

Umi Rozah Aditya

# ASAS DAN TUJUAN PEMIDANAAN DALAM PERKEMBANGAN TEORI PEMIDANAAN



PENERBIT PUSTAKA MAGISTER  
SEMARANG

**ASAS DAN TUJUAN PEMIDANAAN  
DALAM PERKEMBANGAN  
TEORI PEMIDANAAN**

**Umi Rozah Aditya**

**PENERBIT PUSTAKA MAGISTER**

**2015**

## KATA PENGANTAR

Segala puji bagi Allah S.W.T penulis panjatkan atas selesainya penulisan buku ini. Buku ini sekedar mengumpulkan dan menguraikan kembali asas-asas pidana dan tujuan pidana yang berkembang di dalam teori-teori pidana. Penulisan buku ini terinspirasi dengan asas-asas pidana yang berkembang, baik secara teoretik maupun praktis di dalam penegakan hukum pidana. Sementara itu KUHP (turunan *W.v.S*) sebagai induk dari semua peraturan hukum pidana baik untuk buku I dan buku II dan aturan hukum pidana di luar KUHP hanya bertumpu pada asas legalitas formal dan asas berlakunya aturan pidana menurut tempat saja. RUU KUHP sebagai kodifikasi hukum pidana yang dicitakan telah mengakomodasi perkembangan asas dan tujuan pidana yang *up to date* sebagaimana perkembangan asas dan tujuan pidana di dalam teori Pidana yang berkembang.

Buku ini terdiri atas lima bab sebagai berikut : Bab. I tentang Pengertian Hukum Pidana , Tindak Pidana, dan Pidana. Bab ini membawa pembaca untuk memahami tentang hukum pidana, tindak pidana, dan pidana dari berbagai teori pidana sebagai landasan untuk memahami tentang asas-asas pidana di bab berikutnya. Bab II tentang Pentingnya Asas dan Tujuan Pidana Sebagai Dasar Berpikir Dalam Penjatuhan Pidana. Bab ini menguraikan justifikasi dipahaminya asas dan tujuan pidana di dalam penjatuhan pidana. Bab III tentang Posisi Asas Pidana di dalam Sistem Pidana. Dalam bab ini menguraikan tentang sistem pidana serta posisi asas pidana sebagai landasan berpikir yang mendasari bekerjanya sistem pidana. Bab IV tentang Perkembangan Asas Pidana di dalam Teori Pidana. Di dalam bab inilah penulis menguraikan asas-asas pidana yang berkembang di dalam teori pidana yang dapat dijadikan acuan di dalam penegakan hukum pidana. Bab terakhir yaitu Bab V tentang Perkembangan Tujuan

Pemidanaan Dalam Teori Pemidanaan. Bab ini menguraikan tentang teori yang berkembang di dalam tujuan pemidanaan, di mana tujuan pemidanaan sangat penting di samping asas pemidanaan, sebagai ruh/spirit dalam menjatuhkan pidana.

Besar harapan penulis bahwa buku ini dapat bermanfaat dalam pengembangan wawasan keilmuan tentang pidana dan pemidanaan serta dapat dijadikan acuan teori di dalam ranah praktik penegakan hukum pidana.

Penulis menyadari bahwa penulisan buku ini jauh dari kesempurnaan baik dalam tata bahasa maupun dalam penyampaiannya. Semoga menjadi maklum bagi pembaca.

Semarang, 1 Desember 2014

Penulis

Umi Rozah Aditya

## ABSTRAK

Asas pemidanaan sebagai dasar berpikir yang melandasi bekerjanya sistem pemidanaan sangat penting di dalam penegakan hukum pidana. Aparat penegak hukum pidana khususnya hakim bekerja berdasarkan asas-asas yang berada di belakang norma hukum pidana yang dirumuskan di dalam undang-undang pidana, dalam hal ini KUHP (*W.v.S*) sebagai induk dari hukum pidana yang diberlakukan hingga saat ini masih bertumpu hanya pada asas legalitas formal. Sementara itu dalam tataran teoretik asas pemidanaan berkembang sejalan dengan berkembangnya rasa kemanusiaan dan tuntutan keadilan di dalam menjatuhkan pidana, sehingga pemidanaan lebih bersifat fleksibel karena tidak hanya bertumpu pada asas legalitas formal. Asas-asas dan tujuan pemidanaan yang berkembang di dalam ranah teoretik dapat menjadi acuan di dalam pengembangan wawasan tentang pemidanaan dan praktik penegakan hukum pidana.

Kata Kunci : Asas , Tujuan, Pemidanaan.

## PERSEMBAHAN

Buku ini dipersembahkan kepada :

1. Fidel Betha Aditya (Suami) dan Zidane & Zayyan (Ananda)
2. Alm. Sukarto (Ayahnda) dan Hj. Aqiqoh (Ibunda).
3. Prof. Barda Nawawi Arief, SH, Prof. Dr. Bernard Arief Sidharta, SH, Prof. Dr. Nyoman Serikat Putra Jaya, SH.MH ( Promotor dan Co promotor yang selalu membesarkan hati penulis )

## DAFTAR ISI

Halaman Judul	
Halaman Abstrak	
Halaman Persembahan	
Halaman Kata Pengantar	
Bab.I. Pengertian Hukum Pidana, Tindak Pidana, dan Pidana	1
Bab. II. Pentingnya Asas dan Tujuan Pidana sebagai Dasar Berpikir Dalam Menjatuhkan Pidana	16
Bab. III. Posisi Asas Pidana dalam Sistem Pidana	20
Bab. IV. Asas-Asas Pidana dalam Perkembangan Teori Pidana	45
Bab. V. Tujuan Pidana dalam Perkembangan Teori Pidana	104

## BAB I

### PENGERTIAN HUKUM PIDANA, TINDAK PIDANA DAN PIDANA

Definisi hukum pidana menurut Mezger sebagaimana dikutip oleh Sudarto, adalah aturan hukum yang mengikatkan kepada suatu perbuatan yang memenuhi syarat-syarat tertentu suatu akibat yang berupa pidana.<sup>1</sup> Berdasarkan definisi tersebut, Sudarto menyimpulkan bahwa hukum pidana berfokus pada perbuatan yang memenuhi syarat-syarat tertentu dan pidana. Di mana perbuatan yang memenuhi syarat-syarat tertentu adalah perbuatan yang dilakukan oleh orang (dengan kesalahannya) yang dimungkinkan pemberian pidana. Oleh karena dalam perbuatan yang dapat dipidana ini harus ada orang yang melakukannya, maka persoalan tentang “perbuatan tertentu” diperinci menjadi dua, yaitu perbuatan yang dilarang dan orang yang melanggar larangan itu.<sup>2</sup>

Herbert L. Packer dalam menjelaskantentangkonsephukum pidana mengatakan bahwa:

*“The rationale of the criminal law rest on three concepts : offense, guilt and punishment. These three concepts simbolyze the three basic problems of substance (as opposed to procedure) in the criminal law : (1) what conduct should be designated as a criminal ; (2). what determinations must be made before a person can be found to have committed a criminal offense; (3). What should be done with persons who are found to have committed criminal offenses.”<sup>3</sup>*

---

<sup>1</sup> Sudarto, *Hukum Pidana I*, 2009, Semarang : Yayasan Sudarto, hlm. 13

<sup>2</sup> Loc.Cit.

<sup>3</sup> Herbert L. Packer, *The Limits of The Criminal Sanction*, 1968, California, Stanford University Press, hlm. 17.

Menurut Herbert L. Packer bahwa hukum pidana bertumpu pada tiga masalah substansial, yaitu pertama, masalah tindak pidana (*offense*) berkaitan dengan masalah perbuatan apa yang seharusnya dirancang/didisain sebagai tindak pidana; kedua, tentang penentuan syarat-syarat apa yang harus dibuat sebelum seseorang dapat dikatakan telah melakukan tindak pidana; dan ketiga, tentang pidana, berkaitan dengan apa yang harus dilakukan terhadap orang-orang yang diketahui telah melakukan tindak pidana.

Ian Remelink mengatakan bahwa kata hukum pidana pertama-tama digunakan untuk merujuk pada keseluruhan ketentuan yang menetapkan syarat-syarat apa saja yang mengikat negara, bila negara berkehendak untuk memunculkan hukum mengenai pidana, serta aturan-aturan yang merumuskan pidana macam apa saja yang diperkenankan. Hukum pidana dalam artian *Jus poenale* ini, mencakup<sup>4</sup> :

1. Perintah dan larangan yang atas pelanggaran terhadapnya oleh organ-organ yang dinyatakan berwenang oleh undang-undang dikaitkan (ancaman) pidana, norma-norma yang harus ditaati oleh siapa pun juga;
2. Ketentuan-ketentuan yang menetapkan sarana-sarana apa yang dapat didayagunakan sebagai reaksi terhadap pelanggaran norma-norma itu; hukum penitensier atau lebih luas, hukum tentang sanksi;
3. Aturan-aturan yang secara temporal atau dalam jangka waktu tertentu menetapkan batas ruang lingkup kerja dari norma-norma.

---

<sup>4</sup> Ian Remelink, *Hukum Pidana Komentar atas Pasal-Pasal Terpenting dari KUHP Belanda dan Padanannya dalam KUHP Indonesia*. 2003, Jakarta : Gramedia Pustaka Utama, hlm. 1.

Remelink selanjutnya mengatakan bahwa berbicara tentang *Ius puniendi* yaitu hukum pidana dalam arti subjektif, merupakan hak negara untuk memidana, sehingga seringkali dikaitkan dengan kekuasaan yang dimiliki oleh negara untuk menjatuhkan pidana (*strafgewalt*) dengan aturan-aturan yang telah ditetapkan sebelumnya. Hak tersebut meliputi hak untuk menuntut, penjatuhan pidana, dan eksekusi pidana.<sup>5</sup>

Sementara itu Moeljatno menyatakan bahwa hukum pidana adalah bagian dari hukum yang mengadakan dasar dan aturan - aturan untuk menentukan perbuatan-perbuatan mana yang tidak boleh dilakukan, yang dilarang dengan disertai ancaman sanksi berupa suatu pidana tertentu, bagi barang siapa yang melanggar larangan tersebut. Hukum pidana menentukan kapan dan dalam hal apa kepada mereka yang telah melanggar larangan - larangan itu dapat dikenakan atau dijatuhi pidana sebagaimana telah diancamkan, menentukan dengan cara bagaimana pidana itu dapat dilaksanakan apabila ada orang yang disangka telah melanggar larangan tersebut<sup>6</sup>.

Dengan demikian hukum pidana merupakan dasar atau landasan yang menentukan perbuatan-perbuatan yang tidak boleh dilakukan dalam pergaulan masyarakat, yang di dalamnya termuat pula sanksi berupa pidana bagi para pelanggarnya. Perbuatan jahat dalam arti hukum pidana (*strafrechtelijk*

---

<sup>5</sup>Ibid, hlm. 2

<sup>6</sup>Moeljatno, *Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban Dalam Hukum Pidana*, Pidato, 1955, hlm.4

*misdaadbegrip*) menurut Sudarto adalah perbuatan-perbuatan sebagaimana dirumuskan *in abstracto* dalam peraturan-peraturan pidana, yang selanjutnya disebut sebagai tindak pidana<sup>7</sup>. Tindak pidana merupakan suatu pengertian yuridis, berbeda dengan istilah “perbuatan jahat” atau “kejahatan” yang dapat diartikan secara yuridis atau secara kriminologis.<sup>8</sup>

Moeljatno, dalam prasarannya tentang Atas Dasar Atau Asas-Asas Apakah Hendaknya Hukum Pidana Kita Dibangun? Memandang bahwa perbuatan jahat adalah perbuatan-perbuatan yang dirumuskan unsur-unsurnya dalam KUHP maupun dalam perundang-undangan lain, hal ini tidak menutup pintu bagi larangan perbuatan-perbuatan menurut hukum adat yang hidup dan tidak menghambat pembentukan masyarakat yang dicita-citakan, dengan sanksi adat yang masih dapat sesuai dengan martabat bangsa.<sup>9</sup>

Moeljatno mendefinisikan pengertian *strafbaarfeit* sebagai *feit* atau peristiwa atau perbuatan yang *strafbaaryang* dapat dipidana, yaitu suatu perbuatan dapat dipidana jika melawan hukum dan bertalian dengan kesalahan seseorang yang mampu bertanggungjawab. Hal pokok dari rumusan *strafbaarfeit* terletak baik pada sifat perbuatan yang dilakukan maupun pada sifat orang yang melakukan perbuatan, artinya bahwa orang itu *strafbaar*, dapat dipidana karena perbuatan yang dilakukannya. Selanjutnya

---

<sup>7</sup> Sudarto, Op.Cit, hlm. 62

<sup>8</sup> Ibid, hlm. 65.

<sup>9</sup> Moeljatno, *Fungsi dan Tujuan Hukum Pidana Indonesia dan Rancangan Undang-Undang tentang Asas-Asas dan Dasar-Dasar Pokok Tata Hukum Indonesia*, 1985, Jakarta : Bina Aksara Baru, hlm. 12.

dikatakan bahwa makna dari *strafbaarfeit* adalah kompleks dan tidak tegas, sebab sekali pun menurut kata-katanya menyatakan pikiran tentang *feit* tentang perbuatan, namun menurut teori pada hakikatnya menyatakan sesuatu tentang orang yang melakukan perbuatan, yaitu bahwa dia dapat dipidana karenanya<sup>10</sup>.

Selanjutnya dikatakan oleh Moeljatno bahwa perbuatan tertentu yang dalam masyarakat kecil di seluruh Indonesia dahulu, dilarang keras untuk dilakukan, karena mendatangkan bencana bukan saja pada diri orang yang melanggarnya, tetapi juga bagi masyarakat pada umumnya, yang dikenal sebagai perbuatan yang pantang, tabu, pamali dan sebagainya. Tetapi jika pengertian ini yang dipakai maka pengertian *strafbaarfeit* harus dipecah menjadi dua yaitu pengertian tentang dilarangnya perbuatan, artinya perbuatan yang dilarang dengan sanksi pidana (*criminal act*), yang menandakan bahwa perbuatan yang tertentu itu dilarang keras atau pantang untuk dilakukan, dan kedua pengertian tentang dapat dipidananya orang yang melanggar larangan, berkaitan dengan pertanggungjawaban menurut hukum pidana (*criminal responsibility*), yang menentukan apakah orang yang sudah melakukan perbuatan pidana, benar - benar dapat dijatuhi pidana sebagaimana telah diancamkan. Dalam perbuatan pidana, hanya sifat - sifat perbuatan saja yang menjadi unsur atau ciri, antara lain bahwa perbuatan itu mendatangkan bahaya kepada masyarakat. Perbuatan yang

---

<sup>10</sup> Moeljatno, *Membangun Hukum Pidana*, 1985, Jakarta : Bina Aksara, hlm, 42 - 43.

anti-sosial, *wederechtelijk* yang melawan hukum, yang merintang atau menghambat tercapainya masyarakat adil-makmur. Jika sifat ini tidak ada, walaupun perbuatan telah mencocoki rumusan delik menurut aturan pidana yang tertentu, disebabkan karena adanya alasan pembeda, maka di situ tidak ada perbuatan pidana, sebab yang dilakukan itu dianggap benar dan patut dalam masyarakat.<sup>11</sup>

Sementara itu Emile Durkheim sebagaimana dikutip oleh David Garland, mengartikan kejahatan sebagai berikut :

*“Crimes are not always or everywhere equivalent to acts which are harmful of society, or contrary to the public interest. They are not, then, merely prohibition made for the purpose of rational social defence. Crimes are those acts which seriously violate a society’s conscience collective. They are essentially violations of the fundamental moral code which society hold sacred, and they provoke punishment for this reason”*. (Cetak tebal dari penulis)

Emile Durkheim menitikberatkan pada kesadaran kolektif dan tatanan moral dalam masyarakat yang disakralkan, sehingga mengartikan kejahatan tidak dapat selalu disamakan dengan perbuatan yang merugikan masyarakat atau pun bertentangan dengan kepentingan masyarakat, atau pun karena perbuatan tersebut semata-mata dilarang dengan tujuan rasional untuk melindungi masyarakat. Kejahatan menurut Durkheim lebih diartikan sebagai perbuatan pelanggaran serius terhadap kesadaran kolektif masyarakat, yang pada intinya melanggar tatanan moral di mana masyarakat menganggapnya sakral dan menyebabkan dijatuhkannya pidana.

---

<sup>11</sup> Moeljatno, Op.Cit. hlm. 13

Roeslan Saleh mengatakan bahwa perbuatan pidana ini adalah perbuatan yang anti sosial. Tetapi tidaklah semua perbuatan yang melawan hukum atau yang bersifat merugikan masyarakat ini dapat disebut sebagai perbuatan pidana. Tidaklah semua perbuatan yang merugikan masyarakat diberi sanksi pidana. Begitu pula tidak dapat dikatakan bahwa hanya perbuatan - perbuatan yang menimbulkan kerugian yang besar saja yang dijadikan perbuatan pidana. Jadi syarat utama dari perbuatan pidana adalah kenyataan bahwa ada aturan yang melarang dan mengancam pidana bagi yang melanggar larangan tersebut. Sementara itu perbuatan melawan hukum yang tidak dilarang dan diancam pidana oleh undang-undang, tidak merupakan perbuatan pidana, melainkan hanya memungkinkan orang lain yang menderita karena perbuatan tersebut untuk menuntut penggantian kerugian dalam lapangan hukum perdata.<sup>12</sup>

Sementara itu Herbert L. Packer mendefinisikan tindak pidana dengan mengatakan :

*“What we mean by a “crime” or “offense” is simply conduct that is forbidden by law and to which certain consequences, called punishment, will apply on the occurrence of stated conditions and following a stated process.”*<sup>13</sup>

Tindak pidana atau kejahatan menurut Packer adalah perbuatan yang dilarang oleh hukum dan mempunyai konsekuensi tertentu berupa pidana yang akan dikenakan dengan syarat-syarat dan proses sebagaimana telah ditentukan.

---

<sup>12</sup> Roeslan Saleh, Op.Cit. hlm. 14

<sup>13</sup> Herbert L. Packer, Op.Cit, hlm 18

Selanjutnya Packer mengatakan bahwa kejahatan atau tindak pidana selalu berhubungan dengan pidana (*punishment*). Hal ini sebagaimana dikatakannya bahwa “*Crime is the primary norm; punishment is the sanction. Crime without punishment, or at least the threat of punishment, may be impractical, but it is not illogical*”<sup>14</sup>.

Mengenai pidana (*punishment*) dikatakan oleh Packer dalam penjatuhannya melibatkan banyak hal yang berkaitan dengan penderitaan atau rasa sakit (*pain*), sehingga dibutuhkan pembenaran (*justification*) atas pengenaan derita tersebut. Hal ini berkaitan dengan tujuan yang hendak dicapai dari pengenaan derita sebagai pidana, yang oleh H.L.A. Hart sebagaimana dikutip oleh Packer dikatakan sebagai “*to announce to society that these actions are not to be done and to secure that fewer of them are done*”<sup>15</sup>. Fungsi pidana secara sederhana adalah untuk mengumumkan atau menyampaikan pesan kepada masyarakat tentang perbuatan-perbuatan yang tidak boleh dilakukan dan menjamin bahwa lebih sedikit dari anggota masyarakat yang melakukannya.

Definisi pidana (*punishment*) menurut Hart sebagaimana dikutip oleh Packer harus memenuhi lima karakteristik, yaitu <sup>16</sup>: .

- 1). Pidana harus mengenakan penderitaan atau akibat lain yang tidak mengenakan .

---

<sup>14</sup>Ibid. hlm. 19

<sup>15</sup>H.L.A Hart in Herbert L. Packer.Ibid, hlm. 19.

<sup>16</sup>Ibid, hlm. 21

*(it must involve pain or other consequences normally considered unpleasant).*

2). Pidana harus diperuntukkan bagi perbuatan/ pelanggaran terhadap aturan hukum.

*(it must be for an offense against legal rules).*

3). Pidana harus dijatuhkan kepada orang yang melakukan atau disangka melakukan tindak pidana.

*( it must be imposed on an actual or supposed offender for his offense).*

4). Pidana harus dijatuhkan secara sengaja oleh orang lain selain pelaku.

*(it must be intentionally administered by human beings other than the offender).*

5). Pidana harus dijatuhkan dan dilaksanakan oleh otoritas berwenang yang ditetapkan oleh sebuah sistem hukum terhadap perbuatan yang dilakukan oleh pelaku.

*(it must be imposed and administered by an authority constituted by a legal system against which the offense is committed ).*

Pidana (*punishment*) dilihat dari sisi sosiologi pemidanaan mempunyai banyak arti atau makna, sebagaimana dikatakan oleh David Garland, bahwa "*Punishment, that is not reducible to a single meaning or a single purpose. It is not susceptible to a logical or formulaic definition (as some philosophers of punishment would have it) because it is a social institution embodying and 'condensing' a range of purposes and stored up depth of historical meaning.*"<sup>17</sup> Di sini Garland melihat pidana secara kompleks bukan hanya dari satu definisi dan satu tujuan yang logis

---

<sup>17</sup>David Garland, *Punishment and Modern Society A Study In Social Theory*, Chicago, Chicago University Press, hlm. 17.

*"Punishment is taken to be the legal process whereby violators of the criminal law are condemned and sanctioned in accordance with specified legal categories and procedures. This process is itself complex and differentiated, being composed of the interlinked process of law making, conviction, sentencing, and administration of penalties."*

diadakannya pidana, akan tetapi lebih sebagai institusi sosial yang memasukkan dan memadatkan sekian banyak tujuan dan digali dari makna sejarah yang terpendam secara mendalam.

Selanjutnya Garland mendefinisikan pidana sebagai proses hukum di mana para pelanggar hukum pidana dicela dan dikenai sanksi menurut kategori dan prosedur hukum tertentu. Proses ini sangat kompleks, dibedakan dan tersusun atas mata rantai proses dari pembuatan hukum, proses pemidanaan, penjatuhan pidana dan pelaksanaan pidana . Selanjutnya dikatakan “ *it involves discursive frameworks of authority and condemnation, ritual procedures of imposing punishment, a repertoire of penal sanctions, institutions and agencies for the enforcement of sanctions and a rhetoric of symbols, figures, and images by means of which the penal process is represented to its variation audiences*<sup>18</sup>. Apa yang dikatakan oleh Garland bahwa dalam pemidanaan melibatkan kerangka kewenangan (*authority*) dan pencelaan (*condemnation*) yang tidak bersinggungan satu sama lain, prosedur ritual dalam penjatuhan pidana, daftar sanksi pidana, institusi dan para pejabat penegak sanksi dan simbol-simbol retorika, bentuk dan gambaran dengan berbagai sarana di mana proses pidana mewakili berbagai hal tersebut.

Sejalan dengan pendapat Garland, Andrew Von Hirsch membedakan sanksi pidana dengan kesalahan dalam konteks sehari - hari, dengan

---

<sup>18</sup>Loc. Cit.

mengatakan bahwa *“The criminal sanction announces in advance that specified categories of conduct are punishable. Because the prescribe sanction is one which expresses blame, this conveys the message that the conduct is reprehensible, and should be eschewed. It is not necessarily a matter of incalculating that the conduct is wrong”*.<sup>19</sup> Apa yang dikatakan oleh Hirsch bahwa sanksi pidana mengumumkan sebelumnya tentang kategori-kategori dan perilaku yang dapat dipidana. Hal ini oleh karena menentukan sanksi merupakan pernyataan dari kesalahan, penyampaian pesan bahwa suatu perbuatan dapat dipidana, sehingga perbuatan itu harus dihindari. Menurutny bukanlah hal penting mengenai masalah bahwa perbuatan itu adalah salah.

Garland mengatakan ada dua tujuan primer dari pidana sebagai alat untuk mengurangi dan menahan kejahatan dan dengan metode tertentu digunakan untuk membantu mengendalikan kejahatan, sebagaimana dikatakan *“...its primary purpose is usually represented as being the instrumental one of reducing or containing rates of criminal behavior. It is thus possible to conceive of punishment as being simply a means to a given end --- to think of it as a legally approved method designed to facilitate the task of crime control.*<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> Andrew Von Hirsch, *Censure and Sanctions*, 1993, Oxford New York : Oxford University Press, hlm. 11.

<sup>20</sup> Ibid, hlm.18

Barbara A. Hudson mengatakan bahwa pidana biasanya dibedakan dari jenis-jenis penderitaan dan kerugian lainnya, serta dari konsep kontrol sosial yang lebih luas. Hudson memberikan kriteria pidana sebagai berikut <sup>21</sup>:

1. *It must be involve an evil, an unpleasantness to the victim;*

(pidana harus melibatkan adanya kejahatan dan ketidaknyamanan bagi korban).

2. *It must be for an offence, actual or supposed;*

(Pidana harus ditujukan pada tindak pidana, baik yang telah dilakukan maupun disangkakan);

3. *It must be of an offender, actual, or supposed;*

(pidana harus ditujukan pada pelaku, baik yang sebenarnya maupun tersangka)

4. *It must be work of personal agencies;*

(Pidana harus bersifat personal)

5 *It must be imposed by authority conferred through or by the institutions against the rules of which the offence has been committed.*

(Pidana harus dijatuhkan oleh otoritas / kewenangan yang diberikan melalui atau oleh institusi penegak hukum di mana tindak pidana dilakukan.

6. *The pain or unpleasantness should be at an essential part of what is intended and not merely a coincidental or accident outcome.*

(Penderitaan atau ketidaknyamanan harus menjadi bagian inti yang sengaja dijatuhkan, bukan semata-mata karena hasil dari ketidaksengajaan).

Hudson mengatakan bahwa alasan dijatuhkannya pidana karena untuk kepatutan, mencegah dilakukannya kejahatan selanjutnya, memberikan

---

<sup>21</sup> Barbara A. Hudson, *Understanding Justice An introduction to Ideas, Perspectives and Controversies in Modern Penal Theory*, 1996, Philadelphia : Open University Press, hlm. 1.

ketenangan bagi korban bahwa masyarakat peduli tentang apa yang menyimpannya, mencegah orang lain melakukan perbuatan yang sama, melindungi masyarakat dari bahaya dan ketidakjujuran orang lain; memberi kesempatan pelaku untuk membayar ganti rugi atas perbuatannya, membuat orang lain sadar bahwa hukum harus dipatuhi.<sup>22</sup>

Dalam mengelompokkan alasan-alasan pemidanaan tersebut, Hudson mengatakan bahwa :

*“The reason for punishment listed above fall into two groups : those which are concern with preventing future crimes, and those which are concern with punishing already committing ( or past) crimes.”<sup>23</sup>*

Hudson membagi alasan menjatuhkan pidana atas dua kelompok yaitu kelompok yang menggunakan alasan pidana sebagai pencegahan kejahatan dan kelompok yang menitikberatkan pada penjatuhan pidana atas perbuatan yang telah dilakukan.

Emile Durkheim dengan teori *Division of Labour*, memberi pengertian pidana (*punishment*) sebagai berikut :

*“Punishment was an institution which was connected to the very heart of society. Penal sanctioning represented a tangible example of the collective conscience at work, in a process that both expressed and regenerated society’s values. By analyzing the forms and functions of punishment,*

---

<sup>22</sup> Loc. Cit

*“Punishment was imposed to deserve it; to stop them committing further crimes ; to reassure the victim that society cares about what has happen to him/her; to discourage other people from doing the same thing; make amends for the harm they have caused; to make people realize that law must be obeyed”.*

<sup>23</sup>Ibid, hlm. 3

*could gain systematic insight into the otherwise ineffable core of the moral life around which community and social solidarity were formed. The source of social solidarity which were the fundamental conditions of collective life and social cohesion.” Punishment as a moral phenomenon operating within the circuits of moral life as well as carrying out more mundane social and penal functions. Durkheim conceives of punishment as a straightforward embodiment of society’s moral order, and an instance of how that order represents and sustains itself. Durkheim sees punishment as a social institution which is first and last a matter of morality and social solidarity. The existence of strong bonds of moral solidarity are the conditions which cause punishment to come about, and in their turn, punishment result in the reaffirmation and strengthening of these same social bonds. Durkheim is, of course, aware that these moral aspects are not uppermost in social experience of penal practice. Like most institutions, punishment is generally understood in terms of its mundane, instrumental tasks – the control of crime, the enforcement of law, the restraint of offenders, and so on.”<sup>24</sup>*

Durkheim mengartikan pidana (*punishment*) sebagai institusi yang berhubungan dengan hal yang paling mendasar dari masyarakat. Dengan demikian penjatuhan sanksi pidana merupakan contoh nyata dari bekerjanya kesadaran kolektif dalam masyarakat, dalam sebuah proses yang mengekspresikan sekaligus meregenerasi nilai-nilai yang dimiliki oleh masyarakat. Dikatakan bahwa dengan menganalisa bentuk-bentuk dan fungsi-fungsi pidana, diperoleh pengetahuan sistematis yang mendalam maupun gambaran inti dari kehidupan moral yang melingkupi masyarakat dan solidaritas sosial yang dibentuk. Sumber solidaritas sosial yang mendasar adalah prasyarat adanya kehidupan kolektif dan kerekatan sosial (*social cohesion*). Pidana sebagai fenomena moral bekerja di dalam sirkuit

---

<sup>24</sup> Emile Durkheim dikutip oleh David Garland, *dalam Punishment and Modern Society*, Ibid hlm. 21.

kehidupan moral dengan baik, sebagaimana bekerjanya kehidupan sosial biasa dan fungsi-fungsi pidana. Durkheim memahami pidana sebagai perwujudan tatanan moral dan sebuah contoh bagaimana tatanan itu berperan dan menopang dirinya sendiri secara berkesinambungan. Durkheim melihat pidana sebagai sebuah institusi sosial yang pertama dan terakhir dalam masalah moralitas dan solidaritas sosial. Keberadaan ikatan solidaritas moral yang kuat adalah syarat untuk munculnya pidana dan pada gilirannya pidana menghasilkan penegasan dan penguatan kembali ikatan sosial yang sama. Durkheim tentu saja menyadari bahwa aspek moral ini bukanlah hal terpenting dalam pengalaman praktik pembedaan . Sebagaimana institusi kebanyakan, pidana umumnya dipahami dalam istilah-istilah biasa, mengemban tugas sebagai pengendali kejahatan, penegakan hukum, pencegahan pelaku dan seterusnya.

**BAB II**

**ASAS DAN TUJUAN PEMIDANAAN  
SEBAGAI LANDASAN BERPIKIR DALAM PENJATUHAN PIDANA**

Berbicara tentang pidana adalah berbicara tentang manusia dan pergulatannya didalam mencari kebenaran dan keadilan. Dalam proses peradilan yang panjang, diawali dengan proses penyidikan, penuntutan dan pemeriksaan oleh hakim di pengadilan serta berakhir dengan pidana atau terbebasnya terdakwa dari pidana . Dalam setiap proses peradilan pidana tersebut terdakwa sebagai manusia dihadapkan pada aparat penegak hukum yang juga manusia, sehingga menempatkan manusia sebagai manusia sangat penting di dalam penegakan hukum pidana. Menempatkan manusia sebagai manusia berarti cara bagaimana memperlakukan terdakwa secara manusiawi sebagai manusia yang mencari keadilan atas nasibnya. Sebagaimana dikatakan oleh Roeslan Saleh bahwapersoalan yang lebih penting dalam hukum pidana adalah cara bagaimanakah hukum pidana itu diterapkan. Hukum itu

berdasarkan ketentuan undang-undangnya dikonkretkan dalam hubungan yang bersifat antar manusia, yaitu dari mereka yang telah melakukan perbuatan pidana dan mereka yang berurusan dengan persoalan ini dalam tingkat-tingkat peradilan pidana. Cara bagaimana para pelanggar hukum diperlakukan dalam penerapan hukum pidana sangat menentukan bagi pertanyaan apakah para pelanggar hukum diperlakukan secara adil atau tidak.<sup>25</sup>

Oleh karena itu sebagai lembaga yang dikenakan kepada para pelaku tindak pidana, maka pembedaan harus didasarkan pada aturan yang pengenaannya berdasarkan pada tujuan.

Hal ini sejalan dengan pendapat Casia Sphon tentang pembedaan :

*“Punishment is an institution in almost every society. Only very small and very isolated communities are at a loss about what to do with transgressors, and even they recognize the punishment of children by parents ... It is an institution which is exemplified in transaction involving individuals, transactions that are controlled by rules, laying down what form it is to take, who may order it, and for what”<sup>26</sup>.*

Pembedaan melekat dalam setiap kehidupan masyarakat, untuk mengekspresikan tentang apa yang harus dilakukan terhadap para pelanggar hukum, sekali pun berupa hukuman terhadap anak oleh orang tuanya. Pembedaan adalah lembaga yang menunjukkan transaksi yang melibatkan individu, transaksi yang dikendalikan oleh aturan, berbentuk apa yang harus dilakukan, terhadap siapa pidana itu dikenakan, dan untuk apa pidana itu dijatuhkan.

---

<sup>25</sup>Roeslan Saleh, Mengadili Sebagai Pergulatan Kemanusiaan, 1983, Jakarta, Aksara Baru, hlm. 14.

<sup>26</sup>Casia Sphon, How Do Judges Decide ? the Search for Fairness and Justice in Punishment, 2009, California : Sage Publication, inc, hlm. 1

Dalam proses pencarian keadilan yang diutamakan adalah apakah keputusan hakim yang berisi penjatuhan pidana sudah adil bagi terdakwa, korban, dan masyarakat? Dalam hal ini hakim terikat pada sistem pemidanaan substantive yang tersusun dari asas-asas tentang bagaimana menjatuhkan pidana. Asas hukum adalah dasar berpikir yang berisi ukuran nilai dan melandasi bekerjanya suatu sistem hukum.

Menurut Roeslan Saleh bahwa asas-asas hukum adalah aturan-aturan hukum yang berisikan ukuran nilai, sehingga dapat berfungsi di dalam maupun di luar sistem hukum positif. Dikatakan bahwa sebagai ukuran nilai-nilai maka asas hukum merupakan aturan-aturan tertinggi dari suatu sistem hukum positif. Asas hukum mempunyai fungsiganda, yaitu sebagai fundamen dari sistem hukum positif dan penguji kritis terhadap sistem hukum positif.<sup>27</sup>

Dengan mengacu pada definisi asas hukum menurut Roeslan Saleh, dengan demikian asas pemidanaan dapat dimaknai sebagai dasar berpikir yang berisi ukuran nilai-nilai tertentu ( yang dianut oleh masyarakatnya) dan melandasi bekerjanya sistem pemidanaan. Pentingnya asas pemidanaan di dalam sistem pemidanaan adalah untuk melandasi cara berpikir hakim dalam menjatuhkan pidana.

Praktik pemidanaan selama ini berdasarkan asas-asas pemidanaan yang tersusun di dalam sistem pemidanaan berdasarkan KUHP (*WvS*), di mana asas pemidanaan di dalamnya bertumpu pada asas legalitas yang mengatur berlakunya aturan pemidanaan menurut waktu, di samping asas berlakunya aturan pidana

---

<sup>27</sup>Roeslan Saleh, *Pembinaan Cita Hukum dan Asas-Asas Hukum Nasional*, 1996, Jakarta : Karya Dunia Fikir, hlm. 24-25

menurut tempat dengan asas territorial, asas universal, asas nasional aktif, dan asas perlindungan atau nasional pasif. Asas legalitas formal di dalam KUHP sebagai asas yang menentukan sumber hukum hanyalah undang-undang, sekaligus sebagai asas untuk menentukan apakah perbuatan dapat dipidana atau sebaliknya, menjadi tumpuan bagi hakim dalam mengadili dan memutus perkara pidana.

Asas pemidanaan dalam teori dan praktik di luar KUHP (WvS) saat ini mengalami perkembangan yang sangat pesat baik di dalam tataran legislative perundang-undangan di luar KUHP, maupun di dalam praktik penegakan hukum pidana atas dasar terobosan-terobosan yang dilakukan oleh hakim guna memberikan pemidanaan yang adil bagi pelaku, korban dan masyarakat. Berkembangnya asas-asas pemidanaan di luar KUHP tersebut menggambarkan bahwa KUHP (WvS) sudah usang (*obsolete/outmoded*) dan sekaligus mengabaikan keadilan (*unjust*) yang dikehendaki masyarakat dalam praktik penegakan hukum pidana.

Asas pemidanaan mendasari perumusan norma-norma di dalam perundang-undangan pidana, yang mengikat dan memberi batasan-batasan serta mendasari pikir bagi aparat penegak hukum dalam menjalankan hukum pidana, khususnya bagi hakim dalam menjatuhkan pidana. Di samping asas-asas pemidanaan, peranan tujuan pemidanaan juga sangat penting dalam menjatuhkan pidana. Oleh karena tujuan pemidanaan adalah ruh/spirit bagi hakim dalam menjatuhkan pidana. Pidana dijatuhkan harus sesuai dengan tujuannya yang tidak semata-mata bertujuan pembalasan, akan tetapi juga bertujuan mencegah kejahatan, perlindungan masyarakat, dan pemulihan keadilan bagi pelaku, korban, dan masyarakat.

### **BAB III**

#### **POSISI ASAS PEMIDANAAN DALAM SISTEM PEMIDANAAN**

Menurut Sudikno Mertokusumo, asas hukum adalah pikiran yang bersifat abstrak, umum, dan mendasar.<sup>28</sup> Sementara itu menurut Paul Scolten sebagaimana dikutip oleh Roeslan Saleh, bahwa asas-asas hukum adalah pikiran-pikiran dasar yang ada di dalam dan di belakang tiap-tiap sistem hukum, yang telah mendapat bentuk sebagai aturan perundang-undangan dan putusan pengadilan, dan ketentuan-ketentuan dan keputusan itu dapat dipandang sebagai penjabarannya.<sup>29</sup>

Roeslan Salehsendiri berpendapat bahwa asas-asas hukum adalah aturan-aturan hukum yang berisikan ukuran nilai, sehingga dapat berfungsi di dalam maupun di luar sistem hukum positif. Dikatakan bahwa sebagai ukuran nilai-nilai maka asas hukum merupakan aturan-aturan tertinggi dari suatu sistem hukum positif. Asas hukum mempunyai fungsi ganda, yaitu sebagai fundamen dari sistem hukum positif dan penguji kritis terhadap sistem hukum positif.<sup>30</sup>

---

<sup>28</sup> Sudikno Mertokusumo, *Teori Hukum*, Edisi Revisi, 2012, Yogyakarta : Cahaya Atma Pustaka, hlm. 45

<sup>29</sup> Paul Scholten, dikutip oleh Roeslan Saleh, *Pembinaan Cita Hukum dan Asas-Asas Hukum Nasional*, 1996, Jakarta : Karya Dunia Fikir, hlm. 19

<sup>30</sup> *Ibid*, hlm. 24 - 25

Roeslan Saleh mengemukakan 3 (tiga) ciri dari asas-asas hukum, sebagai berikut <sup>31</sup> :

1. Asas hukum sebagai fundamen dari sistem hukum, karena asas hukum adalah pikiran-pikiran dasar dari sistem hukum.
2. Asas hokum bersifat lebih umum daripada ketentuan-ketentuan undang-undang, dan keputusan – keputusan hukum adalah penjabaran dari asas – asas hukum.
3. Beberapa asashokum berada sebagai dasar darisistem hukum, beberapa lagi berada di belakangnya, jadi di luar sistem hukum itu sendiri, namun demikian mempunyai pengaruh terhadap sistem hukum tersebut.

Asas hukum sebagai pikiran-pikiran dasar menjadi fundamen dari sistem hukum. Lawrence M. Friedman memberikan definisi sistem hukum dalam arti operasional/fungsional bahwa “ *A legal system in actual operation is a complex organism in which structure, substance and culture interact*”.<sup>32</sup> Oleh karena sistem hukum merupakan organ yang kompleks di mana terjadi interaksi antara struktur, substansi dan budaya hukum, maka sistem ini bukanlah sesuatu yang membatasi diri atau mengisolasi diri dari pengaruh luar (*the legal system is not insulated or isolated ; it depends absolutely on inputs from outside* ). Hal ini karena sistem hukum merupakan interaksi antara unsur struktur, substansi dan budaya hukum yang juga tidak lepas dari kekuatan – kekuatan sosial ( *social forces*)yang

---

<sup>31</sup>Ibid, hlm. 20

<sup>32</sup>Lawrence M. Friedman, *The Legal System A social Science Perspective*, 1975, New York : Russel Sage Foundation, hlm. 16

merupakan unsur dari sikap sosial (*social attitude*) dan nilai-nilai (*values*).<sup>33</sup>

Friedman menjelaskan bahwa :

*“The phrase “ social forces” is itself an abstraction, in any event, such forces do not work directly on the legal system. People in society have needs and make demands; these sometimes do and sometimes do not invoke legal process – depending on the culture. Legal culture refers, then, to those parts of general culture – customs, opinions, way of doing and thinking – that bend social forces toward and away from the law and in particular ways.”*<sup>34</sup>

Friedman menggunakan istilah kekuatan sosial (*social forces*) sebagai pengganti dari kekuatan budaya hukum yang merupakan unsur dari perilaku dan nilai-nilai. Kekuatan sosial itu sendiri merupakan sebuah abstraksi yang tidak dapat bekerja secara langsung di dalam sistem hukum, melainkan sangat tergantung pada budaya masyarakatnya . Dikatakannya bahwa budaya hukum mengarah pada bagian umum dari budaya yang terdiri atas kebiasaan (*custom*), pendapat/ gagasan/ ide (*opinions*) dan cara bekerja dan berpikir, yang dengan cara-cara tertentu membelokan kekuatan sosial baik ke arah hukum maupun menjauh dari hukum.

Menurut Friedman, sebagai sistem yang tidak lepas dari kekuatan masyarakat, maka fungsi sistem hukum adalah <sup>35</sup> :

---

<sup>33</sup>Ibid, hlm. 15

<sup>34</sup>Ibid, hlm. 14 – 15.

<sup>35</sup>Ibid, hlm.18

a. Penyelesai Konflik atau Perselisihan (*Settlement of dispute*)

Merupakan fungsi dasar dari system hukum, yaitu menyelesaikan setiap konflik yang muncul dalam masyarakat. Sistem hukum di sini menawarkan perangkat dan tempat di mana orang akan memecahkan konflik dan menyelesaikan masalah mereka.

*(The basic legal function is to offer machinery and a place where people can go to resolve their conflicts and settle their disputes).*

b. Fungsi Kontrol Sosial (*Social Control Function*)

Fungsi ini pada dasarnya adalah fungsi penegakan hukum agar masyarakat berperilaku secara benar atau pantas.

*(Social control function – essentially, the enforcement of rules of right conduct).*

c. Fungsi Pembentukan Norma dalam Masyarakat

Kekuatan sosial sebagai bahan mentah yang diproses dalam sistem hukum memberikan tekanan, di mana tuntutan ini tidak hanya membentuk hukum, tetapi institusi-institusi dari sistem hukum yang menghasilkan tuntutan-tuntutan, mengkristalkannya, dan berubah menjadi aturan-aturan, asas-asas, dan perintah-perintah bagi abdi masyarakat dan masyarakat pada umumnya.

*(Another function of law is to create the norms themselves; these demands “make” law, but the institutions of the legal system harvest the demands, crystalize them, and them into rules, principles, and instructions to civil servants and the general population).*

Antony Allot, sebagaimana dikutip oleh Werner Menski, mengatakan bahwa hukum adalah sistem aturan, yang dalam dunia juristic (hukum) aturan-aturan tersebut dibatasi pada aturan tentang perilaku. Selanjutnya Allot mengatakan pula bahwa :

---

*“A law or legal system comprises norms, institutions and process. Institution of the law comprise both the facilities (e.g. judges) for the operation of processes and the application of the norms, the statuses and relationship identified and controlled by the norms. A law or legal system is a function of an autonomous and distinct society or community, that is an organized body of persons.<sup>36</sup> A legal system is composed of many elements or items, some of which appear in the real world, like policemen, judges, prisons, lawyers, law-books, while some appear to exist only in the meta-world, a mental world floating in the air over the real world : such abstractions as rules, principles, standards, institutions, norms. Law has abstract elements as well as tangible elements. As a complete system it continues to function even (as already remarked) even if no one is thinking about it, even if no one sets out consciously to design and operate it as a system. In this sense it is natural.<sup>37</sup>*

Sejalan dengan pendapat Friedman, maka Allot berpendapat di atas, bahwa hukum atau sistem hukum terdiri atas norma, institusi-institusi dan proses. Institusi hukum terdiri atas perlengkapan (seperti hakim) untuk beroperasinya proses maupun aplikasi norma, keadaan, maupun hubungan-hubungan yang diidentifikasi dan dikontrol oleh norma. Hukum atau sistem hukum adalah sebuah fungsi otonomi dan nyata dari masyarakat atau komunitas yang merupakan sebuah badan yang dikelola oleh orang-orang. Sebuah sistem hukum terdiri atas banyak unsur, yang sebagian nampak dalam dunia nyata seperti polisi, hakim, penjara, pengacara, buku-buku tentang hukum, sementara yang lain berada di dunia metafisik, sebuah dunia mental yang melampaui dunia nyata : seperti abstraksi-abstraksi aturan-aturan, asas-asas, standar-standar, institusi dan norma-norma. Hukum

---

<sup>36</sup> Werner Menski, *Comparative Law in Global Context (Legal System of Asia and Africa)*, 2006, Cambridge : Cambridge University Press, hlm. 178

<sup>37</sup>Ibid, hlm. 181.

mempunyai unsur abstrak sebagaimana unsur yang nyata. Sebagai sistem yang lengkap hukum meneruskan fungsinya, sekali pun tidak ada seorang pun yang memikirkannya, sekali pun tidak seorang pun menyadari disain dan bekerjanya hukum sebagai sebuah sistem, karena hukum bersifat alami.

Dalam menjalankan fungsinya menegakan aturan yang dihasilkan di dalam proses sistem hukum, maka sistem hukum dilengkapi dengan sanksi yang merupakan reaksi terhadap perilaku anggota masyarakat, di mana sanksi dapat berupa hadiah (*reward*) bagi perilaku yang mematuhi hukum atau aturan yang dibentuknya, maupun pidana (*punishment*) bagi perilaku yang melanggar aturan dan bersifat merugikan yang diatur di dalam hukum pidana.

G. Peters Hoefnagels mengatakan bahwa *“the process of sanctioning comprises a delicate system of reward and punishment, the result of which is in the optimum case effective discouragement of norm violation and at the same time an effective encouragement of conformity of such norms.”*<sup>38</sup>

Hoefnagels mendefinisikan sanksi pidana sebagai berikut :

*“Sanction under criminal law are all reactions to law violation, which have been laid down in the law, ( to stop a suspect, to seize him, etc), such reaction will in fact quite often involve implicit or explicit censure. Whether such censure is accompanied by discouragement ( of what should be done), or by encouragement (of what one may do), is not essential for a definition of punishment, but it is methodological question, namely how is human behavior best conditioned ? It may be assumed in principle and in view of*

---

<sup>38</sup> G.Peters Hoefnagels, *The Other Side of Criminology*, 1969, Deventer Holand, Kluwer, hlm. 137.

*human experience that censure and encouragement are both useful for influencing behavior to conform with the law.”*<sup>39</sup>

Jadi sanksi menurut hukum pidana adalah semua reaksi terhadap pelanggaran, yang dijatuhkan berdasarkan hukum. Sanksi semacam ini seringkali mengakibatkan pencelaan baik secara implisit maupun eksplisit. Apakah pencelaan yang disertai dengan penegasan tentang apa yang harus dilakukan, maupun tentang apa yang boleh dilakukan, bukanlah hal penting bagi pengertian pidana, melainkan merupakan pertanyaan tentang metodologi, yaitu bagaimana membiasakan perilaku yang terbaik? Karena diasumsikan baik di dalam asas maupun berdasarkan pengalaman, bahwa pencelaan dan desakan keduanya berguna untuk mempengaruhi agar perilaku taat hukum.

Casia Sphon mengatakan bahwa penjatuhan pidana kepada terdakwa pada akhirnya dihasilkan oleh sebuah kolaborasi yang melibatkan bekerjanya legislator, penuntut, para juri, petugas pengawas, hakim pengadilan, pejabat pemasyarakatan dan para hakim banding<sup>40</sup>.

Andrew von Hirsch dalam bukunya *Sanction and Censure*, mengatakan bahwa tujuan bagi keadilan akan tampak sebagai sebuah tujuan objektif yang disepakati pada sistem sanksi yang berdasarkan

---

<sup>39</sup>Ibid, hlm. 137

<sup>40</sup> Casia Sphons, *How Do Judges Decide? The Search for Fairness and Justice in Punishment*, 2009, California : Sage Publications, Inc, hlm. 60.

*‘The sentence defendants eventually receive are produced by a collaborative exercise involving legislators, prosecutors, jurors, probation officials, trial court judges, correction officials, and possibly appellate court judges.’*

kepatutan/kepentingan dan kemanusiaan, di mana tujuan tersebut sebagai berikut <sup>41</sup> :

- (i). Sistem hukum harus digerakkan oleh aturan, dan skema pemidanaan yang proporsional (tekanannya pada kejahatan yang sama diperlakukan secara sama). Namun demikian, aturan hukum juga tidak dapat menghindar dari perlakuan yang sama terhadap kasus yang berbeda, dan akhirnya hanya menciptakan keadilan yang tampak di permukaan saja.

*( A legal system must operate by rules, and proportionalist sentencing schemes ( with their emphasis on treating similar crimes similarly) particularly require rules. Legal rules, however , inevitably treat dissimilar cases similarly, and thus create only the appearance of equity).*

- (ii).Rasionalitas setimpal menganggap bahwa perilaku jahat adalah salah, dan karena itu pantas untuk menerima celaan yang diekspresikan melalui pidana. Hal ini mengisyaratkan adanya kesepakatan tentang apa yang dianggap benar atau salah, dan hukum pidana berkepentingan atas pemberian kewenangan atas ekspresi yang disepakati tersebut.

*(A deservrationale assumes that criminal conduct is wrongful, and hence deserving of censure expressed through punishment. It thus presupposes consensus about what is deemed right or wrong, and a criminal law capable of giving authoritative expression of that consensus ).*

- (iii).Banyaknya pelaku kejahatan yang datang dari kalangan penduduk yang tertinggal. Kesalahan pada orang-orang ini diragukan, karena kesempatan yang terbatas bagi mereka untuk memahami dan mematuhi hukum. Sehingga untuk berkata bahwa bagi pelaku tersebut dikenakan pidana yang setimpalberdasarkan perbuatan mereka hanyalah khayalan belaka.

*(Many criminal offenders come from deprived segments of the population. The blameworthiness of such persons conduct is in doubt, given their limited opportunities to abide by the law. To speak of underprivileged offenders as deserving of punishment, and to try to celebrate their penalties on the basis of how much they might deserve, is a fiction).*

---

<sup>41</sup>Andrew von Hirsch, Op. Cit, hlm. 103.

(iv). Proporsionalitas yang menjadi tekanan pada perlakuan yang sama terhadap pelaku yang melakukan perbuatan yang sama, bertentangan dengan nilai lainnya yang menitikberatkan pada kehematan sanksi, jika sebuah konflik terjadi maka sistem pemidanaan yang berkemanusiaan harus diterapkan secara lebih hemat.

*(Proportionality, which it emphasizes on equal treatment of those convicted of equally reprehensible conducts, conflicts with another value; that of parsimony. Where such a conflict occurs, a humane penal system should prefer parsimony).*

Pemidanaan menurut Hoefnagels adalah sebuah proses di mana seseorang dengan kewenangannya melakukan tindakan terhadap orang lain atas dasar pelanggaran hukum, dengan paksaan (*coercion*) sebagai karakteristiknya, pencelaan (*censure*) sebagai sarana utamanya, dan teguran (*reprimand*), tujuan kembali ke masyarakat dan hubungan antar manusia serta desakan yang mengarah pada perilaku yang baik sebagai pendekatannya, penyelesaian konflik dan usaha mempengaruhi pelaku serta orang lain yang kurang taat hukum sebagai tujuannya, di mana kewenangan untuk memidana adalah masalah yang berhubungan dengan norma dan nilai-nilai dari hukum pidana dan hukum acara pidana.<sup>42</sup>

Mengenai hak memidana Andrew Ashworth mengatakan sebagai berikut:

*“It is often assumed that the right to punish is simply one aspect of the modern sovereign state, but any such assumption is disputed by those who proclaim that victims and their families, or victims and communities ( through restorative justice ), ought to be central to responses to crime. Justifications for assigning the central role to the state are often derived*

---

<sup>42</sup> Hoefnagels, Op. Cit, hlm. 138.

*from social contract theories, the essence of which is that citizens give up their 'natural' right to use force against those who attack their interests and hand it over to the state, in return for the state's promise to protect them by maintaining law and order. Citizens retain a limited right of self-defence, but apart from that the state takes charge of enforcing the law, maintaining courts and providing the institutions of punishment.”*<sup>43</sup>

Hak memidana adalah satu aspek sederhana dari kedaulatan negara modern, akan tetapi asumsi seperti ini diperdebatkan oleh pihak yang menyatakan bahwa korban, keluarga korban dan masyarakat (*melalui restorative justice*), harus menjadi perhatian dalam merespon kejahatan. Adapun pembenaran untuk menyerahkan peranan memidana kepada negara diturunkan dari teori-teori kontrak sosial, yang intinya bahwa warga negara menyerahkan hak-hak dasarnya kepada negara untuk menggunakan paksaannya terhadap pelanggar yang menyerang kepentingan warga, dan sebaliknya negara mengembalikannya berupa janji untuk melindungi warganya melalui penegakan hukum dan ketertiban masyarakat. Di sini warga negara masih mempunyai hak untuk membela diri, tetapi tidak melampaui tugas negara seperti penegakan hukum, penyelenggaraan peradilan dan penetapan pidana.

Sementara itu pembenaran untuk menentukan peranan pokok negara seringkali diturunkan dari teori-teori kontrak sosial, di mana intinya bahwa warga negara menyerahkan hak-hak dasarnya (*natural right*) untuk menggunakan kekuatan melawan pihak yang hendak menyerang

---

<sup>43</sup> Andrew Ashworth, *Sentencing and Criminal Justice*, Forth Edition, 2005, New York : Cambridge University Press, hlm. 71

kepentingannya yang diserahkan kepada negara, dengan keuntungan balik berupa janji negara untuk melindunginya dengan menjaga hukum dan ketertiban. Warga negara tetap mempunyai hak-hak yang terbatas, yaitu hak mempertahankan dirinya dan di sini negara mempunyai kesempatan untuk menegakan hukum, menjalankan peradilan dan lembaga pemidanaan.

Menurut Ashworth ada pendekatan lain yang membenarkan peranan negara dalam pemidanaan sebagai kebutuhan untuk menggantikan balas dendam individual (*individual revenge and retaliation*) dengan menetapkan sebuah badan independen, yang berwenang merespon kejahatan. Negara di sini bukanlah sebagai wakil dalam pembalasan dendam (*proxy retaliator*), tetapi negara juga mempunyai tugas untuk bertindak berdasarkan keadilan dan kemanusiaan untuk melaksanakan fungsi pemidanaan, yang justru seringkali memunculkan jurang pemisah yang tajam (*displacement gap*) antara apa yang diinginkan publik dan media untuk melihat cara pemidanaan, dengan apa yang dapat dan harus dilakukan oleh negara.<sup>44</sup>

Inkeri Antilla memberikan ciri khusus dari sistem hukum pidana adalah membatasi penggunaannya sebagai sebuah metode dalam mendukung

---

<sup>44</sup>Loc. Cit.

*Another approach would be to justify the state's role in punishment by reference to the need to displace individual revenge and retaliation by maintaining a social practice that constitutes an independent and authoritative response to crime. This does not constitute the state as a 'proxy retaliator': the state has the duty to act with justice and with humanity in discharging the function of punishment, and often there may be a 'displacement gap' between what the public or the media would like to see by way of punishment, and what the state's institutions can and should provide.*

kebijakan sosial, di mana aturan pidana dan ppidanaan hanya menjadi fungsi sekunder saja, karena itu tidak dapat digunakan sebagai pedoman bagi perkembangan masyarakat.<sup>45</sup>

Dengan demikian dapat dikatakan bahwa sistem ppidanaan yang ada di dalam sistem hukum pidana hanya sebagai aturan pendukung guna tercapainya tujuan masyarakat.

Ppidanaan bukanlah sesuatu yang terisolasi dari latar (*setting*) sosial dan politik yang lebih luas. Dalam rangka menjelaskan hal ini Ashworth menguraikan dari beberapa teori yang mencoba membuat pendekatan ppidanaan yang lebih responsif terhadap kondisi sosial dan harapan - harapan masyarakat, dengan meminjam beberapa teori sebagai berikut<sup>46</sup> :

- (i) **Barbara Hudson** insists that priority should be given to crime prevention and to reducing the use of custody by the penal system. Changes in social policy relating to employment, education, housing and leisure facilities are far more important to justice than narrow debates about proportionality of sentence. And when it comes to sentencing, there should be greater concern with 'the problems of whole human beings' rather than with particular pieces of behaviour: the state should not 'privilege events over people' and should place more emphasis on the provision of rehabilitative opportunities. However, such developments at the sentencing stage should take place within a framework set by proportionality theory.

---

<sup>45</sup> Inkeri Antilla, Helsinki, *Trends in Criminal Law*, dalam *Criminal Law in Action an Overview Current Issues in Western Societies* Gouda Quint, Arhem, hlm. 39

*The special features of the system of criminal law limits its use as a method of promoting societal policy. It is part of the nature penal provision and punishment that they are secondary. They cannot be used to guide the development of society.*

<sup>46</sup> Andrew Ashwort, Op. cit .hlm. 87 - 88

(Prioritas harus diberikan pada pencegahan kejahatan dan pengurangan penggunaan pidana penjara oleh sistem pemidanaan. Perubahan dalam kebijakan sosial yang berkaitan dengan pekerjaan, pendidikan, perumahan, dan kenyamanan fasilitas jauh lebih penting bagi keadilan daripada perdebatan tentang proporsionalitas pidana . Jika sampai pada pemidanaan, maka harus ada perhatian yang lebih besar terhadap masalah - masalah kemanusiaan daripada pembicaraan tentang bagian - bagian dari perilaku manusia. Negara tidak boleh melampaui hak manusia dan harus memberi tekanan yang lebih pada aturan tentang rehabilitasi. Namun demikian perkembangan tahap pemidanaan ini telah menempatkan kerangka kerja melalui teori proporsionalitas).

(ii). *Nicola Lacey likewise argues that the first step must be the state's recognition of its duty to foster a sense of community by providing proper facilities and fair opportunities for all citizens. Once this has been achieved in a community, punishment is justified as reinforcing the values that it has been decided to protect through criminal law. The proportionality principle would remain important in sentencing, but so would the conflicting value of promoting the welfare of the community . Lacey disagrees both with desert theorists and with preventionists in their insistence on assigning general priority to a single value: for her, while the core of each value must be preserved, compromises have to be negotiated separately and sensitively, with due attention to the avoidance of gender and racial bias. However, Lacey recognizes that community determinations of these issues raise further questions of limits and of enforcement, and that vigilance must be maintained in order to ensure that the arrangements remain inclusive and do not produce new forms of social exclusion.*

(**Nicola Lacey** menekankan bahwa langkah pertama adalah negara mengakui tugasnya untuk membantu perkembangan kepekaan masyarakat dengan memberikan fasilitas yang tepat dan kesempatan yang adil bagi seluruh warganya. Jika hal ini telah dicapai dalam masyarakat, maka pidana dibenarkan sebagai penegakan kembali nilai-nilai yang telah terputus untuk melindungi masyarakat melalui hukum pidana. Asas proporsionalitas akan tetap penting di dalam pemidanaan, tetapi juga akan memunculkan konflik nilai dalam mendukung perwujudan kesejahteraan masyarakat. **Lacey** tidak menyetujui baik para penganut teori proporsional (*desert theorist*) maupun teori pencegahan. Baginya inti dari masing-masing nilai harus dilindungi . Namun demikian **Lacey** mengakui bahwa penentuan masyarakat atas masalah-masalah yang muncul lebih jauh tentang batasan dan penegakan hukum pidana dan kewaspadaan

masyarakat harus dilestarikan untuk menjamin rancangannya tetap inklusif dan tidak menghasilkan bentuk-bentuk baru di luar konteks sosial).

(iii). **John Braithwaite and Phillip Pettit** develop what they term a republican theory of criminal justice. Its central value is dominion, defined in terms of each citizen's ability to make life choices, within a social and political framework which each citizen has participated in shaping, and then to be protected in those choices. In its responses to offending, the criminal justice system should adopt a system of minimum intervention, but may pursue policies of prevention through sentencing where appropriate. Proportionality of sentence is not a primary concern. Indeed, republican theory would decouple censure from sentencing. Censure might be achieved more effectively by shaming and other forms of social reaction, and a particular sentence might be lower if the prospects for shaming seemed good.

(**John Braithwaite dan Phillip Petit** mengembangkan teori Republika tentang peradilan pidana. Nilai pokoknya adalah kekuasaan, yang menentukan bahwa setiap individu mempunyai kemampuan untuk membuat pilihan-pilihan dalam sebuah kerangka sosial dan politik, di mana setiap warga berpartisipasi dalam pembentukan dan perlindungan terhadap pilihan-pilihannya. Dalam merespon perbuatan-perbuatan yang tidak dikehendaki, sistem peradilan pidana harus mengadopsi sebuah sistem yang berintervensi secara minimum, melainkan juga melalui kebijakan pemidanaan yang tepat. Proporsionalitas pidana bukanlah perhatian utama. Sekalipun Teori Republika tidak merangkai pencelaan dari pemidanaan. Pencelaan harus dicapai lebih efektif dengan mempermalukan / membuat malu (*shamming*) dan bentuk-bentuk reaksi sosial lainnya, dan sebuah pidana yang khusus dapat diterapkan jika cara ini memungkinkan mempermalukan tampak lebih baik).

Ashworth mendefinisikan sistem pemidanaan sebagai sebuah institusi masyarakat (sekitar keluarga, agama, angkatan bersenjata dll), yang dalam konteks ini pemidanaan adalah institusi untuk mengekspresikan nilai-nilai sosial sebagaimana sarana untuk mewujudkan tujuan penology klinis. Adanya kesadaran bahwa konteks yang lebih luas membuat lebih mudah untuk

memenuhi nilai-nilai seperti keadilan, kemanusiaan, toleransi, kesusilaan, dan kesopanan harus menjadi bagian dari kesadaran lembaga pidana yang menjadi aspek yang melekat dan konstitutif dari peranannya.<sup>47</sup>

Sejalan dengan pendapat Ashworth yang menitikberatkan pada fungsi pemidanaan sebagai sarana mengekspresikan nilai-nilai sosial dalam sistem pemidanaan, Emile Durkheim berpendapat bahwa hukum pidana dan sistem pemidanaan sebagai cara masyarakat mengekspresikan aturan – aturan dan nilai-nilai; batasan-batasan moral yang ditentukan di dalamnya dan menjaganya melalui pernyataan pemidanaan bagi kejahatan yang melanggarnya.<sup>48</sup>

Pendapat Peters, sebagaimana dikutip oleh Sudarto bahwa tugas juridis dari hukum pidana bukannya mengatur dan mengontrol masyarakat, akan tetapi mengatur dan mengontrol penguasa.<sup>49</sup> Sementara itu hukum berisi nilai-nilai dan asas-asas yang berkedudukan otonom, fungsi pengendalian masyarakat

---

<sup>47</sup>Ibid, hlm 91.

*The penal system may be regarded as one of the institutions of society (along with the family, religion, the armed forces etc.), and in this context sentencing is an institution for the expression of social values as well as an instrumental means to a clinical penological end. An awareness of this wider context makes it easier to argue that the pursuit of values such as justice, humanity, tolerance, decency, humanity and civility should be part of any penal institution's selfconsciousness an intrinsic and constitutive aspect of its role – rather than a diversion from its 'real' goals or an inhibition on its capacity to be 'effective.*

<sup>48</sup>Emile Durkheim dikutip oleh Barbara Hudson, *Understanding Justice an Introduction to ideas and Controversies in Modern Penal theory*, 1996, Baltimore – Buckingham : Open University Press, hlm 8

*“Criminal law and the system of punishment as way in which society expressed its rules and values; the moral boundaries were defined and maintained by the pronouncement of penalties for crime”* .

<sup>49</sup>Peters dalam Sudarto, *Hukum dan Hukum Pidana*, 1986, Bandung, Alumni, hlm. 10.

untuk penyelenggaraan ketertiban dan penanggulangan kejahatan harus berorientasi kepada asas-asas tersebut. Asas-asas ini bukannya bersifat transendental atau melampaui kenyataan yang dapat disaksikan oleh pancaindra, artikulasi pembabaran asas-asas ini tergantung dari kondisi-kondisi sosial. Ini berarti bahwa asas-asas ini *open-ended*, *multi-interpretable* dan *Gesellschaftsgebunden*, bukannya bersifat absolut seperti pandangan juridis yang tradisional.<sup>50</sup>

Sementara itu Hulsman sebagaimana dikutip oleh Barda Nawawi Arief mendefinisikan sistem pidana sebagai aturan perundang-undangan yang berhubungan dengan sanksi pidana dan pidana (*the statutory relating to penal sanctions and punishment*)<sup>51</sup>.

Barda Nawawi Arief mengatakan apabila pengertian “pidana” diartikan secara luas sebagai suatu proses pemberian atau penjatuhan pidana oleh hakim, maka dapatlah dikatakan bahwa sistem pidana 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 pidana fungsional dalam arti luas. Sedangkan

---

<sup>50</sup>Loc. Cit.

<sup>51</sup> H.L.C. Hulsman dikutip Barda Nawawi Arief, *Perkembangan Sistem Pidana di Indonesia*, 2011, Semarang : Pustaka Magister , hlm. 1

dalam arti sempit hanya mencakup aturan/ketentuan hukum pidana materiil (substantif)<sup>52</sup>.

Barda Nawawi Arief melihat sistem pemidanaan dari 2 (dua) sudut, yaitu<sup>53</sup>:

a. Dalam arti luas, sistem pemidanaan dilihat dari sudut fungsional, yaitu sudut bekerjanya/prosesnya, sehingga dapat diartikan sebagai :

- Keseluruhan sistem (aturan perundang-undangan) untuk fungsionalisasi/operasionalisasi/konkretisasi pidana;
- Keseluruhan sistem (perundang-undangan ) yang mengatur bagaimana hukum pidana ditegakkan atau dioperasionalkan secara konkret sehingga seseorang dijatuhi sanksi pidana.

Pandangan sistem pemidanaan secara luas ini identik dengan sistem penegakan hukum pidana yang terdiri dari sub sistem Hukum Pidana Materiil/ Substantif, subsistem Hukum Pidana Formil dan sub sistem Hukum Pelaksanaan Pidana. Ketiga subsistem tersebut adalah satu kesatuan dalam sistem pemidanaan, karena tidak mungkin hukum pidana dioperasionalkan secara konkret hanya dengan salah satu subsistem saja.

b. Dalam arti sempit, sistem pemidanaan dilihat dari sudut normatif/substantif, yaitu hanya dilihat dari norma-norma hukum pidana

---

<sup>52</sup>Barda Nawawi Arief, *Kebijakan Formulasi Ketentuan Pidana Dalam Peraturan Perundang-undangan*, 2012, Semarang : Pustaka Magister, hlm. 4

<sup>53</sup> Loc. Cit

substantif. Dalam arti sempit ini, maka sistem pidanaaan diartikan sebagai :

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

Dengan demikian, keseluruhan peraturan perundang-undangan (*statutory rules*) yang ada di dalam KUHP maupun di dalam undang-undang khusus di luar KUHP, pada hakikatnya merupakan satu kesatuan sistem pidanaaan, yang terdiri dari “aturan umum” (*general rules*) dan “aturan khusus” (*special rules*) sebagai sistem pidanaaan substantif.

Menurut Nils Jareborg, pembentukan sistem pidanaaan adalah hasil dari perkembangan sejarah, sedikit pembaharuan hukum yang mengkaitkan dengan sistem secara keseluruhan, sehingga faktanya hanya sedikit yang muncul, yang dapat diharapkan dari sistem untuk mengekspresikan satu kesatuan hubungan dalam sistem<sup>54</sup>.

Selanjutnya dikatakan oleh **Nils Jareborg** bahwa<sup>55</sup>:

*If we look at the system as a whole, the corresponding questions will be :*

(i). *Should we keep a penal system and if so, why?*

*Even if one may doubt that a penal system is more than a barely adequate respon to social problems, it seems to be practically impossible to find an alternative that hasn't even greater disadvantage. To direct people behavior by threat of punishment is a “method of government” that is seen as*

---

<sup>54</sup> Nils Jareborg, *Coherence of The Penal System, dalam Criminal Law in Action An Overview of Current Issued in Western Society*, Gouda Quint by Arhem, hlm. 334

<sup>55</sup> Loc. Cit

*necessary for the preservation of the state protection of the public and securing citizen fairly decent life.*

*(ii).Should the system be made more coherent and if so, how?*

*If we look at the form of modern penal code everywhere, we find that the threat of punishment in principle (i). is aimed at persons who are judged to be morally responsible for their unlawful deeds; (ii). Is differentiated so that penal provision express valuation of (relative) reprehensibleness of the type of deed in question ( abstract penal value).*

Dengan demikian, sistem pidana harus merupakan kesatuan dari sistem secara keseluruhan, karena sistem pidana adalah respon atau reaksi dari masalah-masalah sosial yang menjadi pilihan, karena tidak ada pilihan lain yang tidak menimbulkan kerugian yang lebih besar selain daripada sistem pidana. Sistem pidana beserta ancaman pidananya, di mana pidana ditujukan kepada orang yang secara moral telah melakukan perbuatan yang melawan hukum, adalah metode pemerintah untuk menjamin perlindungan terhadap warganya.

Dalam rangka digunakannya pidana sebagai metode atau sarana yang digunakan oleh pemerintah untuk melindungi warganya, maka guna menjawab masalah tentang pembedaan digunakannya pidana (*justifying punishment*), harus dikombinasikan antara rasionalitas dalam sistem pidana dan rasionalitas dalam sistem secara keseluruhan, antara perbedaan tingkatan dalam sistem pidana (kriminalisasi, pidana, dan eksekusi) serta perbedaan antara pertanyaan “mengapa” dan pertanyaan “bagaimana”.

Hal ini penting untuk menggunakan pidana sebagai ekspresi yang mencerminkan kadar perbuatan yang dapat dipidana, sebagaimana dikatakan oleh *Nils Jareborg* sebagai berikut<sup>56</sup> :

*To solve the problem of justifying punishment, we have to combine three different distinction :*

- (1). *The different between reasons within the penal system and reasons concerning the system as a whole;*
- (2). *The different between different levels within the penal system (criminalization – sentencing – execution), and;*
- (3). *The different between why–questions and how–questions.*

*“Penalty ensues upon a crime. What is a crime depends on what is criminalized. The criminalization logically creates the possibility to commit a crime and its contains a general threat : if anyone does X , he will suffer. A penalty is administered whensomeone has committed a crime. It must in the individual case be established that a certain person has done something unlawful. Administered penalty realize the general threat : the threat was not empty words, but sentencing is not enough, the sentence must also be executed. “*<sup>57</sup>

Dikatakan bahwa pidana sangat bergantung pada kejahatannya, perbuatan apa yang dikategorikan sebagai kejahatan tergantung pada perbuatan yang dikriminalisasikan. Secara logis kriminalisasi menciptakan kemungkinan perbuatan-perbuatan yang akan dilakukan dan berisi ancaman yang bersifat umum. Pidana dikenakan saat seseorang melakukan kejahatan. Dalam kasus individual harus ditetapkan bahwa orang tertentu telah melakukan suatu perbuatan yang bersifat melawan hukum. Pelaksanaan pidana

---

<sup>56</sup>Ibid, hlm. 329

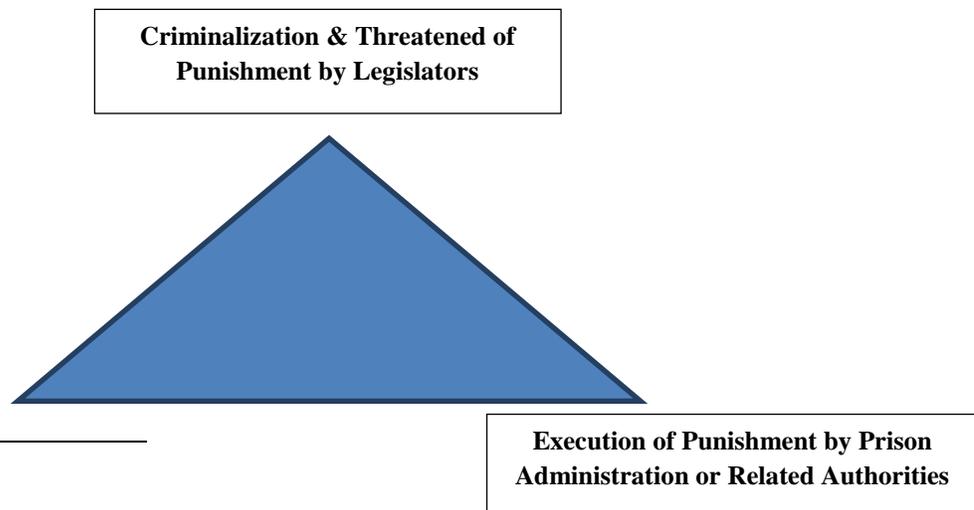
<sup>57</sup>Ibid. hlm. 330

merealisasikan ancaman yang dibuat untuk umum semua orang, bahwa ancaman pidana bukanlah kata-kata kosong belaka, pidana tidaklah cukup melainkan harus dilaksanakan atau eksekusi harus dilaksanakan.

Dengan demikian menurut Nils jareborg kita menemukan sebuah struktur dalam sistem pemidanaan yang terdiri atas tiga tingkatan (*three level*) yaitu kriminalisasi dan pengancaman pidana – keputusan hakim tentang pemidanaan – eksekusi pidana, yang di dalam sistem peradilan pidana modern perbedaan kewenangan ini akan berakibat pada perbedaan tingkatan yaitu legislator – pengadilan – lembaga penjara – instansi terkait lainnya.

Hal ini dikatakan oleh Nils Jareborg sebagai berikut :

*“so we find a structure of three levels : criminalization and threatened of punishment --- adjudication of punishment – execution of punishment. In modern criminal justice systems different authorities are responsible for different levels : legislators – courts – prison administration and related authourities”*<sup>58</sup>



<sup>58</sup>Loc.Cit.

**Adjudication of Punishment by Courts**

Apabila mengacu pada struktur sistem pemidanaan yang dikemukakan oleh Nils Jareborg, maka sistem pemidanaan meliputi kriminalisasi perbuatan pidana dan pengancaman pidananya yang merupakan hasil kerja para legislator atau pembuat undang-undang, proses pemidanaan dan penjatuhan pidana yang dilakukan oleh lembaga pengadilan, dan eksekusi atau pelaksanaan pidana dilakukan oleh lembaga masyarakat atau lembaga lain terkait dengan eksekusi.

Barda Nawawi Arief dengan istilah yang berbeda menyebutnya sebagai sistem pemidanaan dalam arti luas yang dilihat dari sudut fungsional/konkretisasi/operasionalisasi bekerjanya hukum pidana. Barda mengidentikkan dengan sistem penegakan hukum pidana yang terdiri atas : subsistem hukum pidana materiil, sub sistem hukum pidana formil dan sub sistem hukum pelaksanaan pidana<sup>59</sup>.

Nils Jareborg dalam bagian artikelnya tentang *The Design of Penal System*, mengatakan bahwa dalam perkembangan sejarahnya lembaga pemidanaan selalu berhubungan erat dengan bagaimana hakim harus memidana dan seberapa berat pidana yang dijatuhkan kepada pelaku, dan bagaimana pidana itu dieksekusi/atau dilaksanakan. Secara terpisah tentang

---

<sup>59</sup> Barda, Op.Cit, hlm. 1 dan 2.

bagaimana legislator melakukan kriminalisasi terhadap perbuatan yang dilarang, apa yang terjadi dalam tahap kriminalisasi selalu berhubungan dengan apa yang terjadi pada tahap pemidanaan dan sebaliknya. Ketika perbuatan sudah dikriminalisasi, maka legislator dapat menyerahkannya kepada lembaga pengadilan dan lembaga eksekusi untuk melaksanakannya serasional mungkin. Akan tetapi pada masyarakat modern telah mengatur pemidanaan dan eksekusinya serta membatasi ruang lingkup wewenang hakim dan pelaksana eksekusinya.<sup>60</sup>

Dalam konteks hukum pidana Indonesia, keseluruhan sistem hukum pidana substantif terdiri atas “aturan umum” (“*general rules*”) dan “aturan khusus” (“*special rules*”). Jika dilihat dari keseluruhan sistem penegakan hukum pidana substantif, undang-undang khusus di luar KUHP hanya merupakan “sub-sistem”, karena pada umumnya hanya merumuskan tindak pidana/delik khusus. Undang-undang khusus tidak mengatur keseluruhan

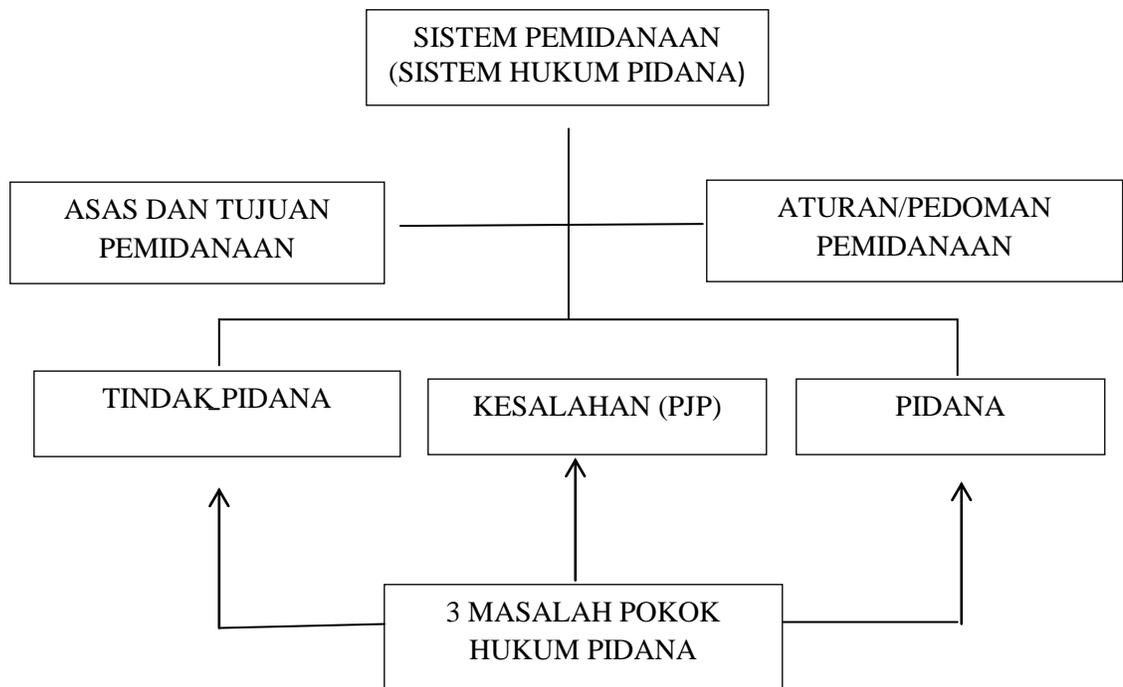
---

<sup>60</sup>Nils Jareborg, Op.Cit. hlm. 331 dan 332.

*The historical development of the institution of punishment is closely connected the activities of the courts. This could be one reason why the question “ how should we punish? Often has been taken to be identical with question, how the judge should treat the individual who has just been proven guilty of a crime. It is thus précised as the question “how much should the offender be punished ? What happen on the level of criminalization is connected with what happen on the level of sentencing, and vice versa. The judge is bond by the legislation. The judge’s action can also be influenced by what he knows happen on the level execution. To keep the level apart become tricky when we look at what regulate sentencing and execution and restrict the scope of action for judges and executing authorities the legislators do. When an act or omission has been criminalized the legislators could leave to the court and executing authorities to act as rationally as possible. But in modern societies they regulate sentencing and execution and restrict the scope of action for judges and executing authorities.*

bangunan/ konstruksi konsepsional sistem hukum pidana yang bersifat umum (“ajaran-ajaran umum” atau “*algemene leerstukken*” / “*algemene lehren*”).<sup>61</sup>

Barda Nawawi Arief menggambarkan sistem pemidanaan substantif dengan skema sebagai berikut :



<sup>61</sup>Barda Nawawi Arief, Op.cit hlm. 6

Menurut Barda Nawawi Arief, dari bagan di atas tampak, bahwa tiga masalah pokok hukum pidana yang berupa “tindak pidana” (*strafbaarfeit/criminal act/actus reus*), “kesalahan” (*schuld/guilt/mens rea*) dan “pidana” (*straf/punishment/poena*), sebenarnya hanya merupakan komponen/sub-sistem dari keseluruhan sistem hukum pidana yang pada hakikatnya juga merupakan sistem pemidanaan. Dilihat dari sistem pemidanaan ketiga masalah pokok itu bukan pilar-pilar yang berdiri sendiri, namun berada di dalam bangunan sistem yang lebih besar yang biasanya disebut bagian umum (*general part*) atau aturan/ketentuan umum (*general rules*). Di dalam aturan umum ini dimasukkan bangunan konsepsional sistem hukum pidana (sistem pemidanaan), yang mencakup ketentuan mengenai asas-asas, tujuan pidana/pemidanaan, aturan/pedoman pemidanaan, serta berbagai pengertian/batasan yuridis secara umum yang berkaitan dengan ketiga masalah pokok (tindak pidana, kesalahan, dan pidana).<sup>62</sup>

---

<sup>62</sup>Ibid, hlm. 7

## BAB IV

### PERKEMBANGAN ASAS PEMIDANAAN DALAM PEMBAHARUAN HUKUM PIDANA NASIONAL

*“Penal reform to refer to changes in laws, policies, and practices that govern judges' sentencing decisions and the operation of sanctioning programs from probation to prison. Sometimes these changes are aimed at making punishments harsher or more humane, but more often they have sought to reduce costs, increase efficiency, or make decisions in individual cases more consistent, accountable, or transparent”.*

*(Michael Tonry,2001).*

#### A. Pengertian Dan Ruang Lingkup Pembaharuan Hukum Pidana

Pembaharuan hukum pidana adalah agenda bangsa Indonesia yang dilakukan sejak tahun 1963. Usaha untuk memperbaharui hukum pidana muncul dari adanya kesadaran bersama bahwa *Pertama*, hukum pidana yang berlaku pada saat ini bukanlah hukum pidana produk asli bangsa Indonesia akan tetapi merupakan produk kolonial Belanda, sehingga nilai-nilai di

dalamnya tidak sesuai dengan nilai-nilai yang dianut oleh bangsa Indonesia. **Kedua**, bahwa seiring dengan perkembangan zaman dan peradaban manusia yang sangat memperhatikan hak asasi manusia maka dirasakan perlu diadakan pembaharuan hukum pidana yang disesuaikan dengan perkembangan asas-asas pemidanaan yang lebih manusiawi. **Ketiga**, bahwa di dalam pemidanaan juga harus memperhatikan efektivitas dan efisiensi dalam usaha memberantas kejahatan, sehingga pemidanaan tidak lagi dipandang bersifat universal atau “pukul rata” untuk semua pelakuberdasarkan perbuatan saja, melainkan untuk efektivitas dan efisiensi pemidanaan harus lebih bersifat individual dengan mengedepankan individualisasi pidana. Pembaharuan hukum pidana diperlukan dalam rangka mencapai efektivitas dan efisiensi dalam pemidanaan mendatang. **Keempat**, adanya kenyataan dalam perkembangan teori pemidanaan yang memandang korban sebagai pihak yang dirugikan sebagai akibat kejahatan, sehingga muncul masalah tentang hak-hak korban dalam pemidanaan. Pembaharuan hukum pidana diperlukan dalam rangka mencapai keseimbangan antara pemidanaan pelaku dengan pemenuhan hak-hak korban atas kerugian yang dideritanya.

Dengan demikian inti dari pembaharuan hukum (pidana) adalah perubahan ke arah perbaikan dalam pemidanaan, atau mencapai hukum (pidana) yang lebih baik, terutama pada asas dan dasar filosofi pemidanaannya guna mencapai manfaat pemidanaan yang menjadi tujuannya, sebagaimana dikatakan oleh David Brown bahwa “*Law reform as change, as change for the*

*better, as progressive change, as a framework of the first principles, a philosophy of law reform”*<sup>63</sup>.

Adalah hal wajar jika Michael Tonry memaknai pembaharuan hukum pidana mengarah pada perubahan dalam hukum, kebijakan, dan praktik pemidanaan oleh hakim. Begitu pula dengan perubahan-perubahan yang bertujuan untuk membuat pemidanaan menjadi lebih berat/keras (*harsher*) ataupun lebih manusiawi (*humane*), dengan mengurangi biaya (*costs*), meningkatkan efisiensi, maupun dengan memutuskan pemidanaan yang sifatnya individual secara lebih konsisten, akuntabel, dan transparan.<sup>64</sup>

Barda Nawawi Arief mengkaitkan pembaharuan hukum pidana (*penal reform*) sebagai bagian dari kebijakan / politik hukum pidana (*penal policy*). Makna dan hakikat pembaruan hukum pidana berkaitan erat dengan latar belakang dan urgensi diadakannya pembaharuan hukum pidana yang ditinjau dari aspek sosiopolitik, sosiofilosofis, sosiokultural dan berbagai aspek kebijakan (kebijakan sosial, kebijakan kriminal, dan kebijakan penegakan hukum). Dengan demikian pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya harus merupakan perwujudan dari perubahan dan pembaharuan terhadap berbagai aspek dan kebijakan yang melatarbelakanginya. Dengan perkataan lain, hakikat pembaharuan hukum pidana adalah upaya melakukan reorientasi dan reformasi

---

<sup>63</sup>David Brown, *Challenges to Criminal Justice Reform*, dalam *The Promise of Law Reform*, Sydney, The Federation Press, hlm. 343.

<sup>64</sup>Michael Tonry, *Penal Reform in Overcrowded Times*, 2001, 194 Madison Avenue New York, Oxford University Press, hlm.3.

hukum pidana yang sesuai dengan nilai-nilai sentral sosiopolitik, sosiofilosofis, dan sosiokultural masyarakat Indonesia yang melandasi kebijakan sosial, kebijakan kriminal, dan kebijakan penegakan hukum pidana. Singkatnya, pembaharuan hukum pidana harus ditempuh dengan pendekatan yang berorientasi pada kebijakan (*policy oriented approach*) sekaligus pendekatan yang berorientasi pada nilai (*values oriented approach*)<sup>65</sup>.

Makna dan hakikat pembaharuan hukum pidana dilihat dari sudut pendekatan kebijakan dan pendekatan nilai meliputi ruang lingkup sebagai berikut :

1. Dilihat dari sudut pendekatan kebijakan, diartikan :
  - a. Sebagai bagian dari kebijakan sosial, pembaharuan hukum pidana hakikatnya merupakan bagian dari upaya untuk mengatasi masalah-masalah sosial (termasuk masalah kemanusiaan) dalam rangka mencapai/menunjang tujuan nasional (kesejahteraan masyarakat);
  - b. Sebagai bagian dari kebijakan kriminal, pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya merupakan bagian dari upaya perlindungan masyarakat (khususnya upaya penanggulangan kejahatan);
  - c. Sebagai bagian dari kebijakan penegakan hukum, pembaharuan hukum pidana hakikatnya merupakan bagian dari upaya memperbarui substansi

---

<sup>65</sup>Barda Nawawi Arief, Kebijakan Hukum Pidana Perkembangan Penyusunan Konsep KUHP Baru, 2010, Jakarta, Kencana Prenada Media Grup, hlm.29.

hukum (legal substance) dalam rangka lebih mengefektifkan penegakan hukum.

2. Dilihat dari sudut pendekatan nilai, pembaharuan hukum pidana merupakan upaya peninjauan atau penilaian kembali (reorientasi dan reevaluasi) nilai-nilai sosiopolitik, sosiofilosofis, dan sosiokultural yang melandasi dan memberi isi terhadap muatan normatif dan substantif hukum pidana yang dicita-citakan.<sup>66</sup>

Dengan demikian dapat disimpulkan bahwa pembaharuan hukum pidana merupakan upaya reorientasi dan reevaluasi terhadap nilai-nilai sosiopolitik, sosiofilosofis dan sosiokultural yang melandasi dan memberi isi substansi hukum yang bertujuan untuk melindungi masyarakat guna mencapai kesejahteraan masyarakat. Adapun pembaharuan hukum pidana Indonesia khususnya asas pemidanaan diselaraskan dengan nilai-nilai hukum dan keadilan masyarakat yang tumbuh dan hidup bersama masyarakat Indonesia, perkembangan hak asasi manusia, dan perkembangan hukum pidana global / internasional yang diakui oleh bangsa-bangsa beradab.

## **B. PEMBAHARUAN ASAS PEMIDANAAN NASIONAL DALAM SEJARAH PERKEMBANGANNYA**

---

<sup>66</sup>Ibid, hlm. 30.

Dalam pidatonya yang berjudul “Membangun Hukum (Pidana) Yang Berlaku Sesuai Dengan Tugasnya Untuk Turut Menyelesaikan Revolusi Kita”, Moeljatno mengatakan<sup>67</sup>:

“.....bahwa hukum di negara kita hendaknya dikembangkan, ditetapkan, dan dilaksanakan khusus sesuai dengan kepribadian Indonesia dan perkembangan revolusi dewasa ini. Janganlah para petugas yang pekerjaannya dalam atau bersangkutan dengan bidang hukum, sadar atau tidak sadar, meneruskan begitu saja teori-teori dan praktek-praktek hukum yang dahulu pernah diajarkan dan dipraktekkan di zaman Hindia Belanda sejak berpuluh-puluh tahun. Seakan-akan dalam bidang hukum jalannya sejarah bangsa Indonesia sejak berkuasanya pemerintah Hindia Belanda hingga sekarang berlangsung terus secara tenang dan tenteram; seakan-akan teori dan praktek hukum dari zaman yang silam itu merupakan naluri atau harta pusaka bagi kita yang sedapat mungkin harus dipelihara sebaik-baiknya tanpa perubahan dan penggantian. Dunia mengetahui bahwa proklamasi kemerdekaan dalam tahun 1945, sejarah Bangsa Indonesia dengan tiba-tiba berganti haluan. Tidak lagi berhaluan ke kota Den Haag dengan tahta Sri Ratunya yang asing bagi kita semua, tapi berarah ke pangkuan Ibu Pertiwi....”

Cuplikan pidato Moeljatno di atas menyadarkan kita bahwa akan pentingnya pembaharuan hukum pidana yang berhaluan pada nurani Ibu Pertiwi, hukum pidana yang berlandaskan pada nilai-nilai hukum dan keadilan yang menjadi kepribadian Bangsa Indonesia, karena sebenarnya bangsa Indonesia telah mempunyai kaidah-kaidah hukum yang berakar dari nilai-nilai yang hidup dan tumbuh bersama Bangsa Indonesia sebelum “ditidurkan” oleh KUHP warisan kolonial.

Adalah wajar kegelisahan Moeljatno dalam pidatonya yang mengkhawatirkan para petugas hukum dan cendekiawan terlena dengan ajaran-ajaran dalam teori dan praktik hukum pidana kolonial yang seolah

---

<sup>67</sup>Moeljatno, *Membangun Hukum Pidana*, 1985, Jakarta, Bina Aksara, hlm. 28

menenangkan dan menenteramkan, hingga lalai dan menganggap sebagai harta pusaka yang tidak dapat tergantikan. Moeljatno membangunkan kita dari mimpi-mimpi yang sesungguhnya menggelisahkan daripada disebut menenteramkan, untuk bangun dan sadar bahwa kita harus melakukan perubahan dan pengembangan hukum pidana kita selaras dengan kepribadian Bangsa Indonesia.

Moeljatno mengingatkan kepada kita mengenai KUHP yang mengandung karakter kolonial, sebagaimana dikemukakan oleh Muladi sebagai berikut <sup>68</sup>:

1. Asas-asas hukum pidana didominasi oleh aliran klasik pasca revolusi Perancis sebagai hukum pidana perbuatan (*Daad-Strafrecht*) yang kurang atau tidak memperhitungkan aspek manusia/HAM individu pelaku dan korban tindak pidana. Kepentingan publik dan kepentingan negara/penguasa menonjol;
2. Juvenile Justice (Hukum Pidana Anak) termasuk batas minimum pemidanaan tidak diatur;
3. Filosofi, pedoman pemidanaan, dan tujuan pemidanaan semata-mata berorientasi ke belakang atau filosofi pembalasan atas dasar falsafah retributive justice yang kaku;
4. Pertimbangan kemanusiaan setelah munculnya aliran modern (*Dader-Strafrecht*) bersifat fragmentaris/*Ad Hoc*, tidak sistemik;
5. Unsur subsosialitas dan sifat melawan hukum dalam kriminalisasi diukur atas dasar nilai-nilai formal kolonial;

---

<sup>68</sup>Muladi, Basis Filosofis RUU KUHP dan Analisis Beberapa Masalah Aktual, Penjelasan Di Depan Forum Pimpinan Pendidikan Tinggi Hukum Indonesia (FPPTHI), Universitas Bung Hatta, Batam, Tgl. 29 Januari 2014.

6. Faktor korban kejahatan tidak dipertimbangkan dalam sistem peradilan pidana, kecuali sebagai saksi korban;
7. Aspek budaya Indonesia yang partikularistik dikesampingkan;
8. Alternatif pidana kemerdekaan jangka pendek dalam sistem pemidanaan sangat minim, sehingga pidana perampasan kemerdekaan yang destruktif menjadi primadona pilihan hakim. Padahal tindak pidana merupakan produk suatu struktur sosial, sehingga langkah represif dalam menanggulangi tindak pidana harus mempertimbangkan pula langkah-langkah preventif (adanya keseimbangan antara “*warmaking and peacemaking on crime*”);
9. Hukum yang hidup dalam masyarakat/Hukum Adat dimarginalkan oleh / di luar asas legalitas formal;
10. Pengutamaan fungsi hukum berupa kepastian hukum sehingga mengesampingkan fungsi keadilan dan kemanfaatan. Padahal hukum adalah produk politik yang selalu memerlukan penafsiran;
11. Pidana mati menonjol sebagai pidana pokok.

#### **B.1.PEMBAHARUAN ASAS PEMIDANAAN ERA SETELAH KEMERDEKAAN**

#### **B2.PEMBAHARUAN ASAS PEMIDANAAN ERA 1963 SAMPAI DENGAN SAAT INI**

## **BAB IV**

### **ASAS-ASAS PEMIDANAAN DALAM PERKEMBANGAN TEORI PEMIDANAAN DAN PEMBAHARUAN HUKUM PIDANA INDONESIA**

Asas hukum merupakan jantungnya peraturan hukum, alasannya : pertama, sebagai landasan yang paling luas bagi lahirnya suatu peraturan hukum, yang berarti bahwa pada akhirnya peraturan hukum itu akan dikembalikan kepada asas-asas hukum. Kedua, sebagai alasan bagi lahirnya peraturan hukum atau ratio legis dari peraturan hukum.<sup>69</sup>Asas hukum sebagai suatu sarana yang membuat hukum itu hidup, tumbuh, dan berkembang dan menunjukkan bahwa hukum bukan sekedar kumpulan dari peraturan-peraturan belaka, yang disebabkan karena asas itu mengandung nilai-nilai dan tuntutan-tuntutan etis.Oleh karena asas hukum mengandung tuntutan etis, maka asas hukum merupakan jembatan antara peraturan – peraturan hukum dengan cita-

---

<sup>69</sup>Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, 2012, Bandung : Citra Aditya Bhakti, hlm. 45.

cita sosial dan pandangan etis masyarakatnya. asas hukum bukan peraturan hukum, namun tidak ada hukum yang bisa dipahami tanpa mengetahui asas-asas hukum yang ada di dalamnya. Oleh karena itu untuk memahami hukum suatu bangsa dengan sebaik-baiknya tidak bisa hanya melihat pada peraturan-peraturan hukumnya saja. Asas hukum yang memberi makna etis kepada peraturan-peraturan hukum serta tata hukum.<sup>70</sup>

Dalam konteks hukum pidana asas – asas yang dijadikan dasar dalam pemidanaan dalam perkembangannya adalah sebagai berikut :

### **1. Asas Legalitas Formal dan Asas Legalitas Materil**

Asas legalitas berbunyi “*Nullum delictum nulla poena sine praevia lege poenali*” mengandung arti bahwa tidak ada suatu perbuatan dapat dipidana sebelum ada peraturan yang merumuskan bahwa perbuatan itu dapat dipidana. Rumusan asas legalitas ini dapat dirumuskan sebagai “*Nullum crimen, nulla poena, sine lege*”. E. Rotmant berpendapat bahwa “*This principle implies not only that conduct cannot be considered criminal unless defined as such by the law before it occurs, but also that no punishment beyond what was prescribed by the pre-existent law can be imposed*”<sup>71</sup>. Asas legalitas tidak hanya mengesankan bahwa suatu perbuatan tidak dapat dinyatakan sebagai tindak pidana kecuali jika telah ditentukan oleh hukum (undang-undang) sebelum perbuatan itu dilakukan, tetapi juga tidak ada pidana yang

---

<sup>70</sup> Ibid, hlm 47

<sup>71</sup> E. Rotman, *Beyond Punishment*, in David Garland and Anthony Duff, *A Reader On Punishment*, 1994, Oxford : Oxford University Pres, hlm. 296.

dapat dijatuhkan tanpa diancamkan terlebih dahulu oleh undang-undang sebelumnya.

Dieter Schaffmeister tentang sejarah asas legalitas mengatakan bahwa :

*“The principle of legality is one of most important principle of criminal law. It is regarded as a typical product of philosophical school of thought of enlightenment, which endeavored to arrive at fresh approach to and better solutions for social problems with the aid of human reason. Selanjutnya mengutip Groenhuijsen, dikatakan bahwa “Also in the administration of criminal law one strove towards a rationalization, with the aim of strengthening the position of individual citizen against the state, but at the same time getting a better control on society as a whole”<sup>72</sup>.*

Menurut Schaffmeister, dalam sejarahnya asas legalitas sebagai asas yang paling penting dalam hukum pidana, merupakan produk pemikiran aliran filsafat di era pencerahan, yang berusaha untuk mencari pendekatan yang lebih segar dan lebih baik dalam mencari solusi untuk menyelesaikan permasalahan sosial dengan bantuan akal manusia. Begitu juga dalam pelaksanaan hukum pidana, berusaha sekeras mungkin untuk merasionalisasikan hukum pidana guna memperkuat posisi individu warga negara di depan penguasa negara, tetapi juga memberikan control yang lebih baik pada masyarakat secara keseluruhan.

Asas legalitas yang dikenal dengan bahasa latin “ *nullum delictum (or crimen) nulla poena sine praevia lege poenali*” dikemukakan oleh Feuerbach.

---

<sup>72</sup> Dieter Schaffmeister, *The Principle of Legality*, Bahan ceramah Guru Besar Hukum Pidana Belanda – Indonesia, 2006, Lampung : Magister Hukum Unila, hlm. 1.

Dalam asas ini kesalahan dan penerapan pidana didasarkan pada hukum yang berlaku pada saat tindak pidana dilakukan.

Dalam perumusan ketentuan pidana berdasarkan asas legalitas, Schaffmeister mengatakan bahwa pernyataan paling penting dari asas legalitas adalah unsur-unsurnya yang terdiri atas *Lex Scripta* bahwa aturan hukum harus tertulis yang menyatakan perbuatan dapat dipidana, *Lex Certa* bahwa undang-undang harus jelas dan tidak ambigu, hal ini juga untuk memenuhi persyaratan kepastian hukum dan *Lex Stricta* bahwa undang-undang harus memperkecil interpretasi dan dilarang penerapan analogi. Selanjutnya aspek lain dari asas legalitas dibedakan seperti *requirement of foreseeability* yaitu persyaratan dapat diketahuinya hal yang dirumuskan dalam undang-undang oleh semua orang atau orang yang berpotensi menjadi pelaku tindak pidana, dan *requirement of accessibility* bahwa bahwa hukum tertulis harus dapat dipahami dengan mudah dan cukup jelas oleh semua orang, mudah dipahami apakah perbuatannya dapat dipidana. Aspek terakhir dari asas legalitas adalah adanya larangan berlakunya aturan secara retroaktif atau surut.<sup>73</sup>

---

<sup>73</sup> Ibid, hlm . 3.

*Significant expressions of the principle of legality are the latin Lex Scripta (there must be a written legal provision that makes the conduct punishable), Lex Certa (the provision must be clear and unambiguous, this is also termed the requirement of certainty) and Lex Stricta (the provision must be narrowly interpreted and application by analogy is forbidden). Furthermore, a number of others aspects relating to the principle of legality are distinguished such as the requirement of foreseeability by the man in the street/ potential accused, and the requirement of accessibility . This last requirement states that the written provision must be accessible to the man in the street and sufficiently clear that he can understand from it whether his proposal conduct is punishable . Finally the prohibition of retroactive flows from the principle of legality”.*

Muladi dan Barda Nawawi Arief mengemukakan bahwa hukum pidana menurut aliran klasik berpijak pada tiga tiang, yaitu <sup>74</sup>:

- Pertama, asas legalitas yang menyatakan bahwa tidak ada pidana tanpa undang-undang, tidak ada perbuatan pidana tanpa undang-undang, dan tidak ada penuntutan tanpa undang-undang.
- Kedua, asas kesalahan yang berisi bahwa orang hanya dapat pidana untuk tindak pidana yang dilakukannya dengan sengaja atau akibat kesalahan semata.
- Ketiga, asas pembalasan yang sekuler yang berisi bahwa pidana secara konkret tidak dikenakan dengan maksud untuk mencapai suatu hasil yang bermanfaat, melainkan setimpal dengan berat atau ringannya perbuatan yang dilakukan.

## 2. Asas Legalitas Materiiil

Dalam KUHP Indonesia, menurut Barda Nawawi Arief, asas legalitas dapat dilihat dari dua (2) sudut, yaitu <sup>75</sup> :

- a. Kalau asas legalitas dilihat sebagai masalah ruang berlakunya Hukum Pidana, maka muncul masalah (a). Asas *Lex Temporis Delicti* atau asas non retroaktif; dan (b). masalah retroaktif.

---

<sup>74</sup>Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Teori-Teori Dan Kebijakan Pidana*, 1992, Bandung : Alumni, hlm. 26-27.

<sup>75</sup>Barda Nawawi Arief, *Perkembangan Asas-Asas Hukum Pidana Indonesia (Perspektif Perbandingan Hukum Pidana)*, 2007, Semarang : Pustaka Magister, hlm. 3-4.

- b. Apabila dilihat sebagai masalah “sumber/ dasar hukum (dasar legalisasi dan dasar kriminalisasi)” maka muncul permasalahan : (a). apakah sumber hukum hanya undang-undang? (b). apakah sumber hukum yang hidup (tidak tertulis) dapat menjadi sumber hukum?

Selanjutnya Barda Nawawi Arief mengatakan bahwa asas legalitas dalam arti asas berlakunya aturan perundang-undangan secara non retroaktif dalam KUHP tidak mengalami perubahan sampai saat ini, perkembangan masalah retroaktif muncul dalam perundang-undangan di luar KUHP. Sementara itu dalam hal asas legalitas dilihat sebagai masalah sumber/ dasar hukum untuk menyatakan suatu perbuatan sebagai tindak pidana (sebagai dasar kriminalisasi), dalam perkembangan setelah Indonesia merdeka, dimunculkan kembali hukum yang hidup atau hukum adat sebagai sumber hukum, sedangkan menurut Pasal 1 ayat (1) KUHP, hukum yang hidup (hukum tidak tertulis) tidak dapat dijadikan sebagai sumber hukum.<sup>76</sup>

Hukum yang hidup / hukum adat/ hukum tidak tertulis sebagai sumber hukum pidana diakui melalui Undang – Undang Nomor 1 Drt 1951, khususnya Pasal 5 ayat (3) sub b yang menyatakan antara lain <sup>77</sup>:

- Bahwa suatu perbuatan yang menurut hukum yang hidup harus dianggap sebagai perbuatan pidana, akan tetapi tiada bandingnya dalam Kitab Hukum Pidana Sipil, maka dianggap diancam dengan hukuman yang tidak lebih dari tiga bulan penjara dan atau denda lima ratus rupiah, yaitu sebagai hukuman pengganti bilamana hukuman adat yang dijatuhkan tidak diikuti oleh pihak

---

<sup>76</sup>Ibid. hlm. 5

<sup>77</sup>Loc. Cit.

yang terhukum dan penggantian yang dimaksud dianggap sepadan oleh hakim dengan besar kesalahan terhukum;

- Bahwa suatu perbuatan yang menurut hukum yang hidup harus dianggap perbuatan pidana dan yang ada bandingnya dalam Kitab Hukum Pidana Sipil, maka dianggap diancam dengan hukuman yang sama dengan hukuman bandingnya yang paling mirip kepada perbuatan pidana itu.

Barda Nawawi Arief mengatakan bahwa pengakuan atau pemberian tempat kepada hukum yang hidup atau hukum tidak tertulis sebagai sumber hukum, bahkan ditegaskan pula dalam aturan yang bersifat umum, yaitu dalam<sup>78</sup>:

- a. Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman Nomor 14 Tahun 1970 (yang mencabut UU Nomor 19 Tahun 1964), yang kemudian mengalami perubahan berdasar UU No. 35 Tahun 1999, menyatakan:

- Pasal 23 (1)

“Segala putusan pengadilan selain harus memuat alasan-alasan dan dasar-dasar putusan itu, juga harus memuat pula pasal-pasal tertentu dari peraturan-peraturan yang bersangkutan atau sumber hukum tidak tertulis”.

- Pasal 27 (1)

“Hakim sebagai penegak hukum dan keadilan wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup”.

- b. Undang – Undang Kekuasaan Kehakiman No. 4 Tahun 2004 (yang mencabut UU No. 14 /1970 Jo UU No. 35 / 1999) :

- Pasal 25 (1)

“Segala putusan pengadilan selain harus memuat alasan dan dasar putusan tersebut, memuat pula pasal tertentu dari peraturan perundang-undangan

---

<sup>78</sup>Ibid hlm. 6

yang bersangkutan atau sumber hukum tidak tertulis yang dijadikan dasar untuk mengadili”.

- Pasal 28 (1)

“Hakim wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat”.

- c. Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman :

- Pasal 5 ayat (1)

Hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup di dalam masyarakat.

- Pasal 50 ayat (1)

Putusan pengadilan selain harus memuat alasan dan dasar putusan, juga memuat pasal tertentu dari peraturan perundang-undangan yang bersangkutan atau sumber hukum tak tertulis yang dijadikan dasar untuk mengadili.

- d. UUD 45 (amandemen ke 2) Pasal 18 B (2)

“ Negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia, yang diatur dalam undang-undang.

### **c.Asas Sifat Melawan Hukum Formal dan Sifat Melawan Hukum Materiil**

Berlakunya asas sifat melawan hukum ini didasarkan pada hakikat dari perbuatan pidana yang pada dasarnya bersifat melawan hukum, apakah perbuatan itu diatur atau tidak dalam aturan perundang-undangan, asal bersifat

merugikan dan melukai rasa keadilan masyarakat, berarti perbuatan demikian bersifat melawan hukum.

Sudarto mengatakan bahwa ada dua penganut ajaran sifat melawan hukum, yaitu <sup>79</sup>:

- a. Ajaran Sifat Melawan Hukum Formil bahwa, suatu perbuatan itu bersifat melawan hukum apabila perbuatan itu diancam pidana dan dirumuskan sebagai delik dalam undang-undang.
- b. Ajaran sifat melawan hukum materiel bahwa, suatu perbuatan melawan hukum atau tidak, tidak hanya yang terdapat dalam undang-undang atau hukum tertulis saja, tetapi harus dilihat berlakunya asas-asas hukum yang tidak tertulis.

Sudarto membedakan pengertian melawan hukum materiel sebagai berikut <sup>80</sup> :

- a. Ajaran sifat melawan hukum materiel dalam fungsinya negatif.

Ajaran ini mengakui kemungkinan adanya hal-hal yang ada di luar undang-undang (sifat melawan hukum materiel)menghapus sifat melawan hukumnya perbuatan yang memenuhi rumusan undang-undang.

- b. Ajaran sifat melawan hukum materiel dalam fungsi positif

Ajaran ini menganggap sesuatu perbuatan tetap sebagai suatu delik, meskipun tidak nyata diancam dengan pidana dalam undang-undang, apabila bertentangan dengan hukum atau ukuran-ukuran lain yang ada di luar undang-undang.Jadi di sini diakui hukum yang tidak tertulis sebagai sumber hukum positif.

Berkaitan dengan aturan tidak tertulis, Ian Remelink mengatakan bahwa aturan tidak tertulis yang mengacu atau merujuk pada suatu nilai sosial-etis penting, suatu cita atau ideal (hukum) tertentu. Nilai atau gagasan

---

<sup>79</sup> Sudarto, *Hukum Pidana I*, 2009, Semarang : Yayasan Sudarto FH Undip, hlm. 136.

<sup>80</sup> Ibid, hlm. 137.

tersebut mendorong perkembangan hukum ke arah suasana yang semakin kondusif bagi penghormatan nilai yang dimaksud.<sup>81</sup>

Menurut Barda Nawawi Arief, asas ini sangat berkait erat dengan doktrin / ajaran sifat melawan hukum materiel. Asas “tiada pertanggungjawaban pidana tanpa sifat melawan hukum”, dikenal juga dengan istilah “ tidak adanya sifat melawan hukum secara materiel” atau asas AVAW (*afwezigheids van alle materiele wederrechtelijkheid*). Selanjutnya dikatakan bahwa asas ini tidak dimasukkan di dalam KUHP sebagai asas umum Buku I, tetapi hanya disimpulkan dari adanya perumusan delik di Buku II, yang terkesan sebagai asas dalam Alasan Penghapus Pidana. Jadi lebih menekankan pada sifat melawan hukum materiel dalam fungsinya yang negatif.<sup>82</sup>

Penerapan asas melawan hukum materiil dalam fungsi negatif sebagai penghapus sifat melawan hukumnya perbuatan, dapat dikatakan sebagai alasan pembenar yang berada di luar undang-undang. Dalam hal ini Sudarto mengatakan bahwa hakim di sini dalam perkara konkrit yang sedang dihadapi harus mempertimbangkan<sup>83</sup> :

- a. Apabila ada persoalan mengenai hukum yang tidak tertulis yang bertentangan dengan hukum yang tertulis, maka perlu dipertimbangkan betul-betul sampai di manakah hukum tidak tertulis itu dapat menyisihkan peraturan yang tertulis, yang dibuat dengan sah. Benarkah apa yang dipandang adil oleh suatu golongan dalam masyarakat biasa, juga dipandang adil/benar oleh seluruh masyarakat pada umumnya?

---

<sup>81</sup>Ian Remelink, Op. Cit. hlm. 49

<sup>82</sup>Barda Nawawi Arief, Op. Cit. hlm. 7.

<sup>83</sup>Sudarto, Op. Cit. hlm. 135

- b. Apabila ada persoalan mengenai hukum yang tidak tertulis yang bertentangan dengan hukum yang tertulis, maka perlu dipertimbangkan betul-betul sampai di manakah hukum tidak tertulis dapat menghapus kekuatan berlakunya peraturan yang tertulis.
- c. Sampai di manakah rasa keadilan dan keyakinan masyarakat dapat menyisihkan peraturan yang tertulis, yang dibuat dengan sah. Benarkah apa yang dipandang adil oleh suatu golongan dalam masyarakat biasa, juga dipandang adil/benar oleh seluruh masyarakat pada umumnya?

Dalam berlakunya *principle of material unlawfulness* bersamaan dengan *principle of legality* dalam fungsi negatif, maka dalam keadaan tertentu, suatu perbuatan yang dirumuskan dan diancam pidana dalam undang - undang menjadi tidak dipidana. Berkaitan dengan *material unlawfulness* atau sifat melawan hukum materiil ini, Peter Polt, dalam makalah yang disajikan dalam *Conference of Prosecutor General of Europe 5th session*, mengatakan bahwa “*the legal expression “material unlawfulness” has the legal effect that under some circumstances an action which is equivalent to one section of the criminal code, is not qualified a crime, because of the lack of characteristics of “material unlawfulness”*”<sup>84</sup>.

Selanjutnya dikatakan bahwa :

*“This means that the crime which has been committed is declared only slight threat to the public, and for that reason is not qualified a crime and of course the offender must not be punished. In practice, the application of the material unlawfulness together with the principle of legality gives totally the same result as the application of the principle of opportunity. So the role of legality principle together with the expression material unlawfulness*

---

<sup>84</sup>Peter Polt, *Discretionary Power of Public Prosecution: Opportunity or Legality Principle – Advantage and Disadvantage, in the Conference of General Prosecution of Europe 5th session*, celle, 23-25 May 2004.

*causes the non-punishment the offender too, although it is not declared publicly*<sup>85</sup>.

Dengan adanya sifat melawan hukum materiil (*material unlawfulness*) menurut Peter Polt, sebuah perbuatan yang sepadan dengan yang disebut dalam kitab hukum pidana tidak dikualifikasikan sebagai tindak pidana, karena tidak adanya sifat melawan hukum materiil, dan ini berarti pelakunya juga tidak dapat dipidana. Di dalam praktik, penerapan sifat melawan hukum materiil bersamaan dengan asas legalitas, akan menghasilkan penerapan asas oportunitas, sehingga keduanya akan menghasilkan tidak dipidananya pelaku sekalipun telah memenuhi semua unsur dalam rumusan delik.

#### **4..Asas Kesalahan (Principle of Culpability / Blameworthiness )**

Sanksi pidana dijatuhkan sebagai ekspresi adanya pencelaan bahwa pelaku telah melakukan perbuatan yang salah (kesalahan), sehingga pidana dapat dikatakan sebagai penyampaian pencelaan kesalahan pelaku atas perbuatannya. Ian Remelink mengatakan bahwa “ kesalahan adalah pencelaan yang ditujukan oleh masyarakat -- yang menerapkan standar etis yang berlaku pada waktu tertentu – terhadap manusia yang melakukan perilaku menyimpang yang sebenarnya dapat dihindari”<sup>86</sup>. Kesalahan dalam arti normatif adalah penilaian dari masyarakat terhadap situasi faktual atas relasi psikologis dari pelaku dengan perbuatan dan akibatnya, di mana penilaian ini sangat

---

<sup>85</sup>Loc. Cit

<sup>86</sup>Ian Remelink, Op. Cit, hlm. 142.

bergantung pada pandangan sosial etik aktual dari budaya masyarakat yang bersangkutan<sup>87</sup>.

Mengapa pelaku harus dipidana? Menurut Andrew von Hirsch, bahwa inti dari pidana berhubungan dengan kesalahan, dikatakan bahwa<sup>88</sup> :

*“ The core of punishment concerns the expression of blame. Social disapproval as indicated through such censure. Censure addresses the victim, he or she has not only been injured, but wronged through someone’s culpable act. It thus would not suffice just to acknowledge that injury has occurred or convey sympathy. Censure by directing disapprobation at the person responsible, acknowledge that the victim’s hurt occurred through another’s fault. Censure addresses the act’s perpetrator . He is conveyed a certain message concerning his wrongful conduct, namely that he culpably has injured someone, and his disapprove of for having done so”.*

Andrew von Hirsch menfokuskan institusi sanksi pidana sebagai institusi pencelaan sebagai berikut<sup>89</sup>:

*“ Reproductive accounts of institution of the criminal sanction are those that focus on that institution’s condemnatory features, that is, its role as conveying censure or blame. Punishing someone consist of visiting a deprivation (hard treatment) on him, because he supposedly has committed a wrong, in a manner that expresses disapprobation of the person for this conduct. Treating a wrongdoer, Richard Wasserton has pointed out, is central to the idea of punishment. A censure based account is also esier to link to proportionality : if punishment conveys blame, it would seem logical that a quantum of punishment should bear a reasonable relation to the degree of blameworthiness of criminal conduct.”*

Sanksi pidana berfokus sebagai institusi di mana pencelaan sebagai ciri khasnya, peranan sanksi pidana sebagai penyampaian pencelaan atau kecaman terhadap kesalahan pelaku. Seseorang dipidana karena dianggap telah

---

<sup>87</sup>Ibid, hlm, 144 – 145.

<sup>88</sup>Andrew von Hirsch Censure and Proportionality, dalam *A reader on Punishment Reading in Socio Legal Studies*, 1995, Oxford, Oxford University Press, hlm. 119

<sup>89</sup> Andrew von Hirsch, Op. Cit .hlm. 9

melakukan kesalahan, dengan cara mengekspresikan pencelaan terhadap pelaku atas perbuatannya. Pencelaan di sini sekaligus sebagai dasar dalam menerapkan asas proporsionalitas dengan lebih mudah, oleh karena itu jika pidana menyampaikan pencelaan berupa kesalahan, maka pidana yang dijatuhkan harus logis seimbang dengan tingkat kesalahan pelaku dalam melakukan tindak pidana.

P.F. Strawson, sebagaimana dikutip oleh Hirsch, mengatakan bahwa :

*“ Censure consist of the expression of that judgement, plus its accompanying sentiment of disapproval. It is addressed to the actor because he or she is the person responsible. While Strawson’s account seems correct as far as it goes – blaming does seem part of holding people accountable for their actions – it may be possible to go a bit further and specify some of positive moral functions of blaming”*<sup>90</sup>.

Dengan demikian pencelaan terdiri atas pernyataan tentang penilaian plus perasaan pencelaan itu sendiri yang ditujukan kepada orang yang mampu bertanggung jawab, sehingga pencelaan atas kesalahan dapat diterapkan sejauh pelaku mampu bertanggung jawab atas perbuatannya. Hal ini dimungkinkan untuk lebih jauh dalam menentukan fungsi positif dari moral atas pencelaan.

Inti dari pidana adalah pencelaan masyarakat atas perbuatan si pelaku, sebagaimana pendapat Henry M. Hart yang dikutip oleh Joel Feinberg, bahwa apa yang membedakan sanksi pidana dan sanksi perdata, adalah tentang perbuatan yang membahayakan, dan penilaian atas pencelaan

---

<sup>90</sup>Ibid, hlm. 10

masyarakat yang mengiringinya<sup>91</sup> Selanjutnya dikutip pendapat Gardner bahwa inti dari pidana pada penyimpangan moral (perbuatan pelaku yang melanggar moral) terletak pada pemidanaan pelaku itu sendiri, yang merupakan pernyataan atau ekspresi dari rasa benci, rasa takut atau rasa jijik masyarakat, diwujudkan dalam bentuk hukuman yang mempunyai karakteristik kekerasan fisik tersendiri yaitu pidana.<sup>92</sup>

Sementara itu Feinberg mengatakan bahwa fungsi ekspresif dari pidana adalah sebagai sarana mengekspresikan secara konvensional terhadap perilaku yang menyebabkan kebencian dan kemarahan, dan merupakan penilaian atas pencelaan dan kecaman di mana pidana patut dijatuhkan. Singkatnya pidana mempunyai fungsi “*symbolic significant/symbolpenting*” yang tidak ditemukan di bidang hukuman lainnya.<sup>93</sup>

Pencelaan moral berupa kesalahan yang ada pada pelaku tindak pidana atas perbuatan yang telah dilakukannya berupa pidana, merupakan konsekuensi yang melekat pada pelaku tindak pidana. Dengan demikian hanya

---

<sup>91</sup> Loc.Cit

*“What distinguishes a criminal from a civil sanction and all that distinguishes it, it is ventured, is the judgement of community condemnation which accompanies”.*

<sup>92</sup> Joel Feinberg, *The Expressive Function of Punishment*, dalam Anthony Duff and David Garland, *A Reader On Punishment*, 1995, Oxford : Oxford University Press, hlm. 75.

*The essence of punishment for moral delinquency lies in the criminal conviction itself. It is expression of the community’s hatred, fear, or contempt for the convict with alone characteristic physical hardship as punishment.*

<sup>93</sup>Ibid, hlm. 74.

*Expressive function : punishment is a conventional device for expression of attitudes of resentment and indignation and of judgements of disapproval and reprobation, on the part either of punishing authority himself or of those in whose name the punishment is inflicted . Punishment in short, has a symbolic significance largely missing from other kinds of penalties.*

pelaku yang patut dicela atau dipersalahkan atas perbuatannya saja yang dapat dipidana. Hal ini menyebabkan berkembangnya asas tiada pidana tanpa kesalahan (*No liability without blameworthiness/ No liability without fault/ No straf zonder schuld*).

Herbert L. Packer mengatakan bahwa ajaran di dalam hukum pidana berisi atas tiga hal utama, yaitu tindak pidana (kejahatan), kesalahan, dan pidana (*criminal law doctrine content to three main ideas : crime, guilt, and punishment*).<sup>94</sup> Selanjutnya dikatakan bahwa “*among the notions associated with the concept of culpability are those of free will and human autonomy, it is important, especially in a society that likes to describe itself as “free” and “open”, that a government should be empowered to coerce people only for what they do and not for what they are*”.<sup>95</sup> Ide yang mendasari konsep kesalahan menurut Packer adalah adanya kebebasan kehendak dan otonomi manusia dalam menentukan perbuatannya, sebagaimana digambarkan dalam masyarakat sebagai kebebasan dan keterbukaan, yang mengharuskan pemerintah untuk memaksa orang hanya pada apa yang mereka lakukan dan bukan siapa mereka.

Asas tiada pertanggungjawaban tanpa kesalahan (*No liability without blameworthiness*) menurut J.A.W. Lensing dalam konteks ini maka pelaku tindak pidana tidak dapat dipertanggungjawabkan secara pidana jika

---

<sup>94</sup> Herbert L Packer, Op.Cit, hlm. 72.

<sup>95</sup> Ibid. hlm. 74

nampak kekeliruannya masuk akal dan tidak adanya unsur kesalahan, sebagaimana dikatakan “...*the principle No liability without blameworthiness in this context as well : the actor is not criminally liable if it appears that he made a reasonable mistake in thinking the element was absent*”<sup>96</sup>.

Peter J. P .Tak menyebut unsur keadaan jiwa ( *a mental element*) sebagai unsur dalam kesalahan (*culpability*). Dikatakan bahwa unsur keadaan jiwa ini terdiri atas kesengajaan (*intent*) dan kealpaan (*negligence*), yang harus ada sebagai penyebab adanya pertanggungjawaban pidana, dan harus dibuktikan oleh jaksa penuntut di depan pengadilan untuk memidana pelaku. Tidak adanya bukti adanya unsur kejiwaan ini akan menyebabkan pelaku dibebaskan. Ketiadaan unsur kejiwaan ini menyebabkan ketiadaan pertanggungjawaban pidana.<sup>97</sup>

Roeslan Saleh mengatakan bahwa pidana berisikan prinsip moral utama, yaitu bahwa pemidanaan yang sah hanyalah mungkin jika dikenakan pada perbuatan-perbuatan yang merupakan sesuatu perbuatan yang bersifat ‘*morally wrong*’. Selanjutnya dikatakan bahwa keraguan mengenai keadilan dari pemidanaan akan dimulai hanyalah jika tersangka atau terdakwa dihukum, sedangkan pada waktu dilakukannya perbuatan itu ada satu atau lebih keadaan

---

<sup>96</sup>J. A..W Lensing, *International Encyclopedia of Laws*, Vol. 3. Criminal Law, 1997, Netherland : Kluwer, hlm. 47.

<sup>97</sup> Peter J.P. Tak, *The Dutch Criminal Justice System*, Third Edition, 2008, Netherland : Wolf Legal Publisher, hlm. 71.

*A mental element ( intent or negligence) must be present in order to trigger criminal liability, and must be proven by the public prosecutor before the court may sentence the offender. Absence of the evidence of the presence of the mental element leads to an acquittal, The absence of the mental element in such a case leads to a discharge due to the absence of criminal liability.*

memaafkan. Sebab, yang penting adalah untuk dapat dikatakan bahwa pembuat itu telah dipidana secara patut (*fair*) haruslah bahwa dia telah melakukan perbuatannya dengan ‘sengaja’ dan bukanlah bahwa ia telah melakukan perbuatan yang bersifat larangan moral<sup>98</sup>.

John Kleinig mengatakan bahwa konsep kesalahan yang dalam konteks anglo amerika disebut *guilty mind* atau *evil* atau lebih dikenal dalam bahasa latin “*mens rea*”, adalah persyaratan yang dimaksudkan untuk menjamin bahwa perbuatan yang dapat dipidana sebagai kejahatan, secara tepat berhubungan dengan pelaku tindak pidana, dan bukan perbuatan yang terjadi secara kebetulan (*accidentally*) atau karena pelaku berada di bawah paksaan, atau melakukan perbuatan tanpa pengetahuan pelaku tentang apa yang dilakukannya. Oleh karena itu jika pelaku akan dipidana berdasarkan hukum atas perbuatannya, maka harus ada kesalahan yang menyebabkan terjadinya perbuatan itu.<sup>99</sup>

Roeslan Saleh menyimpulkan pendapat Gustav Radbruch mengatakan bahwa “prinsip tidak dipidana tanpa kesalahan haruslah tetap sebagai jaminan, selama masih ada pidana (dengan nama apapun) dia tidak boleh dijatuhkan tanpa ada penyertaan subjektif yang diyakini oleh terdakwa terhadap perbuatan

---

<sup>98</sup> Roeslan Saleh, *Pikiran-Pikiran Tentang Pertanggungjawaban Pidana*, 1982, Jakarta : Ghalia Indonesia, hlm. 24-25

<sup>99</sup> John Kleinig, *Ethics and Criminal Justice An introduction*, 2008, Cambridge : Cambridge University Press, hlm. 24.

*The mens rea requirement is meant to ensure that conduct that is punishable as a crime is appropriately “connected” to the agent of the act, and is not that was accidentally done by agent, or forced on the agent, or done without the agent’s understanding of what he or she was doing, that if agents are to be punished by law for their conduct, then they engaged in the conduct guiltily.*

pidana”<sup>100</sup>. Selanjutnya dengan mengutip Pasal 46 KUHP Jerman " *Die schuld des Taters is Grundlage fur die Zumessung der Stafe*" Roeslan Salehmengatakan " *Bundersvervasungsgericht* Jerman menafsirkan asas ini dalam arti bahwa pidana haruslah dalam suatu relasi keseimbangan dengan beratnya kesalahan. Interpretasi dari beberapa penulis bahwa asas ini mempunyai konsekuensi dogmatis bahwa ukuran pidana tidak ada tempat bagi pertimbangan-pertimbangan mengenai prevensi umum<sup>101</sup>.

Mengenai hubungan antara kesalahan dan prevensi pada ukuran ppidanaan menurut Roeslan Saleh ada dua pendapat sebagai berikut <sup>102</sup> :

1. Pidana sebagai pembalasan atas kesalahan

Jika suatu pidana yang keras dilihat dari sudut preventif tidak diperlukan lagi, maka menurut ajaran ini, pidana dijatuhkan sebagai suatu usaha perdamaian dan penghapusan rasa salah.

2. Kesalahan sebagai Asas Pembatas

Fungsi kesalahan pada ukuran ppidanaan hanya bersifat membatasi . Di sini akan berlaku prinsip yang dikemukakan oleh H. L.C. Hulsman, bahwa pidana itu pada sisi atasnya haruslah dibatasi oleh tuntutan-tuntutan keadilan. Orang tidak boleh karena pertimbangan-pertimbangan prevensi sampai kepada ppidanaan yang lebih berat daripada keadaan yang dipandang patut untuk kesalahannya. Kesalahan mutlak diperlukan pada ukuran ppidanaan oleh karena fungsinya yang membatasi.

---

<sup>100</sup> Roeslan Saleh, *Masih Saja Tentang Kesalahan*, 1994, Jakarta : Karya Dunia Fikir, hlm. 12

<sup>101</sup> Loc. Cit

<sup>102</sup> Ibid, hlm . 26 - 28

Roeslan Saleh memberikan ajaran atau teori tentang kesalahan sebagai berikut<sup>103</sup>:

### 1. Ajaran kesalahan yang nyata

Kesalahan dibentuk oleh keadaan psychis tertentu dari pembuat. Oleh karena itu kesalahan adalah suatu pengertian dan hanya dua macam kesalahan, yaitu sengaja dan alpa, yang mendapat sifat seluruhnya psikologis. Kesadaran mengenai sifat melawan hukum tidak ada di sana. Arti ajaran kesalahan psikologis adalah bahwa hal yang bersifat psikis digambarkan dalam pikirannya sebagai suatu keadaan jiwa atau hubungan dari psikis dengan hasilnya.

### 2 Ajaran kesalahan normatif

Inti ajaran ini adalah mengakui suatu nilai yang diambil etik atau mengakui nilai tertib hukum yang diambil dari perbuatan atau tingkah laku. Ada kesalahan jika kelakuan tidak sesuai dengan norma yang harus diterapkan. Zevenbergen mengatakan “ kesalahan adalah suatu pengertian tentang nilai atau pengertian normatif, hampir tidak pernah kesalahan adalah pengertian psikologis. Kesalahan adalah suatu kekurangan atau cacat atau tercelanya suatu kelakuan yang didasarkan pada bahwa dia ada dalam *psyche* pembuat ketika dia berhadapan dengan rumusan undang-undang, lalu melakukan perbuatan yang melawan hukum, tidak memperlihatkan begitu rupa seakan dengan sendirinya diharapkan melakukan sesuatu yang lain”. Dengan demikian pengertian kesalahan adalah pengertian normatif yang memang mengandung di dalamnya pengertian psikologis. Untuk menyatakan hal normatif maka digunakan istilah seperti dapat dicelanya, atau berbuat bertentangan dengan yang diharapkan atau dapat dihindarkannya.

### 3. Ajaran Campuran

Merupakan kombinasi antara unsur kenyataan dan normatif. Van Hamel mengatakan bahwa kesalahan pada suatu delik adalah pengertian psikologis, yaitu hubungan antara hal psikis dalam diri pembuat, dan perwujudannya dari unsur delik dengan berbuatnya atau tidak berbuatnya si pelaku. Sementara itu kesalahan adalah pengertian yuridis yaitu hal pertanggungjawaban menurut hukum terhadap perwujudannya sejauh

---

<sup>103</sup> Ibid, hlm., 53 - 58

pembuat delik seharusnya dapat dan mesti menghindarkan delik itu. Kombinasi “kenyataan” dan “normatif” terletak dalam perkataan kesalahan itu sendiri, kesalahan mengandung celaan : perbuatan melawan hukum tak dapat dilakukan tanpa kesalahan; tidak akan ada kesalahan tanpa melawan hukum, dan karenanya melawan hukum menjadi bagian dari kesalahan. Menurut Pompe suatu kelakuan baru dapat dicela jika dapat dihindarkan. Pembuat (delik) tentu harus dapat membantu dirinya untuk tidak berbuat sesuai dengan hukum, dan untuk itu diperlukan bahwa hal dapat diduganya terlebih dahulu bahwa kelakuannya itu bersifat melawan hukum. Menurut Van Hattum kesalahan meliputi delik dalam semua fasetya dan karenanya bersifat melawan hukum harus merupakan bagian dari kesalahan.

#### 4. Ajaran kesalahan adalah penilaian

Kesalahan baru ada dalam penilaian mengenai kesalahan. Tidak ada kesalahan yang tidak ditimbulkan oleh perbuatan yang dapat dipertanggungjawabkan. Mempertanggungjawabkan adalah menilai. Di sini yang penting hanya hubungan antara kesalahan yang dipertanggungjawabkan dan sanksi yang menyertainya, sebab kesalahan haruslah dasar dan alasan dari sanksi. Menurut Peters bahwa hakim menerima adanya kesalahan oleh karena dia dengan itu akan mengadakan dasar kepatutan dari aksi berikutnya, yaitu menjatuhkan pidana dan eksekusinya.

Sementara itu Ian Remelink memberikan beberapa pengertian kesalahan sebagai berikut <sup>104</sup> :

- a. Kesalahan sebagai salah satu bagian dari rumusan delik, jadi kesalahan sebagai unsur delik. Kesalahan dalam konteks ini mencakup *dolus* dan *culpa*.
- b. Kesalahan sebagai ketercelaan (*verwijtbaarheid*), di mana ketercelaan dapat dipandang sebagai cerminan penilaian masyarakat hukum terhadap seberapa jauh peristiwa yang dikonstatasi sebenarnya dapat dihindari. Di sini kesalahan tidak berfungsi sebagai unsur delik, namun lebih sebagai tuntutan implisit bagi penentuan dapat/tidaknyanya pidana dijatuhkan. Kesalahan merupakan dasar pemidanaan atau yang menimbulkan hak untuk memidana dan berperan dalam penetapan berat – ringan pidana.

---

<sup>104</sup> Ian Remelink, Op. Cit, hlm 150.

## **5.Asas Proporsionalitas (*Principle of Proportionality*) dan Asas Keadilan (*Fairness/Justice Principle*)**

Asas proporsionalitas atau *principle of proportionality* mengandung makna bahwa pidana yang dijatuhkan hendaknya sebanding dengan keseriusan/ beratnya tindak pidana dan kesalahan si pelaku atau dikenal dengan *prinsip the punishment fitting to the crime*. Sebagaimana dikatakan oleh Andrew von Hirsch “ *the principle of proportionality – that the sanctions be proportionate in their severity to the gravity of offences – appears to be requirement of justice. People have sense that punishment which comfort with the gravity of offences are more equitable than punishment that do not.*”<sup>105</sup> Dalam rangka memenuhi syarat keadilan, maka sanksi pidana sebanding dengan beratnya tindak pidana. Hal ini sesuai dengan rasa keadilan yang dimiliki oleh masyarakat bahwa pidana yang sesuai dengan beratnya tindak pidana akan lebih cocok daripada pidana yang tidak demikian. Selanjutnya Hirsch menegaskan bahwa “*the principle of proportionality is defended on grounds of fairness.*”<sup>106</sup> Pendapat Hirsch ini dipengaruhi oleh *New Retributive movement* dengan ajaran *Doing Justice*, yang mengusung kembali ide keadilan “*the back to justice movement*” yang mengemukakan bahwa “*fair sentences should reflect the gravity of the criminal conduct. The sentence*

---

<sup>105</sup> Andrew von Hirsch, *Censure and Proportionality*, in *A reader on Punishment Readings in Sociolegal Studies* (Antony Duff and David Garland). 1994, Oxford : Oxford University Press, hlm. 115.

<sup>106</sup> Andrew von Hirsch, Op. cit. hlm.89

*according to that statute, should be in just proportion to the harmfulness of the conduct and culpability of the actor in committing it.*<sup>107</sup>

Selanjutnya dikatakan oleh Hirsch bahwa argumentasi asas proporsionalitas ini akan merefleksikan ide bahwa jika pencelaan merupakan penyampaian pesan tentang perbuatan salah, maka banyaknya pencelaan harus merefleksikan besarnya kesalahan atas perbuatan.<sup>108</sup>

Dalam memberikan argumentasi tentang proporsionalitas Hirsch menggunakan tiga langkah sebagai berikut<sup>109</sup> :

1. *The state's sanctions against proscribed conduct should take a punishment form; that is, visit deprivations in a manner that expresses censure or blame.*

(Sanksi dari negara terhadap perbuatan yang dilarang harus berbentuk pidana, seperti perampasan kemerdekaan sebagai sebuah cara yang mengekspresikan pencelaan atau pernyataan salah).

2. *The severity of a sanction expresses the stringency of the blame.*  
(Beratnya sanksi harus mengekspresikan beratnya kesalahan)

3. *Hence, punitive sanctions should be arrayed according to the degree of blameworthiness (i.e. seriousness) of conduct.*

(Oleh karena itu, sanksi pidana harus disusun sesuai dengan derajat / kadar kesalahan (keseriusan) perbuatan).

---

<sup>107</sup>Ibid, hlm. 90.

<sup>108</sup>Ibid, hlm. 125.

*"The argument of proportionality will reflect the ideas that if censure conveys blame, its amount should reflect the blameworthiness of the conduct".*

<sup>109</sup>Loc. Cit

Hirsch kemudian menguji setiap langkah di atas, sebagai berikut <sup>110</sup>:

- a. *Step (1) reflects the claims made in preceding page : the response to harmful conduct with which the criminal law centrally deals should convey censure. A morally neutral sanction would not merely be (possibly) less efficient preventive device; it would be objectionable on the ethical ground that it does not recognize the wrongfulness of the conduct, and does not treat the actor as a moral agent answerable for his/her behavior.*

(Langkah (1) merefleksikan tuntutan bahwa : respon terhadap perbuatan yang merugikan melalui hukum pidana sebagai pusatnya harus merupakan pemberian pencelaan. Sebuah sanksi yang netral secara moral tidak lah semata-mata akan menjadi sarana preventif yang tidak efisien, akan tetapi tidak akan mendapat pembenaran dari dasar etika bahwa dengan demikian tidak mengakui kesalahan dari perbuatan, dan tidak memperlakukan pembuat sebagai pelaku moral yang dapat menjawab tentang perilakunya).

- b. *Step (2) has also been touched upon : in punishment, deprivation or hard treatment is the vehicle for expressing condemnation. When a given type of conduct is visited with comparatively more hard treatment, that signifies a greater degree of disapprobation.*

(Langkah 2, menekankan bahwa dalam pemidanaan, perampasan kebebasan atau perlakuan yang keras adalah sarana untuk menyatakan pencelaan. Ketika sebuah tipe perbuatan dibentuk dengan membandingkan perlakuan yang lebih keras, berarti menandakan adanya kadar pencelaan yang lebih besar).

- d. *Step (3) the conclusion embodies the claim of fairness. When person are (and should be) dealt with in a manner ascribing demerit, their treatment should reflect how unmeritorious their conduct can reasonably be said to be. By punishing one kind of conduct more severely than another, the punisher conveys the message that it is worse, which is appropriate only if the conduct is indeed worse (more serious).*

(Langkah 3 kesimpulan dalam mewujudkan tuntutan keadilan. Ketika seseorang harus berhubungan dengan sebuah sikap tercela, perlakuan terhadap mereka harus merefleksikan betapa tidak bermanfaatnya perbuatan mereka . Dengan memidana sebuah perbuatan lebih berat daripada perbuatan lain, penerap pidana mengirimkan pesan bahwa

---

<sup>110</sup> Loc. Cit

perbuatan tersebut adalah lebih buruk, di mana pidana tersebut adalah tepat hanya jika perbuatan itu benar-benar lebih serius).

Menurut Roeslan Saleh, adanya disfungsi dari pidana yang lebih berat dari tindak pidana dan kesalahan pelaku, terhadap tujuan tertentu yang akan dicapai oleh pidana, seperti memulihkan kembali dari akibat-akibat buruk yang ditimbulkan oleh kejahatan pada masyarakat; mencegah terjadinya kejahatan di waktu yang akan datang; dan memelihara ketertiban umum. Oleh karena itu pidana yang berlebihan dipandang tidak akan mampu mencapai tujuan-tujuan pidana tersebut<sup>111</sup>.

Adapun alasan – alasan bahwa pidana berat dan berlebihan harus dibenahi dengan asas proporsionalitas adalah sebagai berikut <sup>112</sup>:

- a. Pertama, pidana yang terlalu berat akan mendorong terjadinya lebih banyak kejahatan. Jika karena kejahatan-kejahatan ringan orang dipidana sama dengan mereka yang melakukan kejahatan berat, maka orang tidak akan kurang perhatian terhadap kejahatan berat dibandingkan jika melakukan kejahatan ringan.
- b. Kedua, pidana yang dijatuhkan terlalu berat akan menghalangi orang untuk melaporkan adanya kejahatan.
- c. Ketiga, pidana yang dijatuhkan terlalu berat mengakibatkan undang-undnag menjadi tidak digunakan oleh hakim. Jika pengadilan diwajibkan untuk menerapkan undang-undang pidana yang akan menjatuhkan pidana yang menurut pendapat hakim adalah terlalu berat, maka lama kelamaan mereka akan menyampingkan undang-undang itu. Di sini terdapat konsep bahwa menghukum harus sebagai suatu campur tangan yang terkendali, tepat, mempunyai strategi, dirumuskan dengan tepat dan dapat menentukan akibat-akibat yang telah diperhitungkan sebaik-baiknya. Tujuan pidana tidak

---

<sup>111</sup> Roeslan Saleh, *Beberapa Asas Hukum Pidana Dalam Perspektif*, 1983, Jakarta : Aksara Baru, hlm 39

<sup>112</sup>Ibid, hlm. 39 - 40

lagi sesuatu dalam dirinya sendiri. Pidana adalah alat untuk mencapai tujuan-tujuan masyarakat yang berfaedah<sup>113</sup>.

Menurut Roeslan Saleh, asas proporsionalitas dapat dilihat dari dua sudut, yaitu<sup>114</sup>:

- a. Jika dilihat dari sifat akibat-akibat yang tidak baik yang ditimbulkan oleh kejahatan terhadap masyarakat atau terhadap orang-orang tertentu, proporsionalitas adalah suatu bentuk sanksi yang disesuaikan dengan sifat dari akibat yang tidak baik tersebut.
- b. Jika dilihat sebagai dasar dari kejahatan adalah kerugian yang ditimbulkan pada masyarakat atau orang tertentu, maka proporsionalitas berarti jumlah yang sebanding antara kerugian yang ditimbulkan dengan pidana yang dijatuhkan.

Dalam menentukan proporsionalitas dalam pemidanaan sehingga sebanding dengan perbuatan dan kesalahan pembuat, Hirsch mengemukakan dua cara sebagai berikut

- a. *Ordinal Proportionality* (proporsionalitas berdasarkan urutan pidana)

Proporsionalitas ordinal berkaitan dengan perbandingan pidana, dan mensyaratkan kepatutan/kelayakan tertentu. Orang yang melakukan tindak pidana berat harus menerima pidana yang berat pula, pidana yang diterima harus sesuai dengan kadar perbuatannya. Proporsionalitas ordinal mensyaratkan penjelasan tentang konsep pemidanaan yang adil. Karena sebuah kejahatan yang lebih berat daripada yang lain juga mengekspresikan pencelaan yang lebih besar dari si pembuat, dan hanya dibenarkan pada pembuat yang tingkat kesalahannya lebih serius.<sup>115</sup>

---

<sup>113</sup>Ibid, hlm. 60

<sup>114</sup>Ibid, hlm 40 - 41

<sup>115</sup>Andrew von Hirsch, Op. Cit, hlm. 128

*Ordinal proportionality relates to comparative punishment, and its requirements are reasonably specific. Persons convicted of crimes of like gravity should receive punishment of like severity. Persons convicted of crimes of differing gravity should receive punishment correspondingly graded in their degree of severity. The ordinal proportionality requirements readily explained on the reprobative conception of punishment just set forth. Since punishing one crime more severely than*

Andrew von Hirsch, memberikan tiga persyaratan dalam *ordinal proportionality* sebagai berikut<sup>116</sup> :

a. *Parity* (keseimbangan)

*When the offenders have been convicted of crimes of similar seriousness they deserve penalties of comparable severity. This requirement does not necessarily call for same penalty for all acts within a statutory crime category – as significant variations may occur within that category in conduct's harmfulness or culpability.*

(Ketika para pelaku dipidana atas kejahatan yang tingkat keseriusannya sama mereka berhak atas pidana yang beratnya sebanding. Persyaratan ini tidak memerlukan pidana yang sama untuk semua tindak pidana yang masuk dalam satu kategori kejahatan dalam undang-undang – sebagaimana variasi pidana dapat saja terjadi berdasarkan kategori tingkat kerugian dan kesalahannya).

b. *Rank Ordering* (Urutan peringkat)

*Punishing crime Y more than crime X expresses more disapproval for crime Y, which warranted only if it is more serious. Punishment should thus be ordered on the penalty scale so that their relative severity reflects the seriousness- ranking of the crimes involved.*

(Dengan memidana kejahatan Y lebih berat dari kejahatan X mengekspresikan pencelaan yang lebih besar pada kejahatan Y, yang menjamin hanya jika benar-benar lebih serius. Pidana harus disusunurut pada skala pidana (penalty scale) sehingga relativitas beratnya merefleksikan peringkat keseriusan perbuatannya).

c. *Spacing of penalties* (Jarak Pidana)

*Suppose crimes X, Y, and Z are of ascending order seriousness, but that Y is considerably more serious than X but only slightly less so than Z. Then, to reflect the conduct's gravity, there should be a larger space between the penalties for X and Y than for Y and Z. Spacing however, depends on how*

---

*another expresses greater disapprobation of the former crime, it is justified only to the extent the former is more serious.*

<sup>116</sup>Ibid, hlm. 129

*precisely comparative gravity can be calibrated – and seriousness – gradations are likely to be matters of rather inexact judgement.*

(Dengan menganggap kejahatan X, Y, dan Z dalam urutan yang makin meningkat bobot keseriusannya, bahwa Y dapat dipertimbangkan lebih serius daripada X, tetapi lebih ringan daripada Z. Kemudian untuk merefleksikan beratnya tindak pidana, harus ada jarak yang lebih besar antara sanksi pidana untuk X dan Y, daripada untuk Y dan Z. Jarak pidana bergantung pada bagaimana ketepatan perbandingan beratnya pidana dapat dicapai dan gradasi keseriusan bobot perbuatannya, hal ini cukup menjadi masalah jika penilaiannya tidak tepat).

*b. Cardinal proportionality or non relative proportionality*

Pada saat skala pidana dirancang untuk merefleksikan perbandingan beratnya kejahatan/tindak pidana, dengan mengubah besarnya jarak skala melalui pembuatan pro rata /keseimbangan kenaikan atau penurunan urutan yang menunjukkan perubahan dalam ketentuan pemidanaan. Mengingat sebuah skala di mana pidana digolong-golongkan untuk merefleksikan perbandingan tingkat keseriusan perbuatan/tindak pidana, akan tetapi tingkat hukuman secara keseluruhan meningkat begitu tajam, bahkan terhadap tindak pidana di peringkat paling bawah dikenakan pidana penjara. Skala seperti ini akan dapat dimasukkan ke dalam sebuah ketentuan pemidanaan di mana pencelaan yang sederhana cocok untuk peringkat tindak pidana yang rendah yang diekspresikan melalui perampasan yang tegas atas kemerdekaan pelaku. Jika alasan-alasan ini cocok untuk ditetapkan sebagai tujuan dari kaidah ketentuan pemidanaan.<sup>117</sup>

Meskipun asas proporsionalitas penting dalam menentukan beratnya pidana sebanding dengan tingkat keseriusan perbuatan dan kesalahan pelaku, sehingga dari pemidanaan yang proporsional dapat mewujudkan nilai keadilan,

---

<sup>117</sup>Ibid, hlm. 129

*When a penalty scale has been devised to reflect comparative gravity of crimes, altering the scale's magnitude by making pro rata increases or decreases represents just a change in that convention. Consider a scale in which penalties are graded to reflect to comparative seriousness of crimes, but in which overall penalty levels have been so much inflated that even the lowest-ranking crimes are visited with prison terms. Such a scale would embody a convention in which even a modest disapproval appropriate to low ranking crimes is expressed through drastic intrusions on offender liberties. If suitable reasons can be established for objecting to this convention.*

namun demikian menurut Michael Tonry, ada tiga masalah mendasar berkaitan dengan diterapkannya asas proporsionalitas secara ketat yang justru menerapkan pidana lebih berat daripada norma sosial dan nilai-nilai politik yang berlaku dalam masyarakat serta mengabaikan masalah keadilan dalam ketidakadilan masyarakat, yaitu<sup>118</sup> :

- a. *First, by celebrating equality in suffering for “like-situated” offenders, it often requires imposition of more severe and intrusive punishment than are required by prevailing of social norms and political values.*
- b. *Second, it misleadingly objectifies punishment by allocating punishments in terms of “like-situated offenders’ and generic penalties.*
- c. *Third, it ignores the problems of ‘ just deserts in an unjust society’.*

#### **6. Asas Kehematan/Kesederhanaan Pidana (*Principle of Parsimony*) dan Asas Subsidiaritas (*Principle of Subsidiarity*)**

Pidana sebagai sarana pendukung norma sosial yang tidak hanya untuk menjamin dipatuhinya norma-norma tersebut, melainkan dengan digunakannya sarana pidana berarti ada beban kerugian atau derita pada seseorang yang dikenakan. Pidana sebagai sarana untuk membuat orang menjadi patuh kepada hukum dalam kenyataannya tidak selalu berhasil dalam menghasilkan efek dari pidana itu sendiri . Oleh karena itu pidana harus bersifat individual dan dengan berbagai batasan, di mana batasan itu berkenaan dengan kebutuhan pencegahan maupun dengan alasan penilaian moralitas, sebagaimana

---

<sup>118</sup> Michael Tonry, *Proportionality, Parsimony, and Interchangeability of Punishment*, in *A reader On Punishment*, 1994, Oxford : Oxford University Press, hlm. 136.

dikatakan Herbert L. Packer bahwa “ *punishment must be individualized but within limits, limits having to do both with the need for deterrence and with judgements about comparative morality...*”<sup>119</sup>

Pendapat Herbert L Packer di atas, merupakan respon dari pandangan utilitarian yang dikemukakan oleh para pengikut Jeremy Bentham tentang penerapan asas kehematan dalam menggunakan pidana “ *principle of economy*” dalam mengenakan derita, dikatakan bahwa “*just enough punishment, and no more, to deter offenders from committing any given category of offences should be allotted to that category*”<sup>120</sup>. Bentham mengatakan bahwa “*punishment itself is an evil and should be used as sparingly as possible : upon the principle of utility, if (punishment) ought at all to be admitted, it ought only to be admitted in as far as it promises to exclude some greater evil*”.<sup>121</sup> Bentham menghendaki penggunaan pidana sehemat mungkin, karena pidana itu sendiri dipandang sebagai kejahatan menurut asas kemanfaatan ( *principle of utility*), sehingga semua bentuk pidana hanya dapat diakui sepanjang tidak menyebabkan kejahatan/kemalangan yang lebih besar.

Dalam hal ini bukanlah berarti bahwa hukum pidana harus ditiadakan sama sekali, melainkan dalam menggunakan hukum pidana harus dilakukan sehemat dan seteliti mungkin, jika perlu menahan diri dalam menggunakan hukum pidana, sebagaimana dikatakan oleh Bentham bahwa “*We should say,*

---

<sup>119</sup> Herbert L. Packer, Op. Cit. hlm. 140.

<sup>120</sup> Loc. Cit.

<sup>121</sup> Jeremy Bentham dikutip oleh Michael Tonry, Op. Cit, hlm.140.

*then, that a punishment is economic, when the desired effect is produced by the employment of the least possible suffering. We should say that it is too expensive, when it produces more evil than good; or when it is possible to obtain the same good by means of a less punishment”.*<sup>122</sup>

Hal ini terlebih dalam tataran legislatif, sebagaimana dikatakan oleh Hulsman yang dikutip oleh Roeslan Saleh, bahwa “ banyak kelakuan-kelakuan yang sebenarnya tidak diinginkan juga akan lebih tepat memberantasnya dengan sanksi-sanksi yang tidak bersifat pidana”.<sup>123</sup>

Menurut Hulsman sebagaimana dikutip oleh Roeslan Saleh, bahwa penghematan dalam menggunakan pidana dapat ditempuh melalui asas subsidiaritas di mana hukum pidana dipandang sebagai *ultimum remedium*. Dalam hal ini Roeslan Saleh mengatakan bahwa kita harus berusaha agar sedikit mungkin kelakuan yang dinyatakan sebagai delik, dan jika tidak dapat dihindarkan lagi, bahwa suatu kelakuan harus ditetapkan sebagai perbuatan pidana, maka pidana yang minimal yang ditetapkan sebagai optimal<sup>124</sup>.

---

<sup>122</sup> Jeremy Bentham, *The Principles of Penal Law*, 2012, Adelaide : e books Adelaide, hlm. 53

<sup>123</sup> Roeslan Saleh, *Dari Lembaran Kepustakaan Hukum Pidana*, 1988, Jakarta : Sinar Grafika, hlm . 40.

<sup>124</sup> Roslan Saleh, Op. Cit, hlm. 46

Selanjutnya Hulsman mengemukakan tiga cara dalam menerapkan asas subsidiaritas, sebagai berikut <sup>125</sup>:

- Pertama

Alat kekuasaan yang menerapkan pidana itu tidak sampai bergerak, jika melalui sebuah stelsel yang bersifat sosial dapat dicapai tujuan yang sama atau memang telah tercapai. Hal tidak hukum sebanyak mungkin diusahakan untuk diselesaikan melalui cara-cara di luar hukum pidana. Dengan demikian dilanjutkannya penggunaan sarana pidana hanyalah jika baik dari prevensi umum maupun prevensi khusus benar-benar perlu diteruskan untuk dapat diselesaikan dengan hukum pidana.

- Kedua

Penggunaan sistem transaksi/mediasi dalam pelanggaran-pelanggaran, agar dipertimbangkan agar perkara-perkara pidana seperti ini dapat diselesaikan dalam tingkat sebelum ke pengadilan dan di luar pengadilan.

- Ketiga,

Dengan memberikan pedoman, yaitu janganlah dijatuhkan pidana penjara atau kurungan jika dipandang cukup hanya dengan pidana denda. Janganlah dijatuhkan pidana penjara yang sifatnya panjang, jika pidana penjara jangka pendek telah dapat menyelesaikan persoalan. Jika dikaitkan dengan masalah kesalahan, maka kesalahan adalah hal penting dalam menentukan ukuran pidana, tetapi bukan alat untuk mencari ukuran pidana, karena ada faktor kemanfaatan yang menjadi syarat kepatutan dari pidana, baik dilihat dari segi ancaman, ukuran, maupun pelaksanaannya.

Penghematan dalam menggunakan pidana juga sering dikenal dengan '*principle of parsimony*'. Dalam teori dan filsafat pemidanaan asas parsimony merujuk pada perhatian khusus dalam distribusi pemidanaan untuk menghindari pemidanaan yang berlebihan/melampaui batas (*excessive punishment*). Norval

---

<sup>125</sup> Hulsman dikutip Oleh Roeslan Saleh, Loc. Cit

Moris menggunakan *parsimony principle* dalam membatasi pengenaan pidana secara retributif, di mana pertimbangan keadilan (*just desert*) seringkali digunakan untuk mengidentifikasi pemidanaan yang tidak adil (*undeserve punishment*), oleh karena terlalu berat (*too severe*) ataupun terlalu ringan (*too lenient*)<sup>126</sup>. Menurut Moris kebijakan pemidanaan yang adil untuk semua kejahatan harus menetapkan batas atas, yang sesuai untuk mencegah pemidanaan yang tidak adil, untuk kejahatan serius diberikan batas yang lebih rendah, namun demikian hakim harus diijinkan untuk menyesuaikan pidananya dengan pertimbangan etis (*moral*) yang berbeda di antara para pelaku tindak pidana.<sup>127</sup>

Jeremy Bentham mengatakan bahwa "*parsimony principle*" states that *any punishment greater than is required to achieve its end is unjust*.<sup>128</sup> Konsep *parsimony* berhubungan dengan konsep hukum proporsionalitas, tapi tidak identik. *Parsimony* adalah kunci pertimbangan dari *restorative justice modern*, dan komponen dalam pendekatan kaum *utilitarian* terhadap pidana sebagaimana gerakan penghapusan pidana penjara.<sup>129</sup> Bentham berkeyakinan

---

<sup>126</sup>Norval Morris dikutip oleh Michael Tonry, *Sentencing Matters*, 1996, New York : Oxford University Press, hlm. 18

<sup>127</sup>Loc. Cit.

*Just sentencing policies for all crimes should set upper limits, calibrated to prevent infliction of undeserved punishments, and for some serious crimes should set lower limits, but otherwise should allow judges to adjust sentences to take account of ethically relevant differences between offenders.*

<sup>128</sup>Jeremy Bentham, Op. Cit. hlm. 54

<sup>129</sup>Occam Razor, *The Parsimony Principle How Justice Become Unjust*, 2012, Wikipedia , the free encyclopedia.

bahwa penerapan asas *parsimony* secara benar akan menuntut pidana yang bersifat individual dengan mempertimbangkan perasaan individu, di mana individu yang lebih sensitive terhadap pidana harus diberikan pidana yang secara proporsional lebih ringan, karena tidak membutuhkan penderitaan yang lebih berat.<sup>130</sup>

Bentham di dalam bukunya mengemukakan pula kasus-kasus yang tidak memerlukan diterapkannya pidana, dengan menyebutnya sebagai “*Cases Unmeet for Punishment*” yaitu kasus-kasus di mana pidana tidak boleh dikenakan, yaitu<sup>131</sup> :

- a. *Where it is groundless, where there is no mischief for it to prevent; the act not being mischievous upon the whole.*
- b. *Where it must be inefficacious; where it cannot act so as to prevent the mischief.*
- c. *Where it is unprofitable or too expensive, where the mischief it would produce would be greater than what it prevented.*
- d. *Where it is needless, where the mischief may be prevented, or cease of itself, without it : that is at a cheaper rate.*

---

*The concept is related but not identical to the legal concept of proportionality. Parsimony is a key consideration of the modern restorative justice, and is a component of utilitarian approaches to punishment, as well as the prison abolition movement.*

<sup>130</sup>Loc. Cit.

*True parsimony would require punishment to be individualised to take account of the sensibility of the individual—an individual more sensitive to punishment should be given a proportionately lesser one, since otherwise needless pain would be inflicted.*

<sup>131</sup> Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principle of Morals and Legislation*, 2000, Botoch Books, Kitchener, hlm. 134

Dengan demikian terhadap kasus-kasus di mana jika tidak ada pelanggaran yang harus dicegah, dalam arti tidak ada pelanggaran yang berakibat menyeluruh, maka pidana menjadi tidak mempunyai dasar (*groundless*) untuk diterapkan. Begitu pula dalam kasus di mana apabila pidana dikenakan justru menjadi tidak efisien, tidak menguntungkan karena biayanya terlalu mahal, yaitu jika pengenaan pidana membutuhkan biaya yang lebih besar jika dibandingkan dengan pencegahannya, sehingga pengenaan pidana menjadi tidak dibutuhkan (*needless*).

*Parsimony principle* yang diterapkan dalam peradilan di *New South Wales Australia*, dalam kasus *DB v R* (2007) 167 A Crim. R 393 at [10] dinyatakan bahwa “*the parsimony described as the imposition of “the minimum sentence that reflects the objective and subjective features of a case and satisfies the purposes of sentencing”*”.<sup>132</sup> Jadi *parsimony* diartikan sebagai pengenaan pidana minimum yang merefleksikan tujuan dan ciri subjektif dari sebuah kasus serta mencapai tujuan pemidanaan.

Dengan demikian *parsimony principle* atau asas kehematan dalam menggunakan pidana, pada dasarnya menghendaki jika memang diperlukan pidana, maka dikenakan pidana yang minimum sesuai dengan kebutuhan individu dalam mewujudkan tercapainya tujuan pemidanaan. Hal ini berkaitan pula dengan penerapan asas subsidiaritas di mana pidana dipandang sebagai *ultimum remedium*, sehingga jika tidak dibutuhkan untuk dikenakan maka

---

<sup>132</sup>Judicial Commission of New South Wales, “*Purposes of Sentencing*”, 2012.

sebaiknya dihindari, tetapi jika memang dibutuhkan untuk diterapkannya pidana, maka diterapkan pidana minimal yang diterapkan secara optimal sebagaimana dinyatakan oleh Roeslan Saleh di atas.

## 7. Asas Kelayakan/Kepatutan (*Expediency Principle*)

Asas kepatutan/ kelayakan (*expediency principle*) bersandar pada ide yang lebih luas tentang sanksi pidana, yang selanjutnya berpengaruh pada proses peradilan pidana, seperti dalam penjatuhan pidana.

*Expediency principle* ditegaskan oleh **Hart** diartikan sebagai “*decision on whether or not to prosecute for a criminal offense*”<sup>133</sup>. **Hart** menyatakan bahwa di dalam menerapkan *expediency principle* ini dibutuhkan<sup>134</sup>:

1. *Should be a matter of discretion for the prosecuting authorities, and*

(keharusan adanya diskresi dalam wewenang menuntut)

2. *Should depend upon the preventive and social utility of enforcing the law in the particular situation*

(harus didasarkan pada kepentingan pencegahan dan kemanfaatan sosial dari penegakan hukum dalam situasi khusus).

Asas kelayakan ini secara tegas menolak asas legalitas tradisional bahwa tindak pidana harus dituntut jika semua bukti telah cukup untuk dilakukannya penuntutan. Dalam praktik peradilan Amerika Serikat di mana tidak dianut asas legalitas, sehingga keputusan untuk menuntut atau tidak

---

<sup>133</sup>Hart dikutip oleh Andrew von Hirsch and Newark, *Expediency, Policy, and Explicit Norms in Criminal Justice*” in *Criminal Law in Action, An overview of Current Issues in Western Societies*, Gouda Quint Arnhem, hlm. 111.

<sup>134</sup>Loc. Cit.

menuntut sepenuhnya diserahkan kepada penuntut umum, penuntut dapat menghentikan tuntutan nya meski bukti-bukti telah mencukupi dengan alasan tidak terpenuhinya kemanfaatan sosial.<sup>135</sup>

Asas kelayakan (*expediency principle*) didasarkan pada asumsi-asumsi, bahwa <sup>136</sup> :

1. *First, it requires great confidence in official discretion. Officials , it holds, can distinguish higher from lower priority situation using their own sound judgement.*

(Pertama, menuntut adanya kepercayaan yang besar dalam pemberian diskresi kepada pejabat, berdasarkan situasi yang menjadi prioritas sesuai dengan penilaiannya).

2. *Second, that the use or non use of criminal sanction can best be decided on a case by case basis, by considering the preventive and societal effects of punishing the particular offender or offenders.*

(Kedua, bahwa menggunakan atau tidak menggunakan sanksi pidana bisa menjadi keputusan terbaik dalam suatu kasus dengan mempertimbangkan efek pencegahan dan kemasyarakatan pemidanaan terhadap pelaku tertentu)

#### **8.Asas Individualisasi Pidana (*Principle of Individualization in Punishment*)**

Perkembangan dalam pemidanaan tidak hanya didasarkan pada beratnya kejahatan yang dilakukan, atau pada besarnya kerugian yang diderita oleh korban saja, melainkan juga dititikberatkan pada hakikat atau sifat dari pelaku itu sendiri. Dengan demikian dalam menentukan pidana yang dijatuhkan, hakim di samping melihat beratnya tindak pidana dan pertanggungjawaban

---

<sup>135</sup>Loc.Cit.

<sup>136</sup>Ibid, hlm. 112

pidana, juga melihat pidana yang sesuai dengan kebutuhan pelaku, atau sering disebut individualisasi pidana.

*Individualization of punishment principle* mulai berkembang pada jaman neo klasik, di mana pada jaman neo klasik teori pembedaan dan perundang-undangannya telah meninggalkan sistem yang sederhana, kaku, dan pasti. Hasil dari doktrin neo klasik adalah dalam tataran legislatif individualisasi sanksi didasarkan pada derajat pertanggungjawaban, yang ditentukan oleh teori pertanggungjawaban sebagian atau pertanggungjawaban terbatas. Konsekuensi adanya konsep pertanggungjawaban sudah jelas, sebagaimana dikatakan oleh **Raymond Saleilles**<sup>137</sup>:

*“The consequences of the new conception of responsibility are clear. If you start from the concrete question of the freedom of the will and determine to what degree a criminal act has been committed in full freedom, you necessarily reach two conclusions: the first, to exempt from punishment when it is established pathologically or psychologically that freedom of the will was absent; and the second, to reduce and lower the punishment when it is established that the defendant exercised only a partial freedom.”*

**Raymond** mengatakan konsep pertanggungjawaban jika dihubungkan dengan kebebasan kehendak dan penentuan derajat tindak pidana yang dilakukan dalam keadaan kebebasan yang penuh, maka ada dua kesimpulan : pertama, pembebasan dari pidana jika ditetapkan secara patologi dan psikologi bahwa tidak ada kebebasan kehendak dari pelaku; dan kedua adanya

---

<sup>137</sup> Raymond Saleilles, *The Individualization of Punishment*, 1911 , (Boston: Little, Brown, and Company University of California), digitized in 2007 by Los Angeles School Library, hlm. 83.

pengurangan atau pemberian pidana yang lebih rendah/ringan jika ditetapkan bahwa pelaku hanya mampu bertanggungjawab sebagian.

Sistem individualisasi pidana ini sangat tepat jika dihubungkan dengan sistem yang dianut oleh neo klasik yang tampak sebagai hasil dan penerapan ajaran teori-teori klasik sebelumnya, dan sekaligus sebagai reaksi terhadap kekakuan (*rigidity*) dari pandangan klasik. Hal ini bermula sebagai reaksi keras dari kerasnya pidana di dalam kitab undang-undang pidana, yang menganggap bahwa kebebasan pelaku tetap sama dan tuntutan pidana yang diperkirakan sama untuk semua pelaku yang melakukan kejahatan yang sama. Di sini kedudukan neoklasik menganjurkan untuk mempertimbangkan aspek subjektif yang bersifat individual dari pelaku, memperhitungkan pernyataan kehendak dan memperkirakan derajat kesalahan dari pelaku. Kita menarik diri dari sebuah peradilan yang hanya sesuai mencocoki huruf-huruf dalam undang-undang, dan kembali pada peradilan yang hanya sedikit dikendalikan oleh rumusan hukum dan lebih mempertimbangkan individu.<sup>138</sup>

Individualisasi pidana bertumpu pada dua prinsip, yaitu bahwa kejahatan itu sendiri hanyalah sebuah gejala, namun diperlukan cara untuk

---

<sup>138</sup>Ibid, hlm. 84.

*The new system may very properly be termed the neoclassic system. It appears at once as a result and as an application of the earlier classic theories, and again as a reaction against the unyielding rigidity of the classic and required approximately the same punishment for all view. This is a violent reaction from the original severity of the penal code; for there it was assumed that freedom remained ever the same who committed the same crime. The neoclassic consideration of the individual, taking account of the state of the will at the moment of the crime, and estimating the degree of the culpability of the offender. We are withdrawing from a justice of conformity to the letter of the law to return to a justice of discipline, less controlled by legal formulae and more considerate of the individual.*

mengungkap adanya kriminalitas dan derajat khusus kriminalitas dari pelaku; dan bahwa pidana bukanlah hukuman untuk kejahatan itu sendiri, melainkan sebuah sarana preventif yang diterapkan kepada individu pelaku, sarana kuratif (pengobatan), sarana penghilangan jika tidak ada kesempatan untuk perbaikan<sup>139</sup>.

Asas individualisasi pidana menghendaki adanya modifikasi pidana yang disesuaikan dengan individu pelaku tindak pidana, sekalipun untuk masing-masing kasus individual ditetapkan berdasarkan keseluruhan yang menjadi latar belakang tindak pidananya.<sup>140</sup>

Dalam menerapkan individualisasi pidana dibutuhkan diskresi yang besar pada hakim, sehingga pidana yang dijatuhkan didasarkan pada pandangan pelaku tindak pidananya dan tidak semata-mata berdasarkan tindak pidana yang telah dilakukannya. Diskresi yang diperoleh hakim merupakan kekuatan dari individualisasi pidana, namun demikian tidaklah dianggap bahwa keadaan-keadaan subjektif pelaku yang berkaitan dengan masalah pertanggungjawaban, ikut dipertimbangkan dalam pemberian modifikasi pidana yang cocok dengan si pelaku, karena masalah pertanggungjawaban pidana berkaitan dengan adanya kebebasan kehendak atau tidak sebelum tindak pidana dilakukan, yaitu

---

<sup>139</sup>Ibid, hlm. 133.

*That the punishment was modified and individually adjuste, though, for each individual case it was determined wholly with reference to the material setting of the crime.*

berkaitan dengan motif tindak pidana, hal ini sebagaimana dikatakan oleh

**Raymond** bahwa :

*“ The system has been called that a system of judicial individualization more elastic and more closely conforming to present conceptions of a true criminal economics of discretionary punishment ("peines arbitrares"). And as the law did not lay down regulations instructing the judge as to his decisions, he might very well take the modern point of view, which classifies by criminals and not by crimes, and individualize the punishment accordingly”.<sup>141</sup> The judge acquired some discretion in setting the punishment, which in appearance suggested the power of individualization yet this did not imply that the subjective circumstances in terms of responsibility were deemed adequate to modify the punishment for a given crime. Responsibility was determined, as before, by the freedom of the will; and a free will implied the power to choose equally between two courses, which in turn depended upon the motives between which the choice was to be made.<sup>142</sup>*

Individualisasi pidana merupakan sarana untuk memperbaiki pelaku tindak pidana yang ideal, pelaksanaannya dengan metode-metode perbaikan termasuk mendukung rasa penyesalan, atau pengakuan atas kesalahan moral, atau membentuk dengan kesadaran yang lebih besar tentang karakter dan tuntutan masyarakat, pembekalan pendidikan, pelatihan kejuruan, dan terapi psikis. Perbaikan pelaku hanya bisa dilakukan di dalam sistem pemidanaan sebagai sebuah eksploitasi atas kesempatan yang diberikan oleh terpidana atau pelaku yang wajib menjalani penahanan.

---

<sup>141</sup>Ibid, hlm. 47

<sup>142</sup>Ibid, hlm. 57

## **9. Asas Tanpa Diskriminasi dan Asas Persamaan di Muka Hukum (Principle of Non Discriminatory/ Equality before the Law)**

Non diskriminatif adalah sebuah kunci dari asas persamaan di muka hukum (*equality before the law*). Diskriminasi adalah hal yang salah, karena memperlakukan sebagian orang berdasarkan atribut tertentu berbeda dari yang lain. *Equality before the law* menyatakan bahwa semua orang mempunyai kedudukan yang sama berkenaan dengan hukum dan prosesnya. Pernyataan langsung dari asas antidiskriminasi (*antidiscrimination principle*) akan menjadi sia-sia manakala asas proporsionalitas menjadi prioritas dalam sistem pidana, di mana asas tersebut menghendaki bahwa pidana harus didasarkan pada keseriusan tindak pidana.

**Andrew Ashworth** mendefinisikan *Equality before the law* sebagai asas fundamental, sebagai berikut <sup>143</sup>:

*Equality before the law is a fundamental value which cannot simply be cast aside:*

*“It stands for propositions about respect for human dignity, and impartiality in the administration of criminal justice. This is not to say that it should be regarded as absolute and inviolable. But the principle should be recognized as fundamental in most modern societies, not simply to be traded for gains in efficiency and so forth. If there are situations in which it has to be weighed against other principles such as parsimony, the two principles should be considered not only in their intrinsic strength but also in their wider social effects “ .*

---

<sup>143</sup> Andrew Ashworth, Op.Cit, hlm. 237

Sebagai nilai fundamental asas persamaan di muka hukum (*equality before the law*) berdiri di atas dalil/proposisi tentang penghormatan martabat manusia dan sifat tidak memihak dalam penyelenggaraan peradilan pidana. Hal ini bukanlah tidak dapat diganggu gugat atau bersifat absolut. Namun asas ini harus diakui sebagai asas dasar dalam masyarakat paling modern, tidaklah semudah ditukar dengan keuntungan dalam efisiensi dan sebagainya. Jika terdapat situasi di mana harus dipertimbangkan pula asas-asas lainnya seperti asas *parsimony*/asas penghematan, kedua asas ini harus dipertimbangkan tidak hanya dalam hakikat kekuatannya tetapi juga dalam masalah efek sosialnya yang lebih luas.

Asas persamaan di muka hukum sebagai asas persamaan pengenaan derita, oleh karena itu menolak pidana yang ringan untuk pelaku - pelaku tertentu jika hasilnya untuk membedakan tanpa adanya dasar / alasan terhadap pelaku lainnya. Para penganut *utilitarian* menentang persamaan pengenaan derita karena berfokus pada pengurangan derita dalam sebanyak mungkin kasus. Mereka menolak bahwa hal ini akan melanggar asas persamaan di muka hukum, karena mereka beralasan bahwa akan lebih banyak menghasilkan sanksi-sanksi masyarakat untuk para pelaku bagi semua ras dan kelas sosial<sup>144</sup>

Ketidaksamaan dalam ppidanaan terkadang dikaitkan dengan masalah inkonsistensi, di mana asas fundamentalnya menyatakan bahwa kasus yang sama harus diperlakukan secara sama, dan kasus yang berbeda

---

<sup>144</sup>Ibid, hlm. 236

diperlakukan secara berbeda pula (*like cases treated same alike, and different cases treated differently*). Dalam praktik asas ini bergantung pada kesesuaian apa yang mirip dan apa yang berbeda untuk menentukan sebagai relevan atau tidak relevan. Di sinilah asas persamaan di muka hukum telah diaplikasikan, dalam perdebatan bahwa perbedaan-perbedaan tertentu harus dikeluarkan dan diterjemahkan tidak relevan untuk putusan pidana. Dalam rasional proporsionalitas, persamaan di muka hukum dalam tahap pidana dijamin jika asas proporsionalitas memakainya dalam seluruh pidana, dan jika tidak ada diskresi yang harus dipertanggungjawabkan di dalam praktik pidana.<sup>145</sup>

Selanjutnya **Asworth** mengatakan bahwa di dalam teori, tidak adanya pekerjaan dan kemiskinan akan menjadi faktor-faktor netral di mana pekerjaan tetap (*steady job*) dan pembayaran kompensasi menjadi hal yang meringankan. Sebelumnya pengaruh pertimbangan hal-hal meringankan ini sebagai dasar diskriminasi yang tidak boleh merupakan dasar perbedaan dalam pidana berdasarkan status pekerjaan dan sumber finansial. Motivasi dibalik hal-hal yang meringankan pidana adalah terpuji, namun efeknya adalah diskriminasi

---

<sup>145</sup> Loc. Cit..

*Inequality in sentencing is sometimes linked with inconsistency, It is a fundamental principle that like cases should be treated alike, and different cases differently. The practical significance of this principle depends, however, on authoritative agreement on which resemblances and which differences are to count as relevant or irrelevant. This is where the principle of equality before the law has its application, in arguing that certain differences should be excluded and rendered irrelevant to sentencing decisions. On a proportionality rationale, equality before the law at the sentencing stage is assured if the proportionality principle applies throughout sentencing, and if there are no significant amounts of unaccountable discretion in practical sentencing.*

.Jika dasar-dasar meringankan ini dibenarkan, kemudian menjadi acuan bagi nilai-nilai persamaan di muka hukum yang diakui unggul, dapatkah ditemukan pembedannya?<sup>146</sup>

**Morris dan Tonry** sebagaimana dikutip oleh **Asworth** mengatakan bahwa <sup>147</sup>:

*“A developed punishment theory requires recognition that precise equivalency of punishment between equally undeserving criminals in the distribution of punishments is in practice unattainable and in theory undesirable. We argue that all that can be achieved is a rough equivalence of punishment that will allow room for the principled distribution of punishments on utilitarian grounds, unfettered by the miserable aim of making suffering equally painful.”*

Dalam perkembangan teori pidana menuntut pengakuan bahwa kesepadanan yang tepat antara pidana yang sama, tidak patut untuk para pelaku dalam distribusi pidana, yang dalam praktik tidak dapat dan di dalam teori tidak dikehendaki. Semua yang dicapai adalah kesepadanan pidana yang buruk, yang akan memberikan ruang bagi prinsip distribusi pidana berdasarkan kemanfaatan, tidak terkekang oleh tujuan yang menyedihkan dalam pembuatan untuk adanya persamaan derita dalam pidana.

Berdasarkan tujuan kemanfaatan menurut **Morris dan Tonry**, dengan mengacu pada asas parsimony, dikatakan bahwa<sup>148</sup> :

*“Imprisonment is expensive and unnecessary for some convicted felons who present no serious threat to the community and whose imprisonment is not necessary for deterrent purposes, and yet whose crime and criminal record could properly attract a prison sentence. If intermediate punishments were seen to work for white, middle-class offenders, they might then be expanded so as to be available for all. Inequality of treatment in the short run should be*

---

<sup>146</sup> Ibid, hlm . 235.

<sup>147</sup> Ibid, hlm 236

<sup>148</sup> Morris and Tonry Op. Cit, hlm. 341

*tolerated in order to bring greater equality in the longer term, is to gain acceptance for community sanctions for offenders now sent to prison. Many states have no fines, and relatively few other sanctions. The position in this country is different: there is a wide range of available alternatives, and the problem is to ensure that they are used in a more extensive and more principled way. The problem here is as much one of discrimination as of a general unwillingness to use fines, and to use community sentences for offenders now sent to prison.”*

Pidana penjara dinilai sebagai pidana yang mahal dan tidak diperlukan bagi pelaku yang tidak secara serius mengancam masyarakat dan bagi pelaku yang tidak perlu menjadi sasaran pencegahan kejahatan, namun demikian tipe kejahatan dan jejak rekam pelaku dapat menarik pelaku pada pidana penjara. Jika pidana antara (*intermediate punishment*) tampak berhasil bagi pelaku kulit putih dan kelas menengah, kemudian diperluas untuk disediakan bagi semua pelaku. Ketidaksamaan perlakuan dalam pidana jangka pendek harus ditoleransi untuk mencapai keuntungan lebih besar dalam jangka waktu yang lama, yaitu untuk mendapatkan penerimaan sanksi yang berbasis masyarakat bagi pelaku yang telah dikirim ke penjara. Banyak negara yang tidak mempunyai pidana denda dan mempunyai sanksi lain yang relatif sedikit. Posisi di negara ini sangat berbeda : tidak ada alternatif-alternatif pidana penjara yang tersedia dan masalahnya adalah untuk menjamin bahwa mereka telah digunakan secara lebih meluas dan dengan cara yang lebih mendasar. Masalah besarnya di sini adalah tidak adanya kemauan untuk menggunakan pidana denda dan menggunakan pidana yang berbasis masyarakat untuk para pelaku yang sekarang dipidana penjara.

Dengan demikian, untuk mewujudkan adanya *equality before the law* menurut asas proporsionalitas, dibutuhkan banyak alternatif pidana penjara terutama sanksi yang berbasis masyarakat (*community sanction*) yang ditujukan untuk para pelaku yang melakukan tindak pidana yang tidak serius mengancam masyarakat dan pencegahannya tidak begitu penting.

#### **10. Asas Alasan Pembenaar (Justification) dan Alasan Pemaaf (Excuse)**

Alasan pembenaar (*justification*) dan alasan pemaaf (*excuse*) sebagai alasan pembelaan yang bersifat umum dalam hukum pidana berperan sebagai alasan untuk membebaskan pelaku dari pidana, baik karena pelaku dinyatakan tidak bersalah, atau jika pelaku telah melakukan perbuatan, mempunyai kehendak, dan menyebabkan kerugian serta perbuatannya dinyatakan sebagai kejahatan dalam undang-undang.

Perbedaan antara alasan pembenaar (*justification*) dan alasan pemaaf (*excuse*) sebagaimana dikatakan oleh Eugene R. Milhizert sebagai berikut <sup>149</sup> :

“ *Justification defenses focus on the act and not the actor—they exculpate otherwise criminal conduct because it benefits society, or because the conduct is in some other way judged to be socially useful. Excuse defenses focus on the actor and not the act they exculpate even though an actor's conduct may have harmed society because the actor, for whatever reason, is not judged to be blameworthy*”.

---

<sup>149</sup> Eugene R. Milhizert, *Justification and Excuse: What They Were, What They Are, And What They Ought to be* St. John's Law Review Volume 78 Issue 3 Volume 78, Summer 2004, Number 3 Article 12, 2012.

Pembelaan berdasarkan alasan pembeda (*justification*) menitikberatkan pada perbuatan (*the act*) dan bukan pada pelaku (*the actor*), pelaku dibebaskan karena perbuatannya justru membawa manfaat atau kebaikan atau karena perbuatannya dinilai bermanfaat oleh masyarakat. Sementara itu alasan pemaaf (*excuse*) lebih menitikberatkan pada pelaku (*the actor*) dan bukan pada perbuatan (*the act*). Pelaku dibebaskan sekalipun perbuatannya merugikan masyarakat tapi apapun alasannya tidak dapat dipersalahkan.

Jeremy Bentham menguraikan secara rinci kondisi-kondisi pokok dari alasan pemaaf dalam hukum pidana, dengan mengatakan bahwa semua pembelaan (*pleas*) dan pernyataan maaf yang melindungi perbuatan pelaku yang dilarang dari penjatuhan pidana, yang jika tidak dimasukkan ke dalam hukum pidana, maka alasan dapat diturunkan pada adanya pertimbangan tunggal, yaitu “ketiadaan” (*the want*) atau adanya “cacat kehendak” (*defect of will*).<sup>150</sup> Alasan pemaaf merupakan pembelaan yang berfokus pada pelaku tindak pidananya dan bukannya pada perbuatan. Pelaku dibebaskan dari kesalahan meskipun perbuatannya telah merugikan masyarakat<sup>151</sup>.

**J.A.W Lensing** mengatakan bahwa “..... *the prevailing view at present is that justifications concern the unlawfulness of the act, whereas*

---

<sup>150</sup> Jeremy Bentham dikutip oleh H.L.A Hart, *Punishment and Responsibility Essays in the philosophy of law* Second Edition, 2008, New York : Oxford University Press, hlm. 18.

<sup>151</sup> Eugene R Milhizert, *Justification And Excuse : What They Were, What They Are, And What They Ought To Be*, St. John's Law Review . Volume 78 Issue 3 Volume 78, Summer 2004, Number 3  
“ *Excuse defenses focus on the actor and not the act they exculpate even though an actor's conduct may have harmed society because the actor, for whatever reason, is not judged to be blameworthy*”.

*excuses are concern with the culpability of the defendant. One of tendencies to which the dogmatic approach has led, is that for a justification to be applicable it was required that all unlawfulness is lacking and for an excuse that all blameworthiness is lacking”.*<sup>152</sup>

Selanjutnya **Lensing** membagi alasan-alasan pembenar (*justification*) dan alasan-alasan pemaaf (*excuse*) sebagai berikut <sup>153</sup>:

1. *General Justification:*

- a. *Self – defence* (Pembelaan diri)
- b. *Necessity* (keadaan darurat)
- c. *Public duty and orders of authorities* (menjalankan perintah jabatan)
- d. *Consent* (adanya persetujuan)
- e. *Absence of unlawfulness* (tidak adanya sifat melawan hukum).

2..*General Excuses:*

- a. *Insanity and diminished responsibility* ( sakit jiwa dan pengurangan pertanggungjawaban).
- b. *Duress* (daya paksa /overmacht);
- c. *Emotional disturbance in self-defense* ( gangguan emosi dalam pembelaan diri/ pelampauan batas pembelaan diri);
- d. *Carrying out an unlawful order in good faith* ( dengan itikat baik menjalankan perintah yang tidak sah);
- e. *Absence of all blameworthiness* ( tidak adanya kesalahan sama sekali)

---

<sup>152</sup> J.A.W. Lensing, Op. Cit. hlm. 66.

<sup>153</sup> Loc. Cit

## 11. Asas Permaafan/Penyederhanaan Konflik (*Forgiveness / Pardon / Clemency Principle*)

Dalam perkembangan teori pidana yang dianut oleh beberapa negara modern dikenal pula pembebasan pelaku dari pidana yang diberikan oleh negara bukan karena adanya alasan pembeda pada perbuatannya (*justification*) atau pun adanya alasan pemaaf yang melekat pada pelakunya (*excuses*). Pembebasan pelaku dari pidana berupa permaafan (*pardon/forgiveness*) yang diberikan oleh negara kepada pelaku tindak pidana baik berupa grasi atau amnesti yang diberikan oleh kepala negara.

Pemberian maaf (*pardon/forgiveness*) sebetulnya tidak mendapat tempat dalam hukum pidana selama ini, sebaliknya mendapat tempat utama di dalam *restorative justice* yang memberikan tempat istimewa pemberian maaf dan rekonsiliasi. Dalam pemberian maaf kebutuhan untuk memberikan maaf sama besarnya bagi pihak yang dirugikan maupun bagi pelaku, di mana pemberian maaf adalah sebuah proses di mana pihak yang dilukai/dirugikan membiarkan pelaku untuk bebas dan mengikhlaskannya<sup>154</sup>.

Pengertian pemberian maaf (*pardon*) menurut Wikipedia adalah pemberian maaf terhadap suatu kejahatan dan pidananya, yang diberikan oleh kepala negara, seperti seorang raja atau presiden, atau oleh gereja yang berwenang. Pemberian maaf ini merupakan catatan berkaitan dengan putusan pengadilan yang terpisah dari catatan kejahatan lainnya, dan memberikan

---

<sup>154</sup> Eugene R Milhizert, Op.Cit. hlm. 251

kesempatan kepada warga negara untuk mematuhi hukum dan berintegrasi kembali ke dalam masyarakat. Namun demikian pemberian maaf (*pardon*) tidak menghapuskan fakta bahwa seorang individu telah melakukan kejahatan. Catatan kejahatannya tidak dihapuskan tetapi tetap terpisah dari catatan kejahatan lainnya (yang tidak diberi maaf).<sup>155</sup>

Menurut Marshall, *forgiveness* adalah apa yang terjadi ketika korban yang menderita kerugian akibat perbuatan pelaku dengan bebas memilih untuk melepaskan/membebasikan pelaku dari kesalahannya, guna menguatkan dan mendamaikan hubungannya kembali.<sup>156</sup>

Sementara itu Zehr mengatakan bahwa pidana akan mengekalkan rangkaian kekerasan, *forgiveness* akan memotong dan menghentikan rangkaian kekerasan itu, di mana tidak ada pembalasan. *Forgiveness* melarutkan hasrat balas dendam dari korban dan memberikan kesempatan menguatkan dan

---

<sup>155</sup> Pardon, Wikipedia

“A pardon is the forgiveness of a crime and the penalty associated with it. It is granted by a head of state, such as a monarch or president, or by a competent church authority. A pardon keeps a judicial record of a conviction separate and apart from other criminal records, and gives law abiding citizens an opportunity to reintegrate into society. A pardon does not, however, erase the fact that an individual was convicted of a crime. The criminal record is not erased, but it is kept separate and apart from other (non-pardoned) criminal records”.

<sup>156</sup> Marshall, *Beyond Retribution*, as quoted by Eugene R Milhizert, Op.Cit hlm.251

*Forgiveness is what happens when the victim of some hurtful action freely chooses to release the perpetrator of that action from the bondage of guilt, gives up his or her own feelings of ill will, and surrenders any attempt to hurt or damage the perpetrator in return, thus clearing the way for reconciliation and restoration of relationship.*

memperbaiki kembali hubungan di mana titik puncaknya ada pada proses rekonsiliasi antara pelaku dan korban.<sup>157</sup>

## **12 Asas Memperkecil / Penyederhanaan Konflik( *De minimis/ Insignificance and Irrelevant Principle*)**

Dasar ajaran dari principle of insignificance, sejak 1970 dihasilkan oleh kerja Roxin (*Kriminalpolitik und Strafrechtssystem – Policy and Criminal del Derecho penal system, trad Munoz of Conde, Barcelona, 1972*), yang menghasilkan pemahaman bahwa semua katagori struktur tindak pidana, sebagai fakta yang dapat dipidana, mensyaratkan adanya : (1) perbuatan, (2). karakter khusus perbuatan yang tidak dikehendaki, (3) sifat melawan hukum (*antijuridicidade*) dan (4) kesalahan pelaku, semua ini tidak lagi diinterpretasikan secara kering, secara formal, dan secara harfiah.<sup>158</sup> Luiz Flavio Gomez mengatakan bahwa dalam penerapan hukum pidana, asas-asas politik kriminal sangat penting diperhitungkan seperti asas perlindungan terhadap harta, intervensi hukum pidana secara minimal dan asas proporsionalitas dan lainnya. Hal ini perlu diperhatikan karena isi dari undang-undang hanyalah poin awal dalam konstruksi hukum. Hukum berada pada awal, pertengahan, dan akhir dari setiap interpretasi, jika tidak demikian, maka

---

<sup>157</sup>Zehr, dikutip oleh Eugene R Milhizert, Ibid. hlm. 252

*Punishment perpetuates the cycle of violence; forgiveness interrupts and stops the cycle of violence. Forgiveness does not repay in kind. Forgiveness dissolves the victim's desires for revenge and retaliation, thus providing one step toward a restoration of the relationship. Forgiveness clears the way for the recovery or repair of the relationship. The culmination of the forgiveness process is reconciliation between the offender and the victim.*

<sup>158</sup> Luiz Flávio Gomes, *Principle of insignificance and irrelevance principle of the criminal suit (Irregularità of bagatela)* hlm 2

bertentangan dengan hukum. Jika ada pertentangan antara isi dari undang-undang dan hukum (asas-asas umumnya) maka hukum harus diutamakan.<sup>159</sup>

Dalam perkembangan menerapkan hukum pidana pada kasus-kasus ringan (*violence bagatela*), digunakan *principle of insignificance* dan *principle of irrelevant*. Menurut Luiz Flavio Gomez, ada dua hal dalam penerapan asas *insignificance* dalam hukum pidana yaitu : (a) perbuatannya sepele/ringan, (b) akibat yang tidak seberapa.<sup>160</sup>

Perbedaan antara asas *insignificant* dan asas *irrelevant* menurut Gomez adalah batasan hukum (lebih tradisional) dalam mengakui asas *insignificance* hanya pada ringannya perbuatan (*desvalor of action*) atau ringannya akibat (*desvalor the result*), dikatakan bahwa, adanya sifat khusus di mana tingkat berbahayanya perbuatan atau tingkat kerugian (sebagaimana diakui oleh hukum) atau sifat berbahayanya secara konkret sangat sedikit<sup>161</sup>

Batasan hukum lainnya dalam pengakuan terhadap pelanggaran / kejahatan ringan, bukanlah pada isinya yang hanya berhubungan dengan akibat yang ringan dan menekankan persyaratan penting lainnya yaitu : faktanya adalah pelaku yang tidak waras sehingga *irrelevant* (asas fakta pelakunya tidak relevan), jadi sifat ringan (secara kumulatif) tidak hanya pada akibat yang

---

<sup>159</sup>Ibid, hlm. 3.

<sup>160</sup>Ibid, hlm. 4.

<sup>161</sup>Ibid, hlm. 6

“The fundamental difference between the two principles mentioned is: a line jurisprudential (more traditional) recognizes the principle of insignificance taking into account (only) or desvalor of action or desvalor the result, it said, is sufficient (for the atipicidade) that the level of danger the conduct or the level of injury (to the well Legal), or the danger is tiny concrete verified”.

ringan saja, tetapi juga ringannya perbuatan dan ringannya kesalahan dari pelaku (yaitu: jika semua kondisi yang berkaitan dengan pengadilan – kesalahan, sejarah perilaku sosial, kepribadian, alasan melakukan kejahatan, akibat-akibatnya, keadaan-keadaan yang menyertai perbuatannya – dikehendaki dan dapat dimaklumi).

Kedua asas *insignificance* dan *irrelevant*, berkenaan dengan perbuatan yang tidak begitu tercela dan pelaku yang menurut faktanya tidak relevan, ditujukan untuk membimbing kita dalam menyelesaikan pelanggaran ringan. Pelanggaran ringan diartikan sebagai perbuatan yang mengekspresikan fakta yang sepele/ringan, sedikit sekali atau dengan kata lain, sebuah perbuatan atau bahkan serangan pada hukum yang tidak mensyaratkan adanya intervensi hukum pidana karena memang berada di luar lingkup tipe hukum pidana. Dengan demikian kejahatan atau pelanggaran ringan harus dipahami dalam dua dimensi yaitu : (a) pelanggarannya itu sendiri bersifat sepele/ringan, (b). pelanggaran ringan itu tidak patut.<sup>162</sup>

Dalam penerapan asas *insignificant* dan asas *irrelevant* dalam hukum pidana harus ditekankan, sebagai sarana dalam menyelesaikan banyak kasus. Jika hakim mempunyai masalah tentang penerapan asas *insignificant*,

---

<sup>162</sup> Ibid. hlm. 7

*Both principles (of insignificance tout court and the criminal irrelevance of the fact) are intended to guide us in the solution of the so-called violation bagatelar. What is meant by infringing bagatelar? Infringement bagatelar or crime of bagatela expressed the fact insignificant, pittance or, in other words, a practice or even an attack on legal and which does not require the intervention criminal because it is outside the scope of type criminal. Here the violation bagatelar must be understood in its two dimensions: (a) violation bagatelar itself, (b) violation bagatelar improper.*

maka asas fakta irrelevant dapat diterapkan dalam peradilan pidana untuk kasus tersebut. Dalam kasus penerapan asas *insignificance* (berdasarkan kecil/ringannya akibat), jika ada keraguan, dalam mempertimbangkan bahwa ada perbuatan dan akibat yang ringan, maka dapat dibenarkan jika asas fakta irrelevant diterapkan, sehingga pidana tidak dijatuhkan. Dengan melihat faktanya yang bersifat khas, sehingga menyebabkan tidak diperlukan adanya pidana.<sup>163</sup> Dengan demikian kedua asas ini mempunyai posisi yang sama dalam hukum pidana. Asas *insignificance* menyebabkan fakta yang bersifat khusus berada di luar hukum pidana, dan asas fakta irrelevant menyebabkan hapusnya pidana, karena pidana tidak diperlukan dalam kasus seperti ini.<sup>164</sup>

Asas *insignificant* dan asas *irrelevant* dalam konteks lain dirumuskan dalam bahasa latin sebagai *de minimis non curat praetor* ("The praetor does not concern himself with trifles") or *de minimis non curat lex* ("The law does not concern itself with trifles"). Pengertian *de minimis* menurut Wikipedia adalah untuk mengungkapkan segala sesuatu yang kecil/sepele atau minimal. Dalam konteks hukum dikenal *maxim de minimis non curat praetor* atau *de minimis non curat lex*. Dalam konteks kriminologi, pendekatan *de minimis* atau *minimalis* ini sebagai tambahan pada Asas Umum tentang kerugian (*a general harm principle*). Asas ini gagal dalam mempertimbangkan kemungkinan diterapkannya sanksi lain dalam mencegah kerugian akibat

---

<sup>163</sup>Ibid. hlm. 10

<sup>164</sup>Ibid, hlm. 11

kejahatan, sehingga keefektifan kriminalisasi menjadi sebuah pilihan. Dengan menggunakan hukum pidana sebagai sarana terakhir (*a last resort*), karena tindakan memidana seringkali melanggar kebebasan individu seperti pidana penjara. Dalam hal ini para pembuat hukum yang lebih menekankan pada hak asasi manusia, menekankan pada kategori *de minimis*. Di mana untuk tindak pidana seperti pembunuhan (*murder*), perkosaan (*rape*), dan penyerangan (*assault*) pada umumnya tidak digunakan asas *de minimis*. Asas ini dibenarkan penerapannya dalam kasus-kasus kecil<sup>165</sup>.

Dalam konteks *common law*, asas *de minimis non curat lex*, dinyatakan sebagai *judges will not sit in judgment of extremely minor transgressions of the law* atau *the law does not concern itself with trifles*. Hal ini diekspresikan dalam putusan the 2004 *Supreme Court of Canada decision in Canadian Foundation for Youth v Attorney General* di mana Hakim B. Wilson, dalam perbedaan pendapatnya, menjelaskan bahwa<sup>166</sup> :

*"The Chief Justice is rightly unwilling to rely exclusively on prosecutorial discretion to weed out cases underserving of prosecution and punishment. The good judgment of prosecutors in eliminating trivial cases is necessary but not sufficient to the workings of the criminal law. There must be legal protection against convictions for conduct underserving of punishment. And indeed there is. The judicial system is not plagued by a multitude of insignificant prosecutions for conduct that merely meets the technical requirements of "a crime" (e.g., theft of a penny) because prosecutorial discretion is effective and because the common law defence of de minimis non curat lex (the law does not care for small or trifling matters) is available to judges "*

---

<sup>165</sup>*De Minimis*, Wikipedia The Free Encyclopedia, hlm. 2

<sup>166</sup>*De Minimis Non Curat Lex Definition*, www.duhaime.org/legal dictionary, hlm 2.

Dalam peradilan sepatutnya tidak secara khusus mengandalkan diskresi untuk membuang kasus-kasus yang tidak layak untuk dituntut dan dipidana. Pertimbangan penuntut yang baik dalam mengurangi kasus-kasus ringan adalah penting dalam menggunakan hukum pidana. Oleh karena itu harus ada perlindungan hukum terhadap pemidanaan untuk perbuatan-perbuatan yang tidak patut dipidana. Dengan demikian sistem peradilan pidana bukanlah wabah bencana dengan banyaknya penuntutan kasus-kasus sepele/ringan untuk perbuatan yang semata-mata memenuhi unsur teknis sebagai kejahatan (seperti : pencurian satu sen uang), karena diskresi penuntutan efektif dan karena pembelaan berdasarkan *de minimis non curat lex* (*the law does not care for small or trifling matters*) dalam sistem hukum *common law* tersedia bagi hakim.

Konsep *common law* tentang *de minimis non curat lex* di Inggris, dinyatakan dalam keputusan pengadilan<sup>167</sup> :

*"The Court is not bound to a strictness at once harsh and pedantic in the application of statutes. The law permits the qualification implied in the ancient maxim De minimis non curat lex. Where there are irregularities of very slight consequence, it does not intend that the infliction of penalties should be inflexibly severe. If the deviation were a mere trifle, which, if continued in practice, would weigh little or nothing on the public interest, it might properly be overlooked."*

Pengadilan tidak terikat pada ketatnya kekakuan dan kesombongan dalam penerapan undang-undang. Hukum membolehkan adanya kualifikasi/pembatasan ditunjukkan oleh maksim kuno *De minimis non curat*

---

<sup>167</sup>Loc. Cit.

*lex*. Di mana terdapat ketidakteraturan terhadap akibat yang sangat kecil, tidak dimaksudkan untuk mengenakan pidana harus dengan sangat kaku. Jika penyimpangannya sangat kecil, di mana, jika diteruskan dalam praktik akan sia-sia dan mengabaikan kepentingan publik .

Dalam case law penerapan pembelaan dibatasi. Jika dimungkinkan pembelaan berdasarkan *de minimis* tidak digunakan secara luas oleh pengadilan, karena polisi dan jaksa telah menyaring semua dakwaan pidana hanya untuk kasus-kasus yang layak saja untuk diadili. Namun demikian pembelaan *de minimus* ada di dalam pembelaan *common law*, dan berada di dalam diskresi pengadilan untuk menerapkan dan mengembangkannya.<sup>168</sup>

Dalam pembelaan berdasarkan *de minimus* tidak berarti bahwa perbuatan dibenarkan, perbuatan tetap bersifat melawan hukum tetapi karena begitu sepele atau ringan, maka tidak dipidana.<sup>169</sup>

---

<sup>168</sup>Loc. Cit

*Admittedly, the case law on the application of the defence is limited. It may be that the defence of de minimis has not been used widely by courts because police and prosecutors screen all criminal charges such that only the deserving cases find their way to court. Nonetheless de minimis exists as a common law defence ... and falls within the courts' discretion ....to apply and develop as it sees fit.*

<sup>169</sup>Ibid, hlm.3

*"The defence of de minimis does not mean that the act is justified; it remains unlawful, but on account of its triviality it goes unpunished."*

Pada umumnya pembenaran penerapan permaafan berdasarkan *de minimis* adalah sebagai berikut <sup>170</sup>

- 1). Persyaratan penerapan hukum pidana adalah untuk kejahatan serius.
- 2). Asas *de minimis* bertujuan melindungi terdakwa dari stigma pidana dan dari pengenaan pidana berat bagi perbuatan yang relative ringan; dan
- 3). Menghemat peradilan dari menumpuknya sejumlah besar kasus-kasus ringan.

Dengan adanya asas *de minimis* maka teori-teori yang berdasarkan pada ide bahwa kejahatan harus dicegah dengan penderitaan sudah tidak berlaku lagi. Hal ini adalah konsisten dengan asas rangkap/ganda (*dual principles*) dalam penerapan hukum pidana bahwa tidak ada kesalahan yang tidak menyebabkan kerugian dan perbuatan yang tidak salah. (*there is no culpability for harmless and blameless conduct*).

---

<sup>170</sup>Loc. Cit.

*Generally, the justifications for a de minimis excuse are that: (1) it reserves the application of the criminal law to serious misconduct; (2) it protects an accused from the stigma of a criminal conviction and from the imposition of severe penalties for relatively trivial conduct; and (3) it saves courts from being swamped by an enormous number of trivial cases.*

## **BABV**

### **TUJUAN PEMIDANAANDALAM PERKEMBANGAN TEORI PEMIDANAAN**

Tujuan pidana adalah dasar pembedaan (*justification*) mengapa seseorang dijatuhi pidana. Ada berbagai macam alasan yang memberikan dasar pembedaan penjatuhan pidana, seperti alasan karena pelaku pantas mendapatkannya untuk memenuhi rasa keadilan bagi korban, untuk menghentikan pelaku melakukan tindak pidana berikutnya, untuk menenangkan hati korban bahwa masyarakat peduli terhadap apa yang telah menimpanya, untuk mencegah orang lain agar tidak melakukan perbuatan yang sama, melindungi masyarakat dari bahaya dan perbuatan orang-orang yang tidak jujur, untuk memberi kesempatan pada pelaku untuk membayar kerugian yang disebabkan oleh perbuatannya, dan untuk membuat orang sadar bahwa hukum harus dipatuhi.

Menurut Barbara Hudson, persoalan muncul dalam hal adanya konflik di antara alasan-alasan pembedaan tersebut. Biasanya terjadi konflik antara alasan yang didasarkan pada pencegahan kejahatan ( baik dilakukan oleh pelaku yang sama dengan mengulangi perbuatannya, maupun pelaku potensial). Selanjutnya ada konflik yang berkelanjutan dan tidak dapat dihindari yaitu teori yang menekankan antara perlindungan hak para pelaku dengan tidak memidana

lebih dari yang semestinya, dan teori melindungi hak masyarakat agar tidak menjadi korban kejahatan. Sebagaimana dikatakan sebagai berikut <sup>171</sup>:

*“Difficulties arise, however, because the reasons may conflict. Generally, such conflicts are between reasons based on preventing crime (either by the same offender doing it again, or potential offenders, and the idea that punishment is because the offender deserves it. Furthermore, there is a perennial and unavoidable tension between protecting the rights of offenders not to be punished more than they deserve, and protecting the rights of the public not to be victims of crime”.*

Alasan-alasan penjatuhan pidana terbagi ke dalam dua kelompok, yaitu : kelompok yang berfokus pada pencegahan dilakukannya tindak pidana di masa mendatang dan kelompok yang berfokus pada pemidanaan terhadap perbuatan yang telah dilakukan (dahulu) sebagaimana dinyatakan oleh Andrew Von Hirsch yang dikutip oleh Hudson. Teori-teori yang melihat tujuan pemidanaan untuk pencegahan kejahatan di masa mendatang biasanya merujuk pada utilitarian (Hart, 1968; Nigel Walker, 1991) karena mereka diturunkan dari filsafat moral politik utilitarian, atau sebagai kaum *consequentialist* (Braitwaite and Petit, 1990). Oleh karena mereka memberikan pembenaran pemidanaan dengan mengantisipasi konsekuensi di masa mendatang, atau sebagai *reductionist* (Cavadino and Dignan, 1922), karena tujuan mereka memidana adalah untuk mengurangi kejahatan. Sementara itu teori yang berorientasi di masa lalu biasanya disebut *retributive*, karena tujuan pidana bagi mereka adalah untuk meminta ganti kerugian/pembalasan setimpal kepada pelaku atas perbuatannya. Titik berat dari teori *retributive* adalah ide

---

<sup>171</sup> Barbara Hudson, Op. Cit. hlm. 3

dijatuhkannya pidana untuk mencapai tujuan memberikan pencelaan moral kepada pelaku atas perbuatan yang telah dilakukannya, sehingga masalah yang berkaitan dengan apakah pelaku akan mengulangnya atau orang lain akan menirunya tidak menjadi urusan retributive ini. Von Hirsch mengatakannya sebagai berikut<sup>172</sup> :

*“The reasons for punishment listed above all into two groups, those which are concerned with preventing future crimes, and those which are concerned with punishing already committed (or past) crimes (von Hirsch, 1985). Those theories which see the goal of punishment as to prevent future crime are sometimes referred to as utilitarian (Hart, 1968; Walker, 1991) because they are derived from utilitarian – political- moral philosophy, or as consequentialist (Braitwaite and Petit, 1990). Because they justify punishment by its anticipated future consequences or as reductionist, because their aim is the reduction of crime. Past oriented theories are usually known as retributivist, because their aim is to exact retribution from offenders for their crimes. Central to retributivist perspectives, is the idea that the purpose of judicial punishment is to place moral blame on the offender for the offence s/he has committed, and that the future conduct of the offender or other members of his/her society is not a proper concern of punishment.*

Adapun perkembangan tujuan pemidanaan adalah sebagai berikut :

#### **1. Tujuan Pembalasan/Retributive dan Penebusan Dosa Sebagai Dasar Pemberian Keadilan**

Herbert L Packer mengatakan bahwa pandangan retributive terletak pada ide bahwa hak bagi pelaku kejahatan (*wicked man*) untuk dipidana, karena setiap orang harus bertanggung jawab atas perbuatannya, sehingga pelaku pantas menerima pidananya. Dikatakan bahwa ada 2 (dua) versi dalam pandangan retributive, yaitu : teori pembalasan (*the revenge theory*) dan teori

---

<sup>172</sup>Loc.Cit.

penebusan dosa (*the expiation theory*). Teori pembalasan sebagai alasan pembenar pidana, berakar dalam pada pengalaman manusia, dan memandang kembali ke belakang sejauh mungkin sebagaimana *lex talionis :an eye for an eye, a tooth for a tooth, a life for a life*. Sir James Fitzjames Stephen sebagaimana dikutip oleh Herbert L Packer mengatakan bahwa pidana adalah pernyataan/ekspresi hasrat yang sederhana atas kemarahan (*hatried*) dan ketakutan (*fear*) yang muncul dalam masyarakat terhadap perbuatan yang dilakukan oleh pelaku tindak pidana, sebagaimana pernyataannya yang terkenal bahwa *the punishment bears the same relation to appetite for revenge as marriage bears to the sexual appetite*.<sup>173</sup>

Sementara itu pandangan teori *retributive* lainnya (*expiation theory*), bahwa hanya melalui pengenaan pidana pelaku dapat menebus dosanya. Konsep pertaubatan melalui pidana ini merupakan tema utama dalam pandangan religius yang peranannya tidak dapat diragukan lagi dalam pandangan tentang pidana yang sekuler. Pandangan ini menekankan pada pergeseran dari tuntutan pada pelaku pidana kepada tuntutan terhadap perbuatannya, yang harus membuat pelaku untuk kembali pada tatanan sosial.<sup>174</sup>

Barbara Hudson memandang Teori Retributive sebagai teori yang memberi pembenaran pembedaan karena pidana dipandang sebagai

---

<sup>173</sup> Herbert L. Packer, Op. Cit. hlm. 37

<sup>174</sup> Ibid, hlm. 38

pantas/layak dan sebagai penggantian kerugian yang diderita oleh korban. Oleh karena itu retribusi/retribution berarti mengembalikan kerugian dan memidana yang sesuai dengan perbuatan pelaku. Menurut Hudson, ada dua unsur yang menjadi ciri kunci teori retributive pidana, yaitu<sup>175</sup>:

- a. Bahwa pidana harus bersifat membalas/menuntut kembali atas kejahatan yang dilakukan pada masa lalu, daripada berorientasi padaantisipasi di masa mendatang;

*(That punishment should be in return of crimes past rather than in anticipation of crimes future;)*

- b. Bahwa pidana harus sesuai dengan kejahatannya, beratnya pidana yang dijatuhkan harus sebanding dengan keseriusan tindak pidana/kejahatan yang dilakukan oleh pelaku.

*(That the punishment should be suitable for the crime – the severity of punishment should be commensurate to the seriousness of the crime for which it inflicted).*

Dengan demikian maka pembalasan, penebusan kembali dan penggantian kerugian untuk peristiwa di masa lalu, harus direfleksikan di saat sekarang, dan harus dilakukan dengan sarana yang sebanding dengan perbuatannya sebagaimana pendapat Nigel Walker yang dikutip oleh Barbara Hudson. Sistem pidanaan di sini mencari kesebandingan antara pidana dengan kejahatannya, sehingga pelaku tindak pidana harus menebus perbuatannya yang menyebabkan kerugian pada korban<sup>176</sup>.

---

<sup>175</sup> Barbara Hudson .Op. Cit. hlm. 38

<sup>176</sup> Loc.Cit

Pada tahun 1980an, pendekatan baru teori retributive sangat berpengaruh dalam teori pidana. Penganut teori retributive ini menitikberatkan pada pemidanaan terhadap perbuatan, bukan pada orangnya. Asas utama dalam retributive yang baru (*new retributivism*) adalah bahwa pidana harus sepadan dengan keseriusan tindak pidana. Dibandingkan dengan teori retributive sebelumnya dengan sistem pembalasan yang sepadan (*talionist*), dalam teori retribusi baru ini, interpretasi modern tentang konsep sepadan (*commensurate*) dimaknai sebagai proporsional (*proportionate*), dengan syarat pidana yang sangat serius diperuntukkan bagi kejahatan yang sangat serius pula. Penggolongan pidana seluruhnya harus menurut skala keseriusan tindak pidananya, atau seringkali dikenal dengan istilah “*a tariff sentencing*” di mana setiap tindak pidana/kejahatan mempunyai harga yang harus dibayar.<sup>177</sup>

Dalam perkembangannya kepatutan dalam pemidanaan beralih lingkupnya untuk mengurangi ruang diskresi pengadilan, yaitu digunakan untuk memidana orang karena karakteristik pribadinya maupun sosialnya, daripada untuk memidana perbuatannya, sebagaimana konsep sebelumnya. Sangat banyak penganut retribusi ini yang menekankan pada aspek pencelaan dalam pemidanaan. Menyatakan adanya pidana adalah untuk mencela perbuatan, untuk membuat sebuah pernyataan publik tentang pencelaan perilaku /perbuatan yang telah dilakukan oleh pelaku. Tingkat beratnya pidana merupakan pernyataan tingkat pencelaan terhadap perbuatan pelaku. Sebagaimana dikatakan oleh Duff

---

<sup>177</sup>Ibid. hlm. 40

dan Von Hirsch, bahwa pencelaan yang dikatakan oleh kaum retribution ini menjadi inti karakteristik dan fungsi pemidanaan. Dalam hal ini terapi yang berat dalam pemidanaan (*hard treatment*) didasarkan pada prinsip penghilangan keuntungan yang dirampas oleh pelaku secara curang. Pentingnya pidana di sini adalah untuk memperbaiki (*to restore*) keseimbangan atas keuntungan dan kerugian sosial, kemanfaatan, dan beban masyarakat, sehingga pidana dibutuhkan untuk menghilangkan keuntungan yang diperoleh secara curang oleh pelaku.<sup>178</sup>

Dengan demikian jika ada pertanyaan “mengapa harus pidana dan bukan kompensasi yang dijatuhkan kepada pelaku tindak pidana? Maka jawaban para kaum retributivist adalah bahwa pidana itu sangat penting berkaitan dengan pencelaan yang merupakan bagian dari pelaku ( teori komunikasi, sebuah bentuk dari rehabilitasi moral) atau alasan bahwa pidana lebih efektif daripada kompensasi dalam pencegahan kejahatan. Sebagai contoh adalah Duff dan Von Hirsch, yang membedakan antara aspek pencelaan (*censure*) dengan aspek pidana yang berat (*hard treatment*), dengan memberikan fungsi pencelaan yang merupakan pernyataan kesalahan disertai pidana yang berat (*hard treatment*) sebagai sebuah alasan yang bijaksana dalam mencegah pelaku untuk melakukan kejahatan. Keberadaan sistem *tariff* dalam pemidanaan akan mencegah orang dari kejahatan yaitu dengan mengumumkan

---

<sup>178</sup>Ibid, hlm. 47

perbuatan yang dinyatakan salah dan konsekuensi penderitaan yang akan dijalaninya jika mereka melakukannya<sup>179</sup>.

Hal di atas sejalan dengan fungsi ekspresif pidana dalam teori komunikasi (*commucation theory*), yang dinyatakan oleh J. Feinberg, bahwa pidana adalah sarana konvensional untuk menyatakan sikap kemarahan (*resentment*) dan kejengkelan (*indignation*) dan penilaian (*judgment*) atas pencelaan (*disapproval*) dan makian (*reprobation*)<sup>180</sup>. Hal ini ditegaskan oleh Gardner saat menjelaskan pidana dari sisi moralitas, sebagaimana dikutip oleh J. Feinberg, sebagai berikut<sup>181</sup> :

“Inti pemedanaan dalam konteks pelanggaran moral terletak di dalam pemedanaan terhadap pelaku itu sendiri. Pemedanaan di sini merupakan ekspresi dari kemarahan, ketakutan, atau gangguan yang terjadi di dalam masyarakat terhadap terpidana itu sendiri, yang dengan sendirinya memberikan ciri keras secara fisik sebagai pidana. Dengan demikian yang dimaksud kejahatan adalah perilaku yang semestinya menunjukkan sebagai perilaku yang mendatangkan pencelaan moral dari masyarakat baik secara formal maupun dalam arti sesungguhnya”.

---

<sup>179</sup>Ibid, hlm. 53

<sup>180</sup>J. Feinberg, Op. Cit, hlm. 74.

<sup>181</sup>Ibid, hlm. 75

*“The essence of punishment for moral delinquency lies in the criminal conviction itself. One may lose more money on the stock market than in court room; a prisoner of war camp may well provide harsher environment than a state prison; death on field of battle has the same physical characteristic as death by sentence of law. It is expression of the community’s hartred, fear, or contempt for the convict which alone characterizes physical hardship as punishment. If this is what a criminal penalty is, then we can say readily enough what a crime is....it is conduct which, if duly shown to have taken place, will incur a formal and solemn pronouncement of the moral condemnation of the community... “*

## 2..Tujuan Memperbaiki Pelaku dan Perlindungan Masyarakat

Pandangan *utilitarian* tentang pidana adalah sebagai pengenaan derita, yang tidak dapat dibenarkan kecuali jika dapat ditunjukkan hasil pengenaannya untuk membuat pelaku lebih baik daripada jika tidak mengenakan pidana. Kebaikan sebagai hasil pembedaan yang dimaksud adalah pencegahan atau pengurangan kejahatan yang lebih besar, pandangan ini dikenal dengan istilah “*utilitarian prevention (deterrence)*”. Teori pencegahan klasik biasanya digambarkan sebagai pencegahan (*deterrence*) yaitu efek pencegah dari pidana, baik yang telah dijatuhkan maupun yang berupa ancaman yang akan dijatuhkan kepada pelaku kejahatan.<sup>182</sup>

Pandangan *deterrence* mempunyai dua aspek, yaitu pencegahan setelah seseorang dikenakan pidana (*special deterrence*), dan pencegahan yang didahului dengan adanya ancaman maupun contoh dari pelaku yang dikenakan pidana (*general deterrence*).Adanya ide pencegahan sebagai pencegahan kejahatan seringkali dianggap berasal dari dasar psikologis pelaku.Hal ini didukung oleh pendapat Jeremy Bentham dengan *Calculus Theory* yang menilai rasio pelaku dalam hal melakukan perhitungan untuk memaksimalkan kesenangan dan meminimalkan penderitaan. Di mana sebelum melakukan perbuatan pelaku merenung berdasarkan sebuah perhitungan ( *a calculus*) yaitu tentang seberapa banyak keuntungan yang diperolehnya dengan melakukan

---

<sup>182</sup> Herbert L. Packer, Op. Cit. hlm. 39

kejahatan, seberapa banyak kerugiannya jika tertangkap, seberapa banyak kesempatan untuk melarikan diri, apakah seimbang antara keuntungan dan kerugian yang diperoleh jika tertangkap? Sehingga tujuan pidana pada model ini adalah memasukan ke dalam perhitungan pelaku kemungkinan penderitaan atau kerugian untuk menguranginya sampai pada titik nol ketertarikan pelaku terhadap untungnya melakukan kejahatan.<sup>183</sup>

Pandangan utilitarian kedua tentang pidana ditegaskan berkecenderungan untuk mengurangi atau mengurangi dilakukannya pidana di masa mendatang dengan memidana pelaku. Konsep ini terutama diletakkan pada rasionalitas, model perilaku hedonistic.. Dalam teori ini individu dikondisikan untuk menghindari perilaku yang telah diketahuinya akan mendatangkan penderitaan berupa pidana di masa mendatang.<sup>184</sup>

G . Peter Hoefnagels membedakan antara teori pencegahan umum (*the theory of general prevention* ) dengan teori pencegahan khusus (*the theory of special prevention*). Teori pencegahan umum lebih menekankan pada dorongan emosi masyarakat untuk menghentikan kejahatan dan mencari keamanan. Ini berkaitan dengan perasaan masyarakat untuk mewujudkan rasa aman. Sementara itu pencegahan khusus lebih menekankan pada hasrat yang langsung

---

<sup>183</sup>Ibid, hlm, 40 – 41.

<sup>184</sup>Ibid, hlm. 45

ditujukan kepada individu pelaku., kebutuhannya untuk memperbaiki dan mendidik pelaku, bahkan kebutuhan untuk memahami pelaku<sup>185</sup>.

Bentuk pencegahan ketiga dalam pandangan *utilitarian* adalah *incapacitation* (tindakan membuat pelaku tidak mampu melakukan tindak pidana). Dikatakan oleh Packer bahwa *incapacitation* berbeda sama sekali dari pencegahan umum (*general deterrence*) sebagai cara pencegahan kejahatan. *Deterrence* bekerja sesuai dengan hakikat tindak pidana, karakteristik kebanyakan orang yang dipidana karena melakukan kejahatan tidak diketahui oleh masyarakat di mana ancaman pidana ditujukan. Sementara itu *incapacitation* bersandar pada prediksi bahwa seseorang yang melakukan kejahatan tertentu adalah sama dengan melakukan kejahatan lainnya. *Incapacitation* kemudian diartikan sebagai sebuah cara pemidanaan yang menggunakan fakta bahwa seseorang yang melakukan sebuah jenis kejahatan sebagai dasar untuk menilai kepribadian dan memprediksi bahwa pelaku akan melakukan kejahatan-kejahatan berikutnya.<sup>186</sup>

Pandangan *utilitarian* tentang pencegahan kejahatan berikutnya adalah *Rehabilitation*. Pandangan rehabilitasi sebagai pencegahan kejahatan dilakukan dengan merubah kepribadian pelaku yang selanjutnya menjadikannya sebagai warga yang taat hukum, atau dengan kata lain, memperbarui perilakunya.<sup>187</sup>

---

<sup>185</sup> G. Peter Hoefnagels, Op. Cit. hlm. 19.

<sup>186</sup> Ibid, hlm. 48 - 49

<sup>187</sup> Ibid, hlm. 53

Pencegahan kejahatan dikatakan efektif jika kejahatan tercegah karena adanya dorongan individu untuk melanggar aturan moral yang ditentukan oleh hukumtertahan, karena adanya akibat yang menakutkan, pengalaman individual terhadap pencegahan khusus melalui akibat yang menakutkan dapat menjadi bagian dari pendidikan moral mereka.<sup>188</sup>

Rehabilitasi dapat menjadi tujuan pemidanaan yang paling manusiawi, tetapi rehabilitasi ini menjadi tujuan pidana sepanjang terdapat penemuan bahwa sebuah tindak pidana telah dilakukan, dan sepanjang tujuannya adalah untuk mencegah terjadinya tindak pidana. Pada prinsipnya sistem rehabilitasi ini sama dengan *incapacitation* yaitu berorientasi pada pelaku daripada pada tindak pidananya. Jika rehabilitasi adalah tujuan pemidanaan, maka pidana adalah relevan hanya jika dibutuhkan dalam rangka merehabilitasi pelaku. Prinsip rehabilitasi mengajarkan kita bahwa kita harus memperlakukan pelaku kejahatan sebagai seorang individu yang mempunyai kebutuhan khusus dan masalah-masalah yang berkaitan dengan tindak pidananya harus diketahui sebanyak mungkin untuk mencapai efektivitas rehabilitasi. Pidana harus berpandangan ke depan (*forward looking*). Beratnya / keseriusan tindak pidana yang dilakukannya hanya sebagai penanda (*clue*) untuk menentukan beratnya dan durasi/jangka waktu tindakan yang dibutuhkan untuk merehabilitasi pelaku. Dalam konsep rehabilitasi yang berorientasi pada aspek pelaku, maka

---

<sup>188</sup> Per – Olof H. Wikstrom, *Deterrence and Deterrence Experiences : Preventing Crime through the Threat of Punishment, in International Handbook of Penology and Criminal Justice*, 2008, New York, CRC Press, hlm. 347 - 348

beratnya dan jangka waktu pidana didasarkan pada tindakan yang dibutuhkan untuk merubah kepribadian pelaku. Tidak seperti *incapacitation*, yang menilai seberapa bahaya pelaku tetapi rehabilitasi lebih pada pemenuhan syarat untuk merawat pelaku.<sup>189</sup>

Dalam rehabilitasi tentu saja dimasukan konsep pendidikan moral (*moral education*) kepada terpidana. Pendidikan moral diakui sebagai pengembangan mekanisme (yang jika berhasil) akan menciptakan terpenuhinya aturan moral tertentu (dan hukum) sebagai tujuan yang harus didukung. Dengan kata lain, jika seorang individu melalui pendidikan moral dimasukkan aturan moral tertentu dan akan berkembanglah kebiasaan moral tertentu secara konsisten sesuai dengan aturan moral tertentu. Pengembangan pendidikan moral ini berkaitan dengan aturan moral dan kebiasaan moral yang konsisten dengan hukum, sehingga mendukung perilaku taat hukum. Keefektifan pencegahan kejahatan melalui pendidikan moral ini terjadi jika perbuatan-perbuatan kejahatan tercegah karena individu telah dimasukkan (diinternalisasi) aturan moral tertentu dan mampu mengembangkan kebiasaan moral tertentu yang mencegahnya untuk melakukan kejahatan.<sup>190</sup>

Efektivitas pencegahan kejahatan melalui pendidikan moral secara empiris menunjukan bahwa individu-individu yang telah menempuh proses pendidikan moral, telah : (1) diinternalisasi / dimasukkan aturan moral khusus

---

<sup>189</sup> Herbert L. Packer, *The Limits of The Criminal Sanction*, Stanford California, Stanford University Press, hlm.54

<sup>190</sup> Per – Olof H. Wikstrom, Op. Cit, hlm. 348

yang mencegahnya untuk melakukan perbuatan kejahatan yang baginya dianggap sebagai sebuah alternative. (2). Dikembangkan kebiasaan moral yang menjauhkan dari pelanggaran hukum.<sup>191</sup>

Rehabilitasi sebagai tujuan utama pemidanaan dengan strategi *persuasive* yang pada tahun 1960an mendapat berbagai kritik dari gerakan “*back to justice*” (kembali ke keadilan). Semua pakar rehabilitasi baru (*new rehabilitation*) akhirnya sepakat bahwa rehabilitasi harus diberikan dalam konteks pidana yang pasti, baik pada pidana yang lebih berat atau lebih ringan, bahwa pidana harus pasti sesuai dengan keseriusan tindak pidananya. Para penganut *new rehabilitation* mendesak bahwa semua dasar pemikirannya hanya satu yang menggabungkan antara tujuan pengurangan kejahatan dan pengakuan hak asasi manusia pelaku. Pencegahan umum (*general deterrence*) tidak menunjuk pada pelaku sebenarnya, sehingga tidak peduli dengan ketidaktepatan antara pelaku dengan pidananya, tidak juga peduli pada pengaruh pidana terhadap kehidupan pelaku, dan kemungkinan dilakukannya kejahatan di masa mendatang. Hal ini karena pidana yang diancamkan untuk dikenakan kepada pelaku secara langsung justru ditujukan kepada orang lain/masyarakat. Kritik dari para penganut “*desert*” (pidana yang layak/setimpal) kepada pandangan *deterrence*, yang kemudian melanggar perintah “*Kantian-Rawlesian*” untuk memperlakukan orang/pelaku sebagai tujuan (*people as an end*) dan bukan semata-mata sebagai alat” (*not a means*). Pencegahan dengan cara membuat

---

<sup>191</sup>Ibid, hlm. 349

pelaku tidak mampu (*incapacitation*) menolak hak para pelaku hanya untuk dipidana semata-mata atas perbuatan pelaku, yang menghilangkan otonominya, secara moral dan fisik, dengan menghapus kemungkinan bagi mereka untuk bebas berbuat di masa mendatang.<sup>192</sup>

Pencegahan khusus individu (*individual special deterrence*) melalui taktik seperti “*taste of custody*” (merasakan hilang kemerdekaan) yang berkaitan dengan kebebasannya, juga menolak hak pelaku untuk dipidana hanya karena perbuatan yang dilakukannya. Rehabilitasi bersama dengan kesadaran untuk memidana secara layak/setimpal (*just desert*), di mana apabila pelaku melakukan kejahatan maka penderitaan berupa pidana akan dijatuhkan kepadanya. Pidana selanjutnya di samping harus merefleksikan kejahatan itu sendiri, tetapi juga harus dijatuhkan secara tepat kepada pelaku sebagaimana tindak pidananya. Sebagaimana penilaian masyarakat atas pencelaan terhadap perbuatannya, sehingga pidana harus memberikan kekuatan kepada pelaku untuk mengurangi kemungkinan pengulangannya<sup>193</sup>.

Rotman yang berorientasi pada hak rehabilitasi pelaku mengakui pertanggungjawaban pidana si pelaku, tetapi menghendaki hak pelaku atas kesempatannya kembali kepada masyarakat dengan kesempatan yang lebih baik untuk bermanfaat bagi masyarakat tanpa dipidana penjara. Hal ini merujuk pada hak pelaku untuk dibantu menjadi warga yang lebih baik yang merupakan poin

---

<sup>192</sup> Barbara Hudson, Op. Cit. hlm. 63

<sup>193</sup> Loc. Cit.

kunci gerakan *post justice movement* dan sebagai alasan untuk merujuk pada kewajiban negara untuk merehabilitasi pelaku.<sup>194</sup> Kewajiban rehabilitasi pelaku oleh negara bahwa jika negara sendiri mengambil haknya untuk memidana, maka harus ada jaminan bahwa pengenaannya tidak boleh lebih merugikan bagi pelaku, yang pemberiannya pada saat pidana dijatuhkan. Jadi beratnya pidana penjara adalah perampasan kebebasan – bukan hilangnya ikatan keluarga, hilangnya pertanggungjawaban atas keputusannya terhadap diri sendiri, dan hilangnya kesempatan kerja. Halangan/dirampasnya kebebasan yang dibuat oleh pemidanaan, khususnya pidana penjara, harus diimbangi dengan usaha rehabilitasi. *New rehabilitation version* yang dikemukakan oleh Rotman ini didasarkan pada sebuah hak yang diakui oleh negara-negara berkembang sejak PD II, yaitu perlindungan terhadap “kekejaman dan pidana yang tidak wajar” (*cruel and unusual punishment*). Rotman juga mengusulkan bahwa pidana tidak boleh memakai sarana yang tidak memadai untuk mencegah buruknya kondisi para terpidana, dengan kondisi yang buruk, berkurangnya hubungan dengan keluarga dan kerabatnya, dan kurangnya pendidikan atau kurangnya pekerjaan ketrampilan dan kesempatan kerja, serta banyaknya kekejaman dan pidana yang tidak wajar.<sup>195</sup>

---

<sup>194</sup> Ibid, hlm. 64

<sup>195</sup> Loc. Cit

Hubungan antara retribusi dan *deterrence* kurang jelas, antara retribusi dan rehabilitasi atau *incapacitation*, keduanya membutuhkan sistem penggolongan pidana, retribusi untuk mencapai proporsionalitas dalam pemidanaan, dan *deterrence* untuk mendorong pelaku untuk menahan diri dari kejahatan yang lebih berat. Keduanya mempertimbangkan daya tarik bagi alasan dan kebebasan berbuat para pelaku potensial, dan menawarkan dorongan untuk menghindari pidana dengan menahan diri untuk tidak melakukan kejahatan. Keduanya mengabaikan skala beratnya pidana secara keseluruhan : retribusi karena bergantung pada penilaian subjektif tentang pidana yang sepadan; *deterrence* karena sangat tergantung pada penilaian subjektif tentang apa yang secara memadai mempengaruhi pelaku bahwa risiko pidana bukanlah manfaat dari keuntungan melakukan kejahatan<sup>196</sup>.

### **3. Tujuan Pemulihan Keadilan (*Restorative Justice*) Bagi Pelaku, Korban dan Masyarakat**

Pendekatan *restorative* menekankan bahwa pidana adalah sarana yang efektif untuk mengamankan kepentingan-kepentingan yang diklaim sebagai pembenaran sanksi pidana. Tidak hanya sebagai penjelasan para penganut rehabilitasi, bahwa hal yang dapat mengurangi angka kejahatan dapat dicapai lebih efektif, melalui kebijakan sosial dan ekonomi, dan perbaikan hak (kekuasaan dan keuntungan) dari para korban dapat dilindungi lebih efektif melalui kompensasi (*compensation*) atau reparasi (*reparation*). Sebagaimana

---

<sup>196</sup>Ibid, hlm. 64.

dinyatakan oleh Braithwaite dan Petit, juga Cavadino dan Dignan, dengan pandangan yang sama tentang perspektif umum, mendesak agar dalam menghadapi kasus-kasus, pilihan pertama yang digunakan dalam merespon kejahatan harus ada kesempatan dengan suka rela untuk diberikan restitusi atau kompensasi oleh pelaku kepada korban, dan jika tidak memungkinkan (pelaku tidak mempunyai uang untuk mengganti harta) korban maka korban harus menerima kompensasi dari negara dan harus mendapatkan perbaikan oleh pelaku.<sup>197</sup>

Pidana penjara dan penahanan hanya digunakan jika dapat menunjukkan adanya kebutuhan perlindungan masyarakat, dan pidana non custodial, seperti pidana bersyarat (*probation*) atau pidana kerja sosial (*community service*) hanya dijatuhkan jika pelaku tidak mau memberikan perbaikan<sup>198</sup>.

Menurut Braithwaite sebagaimana dikutip oleh Hudson, bahwa *restorative justice* dikembangkan sebagai cara yang menjadikan korban sebagai pusat peradilan pidana tanpa pemberian sanksi pidana (*punitive*) maupun tindakan represif kepada para pelaku. Selanjutnya Braithwaite memberi pengertian *restorative justice* sebagai berikut :

*“Restorative justice is a process whereby all the parties with a stake in a particular an offense come together to resolve collectively how to deal with the aftermath of the offense and its implications for the future”*<sup>199</sup>.

---

<sup>197</sup> Barbara Hudson, Op. Cit. hlm. 72

<sup>198</sup> Ibid, hlm. 74

<sup>199</sup> Ibid. hlm. 77

Adanya ide bahwa peradilan pidana formal telah “mencuri” hak-hak dari pemiliknya”, yaitu para korban dan para pelaku, dengan menetapkan perbuatan pelaku sebagai kejahatan terhadap negara, telah sampai pada teori-teori tentang keadilan masyarakat (*community justice*). Keadilan masyarakat itu sendiri digambarkan sebagai sebuah filsafat keadilan (*a philosophy of justice*), strategi keadilan (*a strategy of justice*), dan rangkaian program keadilan (*series of justice programmes*). Sebagai filsafat, keadilan masyarakat didasarkan pada pencarian visi keadilan yang mengakui bahwa kejahatan dan masalah kejahatan adalah rintangan utama bagi kualitas kehidupan masyarakat. Jadi pendekatan keadilan masyarakat (*community justice*) tidak hanya mencari cara untuk merespon kejahatan saja, tetapi juga untuk membuat sebuah tujuan perbaikan kualitas kehidupan masyarakat, khususnya pada masyarakat yang ditimpa kejahatan tingkat tinggi. Secara strategi, pendekatan keadilan masyarakat menggabungkan tiga pendekatan inovasi keadilan saat ini, yaitu *community policing* (pemolisian masyarakat), *environmental crime prevention* (pencegahan kejahatan lingkungan), dan *restorative justice* (pemulihan keadilan).<sup>200</sup>

*Restorative justice* lebih mengedepankan “hak hubungan baik” (*right relationships*) daripada “hak menegakan aturan” (*right rules*). Tugas penting dari keadilan di sini adalah untuk memulihkan keseimbangan hubungan yang telah dirusak oleh kejahatan/ tindak pidana (*victim-offender; victim-offender-community, offender-community; offender – family*) daripada meyakinkan

---

<sup>200</sup>Ibid, hlm. 78

bahwa aturan hukum telah diikuti, diinterpretasi, dan diterapkan secara benar.<sup>201</sup>

Selanjutnya dengan mengutip Braithwaith tentang *restorative justice*, Hudson menyimpulkan bahwa *teori restorative justice* didasarkan dari ide *reintegrative shaming* (penyatuan kembali dengan rasa malu). Teori ini menyatakan bahwa kejahatan akan berkurang jika masyarakat distrukturkan sehingga orang merasa malu dengan perilaku buruknya, dan bagi orang yang melakukan sesuatu yang karenanya dipermalukan, pelaku tidak secara permanen dikeluarkan dari masyarakat. *Asas pertama*, adalah bahwa masyarakat harus mempunyai standar moral yang jelas, dan bahwa para pelaku menyadari bahwa tujuan perbuatannya akan dicela oleh masyarakat luas. *Asas kedua*, mensyaratkan bahwa reaksi terhadap perilaku buruk harus berkonsentrasi pada kesalahan dan kerugian atas perbuatan pelaku, dan tidak boleh membuat para pelaku merasa bahwa dia benar-benar tidak berharga. Paradigma orang tua yang baik (*good parent*), yang membuatnya sangat jelas, bahwa perilaku/perbuatan buruk adalah salah dan tidak bisa diabaikan, meskipun demikian orang tua tetap mencintai anaknya dan mengakhiri peristiwa itu : untuk kembali pada hubungan yang normal setelah adanya permintaan maaf atau bentuk pertobatan lainnya oleh pelaku.<sup>202</sup>

---

<sup>201</sup>Ibid, hlm. 81

<sup>202</sup>Ibid, hlm. 82

Dalam memperluas ide tentang *piramida* penegakan hukum, Braithwaite menggambarkan 3 (tiga) tahap pemidanaan. Tahap pertama, dasar piramida, yaitu *restorative justice*, yang memberikan keluhuran dan kebaikan bagi pelaku yang pada dasarnya menghendaki masuk ke dalam kesepakatan *restorative justice*. Kemudian tahap pencegahan, yang menghitung rasionalitas pelaku yang tidak responsif terhadap seruan moral tentang kerugian atas perbuatan mereka, tetapi dengan hati-hati didesak dengan ancaman pidana. Tahap terakhir adalah *incapacitation* (membuat pelaku tidak mampu lagi melakukan tindak pidana) di mana pelaku menjadi tidak mampu dan menahan diri untuk melakukan tindak pidana berikutnya atau tidak mau lakukan tindak pidana lagi.<sup>203</sup>

Sementara itu *restorative justice* dapat sesuai dengan tujuan pemidanaan yaitu pencelaan (*censure*), rehabilitasi (*rehabilitation*), perlindungan masyarakat (*public protection*) --- tujuan retribusi biasanya menjadi antithesis. Hal ini terletak pada dua masalah penting yang berhubungan antara keadilan retribusi dengan *restorative justice*, yaitu pertama, peranan proporsionalitas dalam *restorative justice* dan kedua, apakah ada tempat bagi retribusi dalam *restorative justice*.

Masalah tuntutan proporsionalitas menjadi lebih urgen jika *restorative justice* diperluas pada tindak-tindak pidana yang lebih serius, di mana tuntutan perbaikan dan jaminan keamanan lebih besar. Adanya kemungkinan korban

---

<sup>203</sup>Ibid, hlm. 87

melebih-lebihkan kerugian yang diderita atau membuat tuntutan yang tidak proporsional atas kerugian yang diderita. Aspek kedua hubungan antara *restorative justice* dan keadilan *retributive* adalah apakah mereka sebagai dikotomi, sebagaimana sering tampak demikian, atau apakah faktanya mereka sesuai, apakah faktanya tindakan retribusi adalah bagian dari proses *restorative*?<sup>204</sup>

Sementara itu Daly sebagaimana dikutip oleh Hudson berpendapat bahwa unsur *retributive* adalah penting bagi *restorative justice* untuk mempertahankan unsur kesalahan (*wrongness*) sebagaimana kerugian yang timbul dari kejahatan. Kesalahan inilah yang membedakan kejahatan dari jenis kerugian lainnya, dan ciri kesalahan ini adalah bagian dari kepentingan yang dikehendaki oleh masyarakat dalam peradilan pidana. Meskipun tindakan reparasi dijatuhkan untuk membayar kerugian kepada korban, tetapi masih ada hak masyarakat untuk menegakan aturan dan standar moral yang telah disepakati. Hal ini jelas bahwa unsur simbolik dari peradilan pidana adalah penting dalam *restorative justice* maupun *retributive justice*.<sup>205</sup>

---

<sup>204</sup>Ibid, hlm . 89 – 90.

<sup>205</sup>Loc. Cit. hlm. 90

## DAFTAR PUSTAKA

- A.Hudson, Barbara *Understanding Justice An introduction to Ideas, Perspectives and Controversies in Modern Penal Theory*, 1996, Philadelphia : Open University Press.
- Ashworth, Andrew, *Sentencing and Criminal Justice*, Forth Edition, 2005, New York : Cambridge University Press.
- Antilla, Inkeri Helsinki, *Trends in Criminal Law, dalam Criminal Law in Action an Overview Current Issues in Western Societies*, Gouda Quint, Arhem.
- Barda Nawawi Arief, *Kebijakan Formulasi Ketentuan Pidana Dalam Peraturan Perundang-undangan*, 2012, Semarang : Pustaka Magister.
- Barda Nawawi Arief, *Perkembangan Asas-Asas Hukum Pidana Indonesia (Perspektif Perbandingan Hukum Pidana)*,2007, Semarang : Pustaka Magister.
- Barda Nawawi Arief, *Perkembangan Sistem Pemidanaan di Indonesia*, 2011, Semarang : Pustaka Magister .
- Bentham, Jeremy, *The Principles of Penal Law*, 2012, Adelaide : e books Adelaide.
- Bentham, Jeremy, *An Introduction to the Principle of Morals and Legislation*, 2000, Botoch Books, Kitchener.
- De Minimis*, Wikipedia The Free Encyclopedia.
- De Minimis Non Curat Lex Definition*, [www.duhaime.org/legal dictionary](http://www.duhaime.org/legal-dictionary).
- Feinberg, Joel, *The Expressive Function of Punishment, A Reader On Punishment*, 1995, Oxford : Oxford University Press.
- Garland, David, *Punishment and Modern Society A study in Social Theory*, 1990, Chicago : Chicago University Press.

- Gomes, Luiz Flávio, (tanpa tahun), *Principle of insignificance and irrelevance principle of the criminal suit (Irregolarità of bagatela)*.
- H. Wikstrom, Per – Olof, *Deterrence and Deterrence Experiences : Preventing Crime through the Threat of Punishment, in International Handbook of Penology and Criminal Justice*, 2008, New York, CRC Press.
- Hart, H.L.A ,*Punishment and Responsibility Essays in the philosophy of law* Second Edition, 2008, New York : Oxford University
- Hoefnagels, G.Peters, *The Other Side of Criminology*, 1969, Deventer Holand, Kluwer.
- Jareborg, Nils, *Coherence of The Penal System, dalam Criminal Law in Action An Overview of Current Issued in Western Society*, Gouda Quint by Arhem.
- J.P. Tak, Peter, *The Dutch Criminal Justice System*, Third Edition, 2008, Netherland : Wolf Legal Publisher.
- Kleinig, John, *Ethics and Criminal Justice An introduction*, 2008, Cambridge : Cambridge University Press.
- Lensing, J. A.W, *International Encyclopedia of Laws*, Vol. 3. Criminal Law, 1997, Netherland : Kluwer.
- Menski, Werner, *Comparative Law in Global Context (Legal System of Asia and Africa)*, 2006, Cambrigde : Cambridge University Press.
- Mertokusumo, Sudikno, *Teori Hukum*, Edisi Revisi, 2012, Yogyakarta : Cahaya Atma Pustaka.
- Moeljatno, *Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawab Dalam Hukum Pidana*, Pidato, 1955.
- Moeljatno, *Fungsi dan Tujuan Hukum Pidana Indonesia dan Rancangan Undang-Undang tentang Asas-Asas dan Dasar-Dasar Pokok Tata Hukum Indonesia*, 1985, Jakarta : Bina Aksara Baru.

- Moeljatno, *Membangun Hukum Pidana*, 1985, Jakarta : Bina Aksara.
- Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Teori-Teori Dan Kebijakan Pidana*, 1992, Bandung : Alumni.
- Milhizert, Eugene R. *Justification and Excuse: What They Were, What They Are, And What They Ought to be* St. John's Law Review Volume 78 Issue 3 Volume 78, Summer 2004, Number 3 Article 12, 2012.
- M. Friedman, Lawrence, *The Legal System A social Science Perspective*, 1975, New York : Russel Sage Foundation.
- Packer, Herbert L, *The Limits of The Criminal Sanction*, 1968, California, Stanford University Press.
- Polt, Peter, *Discretionary Power of Public Prosecution: Opportunity or Legality Principle – Advantage and Disadvantage*, in the Conference of General Prosecution of Europe 5th session , celle, 23-25 May 2004.
- Rahardjo, Satjipto, *Ilmu Hukum*, 2012, Bandung : Citra Aditya Bhakti.
- Razor, Occam, *The Parsimony Principle How Justice Become Unjust*, 2012, Wikipedia , the free encyclopedia.
- Rotman, E. *Beyond Punishment, A Reader On Punishment*, 1994, Oxford : Oxford University Press.
- Remelink, Ian, *Hukum Pidana Komentar atas Pasal-Pasal Terpenting dari KUHP Belanda dan Padanannya dalam KUHP Indonesia*, 2003, Jakarta : Gramedia Pustaka Utama.
- Saleh, Roeslan, *Mengadili Sebagai Pergulatan Kemanusiaan*, 1983, Jakarta : Aksara Baru.
- Saleh, Roeslan, *Pembinaan Cita Hukum dan Asas-Asas Hukum Nasional*, 1996, Jakarta : Karya Dunia Fikir.

- Saleh, Roeslan, *Dari Lembaran Kepustakaan Hukum Pidana*, 1988, Jakarta : Sinar Grafika.
- Saleh, Roeslan, *Beberapa Asas Hukum Pidana Dalam Perspektif*, 1983, Jakarta : Aksara Baru.
- Saleh, Roeslan, *Pikiran-Pikiran Tentang Pertanggungjawaban Pidana*, 1982, Jakarta : Ghalia Indonesia.
- Saleh, Roeslan, *Masih Saja Tentang Kesalahan*, 1994, Jakarta : Karya Dunia Fikir.
- Salleiles, Raymond, *The Individualization of Punishment*, 1911 , (Bostonlittle, Brown, And Company Universityof California), digitized in 2007 by Los Angeles School Library.
- Schaffmeister, Dieter, *The Principle of Legality*, Bahan ceramah Guru Besar Hukum Pidana Belanda – Indonesia, 2006 , Lampung : Magister Hukum Unila.
- Sphon, Casia, *How Do Judges Decide ? the Search for Fairness and Justice in Punishment*, 2009, California : Sage Publication, inc.
- Sudarto, *Hukum Pidana I*, 2009, Semarang : Yayasan Sudarto
- Tonry, Michael, *Proportionality, Parsimony, and Interchangeability of Punishment*, A reader On Punishment, 1994, Oxford : Oxford University Press.
- Tonry, Michael, *Sentencing Matters*, 1996, New York : Oxford University Press.
- Von Hirsch, Andrew, *Censure and Sanctions*, 1993, Oxford New York : Oxford University Press.
- Von Hirsch, Andrew, *Censure and Proportionality*, A reader on Punishment Reading in Socio Legal Studies, 1995, Oxford, Oxford University Press.

Von Hirsch Andrew and Newark, *Expediency, Policy, and Explicit Norms in Criminal Justice*” in *Criminal Law in Action, An overview of Current Issues in Western Societies*, Gouda Quint Arnhem.

## CURRICULUM VITAE PENULIS

Umi Rozah Aditya, SH.MHum dilahirkan pada tanggal 27 Januari 1971 di Pematang. Gelar Sarjana Hukum diraih pada Fakultas Hukum Universitas Diponegoro dengan konsentrasi Studi Hukum Pidana. Sedangkan gelar magister Ilmu Hukum diraih pula pada Program Magister Ilmu Hukum Universitas Diponegoro dengan konsentrasi Studi Ilmu Hukum Pidana dan Sistem Peradilan Pidana. Saat ini penulis sedang menyelesaikan program doktornya pada Program Doktor Ilmu Hukum Pidana, dan sedang menulis disertasi dengan judul Membangun Asas Pemidanaan Dalam Kerangka Nilai-Nilai Pancasila.

Penulis sebagai dosen tetap pada Fakultas Hukum Universitas Diponegoro sejak tahun 1999 sampai sekarang, dengan mengampu matakuliah : Asas Hukum Pidana, Perbandingan Hukum Pidana, dan Politik / Pembaharuan Hukum Pidana. Di samping itu penulis juga sebagai dosen di Akademi Kepolisian Republik Indonesia dengan mengampu matakuliah Asas Hukum Pidana.

Adapun karya ilmiah yang pernah ditulis antara lain : Persepsi Wanita terhadap Kekerasan Dalam Rumah Tangga; Mediasi Penal Sebagai Alternatif Dalam Penyelesaian Perkara Pidana; Problematika Penerapan Logika Positivistik Dalam Penegakan Hukum Pidana Terhadap Tuntutan Keadilan Substantif; serta *Forgiveness and Penal Mediation Settlement on Insignificant Criminal Cases Based on Indonesian Local Wisdom*.





Umi Rozah Aditya, SH.MHum dilahirkan pada tanggal 27 Januari 1971 di Pemalang. Gelar Sarjana Hukum diraih pada Fakultas Hukum Universitas Diponegoro dengan konsentrasi studi Hukum Pidana. Sedangkan gelar magister Ilmu Hukum diraih pula pada Program Magister Ilmu Hukum Universitas Diponegoro dengan

konsentrasi studi Ilmu Hukum Pidana dan Sistem Peradilan Pidana. Saat ini penulis sedang menyelesaikan program doktornya pada Program Doktorat Ilmu Hukum Pidana dan sedang menulis disertasi dengan judul Membangun Asas Pidana Dalam Kerangka Nilai-Nilai Pancasila.

Penulis sebagai dosen tetap pada Fakultas Hukum Universitas Diponegoro sejak tahun 1999 sampai sekarang dengan mengampu matakuliah : Asas Hukum Pidana, Perbandingan Hukum Pidana, dan Politik / Pembaharuan Hukum Pidana. Di samping itu penulis juga sebagai dosen di Akademi Kepolisian Republik Indonesia dengan matakuliah Asas Hukum Pidana.

Adapun karya ilmiah yang pernah ditulis antara lain : Persepsi Wanita terhadap Kekerasan Dalam Rumah Tangga; Mediasi Penal Sebagai Alternatif Dalam Penyelesaian Perkara Pidana; Problematika Penerapan Logika Positivistik Dalam Penegakan Hukum Pidana Terhadap Tuntutan Keadilan Substantif; serta *Forgiveness and Penal Mediation Settlement on Insignificant Criminal Cases Based on Indonesian Local Wisdom*.

