

BAB II

**SISTEM PEMIDANAAN, TUJUAN DAN PEDOMAN PEMIDANAAN,
SERTA PENDEKATAN SISTEM *RESTORATIVE JUSTICE* DAN
RETRIBUTIVE JUSTICE, SERTA DISPARITAS PEMIDANAAN**

A. Sistem Pidana

1. Pengertian sistem pidana

“Sistem” dalam kamus umum bahasa Indonesia mengandung dua arti yaitu seperangkat unsur yang secara teratur saling berkaitan sehingga membentuk suatu totalitas, dan juga dapat diartikan sebagai susunan yang teratur dari pada pandangan, teori, asas dan sebagainya atau diartikan pula sistem itu “metode”.⁵⁰ Dari pengertian Sistem tersebut dapat ditarik suatu makna bahwa sebuah sistem mengandung keterpaduan atau beberapa unsur atau faktor sebagai pendukungnya sehingga menjadi sebuah sistem.

“Pidana” atau pemberian/ penjatuhan pidana oleh hakim yang oleh Sudarto dikatakan berasal dari istilah penghukuman dalam pengertian yang sempit. Lebih lanjut dikatakan “Penghukuman” yang demikian mempunyai makna “*sentence*” atau “*veroordeling*”.⁵¹

Hulsman pernah mengemukakan bahwa sistem pidana (*the sentencing system*) adalah “aturan perundang-undangan yang berhubungan dengan sanksi pidana dan pidana (*the statutory rules*

⁵⁰ Yrama Widya, *Kamus Umum Bahasa Indonesia*, Grapika, Bandung, 2003, hlm. 565.

⁵¹ Muladi dan Barda Nawai Arief, *Teori-teori dan Kebijakan Pidana*, Alumni, Bandung, 1998, hlm. 1.

relating to penal sanctions and punishment).⁵² selanjutnya dijelaskan oleh Barda Nawawi Arief apabila pengertian “pidana” diartikan sebagai suatu “pemberian atau penjatuhan pidana” maka pengertian sistem pidana dapat dilihat dari 2 (dua) sudut :⁵³

- a. Keseluruhan sistem (aturan perundang undangan) untuk pidana.
- b. Keseluruhan sistem (aturan perundang undangan) untuk pemberian/penjatuhan dan pelaksanaan pidana.

Dari pengertian sistem pidana di atas dapat dikatakan bahwa keseluruhan aturan perundang-undangan yang ada dalam KUHP dan yang di luar KUHP yang bersifat khusus semuanya merupakan sistem pidana.

Sistem Pidana yang dituangkan perumusannya di dalam undang-undang pada hakikatnya merupakan suatu sistem kewenangan menjatuhkan pidana. Dari pernyataan tersebut secara implisit terkandung makna bahwa sistem pidana memuat kebijakan yang mengatur dan membatasi hak dan kewenangan pejabat/ aparat negara di dalam mengenakan/menjatuhkan pidana. Di samping itu sistem pidana juga mengatur hak/ kewenangan warga masyarakat pada umumnya.⁵⁴

Sistem pidana adalah sebagai bagian dari mekanisme penegakan hukum (pidana) maka pidana yang biasa juga diartikan

⁵² L.H.C. Hulsman, *The Dutch Criminal Justice System from A Comparative Legal Perspective* dalam Barda N.A. *Perkembangan Sistem Pidana*, Bahan Penataran Nasional Hukum dan Kriminologi XI Tahun 2005, hlm. 1.

⁵³ Barda Nawawi Arief, *Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan Pengembangan Hukum Pidana*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1998, hlm. 114

⁵⁴ Barda Nawawi Arief, *Ibid*, hlm. 2.

“pemberian pidana” tidak lain merupakan suatu “proses kebijakan” yang sengaja direncanakan. Artinya pemberian pidana itu untuk benar-benar dapat terwujud direncanakan melalui beberapa tahap yaitu:⁵⁵

- a. Tahap penetapan pidana oleh pembuat undang-undang;
- b. Tahap pemberian pidana oleh badan yang berwenang; dan
- c. Tahap pelaksanaan pidana oleh instansi pelaksana yang berwenang.

Keterpaduan dari ketiga tahapan di atas yang menjadikan sebuah sistem dan tahap penetapan pidana memegang peranan yang penting di dalam mencapai tujuan di bidang pembedaan dan tahap ini harus merupakan tahap perencanaan yang matang dan yang memberi arah pada tahap-tahap berikutnya yaitu tahap penerapan pidana dan tahap pelaksanaan pidana. Dalam sub bab ini, akan dibahas lebih lanjut mengenai tahapan pemberian pidana oleh badan yang berwenang, yaitu hakim atau lembaga peradilan.

- a. Lembaga peradilan.

Lembaga Peradilan merupakan lembaga pemutus perkara yang dilimpahkan oleh kejaksaan. Eksistensi lembaga peradilan nampak dalam Undang-Undang Nomor 2 Tahun 1986, tentang peradilan umum lalu diadakan perubahan dengan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2004 terakhir adalah Undang-Undang Nomor 49 Tahun 2009, tentang Peradilan Umum. Pada lembaga peradilan, terdakwa diperiksa, diadili, dan diputus oleh Majelis Hakim pada Pengadilan

⁵⁵ Barda Nawawi Arief, *Teori-teori dan Kebijakan Pidana: Masalah Pembedaan Sehubungan dengan Perkembangan Delik-delik Khusus dalam Masyarakat Modern*, Alumni, Bandung, 1992, hlm. 91.

Negeri.⁵⁶ Berdasarkan Undang-Undang No 2 tahun 1986, Undang-Undang No 14 tahun 1970 jo Undang-Undang No 35 tahun 1999 dan KUHAP. Tugas pengadilan adalah menerima, memeriksa dan memutus perkara yang diajukan kepadanya. Dalam memeriksa seorang terdakwa, majelis hakim bertitik tolak pada surat dakwaan Jaksa/Penuntut Umum dan alat bukti sebagaimana ketentuan Pasal 184 KUHAP. Kemudian, dengan 2 (dua) alat bukti dan keyakinannya, hakim menjatuhkan putusan.⁵⁷

1) Peran hakim ketua sidang.

Peranan hakim ketua sidang dan anggotanya secara aktif. Memimpin persidangan dan menjaga, memelihara agar ketentuan-ketentuan dalam beracara pidana tidak dilanggar dan dikurangi hak dan kewajiban penuntut umum dan terdakwa. Hal ini sesuai dengan sistem *accusatoir* yang dianut dalam KUHAP, dimana terdakwa sebagai subyek berhadapan dengan penuntut umum, kedua pihak ini mempunyai kedudukan yang setara. Berdasarkan pasal 217 KUHAP, bahwa hakim ketua berwenang mengusut siapa saja yang mengganggu jalannya persidangan.⁵⁸

Ada tiga teori tentang penerapan hukum yang terdapat dalam ilmu hukum saat ini tetapi di antara teori-teorinya analitis yang mempunyai pengikut paling banyak di dalam kalangan

⁵⁶ Indonesia *Legal Center Publising* dalam Tina Asmarwati, *Pidana dan Pemidanaan dalam Sistem Hukum di Indonesia*, Deepublish, Yogyakarta, 2014, hlm. 11-12.

⁵⁷ Tina Asmarwati, *Pidana dan Pemidanaan dalam Sistem Hukum di Indonesia*, Deepublish, Yogyakarta, 2014, hlm. 12.

⁵⁸ *Ibid.*

praktikus hukum di dalam uraian *dogmatis* tentang hukum.⁵⁹ Penerapan tentang penghukum menjadi wewenang hakim yang disertai dasar memiliki perasaan yang peka, karena harus mampu menilai dengan objektif sesuai dengan keadilan yang berlaku dalam masyarakat. Dalam Surat Edaran Mahkamah Agung No. 05/1973, meminta perhatian Hakim agar dalam, menjatuhkan hukuman harus sesuai dengan berat ringannya kejahatan dan jangan sampai penjatuhan hukuman menyinggung perasaan yang ada di dalam masyarakat.⁶⁰

Suatu perbuatan pidana dapat dihukum atau tidak, tergantung pada penilaian hakim setelah melihat fakta yang ada melalui berita acara pemeriksaan pendahuluan maupun selama pemeriksaan dimuka sidang. Harus menguraikan sesuatu perbuatan yang dituduhkan maka uraian tersebut akan menyangkut segala sesuatu yang berhubungan dengan pelaksanaan tindak pidana yang bersangkutan secara konkrit. Agar mendapat gambaran yang jelas perlu diperinci hal-hal yang pada umumnya harus mendapat perhatian pembuat tuduhan untuk ditonjolkan.⁶¹

Hukum tidak dapat disamakan dengan teori-teori ilmu pasti, yang dapat ditetapkan sampai pada konsekwensi-

⁵⁹ Rousco Pound dalam Tina Asmarwati, *Pidana dan Pemidanaan dalam Sistem Hukum di Indonesia*, Deepublish, Yogyakarta, 2014, hlm. 14.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ Tina Asmarwati, *Op.cit.*, hlm. 15

kosekwensi yang tidak terbatas. Aturan-aturan hukum diadakan untuk memenuhi segala macam kebutuhan dalam masyarakat, dan penerapannya secara konsekwen mungkin menimbulkan hal-hal yang tidak wajar.

Hakim dalam melaksanakan tugas walaupun mempunyai kebebasan tetapi kebebasan yang terbatas, dalam menerapkan hukum pidana memperhatikan hak asasi manusia dan faktor kesalahan pembuat/pelaku tindak pidana. Selain hal tsb di atas hakim mempunyai kode etik profesi hakim Indonesia yang di dalamnya terdiri antara lain mengatur tingkah laku para hakim (pedoman tingkah laku) yang dikenal dengan “Panca Dharma Hakim”:⁶²

- a) Kartika, yaitu memiliki sifat percaya dan takwa kepada Tuhan Yang Maha Esa, sesuai dengan agama dan kepercayaan masing masing menurut dasar kemanusiaan yang adil dan beradab.
- b) Cakra, yaitu mampu memusnahkan segala kebatilan, kezaliman dan ketidak adilan.
- c) Candra yaitu memiliki sifat bijaksana dan berwibawa.
- d) Sari yaitu berbudi luhur dan berkelakuan tidak tercela.
- e) Tirta yaitu bersifat jujur.

⁶² Wahyu Affandi, *Hakim dan Penegakan Hukum*, Alumni, Bandung, 1984, hlm. 12.

Dari semua yang disebutkan di atas sesuai dengan Kode Etik Hakim maka Hakim yang ideal adalah hakim yang memiliki sikap bijaksana, cinta kepada kebenaran, adil dan jujur di dalam mengadili terdakwa (menjatuhkan vonis).

Hakim memiliki kedudukan dan peranan yang sangat penting dalam penegakan hukum di Negara Indonesia. Sebagaimana telah disebut dimuka dalam UUD 1945 dalam pasal 27 secara khusus ditegaskan dalam kekuasaan kehakiman pasal 24 dan 25. dijelaskan bahwa kekuasaan kehakiman adalah kekuasaan yang merdeka terlepas dari pengaruh luar. Hakim menjalankan pekerjaannya dengan menggunakan metode *silogisme*. Jika menghadapi suatu perkara yang diajukan padanya hakim harus mampu memperhatikan duduk perkaranya menurut berbagai sudut pandang para pihak yang terlibat. Jika peraturannya ada hakim tinggal menyesuaikan, akan tetapi jika peraturannya tidak ada hakim harus menggali nilai- nilai hukum yang ada karena hakim mempunyai kebebasan, tanggung jawab dan suara hati. Nilai-nilai hukum seperti persepsi masyarakat tentang keadilan, kepastian hukum dan kemanfaatan selalu berkembang setiap saat. Nilai nilai tadi selalu tarik menarik, sehingga pendulumnya suatu saat dekat dengan keadilan, tetapi

saat yang lain dekat dengan kepastian hukum/kemanfaatan. Hakim harus mampu menangkap nusansa seperti itu.⁶³

Penerapan Hukum Pidana yang berupa pembedaan/penghukuman akan terjadi terhadap terdakwa, apabila:⁶⁴

- a) Telah terjadi penggunaan hak yang melewati batas/ penyalahgunaan hak yang merugikan kepentingan umum;
- b) Pelaksanaan kewajiban itu sama sekali tidak dilakukan oleh pengembannya;
- c) Pelaksanaan kewajiban itu dilakukan tetapi tidak memadai untuk mencapai tujuan yang diharapkan, berarti pelaksanaan kewajiban tersebut kurang/ terlambat/salah;
- d) Pelaksanaan hak/kewajiban itu dilakukan secara sembrono sehingga mempunyai akibat negatif bagi kepentingan umum/orang lain.

Dalam sidang pengadilan pada proses pemeriksaan hakim untuk menentukan sanksi pidana yang harus jeli sesuai untuk pelaku tindak pidana. Seorang Hakim dalam memilih dan menentukan sanksi pidana untuk seorang pelaku tindak pidana tertentu harus berorientasi dari keadaan psikhis dan sosial dari pelaku tindak pidana, kalau memungkinkan dapat meramalkan (predicted) bahwa dengan jenis pidana tertentu yang tepat.

⁶³ Tina Asmarwati, *Pidana dan Pidana dalam Sistem Hukum di Indonesia*, Deepublish, Yogyakarta, 2014, hlm. 19-20

⁶⁴ Tina Asmarwati, *Ibid*, hlm. 20.

Jangan sampai hakim salah dalam menerapkan sanksi pidana. harus sesuai dengan kesalahan terdakwa. Penerapan pidana dalam pemidanaan bersifat *universal*, sulit menentukan *standard* pemidanaan dalam penjatuhan pidana. Guna mengatasi hal-hal semacam ini, para Hakim diharapkan agak membuka diri dan mengambil inisiatif membentuk semacam *Judicial Sentencing Institutes, forum* pertemuan para Hakim yang memungkinkan mereka untuk mengadakan diskusi, dengan partisipasi dari pejabat-pejabat masyarakatan dan kalangan ilmu pengetahuan.⁶⁵

Kesulitan yang timbul dalam menerapkan kaidah hukum dan sanksi hukum pada perkara-perkara yang kongkrit. Harus bertindak secara adil dan menyelami sungguh perkara-perkara yang kongkrit, seolah-olah hakim melihat sendiri dan menggunakan *epikeia* suatu rasa tentang keadilan, apa yang tidak adil, dan apa yang pantas. Dalam teori ini *epikeia* termasuk *regular* hukum Romawi dari semboyan yang terkenal yaitu “*Lex dura, tametsi sunt scripta dan “Summun ius summa iniuria”*”.⁶⁶

Bagi seorang ahli hukum yang bekerja sehari-hari dalam peradilan, telah begitu dekat hubungannya dengan naskah undang-undang dan *jurisprudensi*, sehingga dirasakan tidak

⁶⁵ Muladi dalam Tina Asmarwati, *Op.cit*, hlm. 21.

⁶⁶ Theo Huijber dalam Tina Asmarwati, *Ibid*,

tepat jika mengatakan bahwa apa yang telah dikemukakan sebagai hukum itu masih mengandung kekurangan-kekurangan antara lain, kurang memperhatikan mengenai hakiki dari hukum itu sendiri, kepercayaan dan kesetiaan kepada undang-undang dan *jurisprudensi* itu baginya mengadili itu dapat menjadi sangat terbatas hanya sampai kepa semata-mata menerapkan undang-undang dan *jurisprudensi* Akibat begitu percaya dengan hukum, melalui naskah undang-undang dan *jurisprudensi*. maka ahli hukum dalam mengadili, cara bekerjanya seperti mesin, tidak melihat *back ground* mengapa pelaku melakukan kejahatan. supaya tidak timbul reaksi yang *controversial*.⁶⁷

Tiga pokok pemikiran tentang tujuan yang ingin dicapai dari suatu pemidanaan. Tujuan Pidana:⁶⁸

- a) Untuk memperbaiki pribadi penjahat sendiri.
- b) Membuat orang jera untuk melakukan tindak pidana
- c) Membuat penjahat-penjahat tertentu tidak mampu untuk melakukan tindak pidana.

Dari tujuan hukum pidana dapat diambil tiga pokok, pertama tentang perbuatan yang dilarang, kedua tentang orang yang melanggar perbuatan yang dilarang, ketiga tentang pidana yang diancam pada pelanggar perbuatan yang dilarang. Apakah perbuatan yang dilarang itu mempunyai arti atau sifat tersendiri

⁶⁷ W. Van Gerven dalam Tina Asmarwati, *Pidana dan Pemidanaan dalam Sistem Hukum di Indonesia*, Deepublish, Yogyakarta, 2014, hlm. 22.

⁶⁸ Lamintang dalam Tina Asmarwati, *Ibid*, hlm. 23.

lepas dari orang yang melakukannya atau perbuatan tersebut hanya mempunyai arti bila dihubungkan dengan sifat-sifat orang yang melakukannya. Dalam konsepsi kedua perbuatannya sendiri tidak mempunyai arti, yang penting adalah *guilty mind* yaitu sikap batin yang jahat dari orang yang melakukan perbuatan tersebut.⁶⁹

Hegel menghendaki “*Dialektische vergelding*” (pembalasan yang bersifat *dialektis*) dalam arti mensyaratkan adanya keseimbangan antara kejahatan yang telah dilakukan dengan pidana yang dijatuhkan. Seimbang itu tidak berarti harus sejenis cukup bila pidana yang dijatuhkan terhadap pelaku mempunyai nilai yang sama dengan kejahatan yang telah dilakukan.⁷⁰

2. Tujuan dan pedoman pemidanaan.

Pedoman pdalam kamus besar bahasa Indonesia diartikan sebagai kumpulan atau ketentuan dasar yang memberi arah bagaimana sesuatu harus dilaksanakan, pedoman juga diartikan hal (pokok) yang menjadi dasar (pegangan, petunjuk, dan sebagainya) untuk menentukan atau melaksanakan sesuatu.⁷¹

Berkaitan dengan pemidanaan maka pedoman pemidanaan dapat diartikan ketentuan dasar yang memberi arah/ melaksanakan pemidanaan

⁶⁹ Lamintang dalam Tina Asmarwati, *OP.Cit*, hlm. 23.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ *Kamus Umum Bahasa Indonesia*, Pusat Bahasa Departemen Pendidikan Nasional, Jakarta, 2003, hlm 740.

atau pemberian pidana atau penjatuhan pidana. Dengan demikian “ketentuan dasar” pemidanaan harus ada terlebih dahulu sebelum penjatuhan pidana atau dapat diartikan bahwa ketentuan dasar untuk pemidanaan tertuang secara eksplisit dalam sistem pemidanaan, sedangkan sistem pemidanaan dilihat dari sudut normatif-substantif (hanya dilihat dari norma hukum pidana substantif) diartikan sebagai keseluruhan aturan/norma hukum pidana materiil untuk pemidanaan atau keseluruhan aturan/norma hukum pidana materiil untuk pemberian/penjatuhan dan pelaksanaan pidana.⁷²

Jadi ketentuan dasar yang dijadikan arah, pegangan, petunjuk untuk melaksanakan pemidanaan/ pemberian pidana menjadi bagian dari keseluruhan aturan/norma hukum pidana materiil untuk pemidanaan. Membicarakan ketentuan dasar pemidanaan sama dengan membicarakan asas-asas yang menjadi dasar pemidanaan dan yang merupakan asas yang fundamental yaitu asas legalitas dan asas culpabilitas.

KUHP (WvS) sebagai *ius constitutum* yang memuat prinsip-prinsip umum (*general principle*) hukum pidana dan pemidanaan tidak secara eksplisit mencantumkan kedua asas di atas. Hal ini dipertegas oleh Sudarto yang menyatakan:⁷³

“KUHP kita tidak memuat pedoman pemberian pidana (*strafvoetingsleidraad*) yang umum ialah suatu pedoman yang dibuat oleh pembentuk undang-undang yang memuat asas-asas yang perlu diperhatikan oleh

⁷² Barda Nawawi Arief, *Sistem Pemidanaan dalam Ketentuan Umum Buku I RUU KUHP*, Kencana, Yogyakarta, 2004, hlm. 2.

⁷³ Sudarto, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, 1986, hlm. 79.

hakim dalam menjatuhkan pidana, yang ada hanya aturan pemberian pidana (*straftoematingsregels*)”.

Dari pendapat di atas secara implisit menyatakan bahwa pedoman pemidanaan merupakan kebijakan legislatif yang “seharusnya” ada dalam aturan/ norma hukum pidana materiil yang harus diperhatikan dalam pemberian pidana.

Tujuan dalam Kamus besar Bahasa Indonesia diartikan sebagai “arah, haluan (jurusan), maksud, tuntutan (yang dituntut)”.⁷⁴ Tujuan pemidanaan berarti arah yang “seharusnya” ingin dicapai dari penjatuhan pidana atau dapat diartikan juga maksud yang hendak didapatkan dari pemberian pidana/pemidanaan.

Tujuan pemidanaan mengemban fungsi pendukung dari fungsi hukum pidana secara umum yang ingin dicapai sebagai tujuan akhir adalah terwujudnya kesejahteraan dan perlindungan masyarakat (*Social defence* dan *social welfare*). Tujuan pemidanaan secara khusus dapat dilihat dari pendapat Roeslan Saleh mengenai tiga alasan masih diperlukan hukum pidana dan pidana khususnya alasan yang ketiga yaitu:⁷⁵

“pengaruh pidana atau hukuman bukan semata mata ditujukan pada si penjahat, tetapi juga untuk mempengaruhi orang yang tidak jahat yaitu warga masyarakat yang mentaati norma-norma masyarakat”.

⁷⁴ *Kamus Umum Bahasa Indonesia*, Pusat Bahasa Departemen Pendidikan Nasional, Jakarta, 2003, hlm. 1077.

⁷⁵ Barda Nawawi Arief, *Teori-teori dan Kebijakan Pidana “Kebijakan Penanggulangan Kejahatan dengan Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, 1992, hlm. 153.

Dari pendapat di atas sangat jelas terlihat bahwa tujuan hukuman/ pemberian pidana adalah di samping untuk si penjahat itu sendiri tetapi juga untuk masyarakat secara umum agar taat terhadap norma hukum.

Ditetapkan tujuan pemidanaan terkandung maksud agar pidana yang dijatuhkan sesuai dengan keadaan terpidana sehingga dapat mencapai tujuan, di samping sistem pemidanaan ini adalah sistem yang bertujuan (*purposive system*).

Alasan lain ditetapkannya tujuan pemidanaan/ pemberian pidana adalah adanya keterbatasan dari sanksi pidana itu sendiri seperti yang dikemukakan oleh H.L. PACKER yaitu:⁷⁶

“Sanksi pidana suatu ketika merupakan penjamin yang utama/terbaik dan suatu ketika merupakan pengancam yang utama dari kebebasan manusia. Ia merupakan penjamin apabila digunakan secara hemat-cermat dan secara manusiawi; ia merupakan pengancam apa bila digunakan secara sembarangan dan secara paksa.”

Menetapkan tujuan dan pedoman pemberian pidana harus dijadikan pertimbangan hakim dalam menjatuhkan pidana sehingga keputusan hakim tersebut dapat terbaca oleh orang lain(masyarakat) dan khususnya oleh orang yang berkepentingan dalam perkara itu.

Alasan lain ditetapkan tujuan dan pedoman pemberian pidana adalah dikarenakan pidana itu mengandung pembalasan seperti

⁷⁶ H.L. PACKER dalam Barda Nawawi Arief, *Teori-teori dan Kebijakan Pidana “ Kebijakan Penanggulangan Kejahatan dengan Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, 1992, hlm. 156.

dikemukakan oleh Leo Polak dalam bukunya “*De Zin der Vergelding*”
(makna dari pembalasan):⁷⁷

“Hukum pidana adalah bagian dari hukum yang paling menyedihkan. Sebab... ia tidak mengetahui baik dasarnya maupun batasnya- baik tujuannya maupun ukurannya.”

B. Pembaharuan Hukum Pidana

1. Pengertian pembaharuan hukum pidana

Pembaharuan dalam Kamus Umum Bahasa Indonesia dengan kata dasar “baru” yang artinya “belum pernah dilihat, didengar atau diketahui sebelumnya”⁷⁸ yang mengandung makna sebagai untuk membuat sesuatu yang lebih baik dikaitkan dengan hukum pidana maka pembaharuan hukum pidana adalah seperti dinyatakan oleh Gustav Radbruch bahwa:

“memperbaharui hukum pidana tidak berarti memperbaiki hukum pidana akan tetapi menggantinya dengan lebih baik”⁷⁹

Maknanya adalah ada upaya untuk membuat yang didahului dengan konseptual hukum pidana untuk diterapkan di masa yang akan datang sehingga bersifat *Ius constituendum*. Pembaharuan hukum pidana yang menyeluruh harus meliputi pembaharuan hukum pidana materiil (Substantif), hukum pidana formil (hukum acara pidana) dan hukum

⁷⁷ Leo Polak dalam Sudarto, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, 1986, Hal. 79.

⁷⁸ *Ibid*, hlm 48.

⁷⁹ Sudarto, *Hukum Pidana dan Perkembangan Masyarakat*, Sinar Baru, Bandung, 1983, hlm. 61.

pelaksanaan pidana. Ketiga bidang hukum pidana itu harus bersama sama diperbaharui.

Kaitannya dengan hukum maka pembaharuan ukum bukan merupakan suatu usaha yang bersifat *vast leggen van wat is* (menetapkan apa yang sudah berlaku), tapi lebih merupakan suatu usaha *vast leggen wat hoort te zijn* (penetapan apa yang seharusnya atau sebaiknya berlaku).⁸⁰ Maka pembaharuan hukum mengandung makna, membuat suatu hukum yang baru yang lebih baik untuk masa yang akan datang.

Berdasarkan ketentuan di atas dalam melaksanakan program pembangunan hukum terdapat beberapa sendi utama yang dijadikan acuan dalam pembangunan sistem hukum nasional antara lain :⁸¹

a. Sendi Negara berdasarkan konstitusi dan negara berdasarkan hukum;

Negara berdasarkan konstitusi mengandung makna, pertama terdapat pengaturan mengenai batas- batas negara dan pemerintahan dalam kehidupan masyarakat, kedua adanya jaminan akan perlindungan terhadap hak-hak warga negara. Sendi ini melahirkan berbagai asas dan kaidah hukum yang membatasi kewenangan negara dan pemerintah di dalam pergaulan masyarakat

⁸⁰ Sunaryati Hartono, *Kesadaran Rakyat dalam Pembaharuan Hukum Dalam Barda Nawawi Arief, Kebijakan Legislatif dalam Penanggulangan Kejahatan dengan Pidana Penjara*, BP Undip, Semarang, 1994, hlm. 2.

⁸¹ H. A. S.Natabaya, *Upaya Pembaharuan Peraturan Perundang-Undangan dalam Rangka Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi*, Makalah disampaikan pada Forum Dialog terbuka atas kerja sama antara Komnas Ham, Gerakan perjuangan anti diskriminasi (gandi) dan Solidaritas Nusa Bangsa, Jakarta, 1999, hlm. 3-4.

serta asas dan kaidah hukum yang menjamin hak dan kewajiban warga negara.

b. Sendi kerakyatan dan demokrasi;

Sendi kerakyatan mengandung makna perlunya keikutsertaan rakyat baik secara langsung maupun melalui wakil-wakilnya dalam pembentukan hukum. Hal ini akan menjamin bahwa pembentukan hukum sesuai dengan tata nilai, pandangan dan kebutuhan hukum masyarakat.

c. Sendi kesejahteraan sosial;

Sendi kesejahteraan sosial berarti bahwa sistem hukum nasional dibangun untuk mewujudkan cita-cita kesejahteraan dan keadilan sosial. Ini berarti pula bahwa penentuan dan pembentukan substansi hukum harus dapat mewujudkan keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia di segala bidang kehidupan baik politik, ekonomi, sosial maupun budaya.

Berkaitan dengan upaya melaksanakan pembaharuan hukum pidana menurut Richard Lange dalam buku kecilnya yang berjudul "*Strafrechtsreform, Reform Im Dilemma*" ada dua problema pokok yang selalu dihadapi yaitu bahwa disatu pihak ada keharusan untuk menserasikan hukum pidana dengan ilmu pengetahuan empiris dengan memperhatikan benar-benar kebutuhan masyarakat yang sesungguhnya

sedangkan di lain pihak hukum pidana harus diperbaharui sesuai tingkat kemajuan zaman.⁸²

Kedua permasalahan pokok tersebut dalam pembaharuan hukum pidana yang dikemukakan di atas mengandung makna bahwa ada keharusan untuk mengkomodasikan nilai-nilai sentral yang hidup di masyarakat kedalam hukum yang akan dicita-citakan sehingga dapat berlaku secara efektif di masyarakat. Di samping itu pembaharuan hukum pidana dilakukan dengan melihat kecenderungan-kecenderungan Internasional dan hukum pidana negara-negara lain sebagai bahan perbandingan yang diadaptasikan dengan nilai-nilai yang terkandung di dalam falsafah negara Pancasila yang merupakan sumber dari segala sumber Hukum sehingga hukum yang dicitacitakan dapat berlaku.

Adapun tujuan utama dari pembaharuan hukum pidana itu adalah penanggulangan kejahatan. Ketiga bidang hukum yang diperbaharui itu erat sekali hubungannya, namun dalam tulisan ini untuk selanjutnya perhatian semata mata ditujukan kepada pembaharuan hukum pidana materiil.

Berkenaan dengan pembaharuan hukum pidana materiil (substantif) Muladi mengemukakan karakteristik operasional hukum pidana materiil di masa yang akan datang adalah sebagai berikut :⁸³

- a. Karakteristik yang pertama (adalah bahwa) hukum pidana Nasional mendatang dibentuk tidak hanya sekedar alasan sosiologis, politis

⁸² Richard Lange, *Strafrechtreform, Reform Im Dillema* dalam Abdurahman, *Pembaharuan Hukum Acara Pidana*, Alumni, Bandung, 1980, hlm. 2.

⁸³ Muladi, *Pidato Pengukuhan Guru Besar*, BP Undip, Semarang, 1990, hlm 149-166.

dan praktis semata mata, namun secara sadar harus disusun dalam kerangka Ideologi Nasional Pancasila.

- b. Karakteristik operasional yang kedua adalah bahwa hukum pidana pada masa datang tidak boleh mengabaikan aspek-aspek yang berkaitan dengan kondisi manusia, alam dan tradisi Indonesia.
- c. Karakteristik yang ketiga adalah bahwa hukum pidana mendatang harus dapat menyesuaikan diri kecenderungan-kecenderungan universal yang tumbuh di dalam pergaulan masyarakat beradab.
- d. Karakteristik yang ke empat adalah bahwa hukum pidana di masa mendatang harus memikirkan pula aspek- aspek yang bersifat preventif.
- e. Karakteristik yang kelima adalah bahwa hukum pidana masa mendatang harus selalu tanggap terhadap perkembangan ilmu pengetahuan dan teknologi guna peningkatan efektivitasnya di dalam masyarakat.

karakteristik yang dikemukakan di atas dengan tegas dan jelas maknanya bahwa didalam pembaharuan hukum pidana materiil (substantif) harus mengakomodasi nilai-nilai sentral masyarakat dan juga tidak menutup diri terhadap nilai-nilai universal di dalam masyarakat beradab.

Pembaharuan hukum seperti telah disebutkan di atas lebih populer dari istilah Pembinaan hukum, walaupun kedua istilah tersebut mengandung makna dan arti yang sama, Pembinaan hukum dalam arti luas yaitu setiap tindakan yang berusaha menyelaraskan hukum dengan

kebutuhan masyarakat yang sedang membangun. Dengan demikian pembinaan itu meliputi kegiatan pembangunan hukum yaitu menetapkan ketentuan-ketentuan baru pengganti ketentuan-ketentuan lama yang berbau kolonial, sedang dalam arti sempit yaitu usaha menyesuaikan terus menerus hukum nasional yang telah ada sejak Proklamasi dengan kebutuhan yang terus berubah.⁸⁴

kedua arti pembinaan hukum diatas mengandung makna yang sama dengan pembaharuan yaitu bahwasanya arti – maksud pembinaan hukum nasional itu sendiri adalah kegiatan penyelenggaraan usaha-usaha peningkatan dan penyempurnaan hukum nasional dengan antara lain menyusun tata hukum nasional, mengadakan perencanaan kitab Undang-Undang serta peraturan perundangan yang baru, mengusahakan kesatuan hukum di bidang-bidang tertentu (legislasi, kodifikasi, unifikasi) dengan jalan memperhatikan kesadaran hukum masyarakat serta kebudayaan bangsa berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945 dan dilandasi dengan wawasan Nusantara.⁸⁵

Berdasarkan beberapa pengertian pembaharuan hukum di atas maka dapat dikatakan ada upaya pembaharuan hukum (pidana) adalah seperti yang dikemukakan oleh Gustav Radbruch bahwa “memperbaharui hukum pidana tidak berarti memperbaiki hukum pidana, akan tetapi menggantikannya dengan yang lebih baik” berarti pula membuat yang

⁸⁴ Harjito Notopuro, *Pokok-pokok Pemikiran tentang pembangunan dan pembinaan Hukum Nasional*, Bina cipta, Bandung, 1995, hlm. 6.

⁸⁵ Harjito Notopuro, *Ibid*, hlm. 6

baru dan bersifat menyeluruh sebagai *ius constituendum* atau hukum pidana yang dicitacitakan dengan mengkomudasikan nilai-nilai sentral dalam masyarakat.

Penekanan pada “nilai-nilai sentral masyarakat” ini tidak terlepas dari fungsi hukum yang mana hukum dan masyarakat bagaikan dua sisi mata uang “*Ubi societas ibi ius*” dimana ada masyarakat di sana ada hukum keduanya tidak dapat dipisahkan. Hukum yang tidak dikenal dan tidak sesuai dengan konteks sosialnya serta tidak ada komunikasi yang efektif tentang tuntutan dan pembaharuannya bagi warga negara tidak akan bekerja secara efektif.

2. Pola pidanaan menurut KUHP dan konsep KUHP.

Istilah “pola” menunjukan sesuatu yang dapat digunakan sebagai, model, acuan, pegangan atau pedoman untuk membuat atau menyusun sesuatu. Dengan demikian, secara singkat dapat dikatakan bahwa “pola pidanaan” yang dimaksud di sini ialah acuan, pegangan, atau pedoman untuk membuat atau menyusun sistem sanksi (hukum) pidana. Penekanan pada istilah “membuat atau menyusun” sistem sanksi (hukum) pidana dimaksudkan untuk membedakan “pola pidanaan” dengan “pedoman pidanaan” (*Guidence of Sentencing*). Pedoman pidanaan lebih merupakan pedoman bagi hakim untuk menjatuhkan atau menerapkan pidanaan, sedangkan pola pidanaan lebih merupakan pedoman atau acuan bagi pembuat undang-undang dalam membuat atau menyusun perundang-undangan yang mengandung sanksi pidana. Dengan demikian

dapat dikatakan, bahwa “pola pidanaan” merupakan pedoman legislatif bagi pembuat undang-undang, sedangkan pedoman pidanaan merupakan pedoman yudisial atau yudikatif bagi hakim.⁸⁶

Bertolak dari pengertian di atas dapatlah dinyatakan, bahwa sebenarnya pola pidanaan yang bersifat umum dan ideal harus ada lebih dahulu dari sebelum perundang-undangan pidana dibuat, bahkan sebelum KUHP dibuat. Jadi kurang tepat sebenarnya digunakan istilah “pola pidanaan dalam/menurut KUHP”. Namun karena KUHP dianggap induk dari peraturan pidana, maka praktek legislatif tampaknya menggunakan pola pidanaan menurut KUHP sebagai acuan atau pedoman dalam membuat peraturan perundang-undangan pidana lainnya. Dengan direncanakannya perubahan KUHP menjadi “KUHP baru” yang konsepnya sedang dalam taraf penyelesaian, menjadi masalah tentunya dalam praktek legislatif, pola pidanaan apa yang digunakan sebagai acuan atau “pegangan”. Ketiadaan dan ketidakjelasan pola pidanaan yang dapat digunakan sebagai pegangan, dapat berakibat kerancuan atau ketidaksesuaian (*inconcistency*) dalam produk legislatif.⁸⁷

a. Pola jenis sanksi pidana.

Jenis sanksi yang digunakan dalam konsep KUHP (selanjutnya disebut “konsep” saja), terdiri dari jenis “pidana” dan “tindakan. Jenis pidana terdiri dari:⁸⁸

⁸⁶ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana: Perkembangan Penyusunan Konsep KUHP Baru*, Kencana, Semarang, 2014, hlm.151.

⁸⁷ *Ibid*, Hlm152

⁸⁸ *Ibid*.

1) Pidana pokok:

- a) Pidana penjara;
- b) Pidana tutupan;
- c) Pidana pengawasan;
- d) Pidana denda;
- e) Pidana kerja sosial.

2) Pidana tambahan:

- a) Pencabutan hak-hak tertentu;
- b) Perampasan barang-barang tertentu dan tagihan;
- c) Pengumuman putusan hakim;
- d) Pembayaran ganti kerugian;
- e) Pemenuhan kewajiban adat.

Sedangkan untuk tindakan, terdiri dari:⁸⁹

1) Untuk orang yang tidak atau kurang mampu bertanggungjawab

(tindakan dijatuhkan tanpa pidana):

- a) Perawatan di rumah sakit jiwa;
- b) Penyerahan kepada pemerintah;
- c) Penyerahan kepada seseorang.

2) Untuk orang pada umumnya yang mampu bertanggungjawab

(dijatuhkan bersama-sama dengan pidana):

- a) Pencabutan surat izin mengemudi;
- b) Perampasan keuntungan yang diperoleh dari tindak pidana;

⁸⁹ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana: Perkembangan Penyusunan Konsep KUHP Baru*, Kencana, Semarang, 2014, hlm.153.

- c) Perbaiki akibat-akibat tindak pidana;
- d) Latihan kerja;
- e) Rehabilitasi;
- f) Perawatan di dalam suatu lembaga.

Disamping jenis-jenis sanksi yang dikemukakan di atas, konsep merencanakan juga, jenis sanksi khusus untuk anak yang juga akan terdiri dari pidana pokok, pidana tambahan, dan tindakan. Untuk anak tidak ada pidana mati dan penjara seumur hidup.

Pola jenis sanksi berhubungan dengan pola pembagian jenis tindak pidana. Misalnya, menurut pola KUHP (WvS), untuk “kejahatan” pada umumnya diancam dengan pidana penjara atau denda, sedangkan untuk “pelanggaran” pada umumnya diancam dengan pidana kurungan atau denda. Konsep tidak lagi membedakan jenis tindak pidana berupa “pelanggaran” dan “kejahatan”. Namun demikian, di dalam “pola kerja”, Tim penyusun konsep ada pula pengklasifikasian tindak pidana yang sifatnya/ bobotnya dipandang sangat ringan, berat, dan sangat serius. Untuk delik yang sangat ringan hanya diancam dengan pidana denda, untuk delik yang dipandang berat diancam dengan pidana penjara atau denda (alternatif), dan untuk delik yang sangat serius diancam dengan pidana penjara saja (perumusan tunggal) atau dalam hal-hal khusus dapat pula diancam dengan pidana mati yang dialternatifkan dengan penjara

seumur hidup atau penjara dalam waktu tertentu. Secara kasar polanya dapat digambarkan sebagai berikut:⁹⁰

- 1) Yang hanya diancam pidana denda (untuk delik yang bobotnya dinilai kurang dari 1 tahun penjara);
- 2) Yang diancam pidana penjara atau denda secara alternatif (untuk delik yang diancam dengan pidana penjara 1-7 tahun);
- 3) Yang diancam dengan pidana penjara (untuk delik yang diancam pidana penjara lebih dari 7 tahun).

Perlu dicatat, bahwa tetap dimungkinkan adanya “penyimpangan” dari pola tersebut, antara lain:⁹¹

- 1) Untuk beberapa tindak pidana yang dipandang meresahkan masyarakat ancaman pidananya akan ditingkatkan secara khusus dan sebaliknya dengan alasan khusus dapat diturunkan ancaman pidananya;
- 2) Untuk beberapa tindak pidana yang dipandang dapat menimbulkan keuntungan ekonomi/keuangan yang cukup tinggi, pidana penjara yang diancamkan dapat dialternatifkan dan dikumulasikan dengan pidana denda;
- 3) Untuk beberapa tindak pidana, yang dapat dipandang menimbulkan “disparitas pidana” dan “meresahkan masyarakat” akan diancam dengan pidana minimum khusus.

b. Pola perumusan pidana.

⁹⁰ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana: Perkembangan Penyusunan Konsep KUHP Baru*, Kencana, Semarang, 2014, hlm.154-155.

⁹¹ Barda Nawai Arief, *Op.cit*, hlm. 155-156.

1) Menurut KUHP.

Jenis pidana yang pada umumnya, dicantumkan dalam perumusan delik menurut pola KUHP ialah pidana pokok, dengan menggunakan sembilan bentuk perumusan, yaitu:⁹²

- a) Diancam dengan pidana mati atau penjara seumur hidup atau penjara tertentu;
- b) Diancam pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara tertentu;
- c) Diancam dengan pidana penjara (tertentu);
- d) Diancam dengan pidana penjara atau kurungan;
- e) Diancam dengan pidana penjara atau kurungan atau denda;
- f) Diancam dengan pidan penjara atau denda;
- g) Diancam dengan pidana kurungan;
- h) Diancam dengan pidana kurungan atau denda;

Dari sembilan bentuk perumusan di atas, dapat diidentifikasi hal-hal sebagai berikut:⁹³

- a) KUHP hanya menganut dua sistem perumusan, yaitu perumusan tunggal (hanya diancam satu pidana pokok) dan perumusan alternatif.
- b) Pidana pokok yang diancam/dirumuskan secara tunggal, hanya pidana penjara, kurungan, dan denda. Tidak ada pidana mati atau penjara seumur hidup yang diancam secara tunggal.

⁹² *Ibid*, hlm. 161.

⁹³ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana: Perkembangan Penyusunan Konsep KUHP Baru*, Kencana, Semarang, 2014, hlm.162.

- c) Perumusan alternatif dimulai dari pidana pokok terberat sampai yang paling ringan.

Pidana tambahan bersifat fakultatif, namun pada dasarnya untuk dapat dijatuhkan harus tercantum dalam perumusan delik.⁹⁴

2) Menurut konsep.

Jenis pidana yang dicantumkan dalam perumusan delik hanya pidana mati, penjara, dan denda. Pidana pokok berupa pidana tutupan,, pidana pengawasan, dan pidana kerja sosial tidak dicantumkan. Bentuk perumusannya tidak berbeda dengan pola KUHP di atas, hanya dengan catatan bahwa dalam konsep:⁹⁵

- a) Pidana penjara dan denda ada yang dirumuskan ancaman minimumnya;
- b) Pidana denda dirumuskan dengan sistem kategori.
- c) Ada pedoman untuk menerapkan pidana yang dirumuskan secara tunggal dan alternatif yang memberi kemungkinan tunggal diterapkan secara alternatif dan perumusan alternatif diterapkan secara kumulatif.

Sejak awal konsep disusun sampai dengan konsep 2002, pidanatambahan baru dapat dijatuhkan apabila disebut dengan tegas dalam undang-undang. Namun sejak konsep 2004 sampai dengan

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana: Perkembangan Penyusunan Konsep KUHP Baru*, Kencana, Semarang, 2014, hlm.162.

konsep 2012 telah mengalami perubahan dengan menegaskan bahwa:⁹⁶

“pidana tambahan dapat dijatuhkan sebagai pidana yang berdiri sendiri atau bersama-sama dengan pidana pokok dan dapat dijatuhkan bersama-sama dengan pidana tambahan lainnya.”

C. Disparitas Pidana

Sebagaimana diamanatkan dalam Pasal 1 Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman menyebutkan :

“Kekuasaan Kehakiman adalah kekuasaan Negara yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila, demi terselenggaranya Negara Hukum Republik Indonesia”,

yang kemudian diubah dengan Undang-Undang Nomor 35 Tahun 1999 Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970 Tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman dan kemudian diubah dengan Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Undang-Undang tentang Kekuasaan Kehakiman, yang dalam Pasal 1 angka 1 menyebutkan:

“Kekuasaan Kehakiman adalah kekuasaan negara yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, demi terselenggaranya Negara Hukum Republik Indonesia.”

⁹⁶ *Ibid*, hlm 163.

Oleh karena Hakim / Majelis Hakim memiliki kemerdekaan di dalam menjatuhkan pidana maka dalam perkara pidana yang sama kemungkinan Hakim / Majelis Hakim akan menjatuhkan pidana yang bervariasi terhadap terdakwa, inilah yang disebut sebagai disparitas pidana.⁹⁷

Disparitas pidana sendiri merupakan penerapan pidana yang tidak sama terhadap tindak pidana yang sama atau terhadap tindak pidana yang sifat bahayanya dapat diperbandingkan tanpa dasar pembenaran yang jelas.⁹⁸

Disparitas pidana ini pun membawa problematika tersendiri dalam penegakan hukum di Indonesia. Di satu sisi pidana yang berbeda/disparitas pidana merupakan bentuk dari diskresi hakim dalam menjatuhkan putusan, tapi di sisi lain pidana yang berbeda/disparitas pidana ini pun membawa ketidakpuasan bagi terpidana bahkan masyarakat pada umumnya. Muncul pula kecemburuan sosial dan juga pandangan negatif oleh masyarakat pada institusi peradilan, yang kemudian diwujudkan dalam bentuk ketidakpedulian pada penegakan hukum dalam masyarakat. Kepercayaan masyarakat pun semakin lama semakin menurun pada peradilan, sehingga terjadilah kondisi dimana peradilan tidak lagi dipercaya atau dianggap sebagai rumah keadilan bagi mereka atau dengan kata lain terjadi kegagalan dari sistem peradilan pidana. Main hakim

⁹⁷ SANTHOS WACHJOE P, *Disparitas Putusan Hakim*, santhoshakim.blogspot.co.id/2013/11/disparitas-putusan-hakim.html, diunduh pada Selasa 17 Mei 2016, pada Pukul 10.59 WIB.

⁹⁸ Cahaw Aji, *Peran Kejaksaan dalam Sistem*, cahwatuaji.blogspot.com/2009/01/peranan-kejaksaan-dalam-sistem.html, diunduh pada Selasa 17 Mei 2016, pada Pukul 11.04 WIB.

sendiri pun menjadi sesuatu yang lebih baik dan lebih memenuhi rasa keadilan daripada mengajukan perkara mereka ke pengadilan. Keadaan ini tentu menimbulkan inkonsistensi putusan peradilan dan juga bertentangan dengan konsep *rule of law* yang dianut oleh Negara kita, dimana pemerintahan diselenggarakan berdasarkan hukum dan didukung dengan adanya lembaga yudikatif yakni institusi peradilan untuk menegakkan hukum, apa jadinya jika masyarakat tidak lagi percaya pada penegakan hukum di Indonesia.⁹⁹

Disparitas pidana timbul karena adanya penjatuhan hukuman yang berbeda terhadap tindak pidana yang sejenis. Penjatuhan pidana ini tentunya adalah hukuman yang dijatuhkan oleh hakim terhadap pelaku tindak pidana sehingga dapatlah dikatakan bahwa figur hakim di dalam hal timbulnya disparitas pembedaan sangat menentukan. Lebih spesifik dari pengertian itu, menurut Harkristuti Harkrisnowo disparitas pidana dapat terjadi dalam beberapa kategori yaitu:¹⁰⁰

- a. Disparitas antara tindak tindak pidana yang sama;
- b. Disparitas antara tindak tindak pidana yang mempunyai tingkat keseriusan yang sama;
- c. Disparitas pidana yang dijatuhkan oleh satu majelis hakim; dan
- d. Disparitas antara pidana yang dijatuhkan oleh majelis hakim yang berbeda untuk tindak pidana yang sama.

⁹⁹ Santhos Wachjoe P, *Op.cit*, diunduh pada selasa 17 Mei 2016, pada Pukul 11.09 WIB.

¹⁰⁰ Harkristuti Harkrisnowo, *Disparitas*, www://harkristutiharkrisnowo.com/disparitas, diunduh pada 17 Mei 2016, pada Pukul 11.12 WIB

Muladi dan Barda Nawawi Arief mengemukakan bahwa:¹⁰¹

“Terpidana yang setelah memperbandingkan pidana kemudian merasa menjadi korban terhadap *judicial caprice* akan menjadi terpidana yang tidak menghargai hukum, padahal penghargaan terhadap hukum tersebut merupakan salah satu target di dalam tujuan pemidanaan. Dari ini akan nampak suatu persoalan yang serius, sebab akan merupakan suatu indikator dan manifestasi dari kegagalan suatu sistem untuk mencapai persamaan keadilan di dalam Negara hukum dan sekaligus akan melemahkan kepercayaan masyarakat terhadap sistem penyelenggaraan hukum pidana. Sesuatu yang tidak diharapkan terjadi bilamana disparitas tersebut tidak diatasi, yaitu timbulnya demoralisasi dan sikap anti rehabilitasi di kalangan terpidana yang lebih berat daripada yang lain dalam kasus yang sebanding.”

Disparitas pemidanaan merupakan permasalahan pada pemidanaan.

Hal ini dapat dilihat dari diangkatnya permasalahan tersebut dalam musyawarah Nasional VII Ikatan Hakim Indonesia di Pandaan Jawa Timur 1975, Musyawarah Nasional VIII Ikatan Hakim Indonesia di Jakarta Tahun 1992. Adanya disparitas pidana dalam penegakan hukum ini juga mendapat tanggapan dari Harkristuti Harkrisnowo yang dalam salah satu tulisannya menyatakan bahwa:¹⁰²

“Dengan adanya realita disparitas pidana tersebut, tidak heran jika publik mempertanyakan apakah hakim/pengadilan telah benar-benar melaksanakan tugasnya menegakkan hukum dan keadilan, Dilihat dari sisi sosiologis, kondisi disparitas pidana dipersepsi publik sebagai bukti ketiadaan keadilan (*societal justice*). Sayangnya, secara yuridis formal, kondisi ini tidak dapat dianggap telah melanggar hukum. Meskipun demikian, seringkali orang melupakan bahwa elemen keadilan pada

¹⁰¹ Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Teori-teori dan kebijakan Pidana*, Alumni, Bandung, 1984, hlm. 54.

¹⁰² Harkristuti Harkrisnowo, *Rekonstruksi Konsep Pemidanaan: Suatu Gugatan terhadap Proses Legislasi dan Pemidanaan di Indonesia*, KHN Newsletter, Edisi April, Jakarta, 2003, hlm. 28.

dasarnya harus melekat pada putusan yang diberikan oleh hakim”.

Disparitas pidana tidak hanya terjadi di Indonesia, yang termasuk keluarga hukum eropa continental, yang tidak mengenal sistem presedent. Hampir seluruh Negara di dunia menghadapi masalah ini. Disparitas pidana yang disebut sebagai *the disturbing disparity of sentencing* mengundang perhatian lembaga legislatif serta lembaga lain yang terlibat dalam sistem penyelenggaraan hukum pidana untuk memecahkannya.¹⁰³ Sebelum membahas mengenai disparitas terhadap putusan pidana, perlu kiranya kita cermati pendapat dari Jimly Asshidiqie:¹⁰⁴

“Sistem hukum Indonesia sangat dipengaruhi oleh pemikiran hukum barat tetapi falsafah hukum dan budaya hukum Indonesia menuntut watak hukum yang berbeda dari watak hukum barat”.

Muladi berpendapat bahwa keputusan di dalam pembedaan akan mempunyai konsekuensi yang luas, baik yang menyangkut langsung pelaku tindak pidana maupun masyarakat luas.¹⁰⁵

Hakim sebagai salah satu Aparat Penegak Hukum, memiliki kebebasan untuk menjatuhkan pidana terhadap perkara pidana yang disidangkannya. Sebagai akibatnya, akan menimbulkan adanya disparitas putusan terhadap perkara-perkara yang mempunyai kualifikasi yang sama

¹⁰³ Muladi, *Dampak Disparitas Pidana dan Usaha Mengatasinya*, Alumni, Bandung, 1985, hlm. 52.

¹⁰⁴ Sri Endah Wahyuningsih, *Prinsip-Prinsip Individualisasi Pidana Dalam Hukum Islam*, Badan penerbit UNDIP, Semarang, 2013, hlm116.

¹⁰⁵ Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Teori-teori dan kebijakan Pidana*, Alumni, Bandung, 1984, hlm. 52

maupun sejenis.¹⁰⁶ Yang dimaksud dengan disparitas pidana dalam hal ini tidak hanya meliputi penerapan pidana yang tidak sama untuk tindak – tindak pidana yang sama tanpa dasar pembenaran yang jelas, tetapi juga untuk tindak – tindak pidana yang “*comparable seriousness*”.¹⁰⁷

Mahkamah Agung Republik Indonesia memberikan komentar mengenai disparitas pidana, yaitu:¹⁰⁸

“Disparitas putusan-putusan hakim dikarenakan, sistem hukum Indonesia sampai detik ini sebagian besar masih meresepsikan sistem hukum eropa kontinental, dimana hakim diberi kebebasan sepenuhnya memutus perkara didasarkan atas fakta, bukti serta terakhir didasarkan kepada nuraninya sendiri. Berbeda dengan hakim-hakim di negara-negara yang menganut sistem anglo saxon yang lebih mendasarkan putusan-putusan pengadilan kepada preseden hakim-hakim terdahulu yang pernah memutus perkara yang sama”.

Disparitas putusan pidana, baik secara langsung maupun tidak langsung, juga membawa dampak bagi masyarakat yaitu bahwa masyarakat cenderung akan menjadi skeptis dan apatis terhadap hukum. Dalam upaya penanggulangan timbulnya disparitas pidana dalam putusan, maka setidaknya pendekatan yang harus dilakukan secara kontinyu dan konsisten yaitu dengan memperkecil disparitas putusan pidana itu sendiri sehingga memperkecil pengaruh atau dampak negatif dari disparitas putusan pidana tersebut. Dengan demikian, timbulnya disparitas pidana

¹⁰⁶ Santhos Wachjoe P, *Op.cit*, diakses pada Selasa 17 Mei 2013, pada Pukul 18.34 WIB.

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ *Ibid.*

akan dapat dicegah sedini mungkin dan akibat-akibat yang ditimbulkannya juga akan dapat ditanggulangi.¹⁰⁹

Hakekat kebebasan hakim adalah jika seorang hakim dalam melaksanakan tugas dan wewenangnya bebas dalam menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat serta bebas dari berbagai pengaruh dan berbagai kepentingan baik dari dalam maupun dari luar, termasuk kepentingan dirinya sendiri demi tegaknya hukum dan keadilan. Misi hukum yang diemban oleh hakim sebagaimana tesis Gustav Radbruch adalah hakim berada dalam ranah ideal (*das sollen*) dan ranah empirik (*das sein*).¹¹⁰

Pandangan lain juga muncul terhadap disparitas pidana, yaitu:¹¹¹

“Disparitas pidana ini pun membawa problematika tersendiri dalam penegakan hukum di Indonesia. Di satu sisi pembedaan yang berbeda/ disparitas pidana merupakan bentuk dari diskresi hakim dalam menjatuhkan putusan, tapi di sisi lain pembedaan yang berbeda/disparitas pidana ini pun membawa ketidakpuasan bagi terpidana bahkan masyarakat pada umumnya”.

Berkaitan dengan disparitas pidana, Muladi berpendapat bahwa disparitas pembedaan mempunyai dampak yang dalam karena terkandung

¹⁰⁹ Aptik Digital Library, *Tinjauan Terhadap Dasar Putusan Disparitas Pidana Untuk Perkara Sejenis Dalam Kasus Pencurian*, <http://adl.aptik.or.id/default.aspx?tabID=61&src=k&iid=591169>, diunduh pada 17 Mei 2016, pada Pukul 18.46 WIB.

¹¹⁰ Devi Darmawan, *Problematika Disparitas Pidana Dalam Penegakan Hukum Di Indonesia*, https://devidarmawan.wordpress.com/2010/10/07/problematika-disparitas-pidana-dalam-penegakan-hukum-di-indonesia/#_ftn3, diunduh pada 17 Mei 2016, pada Pukul 18.46 WIB.

¹¹¹ *Ibid.*

perimbangan konstitusional antara kebebasan individu dan hak negara untuk memidana.¹¹² Lebih lanjut lagi Muladi mengatakan bahwa:¹¹³

“Sesuatu yang tidak diharapkan akan terjadi bilaman disparitas pidana tersebut tidak dapat diatasi, yakni timbulnya demoralisasi dan sikap anti rehabilitasi di kalangan terpidana yang dijatuhi pidana yang lebih berat daripada yang lain di dalam kasus yang sebanding”.

Muladi, juga mengatakan:¹¹⁴

“Di dalam hukum positif Indonesia, hakim mempunyai kebebasan yang sangat luas untuk memilih jenis pidana (*strafsoort*) yang dikehendaki, sehubungan dengan penggunaan sistem alternatif di dalam pengancaman pidana di dalam undang-undang”.

Salah satu penyebab dari timbulnya disparitas pemidanaan adalah sebagaimana diuraikan oleh Sudarto:¹¹⁵

“KUHP kita tidak memuat pedoman pemberian pidana (*straftoemetingsleiddraad*) yang umum, ialah suatu pedoman yang dibuat oleh pembentuk undang-undang yang memuat asas-asas yang perlu diperhatikan oleh hakim dalam menjatuhkan pidana, yang ada hanya aturan pemberian pidana”.

D. Teori Retributif.

Teori retributif dalam tujuan pemidanaan disandarkan pada alasan bahwa pemidanaan merupakan “*morally Justified*” (pembenaran secara moral) karena pelaku kejahatan dapat dikatakan layak untuk menerimanya atas kejahatannya. Asumsi yang penting terhadap pembenaran untuk menghukum sebagai respon terhadap suatu kejahatan karena pelaku

¹¹² Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Op.Cit*, hlm. 53.

¹¹³ *Ibid*, hlm. 54.

¹¹⁴ *Ibid*, hlm. 56.

¹¹⁵ *Ibid*, hlm. 57.

kejahatan telah melakukan pelanggaran terhadap norma moral tertentu yang mendasari aturan hukum yang dilakukannya secara sengaja dan sadar dan hal ini merupakan bentuk dari tanggung jawab moral dan kesalahan hukum si pelaku.¹¹⁶ Teori Retributif melegitimasi pemidanaan sebagai sarana pembalasan atas kejahatan yang telah dilakukan seseorang. Kejahatan dipandang sebagai perbuatan yang amoral dan asusila didalam masyarakat, oleh karena itu pelaku kejahatan harus dibalas dengan menjatuhkan pidana. Tujuan pemidanaan dilepaskan dari tujuan apapun, sehingga pemidanaan hanya mempunyai satu tujuan, yaitu pembalasan.¹¹⁷

Kant dan Hegel mengatakan, ciri khas dari teori absolut adalah keyakinan mutlak akan keniscayaan pidana, sekalipun pemidanaan sebenarnya tidak berguna, bahkan bilapun membuat keadaan pelaku kejahatan menjadi lebih buruk. Kejahatan adalah peristiwa yang berdiri sendiri; ada kesalahan yang harus dipertanggungjawabkan; dengan cara ini persoalan dituntaskan. Kesalahan (dosa) hanya dapat ditebus dengan menjalani penderitaan. Jadi pandangannya diarahkan ke masa lalu (*backward looking*), bukan ke masa depan¹¹⁸

Karel O. Christiansen mengidentifikasi lima ciri pokok teori absolut, yakni :¹¹⁹

¹¹⁶ Aleksandar Fatic, *Punishment and Restorative Crime – Handling*, Avebury Ashagate Publishing Limited, USA, 1995, hlm. 9.

¹¹⁷ Van Bemmelen, *Hukum Pidana I*, Cetakan Kedua, Bina Cipta, Bandung, 1997, hlm. 25.

¹¹⁸ Jan Rimmelink, *Hukum Pidana, Komentar atas Pasal-Pasal Terpenting dari KUHP Belanda dan Padanannya dalam KUHP Indonesia*, PT. Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 1993, hlm. 600.

¹¹⁹ M. Sholehuddin, *Sistem Sanksi Dalama Hukum Pidana : Ide Dasar Double Track System dan Implementasinya*, Rajawali, Jakarta, 2004, hlm. 35.

- a. tujuan pidana hanyalah sebagai balasan (*The purpose of punishment is just retribution*);
- b. Pembalasan adalah tujuan utama dan didalamnya tidak meangandung sarana-sarana untuk tujuan lain seperti kesejahteraan masyarakat (*Just retribution is the ultimate aim, and not in itself a means to any ather aim, as for instance social welfare which from this point of view is without any significance whatsoever*);
- c. kesalahan moral sebagai satu-satunya syarat untuk pembedanaan (*Moral guilt is the only qualification for punishment*);
- d. Pidana harus disesuaikan dengan kesalahan si pelaku (*The penalty shall be proportional to the moral guilt of the offender*);
- e. Pidana melihat ke belakang, ia sebagai pencelaan yang murni dan bertujuan untuk memperbaiki, mendidik dan meresosialisasi pelaku (*Punishment point into the past, it is pure reproach, and it purpose is not to improve, correct, educate or resocialize the offender*).

E. Aspek Historis Doktrin Restoratif Justice.

1. Hukum pidana dan perubahan sosial.
 - a. Penanggulangan kejahatan dengan menggunakan (hukum) pidana merupakan cara yang paling tua, setua peradaban manusia itu sendiri. Adapula yang menyebutnya sebagai “*older philosophy of crime control*”. Dilihat sebagai suatu masalah kebijakan, ada yang

mempermasalahkan apakah perlu kejahatan itu ditanggulangi, dicegah atau dikendalikan, dengan menggunakan sanksi pidana.¹²⁰

- b. H.L. Packer:¹²¹ pidana merupakan “peninggalan kebiadaban kita masa lalu” (*a vestige of our savage past*) yang seharusnya dihindari.
- c. M. Cherif Bassiouni:¹²² sejarah hukum pidana penuh dengan gambaran-gambaran perlakuan yang oleh ukuran-ukuran sekarang dipandang kejam dan melampaui batas. Gerakan pembaharuan pidana di Eropa Kontinental dan di Inggris terutama justru merupakan reaksi humanistik terhadap kekejaman pidana.
- d. Faham determinisme:¹²³ orang tidak mempunyai kehendak bebas dalam melakukan suatu perbuatan karena dipengaruhi oleh watak pribadinya, faktor-faktor biologis maupun faktor lingkungan kemasyarakatan oleh karena itu pelaku kejahatan tidak dapat dipersalahkan atas perbuatannya dan tidak dapat dikenakan pidana melainkan diperlukan tindakan-tindakan perawatan yang bertujuan memperbaiki. Sebaliknya hukum pidana menganut *indeterminisme* yang pada dasarnya berpendapat, bahwa manusia mempunyai kehendak bebas dan ini merupakan sebab dari segala keputusan

¹²⁰ Gene Kassebaum, *Delinquency and Social Policy*, Prentice Hall Inc, London, 1974, hlm. 93.

¹²¹ H.L. Packer, *The Limits of Criminal Sanction*, Stanford University Press, California, 1968, hlm. 3.

¹²² M. Cherif Bassiouni, *Substantive Criminal Law*, C. Thomas Publisher, Illinois USA, 1978, hlm. 86.

¹²³ Sudarto, *Hukum Pidana I*, Yayasan Sudarto, FH UNDIP, Semarang, 2009, hlm. 146-147.

kehendak. Tanpa ada kebebasan kehendak maka tidak ada kesalahan. Apabila tidak ada kesalahan, maka tidak ada pencelaan, sehingga tidak ada pemidanaan.

- e. ALF ROSS:¹²⁴ pandangan determinisme melahirkan gerakan modern mengenai kampanye anti pemidanaan (“*the campaign against punishment*”) dengan slogan yang terkenal “*the struggle against punishment*” atau “*abolition punishment*” yang menurut Kinberg bahwa kejahatan pada umumnya merupakan perwujudan daripada ketidak-normalan atau ketidak-matangan pelanggar yang lebih memerlukan tindakan perawatan (*treatment*) daripada pidana.
- f. F. Gramatica:¹²⁵ hukum perlindungan sosial harus menggantikan hukum pidana yang ada sekarang dan mengintegrasikan individu ke dalam tertib sosial dan bukan pemidanaan terhadap perbuatan. Hukum perlindungan sosial mensyaratkan penghapusan pertanggungjawaban pidana (kesalahan) dan digantikan tempatnya oleh pandangan tentang perbuatan anti sosial. Ajaran Gramatika menolak konsepsi-konsepsi mengenai tindak pidana, penjahat dan pidana.

2. Kegagalan Sistem Peradilan Pidana.

Salah satu jenis sanksi pidana adalah pidana pencabutan kemerdekaan yang populer disebut dengan pidana penjara dan pidana kurungan. Penerapan sanksi pidana pencabutan kemerdekaan mengandung

¹²⁴ Sudarto, *Ibid*, hlm. 148-149.

¹²⁵ Marc Ancel, *Social Defence, A Modern Approach to criminal problems*, Routledge & Kegan Paul, London, 1965, hlm. 73-74.

lebih banyak aspek-aspek negatif daripada aspek-aspek positifnya. Hal ini terbukti bahwa penjatuhan pidana pencabutan kemerdekaan menimbulkan hal-hal negatif sebagai berikut :¹²⁶

a. Dehumanisasi pelaku tindak pidana:

- 1) Tujuan pidana penjara pertama adalah menjamin pengamanan narapidana dan kedua adalah memberikan kesempatan-kesempatan kepada narapidana untuk direhabilitasi.
- 2) Hakekat dari fungsi penjara tersebut di atas sering kali mengakibatkan dehumanisasi pelaku tindak pidana dan pada akhirnya menimbulkan kerugian bagi narapidana yang terlalu lama di dalam lembaga, berupa ketidak-mampuan narapidana untuk melanjutkan kehidupannya secara produktif di dalam masyarakat.

b. Prisonisasi (*Prisonization*) narapidana.

Proses prisonisasi narapidana dimulai ketika narapidana masuk dalam lembaga pemasyarakatan. Lembaga pemasyarakatan berisi kehidupan penjara sebagai suatu sistem sosial informal yang disebut sebagai sub kultur narapidana (*inmate subculture*). Sub kultur narapidana ini mempunyai pengaruh besar terhadap kehidupan individual narapidana, khususnya proses sosialisasi narapidana tersebut kedalam masyarakat narapidana (*the inmate community*) yang oleh Clemmer disebut sebagai prisonisasi. Dalam proses prisonisasi narapidana baru (*new comer*) harus membiasakan diri terhadap aturan-

¹²⁶ Muladi dan Barda Nawai Arief, *Teori-teori dan Kebijakan Pidana*, Alumni, Bandung, 1998, hlm. 77-78.

aturan yang berlaku di dalam masyarakat narapidana. Disamping itu ia harus mempelajari kepercayaan, perilaku-perilaku dari masyarakat tersebut, yang pada akhirnya menimbulkan mental.¹²⁷

c. *A place of contamination.*

Bernes dan Teeters berpendapat bahwa penjara telah tumbuh menjadi tempat pencemaran (*a place of contamination*) yang justru harus dihindari. Di dalam penjara, penjahat kebetulan (*accidental offenders*), pendatang baru (*novices in crime*) dirusak melalui pergaulannya dengan penjahat-penjahat kronis. Bahkan personil yang paling baikpun telah gagal untuk menghilangkan keburukan yang sangat besar dari penjara ini.¹²⁸

d. Pidana berjangka pendek.

Pidana berjangka pendek akan sangat merugikan di dalam pembinaan sebab disamping kemungkinan hubungan-hubungan yang tidak dikehendaki, pidana penjara jangka pendek jelas tidak mendukung kemungkinan untuk mengadakan rehabilitasi narapidana.¹²⁹

e. *Stigmatization.*

Kerugian lain yang sangat dirasakan dari penerapan pidana penjara adalah terjadinya stigmatisasi (*stigmatization*). Menurut Hoefnagels, stigma terjadi bilamana identitas seseorang terganggu atau rusak disebabkan oleh pandangan masyarakat sekitar terhadapnya. Secara psikologis stigmatisasi menimbulkan kerugian terbesar bagi

¹²⁷ *Ibid*, hlm. 79.

¹²⁸ *Ibid*

¹²⁹ *Ibid*, hlm. 80.

pelaku tindak pidana, karena dengan demikian publik mengetahui bahwa ia seorang penjahat, dengan segala akibatnya.¹³⁰

Bersamaan dengan kegagalan sistem peradilan pidana yang didasari dinamika perubahan dan perkembangan hukum pidana timbul suatu paradigma penghukuman yang disebut sebagai *restorative justice*. Dalam *restorative justice* pelaku didorong untuk memperbaiki kerugian yang telah ditimbulkannya kepada korban, keluarganya dan juga masyarakat. Program utamanya adalah “*a meeting place for people*” guna menemukan solusi perbaikan hubungan dan kerusakan akibat kejahatan.¹³¹

Keadilan yang dilandasi perdamaian (*peace*) pelaku, korban dan masyarakat itulah yang menjadi moral etik *restorative justice*, oleh karena itu keadilannya dilakukan sebagai “*Just Peace Principle*”. Prinsip ini mengingatkan kita bahwa keadilan dan perdamaian pada dasarnya tidak dipisahkan. Perdamaian tanpa keadilan adalah penindasan, keadilan tanpa perdamaian adalah bentuk baru penganiayaan/ tekanan.¹³²

Dikatakan sebagai *Just Peace Ethics* karena pendekatan terhadap kejahatan dalam *restorative justice* bertujuan untuk pemulihan kerusakan akibat kejahatan (*it in an attempt to recovery justice*), upaya ini dilakukan dengan mempertemukan korban, pelaku dan masyarakat.¹³³

¹³⁰ *Ibid*, hlm. 81.

¹³¹ *Ibid*, hlm. 3.

¹³² *Ibid*.

¹³³ *Ibid*.

F. Konsep, Landasan Filosofis, Prinsip dan Penggunaan Program

Restorative Justice

1. Konsep *Restorative Justice*.

Restorative Justice merupakan reaksi terhadap teori retributif yang berorientasi pada pembalasan dan teori neo klasik yang berorientasi pada kesetaraan sanksi pidana dan sanksi tindakan. Dalam teori retributif, sanksi pidana bersumber pada ide “mengapa diadakan pembedaan”. Dalam hal ini sanksi pidana lebih menekankan pada unsur pembalasan (pengimbangan) yang sesungguhnya bersifat reaktif terhadap sesuatu perbuatan. Ia merupakan penderitaan yang sengaja dibebankan kepada seorang pelanggar, atau seperti dikatakan oleh J. E. Jonkers bahwa sanksi pidana dititikberatkan pada pidana yang diterapkan untuk kejahatan yang dilakukan. Sementara sanksi tindakan bersumber pada ide “untuk apa diadakan pembedaan itu”. Jika dalam teori retributif sanksi pidana tertuju pada perbuatan salah seorang lewat pengenaan penderitaan (agar yang bersangkutan menjadi jera), maka sanksi tindakan terarah pada upaya memberi pertolongan agar dia berubah.¹³⁴ Sanksi tindakan bertujuan lebih bersifat mendidik¹³⁵ dan berorientasi pada perlindungan masyarakat.¹³⁶

¹³⁴ Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Op.cit.* hlm. 4.

¹³⁵ Utrecht, E, *Rangkaian Sari Kuliah Hukum Pidana II*, Pustaka Tinta Mas, Srabaya, 1994, hlm. 360.

¹³⁶ Andi Hamzah, *Sistem Pidana dan Pemidanaan Indonesia, dari Retribusi ke Reformasi*, Pradnya Paramita, Jakarta, 1986, hlm. 53.

Retributive justice oleh banyak orang dilihat sebagai “*a philosophy a process, an idea, a theory and intervention*”.¹³⁷

Restorative Justice adalah peradilan yang menekankan pada perbaikan atas kerugian yang disebabkan atau terkait dengan tindak pidana. *Restorative Justice* dilakukan melalui proses kooperatif yang melibatkan semua pihak (*stake holders*). Patut dikemukakan beberapa pengertian *Restorative Justice* berikut ini:

a. Menurut Muladi *restorative justice* adalah

Keadilan restoratif merupakan suatu pendekatan terhadap keadilan atas dasar falsafah dan nilai-nilai tanggungjawab, keterbukaan, kepercayaan, harapan, penyembuhan, dan “*inclusiveness*” dan berdampak terhadap pengambilan keputusan kebijakan sistem peradilan pidana dan praktisi hukum di seluruh dunia dan menjanjikan hal positif ke depan berupa sistem keadilan untuk mengatasi konflik akibat kejahatan dan hukum yang dapat dipertanggungjawabkan serta keadilan restoratif dapat terlaksana apabila fokus perhatian diarahkan pada kerugian akibat tindak pidana, keprihatinan yang sama dan komitmen untuk melibatkan pelaku dan korban, mendorong pelaku untuk bertanggungjawab, kesempatan untuk dialog antara pelaku dan korban, melibatkan

¹³⁷ Kuart Puji Prayitno, *Aplikasi Konsep Restorative Justice dalam Peradilan Indonesia*, Genta Publishing, Yogyakarta, 2012, hlm. 4.

masyarakat terdampak kejahatan dalam proses retroaktif, mendorong kerjasama dan reintegrasi.¹³⁸

- b. Menurut Bagir Manan *restorative justice* adalah Secara umum pengertian *restorative justice* adalah penataan kembali sistem pemidanaan yang lebih adil, baik bagi pelaku, korban, maupun masyarakat.¹³⁹
- c. *Restorative justice is a valued-based approach to responding to wrongdoing and conflict, with a balanced focus on the person harmed, the person causing the harm, and the affected community.* (Keadilan restoratif adalah nilai / prinsip pendekatan terhadap kejahatan dan konflik, dengan fokus keseimbangan pada orang yang dirugikan, penyebab kerugian, dan masyarakat yang terkena dampak).¹⁴⁰

Konsep *restorative justice* diterapkan di Indonesia sebatas dalam tindak pidana yang menyangkut anak. Hal tersebut dilakukan dengan pengembangan konsep *restorative justice* yang dikembangkan oleh *United Nation Children Found* (UNICEF) untuk melindungi pelaku tindak pidana anak.

¹³⁸ Kesimpulan Seminar Nasional HUT Ikatan Hakim Indonesia (IKAHI) ke-59 dengan tema “*Restorative Justice* dalam Hukum Pidana Indonesia”, Jakarta 25 April 2012.

¹³⁹ Majalah Varia Peradilan, Tahun XX. No. 247, Ikatan Hakim Indonesia, Juni 2006, hlm. 3.

¹⁴⁰ Kuat Puji Prayitno, *Aplikasi Konsep Restorative Justice dalam Peradilan Indonesia*, Genta Publishing, Yogyakarta, 2012. hlm. 4.

Konsep *restorative justice* atau keadilan pemulihan dari UNICEF didasarkan pada instrumen-instrumen hukum internasional bagi anak yang mempunyai masalah hukum yaitu:¹⁴¹

- a. Resolusi majelis umum PBB 40/33, tanggal 29 November 1985, mengenai “*United Nation Standard Minimum Rules for the Administration of Jevenile Justice*” (*The Beijing Rules*).
- b. Resolusi majelis umum PBB 44/25, tanggal 20 November 1989, mengenai “*Convention on the Right of the Child*” (Konvensi Hak-Hak Anak).
- c. Resolusi majelis umum PBB, 45/112, 14 Desember 1990, mengenai “*United Nation Gudelines for the Prevention of Juveline Delinquency*” (*The Riyadh Guidelines*).
- d. Resolusi majelis umum PBB 45/113, tanggal 14 Desember 1990, mengenai “*United Nation Rules for the Protection of Juveline Deprived of their Liberty*”.

Konsep *restorative justice* dari UNICEF menitikberatkan kepada keadilan yang dapat memulihkan, yaitu memulihkan bagi pelaku tindak pidana anak, korban dan masyarakat yang terganggu akibat adanya tindak pidana tersebut.¹⁴²

Restorative justice sebetulnya bukan merupakan hal asing dalam penyelesaian tindak pidana di Indonesia . Proses ini pernah berlaku dan sampai saat ini masih berlaku di daerah-daerah tertentu, yaitu

¹⁴¹ Wagianti Soetedjo, Melani, *Hukum Pidana Anak*, Refika Aditama, Bandung, 2013, hlm. 134.

¹⁴² *Ibid*, hlm.134

penyelesaian menurut hukum adat. Menurut R.Soepomo penyelesaian menurut hukum adat menghendaki pengambilan keseimbangan di dalam masyarakat, atau pemulihan keadaan.¹⁴³ Selain dalam hukum adat, musyawarah dalam menyelesaikan perkara pidana juga dikenal dalam hukum islam, yaitu apabila korban atau keluarga korban memaafkan pelaku kejahatan, dengan membayar (diat) yang dilakukan pelaku kepada korban.¹⁴⁴

2. Prinsip-prinsip *restorative justice*.

Ada tiga prinsip dasar untuk membentuk *Restorative Justice* yaitu: *The three principles that are involved in restorative justice include: there be a restoration to those who have been injured, the offender has an opportunity to be involved in the restoration if they desire and the court system's role is to preserve the public order and the community's role is to preserve a just peace.*¹⁴⁵

Berdasarkan statement di atas, tiga prinsip dasar *Restorative Justice* adalah:

- a. Terjadi pemulihan kepada mereka yang menderita kerugian akibat kejahatan;
- b. Pelaku memiliki kesempatan untuk terlibat dalam pemulihan keadaan (restorasi); dan

¹⁴³ R.Soepomo dalam Wagiaty Soetedjo, Melani, *Ibid*, hlm. 136.

¹⁴⁴ Wagiaty Soetedjo, Melani, *Hukum Pidana Anak*, Refika Aditama, Bandung, 2013, hlm.

136

¹⁴⁵ Wikipedia, *Restorative Justice*, http://id.wikipedia.org/wiki/Restorative_justice., diunduh pada 17 Mei 2016, pada Pukul 21.57 WIB.

- c. Pengadilan berperan untuk menjaga ketertiban umum dan masyarakat berperan untuk melestarikan perdamaian yang adil.

3. Program *Restorative Justice*.

Praktik dan program *Restorative Justice* tercermin pada tujuannya yang menyikapi tindak pidana dengan :¹⁴⁶

- a. *Identifying and taking steps to repair harm* (mengidentifikasi dan mengambil langkah-langkah untuk memperbaiki kerugian / kerusakan);
- b. *Involving all stakeholders*, (melibatkan semua pihak yang berkepentingan) dan;
- c. *Transforming the traditional relationship between communities and their government in responding to crime* (mengubah sesuatu yang bersifat tradisional selama ini mengenai hubungan masyarakat dan pemerintah dalam menanggapi kejahatan).

4. Penggunaan Program-Program *Restorative Justice*.

Berikut adalah program yang harus diperhatikan dalam *restorative justice*:¹⁴⁷

- a. Program keadilan restoratif dapat digunakan dalam setiap tahap sistem peradilan pidana;

¹⁴⁶ Mc Cold and Wachtel, *Restorative Practices*, (The International Institute for Restorative Practices (IIRP), 2003), hlm. 7.

¹⁴⁷ Muladi, *Restorative Justice Dalam Sistem Peradilan Pidana Dan Implementasinya Dalam Penyelesaian Tindak Pidana Yang Dilakukan Oleh Anak-Anak*, Makalah Dalam Focus Group Discussion (FGD) Penerapan Restorative Justice Dalam Penyelesaian Tindak Pidana Yang Dilakukan Oleh Anak-Anak, Diselenggarakan oleh Puslitbang SHN – BPHN, Jakarta, 26 Agustus 2013. Di BPHN Jakarta, hlm 7.

- b. Proses keadilan restoratif hanya digunakan apabila terdapat bukti-bukti yang cukup untuk menuntut pelaku tindak pidana dan disertai dengan kebebasan dan kesukarelaan korban pelaku. Dalam hal ini termasuk kebebasan pelaku dan korban untuk memundurkan diri dari persetujuan setiap saat selama proses. Kesepakatan juga harus dicapai secara sukarela dan memuat kewajiban-kewajiban yang wajar serta proporsional;
- c. kesepakatan didasarkan atas fakta-fakta dasar yang berkaitan dengan kasus yang terkait, dan partisipasi pelaku tidak dapat digunakan sebagai bukti pengakuan kesalahan dalam proses hukum berikutnya;
- d. Disparitas akibat ketidak-seimbangan, baik kekuatan maupun perbedaan kultural harus diperhatikan dalam melaksanakan proses keadilan restoratif;
- e. keamanan para pihak harus diperhatikan dalam proses keadilan restoratif;
- f. Apabila proses restoratif tidak tepat atau tidak mungkin dilakukan, kasus tersebut harus dikembalikan kepada pejabat sistem peradilan pidana, dan suatu keputusan harus diambil untuk segera memproses kasus tersebut tanpa penundaan. Dalam hal ini pejabat peradilan pidana harus berusaha untuk mendorong pelaku untuk bertanggungjawab berhadapan dengan korban dan masyarakat yang dirugikan dan terus mendukung usaha reintegrasi korban dan pelaku dalam masyarakat.