia kalau boleh dikatakan masih setengah hati, melihat bahwa jaminan pemberian kompensasi pengaturannya dalam undang-undang hanya terhadap kejahatan-kejahatan tertentu saja yakni hanya terhadap korban tindak pidana terorisme dan pelanggaran HAM berat.¹⁰

Pasal 36 Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2003 tentang Penetapan PERPU Nomor 1 Tahun 2002 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme menjadi Undang-Undang menyatakan bahwa :

- (1) Setiap korban atau ahli warisnya akibat tindak pidana terorisme berhak mendapatkan kompensasi atau restitusi.
- (2) Kompensasi sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) pembiayaannya dibebankan kepada negara yang dilaksanakan oleh pemerintah.

Pasal 35 Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia menyatakan pula jaminan kompensasi sebagai berikut :

- (1) Setiap korban dalam pelanggaran hak asasi manusia yang berat dan atau ahli warisnya dapat memperoleh kompensasi, restitusi dan rehabilitasi.

Pasal 7 UUPSK Tahun 2014 juga memberikan penegasan sebagai berikut :

- (1) Setiap korban pelanggaran hak asasi manusia yang berat dan korban tindak pidana terorisme selain mendapat hak sebagaimana dimaksud dalam Pasal 5 dan Pasal 6, juga berhak atas kompensasi.
- (2) Kompensasi bagi korban pelanggaran hak asasi manusia yang berat diajukan oleh korban, keluarga, atau kuasanya kepada Pengadilan Hak Asasi Manusia melalui LPSK.

¹⁰ Istilah ini merupakan istilah yang digunakan oleh Undang-Undang RI Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM.

Uraian tersebut dalam Pasal 7 UUPSK Tahun 2014 bahwa korban melalui LPSK berhak mengajukan ke pengadilan berupa hak atas kompensasi dalam kasus pelanggaran hak asasi manusia yang berat jelas menimbulkan tendensi ketidakadilan bagi korban tindak pidana konvensional lainnya yang seyogyanya apabila korban tidak mendapat pemenuhan restitusi dari pelaku kejahatan maka secara otomatis negara harus memikul tanggung jawab menanggung segala kerugian yang diderita oleh korban tindak pidana.¹¹

Negara diibaratkan sebuah organisasi yang paling tinggi dan memiliki pengertian luas. Setiap organisasi mempunyai hak dan kewajiban timbal balik dengan anggotanya (warga negaranya). Hak-hak positif (*positive rights*) yang dalam pengertiannya wajib dipenuhi secara aktif dan maksimal oleh negara terhadap warga negaranya. Jaminan hak tersebut terdapat dalam ketentuan Pasal 28 D ayat (1), Pasal 28 G ayat (1), Pasal 28 I ayat (2) (4) UUD 1945 Amandemen Kedua Tahun 2000 yang menyatakan bahwa :

Pasal 28 D ayat (1) :

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

Pasal 28 G ayat (1) :

Setiap orang berhak atas perlindungan diri pribadi, keluarga, kehormatan, martabat, dan harta benda yang di bawah kekuasaannya, serta berhak atas rasa aman dan perlindungan dari ancaman ketakutan untuk berbuat dan tidak berbuat sesuatu yang merupakan hak asasi.

Pasal 28 I ayat (2) dan ayat (4) :

¹¹ Dikdik M. Arief Mansur dan Elisatris Gultom, *Urgensi Perlindungan Korban Kejahatan Antara Norma dan Realita*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2007, hlm.154.

(2). Setiap orang berhak bebas dari perlakuan yang bersifat diskriminatif atas dasar apapun dan berhak mendapatkan perlindungan terhadap perlakuan yang bersifat diskriminatif itu.

(4). Perlindungan, pemajuan, penegakan, dan pemenuhan hak asasi manusia adalah tanggung jawab negara, terutama pemerintah.

Demikian juga halnya dalam Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia jaminan hak perlindungan yang sama dari negara tertuang dalam Pasal 5 ayat (1) dan Pasal 8 yang dinyatakan sebagai berikut :

Pasal 5 ayat (1) :

(1). Setiap orang diakui sebagai manusia pribadi yang berhak menuntut dan memperoleh perlakuan serta perlindungan yang sama sesuai dengan martabat kemanusiaannya di depan hukum.

Pasal 8 :

Perlindungan, pemajuan, penegakan dan pemenuhan hak asasi manusia terutama menjadi tanggung jawab Pemerintah.

Salah satu hak warga negara yang menjamin dalam Undang-Undang Dasar 1945 adalah hak atas perlindungan diri pribadi, keluarga, kehormatan, martabat dan harta benda melalui perangkat-perangkat hukumnya. Dan jika terjadi kejahatan yang menimbulkan kerugian materil pada korban maka dianggap negara gagal memenuhi kewajibannya untuk melindungi warganya. Oleh karenanya secara moral Negara harus memikul tanggung jawab memberikan kompensasi kepada korban tindak pidana.

Perlu pula mendapat perhatian terutama korban kejahatan konvensional, seperti pembunuhan, perkosaan, penganiayaan, perampokan dan korban perkosaan layak disantuni, tidak malah dieksploitasi dalam berbagai media massa. Realitas menunjukkan bahwa banyak korban tindak pidana tidak mendapat ganti rugi atas kejahatan yang dialaminya dan walaupun mereka memperolehnya itu

sebagai upaya yang ditempuh melalui jalur non litigasi berupa mediasi dengan pelaku kejahatan dengan harapan bagi pelaku bahwa perkaranya tidak akan diproses secara hukum. Ini membuka mata kita bahwa manakala ada kejahatan maka bekerjanya hukum pidana hanya berorientasi pada pembuktian tindak pidana, sedangkan persoalan ganti kerugian menjadi urusan pribadi yang harus diperjuangkan oleh korban sendiri. Walaupun hukum pidana telah menyediakan jalur Penggabungan Perkara Gugatan Ganti Kerugian pada Pasal 98 KUHP, tapi ketentuan tersebut belum maksimal dalam pengaturan dan penerapannya, mengingat syarat pemeriksaan penggabungan perkara harus dimohonkan oleh korban.

Salah satu penelitian menunjukkan bahwa di wilayah hukum Semarang Kota belum ada seorang korban tindak pidana yang mengajukan permohonan penggabungan perkara gugatan ganti kerugian terhadap pelaku berdasarkan Pasal 98 KUHP. Kurang efektifnya ketentuan pasal tersebut antara lain disebabkan karena korban tindak pidana sebagai orang awam tidak mengetahui adanya hak tersebut dan tidak mengetahui prosedur hukumnya. Disisi lain aparat penegak hukum (penyidik) dalam hal ini beranggapan bahwa penyidik tidak mempunyai kewenangan untuk menyampaikan kepada korban tentang upaya penggabungan yang ada dalam KUHP dan sepenuhnya menjadi kewenangan korban kejahatan.¹²

Realitas empiris lainnya diuraikan oleh Eva Achjani Zulfa dalam penelitiannya bahwa di wilayah hukum Jakarta, Bogor dan Tangerang pada

¹² Sujoko, *Implementasi Tuntutan Ganti Kerugian dalam Pasal 98 KUHP Terhadap Tindak Pidana Pemerkosaan di Wilayah Hukum Semarang*, Tesis Program Magister Ilmu Hukum Universitas Diponegoro, Semarang, 2008, hlm. 170

umumnya alternatif penyelesaian perkara pidana di luar proses peradilan justru menjadi pilihan masyarakat. Kesimpulan tersebut diperoleh dari hasil analisis pendapat 250 responden yang pernah terlibat sebagai pelaku maupun korban, dengan komposisi 62% responden kasus pembunuhan, penganiayaan, perkosaan, pencurian, memilih untuk tidak diteruskan perkaranya ke tingkat penuntutan (berhenti pada tingkat kepolisian) dan 82% responden perkara lalu lintas memilih upaya damai sebagai solusi penyelesaian perkara pidananya.¹³ Kenyataan ini menunjukkan bahwa masyarakat belum memperoleh kepercayaan penuh terhadap sistem peradilan pidana yang bekerja selama ini yang terkesan kurang memberikan perhatian terhadap korban tindak pidana. Seharusnya pemerintah membuat suatu kebijakan penegakan hukum pidana yang juga memperhatikan kepentingan korban tindak pidana baik melalui jalur penal dan non penal. Karena secara ideal tidak semua jenis kejahatan dapat diselesaikan secara damai dengan menghentikan penuntutannya.

Berdasarkan fenomena tersebut di atas maka isu penelitian ini adalah ada kecenderungan lemahnya pengaturan substansi hukum tentang perlindungan terhadap korban tindak pidana terutama terhadap korban tindak pidana konvensional dalam hal kompensasi dan restitusi sehingga jaminan keadilan bagi korban tindak pidana pada umumnya belum dapat dirasakan secara menyeluruh. Dan pranata hukum yang ada belum memberikan jaminan secara maksimal bagi korban tindak pidana konvensional untuk mendapatkan ganti rugi. Oleh karena itu perlu dikaji lebih lanjut pengaturan substansi hukum tentang kompensasi dan

¹³ Eva Achjani Zulfa, *Keadilan Restoratif di Indonesia (Study tentang Kemungkinan Penerapan Pendekatan Keadilan Restoratif dalam Praktek Penegakan Hukum Pidana)*, Disertai Program Pascasarjana Universitas Indonesia, Depok, 2009, hlm. 6

restitusi dalam undang-undang nomor 31 tahun 2014 pada pasal 7 tentang perlindungan saksi dan korban sehingga korban tindak pidana konvensional mendapatkan restitusi dan kompensasi yang berbasis nilai keadilan.

B. Rumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang masalah yang telah diuraikan tersebut di atas, maka rumusan masalah yang akan dibahas dalam penelitian ini adalah :

1. Benarkah regulasi perlindungan hukum dalam pemberian restitusi dan kompensasi saksi dan korban tindak pidana belum berkeadilan?
2. Apa kelemahan regulasi perlindungan hukum saksi dan korban tindak pidana dalam pemenuhan hak atas restitusi dan kompensasi saat ini?
3. Bagaimanakah rekonstruksi regulasi perlindungan saksi dan korban tindak pidana dalam pemberian restitusi dan kompensasi yang berbasis nilai keadilan?

C. Tujuan Penelitian

1. Untuk menemukan regulasi perlindungan hukum bagi saksi dan korban tindak pidana dalam pemberian restitusi dan kompensasi berbasis keadilan.
2. Untuk mengetahui kelemahan regulasi perlindungan hukum saksi dan korban dalam pemenuhan restitusi dan kompensasi bagi korban tindak pidana.
3. Menemukan bentuk rekonstruksi regulasi perlindungan hukum saksi dan korban dalam pemberian restitusi dan kompensasi bagi korban tindak pidana yang berbasis nilai keadilan.

D. Manfaat Penelitian

Manfaat penelitian ini baik secara teoritis dan praktis diharapkan dapat berguna sebagai :

1. Memberikan wawasan baru bagi Lembaga Dewan Perwakilan Rakyat dan Pemerintah dalam mengambil langkah kebijakan hukum pidana materil dan hukum pidana formil dalam merumuskan peraturan perundang-undangan yang berorientasi pada perlindungan korban tindak pidana dalam hal restitusi dan kompensasi.
2. Bahan refleksi kepada para pembuat undang-undang, khususnya dalam pembangunan hukum nasional dan pengembangan ilmu hukum, terutama dalam bidang Viktimologi.

E. Orisinalitas Penelitian

Semakin berkembangnya viktimologi yang memfokuskan pada pentingnya korban tindak pidana memperoleh perhatian utama dalam membahas kejahatan baik dari aspek hukum pidana formil maupun hukum pidana materil maka berkembang pula minat di kalangan masyarakat terutama kalangan akademisi untuk mengkaji dari berbagai aspek dan sudut pandang tentang korban tindak pidana.

Pengkajian terhadap korban tindak pidana selalu diarahkan kepada hal-hal baru sehingga melahirkan pemikiran-pemikiran baru yang dapat dijadikan sumber kebijakan dalam rangka perkembangan dan pembaharuan hukum pidana ke depan.

Setelah melakukan penelusuran pustaka, penulis menemukan beberapa hasil penelitian tentang korban tindak pidana yang dituangkan dalam bentuk disertasi dan tesis dari berbagai perguruan tinggi.

1. Eva Achjani Zulfa, dalam disertasinya pada Program Ilmu Hukum Pascasarjana Universitas Indonesia tahun 2009 yang berjudul : Keadilan Restoratif di Indonesia (Study tentang Kemungkinan Penerapan Pendekatan Keadilan Restoratif dalam Praktek Penegakan Hukum Pidana). Dalam disertasinya Eva berkesimpulan bahwa keadilan restoratif dapat meringkai berbagai kebijakan, gagasan program dan strategi penanganan perkara pidana. Hal ini didukung oleh hasil penelitian empirisnya yang menunjukkan bahwa selama ini sesungguhnya telah menerapkan konsep *restorative justice* meskipun penerapannya secara informal dan kebanyakan di luar sistem peradilan yang juga justru menjadi pilihan masyarakat. Penelitian Eva lebih menitikberatkan pada proses restorasinya sebagai filosofi pemidanaan tradisional sedangkan disertasi ini lebih menekankan pada nilai pemenuhan hak kompensasi atau restitusi yang bisa didapatkan oleh korban baik melalui putusan hakim (penal) ataupun non penal. Pemenuhan hak korban tidak selamanya mesti melalui jalur di luar sistem peradilan karena ada sifat dan karakter hukum pidana yang harus dipertahankan dan tidak bisa ditoleril dengan jalan mediasi. Untuk itulah penelitian dalam disertasi ini akan mengkaji lebih mendalam aspek-aspek hukum

- pidana dan viktimologi yang dapat dijadikan ukuran dalam melakukan pendekatan keadilan restoratif.
2. Abdul Salam Siku dalam disertasinya pada Program Pascasarjana Universitas Hasanuddin tahun 2011 yang berjudul : Perlindungan Hak Asasi Saksi Dan Korban dalam Proses Peradilan Pidana, pada intinya penelitian tersebut bersifat empiris dengan objek kajian meliputi saksi dan korban dari aspek perlindungan hukumnya sehubungan dengan perannya dalam proses peradilan pidana. Penelitian ini menyimpulkan bahwa :
 - a. Perlindungan HAM terhadap saksi dan korban dalam proses peradilan pidana belum terlaksana secara efektif, karena masih adanya saksi dan korban belum mendapatkan hak atas perlindungan keamanan, hak memberikan keterangan tanpa tekanan, hak mendapatkan penasihat hukum.
 - b. Faktor yang mempengaruhi perlindungan HAM terhadap saksi dan korban dalam proses peradilan pidana yaitu substansi UUPSK belum cukup memadai, sumber daya manusia aparat yang meliputi koordinasi, profesionalitas dan integrasi belum optimal.
 3. Imron Anwari dari Program Ilmu Hukum Pascasarjana Universitas Padjajaran Bandung tahun 2012 dalam disertasinya yang berjudul : Kedudukan Hukum Korban Tindak Pidana Dalam Sistem Peradilan Pidana Melalui Putusan Pengadilan Pidana, pada intinya mengkaji

eksistensi kedudukan dan realitas subyektif yang ada pada diri korban yang dijadikan salah satu dasar pertimbangan hakim dalam menjatuhkan putusan terhadap pelaku kejahatan dalam perkara pidana.

4. Sujoko dalam penulisan tesisnya pada program Magister Ilmu Hukum Universitas Diponegoro Semarang tahun 2008 dengan judul: Implementasi Tuntutan Ganti Kerugian dalam Pasal 98 KUHP terhadap Tindak Pidana Pemerkosaan Di Semarang, mencoba mengkaji implementasi ketentuan Pasal 98 KUHP terhadap kemungkinan untuk digunakan oleh korban kejahatan pemerkosaan untuk menuntut ganti kerugian.

Beberapa penelitian dalam bentuk disertasi dan tesis tersebut di atas pada intinya mengkaji masalah perlindungan korban kejahatan dari perspektif yang berbeda dan bersifat mikro. Penelitian yang penulis lakukan lebih fokus pada perlindungan hukum atas kerugian materil yang diderita oleh korban tindak pidana secara komprehensif baik melalui sarana penal maupun non penal dengan pendekatan kajian secara filosofi dan konseptual sehingga hasil penelitian ini dapat dijadikan salah satu pertimbangan dalam membentuk kebijakan hukum pidana.

F. Kerangka Teori

1. Teori Tanggung Jawab Negara

Dalam teori menurut John Locke dan praktik hukum HAM menegaskan pada hakikat dibentuknya suatu negara dan pemerintah adalah untuk

melindungi Hak Asasi Manusia.¹⁴ Teori Tanggung Jawab Negara secara filosofi diawali dengan adanya teori Kontrak Sosial yang mengajarkan bahwa kekuasaan negara dibenarkan karena telah diperjanjikan bersama berdasarkan tujuan dan kepentingan yang sama.¹⁵

Teori Kontrak Sosial biasa juga disebut sebagai Teori Perjanjian Masyarakat adalah teori negara yang diungkapkan oleh para teoritis filosof aliran pemikiran politik liberalism, yang berakar pada pandangan filosof seperti Thomas Hobbes (1588-1679), John Locke (1631-1704) dan Jean Jacques Rousseau (1712-1798). Di samping itu terdapat pula pandangan pemikiran islam tentang terbentuknya negara berdasarkan kontrak sosial yakni Ibnu Abi Rabi', Al-Farabi, Al-Mawardi, Imam Ghazali dan Ibnu Khaldun.

Negara dalam versi Hobbes adalah organisasi yang memiliki kekuasaan mutlak. Kesimpulan pemikiran Hobbes mengenai negara dipengaruhi kuat oleh filsafat Hobbes dan asumsi-asumsinya.

Pertama, asumsi tentang keadaan alamiah (*state of nature*) yakni keadaan manusia 1) yang cenderung mempunyai insting hewani yang kuat; 2) untuk mencapai tujuannya, manusia cenderung menggunakan insting hewannya (*leviathan*); 3) manusia akan menjadi serigala bagi manusia lainnya (*homo homini lupus*); 4) semua manusia akan berperang melawan semua (*bellum omnium contra omnes*); dalam keadaan alamiah manusia

¹⁴ Pendapat John Locke dalam Saraswati, *Hak Asasi Manusia, Teori, Hukum, Kasus*, Cetakan Pertama, Filsafat UI Press, Jakarta, 2006, hlm. 194.

¹⁵ Dossy Iskandar Prasetyo dan Bernard L. Tanya, *Ilmu Negara*, Srikandi, Surabaya, 2006, hlm. 118.

saling membunuh, sesuatu yang sebenarnya tidak dikehendaki oleh manusia; dan 5) nalar manusia untuk berdamai. Atas dasar penalaran itulah, manusia merasa membutuhkan “kekuasaan bersama” yang bisa menghindari pertumpahan darah.¹⁶

Kedua, Kontrak Sosial. Keadaan akal manusia bekerja membimbing untuk damai, timbullah kontrak atau perjanjian sosial antar individu atau antar kelompok manusia. Dalam perjanjian itu, individu atau manusia secara sukarela menyerahkan hak-haknya serta kebebasannya kepada seseorang penguasa negara atau semacam dewan rakyat. Dengan titik tolak asumsi ini, Hobbes berpandangan bahwa terbentuknya sebuah negara pada hakikatnya merupakan suatu kontrak atau perjanjian sosial. Hanya saja perjanjian itu bukan antar individu dengan negara melainkan antar individu saja.¹⁷ Menurut Hobbes, negara merupakan hasil dari suatu perjanjian masyarakat atau perjanjian bebas antar individu sebelum negara itu terbentuk (pra-negara).¹⁸

Ketiga, asumsi mengenai negara dan kekuasaan (*State and Power*). Pandangan atau asumsi ini merupakan kelanjutan dari asumsinya mengenai keadaan alamiah sebelumnya. Di sini Hobbes beranggapan bahwa negara perlu kekuatan mutlak untuk mengatur individu atau manusia. Oleh karena itu menurut Hobbes bentuk negara yang monarki absolute adalah yang terbaik.¹⁹

¹⁶ Deddy Ismatullah, *Ilmu negara dalam Multi Perspektif : Kekuasaan, Masyarakat, Hukum, dan Agama*, CV. Pustaka Setia, Bandung, 2007, hlm. 30.

¹⁷ Deddy Ismatullah, *Ibid*, hlm. 31.

¹⁸ P. Anthonius Sitepu, *Studi Ilmu Politik*, Graha Ilmu, Yogyakarta, 2012, hlm. 119.

¹⁹ Deddy Ismatullah, *op.cit*, hlm. 31.

Konsep negara Locke diawali oleh pandangannya terhadap keadaan alamiah (*State of Natural*) manusia. Keadaan alamiah menurutnya jauh dari pandangan Hobbes. Keadaan alamiah berawal dari akal manusia sebagai suara Tuhan (*reason is the voice of God*) yang senantiasa membuat manusia berperilaku rasional dan tidak merugikan orang lain. Manusia dalam keadaan alamiah pada dasarnya baik, selalu terobsesi untuk berdamai dan menciptakan perdamaian, saling menolong dan memiliki kemauan dan mengenal hubungan-hubungan sosial.²⁰

Menurut Ahmad Suhelmi keadaan alamiah yang penuh damai itu berubah setelah manusia menemukan sistem moneter dan uang. Inilah yang kemudian menurut Locke menjadi sumber malapetaka manusia. Semakin banyak manusia memproduksi barang-barang kebutuhan hidupnya, semakin besar akumulasi kapitalnya. Karena tidak semua manusia tekun, rajin, gigih bekerja mengolah alam, terjadilah tingkat akumulasi kapital diantara individu. Ada sebagian individu yang lebih kaya dari individu lainnya. Mereka yang miskin dan tersisih, menurut Locke memendam kemarahan dan kebencian pada orang-orang kaya.²¹

Selain didasari oleh pandangannya tentang keadaan alamiah, pemikiran kenegaraan Locke juga didasari oleh pandangannya tentang hukum dan hak asasi manusia. Dalam keadaan alamiah manusia dilahirkan memiliki kebebasan hak asasi. Adapun dalam sudut pandang lembaga politik negara

²⁰ Magnis Suseno, *Etika Politik*, Gramedia, Jakarta, 1992, hlm. 220.

²¹ Ahmad Suhelmi, *Pemikiran Politik Barat : Kajian Sejarah Perkembangan Pemikiran Negara, Masyarakat dan Kekuasaan*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2001, hlm. 191.

bersifat konstitusional, yakni membatasi kekuasaan negara. Hubungan keduanya dapat dijumpai ketika manusia membutuhkan penjaga hak asasi yang dimiliki mereka seperti kebebasan dan hak hidup.²²

Hal yang paling penting dari Locke tentang penegakan HAM dan kekuasaan hukum adalah dua macam perjanjian masyarakat, yaitu *pactum unionis* dan *pactum subjektionis*. Pada tahap pertama diadakan *pactum unionis*, yaitu perjanjian antar individu untuk membentuk “*body politic*”, yaitu negara. Kemudian pada tahap kedua para individu untuk membentuk *body politic* bersama-sama menyerahkan hak untuk mempertahankan kehidupan dan hak untuk menghukum yang bersumber dari hukum alam.²³

Perjanjian masyarakat dari John Locke tidak melahirkan kekuasaan yang absolut. Saat penyerahan kekuasaan pada raja, rakyat tidak menyerahkan kebebasannya dan hak-hak asasi kepada raja. Kebebasan dan hak asasi inilah yang menjadi pembatas kekuasaan raja. Sementara letak pembatasannya ialah pada perjanjian masyarakat bagian kedua (*pactum subjektionis*). Hal ini berarti bahwa kekuasaan raja dibatasi oleh perjanjian masyarakat. Perjanjian masyarakat sama artinya dengan hukum. Kekuasaan raja yang dibatasi oleh perjanjian masyarakat berarti sama dengan kekuasaan raja dibatasi oleh hukum. Yang menurut Locke konsep pemisahan kekuasaan politik meliputi kekuasaan legialatif, eksekutif dan federatif.²⁴

²² Deddy Ismatullah, *op.cit*, hlm. 35.

²³ Deddy Ismatullah, *Ibid*.

²⁴ *Ibid*, hlm. 36

Pandangan negara sebagai organisasi kedaulatan rakyat yang disampaikan Rousseau dalam teori Kontak Sosial, menegaskan bahwa negara adalah sebuah produk perjanjian sosial. Individu-individu dalam masyarakat sepakat untuk menyerahkan sebagian hak, kebebasan dan kekuasaan yang dimilikinya kepada suatu kekuasaan bersama.²⁵ Kekuasaan bersama tersebut kemudian dinamakan negara kedaulatan rakyat. Dengan menyerahkan hak-hak itu, individu-individu itu tidak kehilangan kebebasan atau kekuasaan. Jadi negara berdaulat karena adanya mandat dari rakyat. Negara diberi mandat oleh rakyat untuk mengatur, mengayomi dan menjaga keamanan maupun harta benda mereka. Kedaulatan negara akan tetap absah selama negara tetap menjalankan fungsi-fungsinya sesuai dengan kehendak rakyat. Negara harus selalu berusaha mewujudkan kehendak umum. Dari segi ini, konsep negara berdasarkan kontrak sosial merupakan antitesis terhadap hak-hak ketuhanan raja dan kekuasaan negara.²⁶

Konsepsi Rousseau tentang “kehendak umum” menurut Mac Iver bahwa masyarakat adalah satu kesatuan yang integral, dan bahwa kesadaran akan kesatuan ini adalah rasa kepentingan dan kesejahteraan bersama. Kita semua adalah salah seorang daripada anggota-anggotanya dan “badan kesatuan” kesatuan tidak mungkin menginginkan kesejahteraan mereka, dan itupun yang harus pula diingini oleh pemegang kedaulatan tertinggi, yang sebenarnya. Di dalam semua masyarakat maka haruslah ada kesamaan

²⁵ Ahmad Suhelmi, *op.cit*, hlm. 251.

²⁶ Deddy Ismatullah, *op.cit*, hlm. 42.

kepentingan yang hidup dan inheren, dan untuk menjamin dan mengembangkannya adalah tugas daripada pemerintah.²⁷

Pemikir Islam Al-Mawardi lebih awal mengemukakan Teori Kontrak Sosialnya yakni pada abad XI, sedangkan di Eropa teori ini baru muncul untuk pertama kalinya pada abad XVI. Menurut Mawardi perbedaan bakat, pembawaan bagi mereka untuk saling membantu. Kelemahan manusia, yang tidak memiliki kemampuan untuk memenuhi semua kebutuhannya sendiri, dan terdapatnya keaneka ragaman dan perbedaan bakat, pembawaan, kecenderungan alamiah serta kemampuan, semua itu mendorong manusia untuk bersatu dan saling membantu, dan akhirnya sepakat untuk mendirikan negara.²⁸

Satu hal yang sangat menarik dari gagasan ketatanegaraan Mawardi menurut Munawir Sjadzali ialah hubungan antara *Ahl al-A'qdi wa al-Halli* atau *Ahl al-Ikhtiar* dan imam atau kepala negara itu merupakan hubungan antara dua pihak peserta kontrak sosial atau perjanjian atas dasar sukarela, satu kontrak atau persetujuan yang melahirkan kewajiban dan hak bagi kedua belah pihak atas dasar timbal balik. Oleh karena itu, imam, selain berhak untuk ditaati oleh rakyat dan untuk menuntut loyalitas penuh dari mereka, ia sebaliknya mempunyai kewajiban-kewajiban yang harus dipenuhi kepada mereka dan mengelola kepentingan mereka dengan baik dan penuh rasa tanggungjawab.²⁹

²⁷ Mac Iver, *Negara Modern*, Aksara Baru, Jakarta, 1984, hlm. 392.

²⁸ Ni'matul Huda, *Ilmu Negara*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2012, hlm. 49.

²⁹ *Ibid*, hlm. 50.

Dari keempat konsep pemikiran di atas merupakan dasar pembenaran tentang eksistensi tanggung jawab negara atas keamanan, keselamatan dan kesejahteraan rakyatnya. Sesuai dengan prinsip kontrak sosial, maka setiap hak yang terkait dengan warga negara dengan sendirinya bertimbang balik dengan kewajiban negara untuk memenuhinya. Menurut Hukum Tata Negara, tanggung jawab merupakan sejumlah kewajiban yang diemban oleh negara sesuai yang diatur dalam sistem peraturan perundang-undangan yang berlaku dan kesemuanya adalah harus dilaksanakan oleh negara dalam hal ini diwakili lembaga-lembaga (eksekutif) sebagai wakil dari negara dalam menjalankan hak dan kewajibannya.

Dalam UUD 1945 Amendemen Kedua Tahun 2002 memuat ketentuan mengenai perlindungan terhadap hak asasi manusia dan hak-hak warga negara. Ketentuan baru yang diadopsi termuat dalam Pasal 28A sampai Pasal 28J, ditambah dengan beberapa ketentuan lainnya yang tersebar di berbagai pasal. Ketentuan yang termuat dalam Pasal 28A sampai dengan Pasal 28J pada pokoknya berasal dari rumusan TAP MPR Nomor XVII/MPR/1998 tentang Hak Asasi Manusia yang kemudian isinya menjadi materi Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia. Dan pada pokoknya semua berasal dari berbagai Konvensi Internasional dan deklarasi universal tentang hak asasi manusia serta berbagai instrumen internasional lainnya.

Atas dasar teori Kontrak Sosial dan jaminan perlindungan warga negara atas keamanan terhadap diri, harta benda, kebebasan, kehormatan dan

sebagainya dalam konstitusi maka patutlah bahwa negara turut memikul beban tanggung jawab atas kerugian yang dialami korban tindak pidana sebagai akibat dari kelalaian negara dalam menjalankan kewajibannya.

2. Teori Keadilan

Dalam ilmu pengetahuan telah terjadi perdebatan dan perbedaan pandangan mengenai hakikat dan realitas keadilan. Sebuah pertanyaan mendasar, apakah keadilan itu konkret atau abstrak, apakah keadilan itu sebuah realitas imajinatif atautkah realitas empiris, tetapi yang dapat dikatakan bahwa keadilan merupakan unsur nilai yang dapat dirasakan oleh manusia dan unsur nilai ini selalu tertanam dalam jiwa setiap individu.

Pandangan Leon Petrazyscki terhadap keadilan dapat dikatakan berbeda dengan pandangan kebanyakan orang yang menilai bahwa keadilan itu adalah abstrak. Menurut Petrazyscki, keadilan adalah sebuah fenomena yang konkret yang dapat ditangkap melalui intuisi kita. Sehubungan dengan hal ini Petrazyscki mengatakan :³⁰

“The doctrine herein developed concerning law in general had intuitive law in particular comprises all the premises needed to solve the problem of the justice : actually, justice is nothing but intuitive law in our sense. As a real phenomenon justice is a psychic phenomenon, knowledge of which can be acquired though self- observation and the joint method”(Doktrin yang dibangun dengan memperhatikan hukum dan hukum yang intuitif tetap menjadi pemikiran kita sebagaimana kenyataan yang ada bahwa keadilan itu adalah fenomena yang harus terlihat, diketahui dan dapat dituntut melalui observasi diri dan bergabung dengan metode).

³⁰ The Indonesian Legal Resource Center, ILRC, *Mengajarkan Hukum yang Berkeadilan, Cetak Biru Pembaharuan Pendidikan Hukum Berbasis Keadilan Sosial*, Penerbit Unair, Surabaya, 2009, hlm.18.

Pada bagian lain Gunawan Setiardja juga memberikan pemahaman bahwa keadilan merupakan suatu realitas dengan definisinya sebagai berikut:³¹

“Keadilan itu adalah (diambil dalam arti subjektif) suatu kebiasaan, baik jiwa yang mendorong manusia dengan kemauan tetap dan terus menerus untuk memberikan setiap orang apa yang menjadi haknya”.

Ukuran keadilan yang memberikan setiap orang apa yang menjadi haknya sebagaimana dikemukakan oleh Gunawan Setiardja di atas hanya bisa diwujudkan oleh hukum.³² Salah satu tujuan hukum adalah keadilan. Hal inilah yang hendak diwujudkan oleh hukum sesuai pendapat Gustav Radbruch tentang tiga tujuan hukum yakni kepastian hukum, kemanfaatan hukum dan keadilan hukum.³³ Untuk mencapai tujuan hukum tersebut diperlukan instrument-instrumen hukum dalam peraturan perundang-undangan.

Maidin Gultom memberikan pengertian keadilan sebagai penghargaan terhadap setiap orang yang menurut harkat dan martabatnya sebagai pribadi dan dalam hubungannya dengan segala sesuatu yang ada di luar pribadinya.³⁴ Keadilan telah menjadi pokok pembicaraan serius sejak awal munculnya filsafat Yunani. Keadilan dalam catatan sejarah pemikiran manusia dimulai sejak zaman Socrates, Plato dan Aristoteles. Sampai sejauh ini konsep dan teorisasi keadilan tetap aktual dibicarakan. Dalam kajian teoritik tentang

³¹ Gunawan Setiardja, *Filsafat Pancasila*, Bagian I, Cetakan X, 2004, hlm. 56.

³² Caarl Joachim Friedrich, *Filsafat Hukum Perspektif Historis* (Terjemhanan Raisul Muttaqien), PT. Nuansa dan Nusamedia, Bandung, 2004, hlm. 239.

³³ Achmad Ali, *Menguak Tabir Hukum : Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis*, Cet II, PT. Gunung Agung Tbk, Jakarta, 2002, hlm. 112.

³⁴ M. Syukri Akub dan Baharuddin Badaru, *Wawasan Due Process of Law dalam Sistem Peradilan Pidana*, Rangkang Education, Yogyakarta, 2012, hlm. 17.

keadilan ditemukan sejumlah konsep yang terkait dengan nilai dan etika dalam kehidupan.

Orang dapat pula menganggap keadilan sebagai sebuah gagasan atau realita absolut dan mengasumsikan bahwa pengetahuan dan pemahaman tentang keadilan hanya bisa didapat secara parsial dan melalui upaya filosofi yang sangat sulit. Atau sebagian lagi orang dapat menganggap keadilan sebagai hasil dari pandangan umum agama atau filsafat tentang dunia secara umum. Jika demikian halnya orang dapat mendefinisikan dan memberikan konsep keadilan dalam satu pengertian atau pengertian lain dari pandangan ini.

a. Keadilan Menurut Paham Positivisme

Salah satu paham pemikiran tentang hukum adalah positivisme. Positivisme mengajarkan bahwa hukum hanya bersumber dari suatu kekuasaan yang sah dalam masyarakat. Menurut Hans Kelsen bahwa “hukum adalah sebuah tata perilaku manusia”.³⁵ Obyek yang diatur sebuah tatanan hukum adalah perilaku satu individu dalam hubungannya dengan satu atau beberapa individu lain, perilaku timbal balik antar individu. Oleh sebab itu hukum dalam paham positivisme merupakan suatu sistem aturan yang terdiri dari beberapa peraturan yang memuat kesatuan yang dilaksanakan melalui suatu sistem tertentu.

Dalam kaitannya dengan hukum, hakikat keadilan yang ingin dicapai oleh paham positivisme adalah keadilan legal-formalistik (*formal*

³⁵ Hans Kelsen. *Teori Hukum Murni, Dasar-Dasar Ilmu Hukum Normatif (Pure Theory of Law)*, Nusa Media, Bandung, 2008, hlm. 35.

justice), yang bermakna bahwa aturan-aturan seyogyanya tidak sekedar adil tetapi harus dilaksanakan secara jujur, sejalan dengan standar-standar prosedural yang semestinya dan tanpa peduli akan ras, kelas ataupun status sosial lainnya. Keadilan formal adalah keadilan yang mengacu pada ketentuan-ketentuan formal seperti undang-undang. Beberapa teori tentang keadilan prosedural berpendirian bahwa prosedur yang adil akan membawa hasil yang adil pula.

Konsep keadilan formal sangat jauh dari nilai keadilan substantif (*substantial justice*). Keadilan substantif dimaknai sebagai keadilan yang diberikan sesuai dengan aturan-aturan hukum substantif, tanpa melihat kesalahan-kesalahan prosedural. Ini berarti bahwa apa yang secara formal-prosedural benar, bisa saja disalahkan secara materiil dan substansinya melanggar keadilan. Demikian sebaliknya apa yang secara formal salah bisa saja dibenarkan jika secara materiil dan substansinya sudah cukup adil.

John Rawls sebagai salah satu eksponen paham hukum positivisme dikelompokkan sebagai penganut ajaran keadilan formal. Rawls percaya bahwa keadilan formal yang dibangun dari hukum formal (peraturan perundang-undangan) dan bahkan sifatnya yang administratif-formalistik dapat menjamin keadilan oleh karena semua manusia harus diperlakukan

sama atau dengan kata lain bahwa keadilan formal dapat diperoleh karena aturan yang menuntut adanya kesamaan.³⁶

Rawl menggambarkan pentingnya keadilan procedural untuk mendapatkan kesetaraan yang *fair* atas kesempatan. Untuk itu struktur dasar adalah subjek utama keadilan. Struktur dasar adalah sistem aturan publik. Apa yang dilakukan seseorang bergantung pada apa yang dikatakan aturan publik. Pertimbangan dasar gagasan ini untuk memperlakukan persoalan pembagian distributif sebagai masalah keadilan prosedural murni.³⁷ Lebih lanjut menurut Rawls untuk mencapai suatu keadilan sangat dibutuhkan peraturan hukum yang sifatnya tertulis (formal) dengan lembaga-lembaga pembentukannya.³⁸

Rawls percaya bahwa keadilan yang berbasis peraturan, bahkan yang sifatnya administratif formal sekalipun tetaplah penting karena pada dasarnya ia memberikan suatu jaminan minimum bahwa setiap orang dalam kasus yang sama harus diperlakukan secara sama. Singkatnya keadilan formal menuntut kesamaan minimum bagi segenap masyarakat. Rawls percaya bahwa eksistensi suatu masyarakat sangat bergantung pada pengaturan formal melalui hukum serta lembaga-lembaga pendukungnya.³⁹

³⁶ Andre Ata Ujan, *Keadilan dan Demokratis; Telaah Filosofi Politik John Rawls*, Cet. V, Kanisius, Bandung, 2007, hlm. 27.

³⁷ John Rawls, Uzair Fauzan, *Teori Keadilan. Dasar-Dasar Filsafat Politik untuk mewujudkan Kesejahteraan Sosial Dalam Negara*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2006, hlm. 100.

³⁸ Andre Ata Ujan, *op.cit*, hlm. 28.

³⁹ Amstrong Sembiring, *Energi Keadilan*, Masyita Pustaka Jaya, Medan, 2009, hlm. 32.

Namun demikian menurut Rawls keadilan prosedural yang sempurna jarang, jika tidak mustahil, terjadi dalam kasus-kasus yang penuh kepentingan praktis. Keadilan prosedural yang tidak sempurna dicontohkan oleh pengadilan kriminal. Hasil yang diinginkan adalah bahwa tersangka harus dinyatakan bersalah hanya jika ia melakukan pelanggaran yang dituduhkan. Prosedur pengadilan dijalankan untuk melacak dan mengukuhkan kebenaran. Namun tampaknya mustahil untuk merancang aturan-aturan legal sedemikian rupa sehingga selalu memberi hasil yang tepat. Teori pengadilan ini menguji prosedur dan aturan bukti mana yang paling terkalkulasi dengan baik agar konsisten dengan tujuan-tujuan hukum lainnya. Tatanan yang berbeda secara rasional bisa diharapkan dalam situasi berbeda untuk memberikan hasil yang benar, tidak selalu tapi setidaknya sebagian besar. Olehnya itu menurut Rawls pengadilan adalah perihal ketidaksempurnaan keadilan prosedural. Kendati hukum itu diikuti dengan cermat dan prosesnya dilakukan dengan tepat dan fair, ia bisa mencapai hasil yang salah. Orang yang tidak bersalah bisa dinyatakan bersalah dan orang yang bersalah bisa dibebaskan.⁴⁰

Dalam konsep teori keadilan sebagai *fairness* Rawls menggambarkan bahwa :⁴¹

- 1) Gagasan utama dari keadilan sebagai *fairness* adalah suatu teori tentang keadilan yang menggeneralisasi dan membawa ke suatu

⁴⁰ John Rawls, *op.cit*, hlm. 101.

⁴¹ Charles Himawan, *Hukum Sebagai Panglima*, Penerbit Buku Kompas, Jakarta, 2003, hlm.

abstraksi yang lebih tinggi yaitu konsep kontrak sosial. (*I then present the main idea of justice as fairness, a theory of justice that generalizes and carries to a higher level of abstraction the traditional conception of the social contract*);

- 2) Pokok utama keadilan adalah struktur dari masyarakat itu, lebih tepatnya, cara bagaimanakah lembaga-lembaga utama masyarakat mengatur hak-hak dan kewajiban dasar serta bagaimanakah menentukan pembagian kesejahteraan dari suatu kerjasama sosial (*The primary subject of justice is the basic structure of society, or more exactly, the way in which the major social institutions distribute fundamental rights and duties and determine the vision of advantage from social cooperation*).

Rawls menyimpulkan bahwa struktur dasar masyarakat (*the basic structure of society*) itu adalah suatu *public system of rules* yang dapat dilihat dalam dua bentuk yakni *System of knowledge (or set public norms)* dan *as a "system of action" (or set of institutions)*. Bila *the basic structure of the society* adalah terdiri dari sistem kelembagaan yang adil (*a just system of institutions*) dan ketetapan politik yang adil (*a just system political constitution*) maka *justice as a fairness* akan dapat dicapai.

Lebih lanjut Rawls mengatakan bahwa teori keadilan yang memadai harus dibentuk dengan pendekatan kontrak, dimana prinsip-prinsip keadilan yang dipilih sebagai pegangan bersama sungguh-sungguh merupakan hasil kesepakatan bersama dari semua person yang bebas, rasional dan sederajat. Hanya melalui pendekatan kontrak inilah sebuah teori keadilan mampu menjamin pelaksanaan hak dan sekaligus mendistribusikan kewajiban secara adil bagi semua orang. Dalam arti ini keadilan bagi Rawls adalah *fairness*. Maksud Rawls suatu masyarakat baik seharusnya mampu memperlihatkan diri sebagai sebuah lembaga kerjasama sosial dimana masing-masing pihak berusaha saling

menyumbang dan saling memajukan. Singkatnya teori keadilan yang memadai adalah teori yang mampu mengakomodasi sebuah kerjasama sosial yang pada saatnya akan mendukung terbentuknya suatu masyarakat yang tertib dan teratur.⁴²

Paham positivisme juga dianut oleh Aristoteles (384-322 SM) yang memberikan sumbangan cukup besar bagi pemikiran tentang hukum dan keadilan. Berawal dari pandangannya bahwa manusia hanya dapat berkembang dan mencapai kebahagiaan, kalau ia hidup dalam polis. Aristoteles berpendirian bahwa manusia adalah warga polis seperti halnya bagian dari suatu keseluruhan. Itu pertama-tama berarti bahwa manusia menurut hakikatnya adalah makhluk polis (*zoon politikon*). Oleh karena manusia hanya dapat berkembang dalam polis dan melalui polis, maka keutamaan yang tertinggi manusia adalah ketaatan kepada hukum polis, baik yang tertulis maupun yang tidak tertulis. Keutamaan moral ini disebut oleh Aristoteles keadilan.⁴³

Pandangan Aristoteles tentang keadilan tertuang dalam karyanya *nichomachean ethics*, *politics*, dan *rethoric*. Keadilan adalah sebagai suatu pemberian hak persamaan tapi bukan persamarataan. Aristoteles membedakan hak persamaannya sesuai dengan hak proporsional. Kesamaan hak dipandang manusia sebagai suatu unit atau wadah yang sama. Semua warga negara dihadapan hukum sama. Kesamaan

⁴² Andre Ata Ujan, *op.cit*, hlm. 22.

⁴³ Theo Huijiber, *Filsafat Hukum dalam Lintasan Sejarah*, Penerbit Kanisius, Bandung 1986, hlm. 28.

proporsional memberi tiap orang apa yang menjadi haknya sesuai kemampuan dan prestasi yang telah dilakukan atau mempunyai bobot tertentu.⁴⁴

Aristoteles membagi dua macam keadilan yakni keadilan *distributief* dan keadilan *commutatief*. Keadilan *distributief* adalah keadilan yang memberikan kepada setiap orang porsi menurut prestasinya. Distribusi yang adil boleh jadi merupakan distribusi yang sesuai dengan nilai kebajikannya, yakni nilainya bagi masyarakat. Sedangkan keadilan *commutatief* adalah memberikan sama banyaknya kepada setiap orang tanpa membeda-bedakan prestasinya.⁴⁵

Dalam keadilan *distributief* pengertian keadilan bukan berarti persamaan melainkan perbandingan sesuai dengan bobot, kriteria dan ukuran tertentu. Pada mulanya prinsip dasar keadilan *distributief* yang dikenal sebagai keadilan ekonomi punya relevansi dalam dunia bisnis, khususnya dalam perusahaan. Setiap karyawan harus digaji sesuai dengan prestasi, tugas dan tanggung jawab yang diberikan kepadanya. Dengan metode interpretasi, nilai-nilai dan prinsip yang terdapat dalam keadilan ini dapat diterapkan dalam ranah hukum. Dalam tataran regulasi berdasarkan prinsip persamaan di muka hukum maka keadilan *comutatief* dapat menjadi acuan untuk menjamin hak mendapatkan kompensasi bagi semua korban tindak pidana. Tetapi dalam tataran implementasi dengan melihat realitas objektif yang dapat dijadikan

⁴⁴ Carl Joachim Friedrich, *op.cit*, hlm. 24.

⁴⁵ Carl Joachim Friedrich, *ibid*, hlm. 25.

ukuran (bobot) maka keadilan *distributief* sangat adil untuk diterapkan bagi korban-korban tertentu sebagai ukuran untuk mendapatkan kompensasi. Misalnya dalam viktimologi dikaitkan dengan tipologi korban yang melihat tingkat kesalahan atau peranan korban dalam suatu kejahatan. Korban yang mempunyai peranan yang begitu besar dalam terjadinya kejahatan, dapat dipertimbangkan sebagai salah satu kriteria (bobot) ukuran pemenuhan hak atas kompensasi mengingat kemampuan dan keterbatasan anggaran negara dalam hal ini. Tentunya ukuran, kriteria tersebut harus mendapat penegasan dalam undang-undang, sebab segala sesuatu yang diterapkan dengan undang-undang adalah adil menurut paham positivisme.

Argumen semua konsep keadilan menurut paham positivisme di atas pada dasarnya menghendaki adanya suatu peraturan yang mengikat, peraturan mana dibuat oleh pemegang otoritas dalam negara sebagai wujud kedaulatan rakyat. Melalui penguasa dibuatlah aturan hukum yang merupakan kebijakan politik untuk menegakkan hak dan kewajiban setiap orang agar keadilan dapat diwujudkan.

b. Keadilan Menurut Paham Sosiologis.

Berbeda dengan aliran positivisme, penganut keadilan paham sosiologis memandang bahwa esensi keadilan ada pada pelaksanaannya, atau dengan kata lain keadilan itu ditemukan dalam praktek kehidupan masyarakat sehari-hari. Oleh karena sifatnya yang empirik, maka

keadilan yang abstrak sebagaimana dianut oleh paham positivism mendapat kritikan dari filsuf paham sosiologis.

Menurut paham sosiologis, keadilan adalah sifat yang berhubungan dengan moralitas bukan dengan isi aturan positif, keadilan yang ingin dicapai bukan keadilan legal formalistik akan tetapi pada penerapannya. Oleh karena itu bahwa keadilan yang tidak diterapkan bukan merupakan keadilan. Keadilan harus bertumpu pada kenyataan dalam masyarakat. Untuk mencapai tujuan keadilan menurut paham sosiologis diperlukan pelembagaan melalui hukum positif (*legal institutions*) yang diberi kewenangan oleh undang-undang untuk membuat aturan yang menjunjung tinggi nilai-nilai keadilan.

Kaum utilitarianisme merupakan aliran pemikiran sosiologis yang melihat kesejahteraan yang dapat diberikan bagi sebagian besar masyarakat secara keseluruhan, Oleh sebab itu, ukuran satu-satunya untuk mengukur sesuatu adil atau tidak adalah seberapa besar dampaknya bagi kesejahteraan manusia (*human welfare*). Kesejahteraan individual dapat saja dikorbankan untuk manfaat yang lebih besar (*general welfare*). Adapun apa yang dianggap bermanfaat dan tidak bermanfaat, menurut kaca mata ekonomi. Sebagai contoh, jika dikalkulasi bahwa dibangunnya suatu jalan tembus yang membela taman nasional jauh lebih menguntungkan secara ekonomis dibandingkan dengan tidak dibangunnya jalan itu, maka dalam kaca mata utilitarianisme seharusnya pemerintah memutuskan untuk

membangunnya, walaupun dengan pembangunan jalan itu banyak pohon-pohon langka yang akan dibabat dan turut pula akan mengancam keberadaan hewan-hewan langka yang ada di taman nasional tersebut. Pertimbangan-pertimbangan demikian seringkali justru mengorbankan keadilan dalam arti yang hakiki, karena hakikat keadilan itu memang tidak berpatokan pada jumlah manfaat secara ekonomis.⁴⁶

Roscoe Pound sebagai salah satu filsuf yang menganut paham sosiologis dengan konsep keadilannya menyatakan bahwa keadilan adalah melihat hasil-hasil konkret yang bisa diberikan kepada masyarakat berupa pemuasan kebutuhan manusia yang sebanyak-banyaknya dengan pengorbanan yang sekecil-kecilnya. Asumsi dasar menurut Pound adalah suatu keadilan dapat tercapai apabila dapat memenuhi kebutuhan dasar manusia sebanyak-banyaknya dan dengan pengorbanan yang sekecil-kecilnya. Asumsi Pound menunjukkan bahwa keadilan yang diberikan kepada seseorang membutuhkan pengorbanan. Keadilan membutuhkan suatu pengorbanan satu pihak terhadap pihak lain. Sebab jika tidak demikian maka konkretisasi keadilan sulit diwujudkan bagi setiap orang. Keadaan ini menciptakan konflik kepentingan. Identifikasi Pound adanya konflik kepentingan, memunculkan pemikiran bahwa hukum harus menjadi sarana rekayasa sosial. Hal ini dapat dilakukan di pengadilan

⁴⁶ Darji Darmodiharjo dalam Muhammad Erwin, *Filsafat Hukum Refleksi Kritis Terhadap Hukum*, PT. Rajagrafindo Persada, Jakarta, 2012, hlm. 229.

dan pembuatan undang-undang.⁴⁷ Diperlukan penataan kepentingan-kepentingan yang ada dalam masyarakat agar tercipta pola keseimbangan yang proporsional. Manfaatnya adalah terbangunnya suatu struktur masyarakat sedemikian rupa hingga secara maksimum mencapai kepuasan akan kebutuhan dengan seminimum mungkin menghindari benturan dan pemborosan.⁴⁸

Pandangan kontras tentang paham keadilan sosiologis dikemukakan oleh H.I.A. Hart yang pada dasarnya mengasumsikan keadilan merupakan bagian terkecil dari moralitas. Bahwa diskriminasi merupakan suatu ketidakadilan yang perlu ditinggalkan oleh manusia jika ingin menemukan keadilan dalam masyarakat. Kongkretisasi asumsi ini sejalan dengan pandangan Donald Black yang diuraikan oleh Achmad Ali bahwa diskriminasi merupakan aspek yang sangat nyata dalam masyarakat yang merupakan kecenderungan-kecenderungan yang dapat diamati dari perilaku hakim, polisi, pengacara, jaksa penuntut umum atau pejabat administratif. Ketimpangan sosial ini disebabkan oleh beberapa faktor yaitu:⁴⁹

- 1) Aspek stratifikasi, yaitu aspek vertical dari kehidupan sosial, atau setiap distribusi yang tidak seimbang dari kondisi-kondisi yang ada, seperti makanan, akses ke tanah atau air, dan uang.

⁴⁷ Antonius Cahyadi, E. Fernando M. Manulang, *Pengantar, ke Filsafat Hukum*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2010, hlm. 111.

⁴⁸ Satjipto Rahardjo dalam Bernard L Tanya, Yoan N. Simanjuntak, Markus Y. Hage, *Teori Hukum Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*, CV. Kita, Surabaya, 2009, hlm. 180.

⁴⁹ Achmad Ali, *Menguak Teori Hukum (Legal Theory) dan Teori Peradilan (Judicial Prudence)*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2009, hlm. 156.

- 2) Aspek morfologi, yaitu aspek horizontal, atau distribusi dari orang dalam hubungannya dengan orang lain, termasuk pembagian kerja di antara mereka.
- 3) Aspek kultur, yaitu aspek simbolik, seperti religi, dekorasi dan (*folklor*).
- 4) Aspek organisasi, yaitu aspek korporasi, atau kapasitas bagi tindakan kolektif.
- 5) Aspek pengendalian sosial (*social control*), yaitu aspek normative dari kehidupan sosial, atau definisi tentang perilaku yang menyimpang dan tanggapan terhadapnya, seperti larangan, dakwaan, pemidanaan dan kompensasi.

Dalam realitas masyarakat diskriminasi hukum telah banyak digambarkan oleh beberapa pemerhati masalah sosiologi hukum melalui pengkajian ilmiah. Musakir menguraikan analisisnya berdasarkan data berkesimpulan bahwa aspek stratifikasi (status sosial), morfologi dan intervensi berpengaruh terhadap perilaku aparat penegak hukum dalam menangani perkara pidana pada semua tingkat pemeriksaan. Dalam realita relatif terjadi penanganan atau perlakuan yang berbeda bagi setiap tersangka atau saksi korban yang memiliki status sosial yang tinggi dengan yang rendah. Demikian pula dengan aspek morfologi yakni derajat hubungan emosional, kelembagaan, antara aparat penegak hukum dengan tersangka atau terdakwa dan saksi korban. Hubungan persahabatan, kekerabatan, pekerjaan antara mereka dalam realitas dapat menimbulkan penanganan atau perlakuan yang berbeda pada setiap tersangka atau saksi korban yang memiliki hubungan dekat dengan aparat penegak

hukum dibanding dengan yang tidak memiliki hubungan diantara mereka.⁵⁰

Berkaitan dengan topik pembahasan penulis, diskriminasi hukum tampak pada tataran legislasi. Jaminan perlindungan korban kejahatan tidak seimbang dengan jaminan perlindungan pelaku kejahatan, demikian pula bahwa jaminan untuk mendapatkan kompensasi tidak merata bagi setiap korban kejahatan, sehingga nilai keseimbangan keadilan masih jauh dalam tataran idea dan realitas masyarakat.

Berbicara mengenai hakikat keadilan bagi korban tindak pidana di dunia hukum pada umumnya mulai berkembang pemikiran konsep keadilan restoratif (*restorative justice*). Sistem peradilan pidana selama ini berorientasi pada *retributive justice* (*criminal justice*). Bekerjanya sistem peradilan pidana semata-mata bertujuan untuk mencegah terjadinya (terulangnya) kejahatan di masa datang dengan memberikan penjeraan bagi pelaku kejahatan. Sanksi pidana hanya berorientasi kepada pelaku kejahatan dan ppidanaan merupakan akibat mutlak yang harus ada sebagai suatu pembalasan kepada pelaku. Oleh sebab itu keadilan *retributive* dianggap tidak dapat mencapai esensi tujuan hukum pidana yang harus berorientasi pada perlindungan keseimbangan hukum antara pelaku, masyarakat dan korban tindak pidana.

⁵⁰ Musakkir, *Putusan Hakim yang Diskriminatif dalam Perkara Pidana, Suatu tinjauan Sosiologi Hukum dan Psikologi Hukum*, Rangkap Education, Yogyakarta, 2003, hlm. 178.

Howard Zehr dan Ali Gohar secara jelas memberikan perbedaan antara *legal (criminal justice)* dengan *restorative justice* sebagai berikut:⁵¹

Criminal justice:

- 1) *Crime is a violation of the law and the state* (Kejahatan adalah suatu pelanggaran terhadap hukum dan negara).
- 2) *Violation create guilt* (Pelanggaran menciptakan kesalahan).
- 3) *Justice requires the state to determine blame (guilt) and impose pain (punishment)* (Keadilan membutuhkan persyaratan yang menentukan kesalahan pelaku dan menjatuhkan pidana terhadap pelakunya).
- 4) *Central focus: Offenders getting what they deserve* (Focus sentral: pelanggar mendapat ganjaran setimpal dengan pelanggarannya).

Sedangkan *restorative justice:*

- 1) *Crime is a violation of people and relationship* (Kejahatan adalah pelanggaran terhadap rakyat dan hubungan antar warga masyarakat).
- 2) *Violations create obligations* (Pelanggaran menciptakan kewajiban).
- 3) *Justice involves victims, offenders, and community members in an effort to put things right* (Keadilan mencakup para korban, para pelanggar untuk meletakkan segala sesuatunya secara benar).
- 4) *Central focus: victim need and offender responsibility for repairingharm* (Focus sentralnya): Para korban membutuhkan pemulihan kerugian yang dideritanya (baik secara fisik, psikologis dan materil) dan pelaku bertanggungjawab untuk memulihkannya).

Penyelesaian perkara pidana yang menguntungkan semua pihak merupakan pemikiran baru saat ini. Keadilan restoratif merupakan salah

⁵¹ Howard Zehr dan Ali Gohar, *the Little Book of Restorative Justice*, Good Books, Intercourse, Pennsylvania, USA, 2003, hlm. 19.

satu model yang dianggap dapat memenuhi keadilan khususnya bagi korban tindak pidana yang selama ini terabaikan.

Pendekatan keadilan restoratif dalam penyelesaian tindak pidana harus diselesaikan dan dipulihkan oleh pihak secara bersama-sama karena suatu konflik atau kerusakan yang timbul dipandang sebagai suatu konflik yang terjadi dalam hubungan antara anggota masyarakat yakni pelaku dan korban kejahatan. Model penyelesaian ini lebih berpusat pada pemberian kesempatan terhadap korban untuk berperan dalam proses penyelesaian tindak pidana.

Keadilan restoratif merupakan sebuah konsep pemikiran yang merespon pengembangan sistem peradilan pidana dengan menitikberatkan pada kebutuhan pelibatan masyarakat dan korban yang dirasa tersisihkan dengan mekanisme yang bekerja pada sistem peradilan pidana yang ada pada saat ini.⁵²

Beberapa pandangan tentang keadilan restoratif dapat dikemukakan sebagai berikut:

Umbreit menjelaskan bahwa *Restorative justice is a “victim-centered response to crime that allows the victim, the offender, their families, and representatives of the community to address the harm caused by the crime”*. (Keadilan restoratif adalah sebuah “tanggapan terhadap tindak pidana yang berpusat pada korban yang mengizinkan korban, pelaku tindak pidana, keluarga-keluarga mereka, dan para

⁵² Eva Achjani Zulfa, *Pergeseran Paradigma Pemidanaan*, Lubuk Agung, Bandung, 2011, hlm. 65.

perwakilan dari masyarakat untuk menangani kerusakan dan kerugian yang diakibatkan oleh tindak pidana”.⁵³

Howard Zehr mengatakan bahwa *Viewed through a restorative justice lens, “crime is a violation of people and relationship. It creates obligations to make things right. Justice involve the victim, the offender, and the community in a search for solutions which promote repair, reconciliation, and reassurance”* (Dalam pandangan keadilan restoratif, “kejahatan merupakan pelanggaran terhadap rakyat dan hubungan antar warga masyarakat. Hal ini menciptakan kewajiban untuk membuat suatu penyelesaian. Keadilan mana melibatkan korban, pelaku, dan masyarakat dalam mencari solusi perbaikan, rekonsiliasi dan jaminan).⁵⁴

Pada bagian lain Tony Marshall mengatakan bahwa *restorative justice is a process whereby parties with a stake in a spesific offence collectively resolve how to deal with the aftermath of that offence and its implotations for the future.*⁵⁵ (keadilan restoratif adalah suatu konsep penyelesaian suatu tindak pidana yang melibatkan semua pihak yang berkepentingan untuk bersama-sama mencari pemecahan dan sekaligus mencari penyelesaian dalam menghadapi kejadian setelah timbulnya tindak pidana tersebut serta bagaimana mengatasi implikasinya di masa datang).

⁵³ Rufinus Hotmaulana Hutahuruk, *Penanggulangan Kejahatan Korporasi Melalui Pendekatan Restoratif Suatu Terobosan Hukum*, Sinar Grafika, Jakarta, 2013, hlm. 106.

⁵⁴ Eva Achjani Zulfa, *op.cit*, 2011, hlm. 66

⁵⁵ James Dignan, *Understanding Victim and Restorative Justice*, Open University Press, England, 2005, hlm. 3

Tujuan utama keadilan restoratif menurut Wright adalah pemulihan sedangkan tujuan kedua adalah ganti rugi. Hal ini berarti bahwa proses penanggulangan tindak pidana melalui pendekatan restoratif adalah suatu proses penyelesaian tindak pidana, yang bertujuan untuk memulihkan keadaan yang di dalamnya termasuk ganti rugi terhadap korban melalui cara-cara yang disepakati oleh para pihak yang terlibat di dalamnya.⁵⁶

Hakikinya keadilan restoratif dapat dimaknai sebagai keadilan bagi korban tindak pidana melalui pendekatan litigasi dan non litigasi. Dalam pendekatan litigasi titik berat pada orientasi pemidanaan mendudukan korban sebagai bagian penting dari tujuan pemidanaan, demikian pula dengan melibatkan korban dalam sistem peradilan pidana sebagaimana yang diterapkan pada model hak-hak prosedural (*the procedural rights model*). Penjatuhan sanksi pembayaran ganti rugi yang wajib dipenuhi oleh pelaku kejahatan di samping pidana pokok lainnya merupakan model pemidanaan yang restoratif. Sedangkan keadilan restoratif bagi korban kejahatan melalui pendekatan non litigasi, hal mana mediasi sebagai pilihan penyelesaian sengketa.

Mediasi merupakan salah satu bentuk lembaga musyawarah dalam hukum, yang umum dipakai dalam menyelesaikan perkara perdata dan merupakan kegiatan yang menjembatani kedua belah pihak yang bersengketa untuk mencapai kesepakatan.

⁵⁶ Rofinus Hotmaulana Hutahuruk, *op.cit*, hlm. 107.

Menurut Mark William Bakker bahwa dalam hukum pidana mediasi berarti proses penyelesaian perkara pidana dengan mempertemukan pelaku kejahatan dan korban untuk mencapai kesepakatan bersama berkaitan dengan kejahatan yang dilakukan pelaku dan restitusi yang diberikan kepada korban. Pertemuan ini diantarai oleh seorang mediator atau lebih yang berasal dari penegak hukum, pemerintah, orang yang bergerak di bidang lembaga swadaya masyarakat, maupun tokoh masyarakat.⁵⁷

Penggunaan mediasi dalam perkara pidana tumbuh dan berkembang dalam praktik. Para ahli hukum pidana pun menyerukan perlunya diadakan program-program yang bertujuan mempertemukan korban dan pelaku untuk penyelesaian masalah yang mereka hadapi dengan baik. Menurut Adina Levine hal ini atas dasar pertimbangan bahwa peradilan pidana sesungguhnya bukan merupakan institusi yang paling baik menyelesaikan konflik antara korban dan pelaku. Hal ini disebabkan karena peradilan ternyata memiliki standar keadilan tersendiri terkait dengan pelaku kejahatan yang sama sekali tidak memperhatikan keinginan-keinginan korban. Selanjutnya Menurut Jack B. Weistein, penyelesaian melalui peradilan pidana akan merusak hubungan kekeluargaan antara korban dan pelaku. Hubungan yang awalnya damai

⁵⁷ Mahrus Ali, *Melampaui Positivisme Hukum Negara*, Aswaja Presindo, Yogyakarta, 2013, hlm. 96.

tenteram, harmonis dan bersifat kekeluargaan hancur dengan sistem peradilan pidana.⁵⁸

Atas dasar kelemahan yang diuraikan tersebut di atas maka proses penyelesaian konflik tidak hanya berada di tangan peradilan pidana tapi dengan mengefektifkan eksistensi mediasi penal, karena memiliki kelebihan yang tidak ditemukan dalam sistem peradilan pidana yakni:⁵⁹

- 1) Mediasi penal akan mengurangi perasaan balas dendam korban, lebih fleksibel karena tidak harus mengikuti prosedur sebagaimana dalam sistem peradilan pidana, dan lebih sedikit menghabiskan biaya, serta prosesnya lebih cepat dibanding dengan proses litigasi (Mark Willian Bakker)
- 2) Beban sistem peradilan pidana karena menumpuknya perkara dapat dikurangi dengan kehadiran mediasi (Larysa Simms).
- 3) Mediasi memberikan kesempatan kepada korban bertemu dengan pelaku untuk membahas kejahatan yang telah merugikan kehidupannya, mengungkapkan perhatian dan perasaannya serta meminta adanya restitusi (Mary Ellen Reimund).
- 4) Mediasi menciptakan kembali hubungan yang harmonis antara korban dan pelaku. Kondisi ini tidak ditemukan di dalam penyelesaian konflik melalui sistem peradilan pidana. Pemberian maaf korban kepada pelaku akan mengurangi rasa bersalah pelaku dan menciptakan rekonsiliasi antara keduanya (Jennifer Gerarda Brown).

Pendekatan restoratif melalui mediasi penal sesungguhnya bukan hal baru. Pranata ini telah dikenal dan dipraktikkan di Indonesia dalam lingkup hukum adat. Konsep hukum adat Indonesia sebagai wadah dari institusi peradilan adat yang juga memiliki konsep yang dapat digambarkan sebagai akar keadilan restoratif. Di Indonesia, karakteristik dari hukum adat di tiap daerah pada umumnya amat mendukung

⁵⁸ Mahrus Ali, *ibid*, hlm. 99.

⁵⁹ *Ibid*.

penerapan keadilan restoratif. Marc Levin menyatakan bahwa pendekatan yang dulu dinyatakan sebagai usang, kuno dan tradisional kini justru dinyatakan sebagai pendekatan yang progresif.⁶⁰

Model penyelesaian *restorative justice* dikenal beberapa bentuk selain mediasi, sebagaimana dikatakan oleh Margarita Zenova bahwa *the main broad categories of 'modern' restorative practices include victim-offender reconciliation and mediation programmes, family group conferencing and sentencing circles.*⁶¹ (kategori luas yang utama dari *restoratif justice* modern meliputi rekonsiliasi antara korban dan pelaku, program-program mediasi, pertemuan keluarga serta urutan sanksi).

c. **Keadilan Menurut Paham Pancasila**

Berbeda dengan paham positivisme dan juga paham sosiologis, keadilan paham Pancasila memandang bahwa keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia mengajak masyarakat aktif dalam berbagi dengan sesama rakyat Indonesia demi terwujudnya kesejahteraan umum, yaitu kesejahteraan lahir dan batin selengkap mungkin bagi seluruh rakyat. Manusia Indonesia menyadari hak dan kewajiban yang sama untuk menciptakan keadilan sosial dalam kehidupan masyarakat Indonesia. Dalam rangka ini dikembangkan perbuatan luhur yang mencerminkan sikap dan suasana kekeluargaan dan kegotongroyongan.

⁶⁰ Eva Achjani Zulfa, *op.cit*, 2011, hlm. 67.

⁶¹ Margarite Zenova, *Restorative Justice, Ideas and Realities, Published by Ashgate Publishing limited, England, 2007*, hlm. 8.

Untuk itu dikembangkan sikap adil terhadap sesama, menghormati perbedaan dan menolak isu sentimen suku, agama, ras dan antar golongan (SARA), menjaga keseimbangan antara hak dan kewajiban, serta menghormati hak-hak orang lain serta mengeliminir perbedaan dengan cara pengambilan keputusan melalui musyawarah dan mufakat.

Nilai-nilai Pancasila bersifat obyektif karena sesuai dengan kenyataan dan bersifat umum. Sedangkan sifat subyektif karena hasil pemikiran bangsa Indonesia. Nilai Pancasila secara obyektif antara lain: bahwa inti sila-sila Pancasila akan tetap ada sepanjang masa dalam kehidupan manusia baik dalam adat kebiasaan, kebudayaan, maupun kehidupan keagamaan.

Nilai Pancasila secara subyektif antara lain: nilai Pancasila timbul dari hasil penilaian dan pemikiran filsafat dari bangsa Indonesia sendiri, nilai Pancasila yang merupakan filsafat hidup/pandangan hidup/pedoman hidup/ pegangan hidup/ petunjuk hidup sangat sesuai dengan bangsa Indonesia.

Makna dari sila kelima Pancasila yang disarikan isi dan naskah tersebut kedalam 45 butir P-4 diantaranya; Mengembangkan perbuatan luhur yang mencerminkan sikap dan suasana kekeluargaan dan kegotong-royongan, Mengembangkan sikap adil terhadap sesama, Menjaga keseimbangan antara hak dan kewajiban, Menghormati hak orang lain, Suka memberikan pertolongan kepada orang lain agar dapat berdiri sendiri, Tidak menggunakan hak milik usaha-usaha yang bersifat

pemerasan terhadap orang lain, Tidak menggunakan hak milik untuk hal-hal yang bersifat pemborosan dan gaya hidup mewah, Tidak menggunakan hak-hak milik untuk hal-hal yang bertentangan dengan kepentingan umum. Suka bekerja keras, Suka menghargai hasil karya orang lain yang bermanfaat bagi kemajuan dan kesejahteraan bersama, Suka melakukan kegiatan dalam rangka mewujudkan kemajuan yang merata dan berkeadilan sosial.

Sila kelima Pancasila yang berbunyi Keadilan Sosial Bagi Seluruh Rakyat Indonesia diliputi, didasari, dijiwai oleh sila ke 1, 2, 3, 4. Dengan demikian makna yang terkandung dalam sila kelima Pancasila merupakan gambaran terlengkap 5 dari makna keseluruhan Pancasila. Namun nilai yang terkandung dalam Pancasila selain sila kelima juga memiliki keterkaitan dengan sila lainnya.

Dalam kehidupan sehari-hari, pengamalan sila kelima Pancasila terkadang tidak sesuai dengan makna yang terkandung dalam sila tersebut. Hal ini akan berakibat pada berubahnya sikap masyarakat Indonesia. Jika masyarakat Indonesia bersikap tidak sesuai nilai dan norma Pancasila, maka bisa dikatakan bangsa tersebut kehilangan jati diri bangsa.

Jika suatu bangsa kehilangan jati diri bangsa, mudah bangsa lain untuk menjajah bangsa Indonesia. Perilaku yang dipedomankan sebagai pengamalan Pancasila beserta pengamalan di masyarakat Indonesia diantaranya; Mengembangkan perbuatan luhur yang mencerminkan sikap

dan suasana kekeluargaan dan kegotong-royongan. Kita hidup di lingkungan yang masih berada di wilayah Indonesia. Sudah menjadi kodrat manusia sebagai makhluk sosial sebaiknya memiliki sikap tolong menolong antar sesama, gotong-royong, tenggang rasa sesama manusia tanpa membedakan ras, suku, jenis kelamin dan agama. Namun, dimasa sekarang nampaknya sikap tersebut sudah meluntur. Banyak orang yang bekerja sehari suntuk hingga ia tidak dapat bersosialisasi dengan lingkungannya. Hingga timbul sikap acuh tak acuh dan individualis, sikap yang bertentangan dengan nilai Pancasila. Seharusnya kita sebagai rakyat Indonesia yang memiliki pandangan hidup Pancasila lebih mementingkan kepentingan sosial di atas kepentingan pribadi. Mengembangkan sikap adil terhadap sesama. Penjabaran makna adil yang sesungguhnya terkadang memberikan pro dan kontra antar manusia. Adil dalam hukum yakni semua rakyat Indonesia memiliki kedudukan yang sama dimata hukum. Adil terhadap sesama yaitu, memperlakukan manusia sama dengan yang lain tanpa membedakan suku, ras, agama, jenis kelamin.

Menjaga keseimbangan antara hak dan kewajiban. Rakyat Indonesia memiliki hak dan kewajiban yang sama untuk membela negaranya. Rakyat Indonesia juga memiliki jaminan hak asasi manusia yang tertuang dalam UUD 1945. Hak asasi manusia tersebut mencakup hak atas kedudukan yang sama dalam hukum, hak atas penghidupan yang layak, hak atas kehidupan berserikat dan, berkumpul, hak atas kebebasan

mengeluarkan pendapat, hak atas kemerdekaan memeluk agama, hak untuk mendapatkan pengajaran, dan sebagainya. Dengan dirumuskannya hak asasi dalam UUD 1945, mengandung pengertian bahwa UUD mewajibkan pemerintah dan lain-lain penyelenggara negara untuk memelihara budi pekerti kemanusiaan yang luhur yang bersifat universal serta memegang teguh cita-cita moral rakyat yang luhur, seperti: Menghormati hak orang lain, Setiap manusia memiliki hak, Hak yang telah diperoleh dan dibawanya sejak lahir yaitu hak asasi manusia, Hak asasi manusia berlaku sejak ia lahir di bumi tanpa perbedaan atas dasar bangsa, ras, agama, kelamin.

Dengan HAM, manusia memperoleh kesempatan untuk berkembang sesuai dengan bakat dan cita-citanya, seperti: Suka memberikan pertolongan kepada orang lain agar dapat berdiri sendiri, Untuk mengejar kehidupan yang lebih baik, manusia harus bekerjasama dengan manusia lain dalam masyarakat, Manusia mustahil dapat hidup sendiri tanpa bantuan orang lain. Kenyataan ini menimbulkan kesadaran bahwa segala yang dicapai dan kebahagiaan yang dirasakan oleh manusia pada dasarnya adalah berkat bantuan dan kerjasama orang lain di masyarakat. Tidak menggunakan hak milik usaha-usaha yang bersifat pemerasan terhadap orang lain. Masih sering kita jumpai kasus-kasus suap, pungli, sogokan marak disegala bidang. Bukan hanya badan usaha milik pemerintah, badan usaha milik swasta juga dapat kita jumpai pungli, suap, sogokan. Hal tersebut sangat merugikan masyarakat dan negara.

Masyarakat dirugikan karena melakukan pengorbanan yang lebih banyak dari pada peraturan yang telah ditetapkan dan tidak memiliki kesempatan untuk mendapatkan apa yang ia inginkan dikarenakan pungli, sogokan dan suap.

Sedangkan negara menderita kerugian dikarenakan sesuatu yang seharusnya benar kelak menjadi salah. Semisal penerimaan pegawai negeri, pemerintah dirugikan oleh karena calon yang diterima berdasar pada banyaknya suap bukan karena standar penerimaan yang telah ditetapkan. Jika penyelewengan penggunaan hak milik usaha untuk pemerasan ini tidak dibenahi, boleh jadi hukum kelak bisa dibeli.

Tidak menggunakan hak milik untuk hal-hal yang bersifat pemborosan dan gaya hidup mewah. Indonesia memiliki hasil bumi yang sangat melimpah. Dari sektor pertambangan, perkebunan, pertanian, kelautan, dan lain-lain. Semua hasil bumi tersebut menjadikan Indonesia kaya akan hasil bumi. Walaupun demikian banyak kekayaan Indonesia, kita sebagai rakyat Indonesia tidak diperbolehkan menggunakan kekayaan negara tersebut dengan berlebihan dan gaya hidup mewah. Karena diantara sumber daya alam tersebut ada sebagian yang tidak dapat diperbaharui dan masih banyak saudara kita yang memiliki kehidupan yang tak layak. Sedangkan Indonesia memiliki berjuta kekayaan yang seharusnya turut dinikmati seluruh rakyat Indonesia.

Tidak menggunakan hak-hak milik untuk hal-hal yang bertentangan dengan atau kepentingan umum. Sering kita mendengar kasus-kasus koruptor yang menjamur di Indonesia. Korupsi dapat jadi karena koruptor melaksanakan hak-hak asasi manusia cenderung untuk berlebih-lebihan, sehingga merugikan negara dan masyarakat. Seharusnya, manusia lebih memprioritaskan kepentingan umum diatas kepentingan pribadi. Dan kepentingan tersebut hendaknya tidak bertentangan dengan kepentingan umum. Suka bekerja keras. Kerja keras kita butuhkan untuk mengupayakan apa yang kita inginkan menjadi terwujud. Perwujudan itu hendaknya dilakukan dengan langkah yang benar, sesuai dengan hukum. Namun, banyak orang yang mengupayakan perwujudan keinginannya tersebut dengan cara yang tidak sesuai dengan ajaran nilai Pancasila, misalnya menyuap. Hendaknya kita sebagai bangsa Indonesia yang berpedoman Pancasila mengupayakan perwujudan sesuatu yang ia inginkan dengan kerja keras. Bukan mencari jalan pintas guna keinginannya terwujud.

Suka menghargai hasil karya orang lain yang bermanfaat bagi kemajuan dan kesejahteraan bersama. Banyak karya anak negeri Indonesia ini yang berprestasi dan berkarya. Hasil karya anak Indonesia tidak kalah dengan negara lain. Hendaknya kita hargai dan kita dukung hasil karya mereka sebagai hasil karya anak bangsa Indonesia yang bermanfaat bagi kemajuan dan kesejahteraan bersama serta memberikan

motivasi kepada anak negeri Indonesia lainnya untuk tetap terus berkarya.

Suka melakukan kegiatan dalam rangka mewujudkan kemajuan yang merata dan berkeadilan sosial. Pemerataan perekonomian di Indonesia masih perlu dilaksanakan. Hal ini perlu, dikarenakan pertumbuhan ekonomi antar daerah masih berbeda. Jika pertumbuhan perekonomian Indonesia tidak merata, ini menyebabkan ketertinggalan suatu daerah dengan daerah lain. Pemerintah dalam mengatasi hal ini menggalakkan pemerataan penduduk, pemerataan perekonomian dengan program pinjaman modal dan lain-lain. Langkah pemerintah tersebut berguna untuk mewujudkan pemerintahan yang adil bagi seluruh rakyat Indonesia.

Sila kelima “Keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia” mengajak masyarakat aktif dalam berbagi dengan sesama rakyat Indonesia demi terwujudnya kesejahteraan umum, yaitu kesejahteraan lahir dan batin selengkap mungkin bagi seluruh rakyat. Manusia Indonesia menyadari hak dan kewajiban yang sama untuk menciptakan keadilan sosial dalam kehidupan masyarakat Indonesia. Dalam rangka ini dikembangkan perbuatan luhur yang mencerminkan sikap dan suasana kekeluargaan dan kegotongroyongan. Untuk itu dikembangkan sikap adil terhadap sesama, menjaga keseimbangan antara hak dan kewajiban, serta menghormati hak-hak orang lain. Adapun makna sila kelima adalah: Mewajibkan negara untuk mengikutsertakan seluruh rakyat dalam

kehidupan ekonomi, sosial dan budaya. Membagi beban dan hasil usaha bersama secara proporsional di antara semua warga negara dengan memperhatikan secara khusus mereka yang lemah kedudukannya agar tidak terjadi ketidakadilan serta kesewenang-wenangan dari pihak yang kuat terhadap pihak yang lemah.

Pengamalan Pancasila seperti yang tertuang dalam P4 (Pedoman Penghayatan dan Pengamalan Pancasila) pada Tap MPR No. II/MPR/1978, disebutkan pada sila kedua dalam Pancasila yaitu kemanusiaan yang adil dan beradab. Kemanusiaan berasal dari kata manusia, yakni makhluk ciptaan Tuhan Yang Maha Esa, yang memiliki potensi, pikir, rasa, karsa dan cipta, karena potensi ini manusia mempunyai, menempati kedudukan dan martabat yang tinggi. Kata adil mengandung makna bahwa suatu keputusan dan tindakan didasarkan atas ukuran/ norma-norma yang obyektif, dan tidak subyektif, sehingga tidak sewenang-wenang.⁶²

Kata beradab berasal dari kata adab, artinya budaya. Jadi adab mengandung arti berbudaya, yaitu sikap hidup, keputusan dan tindakan yang selalu dilandasi oleh nilai-nilai budaya, terutama norma sosial dan kesusilaan/ moral. Kemanusiaan yang adil dan beradab mengandung pengertian adanya kesadaran sikap dan perbuatan manusia yang didasarkan kepada potensi budi nurani manusia dalam hubungannya dengan norma-norma dan kebudayaan umumnya. Potensi kemanusiaan

⁶² <https://febriya27.wordpress.com/pancasila/kemanusiaan-yang-adil-dan-beradab/>

dimiliki oleh semua manusia di dunia, tanpa memandang ras, keturunan dan warna kulit, serta bersifat universal.⁶³

Kemanusiaan yang adil dan beradab bagi bangsa Indonesia bersumber pada ajaran Tuhan Yang Maha Esa yakni sesuai dengan kodrat manusia sebagai ciptaanNya. Pokok pikiran dari sila kemanusiaan yang adil dan beradab adalah sebagai berikut: Menempatkan manusia sesuai dengan tempatnya sebagai makhluk Tuhan, maksudnya itu mempunyai sifat universal. Menjunjung tinggi kemerdekaan sebagai hak segala bangsa. Ini juga universal, bila di terapkan di Indonesia tentu bangsa Indonesia menghargai dari setiap warga negara dalam masyarakat Indonesia. Sila ini mengandung prinsip menolak atau menjauhi suatu yang bersumber pada diskriminasi SARA dan mengusahakan kebahagiaan lahir dan batin. Mewujudkan keadilan dan peradaban yang tidak lemah. Yang dituju bangsa Indonesia adalah keadilan dan peradaban yang tidak pasif, yaitu perlu pelurusan dan penegakan hukum yang kuat jika terjadi penyimpangan. Keadilan harus direalisasikan dalam kehidupan masyarakat. Manusia di tempatkan sesuai dengan harkatnya. Manusia mempunyai derajat yang sama didepan hukum. Hak kebebasan dan kemerdekaan dijunjung tinggi. Dengan adanya prinsip ini jika dalam masyarakat ada kelompok ras, kita tidak boleh bersifat eksklusif menyendiri satu sama lain. Di Indonesia dasar hidup masyarakat persatuan dan kesatuan yang jika di hubungkan dengan prinsip

⁶³ <https://febriya27.wordpress.com/pancasila/kemanusiaan-yang-adil-dan-beradab/>

kemanusiaan itu, maka rasionalisme harus tidak ada. Oleh karena itu di Indonesia diharapkan selalu tumbuh dan berkembang kebahagiaan lahir dan batin.

Mewujudkan keadilan dan peradaban yang tidak lemah berarti diusahakan perwujudannya secara positif. Jika ada hal yang menyimpang dari norma-norma dan nilai-nilai yang berlaku, harus dilakukan tindakan yang setimpal. Prinsip manusia adalah nilai-nilai yang di masyarakat Indonesia sudah terpelihara sejak dahulu. Nilai itu diperkuat dengan datangnya agama besar di Indonesia dan dianut bangsa Indonesia. Suasana demikian itu menumbuhkan suasana keakraban, walaupun pada masa dahulu semangat ini mulai kendor, karena fenomena disintegrasi yang menampilkan konflik yang disertai dengan tindakan anarkis kekerasan, dan tindakan yang merendahkan martabat manusia. Landasan kehidupan masyarakat Indonesia beranjak dari senasib dan sepenanggungan dan kemanusiaan dalam arti luas dan meneruskan kebiasaan setia secara mufakat.⁶⁴ Menilai atau menimbang adalah kegiatan manusia yang menghubungkan sesuatu dengan sesuatu yang lainnya untuk selanjutnya diambil keputusan seperti, baik dan tidak baik, berguna dan tidak berguna, benar dan tidak benar.

Sebagai dasar filsafat Negara, Pancasila tidak hanya merupakan sumber dari peraturan Perundang-undangan, melainkan juga merupakan sumber moralitas terutama dalam pelaksanaan dan penyelenggaraan

⁶⁴ <http://kuliaah-chooky.blogspot.com/2013/01/kata-pengantar-segala-puji-bagi-allah.html>.

Negara. Sila ke-2 yang berbunyi “Kemanusiaan yang adil dan beradab” merupakan sumber nilai moral bagi kehidupan kebangsaan dan kenegaraan. Nilai rohani dibedakan menjadi 4, yaitu : Nilai kebenaran/ kenyataan yang bersumber pada unsur akal manusia, Nilai keindahan yang bersumber pada unsur rasa manusia (perasaan), Nilai kebaikan/ moral yang bersumber pada unsur kehendak/ kemauan manusia/ etika, Nilai religius/ ketuhanan yang bersumber pada kepercayaan atau keyakinan manusia.

Dari uraian penjelasan di atas dapat kita ketahui bahwa Pancasila sebagai kepribadian bangsa mengandung nilai yang menuntun rakyat Indonesia untuk berperilaku selaras dengan ajaran Pancasila yang begitu banyak dan memiliki kemanfaatan bagi negara Indonesia guna mewujudkan cita-cita bangsa Indonesia sebagai bangsa yang memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, dan ikut melaksanakan perdamaian.

3. Teori Tujuan Pidanaan Integratif.

Masalah pidana merupakan masalah yang urgen dalam hukum pidana. Dahulu pidana dianggap sebagai persoalan yang sederhana, oleh negara sebagai pihak yang memegang kekuasaan tertinggi mempunyai wewenang untuk menghukum terhadap barang siapa yang melanggar hukum pidana. Tujuan pidanaan klasik masih berorientasi pada pembalasan atas apa yang dilakukan oleh pelaku kejahatan tanpa mempertimbangkan aspek lain yang sekiranya menjadi penting untuk dipertimbangkan.

Dewasa ini masalah pemidanaan menjadi sangat kompleks sebagai akibat dari usaha untuk lebih memperhatikan faktor-faktor yang menyangkut hak asasi manusia, serta menjadikan pidana bersifat operasinal dan fungsional. Untuk itu diperlukan pendekatan multidimensi yang bersifat mendasar terhadap dampak pemidanaan, baik yang menyangkut dampak yang bersifat individual maupun dampak yang bersifat sosial. Pendekatan semacam ini mengakibatkan adanya keharusan untuk memilih teori integratif tentang tujuan pemidanaan, yang dapat memenuhi fungsinya dalam rangka mengatasi kerusakan-kerusakan yang diakibatkan oleh tindak pidana (*individual and social damages*).⁶⁵

Teori integrative merupakan teori gabungan yang menganulir gagasan-gagasan yang dianut masing-masing teori pemidanaan yang ada, dengan asumsi bahwa dampak pemidanaan yang dijatuhkan oleh hakim harus mempunyai manfaat secara praktis bagi pelaku kejahatan, korban kejahatan dan masyarakat secara keseluruhan. Pallegino Rossi sebagaimana dikutip oleh Muladi dan Barda Nawawi⁶⁶ mengemukakan teori gabungan yang dalam teori pemidanaan yang berkembang di dalam sistem Eropa Kontinental disebut *vereninging theorieen*. Sekalipun ia menganggap retributif sebagai asas utama dan bahwa dalam teori integratif pidana mempunyai berbagai pengaruh antara lain pencegahan, penjeraan dan perbaikan suatu yang rusak dalam masyarakat.

⁶⁵ Muladi, *Lembaga Pidana Bersyarat*, Alumni, Bandung, 1985, hlm. 53.

⁶⁶ Eva Achjani Zulfa, *op.cit*, 2011, hlm. 61.

Seiring dengan perkembangan teori-teori pidana, maka teori integratif juga semakin berkembang. Semula teori integratif disebut dengan teori gabungan hanya mengakomodir dua teori tujuan pidana yakni teori absolut dan teori relatif. Paradigma tujuan pidana tersebut masih berorientasi pada teori *retributif* dan teori *deterence*. Teori retributif memandang bahwa pidana adalah akibat nyata/mutlak yang harus ada sebagai suatu pembalasan kepada pelaku tindak pidana, sedangkan menurut teori *deterence* selain fungsi pembalasan ada tujuan yang lebih bermanfaat yang paling utama yang hendak dicapai. Jeremy Bentham (1748-1832), seorang filsuf Inggris yang diklasifikasikan sebagai penganut *utilitarian hedonist* mengatakan bahwa tujuan kemanfaatan atau sasaran pembentuk undang-undang menentukan prinsip kegunaan dengan mempertimbangkan hal berikut:⁶⁷

- a. *to prevent all offenders* (mencegah semua penjahat),
- b. *if this fails, to induce a person to commit a less mischievous offence* (jika gagal akan menyebabkan seseorang melakukan pelanggaran ringan),
- c. *to dispose an offender to do as little mischief as in necessary to his purpose* (membuat pelaku melakukan kejahatan sekecil mungkin sebagai tujuan penting),
- d. *to prevent the mischief at as cheap a rate as possible* (mencegah kejahatan sampai ke tingkat serendah mungkin).

Teori absolut dan teori relatif mempunyai kelemahan-kelemahan disamping kelebihanannya. Teori gabungan berhasil melihat sisi positif yang

⁶⁷ C. Djisman Samosir, *Sekelumit Tentang Penologi & Permasalahan*, Nuansa Aulia, Bandung, 2012, hlm. 91.

terdapat pada kedua teori tersebut. Menurut E. Utrecht teori gabungan dapat dibagi ke dalam tiga golongan yaitu:⁶⁸

- a. Teori gabungan yang menitikberatkan pada pembalasan, tetapi pembalasan tidak boleh melampaui batas apa yang perlu dan sudah cukup untuk dapat mempertahankan tata tertib masyarakat,
- b. Teori gabungan yang menitikberatkan pada pertahanan tata tertib masyarakat, tetapi hukuman tidak boleh lebih berat daripada suatu penderitaan yang beratnya sesuai dengan beratnya perbuatan yang dilakukan oleh si terhukum,
- c. Teori yang menggabungkan yang menganggap kedua asas tersebut harus dititikberatkan sama.

Seiring perkembangan hak asasi manusia secara berimbang antara pelaku dan korban kejahatan serta kepentingan masyarakat maka selain teori retributif dan teori deterence, berkembang pula teori rehabilitasi, teori incapacitation, teori resosialisasi, teori restitusi dan kompensasi. Dengan demikian teori integratif semakin memperkaya dirinya dengan dampak yang begitu luas dari pembedaan.

Teori rehabilitasi dilatarbelakangi oleh pandangan positivis dalam kronologi tentang kejahatan. Aliran ini lahir pada abad ke-19 yang dipelopori Casare Lombroso (1835-1909), Enrico Ferri (1856-1928) dan Raffaele Garofalo (1852-1934). Penyebab kejahatan lebih dikarenakan adanya penyimpangan sosial yang disintegrasi dalam masyarakat. Menurut C. Rey Jeffery bahwa pembedaan yang dimaksudkan aliran ini untuk memberikan tindakan perawatan (*treatment*) dan perbaikan (*rehabilitation*) kepada pelaku kejahatan sebagai pengganti dari penghukuman. Argumen aliran positivis ini

⁶⁸ E. Utrecht, *Hukum Pidana I*, Pustaka Tinta Mas, Surabaya, 1986, hlm. 186.

dilandasi pada alasan bahwa pelaku kejahatan adalah orang yang sakit sehingga membutuhkan tindakan perawatan dan perbaikan.⁶⁹

Teori *Incapacitation* merupakan teori pemidanaan yang membatasi orang dari masyarakat selama waktu tertentu dengan tujuan perlindungan terhadap masyarakat pada umumnya.⁷⁰ Oleh sebab itu ada juga yang menyebut teori ini sebagai Teori *Social defence* (Teori Perlindungan Masyarakat). Pendekatan pemidanaan menurut teori ini ditujukan terhadap jenis kejahatan yang sifatnya sangat berbahaya dan meresahkan masyarakat. Jenis pidana mati merupakan salah satu jenis pidana dalam teori ini demi perlindungan masyarakat.

Teori Resosialisasi muncul sebagai akibat dari anggapan bahwa memisahkan pelaku dari kehidupan sosial masyarakat dan membatasinya untuk dapat berkomunikasi dengan masyarakat pada dasarnya dapat berakibat buruk terhadap pelaku kejahatan, untuk itulah diperlukan suatu mekanisme agar pelaku tindak pidana dapat berinteraksi dan bersosialisasi dengan lingkungan masyarakat. Teori ini banyak memperoleh kritik karena teori ini hanya dapat dipakai dan jelas terlihat sebagai sarana akhir masa hukuman untuk mempersiapkan diri memasuki masa kebebasan.⁷¹

Teori-teori yang telah dikemukakan di atas pada dasarnya lebih fokus terhadap pelaku kejahatan, baik itu teori retributif dengan pembalasannya, teori *deterrence* dengan fungsi pencegahannya, teori

⁶⁹ Marlina, *Hukum Penitensier*, Refika Aditama, Bandung, 2011, hlm. 59.

⁷⁰ Eva Achjani Zulfa, *op.cit*, 2011, hlm. 57.

⁷¹ Eva Achjani Zulfa, *ibid*, 2011, hlm. 59.

rehabilitasi dengan pemulihan atau perbaikan, teori incapacitation dengan membatasi/menghindarkan pelaku dari masyarakat, teori resosialisasi yang bertujuan agar pelaku dapat berinteraksi dan bersosialisasi dengan masyarakat jika bebas, kesemuanya berorientasi kepada pelaku kejahatan. Berbeda dengan teori Restitusi dan Kompensasi yang memandang bahwa korban sebagai bagian penting yang harus dipertimbangkan dalam penjatuhan pidana bagi pelaku kejahatan.

Dalam beberapa peraturan perundang-undangan disebutkan bahwa restitusi adalah ganti kerugian yang diberikan oleh pelaku kepada korban tindak pidana, sedangkan kompensasi adalah ganti kerugian yang diberikan oleh negara, karena pelaku tidak mampu memberikan ganti kerugian sepenuhnya yang menjadi tanggung jawabnya.

Akhirnya dapat dikatakan bahwa untuk mencapai tujuan pemidanaan yang mencerminkan keseimbangan kepentingan maka teori integratif sebagai manifestasi dari beberapa teori tersebut di atas dapat memenuhi tujuan pemidanaan yang hakiki.

4. Teori Penegakan Hukum.

Penegakan hukum merupakan suatu variabel yang sangat esensial dalam proses bekerjanya hukum dalam kehidupan masyarakat.⁷² Dengan bahasa yang lebih lugas, sebenarnya yang dimaksud penegakan hukum tidak lain dari segala daya upaya untuk menjabarkan kaidah-kaidah hukum ke dalam kehidupan masyarakat, sehingga dengan demikian dapat terlaksana

⁷² Abdullah Marlang. *Penegakkan Hukum di Bidang Konservasi Sumber Daya Alam Hayati dan Ekosistemnya di Sulawesi Selatan*, Disertasi Program Pascasarjana Universitas Hasanauddin, Makasar, 1997, hlm. 103.

tujuan hukum dalam masyarakat berupa perwujudan nilai-nilai keadilan, kesebandingan, kepastian hukum, perlindungan hak, ketertiban, kebahagiaan masyarakat dan lain-lain.⁷³

Bekerjanya sistem hukum dalam penegakan hukum (*law enforcement*) menurut Lawrence M Friedman senantiasa terdapat tiga komponen sebagai berikut:⁷⁴

- a. Struktur, yaitu keseluruhan institusi-institusi hukum yang ada beserta aparatnya, mencakup antara lain kepolisian dengan para polisinya, kejaksaan dengan para jaksanya, pengadilan dengan para hakimnya, dan lain-lain.
- b. Subtansi, yaitu keseluruhan aturan hukum, norma hukum dan asas hukum, baik yang tertulis maupun yang tidak tertulis termasuk putusan pengadilan.
- c. Kultur hukum, yaitu opini-opini, kepercayaan-kepercayaan (keyakinan-keyakinan) kebiasaan-kebiasaan, cara berpikir, dan cara bertindak, baik dari para penegak hukum maupun dari warga masyarakat, tentang hukum dan berbagai fenomena yang berkaitan dengan hukum.

Tujuan hukum setidaknya dapat tercapai jika hukum dalam bentuk aturan yang abstrak dapat diimplementasikan dengan mengandalkan beberapa faktor pendukungnya sebagaimana diuraikan oleh Friedman tersebut di atas. Menurut Wayne La Favre penegakan hukum sebagai suatu proses, pada hakikatnya merupakan penerapan diskresi yang menyangkut membuat keputusan yang tidak secara ketat diatur oleh kaidah hukum, akan tetapi mempunyai unsur penilaian pribadi.

Mengutip pendapat Roscoe Pound, maka La Favre menyatakan, bahwa pada hakikatnya diskresi berada diantara hukum dan moral (etika dalam arti

⁷³ Munir Fuady, *Aliran Hukum Kritis Paradigma Ketidakberdayaan Hukum*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2003, hlm. 39.

⁷⁴ Achmad Ali, *op.cit*, 2009, hlm. 204.

sempit).⁷⁵ Dengan demikian atas dasar pemikiran tersebut menurut Soerjono Soekanto bahwa dalam realitasnya, bekerjanya sistem hukum dalam kerangka penegakan hukum mungkin saja terjadi gangguan, yakni apabila ada ketidakserasian antara “tri tunggal” nilai, kaidah dan pola perilaku.⁷⁶ Oleh sebab itu penegakan hukum bukanlah semata-mata hanya berarti pelaksanaan perundang-undangan, tetapi bagaimana pola perilaku yakni aparat dan masyarakat (aparat yang menerapkan hukum dan masyarakat sebagai konsumen hukum) itu mendayagunakan hukum (sebagai salah satu unsur kaidah). Unsur ini saling berpengaruh dalam proses penegakan hukum-hukum. Di satu sisi kualitas perundang-undangan turut mempengaruhi perilaku hukum aparat dan masyarakat untuk mencapai tujuan hukum demikian pula sebaliknya.

Perkembangan teori penegakan hukum dikemukakan oleh Soerjono Soekanto dengan meletakkan dasar yang lebih luas dari teori Friedman. Soerjono Soekanto lebih melihat realita empiris yang terdapat dalam negara yang menghadapi permasalahan problematika penegakan hukum. Beliau mengatakan bahwa masalah pokok penegakan hukum sebagai faktor-faktor yang dapat mempengaruhi penegakan hukum setidaknya ada lima faktor sebagai berikut:⁷⁷

- a. Faktor hukumnya sendiri;
- b. Faktor penegak hukum, yakni pihak-pihak yang membentuk maupun penerapan hukum;
- c. Faktor sarana atau fasilitas yang mendukung penegakan hukum;

⁷⁵ Soerjono Soekanto, *Faktor-Faktor yang Mempengaruhi Penegakan Hukum*, PT. Raja Grafindo Persada, 2008, hlm. 7.

⁷⁶ Soerjono Soekanto, *ibid*, 2008.

⁷⁷ Soerjono Soekanto, *ibid*, 2008, hlm. 8.

- d. Faktor masyarakat, yakni lingkungan di mana hukum tersebut berlaku atau diterapkan;
- e. Faktor kebudayaan, yakni sebagai hasil karya, cipta dan rasa yang didasarkan pada karsa manusia di dalam pergaulan hidup.

Efektivitas penegakan hukum sangat bergantung pada kelima faktor tersebut oleh sebab itu sebagai unsur yang sangat esensial, antara faktor sangat berkaitan erat dan saling mempengaruhi. Faktor hukumnya sendiri merupakan unsur esensial dalam penegakan hukum. Pada negara yang menjadikan undang-undang sebagai sumber hukum utama tentunya sangat penting karena menjadi landasan utama dalam menentukan pola perilaku aparat. Perundang-undangan yang baik akan mempengaruhi efektivitas penegakan hukum. Perundang-undangan yang baik antara lain meliputi kejelasan makna sehingga tidak menimbulkan multi tafsir yang akan mempengaruhi penegakan hukum. Demikian pula dalam beberapa hal undang-undang sebagai ketentuan umum yang memerlukan aturan teknis maka efektivitas penegakan hukumnya diperlukan peraturan pelaksanaan yang menjadi pedoman bagi aparat penegak hukum. Akan menjadi masalah jika suatu perundang-undangan tidak mempunyai peraturan pelaksanaan padahal di dalam undang-undang itu sendiri diperintahkan agar beberapa hal diatur secara khusus di dalam Peraturan Pemerintah.

Penegak hukum merupakan perangkat perantara antara hukum sebagai norma dengan pencapaian tujuan hukum bagi kemanfaatan masyarakat. Untuk mencapai efektivitas penegakan hukum di samping faktor undang-undang diperlukan sumber daya aparat penegak hukum yang proporsional dan profesional (kualitas dan kuantitas). Proporsional bermakna bahwa

perbandingan antara jumlah aparat penegak hukum harus sebanding dengan beban kerja. Akan sangat mustahil efektivitas penegakan hukum akan tercapai jika tugas dan tanggungjawab seorang aparat penegak hukum melebihi rasio kemampuan beban kerja oleh sebab itu jumlah aparat penegak hukum harus rasional dengan jumlah perkara yang ada dalam suatu institusi. Penyelesaian perkara yang jumlahnya ratusan tidak akan maksimal dengan hanya ditangani oleh beberapa aparat penegak hukum yang terdapat di suatu wilayah hukum sedangkan waktu untuk menyelesaikannya terbatas.

Profesionalisme aparat dapat mempengaruhi peranan dan kedudukannya dalam mengemban tugas dan tanggung jawabnya dalam penegakan hukum. Profesionalisme antara lain dapat diukur dari tingkat pemahaman/pengetahuan, pengalaman dan melaksanakan tugas serta tanggung jawab dengan penuh dedikasi di luar dari peranan dan tanggung jawab lainnya sebagai individu dengan interaksi sosialnya.

Selain itu tanpa adanya sarana atau fasilitas maka tidak mungkin penegakan hukum akan berlangsung dengan baik. Sarana atau fasilitas antara lain mencakup tenaga manusia yang berpendidikan dan terampil, organisasi yang baik, peralatan yang memadai, keuangan yang cukup dan sebagainya.⁷⁸ Menurut penulis tenaga manusia yang dimaksudkan sebagai perangkat sarana atau fasilitas dalam hal ini adalah sumber daya manusia yang memberikan bantuan teknis di luar aparat penegak hukum (penyidik, penuntut umum, hakim) yang turut membantu kelancaran penegakan hukum. Misalnya,

⁷⁸ Soerjono Soekanto, *ibid*, 2008, hlm. 37.

petugas keamanan yang membantu proses rekonstruksi perkara, petugas laboratorium forensik yang membantu menemukan fakta dalam penyelesaian suatu perkara, panitera pengadilan dan lain sebagainya. Semua sumber daya ini juga sangat membantu kinerja aparat penegak hukum dalam melakukan penegakan hukum yang digolongkan sebagai faktor sarana atau fasilitas pendukung.

Masyarakat sebagai pihak yang mempengaruhi bekerjanya sistem hukum dipandang ikut berperan dan mempunyai pengaruh terhadap pelaksanaan penegakan hukum. Salah satu elemen yang dapat mempengaruhi perilaku hukum masyarakat adalah tingkat pengetahuan hukum masyarakat (*knowledge of the law*) yang biasanya pada masyarakat awam diperlukan proses sosialisasi hukum, tingkat kesadaran hukum dan ketaatan hukum masyarakat, serta tingkat kepercayaan hukum masyarakat terhadap aparat penegak hukum. Hal inilah yang mempengaruhi perilaku hukum masyarakat untuk menentukan pilihan taat atau tidak taat hukum.

Sehubungan dengan hal tersebut Baharuddin Lopa menyatakan bahwa adanya kesadaran hukum masyarakat yang memungkinkan dilaksanakan penegakan hukum, merupakan faktor yang dominan daripada “peraturan hukum” dan “penegak hukum”, karena peraturan hukum maupun aparat penegak hukum sendiri ditentukan juga oleh kesadaran hukum.⁷⁹

Faktor kebudayaan dipandang mempengaruhi pelaksanaan penegakan hukum. Menurut Soerjono Soekanto bahwa kebudayaan pada dasarnya

⁷⁹ Baharuddin Lopa, *Hukum Laut, Pelayaran, Perniagaan*, Alumni, Bandung, 1997, hlm. 4.

mencakup nilai-nilai yang mendasari hukum yang berlaku, nilai-nilai yang merupakan konsepsi-konsepsi abstrak mengenai apa yang dianggap baik sehingga ditaati dan apa yang dianggap buruk sehingga dihindari.⁸⁰

Kebudayaan Indonesia merupakan dasar atau mendasari hukum adat yang berlaku. Hukum adat merupakan kebiasaan yang berlaku di kalangan rakyat banyak. Akan tetapi disamping itu berlaku pula hukum tertulis (perundang-undangan). Perundang-undangan yang berlaku harus dapat mencerminkan nilai-nilai yang menjadi dasar dari hukum adat agar hukum perundang-undangan tersebut dapat berlaku secara efektif.⁸¹ Hukum adat mempunyai daya efektivitas dan tingkat ketaatan masyarakat yang tinggi karena nilai-nilai yang dibangun dalam hukum adat berjalan secara alamiah sesuai dengan kultur dan kebudayaan masyarakatnya. Oleh sebab itu semakin banyak persesuaian antara peraturan perundang-undangan dengan kebudayaan masyarakat, maka akan semakin mudahnya penegakan hukumnya. Sebaliknya apabila suatu peraturan perundang-undangan tidak sesuai atau bertentangan dengan kebudayaan masyarakat, maka akan semakin sukar untuk melaksanakan atau menegakkan peraturan hukum tersebut.

G. Kerangka Pemikiran.

Hukum pidana ditujukan untuk menegakkan tertib hukum dan melindungi masyarakat.⁸² Negara sebagai pemegang otoritas tertinggi bertanggung jawab

⁸⁰ Soerjono Soekanto, *op.cit*, 2008, hlm. 59.

⁸¹ Soerjono Soekanto, *ibid*, 2008, hlm. 64.

⁸² Jan Rummelink, *Hukum Pidana. Komentar Atas Pasal-Pasal Terpenting dari Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Belanda dan Padanannya dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Indonesia*, PT. Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2003, hlm. 14.

untuk melindungi keamanan warga negaranya dari tindak kejahatan sebagaimana diamanatkan dalam UUD 1945.

Realitas menunjukkan negara sebagai pengendali kebijakan penanggulangan kejahatan yang gagal melindungi warganya dari kejahatan tidak menunjukkan adanya tanggung jawab terhadap kerugian yang dialami oleh korban kejahatan. Sistem tanggap terhadap penderitaan korban kejahatan hanya dijadikan instrumen pemidanaan terhadap terdakwa, sedangkan substansi pemidanaan tidak berhubungan langsung dengan dampak kejahatan atau menyentuh kepentingan korban kejahatan, akhirnya pemulihan akibat kejahatan menjadi beban dan tanggung jawab korban kejahatan sendiri jika tidak didapat dari pelaku kejahatan, termasuk usaha agar ia bisa kembali dan terintegrasi dalam kehidupan masyarakat secara normal (reintegrasi).⁸³

Sistem peradilan pidana yang selama ini bekerja dalam menjalankan fungsinya berpegang pada perspektif "*Retributive Justice*" yakni sistem peradilan pidana yang berorientasi pada pelaku kejahatan dengan tujuan menyelesaikan kasus yang terjadi dan beranggapan bahwa masyarakat (korban) telah memperoleh keadilan dengan dipidananya pelaku yang bersalah.

Sistem peradilan pidana telah cukup lama melupakan kepentingan korban kejahatan, sehingga oleh William F. Mc Donald korban dikatakan sebagai "*forgetten people in the system*". Sistem hanya menempatkan korban sebagai pelapor (pengadu) dan saksi yang amat diperlukan untuk menjatuhkan pidana

⁸³ Mudzakir, *op.cit*, hlm. 14.

kepada pelanggar.⁸⁴ Kepentingan korban sebagai dampak dari penderitaan materil dan immateril dari kejahatan seakan dikesampingkan dan menjadi urusan pribadi korban sendiri. Pranata hukum pidana yang ada belum sepenuhnya memberikan jaminan keadilan bagi korban untuk mendapatkan restitusi atau kompensasi. Padahal negara dalam hal ini dianggap turut bertanggung jawab terhadap terjadinya viktimisasi.

Pergeseran paradigma *Retributive Justice* kepada *Restorative Justice* dalam penegakan hukum pidana sudah saatnya untuk dilakukan, baik melalui sarana penal dan non penal. Mekanisme pemidanaan hendaknya mempertimbangkan kepentingan korban kejahatan atas kerugian yang dideritanya dan jikalau pun memungkinkan sarana non penal bisa menjadi alternatif pilihan penyelesaian perkara pidana. Hakiknya pidana yang diberikan mempunyai berbagai pengaruh antara lain pencegahan, penjeratan, pemulihan pelaku (rehabilitasi) dan perbaikan suatu yang rusak dalam masyarakat (korban), sebagaimana dianulir dalam teori tujuan pemidanaan integratif.

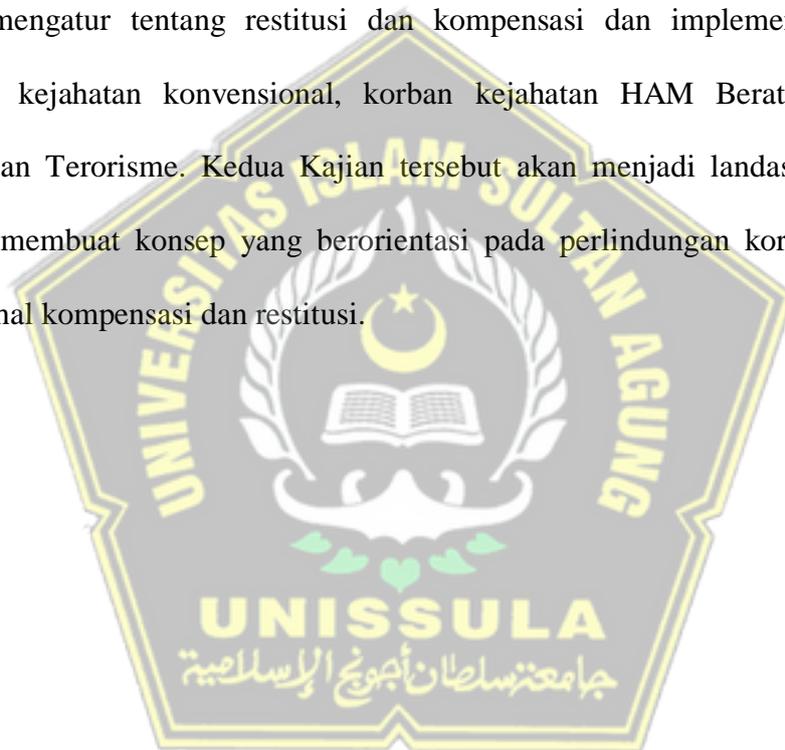
Hukum pidana hendaknya memperhatikan berbagai kepentingan yang harus dilindungi yakni kepentingan negara, kepentingan umum, kepentingan individu, kepentingan pelaku tindak pidana dan kepentingan korban tindak pidana. Untuk itulah Model Keseimbangan Kepentingan (konsep *daad-daderstrafrecht*) sebagaimana dikemukakan oleh Muladi perlu dikembangkan dalam pembaharuan hukum pidana.⁸⁵ Model ini dipandang mencerminkan nilai-nilai ideologi dan

⁸⁴ *Ibid*, hlm. 15.

⁸⁵ Muladi, *op.cit*, 1995, hlm. 5.

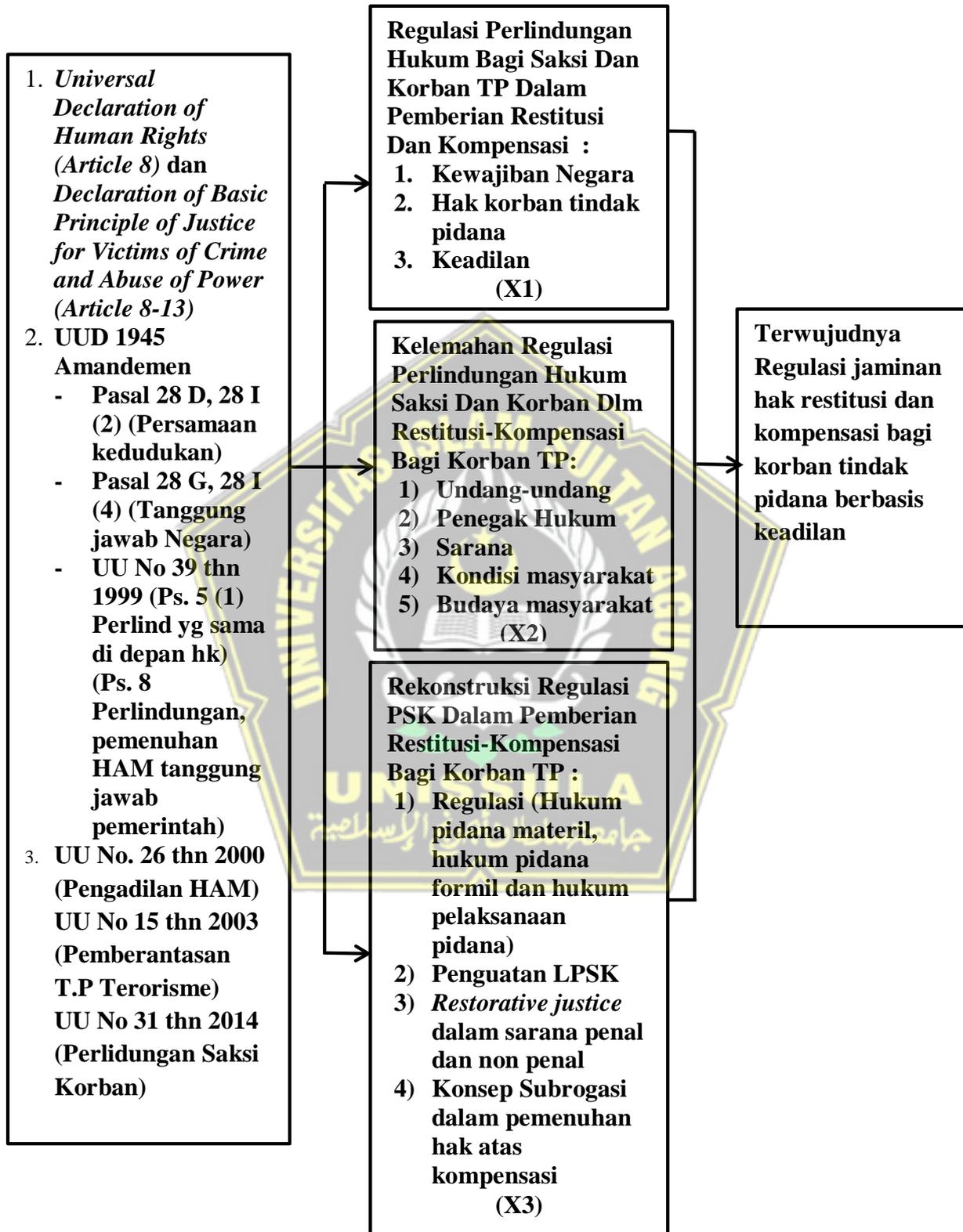
nilai-nilai *socio-kultural* masyarakat Indonesia yang bercirikan serasi, selaras dan seimbang seperti terkandung dalam Pancasila.⁸⁶

Atas dasar pemahaman tersebut di atas maka penguatan terhadap tanggungjawab negara atas kompensasi dan hak korban kejahatan akan dianalisis dari aspek filosofi yang ditunjang oleh teori-teori hukum dan asas-asas hukum, disamping meninjau kelemahan ketentuan hukum pidana yang sedang berlaku yang mengatur tentang restitusi dan kompensasi dan implementasinya pada korban kejahatan konvensional, korban kejahatan HAM Berat dan Korban kejahatan Terorisme. Kedua Kajian tersebut akan menjadi landasan yang kuat dalam membuat konsep yang berorientasi pada perlindungan korban kejahatan dalam hal kompensasi dan restitusi.



⁸⁶ Paulus Hadisuprpto, *Pemberian Malu Reintergratif Sebagai Sarana Nonpenal Penanggulangan Perilaku Delingkuen Anak*, Universitas Diponegoro, Semarang, 2003, hlm. 314.

Bagan Kerangka Pikir



H. Kerangka Konseptual

1. Konsep Negara Hukum

Sistem pemerintahan negara yang ditegaskan dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945 (UUD NRI 1945) menentukan negara Indonesia berdasarkan atas hukum (*rechtstaat*), tidak berdasarkan kekuasaan belaka (*machtstaat*)⁸⁷. Undang-Undang Dasar Negara Kesatuan Republik Indonesia Tahun 1945 dalam perubahan keempat pada tahun 2002, konsepsi Negara hukum atau *rechtstaat* yang sebelumnya tercantum dalam Penjelasan UUD NRI 1945, dirumuskan dengan tegas dalam Pasal 1 ayat (3) menyebutkan, bahwa “*Negara Indonesia adalah Negara Hukum.*” Dalam konsep Negara hukum itu diidealkan bahwa yang harus dijadikan panglima dalam dinamika kehidupan bernegara adalah ‘hukum’, bukan politik atau ekonomi. Jadi hukum sebagai sistem bukan orang perorangan yang bertindak hanya sebagai wayang dari skenario sistem yang mengaturnya. Berdasarkan uraian di atas yang dimaksud dengan Negara hukum ialah Negara yang berdiri dan menjunjung tinggi hukum dan menjamin keadilan untuk warga negaranya. Dengan demikian keadilan merupakan syarat bagi terciptanya kebahagiaan hidup serta disertai dengan rasa susila kepada setiap manusia agar menjadi warga Negara yang baik, demikian pula peraturan hukum yang sebenarnya hanya ada jika peraturan hukum itu mencerminkan keadilan bagi pergaulan hidup antar warga negaranya.

⁸⁷ Jimly Ashiddigie, 2005, *Konstitusi & Konstitusionalisme Indonesia*, Kontitusi Press, Jakarta, h. 151

Menurut Moh. Kusnardi dan Harmaily Ibrahim,⁸⁸ negara hukum adalah Negara yang berdiri di atas hukum yang menjamin keadilan kepada warganya. Keadilan merupakan syarat bagi tercapainya kebahagiaan hidup untuk warga negaranya, dan sebagai dasar dari pada keadilan itu perlu diajarkan rasa susila kepada setiap manusia agar ia menjadi warga negara yang baik. Demikian pula peraturan hukum yang sebenarnya hanya ada jika peraturan hukum itu mencerminkan keadilan bagi pergaulan hidup antar warga negaranya.

Sunaryanti Hartono lebih memilih memakai istilah *rule of law* bagi negara hukum agar supaya tercipta suatu negara yang berkeadilan bagi seluruh rakyat yang bersangkutan, penegakan *the rule of law* itu harus diartikan dalam arti yang materi.⁸⁹ Sudargo Gautama senada dengan sunaryanti Hartono menyamakan *rule of law* bagi negara hukum ia mengemukakan: “Bahwa dalam suatu negara hukum, terdapat pembatasan kekuasaan negara terhadap perseorangan. Negara tidak maha kuasa, tidak bertindak sewenang-wenang tindakan-tindakan negara terhadap warganya dibatasi oleh hukum inilah apa yang oleh ahli hukum Inggris dikenal sebagai *the rule of law*.”⁹⁰

Unsur-unsur negara hukum menurut Freidrich Julius Stahl yang diilhami oleh Immanuel Kant adalah:

⁸⁸ Moh.Kusnardi dan Harmaily Ibrahim, 1988, Pengantar Hukum Tata Negara Indonesia, Pusat Studi HTN FHUI, Jakarta, h.153.

⁸⁹ Swaryati Hartono, 1976, Apakah The Rule of Law, Bandung, Alumni, 1976, h. 35

⁹⁰ Sudargo Gautama, 1973, Pengertian tentang Negara Hukum, Bandung, Alumni, h. 8.

- a Berdasarkan dan menegakkan hak-hak asasi manusia.
- b Untuk dapat melindungi hak asasi dengan baik maka penyelenggaraan negara harus berdasarkan *trias politica*.
- c Pemerintah berdasarkan undang-undang.
- d Apabila pemerintah yang berdasarkan undang-undang masih dirasa melanggar hak asasi manusia maka harus diadili dengan peradilan administrasi.⁹¹

Sementara itu perkembangan negara hukum di Indonesia dapat dibagi menjadi 5 (lima) tahapan, antara lain:

Tahap pertama, sejak proklamasi kemerdekaan 1945 sampai awal tahun 1950-an. Gagasan tentang negara hukum (*rechtsstaat*) dapat dikemukakan dalam sidang-sidang BPUPKI (Badan Penyelidik Usaha-usaha Persiapan Kemerdekaan Indonesia) dan dalam naskah Penjelasan UUD 1945, yang menegaskan bahwa Indonesia merupakan negara berdasarkan atas hukum (*rechtsstaat*) dan bukan berdasarkan atas kekuasaan belaka (*machtsstaat*). Masa ini dapat dikatakan sebagai masa pencarian, karena pada awal proklamasi selama lima tahun bangsa Indonesia fokus berjuang mempertahankan kemerdekaan dari agresi Belanda.⁹²

Tahap kedua, berlangsung sejak 1950 sampai dengan 1965. Pada dasawarsa ini, orientasi pemikiran negara hukum Indonesia berada dalam

⁹¹ Astim Riyanto, 2006, Teori Konstitusi, Yapemdo, Bandung, h.274.

⁹² I Dewa Gede Atmadja, 2015, Teori Konstitusi dan Konsep Negara Hukum, Setara Press, Malang (Selanjutnya disebut I Dewa Gede Atmadja I), h. 149.

dua pusaran perdebatan tentang dasar negara, yaitu Pancasila berhadapan dengan Islam. Hal ini berkaitan dengan wacana yang berkembang dalam persidangan Konstituante (1955-1958) yang gagal membahas penetapan satu di antara dua pilihan tersebut. Akhirnya, Presiden Soekarno pada tanggal 5 Juli 1959 mencanangkan Dekrit Presiden yang membubarkan Konstituante dan menyatakan berlakunya kembali UUD 1945 untuk menggantikan UUDS 1950. Pada masa itu, aliran pemikiran Pancasila memainkan peran sentral. Pemikir hukum Indonesia terkemuka, Notonagoro (UGM) meletakkan fondasi Pancasila sebagai falsafah negara meresapi tata hukum Indonesia.⁹³

Tahap ketiga, berlangsung selama tiga dekade, yakni masa Orde Baru yang berkuasa selama 32 tahun. Pada awal orba, terjadi perubahan jalannya negara hukum Indonesia. Saat itu, hukum diabdikan untuk melayani pembangunan dengan pertumbuhan ekonominya. Dalam konteks gagasan negara hukum, pada waktu itu, mulai diperkenalkan istilah *rule of law*. Hal itu ditandai dengan adanya beberapa penelitian mengenai *rule of law*, seperti: (i) penelitian Sunaryati Hartono yang dibukukan dengan judul “ Apa *Rule of Law* itu?” (1974); (ii) penelitian *International Commission of Jurists* (ICJ) yang mengevaluasi 20 tahun *rule of law* pada masa Orde Baru (1987); dan (iii) penelitian Todung Mulya Lubis di Universitas Harvard (1990). Penelitian-penelitian tersebut bukan lagi berorientasi pada fondasi ideologi negara hukum,

⁹³ Ibid, h. 150

tetapi diwarnai hal-hal yang empiris, dari praktek kekuasaan negara seperti perlindungan HAM baik hak asasi politik, hak asasi ekonomi dan sosial-budaya, maupun hak asasi di bidang pembangunan.⁹⁴

Tahap keempat, masa reformasi adalah implementasi negara hukum berpaham *rule of law*. Disini, *rule of law* maknanya bukanlah hanya sebagai padanan kata atau terjemahan dari negara hukum, tetapi sebagai sebuah konsep yang fondasinya dibangun menurut budaya masyarakat barat (khususnya negara penganut sistem *common law* seperti Inggris dan Amerika) yang liberal-individualistik. Implementasi *rule of law* dilakukan secara “instrumental” melalui pembaruan legislasi, penegasan *sepration of power* dengan *check and balances*, pengadopsian *constitutional review (judicial review)* dan pembentukan lembaga-lembaga negara independen (*auxiliary state agencies*). Jimly Asshiddiqie, sebagai pemikir yang berkontribusi dalam tahapan ini, bahkan memperluas ranah kajian *rule of law* dalam ranah lingkungan hidup dengan menerbitkan buku “*Green Constitution*” dan dalam ranah ekonomi dalam bukunya berjudul “*Konstitusi Ekonomi*”.⁹⁵

Tahap kelima, ditandai dengan pemikiran Satjipto Rahardjo dengan gagasan “hukum progresif” yang bergema sampai sekarang. Pemikirannya yang menonjol yakni karakter berhukum yang “interaksionis” dengan mengimbangi arus pemikiran “instrumental” yang

⁹⁴ Ibid, h. 150.

⁹⁵ Ibid, h. 151.

didominasi pemikiran reformasi hukum yang dimotori Jimly Asshiddiqie yang fokus pada perombakan legislasi (peraturan perundang-undangan) dan pembenahan institusi (kelembagaan negara).⁹⁶ Menyimak tulisan-tulisan Satjipto Rahardjo tentang negara hukum dalam bukunya berjudul “*Negara Hukum yang Membahagiakan Rakyatnya*” (2008) maka dapat dikemukakan ada 7 (tujuh) kunci pokok pemikirannya sebagai berikut:⁹⁷

- a. Kritik terhadap negara hukum liberal, baik *rechtsstaat* maupun *rule of law* yang berwatak liberal-kapitalistik karena kelahiran *rechtsstaat* dan *rule of law* dalam masyarakat Eropa pada abad ke-18 sejalan dengan berkembangnya nasionalisme, demokrasi dan kapitalisme.
- b. Menolak penerapan negara hukum liberal atau transplantasi hukum karena menunjukkan bukti-bukti kegagalan di negara-negara non-Eropa termasuk Indonesia. Ia menggagas dibangunnya negara hukum dari bawah (*the rule of law from below*).
- c. Membangun negara hukum bukan hanya fokus pada hukum negara (legislasi dan institusi), tetapi juga memasukkan hukum rakyat (hukum adat dan hukum kebiasaan) sebagai fondasi negara hukum. Ini berarti negara hukum (*formal-institutional*) tidak mencukupi untuk mencapai tujuan

⁹⁶ Ibid, h. 151

⁹⁷ Ibid, h. 152

bersama. Hukum rakyat (*cultural-interactive*) harus dilibatkan secara bersama-sama. Dengan perkataan lain, pluralisme hukum masuk dalam wacana negara hukum.

- d. Perlu peran aktif negara untuk mewujudkan negara hukum yang membahagiakan rakyatnya. Negara hukum harus menjadi negara yang baik (*benevolence state*) yang memiliki kepedulian. Bukan negara yang netral tetapi negara yang bernurani (*a state with conscience*), dalam arti negara dikelola dengan praktek-praktek kebajikan (*practical wisdom*) dan moralitas kebajikan (*moral virtue*) dari penyelenggara negara. Mirip dengan pendapat Aristoteles.
- e. Manusia diutamakan terkait dengan tujuan hukum untuk mengabdikan kepada kepentingan manusia (*human dignity*), bukan sebaliknya. Nuansa antroposentris ini adalah jantung dari negara hukum Indonesia. Berbeda negara hukum Kelsenian, yang berfokus pada bentuk dan struktur logis-rasional negara hukum yang mengedepankan susunan hirarkhis peraturan perundang-undangan sebagai penentu (*dominan*). Di balik itu, inti gagasan negara hukum Satjipto Raharjo adalah suatu bangunan nurani, sehingga segala hal yang berkaitan dengan negara hukum dilekatkan pada nurani sebagai penentu, bukan peraturan perundang-undangan.

- f. Diperlukan negara hukum substantif, bukan negara hukum formal. Negara hukum formal mengutamakan sendi-sendi: (a) pembatasan kekuasaan negara; (b) pemerintahan berdasarkan hukum; dan (c) pemerintahan dipilih secara demokratis. Selain itu, negara hukum substantif mengutamakan (a) pemenuhan hak-hak asasi; (b) pengutamaan kemanusiaan dan keadilan (*human dignity and justice*); dan (c) kesejahteraan warga. Dengan perkataan lain, negara hukum substantif adalah negara hukum yang membahagiakan rakyatnya.
- g. Tidak menafikan eksistensi hukum tertulis seperti konstitusi, namun konstitusi tertulis itu seyogyanya dibaca secara bermakna agar bisa memahami nilai moral yang tersirat di balik konstitusi tertulis. Gagasan ini mengacu pada pandangan Ronald Dworkin (Amerika) tentang *the moral reading of the constitution*.

Menyimak spirit pemikiran Satjipto Rahardjo, bahwa jantung dari gagasan negara hukum yang ditawarkan adalah negara bernurani atau negara yang membahagiakan rakyatnya. Jika dimaknai dalam konteks ke Indonesiaan, maka pemikiran negara hukum Satjipto Rahardjo

dapat ditempatkan pada wujud empirik pemikiran tentang “*Negara Hukum Pancasila*”⁹⁸.

Jika mengkaji Negara Indonesia, yang merupakan negara hukum yang berdasarkan Pancasila. Menurut Sri Soemantri Martosoewignjo, unsur-unsur negara hukum Indonesia yang berdasarkan Pancasila, yaitu:⁹⁹

- a. Adanya pengakuan terhadap jaminan hak-hak asasi manusia dan warga negara;
- b. Adanya pembagian kekuasaan;
- c. Bahwa dalam melaksanakan tugas dan kewajiban, pemerintah harus selalu berdasarkan atas hukum yang berlaku, baik yang tertulis maupun yang tidak tertulis;
- d. Adanya kekuasaan kehakiman yang dalam menjalankan kekuasaannya merdeka, artinya terlepas dari pengaruh kekuasaan pemerintah, sedang khusus untuk Mahkamah Agung harus juga merdeka dari pengaruh-pengaruh lainnya.

Adapun ciri negara hukum yaitu adanya pembagian kekuasaan dan pemencaran kekuasaan (*scheiding en spreiding van machten*). Pembagian dan pemencaran itu merupakan upaya mencegah bertumpuknya kekuasaan pada satu pusat pemerintahan, sehingga beban pekerjaan yang dijalankan Pemerintah Pusat menjadi lebih

⁹⁸ Ibid, h. 154.

⁹⁹ Astim Riyanto, op.cit, h. 277.

ringan. Adanya pemencaran kekuasaan itu juga pada hakikatnya dalam rangka *check and balances* penyelenggaraan kekuasaan pemerintahan.¹⁰⁰

Philipus M Hadjon memberikan ciri negara hukum Pancasila, bukan lagi negara hukum yang berdasarkan atas Pancasila. Ciri negara hukum Pancasila menurut Philipus M Hadjon adalah sebagai berikut:¹⁰¹

- a. Keserasian hubungan antara pemerintah dan rakyat berdasarkan asas kerukunan;
- b. Hubungan fungsional yang proporsional antara kekuasaan-kekuasaan negara;
- c. Prinsip penyelesaian sengketa secara musyawarah dan peradilan merupakan sarana terakhir;
- d. Keseimbangan antara hak dan kewajiban.

Menurut Arief Sidharta, Scheltema, merumuskan pandangannya tentang unsur-unsur dan asas-asas Negara Hukum itu secara baru, yaitu meliputi 5 (lima) hal sebagai berikut:¹⁰²

¹⁰⁰ I Made Arya Utama, 2007, Hukum Lingkungan, Sistem Hukum Perizinan Berwawasan Lingkungan Untuk Pembangunan Berkelanjutan, Pustaka Sultra, Bandung, h. 47.

¹⁰¹ Philipus M Hadjon, 1987, Perlindungan Hukum Bagi Rakyat di Indonesia, PT.Bina Ilmu Surabaya, h. 90.

¹⁰² B. Arief Sidharta, November 2004, Kajian Kefilsafatan tentang Negara Hukum, dalam Jentera (Jurnal Hukum, "Rule of Law", Pusat Studi Hukum dan Kebijakan (PSHK), Jakarta, edisi 3 Tahun II, h 124-125.

- a. Pengakuan, penghormatan, dan perlindungan Hak Asasi Manusia yang berakar dalam penghormatan atas martabat manusia (*human dignity*).
- b. Berlakunya asas kepastian hukum. Negara Hukum untuk bertujuan menjamin bahwa kepastian hukum terwujud dalam masyarakat. Hukum bertujuan untuk mewujudkan kepastian hukum dan prediktabilitas yang tinggi, sehingga dinamika kehidupan bersama dalam masyarakat bersifat '*predictable*'. Asas-asas yang terkandung dalam atau terkait dengan asas kepastian hukum itu adalah:
- 1) Asas legalitas, konstitusionalitas, dan supremasi hukum;
 - 2) Asas undang-undang menetapkan berbagai perangkat peraturan tentang cara pemerintah dan para pejabatnya melakukan tindakan pemerintahan;
 - 3) Asas non-retroaktif perundang-undangan, sebelum mengikat undang-undang harus lebih dulu diundangkan dan diumumkan secara layak;
 - 4) Asas peradilan bebas, independent, imparisial, dan objektif, rasional, adil dan manusiawi;
 - 5) Asas *non-liquet*, hakim tidak boleh menolak perkara karena alasan undang-undangnya tidak ada atau tidak jelas;

c Hak asasi manusia harus dirumuskan dan dijamin perlindungannya dalam undang-undang atau Undang-Undang Dasar. Berlakunya Persamaan (*Similia Similius* atau *Equality before the Law*). Dalam Negara Hukum, Pemerintah tidak boleh mengistimewakan orang atau kelompok orang tertentu, atau mendiskriminasikan orang atau kelompok orang tertentu. Di dalam prinsip ini, terkandung (a) adanya jaminan persamaan bagi semua orang di hadapan hukum dan pemerintahan, dan (b) tersedianya mekanisme untuk menuntut perlakuan yang sama bagi semua warga Negara.

d. Asas demokrasi dimana setiap orang mempunyai hak dan kesempatan yang sama untuk turut serta dalam pemerintahan atau untuk mempengaruhi tindakan-tindakan pemerintahan. Untuk itu asas demokrasi itu diwujudkan melalui beberapa prinsip, yaitu:

- 1) Adanya mekanisme pemilihan pejabat-pejabat publik tertentu yang bersifat langsung, umum, bebas, rahasia, jujur dan adil yang diselenggarakan secara berkala;
- 2) Pemerintah bertanggungjawab dan dapat dimintai pertanggungjawaban oleh badan perwakilan rakyat;
- 3) Semua warga Negara memiliki kemungkinan dan kesempatan yang sama untuk berpartisipasi dalam

proses pengambilan keputusan politik dan mengontrol pemerintah;

- 4) Semua tindakan pemerintahan terbuka bagi kritik dan kajian rasional oleh semua pihak;
- 5) Kebebasan berpendapat/berkeyakinan dan menyatakan pendapat;
- 6) Kebebasan pers dan lalu lintas informasi;
- 7) Rancangan undang-undang harus dipublikasikan untuk memungkinkan partisipasi rakyat secara efektif.

e. Pemerintah dan Pejabat mengemban amanat sebagai pelayan masyarakat dalam rangka mewujudkan kesejahteraan masyarakat sesuai dengan tujuan bernegara yang bersangkutan. Dalam asas ini terkandung hal-hal sebagai berikut:

- 1) Asas-asas umum pemerintahan yang layak;
- 2) Syarat-syarat fundamental bagi keberadaan manusia yang bermartabat manusiawi dijamin dan dirumuskan dalam aturan perundang-undangan, khususnya dalam konstitusi;
- 3) Pemerintah harus secara rasional menata tiap tindakannya, memiliki tujuan yang jelas dan berhasil guna (*doelmatig*). Artinya, pemerintahan itu harus diselenggarakan secara efektif dan efisien.

Bahwa kaitannya Kepastian Hukum Pemberian Restitusi dan Kompensasi Berbasis Keadilan Bagi Korban Tindak Pidana dengan Konsep Negara Hukum, berdasarkan unsur negara hukum bahwa pemerintah melaksanakan kekuasaan pemerintah negara berdasarkan UUD NKRI Tahun 1945 pasal 4. Selanjutnya pasal 1 ayat (3) UUD NKRI Tahun 1945 menyebutkan bahwa Negara Indonesia adalah Negara hukum. Serta Dalam Pasal 28B ayat (2), 28D ayat (1), 28G ayat (1&2) UUD NKRI Tahun 1945, yang menyebutkan hak setiap warga negara untuk diakui sebagai pribadi dihadapan hukum, hak perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi, jaminan perlindungan dan kepastian hukum diatur dan dilaksanakan secara adil dan selaras berdasarkan undang-undang. Dengan demikian penerapan konsep negara hukum ini dapat menjawab permasalahan mengenai dasar pertimbangan pemberian restitusi dan kompensasi bagi korban tindak pidana berlaku sama tanpa pengecualian yaitu bagaimana mewujudkan adanya kepastian hukum dalam pemberian Restitusi dan Kompensasi juga bagi Korban Tindak Pidana konvensional yang diatur dalam undang-undang.

2. Konsep Negara Kesejahteraan

Tugas negara dibagi menjadi tiga kelompok¹⁰³. *Pertama*, negara harus memberikan perlindungan kepada penduduk dalam wilayah tertentu. *Kedua*, negara mendukung atau langsung menyediakan berbagai pelayanan

¹⁰³ Y. Sri Pudyatmoko, 2009, Perizinan, Problem dan Upaya Pembenahan, PT. Gramedia Widiarsana Indonesia, Jakarta, h. 1.

kehidupan masyarakat di bidang sosial, ekonomi, dan kebudayaan. *Ketiga*, negara menjadi wasit yang tidak memihak antara pihak-pihak yang berkonflik dalam masyarakat serta menyediakan suatu sistem yudisial yang menjamin keadilan dasar dalam hubungan kemasyarakatan. Tugas negara menurut faham modern sekarang ini (dalam suatu Negara Kesejahteraan atau *Social Service State*), adalah menyelenggarakan kepentingan umum untuk memberikan kemakmuran dan kesejahteraan yang sebesar-besarnya berdasarkan keadilan dalam suatu Negara Hukum.¹⁰⁴

Esping-Andersen sebagaimana dikutip oleh Darmawan Triwibowo, Negara kesejahteraan bukanlah satu konsep dengan pendekatan baku. Negara kesejahteraan lebih sering ditengarai dari atribut-atribut kebijakan pelayanan dan transfer sosial yang disediakan oleh negara (c.q pemerintah) kepada warganya, seperti pelayanan pendidikan, transfer pendapatan, pengurangan kemiskinan, sehingga kedua-nya (negara kesejahteraan dan kebijakan sosial) sering diidentikkan. Hal itu tidaklah tepat karena kebijakan sosial tidak mempunyai hubungan implikasi dengan negara kesejahteraan. Kebijakan sosial bisa diterapkan tanpa keberadaan negara kesejahteraan, tapi sebaliknya negara kesejahteraan *selalu* membutuhkan kebijakan sosial untuk mendukung keberadaannya.¹⁰⁵

Konsep negara kesejahteraan menjadi landasan kedudukan dan fungsi pemerintah (*bestuursfunctie*) dalam negara-negara modern. Negara

¹⁰⁴ Amrah Muslimin, 1985, Beberapa Azas dan Pengertian Pokok Tentang Administrasi dan Hukum Administrasi, Alumni, Bandung, h. 110.

¹⁰⁵ Darmawan Tri Wiowo, 2006, Mimpi Negara Kesejahteraan, LP3ES, Jakarta, h. 8.

kesejahteraan merupakan antitesis dari konsep negara hukum formal (klasik), yang didasari oleh pemikiran untuk melakukan pengawasan yang ketat terhadap penyelenggaraan kekuasaan negara, khususnya eksekutif yang pada masa monarkhi absolut telah terbukti banyak melakukan penyalahgunaan kekuasaan.¹⁰⁶

Paham negara kesejahteraan memperkenalkan konsep mengenai peranan negara yang lebih luas. Menurut Utrecht, lapangan pekerjaan pemerintah suatu negara hukum modern sangat luas. Pemerintah suatu negara hukum modern bertugas menjaga keamanan dalam arti seluas-luasnya, yaitu keamanan sosial di segala lapangan masyarakat. Dalam suatu *welfare state*, masa ekonomi liberal telah lampau dan ekonomi liberal itu telah diganti oleh suatu ekonomi yang lebih dipimpin oleh pusat (*centraalgeleide economie*). *Staatsonthouding* telah diganti oleh *Staatsbernoeienies*, pemisahan antara negara dan masyarakat ditinggalkan.¹⁰⁷

Apabila semula negara hanya dipandang sebagai *instrument of power*, maka mulai timbul aliran-aliran yang menganggap negara sebagai *agency of service*. Maka timbullah konsep *welfare state* yang terutama memandang manusia tidak hanya sebagai individu, akan tetapi juga sebagai anggota atau warga dari kolektiva dimana manusia bukanlah semata-mata merupakan alat

¹⁰⁶ W. Riawan Tjandra, 2008, Hukum Administrasi Negara, Universitas Atmajaya, Yogyakarta (Selanjutnya disebut W.Riawan Tjandra I), h. 1.

¹⁰⁷ E. Utrecht, 1988, Pengantar Hukum Administrasi Negara Indonesia, Bina Ilmu, Surabaya, h. 27.

kepentingan kolektif saja akan tetapi juga untuk tujuan dirinya sendiri. Ciri-ciri yang pokok dari suatu *welfare state* ini adalah sebagai berikut.¹⁰⁸

- a. Pemisahan kekuasaan berdasarkan *trias politica* dipandang tidak prinsipil lagi. Pertimbangan-pertimbangan efisiensi kerja lebih penting daripada pertimbangan-pertimbangan dari sudut politis, sehingga peranan organ-organ eksekutif lebih penting dari sudut politis dan peranan organ-organ eksekutif lebih penting dari organ-organ legislatif.
- b. Peranan negara tidak terbatas pada menjaga keamanan dan ketertiban saja akan tetapi negara secara aktif berperanan dalam penyelenggaraan kepentingan rakyat di bidang-bidang sosial, ekonomi dan budaya, sehingga perencanaan (*planning*) merupakan alat yang penting dalam *welfare state*.
- c. *Welfare state* merupakan negara hukum materiil yang mementingkan keadilan sosial dan bukan persamaan formil.
- d. Sebagai konsekuensi hal-hal tersebut di atas, maka dalam *welfare state* hak milik tidak lagi dianggap sebagai hak yang mutlak, akan tetapi dipandang mempunyai fungsi sosial, yang berarti adanya batas-batas dalam kebebasan penggunaannya.
- e. Adanya kecenderungan bahwa peranan hukum publik semakin penting dan semakin mendesak peranan hukum perdata. Hal ini

¹⁰⁸ Soerjono Soekanto, 1967, Beberapa Permasalahan Hukum Dalam Kerangka Pembangunan Di Indonesia, UI-Press, Jakarta, h. 68-69.

disebabkan karena semakin luasnya peranan negara dalam kehidupan sosial, ekonomi dan budaya.

Model ini telah menjadi obsesi yang kuat bagi pendiri republik Indonesia, dengan Bung Hatta sebagai figur sentralnya, UUD 1945 mengandung semangat ke arah model ini. Tujuan pokok negara kesejahteraan ini antara lain adalah : (i) Mengontrol dan mendayagunakan sumber daya sosial ekonomi untuk kepentingan publik; (ii) Menjamin distribusi kekayaan secara adil dan merata; (iii) Mengurangi kemiskinan; (iv) Menyediakan asuransi sosial (pendidikan, kesehatan) bagi masyarakat miskin; (v) Menyediakan subsidi untuk layanan sosial dasar bagi *disadvantage people*, (vi) Memberi proteksi sosial bagi tiap warga negara.¹⁰⁹

Negara kesejahteraan merupakan negara hukum yang memperhatikan pada upaya mewujudkan kesejahteraan orang banyak. UUD 1945 baik dalam Pembukaan maupun Batang Tubuh memuat berbagai ketentuan yang meletakkan kewajiban pada negara atau pemerintah untuk mewujudkan kesejahteraan bagi orang banyak. Bahkan sila Kelima Pancasila dengan tegas menyatakan “Keadilan Sosial Bagi Seluruh rakyat Indonesia”. Konsekuensinya, diperlukan perangkat pemerintahan terdekat yang dapat memahami maupun menyelesaikan persoalan-persoalan rakyat dengan cepat.¹¹⁰

¹⁰⁹ W. Riawan Tjandra I, Op.cit, h. 5-6

¹¹⁰ I Made Arya Utama, Loc.cit.

Berdasarkan uraian diatas menunjukkan bahwa dapat menjawab permasalahan filosofi dalam penelitian ini yaitu dasar pertimbangan Benarkah Regulasi Perlindungan Hukum Dalam Pemberian Restitusi dan Kompensasi Saksi Dan Korban Tindak Pidana Belum Berkeadilan?, sebagai rumusan permasalahan pertama. Selain itu permasalahan kedua mengenai Apa Kelemahan Regulasi Perlindungan Saksi Dan Korban Dalam Pemenuhan hak atas Restitusi Dan Kompensasi saat ini, juga menjadi aspek yang dapat dianalisa menggunakan konsep negara kesejahteraan.

3. Konsep Kepastian Hukum

Rumusan permasalahan ketiga dalam disertasi ini menganalisa urgensi mewujudkan adanya kepastian hukum tentang Bagaimana Rekonstruksi Regulasi Perlindungan Saksi Dan Korban Tindak Pidana dalam pemberian Restitusi dan Kompensasi yang berbasis keadilan merupakan satu konsep yang digunakan dalam membahasnya adalah tentang konsep kepastian hukum.

Kedudukan wewenang pemerintahan terhadap penyelenggaraan pemerintahan tidak bisa dilepaskan kaitannya dengan penerapan asas legalitas dalam sebuah konsepsi negara hukum yang demokratis atau negara demokrasi yang berdasarkan atas hukum. Asas legalitas merupakan salah satu prinsip utama yang dijadikan sebagai pijakan dasar dalam setiap penyelenggaraan pemerintahan di setiap negara yang menganut konsepsi negara hukum.

Keberadaan asas legalitas menurut H.D van Wijk/Willem Konijnenbelt pada mulanya dikenal dalam hal penarikan pajak oleh negara sehingga di Inggris dikenal adanya sebuah ungkapan yang menyatakan, bahwa tidak ada penarikan pajak tanpa adanya suatu representasi atau persetujuan dari parlemen (*no taxation without representation of parliament*). Hal yang sama dikenal pula di Amerika dengan suatu ungkapan yang menegaskan pentingnya sebuah dasar penarikan pajak yakni, bahwa pajak tanpa disertai dengan persetujuan adalah sebuah perampokan (*taxation without representation is robbery*). Hal tersebut dapat pula diartikan bahwa penarikan pajak yang dilakukan oleh pemerintah atas nama negara hanya boleh atau dapat dilakukan setelah adanya suatu dasar untuk menarik atau memungut pajak dalam bentuk undang-undang.¹¹¹

Dalam perkembangannya lebih lanjut asas legalitas digunakan juga dalam bidang hukum administrasi (negara) sebagaimana dikemukakan oleh H.D Stout yang menyatakan pemerintah harus tunduk kepada undang-undang (*is dat het bestuur aan de wet is onderwerpen*). Dengan kata lain, bahwa dengan adanya asas legalitas menetapkan semua ketentuan yang mengikat warga negara haruslah didasarkan pada undang-undang (*het legaliteits beginsel houdt in dat alle (algemene) de burgers bindende bepalingen op de wet moeten berusten*). Selain itu, dengan kehadiran konsepsi negara hukum maka asas legalitas ini dijadikan sebagai pilar dasar dan merupakan prinsip negara hukum yang sering kali dirumuskan dalam sebuah pernyataan yakni,

¹¹¹ Aminuddin Ilmar, 204, Hukum Tata Pemerintahan, Prenadamedia Group, Jakarta, h. 93.

pemerintahan harus berdasarkan pada hukum (*rechtmatigheid van bestuur, government based on the law*).¹¹²

Dalam penyelenggaraan pemerintahan asas legalitas menjadi acuan dasar bagi pemerintah dalam bertindak atau berbuat. Dalam arti, bahwa pemerintahan harus dijalankan berdasarkan ketentuan undang-undang. Konsep ini kemudian ditetapkan menjadi sebuah asas dalam penyelenggaraan pemerintahan, yakni asas pemerintahan berdasarkan undang-undang (*wetmatigheid van bestuur*). Keberadaan asas ini terkait erat dengan konsepsi negara hukum yang berkembang dari pemikiran hukum abad ke-19, khususnya yang berkaitan dengan konsepsi negara hukum klasik atau negara hukum liberal (*de liberale rechtsstaatsidee*). Pemikiran hukum pada masa itu sangatlah didominasi dan dikuasai oleh pemikiran hukum legalistik-positivistik, terutama pengaruh aliran atau ajaran hukum legisme, yang menganggap hukum apa yang tertulis dalam undang-undang. Oleh karena itu, undang-undang dijadikan sebagai sendi utama dalam konsep penyelenggaraan pemerintahan negara. Dengan kata lain, penerapan asas legalitas dalam konsep atau gagasan negara hukum liberal memiliki kedudukan sentral, atau sebagai suatu fundamen dari sebuah konsepsi negara hukum (*als een fundamente van de rechtsstaat*)¹¹³.

Prinsip dasar dalam sebuah konsepsi negara hukum menetapkan, bahwa setiap tindakan atau perbuatan yang dilakukan oleh pemerintah

¹¹² Ibid, h. 94-95.

¹¹³ Ibid, h. 95

(*bestuurshandelingen*) haruslah berdasarkan pada peraturan perundang-undangan atau berdasarkan adanya suatu legitimasi atau kewenangan, sehingga tindakan atau perbuatan pemerintah tersebut dipandang absah adanya. Dalam praktik bernegara penerapan dari prinsip tersebut sering kali berbeda-beda antara satu negara dan negara lainnya. Ada negara yang begitu ketat berpegang teguh pada prinsip tersebut, namun ada pula negara yang tidak begitu ketat dalam menerapkannya. Dalam arti, bahwa untuk hal-hal atau tindakan-tindakan (perbuatan) pemerintah yang tidak begitu fundamental sifatnya, maka sering kali penerapan prinsip tersebut dapat diabaikan.¹¹⁴

Negara Hukum untuk bertujuan menjamin bahwa kepastian hukum terwujud dalam masyarakat. Hukum bertujuan untuk mewujudkan kepastian hukum dan prediktabilitas yang tinggi. Dimana belum tercerminnya prinsip kepastian hukum dalam pelaksanaan Perlindungan Saksi Dan Korban Tindak Pidana dalam pemberian Restitusi dan Kompensasi belum didasarkan atas regulasi yang berkeadilan, khususnya mengenai mekanisme pemberian restitusi dan kompensasi bagi korban tindak pidana konvensional selain korban tindak pidana terorisme dan korban pelanggaran HAM sesuai prinsip negara hukum yang diamanahkan dalam UUD NKRI 1945.

Kepastian adalah perihal (keadaan) yang pasti, ketentuan atau ketetapan.

¹¹⁵Hukum secara hakiki harus pasti dan adil. Pasti sebagai pedoman kelakuan dan adil karena pedoman kelakuan itu harus menunjang suatu tatanan yang

¹¹⁴ Ibid, h. 96.

¹¹⁵ Cst Kansil, Christine S.t Kansil, Engeliën R, palendeng dan Godlieb N mamahit, 2009, Kamus Istilah Hukum, Jala Permata Aksara, Jakarta, h. 385.

dinilai wajar. Hanya karena bersifat adil dan dilaksanakan dengan pasti hukum dapat menjalankan fungsinya. Menurutnya, kepastian dan keadilan bukanlah sekedar tuntutan moral, melainkan secara faktual mencirikan hukum. Suatu hukum yang tidak pasti dan tidak mau adil bukan sekedar hukum yang buruk, melainkan bukan hukum sama sekali. Kedua sifat itu termasuk paham hukum itu sendiri (*den begriff des Rechts*).¹¹⁶ Hukum adalah kumpulan peraturan-peraturan atau kaidah-kaidah dalam suatu kehidupan bersama, keseluruhan peraturan tentang tingkah laku yang berlaku dalam suatu kehidupan bersama, yang dapat dipaksakan pelaksanaannya dengan suatu sanksi.¹¹⁷ Kepastian hukum merupakan ciri yang tidak dapat dipisahkan dari hukum, terutama untuk norma hukum tertulis. Hukum tanpa nilai kepastian akan kehilangan makna karena tidak lagi dapat dijadikan pedoman perilaku bagi semua orang. *Ubi jus incertum, ibi jus nullum* (di mana tiada kepastian hukum, di situ tidak ada hukum).¹¹⁸

Kepastian hukum adalah "*sicherheit des Rechts selbst*" (kepastian tentang hukum itu sendiri). Ada empat hal yang berhubungan dengan makna kepastian hukum. Pertama, bahwa hukum itu positif, artinya bahwa ia adalah perundang-undangan (*gesetzliches Recht*). Kedua, bahwa hukum itu didasarkan pada fakta (*Tatsachen*), bukan suatu rumusan tentang penilaian yang nanti akan dilakukan oleh hakim, seperti "kemauan baik", "kesopanan".

¹¹⁶ Shidarta, 2006, *Moralitas Profesi Hukum Suatu Tawaran Kerangka Berfikir*, PT Revika Aditama, Bandung, h. 79-80.

¹¹⁷ Sudikno Mertokusumo dalam H.Salim Hs, 2010, *Perkembangan Teori Dalam Ilmu Hukum*, PT Rajagrafindo Persada, Jakarta, h. 24.

¹¹⁸ *Ibid.*, hal 82.

Ketiga, bahwa fakta itu harus dirumuskan dengan cara yang jelas sehingga menghindari kekeliruan dalam pemaknaan, di samping juga mudah dijalankan. Keempat, hukum positif itu tidak boleh sering diubah-ubah.¹¹⁹

Menurut Kelsen, hukum adalah sebuah sistem norma. Norma adalah pernyataan yang menekankan aspek “seharusnya” atau *das sollen*, dengan menyertakan beberapa peraturan tentang apa yang harus dilakukan. Norma-norma adalah produk dan aksi manusia yang *deliberatif*. Undang-Undang yang berisi aturan-aturan yang bersifat umum menjadi pedoman bagi individu bertingkah laku dalam bermasyarakat, baik dalam hubungan dengan sesama individu maupun dalam hubungannya dengan masyarakat. Aturan-aturan itu menjadi batasan bagi masyarakat dalam membebani atau melakukan tindakan terhadap individu. Adanya aturan itu dan pelaksanaan aturan tersebut menimbulkan kepastian hukum.¹²⁰

Konsep-konsep kepastian hukum sebagaimana telah dijelaskan digunakan untuk menganalisa dan memberikan jawaban atas rumusan masalah ketiga yaitu Bagaimana Rekonstruksi Regulasi Perlindungan Saksi Dan Korban Tindak Pidana dalam pemberian Restitusi dan Kompensasi berbasis nilai keadilan.

I. Metode Penelitian

1. Paradigma Penelitian

¹¹⁹ Satjipto Rahardjo, 2006, Hukum Dalam Jagat Ketertiban, UKI Press, Jakarta (selanjutnya disebut Satjipto Rahardjo I), h. 135-136.

¹²⁰ Peter Mahmud Marzuki, 2008, Pengantar Ilmu Hukum, Kencana, Jakarta (selanjutnya disebut Peter Mahmud Marzuki II), h. 158.

Paradigma penelitian yang digunakan adalah paradig *Constructivism* atau lebih tepatnya *Legal Constructivism*. Paradigma ini tergolong dalam kelompok paradigma non-positivistik. Paradigma merupakan suatu sistem filosofis utama, induk, atau payung yang meliputi [premis] ontology, epistemology, dan metodologi tertentu yang tidak dapat begitu saja dipertukarkan. Posisi peneliti adalah berperan sebagai fasilitator (bergerak dari ‘*ing madyo mangun karso*’ ke arah ‘*tut wuri handayani*’. E.G. Guba dan Y.S. Lincoln sebagaimana dikutip oleh Erlyn Indarti berpendapat bahwa ontology, epistemology, dan metodologi dari Paradigma *Constructivism* yaitu sebagai berikut.

- a. Ontologi, yaitu pemahaman tentang bentuk-sifat-ciri realitas, dari *constructivism* adalah realitas majemuk dan beragam serta bersifat relativisme.
- b. *Epistemologi*, yaitu pemahaman mengenai keterkaitan antara individu dan lingkungan atau ‘yang bukan diri’-nya, dari *constructivism* adalah transaksional dan subjektifis. Pemahaman tentang suatu realitas atau temuan suatu penelitian merupakan produk interaksi antara peneliti dan yang diteliti.
- c. *Metodologi*, atau sistem metode dan prinsip yang diterapkan oleh individu di dalam observasi atau investigasinya dari *constructivism* adalah hermeneutical dan dialektis. Menekankan empati dan enteraksi dialektik antara peneliti dengan responden untuk merekonstruksi realitas yang diteliti melalui metode kualitatif seperti *participant*

observation. Kriteria kualitas penelitian bersifat *authenticity* dan *reflectivity*, sejauh mana temuan merupakan refleksi otentik dari realitas yang dihayati oleh para pelaku sosial, termasuk di dalamnya adalah pelaku politik.

d. *Axiologis*, yaitu nilai etika dan pilihan moral merupakan bagian tidak terpisahkan dalam suatu penelitian. Peneliti sebagai *participant*, fasilitator yang menjembatani keragaman subjektivitas pelaku sosial dan politik. Tujuan penelitian adalah melakukan rekonstruksi realitas sosial secara dialektik antara peneliti dengan aktor sosial politik yang diteliti.

2. Tipe dan Pendekatan Penelitian

Penelitian ini merupakan penelitian hukum normatif atau doktrinal dilengkapi pula dengan penelitian empirik, yang akan mengkaji dan menganalisis hak atas kompensasi dan restitusi bagi korban tindak pidana. Tipe penelitian normatif meliputi penelitian terhadap asas-asas hukum, sestimatika hukum, perbandingan hukum, inventarisasi hukum positif, dasar falsafah (dogma atau doktrin) hukum positif.

Pendekatan yang digunakan dalam penelitian disesuaikan dengan permasalahan yang akan diteliti.

Perrmasalahn pertama menggunakan penelitian hukum normatif dengan pendekatan filosofis dengan mengkaji dan menganalisis hakikat nilai- nilai dari tanggung jawab negara dalam memberikan kompensasi bagi korban dengan

menjunjung tinggi nilai keadilan terhadap seluruh korban tindak pidana sebagai manifestasi penghargaan hak – hak korban kejahatan.

Permasalahan kedua menggunakan penelitian hukum normatif dilengkapi data empirik terhadap efektifitas hukum, untuk mengetahui penerapan atau pelaksanaan peraturan perundang – undangan yang ada mengenai kompensasi dan restitusi, yang dari segi normatifnya terdapat kekurangan dan akan berdampak pada implementasi pemenuhan kompensasi dan restitusi bagi korban kejahatan.

Permasalahan ketiga menggunakan penelitian hukum normatif dengan pendekatan konseptual dengan menelaah kelemahan yang terdapat dalam peraturan perundang–undangan yang ada (*ius constitutum*) dan kenyataan empiris masyarakat dalam upaya pemenuhan hak kompensasi dan restitusi dan dengan berdasarkan pada teori hukum, doktrin dan studi perbandingan hukum maka akan diformulasikan konsep ideal pemenuhan kompensasi dan restitusi bagi korban kejahatan sebagaimana yang diharapkan (*ius Constituendum*).

3. Lokasi Penelitian

Penelitian ini dilaksanakan di instansi Lembaga Perlindungan Saksi dan Korban (LPSK) di Jakarta dengan tujuan untuk memperoleh data seberapa besar aspirasi dan kepentingan korban tindak pidana dalam hal restitusi dan kompensasi dapat direspon dengan eksistensi dan kedudukan LPSK yang ada sekarang. Untuk mendapatkan data empiris mengenai implementasi ketentuan Pasal 98 KUHP tentang penggabungan perkara gugatan ganti kerugian,

penerapan putusan hakim yang bernuansa restorasi melalui penjatuhan pidana bersyarat dan pidana tambahan pembayaran ganti rugi dan sarana non penal lainnya yang digunakan korban maka dilakukan penelitian lapangan di kepolisian, kejaksaan negeri, pengadilan negeri, dan lembaga permasyarakatan di wilayah hukum Kota Medan, Tebing tinggi, Pematang siantar, Kabupaten Deli serdang, Langkat, Simalungun. Penulis juga melakukan penelitian di instansi Kementerian Keuangan untuk mengetahui seputar dana kompensasi korban kejahatan.

4. Jenis dan Sumber Bahan Hukum

Jenis bahan hukum yang dipergunakan dalam penelitian ini adalah bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder. Bahan hukum primer diperoleh dengan menelaah beberapa instrument internasional dalam kaitannya dengan pemenuhan kompensasi dan restitusi yakni *Universal Declaration of Human Rights*, *Declaration of Basic Principles of justice for Victim of Crime and Abuse of Power*, demikian pula Amendemen UUD 1945, peraturan perundang – undangan lainnya yang menjadi landasan pemberian kompensai dan restitusi, Rancangan Kitab Undang- Undang Hukum Pidana dan putusan pengadilan. Bahan hukum sekunder merupakan bahan hukum yang memberi petunjuk maupun penjelasan yang mendukung bahan hukum primer, yang diperoleh dari buku- buku, jurnal ilmiah, makalah, hasil penelitian pendapat para pakar hukum sehubungan dengan permasalahan yang akan dibahas.

5. Teknik Analisis Data.

Bahan hukum primer, bahan hukum sekunder dan hasil wawancara serta kuesioner yang telah dikumpulkan diinventarisir, diolah dan dikaji secara mendalam sehingga diperoleh gambaran mengenai persoalan hukum yang teliti.

Kemudian bahan hukum dan data tersebut disinkronisasi secara sistematis dan dikaji berdasarkan teori- teori hukum dan asas- asas hukum sehingga ditemukan kebenaran ilmiah yang menjadi dasar untuk menjawab persoalan hukum yang sedang diteliti. Dan dengan kajian perbandingan hukum dapat dijadikan masukan dalam menyusun konsep pembentukan rekonstruksi regulasi perlindungan saksi dan korban tindak pidana dalam pemberian restitusi dan kompensasi berbasis keadilan dengan disesuaikan kondisi kebutuhan hukum masyarakat dalam pelaksanaan hukum pidana Indonesia.

