

BAB II

TINJAUAN TEORITIS TENTANG TINDAK PIDANA PERKOSAAN PADA PELAKSANAAN SISTEM PERADILAN PIDANA

A. Tinjauan umum tentang tindak pidana

1. Pengertian tindak pidana

Istilah tindak pidana berasal dari bahasa belanda yaitu *strafbaar feit*. *strafbaar feit* berasal dari 2 bentuk kata yaitu *strafbaar* dan *feit*. *Straaf* berarti dapat dihukum dan *feit* dalam bahasa Belanda diartikan sebagian dari kenyataan, sehingga secara harfiah perkataan *strafbaar feit* berarti sebagian dari kenyataan yang dapat dihukum.

Simons berpendapat bahwa *strafbaar feit* itu adalah tindakan melanggar hukum yang telah dilakukan dengan sengaja ataupun tidak dengan sengaja oleh seseorang yang dapat dipertanggung jawabkan dan oleh undang-undang telah dinyatakan sebagai tindakan yang dapat dihukum.³¹⁾

Kemudian menurut Evi Hartanti³²⁾ alasan Simons mengapa *strafbaar feit* harus dirumuskan seperti di atas karena:

1. Untuk adanya suatu *strafbaar feit* diisyaratkan bahwa disitu terdapat suatu tindakan yang dilarang ataupun yang diwajibkan dengan undang-undang dimana pelanggaran terhadap larangan atau kewajiban seperti itu telah dinyatakan sebagai tindakan yang dapat dihukum;

³¹⁾ Evi Hartanti, *Tindak Pidana Korupsi*, Sinar grafika, Semarang. 2005, hlm 5.

³²⁾ *Ibid.*

2. Agar suatu tindakan seperti itu dapat dihukum maka tindakan itu harus memenuhi semua unsure dari delik seperti yang dirumuskan dengan undang-undang;
3. Setiap *strafbaar feit* sebagai pelanggaran terhadap suatu larangan atau kewajiban menurut undang-undang itu, pada hakikatnya merupakan tindakan melawan hukum atau suatu *onrechtmatige handeling*.

Pompe mengatakan bahwa *strafbaar feith* secara teoritis dapat dirumuskan sebagai pelanggaran norma atau gangguan terhadap tertib hukum yang dengan sengaja atau tidak sengaja telah dilakukan oleh seorang pelaku, dimana penjatuhan hukuman terhadap pelaku itu adalah penting demi terpeliharanya tertib hukum dan terjaminnya kepentingan umum.

Menurut Pompe, sebagaimana yang dikemukakan oleh Bambang Poernomo, pengertian *strafbaar feit* dibedakan menjadi :³³⁾

- a. Defenisi menurut teori memberikan pengertian “*strafbaar feit*” adalah suatu pelanggaran terhadap norma, yang dilakukan karena kesalahan si pelanggar dan diancam dengan pidana untuk mempertahankan tata hukum dan menyelamatkan kesejahteraan umum ;
- b. Definisi menurut hukum positif, merumuskan pengertian “*strafbaar feit*” adalah suatu kejadian (*feit*) yang oleh peraturan perundangundangan dirumuskan sebagai perbuatan yang dapat dihukum.

³³⁾ <http://gsihaloho.blogspot.co.id/> , diakses tanggal 23 januari 2020 pukul 18.35 wib.

Tindak pidana menurut Moeljatno yaitu “perbuatan yang dilarang oleh suatu aturan hukum larangan mana disertai ancaman (sanksi) yang berupa pidana tertentu, bagi barangsiapa melanggar larangan tersebut.³⁴⁾

Menurut E.Utrecht pengertian tindak pidana dengan istilah peristiwa pidana yang sering juga disebut delik, karena peristiwa itu suatu perbuatan (*handelen* atau *doen* positif) atau suatu melalaikan (nalaten[√]negatif), maupun akibatnya (keadaan yang ditimbulkan karena perbuatan atau melalaikan itu).

Tindak pidana merupakan suatu pengertian dasar dalam hukum pidana, tindak pidana adalah pengertian yuridis, lain halnya dengan istilah perbuatan atau kejahatan yang diartikan secara yuridis atau secara kriminologis. Barda Nawawi Arief menyatakan “tindak pidana secara umum dapat diartikan sebagai perbuatan yang melawan hukum baik secara formal maupun secara materiiil”.

2. Unsur-unsur Tindak Pidana

Unsur subjektif adalah unsur-unsur yang melekat pada diri si pelaku atau yang berhubungan dengan diri si pelaku, dan termasuk ke dalamnya yaitu segala sesuatu yang terkandung di dalam hatinya. Sedangkan unsur objektif adalah unsur-unsur yang ada hubungannya dengan keadaankeadaan, yaitu di dalam keadaan-keadaan mana tindakan-tindakan dari si pelaku itu harus di lakukan.³⁵⁾ Unsur subjektif dari suatu tindak pidana itu adalah :

³⁴⁾ Moeljatno, *Asas-asas Hukum Pidana*, Bina Aksara, Jakarta, 2005, hlm.22

³⁵⁾ P.A.F. Lamintang, *Dasar-dasar Hukum Pidana Indonesia*, Citra Aditya Bakti, Jakarta, 1997, hlm. 193.

1. Kesengajaan atau ketidaksengajaan (*dolus* atau *culpa*);
2. Maksud atau *Voornemen* pada suatu percobaan atau *pogging* seperti yang dimaksud dalam Pasal 53 ayat (1) KUHP;
3. Macam-macam maksud atau *oogmerk* seperti yang terdapat misalnya di dalam kejahatan-kejahatan pencurian, penipuan, pemerasan, pemalsuan dan lain-lain;
4. Merencanakan terlebih dahulu atau *voorbedachte raad* seperti yang terdapat di dalam kejahatan pembunuhan menurut Pasal 340 KUHP;
5. Perasaan takut yang antara lain terdapat di dalam rumusan tindak pidana menurut Pasal 308 KUHP.

Unsur objektif dari suatu tindak pidana itu adalah :

1. Sifat melanggar hukum atau *wederrechtelijckheid*;
2. Kualitas dari si pelaku, misalnya keadaan sebagai seorang pegawai negeri di dalam kejahatan jabatan menurut Pasal 415 KUHP atau keadaan sebagai pengurus atau komisaris dari suatu Perseroan Terbatas di dalam kejahatan menurut Pasal 398 KUHP.
3. Kausalitas yakni hubungan antara suatu tindak pidana sebagai penyebab dengan sesuatu kenyataan sebagai akibat.

3. Pelaku Dan Korban Tindak Pidana

Pengertian korban diberikan dalam pembahasan ini adalah untuk membantu dalam menentukan secara jelas batasan yang dimaksud oleh pengertian tersebut sehingga diperoleh kesamaan cara memandang.

Korban tidaklah selalu harus berupa individu atau orang perorangan, tetapi juga bisa sekelompok orang, masyarakat, atau juga badan hukum. Bahkan pada kejahatan tertentu, korban bisa juga berasal dari bentuk kehidupan lainnya. Korban semacam ini lazimnya kita temui dalam tindak pidana terhadap lingkungan. Di dalam pembahasan ini, korban sebagaimana yang dimaksud terakhir tidak masuk didalamnya.

Dilihat dari pengertian korban menurut beberapa para ahli atau yang bersumber dari konvensi internasional mengenai korban tindak pidana yang menimpa dirinya, antara lain bisa kita lihat dari pengertian mengenai korban dari para ahli yaitu :

- a. Arief Gosita, sebagaimana korban yang menderita jasmani dan rohani yang diakibatkan dari tindakan orang lain yang mencari kepentingan diri sendiri dan yang berkepentingan hak asasi yang dirugikan.³⁶⁾
- b. Menurut Bambang Waluyo dalam bukunya yang berjudul *Victimologi Perlindungan Korban dan Saksi*, bahwa yang dimaksud dengan korban adalah “orang yang telah mendapat penderitaan fisik atau penderitaan mental, kerugian harta benda atau mengakibatkan mati atas perbuatan atau usaha pelanggaran ringan dilakukan oleh pelaku tindak pidana dan lainnya”. Disini jelas yang dimaksud “orang yang mendapat penderitaan fisik dan seterusnya” itu adalah korban dari pelanggaran atau tindak pidana.³⁷⁾

³⁶⁾ Arief Gosita, *Op.cit*, 1993, hlm. 63

³⁷⁾ Bambang Waluyo, *Victimologi Perlindungan dan Saksi*.sinar grafika,2011, hlm.9.

c. Muladi, korban (*victim*) adalah orang-orang yang baik secara individu maupun kolektif telah menderita kerugian, termasuk kerugian fisik atau mental, emosional, ekonomi, atau gangguan substansial terhadap hak-haknya yang fundamental melalui perbuatan atau komisi yang melanggar hukum pidana di masing-masing Negara, termasuk penyalahgunaan kekuasaan.³⁸⁾

Mengacu pada pengertian-pengertian korban tersebut dapat dilihat bahwa korban pada dasarnya tidak hanya orang perorangan atau kelompok yang secara langsung menderita akibat perbuatan-perbuatan yang menimbulkan kerugian penderitaan bagi dirinya sendiri atau kelompoknya, bahkan, lebih luas lagi termasuk di dalamnya keluarga dekat atau tanggungan langsung dari korban dan orang-orang yang mengalami kerugian ketika membantu korban mengatasi penderitaannya atau mencegah viktimisasi.

Kerugian korban yang harus diperhitungkan tidak harus selalu berasal dari kerugian karena menjadi korban kejahatan, tetapi kerugian atas terjadinya kesalahan yang ditimbulkan karena tidak melakukan suatu kerjaan. Perkembangan dari ilmu viktimologi selain mengajak setiap orang untuk lebih melihat posisi korban juga memilih-milih jenis korban hingga munculah berbagai jenis korban, yaitu sebagai berikut.

1) *Nonparticipating victims*, upaya penanggulangan tindak pidana yang mana mereka tidak memperdulikannya.

³⁸⁾ Muladi, *Ham dalam Persepektif Sistem Peradilan Pidana*, Refika Aditama. Bandung, 2005, hlm, 108

- 2) *Latent victims*, dimaksud yaitu setiap orang yang mempunyai kelakuan tertentu sehingga minim menjadi korban.
- 3) *Procreative victims*, mereka yang menimbulkan dorongan terjadinya tindak pidana.
- 4) *Participating victims*, mereka yang berperilaku tidak sewajarnya sehingga memudahkan dirinya menjadi korban.
- 5) *False victims*, karena perbuatan korban sendiri sehingga yang menjadikan dirinya menjadi korban.³⁹⁾

Pengertian korban menurut beberapa peraturan hukum yang berlaku di Indonesia adalah sebagai berikut :

1. Menurut Pasal 1 ayat (3) Undang-Undang Nomor 31 Tahun 2014 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2006 tentang Perlindungan Saksi dan Korban. Bahwa “Korban adalah orang yang mengalami penderitaan fisik, mental, dan/atau kerugian ekonomi yang diakibatkan oleh suatu tindak pidana”.
2. Menurut Pasal 1 ayat (3) Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2004 tentang Penghapusan Kekerasan dalam Rumah Tangga. Bahwa “Korban adalah orang yang mengalami kekerasan dan/atau ancaman kekerasan dalam lingkup rumah tangga”.
3. Menurut Pasal 1 ayat (5) Undang-Undang Nomor 27 Tahun 2004 tentang Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi. Bahwa “Korban adalah orang perseorangan

³⁹⁾ Didik M. Arief Mansur & Elisatris Gultom, *Urgensi Perlindungan Korban Kejahatan Antara Norma Dan Realita*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2007, hlm. 49

atau kelompok orang yang mengalami penderitaan baik fisik, mental ataupun emosional, kerugian ekonomi, atau mengalami pengabaian, pengurangan, atau perampasan hak-hak dasarnya, sebagai akibat langsung dari pelanggaran hak asasi manusia yang berat, termasuk korban adalah juga ahli warisnya”.

Uraian di atas dapat diketahui bahwa korban menurut defeni yuridis terjadi beberapa perbedaan pengertian menurut undang-undang, namun penulis hanya memakai 1(satu) dari beberapa pengertian tersebut yaitu Undang-Undang Nomor 31 Tahun 2014 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2006 tentang Perlindungan Saksi dan Korban.

1. Peranan Korban dalam Tindak Pidana

Korban memiliki peranan yang sangat penting dalam terjadinya tindak pidana, sama seperti peran pelaku itu sendiri. Perilaku pelaku dapat menjadikan pihak yang lain jadi korban juga, yang disebutkan oleh Samuel Welker, hubungan korban dan pelaku yaitu karena adanya sebab akibat.⁴⁰⁾ Beberapa peranan korban yang dapat mengakibatkan kejahatan adalah:

- a. Terjadinya tindak yang diawali oleh si korban itu sendiri.
- b. Yang dapat merugikan mungkin itu akibat kerja sama korban dan pelaku.
- c. korban yang mengalami kerugian akibat kejahatan yang seharusnya tidak terjadi jika tidak ada provokasi si korban.⁴¹⁾

⁴⁰⁾ Dikdik M. Arief Mansur, *ibid*, hlm 60

⁴¹⁾ *Ibid*, hlm. 152

Berdasarkan uraian di atas dapat dilihat kedudukan korban dan pelaku mempunyai tingkat kesalahannya. Menurut seorang ahli sarjana hukum Mendelson⁴²⁾, di lihat dari derajat kesalahan korban, di bedakan menjadi 5 macam yaitu :

- a. Korban yang sama sekali tidak bersalah.
- b. Korban yang jadi korban karena kelalaiannya.
- c. Korban yang sama salahnya dengan pelaku.
- d. Korban yang lebih bersalah dari pelaku.
- e. Korban yang satu-satunya bersalah.

Bambang Waluyo memberi pendapat bahwa banyak juga korban yang ikut serta dalam terjadinya tindak pidana.⁴³⁾

Pihak korban mempunyai peranan dan pertanggung jawaban dalam menjadikan dirinya menjadi korban, karena korban yang mempunyai peranan yang individu dalam terjadinya suatu tindak pidana, dan dapat di lihat bahwa suatu kejahatan tidak akan timbul jika tidak ada peran korban itu sendiri.

Dilihat dari faktanya yang terjadi di masyarakat bahwa tindak pidana dapat timbul karena adanya kesempatan yang di berikan oleh korban terhadap pelaku yang untuk melakukan tindak pidana tersebut.

Menurut Arif Gosita pembiaran ini disebabkan oleh :

1. Tidak mempunya masyarakat untuk beraksi terhadap penyimpangan tersebut.

⁴²⁾ Bambang Waluyo, Op,cit , hlm 19-20

⁴³⁾ *Ibid*, hlm 21.

2. Yang mana korban merasa takut akan adanya akibat yang bertentangan.

Sikap tidak peduli/pembiaran ini adalah suatu iklim sosial yang ditimbulkan oleh tidak adanya reaksi yang luas terhadap tingkah laku yang tidak sesuai atau menyimpang.⁴⁴⁾

4. Pengertian Tindak pidana Perkosaan

Perkosaan merupakan hal yang sangat ditakuti oleh kaum perempuan. Ada dua aspek yang menyebabkan perkosaan memiliki arti menakutkan. Aspek-aspek tersebut dapat ditinjau dari segi yuridis formal dan segi sosiologis. Aspek-aspek tersebut sangat mempengaruhi persepsi masyarakat terhadap perbuatan yang dinamakan perkosaan.⁴⁵⁾

Pasal yang mengatur tentang tindak pidana perkosaan yaitu Pasal 285 KUHP yang menyatakan: “barang siapa dengan kekerasan atau ancaman kekerasan memaksa seorang wanita bersetubuh dengan dia di luar pernikahan, diancam karena melakukan perkosaan, dengan pidana penjara paling lama dua belas tahun.” Selain diatur dalam KUHP, tindak pidana perkosaan khusus terhadap anak diatur secara khusus dalam Undang-Undang No. 23 Tahun 2002 sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang No. 35 Tahun 2014 tentang Perlindungan Anak. Pasal 76D Undang-Undang No. 23 Tahun 2002 sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang No. 35 Tahun 2014 tentang Perlindungan Anak menyatakan bahwa Setiap

⁴⁴⁾ Arif Gosita, *Op,cit.* hlm 119.

⁴⁵⁾ Suparman Marzuki, *Pelecehan Seksual*, Yogyakarta, Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia, 1997, hlm. 25

Orang dilarang melakukan kekerasan atau ancaman kekerasan memaksa anak melakukan persetubuhan dengannya atau dengan orang lain.

Ancaman pidana terhadap seseorang yang melanggar ketentuan Pasal 76D Undang-Undang No. 23 Tahun 2002 sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang No. 35 Tahun 2014 tentang Perlindungan Anak diatur dalam Pasal 81 Undang-Undang No. 23 Tahun 2002 sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang No. 35 Tahun 2014 tentang Perlindungan Anak yang menentukan sebagai berikut :

1. Setiap orang yang melanggar ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 76D dipidana dengan pidana penjara paling singkat 5 (lima) tahun dan paling lama 15 (lima belas) tahun dan denda paling banyak Rp5.000.000.000,00 (lima miliar rupiah).
2. Ketentuan pidana sebagaimana dimaksud pada ayat (1) berlaku pula bagi Setiap Orang yang dengan sengaja melakukan tipu muslihat, serangkaian kebohongan, atau membujuk Anak melakukan persetubuhan dengannya atau dengan orang lain.
3. Dalam hal tindak pidana sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dilakukan oleh Orang Tua, Wali, pengasuh Anak, pendidik, atau tenaga kependidikan, maka pidananya ditambah $\frac{1}{3}$ (sepertiga) dari ancaman pidana sebagaimana dimaksud pada ayat (1).

Kemudian Pasal 76E Undang-Undang No. 35 Tahun 2014 tentang Perlindungan Anak mengatur bahwa : setiap orang dilarang melakukan kekerasan atau ancaman Kekerasan, memaksa, melakukan tipu muslihat, melakukan serangkaian kebohongan, atau membujuk anak untuk melakukan atau membiarkan dilakukan

perbuatan cabul. Ancaman pidana terhadap seseorang yang melanggar ketentuan Pasal 76E Undang-Undang No. 23 Tahun 2002 sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang No. 35 Tahun 2014 tentang Perlindungan Anak.

Bentuk-Bentuk Tindak Pidana Perkosaan

Pelaku tindak pidana perkosaan terhadap wanita ternyata tidak terbatas pada usia, pekerjaan ataupun status sosial melainkan pada umumnya pelakunya berlatar belakang mewakili kaum lelaki yang termasuk telah mempunyai pengalaman dalam tindak pidana perkosaan tersebut. Adapun bentuk-bentuk tindak pidana perkosaan yang diungkapkan oleh kriminolog Mulyana W. Kusuma, antara lain:

a. Sadistic Rape

Perkosaan *sadistic*, artinya, pada tipe ini seksualitas dan agresif berpadu dalam bentuk kekerasan yang merusak, pelaku perkosaan telah nampak menikmati kesenangan erotik bukan melalui hubungan seksnya, melainkan melalui serangan yang mengerikan atas alat kelamin dan tubuh korban.⁴⁶⁾

b. Anger Rape

Anger Rape adalah penganiayaan seksual yang bercirikan seksualitas menjadi sarana untuk menyatakan dan melampiaskan perasaan geram dan marah yang tertahan. Di sini tubuh korban seakan-akan merupakan obyek terhadap siapa pelaku yang memproyeksikan pemecahan atas frustrasi-frustrasi, kelemahan-kelemahan, kesulitan dan kekecewaan hidupnya.⁴⁷⁾

⁴⁶⁾ Abdul Wahid dan Muhammad Irfan, *Perlindungan Terhadap Korban Kekerasan Seksual Advokasi Atas Hak Perempuan*, Bandung, Refika Aditama, 2001, hlm. 46

⁴⁷⁾ *ibid.*

c. Domination Rape

Domination Rape adalah suatu perkosaan yang terjadi ketika pelaku mencoba untuk gigih atas kekuasaan dan superioritas terhadap korban. Tujuannya adalah penaklukan seksual, pelaku menyakiti korban, namun tetap memiliki keinginan berhubungan seksual.⁴⁸⁾

d. Seductive Rape

Suatu perkosaan yang terjadi pada situasi-situasi yang merangsang, yang tercipta oleh kedua belah pihak. Pada mulanya korban memutuskan bahwa keintiman personal harus dibatasi tidak sampai sejauh kesenggamaan. Pelaku pada umumnya mempunyai keyakinan membutuhkan paksaan, oleh karena tanpa itu tak mempunyai rasa bersalah yang menyangkut seks.⁴⁹⁾

e. Victim Precipitated Rape

Victim Precipitated Rape adalah perkosaan yang terjadi (berlangsung) dengan menempatkan korban sebagai pencetusnya.⁵⁰⁾

f. Exploitation Rape

Perkosaan yang menunjukkan bahwa pada setiap kesempatan melakukan hubungan seksual yang diperoleh oleh laki-laki dengan mengambil keuntungan yang berlawanan dengan posisi wanita yang tergantung padanya secara ekonomis dan sosial.

⁴⁸⁾ *ibid.*

⁴⁹⁾ Abdul Wahid dan Muhammad Irfan. *Op.Cit.*

hlm. 46

⁵⁰⁾ *Ibid, hlm, 47*

Perkosaan selain mempunyai tipe-tipe dan berbagai kemungkinan yang timbul sebagai akibat dari perkosaan juga mempunyai sifat-sifat dari perkosaan yaitu:

1. Sifat perkosaan yang eksprensif, yaitu sifat perkosaan yang maksud dan tujuannya itu hanya sebagai pemenuhan kebutuhan latent (seks) dan tidak untuk tujuan di luar selain tujuan itu.
2. Sifat perkosaan yang instrumental, yaitu sifat perkosaan yang maksud dan tujuannya itu di luar kebutuhan latent (seks) tersebut. Contohnya seks tersebut hanya sebagai pelampiasan balas dendam.⁵¹⁾

B. Tinjauan umum mengenai sistem pidana dan ppidanaan

1. Pengertian Pidana dan Ppidanaan

Pidana merupakan nestapa/derita yang dijatuhkan dengan sengaja oleh negara (melalui pengadilan) dimana nestapa itu dikenakan pada seseorang yang secara sah telah melanggar hukum pidana dan nestapa itu dijatuhkan melalui proses peradilan pidana. Adapun Proses Peradilan Pidana (*the criminal justice process*) merupakan struktur, fungsi, dan proses pengambilan keputusan oleh sejumlah lembaga (kepolisian, kejaksaan, pengadilan dan lembaga pemasyarakatan) yang berkenaan dengan penanganan dan pengadilan kejahatan dan pelaku kejahatan.

Ppidanaan merupakan penjatuhan pidana/*sentencing* sebagai upaya yang sah yang dilandasi oleh hukum untuk mengenakan nestapa penderitaan pada seseorang yang melalui proses peradilan pidana terbukti secara sah dan meyakinkan bersalah

⁵¹⁾ Luhulima Sudiarti Achie, *Pemahaman Bentuk-Bentuk Tindak Kekerasan Terhadap Perempuan Dan Alternatif Pemecahannya*, Jakarta: Alumni, 2000, hlm. 49

melakukan suatu tindak pidana. Jadi pidana berbicara mengenai hukumannya dan ppidanaan berbicara mengenai proses penjatuhan hukuman itu sendiri.

Pidana perlu dijatuhkan pada seseorang yang melakukan pelanggaran pidana karena pidana juga berfungsi sebagai pranata sosial. Dalam hal ini pidana sebagai bagian dari reaksi sosial manakala terjadi pelanggaran terhadap norma-norma yang berlaku, yakni norma yang mencerminkan nilai dan struktur masyarakat yang merupakan reafirmasi simbolis atas pelanggaran terhadap “hati nurani bersama” sebagai bentuk ketidaksetujuan terhadap perilaku tertentu. Bentuknya berupa konsekwensi yang menderitakan, atau setidaknya tidak menyenangkan.

Ilmu yang mempelajari pidana dan ppidanaan dinamakan Hukum Penitensier/Hukum Sanksi. Hukum Penitensier adalah segala peraturan positif mengenai sistem hukuman (*strafstelsel*) dan sistem tindakan (*matregelstelsel*), menurut Utrecht, hukum penitensier ini merupakan sebagian dari hukuman pidana positif yaitu bagian yang menentukan :

1. Jenis sanksi terhadap suatu pelanggaran dalam hal ini terhadap KUHP dan sumber-sumber hukum pidana lainnya (UU pidana yang memuat sanksi pidana dan UU non pidana yang memuat sanksi pidana);
2. Beratnya sanksi itu;
3. Lamanya sanksi itu dijalani;
4. Cara sanksi itu dijalankan; dan
5. Tempat sanksi itu dijalankan.

Sanksi berupa pidana maupun tindakan inilah yang akan dipelajari oleh hukum penitensier.

Menurut beberapa ahli hukum pidana lain, hukuman, menurut pendapat Moeljatno⁵²): lebih tepat "pidana" untuk menerjemahkan *straf*. Sudarto juga berpendapat demikian. Sedangkan R. Soesilo⁵³) mendefinisikan pidana / hukum sebagai perasaan tidak enak / sengsara yang dijatuhkan oleh Hakim dengan vonis kepada orang yang telah melanggar UU Hukum Pidana.

Menurut Muladi dan Barda Nawawi Arief⁵⁴), unsur-unsur atau ciri-ciri pidana meliputi:

1. Suatu pengenaan penderitaan/nestapa atau akibat-akibat lain yang tidak menyenangkan;
2. Diberikan dengan sengaja oleh badan yang memiliki kekuasaan (berwenang);
3. Dikenakan pada seseorang penanggung jawab peristiwa pidana menurut UU (orang memenuhi rumusan delik/pasal).

2. Teori-teori ppidanaan

Teori tujuan sebagai *Theological Theory* dan teori gabungan sebagai pandangan integratif di dalam tujuan ppidanaan beranggapan bahwa ppidanaan mempunyai tujuan pliaral, di mana kedua teori tersebut menggabungkan pandangan *Utilitarian* dengan pandangan *Retributivist*.

Pandangan *Utilitarians* yang menyatakan bahwa tujuan ppidanaan harus menimbulkan konsekuensi bermanfaat yang dapat dibuktikan dan pandangan

⁵²) Moeljatno, *Membangun Hukum Pidana*, Bina Aksara, Jakarta, 1985, hlm. 40

⁵³) R. Soesilo, *Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) Serta Komentar - Komentarnya Lengkap Pasal Demi Pasal*, Politeia, Bogor, 1988, hlm. 245

⁵⁴) Muladi dan Barda Nawawi Arief. *Teori-Teori dan Kebijakan Pidana*. Alumni. Bandung, 2005. hlm 26

retributivist yang menyatakan bahwa keadilan dapat dicapai apabila tujuan yang *Theological* tersebut dilakukan dengan menggunakan ukuran prinsip-prinsip keadilan.⁵⁵⁾

Beberapa teori yang berkaitan dengan tujuan pemidanaan adalah sebagai berikut :

1. Teori Absolut / Retribusi

Menurut teori ini pidana dijatuhkan semata-mata karena orang yang telah melakukan suatu tindak pidana atau kejahatan. Immanuel Kant memandang pidana sebagai "*Kategorische Imperatif*" yakni seseorang harus dipidana oleh Hakim karena ia telah melakukan kejahatan sehingga pidana menunjukkan suatu tuntutan keadilan. Tuntutan keadilan yang sifatnya absolute ini terlihat pada pendapat Immanuel Kant di dalam bukunya "*Philosophy of Law*" sebagai berikut: Pidana tidak pernah dilaksanakan semata-mata sebagai sarana untuk mempromosikan tujuan/kebaikan lain, baik bagi sipelaku itu sendiri maupun bagi masyarakat tapi dalam semua hal harus dikenakan karena orang yang bersangkutan telah melakukan sesuatu kejahatan.⁵⁶⁾

Mengenai teori pembalasan tersebut, Andi Hamzah juga memberikan pendapat sebagai berikut :

Teori pembalasan mengatakan bahwa pidana tidaklah bertujuan untuk yang praktis, seperti memperbaiki penjahat. Kejahatan itu sendirilah yang mengandung unsur-unsur dijatuhkan pidana. Pidana secara mutlak, karena dilakukan suatu kejahatan. Tidaklah perlu memikirkan manfaat penjatuhan pidana".⁵⁷⁾

⁵⁵⁾ Muladi, *Lembaga Pidana Bersyarat*. Alumni. Bandung. hlm.69.

⁵⁶⁾ Muladi dan Barda Nawawi Arief.*op.cit.* hlm 28

⁵⁷⁾ Samosir, Djisman. *Fungsi Pidana Penjara Dalam Sistem Pemidanaan di Indonesia*. Bina Cipta. Bandung. 1992.

Artinya teori pembalasan tidak memikirkan bagaimana membina sipelaku kejahatan, padahal sipelaku kejahatan mempunyai hak untuk dibina dan untuk menjadi manusia yang berguna sesuai dengan harkat dan martabatnya.

2. Teori Tujuan / Relatif

Pada penganut teori ini memandang sebagaimana sesuatu yang dapat digunakan untuk mencapai pemanfaatan, baik yang berkaitan dengan orang yang bersalah maupun yang berkaitan dengan dunia luar, misalnya dengan mengisolasi dan yang lebih baik potensial.⁵⁸⁾

Dasar pembenaran dari memperbaiki penjahat atau mencegah penjahat, akan menjadikan dunia tempat adanya pidana menurut teori ini terletak pada tujuannya. Pidana dijatuhkan bukan *quia peccatum est* (karena orang membuat kesalahan) melainkan *ne peccetur* (supaya orang jangan melakukan kejahatan), maka cukup jelas bahwa teori tujuan ini berusaha mewujudkan ketertiban dalam masyarakat.⁵⁹⁾ Mengenai tujuan pidana untuk pencegahan kejahatan ini, biasa dibedakan menjadi dua istilah, yaitu :

a. Prevensi special (*speciale preventie*) atau Pencegahan Khusus

Bahwa pengaruh pidana ditunjukkan terhadap terpidana, dimana prevensi khusus ini menekankan tujuan pidana agar terpidana tidak mengulangi perbuatannya lagi. Pidana berfungsi untuk mendidik dan memperbaiki

⁵⁸⁾ Muladi. *Op.cit.*

⁵⁹⁾ Muladi dan Barda Nawawi Arief. *Op.cit.*

terpidana untuk menjadi anggota masyarakat yang baik dan berguna, sesuai dengan harkat dan martabatnya.

b. *Prevensi General (Generale Prevenie)* atau Pencegahan Umum

Prevensi General menekankan bahwa tujuan pidana adalah untuk mempertahankan ketertiban masyarakat dari gangguan penjahat. Pengaruh pidana ditunjukan terhadap masyarakat pada umumnya dengan maksud untuk menakut-nakuti. Artinya pencegahan kejahatan yang ingin dicapai oleh pidana adalah dengan mempengaruhi tingkah laku anggota masyarakat pada umumnya untuk tidak melakukan tindak pidana.

Menurut Johan Andenaes terdapat tiga bentuk pengaruh dalam pengertiannya *prevensi general* yaitu :

- a. Pengaruh pencegahan.
- b. Pengaruh untuk memperkuat larangan-larangan moral.
- c. Pengaruh untuk mendorong suatu kebiasaan pembuatan patuh pada hukum.

Sehubungan yang dikemukakan oleh Johan Andenaes, maka Van Veen berpendapat bahwa *prevensi general* mempunyai tiga fungsi,⁶⁰⁾ yaitu :

1. Menegakan Kewibawaan
2. Menegakan Norma
3. Membentuk Norma.

⁶⁰⁾ *Ibid.*

3. Teori Gabungan

Teori gabungan adalah kombinasi dari teori relatif. Menurut teori gabungan, tujuan pidana selalu membalas kesalahan penjahat juga dimaksudkan untuk melindungi masyarakat dengan mewujudkan ketertiban dengan ketentuan beratnya pidana tidak boleh melampaui batas pembalasan yang adil.⁶¹⁾

Menurut Pellegrino Rossi dalam bukunya "*Traite de Droit Penal*" yang ditulis pada tahun 1828 menyatakan : 'Sekalipun pembalasan sebagai asas dari pidana bahwa beratnya pidana tidak boleh melampaui suatu pembalasan yang adil, namun pidana mempunyai berbagai pengaruh antara lain perbaikan sesuatu yang rusak dalam masyarakat dan prevensi general'⁶²⁾

Terhadap teori gabungan ini terdapat tiga aliran yang mempengaruhi, yaitu :

- a. Teori gabungan yang menitikberatkan unsur pembalasan, tetapi sifatnya yang berguna bagi masyarakat. Pompe menyebutkan dalam bukunya "*Hand boek van het Ned.Strafrecht*" bahwa pidana adalah suatu sanksi yang memiliki ciri-ciri tersendiri dari sanksi lain dan terikat dengan tujuan dengan sanksi-sanksi tersebut karenanya akan diterapkan jika menguntungkan pemenuhan kaidah-kaidah yang berguna bagi kepentingan umum.

⁶¹⁾ Samosir, *Op.cit.*

⁶²⁾ Muladi. *Op.cit*

- b. Teori gabungan yang menitikberatkan pertahan tatatertib masyarakat. Pembalasan adalah sifat suatu pidana tetapi tujuannya adalah melindungi kesejahteraan masyarakat.
- c. Teori gabungan yang memandang sama pembalasan dan pertahanan tata tertib masyarakat.⁶³⁾

Begitu pula Roeslan Saleh mengemukakan, bahwa pidana hakekatnya terdapat dua poros yang menentukan garis-garis hukum pidana yaitu :

- a. Segi Prevensi, yaitu bahwa hukum pidana adalah hukum sanksi, suatu upaya untuk dapat mempertahankan kelestarian hidup bersama dengan melakukan pencegahan kejahatan.
- b. Segi Pembalasan, yaitu bahwa hukum pidana sekaligus merupakan pula penentu hukum, merupakan koreksi dan reaksi atas sesuatu yang bersifat tidak hukum.⁶⁴⁾

Pada hakekatnya pidana selalu melindungi masyarakat dan pembalasan atas perbuatan tidak hukum.

Selain itu Roeslan Saleh juga mengemukakan bahwa pidana mengandung hal-hal lain, yaitu bahwa pidana diharapkan sebagai suatu yang akan membawa kerukunan serta sebagai suatu proses pendidikan untuk menjadikan orang dapat diterima kembalidalam masyarakat. Jadi memang sudah seharusnya tujuan pidana adalah

⁶³⁾ Hamzah, Andi. *Sistem Pidana dan Pemidanaan Indonesia dari Retribusi ke Reformasi*. Pradya Paramita. Jakarta. 1986.

⁶⁴⁾ Muladi dan Barda Nawawi Arief. *Op.cit.*

membentuk kesejahteraan negara dan masyarakat yang tidak bertentangan dengan norma kesusilaan dan perikemanusiaan sesuai dengan Pancasila.

3. Tujuan Pidana

Pandangan Utilitarian yang menyatakan bahwa tujuan pidana harus menimbulkan konsekuensi bermanfaat yang dapat dibuktikan. Keadilan tidak boleh melalui pembebanan penderitaan itu sendiri, selain itu pandangan Retributive menyatakan bahwa keadilan dapat dicapai apabila tujuan yang teologis tersebut dilakukan dengan menggunakan ukuran prinsip-prinsip keadilan, misalnya penderitaan pidana tersebut tidak boleh melebihi ganjaran yang selayaknya diperoleh pelaku tindak pidana tersebut oleh karena itu suatu tujuan pidana sangatlah penting sebagai pedoman dalam memberikan dan menjatuhkan pidana.⁶⁵⁾

Tujuan pidana di Indonesia sendiri dapat dilihat pada rancangan KUHP baru yang dibuat oleh Tim RUU KUHP BPHN Departemen Hukum dan Perundang-undangan RI Tahun 2015 dalam Pasal 54, tujuan pidana dirumuskan sebagai berikut :

- 1) Pidana bertujuan :
 - a. mencegah dilakukannya tindak pidana dengan menegakkan norma hukum demi pengayoman masyarakat;
 - b. memasyarakatkan terpidana dengan mengadakan pembinaan sehingga menjadi orang yang baik dan berguna;

⁶⁵⁾ Muladi, *Op.cit*

- c. menyelesaikan konflik yang ditimbulkan oleh tindak pidana, memulihkan keseimbangan, dan mendatangkan rasa damai dalam masyarakat; dan
 - d. membebaskan rasa bersalah pada terpidana.
- 2) Pidanaan tidak bertujuan tidak dimaksudkan untuk menderitakan dan merendahkan martabat manusia.

Berdasarkan penjelasan tersebut dapat dipahami bahwasannya di Indonesia pidanaan tidak hanya semata bertujuan untuk memberikan nestapa bagi pelaku tindak pidana, tetapi juga bagaimana pidanaan dimaksudkan untuk melakukan upaya preventif serta pembinaan. Upaya preventif dimaksudkan agar masyarakat tidak melakukan perbuatan pidana sebagaimana yang diatur didalam undang-undang, sedangkan pembinaan dimaksudkan agar hukuman yang diberikan kepada pelaku tindak pidana tidak hanya untuk membuat pelaku perbuatan pidana jera tetapi juga agar pelaku mendapat binaan sehingga perbuatan pelaku yang delinquent atau menyimpang dapat dikembalikan, kembali hidup di masyarakat dengan normal.

C. Tinjauan umum mengenai *Restorative Justice*

1. Pengertian *Restorative Justice*

Istilah *restorative justice* merupakan terminologi asing yang baru dikenal di Indonesia sejak era tahun 1960-an dengan istilah Keadilan Restoratif. Di beberapa negara maju keadilan restoratif bukan sekedar wacana oleh para akademisi hukum pidana maupun kriminologi. Amerika Utara, Australia dan beberapa negara di Eropa keadilan restoratif telah diterapkan dalam tahap proses peradilan pidana yang

konvensional, mulai dari tahap penyidikan, penuntutan, adjudikasi dan tahap eksekusi.⁶⁶⁾

PBB mendefinisikan keadilan restoratif sebagai Sebuah penyelesaian terhadap perilaku pidana dengan cara melaraskan kembali harmonisasi antara masyarakat, korban dan pelaku.

Miriam Liebman mendefinisikkan keadilan restoratif sebagai berikut: (Keadilan restortif telah menjadi suatu istilah yang sudah umum digunakan dalam pendekatan pemidanaan (sebagai sistem pemidanaan seperti sistem sekolah kedisiplinan) yang menekankan kepada konsep menempatkan kembali korban dan lingkungan kepada keadaan semula dibanding menghukum sang pelaku tindak pidana).

Menurut Eva Achjani Zulfa, keadilan restoratif adalah sebuah konsep pemikiran yang merespon pengembangan sistem peradilan pidana dengan menitikberatkan pada kebutuhan pelibatan masyarakat dan korban yang dirasa tersisih dengan mekanisme yang bekerja pada sistem peradilan pidana yang ada pada saat ini.⁶⁷⁾

Menurut Bagir Manan, secara umum pengertian keadilan restoratif adalah penataan kembali sistem pemidanaan yang lebih adil, baik bagi pelaku, korban maupun masyarakat.⁶⁸⁾

⁶⁶⁾ Eriyantouw Wahid, , *Keadilan Restoratif Dan Peradilan Konvensional Dalam Hukum Pidana*, Universitas Trisakti, Jakarta,2009 hal. 1.

⁶⁷⁾ Eva Achjani Zulfa, *Keadilan Restoratif*, Badan Penerbit Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 2009, hlm. 65.

⁶⁸⁾ Albert Aries, *Penyelesaian Perkara Pencurian Ringan dan Keadilan Restoratif*, Majalah Varia Peradilan, Tahun XX. No. 247, Penerbit Ikatan Hakim Indonesia, 2006.hlm. 3.

Berbagai definisi dari keadilan restoratif dapat diklasifikasikan ke dalam kelompok yang sempit dan luas. Definisi-definisi yang sempit mengutamakan makna pertemuan antar pihak yang berkepentingan dalam kejahatan dan periode sesudahnya, sedangkan definisi-definisi yang luas mengutamakan nilai-nilai keadilan restoratif. Kemudian lahir definisi-definisi yang menggabungkan keduanya dan salah satunya dirumuskan oleh Van Ness dari Canada sebagai berikut: “*Restorative justice is a theory of justice that emphasizes repairing the harm caused or revealed by criminal behavior. It is best accomplished through inclusive and cooperative process*” (Keadilan restoratif adalah teori keadilan yang mengutamakan pemulihan kerugian akibat perilaku jahat, dimana pemulihannya tuntas melalui proses yang inklusif dan kooperatif).⁶⁹⁾

Berdasarkan definisi tersebut diatas, dapat dirumuskan bahwa keadilan restoratif merupakan suatu jalan untuk menyelesaikan kasus pidana yang melibatkan masyarakat, korban dan pelaku kejahatan dengan tujuan agar tercapainya keadilan bagi seluruh pihak, sehingga diharapkan terciptanya keadaan yang sama seperti sebelum terjadinya kejahatan dan mencegah terjadinya kejahatan lebih lanjut.⁷⁰⁾

2. Penerapan *Restorative Justice*

Memang pada dasarnya, metode mediasi untuk menyelesaikan kasus tindak pidana di Kepolisian tidak dikenal dalam peraturan perundang-undangan tentang sistem peradilan pidana, seperti di Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang

⁶⁹⁾ Johnstone dan Van Ness, *The Meaning of Restorative Justice*, Makalah untuk Konferensi Lima Tahunan PBB ke-11, Workshop 2, Bangkok-Thailand, 2005, hlm. 2-3.

⁷⁰⁾ Amelinda Nurrahmah, 2012, *Restorative Justice*, http://m.kompasiana.com/amelindanurrahmah/restorativejustice_55101738813311ae33bc6294, diakses tanggal 27 Januari 2020

Hukum Acara Pidana dan Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2002 tentang Kepolisian Negara Republik Indonesia. Meski demikian, Kapolri setidaknya mengeluarkan surat tentang penanganan sengketa di luar pengadilan serta ada peraturan Kapolres terkait mediasi. Mediasi oleh lembaga Kepolisian antara lain adalah *restorative justice*.

Peraturan-peraturan tersebut antara lain yaitu :

- a. Surat kapolri No. Pol. B/ 3022/XII/2009/sdeops tentang konsep Alternatif Dispute Resolution (ADR).

Dalam Surat kapolri No. Pol. B/ 3022/XII/2009/sdeops tentang konsep *Alternatif Dispute Resolution* (ADR), terdapat langkah-langkah penyelesaian masalah dengan menggunakan konsep ADR yaitu antara lain :

1. Mengupayakan penanganan kasus pidana yang mempunyai kerugian materi kecil, penyelesaiannya dapat diarahkan melalui konsep ADR.
2. Penyelesaian kasus pidana dengan menggunakan ADR harus disepakati oleh pihak-pihak yang berperkara namun apabila tidak terdapat kesepakatan baru diselesaikan sesuai dengan prosedur hukum yang berlaku secara profesional dan proporsional.
3. Penyelesaian kasus pidana yang menggunakan ADR harus berprinsip pada musyawarah mufakat dan harus diketahui oleh masyarakat sekitar dengan menyertakan RT W setempat.
4. Penyelesaian kasus pidana dengan menggunakan ADR harus menghormati norma hukum sosial / adat serta memenuhi azas keadilan.

5. Memberdayakan anggota Pemolisian/ Perpolisian Masyarakat (“Polmas”) dan memerankan Forum Kemitraan Polisi dan Masyarakat (“FKPM”) yang ada di wilayah masing-masing untuk mampu mengidentifikasi kasuskasus pidana yang mempunyai kerugian materiil kecil dan memungkinkan untuk diselesaikan melalui konsep ADR.
6. Untuk kasus yang telah dapat diselesaikan melalui konsep ADR agar tidak lagi di sentuh oleh tindakan hukum lain yang kontra produktif dengan tujuan Polmas.

Setelah peneliti membaca dan memahami langkah-langkah penyelesaian kasus pidana sesuai dengan Surat kapolri No. Pol. B/ 3022/XII/2009/sdeops tentang konsep *Alternatif Dispute Resolution* (ADR), maka peneliti dapat menarik kesimpulan bahwa dalam penyelesaian kasus pidana di Kepolisian dengan menggunakan metode *restorative justice* maka yang diutamakan disini adalah dengan musyawarah antar pihak yang terlibat dengan mengedepankan keadilan dan ketika kasus sudah berhasil diselesaikan maka tidak boleh lagi ada tindakan hukum lainnya atau dalam kata lain kasus telah selesai.

Peraturan Kepala Kepolisian NKRI Nomor 7 Tahun 2008 tentang Pedoman Dasar Strategi dan Implementasi Pemolisian Masyarakat dalam Penyelenggaraan Tugas Polri.

Di dalam Peraturan Kepala Kepolisian NKRI Nomor 7 Tahun 2008 tentang Pedoman Dasar Strategi dan Implementasi Pemolisian Masyarakat dalam Penyelenggaraan Tugas Polri pada tercantum bahwa Pemecahan Masalah adalah proses pendekatan permasalahan Kamtibmas dan kejahatan untuk mencari

pemecahan suatu permasalahan melalui upaya memahami masalah, analisis masalah, mengusulkan alternatif-alternatif solusi yang tepat dalam rangka menciptakan rasa aman, tenang dan ketertiban (tidak hanya berdasarkan pada hukum pidana dan penangkapan), melakukan evaluasi serta evaluasi ulang terhadap efektifitas solusi yang dipilih.

Dalam hal ini peneliti dapat menarik kesimpulan bahwa untuk menyelesaikan masalah pidana boleh dengan menggunakan alternatif solusi yang tepat dan tidak hanya berdasarkan pada hukum pidana dan penangkapan hal itu berarti bisa menjadi dasar penerapan *restorative justice*.⁷¹⁾

3. Perkembangan *Restorative Justice*

Istilah umum tentang pendekatan *restorative* diperkenalkan untuk pertama kalinya oleh Albert Eglash dengan menyebutkan istilah *Restorative Justice*. Dalam tulisannya yang menguas tentang *Reparation* dia mengatakan bahwa *restorative justice* adalah suatu alternatif pendekatan restitutif terhadap pendekatan keadilan retributif dan keadilan rehabilitatif. Konsep pendekatan restoratif merupakan suatu perkembangan dari pemikiran manusia yang didasarkan pada tradisi-tradisi peradilan dari peradaban bangsa-bangsa Arab Purba, Yunani dan bangsa Romawi dalam menyelesaikan masalah termasuk penyelesaian masalah tindak pidana.

⁷¹⁾ Rufinus Hotmalana Hutaeruk. *Penanggulangan Kejahatan Korporasi Melalui Pendekatan Restoratif Suatu Terobosan Hukum*. Sinar Grafika, Jakarta. 2013.. hlm. 127.

Perkembangan konsep pendekatan restoratif juga dipengaruhi sistem badan-badan perwakilan publik dari bangsa Jerman yang menyebar kesegenap penjuru Eropa setelah kejatuhan bangsa Romawi dan sistem peradilan yang dipergunakan oleh orang-orang India yang berdiam dilembah sungai Hindius pada zaman purba, seperti peradaban *vendic*, yaitu suatu sistem penyelesaian masalah melalui pemberian sanksi terhadap siapapun yang melakukan kesalahan untuk menebus dosanya atau mengganti kerugian atau membayar utangnya agar pelaku dapat dimaafkan, termasuk pengaruh tradisi-tradisi penganut Buddhis, Tao, dan Konghucu yang telah berbau dengan pengaruh-pengaruh budaya Barat yang kini terdapat di belahan Asia Utara.⁷²⁾ Sebagai contoh mengenai *Sulha*, yaitu suatu lembaga keadilan restoratif bangsa Palestina purba, yang sampai saat ini masih tetap dipraktikkan di Galilea, sebagai salah satu sistem sanksi yang bersifat lebih sedikit unsur penderitaan dengan membangun kebaikan yang lebih besar dalam suatu komunitas yang saling mengasihi.⁷³⁾

Mark M. Lanier dan Stuart Henry menjelaskan bahwa konsep pendekatan restoratif memiliki sumber-sumber yang berbeda, seperti yang bersumber pada praktik-praktik restitusi suku *Anglo Saxon* pada abad pertama, Peradilan suku Bangsa Amerika Asli dan Aborigin (*Native American and Aboriginak Justice*), aktivisme dari kaum Mennonite, pergerakan-pergerakan korban, kaum abolisionis dan kriminologi penciptaan perdamaian (*peace making criminology*), serta gagasan-gagasan tentang

⁷²⁾ Rufinus Hotmaulana Hutauruk. *Penanggulangan Kejahatan Korporasi melalui pendekatan Restoratif Suatu Terobosan Hukum*. Sinar Grafika, Jakarta, 2013 Hlm. 104

⁷³⁾ *Ibid.*

reintegrative shaming (perasaan malu sebagai sarana mengintegrasikan kembali ke dalam masyarakat).⁷⁴⁾

4. Prinsip Umum *Restoratif Justice*

Beberapa prinsip-prinsip yang berlaku secara universal yang melekat dalam konsep pendekatan restoratif dalam menyelesaikan tindak pidana, antara lain:⁷⁵⁾

a. Prinsip Penyelesaian yang adil (*Due Process*)

Dalam setiap sistem peradilan pidana di seluruh negara, kepada tersangka selalu diberikan hak untuk mengetahui terlebih dahulu tentang prosedural-prosedural perlindungan tertentu ketika dihadapkan pada penuntutan atau penghukuman. Proses peradilan (*Due Process*) haruslah dianggap sebagai bentuk perlindungan untuk memberi keseimbangan bagi kekuasaan negara untuk menahan, menuntut, dan melaksanakan hukuman dari suatu putusan penghukuman.

Diantara proteksi-proteksi yang diidentifikasi yang telah diterima secara internasional dan termasuk sebagai gagasan *Due Process* adalah hak untuk diduga tak bersalah (*presumption of innocence*) dan hak untuk mendapatkan persidangan yang adil (*fair*) serta hak untuk mendapatkan bantuan penasihat hukum.

Penyelesaian restoratif, batas proses formal selalu diberikan bagi tersangka setiap saat, baik selama dan setelah restoratif agar hak tersangka mendapatkan pengadilan yang *fair* tetap terjaga. Namun demikian jika tersangka diharuskan untuk melepaskan haknya dan memilih untuk berpartisipasi dalam sebuah proses

⁷⁴⁾ *Ibid.*

⁷⁵⁾ *ibid.* hlm 126

restoratif, maka kepada tersangka harus diberi tahu implikasi keputusannya memilih intervensi restoratif. Sebaliknya bila dalam putusan penyelesaian melalui restoratif pelaku tidak dapat memenuhi putusan karena dianggap mengurangi hak atau membebani tersangka terlalu berat, maka kepada pelaku diberi perlindungan tambahan, tersangka dapat diperbolehkan untuk melakukan banding terhadap perjanjian apapun yang dicapai dalam proses restoratif berdasarkan alasan tidak bersalah.

b. Perlindungan yang setara

Proses penyelesaian tindak pidana melalui pendekatan restoratif. Keadilan harus timbul dari suatu proses saling memahami akan makna dan tujuan keadilan itu, tanpa memandang suku, jenis kelamin, agama, asal bangsa dan kedudukan sosial lainnya.

Terdapat keraguan tentang kemampuan sistem pendekatan restoratif dalam penyelesaian suatu masalah dan memberikan “rasa keadilan” diantara para partisipan yang berbeda-beda, karena dapat saja salah satu pihak mempunyai kelebihan kekuatan ekonomi, intelektual, politik atau bahkan fisik. Sehingga akan terjadi suatu ketidaksetaraan diantara para pihak yang berpartisipasi dalam suatu proses restoratif.

Menurut Wright, ada tiga cara untuk mengkompensasi ketidaksetaraan yang dapat diimplementasikan. *Pertama*, mediator dapat mendukung pihak yang lemah dalam proses restoratif. Misalnya, mediator dapat membantu partisipan yang kurang pandai berbicara mengungkapkan perasaan, pikiran dan emosi. *Kedua*, penasihat hukum dapat memberi nasihat para pihak yang mempunyai daya tawar

menawar lemah untuk tidak menerima suatu perjanjian yang tidak setara atau yang dihasilkan dengan cara yang tidak *fair*. *Ketiga*, kasus-kasus tertentu bisa ditolak.

Maxwell dan Morrison menunjukkan bahwa proses restoratif mempunyai potensi untuk menjadi lebih responsif terhadap keragaman kultural dalam memberikan keadilan dibandingkan sistem peradilan pidana pada umumnya.

c. Hak-Hak Korban

Dalam penyelesaian suatu masalah melalui pendekatan restoratif, hak-hak korban perlu mendapat perhatian karena korban adalah pihak yang berkepentingan yang seharusnya mempunyai kedudukan (hukum) dalam proses penyelesaiannya. Pada sistem peradilan pidana pada umumnya ditengarai bahwa korban tidak menerima perlindungan yang setara dari pemegang wewenang sistem peradilan pidana, sehingga kepentingan yang hakiki dari korban sering terabaikan dan walaupun ini ada hanya sekedar pemenuhan sistem administrasi atau manajemen peradilan pidana.

Rowland berpendapat bahwa kepentingan-kepentingan korban sering bersimpangan dengan kepentingan-kepentingan negara. Para pendukung terhadap konsep perlindungan bagi hak-hak korban juga berpandangan adalah jelas tidak adil bagi korban bila negara lebih mengindahkan kebutuhan-kebutuhan material, psikologi, hukum, bagi pelaku sementara negara tidak memberikan tanggung jawabnya atas kehidupan yang layak bagi korban.

d. Proporsionalitas

Gagasan *fairness* di dalam sistem restoratif didasarkan pada konsensus persetujuan yang memberikan alternatif dalam menyelesaikan masalah sedangkan pengertian proporsionalitas adalah berkaitan dengan lingkup kesamaan sanksi-sanksi penderitaan yang harus dikarenakan pada pelanggar yang melakukan pelanggaran. Dalam peradilan pidana pada umumnya, proporsionalitas dianggap telah terpenuhi bila telah memenuhi suatu perasaan keadilan retributif (keseimbangan timbal balik antara *punish* dan *reward*). Sedangkan dalam pendekatan restoratif dapat memberlakukan sanksi-sanksi yang tidak sebanding terhadap pelanggar yang melakukan pelanggaran yang sama. Beberapa korban mungkin hanya menginginkan suatu permintaan yang bersahaja, sementara korban-korban lainnya mungkin mengharapkan restorasi penuh dari pelanggar.

e. Praduga Tak Bersalah

Dalam peradilan pidana pada umumnya, negara memiliki beban pembuktian untuk membuktikan kesalahan tersangka. Sejak dan sampai beban pembuktian ini dilakukan, tersangka harus dianggap tidak bersalah. Berbeda halnya dalam proses restoratif, yang mensyaratkan suatu pengakuan bersalah merupakan syarat dapat dilanjutkannya lingkaran penyelesaian.

Dalam proses-proses restoratif, hak-hak tersangka mengenai praduga tak bersalah dapat dikompromikan dengan cara, yaitu tersangka memiliki hak untuk melakukan terminasi proses restoratif dan menolak proses pengakuan bahwa ia bersalah, dan selanjutnya memilih opsi proses formal di mana kesalahan harus dibuktikan, atau tersangka dapat memperoleh hak untuk banding ke pengadilan dan

semua perjanjian yang disepakati dalam proses restoratif dinyatakan tidak mempunyai kekuatan mengikat.⁷⁶⁾

f. Hak Bantuan Konsultasi atau Penasihat Hukum

Dalam proses restoratif, advokat atau penasihat hukum memiliki peran yang sangat strategis untuk membangun kemampuan pelanggar dalam melindungi haknya *vis a vis* bantuan penasihat hukum. Dalam semua tahapan proses informal yang restoratif, tersangka dapat diberi informasi melalui bantuan penasihat hukum mengenai hak dan kewajibannya yang dapat dipergunakan sebagai pertimbangan dalam membuat keputusan.

Namun demikian, sekali tersangka memilih untuk berpartisipasi dalam sebuah proses restoratif, ia seharusnya bertindak dan berbicara atas namanya sendiri. Posisi-posisi mereka yang mengizinkan pengacara mewakili partisipan-partisipan dalam semua titik tahapan selama proses restoratif, akan menghancurkan banyak manfaat yang diharapkan dari “perjumpaan”, seperti komunikasi langsung dan pengungkapan perasaan dan pembuatan keputusan kolektif proaktif.

D. Tinjauan mengenai Sistem Peradilan Pidana

1. Pengertian Dan Tujuan Sistem Peradilan Pidana

Pengertian sistem peradilan pidana menurut beberapa ahli, diantaranya:

- a. Mardjono Reksodiputro

⁷⁶⁾ *Ibid* hlm.136

Sistem peradilan pidana adalah sistem pengendalian kejahatan yang terdiri dari lembaga – lembaga kepolisian, kejaksaan, pengadilan dan permasyarakatan terpidana.⁷⁷⁾ Dikemukakan pula bahwa sistem peradilan pidana (*criminal justice system*) adalah sistem dalam suatu masyarakat untuk menanggulangi kejahatan.⁷⁸⁾ Menanggulangi diartikan sebagai mengendalikan kejahatan agar berada dalam batas – batas toleransi masyarakat. Pengendalian kejahatan agar masih dalam batas toleransi masyarakat tidak berarti memberikan toleransi terhadap suatu tindak kejahatan tertentu atau membiarkannya untuk terjadi. Toleransi tersebut sebagai suatu kesadaran bahwa kejahatan akan tetap ada selama masih ada manusia di dalam masyarakat. Jadi, dimana ada masyarakat pasti tetap akan ada kejahatan.

b. Muladi

Sistem peradilan pidana merupakan suatu jaringan (*network*) peradilan yang menggunakan hukum pidana sebagai sarana utamanya, baik hukum pidana materiil, hukum pidana formil maupun hukum pelaksanaan pidana.⁷⁹⁾ Namun demikian kelembagaan substansial ini harus dilihat dalam kerangka atau konteks sosial. Sifatnya yang terlalu formal apabila dilandasi hanya untuk kepentingan kepastian hukum saja akan membawa kepada ketidakadilan.⁸⁰⁾

c. Remington dan Ohlin

Mengartikan sistem peradilan pidana sebagai pemakaian pendekatan sistem terhadap mekanisme administrasi peradilan pidana dan peradilan pidana sebagai

⁷⁷⁾ Mardjono Reksodiputro, *Loc.cit*

⁷⁸⁾ Romli Atmasasmita, *Loc.cit*

⁷⁹⁾ Muladi, *Kapita Selekta Sistem Peradilan Pidana*, Badan Penerbit Universitas Diponegoro, Semarang, 1995, Hlm. Viii Dan 18

⁸⁰⁾ *Ibid*, hlm.. 4

suatu sistem merupakan hasil interaksi antara peraturan perundang – undangan, praktik administrasi dan sikap atau tingkah laku sosial.⁸¹⁾

Adapun tujuan sistem peradilan pidana menurut Mardjono Reksodiputro adalah:⁸²⁾

- a. Mencegah masyarakat menjadi objek/korban.
- b. Menyelesaikan kasus kejahatan yang terjadi sehingga masyarakat puas bahwa keadilan telah ditegakan dan yang bersalah dipidana.
- c. Mengusahakan agar mereka yang pernah melakukan kejahatan tidak mengulangi lagi kejahatannya.

2. Asas – Asas Peradilan Pidana

- (a) Asas peradilan cepat, sederhana dan biaya ringan

Sebenarnya hal ini bukan merupakan barang baru dengan lahirnya KUHAP. Dari dahulu, sejak adanya HIR, sudah tersirat asas ini dengan kata – kata lebih konkret daripada yang dipakai di dalam KUHAP. Pencantuman peradilan cepat (*contante justitie; speedy trial*) didalam KUHAP cukup banyak yang diwujudkan dengan istilah “segera” itu. Asas peradilan cepat, sederhana dan biaya ringan yang dianut didalam KUHAP sebenarnya merupakan penjabaran Undang – Undang Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman. Peradilan cepat (terutama untuk menghindari penahanan yang lama sebelum ada putusan hakim) merupakan bagian dari hak asaasi manusia. Begitu pula dalam peradilan bebas, jujur, dan tidak memihak yang ditonjolkan dalam undang – undang tersebut.

⁸¹⁾ Romli Atmasmita, *op. cit* hlm. 14

⁸²⁾ *Ibid*, hlm. 15

Penjelasan umum yang dijabarkan dalam banyak pasal dalam KUHAP antara lain sebagai berikut :⁸³⁾

1. Pasal 24 ayat (4), Pasal 25 ayat (4), Pasal 26 ayat (4), Pasal 27 ayat (4), dan Pasal 28 ayat (4). Umumnya dalam pasal – pasal tersebut dimuat ketentuan bahwa jika telah lewat waktu penahanan seperti tercantum dalam ayat sebelumnya, maka penyidik, penuntut umum, dan hakim harus sudah mengeluarkan tersangka atau terdakwa dari tahanan demi hukum.
2. Pasal 50 mengatur tentang hak tersangka dan terdakwa untuk segera diberitahukan dengan jelas dalam bahasa yang dimengerti olehnya tentang apa yang disangkakan kepadanya pada waktu dimulai pemeriksaan.
3. Pasal 102 ayat (1) menyatakan penyidik yang menerima laporan atau pengaduan tentang terjadinya suatu peristiwa yang patut diduga merupakan tindak pidana wajib segera melakukan penyidikan yang diperlukan.
4. Pasal 106 menyatakan hal yang sama di atas bagi penyidik.
5. Pasal 10 ayat (3) menyatakan bahwa dalam hal tindak pidana selesai disidk oleh penyidik tersebut pada Pasal 6 ayat (1) huruf b, segera menyerahkan hasil penyidikannya kepada penuntut umum melalui penyidik tersebut pada Pasal 6 ayat (1) huruf a.
6. Pasal 110 mengatur tentang hubungan penuntut umum dan penyidik yang semuanya disertai dengan kata segera. Begitu pula Pasal 138.

⁸³⁾ Andi Hamzah, *Hukum Acara Pidana Indonesia*, Sinar Grafika, Jakarta, 2010, hlm.

7. Pasal 140 ayat(1) menyatakan bahwa : ”dalam hal penuntut umum berpendapat bahwa dari hasil penyidikan dapat dilakukan penuntutan, ia dalam waktu secepatnya membuat surat dakwaan”.

(b) Asas praduga tak bersalah (*presumption of innocence*)

Hakikat asas ini cukup fundamental sifatnya dalam hukum acara pidana. Ketentuan asas “praduga tak bersalah” eksistensinya tampak pada Pasal 8 ayat (1) Undang – Undang Nomor 48 Tahun 2009 dan penjelasannya umum angka 3 huruf c KUHAP yang menentukan bahwa : ⁸⁴⁾

“setiap orang yang disangka, ditangkap, ditahan, dituntut, dan atau dihadapkan di depan pengadilan wajib dianggap tidak bersalah sebelum ada putusan pengadilan yang menyatakan kesalahannya dan telah memperoleh kekuatan hukum tetap.”

Praktik peradilan manifestasi asas ini dapat diuraikan lebih lanjut, selama proses peradilan masih berjalan (pengadilan negeri, pengadilan tinggi, mahkamah agung) dan belum memperoleh kekuatan hukum tetap (*inkracht van gewijsde*), maka terdakwa belum dapat dikategorikan bersalah sebagai pelaku dari tindak pidana sehingga selama proses peradilan pidana tersebut harus mendapatkan hak – haknya sebagaimana diatur undang – undang.

(c) Asas oportunitas

A.Z. Abidin Farid memberi perumusan tentang asas

oportunitas sebagai berikut :⁸⁵⁾

⁸⁴⁾ *ibid*, hlm. 14

⁸⁵⁾ *Ibid*, hlm. 20

“asas hukum yang memeberikan wewenang kepada penuntut umum untuk menuntut atau tidak menuntut dengan atau tanpa syarat seseorang atau korporasi yang telah mewujudkan delik demi kepentingan umum.”

(d) Asas pemeriksaan pengadilan terbuka untuk umum

Pada kepala subparagraf ini telah tegas tertulis “pemeriksaan pengadilan”, yang berarti pemeriksaan pendahuluan, penyidikan, dan praperadilan terbuka untuk umum. Dalam hal ini dapat diperhatikan pula Pasal 153 ayat (3) dan ayat

(4) KUHAP yang berbunyi sebagai berikut :⁸⁶⁾

Ayat (3)

“untuk keperluan pemeriksaan hakim ketua sidang membuka sidang dan menyatakan terbuka untuk umum kecuali dalam perkara mengenai kesusilaan atau terdakwanya anak – anak.”

Ayat (4), yaitu “Tidak dipenuhinya ketentuan dalam ayat (2) dan ayat (3) mengakibatkan batalnya putusan demi hukum.”

Pada penjelasan ayat (3) dinyatakan cukup jelas, dan untuk ayat (4) lebih dipertegas lagi, yaitu : “Jaminan yang diatur dalam ayat (3) di atas diperkuat berlakunya, terbukti dengan timbulnya akibat hukum jika asas tersebut tidak dipenuhi.”

(e) Asas semua orang diperlakukan sama di depan hakim

Dalam hukum acara pidana tidak mengenal forum privilegium atau perlakuan yang bersifat khusus, karena negara Indonesia sebagai negara hukum mengakui

⁸⁶⁾*ibid*

bahwa manusia sama di depan hukum (*equality before the law*).⁸⁷⁾ Sebagaimana ditentukan Pasal 4 ayat (1) Undang – Undang nomor 48 tahun 2009 dan penjelasan umum angka 3 huruf a KUHAP yaitu “pengadilan mengadili menurut hukum dengan tidak membeda – bedakan orang”.

(f) Asas tersangka/terdakwa berhak mendapat bantuan hukum

Pasal 69 sampai dengan Pasal 74 KUHAP diatur tentang bantuan hukum tersebut dimana tersangka/terdakwa mendapat kebebasan yang sangat luas. Kebebasan itu antar lain sebagai berikut :⁸⁸⁾

1. Bantuan hukum dapat diberikan sejak saat tersangka ditangkap atau ditahan.
2. Bantuan hukum dapat diberikan pada semua tingkat pemeriksaan.
3. Penasehat hukum dapat menghubungi tersangka/terdakwa pada semua tingkat pemeriksaan pada setiap tingkat.
4. Pembicaraan antar penasihat hukum dan tersangka tidak didengar oleh penyidik dan penuntut umum kecuali pada delik yang menyangkut keamanan negara.
5. Tuntutan berita acara diberikan kepada tersangka atau penasihat hukum guna kepentingan pembelaan.
6. Penasihat hukum berhak mengirim dan menerima surat dari tersangka/terdakwa.

(g) Asas pemeriksaan hakim yang langsung dan lisan

Pada dasarnya dalam praktik pemeriksaan perkara pidana di depan persidangan dilakukan hakim secara langsung kepada terdakwa dan saksi – saksi serta

⁸⁷⁾ Lilik Mulyadi, *Hukum Acara Pidana Indonesia Suatu Tinjauan Khusus Terhadap: Surat Dakwaan, Eksepsi, Dan Putusan Peradilan*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2012, Hlm. 17

⁸⁸⁾ *ibid.*

dilaksanakan dengan secara lisan dalam bahasa Indonesia. Tegasnya hukum acara pidana Indonesia tidak mengenal pemeriksaan perkara pidana dengan acara perwakilan dan pemeriksaan secara tertulis sebagaimana halnya dalam hukum perdata. Implementasi asas ini lebih luas dapat dilihat dari penjelasan umum angka 3 huruf h, Pasal 153, Pasal 154, serta Pasal 155 KUHAP, dan seterusnya.⁸⁹⁾

3. Komponen Sistem Peradilan Pidana

Setelah diundangkannya Undang – Undang No. 8 Tahun 1981 Tentang Kitab Undang – undang Hukum Acara Pidana (KUHAP), maka *Het Herziene Regement* (Stbl. 1941 No. 44) sebagai landasan sistem peradilan pidana Indonesia, landasan bagi proses penyelesaian perkara pidana di Indonesia telah dicabut. Komponen sistem peradilan pidana yang lazim diakui, baik dalam pengetahuan mengenai kebijakan kriminal (*criminal policy*) maupun dalam praktik penegakan hukum, terdiri atas unsur kepolisian, kejaksaan, pengadilan, dan lembaga pemasyarakatan.⁸⁹⁾

a. Kepolisian

Kepolisian sebagai salah satu komponen sistem peradilan pidana merupakan lembaga yang secara langsung berhadapan dengan tindak pidana yang terjadi dalam masyarakat. Undang – Undang No. 2 Tahun 2002 tentang Kepolisian Negara Republik Indonesia memberikan definisi kepolisian sebagai hal-ihwal yang berkaitan dengan fungsi dan lembaga polisialis sesuai dengan peraturan perundang –

⁸⁹⁾ *ibid*, hlm. 18

⁸⁹⁾ Romli Atmasasmita, *op.cit*, hlm. 24

undangan. Fungsi kepolisian berdasarkan Pasal 2 UU tersebut adalah : “salah satu fungsi pemerintahan negara di bidang pemeliharaan keamanan dan ketertiban masyarakat, penegakan huku, perlindungan, pengayoman, dan pelayanan kepada masyarakat.”

b. Kejaksaan

Kejaksaan dalam sistem peradilan pidana bekerja setelah ada pelimpahan perkara dari kepolisian. Kejaksaan merupakan lembaga pemerintahan dibidang penuntutan serta tugas lain yang ditetapkan berdasarkan Undang – Undang. Dalam Pasal 13 KUHAP disebutkan bahwa : “ jaksa merupakan penuntut umum yang diberi wewenang oleh undang – undang untuk melakukan penuntutan dan pelaksanaan putusan hakim.”

c. Pengadilan

Pengadilan merupakan tempat berlangsungnya proses peradilan, sedangkan kewenangan mengadakan pengadilan itu sendiri berada ditangan lembaga kehakiman. Hal ini tercantum dalam Undang – Undang No. 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman. Tugas pengadilan adalah menerima, memeriksa, mengadili dan menyelesaikan perkara yang diajukan kepadanya. Tugas ini meliputi pengadilan negeri, pengadilan tinggi, dan mahkamah agung. Selain itu pengadilan berkewajiban pula untuk mewujudkan membantu pencari keadilan serta berkewajiban untuk mewujudkan suatu peradilan yang sederhana, cepat, dan biaya ringan sesuai dengan asas peradilan yang ditetapkan oleh KUHAP.

d. Lembaga Pemasyarakatan

Lembaga pemasyarakatan merupakan lembaga terakhir yang berperan dalam proses peradilan pidana. Sebagai tahapan akhir dari proses peradilan pidana lembaga pemasyarakatan mengemban harapan dan tujuan dari sistem peradilan pidana yang diantaranya berusaha agar pelaku tindak pidana tidak lagi mengulangi tindak pidana yang pernah dilakukannya.

e. Advokat

Advokat adalah orang yang berprofesi memberi jasa hukum, baik didalam maupun diluar pengadilan yang memenuhi persyaratan berdasarkan ketentuan Undang – Undang. Jasa hukum adalah jasa yang diberikan advokat berupa memberikan konsultasi hukum, bantuan hukum, menjalankan kuasa, mewakili, mendampingi, membela dan melakukan landasan hukum lain untuk kepentingan hukum klien. Diundangkannya Undang – Undang Nomor 18 Tahun 2003 Tentang Advokat, maka advokat juga menjadi bagian (subsistem) dari sistem peradilan pidana, hal ini ditegaskna dalam Pasal 5 ayat (1) Undang – Undang tersebut, yang menyebutkan bahwa :

“ advokat berstatus sebagai penegak hukum, bebas dan mandiri yang dijamin oleh hukum dan peraturan perundang – undangan.”