



**PIDANA BERSYARAT
SEBAGAI ALTERNATIF PIDANA PENJARA PENDEK**

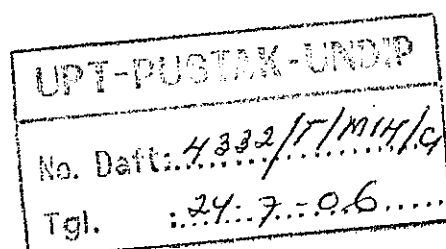
TESIS

**Disusun dalam rangka memenuhi persyaratan
Program Magister Ilmu Hukum
Bidang Kajian Sistem Peradilan Pidana**

**Oleh :
Edhei Sulisty,SH
NIM.B4A000022**

**Pembimbing
Prof.Dr.Barda Nawawi Arief,SH**

**PROGRAM MAGISTER ILMU HUKUM
UNIVERSITAS DIPONEGORO
SEMARANG
2005**





**PIDANA BERSYARAT
SEBAGAI ALTERNATIF PIDANA PENJARA PENDEK**

TESIS

**Disusun dalam rangka memenuhi persyaratan
Program Magister Ilmu Hukum
Bidang Kajian Sistem Peradilan Pidana**

Disusun oleh :

**Edhei Sulistyio. SH.
NIM. B4A000022**

Pembimbing

Prof. Dr. Barda Nawawi Arief, SH

Mengetahui

**Ketua Program Magister Ilmu Hukum
Universitas Diponegoro**



Prof. Dr. Barda Nawawi Arief, SH

NIP. 130 350 519

KATA PENGANTAR

Dengan menyebut asma Allah yang Maha Pengasih dan Maha Penyayang, segala puji dan syukur penulis panjatkan kehadirat-Nya, kerana atas berkat dan rahmat-Nya penulis dapat menyelesaikan penulisan tesis yang berjudul “ Pidana Bersyarat Sebagai Alternatif Pidana Penjara Pendek”.

Penulis menyadari sebagai manusia biasa yang serba kekurangan dan keterbatasan, sehingga sudah barang tentu di dalam penulisan tesis ini terdapat berbagai kekurangan dan kelemahan, baik mengenai materi maupun ungkapan bahasanya. Oleh karena itu segala saran dan kritik yang bersifat membangun akan diterima dengan hati terbuka guna perbaikan di masa depan.

Dalam kesempatan ini penulis ingin mengungkapkan rasa hormat dan terima kasih yang tulus kepada:

1. Bapak Prof. Dr. Barda Nawawi Arief, SH., baik selaku pembimbing dalam penulisan tesis ini maupun selaku Ketua Program S2 Ilmu Hukum Universitas Diponegoro Semarang.
2. Ibu Ani Purwanti, SH.,Mhum dan Bapak Eko Sabar Prihatin, SH.,MS., selaku Sekretaris Program S2 Ilmu Hukum Universitas Diponegoro Semarang beserta seluruh

staf Administrasi yang telah banyak memberikan kelancaran dalam studi dan penyelesaian tesis ini.

3. Segenap Dosen Program S2 Ilmu Hukum UNDIP yang telah memberikan ilmunya selama penulis menempuh pendidikan pada Program S2 Ilmu Hukum UNDIP.
4. Kedua orang tuaku yang senantiasa memberikan doa dan restu kepada penulis.
5. Isteriku dan keluargaku tercinta yang dengan segala pengorbanannya memberikan dorongan dan semangat kepada penulis.
6. Semua pihak yang tidak dapat penulis sebut satu persatu yang telah banyak membantu dalam penyelesaian penulisan tesis ini.

Akhirnya penulis berharap semoga tesis ini dapat memberikan manfaat khususnya dalam rangka pengembangan Ilmu Hukum.

Semarang, Agustus 2005

Edhei Sulisty, SH.

DAFTAR ISI

HALAMAN JUDUL

HALAMAN PERSETUJUAN

KATA PENGANTAR

DAFTAR ISI

ABSTRACT

BAB I PENDAHULUAN

A. Latar Belakang	1
B. Perumusan Masalah	8
C. Tujuan Penelitian	9
D. Kegunaan Penelitian	9
E. Kerangka Konseptual	9
F. Metode Penelitian	12
1. Obyek Penelitian	12
2. Metode Pendekatan	12
3. Spesifikasi Penelitian	15
4. Jenis dan Sumber Data	15
5. Teknik Pengumpulan Data	16
6. Analisis Data	17
G. Sistematika Penulisan	17

BAB II TINJAUAN PUSTAKA

A. Tinjauan Tentang Kebijakan Kriminal	18
B. Tinjauan Tentang Teori-Teori Pidana	22

1. Hakikat dan Pengertian Pidana	22
2. Teori-Teori dan Tujuan Pemidanaan	27
3. Tinjauan Tentang Lembaga Pidana Bersyarat	41
C. Tinjauan Tentang Perlunya Pembaharuan KUHP	55
 BAB III HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN	
A. Fungsionalisasi Pidana Bersyarat Sebagai Alternatif	
Pidana Penjara Pendek	60
1. Kebijakan Penanggulangan Kejahatan	61
2. Kritik Pidana Penjara	93
3. Praktek Pengadilan Dalam Menfungsikan Pidana Bersyarat	101
4. Keuntungan-Keuntungan Pidana Bersyarat	117
5. Hambatan-Hambatan Penerapan Pidana Bersyarat	121
B. Perwujudan Ide Alternatif Pidana Penjara Pendek Dalam	
Kebijakan Formulasi Pidana Bersyarat	126
1. Pengaturan Pidana Bersyarat Dalam KUHP	127
2. Pidana Bersyarat Dalam KUHP Negara Lain.....	135
3. Pengaturan Pidana Bersyarat Dalam Konsep KUHP.....	139
 BAB IV. PENUTUP	
A. Kesimpulan	149
B. Saran	150
 DAFTAR PUSTAKA	

ABSTRACT

The use of deprived of liberty sentences has been criticized simply especially in its negative impact. Negative impact if the perpetrator being imposed by short term sentence. Various state start to study the alternative sanction to replace term sentence by functioning of conditional sentence one of the alternative sanction.

This research aim to know how far suspended sentence have been functioned alternatively short term sentences in practice of court during the time and how short term sentence alternative idea realized in policy of suspended sentence.

By using approach of normative obtained that by rule Indonesia have formulated the existence of conditional sentence in the criminal law mains (KUHP), but in practice less is functioned. Resistance applying of suspended sentence for example laying in observation system factor and construction, legislation, technical facilities and basic facilities and also administration.

There are three model formulation of conditional sentence. Continental system, common law system and mix system. As for KUHP embrace mixture system with system of continental more dominant.

As effort to overcome badness and act to the perpetrator need various means is performed by effort to target of centencing like prevention of crime, finishing conflict, curing balance, delivering to feel peace in society, and free to feel guilty at punished. To support that thing is, hence formulated by concept of KUHP as one of the effort penal reform. Conception KUHP formulate various alternative sanction having the character to avoid of short term sentence for example social servis order and probation as substitution of custodial sentence.

Key word : suspended sentence.

ABSTRAK

Penggunaan pidana perampasan kemerdekaan telah banyak mendapat kritik tajam terutama bila dikaitkan dengan eksekusi negatif dari pidana tersebut. Pengaruh negatif semakin nyata apabila terhadap pelaku tindak pidana dikenakan pidana penjara pendek. Berbagai negara mulai mengkaji adanya alternatif lain untuk menghindari pidana penjara pendek. Salah satu alternatif yang dapat ditawarkan sebagai pengganti dijatuhkannya pidana pendek adalah pidana bersyarat.

Penelitian ini bertujuan untuk mengetahui sejauhmana pidana bersyarat telah difungsikan sebagai alternatif pidana penjara pendek dalam praktek pengadilan selama ini, dan bagaimana ide alternatif pidana penjara pendek diwujudkan dalam kebijakan formulasi pidana bersyarat.

Dengan menggunakan pendekatan yuridis normative, diperoleh gambaran bahwa secara yuridis, Indonesia telah merumuskan adanya lembaga pidana bersyarat dalam induk hukum pidananya (KUHP). Namun penerapan pidana bersyarat sebagai pengganti / alternatif dari pidana pendek selama ini kurang difungsikan. Adanya berbagai kendala di lapangan dianggap sebagai hambatan dalam penerapan pidana bersyarat tersebut. Kendala tersebut baik berada pada sistem pengawasan dan pembinaan, kendala yuridis dan perundang-undangan, kendala teknis dan administrasi, maupun kendala sarana dan prasarana. Terdapat tiga model perumusan formulasi pidana bersyarat yaitu sistem *continental* dan sistem *common law*. Pada sistem *continental*, pidana tetap dijatuhkan, hanya saja pelaksanaannya ditiadakan dengan syarat-syarat tertentu. Sedang pada *common law system* terdakwa hanya dinyatakan bersalah sedangkan pidananya ditunda. Adapun KUHP menganut sistem campuran dengan sistem *continental* lebih dominan sebagai model ketiga.

Sebagai upaya untuk menanggulangi kejahatan dan tindakan kepada para pelakunya perlu diusahakan berbagai cara agar tercapai tujuan pemidanaan seperti mencegah dilakukannya tindak pidana, memasyarakatkan terpidana, menyelesaikan konflik, memulihkan keseimbangan, dan mendatangkan rasa damai dalam masyarakat; dan membebaskan rasa bersalah pada terpidana, bukan hanya semata-mata pembalasan. Untuk menunjang hal itu, maka dirumuskanlah Konsep KUHP sebagai salah satu usaha *penal reform (legal reform)*. Konsep KUHP meskipun tidak secara eksplisit merumuskan pidana bersyarat, namun Konsep KUHP menyediakan berbagai pidana alternatif yang bersifat menghindari pidana *custodial* (perampasan kemerdekaan) misalnya pidana kerja sosial dan pidana pengawasan yang dirumuskan sebagai pidana pengganti pidana perampasan kemerdekaan.

Kata kunci: Pidana bersyarat

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Penggunaan pidana penjara sebagai salah satu sarana politik kriminal hingga kini masih menjadi pilihan utama. Hal ini terlihat dalam berbagai peraturan perundang-undangan yang ada dan diikuti dengan banyaknya praktek penjatuhan pidana penjara. Namun seiring dengan hal itu juga terdapat ketidakpuasan masyarakat. Hal ini nampak dengan adanya kritik bahwa penggunaan pidana penjara sebagai sarana dalam penanggulangan kejahatan dipandang tidak efektif dan adanya akibat-akibat negatif yang menyertainya.

Secara garis besar, kritik terhadap pidana penjara terdiri dari kritik yang moderat dan kritik yang ekstrem. Kritik yang moderat pada intinya masih mempertahankan pidana penjara, namun penggunaannya dibatasi; sedangkan kritik yang ekstrem menghendaki hapusnya sama sekali pidana penjara.¹

Kritik bahwa pidana penjara bukan sarana yang efektif untuk menanggulangi kejahatan antara lain pernah disampaikan oleh *The American Correctional Association* pada tahun 1959, bahwa pidana penjara yang dilaksanakan berdasarkan pandangan yang

¹ Barda Nawawi Arief, Kapita Selekta Hukum Pidana, (Bandung: PT.Citra Aditya Bakti, 2003), hal. 33.

bersifat pemidanaan semata-mata, akan lebih banyak menghasilkan penjahat daripada mencegahnya. Pidana penjara yang bersifat pemidanaan (*punitive imprisonment*) saat ini tidaklah merupakan alat pencegah yang efektif untuk kebanyakan penghuni penjara.²

Masalah efektifitas pidana penjara juga telah menjadi perhatian masyarakat internasional. Diantaranya muncul dalam salah satu laporan Kongres PBB yang kelima tahun 1975 tentang *Prevention of Crime and The Treatment of Offenders*, yang menyatakan bahwa: "*in many countries, the role of functions of penal institutions were the subject of vigorous debate, and there was a crisis in public confidence regarding the effectiveness of imprisonment and the tendency to discount the capacity of correctional institutions to contribute to the control or reduction of crime*". Pada intinya menurut laporan Kongres PBB tersebut, bahwa di banyak negara peran dan fungsi pidana penjara ini menjadi perdebatan sengit dan terdapat krisis kepercayaan terhadap efektifitas pidana penjara dan ada kecenderungan untuk mengabaikan kemampuan lembaga-lembaga kepenjaraan dalam menunjang pengendalian atau pengurangan kejahatan.³

². Barda Nawawi Arief, Kebijakan Legislatif Dalam Penanggulangan Kejahatan Dengan Pidana Penjara, (Semarang: Badan Penerbit UNDIP, 1996), hal. 45.

³. *Ibid.*, hal 43.

Ketidakpuasan masyarakat terhadap pidana penjara juga didasarkan pada penilaian bahwa pidana penjara dipandang mempunyai akibat-akibat negatif yang sangat merugikan, baik ditinjau dari sisi sipelaku tindak pidana, maupun dari sisi masyarakat. Orang yang dijatuhi pidana penjara muaranya adalah ia akan berada di satu tempat yang disebut dengan rumah penjara atau Lembaga Pemasyarakatan. Di rumah penjara tersebut di dalamnya berisi orang-orang dengan berbagai macam watak dan perilaku, yang akan saling berinteraksi dengan kemungkinan besar akan saling mempengaruhi satu dengan lainnya. Di dalam rumah penjara mungkin saja terpidana yang sesungguhnya orang baik berkumpul bersama, tidur bersama, beraktifitas bersama dengan terpidana yang memang orang jahat, baik watak maupun perilakunya. Sehubungan dengan hal ini, ada pernyataan yang secara ekstrim menyebutkan bahwa rumah penjara merupakan perguruan tinggi kejahatan atau pabrik kejahatan. Pernyataan ini didasarkan pada argumen bahwa orang tidak menjadi lebih baik tetapi justru menjadi lebih jahat setelah menjalani pidana penjara; terutama apabila pidana penjara ini dikenakan kepada anak-anak atau para remaja.

Selain itu sisi negatif dari pidana penjara adalah terjadinya perilaku seksual yang menyimpang dikalangan narapidana. Selain

itu pidana penjara juga berakibat serius bagi kehidupan sosial ekonomi keluarganya.

Sisi negatif yang lain ialah bahwa pidana penjara akan memberikan cap jahat (stigma) bagi narapidana dan bekas narapidana. Stigma ini akan terbawa terus walaupun yang bersangkutan tidak lagi melakukan kejahatan sehingga keberadaannya menjadi orang yang terasing di luar teman-temannya dan masyarakat. Pengalaman di penjara juga dapat menyebabkan terjadinya degradasi atau penurunan derajat harga diri manusia, dan pada akhirnya menimbulkan kerugian bagi pelaku tindak pidana berupa ketidakmampuan untuk melanjutkan kehidupannya secara produktif di dalam masyarakat.

Namun hingga saat ini dalam praktek justru pidana penjara paling banyak dipilih dalam penjatuhan pidana. Menurut **Barda Nawawi Arief**, bahwa dari sejumlah 434.313 terdakwa, yang diputus oleh Pengadilan Negeri di seluruh Indonesia untuk perkara kejahatan dalam tahun 1973 sampai dengan tahun 1982 ada 355.456 terdakwa atau sekitar 81,84 % yang dijatuhi pidana penjara⁴. Meskipun data tersebut sudah cukup lama, namun dapat menunjukkan bahwa pidana penjara paling banyak dipilih dalam praktek peradilan di Indonesia. Ketidakpuasan masyarakat terhadap penggunaan pidana penjara sebagai sarana dalam

⁴ *Ibid.*, hal. 153

menanggulangi kejahatan, tidak hanya ditujukan terhadap pidana penjara menurut pandangan retributive tradisional yang bersifat menderitakan, tetapi juga terhadap pandangan moderen yang lebih bersifat kemanusiaan dan menekankan pada unsur perbaikan sipelanggar yang sering disebut dengan rehabilitasi dan resosialisasi, sekalipun pidana penjara itu berupa pidana penjara pendek. Justru pidana penjara pendek dipandang akan sangat merugikan sebab di samping kemungkinan terjadinya hubungan-hubungan yang tidak dikehendaki, maka pidana penjara pendek tidak mendukung kemungkinan untuk mengadakan rehabilitasi narapidana di satu pihak, dan di lain pihak bahkan menimbulkan stigma atau cap jahat. Menurut J.Andenaes telah lama ada pemikiran suatu tujuan dari pembaharuan pidana untuk menghindari pidana pendek. Menurutnya pidana pendek tidak memberikan kemungkinan untuk merehabilitasi sipelanggar, tetapi cukup mencap dia dengan stigma penjara dan membuat/menetapkan kontak-kontak yang tidak menyenangkan.⁵ Dinyatakan pula bahwa sementara sulit untuk mengatakan bahwa pidana panjang akan mempunyai pengaruh reformatif yang lebih besar daripada yang pendek, pidana pendek sekurang-kurangnya mempunyai satu keuntungan yang besar, yaitu bahwa ia pendek. Pidana pendek berarti kurangnya penderitaan (*less suffering*) bagi

⁵ Barda Nawawi Arief, *Op.Cit.* hal. 37.

sipelanggar dan keluarganya dan kurangnya biaya/ongkos (*less expense*) bagi masyarakat. Ada dua segi negatif dari pidana pendek yaitu; pertama, tidak membantu/menunjang secara efektif fungsi membuat tidak mampu, dan kedua; sebagai suatu pencegahan umum, ia lebih rendah mutunya daripada pidana lama.⁶

Inisiatif untuk menghapus pidana pendek telah diprakarsai oleh Asosiasi Ahli Kriminologi Internasional lebih dari 100 tahun yang lalu. Lembaga ini mengajak semua bangsa untuk turut serta dalam perjuangan tersebut dan juga turut serta dalam pencarian alternatif pengganti pidana pendek yang dipandang buruk ini.

Kecenderungan internasional dewasa ini juga tidak menghendaki digunakan pidana penjara pendek. Hal ini nampak dalam rekomendasi Konggres PBB mengenai *The Prevention of Crime and The Treatment of Offenders*, pada Konggres ke-2 tahun 1960 di London, antara lain dinyatakan, bahwa penggunaan pidana penjara pendek secara luas tidak dikehendaki, walaupun dalam beberapa hal mungkin diperlukan dilihat dari tujuan keadilan. Laporan tersebut juga merekomendasikan untuk mengurangi secara berangsur-angsur penggunaan pidana penjara pendek dengan meningkatkan bentuk-bentuk pengganti seperti pidana bersyarat, pengawasan/probation, denda, pekerjaan lain di

⁶ *Ibid.* hal 38 .

luar lembaga dan tindakan-tindakan lain yang tidak mengandung perampasan kemerdekaan.

Sementara itu dalam KUHP (WvS), pengaturan tentang pidana bersyarat sebenarnya sudah ada. Pengaturan pidana bersyarat tersebut tercantum dalam Pasal 14 a sampai dengan 14 f KUHP.

Pidana bersyarat sebagaimana diatur dalam Pasal 14 a s/d Pasal 14 f KUHP, pada dasarnya sudah tinggal pelaksanaannya saja dan proses penjatuhan pidananya sudah selesai, hanya saja pelaksanaannya yang ditunda. Penundaan pelaksanaan pidana ini dilakukan dengan syarat-syarat tertentu yang ditentukan oleh undang-undang yang dikenal dengan syarat umum dan syarat khusus. Terpidana yang dijatuhi pidana bersyarat tidak perlu menjalani pidananya di dalam Lembaga Pemasyarakatan. Sesuai dengan aturan tentang pidana bersyarat dalam KUHP, maka penundaan pelaksanaan pidana tidak dimungkinkan setelah si terpidana masuk menjalani pidana di dalam Lembaga Pemasyarakatan. Tetapi justru sebaliknya ada kemungkinan terpidana yang sedang menjalani pidana di luar lembaga, namun karena melanggar syarat-syarat yang ditentukan oleh hakim terpidana kemudian dimasukkan ke dalam lembaga.

Sementara itu perkembangan pemikiran tentang tindakan non-custodial dewasa ini cakupannya jauh lebih luas, yaitu dapat

diterapkan pada tahap sebelum proses peradilan (*pre-trial stage*), pada tahap peradilan (*trial stage*) dan pada tahap pemidanaan (*sentencing stage*).

Sebagai bagian dari masyarakat dunia, sudah seharusnya menyesuaikan dengan kecenderungan-kecenderungan internasional yang diakui oleh bangsa-bangsa yang beradab, dengan tetap berpijak pada ideologi bangsa dan aspek sosial budaya kita. Apalagi jika dikaitkan dengan pandangan bahwa KUHP suatu negara merupakan cerminan dari peradaban suatu bangsa.

Bertolak dari uraian di atas, maka perlu dilakukan pengkajian terhadap pengaturan tentang pidana bersyarat sebagai alternatif pidana penjara pendek. Hal ini perlu dilakukan guna membantu dalam menentukan arah kebijakan hukum pidana yang dapat ditempuh, utamanya berkaitan dengan pembaharuan hukum pidana (KUHP).

B. Perumusan masalah

Bertolak dari uraian di dalam latar belakang tersebut di atas, maka permasalahan yang akan diteliti dirumuskan sebagai berikut:

1. Bagaimanakah pidana bersyarat difungsikan sebagai alternatif pidana penjara pendek dalam praktek pengadilan selama ini?

2. Bagaimana ide alternatif pidana penjara pendek diwujudkan dalam kebijakan formulasi pidana bersyarat?

C. Tujuan Penelitian

Berdasarkan uraian latar belakang penelitian dan pokok permasalahan dalam penelitian tersebut di atas, maka penelitian ini bertujuan :

1. Untuk mengetahui fungsionalisasi pidana bersyarat sebagai alternatif pidana penjara pendek dalam praktek pengadilan selama ini.
2. Untuk mengetahui bagaimana ide alternatif pidana penjara pendek diwujudkan dalam kebijakan formulasi pidana bersyarat.

D. Kegunaan Penelitian

Hasil dari penelitian ini diharapkan dapat berguna untuk:

1. menambah referensi dalam mengembangkan kebijakan penggunaan pidana jangka pendek dan penggunaan pidana bersyarat sebagai alternatif pidana jangka pendek.
2. menjadi bahan masukan dalam menentukan garis kebijakan yang dikembangkan dalam penggunaan pidana bersyarat sebagai alternatif pidana jangka pendek dalam pembaharuan hukum pidana Indonesia.

E. Kerangka Konseptual

Pidana penjara dewasa ini merupakan jenis pidana yang utama dalam hal pidana hilang kemerdekaan. Dilihat dari sudut lamanya pidana penjara, di dalam KUHP terdapat sistem perumusan minimum umum dan maksimum khusus. Lamanya pidana penjara menurut ketentuan Pasal 12 ayat (1) KUHP adalah seumur hidup atau selama waktu tertentu. Sedangkan pidana penjara selama waktu tertentu di dalam Pasal 12 ayat (2) KUHP ditentukan paling pendek adalah 1 hari dan paling lama lima belas tahun berturut-turut.

Adanya sistem perumusan lamanya pidana penjara dengan ketentuan minimum umum dan maksimum khusus dalam KUHP tersebut, memungkinkan diterapkannya pidana penjara jangka pendek oleh hakim dalam praktek pengadilan.

Sesungguhnya penerapan pidana penjara sebagai salah satu bentuk sanksi tidak dapat dipisahkan dengan tujuan pemidanaan. Berbicara masalah tujuan pemidanaan, maka tidak dapat dipisahkan dengan rangkaian kebijakan kriminal dan kebijakan sosial. Sebagai suatu kebijakan maka wajar apabila selalu mengalami perubahan ke arah yang lebih baik atau modernisasi, sesuai dengan kebutuhan pada jamannya.

Selama berabad-abad pidana penjara telah dipergunakan sebagai salah satu sarana dalam kebijakan kriminal. Perkembangan pemikiran tentang penggunaan pidana penjara

dewasa ini mengarah untuk mengurangi atau membatasi penggunaan pidana penjara pendek. Hal ini pernah disampaikan dalam Rekomendasi Konggres ke-2 PBB mengenai "*The Prevention of Crime and the Treatment of Offenders*" tahun 1960 di London yang menyatakan antara lain:

- Konggres mengakui bahwa dalam banyak hal, pidana penjara pendek mungkin berbahaya, yaitu sipelanggar dapat terkontaminasi dan sedikit atau tidak memberi kesempatan untuk menjalani pelatihan yang konstruktif, dan oleh karena itu penggunaannya secara luas tidak dikehendaki. Namun demikian, Konggres mengakui, bahwa dalam hal-hal tertentu penjatuhan pidana penjara pendek mungkin diperlukan dilihat dari tujuan keadilan.
- Konggres menyadari bahwa dalam prakteknya penghapusan menyeluruh pidana penjara pendek tidaklah mungkin, pemecahan yang realistik hanya dapat dicapai dengan mengurangi jumlah penggunaannya.
- Pengurangan berangsur-angsur itu dengan meningkatkan bentuk-bentuk pengganti/alternatif (pidana bersyarat, pengawasan/probation, denda, pekerjaan diluar lembaga dan tindakan-tindakan lain yang tidak mengandung perampasan kemerdekaan);
- Dalam hal pidana penjara pendek tidak dapat dihindari, pelaksanaannya harus terpisah/tersendiri dari yang dijatuhi pidana penjara untuk waktu yang lama, dan pembinaannya harus bersifat konstruktif, pribadi dan dalam lembaga terbuka (*open institution*).⁷

Sejalan dengan perkembangan pemikiran untuk mengurangi atau membatasi penerapan pidana penjara pendek dan menggantikannya dengan pidana bersyarat, maka di dalam

⁷ *Ibid.*, hal. 34-35.

KUHP sudah terdapat ketentuan tentang pidana bersyarat yaitu sebagaimana diatur dalam Pasal 14a sampai dengan Pasal 14f. Namun demikian ketentuan yang telah ada dalam KUHP tersebut perlu disesuaikan dengan *UN Standard Minimum Rules For Non-Custodial Measures (The Tokyo Rules)* yang terdapat dalam Resolusi PBB No. 45/110 tertanggal 14 Desember 1990.

Seiring dengan usaha pembaharuan KUHP yang sekarang sedang berlangsung, terdapat peluang untuk mengimplentasikan perkembangan pemikiran tentang pidana bersyarat guna mencapai tujuan pemidanaan pada khususnya dan tujuan pembangunan nasional pada umumnya.

F. Metode Penelitian

1. Obyek Penelitian

Obyek dari penelitian ini ialah mengenai kebijakan dalam menetapkan pidana bersyarat sebagai alternatif pidana penjara pendek. Dalam hal ini mengenai bagaimana pidana bersyarat itu dituangkan atau dimasukkan dalam produk perundang-undangan, dan bagaimana menerapkannya.

2. Metode Pendekatan.

Penelitian hukum dapat dibedakan menjadi penelitian hukum normatif dan penelitian hukum sosiologis.

Penelitian hukum normatif dilakukan dengan cara meneliti bahan pustaka yang merupakan data sekunder dan disebut juga penelitian hukum kepustakaan. Penelitian hukum sosiologis atau empiris terutama meneliti data primer.⁸

Pendekatan terhadap hukum dengan menggunakan metode normatif dilakukan dengan cara mengidentifikasi dan mengkonsepsikan hukum sebagai norma, kaidah, peraturan perundang-undangan yang berlaku pada suatu kekuasaan negara tertentu yang berdaulat. Penelitian terhadap hukum dengan pendekatan demikian ini merupakan penelitian hukum yang normatif atau penelitian hukum yang doktrinal.⁹

Pendekatan yuridis normatif merupakan pendekatan yang utama dalam penelitian ini, karena yang menjadi fokus perhatian adalah kebijakan dalam menetapkan dan merumuskan pidana bersyarat dalam perundang-undangan. Jenis penelitian hukum normatif yang digunakan adalah tipe kesatu (penelitian inventarisasi hukum positif), tipe kedua (penelitian

⁸. Renny Hanitijo Soemitro, Metode Penelitian Hukum dan Jurimetri (Bandung: Ghalia Indonesia, 1988), hal. 9.

⁹. Ronny Hanitijo Soemitro, Perbandingan antara Penelitian Hukum Normatif dengan Penelitian Hukum Empiris, (Semarang: Majalah Masalah-Masalah Hukum, FH.UNDIP No.9 tahun 1991), hal. 44.

terhadap asas-asas hukum), dan tipe ketiga (penelitian untuk menemukan hukum in concreto.

Selain itu menurut Sunaryati Hartono¹⁰ bahwa kecenderungan penelitian hukum masa kini tidak lagi dapat menggunakan hanya satu pendekatan atau metode penelitian, maka dalam penelitian ini di samping pendekatan yuridis normatif juga digunakan pendekatan yuridis empiris, historis dan komparatif yang dipandang perlu untuk pendalaman, dan melengkapi pendekatan yuridis normatif.

Pendekatan yuridis empiris diperlukan untuk mengetahui gambaran penerapan pidana bersyarat yang didasarkan pada kebijakan legislatif selama ini. Seberapa jauh kebijakan legislatif selama ini dapat menunjang tujuan dan mekanisme penerapan pidana bersyarat.

Pendekatan historis diperlukan karena kebijakan legislatif yang dituangkan dalam perundang-undangan tidak dapat dilepaskan dari proses terjadinya undang-undang tersebut. Demikian juga adanya perubahan dan perkembangan pemikiran tentang makna pidana penjara ke

¹⁰. Sunaryati Hartono, Kembali Ke Metode Penelitian Hukum, (Bandung: FH.UNPAD, 1984), hal. 34.

arah konsepsi modern yang lebih menekankan pada unsur perbaikan untuk memasyarakatkan kembali si pelanggar.

Sedangkan pendekatan komparatif perlu dilakukan untuk lebih memahami bagaimana mengembangkan hukum nasional. Sebab politik hukum Indonesia disatu pihak tidak terlepas dari realitas sosial dan tradisional yang terdapat di Indonesia sendiri, dan di lain pihak sebagai salah satu anggota masyarakat dunia, politik hukum Indonesia tidak terlepas pula dari realitas dan politik hukum Internasional. Pendekatan komparatif tersebut dipandang perlu sehubungan dengan usaha-usaha pembaharuan hukum pidana (KUHP) yang sedang dilakukan oleh bangsa Indonesia.

3. Spesifikasi Penelitian

Untuk mendekati permasalahan dalam penelitian ini dipergunakan spesifikasi penelitian deskriptif analitis, yaitu berusaha menggambarkan dan menjelaskan kebijakan yang dikembangkan dalam penggunaan pidana bersyarat dan pidana penjara pendek dalam hubungannya dengan pembaharuan hukum pidana di Indonesia.

4. Jenis dan Sumber Data

Jenis data yang dijadikan bahan dalam penelitian ini meliputi data yang diperoleh langsung dari masyarakat (data primer) dan yang diperoleh dari kepustakaan (data sekunder). Namun karena penelitian ini lebih bersifat penelitian hukum normatif maka lebih menitik beratkan penelitian pada data sekunder, sedangkan data primer lebih bersifat menunjang/pelengkap¹¹

Data sekunder yang digunakan dalam penelitian ini dikumpulkan dari bahan hukum primer berupa undang-undang dan yurisprudensi, dan dari bahan hukum sekunder berupa dokumen atau risalah perundang-undangan, konsep rancangan undang-undang, sumber-sumber hukum dan perundangan negara lain, hasil-hasil penelitian dan kegiatan ilmiah baik nasional maupun internasional, pendapat para ahli hukum. Di samping itu dikumpulkan pula bahan-bahan dari data sekunder yang bersifat publik, terutama data statistik dari instansi-instansi pemerintah.

5. Teknik Pengumpulan Data

Pengumpulan data dalam penelitian ini terutama dilakukan dengan studi kepustakaan dan studi dokumen serta wawancara. Wawancara dilakukan terhadap informan

¹¹ Soeryono Soekanto, Pengantar Penelitian Hukum, (Jakarta: UI Press, 1996), hal. 12.

yang terdiri dari Jaksa (2 orang), Hakim (2 orang), dan petugas Balai Pembimbing Kemasyarakatan Depkeh & HAM (1 orang) di Kota Semarang.

6. Analisis Data

Data yang terkumpul dianalisis dengan cara kualitatif dengan penguraian secara deskriptif analitis dan preskriptif. Analisis kualitatif ini dilakukan secara deskriptif dan preskriptif, karena penelitian ini tidak hanya bermaksud mengungkapkan atau melukiskan data sebagaimana adanya, tetapi juga bermaksud melukiskan realitas kebijakan legislatif yang diharapkan. Dalam melakukan analisis kualitatif yang bersifat deskriptif dan preskriptif ini, bertitik tolak dari analisis yuridis sistematis, yang untuk pendalamannya dilengkapi dengan analisis yuridis empiris, analisis historis dan komparatif.

G. Sistematika Penulisan

Setelah uraian pendahuluan pada bab I ini, selanjutnya pada bab II diuraikan tinjauan pustaka yang mendasari kerangka berfikir yang dipakai dalam membahas permasalahan yang ada. Selanjutnya pada bab III dikemukakan hasil penelitian yang diperoleh dan dianalisis dengan menggunakan analisis kualitatif yuridis normatif. Bab IV berisi simpulan dari hasil penelitian dan saran-saran.

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. Tinjauan tentang Kebijakan Kriminal

Salah satu tujuan negara Indonesia sebagaimana diamanatkan dalam Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, adalah melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia. Berkaitan dengan hal ini, salah satu sarana yang dipakai untuk memberikan perlindungan kepada masyarakat adalah dengan menggunakan hukum pidana.

Penggunaan hukum pidana selain mempunyai fungsi umum ialah mengatur hidup kemasyarakatan atau menyelenggarakan tata dalam masyarakat, juga mempunyai fungsi khusus. Fungsi khusus hukum pidana ialah melindungi kepentingan hukum terhadap perbuatan yang hendak memperkosanya (*rechtsguterschutz*) dengan sanksi yang berupa pidana yang sifatnya lebih tajam jika dibandingkan dengan sanksi yang terdapat pada cabang hukum lain¹.

Memberikan perlindungan kepada masyarakat dengan sarana hukum pidana pada dasarnya merupakan bagian dari kebijakan

¹ Sudarto, Hukum Pidana I, (Semarang: Badan Penyediaan Bahan-Bahan Kuliah Fak. Hukum Undip, 1987/1988), hal.12.

kriminal. Sementara itu pengertian kebijakan kriminal dapat dilihat dari politik hukum maupun dari politik kriminal².

Menurut Sudarto Politik hukum mengandung pengertian sebagai suatu usaha untuk mewujudkan peraturan-peraturan yang baik sesuai dengan keadaan dan situasi pada suatu saat³. Pada bagian lain Sudarto juga mengemukakan, bahwa politik hukum adalah kebijakan dari negara melalui badan-badan yang berwenang untuk menetapkan peraturan-peraturan yang dikehendaki yang diperkirakan bisa digunakan untuk mengekspresikan apa yang terkandung dalam masyarakat dan untuk mencapai apa yang dicita-citakan⁴.

Sedangkan, politik kriminal adalah suatu usaha yang rasional dari masyarakat untuk menanggulangi kejahatan. Menurut Sudarto ada tiga arti yang melingkupi politik kriminal yaitu⁵:

- a. dalam arti sempit, politik kriminal itu digambarkan sebagai keseluruhan asas dan metode, yang menjadi dasar dari reaksi terhadap pelanggaran hukum yang berupa pidana.
- b. dalam arti yang lebih luas, ia merupakan keseluruhan fungsi dari aparaturnya penegak hukum, termasuk di dalamnya cara kerja dari pengadilan dan polisi;
- c. dalam arti yang paling luas, ia merupakan keseluruhan kebijakan, yang dilakukan melalui perundang-undangan dan

² Barda Nawawi Arief, Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana, (Bandung: PT. Citra Bakti, 1996), hal 27.

³ Sudarto, Hukum Dan Hukum Pidana, (Bandung: Alumni, 1981), hal 159.

⁴ Sudarto, Hukum Pidana Dan Perkembangan Masyarakat, (Bandung: Sinar Baru, 1983), hal. 20.

⁵ Sudarto, Kapita Selekta Hukum Pidana, (Bandung: Alumni, 1981), hal. 113-114

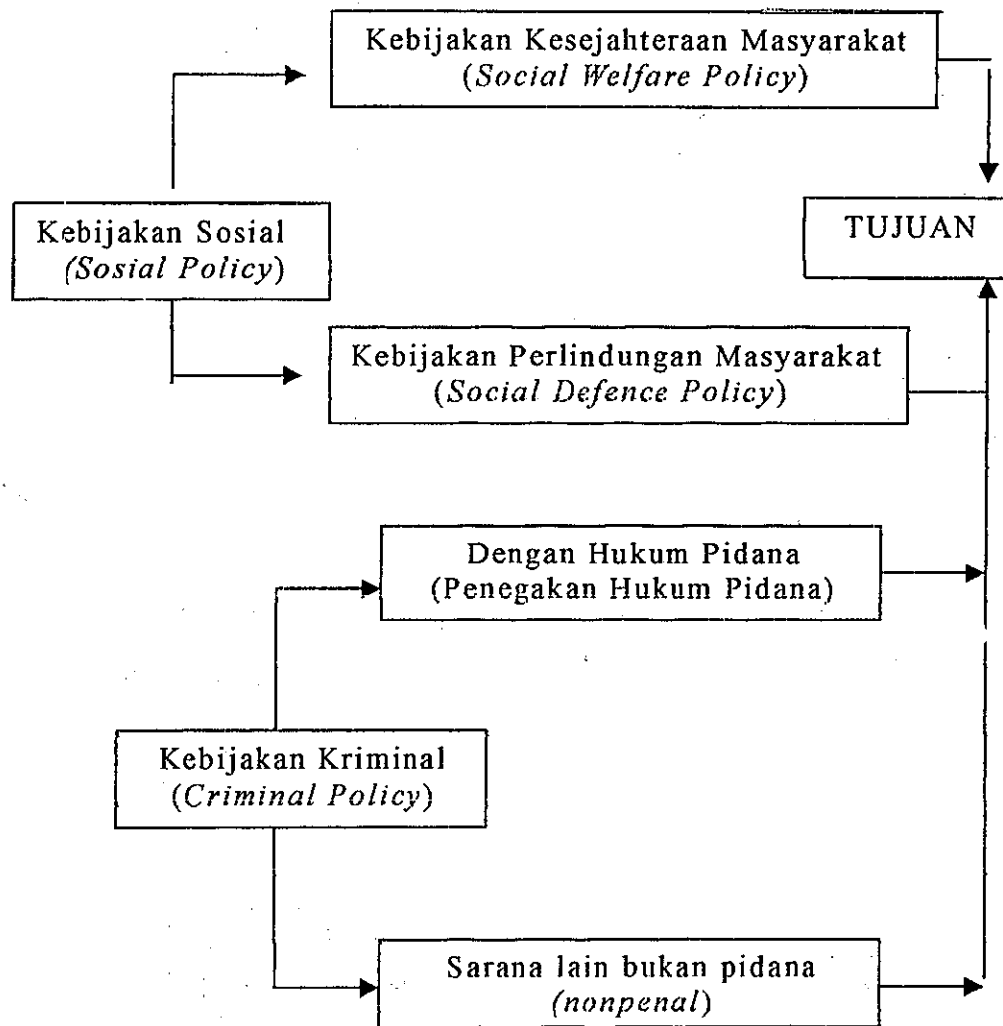
badan-badan resmi, yang bertujuan untuk menegakkan norma-norma sentral dari masyarakat.

Usaha penanggulangan kejahatan dengan hukum pidana pada hakekatnya juga merupakan bagian dari usaha penegakkan hukum (khususnya penegakkan hukum pidana). Oleh karena itu politik atau kebijakan hukum pidana merupakan bagian dari kebijakan penegakkan hukum (*Law enforcement policy*). Di samping itu usaha penanggulangan kejahatan melalui pembuatan undang-undang (hukum) pidana pada hakekatnya juga merupakan bagian integral dari usaha perlindungan masyarakat (*social welfare*). Oleh karena itu adalah wajar apabila kebijakan kriminal juga merupakan bagian integral dari kebijakan sosial (*social policy*). Kebijakan sosial dapat diartikan sebagai segala usaha yang rasional untuk mencapai kesejahteraan masyarakat dan sekaligus mencakup perlindungan masyarakat⁶.

Tujuan akhir dari kebijakan kriminal ialah perlindungan masyarakat untuk mencapai tujuan utama kesejahteraan masyarakat. Penegakkan hukum pidana yang merupakan bagian dari kebijakan kriminal, pada hakekatnya juga merupakan bagian integral dari kebijakan untuk mencapai kesejahteraan masyarakat.

⁶ Barda Nawawi Arief, *Op.Cit.*, hal. 29-30.

Secara skematis antar hubungan penegakkan hukum pidana, kebijakan kriminal dan kebijakan sosial dapat digambarkan sebagai berikut:



Gambar antar hubungan penegakan hukum pidana, kebijakan kriminal, dan kebijakan sosial⁷.

⁷ Muladi, Kapita Selekta Sistem Peradilan Pidana, (Semarang: Badan Penerbit Undip, 1995), hal. 8.

B. Tinjauan tentang teori-teori pidanaaan

1. Hakekat dan Pengertian Pidana.

Pemahaman tentang teori-teori pidanaaan dan tujuan pidanaaan perlu dikemukakan mengingat permasalahan yang akan dibahas dalam penelitian ini menyangkut tentang pidanaaan. Di samping itu juga sebagai acuan dalam memahami perkembangan dalam penggunaan sanksi pidana bagi pelaku tindak pidana. Untuk memahami tentang berbagai teori pidanaaan dan tujuan pidanaaan, maka perlu terlebih dahulu memahami tentang hakekat dan pengertian pidana.

Beberapa sarjana telah memberikan penjelasan tentang hakekat dan pengertian pidana. Muladi dan Barda Nawawi Arief menarik kesimpulan bahwa pidana mengandung unsur-unsur atau ciri-ciri sebagai berikut⁸:

- (1) pidana itu pada hakekatnya merupakan suatu pengenaan penderitaan atau nestapa atau akibat-akibat lain yang tidak menyenangkan;
- (2) pidana itu diberikan dengan sengaja oleh orang atau badan yang mempunyai kekuasaan (oleh yang berwenang);
- (3) pidana itu dikenakan kepada seseorang yang telah melakukan tindak pidana menurut undang-undang.

⁸ Muladi dan Barda Nawawi Arief, Teori-Teori dan Kebijakan Pidana (Bandung: Alumni, 1984), hal.4.

Selanjutnya menurut Alf Ross sebagaimana dikutip Muladi dan Barda Nawawi Arief "*concept of punishment*" bertolak pada dua syarat atau tujuan, yaitu⁹:

- (1) pidana ditujukan pada pengenaan penderitaan terhadap orang yang bersangkutan.
- (2) pidana itu merupakan suatu pernyataan pencelaan terhadap perbuatan si pelaku. .
Disamping pidana (*punishment*) dikenal juga apa yang disebut dengan tindakan (*treatment*).

Selanjutnya dikemukakan bahwa tidaklah dapat dipandang sebagai "*punishment*" hal-hal sebagai berikut:

- (1) tindakan-tindakan yang bertujuan pengenaan penderitaan tetapi tidak merupakan pernyataan pencelaan; Misal: pemberian "*electric shock*" pada binatang pada suatu penelitian agar tingkah lakunya dapat diamati atau dikontrol.
- (2) tindakan-tindakan yang merupakan pernyataan pencelaan tetapi tidak dimaksudkan untuk mengenakan penderitaan; Misal: teguran, peringatan atau penyingkiran oleh masyarakat.
- (3) Tindakan-tindakan yang disamping tidak dimaksudkan untuk mengenakan penderitaan, juga tidak merupakan pernyataan pencelaan; Misal: langkah-langkah yang diambil untuk mendidik atau merawat/mengobati seseorang untuk membuatnya tidak berbahaya bagi masyarakat atau tindakan dokter gigi yang mencabut gigi seorang pasien.

Perbedaan antara "*punishment*" dan "*treatment*" tidak didasarkan pada ada tidaknya unsur pertama (unsur penderitaan), tetapi harus didasarkan pada ada tidaknya unsur kedua (unsur pencelaan).

Kemudian menurut Herbert L. Packer sebagaimana dikutip Muladi dan Barda Nawawi Arief bahwa:

tingkatan atau derajat ketidak enakan atau kekejaman, bukanlah ciri yang membedakan antara "*punishment*" dan "*treatment*". Perbedaannya harus dilihat dari tujuannya dan seberapa jauh peranan dari perbuatan sipelaku terhadap

⁹ *Ibid.*, hal. 5

adanya pidana atau tindakan-perlakuan. Tujuan utama dari "treatment" adalah untuk memberikan keuntungan atau untuk memperbaiki orang yang bersangkutan. Fokusnya bukan pada perbuatannya yang telah lalu atau yang akan datang, tetapi pada tujuan untuk memberikan pertolongan kepadanya. Dasar pembenaran "treatment" ialah pada pandangan bahwa orang yang bersangkutan akan atau mungkin menjadi lebih baik. Tujuan utama adalah untuk meningkatkan kesejahteraannya. Sedangkan "punishment" pembenarannya didasarkan pada satu atau dua tujuan, yaitu:

- (1) untuk mencegah terjadinya kejahatan atau perbuatan yang tidak dikehendaki atau perbuatan yang salah.
- (2) untuk mengenakan penderitaan atau pembalasan yang layak kepada si pelanggar.

Dalam hal "punishment" kita memperlakukan seseorang karena ia telah melakukan suatu perbuatan salah dengan tujuan, baik untuk mencegah terulangnya perbuatan itu maupun untuk mengenakan penderitaan atau untuk keduanya. Dalam hal "treatment" tidak diperlukan adanya hubungan dengan perbuatan; kita memperlakukan orang itu karena kita berpendapat atau beranggapan bahwa ia akan menjadi lebih baik. Kita juga boleh berharap atau berpikiran bahwa orang yang dikenakan pidana akan lebih baik, tetapi bukan karena hal itu kita berbuat demikian, tujuan utamanya adalah melakukan pencegahan terhadap perbuatan salah itu dan bukan perbaikan terhadap diri si pelanggar¹⁰.

Sementara itu kita ketahui bahwa tidak semua sarjana berpendapat bahwa pidana pada hakekatnya merupakan suatu penderitaan atau nestapa. Diantaranya menurut Hulsman, yang menyatakan bahwa:

hakekat pidana adalah "menyerukan untuk tertib" (*tot de orde roepen*); pidana pada hakekatnya mempunyai dua tujuan utama yakni untuk mempengaruhi tingkah laku laku (*gedragsbeinvloeding*) dan penyelesaian konflik (*conflictoplossing*). Penyelesaian konflik ini dapat terdiri dari perbaikan kerugian yang dialami atau perbaikan

¹⁰ *Ibid.*, hal.6.

hubungan baik yang dirusak atau pengembalian kepercayaan antar sesama manusia¹¹.

Sedangkan menurut Binsbergen sebagaimana dikutip

Muladi dan Barda Nawawi Arief menyatakan:

bahwa ciri hakiki dari pidana adalah "suatu pernyataan atau penunjukkan salah oleh penguasa sehubungan dengan suatu tindak pidana". Dasar pembenaran dari pernyataan tersebut adalah tingkah laku si pembuat itu "tak dapat diterima baik untuk mempertahankan lingkungan masyarakat maupun untuk menyelamatkan pembuat sendiri"¹².

Bertolak pada pengertian yang luas bahwa sanksi dalam hukum pidana adalah semua reaksi terhadap pelanggaran hukum yang telah ditentukan oleh undang-undang, sejak penahanan dan pengusutan terdakwa oleh polisi sampai vonnis dijatuhkan, G.P. Hoefnagels sebagaimana dikutip Muladi dan Barda Nawawi Arief juga tidak setuju dengan pendapat:

bahwa pidana merupakan suatu pencelaan (*censure*) atau suatu penjeeraan (*discouragement*) atau merupakan suatu penderitaan (*suffering*). Ia melihatnya secara empiris bahwa pidana merupakan suatu proses waktu. Keseluruhan proses pidana dimulai sejak adanya penahanan, pemeriksaan sampai vonnis dijatuhkan merupakan suatu pidana. Dilihat secara empiris, pidana memang dapat merupakan suatu penderitaan tetapi hal itu tidak merupakan suatu keharusan/kebutuhan. Ada pidana tanpa penderitaan. Dalam hal ini harus pula dibedakan antara: penderitaan yang sengaja dituju oleh si pemberi pidana; dan penderitaan yang oleh si pemberi pidana dipertimbangkan tidak dapat dihindari (efek sampingan yang sudah diketahui); serta penderitaan yang tidak sengaja dituju (efek sampingan yang tidak diketahui). Hoefnagels menekankan bahwa pemberian sanksi merupakan suatu proses

¹¹ *Ibid.*, hal. 9.

¹² Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Loc.cit.*

pembangkitan semangat (*encouregement*) dan pencelaan (*censure*) untuk tujuan agar seseorang berorientasi atau menyesuaikan diri dengan suatu norma atau undang-undang yang berlaku¹³.

Dari uraian tersebut di atas, dapat dijadikan acuan dalam mengembangkan pemikiran tentang penggunaan sanksi pidana bagi pelaku tindak pidana.

2. Teori-teori dan Tujuan Pidanaan

Guna memahami mengenai dasar-dasar pembenaran dan tujuan dari pidanaan, perlu dikemukakan pandangan para ahli mengenai teori-teori pidanaan

Dalam ilmu pengetahuan hukum pidana, secara tradisional teori-teori pidanaan pada umumnya menurut Muladi dan Barda Nawawi Arief dapat dibagi dalam dua kelompok, yaitu:

- 1). Teori absolut atau teori pembalasan (*retributive/vergeldings theorieen*); dan
- 2). Teori relatif atau teori tujuan (*utilitarian/doeltheorieen*)¹⁴.

Ad 1. Teori absolut atau teori pembalasan (*retributive/vergeldings theorieen*).

Menurut teori Absolut pidana dijatuhkan semata-mata karena orang telah melakukan suatu kejahatan atau tindak

¹³ *Ibid.*, hal. 10.

¹⁴ *Ibid.*, hal. 11.

pidana (*quia peccatum est*). Pidana merupakan akibat mutlak yang harus ada sebagai suatu pembalasan kepada orang yang melakukan kejahatan. Jadi dasar membenaran dari pidana terletak pada adanya atau terjadinya kejahatan itu sendiri. Menurut Johanes Andenaes sebagaimana dikemukakan oleh Muladi dan Barda Nawawi Arief¹⁵ tujuan utama (*primair*) dari pidana menurut teori absolut ialah “untuk memuaskan tuntutan keadilan” (*to satisfy the claims of justice*) sedangkan pengaruh-pengaruhnya yang menguntungkan adalah sekunder.

Sehubungan dengan tuntutan keadilan yang sifatnya absolut tersebut, menurut pendapat Emmanuel Kant sebagaimana dikutip Muladi dan Barda Nawawi Arief :

.....pidana tidak pernah dilaksanakan semata-mata sebagai sarana untuk mempromosikan tujuan/kebaikan lain, baik bagi si pelaku itu sendiri maupun bagi masyarakat, tetapi dalam semua hal harus dikenakan hanya karena orang yang bersangkutan telah melakukan suatu kejahatan.

Bahkan walaupun seluruh anggota masyarakat sepakat untuk menghancurkan dirinya sendiri (membubarkan masyarakatnya) pembunuh terakhir yang masih berada di dalam penjara harus dipidana mati sebelum resolusi/keputusan pembubaran masyarakat itu dilaksanakan. Hal ini harus dilakukan karena setiap orang seharusnya menerima ganjaran dari perbuatannya, dan perasaan balas dendam tidak boleh tetap ada pada anggota masyarakat, karena apabila tidak demikian mereka semua dapat dipandang sebagai orang yang ikut ambil bagian dalam pembunuhan itu yang merupakan pelanggaran terhadap keadilan umum¹⁶.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Ibid.*

Menurut Kant, pidana merupakan suatu tuntutan kesusilaan. Pidana sebagai "*kategorische imperatief*" yakni: seseorang harus dipidana oleh hakim karena ia telah melakukan kejahatan. Pidana bukan merupakan suatu alat untuk mencapai suatu tujuan, melainkan mencerminkan keadilan¹⁷. Sedangkan menurut Hegel sebagaimana dikutip Muladi dan Barda Nawawi Arief pidana merupakan keharusan logis sebagai konsekuensi dari adanya kejahatan. Kejahatan dipandang sebagai pengingkaran terhadap ketertiban hukum negara yang merupakan perwujudan dari cita susila, maka pidana merupakan "*negation der negation*" (peniadaan atau pengingkaran terhadap pengingkaran).¹⁸ Teori Hegel dikenal dengan "*quasi-mathematic*", yaitu: *wrong being (crime) is the negation of right; and punishment is the negation of that negation.*

Menurut Nigel Walker sebagaimana dikutip Muladi dan Barda Nawawi Arief, penganut teori retributive dapat dibagi dalam beberapa golongan, yaitu:¹⁹

1. Penganut teori retributif yang murni, yang berpendapat bahwa pidana harus cocok atau sepadan dengan kesalahan si pembuat.
2. Penganut teori retributif tidak murni (dengan modifikasi) yang dapat pula dibagi dalam:
 - a. penganut teori retributif yang terbatas yang berpendapat: pidana tidak harus cocok/sepadan

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.*, hal. 12.

¹⁹ *Ibid.*, hal 12-13.

- dengankesalahan; hanya saja tidak boleh melebihi batas yang cocok/sepadan dengan kesalahan terdakwa.
- b. Penganut teori retributif yang distributif atau disingkat dengan sebutan teori "*distributive*" yang berpendapat: pidana janganlah dikenakan pada orang yang tidak bersalah, tetapi pidana juga tidak harus cocok/sepadan dan dibatasi oleh kesalahan. Prinsip "tidak pidana tanpa kesalahan" dihormati, tetapi dimungkinkan adanya pengecualian misalnya dalam hal "*strict liability*".

Menurut Nigel Walker, kebanyakan KUHP disusun sesuai dengan penganut golongan 2a yaitu dengan menetapkan pidana maksimum sebagai batas atas, tanpa mewajibkan pengadilan untuk mengenakan batas maksimum tersebut.

Sedangkan John Kaplan Sebagaimana dikutip Muladi dan Barda Nawawi Arief membedakan lagi teori retribution menjadi dua teori, yaitu²⁰:

- a. teori pembalasan (*the revenge theory*); dan
- b. teori penebusan dosa (*the expiation theory*). kedua teori ini sebenarnya tidak berbeda, tergantung dari cara orang berpikir pada waktu menjatuhkan pidana yaitu apakah pidana itu dijatuhkan karena kita "menghutangkan sesuatu kepadanya" atau karena ia "berhutang sesuatu kepada kita". Pembalasan mengandung arti bahwa hutang si penjahat "telah dibayarkan kembali" sedangkan penebusan mengandung arti bahwa si penjahat "membayar kembali hutangnya".

²⁰ *Ibid.*

Retribution atau *antonement* (penebusan) menurut Johannes Andenaes sebagaimana dikutip Muladi dan Barda Nawawi Arief tidaklah sama dengan "*revenge*" (pembalasan dendam).

Revenge merupakan suatu pembalasan yang berusaha memuaskan hasrat balas dendam dari sebagian para korban atau orang-orang lain yang simpati kepadanya; sedangkan *retribution* atau *antonement* tidak berusaha menenangkan atau menghilangkan emosi-emosi dari para korban tetapi lebih bertujuan untuk memuaskan tuntutan keadilan. J. Andenaes membenarkan bahwa secara historis atau secara psikologis ada hubungan yang erat antara balas dendam (*revenge*) dengan pidana. Hukum pidana moderen dilihat dari sejarahnya bersumber pada pembalasan dendam pribadi dan secara psikologis konsep tentang *retribution* secara sadar atau tidak, dapat digunakan sebagai suatu kamuflase (penyamaran) dari hasrat untuk balas dendam.²¹

Menurut Sudarto sebenarnya sekarang sudah tidak ada lagi penganut ajaran yang klasik, dalam arti bahwa pidana merupakan suatu keharusan demi keadilan belaka. Yang ada adalah penganut teori pembalasan yang moderen. Pembalasan disini bukanlah sebagai tujuan sendiri, melainkan sebagai pembatasan dalam arti harus ada keseimbangan antara perbuatan dan pidana; maka dapat dikatakan ada asas pembalasan yang negatif. Hakim hanya menetapkan batas-batas dari pidana; pidana tidak boleh melampaui batas dari kesalahan si pembuat²².

Menurut Van Bemmellen sebagaimana dikutip Muladi dan Barda Nawawi Arief, bahwa untuk hukum pidana pada dewasa ini, maka pencegahan main hakim sendiri tetap merupakan fungsi yang penting sekali dalam penerapan hukum pidana yakni memenuhi keinginan akan pembalasan. Hanya saja penderitaan yang diakibatkan oleh pidana harus dibatasi dalam batas-batas yang paling sempit dan pidana harus menyumbang pada proses penyesuaian kembali pada kehidupan masyarakat sehari-hari (*prevensi special*) dan disamping itu beratnya pidana tidak boleh

²¹ *Ibid.*, hal. 14

²² *Ibid.*, hal. 15.

melebihi kesalahan terdakwa bahkan tidak dengan alasan-alasan prevensi general apapun.²³

Sedangkan CHR.J.Enschede menganggap pembalasan sebagai batas atas (*bevangrens*) dari beratnya pidana. Hanya saja ia berpendapat bahwa tidak perlu pembalasan itu merupakan suatu tuntutan dan beratnya tindakan penguasa dalam lingkungan kebebasan individu ditentukan oleh tuntutan kemanfaatan di dalam batas-batas pembalasan²⁴.

Ad 2. Teori Relatif.

Menurut teori ini memidana bukanlah untuk memuaskan tuntutan absolut dari keadilan. Pembalasan itu sendiri tidak mempunyai nilai, tetapi hanya sebagai sarana untuk melindungi kepentingan masyarakat.²⁵ Menurut J.Andenaes sebagaimana dikutip Muladi dan Barda Nawawi Arief teori dapat disebut sebagai "teori perlindungan masyarakat" (*the theory of social defence*). Sedangkan menurut Nigel Walker teori ini lebih tepat disebut teori atau aliran reduktif (*the reductive point of view*) karena dasar pembenaran pidana menurut teori ini ialah untuk mengurangi frekuensi kejahatan. Pidana bukanlah sekedar untuk melakukan pembalasan atau pengimbangan kepada orang yang telah melakukan suatu tindak pidana, tetapi mempunyai tujuan-tujuan tertentu yang bermanfaat. Oleh karena itu teori ini sering juga disebut teori tujuan (*Utilitarian theory*). Dasar pembenaran adanya pidana menurut teori ini adalah terletak pada tujuannya. Pidana dijatuhkan bukan "*quia peccatum est*" (karena orang membuat kejahatan melainkan "*ne peccetur*" (supaya orang jangan melakukan kejahatan)²⁶.

Sementara itu menurut Karl O. Christiansen sebagaimana dikemukakan oleh Muladi dan Barda Nawawi Arief, perbedaan antara teori retributive dan teori

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Ibid.*, hal 16

²⁶ *Ibid.*

utilitarian dapat dilihat pada ciri-ciri pokok atau karakteristik masing-masing, yaitu sebagai berikut²⁷:

Pada teori retribution:

- a. tujuan pidana adalah pencegahan (prevention);
- b. pencegahan bukan tujuan akhir tetapi hanya sebagai sarana untuk mencapai tujuan yang lebih tinggi yaitu kesejahteraan masyarakat;
- c. hanya pelanggaran-pelanggaran hukum yang dapat dipersalahkan kepada si pelaku saja (misal karena sengaja atau culpa) yang memenuhi syarat untuk adanya pidana;
- d. pidana harus ditetapkan berdasar tujuannya sebagai alat untuk pencegahan kejahatan;
- e. pidana melihat ke muka (bersifat prospektif); pidana dapat mengandung unsur pencelaan, tetapi baik unsur pencelaan maupun unsur pembalasan tidak dapat diterima apabila tidak membantu pencegahan kejahatan untuk kepentingan kesejahteraan masyarakat.

Mengenai tujuan pidana untuk pencegahan kejahatan ini, biasa dibedakan antara istilah prevensi spesial dan prevensi general. Dengan prevensi spesial dimaksudkan pengaruh pidana terhadap terpidana. Jadi pencegahan kejahatan ini ingin dicapai oleh pidana dengan mempengaruhi tingkah laku terpidana bertujuan agar terpidana itu berubah menjadi orang yang lebih baik dan berguna bagi masyarakat. Teori tujuan pidana serupa ini dikenal dengan sebutan *Reformation* atau *Rehabilitation Theory*. Sedangkan dengan *prevensi general* dimaksudkan pengaruh pidana terhadap masyarakat pada umumnya. Artinya pencegahan

²⁷ *Ibid.*, hal.17.

kejahatan itu ingin dicapai oleh pidana dengan mempengaruhi tingkah laku anggota masyarakat pada umumnya untuk tidak melakukan tindak pidana.

Menurut Johannes Andenaes Sebagaimana dikutip Muladi dan dan Barda Nawawi Arief ada tiga bentuk pengaruh dalam pengertian "*general prevention*", yaitu:²⁸

- a. pengaruh pencegahan;
- b. pengaruh untuk memperkuat larangan-larangan moral;
- c. pengaruh untuk mendorong kebiasaan perbuatan patuh pada hukum.

Sedangkan Van Veen sebagaimana dikutip Muladi dan Barda Nawawi Arief berpendapat bahwa *prevensi general* mempunyai tiga fungsi, yaitu:²⁹

- a. menegakkan kewibawaan (*gezagshandaving*);
- b. menegakkan norma (*normhandaving*);
- c. membentuk norma (*normhandaving*).

Dalam golongan teori relatif, selain mempunyai *prevensi spesial* dan *prevensi general* menurut Van Veen pidana penjara juga mempunyai daya untuk mengamankan. Pidana pencabutan kemerdekaan dalam kenyataannya lebih mengamankan masyarakat terhadap kejahatan selama

²⁸ *Ibid*, hal. 18

²⁹ *Ibid.*, hal 19.

penjahat tersebut berada di dalam penjara daripada kalau dia tidak dalam penjara.

Mengenai masalah tujuan pidana ini, beberapa sarjana berpendapat sebagai berikut:

Menurut Richard D. Swartz dan Jerome H. Skolnick sebagaimana dikutip Muladi dan Barda Nawawi Arief sanksi pidana dimaksudkan untuk:³⁰

- a. mencegah terjadinya pengulangan tindak pidana (*to prevent recidivism*);
- b. mencegah orang lain melakukan perbuatan yang sama seperti yang dilakukan si terpidana;
- c. menyediakan saluran untuk mewujudkan motif-motif balas dendam.

Menurut Jonh Kaplan sebagaimana dikutip Muladi dan Barda Nawawi Arief dasar-dasar pembenaran pidana yaitu:³¹

- a. untuk menghindari balas dendam;
- b. adanya pengaruh yang bersifat mendidik;
- c. mempunyai fungsi memelihara perdamaian.

Menurut Emile Durkheim, sebagaimana dikutip Muladi dan Barda Nawawi Arief, fungsi dari pidana adalah untuk menciptakan kemungkinan bagi pelepasan emosi-emosi yang ditimbulkan atau diguncangkan oleh adanya kejahatan.³²

Sedangkan menurut Faocconet sebagaimana dikutip Muladi dan Barda Nawawi Arif, pembedaan dan pelaksanaan pidana pada hakekatnya merupakan penegasan kembali nilai-nilai kemasyarakatan yang telah dilanggar dan dirubah oleh adanya kejahatan itu.³³

Roger Hood sebagaimana dikutip Muladi dan Barda Nawawi Arief berpendapat bahwa sasaran pidana disamping untuk mencegah si terpidana atau pembuat potensiil melakukan tindak pidana, juga untuk:

- a. memperkuat kembali nilai-nilai sosial;
- b. menentramkan rasa takut masyarakat terhadap kejahatan³⁴.

³⁰ *Ibid.*, hal. 20.

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*

³³ *Ibid.*

³⁴ *Ibid.*, hal. 21.

Sedangkan menurut G. Peter Hoefnagels sebagaimana dikutip Muladi dan Barda Nawawi Arief, tujuan pidana adalah untuk³⁵:

- a. penyelesaian konflik (*conflict resolution*);
- b. mempengaruhi para pelanggar dan orang-orang lain kearah perbuatan yang kurang lebih sesuai dengan hukum (*influencing offenders and possibly other than offenders toward more or less Law-conforming behavior*).

Menurut Roeslan Saleh sebagaimana dikutip Muladi dan Barda Nawawi Arief, pada hakekatnya ada dua poros yang menentukan garis-garis hukum pidana yaitu³⁶:

- a. segi prevensi, yaitu bahwa hukum pidana adalah hukum sanksi, suatu upaya untuk dapat mempertahankan kelestarian idup bersama dengan melakukan pencegahan kejahatan;
- b. segi pembalasan, yaitu bahwa hukum pidana sekaligus pula merupakan penentuan hukum, merupakan koreksi dari reaksi atas sesuatu yang bersifat tidak hukum.

Di samping itu pidana mengandung hal-hal lain, yaitu bahwa pidana diharapkan sebagai sesuatu yang akan membawa kerukunan dan pidana adalah suatu proses pendidikan untuk menjadikan orang dapat diterima kembali dalam masyarakat.

Menurut Sudarto, tujuan pemidanaan pada umumnya adalah:

- a. mempengaruhi perikelakuan sipembuat agar tidak melakukan tindak pidana lagi, yang biasanya disebut prevensi spesial;
- b. mempengaruhi perikelakuan anggota masyarakat pada umumnya agar tidak melakukan tindak pidana seperti yang dilakukan oleh siterhukum;
- c. mendatangkan suasana damai atau penyelesaian konflik;
- d. pembalasan atau pengimbalan dari kesalahan sipembuat³⁷.

Sedangkan menurut Muladi, tujuan pemidanaan adalah untuk memperbaiki kerusakan individual dan sosial (*individual and social damages*) yang diakibatkan oleh tindak pidana. Hal ini terdiri dari seperangkat tujuan

³⁵ *Ibid.*

³⁶ *Ibid.*, hal. 22.

³⁷ Sudarto, Hukum dan Hukum Pidana, (Bandung: Alumni, 1981), hal. 196.

pidana yang harus dipenuhi, dengan catatan, bahwa tujuan manakah yang merupakan titik berat sifatnya kasuistis. Perangkat tujuan pidana yang dimaksud adalah: (1) pencegahan (umum dan khusus); (2) perlindungan masyarakat; (3) memelihara solidaritas masyarakat; (4) pengimbangan/pengimbangan³⁸.

Sedangkan dalam Simposium Pembaharuan Hukum Pidana Nasional, salah satu laporannya menyatakan:

- Sesuai dengan politik hukum pidana, maka tujuan pidana harus diarahkan kepada perlindungan masyarakat dari kejahatan serta keseimbangan serta keselarasan hidup dalam masyarakat/negara, korban dan pelaku.
- Atas dasar tujuan tersebut, maka pidana harus mengandung unsur-unsur yang bersifat:
 - 1) kemanusiaan, dalam artibahwa pidana tersebut menjunjung tinggi harkat dan martabat seseorang;
 - 2) edukatif, dalam arti bahwa pidana itu mampu membuat orang sadar sepenuhnya atas perbuatan yang dilakukan dan menyebabkan ia mempunyai sikap jiwa yang positif dan konstruktif bagi usaha penanggulangan kejahatan;
 - 3) keadilan, dalam arti bahwa pidana tersebut dirasakan adil baik oleh terdakwa maupun oleh korban ataupun oleh masyarakat³⁹.

Sementara itu dalam naskah Rancangan KUHP Baru dari Direktorat Perundang-undangan Ditjen Peraturan Perundang-undangan Departemen Hukum dan Hak Asasi Manusia tahun 2004 tujuan pidana dirumuskan dalam Pasal 51 Konsep KUHP⁴⁰ adalah :

³⁸ Muladi, Lembaga Pidana Bersyarat (Bandung: Alumni, 1985), hal. 61.

³⁹ Departemen Kehakiman, Laporan Simposium Hukum Pidana, (Jakarta: BPHN, 1980), hal. 6-7.

⁴⁰ Konsep KUHP 2004

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

3. Tinjauan tentang Lembaga Pidana Bersyarat.

Terbentuknya kelembagaan *Probation* atau istilah yang dipergunakan di Indonesia dengan " Pidana Bersyarat " ini perlu dipahami bagaimana cara pidana bersyarat dilaksanakan di negara asalnya. Untuk hal itu dapat diketahui dengan perbandingan dari negara lain.

Pidana Bersyarat / *Probation* dapat dipahami sebagai suatu proses peradilan yaitu fungsi dari peradilan. Selain itu juga merupakan suatu sarana yang digunakan untuk melindungi masyarakat maupun pelanggar hukum itu sendiri, dari efek / pengaruh yang merugikan. Melalui penggunaan pidana bersyarat ini juga sebagai upaya untuk memberikan kesempatan atau tepatnya memberi kans kepada pelanggar hukum yg baru pertama kali melakukan tindak pidana / pelanggaran hukum.

Sistem ini berusaha untuk menghindari cara pembinaan di dalam “penjara”/Lembaga Pemasyarakatan, khususnya “ Pidana Jangka Pendek” untuk menghindari stigma dari masyarakat sebagai “bekas hukuman” / penjahat.

Penghindaran sistim / cara pembinaan di dalam Lembaga Pemasyarakatan ini disebabkan adanya anggapan bahwa di dalam Lembaga Pemasyarakatan keadaannya tidak memuaskan, tidak alamiah, dan kondisinya secara sosial tidak sehat.

Probation ini merupakan suatu bentuk “tindakan” atau pidana dan juga merupakan suatu sistim perlakuan dalam usaha pemberantasan kejahatan terhadap pelanggar hukum.

Adapun mengenai lembaga pidana bersyarat ini ada tiga macam aliran atau sistem yaitu :

- a. *Anglo Saxon System*
- b. *Continental System*
- c. Sistem Campuran antara a dan b⁴¹.

a. Probation dengan sistem Anglo Saxon.

Sebelum membahas secara rinci tentang *probation* dengan Sistem Anglo Saxon akan dijelaskan apa *probation*

⁴¹ Marianti, Kelembagaan Probation, (Jakarta: Akademi Ilmu Pemasyarakatan Pusdiklat DEPKEH dan HAM RI, Tanpa tahun), hal 2.

dan metode pelaksanaannya dinegara yang menggunakan *probation*.

Pengertian *Probation* berasal dari bahasa latin "*Probare*" yang artinya menguji atau membuktikan dalam bahasa Inggris berarti percobaan "*To Place An Offender On Probation*". *Probation* dalam arti moderen adalah suatu sistem yang berusaha untuk mengadakan rehabilitasi terhadap seseorang yang sudah terbukti melakukan tindak pidana, dengan cara mengembalikan si pelanggar hukum ketengah - tengah masyarakat selama periode pengawasan, yang berarti kembali dalam lingkungan keluarganya.

Konsep tentang *Probation* mencakup ruang lingkup yang lebih luas dari kesejahteraan, keamanan masyarakat dan kesejahteraan sosial. Seseorang yang melakukan pelanggaran hukum dapat dijatuhi pidana penjara / hilang kemerdekaan akan tetapi dengan adanya kegagalan - kegagalan pembinaan dengan cara "pengasingan" dan adanya perkembangan tentang hak asasi manusia serta usaha kesejahteraan sosial yang menekankan pada sifat perikemanusiaan maka ada bentuk putusan lain yang berorientasi pada pembinaan luar lembaga pemasyarakatan

atau dapat disebut *Non-Institutional Treatment*, atau *Non - Custodial Treatment*.

Salah satu bentuk putusan Non - Lembaga Masyarakat itu ialah "Putusan Probation" yang di Indonesia dikenal dengan "Pidana Bersyarat" akan tetapi berlainan dengan bentuk putusan *probation*.

Orang yang dinyatakan bersalah (*Conviction*) melalui proses peradilan diputus probation dengan sistem anglo saxon di bawah pengawasan dalam *Personal Care And Supervision Probation Officer (PCSPO)*. Dimana Klien *Probation* itu dibawah bimbingan dan pengawasan perorangan oleh *Probation Officer* yaitu pekerja sosial yang bertugas dibidang kehakiman yang di Indonesia disebut "Pembimbing Masyarakat".

Salah satu metode yang digunakan untuk pelaksanaan bimbingan adalah metode pekerjaan sosial (*Social Work Method*).

Bimbingan yang diberikan pada klien *Probation (Probationer)* tsb lamanya satu tahun sampai Tiga tahun. Dengan pengertian bahwa *probationer* tersebut harus patuh, memenuhi perjanjian yang diwajibkan yaitu sikap dan tingkah lakunya harus baik tidak melakukan pelanggaran hukum lagi.

Probationer tersebut tetap tinggal di rumah masing – masing secara berkala dikunjungi oleh *Probation Officer* dirumahnya, atau harus lapor diri pada instansi pengawas / pembimbingnya yaitu *Probation Server* atau “*Probation, Parole And After Care Services*” di Indonesia Balai Bimbingan Kemasyarakatan (Bapas). *Probation* di beberapa negara terutama di Eropa juga di Australia yang memerlukan penampungan, disediakan semacam asrama / *dormitory / Probation Hotel / Probation Home / Hostel*. Di Jepang pun ada *Probation Hostel* termasuk para *Parole* (lepas bersyarat yang perlu penampungan). Bahkan bagi *probationer* yang mengalami perubahan sikap / tingkah laku / kelainan jiwa diserahkan pada psikiater dan disediakan “Lembaga Khusus” atau R.S Jiwa jika perlu, dimana *Probation Officer* tetap mengikuti sebagai pembimbing supervisor. Kesemuanya ini demi perlindungan hukum dan kesejahteraan klien maupun masyarakat

Probation dengan sistem *Anglo Saxon* ini merupakan suatu tindakan yang berdiri sendiri karena ⁴²:

1. Pada saat si pelanggar hukum dinyatakan bersalah, ia diputus hakim dengan “*Probation*” yang artinya percobaan.
2. Ia tidak diputus pidana penjara /pidana hilang kemerdekaan. Jadi *Probation* yang dijatuhkan “Bukan sebagai pengganti” pidana penjara.

⁴² *Ibid.*, hal. 7.

3. Probation dijatuhkan pada seseorang yang baru pertama kali melakukan pelanggaran hukum (*First Law Offender*).
4. Klien baru dijatuhi pidana penjara jika klien yang bersangkutan melanggar hukum lagi atau klien tidak mamatuhi putusan percobaan / *Probation* yang harus ditaati sesuai lamanya masa percobaan yang ditentukan.

Probation Anglo Saxon ini berbeda dengan bentuk pidana bersyarat seperti yang berlaku di Indonesia yang tercantum pada pasal 14a – 14f. KUHP. Probation bentuk / sistem *Anglo Saxon* ini berlaku di berbagai negara seperti di America, Inggris, Australia, Malaysia, Singapura dan Phillipina.

Sementara itu teori Probation dapat ditelusuri melalui adat kebiasaan peradilan di Amerika Serikat. *Probation* lahir di Boston Massachusetta, AS tahun 1841. Dipelopori oleh **John Augustus** seorang tukang sepatu di Boston. Ia bersedia mengawasi tingkah lakun pelanggar hukum dengan "*Probation*", yang semestinya dipidana hilang kemerdekaan (pidana penjara). Jadi sebagai pengganti pidana klien di Probation .Pada saat Ia meninggal dunia pada tahun 1859. Ia telah melaksanakan tugas bertanggung jawab hampir 2000 klien *probation*. John Augustus mampraktekan pengawasannya secara kekeluargaan. Ia juga mengunjungi pengadilan – pengadilan negeri, membayar

denda klien pemabuk yang seharusnya dijatuhi pidana penjara, karena tidak dapat bayar dendanya.

Semula Probation ini hanya merupakan suatu "kebijakan hakim" saja, dalam memutus perkara klien. Sejak kelahirannya di Boston tahun 1841. Kemudian baru dijadikan Undang - undang di Massachusetta, AS pada tahun 1876. Di dalam UU tersebut mengatur pula " gaji bagi *Probation Officer*" yang menangani Probationer dewasa. Negara - negara bagian lain mencontoh UU tersebut dan UU Federal berlaku tahun 1925.

Kemudian disusul peraturan hukum yang kedua di AS tahun 1888 yang mengharuskan peradilan - peradilan pidana menunjuk seorang *Probation Officer* sebagai pengawas. Hal ini sebagai perluasan putusan *probation*.

Sejak berlakunya *probation* di Boston tahun 1841, kemudian diikuti di Inggris di Birmingham dan Port Mouth. Di Inggris Raya *probation* diberlakukan tahun 1861 dan menjadi UU tahun 1876. Sedangkan peraturan mengenai *Probation Officer*-nya disyahkan tahun 1907 kemudian menyebar ke negara *Anglo Saxon*.

Probation ini semula hanya berlaku untuk pelanggar hukum yang ringan - ringan dan bagi anak - anak muda (*Juvenile & Youth*). Kemudian berkembang sehingga

probation diberlakukan bagi pelanggar hukum segala umur atau dewasa karena di pandang hasilnya positif daripada penjatuhan pidana hilang kemerdekaan, baik pidana penjara ataupun kurungan.

Dengan demikian probation adalah suatu proses koreksional yang cerah dan sehat. Suatu usaha perbaikan atau rehabilitasi yang bermanfaat dan biayanya sangat murah, sehingga menguntungkan klien yang bersangkutan maupun pihak pemerintah.

Dengan putusan probation, selama masa pengawasan / bimbingan, klien mendapat kesempatan melanjutkan pekerjaannya secara normal, tidak terganggu hubungannya dengan masyarakat dan dapat membiayai keluarga.

Di Inggris ternyata ada dua macam sistem atau aliran dalam pelaksanaan probation, sesuai dengan perkembangan di sini akan dijelaskan tentang probation di Inggris dengan sitem Anglo Saxon yang penjelasannya sebagai berikut :

- a. *Probation* ini dikenakan terhadap seseorang yang menurut keadaannya "perlu" diawasi atau "cukup" diawasi, dibimbing dan dibantu dalam kehidupannya dan paling lama dalam bimbingan tiga tahun.
- b. Dalam menjalankan putusan *probation* klien yang bersangkutan tidak dikenakan syarat umum & khusus.

Lain halnya yang berlaku di Indonesia bila ia dalam masa pengawasan melanggar hukum lagi, ia diadili mengenai yang baru dan pengawasannya berjalan terus. Seandainya putusan perkaranya yang kedua berupa masuk Lembaga Pemasyarakatan, maka pengawasannya dihentikan, selama klien menjalani pidana. Akan tetapi jika telah selesai menjalani pidana penjara, maka pengawasan *probation* dihidupkan lagi dengan sisa masa pengawasan yang sudah dijalani. Tetapi jika *Probation Officer* mengetahui klien itu mengkhawatirkan selama dalam pengawasan dapat mengajukan pada pengadilan untuk merubah pengawasannya menjadi pidana lain yang sesuai, misalnya seperti pidana penjara / hilang kemerdekaan.

Telah dijelaskan bahwa kelembagaan probation lahir dari usaha seorang sukarelawan **John Augustus**. Sesuai perkembangan dan perubahan sosial khususnya di Negara Barat, pekerjaan sosial menjadi "pekerjaan profesional".

Di pihak lain tenaga relawan pekerja sosial berkembang lebih pesat, termasuk pekerja sosial yang menangani masalah hukum yang disebut "*Valuntarily Probation Officer*" (*VPO*). Dengan demikian terlihat sistim pengawassan dalam bentuk moderen dan konstruktif

berasal dari lembaga - lembaga swasta tujuannya melindungi klien terutama anak - anak. Seperti di Inggris melalui organisasi sukarela dan keagamaan. Hal semacam ini berlaku pula di Indonesia pada masa penjajahan Belanda. Sebelum berlakunya pasal 14a - 14f, pasal 15 dan pasal 45 KUHP, bahkan setelah berdirinya Jawatan Reklasering Departemen Kehakiman, pembinaan luar Lembaga Pemasyarakatan dilaksanakan oleh pihak swasta, misalnya Badan Reklasering, Pra Yuwana .

Telah dijelaskan bahwa *probation* dijatuhkan untuk suatu tindak pidana yang dilakukan untuk pertama kali dan tindak pidana ringan dalam arti tindakan pembatasan yang dilakukan, oleh peraturan perundang - undangan yaitu ada pengecualian bagi tindak pidana yang secara tradisional tidak disukai oleh masyarakat, antara lain :

1. Kejahatan kekerasan;
2. Kejahatan moral;
3. Kejahatan yang melibatkan penggunaan senjata mematikan;
4. Kejahatan yang dilakukan seseorang karena diupah oleh orang lain;
5. Kejahatan terhadap pemerintah;
6. Kejahatan yang diancam pidana tertentu.

Tetapi bagaimanapun juga pemberian *probation* tersebut dalam suatu instansi tertentu tergantung pengadilan. Sebagaimana di Indonesia kekuasaan kehakiman yang diatur dalam UU No. 14 Th. 1970 Jo. UU No.4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman cukup menjamin "otonomi dan kebebasan hakim" dalam memutus, tanpa bisa dicampuri oleh pihak eksekutif maupun legislatif.

b. *Continental System.*

Menurut aliran *Continental* ini *probation* adalah suatu keputusan hakim yang dikenakan terhadap seseorang yang telah terbukti bersalah melakukan tindak pidana berupa pidana penjara. Akan tetapi hakim memerintahkan supaya hukuman ini tidak dijalani di dalam penjara / lapas yang merupakan percobaan dalam atau selama jangka waktu tertentu. Jika dalam jangka waktu tertentu yang ditetapkan klien tidak mematuhi syarat – syarat percobaan itu maka klien harus menjalani pidananya di dalam lapas.

Selama masa percobaan klien hanya dibawah "pengawasan" oleh pejabat yang ditentukan dengan UU, tidak dibimbing. Jelaslah disini *probation* dengan sistim *Continental* tidak berdiri sendiri, tetapi sebagai pengganti pidana penjara / kurungan. *Probation* ini dalam arti

“pidana bersyarat” bukan merupakan pidana pokok tetapi merupakan penerapan pidana sebagaimana pidana tidak bersyarat.

Probation dengan sistim continental (negara Eropa daratan) antara lain Swedia, Polandia, Belanda, Perancis. Indonesia (Polandia KUHP 1969, pengganti KUHP Th. 1932).

c. Aliran/Sistem Campuran.

Aliran ini merupakan aliran campuran dari aliran *Anglo Saxon* dan *Continental*. Ciri-ciri dari aliran ini dalam perlakuannya terdapat pengawasan dan ada bimbingan.

Aliran ini dianut di negara – negara Eropa daratan dalam abad 20, dan sekarang hampir semua negara di dunia menganut aliran Campuran.

Di Indonesia berlaku mulai dekade kedua abad 20 tetapi penyusunannya pertengahan abad 19 oleh pemerintah Belanda yang masih menganut sitem *Continental*. Di samping itu ada semacam penetapan “*probation*” yang diperkenalkan di Inggris dengan pidana penjara yang ditunda berdasar :

1. *The criminal justice Act. 1967*, kemudian diatur dalam
2. *Powers Of Criminal Court Act. 1973* bab 22 – 27.

Pidana penjara yang ditunda / ditangguhkan berbeda dengan *probation*. Pidana yang ditangguhkan / ditunda ini tidak ada pengawasan. Pidana yang ditunda ini dapat dikombinasikan dengan suatu "denda".

Pidana yang ditangguhkan disebut "*suspended sentence*". Ini merupakan suatu "pidana" dan tidak dapat dikombinasikan dengan suatu perintah *probation*. Tetapi bagi pelaku yang diputus *suspended* yang tidak lebih dari enam bulan, karena suatu tindak pidana tunggal hakim dapat membuat perintah "pengawasan" dibawah *Probation Officer (Suspended Sentences Supervision Order)*.

Suspended sentence dapat dikenakan pada klien terpidana penjara tidak lebih dari dua tahun. Bilamana klien melakukan tindak pidana lagi (yang kedua), maka pidana yang ditunda "harus diaktifkan lagi".

Penerapan pidana *suspended* / ditunda untuk jangka waktu antara 2 sampai 5 tahun, dan dapat ditentukan beberapa syarat, antara lain dapat dilakukan atas jaminan dari organisasi sosial, lembaga / orang yang dipercaya, yang menjamin ditaatinya ketentuan yang berlaku dan tidak akan melanggar hukum lagi.

Sistem penudaan pidana ini berlaku pula di Swedia, Norwegia, Belgia dengan KUHP Th. 1907, Jepang

menerima sistem Norwegia tahun 1905. Tahun 1949 di Jepang ada pembaharuan *the Offenders Rehabilitation Law*. Peraturan kedua di Jepang : *The Law for Probationary Supervision of Persons Under Suspension Of Sentence*. Tahun 1954 Probation ini dapat dikombinasikan dengan pidana penundaan. Peraturan ketiga di Jepang tentang : *The Volunteer Probation Officer Law Th. 1950*. mengenai kualifikasi, tugas - tugas pengawasannya dan sebagainya bagi VPO sebagai pembantu pemerintah.

Dari uraian tersebut di atas diketahui ada 4 macam pengganti pidana penjara dengan syarat dan pembatasan tertentu, yaitu pengadilan dapat menetapkan :

1. Suatu denda;
2. Pidana berupa pembatasan kebebasan;
3. Pidana yang ditangguhkan atau;
4. Probation / pembebasan bersyarat dari proses peradilan.

C. Tinjauan Tentang Perlunya Pembaharuan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana.

Sebagaimana pernah dikemukakan oleh Sudarto bahwa sedikitnya ada tiga alasan kenapa kita perlu mempunyai Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) baru yaitu:

Pertama, alasan yang bersifat politik. Alasan ini didasari oleh pemikiran bahwa sebagai bangsa yang merdeka selayaknya memiliki KUHP yang bersifat nasional, yang dihasilkan sendiri. Hal ini merupakan kebanggaan

nasional yang inherent dengan kedudukannya sebagai negara yang telah melepaskan diri dari penjajahan.

Alasan kedua bersifat sosiologis. Suatu KUHP pada dasarnya adalah pencerminan dari nilai-nilai kebudayaan dari suatu bangsa, karena ia memuat perbuatan-perbuatan yang tidak ia kehendaki dan mengikatkan kepada perbuatan-perbuatan itu suatu sanksi (yang negatif) yang berupa pidana. Ukuran untuk menentukan perbuatan mana yang dilarang itu tergantung dari pandangan kolektif yang terdapat dalam masyarakat tentang apa yang baik, yang benar dan sebaliknya. Kita mengetahui bahwa WvS kita yang sekarang berlaku tidak mungkin mencerminkan nilai-nilai kebudayaan bangsa Indonesia secara penuh, karena tidak dibuat oleh kita sendiri. Alasan ketiga bersifat praktis, ialah adanya kenyataan bahwa teks resmi dari WvS adalah bahasa Belanda. Dapat diperhitungkan bahwa jumlah penegak hukum yang memahami bahasa Belanda makin sedikit. Terjemahan dari WvS yang beraneka ragam jelas tidak akan membantu penyelenggaraan hukum pidana yang pasti dan seragam. Tidak mustahil terjadi penafsiran yang menyimpang dari makna teks aslinya, yang disebabkan oleh suatu terjemahan yang kurang tepat⁴³.

Sedangkan menurut Muladi selain ketiga alasan tersebut di atas terdapat alasan ke empat, yaitu alasan adaptif. Alasan adaptif yaitu bahwa KUHP nasional dimasa-masa mendatang harus dapat menyesuaikan diri dengan perkembangan-perkembangan baru, khususnya perkembangan internasional yang sudah disepakati oleh masyarakat beradab. Khusus sepanjang berkaitan alasan sosiologis, hal ini dapat mencakup baik hal-hal yang bersifat idiologis yang bersumber pada falsafah bangsa Pancasila, maupun hal-hal yang berkaitan dengan kondisi manusia, alam dan tradisi Indonesia, sepanjang hal-hal tersebut tetap dalam kerangka bagian budaya bangsa (*sub culture*) dan bukan merupakan budaya tandingan (*counterculture*). Perkembangan internasional ini pada hakekatnya mencakup perkembangan dalam pelbagai aspek ilmu pengetahuan moderen tentang kejahatan (*modern criminal science*) baik dalam kebijakan pidana (*penal policy*), kriminologi maupun dalam bidang hukum pidana. Kebijakan pidana di atas mencakup baik pengetahuan maupun seni, yang terutama berusaha untuk mencapai tujuan-tujuan praktis, yang memungkinkan peraturan-peraturan positif dirumuskan lebih baik dan

⁴³ Sudarto, Hukum dan Hukum Pidana, *Op.cit.*, al.70-71

memberikan panduan tidak hanya bagi pembuat undang-undang, tetapi juga bagi pengadilan yang menerapkan undang-undang tersebut dan juga bagi aparat koreksi yang menjadikan putusan-putusan pengadilan mempunyai efek praktis⁴⁴.

Makna dan hakekat pembaharuan hukum pidana menurut Barda Nawawi Arief berkaitan erat dengan latar belakang dan urgensi diadakannya pembaharuan hukum pidana itu sendiri yang dapat ditinjau dari aspek sosio-politik, sosiofilosofik, sosio kultural atau berbagai aspek kebijakan (khususnya kebijakan sosial, kebijakan kriminal dan kebijakan penegakkan hukum). Ini berarti pembaharuan hukum pidana pada hakekatnya harus merupakan perwujudan dari perubahan dan pembaharuan terhadap berbagai aspek dan kebijakan yang melatar belakangi itu. Dengan demikian pembaharuan hukum pidana pada hakekatnya mengandung makna, suatu upaya untuk melakukan reorientasi dan reformasi hukum pidana yang sesuai dengan nilai-nilai sentral sosio politik, sosio filosofik dan sosio kultural masyarakat Indonesia yang melandasi kebijakan sosial, kebijakan kriminal dan kebijakan penegakkan hukum di Indonesia. Secara singkat dapatlah dikatakan bahwa, pembaharuan hukum pidana pada hakekatnya harus ditempuh dengan pendekatan yang berorientasi pada kebijakan (*policy-oriented approach*) dan sekaligus pendekatan yang berorientasi pada nilai (*value-oriented approach*). Pembaharuan hukum pidana harus dilakukan dengan pendekatan kebijakan, karena memang pada hakekatnya ia hanya merupakan bagian dari suatu langkah kebijakan atau *policy* (yaitu bagian dari politik hukum/penegakkan hukum, politik hukum pidana, politik kriminal, dan politik sosial). Selain itu di dalam setiap kebijakan (*policy*) terkandung pula pertimbangan nilai, oleh karena itu pembaharuan hukum pidana harus pula berorientasi pada pendekatan nilai. Dari sudut pendekatan kebijakan, sebagai bagian dari kebijakan sosial, pembaharuan hukum pidana pada hakekatnya merupakan bagian dari upaya untuk mengatasi masalah-masalah sosial (termasuk masalah kemanusiaan) dalam rangka mencapai /menunjang tujuan nasional; sebagai bagian dari kebijakan penegakkan hukum, pembaharuan hukum pidana pada hakekatnya merupakan bagian dari upaya memperbaharui substansi hukum (*legal*

⁴⁴ Muladi, Proyeksi Hukum Pidana Materiil Indonesia Di Masa Datang (Pidato Pengukuhan Guru Besar Pada FH Undip Semarang), abtu, 24 Feb. 1990, hal. 3.

substance) dalam rangka lebih mengefektifkan penegakkan hukum. Dari sudut pendekatan nilai, pembaharuan hukum pidana pada hakekatnya merupakan upaya melakukan peninjauan dan penilaian kembali (reorientasi dan reevaluasi) nilai-nilai sisio-politik, sosio filosofik, dan sosio-kultural yang melandasi dan memberi isi terhadap muatan normatif dan substantif hukum pidana yang dicitacitakan⁴⁵.

⁴⁵ Barda Nawawi Arief, Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana, *Op.cit.*, hal. 30-32.

BAB III

HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN

A. Fungsionalisasi Pidana Bersyarat Sebagai Alternatif Pidana Penjara Pendek

1. Kebijakan Penanggulangan Kejahatan

Penanggulangan suatu kejahatan merupakan masalah dalam penentuan kebijakan. Adapun yang diartikan Policy (kebijakan) oleh Carl J. Friedrich sebagaimana dikutip Islam Irfany, adalah “..... *a proposed course of action of a person, group, or government within a given environment providing obstacles and opportunities which the policy was proposed to utilize and overcome in a effort to reach a goal or realize an objective or a propose*”¹.

Black’s law Dictionary² memberikan batasan tentang policy adalah “*the general principles by which a government is guided in its management of public affairs*”.

Sedangkan Amara Raksasataya mengemukakan *policy* sebagai suatu taktik dan strategi yang diarahkan untuk mencapai suatu tujuan. Oleh karena itu, suatu *policy* memuat tiga (3) elemen yaitu :

¹ M. Islam Irfany, Prinsip-Prinsip Perumusan Kebijakan Negara, (Jakarta: Bina Aksara, 2002), hal. 17. “.... Serangkaian tindakan yang diusulkan seseorang, kelompok atau pemerintah dalam suatu lingkungan tertentu dengan menunjukkan hambatan-hambatan dan kesempatan-kesempatan terhadap pelaksanaan usulan kebijaksanaan tersebut dalam rangka mencapai tujuan tertentu”

² Bryan A. Garner (Editor In Chief), Black’s Law Dictionary, Deluxe, Seventh Edition, West Group, St. Paul, Minn, 1999, p. 1178.

- a. identifikasi dari tujuan yang ingin dicapai;
- b. taktik dan strategi dari berbagai langkah untuk mencapai tujuan yang diinginkan;
- c. penyediaan berbagai input untuk memungkinkan pelaksanaan secara nyata dari taktik atau strategi³.

Sedang, Strategi diartikan sebagai suatu metode, rencana untuk mencapai tujuan⁴.

Dalam konteks penanggulangan kejahatan (tindak pidana), diperlukan strategi dan kebijakan tertentu untuk dapat memberantasnya, minimal mengurangi dan menghambat perkembangannya.

Kejahatan merupakan perilaku menyimpang yang akan senantiasa ada dan melekat pada tiap bentuk masyarakat.⁵ Kejahatan senantiasa membayangi kehidupan manusia karena ia merupakan masalah sosial dan akan tetap menjadi urusan manusia sepanjang masa. Sebagai masalah sosial, kejahatan merupakan suatu fenomena kemasyarakatan yang dinamis, yang selalu tumbuh dan terkait dengan fenomena dan struktur kemasyarakatan lainnya yang sangat kompleks.

³ M. Islam Irfany, *Opcit*, hal. 17 – 18.

⁴ Andi Hamzah, *Kamus Hukum*, (Jakarta: Ghalia Indonesia, 1986), hal. 550.

⁵ Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Teori-Teori dan Kebijakan Pidana*. (Bandung: Alumni, 1984), hal. 148.

Kejahatan harus ditanggulangi karena apabila tidak, kejahatan dapat membawa akibat-akibat⁶:

- a. Mengganggu atau merusak dan merintanginya tercapainya tujuan nasional;
dan
- b. Mencegah penggunaan optimal dari sumber-sumber nasional.

Berbagai upaya dan strategi dilakukan guna penanggulangan kejahatan ini, dan salah satu upaya yang menjadi andalan adalah upaya hukum. Meskipun hukum senantiasa digunakan sebagai sarana untuk mengatur kehidupan sosial, namun satu hal yang menarik adalah bahwa justru ia hampir selalu tertinggal di belakang obyek yang diaturnya⁷. Hukum – dalam artian hukum positif – memang selalu tertinggal di belakang masyarakat yang diaturnya. Ketertinggalan hukum ini, membutuhkan adanya pengaturan-pengaturan baru / ulang dalam menanggulangi kejahatan.

Penggunaan upaya hukum, termasuk hukum pidana, sebagai salah satu upaya untuk mengatasi masalah sosial, termasuk dalam bidang kebijakan penegakan hukum⁸. Sebagai masalah kebijakan (politik), maka penggunaan hukum pidana untuk mengatasi masalah sosial tidak dapat dilakukan secara absolut. Tidak ada absolutisme dalam bidang kebijakan, karena pada hakekatnya

⁶ *Fifth United Nations Congress on The Prevention of Crime and The Treatment Of Offenders*, 1975, dikutip dari Barda Nawawi Arief, Kebijakan Legislatif Dalam penanggulangan Kejahatan dengan Pidana Penjara (Semarang: Badan Penerbit Universitas Diponegoro, 2000), hal. 14.

⁷ Satjipto Rahardjo, Hukum Dan Masyarakat, (Bandung: Angkasa, 1980), hal. 99.

⁸ Muladi dan Barda Nawawi Arief, Op cit, hal. 149.

dalam masalah kebijakan orang dihadapkan pada masalah penilaian dan pemilihan dari berbagai macam alternatif⁹. Karena memang, politik hukum dapat dilihat dari dua sudut, yaitu politik hukum dan politik kriminal. Politik hukum ialah usaha untuk mewujudkan peraturan-peraturan yang baik sesuai dengan keadaan dan situasi pada suatu waktu¹⁰. Politik hukum merupakan kebijakan dari negara melalui badan-badan yang berwenang untuk menetapkan peraturan-peraturan yang dikehendaki yang diperkirakan bisa digunakan untuk mengekspresikan apa yang terkandung dalam masyarakat untuk mencapai yang dicita-citakan¹¹. Sedang melaksanakan politik kriminal berarti mengadakan pemilihan dari sekian banyak alternatif, mana yang lebih efektif dalam usaha penanggulangan kejahatan,¹² tidak hanya yang sesuai dengan keadaan dan situasi pada suatu waktu, namun juga untuk masa-masa yang akan datang¹³.

Sudarto mendefinisikan kebijakan kriminal dalam tiga arti :

1. dalam arti sempit adalah keseluruhan asas dan metode yang menjadi dasar dari reaksi terhadap pelanggaran hukum yang berupa pidana;
2. dalam arti luas adalah keseluruhan fungsi dari aparatur penegak hukum, termasuk di dalamnya cara kerja dari pengadilan dan polisi;

⁹ Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Loc.cit.*

¹⁰ Sudarto, Hukum dan Hukum Pidana, (Bandung: Alumni, 1981), hal. 159.

¹¹ Sudarto, Hukum Pidana dan Perkembangan Masyarakat : Kajian Terhadap Pembaharuan Hukum Pidana, (Bandung: Sinar Baru, 1983), hal. 93.

¹² Sudarto, Kapita Selekta Hukum Pidana, (Bandung: Alumni, 1981), hal. 114.

¹³ Sudarto, *Opcit*, hal. 93.

3. dalam arti paling luas adalah keseluruhan kebijakan yang dilakukan melalui perundang-undangan dan badan-badan resmi, yang bertujuan untuk menegakkan norma-norma sentral dari masyarakat¹⁴.

Secara singkat beliau memberikan definisi kebijakan kriminal (politik kriminal) adalah suatu usaha yang rasionil dari masyarakat dalam menanggulangi kejahatan¹⁵. G.P. Hoefnagels juga pernah mengemukakan definisi serupa bahwa *criminal policy is the rational organization of the social reactions to crime*¹⁶. Kebijakan kriminal ini dapat diaplikasikan melalui dua jalur yaitu jalur penal dan nonpenal.

A. Mulder sebagaimana dikutip Barda¹⁷ menyatakan bahwa politik hukum pidana atau "*strafrechtspolitik*" ialah garis kebijakan untuk menentukan :

1. seberapa jauh ketentuan-ketentuan pidana yang berlaku perlu diubah atau diperbarui;
2. apa yang dapat diperbuat untuk mencegah terjadinya tindak pidana;
3. cara bagaimana penyidikan, penuntutan, peradilan dan pelaksanaan pidana harus dilaksanakan.

¹⁴ Sudarto, *Op.cit*, hal. 113-114.

¹⁵ Sudarto, *Hukum dan Hukum Pidana, Op.cit*, hal. 38.

¹⁶ G. Peter Hoefnagels, *The Other Side Of Criminology*, Kluwer-Deventer Holland, 1969, p. 57.

¹⁷ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2002), hal. 25 – 26.

Definisi Mulder di atas bertolak dari Marc Ancel mengenai sistem hukum pidana, yang menyatakan bahwa tiap masyarakat yang terorganisir memiliki sistem hukum pidana yang terdiri dari¹⁸ :

1. peraturan-peraturan hukum pidana dan sanksinya;
2. suatu prosedur hukum pidana; dan
3. suatu mekanisme pelaksanaan (pidana).

Secara lebih tegas, Barda¹⁹ menyatakan bahwa operasionalisasi atau fungsionalisasi dari kebijakan hukum pidana (*penal policy*) dilaksanakan melalui tiga tahap yaitu tahap kebijakan formulatif, yaitu penetapan atau perumusan hukum pidana oleh badan pembuat undang-undang, atau disebut juga tahap penegakan hukum *in abstracto*; tahap kebijakan aplikatif, yaitu tahap penerapan hukum pidana oleh aparat penegak hukum mulai dari kepolisian sampai ke pengadilan; dan tahap kebijakan eksekutif, yaitu pelaksanaan pidana oleh aparat pelaksana / eksekusi pidana.

Apabila dilihat dari keseluruhan proses tahap penegakan hukum pidana, tahap kebijakan legislatif merupakan tahap yang paling penting atau tahap paling strategis dari keseluruhan kebijakan untuk mengoperasionalkan sanksi pidana²⁰. Hal ini karena, pada tahap legislasi inilah dirumuskan konsep atau

¹⁸ *Ibid*, hal. 26.

¹⁹ Barda Nawawi Arief, Masalah Penegakan Hukum dan Kebijakan Penanggulangan Kejahatan, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2001), hal. 75.

²⁰ Barda Nawawi Arief, *Loc.cit.*

asas yang menjadi garis besar dan dasar rencana di dalam penegakan hukum²¹, sekaligus merupakan landasan legalitas bagi dua tahap berikutnya²².

Mengenai pentingnya landasan legislatif bagi suatu kebijakan pemidanaan, G.P. Hoefnagels mengemukakan :

*" I agree with the view that effectiveness is prerequisite for lawfulness and even an element to be taken into account in sentencing, effectiveness alone is no guarantee of justice. Punishment in criminal law is limited not only by effectiveness and purposefulness, but above all by legality"*²³.

Secara garis besar, kebijakan legislatif (formulatif) dalam penanggulangan kejahatan meliputi :

1. Perencanaan atau kebijakan tentang perbuatan-perbuatan terlarang apa yang akan ditanggulangi karena dipandang membahayakan atau merugikan;
2. Perencanaan atau kebijakan tentang sanksi apa yang dapat dikenakan terhadap pelaku perbuatan terlarang itu (baik berupa pidana atau tindakan) dan sistem penerapannya;
3. Perencanaan atau kebijakan tentang prosedur atau mekanisme sistem peradilan pidana dalam rangka proses penegakan hukum pidana²⁴.

²¹ Penegakan hukum tidak hanya menyangkut pelaksanaan hukum (*law enforcement*), tetapi juga meliputi langkah preventif dalam arti pembuatan undang-undang, lihat Nyoman Serikat Putrajaya, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, (Semarang : Badan Penerbit Universitas Diponegoro, 2001), hal.49.

²² Barda Nawawi Arief, *Kebijakan Legislatif dalam Penanggulangan Kejahatan dengan Pidana Penjara*, *Opcit*, hal. 3

²³ G.P. Hoefnagels, *The Other Side Of Criminology*, *Opcit*, p. 139

²⁴ Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Hukum Pidana*, (Bandung: Alumni, 1992), hal. 158.

Secara lebih singkat, Barda menyatakan bahwa kebijakan kriminal dengan menggunakan sarana penal (hukum pidana), berpusat pada dua masalah sentral yaitu masalah penentuan :

1. perbuatan apa yang seharusnya dijadikan tindak pidana;
2. sanksi apa yang sebaiknya digunakan atau dikenakan kepada si pelanggar²⁵.

Berbicara mengenai kebijakan kriminal (*criminal policy*) –khususnya melalui upaya penal- dengan sendirinya orang akan bersentuhan dengan kriminalisasi (*criminalization*), yang mengatur baik ruang lingkup perbuatan yang bersifat melawan hukum (*actus reus*), pertanggungjawaban pidana (*mens rea*), maupun sanksi yang dapat dijatuhkan baik berupa pidana (*punishment*) maupun tindakan (*treatment*). Kriminalisasi harus dilakukan secara hati-hati, jangan sampai justru menimbulkan kesan represif yang melanggar prinsip *ultimum remedium* (*ultima ratio principle*), dan menjadi boomerang dalam kehidupan sosial berupa kriminalisasi yang berlebihan (*overcriminalization*) yang justru mengurangi wibawa hukum²⁶.

Sudarto menyebut ada empat hal yang harus diperhatikan sebelum memberi ancaman pidana (kriminalisasi)²⁷ :

²⁵ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana, Opcit*, hal. 29.

²⁶ Muladi, *Kebijakan Kriminal Terhadap Cybercrime*, Makalah pada Seminar Nasional : Strategi Penanggulangan Kejahatan dalam Bidang Telematika, diselenggarakan oleh Universitas Semarang bekerjasama dengan Direktorat Jenderal Pos dan Telekomunikasi Departemen Perhubungan RI, (Semarang, 23 Juli 2002), hal. 1.

²⁷ Soedarto, *Hukum dan Hukum Pidana, Opcit*, hal 44 –48.

1. Tujuan Hukum Pidana
Hukum pidana bertujuan untuk menanggulangi kejahatan dan juga *pengurangan* terhadap penanggulangan itu sendiri.
2. Penetapan perbuatan yang tidak dikehendaki .
Yaitu perbuatan yang mendatangkan kerugian (bahkan yang berpotensi dapat mendatangkan kerugian – penulis) atas warga masyarakat. Kerugian itu berarti ada korbannya bahkan si pembuat juga dapat berkedudukan menjadi korban.
3. Perbandingan antara sarana dan hasil.
Harus diperhitungkan biaya yang harus dikeluarkan dan hasil yang akan diharapkan.
4. Kemampuan Badan Penegak Hukum
Karena kapasitas dari alat-alat perlengkapan negara itu terbatas, maka dalam pembuatan peraturan hukum pidana perlu diperhatikan juga kemampuan daya kerja badan-badan tersebut, jangan sampai ada kelampauan beban tugas (*overhelasting*).

Di atas telah disinggung bahwa penanggulangan tindak pidana merupakan suatu kebijakan. Upaya penanggulangan kejahatan dengan menempuh pendekatan kebijakan tersebut mengandung arti adanya keterpaduan antara politik kriminal dan politik sosial dan antara upaya penanggulangan kejahatan dengan sarana penal dan non-penal. Sebagaimana ditegaskan Hoefnagels bahwa *criminal policy as science of policy is part of a larger policy: the law enforcement policy*. Jadi kebijakan kriminal bukanlah sebuah kebijakan yang berdiri sendiri, terlepas dengan kebijakan-kebijakan lain, tetapi ia harus dilihat pula dalam hubungannya dengan keseluruhan kebijakan sosial, sebab sebagai suatu kebijakan penegakan hukum, upaya ini termasuk di dalam bidang kebijakan sosial. Oleh karena itu, kebijakan kriminal adalah bagian dari kebijakan penegakan hukum dan kebijakan sosial.

Selubungan dengan hal itu, Sudarto menyatakan bahwa jika hukum pidana digunakan, hendaknya dilihat dalam hubungan keseluruhan dengan politik kriminal atau *social defence planning* yang merupakan bagian integral dari rencana pembangunan nasional²⁸.

Penggunaan pendekatan kebijakan integral ini, tidak lain karena adanya keterbatasan hukum pidana dalam menanggulangi kejahatan. Barda mengidentifikasi keterbatasan hukum pidana sebagai berikut²⁹ :

1. Penggunaan hukum pidana dalam menanggulangi kejahatan hanya merupakan "*kurieren am symptom*" oleh karena itu hukum pidana hanya merupakan pengobatan *simptomatik* dan bukan pengobatan *kausatif*.
2. Sanksi pidana merupakan *remedium* yang mengandung sifat kontradiktif / paradoksal dan mengandung unsur-unsur serta efek sampingan negatif.
3. Sistem pemidanaan bersifat *fragmentair* dan individual/ personal, tidak bersifat struktural/ fungsional.
4. Keterbatasan jenis sanksi pidana dan sistem perumusan sanksi pidana yang bersifat kaku dan imperatif.
5. Bekerjanya/ berfungsinya hukum pidana memerlukan sarana pendukung yang bervariasi dan menuntut biaya tinggi.

²⁸ *Ibid.*, hal. 104

²⁹ Barda Nawawi Arief, Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan Pengembangan Hukum Pidana, (Bandung : Citra Aditya Bakti, 1998), hal. 46-47.

Melihat keterbatasan-keterbatasan hukum pidana tersebut, maka dalam rangka penanggulangan kejahatan secara terpadu, pendekatan penal bukanlah satu-satunya pendekatan yang dapat dipakai untuk menanggulangi suatu kejahatan. Menurut G.P. Hoefnagels upaya penanggulangan kejahatan dapat ditempuh dengan³⁰ :

1. *influencing view of society on crime and punishment / mass media* (mempengaruhi pandangan masyarakat mengenai kejahatan dan pemidanaan lewat media massa);
2. *criminal law application* (penerapan hukum pidana);
3. *prevention without punishment* (pencegahan tanpa pidana).

Jadi, selain *criminal law application* (kebijakan penal) masih ada dan dimungkinkan *prevention without punishment* (nonpenal). Untuk itu, perlu memperhatikan alternatif-alternatif kebijakan lain yaitu pendekatan nonpenal. Pendekatan nonpenal dimaksudkan sebagai upaya untuk menanggulangi kejahatan dengan menggunakan sarana lain selain hukum pidana (nonpenal). Upaya penanggulangan kejahatan dengan menggunakan pendekatan nonpenal diorientasikan pada upaya-upaya untuk menangani faktor-faktor kondusif yang menimbulkan kejahatan. Dapat dikategorikan dalam upaya nonpenal ini adalah pendidikan, pengajian dan kegiatan-kegiatan lain yang bertujuan untuk mencegah terjadinya kejahatan.

³⁰ G.P. Hoefnagels, *The Other Side Of Criminology*, *Opcit*, p. 56 – 57.

Upaya penanggulangan kejahatan dengan penal lebih menitikberatkan pada sifat pemberantasan (*repressive*) sedangkan nonpenal lebih menitikberatkan pada pencegahan atau penangkalan (*preventive*). Dilihat dengan kaca mata demikian, maka upaya penanggulangan / pencegahan kejahatan dengan cara nonpenal merupakan penanggulangan yang bersifat mendasar. Karena pencegahan / penanggulangan terhadap kejahatan tidak menjadi optimal dan tidak menyelesaikan akar masalah, apabila tanpa diiringi dengan menghapus hal-hal yang menjadi penyebab dan kondisi yang menimbulkan kejahatan. Namun hal ini bukan berarti upaya penal tidak penting dan dapat dikesampingkan begitu saja. Justru upaya penal merupakan sarana sangat vital dalam proses penegakan hukum (*law enforcement*) dalam menanggulangi kejahatan. Salah satu kesimpulan Seminar Kriminologi ke-3 Tahun 1976 juga masih memandang perlu dipertahankannya hukum pidana, sebagai berikut :

“ hukum pidana hendaknya dipertahankan sebagai salah satu sarana untuk “*social defence*” dalam arti melindungi masyarakat terhadap kejahatan dengan memperbaiki atau memulihkan kembali (*rehabilitatie*) si pembuat tanpa mengurangi keseimbangan kepentingan perorangan (pembuat) dan masyarakat”³¹

Namun demikian, penggunaan hukum pidana (jalur penal) harus senantiasa memperhatikan fungsi subsidier yang dikandungnya. Artinya, penggunaan jalur penal hanyalah sebagai alternatif terakhir setelah alternatif-alternatif lain telah ditempuh. Hal ini berarti, bahwa setelah upaya preventif /

pencegahan (nonpenal) tidak berhasil maka tumpuan terakhir “*social defence*” adalah hukum pidana.

Dengan meminjam terminologi yang berlaku di dunia medis, Muladi³² membedakan pelbagai tipologi tindakan pencegahan (*prevention without punishment*). Tipologi-tipologi tersebut antara lain sebagai berikut :

- a. pencegahan primer (*primary prevention*) yang diarahkan baik pada masyarakat sebagai korban potensial maupun para pelaku-pelaku kejahatan yang masih belum tertangkap atau pelaku potensial. Kegiatan dalam hal ini dapat bersifat penyehatan mental masyarakat yang bersifat abstrak (*social hygiene / mental health*) dan dapat pula bersifat fisik dan teknologis (*techno-prevention*).
- b. Pencegahan sekunder (*secondary prevention*). Berbeda dengan yang pertama, pada bentuk pencegahan sekunder ini, tindakan diarahkan pada kelompok pelaku atau pelaku potensial atau sekelompok korban potensial tertentu. Sebagai contoh adalah dalam kaitannya dengan korban kejahatan perampokan nasabah bank, kejahatan perbankan, kejahatan pencurian kendaraan bermotor dan sebagainya. Dalam hal ini bentuk-bentuk prevensi baik abstrak seperti penanaman etika profesi bagi tenaga-tenaga profesional maupun fisik dan teknologis juga dapat dilakukan.

³¹ Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Teori-Teori dan Kebijakan Pidana*, *Opcit*, hal. 92

³² Muladi, *Hak Asasi Manusia, Politik dan Sistem Peradilan Pidana*, (Semarang :Badan Penerbit Undip, 2002), hal. 100.

- c. Pencegahan tertier (*tertiery prevention*). Dalam hal ini pencegahan diarahkan pada jenis pelaku tindak pidana tertentu dan juga korban tindak pidana tertentu, misalnya *recidivist offender* maupun *recidivist victim*.

Di samping itu, tipologi pencegahan lain juga dapat dirumuskan sebagai berikut:

- a. pencegahan individual (*individual prevention*). Bentuknya antara lain : sistem alarm kendaraan, sistem alarm rumah, pengawal pribadi dan lain-lain.
- b. pencegahan masyarakat (*societal prevention*) yang dapat berupa siskamling, siskamtibmas swakarsa sebagaimana dikembangkan oleh Polri dan lain-lain.

Sebagaimana disinggung di atas, bahwa pendekatan kebijakan non –penal merupakan pendekatan kebijakan yang mendasar, karena diorientasikan pada upaya penanggulangan faktor-faktor kondusif penyebab kejahatan. Faktor-faktor kondusif itu antara lain berpusat pada masalah-masalah atau kondisi-kondisi sosial yang secara langsung atau tidak langsung dapat menimbulkan atau menumbuhkan kejahatan³³ seperti kemiskinan, keterbelakangan, kebutuhurufan, rusaknya identitas lokal dan sebagainya.

Faktor-faktor kondusif yang menimbulkan kejahatan sebagaimana tersebut di atas, jelas tidak dapat semata-mata diatasi dengan kebijakan penal (kebijakan kriminal dengan jalur penal), oleh karena itu harus ditunjang dengan kebijakan non-penal.

³³ Barda Nawawi Arief, Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana, *Opcit*, hal. 42

Upaya nonpenal yang paling strategis adalah segala upaya untuk menjadikan masyarakat sebagai lingkungan sosial dan lingkungan hidup yang sehat (secara material dan immaterial) dari faktor-faktor kriminogen (faktor-faktor yang mendorong timbulnya tindak pidana- pen). Ini berarti, masyarakat dengan seluruh potensinya harus dijadikan sebagai faktor penangkal kejahatan atau faktor “anti-kriminogen” yang merupakan bagian integral dari keseluruhan politik kriminal³⁴.

Dalam kaitannya dengan penanggulangan kejahatan dewasa ini, nampaknya jalur penal menjadi pilihan utama dari pengambil kebijakan. Memang harus diakui bahwa jalur penal, merupakan langkah tegas jika dibandingkan dengan kebijakan sebelumnya, tetapi jalur penal mempunyai keterbatasan dan kelemahan lebih-lebih jika sanksi / pidana yang diterapkan secara serampangan dan tanpa diskriminatif.

Pidana merupakan salah satu dari masalah pokok dalam hukum pidana, di samping perbuatan pidana dan pertanggungjawaban pidana. Apabila diartikan secara luas, sistem pemidanaan meliputi suatu proses pemberian atau penjatuhan pidana oleh hakim, maka pidana hanya merupakan bagian kecil saja dari sistem pemidanaan.

Secara luas dapatlah dikatakan bahwa sistem pemidanaan mencakup keseluruhan ketentuan perundang-undangan yang mengatur bagaimana hukum pidana itu ditegakkan atau dioperasionalkan secara konkret sehingga seseorang

³⁴ *Ibid*, hal 49.

dijatuhi pidana³⁵. Dengan demikian keseluruhan aturan perundang-undangan mengenai hukum pidana substantif, hukum pidana formal maupun hukum pelaksanaan pidana harus dipandang sebagai satu kesatuan sistem pemidanaan.

Hukum pidana, dibandingkan dengan cabang hukum lain, merupakan hukum yang dilengkapi dengan sanksi pidana yang tegas –untuk tidak dikatakan keras. Pidana merupakan suatu penderitaan yang sengaja dibebankan kepada orang yang melakukan perbuatan-perbuatan yang memenuhi syarat-syarat tertentu³⁶ (melakukan tindak pidana). Karena merupakan suatu penderitaan atau nestapa, maka diperlukan kehati-hatian dalam penjatuhan pidana termasuk penetapan / perumusannya. Penetapan pidana bukan berarti tanpa dasar tujuan. Penetapan pidana harus didasarkan atas pertimbangan yang cukup beralasan atau rasional dengan berorientasi pada tujuan yang akan dicapai.

Dalam hal penjatuhan pidana, ilmu hukum pidana mengenal paling tidak dua kelompok teori pemidanaan yaitu teori absolut atau teori pembalasan (*retributive/vergeldingstheorieen*) dan teori relatif atau teori tujuan (*utilitarian/doeltheorieen*). Teori yang pertama berpendapat bahwa pidana dijatuhkan semata-mata karena orang telah melakukan kejahatan atau tindak pidana (*quia peccatum est*). Pembalasan adalah tujuan utama dari teori ini, dan di dalamnya tidak mengandung sarana-sarana untuk tujuan lain. Sedangkan pada teori yang kedua berpendapat bahwa memidana bukanlah untuk memuaskan

³⁵ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, *Op.cit.* hal. 117.

³⁶ Sudarto, *Hukum Pidana I*, *Op.cit.*, hal. 9.

tuntutan absolut dari keadilan. Pembalasan itu sendiri tidak memiliki nilai, tetapi hanya sebagai sarana untuk melindungi kepentingan masyarakat. Pidana dijatuhkan bukan karena orang telah melakukan kejahatan (*quia peccatum est*) melainkan supaya orang jangan melakukan kejahatan (*ne peccetur*)³⁷. Apabila dilihat tujuan lebih jauh, maka pencegahan sebenarnya bukan tujuan akhir dari teori ini, tetapi hanya sebagai sarana untuk mencapai tujuan yang lebih tinggi yaitu perlindungan masyarakat demi mencapai kesejahteraan masyarakat. Tujuan ini sering disebut dengan istilah *social defence*. Marc Ancel yang menawarkan *social defence* (perlindungan sosial / masyarakat) dalam dua konsepsi / interpretasi yaitu³⁸ :

1. Interpretasi kuno (tradisional) yang membatasi perlindungan masyarakat itu dalam arti “penindasan kejahatan” (*repression of crime*). Jadi *social defence* diartikan sebagai perlindungan masyarakat terhadap kejahatan.
2. Interpretasi modern yang mengartikan *social defence* sebagai pencegahan kejahatan dan pembinaan para pelanggar (*the prevention of crime and the treatment of offenders*).

Barda Nawawi Arief, mengurai lebih jauh tentang identifikasi dari beberapa aspek *social defence* tersebut yaitu³⁹

³⁷ Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Teori-Teori dan Kebijakan Hukum Pidana, Op.cit.*, hal.16

³⁸ Barda Nawawi Arief, *Kebijakan Legislatif dalam Penanggulangan Kejahatan dengan Pidana Penjara, Op.cit.* hal. 83.

³⁹ *Ibid.* hal. 85 - 88.

1. Perlindungan masyarakat terhadap perbuatan anti-sosial yang merugikan dan membahayakannya. Tujuan pidana diarahkan sebagai “penindasan kejahatan” (*repression of crime*), “pengurangan kejahatan” (*reduction of crime*) atau “pengendalian kejahatan” (*control of crime*).
2. Perlindungan masyarakat terhadap sifat berbahaya orang / si pelaku tindak pidana. Tujuan pidana diarahkan untuk memperbaiki si pelaku. Istilah yang sering digunakan antara lain : rehabilitasi, reformasi, *treatment of offenders*, reedukasi, readaptasi sosial, resosialisasi, pemasyarakatan dan pembebasan.
3. Perlunya perlindungan masyarakat terhadap penyalahgunaan kekuasaan dalam menggunakan sanksi pidana atau reaksi terhadap pelanggar pidana. Tujuan pidana diarahkan untuk mengatur / membatasi kesewenangan penguasa maupun warga masyarakat pada umumnya. Tujuan pidana adalah *policing the police*, di samping juga untuk menghindari balas dendam. Jadi tujuan pidana adalah untuk melindungi si pelanggar terhadap pembalasan sewenang-wenang di luar hukum atau pembalasan secara tidak resmi (*unofficial retaliation*).
4. Perlindungan masyarakat terhadap keseimbangan atau keselarasan berbagai kepentingan dan nilai yang terganggu oleh adanya kejahatan. Dari aspek ini akan dilahirkan tujuan pidana untuk memelihara atau memulihkan keseimbangan masyarakat.

KUHP sebagai induk hukum pidana sekarang ini tidak ditemui adanya tujuan pemidanaan. Hal ini berbeda dengan Konsep KUHP yang telah merumuskan adanya tujuan pemidanaan. Tujuan pemidanaan sebagaimana dirumuskan dalam Pasal 51 Konsep KUHP⁴⁰ adalah :

(1) Pemidanaan 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;
- c. menyelesaikan konflik yang ditimbulkan oleh tindak pidana, memulihkan keseimbangan, dan mendatangkan rasa damai dalam masyarakat; dan
- d. membebaskan rasa bersalah pada terpidana.

(2) Pemidanaan tidak dimaksudkan untuk menderitakan dan merendahkan martabat manusia.

KUHP juga tidak memuat pedoman pemberian pidana (*strafvoemetingingsleiddraad*) yang umum, yaitu suatu pedoman yang dibuat oleh pembentuk undang-undang yang memuat asas-asas yang perlu diperhatikan oleh hakim dalam menjatuhkan pidana. KUHP hanya mengatur tentang pemberian pidana (*strafvoematingsregels*), misalnya ketentuan

⁴⁰ Konsep KUHP 2004

mengenai pengurangan pidana terhadap anak (Pasal 47 ayat (1)), ketentuan pemberian pidana terhadap pejabat (Pasal 52), pemotongan selama masa tahanan (Pasal 33), dan aturan pemberian pidana terhadap tindak pidana perbarengan (Pasal 63 – Pasal 71).

Pemberian pidana dapat dilihat dari jenis pidananya (*straf soort*), ukuran atau lama pidananya (*straf maat*) maupun pelaksanaan pidananya (*straf modus*). Penulisan ini hanya menekankan pada hukum pidana materiil, sehingga hanya membahas masalah jenis pidana dan ukuran / lamanya pidana, khususnya mengenai pidana bersyarat sebagai sanksi alternatif pidana penjara pendek.

Pasal 10 KUHP mengatur jenis pidana yang terdiri dari lima pidana pokok dan tiga pidana tambahan. Secara lengkap akan dikutip bunyi lengkap pasal tersebut sebagai berikut :

Pidana terdiri atas :

a. Pidana pokok.

1. pidana mati,
2. pidana penjara,
3. pidana kurungan,
4. pidana denda,
5. pidana tutupan⁴¹

⁴¹ Berdasarkan Undang-Undang Nomor 20 Tahun 1946 Tentang Pidana Tutupan

b. Pidana tambahan.

1. pencabutan hak-hak tertentu,
2. perampasan barang-barang tertentu,
3. pengumuman putusan hakim.

Salah satu pidana pokok yang paling keras dalam KUHP Indonesia adalah pidana mati. Pidana mati seolah menjadi salah satu sanksi sampai sekarang masih tetap dipertahankan. Dewasa ini terjadi perdebatan mengenai masih perlu tidaknya pencantuman pidana mati dalam hukum pidana. Ada beberapa negara yang telah mencabut pidana mati dalam sistem hukum pidananya antara lain Venezuela, Columbia, Rumania, Brazilia, Costarica, Uruguay, Chile, Denmark, dan bahkan Belanda juga telah mencabut pidana mati dalam WvS nya.

Hal ini merupakan konsekuensi dari pemikiran bahwa tujuan pidana adalah untuk meresosialisasikan si terpidana kepada masyarakat. Terpidana pada saatnya nanti akan dikembalikan ke tengah-tengah kehidupan masyarakat untuk menjadi individu yang baik. Dalam konteks yang lebih jauh, bahwa tujuan pidana dan hukum pidana adalah sebagai perlindungan masyarakat untuk mencapai kesejahteraan sosial. Pencantuman pidana mati dianggap seolah memiliki standar ganda, karena lebih ditekankan pada sisi pembalasan, si terpidana tidak diberi kesempatan untuk memperbaiki diri dan kembali ke masyarakat.

Kalangan ahli hukum pidana terdapat pendapat pro dan kontra perlunya pidana mati bahkan lebih lanjut mempertanyakan pula perlu/tidaknya sanksi pidana. Bahkan menurut Filippo Gramatica⁴² bahwa hukum pidana sekarang harus diganti dengan hukum perlindungan sosial. Tujuan utama dari hukum perlindungan sosial (*social defence*) adalah mengintegrasikan individu ke dalam tertib sosial dan bukan pemidanaan terhadap perbuatannya. Gramatica dengan tegas menyatakan ide penghapusan pidana. Kelompok inilah yang kemudian memunculkan paham *abolition of punishment*. Menurut mereka, pidana merupakan “peninggalan dari kebiadaban kita masa lalu” (*a vestige of our savage*)⁴³ yang seharusnya dihindari. Pidana merupakan tindakan perlakuan atau pengenaan penderitaan yang kejam.

Pendapat yang dapat dikategorikan masih menganggap perlunya sanksi pidana digunakan dalam penanggulangan kejahatan dikemukakan banyak ahli, antara lain Roeslan Saleh. Roeslan Saleh sebagaimana dikutip oleh Barda Nawawi Arief mengemukakan 3 alasan perihal masih perlunya pidana dan hukum pidana⁴⁴ yaitu :

⁴² Barda Nawawi Arief, Kebijakan Legislatif dalam Penanggulangan Kejahatan dengan Pidana Penjara, *Op cit*, hal. 19.

⁴³ *Ibid.* hal. 18

⁴⁴ *Ibid.* hal. 20.

1. Perlu tidaknya hukum pidana tidak terletak pada persoalan tujuan-tujuan yang hendak dicapai, tetapi terletak pada persoalan seberapa jauh untuk mencapai tujuan itu boleh menggunakan paksaan;
2. Ada usaha-usaha perbaikan atau perawatan yang tidak mempunyai arti sama sekali bagi si terhukum; dan di samping itu harus tetap ada suatu reaksi atas pelanggaran-pelanggaran norma yang telah dilakukannya itu dan tidaklah dapat dibiarkan begitu saja;
3. Pengaruh pidana atau hukum pidana bukan semata-mata ditujukan pada si pembuat, tetapi juga untuk mempengaruhi orang yang tidak jahat yaitu warga masyarakat yang mentaati norma-norma masyarakat.

Bagaimana pandangan Konsep KUHP ? Berdasar prinsip monodualistis, Konsep KUHP lebih menitikberatkan pada keseimbangan antara kepentingan umum dan kepentingan individu. Dari sisi kepentingan umum, Konsep KUHP masih memandang perlunya dicantumkan pidana mati. Namun demikian pidana mati di dalam Konsep KUHP tidak dimasukkan dalam deretan pidana pokok –sebagaimana dalam KUHP, tetapi ditempatkan tersendiri sebagai jenis pidana yang bersifat khusus, eksepsional dan selalu diancamkan secara alternatif.

Konsep KUHP⁴⁵ merumuskan ketentuan jenis pidana sebagai berikut :

Pasal 62

⁴⁵ Konsep KUHP tahun 2004

(1) Pidana pokok terdiri atas :

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

(2) Urutan pidana sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) menentukan berat ringannya pidana.

Pasal 63

Pidana mati merupakan pidana yang bersifat khusus dan selalu diancamkan secara alternatif.

Pasal 64

(1) Pidana tambahan terdiri atas :

- a. pencabutan hak tertentu;
- b. perampasan barang tertentu dan atau tagihan;
- c. pengumuman putusan hakim;
- d. pembayaran ganti kerugian; dan
- e. pemenuhan kewajiban adat setempat dan/atau kewajiban menurut hukum yang hidup.

- (2) Pidana tambahan dapat dijatuhkan bersama-sama dengan pidana pokok, sebagai pidana yang berdiri sendiri atau dapat dijatuhkan bersama-sama dengan pidana tambahan yang lain.
- (3) Pidana tambahan berupa pemenuhan kewajiban adat setempat dan/atau kewajiban menurut hukum yang hidup atau pencabutan hak yang diperoleh korporasi dapat dijatuhkan walaupun tidak tercantum dalam perumusan tindak pidana.
- (4) Pidana tambahan untuk percobaan dan pembantuan adalah sama dengan pidana tambahan untuk tindak pidananya.

Di samping dari sisi kepentingan umum (masyarakat), Konsep KUHP juga memperhatikan kepentingan individu dalam hal pidana mati. Konsep KUHP memberi rambu-rambu bahwa penerapan pidana mati haruslah bersifat selektif, hati-hati dan berorientasi juga pada perlindungan / kepentingan individu. Oleh karena itu, Konsep KUHP memberikan ketentuan adanya "penundaan pelaksanaan pidana mati" atau "pidana mati bersyarat" dengan masa percobaan selama 10 tahun⁴⁶. Ketentuan ini dirumuskan dalam Pasal 86 Konsep KUHP yang berbunyi :

- (1) Pelaksanaan pidana mati dapat ditunda dengan masa percobaan selama 10 (sepuluh) tahun, jika :
 - a. reaksi masyarakat terhadap terpidana tidak terlalu besar;

⁴⁶ Barda Nawawi Arief, Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana, *Op cit*, hal. 88-89.

- b. terpidana menunjukkan rasa menyesal dan ada harapan untuk diperbaiki;
 - c. kedudukan terpidana dalam penyertaan tindak pidana tidak terlalu penting; dan
 - d. ada alasan yang meringankan.
- (2) Jika terpidana selama masa percobaan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) menunjukkan sikap dan perbuatan terpuji, maka pidana mati dapat diubah menjadi pidana seumur hidup atau pidana penjara paling lama 20 (dua puluh) tahun dengan Keputusan Menteri Hukum dan Perundang-undangan.
- (3) Jika terpidana selama masa percobaan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) tidak menunjukkan sikap dan perbuatan yang terpuji serta tidak ada harapan untuk diperbaiki, maka pidana mati dapat dilaksanakan atas perintah Jaksa Agung.

Pasal 87

Jika permohonan grasi terpidana mati ditolak dan pidana mati tidak dilaksanakan selama 10 (sepuluh) tahun bukan karena terpidana melarikan diri, maka pidana mati tersebut dapat diubah menjadi pidana seumur hidup dengan Keputusan Presiden.

Sebagaimana pidana mati, pidana penjara juga menuai kelompok pro dan kontra, terutama berkaitan dengan pidana penjara seumur hidup. Pidana penjara merupakan salah satu bentuk nestapa berupa penghilangan

kemerdekaan. Apabila dihubungkan dengan tujuan pemidanaan yaitu untuk memperbaiki terpidana supaya menjadi anggota masyarakat yang berguna, maka pidana penjara seumur hidup tidak lagi sesuai dan tidak dapat diterima⁴⁷.

Pidana lain yang serupa dengan pidana penjara adalah pidana kurungan. Dibandingkan dengan pidana penjara, pidana kurungan memiliki keringanan-keringanan sebagai berikut⁴⁸:

- a. Terhadap terpidana kurungan memiliki hak *pistole*⁴⁹.
- b. Para terpidana kurungan mengerjakan pekerjaan-pekerjaan wajib yang lebih ringan dibandingkan dengan terpidana penjara.
- c. Maksimum ancaman pidana kurungan adalah 1 (satu) tahun, dan maksimum boleh sampai 1 tahun 4 bulan apabila terjadi pemberatan karena perbarengan, pengulangan atau karena ketentuan Pasal 52 dan 52a.
- d. Apabila terpidana penjara dan kurungan menjalani masing-masing pidana dalam satu lembaga pemasyarakatan, para terpidana kurungan harus terpisah tempatnya.
- e. Pidana kurungan dilaksanakan dalam daerah terpidana sendiri.

Pidana Kurungan, menurut Vos⁵⁰, mempunyai dua tujuan. Pertama, ialah sebagai *custodia honesta* untuk delik yang tidak menyangkut kejahatan

⁴⁷ Andi Hamzah, Sistem Pidana dan Pemidanaan Indonesia : dari Retribusi ke Reformasi, (Jakarta : Pradnya Paramita, 1986), hal. 28.

⁴⁸ SR. Sianturi, Asas-Asas Hukum Pidana di Indonesia dan Penerapannya, (Jakarta: Alumni AHAEM-PETEHAEM, 1986), hal. 471-472.

kesusilaan yaitu delik-delik culpa dan beberapa delik dolus. Kedua, sebagai *custodia simplex*, suatu perampasan kemerdekaan untuk delik pelanggaran. Dengan demikian, untuk delik pelanggaran, pidana kurungan merupakan pidana pokok (kecuali dalam Pasal 483 dan Pasal 484 KUHP).

Pidana denda merupakan pidana berupa kewajiban untuk “mengembalikan keseimbangan hukum” atau “menebus dosanya” dengan pembayaran sejumlah uang tertentu⁵¹. Pidana denda dapat dikatakan sebagai pidana umum yang hidup dalam berbagai masyarakat baik primitif maupun modern, dengan berbagai tipologinya. Pidana denda umumnya dijatuhkan terhadap delik-delik ringan, berupa pelanggaran atau kejahatan ringan. Denda merupakan satu-satunya pidana yang dapat dipikul oleh orang lain selain terpidana. Meskipun denda pada prinsipnya dijatuhkan terhadap si terpidana pribadi, namun tidak ada larangan jika denda tersebut secara sukarela dibayar orang lain atas nama terpidana⁵². Apabila denda tidak dapat dibayar, pidana denda ini dapat diganti dengan pidana kurungan. Pidana ini kemudian lebih sering disebut dengan istilah kurungan pengganti.

Jenis pidana pokok terakhir yang merupakan penambahan melalui Undang-Undang Nomor 20 Tahun 1946 adalah pidana tutupan. Pidana tutupan dijatuhkan bagi tindak pidana-tindak pidana yang umumnya

⁴⁹ Suatu hak untuk memfasilitasi diri dengan biaya sendiri.

⁵⁰ Andi Hamzah, *Opcit*, hal 38.

⁵¹ SR. Siantui, *Opcit*, hal. 479.

⁵² Andi Hamzah, *Opcit*, hal. 43

dilakukan oleh para politisi. Tindak pidana demikian patut dihormati karena merupakan bentuk perjuangan ideologi yang dianutnya.

Dari sekian jenis pidana, apabila dilihat dari pola perumusannya, KUHP menganut menganut 2 (dua) sistem perumusan yaitu :

- a. perumusan tunggal (hanya diancam dengan satu pidana pokok); dan
- b. perumusan alternatif.

KUHP menggunakan 9 (sembilan) bentuk perumusan ancaman pidana yaitu :

- a. pidana mati atau penjara seumur hidup atau penjara tertentu;
- b. pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara tertentu;
- c. pidana penjara tertentu;
- d. pidana penjara atau kurungan;
- e. pidana penjara atau kurungan atau denda;
- f. pidana penjara atau denda;
- g. pidana kurungan;
- h. pidana kurungan atau denda;
- i. pidana denda⁵³.

Sistem perumusan tunggal mengandung sifat yang kaku, absolut dan imperatif. Sistem ini tidak memberi kesempatan kepada hakim untuk menentukan jenis pidana apa yang dianggap paling cocok untuk terdakwa.

⁵³ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai kebijakan Hukum Pidana, Opcit*, hal. 165-166.

Dengan perumusan sistem tersebut tidak memberikan ruang kepada hakim untuk melakukan individualisasi pidana yang berorientasi kepada orang, khususnya dalam menentukan jenis pidana. Untuk adanya individualisasi pidana diperlukan adanya fleksibilitas atau elastisitas pidana meskipun tetap dalam batas-batas kebebasan yang ditentukan undang-undang.

Di samping sifat kaku, absolut dan imperatif tersebut, masih juga ada juga beberapa kelemahan lain terutama apabila rumusan tunggal tersebut berupa pidana penjara. Di antara kelemahan dimaksud adalah⁵⁴ :

- a. sistem perumusan tunggal merupakan warisan peninggalan aliran klasik yang ingin mengobyektifkan hukum pidana dan sangat membatasi kebebasan hakim dalam memilih dan menetapkan jenis pidana;
- b. tidak seiring dengan konsep sistem pemasyarakatan di Indonesia;
- c. kurang menunjang kecenderungan dewasa ini yang mengembangkan kebijakan yang selektif dan limitatif dalam penggunaan pidana (penjara).

Berdasar kelemahan-kelemahan tersebut di atas, seharusnya peraturan perundang-undangan lebih banyak mengembangkan sistem perumusan ancaman pidana dengan sistem alternatif yang lebih memberikan kebebasan hakim untuk menerapkan individualisasi pidana.

Perumusan alternatif pada intinya mengandung pengertian bahwa hakim diberi kesempatan untuk memilih jenis pidana yang ditawarkan /

⁵⁴ *Ibid*, hal. 142-143.

dicantumkan dalam pasal yang bersangkutan⁵⁵. Meskipun demikian, kebebasan yang diberikan harus dalam rambu-rambu :

- a. berorientasi pada tujuan pemidanaan;
- b. lebih mengutamakan jenis pidana yang lebih ringan apabila pidana yang lebih ringan tersebut sekiranya telah memenuhi tujuan pemidanaan.

Setelah membahas mengenai pola perumusan pidana yang dianut KUHP, akan diurai jumlah/lama pidana dalam KUHP. Dalam hal jumlah / lamanya pidana, ilmu hukum pidana mengenal dua sistem atau pendekatan yaitu :

⁵⁵ *Ibid*, hal. 147.

a. Sistem / pendekatan absolut

Setiap tindak pidana ditetapkan bobot / kualitasnya sendiri-sendiri dengan menetapkan ancaman pidana minimum / maksimum untuk setiap tindak pidana. Sistem ini dikenal juga dengan sebutan sistem *indefinite* atau sistem maksimum.

b. Sistem / pendekatan relatif

Setiap tindak pidana tidak ditetapkan bobot / kualitas (maksimum pidana) nya sendiri-sendiri, tetapi bobotnya direlatifkan dengan melakukan penggolongan tindak pidana dalam beberapa tingkatan dan sekaligus menetapkan maksimum pidana untuk tiap kelompok tindak pidana itu.

Berdasarkan sistem / pendekatan di atas, KUHP dan berbagai perundang-undangan dewasa ini, dalam merumuskan ancaman pidananya dapat dikategorikan mengikuti sistem / pendekatan absolut. Hal ini karena perundang-undangan tersebut menggunakan sistem minimum khusus dan maksimum khusus dalam pengancaman pidana (penjara) nya.

Ada beberapa segi positif dari sistem *indefinite* ini, antara lain⁵⁶ :

- a. dapat menunjukkan tingkat keseriusan masing-masing tindak pidana;
- b. memberikan fleksibilitas dan diskresi kepada kekuasaan pemidanaan;
- c. melindungi kepentingan si pelanggar dengan menetapkan batas-batas kebebasan dari kekuasaan pemidanaan.

⁵⁶ *Ibid*, hal. 119.

Di samping keuntungan tersebut, Barda Nawawi Arief⁵⁷ melihat ada kesulitan yang dikandungnya, yaitu kesulitan menetapkan maksimum khusus untuk tiap tindak pidana. Menetapkan maksimum pidana untuk menunjukkan tingkat keseriusan atau kualitas suatu tindak pidana bukanlah pekerjaan yang mudah dan sederhana. Hal ini memerlukan pengetahuan yang cukup mengenai urutan tingkat (gradasi) nilai dari norma-norma sentral masyarakat dan kepentingan-kepentingan hukum yang akan dilindungi.

Pada sistem relatif pun terdapat beberapa kesulitan atau segi negatif yang dikandungnya. Segi negatif tersebut antara lain, bahwa dengan merelatifkan ancaman maksimum untuk suatu kelompok tindak pidana berarti: (1) memberikan kewenangan dan diskresi yang sangat luas kepada para hakim; dan (2) akan memberi peluang adanya disparitas pidana yang semakin mencolok.

Khusus mengenai sistem minimum khusus ini merupakan pengaturan yang bersifat khusus, karena model perumusan ini tidak dikenal dalam rumusan KUHP sebagai induk hukum pidana.

Perumusan sistem minimal khusus sebagaimana yang berkembang akhir-akhir ini didasarkan pada pokok pemikiran :

- a. menghindari adanya disparitas pidana yang sangat mencolok untuk delik-delik yang secara hakiki berbeda kualitasnya;

⁵⁷ *Ibid*, hal. 120

Di samping keuntungan tersebut, Barda Nawawi Arief⁵⁷ melihat ada kesulitan yang dikandungnya, yaitu kesulitan menetapkan maksimum khusus untuk tiap tindak pidana. Menetapkan maksimum pidana untuk menunjukkan tingkat keseriusan atau kualitas suatu tindak pidana bukanlah pekerjaan yang mudah dan sederhana. Hal ini memerlukan pengetahuan yang cukup mengenai urutan tingkat (gradasi) nilai dari norma-norma sentral masyarakat dan kepentingan-kepentingan hukum yang akan dilindungi.

Pada sistem relatif pun terdapat beberapa kesulitan atau segi negatif yang dikandungnya. Segi negatif tersebut antara lain, bahwa dengan merelatifkan ancaman maksimum untuk suatu kelompok tindak pidana berarti: (1) memberikan kewenangan dan diskresi yang sangat luas kepada para hakim; dan (2) akan memberi peluang adanya disparitas pidana yang semakin mencolok.

Khusus mengenai sistem minimum khusus ini merupakan pengaturan yang bersifat khusus, karena model perumusan ini tidak dikenal dalam rumusan KUHP sebagai induk hukum pidana.

Perumusan sistem minimal khusus sebagaimana yang berkembang akhir-akhir ini didasarkan pada pokok pemikiran :

- a. menghindari adanya disparitas pidana yang sangat mencolok untuk delik-delik yang secara hakiki berbeda kualitasnya;

⁵⁷ *Ibid*, hal. 120

- b. lebih mengefektifkan pengaruh prevensi general, khususnya bagi delik-delik yang dipandang membahayakan dan meresahkan masyarakat;
- c. analog dengan pemikiran, bahwa dalam hal-hal tertentu maksimum pidana (umum maupun khusus) dapat diperberat, maka minimum pidana pun hendaknya dapat diperberat dalam hal-hal tertentu⁵⁸.

2. Kritik Pidana Penjara

Pidana perampasan kemerdekaan sudah sejak lama di kenal, bahkan sejak manusia mulai mengenal peradaban. Sampai sekarang pun pidana perampasan kemerdekaan (penjara) masih tetap menjadi idola. Hampir setiap peraturan perundang-undangan pidana mencantumkan penjara sebagai salah satu ancaman sanksi pidananya. Meski demikian, tidak sedikit pula pendapat para ahli yang mengkritik keberadaan pidana penjara sebagai alat untuk menanggulangi kejahatan. Pidana penjara dianggap sebagai tindakan biadab yang sudah seharusnya dihindari. Menurut kelompok ini, bahwa pidana penjara tidak ada bedanya dengan kejahatan, yaitu sama-sama merupakan tindakan perlakuan atau pengenaan penderitaan yang kejam.

Kelompok lain mengkritik dikemukakan oleh penganut aliran determinisme yang mendalilkan bahwa manusia tidak memiliki kehendak bebas (*free will*) dalam melakukan suatu perbuatan. Ia sangat dipengaruhi oleh watak pribadinya, faktor-faktor biologis dan faktor lingkungan

⁵⁸ *ibid*, hal. 125-126.

kemasyarakatannya. Jadi, kejahatan dapat dikatakan sebagai manifestasi dari keadaan jiwa seseorang yang abnormal. Berdasarkan pendapat seperti ini, maka pelaku kejahatan tidak dapat dipersalahkan atas perbuatan yang dilakukannya, sehingga ia tidak sah untuk dikenakan pidana. Upaya yang paling efektif untuk menanggulangi kejahatan, menurut penganut aliran ini, adalah dengan mengenakan tindakan-tindakan tertentu, bukan pidana. Hal ini karena mengingat pelaku kejahatan adalah orang yang tidak normal baik secara organik maupun secara mental.

Aliran dan pandangan ini menjadi gerakan modern yang menyuarakan kampanye anti pidana (*the campaign against punishment*).

Pandangan pro terhadap adanya pidana (termasuk pidana penjara) dikemukakan oleh Herbert L. Packer sebagaimana dikutip Barda Nawawi Arief⁵⁹ yang menyatakan bahwa :

- a. manusia tidak dapat hidup tanpa sanksi pidana, baik sekarang maupun di masa yang akan datang.
- b. Sanksi pidana merupakan alat / sarana terbaik dalam menghadapi bahaya-bahaya besar maupun menghadapi ancaman bahaya-bahaya besar.
- c. Sanksi pidana merupakan penjamin yang utama apabila digunakan secara hemat cermat dan manusiawi.

Lebih lanjut H.L. Packer mengatakan bahwa di samping sanksi pidana dapat digunakan sebagai *prime guarantor* (penjamin yang utama), pidana juga

⁵⁹ Barda Nawawi Arief, Kebijakan Legislatif dalam Penanggulangan Kejahatan dengan Pidana Penjara, *Op.cit.* hal. 28

dapat menjadi pengancam yang utama (*prime threatener*) terhadap kebebasan manusia apabila digunakan secara sembarangan dan secara paksa.

Dari sisi untung dan rugi, Ted Honderich berpendapat bahwa suatu sanksi pidana dapat dianggap sebagai alat pencegah yang ekonomis (*economical deterrents*) apabila dipenuhi syarat-syarat sebagai berikut :

- a. pidana itu sungguh-sungguh mencegah.
- b. Pidana tersebut tidak menyebabkan timbulnya keadaan yang lebih berbahaya / lebih merugikan.
- c. Tidak terdapat pidana lain yang dapat mencegah secara efektif dengan bahaya/ kerugian yang lebih kecil.

Dibandingkan dengan jenis sanksi pidana mati, pidana pembalasan badan yang kejam, jelas pidana penjara masih dapat dikatakan sebagai sanksi yang manusiawi. Namun demikian memang patut diperhatikan juga adanya unsur negatif yang menyertai penerapan pidana penjara. Banyak pendapat yang menyatakan bahwa terpidana tidak menjadi lebih baik setelah menjalani pidana penjara, bahkan lebih jahat terutama apabila dikenakan terhadap anak-anak dan remaja, sehingga muncul ungkapan bahwa rumah penjara merupakan lembaga yang memproduksi kejahatan.

Kritik pedas juga pernah dikemukakan oleh *The American Correctional Association*, sebagaimana dikutip Barda Nawawi Arief, menyatakan bahwa pidana penjara yang bersifat pembedaan semata-mata, akan lebih banyak menghasilkan penjahat daripada mencegahnya. Pidana

penjara yang bersifat pemidanaan saat ini tidaklah merupakan alat pencegahan yang efektif untuk kebanyakan penghuni penjara.

Muladi⁶⁰ menegaskan bahwa pidana perampasan kemerdekaan (penjara) banyak mengandung kerugian-kerugian sebagai berikut :

- a. secara filosofis, terdapat pertentangan, di satu sisi tujuan pidana perampasan kemerdekaan adalah untuk menjamin pengamanan narapidana, tetapi di pihak lain adalah untuk memberikan kesempatan kepadanya untuk direhabilitasi;
- b. perampasan kemerdekaan seringkali mengakibatkan dehumanisasi si pelaku tindak pidana, dan pada akhirnya menimbulkan kerugian berupa ketidakmampuan untuk melanjutkan kehidupannya secara produktif dalam masyarakat;
- c. proses pemenjaraan (prisonisasi) cenderung untuk membuat seorang narapidana menjadi recidivis;
- d. pidana penjara baik yang lama maupun pendek akan menimbulkan stigma (cap jahat) bagi narapidana dan bekas narapidana, sehingga menjauhkan pergaulan dengan masyarakat lainnya;
- e. pidana penjara pendek sangat tidak bermanfaat, sebab tidak dapat menunjang secara efektif kedudukan pidana perampasan kemerdekaan

⁶⁰ Muladi, Lembaga Pidana Bersyarat, (Bandung: Alumni, 1985), hal. 258-259

baik sebagai sarana menjadikan terpidana tidak mampu maupun sebagai sarana pencegahan (umum atau khusus).

Penjara justru tidak akan memperoleh hasil maksimal, atau bahkan menghasilkan efek negatif lebih besar terhadap seseorang terpidana penjara pendek. Penjara pendek ini diasumsikan sebagai setiap pidana penjara di bawah 6 bulan. Jadi, pidana perampasan yang dijatuhkan kurang dari 6 bulan (6 bulan ke bawah) adalah pidana penjara pendek.

Munculnya kritik-kritik tersebut di atas, telah menimbulkan respon positif untuk mencari bentuk-bentuk alternatif dari pidana penjara. Salah satu bentuk untuk mengurangi adanya penerapan pidana pendek adalah dengan merumuskan aturan minimum khusus dalam ancaman pidana penjara. Dengan adanya penetapan ancaman minimum khusus, maka hakim akan lebih tertata dan terkontrol untuk tidak menjatuhkan pidana di bawah minimum yang telah ditentukan.

Selain itu, aturan minimum khusus juga dapat mengantisipasi adanya disparitas pidana. Dengan adanya ketentuan minimum khusus, akan semakin memperkecil rentang perbedaan penerapan pidana, karena hakim hanya dapat menjatuhkan pidana diantara rentang minimum khusus dan maksimum khusus.

Disparitas sebenarnya tidak hanya disebabkan oleh faktor perundang-undangan sebagaimana di atas, namun dipengaruhi pula oleh beberapa faktor lain misalnya faktor hakim baik internal maupun eksternal.

Berbagai usaha telah dilakukan untuk mengatasi disparitas pidana ini. Usaha yang dilakukan dapat dikategorikan ke dalam dua macam pendekatan yaitu pendekatan untuk memperkecil disparitas dan pendekatan untuk memperkecil pengaruh negatif disparitas pidana. Mengenai pendekatan yang pertama, telah ditempuh upaya-upaya sebagai berikut :

1. menciptakan suatu pedoman pemberian pidana yang memberikan kemungkinan bagi hakim untuk memperhitungkan seluruh kejadian-kejadian yaitu berat ringannya tindak pidana, cara terjadinya tindak pidana, pribadi si pembuat. Termasuk dalam usaha ini adalah perumusan pidana minimum khusus.
2. meningkatkan peranan pengadilan banding dalam mengurangi disparitas pidana.
3. pembentukan sejenis *sentencing council*. Hakim yang sedang mengadili perkara dapat berkonsultasi kepada kawan-kawannya dalam lembaga ini.
4. adanya seleksi dan latihan para hakim sebagai usaha untuk mempersiapkan para hakim untuk dapat menjadi hakim yang profesional.

Mengenai pendekatan yang kedua yaitu pendekatan untuk memperkecil pengaruh negatif disparitas pidana, dapat dilakukan melalui kebijaksanaan Lembaga Pemasyarakatan yakni dengan melakukan penyesuaian pidana. Sebagai misal, dalam pengenaan pidana bersyarat,

BISPA harus tetap konsisten memberitahukan atau melaporkan kepada Kejaksaan dan Pengadilan agar orang yang sedang menjalani pidana bersyarat diperintahkan untuk menjalani pidananya.

Meskipun perundang-undangan akhir-akhir ini telah banyak merumuskan ancaman pidana minimum khusus, tetapi operasionalisasinya masih mengalami kendala. Rumusan ancaman pidana minimum khusus ini merupakan penyimpangan dari KUHP namun tidak disertai dengan pedoman / aturan khusus mengenai penerapan pidana minimal khusus ini. Pidana minimal khusus merupakan aturan baru yang belum dikenal dalam KUHP. Pedoman pemidanaan yang selama ini ada adalah sistem maksimum khusus sebagaimana diatur menurut KUHP.

Kendala dimaksud adalah apabila terjadi tindak pidana, namun terdapat hal-hal tertentu yang meringankan atau memberatkan terdakwa (misalnya karena adanya *concurus*). Permasalahan muncul apakah minimum khusus tersebut turut diperingan atau diperberat.

Di samping alternatif berupa pidana bersyarat, pada tataran internasional telah mulai dikembangkan alternatif untuk menghindari pidana perampasan kemerdekaan, terutama pidana penjara pendek.

United Nations Standard Minimum Rules For Noncustodial Measures

1990 merumuskan dalam *Article 1.5* bahwa :

Member States shall develop noncustodial measures within their legal systems to provide other options, thus reducing the use of imprisonment, and to

rationalize criminal justice policies, taking into account the observance of human rights, the requirements of social justice and the rehabilitation needs of offender.

Jadi menurut *United Nations Standard Minimum Rules* di atas mengajak negara-negara anggota hendaknya mengembangkan tindakan non-pemenjaraan di dalam sistem hukum mereka, untuk menyediakan pilihan lain. Dengan begitu mengurangi penggunaan hukuman penjara, dan untuk merasionalkan kebijakan peradilan pidana, mempertimbangkan ketaatan pada hak azasi manusia, kebutuhan keadilan sosial dan kebutuhan rehabilitasi pelaku tindak pidana.

Pengenaan alternatif lain selain penjara bisa dilakukan pada tahap tahap sebelum peradilan, pada saat sidang pengadilan, maupun tahapan setelah putusan pengadilan.

Pada tahun 1960, UN Congress *tentang The Prevention of Crime and The Treatment of Offender* mengeluarkan rekomendasi untuk membatasi atau mengurangi penggunaan yang luas dari pidana penjara pendek.

Sedangkan menurut J. Andenaes sebagaimana dikutip Barda Nawawi Arief, menyatakan bahwa hampir seratus tahun telah dipikirkan suatu tujuan dari pembaharuan pidana untuk menghindari pidana pendek. Pidana-pidana pendek seperti itu tidak memberikan kemungkinan untuk merehabilitasi si pelanggar, tetapi hanya mencap stigma kepada si pelanggar.

Lebih lanjut Andenaes menegaskan ada 2 segi negatif dari pidana penjara pendek yaitu :

- a. tidak membantu / menunjang secara efektif fungsi fungsi membuat tidak mampu;
- b. sebagai general detterent, pidana pendek lebih rendah kualitasnya dari pidana lama.

3. Praktek Pengadilan Dalam Menfungsikan Pidana Bersyarat Sebagai Alternatif Pidana Penjara Pendek

Penggunaan pidana bersyarat sebagai alternatif pidana penjara pendek merupakan salah satu usaha untuk menghindari akibat-akibat negatif dari pidana penjara. Telah disadari ada kenyataan bahwa pidana penjara bukan sarana yang efektif sebagai sarana penanggulangan kejahatan. Pidana penjara justru berpotensi menimbulkan kerugian baik bagi terpidana maupun bagi masyarakat. Banyak usaha yang telah dilakukan untuk merubah fungsi penjara agar menjadi tempat untuk membantu narapidana mempelajari secara lebih baik penyesuaian diri terhadap harapan-harapan masyarakat.

Di sisi lain adanya teori-teori tujuan pemidanaan berpengaruh dalam cara pandang terhadap pemidanaan. Teori-teori tentang tujuan pemidanaan yang dikenal adalah:

- a. Tujuan pemidanaan adalah pencegahan (umum dan khusus);
- b. Tujuan pemidanaan adalah perlindungan masyarakat;
- c. Tujuan pemidanaan adalah memelihara solidaritas masyarakat.

d. Tujuan pemidanaan adalah pengimbalan/pengimbangan.

Pembahasan tentang sejauh mana pidana bersyarat telah difungsikan sebagai alternatif pidana penjara pendek dalam praktek pengadilan, perlu dikemukakan lebih dahulu tentang peraturan yang menjadi dasar praktek pengadilan. Hal ini dipandang perlu guna mendapatkan pemahaman tentang bagaimana pidana bersyarat dapat difungsikan dalam praktek pengadilan.

Praktek pengadilan pidana dapat dilihat sebagai serangkaian proses pemeriksaan perkara pidana dengan mengoperasikan komponen hukum pidana. Komponen hukum pidana tersebut terdiri dari hukum pidana materiil, hukum pidana formil, dan hukum pelaksanaan pidana.

Dengan demikian praktek pengadilan pidana terutama bertumpu pada peraturan hukum pidana materiil atau hukum pidana substantif atau lebih sering disebut hukum pidana dan hukum pidana formil atau hukum acara pidana, serta hukum pelaksanaan pidana atau hukum penitensier.

Hukum pidana materiil atau hukum pidana substansif mengatur tentang perbuatan-perbuatan yang dapat dipidana, syarat-syarat menjatuhkan pidana, dan sanksi pidana. Sumber utama peraturan hukum pidana materiil termuat dalam KUHP.

Sedangkan aturan-aturan dalam hukum acara pidana memberikan petunjuk apa yang harus dilakukan oleh aparat penegak hukum dan pihak-pihak atau orang-orang lain yang terlibat di dalamnya, apabila ada

persangkaan terjadi perbuatan yang melawan hukum atau apa yang disebut kejahatan dalam arti yang luas.

Secara keseluruhan di dalam hukum acara pidana diatur tentang hal-hal sebagai berikut:

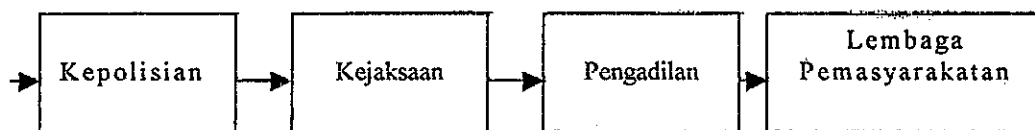
- a. Cara bagaimana negara melalui alat-alat perlengkapannya menemukan kebenaran tentang terjadinya suatu pelanggaran terhadap hukum pidana.
- b. Usaha-usaha yang dijalankan untuk mencari sipelanggar hukum tadi.
- c. Tindakan-tindakan yang dijalankan untuk menangkap sipelanggar hukum tersebut dan jika perlu menahannya.
- d. Usaha-usaha menyerahkan alat-alat bukti yang dikumpulkan dalam hal mencari kebenaran tersebut di atas dan selanjutnya mengajukan sipelanggar hukum ke depan sidang pengadilan.
- e. Cara bagaimana hakim menjalankan pemeriksaan terhadap terdakwa di depan sidang pengadilan dan menjatuhkan putusan tentang salah tidaknya terdakwa tersebut melakukan tindak pidana yang didakwakan kepadanya.
- f. Upaya-upaya hukum yang dapat dijalankan terhadap putusan hakim.
- g. Cara bagaimana putusan hakim tersebut dilaksanakan dan cara pengawasan serta pengamatannya.

Sumber utama peraturan hukum acara pidana termuat dalam KUHAP. Hukum acara pidana berfungsi untuk melaksanakan atau menegakkan hukum pidana materiil. Dengan demikian pengoperasian hukum pidana formil atau hukum acara pidana dalam praktek pengadilan pada hakekatnya merupakan

bagian dari penegakkan hukum di bidang hukum pidana. Sedangkan penegakkan hukum di bidang hukum pidana ini didukung oleh beberapa alat perlengkapan dan peraturan perundang-undangan. Alat perlengkapan tersebut antara lain terdiri dari aparat kepolisian, kejaksaan, pengadilan, dan aparat eksekusi pidana, yang kesemuanya itu biasa disebut sebagai aparat penegak hukum.

Sedangkan peraturan perundang-undangan yang berlaku antara lain meliputi ketentuan-ketentuan hukum acara pidana, Undang-undang kekuasaan kehakiman, Undang-undang tentang Kepolisian, Undang-undang tentang Kejaksaan, dan undang-undang tentang pelaksanaan pidana.

Secara skematis tahap-tahap penyelesaian perkara pidana dapat digambarkan sebagai berikut:



Dalam proses penyelesaian perkara pidana masing-masing instansi tersebut mempunyai wewenang secara berurutan dimulai dari penyidikan, penuntutan, pemeriksaan di sidang pengadilan, diakhiri dengan pelaksanaan dan pengawasan putusan pengadilan. Dengan demikian proses penyelesaian perkara pidana dapat dilihat sebagai suatu proses yang panjang melalui empat tahapan yaitu:

1. Tahap penyidikan;

2. Tahap Penuntutan;
3. Tahap pemeriksaan di sidang pengadilan;
4. Tahap pelaksanaan dan pengawasan putusan pengadilan.

Sebagaimana telah dikemukakan di atas, bahwa KUHP merupakan peraturan hukum pidana positif yang menjadi tumpuan utama dalam praktek pengadilan pidana. Berdasarkan hukum pidana positif yang berlaku di Indonesia tersebut, maka pidana penjara merupakan jenis sanksi yang paling utama dalam penjatuhan pidana perampasan kemerdekaan. Untuk memahami tentang pidana penjara tersebut, perlu meninjau sejarah perkembangan pidana perampasan kemerdekaan.

Sejarah asal-usul pidana penjara tidak dapat dikaji dari keadaan yang terjadi di Indonesia, sebab pada jaman dahulu antara lain pada jaman Majapahit pidana perampasan kemerdekaan tidak dikenal. Yang dikenal adalah pidana pokok berupa pidana mati, pidana potong anggota badan yang bersalah, denda dan ganti kerugian. Ketika Belanda mulai menguasai beberapa bagian dari Indonesia, maka dimana diperlukan diadakan peradilan untuk orang-orang bumiputera dibawah pengawasan pejabat Belanda. Hukum yang berlaku adalah hukum yang berlaku atau dianggap berlaku bagi orang Bumiputera dengan pembatasan antara lain mengenai jenis pidana dan asas keseimbangan di dalam penjatuhan pidana (Jaman Daendels Tahun 1810), pidana pemotongan tangan dan kaki dihapus, sedang yang masih

dipertahankan adalah antara lain pembakaran, penusukan dengan keris, penderaan, mengecap dengan besi yang panas, perantaraan, kerja paksa⁶¹.

Menurut R.A. Koesnoen menurut asal usul kata, penjara berasal dari bahasa Jawa *penjoro* yang berarti tobat. Dipenjara berarti dibikin tobat, sehingga dari sini dapat ditarik kesimpulan bahwa tujuan utama dari penjara adalah penjeratan⁶².

Sementara itu pidana perampasan kemerdekaan di Amerika dan Eropa mengalami beberapa tahap perkembangan sebelum mencapai seperti yang kita kenal dewasa ini. Sampai abad ke-12 kejahatan dipandang sebagai masalah individual yang besar, yang harus diselesaikan, baik melalui permusuhan berdarah, maupun dengan membayar kompensasi kepada pihak lain yang dirugikan. Dalam hal ini tidak ada mekanisme formal yang tersedia untuk menegakkan kebijaksanaan yang terjadi. Setelah penguasa (raja) berkepentingan terhadap pengendalian kejahatan, maka keadaan menjadi lain sebab setelah hal ini terjadi maka apa yang dinamakan sistem koreksi mulai berkembang. Sekali kejahatan dinyatakan sebagai perbuatan yang melawan penguasa atau negara, maka negara dan bukan lagi individu, menjadi lembaga yang harus menuntut balas. Praktek-praktek pengenaan pidana dalam bentuk penderitaan menjadi *standard* dalam rangka menanggapi kejahatan.. Dalam periode ini para pelaku tindak pidana menjadi sasaran pengenaan berbagai

⁶¹ Sudarto, Kapita Selekta Hukum Pidana, *Op.cit.*, hal. 95.

⁶² Muladi, Lembaga Pidana Bersyarat, *Op.cit.*, hal. 91.

macam perlakuan yang dirasakan sangat kejam bilamana diterapkan pada masa sekarang, antara lain berupa mencap dengan besi panas, merusak dan memotong anggota badan serta siksaan fisik lain yang secara sistematis dipakai untuk menghukum para pelanggar hukum.

Bersamaan dengan pidana yang bersifat badaniah tersebut, pembuangan merupakan ciri khas pada masa itu untuk menghukum pelanggar hukum pidana. Pembuangan ini merupakan pernyataan dari negara atau masyarakat, bahwa penjahat tersebut merupakan orang yang mempunyai kedudukan bukan anggota masyarakat lagi. Bentuk-bentuk pembuangan ini dapat bersifat ekstrem dalam arti membuang ke daerah yang terpencil, dapat pula bersifat biasa dalam bentuk pengasingan. Dalam tindak pidana, pembuangan selalu mengandung deportasi dan transportasi.

Sebelum akhir abad ke-18 pemikiran jaman sekarang yang menyatakan bahwa pelaku tindak pidana sebaiknya dikurung selama jangka waktu tertentu di dalam tempat yang dirancang untuk maksud tersebut, dianggap merupakan hal yang asing. Jadi jelas bahwa pada masa-masa berkembangnya bentuk-bentuk dini reaksi masyarakat terhadap kejahatan ini, pemikiran rehabilitasi dan pengembalian pelaku tindak pidana ke masyarakat dengan segala hak-haknya, bukanlah merupakan tujuan utama. Sementara pidana badaniah mencerminkan rasa kebencian masyarakat terhadap penjahat, maka bentuk-bentuk pembuangan mengungkapkan rasa takut anggota masyarakat terhadap para pelanggar hukum. Di lain pihak bentuk-bentuk dini

dari sistem koreksi diarahkan untuk membuat pelaku tindak pidana tidak mampu lagi, dengan maksud untuk melindungi masyarakat, yakni dengan menmpatkan penjahat di tempat yang jauh. Kemungkinan bentuk-bentuk pencegahan yang belum sempurna juga terkandung di dalamnya. Yang jelas faktor pembalasan menjadi pertimbangan yang utama.

Selama abad pertengahan ketika pengenaan pidana yang bersifat badaniah sedang mencapai puncaknya, konsep penjara sebagai teknik koreksi tidak berkembang. Sekalipun demikian bentuk dini dari rumah tahanan mulai muncul dalam bentuk tempat sementara bagi mereka yang dipersiapkan untuk dikirim ke tiang gantungan. Bentuk awal penjara moderen tumbuh pada abad 16 di Inggris. Pada Tahun 1552 Puri *Bridewell* digunakan oleh Edward VI sebagai tempat berteduh bagi pengemis, gelandangan dan anak terlantar, yang kemudian menjadi penyebab tumbuhnya bentuk yang sama di tempat lain dalam bentuk rumah-rumah penjara. Di Negeri Belanda pada Tahun 1596 (di Amsterdam) didirikan "rumah penertib", *tuchthuis*, yang disebut *Rasphuis* yang diperuntukan bagi terpidana pria dan *Spinhuis* untuk terpidana wanita. Pendirian rumah-rumah penertib ini segera diikuti oleh negara-negara lain. Karena kegagalan-kegagalan yang terjadi, maka timbul kritik-kritik tajam terhadap perkembangan tersebut di atas.

Di Amerika konsep dari penjara sebagai bentuk pemidanaan tidak berkembang sampai Abad 18. Penjara pertama yang dibuka adalah *Philadephia's Walnut Street Jail*, yakni pada Tahun 1776. Selanjutnya pada

Tahun 1829 penjara kedua dibuka di Cherry Hill, Pennsylvania. Sistem penjara Pennsylvania didasarkan atas konsep pengurungan tersendiri (*Isolitary confinement*). Narapidana dikurung di dalam sel-sel tersendiri dan kepada mereka diberikan sebuah Kitab Injil untuk dibaca, dan diminta untuk menjalankan penebusan dosa dan memperbaiki kelakuannya yang jahat. Kegiatan tambahan berupa pendidikan agama dalam membentuk penjara yang bersifat dini ini menumbuhkan istilah *penitentiary* yang mempunyai akar kata yang sama dengan kata *repent* yang berarti bertobat atau menyatakan penyesalan.

New York State mengikuti Pennsylvania yakni dengan menerapkan sistem penjara Auburn pada Tahun 1819. Kemudian diikuti oleh penjara Sing-Sing yang dibangun di Ossining. Sistem New York ini didasarkan atas sistem organisasi kelompok yang di dalamnya para narapidana bercampur satu sama lain di dalam tembok penjara untuk bekerja di dalam berbagai macam tugas. Sementara para penghuni penjara diharapkan untuk bekerja mencari nafkah, dan bilamana mungkin menghasilkan keuntungan bagi penajara, maka cukup beralasan untuk menyatakan bahwa jiwa kapitalis melatar belakangi penemuan penjara-penjara di Amerika.

Dalam perkembangannya kemudian sistem New York mempengaruhi perkembangan penjara-penjara di Amerika, sedangkan sistem Pennsylvania berpengaruh di Eropa, dan kemudian juga di Indonesia (Hindia Belanda). Hampir semua lembaga penjara yang dibangun di Amerika Serikat sejak

tahun 1800 mengikuti *Auburn -Sing-Sing*. Tembok yang tinggi, menara-menara pengawas bersenjata, deretan bertingkat dari sel-sel yang berpaling pintu dan sebagainya menjadi ciri utamanya.

Di samping kedua sistem tersebut dikenal pula sistem progresif (*progressive stage system*) yang timbul di Inggris pada Abad 19. Salah satu pokok pikirannya adalah supaya peralihan dari kemerdekaan ke pidana penjara tersebut dirasakan betul-betul oleh terpidana, dan sebaliknya peralihan dari pidana penjara ke pembebasan diadakan secara berangsur-angsur, sehingga terpidana dipersiapkan untuk mampu hidup dengan baik dalam masyarakat. Metode yang dipergunakan adalah mula-mula terpidana dikurung dalam sel selama beberapa bulan, kemudian disusul oleh suatu periode bekerja bersama di siang hari dan dikurung tersendiri di malam hari. Selama periode kedua ini terpidana harus melalui beberapa tingkatan sampai berangsur-angsur dianggap menjadi baik. Kemajuan dalam tingkatan-tingkatan itu didapat dengan memperbaiki kelakuannya, sampai akhirnya mendapatkan lepas bersyarat.

Gerakan -gerakan pembaharuan sistem penjara terus berkembang sebagai akibat dari gerakan kemanusiaan yang menganggap narapidana sebagai manusia yang utuh yang harus disosialisasikan dan ditunjang pula oleh penemuan-penemuan ilmiah baik ilmu sosial maupun ilmu alam yang bersifat empiris.

Ditinjau secara empiris, gerakan pembaharuan yang pertama dapat dilihat dari apa yang dilakukan oleh Captain Alexander Maconochie (1787-1860) di dalam salah satu koloni pembuangan kriminal di Australia setelah Tahun 1840. Ia ditugaskan disebuah koloni kriminal Inggris di Australia dan Norfolk Island yang sangat buruk keadaannya. Ia mengadakan perbaikan-perbaikan antara lain dalam bentuk pengenalan apa yang disebut komutasi (*comutation*) melalui tingkah laku yang baik dan kerajinan. Ia memperkenalkan "*mark system*", yakni suatu sistem yang membebani para narapidana dengan sejumlah tanda penilaian, yang didasarkan atas berat ringannya kejahatannya yang dilakukannya. Dalam hal ini setiap narapidana harus menebusnya dengan bekerja dan berkelakuan baik. Makin cepat hal ini dikerjakan, makin cepat ia dilepaskan.

Sistem yang dikembangkan oleh Maconochie dalam bentuk mark sistem ini kemudian dikembangkan oleh Sir Walter Grotton di Irlandia. Dalam hal ini Grotton menamakan sistemnya sebagai Sistem Antara atau Sistem Irlandia. Sistem ini mengkombinasikan pemikiran-pemikiran dasar dari reformasi, penentuan saat-saat pembinaan tingkah laku di penjara, penilaian-penilaian terhadap kemajuan atau peningkatan dalam rangka pembebasan melalui tahapan-tahapan kebebasan dan pertanggungjawaban, penekanan terhadap pentingnya pendidikan ketrampilan industri untuk mencapai kepercayaan terhadap diri sendiri, dan penggunaan sistem pelepasan bersyarat yang masih bersifat elementer.

Pembaharuan yang terkenal yang dilakukan di Amerika Serikat terjadi pada Tahun 1876, yakni dengan didirikannya lembaga pendidikan di Elmira, New York. Di dalam lembaga pendidikan Elmira, maka para penghuninya dibedakan di dalam tiga tingkatan.⁶³ Pada waktu masuk setiap narapidana ditempatkan pada tingkatan kedua. Setelah enam bulan dengan tingkah laku yang baik, narapidana dimasukkan ke dalam tingkat pertama dan enam bulan selanjutnya dengan tingkah laku yang baik narapidana tersebut berhak untuk memperoleh lepas bersyarat (*parole*). Kelakuan yang buruk narapidana akan menimbulkan sanksi berupa penurunan ke tingkat ketiga. Kelakuan yang baik selama sebulan akan dapat mengembalikannya ke tingkat kedua. Narapidana yang tidak dapat diperbaiki lagi diharuskan untuk menjalani maksimum pidananya.

Pembahasan tentang sejauh mana pidana bersyarat difungsikan sebagai alternatif pidana penjara pendek juga di Indonesia sebagai suatu sistem pembinaan luar Lembaga Pemasyarakatan, harus berpijak pada peraturan pokok yang mengaturnya yaitu KUHP. Dilihat dari sisi sejarahnya, maka kodifikasi hukum pidana ini praktis merupakan turunan *wetboek van strafrecht* negeri Belanda yang selesai dibuat Tahun 1881 dan mulai berlaku Tahun 1886, dengan beberapa penyimpangan menurut kebutuhan dan keadaan

⁶³ *Ibid.*, hal.99.

tanah jajahan Hindia Belanda. Secara teoritis KUHP merupakan buah hasil dari aliran klasik, yang berpijak pada tiga tiang yaitu :

- a. Azas Legalitas, yang menyatakan bahwa tiada pidana tanpa undang-undang dan tiada tindak pidana tanpa undang-undang dan tiada penuntutan tanpa undang-undang;
- b. Azas kesalahan, yang berisi bahwa orang hanya dapat dipidana untuk tindak pidana yang dilakukannya dengan sengaja atau karena kealpaan;
- c. Azas pengimbangan (pembalasan) yang sekuler, yang berisi bahwa pidana secara konkrit tidak dikenakan dengan maksud untuk mencapai suatu hasil yang bermanfaat, melainkan setimpal dengan berat ringannya perbuatan yang dilakukan⁶⁴.

Sekalipun demikian perkembangan hukum pidana di Indonesia, pidana makin dihumanisasikan dan sedapat mungkin diterapkan dengan suatu cara sehingga juga memberikan sumbangan pada resosialisasi dari pelaku tindak pidana.

Sesuai dengan perkembangan sistem pemasyarakatan sebagai pengganti sistem kepenjaraan di Indonesia telah mengikuti perkembangan dunia sejak 27 April 1964 yaitu dengan sistem perlakuan / pembinaan pelanggar hukum di dalam / di luar Lembaga Pemasyarakatan maka pidana

⁶⁴ Muladi dan Barda Nawawi Arief, Teori-Teori Dan Kebijakan Pidana, *Op.cit.*, hal 26-27.

tidak lagi semata-mata merupakan suatu penerapan penderitaan tetapi sering kali berisi nilai positif.

Dalam hukum pidana Indonesia perkembangan ini terlihat antara lain dengan dimasukkannya Pasal 14a – 14f ke dalam W.v.S. tahun 1915 pada Tahun 1926 Staatblad Tahun 1926. No. 251. Jo. No. 486, beserta ordonasi pelaksanaannya (Stbl. 1926 No. 487) tentang pidana bersyarat (*Voor Waardelijke Veroordeling*).

Pidana bersyarat tersebut bukan pidana pokok sebagaimana pada pidana pokok lain, melainkan merupakan cara penerapan pidana sebagaimana pidana yang tidak bersyarat seperti tercantum dalam Pasal 10 KUHP.

Dalam praktek penjatuhan pidana selama ini diperoleh gambaran bahwa masih kurangnya fungsionalisasi pidana penjara bersyarat. Dari data yang diperoleh dari PN Semarang diperoleh gambaran bahwa pada tahun 2001, dari total perkara yang masuk (572 perkara), perkara yang diputus dengan pidana pendek sejumlah : 285, pada tahun 2002 jumlah total : 631, pidana pendek : 286, pada tahun 2003 jumlah total 753, pidana pendek : 440. jumlah tersebut apabila dibandingkan dengan penjatuhan pidana bersyarat pada tahun yang sama tersaji sebagai berikut pada tahun 2001 hanya ada 1 putusan pidana bersyarat, pada tahun 2002 terdapat 23 putusan pidana bersyarat, sedang pada tahun 2003 hanya terdapat 13 putusan.

Dari gambaran tersebut di atas tersimpul, bahwa terdapat begitu banyak putusan pidana pendek, sedang di sisi lain masih sedikit / tidak difungsikannya pidana bersyarat.

Secara lengkap gambaran tersebut dapat dilihat dalam tabel sebagai berikut :

Tahun	2001	2002	2003	Jml Total
Jml Putusan	572	631	753	1956

Tabel 1. Jumlah Perkara pidana yang diperiksa dan diputus tahun 2001 s/d 2003.

Lama pidana	1 Bulan	2 Bulan	3 Bulan	4 Bulan	5 Bulan	6 Bulan
Jumlah putusan	13	25	51	43	75	78

Tabel 2 . Jumlah Putusan pidana penjara/kurungan antara 1bulan s/d 6 bulan tahun 2001.

Lama pidana	1 Bulan	2 Bulan	3 Bulan	4 Bulan	5 Bulan	6 Bulan
Jumlah putusan	8	27	65	65	53	68

Tabel 3. Jumlah Putusan pidana penjara/kurungan antara 1bulan s/d 6 bulan tahun 2002.

Lama pidana	1 Bulan	2 Bulan	3 Bulan	4 Bulan	5 Bulan	6 Bulan
Jumlah putusan	15	28	117	83	89	108

Tabel 4. Jumlah Putusan pidana penjara/kurungan antara 1 bulan s/d 6 bulan tahun 2003.

Tahun	2001	2002	2003	Jml total
Jumlah Putusan	1	23	13	37

Tabel 5. Jumlah Putusan Pidana bersyarat tahun 2001 s/d 2003.

Berdasarkan tabel di atas menunjukkan bahwa pidana bersyarat selama ini belum difungsikan. Padahal penjatuhan pidana pendek tergolong sangat banyak. Hal ini dapat terlihat dari tabel berikut :

No	Tahun	Jumlah Perkara diputus	Penjatuhan pidana pendek (1-6 bulan)	Pidana bersyarat (prosentase dari pidana pendek)
1.	2001	640	285 (41,4%)	1 (0,35 %)
2.	2002	672	286 (42,6 %)	23 (8,04 %)
3.	2003	812	440 (54,19%)	13 (2,95%)

Tabel 6. Perbandingan antara jumlah perkara yang diputus, penjatuhan pidana pendek dan penjatuhan pidana bersyarat di PN Semarang.

Dari sajian tabel di atas terlihat jelas bahwa hanya prosentase kecil saja yang dijatuhi pidana bersyarat terhadap terpidana penjara pendek. Belum difungsikannya pidana bersyarat sebagai alternatif pengganti pidana penjara pendek dimungkinkan karena masih terdapatnya beberapa kendala yang menyertai pelaksanaan pidana bersyarat.

4. Keuntungan-Keuntungan Pidana Bersyarat

Telah dijelaskan bahwa perkembangan sistem pemidanaan dari bentuk pidana hilang kemerdekaan, bergerak kepada bentuk-bentuk tindakan dan pidana luar lapas (*non- Institutional / non- Custodial Treatment*). Pandangan ini karena adanya pendapat bahwa pembinaan dalam lapas dianggap kurang

efektif, dikaitkan dengan kemajuan filsafat hidup, khususnya timbulnya perjuangan hak-hak asasi manusia (HAM).

Adanya pandangan bahwa pidana bersyarat/probation dan bentuk-bentuk lain dianggap banyak menguntungkan dari berbagai pihak. Hal ini terbukti pula dengan makin meningkatnya putusan pidana bersyarat baik di dalam maupun diluar negeri sehingga banyak usaha untuk penyempurnaan lembaga pidana bersyarat terutama setelah kongres oleh Sub. Committee II, *The Sixth United Nation Congress in The Prevention Of Crime And Treatment Of Offenders* Tahun 1980 di Caracas.

Demikian pula hasil Kongres terakhir PBB telah dikeluarkan keputusan tentang "*The Sandard Minimum Rules for Non custodial measures*", adopted by *The General Assembly Of The United Nations, held in April 1991*", disebut juga "Tokyo Rules"

Dalam kongres PBB ditekankan pentingnya pemilihan Pidana bersyarat / Probation sebagai alternatif yang menguntungkan dengan melibatkan partisipasi masyarakat dalam pembinaan klien luar lapas. Terutama bagi pelanggar hukum pemula (*first offenders*) kecuali tindak pidana berat, hendaknya diberikan *suspended sentence* / pidana yang ditunda/ ditempatkan dalam probation/ tindakan yang semacam (VV di Indonesia).

Bentuk-bentuk semacam pidana bersyarat tersebut mempunyai keuntungan-keuntungan bagi klien antara lain :

1. Pidana bersyarat akan memberi kesempatan kepada pelaku untuk memperbaiki dirinya dalam masyarakat dengan syarat kesejahteraan terpidana dalam hal ini dipertimbangkan sebagai suatu hal yang utama daripada resiko yang mungkin diderita oleh masyarakat seandainya pelaku dibina di tengah masyarakat. Hal utama yang perlu diperhatikan adalah kesejahteraan mental terpidana / *mental health*.
2. Keuntungan kedua adalah bahwa pidana bersyarat memungkinkan terpidana untuk melanjutkan kebiasaan hidupnya sehari-hari sebagai manusia, sesuai nilai-nilai yang ada di masyarakat. Kebiasaan-kebiasaan tersebut antara lain :
 - a. Melakukan tugas pekerjaannya;
 - b. Melaksanakan kewajiban-kewajiban di dalam keluarga;
 - c. Ikut serta dalam kegiatan yang bermanfaat baginya sehingga anggota masyarakat dan sebaliknya bermanfaat bagi masyarakat.
3. Manfaat ketiga adalah akan mencegah terjadinya stigma yang diakibatkan oleh pidana perampasan kemerdekaan. **Richard. D Schwartz dan Jerome H Skolnick** disebut sebagai salah satu konsekuensi di luar hukum yang harus dipertimbangkan dalam kebijaksanaan para penegak hukum. Stigma ini dirasakan pula oleh keluarganya, anak, istri/ suami. Sehubungan dengan situasi ini maka keluarga terpidana harus memberikan simpati, dorongan-dorongan positif dan bantuan yang bersifat disiplin dan materiil.

Di samping itu pidana bersyarat dari segi masyarakat mempunyai keuntungan sebagai berikut:

1. Dalam menentukan putusan salah satu pertimbangan utama adalah sejauh mana unsur pokok kehidupan masyarakat memperoleh manfaat dari pemberian Pidana bersyarat tersebut. Hal ini dapat diamati dari kesejahteraan klien dalam pekerjaan yang secara ekonomis menguntungkan masyarakat. Demikian pula keberadaan dan keikutsertaan terpidana dalam kehidupan keluarga merupakan suatu yang sangat bernilai dari sudut masyarakat.
2. Manfaat kedua bila ditinjau dari segi masyarakat bahwa secara finansial maka terpidana yang dibina diluar lapas, pidana bersyarat Balai Bispa biasanya lebih murah dari pada jika dibina di dalam lapas.
3. Bila ditinjau dari segi pelaksana pidana bersyarat yaitu "*Probation Officer/ pembimbing kemasyarakatan*". *Probation Officer* dapat menggunakan segala fasilitas yang ada di masyarakat dalam rangka *social Re Integration*. Fasilitas dapat berupa :
 - a. Jasa pengadaan lapangan kerja pemerintah/ swasta;
 - b. Bantuan pembinaan dari masyarakat Organisasi Sosial/ Perorangan (*Volunteer Probation Officer*).

Pidana bersyarat dapat memenuhi tujuan pemidanaan yang bersifat integratif dalam fungsinya sebagai sarana pencegahan (umum dan khusus), perlindungan masyarakat dan memelihara solidaritas masyarakat.

Jadi, perlu diingatkan kembali bahwa Pidana bersyarat bukan merupakan sikap kemurahan hati, pemberian ampun/ pembebasan. Sebab pidana bersyarat merupakan suatu keadaan dinamis untuk pemecahan masalah, dalam rangka mengatasi sebab musabab kejahatan oleh sipelaku dan usaha untuk menetralsir sebab musabab kejahatan- kejahatan tersebut, dengan kata lain sebagai sarana perencanaan dan pembinaan pelanggar hukum maka pembinaan luar lapas merupakan suatu hal hal yang besar manfaatnya.

Pidana bersyarat dimaksudkan sebagai pengganti pidana penjara apabila si terpidana sanggup melakukan syarat-syarat yang telah ditentukan. Artinya, terpidana tidak perlu menjalani pidana perampasan kemerdekaan yang telah dijatuhkan hakim, asalkan si terpidana bersedia melakukan syarat-syarat yang telah ditentukan.

5. Hambatan-Hambatan Penerapan Pidana Bersyarat.

Pembinaan di luar lembaga pemasyarakatan merupakan suatu usaha pembinaan pelanggar hukum yang sangat positif, ditinjau dari segi pelaku tindak pidana yang bersangkutan, masyarakat dan pemerintah khususnya sebagai sarana pencegahan dan pembinaan pelanggar hukum. Namun demikian dalam pelaksanaannya banyak faktor yang menghambat tujuan tersebut, yaitu untuk menghindari terjadinya tindak pidana lebih lanjut dengan membantu klien agar belajar hidup di dalam masyarakat yang telah dirugikan olehnya. Berbagai faktor yang dirasakan sebagai hambatan antara lain adalah:

1. Sistem Pengawasan dan Pembinaan.

Dalam pelaksanaan pengawasan terdapat dua macam yaitu pengawasan umum dan khusus.

- a. Pengawasan umum oleh jaksa yang bersangkutan sebagaimana tercantum dalam pasal 14a (1) KUHP; pengawasan umum ini sifatnya keharusan (imperatif) akan tetapi dalam prakteknya pengawasan oleh jaksa ini hanya secara lapor diri saja sehingga praktis kurang efektif, karena tidak dapat memantau keadaan klien dan lingkungannya. Hal ini karena fungsi jaksa sebagai penuntut umum bukan tenaga Pembimbing Kemasyarakatan/*Probation Officer*.
- b. Sedangkan pengawasan khusus dilakukan oleh badan-badan sosial/reclasering dan petugas istimewa (*amtenaar der reclassering*) yang sekarang dinamakan pembimbing kemasyarakatan pada Balai Pembimbing Kemasyarakatan (Bapas) tercantum dalam Pasal 14d (2) maupun Pasal 11,12, & 13 Stbl. Tahun 1926 No. 487 Ordonansi pelaksanaan pidana bersyarat.

Pasal 5 (a) Ordonansi Pidana bersyarat menyatakan tentang pelaksanaan pengawasan terhadap klien pidana bersyarat disertai syarat-syarat khusus. Pengawasan khusus ini sifatnya fakultatif yang di dalam KUHP tidak disebut secara eksplisit tetapi hanya dalam bentuk memberi pertolongan dan bantuan terhadap terpidana dalam memenuhi syarat khusus. Kiranya hal ini dengan maksud untuk mencegah resiko diadakan pengawasan yang

bukan-bukan. Padahal pembinaan yang dilakukan oleh Pembimbing Kemasyarakatan lebih intensif daripada yang diberikan jaksa, tidak hanya lapor diri tetapi dengan kunjungan rumah, pemberian keterampilan, pengarahan keluarga, bimbingan mental dan spiritual dan menggunakan sarana yang ada pada masyarakat.

Sebagaimana diatur di dalam Pasal 280 (4) KUHAP hakim pengawas dan pengamat bertugas mengawasi dan mengamati klien Pidana bersyarat akan tetapi tugas inipun belum berfungsi dengan baik karena belum adanya peraturan pelaksanaannya, sekalipun telah dilengkapi biaya pelaksanaannya oleh Departemen Kehakiman dan HAM.

Dalam praktek telah dilakukan bahwa alasan praktis masalah Pidana bersyarat ini:

- a. Karena kemampuan untuk mengawasi masih terbatas karena belum cukup sarana dan prasarana yang tersedia sebab berhasilnya pembinaan klien ini akan tergantung pada baik tidaknya pengawasan atas terpenuhinya syarat umum maupun khusus.
- b. Perkembangan badan *reclasing* dan relawan Pembimbing Kemasyarakatan (*Volunteer Probation Officer*) perorangan sangat menurun dibanding sebelum Tahun 1952, juga pemberian subsidi dari pemerintah tidak memadai bahkan terhenti.

2. Faktor Perundang-undangan.

Belum adanya kesatuan pandangan tentang pedoman penerapan Pidana bersyarat yang meliputi hakekat, tujuan yang hendak dicapai dan ukuran dalam menjatuhkan Pidana bersyarat.

Bagi Balai BISPA yang telah lama berdiri sejak 1970 (SK. Terbit tahun 1968) dengan dasar keputusan presiden Kabinet Ampera No. 75/U/Kep/II/1966 yang diharap dalam RUU hukum pidana, RUU pemasyarakatan, RUU hukum peradilan anak bahkan dalam KUHP tidak ada "*cantelannya*" tidak satupun pasal yang membahasnya.

3. Teknis Administrasi.

Dalam pelaksanaan pembinaan klien banyak hambatan klien :

- a. Klien yang akan dibina sering tidak berada di rumah.
- b. Klien berdomisili jauh dipelosok yang sulit dijangkau.
- c. Klien berpindah tempat tanpa memberitahukan
- d. Salinan vonis tidak diserahkan Balai Bispa hanya model P.K 30 dari Jaksa
- e. Luasnya wilayah Balai Bispa, misalnya di Semarang hanya satu Balai Bispa.

4. Sarana dan Prasarana.

Bagi Balai Bispa selaku pelaksana teknis pembinaan klien mengalami hambatan antara lain sebagai berikut:

- a. kurangnya tenaga pembimbing kemasyarakatan.
- b. balai Bispa tidak memiliki kendaraan bermotor roda 2 atau roda 4.

c. biaya perjalanan dinas sangat-sangat terbatas padahal untuk atau dalam rangka :

- 1) sidang ke pengadilan negeri
- 2) sidang DPP ke lapas
- 3) home visit, baik untuk mencari data guna pembuatan *social case study* atau rit-mas, P. N dan lapas. Juga dalam rangka bimbingan klien, orang tua dan lingkungan masyarakat klien.

5. Proses penjatuhan pidana.

Dalam proses penjatuhan pidana ini juga terdapat hambatan pelaksanaan Pidana bersyarat antara lain :Klien yang bersangkutan tidak mendapat petikan vonis hakim, sehingga tidak mengetahui syarat – syarat yang terkait dalam pidana tersebut. Dalam Pasal 226 (1) KUHAP disebutkan klien dan pengacara mendapat petikan vonis sedang”Pembimbing Kemasyarakatan” yang membina tidak terkait dalam KUHAP.

Dengan melihat banyaknya kendala / hambatan pelaksanaan pidana bersyarat sebagaimana di atas, seolah menjadi alasan bagi hakim untuk tidak menjatuhkan pidana bersyarat. Sehingga menurut pendapat mereka lebih praktis dan mudah dijatuhkan pidana penjara (pendek) daripada menjatuhkan pidana bersyarat.

B. Perwujudan Ide Alternatif Pidana Penjara Pendek Dalam Kebijakan Formulasi Pidana Bersyarat

Di muka telah disinggung bahwa kebijakan formulatif / kebijakan legislatif merupakan kebijakan yang paling strategis jika dibandingkan dengan kebijakan yudikatif dan eksekutif. Hal ini karena kebijakan formulatif merupakan dasar / batu pijakan untuk kebijakan-kebijakan lain setelahnya. Penuangan konsep menjadi kebijakan formulatif mengenai pidana, dalam hal ini adalah pidana bersyarat, bukanlah pekerjaan yang mudah dan serampangan. Harus digali berbagai pemikiran agar dapat terpenuhi keseimbangan antara perlindungan masyarakat dan pembinaan pelaku. Dalam tataran teoritik, sedikitnya dikenal 3 pokok pikiran yang berbeda dalam perumusan pidana bersyarat. Pada pertengahan Abad XIX di Inggris dan Amerika diatur tentang probation (pidana bersyarat) yang menganut model *common law system*. Kemudian berkembang Di daratan Eropa (Belgia-Perancis) juga mulai dikenal lembaga probation dengan konsep yang berbeda. Konsep ini dikenal dengan *continental system*. Bentuk ketiga dari model perumusan adalah campuran antara *common law system* dan *continental system*.

Pada sistem *continental*, pidana tetap dijatuhkan, hanya saja pelaksanaannya ditiadakan dengan syarat-syarat tertentu. Sedang pada *common law system* terdakwa hanya dinyatakan bersalah sedangkan pidananya ditunda. Di samping itu, perbedaan selanjutnya adalah bahwa sistem kontinental tidak mengenal syarat-syarat khusus dan pengawasan khusus pula. Jadi, tujuan pidana

bersyarat adalah hanya untuk menghindari pidana penjara pendek. Hal ini karena pidana pendek dirasakan lebih banyak mengandung kerugian dibanding dengan keuntungan yang dapat diraihinya. Sedang di Inggris (*Anglo-Saxon*), lembaga pidana bersyarat mempunyai tujuan positif yaitu dengan mengadakan pengawasan-pengawasan.

Secara sepintas rumusan formulatif mengenai pidana bersyarat sebagaimana dirumuskan oleh KUHP sebagai induk hukum pidana dapat dikatakan mengikuti percampuran kedua sistem. Namun demikian model Belgia-Perancis lebih dominan. Putusan hakim pidana di Indonesia tidak hanya menyatakan bahwa terdakwa bersalah, tetapi juga menetapkan pidananya. Hanya saja, pelaksanaannya yang diadakan dengan syarat-syarat tertentu. Dengan demikian pidana bersyarat di Indonesia disertai adanya syarat-syarat khusus dan pengawasan-pengawasan khusus.

1. Pengaturan Pidana Bersyarat Dalam KUHP

Berbicara tentang pidana bersyarat (P.B) di Indonesia sebagai suatu sistem pembinaan luar lapas, harus berpijak pada peraturan pokok yang mengaturnya yaitu KUHP. Hukum pidana positif Indonesia berdasarkan UU. No.1 Tahun. 1946 tetap bertumpu pada "*Wetboek Van Strafrecht Voor Nederlands Indie*" yang merupakan keputusan raja (*Koninklijk Besluit*) tanggal 15 Oktober 1915 No. 33 dan mulai berlaku sejak tanggal 1 Januari 1918.

Kodifikasi hukum pidana ini praktis merupakan turunan *wetboek van strafrecht* negeri Belanda yang selesai dibuat Tahun 1881 dan mulai berlaku Tahun 1886, dengan beberapa penyimpangan menurut kebutuhan dan keadaan tanah jajahan Hindia Belanda. KUHP yang merupakan buah hasil dari aliran klasik, yang berpijak pada tiga tiang yaitu :

1. Azas Legalitas, yang menyatakan bahwa tiada pidana tanpa undang-undang dan tiada penuntutan tanpa undang-undang.
2. Azas kesalahan, yang berisi bahwa orang hanya dapat dipidana untuk tindak pidana yang dilakukannya dengan sengaja atau karena alpa/kealpaan.
3. Azas pengimbangan / pembalasan yang sekuler, yang berisi bahwa pidana secara tidak konkrit untuk mencapai suatu hasil yang bermanfaat, melainkan setimpal dengan berat ringannya perbuatan yang dilakukan, demikian pendapat Sudarto.

Sekalipun demikian perkembangan hukum pidana di Indonesia, pidana makin "dihumanisasikan" dan sedapat mungkin diterapkan dengan suatu cara sehingga juga memberikan sumbangan pada "resosialisasi" dari pelaku tindak pidana.

Sesuai dengan perkembangan sistem pemasyarakatan sebagai pengganti sistem kepenjaraan di Indonesia telah mengikuti perkembangan dunia sejak 27 April 1964 yaitu dengan sistem perlakuan / pembinaan pelanggar hukum di

dalam / di luar lapas. Dengan demikian maka pidana tidak lagi semata-mata merupakan suatu penerapan penderitaan tetapi sering kali berisi nilai positif.

Dalam hukum pidana Indonesia perkembangan ini terlihat antara lain dengan dimasukkannya Pasal 14a – 14f ke dalam W.v.S. Tahun 1915 pada Tahun 1956 Staatblad Tahun 1926. No. 251. Jo. No. 486, beserta ordonansi pelaksanaannya (Stbl. 1926 No. 486) tentang pidana bersyarat (*Voor Waardelijke Verordeling*).

Pidana bersyarat tersebut bukan pidana pokok sebagaimana pada pidana pokok lain, melainkan merupakan cara penerapan pidana sebagaimana pidana yang tidak bersyarat (seperti tercantum dalam Pasal 10 KUHP). Di dalam Pasal 14a KUHP dinyatakan bahwa pidana bersyarat hanya dapat dijatuhkan apabila menemui syarat – syarat sbb :

1. Dalam putusan yang menjatuhkan pidana penjara, asal lamanya tidak lebih dari satu tahun. Jadi dalam hal ini “Pidana Bersyarat” dapat dijatuhkan dalam hubungan dengan pidana penjara. Dengan syarat hakim tidak ingin menjatuhkan pidana lebih dari satu tahun. Yang menentukan bukanlah pidanayang diancamkan atas tindak pidana yang dilakukan tetapi pidana yang akan dijatuhkan pada si terdakwa.
2. Pidana bersyarat dapat dijatuhkan sehubungan dengan pidana kurungan dengan ketentuan tidak termasuk pidana kurungan pengganti denda. Mengenai pidana kurungan ini tidak diadakan pembatasan, sebab maksimum dari pidana kurungan adalah satu tahun.

3. Dalam hal menyangkut pidana denda maka Pidana bersyarat dapat dijatuhkan dengan batasan bahwa hakim harus yakin bahwa pembayaran denda betul-betul akan dirasakan berat oleh si terdakwa.

Dalam Pasal 14a ini yang terdiri dari 5 ayat pada pokoknya ialah orang yang dijatuhi hukuman tetapi hukuman itu tidak usah dijalankan kecuali di kemudian hari ternyata siterhukum sebelum habis menjalankan masa percobaan berbuat melanggar persyaratan umum. Jadi putusan penjatuhan pidana penjara tetap ada, hanya pelaksanaannya ditangguhkan (ini sesuai dengan sistem kontinental). Maksud dari penjatuhan pidana bersyarat semacam itu ialah untuk memberi kesempatan kepada siterhukum yang bersangkutan supaya selepas masa percobaan ini memperbaiki diri dengan tidak melakukan perbuatan pelanggaran hukum lagi dan tidak melanggar perjanjian yang diberikan padanya oleh hakim dengan harapan jika berhasil, pidana penjara yang dijatuhkan kepadanya tidak usah dijalani selamanya.

Selanjutnya dalam ayat (2) menunjukkan pula bahwa terhadap penghasilan-penghasilan negara, bea cukai tidak boleh dijatuhkan pidana bersyarat, maksudnya ialah perbendaharaan negara jangan sampai dirugikan oleh keputusan hakim.

Pidana bersyarat di Indonesia ini tujuannya baik sekali, akan tetapi dalam prakteknya sangat disayangkan kebanyakan tidak dimengerti oleh klien yang bersangkutan mereka memandang keliru sebagai putusan bebas.

Selanjutnya dalam Pasal 14b KUHP ditentukan masa percobaan selama tiga (3) tahun bagi kejahatan dan pelanggaran yang tersebut dalam Pasal 492,504,506 dan Pasal 536 KUHP dan bagi pelanggaran lainnya setinggi-tingginya dua (2) tahun. Pasal 146 ini terdiri dari tiga ayat. Di dalam Pasal 14b ini lama masa percobaan bagi kejahatan – kejahatan dan pelanggaran – pelanggaran yang ditentukan dalam pasal tersebut ialah:

- a. Mabuk dengan mengganggu ketertiban umum (Pasal 492);
- b. Minta- minta ditempat umum (Pasal 504);
- c. Berbuat sebagai mucikari (Pasal 506);
- d. Terlihat mabuk di tempat umum (Pasal 536);

Maksimum masa percobaan tiga (3) tahun, sedang bagi pelanggar lainnya adalah dua (2) tahun.

Di dalam pasal 14c KUHP ditentukan bahwa di samping syarat umum bahwa terpidana tidak akan melakukan tindak pidana lagi. Hakim menetapkan syarat-syarat khusus. Pasal 14c ini terdiri dari tiga ayat :

- a. Dalam ayat (1) menjelaskan bahwa klien dalam waktu pendek dari masa percobaannya harus mengganti seluruh / sebagian kerugian yang ditimbulkan oleh perbuatan pidananya. Jadi semacam ganti rugi.
- b. Dalam ayat (2) hakim dapat menetapkan syarat khusus lainnya mengenai tingkah laku klien yang bersangkutan yang harus dipenuhi selama masa percobaan / sebagian dari masa percobaan.

c. Dalam ayat (3) menjelaskan / berisi bahwa syarat – syarat tersebut di atas tidak boleh mengurangi kemerdekaan agama / kemerdekaan politik klien yang bersangkutan.

Pasal 14d (3) berisi tentang pengawasan dan bantuan yang menunjuk lembaga / badan dan “pegawai istimewa” itu diatur dalam Ord. P. B STBL 1926 No.251. Jo. 486 di ubah dengan L. N 1934 No. 172. Jadi sebelum Bispa berdiri hakim menunjuk pada badan-badan *reclasing* / pra yuwana / suatu lembaga pendidikan lain dan pegawai istimewa tersebut untuk mengawasi klien yang bersangkutan yang berada di luar negeri.

Mereka wajib melaporkan secara berkala kepada hakim hasil bimbingan, keterampilan, pendidikan dan pencarian pekerjaan klien. Demikian pula jika ada kegagalan bimbingan pengawasannya harus segera dilaporkan.

Pasal 14e berbunyi : baik sesudah menerima usulan dari *ambtenar* yang disebut dalam ayat (1) Pasal 14d, maupun atas permintaan siterhukum, maka dalam masa percobaan itu hakim yang pertama menjatuhkan hukuman boleh mengubah perjanjian istimewa yang ditentukan / masa berlaku perjanjian itu diadakan dalam masa percobaan boleh memerintahkan hal memberi bantuan itu kepada orang daripada yang sudah diwajibkan, atau boleh menambah lamanya masa percobaan itu sekali lagi. Tambahan itu tidak boleh lebih dari seperdua masa yang telama yang dapat ditentukan untuk masa percobaan. Tetapi bila syarat umum dan khusus tersebut tidak dipenuhi maka berdasarkan Pasal 14f (1) hakim atas usul “pejabat yang berwenang”

menyuruh menjalankan putusan dapat memerintahkan supaya pidananya dijalankan atau memerintahkan supaya atas namanya diberikan peringatan pada klien yang bersangkutan.

Pasal 14d KUHP mengatur tentang pejabat yang diserahi tugas untuk mengawasi supaya syarat – syarat dipenuhi. Pasal 14d ini terdiri dari tiga ayat.

Ayat (1) berisi pejabat yang berwenang untuk menjalankan putusan jika kemudian hari ada perintah untuk menjalankan, yang dimaksud di sini adalah jaksa.

Ingat dalam KUHP Jaksa hanya sebagai penuntut umum juga di dalam RUU hukum pidana Jaksa bukan pengawas.

Ayat (2) ditentukan bahwa untuk memberi bimbingan klien yang bersangkutan dalam memenuhi syarat-syarat “khusus”, hakim dapat mewajibkan kepada “lembaga” yang berbentuk badan hukum / pimpinan suatu lembaga penampungan / “pejabat istimewa” yang di dalam *Wetboek Van Strafrecht Voor Indonesie* disebut “*Bijzondere Ambtenaar*”.

Di dalam peraturan *reclasing* petugas tersebut disebut “*Ambtenaar der Reclasing*”, sebagai pembimbing masyarakat.

Jadi Pasal 14e ini mengatur kemungkinan :

- a. Perubahan dalam syarat.
- b. Lamanya masa percobaan.
- c. Pergantian pengawas yang ditetapkan hakim yang telah memutus atas usul jaksa / pengawas/ atas permintaan klien yang bersangkutan.

Perubahan perjanjian dapat berupa ganti rugi, perpanjangan /pengurangan masa percobaan dengan alasan alasan yang dapat dipertimbangkan hakim. Pergantian pengawas dapat terjadi bila dipandang kurang cocok bagi klien/atas kepindahan pengawas yang bersangkutan, hal ini tanpa sidang P.N lagi.

Pasal 14f terdiri atas dua ayat:

Ayat (1) menjelaskan bahwa yang dapat memberi perintah dijalkannya hukuman bersyarat itu hakim yang memutus tingkat pertama. Apabila klien melakukan perbuatan yang dapat dihukum, atau salah satu perjanjian tidak dipenuhi, perintah hakim tersebut atas dasar usul jaksa/pengawas yang ditunjuknya.

Ayat (2) menjelaskan bahwa perintah itu dapat diberikan dalam hal :

- a. Bila klien dalam masa bersyarat melakukan tindak pidana
- b. Bila syarat istimewa dilanggar
- c. Bila klien sebelum selesai masa bersyarat dijatuhi tindak pidana yang telah dilakukannya pada waktu sebelum masa percobaan itu mulai berlaku.
- d. Setelah habis masa bersyarat pun masih dapat pula pidana dengan bersyarat diperintahkan dijalankan. Apabila karena telah berbuat tindak pidana selama masa bersyarat itu asal saja penuntutannya telah dimulai sebelum habis masa bersyaratnya.

Aturan-aturan sebagaimana dipaparkan di atas merupakan pedoman dalam penjatuhan pidana bersyarat yang terdapat dalam induk hukum pidana Indonesia yang sampai sekarang masih berlaku sebagai hukum positif.

2. Pidana Bersyarat Menurut KUHP Negara Lain

Hampir sama sebagaimana dirumuskan dalam KUHP, KUHP Belanda juga mengenal pidana bersyarat yang diatur dalam Pasal 14 a – k KUHP Belanda yang intinya berbunyi sebagai berikut⁶⁵ :

1. Pidana bersyarat atau tidak dilaksanakannya pidana dengan syarat dapat dijatuhkan dalam hal :
 - a. hakim menjatuhkan pidana penjara/kurungan (bukan kurungan pengganti) tidak lebih dari 1 tahun atau pidana denda; hakim dapat menetapkan pidana bersyarat untuk seluruh/sebagian pidana yang dijatuhkan ini.
 - b. hakim menjatuhkan pidana penjara tidak kurang dari 1 tahun dan tidak lebih dari 3 tahun; hakim hanya dapat menjatuhkan pidana bersyarat untuk sebagian pidana, maksimum 1/3 nya.
 - c. Pidana bersyarat juga dapat dikenakan untuk pidana tambahan, seluruhnya atau sebagian.
2. syarat-syarat khusus

⁶⁵ Barda Nawawi Arief, Sari Kuliah Perbandingan Hukum Pidana, (Jakarta: RajaGrafindo Persada, 2002), hal. 3-4.

- a. membayar kompensasi (seluruh/sebagian) dari kerusakan/kerugian yang ditimbulkan;
- b. penempatan pada lembaga perawatan;
- c. menyetor sejumlah uang jaminan;
- d. menyetor sejumlah uang ke “dana kompensasi korban perlukaan akibat kejahatan” atau untuk lembaga yang bertujuan melindungi kepentingan korban tindak pidana.

Sebagai bahan perbandingan berikutnya, perlu juga dikutip rumusan pidana bersyarat pada KUHP Yunani yang merumuskan sebagai berikut⁶⁶ :

1. Pidana Bersyarat (*suspended sentence*) dapat diberikan oleh hakim apabila seseorang dijatuhi pidana perampasan kemerdekaan tidak lebih dari 18 bulan dan belum pernah dipidana sebelumnya dengan pidana perampasan kemerdekaan. Penundaan pidana ini tidak kurang dari 3 tahun dan tidak dapat lebih dari 5 tahun.
2. pemberian pidana bersyarat bertujuan untuk mengurangi penggunaan pidana penjara pendek.
3. pidana bersyarat ini hanya bisa diterapkan sebagai terhadap pidana perampasan kemerdekaan, dan tidak dapat diterapkan terhadap pidana denda atau tindakan keamanan.

⁶⁶ *Ibid.* hal. 58-59.

4. apabila terdapat gabungan antara denda dan pidana perampasan kemerdekaan, maka pidana perampasan kemerdekaan ini dapat ditunda.
5. pengadilan dapat menerapkan pidana bersyarat, meskipun bertentangan dengan keinginan terpidana.

Lebih lengkap adalah pengaturan pidana bersyarat yang dirumuskan dalam KUHP Denmark. Menurut KUHP Denmark ditentukan aturan pidana bersyarat sebagai berikut.⁶⁷

1. Ada 2 bentuk pidana bersyarat yaitu :
 - a. penetapan/penjatuhan pidana itu ditunda; dan
 - b. pelaksanaan dari pidana yang dijatuhkan itu ditunda.
2. Pidana *custodial* (pidana penjara) dan pidana bersyarat dapat juga digabung atau dikombinasikan dalam 2 (dua) bentuk :
 - a. Hakim dapat menjatuhkan pidana *custodial* dan pada saat yang sama memerintahkan bahwa sebagian dari pidana itu, dengan maksimum 3 (tiga) bulan harus dijalani dan sisanya ditunda;
 - b. Hakim dapat menetapkan lamanya sebagian pidana penjara dan membiarkan sisanya terbuka. Sebagian pidana yang ditetapkan itu tidak boleh lebih dari 3 (tiga) bulan dan harus dijalani. Sisanya

⁶⁷ *Ibid.* hal. 36-39.

dikonversi dalam pidana penjara yang pasti apabila terpidana tidak memenuhi syarat-syarat yang ditetapkan kepadanya.

3. Lama masa percobaan ditetapkan oleh pengadilan, maksimum 3 (tiga) tahun, tetapi dalam hal-hal tertentu dapat sampai 5 (lima) tahun.
4. Apabila pengadilan mempertimbangkan bahwa lebih tepat pidana dijatuhkan, maka dapat dijatuhkan pidana itu dan menentukan untuk menunda pelaksanaannya. Setelah masa percobaan dilewati, pidana itu akan dihentikan sepenuhnya. Kemungkinan pidana bersyarat seperti ini hanya untuk pidana denda, penahanan/kurungan ringan, dan penjara.
5. ada 8 kondisi / syarat khusus yang dapat ditetapkan oleh pengadilan untuk menjatuhkan pidana bersyarat (meskipun pengadilan juga masih diberi kebebasan untuk menetapkan syarat-syarat lain) :
 - a. terpidana harus mematuhi ketentuan-ketentuan mengenai tempat tinggalnya, pekerjaannya, pendidikannya, penggunaan waktu luangnya atau pergaulannya dengan orang-orang tertentu;
 - b. terpidana diserahkan kepada suatu lembaga untuk waktu yang ditentukan dalam putusan yang tidak lebih dari 1 (satu) tahun;
 - c. terpidana harus berhenti menyalahgunakan alkohol dan obat-obatan;
 - d. ia diserahkan pada suatu tempat perawatan untuk orang-orang yang kecanduan alkohol dan obat-obatan, apabila perlu di rumah sakit;
 - e. ia diserahkan pada perawatan kejiwaan, apabila perlu di rumah sakit;

- f. ia harus menuruti instruksi-instruksi dari pejabat pengawas mengenai pengeluaran dari penghasilan/ modalnya;
 - g. ia harus membayar kompensasi untuk kerugian yang ditimbulkan oleh tindak pidana yang dilakukannya;
 - h. ia harus mengikuti instruksi/petunjuk dari pejabat kesejahteraan anak dan memenuhi tiap syarat yang ditetapkan oleh pejabat itu.
6. apabila terpidana gagal memenuhi syarat-syarat tersebut di atas, tidak secara otomatis berakibat dicabutnya pidana bersyarat. Pengadilan masih mempunyai beberapa pilihan untuk menekan terpidana memenuhi syarat khusus itu yaitu :
- a. memberi peringatan (*warning*);
 - b. mengubah syarat-syarat khusus itu (*alter the conditions*);
 - c. menambah masa / tenggang waktu pengawasan (*increase the probationary period*); atau
 - d. memasukkan orang itu pada penahanan dalam waktu pendek (*put in detention for a short period*).

3. Pengaturan Pidana Bersyarat Dalam Konsep KUHP

Setelah diuraikan rumusan pidana bersyarat dari berbagai KUHP negara lain, maka selanjutnya akan dikutip rumusan formulasi pidana bersyarat dalam perundang-undangan di masa yang akan datang. Perundang-undangan pidana yang akan datang terutama difokuskan pada perumusan dalam Konsep KUHP. Perumusan KUHP Nasional (sebagai pengganti KUHP

warisan kolonial) sebenarnya telah dimulai rancangannya sejak Tahun 1963. Adanya konsep KUHP, merupakan buah cerminan untuk mengganti KUHP (WvS) yang sekarang ini dipakai sebagai induk hukum pidana di Indonesia.

Wetboek Van Strafrecht atau –menurut undang-undang No. 1 Tahun 1946– disebut juga dengan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana atau disingkat KUHP nama aslinya adalah *Wetboek Van Strafrecht Voor Nederlands Indie* (WVSVNI), sebuah Titah Raja (*Koninklijk Besluit* KB) tanggal 15 Oktober 1915 No. 33 dan mulai berlaku pada tanggal 1 Januari 1918. KUHP atau WvSvNI ini merupakan copy atau turunan dari *Wetboek van Strafrecht* negeri Belanda (WVS Belanda) yang selesai dibuat pada Tahun 1881 dan mulai berlaku Tahun 1886.⁶⁸

Meskipun antara KUHP dan WVS Belanda tidak 100% sama karena sudah diadakan pembaharuan dan penyempurnaan-penyempurnaan menurut kebutuhan dan keadaan negara jajahan Hindia Belanda dulu, akan tetapi azas-azas dan falsafahnya sama yaitu liberalistis – kapitalistis.

Secara Objektif, KUHP (sebagai Hukum Pidana Positif) dan undang-undang lain warisan Belanda lain, seharusnya sudah ada pembaharuan, karena tata aturan kolonial tersebut telah dianggap usang dan ketinggalan zaman. Sedikitnya ada tiga alasan mengapa KUHP (sekarang) perlu diperbaharui:⁶⁹

1. Alasan yang bersifat politis

⁶⁸ Ibid, hal. 15

⁶⁹ Soedarto, *Hukum dan Hukum Pidana*, *Op.cit.* hal. 70-72

Adalah wajar bahwa negara Republik Indonesia yang merdeka memiliki KUHP yang bersifat nasional, yang dihasilkan sendiri, ini merupakan kebanggaan nasional yang inhaerent dengan kedudukannya sebagai negara yang telah melepaskan diri dari penjajahan.

2. Alasan yang bersifat Sosiologis

WVS atau KUHP ini tidak mungkin mencerminkan nilai-nilai kebudayaan bangsa Indonesia secara penuh karena tidak dibuat oleh Bangsa Indonesia sendiri.

3. Alasan yang bersifat Praktis

Adalah suatu kenyataan, bahwa teks resmi dari WVS adalah Bahasa Belanda. Dapat dihitung berapa jumlah penegak hukum, termasuk hakim, yang memahami bahasa asing tersebut, sehingga tidak mustahil dimungkinkan terjadi penafsiran yang menyimpang dari teks aslinya disebabkan terjemahan yang kurang tepat.

Selanjutnya Muladi menambah dengan satu alasan lagi yaitu alasan adaptif, bahwa KUHP Nasional pada masa mendatang harus dapat menyesuaikan diri dengan perkembangan baru, khususnya perkembangan Internasional yang sudah disepakati oleh masyarakat beradab.⁷⁰

Berlakunya WVS yang lebih dari sepuluh windu itu bukan berarti KUHP telah dapat diterapkan secara efektif dan cocok bagi masyarakat

⁷⁰ Muladi, Proyeksi Hukum Pidana Materil Indonesia Di Masa Datang (Pidato Pengukuhan Jabatan Guru Besar Pada Fakultas Hukum Undip, 1990), hal 3.

Indonesia. Dengan banyaknya pertumbuhan peraturan-peraturan hukum pidana diluar WVS (KUHP) dapat ditarik sebagai sanggahan terhadap pendapat di atas. Oleh karena itu usaha untuk mengganti WVS terus senantiasaa dilakukan. Dimulai dengan adanya rekomendasi seminar Hukum Nasional tahun 1963 yang menyerukan agar rancangan kodifikasi hukum pidana nasional secepat mungkin diselesaikan, maka pada Tahun 1964 dibicarakanlah konsep I, kemudian berturut-turut Konsep 1968, konsep 1971/1972, konsep 1987/1988, konsep 1987/1988 ini disempurnakan lagi menjadi konsep 1991/1992

Konsep ini disempurnakan menjadi konsep 1999/2000. Konsep terakhir yang merupakan penyempurnaan dari konsep sebelumnya adalah Konsep KUHP tahun 2004.

Dibandingkan dengan pengaturan pidana bersyarat yang dirumuskan dalam KUHP atau rumusan KUHP negara lain, Konsep KUHP tidak secara pasti menyebut adanya lembaga pidana bersyarat. Hal ini mungkin dikarenakan Konsep KUHP telah menyediakan lebih banyak alternatif pidana jika dibandingkan dengan jenis pidana yang tersedia dalam KUHP. Sebagaimana di muka telah disinggung bahwa pidana yang disediakan Konsep KUHP jauh lebih banyak dan lebih variatif, meskipun pidana mati telah dikeluarkan dari kategori pidana pokok, dan ditempatkan dalam pidana yang bersifat khusus. Konsep KUHP di samping mengenal pidana penjara,

juga mengenal pidana tutupan, pidana pengawasan, pidana denda dan pidana kerja sosial.

Pidana bersyarat meskipun tidak disebut secara eksplisit dalam rumusan Konsep KUHP 2004, namun ada beberapa pasal yang dapat digunakan sebagai rujukan dalam penggunaan pidana noninstitusional. Salah satu pengaturan yang ada adalah, bahwa pidana bersyarat dirumuskan sebagai pidana pengganti berupa pidana kerja sosial untuk menghindari dijatuhkannya pidana penjara pendek. Hal ini sebagaimana dirumuskan dalam Pasal 83 yang berbunyi sebagai berikut :

- (1) Jika pidana penjara yang akan dijatuhkan tidak lebih dari 6 (enam) bulan atau pidana denda tidak lebih dari denda kategori I, maka pidana penjara atau pidana denda tersebut dapat diganti dengan pidana kerja sosial.
- (2) Dalam penjatuhan pidana kerja sosial sebagaimana dimaksud pada ayat (1), wajib dipertimbangkan hal-hal sebagai berikut :
 - a. pengakuan terdakwa terhadap tindak pidana yang dilakukan;
 - b. Usia layak kerja terdakwa menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku;
 - c. Persetujuan terdakwa sesudah dijelaskan mengenai tujuan dan segala hal yang berhubungan dengan pidana kerja sosial;
 - d. Riwayat sosial terdakwa;
 - e. Perlindungan keselamatan kerja terdakwa;
 - f. Keyakinan agama dan politik terdakwa; dan

g. Kemampuan terdakwa membayar denda.

(3) Pelaksanaan pidana kerja sosial tidak boleh dikomersilkan.

(4) Pidana kerja sosial dijatuhkan paling lama :

a. Dua ratus empat puluh jam bagi terdakwa yang telah berusia 18 (delapan belas) tahun ke atas; dan

b. Seratus dua puluh jam bagi terdakwa yang berusia di bawah 18 (delapan belas) tahun.

(5) Pidana kerja sosial sebagaimana dimaksud pada ayat (3) paling singkat 7 (tujuh) jam.

(6) Pelaksanaan pidana kerja sosial dapat diangsur dalam waktu paling lama 12 (dua belas) bulan dengan memperhatikan kegiatan terpidana dalam menjalankan mata pencahariannya dan/atau kegiatan lain yang bermanfaat.

(7) Jika terpidana tidak memenuhi seluruh atau sebagian kewajiban menjalankan pidana kerja sosial tanpa alasan sah, maka terpidana diperintahkan :

a. mengulangi seluruh atau sebagian pidana kerja sosial tersebut;

b. menjalani seluruh atau sebagian pidana penjara yang diganti dengan pidana kerja sosial tersebut; atau

- c. membayar seluruh atau sebagian pidana denda yang diganti dengan pidana kerja sosial atau menjalani pidana penjara sebagai pengganti denda yang tidak dibayar⁷¹.

Terkait dengan tidak dijatuhkannya pidana penjara, Konsep KUHP merumuskan dalam Pasal 68 yang berbunyi :

Dengan tetap mempertimbangkan Pasal 51 dan Pasal 52, pidana penjara sejauh mungkin tidak dijatuhkan jika dijumpai keadaan-keadaan sebagai berikut :

- a. terdakwa berusia di bawah 18 (delapan belas) tahun atau di atas 70 (tujuh puluh) tahun;
- b. terdakwa baru pertama kali melakukan tindak pidana;
- c. kerugian dan penderitaan korban tidak terlalu besar;
- d. terdakwa telah membayar ganti kerugian kepada korban;
- e. terdakwa tidak mengetahui bahwa tindak pidana yang dilakukan akan menimbulkan kerugian yang besar;
- f. tindak pidana terjadi karena hasutan yang sangat kuat dari orang lain;
- g. korban tindak pidana mendorong terjadinya tindak pidana;
- h. tindak pidana tersebut merupakan akibat dari suatu keadaan yang tidak mungkin terulang lagi;

⁷¹ Rancangan UU RI Tentang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana, (Jakarta : Direktorat Jenderal Peraturan Perundang-Undangan, Departemen Hukum dan Hak Azasi Manusia, tahun 2004).

- i. kepribadian dan perilaku terdakwa meyakinkan bahwa ia tidak akan melakukan tindak pidana yang lain;
- j. pidana penjara akan menimbulkan penderitaan yang besar bagi terdakwa atau keluarganya;
- k. pembinaan yang bersifat noninstitusional diperkirakan akan cukup berhasil untuk diri terdakwa;
- l. penjatuhan pidana yang lebih ringan tidak akan mengurangi sifat beratnya tindak pidana yang dilakukan terdakwa;
- m. tindak pidana terjadi di kalangan keluarga; dan
- n. terjadi karena kealpaan.

Bagi terdakwa yang melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara paling lama 7 (tujuh) tahun dapat dijatuhi pidana pengawasan. Hal ini sebagaimana ditegaskan dalam Pasal 74 Konsep KUHP. Pasal berikutnya mengatur tentang :

- (1) Pidana pengawasan dapat dijatuhkan kepada terdakwa mengingat keadaan pribadi dan perbuatannya.
- (2) Pidana pengawasan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dijatuhkan untuk waktu paling lama 3 (tiga) tahun.
- (3) Dalam penjatuhan pidana pengawasan dapat ditetapkan syarat-syarat :
 - a. terpidana tidak akan melakukan tindak pidana;

b. terpidana dalam waktu tertentu yang lebih pendek dari masa terpidana pengawasan, harus mengganti seluruh atau sebagian kerugian yang timbul oleh tindak pidana yang dilakukan; dan/atau

c. terpidana harus melakukan perbuatan atau tidak melakukan perbuatan tertentu, tanpa mengurangi kemerdekaan beragama dan kemerdekaan berpolitik.

- (4) Pengawasan dilakukan oleh Balai Pemasyarakatan Direktorat Jenderal Pemasyarakatan Departemen Hukum dan Hak Asasi Manusia.
- (5) Jika selama dalam pengawasan terpidana melanggar hukum, maka Balai Pemasyarakatan Direktorat Jenderal Pemasyarakatan Departemen Hukum dan Hak Asasi Manusia dapat mengusulkan kepada hakim pengawas untuk memperpanjang masa pengawasan yang lamanya tidak melampaui maksimum 2 (dua) kali masa pengawasan yang belum dijalani.
- (6) Jika selama dalam pengawasan terpidana menunjukkan kelakuan yang baik, maka Balai Pemasyarakatan Direktorat Jenderal Pemasyarakatan Departemen Hukum dan Hak Asasi Manusia dapat mengusulkan kepada hakim pengawas untuk memperpendek masa pengawasannya.
- (7) Hakim pengawas dapat mengubah penetapan jangka waktu pengawasan setelah mendengar para pihak.

Dalam Pasal 76 Konsep KUHP ditegaskan :

- (1) Jika terpidana selama menjalani pengawasan melakukan tindak pidana dan dijatuhi pidana yang bukan pidana mati atau bukan pidana penjara, maka pidana pengawasan tetap dilaksanakan.
- (2) Jika terpidana dijatuhi pidana penjara, maka pidana pengawasan ditunda dan dilaksanakan kembali setelah terpidana selesai menjalani pidana penjara.

Jadi pidana pengawasan dikatakan sebagai alternatif dari terdakwa yang diancam dengan pidana penjara maksimum 7 (tujuh) tahun. Ini berarti bahwa ancaman pidana menjadi patokan hakim untuk menjatuhkan pidana pengawasan, bukan penjatuhan pidana yang senyatanya. Seorang terdakwa dapat dijatuhi pidana pengawasan asalkan ia melanggar pasal yang ancaman pidananya kurang dari 7 (tujuh) tahun. Jadi, Konsep KUHP sudah lebih jauh menghindari pidana *custodial* (perampasan kemerdekaan), bukan hanya untuk pidana penjara pendek, sehingga dapat dikatakan bahwa Konsep KUHP sudah lebih baik dibandingkan dengan KUHP (WvS).

BAB IV

PENUTUP

A. Kesimpulan

1. Meskipun secara yuridis landasan penerapan pidana bersyarat telah dirumuskan dalam KUHP, tetapi dalam praktek pengadilan kurang difungsikan. Terdapat berbagai kendala dalam penerapan pidana bersyarat antara lain dalam sistem pengawasan dan pembinaan, kendala dalam teknis dan administrasi, maupun kendala sarana dan prasarana.
2. Ide alternatif pidana penjara pendek dalam kebijakan formulasi pidana bersyarat telah diwujudkan dalam KUHP dan dalam Konsep KUHP.. Dalam KUHP pidana bersyarat hanya dapat dijatuhkan apabila memenuhi syarat-syarat :
 - a) terdapat putusan pidana berupa penjara yang lamanya tidak lebih dari satu tahun.
 - b) pidana bersyarat dapat dijatuhkan sehubungan dengan pidana kurungan, namun tidak meliputi pidana kurungan pengganti denda.
 - c) pidana bersyarat dapat dijatuhkan sehubungan dengan pidana denda, apabila terdapat keyakinan hakim bahwa pembayaran denda akan betul-betul dirasakan berat bagi terdakwa.

Sementara itu dalam Konsep KUHP meskipun tidak secara eksplisit merumuskan pidana bersyarat, namun Konsep KUHP menyediakan berbagai pidana alternatif yang bersifat menghindari pidana perampasan

kemerdekaan. Seperti pidana kerja sosial dan pidana pengawasan dirumuskan sebagai pidana pengganti pidana perampasan kemerdekaan.

B. Saran

Ada beberapa butir saran yang dapat dipakai sebagai rekomendasi dalam penggunaan pidana bersyarat sebagai alternatif pengenaan pidana penjara pendek:

1. Mengingat eksekusi negatif dari penerapan pidana perampasan kemerdekaan terutama pidana penjara pendek, maka pidana bersyarat perlu difungsikan sebagai alternatif pengenaan pidana penjara pendek.
2. Adanya faktor-faktor yang menghambat penerapan pidana bersyarat, hendaknya tidak menjadi unsur pembenaran bahwa lebih baik dikenakan pidana penjara pendek, namun perlu diupayakan dengan sungguh-sungguh usaha untuk mengatasi kendala dalam penerapan pidana bersyarat baik kendala pada sistem pengawasan dan pembinaan, kendala teknis dan administrasi, maupun kendala sarana dan prasarana.

DAFTAR PUSTAKA

- Atmasasmita, Romly, Reformasi Hukum, Hak Asasi Manusia dan Penegakan Hukum, (Bandung: Mandar Maju, 2001).
-, Strategi Pembinaan Pelanggar Hukum Dalam Konteks Penegakan Hukum Di Indonesia, (Bandung: Alumni, 1982).
- Bawengan, Gerson W., Hukum Pidana Di Dalam Teori dan Praktek, (Jakarta: Pradnya Paramita, 1979).
- Brenner, M. Harvey, Pengaruh Ekonomi terhadap Perilaku Jahat dan Penyelenggaraan Peradilan Pidana, (Jakarta: CV.Rajawali, 1986)
- Dewantara, Nanda Agung, Kemampuan Hukum Pidana Dalam Menanggulangi Kejahatan-Kejahatan Baru yang Berkembang Dalam Masyarakat, (Yogyakarta: Liberty, 1988).
- D. Sudjono, Hukuman Dalam Perkembangan Hukum Pidana, (Bandung: Tarsito, 1974).
- Echols, John M. dan Hassan Shadily, Kamus Inggris Indonesia, (Jakarta: PT.Gramedia, cet.XVI, 1988).
-, Kamus Indonesia Inggris, (Jakarta: PT.Gramedia, 1992)
- Friedmann.W., Teori dan Filsafat Hukum Telaah Kritis atas Teori-Teori Hukum (Susunan I), diterjemahkan oleh Mohamad Arifin, (Jakarta: Rajawali Pers, 1990).
- G.Nusantara, Abdul Hakim, Politik Hukum Indonesia, (Jakarta: Yayasan Lembaga Bantuan Hukum Indonesia, 1988).
- Garner, Bryan A., (Editor In Chief), Black's Law Dictionary, Deluxe, Seventh edition, West Group, St. Paul, Minn, 1999.
- Hamzah, Andi, Kamus Hukum, (Jakarta : Ghalia Indonesia, 1986).
- , Sistem Pidana dan Pemidanaan di Indonesia : dari Retribusi ke Reformasi, (Jakarta : Pradnya Paramita, 1986).

-, Sistem Pidana dan Pemidanaan Indonesia, (Jakarta: PT.Pradnya Paramita,1993).
-, Hukum Acara Pidana Indonesia, (Jakarta: Sinar Grafika, 2001).
- Hartono, Sunaryati, Kembali Ke Metode Penelitian Hukum, (Bandung :FH UNPAD,, 1984).
- Pembinaan Hukum Nasional Dalam Suasana Globalisasi Masyarakat Dunia, Pidato Pengukuhan Guru Besar Fak. Hukum Universitas Padjadjaran, (Bandung: 1 Agustus 1991).
- Hoefnagels, G. Peter , The Other Side Of Criminology, Kluwer-Deventer Holland, 1969.
- Irfany, M. Islam, Prinsip-Prinsip Perumusan Kebijakan Negara, (Jakarta: Bina Aksara, 2002).
- Kansil, C.S.T., Pokok-Pokok Pengertian Hukum Di Indonesia, (Jakarta: Pradnya Paramita, 1981).
- Lamintang, P.A.F., Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia, (Bandung: Sinar Baru, 1984).
-, Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana Dengan Pembahasan Secara Yuridis Menurut Yurisprudensi Dan Ilmu Pengetahuan Hukum Pidana, (Bandung: Sinar Baru, 1984).
- Lubis, M. Solly, Politik dan Hukum, (Bandung: Mandar Maju, 1989).
- Moeljatno, Azas-Azas Hukum Pidana, (Jakarta: Bina Aksara, 1987).
-, Membangun Hukum Pidana, (Jakarta: Bina Aksara, 1985)
- Muladi dan Barda Nawawi Arief, Teori-Teori dan Kebijakan Pidana,(Bandung: Alumni, 1984).
-, Bunga Rampai Hukum Pidana, (Bandung: Alumni, 1992)

Muladi, Kebijakan Kriminal Terhadap Cybercrime, Makalah pada Seminar Nasional, Strategi Penanggulangan Kejahatan dalam Bidang Telematika, diselenggarakan oleh Universitas Semarang bekerjasama dengan Direktorat Jenderal Pos dan Telekomunikasi Departemen Perhubungan RI, Semarang, 23 Juli 2002.

-----, Lembaga Pidana Bersyarat, (Bandung : Alumni, 1985).

-----, Proyeksi Hukum Pidana Materiil Indonesia di Masa Datang (Pidato Pengukuhan Guru Besar), (Semarang: 1990).

-----, Demokratisasi, HAM dan Reformasi Hukum di Indonesia, (Jakarta : The Habibie Center, 2002).

....., Kapita Selekta Sistem Peradilan Pidana, (Semarang: Badan Penerbit Universitas Diponegoro, 1995).

....., Hak Asasi Manusia, Politik dan Sistem Peradilan Pidana, (Semarang: Badan Penerbit Universitas Diponegoro, 2002)

Marianti, Kelembagaan Probation, (Jakarta :Akademi Ilmu Pemasaryakatan, Tanpa tahun.).

Nawawi Arief, Barda, Sari Kuliah Perbandingan Hukum Pidana, (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2002).

-----, Masalah Penegakan Hukum dan Kebijakan Penanggulangan Kejahatan, (Bandung :Citra Aditya Bakti, 2001).

-----, Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2002).

-----, Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan Pengembangan Hukum Pidana, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 1998).

-----, Kebijakan Legislatif dalam Penanggulangan Kejahatan dengan Pidana Penjara, (Semarang: Badan Penerbit Undip, 2000).

....., Kapita Selekta Hukum Pidana, (Bandung: PT Cita Adtya Bakti, , 2003).

-, Perbandingan Hukum Pidana, (Jakarta: PT.Raja Grafindo Persada, 1994).
-, Beberapa Aspek Pengembangan Ilmu Hukum Pidana (Menyongsong Generasi Baru Hukum Pidana Indonesia), Pidato Pengukuhan Guru Besar, (Semarang: 1994)
- Poernomo, Bambang, Reaksi Sosial Terhadap Norma Imperatif Di Bidang Hukum Pidana, Fak. Hukum Universitas Gajah Mada (Yogyakarta: 1 September 1992).
-, Manfaat Telaah Ilmun Hukum Pidana Dalam Membangun Model Penegakan Hukum Di Indonesia, Fakultas Hukum Universitas Gajah Mada (Yogyakarta: 5 Juni 1989).
- Purbacaraka, Purnadi, dan M. Chidir Ali, Disiplin Hukum, (Bandung: PT.Citra Aditya Bakti, 1990).
- Rahardjo, Satjipto, Hukum Dan Masyarakat, (Bandung: Angkasa, 1980).
-, Hukum Dan Perubahan Sosial. (Bandung: Alumni, 1983).
-, Ilmu Hukum, (Bandung: Alumni, 1986).
-, Masalah Penegakkan Hukum Suatu Tinjauan Sosiologis, (Bandung: Sinar Baru, Tanpa tahun).
- Reksodiputro, Mardjono, Kriminologi Dan Sistem Peradilan Pidana, (Jakarta: Pusat Pelayanan Keadilan dan Pengabdian Hukum Universitas Indonesia, 1994).
-, Sistem Peradilan Pidana Indonesia (Melihat Kepada Kejahatan dan Penegakan Hukum dalam Batas-Batas Toleransi), Pidato Pengukuhan Guru Besar Fak. Hukum UI, (Jakarta: 30 Oktokber 1993).
- Remmelink, Jan., Hukum Pidana Komentat atas Pasal-pasal Terpenting dari Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Belanda dan Padanannya dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Indonesia, diterjemahkan oleh Tristam Pascal Moeliono, (Jakarta: PT. Gramedia Pustaka Utama, 2003).

- Saleh, Roeslan, Steisel Pidana Indonesia, (Jakarta: Aksara Baru, 1978)
-, Suatu Reorientasi Dalam Hukum Pidana, (Jakarta: Aksara Baru, 1978)
-, Perbuatan Pidana dan Pertanggung Jawaban Pidana, (Jakarta: Aksara Baru, 1983)
-, Pikiran-Pikiran Tentang Pertanggung Jawaban Pidana, (Jakarta: Ghalia Indonesia, 1982)
-, Beberapa Asas Hukum Pidana Dalam Perspektif, (Jakarta: Aksara Baru, 1983)
-, Masalah Pidana Mati, (Jakarta:Aksara Baru, 1978)
-, Hukum Pidana Sebagai Konfrontasi Manusia dan Manusia, (Jakarta: Ghalia Indonesia, 1983)
-, Segi Lain Hukum Pidana, (Jakarta: Ghalia Indonesia, 1984)
-, Dari Lembaran Kepustakaan Hukum Pidana, (Jakarta: Sinar Grafika, 1988).
- Saroso, Sistem Pemasarakatan, Akademi Ilmu Pemasarakatan (Jakarta: Tanpa Tahun).
- Schaffmeister.D., Pidana Badan Singkat Sebagai Pidana Di Waktu Luang, Diterjemahkan oleh Tristam Pascal Moeliono (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 1991).
- Serikat Putrajaya, Nyoman, Kapita Selektu Hukum Pidana, (Semarang :Badan Penerbit Universitas Diponegoro, 2001).
-, Pemberlakuan Hukum Pidana Secara Retroaktif Sebagai Penyeimbang Asas Legalitas dan Asas Keadilan (Suatu pergeseran Paradigma Dalam Ilmu Hukum Pidana), Pidato Pengukuhan Guru Besar, (Semarang: 2004).
- Sianturi, SR, Asas-Asas Hukum Pidana di Indonesia dan Penerapannya, (Jakarta: Alumni AHAEM-PETEHAEM, 1986).

Siregar, Bismar, Keadilan Hukum dalam Berbagai Aspek Hukum Nasional, (Jakarta: CV.Rajawali, 1986).

Souryal, Sam.S., Etika Dalam Peradilan Pidana (Upaya Mencari Kebenaran), diterjemahkan oleh Kunarto, (Jakarta: Cipta Manunggal, 1999)

Sudarto, Hukum Pidana I, (Semarang: Yayasan Sudarto, 1990).

-----, Kapita Selekta Hukum Pidana, (Bandung : Alumni, 1981).

-----, Hukum dan Hukum Pidana, (Bandung: Alumni, 1977).

-----, Hukum Pidana dan Perkembangan Masyarakat : Kajian Terhadap Pembaharuan Hukum Pidana, (Bandung :Sianar Baru, 1983).

....., Suatu Dilemma Dalam Pembaharuan Sistem Hukum Pidana Indonesia, (Semarang: Fakultas Hukum Undip, 1979).

Sunario, C.F.G. Sunaryati Hartono, Pembinaan Hukum Nasional Dalam Suasana Globalisasi Masyarakat Dunia, Pidato Pengukuhan Guru Besar Fak. Hukum Universitas Padjadjaran, (Bandung: 1 Agustus 1991).

Soemitro, Ronny Hanitijo, Metode Penelitian Hukum dan Jurimetri, (Bandung :Ghalia Indonesia, 1988).

Soekanto, Soerjono, Pengantar Penelitian Hukum, (Jakarta: UI Press, 1996).

....., Teori yang Murni Tentang Hukum, (Bandung: Alumni, 1985).

....., Beberapa Permasalahan Hukum Dalam Kerangka Pembangunan Di Indonesia, (Jakarta: Yayasan Penerbit Universitas Indonesia, 1976).

Tanusubroto,D., Dasar-Dasar Hukum Acara Pidana, (Bandung: Armico, 1984).

Waluyo, Bambang, Pidana dan Pemidanaan, (Jakarta: Sinar Grafika, 2000).

Perundang-Undangan

Moeljatno, Kitab Undang-Undang Hukum Pidana, (Jakarta: Bumi Aksara, Cet. 21, 2001).

Departemen Hukum dan HAM, Rancangan KUHP 2004, (Jakarta: 2004)

UU No. 20 Tahun 1946 Tentang Pidana Tutupan.

Departemen Kehakiman Republik Indonesia, Keputusan Menteri Kehakiman RI Nomor M.02 – PK.04. 10. Tahun 1990 Tentang Pola Pembinaan Narapidana/ Tahanan. (Jakarta: 1990).

Sekretariat Jenderal MPR RI, Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. (Jakarta: 2002)

Direktorat Jenderal Pemasyarakatan Departemen Kehakiman RI, Petunjuk Teknis Menteri Kehakiman RI Nomor: E-40.PR.05.03 Tahun 1987 tentang Bimbingan Pemasyarakatan.

Majalah

Masalah-Masalah Hukum No.9 Tahun 1991, FH UNDIP Semarang.