



**PIDANA PENGAWASAN
DALAM SISTEM PEMIDANAAN DI INDONESIA**

TESIS

**Disusun Dalam Rangka Memenuhi Persyaratan
Program Magister Ilmu Hukum**

Oleh :

Slamet Siswanta, SH.

NIM : B4A 000 252

PEMBIMBING :

Prof. Dr. Nyoman Serikat Putra Jaya, SH., MH.

**PROGRAM PASCA SARJANA ILMU HUKUM
UNIVERSITAS DIPONEGORO
S E M A R A N G
2 0 0 7**

DAFTAR ISI

| | Halaman |
|--|------------|
| HALAMAN JUDUL | i |
| HALAMAN PENGESAHAN | ii |
| KATA PENGANTAR | iii |
| RINGKASAN | iv |
| ABSTRAK (DALAM BAHASA INDONESIA) | v |
| ABSTRACT (DALAM BAHASA INGGRIS) | vi |
| DAFTAR ISI | vii |
| BAB I. PENDAHULUAN | 1 |
| A. Latar Belakang | 1 |
| B. Permasalahan | 9 |
| C. Tujuan Penelitian | 10 |
| D. Kegunaan Penelitian | 10 |
| E. Kerangka Teoretis | 11 |
| F. Metode Penelitian | 22 |
| 1. Metode Pendekatan | 24 |
| 2. Spesifikasi Penelitian | 24 |
| 3. Jenis dan Sumber Data | 25 |
| 4. Metode Pengumpulan Data | 26 |
| 5. Metode Analisis Data | 26 |
| G. Sistematika Penulisan | 27 |
| BAB II. TINJAUAN PUSTAKA | 29 |
| A. Pidana dan Pemidanaan | 29 |
| 1. Pengertian Pidana | 29 |
| 2. Sistem Pemidanaan di Indonesia | 38 |
| B. Perkembangan Teori-Teori tentang Tujuan Pemidanaan | 45 |
| 1. Teori Absolut/Retributive (Retributism)..... | 45 |
| 2. Teori Relatif /Teleologis (Teleological Theory) | 50 |
| 3. Teori Retributive Teleologis (Teleological | |

| | |
|--|-----------|
| Retributivist)/Teori Gabungan | 52 |
| C. Pengertian dan Ruang Lingkup Kebijakan Hukum Pidana | 61 |
| D, Pembaharuan Hukum Pidana di Indonesia | 66 |
| E. Tinjauan Umum Tentang Pidana Pengawasan | 75 |
| BAB III. HASIL PENELITIAN DAN ANALISA | 88 |
| A. Ide Dasar diwujudkannya Pidana Pengawasan dalam Sistem Pemidanaan di Indonesia | 88 |
| 1. Keterbatasan Hukum Pidana | 88 |
| 2. Kritik-Kritik terhadap Pidana Penjara | 94 |
| 3. Ide Dasar Diwujudkannya Pidana Pengawasan | 98 |
| B. Kebijakan Formulasi Pidana Pengawasan dalam Sistem Pemidanaan di Indonesia sebagai suatu Upaya Pembaharuan Hukum Pidana | 107 |
| 1. Kebijakan formulasi Pidana Pengawasan di berbagai Negara | 109 |
| a. Sistem Inggris-Amerika | 109 |
| b. Sistem Perancis-Belgia | 110 |
| c. Portugal | 112 |
| 2. Kebijakan Formulasi Pidana Pengawasan dalam Sistem Pemidanaan Konsep KUHP Nasional di Masa Depan Sebagai upaya Pembaharuan Hukum pidana | 113 |
| a. Formulasi Pola Perumusan Jenis Pidana (<i>strafsoort</i>) dan Lamanya Pidana (<i>strafmaat</i>). | 135 |
| b. Formulasi Pola Lamanya Pidana Pengawasan | 138 |
| c. Formulasi Syarat-syarat Umum dan Syarat Khusus dalam Pidana Pengawasan | 139 |
| d. Formulasi Syarat dijatuhkannya Pidana Pengawasan | 143 |
| e. Formulasi Pedoman Penerapan Pidana Pengawasan | 146 |

| | |
|------------------------------|-----|
| BAB IV. PENUTUP | 158 |
| A. Kesimpulan | 158 |
| B. Saran | 160 |

DAFTAR PUSTAKA

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Proklamasi kemerdekaan Bangsa Indonesia pada tanggal 17 Agustus 1945, di samping mencerminkan kehendak rakyat Indonesia untuk menentukan sendiri masa depan bangsanya, juga mengandung tekad untuk melakukan pembaharuan dan pembenahan di segala bidang kehidupan yang sebelumnya terbengkalai, guna mewujudkan cita-cita dan tujuan Bangsa Indonesia dengan diraihnya kemerdekaan tersebut.

Cita-cita dan tujuan yang ingin diwujudkan dari kemerdekaan ini dapat dilihat dalam Pembukaan UUD 1945 alinea keempat yaitu:

- a. melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia,
- b. memajukan kesejahteraan umum,
- c. mencerdaskan kehidupan bangsa,
- d. ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial, berdasarkan Pancasila.¹

Secara umum keempat tujuan di atas bermakna bahwa negara berupaya untuk memberikan perlindungan dan mewujudkan kesejahteraan bagi seluruh masyarakat Indonesia. Tujuan umum tersebut harus senantiasa dijadikan landasan berpijak dalam menentukan kebijakan di segala bidang, termasuk pula kebijakan memiliki hukum nasional guna menggantikan hukum kolonial yang sudah tidak sesuai lagi dengan kebutuhan dan perkembangan zaman melalui upaya pembaharuan hukum. Hal tersebut senada dengan yang dikatakan oleh Barda Nawawi Arief, bahwa:

“Usaha pembaharuan hukum di Indonesia yang sudah dimulai sejak lahirnya UUD 1945 tidak dapat dilepaskan dari landasan dan sekaligus tujuan yang ingin dicapai seperti telah dirumuskan juga dalam Pembukaan UUD 1945 itu secara singkat ialah “melindungi segenap bangsa Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum berdasarkan Pancasila”. Inilah garis kebijakan umum yang menjadi landasan dan sekaligus tujuan politik hukum di Indonesia. Ini pulalah yang menjadi landasan dan

¹ UUD 1945 setelah Amandemen kedua tahun 2000, Pustaka Setia, Bandung, 2000, hal. 14.

tujuan dari setiap usaha pembaharuan hukum termasuk pembaharuan di bidang hukum pidana dan kebijakan penanggulangan kejahatan di Indonesia".²

Lebih lanjut dikatakan oleh Barda Nawawi Arief bahwa:

"Upaya atau kebijakan untuk melakukan pencegahan dan penanggulangan kejahatan termasuk bidang kebijakan kriminal (*criminal policy*). Kebijakan kriminal ini pun tidak terlepas dari kebijakan yang lebih luas, yaitu kebijakan sosial (*social policy*) yang terdiri dari kebijakan atau upaya-upaya untuk kesejahteraan sosial (*social-welfare policy*) dan kebijakan atau upaya-upaya untuk perlindungan masyarakat (*social-defence policy*).³

Dari hal tersebut di atas, terkandung tekad dari bangsa Indonesia untuk mewujudkan suatu pembaharuan hukum pidana yang dapat diartikan sebagai suatu upaya untuk melakukan reorientasi dan reformasi hukum pidana yang sesuai dengan nilai-nilai sentral sosio-politik, sosio-filosofi dan sosio-kultural yang melandasi dan memberi sisi terhadap muatan normatif dan substansi hukum pidana yang dicita-citakan.⁴

Dalam pembaharuan hukum pidana di Indonesia, terlebih dahulu haruslah diketahui permasalahan pokok dalam hukum pidana. Hal demikian penting, karena hukum pidana merupakan cermin suatu masyarakat yang merefleksi nilai-nilai yang menjadi dasar masyarakat itu. Bila nilai-nilai itu berubah, maka hukum pidana juga berubah.⁵

Herbert L. Packer dalam bukunya "*The Limit of The Criminal Sanction*" juga menyatakan :

"The three basics problems of substance (as opposed to procedure) in criminal law :

- 1. What conduct should be designated as criminal,*
- 2. What determination must be made before a person can be found to have committed a criminal offense,*
- 3. What should be done with person who are found to have committed criminal offenses."*⁶

Menurut Barda Nawawi Arief, dilihat dari sudut dogmatis normatif, permasalahan pokok dari hukum pidana adalah :

1. Perbuatan apa yang sepatutnya dipidana, atau biasa disingkat dengan masalah "tindak pidana".

² Barda Nawawi Arief, *Masalah Penegakan Hukum dan Kebijakan Penanggulangan Kejahatan*, PT.Citra Aditya Bhakti, Bandung, 2001, hal. 73.

³ *Ibid.*

⁴ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2002, hal 29.

⁵ A.Z. Abidin, *Bunga Rampai Hukum Pidana*, Pradnya Paramita, Jakarta, tanpa tahun, hal iii.

⁶ Herbert L. Packer, *The Limit of The Criminal Sanction*, Stanford University Press, California, 1968, hal. 17.

2. Syarat apa yang seharusnya dipenuhi untuk menyalahkan /mempertanggungjawabkan seseorang yang melakukan perbuatan itu, atau biasa disingkat dengan masalah "kesalahan".
3. Sanksi (pidana) apa yang sepatutnya dikenakan kepada orang yang disangka melakukan perbuatan pidana, atau biasa disebut dengan masalah "pidana".⁷

Berkaitan dengan sanksi pidana, maka jenis pidana perampasan kemerdekaan berupa pidana penjara merupakan jenis pidana yang kerap dikenakan terhadap pelaku tindak pidana oleh hakim. Dalam perjalanannya, sehubungan dengan perkembangan tujuan pemidanaan yang tidak lagi hanya terfokus pada upaya untuk menderitakan, akan tetapi sudah mengarah pada upaya-upaya perbaikan ke arah yang lebih manusiawi, maka pidana penjara banyak menimbulkan kritikan dari banyak pihak terutama masalah efektivitas dan adanya dampak negatif yang ditimbulkan dengan penerapan pidana penjara tersebut.

Barda Nawawi Arief mengemukakan bahwa pidana penjara saat ini sedang mengalami "masa krisis" karena termasuk salah satu jenis pidana yang "kurang disukai", sehingga banyak kritik tajam ditujukan terhadap jenis pidana perampasan kemerdekaan ini, baik dilihat dari sudut efektivitasnya maupun dilihat dari akibat-akibat negatif lainnya yang menyertai atau berhubungan dengan dirampasnya kemerdekaan seseorang.⁸

Selanjutnya Barda Nawawi Arief mengatakan :

"Sorotan dan kritik-kritik tajam terhadap pidana penjara itu tidak hanya dikemukakan oleh para ahli secara perseorangan, tetapi juga oleh masyarakat bangsa-bangsa di dunia melalui beberapa kongres internasional. Dalam Kongres PBB kelima tahun 1975 di Geneva mengenai *Prevention of Crime and the Treatment of Offenders*, antara lain dikemukakan, bahwa di banyak negara terdapat krisis kepercayaan terhadap efektivitas pidana penjara dan ada kecenderungan untuk mengabaikan kemampuan lembaga-lembaga kepenjaraan dalam menunjang usaha pengendalian kejahatan."⁹

Bangsa Indonesia yang merupakan bagian dari peradaban masyarakat dunia, dengan memperhatikan dinamika yang terjadi, tentunya diharapkan dapat senantiasa mengikuti dan mengadopsi hal-hal yang positif dan bermanfaat bagi kepentingan untuk semakin meningkatkan perlindungan dan kesejahteraan seluruh masyarakatnya dengan tetap berpijak pada nilai-nilai kepribadian bangsa.

Hal tersebut dapat dilakukan dengan mengadopsi adanya perkembangan pemikiran tentang cara yang lebih tepat dan manusiawi dalam memperlakukan para

⁷ Barda Nawawi Arief, *Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan Pengembangan Hukum Pidana*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1998, hal 111.

⁸ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana, Op.Cit.*, hal. 207.

⁹ *Ibid*, hal 206.

pelaku kejahatan yang antara lain dilakukan dengan upaya menyediakan alternatif pengganti pidana perampasan kemerdekaan / pidana penjara.

Berkaitan dengan hal tersebut Muladi mengemukakan :

"Masalah pidana, terdapat suatu masalah yang dewasa ini secara universal terus dicarikan pemecahannya. Masalah tersebut adalah adanya ketidakpuasan masyarakat terhadap pidana perampasan kemerdekaan, yang dalam pelbagai penelitian terbukti sangat merugikan baik terhadap individu yang dikenai pidana, maupun terhadap masyarakat. Di pelbagai negara, termasuk Indonesia, terus diusahakan untuk mencari alternatif-alternatif dari pidana perampasan kemerdekaan, antara lain berupa peningkatan pembedaan yang bersifat non-institusional".¹⁰

Oleh karena itu, kebutuhan untuk mencari alternatif jenis pidana perampasan kemerdekaan dalam rangka mengeliminir dampak negatif yang ditimbulkan oleh pidana perampasan kemerdekaan tersebut sangatlah penting artinya.

Dalam KUHP di Indonesia yang berlaku sekarang, sebetulnya sudah ada sarana alternatif pidana penjara yang bersifat non-custodial yaitu dengan adanya pidana bersyarat yang diatur dalam Pasal 14 a-f.

Dalam ketentuan Pasal 14 a KUHP secara garis besar menyebutkan, bahwa terhadap terpidana yang akan dijatuhi pidana penjara kurang dari 1 (satu) tahun, kurungan bukan pengganti denda dan denda yang tidak dapat dibayar oleh terpidana dapat diganti dengan pidana bersyarat. Dengan demikian terhadap pelaku tindak pidana/terdakwa telah ada penjatuhan pidana secara pasti, yang pelaksanaannya ditunda dengan bersyarat, sehingga telah terjadi proses *stigmatisasi* terhadap pelaku tindak pidana melalui keputusan hakim yang disampaikan dalam sidang yang terbuka untuk umum.

Oleh karena itu, pidana bersyarat sebagai alternatif pidana perampasan kemerdekaan dalam KUHP yang berlaku sekarang masih kurang memberikan perlindungan terhadap individu / pelaku tindak pidana.

Di samping itu, dalam KUHP yang berlaku sekarang, pidana bersyarat ini bukan merupakan suatu pidana pokok dan hanya merupakan cara penerapan pidana, sehingga hal ini tidak memberikan dasar yang mantap bagi hakim dalam

¹⁰ Muladi, *Lembaga Pidana Bersyarat*, Alumni, Bandung, 1985, hal. 5.

menerapkannya. Hal tersebut seperti dikatakan oleh Barda Nawawi Arief bahwa ketentuan yang mengatur tentang pidana bersyarat selama ini kurang dapat mengatasi sifat kaku dari sistem perumusan pidana penjara secara imperatif, karena pidana bersyarat hanya merupakan cara menjalankan pidana (*strafmodus*) dan tidak mengenai pemilihan jenis pidana (*strafsoort*)".¹¹

Dengan demikian, pengaturan tentang pidana bersyarat dalam KUHP yang berlaku sekarang belum dapat digunakan secara lebih efektif sebagai sarana alternatif penerapan pidana penjara, khususnya pidana penjara waktu pendek.

Salah satu bentuk alternatif pidana perampasan kemerdekaan (*alternatives to imprisonment*) yang lain ialah dengan diadakannya jenis sanksi yang dikenal dengan istilah *probation and judicial supervision* (*The Tokyo Rules-Rule 8.2* huruf h). Hal ini juga sesuai dengan Konggres PBB ketiga di Stockholom pada tahun 1965 tentang Pencegahan Kejahatan dan Pembinaan Narapidana, yang juga memfokuskan pada diskusi-diskusi tentang pidana pengawasan (*probation*) untuk orang dewasa dan tindakan-tindakan lain yang bersifat *non-institusional*.¹²

Menurut Muladi, istilah *probation*/pidana pengawasan dalam pengertian modern mempunyai arti sebagai suatu sistem yang berusaha untuk mengadakan rehabilitasi terhadap seseorang yang terbukti melakukan tindak pidana, dengan cara mengembalikannya ke masyarakat selama suatu periode pengawasan.¹³

Di samping itu, pidana pengawasan selain dapat mengurangi biaya yang harus dikeluarkan oleh masyarakat, juga mengurangi banyak kerugian yang ditimbulkan oleh pidana pencabutan kemerdekaan, terutama dalam bentuk gangguan terhadap kehidupan sosial yang normal yang akan menambah kesulitan narapidana dalam penyesuaian diri kepada masyarakat serta keluarganya dan seringkali meningkatkan kemungkinan timbulnya residivisme.

¹¹Barda Nawawi Arief, *Kebijakan Legislatif dalam Penanggulangan Kejahatan dengan Pidana Penjara*, Ananta, Semarang, 1993, hal. 202.

¹²Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Teori-teori dan Kebijakan Pidana*, Alumni Bandung, 1998, hal. 84.

¹³*Ibid*, hal. 155-156

Di lain pihak, alternatif dari pidana perampasan kemerdekaan berupa pidana pengawasan (*probation*) membantu si pelaku tindak pidana untuk melanjutkan kehidupan sosial yang normal, meningkatkan kemungkinan untuk memberikan kompensasi atas kerugian-kerugian si korban akibat tindak pidananya.

Dengan demikian, dalam pidana pengawasan telah tercakup adanya upaya untuk mengimplementasikan ide atau gagasan perlindungan terhadap kepentingan masyarakat dan kepentingan individu pelaku.

Oleh karena itu, dalam hukum pidana di Indonesia pada masa yang akan datang perlu dipikirkan mengenai kemungkinan diaturnya pidana pengawasan sebagai alternatif dari jenis pidana perampasan kemerdekaan (penjara).

B. Permasalahan

Berdasarkan pada pemikiran dan uraian di atas, maka dirumuskan permasalahan sebagai berikut :

1. Apakah ide dasar diwujudkannya pidana pengawasan dalam sistem pemidanaan di Indonesia ?
2. Bagaimanakah kebijakan formulasi pengaturan pidana pengawasan dalam sistem pemidanaan sebagai suatu upaya pembaharuan hukum pidana di Indonesia ?

C. Tujuan Penelitian

Tujuan yang hendak dicapai dalam penelitian ini adalah sebagai berikut :

1. Untuk mengetahui ide dasar diwujudkan pidana pengawasan dalam sistem pemidanaan di Indonesia.
2. Untuk mengetahui kebijakan formulasi pengaturan pidana pengawasan dalam sistem pemidanaan sebagai suatu upaya pembaharuan hukum pidana di Indonesia.

D. Kegunaan Penelitian

Penelitian ini mempunyai kegunaan sebagai berikut :

1. Secara Teoretis, akan menambah dan memperluas pengetahuan dalam hal pidana pengawasan, khususnya kebijakan formulasi hukum pidana terhadap pidana pengawasan dalam rangka mengintegrasikan ide perlindungan masyarakat (*prevensi general*) dan ide perlindungan atau ide pembinaan individu (*prevensi spesial*) yang akan dijadikan pedoman pemidanaan oleh legislatif.
2. Secara Praktis, sebagai bahan masukan dan sumbangan pemikiran upaya pembaharuan hukum pidana dalam hal diwujudkan pidana pengawasan sebagai alternatif pidana peampasan kemerdekaan, khususnya dalam penyusunan KUHP baru sebagai pengganti dari KUHP sekarang yang berasal dari WvS, mengenai .
3. Bahan dokumentasi dalam studi Sistem Peradilan Pidana, agar dapat lebih bermanfaat untuk dijadikan bahan kajian yang berguna dalam perkembangan ilmu hukum pidana.

E. Kerangka Teoritis

Setiap negara mempunyai tekad berusaha meningkatkan taraf kehidupan rakyatnya, sehingga dapat tercapai kehidupan yang aman dan sejahtera. Dengan

adanya kemajuan ilmu pengetahuan dan teknologi dewasa ini, maka baik negara-negara maju maupun negara berkembang melakukan pembangunan di segala bidang demi tercapainya kehidupan yang lebih baik bagi rakyatnya.

Sejalan dengan usaha yang demikian, bagi negara-negara yang baru merdeka dilakukan usaha pembaharuan di bidang hukum. Masalah pembaharuan hukum (*Law Reform*) ini merupakan salah satu diantara banyak permasalahan hukum, yang terutama dihadapi oleh negara-negara berkembang.¹⁴

Menurut Sudarto¹⁵, dasar dari pembaharuan di bidang hukum tersebut dilandaskan pada tiga alasan, yaitu :

1. Alasan Politis, yaitu alasan yang dilandasi oleh pemikiran, bahwa suatu negara merdeka harus mempunyai hukum sendiri yang bersifat nasional, demi kebanggaan nasional.
2. Alasan Sosiologis, yaitu alasan yang menghendaki adanya hukum yang mencerminkan nilai-nilai budaya suatu bangsa.
3. Alasan Praktis, yaitu alasan yang antara lain bersumber pada kenyataan bahwa biasanya bekas negara-negara jajahan mewarisi hukum negara yang menjajahnya dengan bahasa asli yang banyak dipakai dan tidak dipahami oleh generasi muda dari negara yang baru merdeka tersebut.

Negara Indonesia yang termasuk dalam kategori negara berkembang, juga sedang membangun dan berusaha untuk memperbaharui hukumnya secara menyeluruh, baik hukum perdata, hukum administrasi, maupun hukum pidana. Tuntutan pembaharuan ini menjadi semakin kuat pada era reformasi, dimana rakyat seperti mendapatkan "angin kebebasan" untuk dapat menyalurkan aspirasinya serta menuntut diwujudkannya hukum dan aturan perundang-undangan yang dapat menampung rasa keadilan masyarakat.

Dalam melaksanakan program pembangunan hukum tersebut, terdapat beberapa sendi utama yang dijadikan dalam pembangunan sistem hukum nasional, antara lain¹⁶ :

¹⁴ Abdurrahman, *Aneka Masalah Hukum dalam Pembangunan di Indonesia*, Alumni, Bandung, 1976, hal. 36.

¹⁵ Sudarto, *Hukum Pidana dan Perkembangan Masyarakat*, Sinar Baru, Bandung, 1993, hal 66-68.

1. Sendi negara berdasarkan konstitusi dan negara berdasarkan atas hukum
2. Sendi kerakyatan dan demokrasi
3. Sendi kesejahteraan sosial

Dalam setiap Garis Garis Besar Haluan Negara (GBHN) di bidang hukum selalu diamanatkan bahwa dalam rangka pembangunan hukum, perlu ditingkatkan upaya pembaharuan hukum secara terarah dan terpadu, antara lain dengan kodifikasi dan unifikasi hukum di bidang hukum tertentu, serta penyusunan perundang-undangan baru yang sangat dibutuhkan untuk dapat mendukung perubahan di berbagai bidang sesuai dengan perubahan, serta tingkat kesadaran hukum dan dinamika yang berkembang dalam masyarakat.

Semua upaya pembangunan hukum tersebut bertujuan untuk mempercepat dan meningkatkan kegiatan pembaharuan dan pembentukan sistem hukum nasional dalam segala aspeknya, menjamin kelestarian dan integritas bangsa serta memberi patokan, arahan dan dorongan dalam perubahan sosial ke arah terwujudnya tatanan masyarakat yang adil dan makmur berdasarkan Pancasila dan UUD 1945.¹⁷

Dari hal tersebut di atas, terkandung tekad dari bangsa Indonesia untuk mewujudkan suatu pembaharuan hukum pidana yang dapat diartikan sebagai suatu upaya untuk melakukan reorientasi dan reformasi hukum pidana yang sesuai dengan nilai-nilai sentral sosio-politik, sosio-filosofi dan sosio-kultural yang melandasi dan memberi sisi terhadap muatan normatif dan substansi hukum pidana yang dicita-citakan.¹⁸

Dalam pembaharuan hukum pidana di Indonesia, terlebih dahulu haruslah diketahui permasalahan pokok dalam hukum pidana. Hal demikian penting, karena hukum pidana merupakan cermin suatu masyarakat yang merefleksikan nilai-nilai yang

¹⁶ H.A.S. Natabaya, *Upaya Pembaharuan Peraturan Perundang-undangan Dalam Rangka Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi*, Makalah Disampaikan Pada Forum Dialog Terbuka, Jakarta, 5 Mei 1999.

¹⁷ Badan Pembinaan Hukum Nasional, *Pola Pikir dan Kerangka Sistem Hukum Nasional*, Departemen Kehakiman RI, 1995/1996, hal. 115.

¹⁸ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, *Op.Cit.*, hal 29.

menjadi dasar masyarakat itu. Bila nilai-nilai itu berubah, maka hukum pidana juga berubah.¹⁹

Menurut Barda Nawawi Arief, dilihat dari sudut dogmatis normatif, permasalahan pokok dari hukum pidana adalah :

1. Perbuatan apa yang sepatutnya dipidana, atau biasa disingkat dengan masalah "tindak pidana".
2. Syarat apa yang seharusnya dipenuhi untuk menyalahkan /mempertanggungjawabkan seseorang yang melakukan perbuatan itu, atau biasa disingkat dengan masalah "kesalahan".
3. Sanksi (pidana) apa yang sepatutnya dikenakan kepada orang yang disangka melakukan perbuatan pidana, atau biasa disebut dengan masalah "pidana".²⁰

Selanjutnya dipandang dari sudut operasionalisasi / fungsionalisasi, dalam arti bagaimana perwujudan dan bekerjanya, hukum pidana dapat dibedakan dalam tiga fase/tahap, yaitu :

1. Tahap Formulasi, yaitu tahap penetapan hukum pidana mengenai macam perbuatan yang dapat dipidana dan jenis sanksi yang dapat dikenakan. Kekuasaan yang berwenang dalam melaksanakan tahap ini adalah kekuasaan Legislatif/Formulatif.
2. Tahap Aplikasi, yaitu tahap menerapkan hukum pidana, atau penjatuhan pidana kepada seseorang atau korporasi oleh hakim atas perbuatan yang dilakukan oleh orang tersebut. Yang berwenang dalam tahap ini adalah Kekuasaan Aplikatif/Yudikatif.
3. Tahap Eksekusi, yaitu tahap pelaksanaan pidana oleh aparat eksekusi pidana atas orang atau korporasi yang telah dijatuhi pidana tersebut. Kewenangan dalam hal ini ada pada Kekuasaan Eksekutif/Administratif.²¹

Dari ketiga tahap tersebut di atas, maka tahap formulasi atau tahap penetapan hukum pidana dalam perundang-undangan merupakan tahap yang paling strategis, karena dalam tahap inilah dirumuskan garis-garis kebijakan

¹⁹ A.Z. Abidin, *Bunga Rampai Hukum Pidana*, Pradnya Paramita, Jakarta, tanpa tahun, hal iii.

²⁰ Barda Nawawi Arief, *Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan Pengembangan Hukum Pidana*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1998, hal 111.

²¹ *Ibid*, hal 99.

legislasi yang sekaligus merupakan landasan legalitas bagi tahap-tahap berikutnya, yaitu tahap penerapan pidana oleh badan peradilan dan tahap pelaksanaan pidana oleh aparat pelaksana pidana.²²

Dengan demikian dari segi pengalokasian kewenangan atau kebijakan, maka kebijakan formulasilah yang memiliki posisi paling strategis dalam pembaharuan hukum pidana di Indonesia.

Berkaitan dengan pidana dan pemidanaan, maka masalah tentang penjatuhan jenis pidana (*strafsoort*) yang dikehendaki, penentuan berat ringannya pidana yang dijatuhkan (*strafmaat*) serta bagaimana pidana itu dilaksanakan merupakan bagian dari suatu sistem pemidanaan.

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

L.H.C. Hullsman mengemukakan bahwa sistem pemidanaan (*the sentencing system*) adalah aturan perundang-undangan yang berhubungan dengan sanksi pidana dan pemidanaan (*the statutory rules relating to penal sanctions and punishment*)²³.

Barda Nawawi Arief menambahkan :

"Apabila pengertian pemidanaan diartikan secara luas sebagai suatu proses pemberian atau penjatuhan pidana oleh hakim, maka dapatlah dikatakan bahwa sistem pemidanaan mencakup keseluruhan ketentuan perundang-undangan yang mengatur bagaimana hukum pidana itu ditegakkan atau dioperasionalkan secara konkret sehingga seseorang dijatuhi sanksi (hukum pidana)." ²⁴

Hal di atas berarti semua aturan perundang-undangan mengenai Hukum Pidana Substantif, Hukum Pidana Formal dan Hukum Pelaksanaan Pidana dapat dilihat sebagai satu kesatuan sistem pemidanaan.

Bertolak dari pengertian di atas, maka apabila aturan perundang-undangan (*"the statutory rules"*) dibatasi pada hukum pidana substantif yang terdapat dalam KUHP, dapatlah dikatakan bahwa keseluruhan ketentuan dalam KUHP, baik berupa aturan umum (Buku I) maupun aturan khusus mengenai tindak pidana (Buku II dan III) pada hakikatnya merupakan satu kesatuan sistem pemidanaan.²⁵

Apabila pemidanaan ditinjau dari segi orientasinya, dikenal adanya 2 macam teori pemidanaan, yaitu :

1. Teori Absolut (pembalasan), yaitu teori yang berorientasi ke belakang berupa pembalasan yang setimpal atas perbuatan yang dilakukan.
2. Teori Relatif (tujuan), yaitu teori yang berorientasi ke depan berupa penyembuhan luka, baik luka individual maupun luka sosial.²⁶

Di dalam masyarakat modern, tampaknya ada kecenderungan untuk mengarah pada teori gabungan. Hal ini juga terjadi di Indonesia, yang

²³ L.H.C. Hullsman, dalam Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Op. Cit, hal 23.

²⁴ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Op. Cit., hal 117.

²⁵ *Ibid*, hal.118.

²⁶ Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Teori-Teori dan Kebijakan Pidana*, Alumni, Bandung, 1998, hal. 60.

perwujudannya tampak pada Ketentuan Pasal 50 Konsep KUHP Baru tahun 2000, yang menyebutkan :

“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.”

Berkaitan dengan tujuan pemidanaan dalam Konsep KUHP tersebut, Sudarto mengemukakan :

“Dalam tujuan pertama tersimpul pandangan perlindungan masyarakat (*social defence*), sedang dalam tujuan kedua dikandung maksud rehabilitasi dan resosialisasi terpidana. Tujuan ketiga sesuai dengan pandangan hukum adat mengenai “*adat reactie*”, sedangkan tujuan yang keempat bersifat spiritual yang sesuai dengan sila pertama Pancasila”.²⁷

²⁷ Sudarto, *Pemidanaan Pidana dan Tindakan*, BPHN, Jakarta, 1982, hal. 4.

Selanjutnya, Barda Nawawi Arief juga mengemukakan :

“Bertolak dari pemikiran, bahwa pidana pada hakikatnya hanya merupakan alat untuk mencapai tujuan, maka Konsep pertama-tama merumuskan tentang tujuan pemidanaan. dalam mengidentifikasi tujuan pemidanaan, Konsep bertitik tolak dari keseimbangan 2 (dua) sasaran pokok, yaitu “perlindungan masyarakat” dan “perlindungan/pembinaan individu pelaku tindak pidana”.²⁸

Dengan demikian, terdapat dua sisi/sasaran/aspek pokok dalam tujuan pemidanaan sebagai kepentingan yang hendak dilindungi secara berimbang yaitu kepentingan masyarakat dan kepentingan individu pelaku. Hal demikian ini mencerminkan perwujudan dari asas monodualistis sekaligus individualisasi pidana guna mengakomodasi tuntutan tujuan pemidanaan yang sedang berkembang dewasa ini.

Oleh karena itu, dapatlah dilihat bahwa perkembangan tujuan pidana dan pemidanaan tidak lagi hanya terfokus pada upaya untuk menderitakan, akan tetapi sudah mengarah pada upaya perbaikan-perbaikan ke arah yang lebih manusiawi.

Dalam praktek operasionalisasi hukum pidana terhadap perbuatan yang bersifat melawan hukum selama ini, salah satu sanksi pidana yang paling sering digunakan sebagai sarana untuk menanggulangnya ialah dengan pengenaan pidana perampasan kemerdekaan yang bersifat kustodial. Akan tetapi dalam perkembangannya banyak yang mempersoalkan kembali manfaat penggunaan pidana penjara ini sebagai salah satu sarana untuk menanggulangi masalah kejahatan, yaitu yang berkaitan dengan masalah/problema efektivitas dan dampak negatif yang ditimbulkannya.

Hal tersebut telah menjadi fenomena global bahwa masalah pendayagunaan dan upaya mencari alternatif pidana perampasan kemerdekaan telah menjadi masalah yang bersifat universal. Masalah ini menjadi semakin

²⁸ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana, Op.Cit.*, hal. 98.

penting artinya bila dihubungkan dengan masalah tujuan pidana dan pembedaan yang hendak dicapai.

Niat untuk meneliti serta menyempurnakan jenis sanksi pidana alternatif pidana perampasan kemerdekaan ini semakin meningkat, sehubungan dengan rekomendasi yang diusulkan oleh *sub-Committee II The Sixth United Nation Congress in the Prevention of Offenders* tahun 1980 di Caracas, yang membicarakan topik "*De-institutionalization of Corrections*", dimana antara lain berbunyi sebagai berikut:

"In a resolution on alternatives to imprisonment, the Congress recommended that Member States examine their legislation with a view towards removing legal obstacles to utilizing alternatives to imprisonment in appropriate cases in countries where such obstacles exist and encourage wider community participation in the implementation of alternatives to imprisonment and activities aimed at the rehabilitation of offenders".²⁹

²⁹ The Sixth United Nation Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, 1980, dalam Muladi, *Lembaga Pidana Bersyarat, Op.Cit.*, hal. 151.

Bentuk-bentuk alternatif pidana perampasan kemerdekaan semacam *Probation* atau Pidana Pengawasan telah diterima/diterapkan di beberapa negara dan menunjukkan tanda-tanda yang menggembirakan.

Adapun tujuan jenis pidana pengawasan/probation adalah "*to rehabilitate the offender, protect the public and prevent the offender committing further offences*". Jadi tujuan pengenaan probation/pidana pengawasan ini adalah untuk merehabilitasi pelaku, melindungi masyarakat dan mencegah pelaku melakukan tindak pidana lebih lanjut. Dengan demikian, terdapat keseimbangan kepentingan yang ingin dilindungi dengan diterapkannya jenis pidana pengawasan seperti *probation* ini, yaitu perlindungan individu pelaku dan perlindungan masyarakat.

Dikaitkan dengan pandangan tentang pentingnya pidana pengawasan (*probation*) sebagai salah satu mata rantai sistem penyelenggaraan hukum pidana, maka yang harus dihapuskan dalam hal ini adalah adanya kesan, bahwa penerapan pidana pengawasan merupakan sikap kemurahan hati, pemberian ampun, atau pembebasan, sebab di dalam kerangka sebab musabab kejahatan dari pelaku tindak pidana serta usaha-usaha untuk menetralkan sebab musabab tersebut, maka peranan pengawasan di dalam pembinaan di luar lembaga ini menjadi suatu keadaan dinamis untuk memecahkan masalah.

Sehubungan dengan hal tersebut, Muladi mengatakan :

"Untuk mengenakan pidana pengawasan/*probation* biasanya diadakan pembatasan yang dilakukan oleh peraturan perundang-undangan. Tindak-tindak pidana yang pelakunya dikecualikan dari pengenaan pidana pengawasan/*probation* adalah tindak-tindak pidana yang secara tradisional tidak disukai (menjijikkan) oleh masyarakat, yaitu :

- 1) Kejahatan-kejahatan kekerasan
- 2) Kejahatan-kejahatan terhadap moral.
- 3) Kejahatan-kejahatan yang melibatkan penggunaan senjata-senjata yang mematikan.
- 4) Kejahatan-kejahatan yang dilakukan seseorang karena diupah oleh orang lain.
- 5) Kejahatan-kejahatan terhadap pemerintah.
- 6) Kejahatan-kejahatan yang diancam pidana tertentu.³⁰

³⁰ Muladi, *Lembaga Pidana Bersyarat, Op.Cit.*, 157.

Pada tahun 1962 telah dipublikasikan *Report of the Interdepartmental Committee on the Probation service*, yang antara lain menyatakan, bahwa menempatkan seseorang di bawah *probation* harus dipenuhi syarat-syarat sebagai berikut :

- 1) Atas dasar sifat kejahatan dan catatan si pelaku tindak pidana, demi kepentingan masyarakat tidak dipertimbangkan untuk menerapkan cara yang keras untuk membinanya,
- 2) Risiko bagi masyarakat melalui penerapan pembebasan si pelaku tindak pidana diperbesar berdasarkan alasan-alasan moral, sosial dan ekonomi,
- 3) Pelaku tindak pidana memerlukan perhatian terus menerus,
- 4) Pelaku tindak pidana mampu untuk menanggapi perhatian tersebut dalam keadaan bebas.³¹

Dari uraian di atas jelas kiranya, bahwa alternatif pidana perampasan kemerdekaan berupa jenis pidana pengawasan (*probation*) tidak hanya demi kepentingan si pelaku tindak pidana, namun juga demi kepentingan masyarakat.

F. Metode Penelitian

Koentjaraningrat mengatakan tentang makna metode ini, dalam bukunya yang berjudul "Metode-metode Penelitian Masyarakat", sebagai berikut :

".... Dalam arti kata yang sesungguhnya maka metode (Yunani Methodos) adalah cara atau jalan. Sesungguhnya dengan upaya ilmiah, maka metode menyangkut masalah cara kerja untuk memahami obyek yang menjadi sasaran ilmu yang bersangkutan".³²

Menurut Paul B. Horton dan Chester L. Hunt (diterjemahkan oleh Aminuddin Ram dan Tita Sobari), ada beberapa langkah dalam penelitian ilmiah, yaitu merumuskan masalah, meninjau kepustakaan, merumuskan hipotesis, merencanakan disain penelitian, mengumpulkan data, menganalisa data, menarik kesimpulan, mengulang penelaahan.³³

³¹ *Ibid.*

³² Koentjaraningrat, *Metode-metode Penelitian Masyarakat*, Gramedia, Jakarta, 1973, hal. 16

³³ Paul B. Horton dan Chester L. Hunt, *Sosiologi Jilid I Edisi Keenam*, Erlangga, 1991, hal. 11-12.

Berkaitan dengan masalah objek yang menjadi sasaran ilmu pengetahuan tertentu seperti halnya ilmu hukum tersebut, Ronny Hanitijo Soemitro mengatakan bahwa:

“Setiap ilmu pengetahuan mempunyai identitas sendiri-sendiri, sehingga selalu akan terdapat berbagai perbedaan. Metodologi penelitian yang diterapkan dalam setiap ilmu selalu disesuaikan dengan ilmu pengetahuan yang menjadi induknya”.³⁴

³⁴ Ronny Hantijo Soemitro, *Bahan Kuliah Metodologi Penelitian Hukum*, UNDIP, 2001, hal. 1-8.

Penelitian hukum dapat dibedakan menjadi penelitian hukum normatif yang dilakukan dengan cara meneliti bahan pustaka yang merupakan data sekunder (penelitian hukum kepustakaan), dan penelitian hukum sosiologis yaitu penelitian hukum yang dilakukan dengan cara meneliti data-data primer atau empiris yang diperoleh langsung dari masyarakat.

Sehubungan dengan objek penelitian yang berkaitan dengan kebijakan dalam memilih beberapa jenis pidana alternatif penerapan pidana penjara maka penulis memerlukan suatu upaya kegiatan penelitian normatif.

Ronny Hanitijo Soemitro mengatakan bahwa penelitian hukum normatif itu dapat dibagi dalam beberapa tipe yaitu :

- a. Penelitian guna menginventarisasi hukum positif.
- b. Penelitian untuk menemukan dasar-dasar falsafah dan azas-azas hukum.
- c. Penelitian untuk menemukan hukum in concreto.
- d. Penelitian terhadap sistematik hukum.
- e. Penelitian terhadap taraf sinkronisasi vertical dan horizontal peraturan perundangan yang berlaku.
- f. Penelitian perbandingan hukum.³⁵

Berkaitan dengan beberapa tipe penelitian hukum normatif di atas, maka peneliti untuk memperoleh jawaban atas permasalahan tentang ide dasar dan kebijakan formulasi pidana pengawasan yang dikaitkan dengan aspek-aspek tujuan pemidanaan maupun pembaharuan hukum pidana di Indonesia dilakukan dengan menginventarisasi hukum positif tentang pidana pengawasan guna menemukan dasar-dasar falsafah dan azas-azas hukum yang berkaitan dengan pidana pengawasan tersebut (penelitian hukum normative tipe a dan b).

Adapun langkah-langkah yang diambil dalam rangka melakukan penelitian ini adalah dengan merumuskan masalah, meninjau kepustakaan, merencanakan disain penelitian, mengumpulkan data, menganalisa data, menarik kesimpulan dan memberikan rekomendasi.

³⁵ *Ibid*, hal. 1-8.

1. Metode Pendekatan

Permasalahan pokok dalam penelitian ini termasuk salah satu masalah sentral dari kebijakan kriminal (masalah pidana dan pemidanaan). Oleh karena itu pendekatannya tidak dapat dilepaskan dari pendekatan yang berorientasi pada kebijakan (*policy-oriented approach*). Mengingat sasaran utama penelitian ini pada masalah kebijakan legislatif dalam menetapkan dan merumuskan pidana pengawasan, maka pendekatannya terutama ditempuh lewat pendekatan yuridis-normatif. Pendekatan inipun ditunjang dan dilengkapi dengan pendekatan teoritis-doktrinal.

2. Spesifikasi Penelitian

Dalam penelitian ini, peneliti ingin melakukan tinjauan terhadap pidana pengawasan dalam system pemidanaan di Indonesia. Oleh karena itu, spesifikasi penelitiannya adalah penelitian hukum normatif yang bertopang pada data sekunder sebagai data utama.

3. Jenis dan Sumber Data

Data yang hendak didapatkan untuk menopang hasil penelitian ini adalah data primer dan data sekunder. Namun penelitian ini lebih menitikberatkan pada data sekunder, sedangkan data primer lebih bersifat penunjang. Sumber data yang digunakan terdiri dari sumber primer dan sumber sekunder, yaitu:

a. Bahan-bahan Primer

Berupa bahan hukum primer yang didapatkan dari sumber perundang-undangan, yaitu peraturan perundang-undangan yang menjadi dasar bekerjanya jenis pidana *non-custodial* (pidana dengan syarat) dalam sistem ketentuan hukum pidana.

b. Bahan-bahan Sekunder

Berupa bahan hukum yang bersumber dari buku-buku literature yang berhubungan baik langsung maupun tidak langsung dengan masalah yang diteliti. Bahan hukum ini didapatkan melalui studi kepustakaan, dokumen, risalah perundang-undangan yang tersimpan dalam bagian dokumentasi Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) Pusat di Jakarta, konsep rancangan undang-undang khususnya Konsep KUHP Baru, perundang-undangan negara lain, pendapat para ahli hukum, hasil-hasil penelitian dan kegiatan ilmiah lainnya.

4. Metode Pengumpulan Data

Mengingat penelitian ini memusatkan perhatian pada data sekunder, maka pengumpulan data terutama ditempuh dengan melakukan penelitian kepustakaan dan studi dokumen.

5. Metode Analisis Data

Analisa dapat dirumuskan sebagai suatu proses penguraian secara sistematis dan konsisten terhadap gejala-gejala tertentu.³⁶

Terhadap data yang telah tersedia, akan dilakukan analisa secara kualitatif dengan penguraian secara deskriptif analitis dan preskriptif. Hal ini dilakukan oleh karena penelitian bermaksud untuk mengungkapkan/melukiskan data sebagaimana adanya juga bermaksud melukiskan realitas kebijakan legislative sebagaimana yang diharapkan. Dan dalam melakukan analisa kualitatif yang bersifat deskriptif dan preskriptif ini, penganalisaan bertitik tolak dari analisa yuridis-normatif untuk pendalamannya dikaitkan atau dilengkapi dengan uraian tentang teori-teori dan doktrin yang berkaitan secara langsung atau tidak dengan objek yang diteliti. Analisa ini dipergunakan untuk memperoleh pemahaman secara utuh dan mendalam mengenai pokok persoalan yang ada.

³⁶ Soerjono Soekanto, *Kesadaran Hukum dan Kepatuhan Hukum*, Rajawali, Jakarta, 1982, hal. 137.

G. Sistematika Penulisan

Sistematika penulisan yang digunakan oleh penulis dalam tesis ini adalah sebagai berikut :

Sesudah **Bab I** yang merupakan Bab Pendahuluan, akan dilanjutkan **Bab II** perihal Tinjauan Pustaka yang berkaitan dengan topik dari penelitian ini, yaitu pidana pengawasan dalam sistem pemidanaan di Indonesia. Berkaitan dengan topik tersebut, pada awal bab akan diuraikan tentang Pidana dan Pemidanaan yang di dalamnya menjelaskan tentang pengertian "Pidana" dan sistem pemidanaan. Selanjutnya dipaparkan tentang teori-teori yang berkaitan dengan tujuan pemidanaan dan perkembangannya sampai saat ini. Sub bab berikutnya menjelaskan tentang pengertian dan ruang lingkup kebijakan hukum pidana dilanjutkan sub bab yang menggambarkan urgensi mencari alternatif pidana perampasan kemerdekaan yang di dalamnya juga dicantumkan adanya kritik-kritik terhadap pidana penjara. Bab II ini diakhiri dengan sub bab yang menjelaskan tentang teori-teori tentang alternatif pidana perampasan kemerdekaan berupa pidana pengawasan.

Pada **Bab III** akan diuraikan tentang Hasil Penelitian dan Analisis berkaitan dengan ide dasar diwujudkannya pidana pengawasan dalam sistem pemidanaan di Indonesia dan kebijakan formulasi pidana pengawasan sebagai salah satu upaya pembaharuan hukum pidana di Indonesia.

Penelitian ini akan diakhiri dengan **Bab IV** yang merupakan Penutup yang di dalamnya akan ditarik kesimpulan tentang permasalahan dalam penelitian ini dan diberikan beberapa saran pemecahannya.

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. Pidana dan Pemidanaan

1. Pengertian "Pidana"

Dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia Edisi II Cetakan IX, dicantumkan pengertian "pidana" yaitu hukum kejahatan (hukum untuk perkara kejahatan / kriminal).³⁷

Moelyatno membedakan istilah "pidana" dan "hukuman". Beliau tidak setuju terhadap istilah-istilah konvensional yang menentukan bahwa istilah "hukuman" berasal dari kata "*straf*" dan istilah "dihukum" berasal dari perkataan "*wordt gestraft*". Beliau menggunakan istilah yang inkonvensional, yaitu "pidana" untuk kata "*straf*" dan "diancam dengan pidana" untuk kata "*wordt gestraft*". Hal ini disebabkan apabila kata "*straf*" diartikan "hukuman", maka kata "*straf recht*" berarti "hukum-hukuman". Menurut Moelyatno, "dihukum" berarti diterapi hukum, baik hukum perdata maupun hukum pidana. "Hukuman" adalah hasil atau akibat dari penerapan hukum tadi yang mempunyai arti lebih luas, sebab dalam hal ini tercakup juga keputusan hakim dalam lapangan hukum perdata.³⁸

Hal di atas juga selaras dengan yang dikemukakan oleh Sudarto³⁹, bahwa "penghukuman" berasal dari kata "hukum" atau "memutuskan tentang hukumnya" (*berechten*). "Menetapkan hukum" untuk suatu peristiwa tidak hanya menyangkut bidang pidana saja, akan tetapi juga hukum perdata.

³⁷ Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Edisi II Cetakan IX, Balai Pustaka, Jakarta 1997, hal 360.

³⁸ Moelyatno, *Membangun Hukum Pidana*, Bina Aksara, Jakarta, 1985, hal. 40.

³⁹ Sudarto, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, *Op. Cit*, hal. 72.

Selanjutnya juga dikemukakan oleh beliau, bahwa istilah penghukuman dapat disempitkan artinya, yakni penghukuman dalam perkara pidana yang kerap kali sinonim dengan "pidana" atau "pemberian/penjatuhan pidana" oleh hakim. Menurut beliau "penghukuman" dalam arti yang demikian mempunyai makna sama dengan "*sentence*" atau "*veroordeling*".

Akhirnya dikemukakan Barda Nawawi Arief, bahwa istilah "hukuman" kadang-kadang digunakan untuk pengganti perkataan "*straf*", namun menurut beliau, istilah "pidana" lebih baik daripada hukuman.

Menurut Wirjono Prodjodikoro, kata "hukuman" sebagai istilah tidak dapat menggantikan kata "pidana", sebab ada istilah "hukum pidana" disamping "hukum perdata" seperti ganti kerugian berupa pembayaran sejumlah uang atau penyitaan barang.⁴⁰

⁴⁰ Wirdjono Prodjodikoro, *AsasAsas Hukum Pidana di Indonesia*, PT Eresco, Bandung, 1976, hal. 1.

Dalam kesempatan yang lain, Sudarto berpendapat bahwa istilah dan makna pidana tidak dapat dipisahlempaskan dengan hukum pidana, karena pidana adalah bagian/komponen penting dari hukum pidana.⁴¹

Dalam sistem hukum di Indonesia, pidana dan perbuatan-perbuatan yang diancam pidana harus lebih dahulu tercantum dalam undang undang pidana. Hal ini sesuai dengan asas yang disebut dengan *nullum delictum nulla poena sine praevia lege poenali*, seperti yang tercantum dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP. Dalam hal ini terdapat perbedaan istilah hukuman dan pidana. Suatu pidana harus berdasarkan undang-undang, sedangkan hukuman lebih luas pengertiannya, karena dalam pengertian hukuman, di dalamnya termasuk keseluruhan norma, baik norma kepatutan, kesopanan, kesusilaan dan kebiasaan.

Walaupun demikian, kedua istilah tersebut tetap mempunyai persamaan, yaitu sama-sama berlatar belakang pada tata nilai (*value*), baik dan tidak baik, sopan dan tidak sopan, diperbolehkan dan dilarang, dan seterusnya.

Dengan demikian, seseorang yang dijatuhi pidana atau terpidana adalah orang yang bersalah atau melanggar suatu peraturan hukum pidana. Akan tetapi, seseorang juga mungkin dihukum karena melanggar suatu ketentuan yang bukan hukum pidana.

Berkaitan dengan siapakah yang berhak menjatuhkan pidana, pada umumnya para sarjana hukum telah sependapat bahwa negara atau pemerintahlah yang berhak untuk memidana atau memegang *jus puniendi* itu. Tetapi yang dipermasalahkan dalam hal ini adalah apa yang menjadi alasan sehingga negara atau pemerintah yang berhak untuk memidana.

Menurut Beysens, negara atau pemerintah berhak memidana karena :

⁴¹ Sudarto, *Hukum Pidana I*, Fakultas Hukum Undip, Semarang, 1987/1988, hal 9.

- a. Sudah menjadi kodrat alam, negara itu bertujuan dan berkewajiban mempertahankan tata tertib masyarakat atau ketertiban negara. Di sinilah ternyata bahwa pemerintah itu benar-benar berfungsi atau benar-benar memerintah. Berdasarkan atas hakekat bahwa manusia secara alamiah, maka pemerintah berhak untuk membalas pelanggaran tersebut, dengan jalan menjatuhkan sanksi yang bersifat pembalasan itu.
- b. Pidana yang dijatuhkan itu bersifat pembalasan kepada perbuatan-perbuatan yang dilakukan dengan sukarela. Pidana yang dijatuhkan itu tidak boleh bersifat balas dendam, tetapi bersifat obyektif dengan cara memberikan kerugian kepada seseorang karena perbuatan melanggar hukum yang dilakukannya dengan sukarela dan dapat dipertanggungjawabkan kepadanya.⁴²

Dalam hal hakekat serta apa yang menjadi tujuan ppidanaan itu, perlu dikemukakan lagi bahwa hukum pidana merupakan hukum sanksi yang istimewa, atau menurut Sudarto merupakan sistem sanksi yang negatif. Hukum pidana itu diterapkan jika sarana (upaya) lain sudah tidak memadai, sehingga hukum pidana dikatakan juga mempunyai fungsi atau sifat yang *subsidiar*.⁴³

Menurut Leo Polak, apakah hakekat, makna, tujuan serta ukuran dari penderitaan pidana yang patut diterima, merupakan problema yang tidak terpecahkan. Terhadap pendapat Leo Polak itu, Sudarto menegaskan bahwa sejarah dari hukum pidana pada hakekatnya merupakan sejarah pidana dan ppidanaan. Pidana termasuk juga tindakan (*maatregel, masznahme*), bagaimanapun juga merupakan suatu penderitaan, sesuatu yang dirasakan tidak enak untuk dikenai. Oleh karena itu, orang tidak pernah ada henti-hentinya untuk mencari dasar, hakekat dan tujuan pidana dan ppidanaan, untuk memberikan pembenaran dari pidana itu sendiri.⁴⁴

Mengenai hakekat pidana, pada umumnya para penulis menyebutnya sebagai suatu penderitaan atau nestapa. Bonger mengatakan bahwa pidana adalah mengenakan suatu penderitaan, karena orang itu telah melakukan suatu

⁴² *Ibid*, hal. 23.

⁴³ Sudarto *Hukum dan Hukum Pidana*, Alumni, Bandung , 1981 , hal. 30.

⁴⁴ *Ibid*, hal. 31.

perbuatan yang merugikan masyarakat. Pendapat ini sama dengan pendapat Roeslan Saleh yang mengatakan bahwa pidana adalah "reaksi atas delik, dan berwujud suatu nestapa yang sengaja ditimpakan negara pada pembuat delik itu".⁴⁵

Hal senada juga dikemukakan oleh Andi Hamzah bahwa pidana dipandang sebagai suatu nestapa yang dikenakan karena melakukan suatu delik. Akan tetapi hal ini bukan merupakan tujuan akhir, melainkan hanya tujuan terdekat. Hal tersebut yang membedakan antara pidana dan tindakan karena tindakan juga dapat berupa nestapa tetapi bukan merupakan suatu tujuan.⁴⁶

Dalam hal tujuan pidana, Plato dan Aristoteles mengemukakan bahwa "pidana itu dijatuhkan bukan karena telah berbuat jahat, tetapi agar jangan diperbuat kejahatan, hal ini merupakan suatu kenyataan bahwa hukum pidana bersifat preventif atau pencegahan agar tidak melakukan kejahatan atau pelanggaran."⁴⁷

Demikian pula Herbert L. Packer yang berpendapat bahwa tingkatan atau derajat ketidakenakan atau kekejaman bukanlah ciri yang membedakan "*punishment*" dan "*treatment*".⁴⁸

Perbedaan antara "*punishment*" (pidana) dan "*treatment*" (tindakan perlakuan) harus dilihat dari tujuannya, seberapa jauh peranan dari perbuatan si pelaku terhadap adanya pidana atau tindakan perlakuan. Menurut H.L. Packer, tujuan utama dari *treatment* adalah untuk memberikan keuntungan atau untuk memperbaiki orang yang bersangkutan. Fokusnya bukan pada perbuatannya yang telah lalu atau akan yang datang, akan tetapi pada tujuan untuk memberikan pertolongan kepadanya. Jadi, dasar pembenaran dari "*treatment*"

⁴⁵ Roeslan Saleh, *Stelsel Pidana Indonesia*, Aksara Baru, Jakarta, 1978, hal. 5.

⁴⁶ Andi Hamzah, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Rineka Cipta, Jakarta, 1994, hal. 27.

⁴⁷ *Ibid*, hal.7.

⁴⁸ Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Op. Cit*, hal. 5.

adalah pada pandangan bahwa orang yang bersangkutan akan atau mungkin menjadi lebih baik. Dengan demikian tujuan utamanya adalah untuk meningkatkan kesejahteraan orang yang bersangkutan.⁴⁹

Sedangkan "punishment" menurut H.L. Packer, pembedanya didasarkan pada satu atau dua tujuan sebagai berikut :

- a. Untuk mencegah terjadinya kejahatan atau perbuatan yang tidak dikehendaki atau perbuatan yang salah (*the prevention of crime or undesired conduct or offending conduct*);
- b. Untuk mengenakan penderitaan atau pembalasan yang layak kepada si pelanggar (*the deserved infliction of suffering on evildoers/retribution for perceived wrong doing*).⁵⁰

Dengan demikian, pada masalah pidana, titik beratnya adalah pada perbuatan salah atau tindak pidana yang telah dilakukan oleh si pelaku. Dengan perkataan lain, perbuatan itu mempunyai peranan yang besar dan merupakan syarat yang harus ada untuk terjadinya "*punishment*".⁵¹

Selanjutnya ditegaskan oleh H.L. Packer, bahwa :

"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 kedua-duanya.

Sedangkan "*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 mengharap atau berpikiran, bahwa orang yang dikenakan pidana akan menjadi lebih baik, tetapi bukan karena hal itu kita berbuat demikian, karena tujuan utamanya adalah melakukan pencegahan terhadap perbuatan salah dan bukan perbaikan terhadap diri si pelanggar."⁵²

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ *Ibid.*, hal. 6.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² *Ibid.*

Dengan demikian H.L. Packer juga menegaskan bahwa sepanjang perhatian kita tujukan pada :

- a. Aktivitas seseorang di masa yang akan datang untuk sesuatu yang telah dilakukannya pada masa lalu (*a person's future activity to something he has done in the past*);
- b. Perlindungan terhadap orang lain daripada perbaikan terhadap diri si pelaku (*the protection of other rather than the betterment of the person being dealt with*),

Maka perlakuan yang demikian disebut "*punishment*".⁵³

Menurut Muladi dan Barda Nawawi Arief, dengan melihat dasar orientasi dari dua tujuan di atas, maka Packer memasukkan adanya dua tujuan itu ke dalam definisinya sebagai "*punishment*".

Dalam hal perbedaan secara tradisional antara pidana dan tindakan, Sudarto mengemukakan sebagai berikut :

"Pidana adalah pembalasan (pengimbangan) terhadap kesalahan si pembuat, sedangkan tindakan adalah untuk perlindungan masyarakat dan untuk pembinaan atau perawatan si pembuat."⁵⁴

Jadi secara dogmatis, menurut Sudarto, pidana itu ditujukan untuk orang yang normal jiwanya, untuk orang yang mampu bertanggung jawab, sebab orang yang tidak mampu bertanggung jawab tidak mempunyai kesalahan dan orang yang tidak mempunyai kesalahan tidak mungkin dipidana dan terhadap orang ini dapat dijatuhkan tindakan.⁵⁵

⁵³ *Ibid*, hal. 7.

⁵⁴ *Ibid*, hal. 8.

⁵⁵ *Ibid*.

Akan tetapi tidak semua sarjana berpendapat bahwa pidana pada hakekatnya merupakan suatu penderitaan atau nestapa. Menurut Hulsman, hakekat pidana adalah "menyerukan untuk tertib" (*tot de orde roepen*).⁵⁶

Hal ini selaras dengan pendapat yang disampaikan oleh G.P. Hoefnagels. Dalam Buku Muladi dan Barda Nawawi Arief⁵⁷ dikatakan bahwa Hoefnagels tidak setuju dengan pendapat bahwa pidana merupakan suatu pencelaan (*censure*) atau suatu penjeraan (*discouragement*) atau merupakan suatu penderitaan (*suffering*). Pendapatnya ini bertolak pada pengertian yang luas, bahwa sanksi pidana adalah semua reaksi terhadap pelanggaran hukum yang telah ditentukan oleh undang-undang, sejak penahanan dan pengusutan terdakwa oleh polisi sampai vonis dijatuhkan. Jadi Hoefnagels melihatnya secara empiris, bahwa proses pidana yang dimulai dari penahanan, pemeriksaan sampai dengan vonis dijatuhkan merupakan suatu pidana.

⁵⁶ Sudarto, *Hukum dan Hukum Pidana, Op.Cit.*, hal. 81.

⁵⁷ Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Loc.Cit.*

2. Sistem Pemidanaan di Indonesia

L.H.C. Hullsman pernah mengemukakan bahwa sistem pemidanaan (*the sentencing system*) adalah aturan perundang-undangan yang berhubungan dengan sanksi dan pemidanaan (*the statutory rules relating to penal sanction and punishment*).⁵⁸

Menurut Barda Nawawi Arief, apabila pengertian pemidanaan diartikan secara luas sebagai suatu proses pemberian atau penjatuhan pidana oleh hakim, maka dapatlah dikatakan bahwa sistem pemidanaan mencakup keseluruhan ketentuan perundang-undangan yang mengatur bagaimana hukum pidana itu ditegakkan atau dioperasionalkan secara konkret sehingga seseorang dijatuhi sanksi (hukum pidana). Ini berarti semua aturan perundang-undangan mengenai Hukum Pidana Substantif, Hukum Pidana Formal dan Hukum Pelaksanaan Pidana dapat dilihat sebagai satu kesatuan sistem pemidanaan.⁵⁹

Selanjutnya dikemukakan Barda Nawawi Arief, bertolak dari pengertian di atas, maka apabila aturan aturan perundang-undangan (*the statutory rules*) dibatasi pada hukum pidana substantif yang terdapat dalam KUHP, dapatlah dikatakan bahwa keseluruhan ketentuan dalam KUHP, baik berupa aturan umum maupun aturan khusus tentang perumusan tindak pidana, pada hakekatnya merupakan satu kesatuan sistem pemidanaan.

Keseluruhan peraturan perundang-undangan (*statutory rules*) di bidang hukum pidana substantif tersebut terdiri dari aturan umum (*general rules*) dan aturan khusus (*special rules*). Aturan umum terdapat di dalam KUHP (Buku I), dan aturan khusus terdapat dalam KUHP Buku II dan Buku III, maupun dalam Undang-Undang Khusus di luar KUHP. Aturan khusus tersebut pada umumnya

⁵⁸ L.H.C. Hullsman dalam Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Op. Cit. hal. 23.

⁵⁹ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Op. Cit. hal 129.

memuat perumusan tindak pidana tertentu, namun dapat pula memuat aturan khusus yang menyimpang dari aturan umum.⁶⁰

Gambaran sistem pidana yang berlaku di Indonesia saat ini, dapat dilihat dalam skema sebagai berikut⁶¹ :

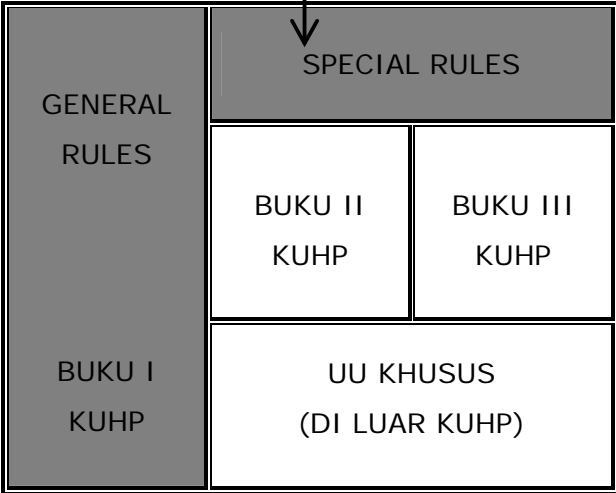
⁶⁰ Barda Nawawi Arief, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2003, hal. 136.

⁶¹ *Ibid*, hal. 27.

SENTENCING SYSTEM

SYSTEM OF PUNISHMENT

STATUTORY RULES



Dari skema di atas, dapat dijelaskan bahwa ketentuan pidana yang tercantum dalam semua Undang-Undang Khusus di luar KUHP merupakan bagian khusus (sub sistem) dari keseluruhan sistem pemidanaan. Dengan demikian, sistem pemidanaan dalam Undang-Undang Khusus di luar KUHP harus terintegrasi dalam (konsisten dengan) aturan umum (*general rules*). Namun, dalam Undang-Undang Khusus di luar KUHP tersebut dapat membuat aturan khusus yang menyimpang atau berbeda dengan aturan umum.

Dalam hukum pidana di Indonesia, sistem pemidanaan secara garis besar mencakup 3 (tiga) permasalahan pokok, yaitu Jenis pidana (*strafsoort*), lamanya ancaman pidana (*strafmaat*), dan pelaksanaan pidana (*strafmodus*).

a. Jenis pidana (*strafsoort*)

Jenis pidana dapat dilihat dalam ketentuan Pasal 10 KUHP yang terdiri dari :

1) Pidana pokok berupa :

- Pidana mati ;
- Pidana penjara ;
- Pidana kurungan ;
- Pidana denda ;
- Pidana tutupan.

2) Pidana tambahan berupa :

- Pencabutan beberapa hak tertentu ;
- Perampasan barang-barang tertentu ;
- Pengumuman putusan hakim.

Dengan demikian, sesuai dengan ketentuan Pasal 10 KUHP, Indonesia hanya mengenal pidana pokok dan pidana tambahan.

b. Lamanya Ancaman Pidana (*strafmaat*)

Ada beberapa pidana pokok yang seringkali secara alternatif diancamkan pada perbuatan pidana yang sama. Oleh karena itu, hakim hanya dapat menjatuhkan satu diantara pidana yang diancamkan itu. Hal ini mempunyai arti, bahwa hakim bebas dalam memilih ancaman pidana. Sedangkan mengenai lamanya atau jumlah ancaman, yang ditentukan hanya maksimum dan minimum ancaman. Dalam batas-batas maksimum dan minimum inilah hakim bebas bergerak untuk menentukan pidana yang tepat untuk suatu perkara. Akan tetapi kebebasan hakim ini tidaklah dimaksudkan untuk membiarkan hakim bertindak sewenang-wenang dalam menentukan pidana dengan sifat yang subyektif.

Hal tersebut senada dengan pendapat Leo Polak yang mengemukakan bahwa salah satu syarat dalam pemberian pidana adalah beratnya pidana harus seimbang dengan beratnya delik. Beratnya pidana tidak boleh melebihi beratnya delik. Hal ini perlu supaya penjahat tidak dipidana secara tidak adil.⁶²

⁶² Djoko Prakoso dan Nurwachid, *Studi tentang Pendapat-Pendapat Mengenai Efektivitas Pidana Mati di Indonesia, Ghalia Indonesia*, Jakarta, 1983, hal. 20.

Kemudian berkaitan dengan tujuan diadakannya batas maksimum dan minimum adalah untuk memberikan kemungkinan pada hakim dalam memperhitungkan bagaimana latar belakang dari kejadian, yaitu dengan berat ringannya delik dan cara delik itu dilakukan, pribadi si pelaku delik, umur, dan keadaan-keadaan serta suasana waktu delik itu dilakukan, disamping tingkat intelektual atau kecerdasannya.

KUHP di Indonesia hanya mengenal maksimum umum dan maksimum khusus serta minimum umum. Ketentuan maksimum bagi penjara adalah 15 (lima belas) tahun berturut-turut, bagi pidana kurungan 1 (satu) tahun, dan maksimum khusus dicantumkan dalam tiap-tiap rumusan delik, sedangkan pidana denda tidak ada ketentuan maksimum umumnya. Adapun pidana penjara dan pidana kurungan, ketentuan minimumnya adalah satu hari.

Dalam undang-undang juga diatur mengenai keadaan-keadaan yang dapat menambah dan mengurangi pidana. Keadaan yang dapat mengurangi pidana adalah percobaan dan pembantuan, dan terhadap dua hal ini, pidana yang diancamkan adalah maksimum pidana atas perbuatan pidana pokoknya dikurangi seperiga, seperti ketentuan dalam Pasal 53 ayat (2) dan Pasal 57 KUHP.

Pasal 53 ayat (2) KUHP berbunyi "Maksimum pidana pokok terhadap kejahatan dalam hal percobaan dikurangi sepertiga". Sedangkan Pasal 57 ayat (1) KUHP berbunyi "Dalam hal pembantuan, maksimum pidana pokok terhadap kejahatan, dikurangi sepertiga".

Disamping ketentuan yang meringankan juga diatur tentang keadaan-keadaan yang dapat menambah atau memperberat pidana, yaitu perbarengan, *recidive* serta pegawai negeri. Dalam hal pidana penjara dapat ditambah menjadi maksimum 20 tahun, pidana kurungan menjadi maksimum 1 tahun 4 bulan dan pidana kurungan pengganti menjadi 8 bulan.⁶³

c. Pelaksanaan Pidana (*strafmodus*)

KUHP yang berlaku di Indonesia pada saat ini belum mengenal hal yang dinamakan pedoman pemidanaan. Oleh karena itu, hakim dalam memutus suatu perkara diberi kebebasan memilih jenis pidana (*strafsoort*) yang dikehendaki, sehubungan dengan sistem alternatif dalam pengancaman di dalam undang-undang. Selanjutnya hakim juga dapat memilih berat ringannya pidana (*strafmaat*) yang akan dijatuhkan, sebab yang ditentukan oleh undang-undang hanya maksimum dan minimum pidana.

⁶³ Sudarto, *Hukum dan Hukum Pidana, Op.Cit.* hal. 14.

Sehubungan dengan hal tersebut, maka yang sering menimbulkan masalah dalam praktek adalah mengenai kebebasan hakim dalam menentukan berat ringannya pidana yang diberikan. Hal ini disebabkan undang-undang hanya menentukan batas maksimum dan minimum pidananya saja. Sebagai konsekuensi dari masalah tersebut, akan terjadi hal yang disebut dengan disparitas pidana.

B. Perkembangan Teori-Teori tentang Tujuan Pidanaan.

Perkembangan teori-teori tentang tujuan pidanaan berkembang seiring dengan munculnya berbagai aliran-aliran di dalam hukum pidana yang mendasari perkembangan teori-teori tersebut. Perihal ide dari ditetapkannya tujuan pidana dan pidanaan dapat dilihat dari berbagai teori-teori pidanaan yang dalam perkembangannya sebagai berikut:

1. Teori Absolut / Retributive (*Retributism*)

Menurut teori absolut, pidana adalah suatu hal yang mutlak harus dijatuhkan terhadap adanya suatu kejahatan. Pidana adalah hal yang tidak mengenal kompromi untuk diberikan sebagai pembalasan terhadap suatu kejahatan..⁶⁴

Teori retributivisme mencari pendasaran hukuman dengan memandang ke masa lampau, yaitu memusatkan argumennya pada tindakan kejahatan yang sudah dilakukan.

Menurut teori ini, hukuman diberikan karena si pelaku harus menerima hukuman itu demi kesalahannya. Hukuman menjadi retribusi yang adil bagi kerugian yang sudah diakibatkan.

⁶⁴ Andi Hamzah, *Sistem Pidana dan Pidanaan di Indonesia*, Pradnya Paramita, Jakarta, 1993, hal. 26.

Andi Hamzah mengemukakan, dalam teori absolut atau teori pembalasan, pidana tidaklah bertujuan untuk yang praktis, seperti memperbaiki penjahat. Kejahatan itu sendiri yang mengandung unsur-unsur untuk dijatuhkannya pidana. Pidana secara mutlak ada, karena dilakukannya suatu kejahatan dan tidak perlu memikirkan manfaat dari penjatuhannya pidana.⁶⁵

Dengan demikian, menurut teori absolut, pidana adalah suatu hal yang mutlak harus dijatuhkan terhadap adanya suatu kejahatan. Pidana adalah hal yang tidak mengenal kompromi untuk diberikan sebagai pembalasan terhadap suatu kejahatan.

Menurut Johannes Andenaes, tujuan utama dari pidana menurut teori absolut adalah "untuk memuaskan tuntutan keadilan", sedangkan pengaruh-pengaruhnya yang menguntungkan adalah merupakan tujuan yang kedua.⁶⁶

Tuntutan keadilan yang absolut ini terlihat jelas dalam pendapat Immanuel Kant di dalam bukunya "*Philosophy of Law*". Kant menyatakan sebagai berikut :

" 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 masyarakat), pembunuh terakhir yang masih berada 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 umum."⁶⁷

Selanjutnya Muladi dan Barda Nawawi Arief menyatakan bahwa Kant memandang pidana sebagai "*Kategorische Imperatief*", yaitu seseorang harus dipidana oleh hakim karena ia telah melakukan kejahatan. Pidana bukan merupakan suatu alat untuk mencapai tujuan, melainkan mencerminkan

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Op. Cit.*, hal. 11.

⁶⁷ *Ibid.*

keadilan. Dengan demikian, Kant berpendapat bahwa pidana merupakan suatu tuntutan kesusilaan.⁶⁸

Tokoh lain dari penganut teori absolut yang terkenal ialah Hegel⁶⁹. Hegel mengeluarkan teori yang dikenal dengan *quashi-mathematic*, yaitu :

- **Wrong being (crime) is the negation of right; and**
- *Punishment is the negation of that negation.*

Dalam teori tersebut, Hegel berpendapat bahwa pidana merupakan keharusan logis sebagai konsekuensi dari adanya kejahatan. Karena kejahatan adalah pengingkaran terhadap ketertiban umum atau ketertiban hukum negara yang merupakan perwujudan dari cita susila, maka pidana merupakan *Negation der Negation* (peniadaan atau pengingkaran terhadap pengingkaran).

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ *Ibid*, hal. 12.

Nigel Walker menyatakan bahwa para penganut teori retributif ini dapat pula dibagi dalam beberapa golongan, yakni :

1. Penganut teori retributif yang murni (*the pure retributivist*) yang berpendapat bahwa pidana harus cocok atau sepadan dengan kesalahan si pembuat;
2. Penganut retributif tidak murni (dengan modifikasi), yang dapat pula dibagi dalam :
 - a. Penganut retributif yang terbatas (*the limiting retributivist*) yang berpendapat bahwa pidana tidak harus cocok/sepadan dengan kesalahan; hanya saja tidak boleh melebihi batas yang cocok/sepadan dengan kesalahan terdakwa.
 - b. Penganut retributif yang distributif (*retribution in distribution*), disingkat dengan teori distributive, yang berpendapat bahwa pidana janganlah dikenakan pada orang yang tidak bersalah, tetapi pidana juga tidak harus cocok/sepadan dan dibatasi oleh kesalahan. Prinsip "tiada pidana tanpa kesalahan" dihormati, tetapi dimungkinkan adanya pengecualian, misalnya dalam hal *strict liability*.⁷⁰

Nigel Walker selanjutnya menjelaskan bahwa hanya golongan *the pure retributivist* saja yang mengemukakan alasan-alasan atau dasar pembenaran untuk pengenaan pidana. Oleh karena itu, golongan ini disebut golongan *Punisher* (penganut teori pemidanaan). Sedangkan golongan *the limiting retributivist* dan golongan *retribution in distribution* tidak mengajukan alasan-alasan untuk pengenaan pidana, tetapi mengajukan prinsip-prinsip untuk pembatasan pidana. Menurut Walker, kedua golongan terakhir ini lebih dekat dengan paham yang *non-retributive*. Selanjutnya menurut Nigel Walker, kebanyakan KUHP disusun sesuai dengan penganut golongan *the limiting retributivist*, yaitu dengan menetapkan pidana maksimum sebagai batas atas, tanpa mewajibkan pengadilan untuk mengenakan batas maksimum yang telah ditentukan.⁷¹

Adapun H.B. Vos membagi teori absolut atau teori pembalasan ini menjadi pembalasan subyektif yaitu pembalasan terhadap kesalahan pelaku kejahatan

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ *Ibid.*, hal 13.

dan pembalasan obyektif yaitu pembalasan terhadap akibat yang diciptakan oleh pelaku terhadap dunia luar.⁷²

Selanjutnya John Kaplan, membedakan teori retribution ini menjadi dua teori yang sebenarnya tidak berbeda, tergantung dari cara berpikir pada waktu menjatuhkan pidana, yaitu apakah pidana itu dijatuhkan karena kita "menghutangkan sesuatu kepadanya" atau karena "ia berhutang sesuatu kepada kita". Kedua teori tersebut adalah yaitu :

- a) Teori pembalasan (*the revenge theory*);
- b) Teori penebusan dosa (*the expiation theory*).⁷³

Dengan munculnya teori-teori pembalasan tersebut, timbul pula keberatan-keberatan terhadap teori pembalasan yang mensyaratkan secara mutlak adanya pidana terhadap suatu kejahatan.

Andi Hamzah menyatakan adanya dua keberatan terhadap adanya teori pembalasan tersebut, yaitu :

1. Teori ini tidak memberikan penjelasan yang rinci mengenai alasan negara harus menjatuhkan pidana.
2. Penjatuhan pidana seringkali dilakukan tanpa ada kegunaan yang praktis.⁷⁴

Dengan adanya keberatan-keberatan terhadap teori pembalasan tersebut, kemudian muncul teori lain yang bertentangan dengan teori pembalasan. Teori yang bertentangan dengan teori pembalasan tersebut dikenal dengan teori relatif.

2. Teori Relatif/ Teleologis (*Teleological Theory*)

Menurut teori ini, memidana bukanlah untuk memuaskan tuntutan absolut dari keadilan. Pembalasan itu sendiri tidak mempunyai nilai, tetapi hanya

⁷² H.B. Vos, *Leverboek van Nederlands Strafrecht, Haarlem*; H.D. Tjeenk, Willink, 1950, hal 27 dalam Andi Hamzah, *Sistem Pidana dan Pemidanaan di Indonesia, Op.Cit.*, hal 24.

⁷³ Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Loc.Cit.*

⁷⁴ Andi Hamzah, *Sistem Pidana dan Pemidanaan di Indonesia, Op.Cit.*, hal 29.

sebagai sarana untuk melindungi kepentingan masyarakat. Oleh karena itu, J. Andenaes menganggap teori ini dapat disebut sebagai "teori perlindungan masyarakat" (*the theory of social defence*).⁷⁵

Dasar pembenaran dari teori ini adalah adanya pidana terletak pada tujuannya. Pidana dijatuhkan bukan karena orang membuat kejahatan (*quia peccatum est*), melainkan supaya orang jangan melakukan kejahatan (*nepeccatur*).⁷⁶

⁷⁵ Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Op.Cit.*, hal 17.

⁷⁶ *Ibid*, hal. 16.

Selanjutnya dikemukakan juga oleh Muladi mengenai Nigel Walker yang berpendapat bahwa bahwa teori ini lebih tepat disebut sebagai teori atau aliran reduktif (*the reductive point of view*), karena dasar pembenaran menurut teori ini adalah untuk mengurangi frekwensi kejahatan. Dengan demikian 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 relatif ini sering disebut juga teori tujuan (*utilitarian theory*). Dasar pembenaran dari teori ini adalah adanya pidana terletak pada tujuannya. Pidana dijatuhkan bukan karena orang membuat kejahatan (*quia peccatum est*), melainkan supaya orang jangan melakukan kejahatan (*nepeccatur*).⁷⁷

Berdasarkan tujuan pidana yang dimaksudkan untuk pencegahan kejahatan ini, selanjutnya dibedakan dalam prevensi khusus yang ditujukan terhadap terpidana dan prevensi umum yang ditujukan terhadap masyarakat pada umumnya.

Van Hammel menunjukkan prevensi khusus suatu pidana ialah sebagai berikut :

1. Pidana harus memuat suatu unsur menakutkan supaya mencegah penjahat yang mempunyai kesempatan, untuk tidak melaksanakan niat buruknya.
2. Pidana harus mempunyai unsur memperbaiki terpidana.
3. Pidana mempunyai unsur membinasakan penjahat yang tidak mungkin diperbaiki.
4. Tujuan satu-satunya suatu pidana ialah memmpertahankan tata cara tertib hukum.⁷⁸

Berkaitan dengan prevensi umum, maka menurut Johannes Andenaes, ada tiga bentuk pengaruh dalam pengertian prevensi umum atau *general prevention*, yaitu :

⁷⁷ *Ibid*, hal. 16.

⁷⁸ G.A. Van Hammel, *Inleiding tot de Studie van Het Ned Strafrecht*, Harlem : De Erven F. Bohn, 1929, hal. 29, dalam Andi Hamzah, *Sistem Pidana dan Pemidanaan di Indonesia*, *Op.Cit*

1. Pengaruh pencegahan;
2. Pengaruh untuk memperkuat larangan-larangan moral;
3. **Pengaruh untuk mendorong kebiasaan perbuatan patuh pada hukum.**⁷⁹

Van Bemmelen mengemukakan sesuatu yang berbeda. Menurutnya, Selain prevensi spesial dan prevensi general, ada satu hal lagi yang juga termasuk dalam golongan teori relatif ini, yaitu sesuatu yang disebutnya sebagai "daya untuk mengamankan". Dalam hal ini dijelaskan bahwa merupakan kenyataan, khususnya pidana pencabutan kemerdekaan, lebih mengamankan masyarakat terhadap kejahatan selama penjahat tersebut berada di dalam penjara daripada kalau dia tidak dalam penjara.⁸⁰

3. Teori Retributive Teleologis (*Teleological Retributivist*) / Teori Gabungan

Di samping pembagian secara tradisional terhadap teori-teori pemidanaan seperti yang dikemukakan di atas, yaitu teori absolut dan teori relatif, terdapat lagi teori ketiga yang merupakan gabungan.

Menurut Andi Hamzah, teori gabungan ini bervariasi juga. Ada yang menitikberatkan pembalasan dan ada pula yang menginginkan supaya unsur pembalasan seimbang dengan unsur prevensi.⁸¹

Van Bemmelen merupakan salah satu tokoh dari penganut teori gabungan yang menitikberatkan pada unsur pembalasan. Beliau mengatakan :

"Pidana bertujuan membalas kesalahan dan mengamankan masyarakat. Tindakan bermaksud mengamankan dan memelihara tujuan. Jadi pidana dan tindakan keduanya bertujuan mempersiapkan untuk mengembalikan terpidana ke dalam kehidupan masyarakat."⁸²

Dalam hal teori gabungan yang menginginkan supaya unsur pembalasan seimbang dengan unsur prevensi, maka Andi Hamzah mengemukakan bahwa teori ini tidak boleh lebih berat daripada yang ditimbulkannya dan gunanya juga tidak boleh lebih besar daripada yang

⁷⁹ Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Op.Cit.*, hal 18.

⁸⁰ *Ibid*, hal. 19.

⁸¹ Andi Hamzah, *Sistem Pidana dan Pemidanaan di Indonesia*, *Op.Cit.*, hal. 31.

⁸² *Ibid*. hal 32.

seharusnya. Selanjutnya diketengahkan juga oleh beliau, bahwa teori ini sejajar dengan teori Thomas Aquino yang mengatakan bahwa kesejahteraan umum menjadi dasar hukum undang-undang pidana khususnya.⁸³

Menurut Muladi, terdapat beberapa penulis-penulis lain yang berpendirian bahwa pidana mengandung berbagai kombinasi tujuan yaitu pembalasan, prevensi general serta perbaikan sebagai tujuan pidana. Mereka adalah Binding, Merkel, Kohler, Richard Schmid dan Beling.⁸⁴

Dengan demikian, pada umumnya para penganut teori gabungan mempunyai paham bahwa dalam suatu pidana terkandung unsur pembalasan dan unsur perlindungan masyarakat. Adapun titik berat maupun keseimbangan di antara kedua unsur tersebut tergantung dari masing-masing sudut pandang penganut teori gabungan ini.

Di samping itu, menurut aliran ini maka tujuan pemidanaan bersifat *plural* (umum), karena menghubungkan prinsip-prinsip *teleologis* (prinsip-prinsip *utilitarian*) dan prinsip-prinsip *retributivist* di dalam satu kesatuan sehingga seringkali pandangan ini disebut sebagai aliran *integrative*.

Pandangan ini menganjurkan adanya kemungkinan untuk mengadakan artikulasi terhadap teori pemidanaan yang mengintegrasikan beberapa fungsi sekaligus, misalnya pencegahan dan rehabilitasi, yang kesemuanya dilihat sebagai saran-saran yang harus dicapai oleh suatu rencana pemidanaan.⁸⁵

Berkaitan dengan masalah tujuan atau maksud diadakannya pidana, John Kaplan mengemukakan adanya beberapa ketentuan dasar-dasar pembenaran pidana, yaitu :

1. untuk menghindari balas dendam (*avoidance of blood feuds*);
2. adanya pengaruh yang bersifat mendidik (*the education effect*);

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Loc.Cit.*

⁸⁵ Muladi, *Op.Cit*, hal.51.

3. mempunyai fungsi memelihara perdamaian (*the peace-keeping function*).⁸⁶

⁸⁶ John Kaplan, dalam Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Op. Cit.*, hal. 20.

Sedangkan menurut H.L. Packer, *punishment* keberadaannya dilandasi oleh beberapa alasan pembenar sebagai berikut:

- 1) *The prevention of crime or undersired conduct or offending conduct;*
- 2) *The deserved infliction of suffering on evildoers/ retribution for perceived wrong doing.*⁸⁷

Selanjutnya Muladi mengemukakan :

“perumusan teori tentang tujuan pemidanaan tersebut sangat bermanfaat untuk menguji sampai seberapa jauh suatu lembaga pidana mempunyai daya guna, yang dalam hal ini ditentukan oleh kemampuan lembaga pidana tersebut untuk memenuhi pelbagai tujuan pemidanaan yang bersumber pada baik perkembangan teori-teori yang bersifat universal, maupun system nilai yang berlaku di dalam masyarakat Indonesia sendiri. Pada abad sekarang, pidana tidak hanya selalu lebih berperikemanusiaan, akan tetapi juga dipakai sedemikian rupa sehingga memberikan sumbangan untuk mengembalikan si penjahat ke tengah-tengah masyarakat. Para pembuat undang-undang dan hakim pada waktu sekarang dalam menentukan sanksi pidana berusaha sedapat mungkin meringankan penderitaan yang akan ditimbulkan”.⁸⁸

Teori-teori yang muncul bersamaan dengan lahirnya aliran-aliran dalam hukum pidana tidaklah berusaha untuk mencari dasar hukum atau pembenar dari pidana, tetapi berusaha untuk mendapatkan suatu sistem hukum pidana yang bermanfaat dan mempunyai daya guna yang praktis.⁸⁹

Pengertian bermanfaat dalam hal ini diartikan dalam artian yang luas, bukan saja untuk masyarakat, terdakwa tetapi juga bagi korban. Sedangkan pengertian praktis lebih mengandung makna bahwa hukum pidana yang mudah penerapannya tanpa memerlukan prosedur yang berbelit-belit tetapi dengan tidak menyimpang dari asas-asas hukum yang berlaku.

Secara sistemik perumusan ketentuan hukum pidana harus kondusif terhadap keseluruhan upaya-upaya pencapaian tujuan pidana dan pemidanaan, yaitu :

1. jangka pendek yang berupa resosialisasi pelaku tindak pidana,

⁸⁷ Lihat dalam Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Op. Cit.*, hal. 6.

⁸⁸Muladi, *Op. Cit.*, hal. 5.

⁸⁹Muladi dan Barda Nwawi Arief, *Op. Cit.*, hal. 25.

2. jangka menengah untuk pencegahan kejahatan, dan
3. jangka panjang dalam rangka mewujudkan kesejahteraan sosial.

Dengan demikian, dapat dinyatakan bahwa secara umum, tujuan umum dari penggunaan hukum pidana dan pemidanaan (politik kriminal) adalah upaya perlindungan masyarakat (*social defence*) untuk mencapai kesejahteraan masyarakat.

Dalam hal konsepsi tentang perlindungan masyarakat di atas, Marc Ancel mengemukakan adanya dua konsepsi atau interpretasi pokok mengenai *social defence* yang secara fundamental berbeda satu sama lain, yaitu:

1. Interpretasi yang kuno atau tradisional, yang membatasi pengertian perlindungan masyarakat itu dalam arti "penindasan kejahatan" (*repression of crime*). Jadi menurut penafsiran pertama ini, *social defence* diartikan sebagai "perlindungan masyarakat terhadap kejahatan" (*the protection of society against crime*). Oleh karena itu, penindasan kejahatan merupakan *the essential needs of social defence*. Konsepsi pertama ini menurut Marc Ancel masih mempunyai banyak pendukung.
2. Konsepsi modern, yang menafsirkan perlindungan masyarakat dalam artian pencegahan kejahatan dan pembinaan para pelanggar (*the prevention of crime and the treatment of offenders*). Rumusan demikian diterima oleh Perserikatan Bangsa-bangsa sebagai tujuan pada waktu terbentuknya seksi Perlindungan Masyarakat (*the social defence section of United Nation*). Pada tahun 1948. Pandangan modern ini menampakkan diri sebagai suatu reaksi terhadap sistem pembalasan semata-mata (*exclusively retributive system*). Pandangan modern ini didasarkan pada premis yang essential bahwa karena kejahatan merupakan suatu kenyataan sosial dan suatu perbuatan manusia (*a social fact and a human act*), maka proses memperlakukan kejahatan tidaklah selesai segera setelah perbuatan itu dirumuskan dalam undang-undang dan disesuaikan dengan pidana yang ditetapkan oleh undang-undang; tetapi masih diperlukan pemahaman kejahatan sebagai gejala sosial dan gejala individual (*a social and individual phenomenon*), diperlukan pencegahan terhadap terjadinya kejahatan itu dan penanggulangannya, dan akhirnya perlu menanyakan diri sendiri apakah sikap kita terhadap si penjahat itu melampaui kualifikasi yang ditetapkan undang-undang.⁹⁰

Kemudian dalam perkembangannya, konsepsi mengenai perlindungan masyarakat ini juga banyak mengundang banyak kritikan. Salah satunya

⁹⁰ Barda Nawawi Arief, *Kebijakan Legislatif dalam Penanggulangan Kejahatan dengan Pidana Penjara*, *Op.Cit.*, hal. 83-84.

sebagaimana dikatakan oleh Barda Nawawi Arief, yang mengutip pendapat dari Fletcher, bahwa:

“cacat yang serius dari teori perlindungan masyarakat ialah bahwa mereka menitikberatkan perhatian pada kebaikan (spekulatif) yang akan terjadi dan mengabaikan pengimbangan terhadap si pelanggar. Dengan melihat kebaikan yang akan terjadi dari pidana yang akan dijatuhkan maka hal ini akan mengalihkan perhatian hakim dari masa lalu, khususnya pada perbuatan yang telah dilakukan si terdakwa. Keadaan demikian tidak hanya menyebabkan tidak jelasnya persyaratan yang diperlukan untuk suatu tindak pidana, tetapi juga lamanya pidana penjara menjadi tidak pasti. Ketidak pastian ini timbul karena penentuan lamanya pidana penjara yang dianggap patut lebih bergantung pada proyeksi sifat berbahayanya si pelanggar atau pada kebutuhannya untuk melakukan pembinaan (*treatment*), daripada beratnya pelanggaran yang dilakukan. Dengan demikian menurut Fletcher, tujuan perlindungan masyarakat cenderung untuk menghapuskan dua prinsip keadilan yang sangat penting, yaitu prinsip: (1) bahwa hanya orang yang bersalah sajalah yang seharusnya dipidana, dan (2) bahwa luasnya pembedanaan harus sesuai dengan proporsinya dengan kejahatan yang dilakukan.”⁹¹

⁹¹ *Ibid*, hal. 92.

Dengan adanya kritikan terhadap konsepsi perlindungan masyarakat di atas, menandakan adanya suatu kebangkitan kembali (*revival/the renaissance of retribution*) akan dasar-dasar pembenaran pidana yang bersifat retributive. Keadaan ini menurut Fletcher disebabkan oleh kekecewaan orang terhadap teori perlindungan masyarakat, khususnya terhadap tujuan rehabilitasi.⁹²

Dari keseluruhan uraian tentang tujuan pemidanaan dari masing-masing teori di atas, pada hakekatnya hanya merupakan rincian dari tujuan utama berupa memberikan perlindungan secara menyeluruh bagi masyarakat guna tercapainya tujuan akhir yaitu kesejahteraan masyarakat.

Sedangkan di Indonesia sendiri dengan bertitik tolak pada kepribadian bangsa/budaya bangsa, maka tujuan pemidanaan yang akan menjadi acuan dalam penerapan jenis sanksi pidana, haruslah senantiasa diorientasikan pada nilai-nilai yang tersirat dalam Pancasila yaitu berupa pengakuan persamaan derajat, persamaan hak dan kewajiban antara sesama manusia, saling mencintai sesama manusia, tidak bersikap semena-mena terhadap orang lain, menjunjung tinggi nilai kemanusiaan.

Hal tersebut diatas tentunya mengharuskan adanya upaya mengutamakan tindakan pencegahan dari pada tindakan represif dan menempatkan faktor-faktor yang berkaitan dengan si pelaku tindak pidana dalam kedudukan yang penting disamping faktor-faktor yang berkaitan dengan si pelaku tindak pidana dalam kedudukannya yang penting disamping faktor-faktor yang berkaitan dengan perbuatannya.

Dengan demikian, terdapat keinginan dari bangsa Indonesia untuk mengakomodasi adanya keseimbangan perlindungan baik kepentingan masyarakat maupun kepentingan individu pelaku (asas monodualisme) dalam upaya pencegahan dan penanggulangan tindak pidana dengan sarana hukum pidana bagi pelaku.

⁹² *Ibid.*

Dalam Rancangan KUHP Nasional tahun 2000, tujuan pembedaan dapat dilihat dalam Pasal 50 (selanjutnya masuk dalam pasal 54 Rancangan KUHP Nasional tahun 2006) yang perumusannya adalah sebagai berikut :

Pasal 50 Rancangan KUHP Nasional tahun 2000 (Pasal 54 Rancangan KUHP Nasional tahun 2006)

- (1) Pembedaan 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) Pembedaan tidak dimaksudkan untuk menderitakan dan merendahkan martabat manusia.

Berkaitan dengan perumusan tujuan pembedaan dalam Konsep tersebut, Sudarto mengemukakan :

“perumusan tujuan atau pemberian pembedaan seperti dalam konsep Rancangan KUHP Nasional adalah dengan melihat ke muka. Perumusan tersebut memperlihatkan pengaruh dari aliran *Defence Sociale*, suatu aliran yang merupakan pertumbuhan lebih lanjut dari aliran modern. Aliran *Defence Sociale* ini secara aktif hendak menghilangkan bahaya terhadap masyarakat itu dengan mengadakan resosialisasi dari pembuat. Kesimpulannya ini terungkap pula di dalam salah satu keputusan Seminar Kriminologi ketiga yaitu hukum pidana hendaknya dipertahankan sebagai salah satu sarana untuk “*social defence*” dalam arti melindungi masyarakat terhadap kejahatan dengan memperbaiki atau memulihkan kembali (rehabilitasi) si pembuat tanpa mengurangi keseimbangan perorangan (pembuat) dan masyarakat”.⁹³

Pasal 50 Konsep tahun 2000 (pasal 54 Konsep 2006) tersebut di atas, memuat tujuan-tujuan pembedaan, yaitu tujuan pertama berupa perlindungan masyarakat, dan tujuan kedua yang mengarah pada resosialisasi terpidana dan mengintegrasikan yang bersangkutan ke dalam masyarakat, disamping untuk merehabilitasi.

Tujuan yang ketiga sejalan dengan pandangan hukum adat, dalam arti reaksi adat itu dimaksudkan untuk mengembalikan keseimbangan yang terganggu

⁹³ Sudarto, *Hukum dan Hukum Pidana, Op.Cit.*, hal. 58-59.

oleh perbuatan yang berlawanan hukum adat. Jadi pidana yang dijatuhkan diharapkan dapat menyelesaikan konflik atau pertentangan dan juga mendatangkan rasa damai dalam masyarakat.

Adapun tujuan yang keempat bersifat spiritual yang dicerminkan dalam Pancasila sebagai dasar Negara Republik Indonesia. Pasal 50 ayat 2 konsep 2000 (pasal 54 ayat 2 konsep 2006) di atas memberikan makna kepada pidana dalam sistem hukum Indonesia, karena meskipun pidana itu pada hakekatnya merupakan suatu nestapa, namun ppidanaan tidak dimaksudkan untuk merendahkan martabat manusia. Ketentuan ini akan berpengaruh terhadap pelaksanaan pidana yang secara nyata akan dikenakan kepada terpidana.

Dari uraian di atas dapatlah diamati perkembangan bahwa arah perkembangan tujuan pembedaan atau hukum pidana itu sendiri bertitik tolak pada suatu pokok pemikiran mengenai keseimbangan antara perlindungan kepentingan masyarakat dan kepentingan individu.

C. Pengertian dan Ruang Lingkup Kebijakan Hukum Pidana

Kemajuan teknologi telah menjadikan perkembangan masyarakat yang begitu pesat. Kompleksitas permasalahan yang dihadapi oleh masyarakat dan penegak hukum dalam menanggulangi kejahatan modern perlu diimbangi pula dengan pembenahan sistem hukum pidana secara menyeluruh yang meliputi pembangunan struktur, Substansi dan kultur. Kebijakan hukum pidana (penal policy) menduduki peranan yang strategis dalam pengembangan hukum pidana modern.

Istilah kebijakan dalam hal ini diambil dari bahasa Inggris "*policy*" atau dalam bahasa Belanda "*politiek*". Dalam *Black's Law Dictionary*, disebutkan bahwa *policy* merupakan : "*The general principles by which a government is guided in its management of public affairs,or principles and standard regarded by the legislature or by the courts as being of fundamental concern to the state and the whole of society in measuresthis term, as applied to a law, ordinance, or rule of law, denotes its general purpose or tendency considered as directed to the welfare or prosperity of the state community*".⁹⁴

⁹⁴ Henry Campbell Black, "*Black's Law Dictionary*", seventh Edition, St. Paulminn West Publishing, C.O, 1999, hal. 1178

Politik hukum (*law policy/rehtspolitiek*) dapat diartikan sebagai berikut:⁹⁵

1. Usaha untuk mewujudkan peraturan-peraturan yang baik sesuai dengan keadaan dan situasi pada suatu saat.
2. 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 di cita-citakan.

Dengan demikian kebijakan hukum pidana (*penal policy/criminal law policy/strafrechtspolitiek*) dapat didefinisikan sebagai "usaha mewujudkan peraturan perundang-undangan pidana yang sesuai dengan keadaan dan situasi pada suatu waktu dan untuk masa yang akan datang."⁹⁶

Kebijakan hukum pidana pada hakikatnya mengandung kebijakan mengatur dan membatasi kekuasaan, baik kekuasaan atau kewenangan warga masyarakat pada umumnya maupun kekuasaan atau kewenangan penguasa / penegak hukum.

Kebijakan hukum pidana mempunyai ruang lingkup yang luas. Hal tersebut disebabkan karena kebijakan hukum pidana merupakan serangkaian proses yang melalui tahap-tahap konkretisasi/operasionalisasi/ fungsionalisasi hukum pidana yang terdiri dari tahap formulasi (kebijakan legislatif), tahap aplikasi (kebijakan yudikatif) dan tahap eksekusi (kebijakan administratif).⁹⁷

Berkaitan dengan operasionalisasi dari ketiga tahap kebijakan penegakan hukum pidana itu, maka dibutuhkan kewenangan untuk menjalankan masing-masing tahap kebijakan tersebut, yaitu kewenangan membuat undang-undang, kewenangan menerapkan undang-undang dan melaksanakan undang-undang.

Hal ini sebagaimana diungkapkan oleh Barda Nawawi Arief :

⁹⁵ Sudarto, "*Hukum dan Hukum Pidana*", *Op.Cit.*, hal 159

⁹⁶ Sudarto, "*Hukum Pidana dan Perkembangan Masyarakat*", *Op.Cit.*, hal. 109

⁹⁷ Barda Nawawi Arief, *Masalah Penegakan Hukum dan Kebijakan Penanggulangan Kejahatan*, UNDIP, Semarang, 2000, hal. 74.

Dalam ketiga tahap kebijakan penegakan hukum pidana itu terkandung di dalamnya tiga kekuasaan/kewenangan, yaitu kekuasaan legislatif/formulatif dalam menetapkan atau merumuskan perbuatan apa yang dapat dikenakan, kekuasaan yudikatif/aplikatif dalam menerapkan hukum pidana dan kekuasaan eksekutif/administratif dalam melaksanakan hukum pidana.⁹⁸

Kebijakan penegakan hukum pidana memerlukan sinergi dari ketiga tahap kebijakan tersebut. Hal ini disebabkan apabila salah satu dari ketiga tahap tersebut tidak dijalankan sebagaimana mestinya, maka penegakan hukum pidana tentu akan menjadi tidak optimal.

Dari ketiga tahap kebijakan tersebut, Tahap formulasi merupakan tahap yang paling strategis dari upaya penanggulangan kejahatan melalui hukum pidana, disebabkan apabila terjadi kesalahan/kelemahan dalam kebijakan legislatif, maka upaya penanggulangan kejahatan pada tahap selanjutnya (aplikasi dan eksekusi) akan menjadi terhambat. Hal ini disebabkan semua langkah pada tahap selanjutnya bersumber pada tahap formulasi sebagai tahap awal dari penegakan hukum pidana.

Dalam tahap formulasi, upaya penegakan hukum pidana bukan hanya tugas dari aparat penerap hukum, akan tetapi justru lebih berat kepada aparat pembuat hukum. Hal ini dapat dimengerti karena dalam tahap formulasi ini dilakukan perumusan dan penetapan hukum.

Hal tersebut senada dengan pendapat Barda Nawawi Arief yang mengemukakan dalam tahap kebijakan legislatif (formulatif) inilah dirumuskan garis-garis kebijakan sistem kebijakan sistem pidana dan ppidanaan yang sekaligus merupakan landasan legalitas bagi tahap-tahap berikutnya, yaitu tahap penerapan pidana oleh badan peradilan dan tahap pelaksanaan pidana oleh aparat pelaksana pidana.⁹⁹

⁹⁸ Barda Nawawi Arief, *Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan Pengembangan Hukum Pidana*, Op. Cit., hal. 30.

⁹⁹ Barda Nawawi Arief, *Kebijakan Legislatif Dalam Penanggulangan Kejahatan Dengan Pidana Penjara*, Op. Cit., hal. 3.

Selanjutnya, Oka Mahendra¹⁰⁰ berpendapat :

Memberdayakan program legislasi nasional sebagai pengintegrasikan penyusunan peraturan perundang-undangan memang bukan sekedar menyangkut adanya program yang tersusun secara sistematis, terinci dan bersifat operasional, tetapi lebih dari itu menyangkut kemauan politik bersama untuk mengutamakan kepentingan nasional daripada kepentingan sektoral dan keamanan politik bersama membangun sistem hukum nasional berdasarkan Pancasila dan UUD 1945.

Selanjutnya Marc Ancel menyatakan bahwa *Penal policy* merupakan suatu ilmu sekaligus seni yang pada akhirnya mempunyai tujuan praktis untuk memungkinkan peraturan hukum positif dirumuskan secara lebih baik, dan untuk memberi pedoman tidak hanya kepada pembuat undang-undang, tetapi juga kepada pengadilan yang menerapkan undang-undang dan juga kepada para penyelenggara atau pelaksana putusan pengadilan.¹⁰¹

Dalam bukunya, *Social Defence, A Modern Approach to Criminal Problems*, Marc Ancel menyatakan bahwa :

" Di antara studi mengenai faktor-faktor kriminologis di satu pihak dan studi mengenai teknik perundang-undangan di lain pihak, ada tempat bagi suatu ilmu pengetahuan yang menganalisis dan menyelidiki fenomena legislative dan bagi suatu seni yang rasional, dimana para sarjana dan praktisi, para ahli kriminologi dan sarjana hukum dapat bekerja sama tidak sebagai pihak yang saling berlawanan atau saling berselisih, tetapi sebagai kawan sekerja yang terikat di dalam tugas bersama, yaitu terutama untuk menghasilkan suatu kebijakan pidana yang realistic, humanis dan berpikiran maju (progresif) lagi sehat. " ¹⁰²

Berdasarkan pemikiran di atas, dihubungkan dengan tujuan dan makna dari penelitian ini, maka diwujudkan sanksi minimum khusus dalam formulasi kebijakan hukum pidana adalah untuk menghasilkan kebijakan pemidanaan yang sifatnya realistis, humanis dan berpikiran maju, serta sehat.

Selain berdasarkan pendapat Marc Ancel di atas, pemikiran ini juga tidak dapat dilepaskan dari ide bahwa peraturan positif yang akan datang (*ius constitutum*) terutama peraturan mengenai pemidanaan yang ada dapat

¹⁰⁰ Oka Mahendra, *Memberdayakan Program Legislasi Nasional Sebagai Dokumen Pengintegrasian Penyusunan Peraturan Perundang-undangan*, Majalah Hukum Nasional No. 1, 1999, BPHN, Departemen Kehakiman, hal. 140.

¹⁰¹ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana, Op.Cit.*, hal. 21.

¹⁰² *Ibid.*

dirumuskan secara lebih baik sesuai dengan tujuan utama dari pidana yaitu melindungi masyarakat secara keseluruhan serta melindungi kepentingan individu dari terpidana.

Pembaharuan Hukum Pidana di Indonesia

Barda Nawawi Arief¹⁰³ mengemukakan bahwa dalam pembaharuan hukum, hukum pidana merupakan bidang yang menarik dibandingkan dengan hukum lain. Hal ini disebabkan hukum pidana mengandung sifat yang *kontradiktif* atau *paradoksal*, yaitu di satu pihak hukum pidana bermaksud melindungi kepentingan atau benda hukum dan hak asasi manusia dengan merumuskan norma-norma perbuatan yang terlarang, namun di lain pihak hukum pidana menyerang kepentingan hukum / HAM seseorang dengan mengenakan sanksi kepada si pelanggar norma.

Pembaharuan hukum pidana tersebut meliputi pembaharuan hukum pidana materiil (substentif), hukum pidana formil (hukum acara pidana) dan hukum pelaksanaan pidana. Dalam melaksanakan pembaharuan hukum pidana, ketiga bidang hukum pidana itu harus secara bersama-sama diperbaharui, karena apabila hanya salah satu bidang saja yang diperbaharui, akan menimbulkan kepincangan atau kesulitan dalam pelaksanaannya.

Di samping itu, tujuan utama dari pembaharuan hukum pidana, yaitu penanggulangan kejahatan, tidak akan dapat tercapai sepenuhnya. Dalam hal ini, penulis hanya akan membahas pembaharuan di bidang hukum materiil (substentif) saja.

¹⁰³ Barda Nawawi Arief, *Perlindungan HAM dan Tindak Kekerasan Dalam Penegakan Hukum Pidana*, Bahan Diskusi Panel RUU Kepolisian, 15 Juli 1997, Fakultas Hukum Undip, hal. 1.

Barda Nawawi Arief mengemukakan bahwa makna dan hakikat pembaharuan hukum pidana berkaitan erat dengan latar belakang dan urgensi diadakannya pembaharuan hukum pidana itu sendiri.¹⁰⁴

Dengan demikian, dapat dikatakan bahwa dalam suatu sejarah perjalanan bangsa, maka setiap diadakannya pembaharuan hukum pidana, tentu dilatarbelakangi oleh beberapa aspek yang urgen dengan diadakannya pembaharuan hukum pidana dari bangsa itu sendiri.

Gustav Radbruch berpendapat bahwa memperbaharui hukum pidana tidak berarti memperbaiki hukum pidana, melainkan menggantinya dengan yang lebih baik.¹⁰⁵

Selanjutnya dikemukakan oleh Barda Nawawi Arief¹⁰⁶ bahwa pembaharuan hukum pidana pada hakekatnya harus di tempuh dengan pendekatan yang berorientasi pada kebijakan dan sekaligus pendekatan yang berorientasi pada nilai.

Dilihat dari sudut pendekatan kebijakan, maka :

- Sebagai bagian dari kebijakan sosial, pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya merupakan bagian dari upaya untuk mengatasi masalah-masalah sosial.
- Sebagai bagian dari kebijakan kriminal, pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya merupakan bagian dari upaya perlindungan masyarakat.
- Sebagai bagian dari kebijakan penegakan hukum, pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya merupakan bagian dari upaya memperbaharui sistem hukum.

Dilihat dari sudut pendekatan nilai pembaharuan hukum pidana mengandung makna, suatu upaya untuk melakukan reorientasi dan reformasi hukum pidana

¹⁰⁴ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana, Op. Cit.*, hal. 29.

¹⁰⁵ Gustav Radbruch dalam Sudarto "Suatu Dilema Dalam Pembaharuan Sistem Pidana Indonesia", Pidato Pengukuhan Jabatan Guru Besar Tetap Dalam Hukum Pidana pada Universitas Diponegoro, Semarang 21 Desember, 1974, hal. 5.

¹⁰⁶ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana, Op. Cit.*, hal. 28.

yang sesuai dengan nilai-nilai sentral sosio-politik, sosio-filosofis dan sosio-kultural masyarakat Indonesia yang melandasi dan memberi isi terhadap muatan normatif dan substantif hukum pidana yang dicita-citakan.

Selanjutnya dijelaskan oleh Barda Nawawi Arief bahwa :

"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 penegakan hukum, politik hukum pidana, politik kriminal dan politik sosial)). Didalam setiap kebijakan (policy) terkandung pula pertimbangan nilai, pembaharuan hukum pidana harus berorientasi pada pendekatan nilai.¹⁰⁷ "

Pemikiran Barda Nawawi Arief tersebut dilatarbelakangi oleh pendapat Roeslan Saleh yang mengemukakan :

Keharusan rasionalitas itu bukanlah berarti bahwa pertimbangan-pertimbangan etis dalam hukum pidana dapat ditinggalkan saja, juga syarat rasional adalah suatu syarat moral (Wilkins, Moris dan Howard). Oleh sebab itu rasionalitas jangan sampai dikaburkan oleh pertimbangan-pertimbangan yang bersifat etis. Batas-batas yang bersifat etis itu haruslah sebaik-baiknya dan seteliti-telitinya dirumuskan. Di dalam batas-batas dari apa yang secara etis dapat diterima haruslah dapat diambil keputusan-keputusan yang rasional itu.¹⁰⁸

Oleh karena itu, pembaharuan hukum pidana di Indonesia seyogyanya memperhatikan pendekatan kebijakan dan pendekatan nilai ini. Hal ini penting demi tercapainya suatu hukum pidana yang dapat mengatasi masalah sosial, memberikan perlindungan kepada masyarakat dan bukan merupakan hukum yang tidak pernah beranjak dari jaman penjajahan.

Menurut AZ Abidin, bahwa hukum pidana itu merupakan cermin suatu masyarakat yang merefleksi nilai-nilai yang menjadi dasar masyarakat itu. Bilamana nilai-nilai itu berubah, hukum pidana juga berubah. Hukum pidana secara tepat sebagai *one of the most faithfull mirror of a given civilization, reflecting the fundamental values on which latter rest.*¹⁰⁹

¹⁰⁷ Barda Nawawi Arief, *Beberapa Aspek Pengembangan Ilmu Hukum Pidana*, Fakultas Hukum Universitas Diponegoro Semarang, 1994.

¹⁰⁸ Roeslan Saleh, *Pikiran-Pikiran Tentang Pertanggungjawaban Pidana*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1982, hal 44.

¹⁰⁹ A.Z., Abidin, *Bunga Rampai Hukum Pidana*, Pradnya Paramita, Jakarta, 1983, hal 12-13.

Dalam hal ini, usaha pembaharuan hukum pidana di Indonesia sudah dimulai sejak masa permulaan berdirinya Republik Indonesia, yang diproklamasikan pada tanggal 17 Agustus 1945. Guna menghindari kekosongan hukum, Undang Undang Dasar 1945 memuat Aturan Peralihan, yang dalam Pasal II dinyatakan bahwa :

“Segala badan negara dan peraturan yang ada masih langsung berlaku, selama belum diadakan yang baru menurut Undang Undang Dasar ini”.

Pada bidang hukum pidana materiil, *Wetboek van Strafrecht voor Nederlands-Indie* masih tetap berlaku dan diterapkan selama masa pendudukan itu. Hal ini berarti pada kurun waktu itu tidak pernah ada suatu produk legislatif yang menyatakan WvS atau beberapa pasal dari WvS tersebut menjadi tidak berlaku. Hanya pada tahun 1944, Pemerintah Bala Tentara Jepang mengeluarkan apa yang disebut *Gunsei Keizirei* yang merupakan suatu peraturan serupa dengan KUHP, yang harus diterapkan oleh pengadilan-pengadilan pada waktu itu. Dengan sendirinya, apabila suatu perbuatan termasuk dalam rumusan atau kualifikasi delik WvS dan juga dalam *Gunsei Keizirei*. Keadaan ini berlangsung sampai dikeluarkan undang Undang Nomor 1 tahun 1946 tanggal 26 Pebruari 1946. Sejak saat inilah dapat dikatakan pembaharuan hukum pidana Indonesia dimulai.¹¹⁰

Hal tersebut senada dengan pendapat yang dikemukakan oleh Loebby Loqman, bahwa upaya untuk melakukan pembaharuan pidana yang sesungguhnya dapat dikatakan baru dimulai dengan dikeluarkannya Undang Undang Nomor 1 Tahun 1946, karena di dalamnya memberi kekuatan untuk menyesuaikan materi KUHP.¹¹¹

¹¹⁰ Sudarto, *Hukum Pidana dan Perkembangan Masyarakat, Op.Cit.*, hal. 60-61.

¹¹¹ Loebby Loqman, *Delik Poltik di Indonesia*, In-Hill-Co, Jakarta, 1993, hal. 28.

Menurut Soeharjo SS, usaha pembaharuan hukum pidana di Indonesia tentunya tidak terlepas dari politik hukum yang bertugas untuk meneliti perubahan-perubahan yang perlu diadakan terhadap hukum yang ada agar memenuhi kebutuhan-kebutuhan baru di dalam masyarakat. Politik hukum tersebut meneruskan arah perkembangan tertib hukum dari "*Jus Constitutum*" yang bertumpu pada kerangka landasan hukum yang terdahulu menuju pada penyusunan "*Jus Constituendum*" atau hukum pada masa yang akan datang.¹¹²

Apabila kita meninjau pada alasan mengapa diperlukan pembaharuan hukum pidana, Sudarto mengemukakan bahwa pembaharuan hukum pidana dilandaskan pada 3 (tiga) alasan, yaitu :

1. Alasan Politik : Indonesia yang telah lima puluh tahun merdeka adalah wajar mempunyai hukum pidana sendiri, yang diciptakannya sendiri, oleh karena hal ini merupakan simbol kebanggaan dari negara yang telah bebas dari penjajahan.
2. Alasan Sosiologi : Pengaturan dalam hukum pidana merupakan pencerminan dari ideologi politik suatu bangsa, dimana hukum itu berkembang. Artinya bahwa segala nilai-nilai sosial dan kebudayaan dari bangsa itu harus mendapat tempat dalam pengaturan di hukum pidana.
3. Alasan Praktis : Dengan pembaharuan hukum pidana yang baru, akan dapat memenuhi kebutuhan praktik, sebab hukum peninggalan penjajah jelas masih menggunakan bahasa belanda. Padahal kita sebagai negara yang merdeka sudah memiliki bahasa sendiri, tentu tidaklah tepat jika menerapkan suatu aturan hukum berdasarkan pada teks yang tidak asli.¹¹³

Sehubungan dengan kenyataan, bahwa teks resmi dari KUHP masih berbahasa Belanda, maka sebenarnya orang harus mengerti bahasa Belanda apabila hendak menerapkannya secara tepat. Hal ini tentunya tidak mungkin diharapkan dari bangsa Indonesia yang sudah merdeka dan mempunyai bahasa nasional sendiri, yaitu bahasa Indonesia. Oleh karena itu, dipandang dari sudut demikian, KUHP yang sekarang seharusnya diganti dengan dengan KUHP nasional.

¹¹² Soehardjo SS, *Politik Hukum dan Perkembangan Masyarakat*, Sinar Baru, Bandung, 1983, hal 66.

¹¹³ Sudarto, *Hukum Pidana dan Perkembangan Masyarakat, Op.Cit.*, hal. 66 – 68.

Jimly Asshidiqie¹¹⁴ menyatakan bahwa perumusan ketentuan dalam KUHP baru seyogyannya merupakan produk kesadaran hukum masyarakat Indonesia sendiri atau paling tidak merupakan perumusan yang dekat dengan kesadaran masyarakat hukum Indonesia. Artinya perumusan ketentuan hukum baru itu jangan sampai semata-mata merupakan produk kesadaran hukum barat sebagaimana tampil dalam kenyataan KUHP yang merupakan warisan penjajahan Belanda di Indonesia.

Berkaitan dengan hal tersebut di atas, Teuku Mohammad Radie mengemukakan bahwa hukum nasional yang hendak kita ciptakan sebagai kerangka landasan kehidupan bangsa kita dengan sendirinya disamping harus didasarkan atas pandangan hidup bangsa, Pancasila dan ketentuan-ketentuan UUD 1945, harus pula disesuaikan dengan tuntutan kemajuan jaman.¹¹⁵

Senada dengan pendapat di atas, Baharudin Lopa mengemukakan bahwa pembangunan hukum nasional ialah membangun tata hukum Indonesia yang bersumber pada kepribadian bangsa Indonesia sendiri. Hukum nasional kita dengan sendirinya akan memiliki corak khas Indonesia sebagai salah satu aspek dari kebudayaan Indonesia.¹¹⁶

Koento Wibisono berpendapat bahwa Pancasila sebagai salah satu unsur *staats fundamental norm* kita, dengan sendirinya juga merupakan komitmen filsafati yang menjajikan persatuan sikap dan pandangan kita, kesatuan upaya kita dalam menyongsong hari depan yang dicita-citakan bersama melalui pembangunan di segala bidang, juga di bidang hukum nasional.¹¹⁷

¹¹⁴ Jimly Asshidiqie, *Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia*, Angkasa, Bandung, 1997, hal 3.

¹¹⁵ Teuku Muhammad Radie, *Pembangunan Hukum Nasional Dalam Perspektif Kebijakan Dalam Identitas Hukum Nasional*, Fakultas Hukum UII, Yogyakarta, 1997, hal. 203.

¹¹⁶ Baharudin Lopa, *Etika Pembangunan Hukum Nasional Dalam Identitas Hukum Nasional*, Fakultas Hukum UII, Yogyakarta, 1997, hal. 17.

¹¹⁷ Koento Wibisono, *Etika Pembangunan Hukum Nasional Dalam Identitas Hukum Nasional*, Fakultas Hukum UII, Yogyakarta, 1997, hal. 6.

Satjipto Rahardjo mengemukakan pendapat yang senada dengan hal di atas, yaitu sehubungan dengan penerimaan Pancasila sebagai norma dasar bagi tata hukum Indonesia, maka tidak jarang orang akan mengatakan bahwa Pancasila itulah yang menentukan mana yang bisa diterima oleh tata hukum Indonesia.¹¹⁸

Selanjutnya, Muladi berpendapat bahwa salah satu karakteristik hukum pidana yang mencerminkan proyeksi hukum pidana masa datang adalah hukum pidana nasional dibentuk tidak hanya sekedar atas alasan sosiologis, politis dan praktis semata-mata, melainkan secara sadar harus disusun dalam rangka kerangka Ideologi Nasional Pancasila.¹¹⁹

¹¹⁸ Satjipto Rahardjo, *Hukum dan Perubahan Sosial*, Alumni, Bandung, 1983, hal. 124.

¹¹⁹ Muladi, *Proyeksi Hukum Pidana Materiil di Masa Datang*, Pidato Pengukuhan Guru Besar Ilmu Hukum UNDIP, Semarang, tanggal 24 Februari 1990, hal. 3.

Dengan demikian, pembaharuan hukum pidana di Indonesia sebagai salah satu upaya pembangunan hukum nasional harus memperhatikan Pancasila sebagai salah satu norma dasar dan kepribadian dari bangsa Indonesia.

Dalam pembaharuan KUHP sebagai pembaharuan hukum pidana materiil, dapat dilakukan dengan 2 (dua) cara, yaitu :

- a. Secara parsial, yaitu mengadakan beberapa perubahan pada bagian-bagian tertentu dari KUHP. Cara ini disebut juga cara "tambal sulam".
- b. Secara *total*, yaitu pembaharuan secara keseluruhan terhadap KUHP sehingga muncul KUHP baru.

Selama ini pembaharuan hukum pidana di Indonesia baru dilakukan dengan cara parsial. Sebagai perwujudan pembaharuan hukum pidana secara parsial, telah muncul beberapa kebijakan legislatif atau produk perundang-undangan yang pernah dikeluarkan oleh Pemerintah.

Adapun usaha pembaharuan KUHP secara total, yaitu dengan mewujudkan KUHP Nasional yang baru mulai terlihat dengan adanya rekomendasi Seminar Hukum Nasional I tahun 1963 yang menyerukan agar rancangan kodifikasi hukum pidana nasional secepat mungkin diselesaikan.

Atas seruan tersebut, maka telah disusun Konsep Rancangan KUHP Nasional, yang beberapa kali mengalami perbaikan dalam penyusunannya sampai muncul Konsep terakhir, yaitu Konsep KUHP 2006, yang diterbitkan oleh Departemen Hukum dan Perundang-undangan.

Tinjauan Umum Tentang Pidana Pengawasan

Muladi mengemukakan, bahwa terdapat dua pendekatan dalam upaya mencari formulasi jenis pidana sebagai alternatif pengganti pidana perampasan kemerdekaan, yaitu :

1. Pendekatan yang melihat dari alternatif pidana perampasan kemerdekaan (penjara) sebagai *alternatif sanction*, yaitu sanksi yang dapat menggantikan sanksi pidana penjara, dimana sanksi alternatif ini hanya dapat digunakan dan diterima bilamana sanksi tersebut dapat melayani tujuan pemidanaan dan pidana penjara dipandang memang tidak perlu digunakan.
2. Pendekatan yang menyatakan bahwa sanksi alternatif merupakan salah satu upaya untuk mencapai tujuan dari pemidanaan di mana dengan pidana penjara tujuan pemidanaan itu malah tidak dapat dicapai.¹²⁰

Pendekatan terhadap pencarian alternatif pidana perampasan kemerdekaan di atas, diupayakan harus tetap kritis dan realistis, oleh karena memang ada fungsi hukum pidana yang tidak mungkin dihilangkan hanya dengan alternatif pidana penjara saja. Yang paling utama adalah adanya keserasian, keselarasan dan keseimbangan dalam penggunaan alternatif pidana perampasan kemerdekaan yang sesuai dengan tujuan pemidanaan yang ingin dicapai.

Perkembangan tujuan pidana dan pemidanaan tidak lagi hanya terfokus pada upaya untuk menderitakan, akan tetapi sudah mengarah pada upaya perbaikan-perbaikan ke arah yang lebih manusiawi.

¹²⁰ Muladi, *Ibid*, hal. 24.

Dalam Konggres PBB tentang Pencegahan Kejahatan dan Pembinaan Narapidana yang ketiga di Stockholom pada tahun 1965, salah satunya membahas perihal tindakan-tindakan yang bersifat *non-institutional* berupa *probation* (pidana pengawasan) bagi para pelaku tindak pidana sebagai alternatif pidana perampasan kemerdekaan¹²¹. Keadaan ini dipertegas lagi dengan adanya rekomendasi yang diusulkan oleh *sub-Committee II The Sixth United Nation Conggres in the Prevention of Offenders* tahun 1980 di Caracas, yang membicarakan topik "*De-institutionalization of Corrections*", yang antara lain berbunyi sebagai berikut:

*"In a resolution on alternatives to imprisonment, the Conggres recommended that Member States examine their legislation with a view towards removing legal obstacles to utilizing alternatives to imprisonment in appropriates cases in countries where such obstacles exits an encourage wider community participation in the implementation of alternatives to imprisonment and activities aimed at the rehabilitation of offenders".*¹²²

Bentuk-bentuk alternatif pidana perampasan kemerdekaan seperti *Probation* (Pidana Pengawasan) telah diterima dan diterapkan di Amerika dan Inggris, dimana ditentukan pada fase pertama pelaku tindak pidana hanya dinyatakan bersalah dan ditetapkan suatu masa percobaan. Sedangkan fase kedua pidana baru dijalani apabila terpidana melakukan tindak pidana pada fase pertama.

¹²¹ Lihat Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Teori-teori dan Kebijakan Pidana, Op.Cit.*, hal. 84.

¹²² The Sixth United Nation Conggres on *the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders*, 1980, dalam Muladi, *Lembaga Pidana Bersyarat, Op.Cit*, hal. 151.

Adapun yang berlaku di Perancis dan Belgia menunjukkan perkembangan tersendiri yaitu apabila dalam masa percobaan melakukan tindak pidana, maka pidana yang telah ditetapkan harus dijalani.

Menurut Muladi¹²³, pidana pengawasan (*probation*) mempunyai keuntungan-keuntungan apabila dilihat dari segi orang yang dikenai antara lain sebagai berikut :

- a. Akan memberikan kesempatan kepada terpidana untuk memperbaiki dirinya di masyarakat, sepanjang kesejahteraan terpidana dalam hal ini dipertimbangkan sebagai hal yang lebih utama dari pada risiko yang mungkin diderita oleh masyarakat, seandainya si terpidana dilepas di masyarakat. Dalam rangka pemberian kesempatan ini, persyaratan yang paling utama adalah kesehatan mental dari terpidana.
- b. Memungkinkan terpidana untuk melanjutkan kebiasaan-kebiasaan hidupnya sehari-hari sebagai manusia, yang sesuai dengan nilai-nilai yang ada dalam masyarakat.
- c. Akan mencegah terjadinya stigma yang diakibatkan oleh pidana perampasan kemerdekaan.

Kemudian keuntungan-keuntungan dari sisi masyarakat adalah :

- a. Di dalam menentukan apakah harus dijatuhkan pidana pengawasan atau pidana perampasan kemerdekaan, maka salah satu pertimbangan utama adalah sampai seberapa jauhkah unsur-unsur pokok kehidupan masyarakat memperoleh manfaat dari pemberian pidana pengawasan tersebut. Hal ini dapat diamati dari keikutsertaan terpidana di dalam pekerjaan-pekerjaan yang secara ekonomis menguntungkan kehidupan masyarakat. Demikian pula keikutsertaan terpidana di dalam kehidupan keluarga merupakan sesuatu yang sangat bernilai dari sudut masyarakat.
- b. Secara finansial maka pidana dengan syarat (*probation*) yang merupakan pembinaan di luar lembaga akan lebih murah dibandingkan dengan pembinaan di dalam lembaga.
- c. Bila ditinjau dari segi pelaksana pidana dengan syarat (*probation officer*) keuntungannya adalah , bahwa dengan pidana dengan syarat (*probation*) di luar lembaga para petugas pelaksana pidana dengan syarat dapat menggunakan segala fasilitas yang ada di masyarakat untuk mengadakan rehabilitasi terhadap terpidana dengan syarat (*probation*). Fasilitas ini dapat berupa bantuan pembinaan dari masyarakat setempat, jasa-jasa pengadaan lapangan pekerjaan pemerintah ataupun swasta, dan sebagainya.

Dikaitkan dengan pandangan tentang pentingnya pidana pengawasan (*probation*) sebagai salah satu mata rantai sistem penyelenggaraan hukum pidana, maka yang harus dihapuskan dalam hal ini adalah adanya kesan, bahwa pidana

¹²³ Muladi, Lembaga Pidana Bersyarat, *Op.Cit.*, hal. 153-154.

non-custodial merupakan sikap kemurahan hati, pemberian ampun, atau pembebasan, sebab di dalam kerangka sebab musabab kejahatan dari pelaku tindak pidana serta usaha-usaha untuk menetralkan sebab musabab tersebut, maka peranan pengawasan di dalam pembinaan di luar lembaga ini menjadi suatu keadaan dinamis untuk memecahkan masalah. Howard Jones mengatakan mengenai hal ini, bahwa:

*"It (Probation) is not a "let-of" then, because the probationer must either make good or suffer punishment later. In fact, the duty of reporting to a probation officer and accounting for one's behaviour to him over a long period is much more onerous than some formal punishments such as a fine, especially if, as is often the case, additional duties and restrictions are also imposed under the terms of the probation order. Whatever the theory, the probationer must often feel that to be placed on probation is itself a punishment".*¹²⁴

Menurut Howard Jones untuk adanya *Probation* dipersyaratkan hal-hal sebagai berikut:

- (1) *No punishment is imposed initially;*
- (2) *The offender is given a fixed period to redeem himself;*
- (3) *During this period he is placed under the supervision of a probation officer (a) in order to keep the court informed of his progress, (b) to help him to make the best of the opportunity given to him;*
- (4) *If he makes good, the original crime is considered to have been purged, but if he fails to do so, he may be brought back into court and sentenced for this, as well as for any other crime he may have committed since.*¹²⁵

Untuk menjatuhkan pidana pengawasan/*probation* tersebut biasanya diadakan pembatasan yang dilakukan oleh peraturan perundang-undangan. Muladi mengemukakan bahwa pembatasan dalam menentukan tindak-tindak pidana yang pelakunya dikecualikan dari pengenaan *probation* adalah tindak-tindak pidana yang secara tradisional tidak disukai (menjijikkan) oleh masyarakat, yaitu :

1. Kejahatan-kejahatan kekerasan.
2. Kejahatan-kejahatan terhadap moral.
3. Kejahatan-kejahatan yang melibatkan penggunaan senjata-senjata yang mematikan.
4. Kejahatan-kejahatan yang dilakukan seseorang karena diupah oleh orang lain.

¹²⁴ Howard Jones, *Crime and The Penal System*, Univ. Tutonal Press LTD, Clifton House, Euston Road, London, N.W.1, 1956, hal. 254.

¹²⁵ *Ibid*, hal. 254.

5. Kejahatan-kejahatan terhadap pemerintah.
6. Kejahatan-kejahatan yang diancam pidana tertentu.¹²⁶

Pada tahun 1962 telah dipublikasikan *Report of the Interdepartmental Committee on the Probation service*, yang antara lain menyatakan, bahwa menempatkan seseorang di bawah *probation* harus dipenuhi syarat-syarat sebagai berikut :

1. Atas dasar sifat kejahatan dan catatan si pelaku tindak pidana, demi kepentingan masyarakat tidak dipertimbangkan untuk menerapkan cara yang keras untuk membinanya,
2. Risiko bagi masyarakat melalui penerapan pembebasan si pelaku tindak pidana diperbesar berdasarkan alasan-alasan moral, sosial dan ekonomi,
3. Pelaku tindak pidana memerlukan perhatian terus menerus,
4. Pelaku tindak pidana mampu untuk menanggapi perhatian tersebut dalam keadaan bebas.¹²⁷

Dari uraian di atas jelas kiranya, bahwa alternatif pidana perampasan kemerdekaan berupa probation atau pidana pengawasan tidak hanya demi kepentingan si pelaku tindak pidana, namun juga demi kepentingan masyarakat. Selain dapat mengurangi biaya yang harus dikeluarkan oleh masyarakat juga mengurangi banyak kerugian yang ditimbulkan oleh pidana perampasan kemerdekaan, terutama dalam bentuk gangguan terhadap kehidupan sosial yang normal yang akan menambah kesulitan narapidana dalam penyesuaian diri kepada masyarakat serta keluarganya dan seringkali meningkatkan kemungkinan timbulnya residivisme. Tujuan probation ini seperti dikutip dalam salah satu situs internet disebutkan, bahwa:

*"The purpose of the order (probation) is to rehabilitate the offender, protect the public and prevent the offender committing further offences".*¹²⁸
(Tujuan pidana pengawasan adalah untuk merehabilitasi pelaku, melindungi masyarakat dan mencegah pelaku melakukan tindak pidana lebih lanjut).

¹²⁶ *Ibid*, hal. 157.

¹²⁷ Rupert Cross, *The English Sentencing System*, Butterworths, London, 1975, hal. 21.

¹²⁸ [http://www. Goeggle. Probation. com](http://www.Goeggle.Probation.com), *Sentencing Alternatives: From Incarceration to Diversion*, 2002, hal. 18.

Dalam draft resolusi yang dihasilkan Kongres PBB ke-8 mengenai "*The Prevention of Crime and Treatment of Offenders*", yang diselenggarakan di Havana, Cuba, pada tanggal 27 Agustus-7 september 1990, diungkapkan latar belakang perlunya dibuat "*Standard Minimum Rules*" (SMR) untuk tindakan-tindakan *non-Custodial*, dimana dalam rule 8.2 pejabat yang berwenang memidana dapat menentukan salah satunya dengan penerapan "Pengawasan" (*Probation and Judicial Supervision*). Pemilihan tindakan ini harus didasarkan pada penilaian kriteria yang ditetapkan mengenai hal-hal sebagai berikut :

- 1) *The nature and gravity of the offence;*
- 2) *The personality, background of the offender;*
- 3) *The purposes of sentencing; and*
- 4) *The rights of victims.*¹²⁹

Apabila menyimak ketentuan mengenai pidana pengawasan ini dalam konsep Rancangan KUHP Nasional, maka dalam penjelasan Rancangan KUHP Nasional tersebut dinyatakan, bahwa pelaksanaan pidana pengawasan ini dikaitkan dengan ancaman pidana penjara. Pidana pengawasan bersifat "*non-custodial*", atau pidana penjara bersyarat yang terdapat dalam KUHP lama. Jenis pidana ini merupakan alternatif dari pidana penjara dan tidak ditujukan untuk tindak pidana yang berat sifatnya.

Seperti telah disebutkan di atas bahwa pidana pengawasan adalah bersifat alternatif pidana perampasan kemerdekaan bersyarat, yaitu adanya ketentuan untuk tidak dijalankannya pidana yang telah dijatuhkan (yang berkaitan dengan pidana penjara) dengan diadakannya syarat-syarat tertentu dan ditetapkan masa percobaan paling lama 3 tahun.

¹²⁹ Barda Nawawi Arief, *Sari Kuliah Perbandingan Hukum Pidana*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, hal. 110.

Berkaitan dengan hukuman dengan adanya masa percobaan ini, dapat diambil bahan perbandingan di negara lain, yaitu di Perancis yang disebut dengan istilah "*Les surcis*" yang dibedakan antara "*surcis simple*" (hukuman-hukuman percobaan biasa) dengan "*surcise avec mise al'apreuve*" (hukuman percobaan dengan ditentukan jangka waktunya).¹³⁰

Hukuman-hukuman percobaan biasa (*surcise simple*) adalah hukuman-hukuman percobaan dengan jangka waktu percobaan sudah tetap, yaitu selama 5 tahun. Misalnya, kepada terdakwa dijatuhi hukuman penjara 1 tahun dengan masa percobaan biasa, maka masa percobaan tersebut adalah 5 tahun. Terpidana dapat bebas atau tidak, terserah kepada dia sendiri apakah selama masa percobaan tersebut dia lolos atau tidak dari perbuatan melakukan sesuatu tindak pidana. Kalau ternyata ia melakukan sesuatu tindak pidana, maka ia harus menjalani hukuman yang telah dijatuhkan tadi, ditambah lagi dengan hukuman-hukuman baru.

Sedangkan hukuman percobaan ditentukan waktunya (*surcis avec al'epreuve*) adalah hukuman percobaan dimana kepada si tertuduh dijatuhi hukuman penjara misalnya 1 tahun, dengan ditentukan masa percobaan selama 3 tahun. Artinya dia tidak perlu menjalani hukuman penjara selama 1 tahun tersebut, akan tetapi ia diikuti (diawasi) selama 3 tahun itu. Selama itu kepadanya diberikan kewajiban-kewajiban tertentu. Kalau dia berhasil memenuhi kewajiban-kewajiban tersebut maka loloslah ia untuk tidak menjalani hukuman tadi. Sebaliknya apabila ia tidak memenuhinya, maka ada kemungkinan bahwa ia akan dimasukkan.

Semua hukuman bersyarat mengandung syarat umum yang menyatakan bahwa seorang pelaku tindak pidana akan melakukan kejahatan lagi dalam batas

¹³⁰ Lintong Oloan Siahaan, *Jalannya Peradilan Perancis Lebih Cepat dari Peradilan Kita*, Ghalia Indonesia, 1981, hal. 84-85.

waktu yang telah ditentukan. Kemudian dapat dibedakan dua syarat yang istimewa (khusus) yaitu :

1. Syarat-syarat yang secara khusus disebut oleh undang-undang (pembayaran ganti rugi atau kompensasi bagi segala kerugian sebagai akibat dari suatu kejahatan tadi harus memperoleh perawatan pada suatu lembaga yang diperinci oleh pengadilan), dan
2. Syarat-syarat lain yang berkaitan dengan perilaku si pelaku kejahatan yang tidak boleh membatasi kemerdekaan agama maupun politik yang dianutnya.¹³¹
Meskipun tidak harus, syarat-syarat tambahan dapat dicantumkan dan

disebut dengan hukuman bersyarat. Akhirnya dinas probasi dapat diberi instruksi untuk memberi nasehat, membantu dan melindungi si pelaku kejahatan yang telah dijatuhi hukuman. Hukuman bersyarat mirip sekali dengan probasi (*probation*) apabila diberikan perintah untuk menasehati, membantu dan melindungi, dan juga mirip sekali dengan "*surcis simple*" apabila hanya dibuat syarat umum yaitu bahwa tidak akan dilakukannya lagi kejahatan kelak.

Putusan bersyarat mempunyai sifat positif dan negatif. Hal tersebut berkaitan dengan syarat-syarat yang ditentukan. Sifat negatif terdapatlah syarat umum, yang harus selalu diadakan yaitu bahwa si terhukum tidak akan melakukan peristiwa pidana selama masa percobaan. Kewajiban hukum yang khusus tidak ditentukan dalam hal ini. Semua orang, juga yang tidak dihukum secara bersyarat tidak boleh melakukan peristiwa-peristiwa pidana. Dengan syarat yang umum ini si terhukum tidak dimasukkan dalam penjara. Suatu dorongan untuk mendidik diri sendiri, memperbaiki sendiri tidak ada. Selanjutnya yang terutama merupakan kekuatan dan arti yang penting daripada putusan bersyarat (sifat positif) ialah syarat-syarat khusus, dengan mana hakim dapat memaksa si terhukum secara tidak langsung untuk mendidik diri dan bekerja sendiri.¹³²

¹³¹ L.H.C. Hulsman dalam Soedjono Dirdjosisworo, *Sistem Peradilan Pidana dalam Perspektif Perbandingan Hukum*, Penyadur, CV. Rajawali, Jakarta, 1984, hal. 90.

¹³² Ibid, hal. 312.

Dalam Konsep KUHP Nasional tahun 2000 yang merupakan rancangan KUHP Nasional di masa depan, jenis pidana pengawasan ini sudah diatur dan ditempatkan sebagai salah satu pidana pokok Pasal 60 (pasal 65 konsep 2006). Pengaturan tentang pidana pengawasan ini tercantum dalam Pasal 72, Pasal 73 dan Pasal 74 konsep 2000 (pasal 77,78,79 konsep 2006). berkaitan dengan syarat-syarat umum dan syarat-syarat khusus tersebut, perumusannya tercantum dalam Pasal 73 konsep 2000 (pasal 78 konsep 006) yang berbunyi sebagai berikut :

Pasal 73

- (1) Pidana pengawasan dapat dijatuhkan kepada terdakwa mengingat keadaan pribadi dan perbuatannya,
- (2) Pidana pengawasan sebagaimana dimaksud dalam 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; dan
 - b. Terpidana dalam waktu tertentu yang lebih pendek dari masa pidana pengawasan, harus mengganti seluruh atau sebagian kerugian yang timbul oleh tindak pidana yang dilakukan; 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 Perundang-undangan.
- (5) Jika selama dalam pengawasan terpidana menunjukkan kelakuan yang baik, maka Balai Pemasyarakatan Direktorat Jenderal Pemasyarakatan Departemen Hukum dan Perundang-undangan dapat mengusulkan kepada hakim pengawas untuk memperpendek masa pengawasannya.
- (6) Jika selama dalam pengawasan, terpidana menunjukkan kelakuan yang baik, maka Balai Pemasyarakatan Direktorat Jenderal Pemasyarakatan Departemen Hukum dan Perundang-undangan dapat mengusulkan kepada hakim pengawas untuk memperpendek masa pengawasannya.
- (7) Hakim pengawas dapat mengubah penetapan jangka waktu pengawasan setelah mendengar para pihak.

Perihal syarat-syarat di atas patut diperhatikan pendapat dari I.J Shain, seorang Direktur Penelitian dari Judicial of California yang mengemukakan bahwa terdakwa yang memenuhi syarat-syarat tertentu sebaiknya tidak dijatuhi pidana penjara (dalam artian dapat dikenai alternatif dari pidana penjara semacam pidana pengawasan ini,). Adapun syarat-syarat yang dikemukakan, adalah :

1. Terdakwa selain tidak termasuk penjahat "professional", juga tidak mempunyai banyak riwayat kriminalitas;
2. Dalam melakukan tindak pidana banyak factor-faktor yang meringankan;
3. Terdakwa tidak melakukan ancaman maupun menyebabkan penderitaan atau kerugian yang serius pada korban (korban-korbannya);
4. Fakta-fakta menunjukkan bahwa terdakwa melakukan tindak pidana oleh karena ada provokasi dari pihak korban;
5. Terdakwa bersedia untuk memberikan ganti rugi atas kerugian materi maupun luka-luka yang diderita korban;

6. Tidak terdapat cukup alasan yang menunjukkan, bahwa terdakwa akan melakukan lagi tindak, atau tidak terdapat cukup petunjuk bahwa sifat-sifat jahat terdakwa akan muncul lagi.¹³³

Hal-hal yang menjadi pertimbangan hakim dalam menjatuhkan pidana pengawasan (*probation*) dapat pula dilihat dalam salah satu situs internet yang uraiannya sebagai berikut:

"When deciding whether to give a defendant probation (where it's allowed), the judge will look at the defendant's record and the seriousness of the crime. The judge will also consider:

- 1. whether the crime was violent;*
- 2. whether the defendant is a danger to society;*
- 3. whether the defendant made or is willing to make restitution to the victim, and*
- 4. whether the victim was partially at fault."¹³⁴*

(Ketika keputusan yang diambil berupa pengenaan pidana pengawasan (jika hal ini diperbolehkan), hakim harus memperhatikan rekaman kejahatan yang pernah dilakukan oleh pelaku dan seberapa serius kejahatan tersebut. Selain itu hakim juga harus mempertimbangkan hal-hal berikut:

1. apakah kejahatan yang telah dilakukan bersifat tindak kekerasan atau tidak;
2. apakah pelaku merupakan orang yang berbahaya bagi masyarakat;
3. apakah pelaku telah atau mau memberikan ganti rugi atas penderitaan atau kerugian yang dialami pihak korban;
4. apakah pihak korban ikut bersalah atas tindak pidana yang terjadi)

¹³³ H.Eddy Djunaedi Karnasudirdja, *Beberapa Pedoman Pemidanaan dan Pengamatan Narapidana*, Tanpa penerbit, 1983, hal 92.

¹³⁴ [Http//www.goeggle.probation.com](http://www.goeggle.probation.com), *Op.Cit*, hal. 35.

BAB III

HASIL PENELITIAN DAN ANALISA

A. Ide Dasar Diwujudkannya Pidana Pengawasan dalam Sistem Pemidanaan di Indonesia

1. Keterbatasan Hukum Pidana

Laju dinamika global dalam perkembangan hukum pidana telah mendorong lahirnya gerakan kaum *Abolisionis* yang secara ekstrim menghendaki dihapuskannya keseluruhan hukum pidana. Gerakan ini pada hakekatnya berisi kritikan yang sangat tajam terhadap hukum pidana dan juga pada sistem peradilan pidana. Keadaan demikian menunjukkan bahwa eksistensi hukum pidana belum dapat mengakomodasi tujuan yang telah sekian lama diharapkan oleh seluruh umat manusia. Artinya tindak kejahatan yang menjadi objek fokus bekerjanya hukum pidana masih marak dan malah menunjukkan gejala peningkatan baik kuantitas maupun kualitasnya.

Nada negatif-pesimistis tersebut juga dikemukakan oleh Rubin yang menyatakan bahwa pemidanaan (apapun hakikatnya, apakah dimaksudkan untuk menghukum atau untuk memperbaiki) sedikit atau tidak mempunyai pengaruh terhadap masalah kejahatan.¹³⁵

Hal-hal tersebut di atas memberi gambaran bahwa hukum pidana belum menjadi sarana ampuh dan sempurna yang dapat mencegah dan menanggulangi berbagai macam tindak kejahatan yang ada. Artinya masih banyak keterbatasan

¹³⁵ Lihat dalam Barda Nawawi Arief, *Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan Pengembangan Hukum Pidana*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 1998, hal. 41.

kemampuan hukum pidana dalam melaksanakan tugasnya untuk mencegah dan menanggulangi tindak kejahatan.

Berkaitan dengan hal tersebut, Barda Nawawi Arief mengemukakan faktor-faktor penyebab keterbatasan hukum pidana dalam penanggulangan kejahatan, yaitu:

- a. sebab-sebab kejahatan yang demikian kompleks berada di luar jangkauan hukum pidana.
- b. Hukum pidana hanya merupakan bagian kecil (sub-sistem) dari sarana kontrol social yang tidak mungkin mengatasi masalah kejahatan sebagai masalah kemanusiaan dan kemasyarakatan yang sangat kompleks (sebagai masalah sosio-psikologis, sosio-politik, sosio-kultural dan sebagainya);
- c. Penggunaan hukum pidana dalam menanggulangi kejahatan hanya merupakan "kurieren am symptom" oleh karena itu hukum pidana hanya merupakan "pengobatan simptomatik" dan bukan "pengobatan kausatif".
- d. Sanksi hukum pidana merupakan "remedium" yang mengandung sifat kontradiksi/pradoksial dan mengandung unsur-unsur serta efek sampingan yang negatif.
- e. Sistem pidana bersifat fragmentair dan individual/personal, tidak bersifat structural/fungsional;
- f. Keterbatasan jenis sanksi pidana dan sistem perumusan sanksi pidana yang bersifat kaku dan imperatif;
- g. Bekerjanya/berfungsinya hukum pidana memerlukan sarana pendukung yang lebih bervariasi dan lebih menuntut "biaya tinggi".¹³⁶

¹³⁶ Barda Nawawi Arief, *Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan Pengembangan Hukum Pidana*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 1998, hal. 47.

Pada skala internasional, PBB dalam Konggres ke-8 mengenai "*Crime prevention on the context of development*" yang diselenggarakan pada tahun 1990 di Havana-Cuba, mengidentifikasi faktor-faktor kondusif yang menyebabkan kejahatan, antara lain:

- i. kemiskinan, pengangguran, kebutuhurufan (kebodohan), ketiadaan/kekurangan perumahan yang layak dan sistem pendidikan serta sistem latihan yang tidak cocok/ serasi;
- ii. meningkatnya jumlah penduduk yang tidak mempunyai prospek (harapan) karena proses integrasi sosial, juga karena memburuknya ketimpangan-ketimpangan sosial;
- iii. mengendornya ikatan sosial dan keluarga;
- iv. keadaan-keadaan/ kondisi yang menyulitkan bagi orang-orang yang beremigrasi ke kota-kota atau ke negara-negara lain;
- v. rusaknya atau hancurnya identitas budaya asli, yang bersamaan dengan adanya rasisme dan diskriminasi menyebabkan kerugian/kelemahan di bidang social, kesejahteraan dan dalam lingkungan pekerjaan;
- vi. menurun atau mundurnya (kualitas) lingkungan perkotaan yang mendorong peningkatan kejahatan dan berkurangnya (tidak cukupnya) pelayanan bagi tempat-tempat fasilitas lingkungan/bertetangga;
- vii. kesulitan-kesulitan bagi orang-orang dalam masyarakat modern untuk berintegrasi sebagaimana mestinya di dalam lingkungan masyarakatnya, di lingkungan keluarga/ familinya, tempat pekerjaannya atau di lingkungan sekolahnya;
- viii. penyalahgunaan alkohol, obat-bius dan lain-lain yang pemakaiannya juga diperluas karena factor-faktor yang disebut di atas;
- ix. meluasnya aktivitas kejahatan yang terorganisasi, khususnya perdagangan obat-bius dan penadahan barang-barang curian;
- x. dorongan-dorongan ide dan sikap (khususnya oleh media massa) yang mengarah pada tindakan kekerasan, ketidaksamaaan (hak) atau sikap-sikap intoleransi.¹³⁷

¹³⁷ Lihat dalam Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana, Op.Cit.*, hal. 13-14.

Soemitro mengatakan terdapat tiga kelompok pendapat dalam hal penyebab kejahatan, yaitu:

- a. pendapat bahwa kriminalitas itu disebabkan karena pengaruh yang terdapat di luar diri pelaku.
- b. Pendapat bahwa kriminalitas merupakan akibat dari bakat jahat yang terdapat di dalam diri pelaku sendiri.
- c. Pendapat yang menggabungkan bahwa kriminalitas itu disebabkan baik karena pengaruh dari luar pelaku maupun karena sifat/bakat si pelaku.¹³⁸

Selanjutnya, Sudarto mengemukakan bahwa penggunaan hukum pidana merupakan penanggulangan sesuatu gejala (*kurieren am symptom*) dan bukan suatu penyelesaian dengan menghilangkan sebab-sebabnya.¹³⁹

Hukum pidana dalam melakukan tugasnya hanya menyentuh materi tentang tindak kejahatan apa yang terjadi dan bagaimana menanggulangnya, namun tidak mampu menyentuh kawasan yang berisikan jawaban atas pertanyaan mengapa tindak kejahatan tersebut terjadi.

Walaupun secara empiris operasionalisasi hukum pidana masih banyak menampakkan sisi negatif bukan berarti hukum pidana itu untuk selanjutnya tidak diperlukan lagi dalam upaya perlindungan masyarakat. Hal ini seperti kesimpulan Sudarto yang dinyatakan dalam Seminar Kriminologi ketiga, bahwa:

"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 perorangan (pembuat) dan masyarakat".¹⁴⁰

Roeslan Saleh juga mengemukakan alasan-alasan mengenai masih perlunya pidana dan hukum pidana, yaitu :

- a. 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; persoalannya bukan terletak pada hasil yang akan dicapai, tetapi dalam pertimbangan antara nilai dari hasil itu dan nilai dari batas-batas kebebasan pribadi masing-masing.

¹³⁸ Soemitro, *Pengantar Kriminologi*, UNS, Surakarta, 1994, hal. 26.

¹³⁹ Sudarto, *Hukum Pidana dan Perkembangan Masyarakat*, *Op.Cit.*, hal. 35.

¹⁴⁰ Lihat Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Teori-Teori dan Kebijakan Pidana*, *Op.Cit*, hal. 96.

- b. Ada usaha-usaha perbaikan atau perawatan yang tidak mempunyai arti sama sekali bagi si terhukum; dan disamping itu harus tetap ada suatu reaksi atas pelanggaran-pelanggaran norma yang telah dilakukannya itu dan tidaklah dapat dibiarkan begitu saja.
- c. Pengaruh pidana atau hukum pidana bukan semata-mata ditujukan pada si penjahat; tetapi juga untuk mempengaruhi orang yang tidak jahat yaitu warga masyarakat yang mentaati norma-norma masyarakat.¹⁴¹

Dengan demikian, penggunaan hukum pidana tetap merupakan suatu kebutuhan yang saat ini belum dapat dikesampingkan dalam upaya untuk memberikan perlindungan bagi masyarakat. Nigel Walker mengemukakan bahwa dalam menggunakan hukum pidana perlu adanya "prinsip-prinsip pembatas" (*the limiting principles*) yang harus diperhatikan, yaitu :

- a. janganlah hukum pidana digunakan semata-mata untuk tujuan pembalasan;
- b. jangan menggunakan hukum pidana untuk memidana perbuatan yang tidak merugikan/ membahayakan;
- c. jangan menggunakan hukum pidana untuk mencapai suatu tujuan yang dapat dicapai secara lebih efektif dengan sarana-sarana lain yang lebih ringan;
- d. jangan menggunakan hukum pidana apabila kerugian/ bahaya yang timbul dari pidana lebih besar daripada kerugian/ bahaya dari perbuatan/ tindak pidana itu sendiri;
- e. larangan-larangan hukum pidana jangan mengandung sifat lebih berbahaya daripada perbuatan yang akan dicegah;
- f. Hukum pidana jangan memuat larangan-larangan yang tidak mendapat dukungan kuat dari publik.¹⁴²

Senada dengan pendapat diatas, Herbert L. Packer juga mengingatkan, bahwa penggunaan sanksi pidana secara sembarangan/tidak pandang bulu/menyamaratakan (*indiscriminately*) dan digunakan secara paksa (*coercively*) akan menyebabkan sarana pidana itu menjadi suatu pengancam yang utama (*prime threatener*).¹⁴³

Dengan demikian, penggunaan hukum pidana masih tetap diperlukan sebagai sarana utama penanggulangan kejahatan, dengan catatan bahwa

¹⁴¹ Roeslan Saleh, *Mencari Azas-Azas Umum Yang Sesuai Untuk Hukum Pidana Nasional*, Kumpulan Bahan Upgrading Hukum Pidana, 1971, jilid 2, hal. 15-16.

¹⁴² Lihat Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, *Op.Cit*, hal. 48.

¹⁴³ *Ibid*, hal. 48.

penggunaannya harus memperhatikan aspek individu terpidana dan aspek kemasyarakatan.

2. Kritik-Kritik terhadap Pidana Penjara

Dalam praktek operasionalisasi hukum pidana terhadap perbuatan yang bersifat melawan hukum selama ini, salah satu sanksi pidana yang paling sering digunakan sebagai sarana untuk menanggulangnya ialah dengan pengenaan pidana perampasan kemerdekaan (penjara) yang bersifat kustodial. Akan tetapi dalam perkembangannya, banyak yang mempersoalkan kembali manfaat penggunaan pidana penjara ini sebagai salah satu sarana untuk menanggulangi masalah kejahatan.

Apabila ditinjau dari segi tujuan yang hendak dicapai dengan penerapan pidana perampasan kemerdekaan tersebut, Herman G. Moeller berpendapat bahwa terdapat hal-hal yang saling bertentangan dari segi filosofis, diantaranya :

- 1 Bahwa tujuan dari penjara, pertama adalah menjamin pengamanan narapidana, dan kedua adalah memberikan kesempatan-kesempatan kepada narapidana untuk direhabilitasi.
- 2 Bahwa hakekat dari fungsi penjara tersebut di atas seringkali mengakibatkan dehumanisasi pelaku tindak pidana dan pada akhirnya menimbulkan kerugian bagi narapidana yang terlalu lama di dalam lembaga, berupa ketidakmampuan narapidana tersebut untuk melanjutkan kehidupannya secara produktif di dalam masyarakat.¹⁴⁴

Sehubungan dengan hal di atas, Berners dan Teeters menyatakan :

“penjara telah tumbuh menjadi tempat pencemaran yang justru oleh penyokong-penyokong penjara dicoba untuk dihindari, sebab di tempat ini penjahat-penjahat kebetulan, pendatang baru di dunia kejahatan dirusak melalui pergaulannya dengan penjahat-penjahat kronis. Bahkan personil yang paling baikpun telah gagal untuk menghilangkan keburukan yang sangat besar dari penjara ini”.¹⁴⁵

Selanjutnya, R.M. Jackson mengemukakan bahwa orang tidak akan menjadi lebih baik ketika masuk bui atau penjara, akan tetapi justru akan menjadi lebih jahat setelah menjalaninya, terutama sebagaimana dikatakan

¹⁴⁴ Lihat Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Op.Cit*, hal. 78.

¹⁴⁵ *Ibid*, hal. 79-80.

olehnya, bahwa apabila pidana penjara ini dikenakan kepada anak-anak atau para remaja¹⁴⁶.

Senada dengan hal di atas, Ramsey Clark dalam tulisannya yang berjudul *"Prison; Factories of Crime"*¹⁴⁷ mengungkapkan bahwa rumah penjara merupakan perguruan tingginya kejahatan atau pabrik kejahatan. Diungkapkan bahwa rumah penjara merupakan perguruan tingginya kejahatan atau pabrik kejahatan.

Berkaitan dengan politik hukum pidana, A. Mulder mengemukakan pendapatnya sebagai berikut :

"Politik hukum pidana harus selalu memperhatikan masalah pembaharuan, juga dalam masalah perampasan kemerdekaan. Semakin sedikit orang dirampas kemerdekaannya semakin baik.....Pidana perampasan kemerdekaan mengandung suatu ciri khas, yaitu bahwa dia adalah sementara. Terpidana akhirnya tetap diantara kita".¹⁴⁸

Kritik terhadap pidana penjara yang dianggap merugikan individu dan masyarakat dikemukakan pula oleh Muladi yang mengatakan :

"masalah pidana, terdapat suatu masalah yang dewasa ini secara universal terus dicarikan pemecahannya. Masalah tersebut adalah adanya ketidakpuasan masyarakat terhadap pidana perampasan kemerdekaan, yang dalam pelbagai penelitian terbukti sangat merugikan baik terhadap individu yang dikenai pidana, maupun terhadap masyarakat".¹⁴⁹

Di samping kritik-kritik terhadap pidana penjara yang disampaikan oleh para ahli hukum pidana secara perseorangan tersebut, masyarakat internasional juga menyampaikan kritik terhadap pidana penjara melalui beberapa kongres internasional. Dalam Kongres PBB kelima tahun 1975 di Geneva mengenai *Prevention of Crime and the Treatment of Offenders*, antara lain dikemukakan, bahwa di banyak negara terdapat krisis kepercayaan terhadap efektivitas pidana

¹⁴⁶ R.M. Jackson dalam Barda Nawawi Arief, *Kebijakan Legislatif dalam Penanggulangan Kejahatan dengan Pidana Penjara*, Op. Cit., hal.

¹⁴⁷ *Ibid*, hal. 43-45.

¹⁴⁸ *Ibid*, hal. 56-57.

¹⁴⁹ Muladi, *Op.Cit*, hal. 5.

penjara dan ada kecenderungan untuk mengabaikan kemampuan lembaga-lembaga kepenjaraan dalam menunjang usaha pengendalian kejahatan.¹⁵⁰

Barda Nawawi Arief mengemukakan, bahwa kritik-kritik tajam terhadap pidana penjara memuncak sampai timbul gerakan untuk menghapuskan pidana penjara, yang tercermin dalam dua kali konferensi internasional mengenai hal tersebut, yaitu dalam *International Conference of Prison Abolition (ICOPA)* di Toronto, Canada pada bulan Mei 1983 dan di Amsterdam, Nederland pada bulan Juni 1985.¹⁵¹

Kemudian pada Konggres PBB ke-8 mengenai "*The Prevention of crime and the treatment of offenders*", yang diselenggarakan pada tanggal 27 Agustus 1990 sampai dengan tanggal 07 September 1990 telah menghasilkan sebuah resolusi 45/110 tertanggal 14 Desember 1990 tentang *UN Standard Minimum Rules for Non-custodial Measures-The Tokyo Rules*. Dalam draft resolusi tersebut diungkapkan beberapa latar belakang perlunya dibuat SMR ini, yaitu:

1. mengingat adanya UDHR (*Universal Declaration of Human Rights*), ICCPR (*International Covenant on Civil and Political Right*), dan instrumen internasional lainnya yang berkaitan dengan hak-hak asasi orang yang melanggar hukum;
2. mengingat adanya *Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners*;
3. mengingat resolusi 8 Konggres PBB ke-6 mengenai "*alternatives to imprisonment*";
4. mengingat resolusi 16 Konggres PBB ke-7 mengenai "*alternatives to imprisonment*";
5. perlunya mengembangkan strategi lokal, nasional, regional dan internasional di bidang pembinaan pelaku tindak pidana yang bersifat non-institusional;
6. alternatif pidana penjara dapat menjadi sarana efektif untuk pembinaan pelaku tindak pidana dan keuntungan bagi masyarakat;
7. pembatasan kemerdekaan hanya dapat dibenarkan dilihat dari sudut keamanan masyarakat (*public safety*), pencegahan kejahatan (*crime prevention*), pembalasan yang adil dan penangkalan (*just retribution and deterrence*), dan tujuan utama dari sistem peradilan pidana adalah reintegrasi pelaku tindak pidana ke dalam masyarakat (*reintegration of offender into society*);

¹⁵⁰ Lihat Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana, Op.Cit.*, hal 206.

¹⁵¹ *Ibid.*

8. meningkatnya populasi penjara dan semakin padatnya penjara merupakan faktor yang menimbulkan kesulitan untuk diterapkannya *Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners*;¹⁵²

Apabila memperhatikan angka 5 dan angka 6 pada latar belakang disusunnya SMR di atas, maka dapat disimpulkan perlunya alternatif pidana perampasan kemerdekaan yang bersifat *non-custodial* yang dapat menjadi sarana efektif untuk pembinaan pelaku tindak pidana dan memberikan keuntungan bagi masyarakat.

3. Ide Dasar Diwujudkannya Pidana Pengawasan

Upaya untuk mencegah dan menanggulangi kejahatan dengan memilih dan menggunakan sarana penal (hukum pidana) merupakan bagian dari kebijakan kriminal (*criminal policy*) dan dalam lingkup yang lebih luas merupakan bagian dari kebijakan sosial (*social policy*) yang terdiri dari kebijakan kesejahteraan masyarakat (*social welfare policy*) dan kebijakan perlindungan masyarakat (*social defence policy*).¹⁵³

Dengan demikian, apabila kebijakan penanggulangan kejahatan (politik kriminal) dilakukan dengan menggunakan sarana "penal" (hukum pidana), maka "kebijakan hukum pidana" (*penal policy*) khususnya pada tahap kebijakan yudikatif/aplikatif (penegakan hukum pidana *in concreto*) harus memperhatikan dan mengarah pada tercapainya tujuan dari kebijakan sosial itu, berupa "*social-welfare*" dan "*social-defence*".¹⁵⁴

Adapun pengertian *Penal Policy* (kebijakan hukum pidana) menurut Marc Ancel adalah:

"suatu ilmu sekaligus seni yang pada akhirnya mempunyai tujuan praktis untuk memungkinkan peraturan hukum positif dirumuskan secara lebih baik dan untuk memberi pedoman tidak hanya kepada pembuat undang-undang, tetapi juga

¹⁵² Barda Nawawi Arief, *Sari Kuliah Perbandingan Hukum Pidana*, Undip, Semarang, 2000, hal. 106.

¹⁵³ Barda Nawawi Arief, *Masalah Penegakan Hukum dan Kebijakan Penanggulangan Kejahatan*, PT.Citra Aditya Bakti, Bandung, 2001, hal. 73.

¹⁵⁴ *Ibid*, hal. 73.

kepada pengadilan yang menerapkan undang-undang dan juga kepada para penyelenggara atau pelaksana putusan pengadilan.¹⁵⁵

Sudarto dalam kesempatan lain mengatakan lebih lanjut bahwa melaksanakan politik hukum pidana berarti usaha mewujudkan peraturan perundang-undangan pidana yang sesuai dengan keadaan dan situasi pada waktu dan untuk masa-masa yang akan datang.¹⁵⁶

Dengan demikian, kebijakan hukum pidana merupakan suatu kebijakan yang memungkinkan suatu peraturan hukum positif (termasuk hukum pidana dan jenis pidananya) dapat dirumuskan secara lebih baik, terutama yang dapat menghasilkan ketentuan hukum pidana dan jenis pidana yang realistik, humanis, berpikiran maju (*progresif*) dan sehat.

Perumusan tersebut seharusnya mencakup pula mengenai hal-hal yang berkaitan dengan tujuan yang hendak dicapai oleh hukum pidana. Hal ini disebabkan, tanpa ditetapkan suatu tujuan, maka segala sesuatu termasuk hukum pidana dan pidana akan berjalan serampangan tanpa arah yang jelas (tidak rasional).

Menurut Barda Nawawi Arief pendekatan rasional dalam memilih dan menetapkan suatu jenis pidana mengandung makna, bahwa pidana yang dipilih itu harus berdasarkan pertimbangan-pertimbangan tertentu yang cukup beralasan.¹⁵⁷ Dengan kata lain pemilihan dan penetapan jenis pidana dilakukan dengan memperhatikan hal-hal yang merupakan alasan/dasar ditetapkannya jenis pidana tersebut agar dapat secara efektif dan benar-benar bermanfaat dalam upaya mencapai tujuan yang ditetapkan.

Dalam salah satu laporan Simposium Pembaharuan Hukum Pidana Nasional tahun 1980 dinyatakan:

¹⁵⁵ Marc Ancel, dalam Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, *Op.Cit.*, hal. 23.

¹⁵⁶ Sudarto, *Hukum Pidana dan Perkembangan Masyarakat*, *Op.Cit.*, 1983, hal. 93.

¹⁵⁷ Barda Nawawi Arief, *Kebijakan Legislatif dalam Penanggulangan Kejahatan dengan Sanksi Penjara*, *Op.Cit.*, hal. 80.

1. Sesuai dengan politik hukum pidana maka tujuan pemidanaan harus diarahkan kepada perlindungan masyarakat dari kejahatan serta keseimbangan dan keselarasan hidup dalam masyarakat dengan memperhatikan kepentingan-kepentingan masyarakat atau negara, korban dan pelaku.
2. Atas dasar tujuan tersebut maka pemidanaan harus mengandung unsur-unsur yang bersifat :
 - h. Kemanusiaan; dalam arti bahwa pemidanaan tersebut menjunjung tinggi harkat dan martabat seseorang;
 - i. Edukatif; dalam arti bahwa pemidanaan itu mampu membuat orang sadar sepenuhnya atas perbuatan yang dilakukan dan menyebabkan ia mempunyai sikap jiwa yang positif dan konstruktif bagi usaha penanggulangan kejahatan;
 - j. Keadilan; dalam arti bahwa pemidanaan tersebut dirasakan adil baik oleh terhukum maupun oleh korban ataupun oleh masyarakat.¹⁵⁸

¹⁵⁸ Laporan Simposium Pembaharuan Hukum Pidana Nasional, BPHN Departemen Kehakiman, 1980, hal. 6-7.

Kemudian, dalam Rancangan KUHP Nasional 2002 dirumuskan tentang tujuan pidana yang terdapat pada Pasal 50 (ctt. Kemudian dimasukkan dalam Pasal 54 Rancangan KUHP Nasional 2006). Berkaitan dengan tujuan pidana dalam Konsep ini, Barda Nawawi Arief mengemukakan :

“Bertolak dari pemikiran, bahwa pidana pada hakikatnya hanya merupakan alat untuk mencapai tujuan, maka Konsep pertama-tama merumuskan tentang tujuan pidana. dalam mengidentifikasi tujuan pidana, Konsep bertitik tolak dari keseimbangan 2 (dua) sasaran pokok, yaitu “perlindungan masyarakat” dan “perlindungan/pembinaan individu pelaku tindak pidana”.

Prof. Sudarto mengemukakan :

“Dalam tujuan pertama tersimpul pandangan perlindungan masyarakat (social defence), sedang dalam tujuan kedua dikandung maksud rehabilitasi dan resosialisasi terpidana. Tujuan ketiga sesuai dengan pandangan hukum adat mengenai “adat reactie”, sedangkan tujuan yang keempat bersifat spiritual yang sesuai dengan sila pertama Pancasila”.¹⁵⁹

Dengan demikian, terdapat dua sisi/sasaran/aspek pokok dalam tujuan pidana sebagai kepentingan yang hendak dilindungi secara berimbang yaitu kepentingan masyarakat dan kepentingan individu pelaku. Hal demikian ini mencerminkan perwujudan dari asas monodualistis sekaligus individualisasi pidana guna mengakomodasi tuntutan tujuan pidana yang sedang berkembang dewasa ini.

¹⁵⁹ Sudarto, *Pemidanaan Pidana dan Tindakan*, BPHN, Jakarta, 1982, hal. 4.

Oleh karena itu, ide dasar diwujudkan pidana pengawasan sebagai alternatif jenis pidana perampasan kemerdekaan (penjara) dalam hukum pidana di Indonesia seharusnya selaras dengan kedua aspek dari tujuan pemidanaan tersebut.

Muladi mengemukakan bahwa dalam pidana pengawasan, pelaku tindak pidana dengan kriteria tertentu (perbuatan dan keadaannya) diputuskan untuk dikembalikan pada masyarakat dengan pengawasan, bantuan, dukungan dan bimbingan dari pejabat pengawas untuk menjadi manusia yang baik dan berguna bagi masyarakatnya. Dalam hal ini, terdapat upaya guna menghindarkan/melindungi pelaku tindak pidana tersebut dari kemungkinan pengaruh buruk yang bisa terjadi bila ditempatkan di dalam penjara.¹⁶⁰

Di samping hal tersebut di atas, pelaku tindak pidana yang dikenai pidana pengawasan tetap diberi kesempatan untuk menjalani hidup dan kehidupannya secara normal baik sebagai pribadi, anggota keluarga, anggota masyarakat dan warga negara dengan tetap berpijak pada konsistensi untuk melaksanakan persyaratan yang telah ditentukan oleh pihak pengadilan.

¹⁶⁰ Muladi, *Op.Cit.*, 155.

Selanjutnya Barda Nawawi Arief mengemukakan bahwa penerapan pidana pengawasan dilakukan dengan adanya penundaan penjatuhan pidana. Jadi dalam penerapan pidana pengawasan tidak terjadi *final sentence*.¹⁶¹ Dengan ketentuan demikian dapat diasumsikan bahwa terhadap pelaku tindak pidana dapat secara dini tercegah dari dampak *stigmatisasi* sebagai orang jahat yang sedikit banyak dapat mempengaruhinya dalam melangsungkan kehidupannya di masyarakat.

Muladi mengemukakan bahwa bentuk alternatif pidana perampasan kemerdekaan berupa pidana pengawasan (*probation*) mempunyai keuntungan-keuntungan apabila dilihat dari segi orang yang dikenai, yaitu :

- d. Akan memberikan kesempatan kepada terpidana untuk memperbaiki dirinya di masyarakat, sepanjang kesejahteraan terpidana dalam hal ini dipertimbangkan sebagai hal yang lebih utama dari pada risiko yang mungkin diderita oleh masyarakat, seandainya si terpidana dilepas di masyarakat. Dalam rangka pemberian kesempatan ini, persyaratan yang paling utama adalah kesehatan mental dari terpidana.
- e. Memungkinkan terpidana untuk melanjutkan kebiasaan-kebiasaan hidupnya sehari-hari sebagai manusia, yang sesuai dengan nilai-nilai yang ada dalam masyarakat.
- f. Akan mencegah terjadinya stigma yang diakibatkan oleh pidana perampasan kemerdekaan.¹⁶²

Berdasarkan uraian di atas, maka dapat disimpulkan bahwa dalam pidana pengawasan tercakup perlindungan bagi individu atau pelaku tindak pidana.

Kemudian dalam hal adanya aspek perlindungan masyarakat dalam pidana pengawasan, Howard Jones berpendapat:

"It (Probation) is not a "let-of" then, because the probationer must either make good or suffer punishment later. In fact, the duty of reporting to a probation officer and accounting for one's behaviour to him over a long period is much more onerous than some formal punishments such as a fine, especially if, as is often the case, additional duties and restrictions are also imposed under the

¹⁶¹ Lihat dalam Barda Nawawi Arief, *Sari Kuliah Perbandingan Hukum Pidana, Op.Cit*, hal. 69.

¹⁶² Muladi, *Jenis-Jenis Pidana Pokok dalam KUHP Baru*, Majalah BHN No. 2, Jakarta, 1989, hal. 18.

terms of the probation order. Whatever the theory, the probationer must often feel that to be placed on probation is itself a punishment".¹⁶³

Jadi jenis pidana pengawasan semacam *probation* di atas bukanlah merupakan tindakan pembebasan seutuhnya terhadap si pelaku. Oleh karena pada kenyataannya, jenis pidana pengawasan berupa *probation* ini terdapat di dalamnya kewajiban-kewajiban (syarat-syarat) yang justru akan dirasakan lebih berat dari pada jenis pidana yang telah diatur secara formal seperti pidana denda.

Kebebasan pelaku tindak pidana yang dikenai pengawasan ini tidak diberikan secara utuh, namun dibatasi oleh adanya syarat-syarat yang menyertainya dan harus dilaksanakannya. Dengan konsekuensi apabila si pelaku tersebut tidak memenuhi/melanggar syarat-syarat yang telah disepakati/ditentukan maka yang bersangkutan akan dikenakan persyaratan yang lebih berat, atau bahkan apabila si pelaku pada akhirnya tetap tidak mau bekerjasama, dia dapat dikenakan pidana yang lebih berat dengan merampas kemerdekaan / kebebasannya itu dengan memasukkannya ke dalam penjara.

Kesimpulannya bagaimanapun juga jenis pidana pengawasan semacam *probation* ini senantiasa akan dirasakan oleh si pelaku sebagai hukuman baginya.

Dengan demikian secara teoritis, penerapan pidana pengawasan ini berpotensi terhadap pencapaian tujuan pencegahan terjadinya tindak pidana baik prevensi khusus maupun prevensi umum. Hal ini disebabkan, dengan adanya persyaratan beserta pemberatannya (kebebasan tidak penuh) sampai pada ancaman perampasan kebebasan yang telah diberikan dalam pidana pengawasan, maka pelaku tindak pidana yang dikenai pidana pengawasan

¹⁶³ Howard Jones, *Op.Cit.*, hal. 254.

diharapkan akan berpikir ulang untuk tidak melakukan tindakan-tindakan yang akan merugikan masyarakat lagi.

Keadaan ini juga dapat mempengaruhi warga masyarakat lainnya yang berpotensi melakukan suatu tindak pidana untuk menjauhkan diri dari melakukan tindak pidana. Dengan demikian ada dampak positif bagi perlindungan kepentingan masyarakat dari penerapan pidana pengawasan ini.

Dalam hal, keuntungan yang diperoleh oleh masyarakat dengan adanya pidana pengawasan, Muladi berpendapat :

- a. Di dalam menentukan apakah harus dijatuhkan pidana pengawasan atau pidana perampasan kemerdekaan, maka salah satu pertimbangan utama adalah sampai seberapa jauhkah unsur-unsur pokok kehidupan masyarakat memperoleh manfaat dari pemberian pidana pengawasan tersebut. Hal ini dapat diamati dari keikutsertaan terpidana di dalam pekerjaan-pekerjaan yang secara ekonomis menguntungkan kehidupan masyarakat. Demikian pula keikutsertaan terpidana di dalam kehidupan keluarga merupakan sesuatu yang sangat bernilai dari sudut masyarakat.
- b. Secara finansial maka pidana dengan syarat (*probation*) yang merupakan pembinaan di luar lembaga akan lebih murah dibandingkan dengan pembinaan di dalam lembaga.¹⁶⁴

Dalam salah satu situs internet disebutkan mengenai tujuan dari pidana pengawasan (*probation*) ini, yaitu untuk merehabilitasi pelaku, melindungi masyarakat dan mencegah pelaku melakukan tindak pidana lebih lanjut. (*The purpose of the order (probation) is to rehabilitate the offender, protect the public and prevent the offender committing further offences*).¹⁶⁵

Dengan demikian, diadakannya alternatif pidana perampasan kemerdekaan berupa jenis pidana pengawasan (*probation*) tidak hanya demi kepentingan si pelaku tindak pidana, namun juga demi kepentingan masyarakat. Hal ini disebabkan dalam pidana pengawasan memang tercakup aspek

¹⁶⁴ Muladi, *Jenis-Jenis Pidana Pokok dalam KUHP Baru*.

¹⁶⁵ [Http//www.Goeggle.Probation.com](http://www.Goeggle.Probation.com), *Sentencing Alternatives: From Incarceration to Diversion*, 2002, hal. 18.

perlindungan masyarakat dan aspek perlindungan pelaku pidana (individualisasi pidana).

Berdasarkan uraian di atas, maka dapat disimpulkan bahwa ide dasar diadakannya pidana pengawasan adalah untuk menggantikan pidana perampasan kemerdekaan/penjara dan untuk melindungi kepentingan individu terpidana dan kepentingan masyarakat yang menjadi arah tujuan pembedaan modern.

B. Kebijakan Formulasi Pidana Pengawasan dalam Sistem Pemidanaan di Indonesia sebagai suatu Upaya Pembaharuan Hukum Pidana

Dalam KUHP Indonesia yang berlaku sekarang, sebetulnya sudah ada sarana alternatif pidana penjara yang bersifat non-custodial yaitu dengan adanya pidana bersyarat yang diatur dalam Pasal 14 a-f.

Dalam ketentuan Pasal 14 a KUHP secara garis besar menyebutkan, bahwa terhadap terdakwa yang akan dijatuhi pidana penjara kurang dari 1 (satu) tahun, kurungan bukan pengganti denda dan denda yang tidak dapat dibayar oleh terpidana dapat diganti dengan pidana bersyarat. Dengan demikian terhadap pelaku tindak pidana/terdakwa telah ada penjatuhan pidana secara pasti, yang pelaksanaannya ditunda dengan bersyarat, sehingga telah terjadi proses *stigmatisasi* terhadap pelaku tindak pidana melalui keputusan hakim yang disampaikan dalam sidang yang terbuka untuk umum.

Stigmatisasi tersebut dapat mendorong pelaku menjadi pesimis dalam menjalani masa depan kehidupannya karena merasa hina dan terkucil dari lingkungan masyarakat, sehingga merasa frustrasi dan pada tahap selanjutnya akan berpotensi untuk melakukan pengulangan tindak pidana lagi.¹⁶⁶

¹⁶⁶ *Ibid.*

Dengan demikian, pidana bersyarat sebagai alternatif pidana perampasan kemerdekaan dalam KUHP yang berlaku sekarang masih kurang memberikan perlindungan terhadap individu / pelaku tindak pidana.

Di samping itu, dalam KUHP yang berlaku sekarang, pidana bersyarat ini bukan merupakan suatu pidana pokok dan hanya merupakan cara pelaksanaan pidana, sehingga hal ini tidak memberikan dasar yang mantap bagi hakim dalam menerapkannya. Hal tersebut seperti dikatakan oleh Barda Nawawi Arief bahwa ketentuan yang mengatur tentang pidana bersyarat selama ini kurang dapat mengatasi sifat kaku dari sistem perumusan pidana penjara secara imperatif, karena pidana bersyarat hanya merupakan cara menjalankan pidana (*strafmodus*) dan tidak mengenai pemilihan jenis pidana (*strafsoort*)".¹⁶⁷

Dengan demikian, pengaturan tentang pidana bersyarat dalam KUHP yang berlaku sekarang belum dapat digunakan secara lebih efektif sebagai sarana alternatif penerapan pidana penjara, khususnya pidana penjara waktu pendek.

Oleh karena itu, untuk menentukan formulasi alternatif pidana perampasan kemerdekaan dalam KUHP Nasional di masa yang akan datang, diperlukan sarana alternatif pidana perampasan kemerdekaan yang lain, seperti pidana pengawasan (*probation*) yang telah banyak dikembangkan di negara-negara lain. Pengaturan pidana pengawasan di negara lain tersebut dapat dijadikan sebagai perbandingan atau acuan dalam menentukan pengaturan pidana pengawasan dalam KUHP Nasional

¹⁶⁷Barda Nawawi Arief, *Kebijakan Legislatif dalam Penanggulangan Kejahatan dengan Pidana Penjara*, *Op.Cit.*, hal. 202.

di masa yang akan datang disesuaikan dengan kondisi dari sistem pemidanaan di Indonesia sendiri.

Perbandingan hukum pidana dengan negara lain diperlukan untuk dapat mengkritisi sistem hukum sendiri menuju sistem hukum nasional yang dapat mengakomodasi kepentingan rakyat Indonesia.

1. Kebijakan Formulasi Pidana Pengawasan di Berbagai Negara .

a. Sistem Inggris-Amerika

Dalam sistem pemidanaan di Inggris jenis pidana pengawasan ini diatur dalam dua fase. Fase pertama terhadap si pelaku tindak pidana *tidak dijatuhkan pidana* dengan ditentukan masa percobaan yang dalam prakteknya dilakukan pengawasan oleh pejabat pengawas dalam rangka pembinaan. Fase kedua bila dalam masa percobaan melakukan pelanggaran terhadap syarat-syarat yang telah ditentukan/tindak pidana maka si pelaku akan *dihadapkan ke depan persidangan dan ditentukan pidananya* . Jadi dalam sistem Inggris-Amerika terdapat suatu *penundaan penjatuhan pidana*.

Dalam sistem Inggris ini terhadap si pelaku tetap dinyatakan bersalah telah melakukan perbuatan yang dilarang, akan tetapi pada tahap pertama hakim belum menjatuhkan keputusan jenis pidana secara pasti.

Di sini terdapat efek penghindaran akan adanya stigma atau kesan/cap sebagai pelaku kejahatan yang dapat mempengaruhi si pelaku secara negatif dari masyarakat. Hal demikian cenderung memberikan efek perlindungan bagi si pelaku, khususnya agar dapat

menjalani kehidupannya kembali secara normal tanpa dikucilkan dari lingkungan masyarakat.

b. Sistem Perancis-Belgia

penerapan *probation* ini oleh hakim langsung *ditentukan jenis pidanya secara pasti akan tetapi ditunda pelaksanaannya* dengan ditentukan suatu syarat. Terpidana selama dalam melaksanakan pidana tersebut tidak ditentukan syarat-syarat yang khusus maupun pengawasan khusus. Jadi dalam sistem Belgia-Perancis yang dijadikan satu-satunya tujuan dalam melaksanakan *probation* ini adalah untuk menghindarkan terpidana dari penjatuhan pidana-pidana penjara yang pendek waktunya. Sedangkan menurut stelsel Belgia-Perancis yang menjadi satu-satunya syarat yang dapat diadakan adalah terpidana selama dalam masa percobaan yang ditentukan tidak melakukan perbuatan pidana lagi.* ¹⁶⁸

Dalam sistem Belgia-Perancis terhadap si pelaku dilakukan persidangan dan kemudian dijatuhkan jenis pidananya secara pasti. Di sini dapat berpotensi untuk terbentuknya eksese bagi si pelaku berupa adanya stigma/kesan dari masyarakat bahwa dia merupakan orang jahat (dicap jahat sebagai pelaku kejahatan) dengan dijatuhkan pidananya secara pasti tersebut Hal ini sebagaimana dikatakan oleh Howard Becker, bahwa perilaku menyimpang bukanlah suatu kualitas tindakan yang dilakukan, melainkan akibat penerapan cap/label tertentu terhadap perilaku tersebut.¹⁶⁸ Dan keadaan ini dikatakan juga oleh Harold Garfinkel sebagai akibat dari

¹⁶⁸ Howard Becker, *Out Siders: Studies in The Sociology of Deviance*, New York The Free Press, 1963, hal. 9.

penjatuhan pidana dalam persidangan di pengadilan yang merupakan sebuah acara untuk menjatuhkan/menurunkan tingkat status/kedudukan seseorang (*the criminal trial is a status degradation ceremony*).¹⁶⁹ Dan tentunya hal demikian akan berdampak kurang produktif bagi pribadi si pelaku secara psikologis ke depan yang cenderung kembali pada sikap-sikap anti sosial. Dengan demikian maksud prefensi khusus maupun prevensi general tidak terakomodasi secara memadai terutama bila dipandang dari sisi penjatuhan pidana.

c. Portugal

KUHP baru 1982 Portugal memperkenalkan jenis pidana pengawasan yang disebut "*prova*" yang meniru model "*probation*" di Anglo-Saxon.

Syarat-syarat untuk pidana pengawasan dalam KUHP Portugal ini adalah bahwa putusan pemidanaan ditunda. Dengan demikian, tidak ada *final sentence*. Untuk dibuatnya perintah pengawasan (*probation order*), cukup bahwa hakim yakin akan kesalahan terdakwa dan delik yang dilakukan tidak dapat dipidana lebih dari 3 tahun penjara. Orang yang diberi probation menjadi sasaran rencana rehabilitasi di bawah pengawasan dan bimbingan pekerja sosial yang terlatih untuk masa 1 – 3 tahun. 169 a

¹⁶⁹ Harold Garfinkel, *Conditions of Successful Degradations Ceremonies*, 61 Am. J. Sociology 420 (1956), hal. 61.

169 a. Barda Nawawi Arif, *Beberapa masalah Perbandingan Hukum pidana*, Tahun 2003, Hal.72-73.

Kemudian pada Pasal 54 KUHP Portugal, ditentukan beberapa larangan bagi mereka yang terkena “probation”, yaitu larangan untuk :^{169 a}

- 1) Melakukan pekerjaan/profesi tertentu;**
- 2) Berada di tempat-tempat tertentu;**
- 3) Bertempat tinggal di tempat tertentu atau dalam wilayah tertentu;**
- 4) Melakukan kontak dengan orang-orang tertentu;**
- 5) Bergabung dengan masyarakat tertentu atau menghadiri pertemuan-pertemuan khusus;**
- 6) Memiliki barang-batang untuk tujuan melakukan tindak pidana lain.**

Syarat lain yang disebut dalam KUHP Portugal adalah :

- 1) Kewajiban menentukan orang yang membayar jaminan untuknya;**
- 2) Kewajiban melapor secara periodik kepada pejabat pengawas dan menerima perawatan wajib di dalam rumah sakit jiwa, klinik rehabilitasi alkohol/obat-obatan atau lembaga terapi lainnya.^{169 b}**

Selain syarat tersebut di atas, hakim dapat menentukan orang yang membayar jaminan untuknya.

2. Kebijakan Formulasi Pidana Pengawasan dalam Sistem Pidanaan Konsep KUHP Nasional di Masa Depan Sebagai upaya Pembaharuan Hukum pidana

Dalam Konsep KUHP Nasional tahun 2000 (terakhir 2006 yang merupakan rancangan KUHP Nasional di masa depan, jenis pidana pengawasan ini sudah diatur dan ditempatkan sebagai salah satu pidana pokok (Pasal 60 konsep 2000 yang kemudian masuk dalam Pasal 65 konsep 2006). Pengaturan tentang pidana pengawasan ini tercantum dalam Pasal

72, Pasal 73 dan Pasal 74 konsep 2000 (Pasal 77,78,79 konsep 2006).

Perumusan dari ketiga pasal tersebut adalah sebagai berikut :

Pasal 72 konsep 2000 (Pasal 77 konsep 2006)

Terdakwa yang melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara paling lama 7 (tujuh) tahun, dapat dijatuhi pidana pengawasan.

Pasal 73 konsep 2000 (Pasal 78 konsep 2006)

- (4) Pidana pengawasan dapat dijatuhkan kepada terdakwa mengingat keadaan pribadi dan perbuatannya,
- (5) Pidana pengawasan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dijatuhkan untuk waktu paling lama 3 (tiga) tahun,
- (6) Dalam penjatuhan pidana pengawasan dapat ditetapkan syarat-syarat :
 - d. Terpidana tidak akan melakukan tindak pidana; dan
 - e. Terpidana dalam waktu tertentu yang lebih pendek dari masa pidana pengawasan, harus mengganti seluruh atau sebagian kerugian yang timbul oleh tindak pidana yang dilakukan; atau
 - f. Terpidana harus melakukan perbuatan atau tidak melakukan perbuatan tertentu, tanpa mengurangi kemerdekaan beragama dan kemerdekaan berpolitik.
- (8) Pengawasan dilakukan oleh Balai Pemasyarakatan Direktorat Jenderal Pemasyarakatan Departemen Hukum dan Perundang-undangan.
- (9) Jika selama dalam pengawasan terpidana menunjukkan kelakuan yang baik, maka Balai Pemasyarakatan Direktorat Jenderal Pemasyarakatan Departemen Hukum dan Perundang-undangan dapat mengusulkan kepada hakim pengawas untuk memperpendek masa pengawasannya.
- (10) Jika selama dalam pengawasan, terpidana menunjukkan kelakuan yang baik, maka Balai Pemasyarakatan Direktorat Jenderal Pemasyarakatan Departemen Hukum dan Perundang-undangan dapat mengusulkan kepada hakim pengawas untuk memperpendek masa pengawasannya.
- (11) Hakim pengawas dapat mengubah penetapan jangka waktu pengawasan setelah mendengar para pihak.

Pasal 74 konsep 2000 (Pasal 79 konsep 2006)

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

Ketentuan pidana pengawasan yang dirumuskan dalam Konsep

KUHP 2000 Pasal 72 (yang kemudian masuk dalam pasal 77 konsep

2006) tersebut menyebutkan, bahwa terdakwa yang melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara paling lama 7 (tujuh) tahun, dapat dijatuhi pidana pengawasan.

Perumusan demikian secara umum menunjukkan bahwa hanya terhadap pelaku *tindak pidana yang diancam pidana penjara maksimal 7 (tujuh) tahun* hakim dapat menggantikannya dengan menerapkan pidana pengawasan. Di sini pihak pembuat undang-undang hendak memberikan ukuran obyektif, bahwa tindak pidana yang dapat dikenai pidana pengawasan merupakan tindak pidana yang tidak berat.

Dalam ketentuan Pasal 72 Konsep 2000 (yang kemudian masuk dalam Pasal 77 Konsep 2006) di atas belum terjadi penjatuhan pidana penjara secara pasti (*final sentence*) oleh hakim terhadap pelaku tindak pidana, karena baru pada tingkatan ancaman. Jadi yang menentukan pelaku tindak pidana dapat dijatuhi pidana pengawasan adalah *pidana penjara yang diancamkan*, dan *bukan pidana penjara yang dijatuhkan*. Dengan demikian dalam perumusan pidana pengawasan ini terdapat suatu penundaan penjatuhan pidana penjara, yang selama ini seringkali memberikan pengaruh buruk bagi pelaku tindak pidana termasuk adanya stigma sebagai penjahat/pelaku kejahatan/pelaku tindak pidana dari masyarakat. Dengan penundaan penjatuhan pidana penjara melalui penerapan pidana pengawasan ini diharapkan efek stigmatisasi dari penjatuhan pidana dalam suatu proses peradilan pidana dapat diminimalisasikan

Dalam Pasal 73 Konsep KUHP 2000 (yang kemudian masuk dalam pasal 78 konsep 2006) perihal jangka waktu pengawasan ini ditentukan, bahwa maksimal pengawasan ditentukan 3 (tiga) tahun (ayat 2). Dalam keadaan tertentu jangka waktu ini dapat diperpanjang sampai maksimal 2 (dua) kali sisa waktu pengawasan yang belum dijalani (ayat 5) atau diperpendek dari jangka waktu sebelumnya (ayat 6).

Sebagaimana telah dipaparkan dalam sub bab di muka, bahwa arah perkembangan tujuan pidana telah mengalami pergeseran dari diadakannya pidana sebagai suatu “pembalasan” murni terhadap pelaku tindak pidana, sampai terakhir menuju ke arah perlindungan individu pelaku tindak pidana.

Hal tersebut telah terakomodasi dalam Konsep Rancangan KUHP tahun 2000 (ctt. yang kemudian dimasukkan dalam rancangan KUHP Nasional tahun 2006), yang di dalamnya terkandung tujuan perlindungan individu pelaku dan perlindungan masyarakat menuju pada terwujudnya tujuan akhir berupa kesejahteraan seluruh masyarakat. Kembali apa yang dikatakan oleh Barda Nawawi Arief tentang hal ini, sebagai berikut:

“....., maka tujuan pidana mengandung dua aspek pokok, yaitu :

- a. aspek perlindungan masyarakat terhadap tindak pidana, dan
 - b. aspek perlindungan terhadap individu atau pelaku tindak pidana.
- Aspek pokok yang pertama meliputi tujuan-tujuan:
- a. mencegah, mengurangi atau mengendalikan tindak pidana;
 - b. memulihkan keseimbangan masyarakat yang perwujudannya sering dikemukakan dalam berbagai ungkapan, antara lain; menyelesaikan konflik, mendatangkan rasa aman, memperbaiki kerugian atau kerusakan yang timbul, menghilangkan noda-noda yang ditimbulkan, memperkuat kembali nilai-nilai hidup dalam masyarakat.

Aspek pokok yang kedua bertujuan memperbaiki si pelaku yang sering dikemukakan dalam berbagai ungkapan seperti; melakukan rehabilitasi dan memasyarakatkan kembali si pelaku, membebaskan si pelaku, mempengaruhi tingkah laku si pelaku untuk tertib atau patuh pada hukum, melindungi si pelaku dari pengenaan sanksi atau pembalasan yang sewenang-wenang di luar hukum. Aspek pokok yang kedua ini dapat pula disebut aspek individualisasi pidana".¹⁷⁰

Dengan demikian, formulasi pidana pengawasan seharusnya disusun dengan memperhatikan perlindungan terhadap kedua aspek tersebut sehingga dapat mendukung terwujudnya tujuan pemidanaan berupa perlindungan individu pelaku tindak pidana dan masyarakat menuju pada tujuan akhir tercapainya kesejahteraan seluruh masyarakat.

Upaya perlindungan individu pelaku disini berkaitan dengan upaya rehabilitasi, reedukasi, resosialisasi dan pembebasan rasa bersalah pada diri pelaku sehingga dapat kembali menjadi pribadi yang baik dan berguna bagi masyarakat. Sedangkan upaya perlindungan masyarakat dikaitkan dengan tujuan pengayoman dan mendatangkan rasa damai bagi masyarakat/korban tindak pidana.

Howard Jones mengemukakan karakteristik pidana pengawasan ini dalam bukunya "Crime and The Penal System", yaitu :

".....Before one can speak of probation in the modern sense, all of the following conditions must be present:

- (1) No punishment is imposed initially;***
- (2) The offenders is given a fixed period to redeem himself;***
- (3) During this period he is placed under the supervision of a probation officer (a) in order to keep the court informed of his progress, (b) to help him to make the best of the opportunity given to him;***
- (4) If he makes good, the original crime is considered to have been purged, but if he fails to do so, he may be brought back into court***

¹⁷⁰ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana, Op.Cit*, hal. 93-94.

*and sentenced for this, as well as for any other crime he may have committed since.*¹⁷¹

Jadi dapat dikatakan di sini bahwa jenis pidana pengawasan di dalamnya terkandung karakteristik sebagai berikut:

- a. Pada awalnya terhadap pelaku tidak/belum dikenai suatu hukuman yang dikaitkan dengan perampasan kemerdekaan. Pelaku tetap diperkenankan untuk menikmati kebebasannya menjalani kehidupannya secara normal di tengah-tengah masyarakat.
- b. Terhadap pelaku ditetapkan suatu jangka waktu tertentu untuk memperbaiki dirinya.
- c. Selama jangka waktu (sebagai masa percobaan) pelaku ditempatkan di bawah pengawasan pejabat pengawas dalam rangka melaporkan secara kontinyu perkembangan dan membantu si pelaku dalam menggunakan kesempatan/kebebasan yang diberikan padanya ini dengan sebaik-baiknya.
- d. Jika pelaku dalam masa percobaan tersebut dapat berkelakuan baik maka kejahatan yang telah dilakukannya dipertimbangkan untuk diberikan pengampunan. Akan tetapi bila pelaku gagal si pelaku kemungkinan akan dihadapkan kembali ke depan persidangan dan dijatuhi pidana atas kejahatan tersebut, begitu pula bila jika melakukan bentuk kejahatan lainnya.

Dengan demikian, formulasi pidana pengawasan dalam KUHP Nasional di masa depan, dapat dilakukan dengan memperhatikan 4 karakteristik tersebut.

¹⁷¹ Howard Jones, *Crime and The Penal System, Op.Cit.*, hal. 254.

a. Pelaku tindak pidana sebelumnya tidak dikenakan kewajiban untuk menjalani hukumannya (umumnya dikaitkan dengan pidana penjara)

Apabila memperhatikan kedua sistem penerapan jenis pidana pengawasan dalam Sistem Inggris-Amerika dan Sistem Perancis-Belgia di atas, maka apabila dihubungkan dengan maksud perlindungan individu pelaku tindak pidana maupun untuk perlindungan kepentingan masyarakat dalam jangka panjang, tampak bahwa pilihan penerapan jenis pidana pengawasan yang tidak meninggalkan *stigmatisasi* adalah yang paling tepat untuk diformulasikan sebagaimana diatur dalam sistem Amerika-Inggris, dimana dalam penerapannya terdapat penundaan penjatuhan pidana, dengan adanya ketentuan pidana yang diancamkan dan bukan pidana yang dijatuhkan. Upaya tersebut dapat dilakukan dengan 2 tahap, yaitu :

- 1) *Tahap pertama*, pelaku tindak pidana hanya cukup dinyatakan bersalah atas perbuatan yang telah dilakukan dan tidak langsung direspon dengan penjatuhan jenis pidana secara pasti. Terhadap pelaku yang dikenai pidana pengawasan ini dilakukan pengawasan dan pembinaan terhadapnya untuk tetap menjalani kehidupannya secara normal di tengah-tengah masyarakat.
- 2) *Tahap kedua*, apabila dalam pelaksanaannya pelaku yang dikenai pengawasan ini tetap tidak mau bekerjasama, terhadapnya dapat dibebankan persyaratan yang lebih berat dengan memperpanjang masa pengawasannya atau diajukan ke pengadilan untuk ditetapkan pidana yang lebih berat.

Berkaitan dengan karakteristik pertama, Muladi mengatakan bahwa tampaknya penundaan penjatuhan pidana merupakan yang terbaik karena dalam hal ini stigma sosial yang diakibatkan dapat dikurangi seminimal mungkin.¹⁷²

Hal tersebut berbeda halnya dengan yang diatur dalam Pasal 14 a KUHP tentang pidana tertunda bersyarat (*suspended sentence*). Pasal ini menentukan bahwa pidana bersyarat dapat diterapkan terhadap pelaku *tindak pidana yang akan dijatuhi pidana penjara maksimal 1 (satu) tahun, disamping pidana kurungan bukan kurungan pengganti dan denda yang hakim berkeyakinan terpidana berat untuk membayarnya*. Disini terhadap pelaku tindak pidana telah dijatuhi pidana (terutama pidana penjara) secara pasti, yang ditunda pelaksanaannya dengan syarat. Pelaku tindak pidana disini berstatus sebagai terpidana penjara dengan ditetapkan pidananya secara pasti oleh hakim dalam proses peradilan pidana. Dengan keadaan ini pelaku tindak pidana tersebut secara nyata telah terjadi proses stigmatisasi melalui keputusan hakim yang disampaikan / diputuskan dalam sidang terbuka.

Sebagai suatu proses, terlepas dari faktor-faktor non-yuridis dalam pembinaan pelaku tindak pidana selama pengawasan berlangsung tidak selalu dapat diharapkan ditaatinya syarat-syarat yang telah ditentukan oleh pelaku tindak pidana yang dikenainya. Mengantisipasi keadaan ini dan untuk memberi kesan pidana pengawasan ini merupakan salah satu bentuk sanksi pidana/penghukuman atau memberi bobot lebih berat, perlu kiranya

¹⁷² Muladi, *Lembaga Pidana Bersyarat, Op.Cit*, Hal. 157.

pidana pengawasan ini dirumuskan secara dua fase/tahap.

Disamping dirumuskan tentang adanya penundaan penjatuhan pidana sebagai tahap/fase pertama, perlu dilapisi juga adanya penundaan pelaksanaan pidana yang telah ditentukan secara pasti oleh hakim. Dengan perumusan demikian memungkinkan bagi hakim untuk memberikan stimulan terhadap pelaku untuk lebih serius melaksanakan syarat-syarat yang telah ditentukan dengan tetap berpijak pada motif dari filsafat pembinaan.

Untuk itu perlu kiranya ada perumusan secara alternatif atau dirumuskan secara dua fase, dimana pada tahap awal terhadap pelaku cukup dinyatakan bersalah saja dan tidak langsung direspon dengan penjatuhan pidana secara pasti. Dan apabila dalam pelaksanaannya pelaku yang dikenai pengawasan ini tetap tidak mau bekerjasama, terhadapnya dapat dibebankan persyaratan yang lebih berat dengan memperpanjang masa pengawasannya atau diajukan ke pengadilan untuk ditetapkan pidana yang lebih berat.

b. Adanya jangka waktu tertentu yang diberikan pada si pelaku guna memperbaiki dirinya secara normal di tengah-tengah kehidupan masyarakat.

Penentuan jangka waktu pengawasan harus disusun secara efektif dan efisien dalam upaya pencapaian tujuan pemidanaan baik perlindungan/rehabilitasi pelaku maupun perlindungan kepentingan masyarakat. Hal tersebut disebabkan penentuan jangka waktu tersebut jangan sampai dirasakan oleh terpidana sebagai sesuatu

yang berat sehingga si terpidana tersebut lebih memilih untuk dipidana penjara dalam waktu pendek.

Dalam *Memorie van Toelichting* juga diungkapkan bahwa saat ini, secara umum, pidana badan singkat dipandang dalam kebanyakan kasus sebagai sarana yang kurang (tidak) cocok dengan pencapaian tujuan pemidanaan.¹⁷³ Dan dengan membandingkan antara pidana penjara waktu lama dengan pidana penjara waktu pendek/ singkat, dikatakankan secara umum oleh Schaffmeister bahwa pidana badan singkat memiliki semua kelemahan pidana penjara biasa, tetapi tidak memiliki satupun aspek-aspek positif darinya.¹⁷⁴

Dengan demikian, supaya penentuan jangka waktu pengawasan sesuai dengan kebutuhan pembinaan pelaku, maka seyogyanya dalam menentukan jangka waktu pengawasan ini selain dikaitkan dengan keadaan pribadi pelaku, keadaan perbuatan, kerugian yang ditimbulkan oleh perbuatan pelaku tindak pidana tersebut terhadap pihak korban/masyarakat, juga sesuai dengan filsafat pembinaan diperlukan adanya persetujuan dari yang bersangkutan (pelaku tindak pidana). Hal ini diperlukan guna dapat menentukan jangka waktu yang tepat/konduusif dalam rangka pengawasan dan pembinaan pelaku secara lebih efektif kearah keseimbangan perlindungan kepentingan baik individu pelaku maupun masyarakat/korban.

¹⁷³ *Memorie van Toelichting bij het Ont Werp van de Wet Vermogenssancities (Memori Penjelasan Tentang Rancangan Undang-Undang Sanksi Kekayaan)* Tweede Kamer, Zitting 1977-1978, 15012, no. 3, hal. 19.

¹⁷⁴ D. Schaffmeister, *Pidana Badan Singkat sebagai Pidana di Waktu Luang*, penerjemah Tristam Pascal Moeliono, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 1991, hal. 15-16.

Howard Jones mengemukakan, bahwa "*probation orders may be made for any period of from one to three years.....*"¹⁷⁵

(pelaksanaan pidana pengawasan dapat dilakukan selama waktu tertentu atau dalam jangka waktu 1-3 tahun).

Kemudian seperti diatur dalam ketentuan hukum pidana di Portugal mengenai *probation order* ditentukan bahwa orang yang diberi "probation" menjadi sasaran rencana rehabilitasi di bawah pengawasan.....untuk masa 1-3 tahun.

Dengan demikian jangka waktu yang dapat ditentukan guna melakukan pengawasan terhadap pelaku berkisar tidak lebih dari masa 3 (tiga) tahun. Dan berkaitan dengan hal ini seperti dikatakan oleh Barda Nawawi Arief bahwa:

"maka dengan adanya Pasal 74 dan 75 ayat (1) Konsep 2000 (pasal 78,79 konsep 2006), pidana sebesar ½ maksimum penjara dapat diganti dengan pidana pengawasan, sehingga hakim juga dapat menjatuhkan pidana pengawasan yang maksimumnya 3 (tiga) tahun....."¹⁷⁶

Dalam Pasal 73 Konsep KUHP 2000 (pasal 78 konsep 2006) perihal jangka waktu pengawasan ini ditentukan, bahwa maksimal pengawasan ditentukan 3 tahun (ayat 2). Dalam keadaan tertentu jangka waktu ini dapat diperpanjang sampai maksimal 2 kali sisa waktu pengawasan yang belum dijalani (ayat 5) atau diperpendek dari jangka waktu sebelumnya (ayat 6).

¹⁷⁵ Howard Jones, *Crime and The Penal System, Op.Cit*, hal. 255.

¹⁷⁶ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana, Op.Cit*, hal. 163.

c. Selama jangka waktu tertentu (masa percobaan) pelaku ditempatkan di bawah pengawasan pejabat pengawas dalam rangka melaporkan secara kontinyu perkembangan dan membantu si pelaku dalam menggunakan kesempatan yang diberikan padanya ini dengan sebaik-baiknya.

Berkaitan dengan karakteristik jenis pidana ketiga ini selama pelaku ditempatkan dalam pengawasan, si pelaku diwajibkan menjalankan syarat-syarat yang harus dilaksanakan. Pengawasan di sini adalah untuk mengawasi apakah pelaku tindak pidana yang dikenainya benar-benar telah secara patuh melaksanakan persyaratan tersebut, atau sebaliknya melakukan pelanggaran-pelanggaran.

Menjadi pengetahuan bersama bahwa dalam menjatuhkan jenis pidana pengawasan ini senantiasa dibebankan suatu syarat umum yang menjadi kewajiban dan harus dilaksanakan si terpidana agar "kebebasannya" yang telah diterimanya tidak dicabut kembali. Syarat umum ini terkandung di dalamnya suatu upaya pencegahan khusus bagi si terpidana untuk tidak mengulangi perbuatan jahatnya, dan sekaligus dengan adanya ancaman akan dimasukkan ke dalam penjara bila tidak menjalankan syarat umum ini memberikan efek pencegahan umum.

Syarat umum dimaksud adalah kewajiban terpidana pengawasan untuk tidak melakukan tindak pidana lagi selama waktu yang ditentukan sebagai masa percobaan. Dimana syarat ini merupakan syarat negatif karena pada hakekatnya setiap orang memang tidak boleh/dilarang untuk melakukan tindak pidana apapun. Dengan menyimak ketentuan dalam Konsep KUHP 2000 Pasal 73 ayat (3) huruf a (pasal 77 ayat 3 huruf a konsep 2006) yang menyebutkan bahwa terpidana tidak akan melakukan tindak pidana, hal ini merupakan persyaratan yang bersifat umum.

Sedangkan ketentuan syarat khusus yang dibebankan dalam penjatuhan pidana pengawasan bersifat fakultatif yang tergantung keadaan dan kebutuhan si terpidana. Akan tetapi justru persyaratan khusus ini yang lebih memberikan efek positif-konstruktif daripada persyaratan umum bagi si pelanggar. Oleh karena, arti penting dari syarat-syarat khusus ini adalah dengan mana hakim dapat memaksa si terhukum secara tidak langsung untuk mendidik diri dan bekerja sendiri.¹⁷⁷

Berkaitan dengan pemberian syarat khusus ini bagi si pelanggar, sesuai dengan filsafat pembinaan dalam rangka mengarahkan si pelanggar untuk kembali menjadi baik dan berguna bagi masyarakat agar syarat-syarat khusus yang akan diberikan harus berdasarkan persetujuan dari si pelaku dan sesuai dengan tindak pidana yang terjadi.

Dengan ketentuan persyaratan demikian maka diharapkan terhindar dari adanya persyaratan yang merupakan bentuk retribusi atau sebagai pengganti hukuman. Misalnya apabila tindak pidana yang telah dilakukan

¹⁷⁷ *Ibid*, hal. 312.

adalah berupa pengrusakan sesuatu barang milik orang lain secara tidak syah, maka persyaratan yang harus diberikan adalah si pelaku berkewajiban mengganti kerusakan/kerugian atas rusaknya barang tersebut dalam jangka waktu yang lebih pendek dari masa percobaannya, dan bukan menentukan kewajiban untuk bekerja di rumah sakit sebagai persyaratannya.

Dengan ditentukannya syarat-syarat khusus yang lebih sesuai dengan keadaan dan kebutuhan pribadi si pelaku akan berpengaruh pada upaya pembinaan atau rehabilitasi pada si terpidana. Efek positif dari persyaratan khusus ini tidak hanya bermanfaat bagi si terpidana sendiri dalam arti rehabilitasi, akan tetapi juga bagi masyarakat khususnya korban tindak pidana yang dilakukan berupa pemulihan keseimbangan dalam masyarakat. Menurut Hulsman syarat yang istimewa (khusus) dapat dibedakan dalam dua hal, yaitu :

- a. Syarat-syarat yang secara khusus disebut oleh undang-undang (pembayaran ganti rugi atau kompensasi bagi segala kerugian sebagai akibat dari suatu kejahatan tadi harus memperoleh perawatan pada suatu lembaga yang diperinci oleh pengadilan), dan
- b. Syarat-syarat lain yang berkaitan dengan perilaku si pelaku kejahatan yang tidak boleh membatasi kemerdekaan agama maupun politik yang dianutnya.¹⁷⁸

Sedangkan perihal syarat khusus ini dalam Konsep KUHP 2000 disebutkan dalam Pasal 73 ayat (3) huruf b dan c (pasal 77 ayat 3 huruf b dan c konsep 2996) secagai berikut;

¹⁷⁸ L.H.C. Hulsman, *Sistem Peradilan Pidana dalam Perspektif Perbandingan Hukum*, Soedjono Dirdjosisworo (Penyadur), CV. Rajawali, Jakarta, 1984, hal. 90.

- a. terpidana dalam waktu tertentu yang lebih pendek dari masa pidana pengawasan, harus mengganti seluruh atau sebagian kerugian yang timbul oleh tindak pidana yang dilakukan; atau
- b. terpidana harus melakukan perbuatan atau tidak melakukan perbuatan tertentu, tanpa mengurangi kemerdekaan beragama dan kemerdekaan berpolitik.

Perihal melakukan perbuatan atau tidak melakukan perbuatan tertentu, dikatakan secara negatif oleh Jonkers¹⁷⁹ dengan istilah berbuat hal yang tidak patut seperti terpidana tidak hidup secara malas, tidak teratur dan tidak bergaul dengan orang-orang yang terkenal sebagai orang-orang yang tidak baik.

Jadi nampak dengan jelas bahwa dalam perumusan pidana pengawasan yang didalamnya ditentukan beberapa persyaratan baik umum maupun khusus seperti telah diuraikan di atas dapat mengakomodasi adanya tujuan/kebutuhan guna memberikan perlindungan baik itu terhadap diri pelaku maupun masyarakat. Perlindungan terhadap individu pelaku tindak pidana mengarah pada upaya-upaya untuk merehabilitasi/memberikan pembinaan yang segala sesuatunya disesuaikan dengan dan atas persetujuan si pelaku yang bersangkutan.

Sedangkan dari sisi perlindungan masyarakat jenis pidana pengawasan ini juga menyentuh tujuan perlindungan masyarakat baik dalam artian pengamanan maupun pemulihan keseimbangan

¹⁷⁹ J.E. Jonkers, Buku *Pedoman Hukum Pidana Hindia Belanda*, PT. Bina Aksara, Jakarta, 1987, hal. 326.

dalam bentuk pemberian atau penggantian kerugian yang diderita korban/masyarakat dari si terpidana.

Mengingat begitu pentingnya peran dari syarat-syarat bagi pembinaan pelaku tindak pidana dan perlindungan kepentingan masyarakat/pihak korban dalam penerapan pidana pengawasan ini, untuk itu penetapan syarat-syarat ini jangan bersifat fakultatif (tidak diharuskan). Akan tetapi persyaratan ini merupakan suatu keharusan (imperatif), oleh karena hakekat pidana pengawasan ini adalah mengawasi dilaksanakan atau tidaknya persyaratan tersebut oleh pelaku tindak pidana.

Dengan menyimak ketentuan Pasal 73 ayat (3) Konsep KUHP 2000 (pasal 77 ayat 3 konsep 2006), yang menentukan bahwa dalam pidana pengawasan *dapat* ditetapkan syarat-syarat, menunjukkan persyaratan di sini bukan suatu keharusan. Dimana dengan mengingat arti penting dari persyaratan tersebut bagi pembinaan pelaku tindak pidana dan perlindungan kepentingan masyarakat/pihak korban dalam penerapan pidana pengawasan ini semestinya dirumuskan secara imperatif (suatu keharusan).

d. Jika pelaku dalam masa percobaan tersebut dapat berkelakuan baik maka kejahatan yang telah dilakukannya dipertimbangkan untuk diberikan pengampunan. Akan tetapi bila pelaku gagal si pelaku kemungkinan akan dihadapkan kembali ke depan persidangan dan dijatuhi pidana atas kejahatan tersebut, begitu pula bila jika melakukan bentuk kejahatan lainya.

Dalam karakteristik jenis pidana pengawasan keempat di atas terkandung dua konsekuensi yang saling berlawanan. Konsekuensi pertama adalah apabila pelaku tindak pidana selama masa pengawasan dapat bekerjasama/melaksanakan persyaratan dengan baik (hal ini yang diharapkan), maka perbuatan dan kesalahan pelaku akan diampuni dan masa pengawasan akan diperpendek atau bahkan diberi kebebasan penuh tanpa diadakan pengawasan lagi. Dalam Pasal 73 ayat (6) Konsep KUHP 2000 (pasal 77 ayat 6 Konsep 2006) ditentukan bahwa jika selama dalam pengawasan terpidana menunjukkan kelakuan yang baik, maka Balai Pemasyarakatan Direktorat Jenderal Pemasyarakatan Departemen Hukum dan Perundang-undangan *dapat* mengusulkan kepada hakim pengawas untuk memperpendek masa pengawasannya. Seyogyanya pula guna lebih memberikan stimulan bagi pelaku yang dikenai pengawasan untuk terus berbuat baik, disamping sebagai penghargaan atas prestasinya telah patuh melaksanakan persyaratan yang telah ditetapkan, pengurangan masa pengawasan ini seharusnya juga dirumuskan secara imperatif.

Kemudian sebagai konsekuensi kedua, yaitu apabila si pelaku dalam masa percobaan yang telah ditentukan melakukan pelanggaran atas syarat-syarat yang telah ditetapkan, akan dikenakan perubahan/penambahan persyaratan yang lebih berat dari sebelumnya dengan, atau bahkan dapat dijatuhi pidana yang lebih berat. Dan pada hakekatnya hal inilah yang memberikan sifat yang berat dan menepis pendapat bahwa jenis pidana pengawasan bersifat lunak. Oleh karena sebagaimana dikatakan oleh Howard

*Jones, bahwa It (Probation) is not a "let-of" then, because the probationer must either make good or suffer punishment later...Whatever the theory, the probationer must often feel that to be placed on probation is itself a punishment. "*¹⁸⁰

Dengan uraian pendapat di atas nampak bahwa jenis pidana pengawasan walaupun pelaku yang dikenainya berada di luar penjara, akan tetapi dengan adanya ketentuan beberapa persyaratan tertentu yang sekiranya dapat mempengaruhi sikap si pelaku untuk kembali benar dan syarat lain yang berfungsi untuk mengembalikan keseimbangan nilai dalam masyarakat semisal dengan memberikan ganti rugi baik seluruh atau sebagian, jelas sedikit banyak memberikan kesan bahwa jenis pidana pengawasan ini tetap bersifat pidana/hukuman.

Sebagai catatan apabila dalam masa pengawasan si pelaku melanggar syarat-syarat yang telah ditentukan namun tidak bersifat prinsipil, seyogyanya tidak langsung direspon dengan penjatuhan pidana (pidana penjara) secara pasti, akan tetapi dengan tetap berpijak pada motif pembinaan dan perlindungan masyarakat cukuplah dengan memperpanjang masa pengawasan menambah atau merubah persyaratan yang lebih berat dari sebelumnya. Dengan ketentuan demikian selain dampak stigma dan pengaruh buruk dari pidana penjara tetap dapat dicegah, juga program pembinaan dapat terus berlangsung. Ketentuan demikian ini sebagaimana diatur dalam

¹⁸⁰ Howard Jones, *Crime and The Penal System, Op.Cit.*, hal. 254.

Penal Code Denmark tentang "*Betinget Dom*" (dikutip oleh Barda Nawawi Arief), yaitu:

"Apabila terpidana gagal memenuhi syarat-syarat yang telah ditentukan, tidak secara otomatis berakibat dicabutnya *suspended sentence*. Pengadilan mempunyai beberapa pilihan untuk menekan terpidana memenuhi syarat-syarat khusus yaitu:

- (a) memberi peringatan (*warning*);
- (b) mengubah syarat-syarat khusus (*alter the conditions*);
- (c) menambah masa/tenggang waktu pengawasan (*increase the probationary period*); dan
- (d) memasukkan orang itu dalam penahanan dalam waktu pendek (*put in detention for short period*)".¹⁸¹

Dengan demikian, bertolak dari uraian keempat karakteristik pidana pengawasan di atas, maka formulasi pidana pengawasan dalam KUHP Nasional di masa depan, seyogyanya memperhatikan hal-hal sebagai berikut :

- a. Formulasi Pola Perumusan Jenis Pidana (*strafsoort*) dan Lamanya Pidana (*strafmaat*).

Sistem sanksi dalam ketentuan hukum pidana di Indonesia mengikuti sistem "*double track sistem*". Sistem ini mengatur bahwa sanksi yang dapat dijatuhkan terhadap pelaku tindak pidana terbagi dalam dua bentuk yaitu bentuk pidana (*punishment*) dan tindakan (*measures*). Bentuk sanksi pidana

¹⁸¹ Barda Nawawi Arief, *Beberapa Masalah Perbandingan Hukum Pidana*, *Op Cit*, hal. 23.

sendiri biasanya terbagi dalam bentuk pidana pokok dan pidana tambahan.

Berkaitan dengan penentuan jenis pidana (*strafsoort*) ini bila menyimak Konsep KUHP 2000 Bagian Kedua tentang Pidana Paragraf 1 tentang Jenis Pidana Pasal 60 (pasal 65 konsep 2006) sebagai berikut:

- (1) Pidana pokok terdiri dari 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.

Dari ketentuan di atas, dapat dilihat bahwa pidana pengawasan diformulasikan sebagai salah satu jenis pidana pokok dan ditempatkan setelah pidana penjara dan pidana tutupan (*strafsoort*). Dapat diartikan bahwa pidana pengawasan dijadikan salah satu pidana terutama yang dapat dijatuhkan secara tersendiri terhadap pelaku karena bersifat pokok dan independen. Kedudukan pidana pengawasan yang ditempatkan sebagai salah satu pidana pokok ini memberikan keleluasaan pada hakim dalam menjatuhkan pidana bagi pelaku tindak pidana yang memenuhi kriteria untuk dijatuhi pidana pengawasan ini. Oleh karena hakim

tidak ada keraguan lagi untuk menjatuhkan pidana pengawasan terhadap pelaku yang telah diatur sebagai pidana pokok ini.

Lain halnya dengan pidana bersyarat dalam KUHP lama yang tidak berkedudukan sebagai pidana pokok hanya merupakan cara penerapan pidana, dimana hal ini tidak memberikan dasar yang mantap bagi hakim dalam menerapkannya. Konsekuensi dari keadaan ini berpengaruh pada ketidakefektifan dalam upaya pencapaian tujuan pemidanaan yang telah ditetapkan sebelumnya.

Keadaan seperti di atas senada dengan yang dikatakan oleh Barda Nawawi Arief, dimana ketentuan yang mengatur tentang pidana bersyarat selama ini kurang dapat mengatasi sifat kaku dari sistem perumusan pidana penjara secara imperatif, karena pidana bersyarat hanya merupakan cara menjalankan pidana (*strafmodus*) dan tidak mengenai pemilihan jenis pidana (*strafsoort*)".¹⁸²

Dengan demikian, dapat diartikan bahwa pengaturan tentang pidana bersyarat dalam KUHP lama belum dapat digunakan secara lebih efektif sebagai sarana alternatif penerapan pidana penjara, khususnya pidana penjara waktu pendek.

¹⁸² Barda Nanawi Arief, *Kebijakan Legislatif dalam Penanggulangan Kejahatan dengan Pidana Penjara*, *Op.Cit.*, hal. 202.

b. Formulasi Pola Lamanya Pidana Pengawasan

Berbicara perihal lamanya/jangka waktu dari pidana pengawasan, dalam ketentuan Pasal 73 ayat (2) Konsep KUHP 2000 (77 ayat 2 konsep 2006) dibatasi sampai maksimal 3 (tiga) tahun. Jangka waktu pidana pengawasan di sini hanya ditentukan secara maksimum dan tidak ditentukan jangka waktu minimumnya.

Berbeda dengan pengaturan di Inggris dalam Bab 2 (1) *Powers of Criminal Courts Act 1973*, dinyatakan bahwa:

....dengan mempertimbangkan keadaan-keadaan yang ada, termasuk sifat kejahatan dan karakter si pelaku, pengadilan dapat mengambil kebijaksanaan untuk memerintahkan si pelaku berada di bawah probation sebagai pengganti pidana penjara, yakni suatu perintah yang mengharuskannya di bawah pengawasan seorang petugas pengawas di dalam perintah tersebut, tidak kurang dari satu tahun dan tidak lebih dari tiga tahun.¹⁸³

Nampak bahwa jangka waktu pengawasan ditentukan baik minimum (1 tahun) maupun maksimumnya (3 tahun). Penentuan jangka waktu minimum 1 (satu) tahun dari pidana pengawasan ini bila dikaitkan dengan pidana penjara waktu pendek (rata-rata kurang dari 6 bulan) yang digantikannya, terasa begitu berat. Hal ini berpotensi pada kecenderungan pelaku yang dikenainya untuk lebih memilih melaksanakan pidana penjara waktu pendek. Untuk itu jangka waktu pengawasan lebih baik hanya dirumuskan secara maksimal, disamping lebih fleksibel guna pembinaan pelaku, juga untuk menghindari kecenderungan negatif tersebut.

¹⁸³ Muladi, Lembaga Pidana Bersyarat, *Op.Cit*, hal. 162.

c. Formulasi Syarat-syarat Umum dan Syarat Khusus dalam Pidana Pengawasan

Sebelumnya sekitar tahun 1962 telah dipublikasikan *Report of the Interdepartmental Committee on the Probation service*, yang antara lain menyatakan, bahwa menempatkan seseorang di bawah *probation*/pidana pengawasan harus dipenuhi syarat-syarat sebagai berikut :

- 1) Atas dasar sifat kejahatan dan catatan si pelaku tindak pidana, demi kepentingan masyarakat tidak dipertimbangkan untuk menerapkan cara yang keras untuk membinanya,
- 2) Risiko bagi masyarakat melalui penerapan pembebasan si pelaku tindak pidana diperbesar berdasarkan alasan-alasan moral, sosial dan ekonomi,
- 3) Pelaku tindak pidana memerlukan perhatian terus menerus,
- 4) Pelaku tindak pidana mampu untuk menanggapi perhatian tersebut dalam keadaan bebas.¹⁸⁴

Ide dasar diadakannya jenis pidana pengawasan dalam penjelasan Konsep KUHP Nasional Tahun 2000 (terakhir tahun 2006) adalah sebagai alternatif dari pidana perampasan kemerdekaan/pidana penjara waktu pendek, sebab dengan pelaksanaan jenis pidana ini terpidana dapat dibantu untuk membebaskan diri dari rasa bersalah. Demikian pula masyarakat dapat berperan serta secara aktif membantu terpidana dalam menjalankan kehidupan sosialnya secara wajar dengan melakukan hal-hal yang bermanfaat.

Pelaku tindak pidana dengan kriteria tertentu diputuskan untuk dikembalikan pada masyarakat dengan pengawasan, bantuan, dukungan dan

¹⁸⁴ Rupert Cross, *The English Sentencing System*, Butterworths, London, 1975, hal. 21.

bimbingan dari pejabat pengawas untuk menjadi manusia yang baik dan berguna bagi masyarakat. Pelaku tindak pidana tersebut tidak ditempatkan di dalam suatu lembaga yang biasa dikenal sebagai penjara dimana ternyata berdasarkan banyak penelitian berdampak sangat kondusif pada munculnya residivis.

Hal tersebut di atas dapat diartikan bahwa terdapat manfaat dengan "dibebaskannya" si pelaku ke tengah-tengah masyarakat untuk memberikan kesempatan padanya memperbaiki dirinya dengan bantuan masyarakat menjadi orang yang baik dan berguna kembali. Identifikasi mengenai jenis pidana pengawasan ini sebagaimana didefinisikan dalam suatu media penulisan berjudul "*Corrections in the United States*", *Crime and delinquency*", Vol.13 (January, 1967), yaitu *Probation is defined as a legal status granted by a court whereby a convicted person is permitted to remain in the community subject to conditions specified by the court*".¹⁸⁵

Pelaku tindak pidana yang dijatuhi pidana pengawasan ditentukan masa pengawasan, dimana dalam tenggang masa pengawasan ini si pelaku dibebani beberapa persyaratan yang harus dipatuhi dan dijalani. Konsekuensi dari tidak dipatuhinya persyaratan dimaksud terhadap pelaku tindak pidana tersebut dapat diadakan perubahan/ditetapkan persyaratan baru yang lebih berat dengan memperpanjang masa pengawasannya, atau bahkan akan direkomendasikan oleh pejabat pengawasan untuk diajukan ke hadapan sidang pengadilan pidana dan mencabut "kebebasan" yang telah diberikan dengan menjatuhkan pidana penjara.

¹⁸⁵ Corrections in the United States, "*Crime and delinquency*", Vol.13 Jan, 1967), hal. 266.

Persyaratan yang menyertai keberadaan jenis pidana pengawasan ini berbentuk syarat umum dan syarat khusus. Syarat umum bersifat absolut dimana si terhukum diwajibkan selama menjalani masa "kebebasannya" dalam tenggang waktu tertentu untuk tidak melakukan perbuatan pidana lagi. Terdapat efek prevensi khusus/pencegahan terhadap si pelaku dengan penempatan dirinya dalam bentuk probation/pidana pengawasan ini untuk tidak kembali berbuat anti sosial. Dengan adanya syarat umum ini jelas diarahkan untuk mencegah, mengurangi atau mengendalikan tindak pidana yang masuk aspek pokok pertama tujuan pembedaan guna memberikan perlindungan pada masyarakat.

Adapun syarat khusus walau bersifat fakultatif seringkali ditetapkan untuk dijalankan oleh si terhukum. Justru syarat khusus ini bersifat positif dalam upaya mengarahkan kelakuan si terhukum mempersiapkan dirinya untuk kembali ke tengah-tengah lingkungan masyarakatnya menjadi orang yang baik dan berguna dengan bantuan, arahan dan bimbingan dari pejabat yang ditugasi untuk melakukan pengawasan. Materi yang bisa ditetapkan sebagai syarat khusus ini berkaitan dengan hal-hal untuk dilakukan atau tidak dilakukan oleh si terhukum. Salah satu yang bisa dijadikan materi syarat khusus ini berupa kewajiban si terhukum untuk memberikan kompensasi/restitusi atau ganti rugi pada korban akibat perbuatan yang telah dilakukannya. Persyaratan yang demikian ini diadakan dalam upaya memulihkan keseimbangan dalam masyarakat yang masuk dalam aspek tujuan pembedaan berupa memberikan perlindungan pada masyarakat.

Dalam syarat khusus ini biasanya ditetapkan secara individual, dimana segala sesuatunya disesuaikan dengan kebutuhan dan persetujuan dari si pelaku yang bersangkutan. Kesemuanya ini ditentukan dalam rangka

membantu si terhukum menjadi pribadi yang mampu untuk menjadi anggota masyarakat yang baik dan berguna dengan bantuan dan bimbingan pejabat pengawas serta masyarakat. Dilihat dari aspek pokok tujuan pemidaan jelas hal ini mengarah pada upaya untuk memperbaiki diri pribadi si pelaku sebagai manifestasi dari tujuan memberikan perlindungan pada individu pelaku tindak pidana.

d. Formulasi Syarat dijatuhkannya Pidana Pengawasan

Disamping adanya syarat-syarat yang dapat dibebankan terhadap terpidana pengawasan, terhadap para hakim sebelum memutuskan pidana pengawasan perlu kiranya diberikan pedoman yang berkaitan dengan keadaan dan pribadi terpidana. Pedoman ini berguna untuk mengarahkan hakim dalam menyeleksi kondisi bagaimana yang dapat diputuskan dengan pidana pengawasan ini.

Pendapat dari I.J Shain, seorang Direktur Penelitian dari Judicial of California. Ia berpendapat, bahwa terdakwa yang memenuhi syarat-syarat tertentu sebaiknya tidak dijatuhi pidana penjara (dalam artian dapat dikenai alternatif dari pidana penjara semacam pidana pengawasan ini.

Adapun syarat-syarat yang dikemukakan, adalah :

- 1) Terdakwa selain tidak termasuk penjahat "professional", juga tidak mempunyai banyak riwayat kriminalitas
- 2) Dalam melakukan tindak pidana banyak factor-faktor yang meringankan
- 3) Terdakwa tidak melakukan ancaman maupun menyebabkan penderitaan atau kerugian yang serius pada korban (korban-korbannya)
- 4) Fakta-fakta menunjukkan bahwa terdakwa melakukan tindak pidana oleh karena ada provokasi dari pihak korban

- 5) Terdakwa bersedia untuk memberikan ganti rugi atas kerugian materi maupun luka-luka yang diderita korban
- 6) Tidak terdapat cukup alasan yang menunjukkan, bahwa terdakwa akan melakukan lagi tindak, atau tidak terdapat cukup petunjuk bahwa sifat-sifat jahat terdakwa akan muncul lagi.¹⁸⁶

Hal-hal yang seharusnya dipertimbangkan (hakim) dalam menjatuhkan pidana pengawasan (*probation*) dapat pula dilihat dalam salah satu situs internet yang uraiannya sebagai berikut:

"When deciding whether to give a defendant probation (where it's allowed), the judge will look at the defendant's record and the seriousness of the crime. The judge will also consider:

- a. whether the crime was violent;*
- b. whether the defendant is a danger to society;*
- c. whether the defendant made or is willing to make restitution to the victim, and*
- d. whether the victim was partially at fault."¹⁸⁷*

(Ketika keputusan yang diambil berupa pengenaan pidana pengawasan (jika hal ini dimungkinkan), hakim harus memperhatikan catatan kejahatan yang pernah dilakukan oleh pelaku dan seberapa berat tingkat keseriusan kejahatan tersebut. Selain itu hakim juga harus mempertimbangkan hal-hal berikut:

¹⁸⁶ H.Eddy Djunaedi Karnasudirja, *Beberapa Pedoman Pidanaan dan Pengamatan Narapidana*, Tanpa penerbit, 1983, hal 92.

¹⁸⁷ Hltp// www.google.probation.com, *Op.Cit.*

- a. apakah kejahatan yang telah dilakukan bersifat tindak kekerasan atau tidak;
- b. apakah pelaku merupakan orang yang berbahaya bagi masyarakat;
- c. apakah pelaku telah atau mau memberikan ganti rugi atas penderitaan atau kerugian yang dialami pihak korban;
- d. apakah pihak korban ikut bersalah atas tindak pidana yang telah terjadi.)
- e. Formulasi Pedoman Penerapan Pidana Pengawasan.

Menurut Barda Nawawi Arief berkaitan dengan pemilihan jenis sanksi sebagai alternatif pidana penjara semacam pidana pengawasan ini adalah sebagai berikut:

“walaupun ada sanksi yang dapat dipilih, namun adalah wajar apabila undang-undang mengingatkan hakim (dalam bentuk pedoman) agar dalam melakukan pilihan itu :

- a. selalu berorientasi pada tujuan pemidanaan; dan
- b. lebih mengutamakan/mendahulukan jenis pidana yang lebih ringan sekiranya pidana yang lebih ringan itu telah didukung atau telah memenuhi tujuan pemidanaan.¹⁸⁸

Berdasarkan uraian terdahulu tentang pidana pengawasan yang dalam penguraiannya menunjukkan bahwa pidana pengawasan

¹⁸⁸ Lihat Barda Nawawi Arief, Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana, *Op.Cit*, 1996, hal. 161.

dapat mengakomodasi dua segi dari tujuan pemidanaan yang sedang berkembang dewasa ini sebagai "*sense of modern*". Tujuan pemidanaan dimaksud adalah adanya keseimbangan perlindungan baik terhadap individu pelaku dalam artian rehabilitasi, dan perlindungan masyarakat kearah keamanan menuju pada kesejahteraan seluruh masyarakat. Dengan demikian berdasar pada syarat untuk menentukan pilihan pidana pengawasan sebagai alternatif pidana penjara yang harus selalu berorientasi pada tujuan pemidanaan menunjukkan adanya kesesuaian.

Kemudian berkaitan dengan syarat kedua dalam memilih alternatif pidana penjara yang menentukan untuk lebih mengutamakan jenis pidana yang lebih ringan (asas subsidiaritas), dalam arti jenis pidana yang lebih berat baru digunakan apabila jenis sanksi pidana lainnya yang lebih ringan dipandang kurang sesuai atau tidak dapat menunjang tercapainya tujuan pemidanaan. Jadi pada pokoknya atau secara prinsipal lebih mengutamakan pidana pokok yang lebih ringan daripada yang lebih berat. Maka penerapan jenis pidana pengawasan yang menurut penjelasan Konsep KUHP 2000 hanya diterapkan terhadap tindak pidana yang tidak berat sifatnya adalah suatu langkah yang relevan menuju pada terwujudnya tujuan pemidanaan yang ada. Dimana perihal penerapan asas subsidiaritas ini (khususnya dalam rangka menghindari efek negatif dari pidana penjara waktu pendek) di Jepang sebagaimana dikatakan oleh Hirochi Isikawa diatur dengan mempertimbangkan hal-hal sebagai berikut:

"If, after considering the character, age and situation of the offender, the gravity of offence, the circumstances under which the offence was committed, and the conditions subsequent to the commission of the offence, prosecution is deemed unnecessary, prosecution need not be instituted".¹⁸⁹

Berbicara tentang pedoman dalam menerapkan sistem perumusan ancaman pidana secara umum pada setiap perumusan ketentuan hukum pidana yang dikenal selama ini dapat terbagi dalam perumusan yang tunggal, alternatif (...atau...), kumulatif (.....dan....) atau kumulatif/alternatif (.....dan/atau.....).

Menyimak dari perumusan tindak pidana baik dalam KUHP lama maupun dalam Konsep KUHP 2000 jenis pidana bersyarat semacam pidana pengawasan tidak dirumuskan menjadi satu kedalam perumusan tindak pidana. Pidana dengan syarat semacam pidana pengawasan ini hanya diatur dalam ketentuan umum, dan terutama dalam Konsep KUHP 2000 ditentukan pada Pasal 60 ayat (1) huruf c (pasal 65 ayat 1 huruf c konsp 2006) pidana pengawasan ditetapkan sebagai pidana pokok.

Sebagaimana disebutkan dalam ketentuan Pasal 72 konsep 2000 (pasal 77 konsep 2006) dan penjelasannya pada Konsep KUHP tersebut, bahwa jenis pidana pengawasan ini diterapkan sebagai alternatif pengganti pidana penjara jika hakim berkeyakinan terpidana tidak perlu dikenai perampasan

¹⁸⁹ Hiroshi Ishikawa, *Characteristic Aspects of Japance Criminal Justice System, A Suceessful Example of Integrated Approach*, Jakarta, 1984, hal. 11-12.

kemerdekaan dengan ditentukan dan diarahkan sikap kelakukannya ke dalam beberapa persyaratan sampai dapat dibuktikan bahwa si terpidana melanggar persyaratan tersebut untuk pada akhirnya dengan pertimbangan tertentu harus masuk penjara.

Berdasarkan uraian di atas menunjukkan bahwa jenis pidana pengawasan ini hanya merupakan cara untuk melaksanakan ketentuan pidana penjara yang diancamkan kepada pelaku tindak pidana tidak lebih dari 7 (tujuh) tahun (straf modus). Hal ini seperti disebutkan oleh Barda Nawawi arief, bahwa pidana pengawasan sebenarnya merupakan cara menjalankan pidana yang dikaitkan dengan ancaman pidana penjara, jadi hanya merupakan "*strafmodaliteit*" atau "*strafmodus*".¹⁹⁰

Jenis pidana pengawasan sebagai alternatif pidana penjara memberikan gambaran bahwa jenis pidana pengawasan ini bersifat *non-custodial*, dimana pelaksanaannya dilakukan diluar penjara. Terpidana diberikan "kebebasan" untuk tetap hidup secara normal melaksanakan hidup dan kehidupannya di tengah-tengah masyarakat dengan bimbingan, bantuan dan arahan dari petugas pengawas selama jangka waktu tertentu. Pengawasan ini dilakukan terhadap terpidana semata-mata bertujuan pembinaan agar yang bersangkutan kembali menjadi pribadi manusia yang baik dan berguna bagi masyarakat.

Dalam KUHP lama juga terdapat suatu jenis pidana yang bersifat *non-custodial* yaitu pidana bersyarat diatur dalam Pasal 14 huruf a-f. Jenis pidana dengan syarat ini dijatuhkan terhadap pelaku

¹⁹⁰ Lihat Barda Nawawi Arif, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana, Op.Cit.*, hal. 184.

yang telah melakukan perbuatan pidana dimana hakim menjatuhkan pidana penjara tidak lebih dari satu tahun, pidana kurungan bukan pengganti denda dan denda yang dapat dibayar oleh terpidana.

Sedangkan dalam Konsep KUHP 2000 jenis pidana non-custodial ini diatur dalam Pasal 72 (pasal 77 konsep 2006) yang menentukan bahwa pidana pengawasan dapat dijatuhkan kepada pelaku yang melakukan tindak pidana yang diancam pidana tidak lebih dari 7 (tujuh) tahun. Kemudian dalam Pasal 60 ayat (1) huruf c konsep 2000 (pasal 65 ayat 1 huruf c konsep 2006) pidana pengawasan berkedudukan sebagai pidana pokok.

Seperti telah dijelaskan sebelumnya bahwa jenis pidana pengawasan ini hanya merupakan cara untuk menerapkan pidana penjara yang telah dijatuhkan oleh hakim terhadap pelaku yang melakukan tindak pidana yang diancam pidana tidak lebih dari 7 (tujuh) tahun dan ditetapkan sebagai pidana pokok. Menarik disimak ketentuan ini, oleh karena dengan perumusan demikian berarti akan lebih banyak (efektif) pidana pengawasan ini dapat diterapkan oleh hakim dengan pertimbangan tertentu terhadap pelaku tindak pidana apa saja yang diancam pidana penjara yang tidak lebih dari 7 (tujuh) tahun. Perumusan demikian juga memberikan batas yang sederhana mengenai tindak pidana mana yang berat dan mana yang tidak dan lebih tepat untuk dikenakan pembinaan saja di luar penjara.

Bertolak dari perumusan pidana pengawasan di atas memberikan gambaran bahwa pidana pengawasan merupakan jenis pidana yang berkedudukan sebagai pidana pokok, bersifat non-custodial/alternatif dari pidana penjara dan diterapkan terhadap tindak pidana yang tidak berat. Kemudian dari gambaran yang demikian ini tentunya dapat dijadikan suatu pedoman dalam penerapan jenis pidana pengawasan terhadap pelaku oleh hakim. Dimana sebagai pedoman agar pelaksanaan pidana pengawasan ini dapat dilaksanakan secara efektif menurut Alan Coffey Dkk ada dua komponen yang harus diperhatikan, yaitu:

*(1) a screening diagnostic method to select those who will profit from probation, those who need a more restrained correctional program will not be placed on probation; (2) a good supervision program which can effectively assist in the rehabilitation of the criminal law violation.*¹⁹¹

Pidana pengawasan yang berkedudukan sebagai jenis pidana pokok memberikan dasar yang kuat bagi hakim untuk menerapkannya dalam praktek bila menurut keyakinannya terhadap pelaku cukup dan lebih tepat sesuai dengan keadaan pribadinya untuk ditempatkan dalam pengawasan dalam rangka pembinaan agar yang bersangkutan dapat kembali menjadi pribadi yang baik dan berguna bagi dirinya sendiri, keluarga dan masyarakat.

¹⁹¹ Alan Coffey Dkk, *An Introduction To The Criminal Justice System And Process*, Prentice Hall Inc, Englewood Cliffs, New Jersey, hal. 57.

Kemudian pidana pengawasan yang bersifat non-custodial hanya dapat diterapkan terhadap pelaku yang telah melakukan tindak pidana yang sifatnya tidak berat, dimana menurut Barnes dan Teeters, disebutkan yaitu; *(a) crime of violence; (b) crime against morals; (c) crime involving the use of deadly weapons; (d) mercenary crime; (e) crime against the government; dan (f) crime carrying a certain penalty.*¹⁹²

Sedangkan berkaitan dengan tindak pidana apa yang dapat dipertimbangkan untuk dapat diberikan pidana semacam pidana pengawasan ini (*suspended sentence*) dapat dibagi kedalam tiga kelompok yaitu:

- (1) delik-delik yang tidak sangat serius;**
- (2) kasus-kasus yang pidananya akan dicabut (ditarik kembali) karena tidak terpenuhinya syarat-syarat umum dan khusus, dan apabila pidana non-custodial kemungkinan akan dikenakan;**
- (3) kasus-kasus dimana pengadilan telah menjatuhkan tindakan-tindakan pengawasan.¹⁹³**

Sebagai pedoman yang berkaitan dengan penerapan pidana pengawasan ini dalam Konsep KUHP 2000 (terakhir 2006) ditentukan baik secara umum maupun secara khusus.

¹⁹² Barnes and Teeters, *New Horizons in Criminology Practice*, Hall of India Private LTD, New Dehli, 1966, hal. 560.

¹⁹³ Lihat dalam Barda Nawawi Arief, *Beberapa Masalah Perbandingan Hukum Pidana*, *Op.Cit.*, hal. 68.

Secara umum hal-hal yang dapat dijadikan bahan pertimbangan oleh hakim untuk menjatuhkan pidana diuraikan dalam ketentuan Pasal 51 (pasal 55 konsep 2006) , bahwa hakim harus mempertimbangkan faktor-faktor sebagai berikut :

1. kesalahan dari si pelaku;
2. motif dan tujuan melakukan tindak pidana;
3. cara melakukan tindak pidana;
4. sikap batin pembuat tindak pidana;
5. riwayat hidup dan keadaan social ekonomi pembuat tindak pidana;
6. sikap dan tindakan pembuat sesudah melakukan tindak pidana;
7. pengaruh pidana terhadap masa depan pembuat tindak pidana;
8. pandangan masyarakat terhadap tindak pidana yang dilakukan;
9. pengaruh tindak pidana terhadap korban atau keluarga korban;
dan atau
10. apakah tindak pidana dilakukan dengan berencana.

Kemudian disamping kesemua faktor di atas, sebagaimana disebutkan dalam ayat (2)-nya ditentukan bahwa ringannya perbuatan, keadaan pribadi pembuat, atau keadaan pribadi pembuat atau keadaan pada waktu dilakukan perbuatan atau yang terjadi kemudian, dapat dijadikan dasar pertimbangan untuk tidak

menjatuhkan pidana atau mengenakan tindakan dengan mempertimbangkan segi keadilan dan kemanusiaan.

Sedangkan pedoman secara khusus tentang penerapan pidana pengawasan dapat dilihat dalam ketentuan 73 dan 74 Konsep KUHP 2000 (pasal 78 dan 79 konsep 2006), yang menentukan bahwa (1) Pidana pengawasan dapat dijatuhkan kepada terdakwa mengingat keadaan pribadi dan perbuatannya, (2) Pidana pengawasan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dijatuhkan untuk waktu paling lama 3 (tiga) tahun; dan (3) Dalam penjatuhan pidana pengawasan dapat ditetapkan syarat-syarat : terpidana tidak akan melakukan tindak pidana; dan terpidana dalam waktu tertentu yang lebih pendek dari masa pidana pengawasan, harus mengganti seluruh atau sebagian kerugian yang timbul oleh tindak pidana yang dilakukan; atau terpidana harus melakukan perbuatan atau tidak melakukan perbuatan tertentu, tanpa mengurangi kemerdekaan beragama dan kemerdekaan berpolitik.

Kemudian lebih lanjut sebagaimana diatur dalam ayat (4) pasal tersebut di atas ditentukan bahwa pengawasan dilakukan oleh Balai Pemasyarakatan Direktorat Jenderal Pemasyarakatan Departemen Hukum dan Perundang-undangan, dan jika selama dalam pengawasan terpidana melanggar hukum, maka Balai Pemasyarakatan Direktorat Jenderal Pemasyarakatan Departemen Hukum dan Perundang-undangan dapat mengusulkan kepada hakim pengawas untuk memperpanjang masa pengawasan yang lamanya tidak melampaui maksimum 2 (dua) kali masa pengawasan yang belum dijalani (ayat 5).

Jika selama dalam pengawasan terpidana menunjukkan kelakuan yang baik, maka Balai Pemasyarakatan Direktorat Jenderal Pemasyarakatan Departemen Hukum dan Perundang-undangan dapat mengusulkan kepada hakim pengawas untuk memperpendek masa pengawasannya (ayat 6). Kemudian Hakim pengawas dapat mengubah penetapan jangka waktu pengawasan setelah mendengar para pihak.

Selanjutnya Pasal 74 (pasal 79 konsep 2006) menyebutkan juga, bahwa jika terpidana selama menjalani pidana pengawasan melakukan tindak pidana dan dijatuhi pidana yang bukan pidana mati atau bukan pidana penjara seumur hidup maka pidana pengawasan tetap dilaksanakan, dan jika terpidana dijatuhi pidana penjara, maka pidana pengawasan ditunda dan dilaksanakan kembali setelah terpidana selesai menjalani pidana penjara (ayat 2).

Dalam penjelasan Pasal 73 Konsep KUHP 2000 (pasal 78 konsep 2006), bahwa penjatuhan pidana pengawasan terhadap orang yang melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara, sepenuhnya terletak pada pertimbangan hakim, dengan memperhatikan keadaan dan perbuatan terpidana. Pidana pengawasan ini pada umumnya dijatuhkan kepada orang yang pertama kali melakukan kejahatan (*first offender*) dan paling lama 3 (tiga) tahun.

BAB IV

P E N U T U P

Kesimpulan

Tesis ini menyajikan dua permasalahan, yaitu ide dasar pidana pengawasan dalam sistem pemidanaan di Indonesia dan kebijakan formulasi pidana pidana pengawasan dalam rangka pembaharuan hukum pidana nasional.

Berdasarkan hasil penelitian dan pembahasan terhadap kedua pokok permasalahan di atas, diperoleh kesimpulan sebagai berikut :

1. Ide dasar diadakannya pidana pengawasan terdiri dari 2 unsur, yaitu :
 - a. Untuk menggantikan pidana perampasan kemerdekaan/penjara yang dalam perkembangannya telah menimbulkan efek negatif bagi kepentingan terpidana dan kepentingan masyarakat, serta menuai banyak kritik, baik dari kalangan nasional maupun internasional.
 - b. Untuk melindungi kepentingan individu terpidana dan kepentingan masyarakat yang menjadi arah tujuan pemidanaan modern.
2. Kebijakan formulasi tentang pidana pengawasan dalam KUHP Nasional di masa yang akan datang seyogyanya memperhatikan 4 karakteristik dari pidana pengawasan, yaitu :
 - e. Pada awalnya terhadap pelaku tidak/belum dikenai suatu hukuman yang dikaitkan dengan perampasan kemerdekaan. Pelaku tetap diperkenankan untuk menikmati kebebasannya menjalani kehidupannya secara normal di tengah-tengah masyarakat.
 - f. Terhadap pelaku ditetapkan suatu jangka waktu tertentu untuk memperbaiki dirinya.

- g. Selama jangka waktu (sebagai masa percobaan) pelaku ditempatkan di bawah pengawasan pejabat pengawas dalam rangka melaporkan secara kontinyu perkembangan dan membantu si pelaku dalam menggunakan kesempatan / kebebasan yang diberikan padanya ini dengan sebaik-baiknya.
- h. Jika pelaku dalam masa percobaan tersebut dapat berkelakuan baik maka kejahatan yang telah dilakukannya dipertimbangkan untuk diberikan pengampunan. Akan tetapi bila pelaku gagal si pelaku kemungkinan akan dihadapkan kembali ke depan persidangan dan dijatuhi pidana atas kejahatan tersebut, begitu pula bila jika melakukan bentuk kejahatan lainnya.

Adapun formulasi pidana pengawasan dalam sistem pemidanaan di Indonesia adalah sebagai berikut :

- a. Pidana pengawasan seharusnya dimasukkan sebagai salah satu jenis pidana pokok;
- b. Jangka waktu pengawasan lebih baik hanya dirumuskan secara maksimal, disamping lebih fleksibel guna pembinaan pelaku, juga untuk menghindari kecenderungan negatif tersebut;
- c. perumusan mengenai penetapan syarat-syarat penjatuhan pidana pengawasan tersebut menjadi bersifat *imperatif*. Dengan demikian, arti penting dari persyaratan tersebut sebagai pembinaan pelaku tindak pidana dan perlindungan kepentingan masyarakat/pihak korban dalam penerapan pidana pengawasan dapat lebih terakomodir.

Saran

1. Apabila memperhatikan kecenderungan internasional yang menghendaki adanya alternatif pidana perampasan kemerdekaan yang dianggap mempunyai efek negatif, maka pengaturan pidana pengawasan tersebut cukup mendesak untuk dituangkan dalam hukum pidana di Indonesia.
2. Untuk menghindari kesan bahwa pidana pengawasan ini bersifat pelunakan terhadap pelaku tindak pidana, maka seyogyanya ketentuan mengenai syarat-syarat penjatuhan pidana pengawasan tersebut dirumuskan dalam suatu redaksional yang bersifat imperatif. Hal tersebut juga dilakukan apabila mengingat arti penting dari persyaratan tersebut sebagai pembinaan pelaku tindak pidana dan perlindungan kepentingan masyarakat/pihak korban dalam penerapan pidana pengawasan, yang berarti adanya perlindungan terhadap masyarakat dan perlindungan terhadap pelaku tindak pidana.

DAFTAR PUSTAKA

- Abidin, A.Z., *Bunga Rampai Hukum Pidana*, Pradnya Paramita, Jakarta, tanpa tahun.
- Abidin, A.Z., Andi Hamzah, *Bentuk-Bentuk Khusus Perwujudan Delik*, Sumber Ilmu Jaya, Jakarta, 2002
- Alkostar, Artidjo dan M. Sholeh Amin, *Pembangunan Hukum Dalam Perspektif Politik Hukum Nasional*, Rajawali, Jakarta, Tahun 1986.
- Ancel, Marc, *Social Defence, A Modern Approach to Criminal Problem*, Routledge & Kegan Paul, London, 1965.
- Asshidiqie, Jimly, *Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia*, Angkasa, Bandung, 1997.
- Atmasasmita, Romli, *Kapita Selekta Hukum Pidana dan Kriminologi*, Mandarmaju, Bandung, 1993.
- Badan Pembinaan Hukum Nasional, *Konsep Rancangan Kitab Undang Undang Hukum Pidana (KUHP) tahun 2000*, Jakarta, 2002.
- Barners and Teeters, *New Horizons in Criminology Practice*, Hall of India Private LTD, New Dehli, 1966.
- Becker, Howard, *Out Siders: Studies in The Sociology of Deviance*, New York The Free Press, 1963.
- BPHN, Departemen Kehakiman, Laporan Simposium Pembaharuan Hukum Pidana Nasional, 1980.
- Coffey, Alan, Dkk, *An Introduction To The Criminal Justice System And Process*, Prentice Hall Inc, Englewood Cliffs, New Jersey.
- Corrections in the United States, "Crime and delinquency", Vol.13 (January,1967).
- Cross, Rupert *The English Sentencing System*, Butterworths, London, 1975.
- Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Edisi II Cetakan IX, Balai Pustaka, Jakarta 1997.
- Dirdjosisworo, Soedjono, *Sistem Peradilan Pidana dalam Perspektif Perbandingan Hukum*, Penyadur, CV. Rajawali, Jakarta, 1984.
- Garfinkel, Harold *Conditions of Sucessful Degradations Ceremonies*, 61 Am. J. Sociology 420 (1956).
- Hamzah, Andi dan Siti Rahayu, *Suatu Tinjauan Ringkas Sistem Pemidanaan di Indonesia*, Akademika Pressindo, Jakarta, 1983.
- , *Kamus Hukum*, Ghalia Indonesia, 1986.
- Hamzah, Andi, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Rineka Cipta, Jakarta, 1994.
- , *Sistem Pidana dan Pemidanaan di Indonesia*, Pradnya Paramita, Jakarta, 1993.
- Henry Campbell Black, "Black's Law Dictionary", seventh Edition, St. Paulminn West Publishing, C.O, 1999
- [Http://www.Goeggle.Probation.com](http://www.Goeggle.Probation.com), *Sentencing Alternatives: From Incarceration to Diversion*, 2002.

- Hullsmann, L.H.C., *The Dutch Criminal Justice System From A Comparative*, D.C. Fokkema (Ed.) Introduction To Dutch Law For Foreign Lawyers (Kluwer Deventer, The Netherlands 1978).
- Ishikawa, Hiroshi *Characteristic Aspects of Japance Criminal Justice System, A Sucessful Example of Integrated Approach*, Jakarta, 1984.
- Jones, Howard, *Crime and The Penal System*, Univ. Tutonal Press LTD, Clifton House, Euston Road, London, N.W.I, 1956.
- Jonkers, J.E., *Buku Pedoman Hukum Pidana Hindia Belanda*, PT. Bina Aksara, Jakarta, 1987.
- Karnasudirdja, H.Eddy Djunaedi, *Beberapa Pedoman Pemidanaan dan Pengamatan Narapidana*, Tanpa penerbit, 1983.
- Koentjaraningrat, *Metode-metode Penelitian Masyarakat*, Gramedia, Jakarta, 1973.
- Lopa, Baharudin, *Etika Pembangunan Hukum Nasional Dalam Identitas Hukum Nasional*, Fakultas Hukum UII, Yogyakarta, 1997.
- Loqman, Loebby, *Delik Poltik di Indonesia*, In-Hill-Co, Jakarta, 1993.
- Mahendra, Oka, *Memberdayakan Program Legislasi Nasional Sebagai Dokumen Pengintegrasian Penyusunan Peraturan Perundang-undangan*, Majalah Hukum Nasional No. 1, 1999, BPHN, Departemen Kehakiman.
- Memorie van Toelichting bij het Ontwerp van de Wet Vermogenssancities (*Memori Penjelasan Tentang Rancangan Undang-Undang Sanksi Kekayaan*) Tweede Kamer, Zitting 1977-1978, 15012, no. 3.
- Mertokusumo, Sudikno, *Mengenal Hukum, Suatu Pengantar*, Liberty, Yogyakarta, 1999.
- Moeljatno, *Membangun Hukum Pidana*, Bina Aksara, Jakarta, 1985.
- Muladi, *Jenis-Jenis Pidana Pokok dalam KUHP Baru*, Majalah BHN No. 2, Jakarta, 1989.
- , *Proyeksi Hukum Pidana Materil di Masa Datang*, Pidato Pengukuhan Guru Besar Ilmu Hukum UNDIP, Semarang, tanggal 24 Februari 1990.
- , *Lembaga Pidana Bersyarat*, Alumni, Bandung, 1992.
- Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Teori-teori dan Kebijakan Pidana*, Alumni Bandung, 1998.
- Nawawi Arief, Barda, *Kebijakan Legislatif dalam Penanggulangan Kejahatan dengan Pidana Penjara*, Ananta, Semarang, 1993.
- , *Perlindungan HAM dan Tindak Kekerasan Dalam Penegakan Hukum Pidana*, Bahan Diskusi Panel RUU Kepolisian, 15 Juli 1997, Fakultas Hukum Undip.
- , *Perbandingan Hukum Pidana*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta.
- , *Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan Pengembangan Hukum Pidana*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1998.
- , *Sari Kuliah Perbandingan Hukum Pidana*, Undip, Semarang, 2000.
- , *Masalah Penegakan Hukum dan Kebijakan Penanggulangan Kejahatan*, PT.Citra Aditya Bhakti, Bandung, 2001.
- , *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2002.
- , *Perbandingan Hukum Pidana*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2002.

- , *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2003.
- Packer, Herbert L., *The Limit of The Criminal Sanction*, Stanford University Press, California, 1968.
- Prakoso, Djoko dan Nurwachid, *Studi tentang Pendapat-Pendapat Mengenai Efektivitas Pidana Mati di Indonesia, Ghalia Indonesia*, Jakarta, 1983.
- Prodjodikoro, Wiryo, *AsasAsas Hukum Pidana di Indonesia*, PT Eresco, Bandung, 1976.
- Radie, Teuku Muhammad, *Pembangunan Hukum Nasional Dalam Perspektif Kebijakan Dalam Identitas Hukum Nasional*, Fakultas Hukum UII, Yogyakarta, 1997.
- Rahardjo, Satjipto, *Hukum dan Perubahan Sosial*, Alumni, Bandung, 1983.
- Remmelink, Jan, *Hukum Pidana (Komentar atas Pasal-Pasal Terpenting dari Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Belanda dan Padanannya dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Indonesia*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2003.
- Saleh, Roeslan, *Mencari Azas-Azas Umum Yang Sesuai Untuk Hukum Pidana Nasional*, Kumpulan Bahan Upgrading Hukum Pidana, 1971, jilid 2.
- , *Stelsel Pidana Indonesia*, Aksara Baru, Jakarta, 1978.
- , *Pikiran-Pikiran Tentang Pertanggungjawaban Pidana*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1982.
- Schaffmeister, D. *Pidana Badan Singkat sebagai Pidana di Waktu Luang*, penerjemah Tristam Pascal Moeliono, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 1991.
- Siahaan, Lintong Oloan, *Jalannya Peradilan Perancis Lebih Cepat dari Peradilan Kita*, Ghalia Indonesia, 1981.
- Soehardjo SS, *Politik Hukum dan Perkembangan Masyarakat*, Sinar Baru, Bandung, 1983.
- Soekanto, Soerjono, *Kesadaran Hukum dan Kepatuhan Hukum*, Rajawali, Jakarta, 1982.
- Soemitro, *Pengantar Penelitian Hukum*, Universitas Indonesia, Jakarta, 1986.
- , Ronny Hanitijo, *Metodologi Penelitian Hukum dan Jurimetri*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1990.
- , *Pengantar Kriminologi*, UNS, Surakarta, 1994.
- , *Bahan Kuliah Metodologi Penelitian Hukum*, UNDIP, 2001.
- Sudarto, "Suatu Dilema Dalam Pembaharuan Sistem Pidana Indonesia", Pidato Pengukuhan Jabatan Guru Besar Tetap Dalam Hukum Pidana pada Universitas Diponegoro, Semarang 21 Desember, 1974.
- , *Hukum dan Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, 1981.
- , *Pemidanaan Pidana dan Tindakan*, BPHN, Jakarta, 1982.
- , *Hukum Pidana I*, Fakultas Hukum Undip, Semarang, 1987/1988.
- United Nation, *The Sixth United Nation Congres on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders*, 1980.
- Wibisono, Koento, *Etika Pembangunan Hukum Nasional Dalam Identitas Hukum Nasional*, Fakultas Hukum UII, Yogyakarta, 1997.

