

BAB 2 TINJAUAN PUSTAKA

2.1. Negara Hukum

Hukum, memang sekedar alat bantu untuk manusia, bukan tujuan. Hukum ibarat rumah virtual untuk hidup bersama. Di satu sisi, ia diciptakan untuk melindungi, namun di sisi lain menggendong resiko membatasi, persis seperti tembok-tembok yang menjadi tembok rumah maupun tembok yang menjadi penyekat kamar dalam rumah²³. Dalam terminologi hukum ketatanegaraan hingga sampai saat ini konsep negara yang baik dan responsif di arahkan kepada tipe negara kesejahteraan, terutama tipe negara hukum materiil yang semakin menjauh dari tipologi negara hukum sebagai penjaga malam (*nachtwachter staat*) atau negara hukum formal atau *formile rechtsstaat*²⁴.

Apabila kita merujuk pada Al. Andang L. Binawan bahwa ciri hakiki hukum bermakna ganda. Ia menyebut sebagai berikut: Pertama relasi antar manusia, setidaknya dua orang, adalah *conditio sin qua non* (syarat mutlak keberadaan) bagi hukum. Orang yang hidup sendiri tidak perlu hukum, dan relasi setidaknya dua orang (tentu saja dalam ruang dan waktu yang relatif sama) otomatis menghadirkan hukum, meskipun mungkin secara *implisit*. Ciri ini juga penting diperhatikan karna menyangkut subjek yang melakukan, dan juga menyangkut kriteria relasi yang baik, yang pada gilirannya akan menentukan derajat keadilan suatu hukum. Kedua, ciri rasional hukum juga berarti bahwa itu berciri menghubungkan. Mungkin *raison d'être* (alasan keberadaannya) dari hukum. Terlebih dalam dunia modern, di mana individu makin tercerai berai, hukum menjadi mutlak perlu²⁵

Ada gelombang *sentripetal* dalam masyarakat, yang membuat kesatuan menajadi sulit dipertahankan. Di sinilah hukum berperan menghubungkan dan menyatukan. Hukum menjadi sarana pemaksa. Khususnya dengan sanksi yang melekat padanya. Individu yang cenderung otonom menjadi lebih sulit disatukan, maka memang hanya mungkin dihubung dengan paksaan hukum. Ketiga ciri kompromis. Karena adanya kergaman pemahaman tentang banyak hal, khususnya tentang keadilan, yang ada ditengah masyarakat, maka diperlukan suatu kompromis. Ciri kompromis ini tidak harus selalu ditafsirkan sebagai hal yang negatif. Dalam hukum, masing – masing subyek yang berelasi akan membawa konsepnya masing – masing dan dipertemukan dengan konsep orang lain. Tidak mungkin ada konsep

²³Al Adang, *Hukum; Titik Pijak dan Kerangka Kebersamaan*, Yogyakarta, 2007. h.13

²⁴SF. Marbun. *Dimensi-Dimensi Pemikiran Hukum Administrasi Negara*, UII Press, Yogyakarta, 2001, h. 8

²⁵Fajlurrahman Jurdi, *Teori Negara Hukum*, Setara Press, malang, 2016, h. 15

yang persis sama, karena setidaknya dua orang adalah hasil kompromi dari setidaknya dua konsep keadilan. Meski begitu, hasil kompromi yang diharapkan bukanlah tanpa batas. Mengingat bahwa pertemuan antar pihak untuk hidup bersama bukanlah *zero sum game*, perlu ada batasan minimalnya. Secara universal, batas minimalnya adalah hak asasi manusia. Dalam konteks negara, batas minimalnya adalah konstitusi²⁹.

Ide negara hukum, selain terkait dengan konsep *rechtsstaat* dan *the rule of law*, juga berkaitan dengan konsep *nomocracy* yang berasal dari perkataan *nomos* dan *cratos*. Perkataan nomokrasi itu dapat dibandingkan dengan *demos* dan *cratos* atau *kratien* dalam *demokrasi*. *Nomos* berarti norma, sedangkan *cratos* adalah kekuasaan. Hal yang dibayangkan sebagai faktor penentu dalam penyelenggaraan kekuasaan adalah norma atau hukum. Karena itu, istilah nomokrasi itu berkaitan erat dengan ide kedaulatan hukum atau prinsip hukum sebagai kekuasaan tertinggi, dalam istilah inggris yang dikembangkan oleh A.V Dicey, hal itu dapat dikaitkan dengan prinsip *rule of law* yang berkembang di amerika serikat sebagai jargon *the rule of law, and not of man*. Yang sesungguhnya di angkat sebagai pemimpin adalah hukum itu sendiri, bukan orang. Dalam buku plato berjudul *Nomoi* yang kemudian diterjemahkan kedalam bahasa inggris dengan judul *the laws*, jelas tergambar bagaiman ide nomokrasi itu sesungguhnya telah sejak lama dikembangkan dari zaman yunani kuno³⁰.

Gagasan dasar plato yang pada masa itu, justru melampaui zaman dan sejarahnya. Plato mengajukan hukum sebagai kerangka dasar untuk mengatur kehidupan umat manusia, dan dengan hukum itulah dasar-dasar negara sebagai basis awal sejarah demokrasi diperkenalkan.³¹ Ide dasar *basic* idea plato melihat, bahwa kepentingan banyak orang. harus ditempatkan di atas seluruh kepentingan pribadi dan golongan. Keipentingan pribadi dan golongan di anggap sebagai *residu* dari kepentingan orang banyak. Namun pemikir hukum kenegaraan modern telah melakukan perubahan atas ide dasar plato tersebut. Karena itu, orang seperti fredrich julius stahl, yang kemudian hadir belakangan, memperkenalkan negara hukum menurut persepsi zamannya. Ciri-ciri *rechtsstaat* menurut julius stahl³²:

1.

HAM;

²⁹*Ibid*, h. 16

³⁰Jimly Assiddiqie (selanjutnya disebut sebagai Jimly Asshiddiqie II), *Cita Negara Hukum Indonesia Kontemporer*, hukum fakultas hukum universitas sriwijaya, Palembang, 2004. h. 1

³¹Fajlurrahman Jurdi, Op. Cit. h. 20

³²*Ibid*, h. 21

2. Pembagian kekuasaan berdasarkan trias politika untuk menjamin HAM;
3. Pemerintah berdasarkan peraturan; dan
4. Peradilan administrasi dalam perselisihan

Menurut teori kedaulatan hukum atau *recht-souvereiniteit* tersebut yang memiliki bahkan yang merupakan kekuasaan tertinggi dalam suatu negara adalah hukum itu sendiri. Karena baik raja atau penguasa maupun rakyat atau warganegara, bahkan negara itu sendiri semuanya tunduk pada hukum. Semua sikap, tingkah laku dan perbuatannya harus sesuai atau menurut hukum. Jadi menurut Krabbe yang berdaulat itu adalah hukum.³⁷

Paham negara hukum berdasarkan keyakinan bahwa kekuasaan negara harus dijalankan atas dasar hukum yang baik dan adil. Jadi ada dua unsur dalam paham negara hukum: pertama bahwa hubungan antara yang memerintah dan yang diperintah tidak berdasarkan kekuasaan, melainkan berdasarkan suatu norma objektif yang juga mengikat pihak yang memerintah. Dan kedua, bahwa norma objektif itu, hukum, memenuhi syarat bukan hanya secara formal, melainkan juga dapat dipertahankan berhadapan dengan idea hukum. Hukum menjadi landasan segenap tindakan negara; dan hukum itu sendiri harus baik dan adil. Baik karena sesuai dengan apa yang diharapkan masyarakat dari hukum, dan adil karena maksud dasar segenap hukum adalah keadilan.³⁸

Dari segi moral politik, ada empat alasan utama untuk menuntut agar negara diselenggarakan dan menjalankan tugasnya berdasarkan hukum: (1) kepastian hukum, (2) tuntutan perlakuan yang sama, (3) legitimasi demokratis, dan (4) tuntutan akal budi. Kemudian berkaitan dengan etis tuntutan agar negara selalu bergerak atas landasan hukum yang baik dan adil. Ciri-ciri negara hukum Menurut Franz Magnis-Suseno³⁹ menyatakan bahwa ada empat ciri negara hukum yang secara etis juga relevan; (1) kekuasaan dijalankan sesuai dengan hukum positif yang berlaku, (2) kegiatan negara berada dibawah kontrol kekuasaan kehakiman yang efektif, (3) berdasarkan sebuah undang-undang dasar yang menjamin hak – hak asasi manusia, (4) menurut pembagian kekuasaan.

Philipus M. Hadjon mengatakan bahwa konsep *rechtsstaat* bertumpu pada sistem hukum *Eropa Kontinental* yang disebut dengan *Civil Law Sistem*. Sedangkan konsep *Rule Of Law* bertumpu atas sistem hukum yang di sebut *Common Law System*.⁴⁰ Sedangkan Bagir Manan mengatakan bahwa konsepsi negara hukum

³⁷Soehino, *Ilmu Negara*, Liberty Yogyakarta, Yogyakarta, 2001, h. 156

³⁸Frans Magnis Suseno, *Etika Politik (Prinsip-Prinsip Dasar Kenegaraan Modern)*, Gramedia, Jakarta, 2016, h. 376

³⁹*ibid*, h. 380

modern merupakan perpaduan antara konsep negara hukum dengan negara kesejahteraan. Didalam konsepsi ini tugas negara atau pemerintah tidak semata-mata sebagai penjaga keamanan atau ketertiban masyarakat saja, tetapi memikul tanggung jawab mewujudkan keadilan sosial kesejahteraan umum dan sebesar-besarnya kemakmuran rakyat.⁴⁵

Padamo Wahyono mencatat bahwa dalam perkembangannya pemerintahan yang berdasarkan undang-undang di anggap lamban dan karena itu diganti dengan pemerintahan berdasarkan hukum dan prinsip *rechtmatig bestuur*. Maka dengan demikian, negara hukum yang formil menjadi negara hukum yang materil dengan ciri *rechtmatig bestuur*. Kemudian lahirlah konsep-konsep yang merupakan varian dari *rechtsstaat*, antara *welvaarssataat* dan *vergoringssataat* sebagai negara kemakmuran. Menurut Scheltema, unsur-unsur *rechtsstaat* adalah (1) kepastian hukum; (2) persamaan; (3) demokrasi; dan (4) pemerintahan yang melayani kepentingan umum. Mauro Capelletti menulis, bahwa pengertian istilah *rechtsstaat* sama dengan *the rule of law*. Lalu, Crince Le Roy menggunakan istilah negara hukum sama dengan *rule of law*. Di samping istilah *rechtsstaat* dan *the rule of law*, dikenal pula istilah *the principle of socialist legality* atau di singkat dengan istilah *socialist legality* yang dikenal di negara-negara yang berpaham komunis. Sehingga, ciri khas negara hukum adalah negara yang memberikan naungan kepada warga negaranya dengan yang berbeda dengan masing-masing negara. Negara hukum adalah suatu pengertian yang berkembang dan terwujud sebagai reaksi atas kekacauan di zaman lampau.⁴⁶

2.2. HAM

Hak asasi manusia (HAM) adalah hak dasar manusia yang ada dan merupakan karunia Tuhan Yang Maha Kuasa, selain itu HAM juga merupakan hak natural yang oleh karena itu tidak dapat dicabut oleh manusia lain sesama mahluk hidup. HAM dipercayai memiliki nilai universal yang berarti tidak mengenal batas ruang dan waktu hak-hak yang awalnya mengemuka dan menonjol adalah hak atas hidup (*life*), kebebasan (*liberty*), kepemilikan (*property*), kesamaan (*equality*), dan kebebasan berbicara (*freedom of speech*). Meskipun pada umumnya masih terbatas pada bidang politik, namun hak-hak itu dicantumkan dalam berbagai piagam di Inggris. Mula- mula lahir *Magna Charta* tahun 1216, sebagai suatu piagam Raja

⁴⁵Bagir Manan, *Kedaulatan Rakyat Hak Asasi Manusia dan Negara Hukum*, Gaya Media Permata, Jakarta, 1996, h. 16

⁴⁶Marwan Efendi, *Kejaksaan RI: Posisi dan Fungsi Dari Perspektif Hukum*, Gramedia, Jakarta, 2005, h. 14

Inggris atas hak-hak kebebasan rakyatnya. Kemudian disusul oleh *Petition of Right* tahun 1672 dan *Bill of Right* pada tahun 1688. Selanjutnya di Perancis lahir juga *De droit de l'homme et dul citizen* tahun 1789. Tiga belas tahun sebelum itu telah lahir *Declaration of Independence* tahun 1776 di Amerika Serikat yang merupakan kemerdekaan Amerika Serikat atas Inggris.⁴⁹

Menurut John Locke, yang lantas merumuskan kesadaran itu sebagai hak yang tak dapat dihilangkan (*inalienable right*). Kalau rumusan filsuf itu diterima umum, maka disadari bahwa hak itu ternyata suatu hak yang sangat asasi yang dimiliki setiap orang.⁵⁰ Kemudian pada tahun 1986, muncul pula konsepsi baru hak asasi manusia yaitu mencakup pengertian mengenai hak untuk pembangunan atau *rights to development*. Hak atas atau untuk pembangunan ini mencakup persamaan hak atau kesempatan untuk maju yang berlaku bagi segala bangsa, dan termasuk hak setiap orang yang hidup sebagai bagian dari kehidupan bangsa tersebut. Hak untuk atau atas pembangunan ini antara lain meliputi hak untuk berpartisipasi dalam proses pembangunan, dan hak untuk menikmati hasil-hasil pembangunan tersebut, menikmati hasil-hasil dari perkembangan ekonomi, sosial dan kebudayaan, pendidikan, kesehatan, distribusi pendapatan, kesempatan kerja, dan lain-lain sebagainya. Konsepsi baru inilah yang oleh para ahli disebut sebagai konsepsi hak asasi manusia Generasi Ketiga.⁵¹

Dalam konteks Hukum HAM Internasional, memang terdiri dari kumpulan aturan, prosedur, dan lembaga-lembaga internasional yang dikembangkan untuk melaksanakan konsep ini dan memajukan penghormatan terhadap HAM di semua negara di seluruh dunia. Namun demikian, sekalipun HAM Internasional memusatkan perhatian pada aturan, prosedur, dan lembaga, hukum itu secara khas juga mewajibkan sekurang-kurangnya sedikit pengetahuan dan kepekaan terhadap hukum dalam negeri yang terkait dari negara-negara dimana praktisi hukum mempunyai kepentingan. khususnya, hukum nasional mengenai pelaksanaan perjanjian dan kewajiban internasional lain, perilaku hubungan internasional dan perlindungan yang diberikan oleh hukum domestik kepada HAM.⁵²

Pemikiran awal pengaturan hak asasi manusia dalam bingkai negara hukum di mulai ketika John Locke mengemukakan pemikiran spekulatifnya mengenai kontrak sosial. Menurut Locke negara merupakan hasil kesepakatan (*pactum union*)

⁴⁹Anwar Arifin, *Pespektif Ilmu Politik*, Raja Grafindo Persada, Depok, 2015, h. 33

⁵⁰Frans Magnis-Suseno, *Op. Cit.*, h. 170

⁵¹Jimly Asshiddiqie (selanjutnya disebut sebagai Jimly Asshiddiqie III), *Hukum Tata Negara dan Pilar-Pilar Demokrasi*, Sinar Grafika, Jakarta. 2016, h. 211

⁵²Richard. B Bilder, *Tinjauan Umum Hukum Hak Asasi Manusia*, ELSAM, Jakarta, 2007, h. 1

antara rakyat yang dikuasi dengan penguasa, di mana posisi masing-masing pihak wajib dilindungi dan dibatasi oleh aturan hukum yang di sebut konstitusi. Maka dari itu, cukup beralasan apabila noor syam menjelaskan bahwa berdsarkan isinya, *pactum unions mutatis mutandis* dengan konstitusi negara perlu pula ditegaskan bahwa pemikiran locke tentang HAM, kontekstualnya bersifat alamiah yang melekat pada harkat dan martabat manusia, sehingga tidak dapat dialihkan kepada negara, bahkan mewajibkan negara untuk melindunginya. Pemikiran ini menekankan kepada hak asasi manusia pada jaminan perlindungan terhadap hak-hak sipil dan politik yang lebih bersifat individual di satu pihak dan membatasi kekuasaan negara untuk tidak campur tangan dalam urusan hak-hak warga negara di pihak lain. Langkah-langka kongkret suatu negara yang memiliki komitmen kuat terhadap pengakuan dan perlindungan HAM dinormatifkan kedalam sebuah deklarasi, konstitusi atau Undang-Undang Dasar.⁵⁷

Konsep HAM Pancasila diterima dalam konsepsi pemikiran hukum dan dijadikan ladsan normatif pembedaan dan pelaksanaan hukum, maka semua pola penyelenggaraan negara akan bertumpu pada pancasila, hal ini sejalan dengan pemikiran Noto Negoro yang mengemukakan, bahwa sebagai konsekwesi pancasila tercantum dalam pembukaan UUD 1945 maka pembukaan yang memuat pancasila itu sebagai *staatsfundamentalnorm*. Konsekwesinya nilai-nilai pancasila secara yuridis harus diderivasikan kedalam UUD 1945 dan selanjutnya kepada seluruh peraturan perundang-undangan lainnya. Dengan kedudukan seperti ini pancasila memiliki legitimasi filosofis, yuridis dan politis dalam kapasitas ini Pancasila.⁵⁸

Dalam konteks Hukum HAM Internasional, memang terdiri dari kumpulan aturan, prosedur, dan lembaga-lembaga internasional yang dikembangkan untuk melaksanakan konsep ini dan memajukan penghormatan terhadap HAM di semua negara di seluruh dunia. Namun demikian, sekalipun HAM Internasional memusatkan perhatian pada aturan, prosedur, dan lembaga, hukum itu secara khas juga mewajibkan sekurangkurangnya sedikit pengetahuan dan kepekaan terhadap hukum dalam negeri yang terkait dari negara-negara dimana praktisi hukum mempunyai kepentingan. khususnya, hukum nasional mengenai pelaksanaan perjanjian dan kewajiban internasional lain, perilaku hubungan internasional dan perlindungan yang diberikan oleh hukum domestik kepada HAM.⁵⁹

2.3. Pidanaan

Pada dasarnya pidanaan sinonim dari penghukuman. Pidanaan hadir dengan pidana sebagai unsur utamanya memiliki tujuan sebagai pembenah pribadi

⁵⁷Suko Wiyono, Op. Cit. h. 144

⁵⁸*Ibid.*, h. 147

⁵⁹Richard. B Bilder, *Op. Cit*, h. 1.

dari seorang yang melakukan suatu tindak pidana, membuat orang tersebut jera dan membuat penjahat tidak dapat mengulangi perbuatannya dengan cara-cara yang lain. Pada awalnya ppidanaan ada karena ada subyek yang merasa dirugikan oleh subyek lain dan subyek tersebut menuntut keadilan, akhirnya muncul lah ppidanaan tersebut yang memiliki sebuah tujuan.

Teori tujuan sebagai *Theological Theory* dan teori gabungan sebagai pandangan integratif di dalam tujuan ppidanaan beranggapan bahwa ppidanaan mempunyai tujuan pliaral, di mana kedua teori tersebut menggabungkan pandangan *Utilitarian* dengan pandangan *Retributivist*. Pandangan *Utilitarians* yang menyatakan bahwa tujuan ppidanaan harus menimbulkan konsekuensi bermanfaat yang dapat dibuktikan dan pandangan *retributivist* yang menyatakan bahwa keadilan dapat dicapai apabila tujuan yang *Theological* tersebut dilakukan dengan menggunakan ukuran prinsip-prinsip keadilan.⁶³

Beberapa teori yang berkaitan dengan tujuan ppidanaan adalah sebagai berikut :

1. Teori Absolut / Retribusi

Menurut teori ini pidana dijatuhkan semata-mata karena orang yang telah melakukan suatu tindak pidana atau kejahatan. Immanuel Kant memandang pidana sebagai "*Kategorische Imperatif*" yakni seseorang harus dipidana oleh Hakim karena ia telah melakukan kejahatan sehingga pidana menunjukkan suatu tuntutan keadilan. Tuntutan keadilan yang sifatnya absolute ini terlihat pada pendapat Immanuel Kant di dalam bukunya "*Philosophy of Law*" sebagai berikut :

Pidana tidak pernah dilaksanakan semata-mata sebagai sarana untuk mempromosikan tujuan/kebaikan lain, baik bagi sipelaku itu sendiri maupun bagi masyarakat tapi dalam semua hal harus dikenakan karena orang yang bersangkutan telah melakukan sesuatu kejahatan.⁶⁴

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

2. Teori Tujuan / Relatif

Pada penganut teori ini memandang sebagaimana sesuatu yang dapat digunakan untuk mencapai pemanfaatan, baik yang berkaitan dengan orang yang bersalah maupun yang berkaitan dengan dunia luar, misalnya dengan mengisolasi dan memperbaiki penjahat atau mencegah penjahat potensial, akan menjadikan

⁶³Muladi, *Lembaga Pidana Bersyarat*, Alumni, 2002, Bandung. h. 5

⁶⁴Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Teori-Teori dan Kebijakan Pidana*, Alumni, 2005 Bandung, h.7

dunia tempat yang lebih baik⁶⁷. Dasar pembenaran dari adanya pidana menurut teori ini terletak pada tujuannya. Pidana dijatuhkan bukan *quia peccatum est* (karena orang membuat kesalahan) melainkan *ne peccetur* (supaya orang jangan melakukan kejahatan), maka cukup jelas bahwa teori tujuan ini berusaha mewujudkan ketertiban dalam masyarakat.⁶⁸

Mengenai tujuan pidana untuk pencegahan kejahatan ini, biasa dibedakan menjadi dua istilah, yaitu :

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

Bahwa pengaruh pidana ditunjukkan terhadap terpidana, dimana prevensi khusus ini menekankan tujuan pidana agar terpidana tidak mengulangi perbuatannya lagi. Pidana berfungsi untuk mendidik dan memperbaiki terpidana untuk menjadi anggota masyarakat yang baik dan berguna, sesuai dengan harkat dan martabatnya.

- b. Prevensi General (*Generale Preventie*) atau Pencegahan Umum

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

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

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

Sehubungan yang dikemukakan oleh Johan Andenaes, maka Van Veen berpendapat bahwa prevensi general mempunyai tiga fungsi,⁶⁹ yaitu :

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

1. Teori Gabungan

Teori gabungan adalah kombinasi dari teori relatif. Menurut teori gabungan, tujuan pidana selalu membalas kesalahan penjahat juga dimaksudkan untuk melindungi masyarakat dengan mewujudkan ketertiban dengan ketentuan beratnya pidana tidak boleh melampaui batas pembalasan yang adil.⁷⁰ Menurut Pellegrino

⁶⁷Muladi, *Op.Cit*, h.7

⁶⁸Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Op.Cit*,h.9

⁶⁹*Ibid*.h 13

Rossi dalam bukunya “*Traite de Droit Penal*” yang ditulis pada tahun 1828 menyatakan : ‘Sekalipun pembalasan sebagai asas dari pidana bahwa beratnya pidana tidak boleh melampaui suatu pembalasan yang adil, namun pidana mempunyai berbagai pengaruh antara lain perbaikan sesuatu yang rusak dalam masyarakat dan prevensi general’⁷⁵

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

- a. Teori gabungan yang menitikberatkan unsur pembalasan, tetapi sifatnya yang berguna bagi masyarakat. Pompe menyebutkan dalam bukunya “*Hand boek van het Ned.Strafrecht*” bahwa pidana adalah suatu sanksi yang memiliki ciri-ciri tersendiri dari sanksi lain dan terikat dengan tujuan dengan sanksi-sanksi tersebut karenanya akan diterapkan jika menguntungkan pemenuhan kaidah kaidah yang berguna bagi kepentingan umum.
- b. Teori gabungan yang menitik beratkan pertahan tatatertib masyarakat. Pembalasan adalah sifat suatu pidana tetapi tujuannya adalah melindungi kesejahteraan masyarakat.
- c. Teori gabungan yang memandang sama pembalasan dan pertahanan tata tertib masyarakat.⁷⁶

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

- a. Segi Prevensi, yaitu bahwa hukum pidana adalah hukum sanksi, suatu upaya untuk dapat mempertahankan kelestarian hidup bersama dengan melakukan pencegahan kejahatan.
- b. Segi Pembalasan, yaitu bahwa hukum pidana sekaligus merupakan pula penentu hukum, merupakan koreksi dan reaksi atas sesuatu yang bersifat tidak hukum.⁷⁷

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

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

⁷⁵Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Op.Cit*,h 23

⁷⁶Andi Hamzah, *Sistem Pidana dan Pemidanaan Indonesia dari Retribusi ke Reformasi*, Pradya Paramita.,Jakarta, 1986, h 37

⁷⁷Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Op.Cit*,h 31

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

4. Teori Integratif

Teori Integratif ini diperkenalkan oleh Muladi, guru besar dari Fakultas Hukum Universitas Diponegoro⁸¹:

Dewasa ini masalah pemidanaan menjadi sangat kompleks sebagai akibat dari usaha untuk leboh memperhatikan faktor-faktor yang menyangkut hak-hak asasi manusia, serta menjadikan pidana bersifat operasional dan fungsional. Untuk ini diperlukan pendekatan multi dimensional yang bersifat mendasar terhadap dampak pemidanaan, baik yang menyangkut dampak yang bersifat individual maupun dampak yang bersifat sosial. Pendekatan semacam ini mengakibatkan adanya keharusan untuk memilih teori integratif tentang tujuan pemidanaan, yang dapat memenuhi fungsinya dalam rangka mengatasi kerusakan-kerusakan yang diakibatkan oleh tindak pidana (*individual and social damages*).

Pemilihan teori integratif tentang tujuan pemidanaan ini didasarkan atas alasan-alasan, baik yang bersifat sosiologis, ideologis, maupun yuridis. Alasan secara sosiologis dapat diruk pada pendapat yang dikemukakan oleh *Stanley Grupp*, bahwa kelayakan suatu teori pemidanaan tergantung pada anggapan-anggapan seseorang terhadap hakekat manusia, informasi yang diterima seseorang sebagai ilmu pengetahuan yang bermanfaat, macam dan luas pengetahuan yang mungkin dicapai dan penilaian terhadap persyaratan-persyaratan untuk menerapkan teori teori tertentu serta kemungkinan-kemungkinan yang dapat dilakukan untuk menemukan persyaratan-persyaratan tersebut.

Alasan secara ideologis, dengan mengutip pendapat Notonagoro, menyatakan : Berdasarkan Pancasila, maka manusia ditempatkan pada keseluruhan harkat dan martabatnya sebagai mahluk Tuhan Yang Maha Esa dengan kesadaran untuk mengembangkan kodratnya sebagai mahluk pribadi dan sekaligus sosial. Pancasila yang bulat dan utuh itu memberi keyakinan kepada rakyat dan bangsa Indonesia bahwa kebahagiaan hidup akan tercapai apabila didasarkan atas keselarasan dan keseimbangan, baik dalam hidup manusia dengan alam, dalam hubungannya dengan bangsa lain, dalam hubungan manusia dengan Tuhannya, maupun dalam mengejar kemajuan lahiriah dan kebahagiaan rohani.

Selanjutnya alasan yang bersifat yuridis Muladi menyetujui pendapat Herbert L. Packer sebagai berikut : Hanya ada dua tujuan utama dari pemidanaan, yakni pengenaan penderitaan yang setimpal terhadap penjahat dan pencegahan kejahatan. Teori pemidanaan yang integratif mensyaratkan pendekatan yang integral

⁸¹Muladi, *Op.Cit*, h.41

tujuan-tujuan pemidanaan, berdasarkan pengakuan bahwa ketegangan ketegangan yang terjadi diantara tujuan-tujuan pemidanaan tidak dapat dipecahkan secara menyeluruh. Didasarkan atas pengakuan bahwa tidak satupun tujuan pemidanaan bersifat definitif, maka teori pemidanaan yang bersifat integratif ini meninjau tujuan pemidanaan tersebut dari segala perspektif. Pidana merupakan suatu kebutuhan, tetapi merupakan bentuk kontrol sosial yang diselesaikan, karena mengenakan penderitaan atas nama tujuan-tujuan yang pencapaiannya merupakan sesuatu kemungkinan.

Berdasarkan alasan-alasan sosiologis, ideologi dan yuridis diatas, Muladi menyimpulkan bahwa tujuan pemidanaan adalah untuk memperbaiki kerusakan individual dan sosial (*individual and social damages*) yang diakibatkan oleh tindak pidana. Hal ini terdiri dari seperangkat tujuan pemidanaan yang harus dipenuhi, dengan catatan bahwa tujuan manakah yang merupakan titik berat sifatnya kasuistik. Perangkat tujuan pemidanaan yang dimaksud diatas adalah :

- 1) Perangkat tujuan pemidanaan yang dimaksud diatas adalah ;
- 2) Perlindungan Masyarakat ;
- 3) Memelihara Solidaritas Masyarakat dan
- 4) Pengimbalan/Pengimbangan.

Sesuai dengan pasang surut teori pemidanaan, teori pemidanaan yang bertujuan rehabilitasi telah dikritik karena dianggap tidak berhasil.⁸³ Berkenaan dengan kritik terhadap teori pemidanaan yang bertujuan rehabilitasi, Sue Titus Reid mengintrodukir teori “Model Keadilan” yang dikenal juga dengan pendekatan keadilan atau model ganjaran setimpal (*just desert model*). Model keadilan didasarkan pada dua teori tentang tujuan pemidanaan, yaitu pencegahan (*prevention*) dan retribusi (*retribution*). Dasar retribusi dalam *just desert model* menganggap bahwa pelanggar akan dinilai dengan sanksi yang patut diterima oleh mereka mengingat kejahatan- kejahatan yang telah dilakukannya. Sanksi yang tepat akan mencegah para pelaku kejahatan melakukan tindakan-tindakan kejahatan lagi dan mencegah orang-orang lain melakukan kejahatan.

Model keadilan yang diintrodukir oleh Sue Titus Reis tersebut di atas dianggap tetap mempunyai kelemahan. Kritik yang diajukan kepadanya adalah: *pertama*, *desert theories* mengabaikan perbedaan-perbedaan yang relevan antar para pelaku seperti latar belakang pribadi pelaku dan dampak penghukuman kepada pelaku dan keluarganya, sehingga seringkali memperlakukan kasus yang tidak sama dengan cara yang sama. *Kedua*, secara keseluruhan, tapi eksklusif, menekankan

⁸³Sholehuddin, Sistem Sanksi dalam Hukum Pidana Ide Dasar Double Track System dan Implementasinya, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2003, hlm. 61.

pada pedoman-pedoman pembeda dari kejahatan dan catatan kejahatan mempengaruhi psikologi dari penghukuman dan pihak yang menghukum.⁸⁵

Selain *just desert model* masih terdapat model lain yang disebut *restorative justice model* yang seringkali dihadapkan pada *retributive justice model*. Muladi menyatakan bahwa *restorative justice model* mempunyai beberapa karakteristik yaitu⁸⁶ kejahatan dirumuskan sebagai pelanggaran seorang terhadap orang lain dan diakui sebagai konflik :

- a. titik perhatian pada pemecahan masalah pertanggungjawaban dan kewajiban pada masa depan;
- b. sifat normatif dibangun atas dasar dialog dan negosiasi;
- c. restitusi sebagai sarana perbaikan para pihak, rekonsiliasi dan restorasi sebagai tujuan utama;
- d. keadilan dirumuskan sebagai hubungan- hubungan hak, dinilai atas dasar hasil;
- e. sasaran perhatian pada perbaikan kerugian sosial;
- f. masyarakat merupakan fasilitator di dalam proses restoratif;
- g. peran korban dan pelaku tindak pidana diakui, baik dalam masalah maupun penyelesaian hak-hak dan kebutuhan korban. Pelaku tindak pidana didorong untuk bertanggung jawab;
- h. pertanggungjawaban si pelaku dirumuskan sebagai dampak pemahaman terhadap perbuatan dan untuk membantu memutuskan yang terbaik;
- i. tindak pidana dipahami dalam konteks menyeluruh, moral, sosial dan ekonomis; dan
- j. stigma dapat dihapus melalui tindakan restoratif.

Restorative justice model diajukan oleh kaum abolisionis yang melakukan penolakan terhadap sarana koersif yang berupa sarana penal dan diganti dengan sarana reparatif.⁸⁷ Untuk mencapai tujuan yang dimaksudkan, maka dibutuhkan usaha-usaha yang kooperatif dari komunitas dan pemerintah untuk menciptakan sebuah kondisi dimana korban dan pelaku dapat merekonsiliasikan konflik mereka dan memperbaiki luka-luka mereka. *Restorative justice* mengupayakan untuk *restore* keamanan korban, penghormatan pribadi, martabat, dan yang lebih penting

⁸⁵Micahel Tonry, *Sentencing Matters*, Oxford University Press, New York, 1996, hlm.15.

⁸⁶Muladi, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Badan Penerbit Universitas Diponegoro, Semarang, 1995, hlm. 127- 129.

⁸⁷ *Ibid.*, hlm. 125.

adalah *sense of control*.

2.4. Sanksi Pidana

Sanksi pidana terdiri dari dua kata, yaitu sanksi dan pidana. Sanksi artinya ancaman, berupa ancaman pidana (*strafbedreiging*) dan mempunyai tugas agar norma yang telah ditetapkan dalam hukum dan undang-undang ditaati sebagai akibat hukum dari norma yang dilanggar (Pernomo, 1993: 36). Sanksi juga diartikan sebagai akibat sesuatu perbuatan atau suatu reaksi dari perihal lain yang dilakukan oleh manusia atau organisasi sosial (Utrecht, 1960: 20). Pada hakikatnya sanksi bertujuan untuk memulihkan keseimbangan tatanan masyarakat yang telah terganggu oleh pelanggaran-pelanggaran kaedah dalam keadaan semula (Mertokusuma, 1986: 10) Menurut G.P. Hoefnagels bahwa sanksi dalam hukum pidana adalah reaksi terhadap pelanggaran hukum yang telah ditentukan undang-undang, dimulai dari penahanan tersangka dan penuntutan terdakwa sampai pada penjatuhan vonis oleh hakim (Hoefnagels, 2003: 115). Sedangkan Pidana berasal dari kata *straf* (Belanda), yang pada dasarnya penderitaan (*nestapa*) yang sengaja dikenakan atau dijatuhkan kepada seseorang yang telah terbukti bersalah melakukan tindak pidana.

Jadi, Sanksi pidana adalah salah satu sarana paling efektif yang digunakan untuk menanggulangi kejahatan, namun pidana bukanlah sarana satu-satunya, sehingga apabila perlu, maka digunakan kombinasi dengan upaya sosial. Oleh karenanya perlu dikembangkan prinsip *multimum remedium* bukan *premium remedium* (Peornomo, 1989: 11) Jadi dapat disimpulkan sanksi pidana adalah alat yang dimiliki untuk menghadapi kejahatan-kejahatan atau bahaya besar sekaligus untuk menghadapi ancaman-ancaman. Menurut Sudarto, hakikat sanksi pidana mengandung unsur-unsur atau ciri-ciri sebagai berikut (Muladi dan Arief, 1984: 4):

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

Negara dalam menjatuhkan sanksi pidana haruslah menjamin kemerdekaan individu dan menjaga supaya pribadi manusia tetap dihormati. Oleh sebab itu, pembedaan harus mempunyai tujuan dan fungsi yang dapat menjaga keseimbangan individu dengan kepentingan masyarakat untuk mencapai kesejahteraan bersama. Untuk menjawab dan mengetahui tujuan serta fungsi pembedaan, terlebih dahulu mengetahui teori-teori tentang pembedaan.

Pidana merupakan akibat mutlak yang harus ada sebagai suatu pembalasan kepada orang yang melakukan kejahatan (Hartati, 60). Dengan ancaman pidana yang akan dijatuhkan dapat bersifat sebagai pencegahan khusus, yakni untuk menakut-nakuti sipenjahat supaya jangan melakukan kejahatan lagi dan pencegahan umum, yaitu sebagai cermin bagi seluruh anggota masyarakat supaya takut melakukan kejahatan. Penjatuhan sanksi pidana pemerkosaan terhadap anak pada intinya harus sejalan dengan tujuan pemidanaan yakni menakuti-nakuti sipenjahat dan mencegah masyarakat agar tidak melakukan kejahatan yang sama.

2.5. Sanksi Tindakan

Adapun sistem sanksi dalam hukum pidana yang lain selain sanksi pidana adalah sanksi tindakan, yaitu sanksi yang bersifat antispatif bukan reaktif terhadap pelaku tindak pidana yang berbasis pada filsafat dalam ragam bentuk sanksi yang dinami (*open system*) dan spesifikasi non-penderitaan atau perampasan kemerdekaan, dengan tujuan untuk memulihkan keadaan tertentu bagi pelaku maupun korban baik perseorangan, badan hukum publik maupun perdata.

Dalam hukum pidana positif dikenal juga jenis sanksi yang berupa tindakan, misalnya :

- a. Penempatan di rumah sakit jiwa bagi orang yang tidak mampu mempertanggungjawabkan perbuatannya karena jiwanya terganggu penyakit (pasal 44 ayat 2 KUHP)
- b. Bagi anak yang belum berumur 16 tahun melakukan tindak pidana, hakim dapat menjatuhkan sanksi berupa tindakan (pasal 45 KUHP).

Sanksi tindakan merupakan sanksi yang lebih bersifat antispatif terhadap pelaku perbuatan. Jadi, fokus sanksi tindakan tertuju pada upaya memberi pertolongan agar pelaku berubah. Dengan demikian, sanksi tindakan bersumber dari ide perlindungan masyarakat dan pembinaan atau perawatan si pelanggar. Jika ditinjau dari sudut teori-teori pemidanaan, maka sanksi tindakan merupakan sanksi yang tidak membalas. Sanksi ini bertujuan pada prevensi khusus, yakni melindungi masyarakat dari ancaman yang dapat merugikan kepentingannya. Hal ini berbeda dengan sanksi pidana yang berorientasi pada ide pengenaan sanksi terhadap pelaku suatu perbuatan. Perbedaan orientasi dasar antara sanksi pidana dan sanksi tindakan sebenarnya memiliki kaitan pula dengan paham filsafat yang memayunginya, yakni kalau sanksi pidana lebih condong pada paham filsafat determinisme.

Dalam konteks teori-teori tentang tujuan pemidanaan, sesungguhnya merupakan penjabaran lebih lanjut dari teori relatif. Teori ini memandang bahwa pemidanaan bukan sebagai pembalasan atas kesalahan si pelaku, tetapi sebagai sarana mencapai tujuan yang bermanfaat untuk melindungi masyarakat menuju kesejahteraan. Dari teori ini muncul tujuan pemidanaan sebagai sarana pencegahan,

baik pencegahan khusus (*special prevention*) yang ditujukan pada si pelaku maupun pencegahan umum (*general prevention*) yang ditujukan pada masyarakat. Teori ini relatif berpatokan pada tiga tujuan utama pemidanaan, yaitu *preventif, deterrence, dan reformatif*.

2.6. Double Track System

Hukum pidana merupakan bagian dari keseluruhan hukum yang berlaku di suatu negara yang memiliki aturan hukum. Hukum bersifat yang memaksa dan mengikat, maka mempunyai akibat dari pelaksanaannya. Akibat tersebut berupa sanksi baik sanksi pidana maupun sanksi tindakan (*maatregel*). Dalam hukum pidana klasik pemidanaan merupakan pembalasan atas kesalahan yang telah dilakukan oleh si pembuat. Pemidanaan menitikberatkan pada perbuatan dan akibat yang diakibatkan oleh perbuatan itu sendiri.

Pidana merupakan penderitaan / perlakuan yang tidak enak oleh suatu kekuasaan yang sah terhadap orang yang melakukan tindak pidana. Menurut Muladi, di dalam hukum pidana modern penjatuhan sanksi pidana lebih berorientasi kepada perbuatan dan pelaku (*daad-dader strafrecht*) tidak hanya meliputi pidana yang bersifat penderitaan dalam sanksinya, tapi juga berorientasi kepada muatan pendidikan.

Di dalam perkembangan hukum modern mengenal istilah *double track system* yang bermakna adanya pemisahan antara sanksi pidana dengan sanksi tindakan. Perkembangan sistem hukum inilah yang memperkenalkannya tindakan (*maatregel*) sebagai alternatif lain dari pidana pokok terutama pidana penjara. Hal ini terjadi dikarenakan ketidakpercayaan terhadap keberhasilan “penjara” sebagai salah satu bentuk hukuman / sanksi.

Konsep dasar yang digunakan ialah gagasan tentang suatu kejadian atau objek tertentu yang bersifat mendasar, yang digunakan sebagai patokan atau orientasi sudut pandang.⁹¹ Ide dasar merupakan pandangan dunia yang diyakini dan menentukan cara pandang terhadap suatu kejadian. Hal ini berfungsi yang menentukan rasionalitas suatu kejadian, baik tentang yang menjadi pokok persoalan maupun cara melihat dan menjelaskan kejadian tersebut. Sebagai gagasan yang bersifat mendasar, oleh karena itu konsep dasar lebih menyerupai cita, yaitu gagasan dasar mengenai suatu hal. Misalnya cita hukum atau *rechtsidee*, merupakan kerangka berpikir yang mengarahkan hukum kepada cita-citanya.

Ide dasar juga dianalogikan dengan apa yang di oleh Oppenheimer disebut *staatsidee*, yakni hakikat yang paling dalam dari negara-negara dapat memberi

⁹¹DR.M.SHOLEHUDDIN,SH.,M.H, SISTEM SANKSI DALAM HUKUM PIDANA ide *dasar double track system* & implementasinya,pt rajagrafindo persada, jakarta, september 2003, hal 23

bentuk pada negara, atau hakikat negara yang menentukan bentuk negara. Dengan demikian, sebuah ide dasar selalu bersifat konstitutif. Artinya, ide dasar itulah yang menentukan masalah, metode, dan penjelasan yang dianggap relevan untuk ditelaah.

Oleh sebab demikian, berbicara tentang ide *double track system*, bermakna berbicara tentang gagasan dasar mengenai sistem sanksi yang mendasari kebijakan dan penggunaan sanksi dalam hukum pidana. Dalam hal ini, sistem dua jalur mengenai sanksi dalam hukum pidana. Meski dalam literatur tidak ditemukan penegasan soal gagasan tersebut, tetapi dapat dilihat yang melatar belakangi kemunculannya ialah ide dasar sistem tersebut adalah kesetaraan antara sanksi pidana dan sanksi tindakan. Kesetaraan ini dapat ditelusuri melalui perkembangan yang terjadi pada sistem sanksi hukum pidana dari aliran klasik menuju aliran modern dan aliran neo-klasik.

Aliran klasik pada prinsipnya menggunakan *single track system*, yakni sistem sanksi tunggal berupa jenis sanksi pidana. Berhubungan dengan hal tersebut, Sudarto menyatakan bahwa aliran klasik tentang pidana bersifat retributif dan represif terhadap tindak pidana.⁹³ Pada abad XIX lahirlah aliran modern yang mencari sebab kejahatan dengan memakai metode ilmu alam dan bermaksud untuk langsung mendekati atau mempengaruhi penjahat secara positif selama dia masih dapat diperbaiki. Berbeda jauh dengan paham aliran klasik, aliran modern memandang kebebasan kehendak manusia banyak dipengaruhi oleh sifat dan lingkungannya sehingga tidak dapat dipersalahkan dan dipidana. Dengan demikian aliran ini menghendaki adanya individualis pidana yang bertujuan mengadakan resosialisasi pelaku kejahatan.

Dalam perkembangannya kemudian, aliran neo-klasik yang juga menitikberatkan konsepsinya kepada kebebasan kehendak manusia ini telah berkembang selama abad XIX yang mulai mempertimbangkan kebutuhan adanya pembinaan terhadap pelaku tindak pidana. Aliran neo-klasik menyatakan dengan tegas bahwa konsep keadilan sosial berdasarkan hukum, tidak realistik dan bahkan tidak adil. Aliran ini berpangkal dari aliran klasik yang dalam perkembangannya kemudian dipengaruhi aliran modern.

Dari konsepsi-konsepsi kedua aliran yang terdahulu lahirlah ide individualis pidana yang memiliki beberapa karakteristik sebagai berikut :

- a. pertanggungjawaban (pidana) bersifat pribadi ;
- b. pidana hanya diberikan kepada orang yang bersalah;
- c. pidana harus disesuaikan dengan karakteristik dan kondisi si pelaku; dalam artian harus ada kelonggaran bagi hakim dalam memilih sanksi pidana.

⁹³Ibid h 25

Sebagai hasil dari ide individualis pidana, maka sistem pemidanaan modern pada urutannya berorientasi pada pelaku dan perbuatan (*daad-dader strafrecht*). Jenis sanksi yang ditetapkan tidak hanya meliputi sanksi pidana, tetapi juga sanksi tindakan. Pengakuan tentang kesetaraan antara sanksi pidana dan sanksi tindakan inilah yang merupakan hakikat asasi atau ide dasar dari konsep *double track system*.

Double Track System adalah kedua-duanya, yakni sanksi pidana dan sanksi tindakan. *Double Track System* tidak sepenuhnya memakai satu di antara dua jenis sanksi itu. Sistem dua jaliur ini menempatkan dua jenis sanksi tersebut dalam kedudukan yang setara. Penekanan pada kesetaraan sanksi pidana dan sanksi tindakan dalam kerangka *double track system*, sesungguhnya terkait dengan fakta bahwa unsur pencelaan/penderitaan (lewat sanksi pidana) dan unsur pembinaan (lewat sanksi tindakan) sama-sama penting.

Dari perdebatan para ahli hukum pidana, terungkap dengan jelas bahwa sekalipun jenis sanksi pidana yang bersumber dari teori retributif memiliki kelemahan dari segi prinsip proposionalitas tanggung jawab si pelaku kejahatan terhadap perbuatannya, namun retributivisme tidak mungkin dihilangkan sama sekali. Kaum retributivis justru telah menyumbangkan pikiran tentang pemidanaan dari perspektif filsafat yang menghargai manusia sebagai individu yang matang dan bertanggung jawab sendiri atas perilaku dan tindakan-tindakannya. Tingkat kematangan dan tanggung jawab tersebut menentukan berat-ringannya pemidanaan. Pertimbangan-pertimbangan semacam ini tidak menjadi unsur-unsur esensial dalam teori tujuan (utilitarianisme) tentang pemidanaan.

Gerber dan McAnany juga menyatakan hal yang kurang lebih senada dengan pandangan di atas. Menurut mereka, “kita dapat mulai dengan mengatakan bahwa sementara retribusi telah tidak populer, ia tidak seluruhnya ‘tersingkirkan’. Bahkan dalam hari-harinya yang palik buruk, orang-orang mengakui bahwa sejauh apa pun kita bergerak ke arah rehabilitasi sebagai tujuan total, tetap saja harus ada pemidanaan. Kita tidak dapat tidak dapat berbeuat tanpanya “. ⁹⁵ Demikian pula dengan rehabilitasi dan prevensi (sebagai tujuan utama dari jenis sanksi tindakan/*treatment*). Meski cara ini memiliki keistimewaan dari segi proses resosialisasi pelaku-sehingga diharapkan mampu memulihkan kualitas sosial dan moral seseorang agar dapat berintergrasi lagi dalam masyarakat.

Atas kesadaran itulah, maka *double track system* menghendaki agar unsur pencelaan/penderitaan dan unsur pembinaan sama-sama diakomodasi dalam sistem sanksi hukum pidana. Inilah yang menjadi dasar penjelasan mengapa dalam *double track system* dituntut adanya kesetaraan antara sanksi pidana sanksi tindakan.

⁹⁵Ibid h 29

Paham filsafat yang menurut mengakui kesetaraan antara *punishment* dan *treatment* seperti tersebut di atas, adalah filsafat eksistensialisme dari albert Camus mengakui justifikasi *punishment* bagi seorang pelanggar, karena *punishment* merupakan konsekuensi logis dari kebebasan yang disalahgunakan pelaku kejahatan. Jelas bahwa filsafat eksistensialisme Camus mengakui justifikasi *punishment* satu pihak, dan manfaat *treatment* di pihak lain.

Pengakuan terhadap peran dua jenis sanksi tersebut merupakan konsekuensi logis dari konsep Camus mengenai *human offender* disatu sisi, dan *human power* di sisi lain. *Human offender* menunjuk pada fakta bahwa seseorang telah menyalahgunakan kebebasannya untuk melanggar, sehingga ia harus dikenai sanksi pidana sebagai akibatnya. Sedangkan *human power* menunjuk pada arti kebebasan sebagai kekuatan manusia untuk mengaktualisasikan diri sebagai manusia. Dalam hal ini, seseorang pelaku kejahatan membutuhkan sanksi yang bersifat *treatment*.

Penggunaan *double track system* ini sudah menjadi kecenderungan internasional sebagai konsekuensi dianutnya aliran Neo-klasik yang berusaha memanfaatkan kelebihan dan meninggalkan kelemahan dari kedua aliran hukum pidana lainnya, yakni aliran klasik dan aliran modern. Seperti pendekatan tradisional yang menganggap bahwa seolah-olah sistem tindakan hanya dikenakan bagi orang yang tidak mampu bertanggung jawab, sudah saatnya ditinggalkan.

Konsep *double track system* yaitu penerapan sanksi pidana dan sanksi tindakan dalam posisi yang sejajar selama ini belum efektif diterapkan. Dari peraturan perundang-undangan yang di teliti yaitu sebanyak 18 Peraturan Perundang-undangan di Indonesia termasuk Konsep KUHP, tidak ada satu pun di dalam peraturan perundang-undangan tersebut yang tidak menganut sanksi pidana di dalamnya, akan tetapi hanya sedikit yang lebih tegas menerapkan sanksi tindakan di dalam peraturan perundang-undangan.

Dari peraturan perundang-undangan yang diteliti hanya Undang-undang Nomor 3 Tahun 1997 Tentang Pengadilan Anak yang lebih memprioritaskan sanksi tindakan dalam penerapan sanksinya kepada anak nakal yang melakukan tindak pidana. Selain Undang-undang tersebut, peraturan perundang-undangan lain masih mengutamakan menerapkan sanksi pidana dalam peraturan perundang-undangan

2.7. Kebiri Kimia

Sepanjang sejarah peradaban manusia, kebiri dilakukan dengan berbagai tujuan. Victor T Cheney dalam *A Brief History of Castration 2nd Edition*, 2006, menyatakan, kebiri sudah dilakukan di Mediterania Timur pada 8.000-9.000 tahun lalu. Tujuannya, agar ternak betina lebih banyak dibandingkan yang jantan. Tak ada catatan pasti kapan kebiri dilakukan pada manusia. Namun, di Mesir, pada 2.600

sebelum Masehi (SM), budak yang dikebiri berharga lebih tinggi karena dianggap lebih rajin dan patuh kepada majikannya. Tindakan serupa ditemukan pada budak di Yunani sekitar 500 SM, penjaga harem raja di Persia, serta bendahara dan sejumlah pejabat kekaisaran Tiongkok.

Di era modern, tujuan pegebirian lebih beragam, mulai dari usaha mendapat suara soprano pada anak laki-laki di Italia hingga upaya menghindarkan perbuatan tak bermoral di beberapa agama. Kebiri juga dilakukan untuk mengurangi orang dengan gangguan fisik dan mental serta populasi kelompok tertentu. Secara historis pegebirian kimia telah dipaksakan pada berbagai kelompok seperti homoseksual, transgender, pemerkosa dan pedofil sering dengan imbalan pengurangan hukuman. Ada dua macam kebiri yang diterapkan di berbagai negara, yaitu kebiri fisik dan kebiri kimia. Kebiri fisik seperti yang diterapkan di Republik Ceko dan Jerman, dilakukan dengan cara mengamputasi testis pelaku pedofili sehingga membuat pelaku kekurangan hormon testosteron yang mempengaruhi dorongan seksualnya.

Sementara itu kebiri kimia, berbeda dengan kebiri fisik, tidak dilakukan dengan mengamputasi testis. Pihak eksekutor akan memasukkan zat kimia antiandrogen yang dapat memperlemah hormon testosteron. Caranya bisa lewat pil ataupun suntikan. Bila hormon testosteron melemah, maka kemampuan ereksi, libido, atau hasrat seksual seseorang akan berkurang bahkan hilang sama sekali. Pengaruh kebiri kimia ini tak berlangsung permanen. Jika pemberian cairan dihentikan, libido dan kemampuan ereksi akan kembali berfungsi. Beberapa jenis obat yang banyak digunakan adalah *medroxyprogesterone acetate* (MPA) dan *cyproterone acetate* (CPA). Pengaruh obat ini ada dalam rentang 40 jam hingga 3 bulan. Dorongan seksual atau gairah seksual dipengaruhi oleh beberapa faktor. Salah satu faktor terpenting ialah hormon testosteron. Beberapa negara telah menerapkan Undang-Undang yang mengatur tentang kebiri yaitu Denmark (1929), Swedia (1944), Finlandia (1970), Norwegia (1977), Polandia (2009), Amerika Serikat yaitu negara bagian California (1996) dan beberapa negara bagian lainnya, Argentina (2010), Australia, Israel, Selandia Baru, Korea Selatan (2011), dan Rusia (2011), Moldova (2012), dan Estonia (2012). Hukuman kebiri kimia berupa suntik antiandrogen, diketahui mempunyai dampak negatif yaitu mempercepat penuaan tubuh. Cairan antiandrogen yang disuntikkan ke dalam tubuh mengurangi kerapatan massa tulang sehingga tulang keropos dan memperbesar risiko patah tulang. Obat itu juga mengurangi massa otot dan meningkatkan lemak yang menaikkan risiko penyakit jantung dan pembuluh darah.

Di Rusia prosedur pelaksanaan kebiri kimia dilakukan setelah pengadilan meminta laporan psikiater forensik untuk menindaklanjuti langkah medis terhadap si

pelaku. Kemudian pengadilan akan menyuntikkan zat *depoprovera* yang berisi progesteron sintetis ke dalam tubuh si pesakitan. Dengan menyuntikkan lebih banyak hormon wanita ke tubuh pria maka ini akan menurunkan hasrat seksual. Setelah menjalani kebiri kimia, pelaku kejahatan pedofilia akan menjalani hukuman kurungan. Mereka baru bisa mengajukan bebas bersyarat setelah menjalani 80 persen masa hukuman. Hukuman kebiri yang berlaku di Rusia wajib dilakukan oleh setiap pelaku yang dinyatakan bersalah oleh pengadilan.

Di Korea Selatan, Pemerintah menggunakan metode kebiri kimia hanya jika para ahli kesehatan memberi hasil pemeriksaan bahwa pelaku kejahatan seksual cenderung akan mengulangi perbuatannya. Prosedur kebiri kimia akan dilakukan setelah ada diagnosis dari psikiater, baru pihak kejaksaan akan melakukan proses kebiri. Di semua negara yang menerapkan hukum kebiri, pemerkosa yang diberi hukuman pemberatan (kebiri) tetap menjalani hukuman kurungan badan sesuai Undang-Undang yang berlaku. Meskipun beberapa Negara Eropa tersebut di atas sudah memasukkan pasal hukuman atau tindakan kebiri dalam hukum pidananya, namun hukum acara yang mengatur mekanisme penerapan pasal tersebut mengalami kesulitan, karena sebelum dilaksanakan terlebih dahulu dilakukan diagnosa, karena tidak semua pelaku harus dikebiri, tetapi harus dicek dan diagnosa lebih dahulu kesehatan dan implikasi medisnya.

Aturan pidana di negara Eropa mensyaratkan adanya usia minimum untuk penerapan hukuman kebiri fisik atau kimiawi, usia yang disyaratkan untuk menjalani prosedur ini berkisar 14 – 21 tahun dimana pelaku yang akan menjalani prosedur pun tidak boleh dipaksa untuk menjalaninya ataupun diberikan pilihan apabila tidak menjalani prosedur kebiri akan menjalani hukuman penjara yang lebih lama. Negara bagian California merupakan negara bagian AS pertama yang memberlakukan hukuman kebiri secara kimiawi bagi pelaku kejahatan seksual terhadap anak. Hukuman kebiri di California diterapkan sejak tahun 1996. Sedangkan di negara bagian Florida, hukuman kebiri diberlakukan sejak tahun 1997. Negara bagian lainnya ialah Georgia, Iowa, Louisiana, Montana, Oregon, Texas dan Wisconsin.

Di beberapa negara bagian tersebut, hukuman kebiri kimia bisa dilakukan tergantung pada keputusan pengadilan, untuk tindak pidana pertama. Namun untuk tindak pidana kedua, hukuman kebiri diberlakukan secara paksa kepada pelaku kejahatan seksual. Negara Bagian Amerika Serikat seperti Louisiana dan Iowa telah mengadopsi kebiri sebagai bagian dari *treatment* dan bukan *punishment*. Di Amerika Serikat sendiri telah menjadi debat panjang tentang kebiri ini sejak tahun 1980 bahkan jauh di era sebelumnya. Penyuntikan cairan kimia kepada pelaku kejahatan seksual anak dalam bentuk *medroxyprogesterone acetate* (MPA) diyakini akan menurunkan level testosteron yang berimplikasi pada menurunnya hasrat

seksual. Namun pemberian MPA pada pelaku kejahatan seksual anak ditolak oleh *The Food and Drug Administration*, alasan yang dikemukakan oleh FDA adalah untuk mengurangi hasrat seksual ini, maka pelaku kejahatan seksual anak harus disuntik *chemical castration* dengan dosis 500 miligram dan diberikan setiap minggu dalam jangka waktu tertentu hingga mengakibatkan pelaku impoten. Menurut institusi ini, tidak perlu membuat pelaku kejahatan seksual anak impoten, disamping itu, suntikan MPA ini dapat mengakibatkan terganggunya fungsi organ reproduksi pada pelaku disamping itu juga akan menimbulkan problem yang lebih serius yang sulit diprediksi sebagai implikasi dari suntikan MPA ini.

Para pengkritik hukuman kebiri menyatakan bila proses kebiri telah melanggar hak asasi manusia, dan efek samping yang didapatkan adalah penderitaan yang menyakitkan dan untuk jangka waktu panjang yakni salah satunya osteoporosis. John Stinneford, seorang profesor hukum yang berasal dari Universitas Florida menyatakan, “subjek dari kebiri kimiawi akan mengalami proses yang disebutnya ‘melumpuhkan organ’ dan dapat disebut sebagai suatu penyiksaan. Dalam tulisan yang sama, dia menyatakan bila kebiri kimiawi adalah tindakan yang kejam dan merupakan hukuman yang tidak biasa, karena melanggar Amandemen Ke-8 dari Konstitusi Amerika Serikat.

Putusan Pengadilan menyatakan *treatment* kebiri diberlakukan bagi pelaku kejahatan seksual anak yang paling serius dan memiliki kecenderungan untuk mengulangi kejahatannya. Persyaratan untuk memberikan *treatment* ini pun sangatlah ketat, karena ternyata hasil penelitian medis menemukan efek samping atas *treatment* ini diantaranya menimbulkan ketagihan/kecanduan, migran, sakit kepala yang berkepanjangan dan bahkan dapat menimbulkan diabetes.

Kebiri(disebut juga pengebirian atau kastrasi) adalah tindakan bedah dan atau menggunakan bahan kimia yang bertujuan untuk menghilangkan fungsi testis pada jantan atau fungsi ovarium pada betina. Pengebirian dapat dilakukan baik pada hewan ataupun manusia. ini artinya, para pelaku kejahatan yang dikenai hukum kebiri nantinya sudah hilang fungsi seksualnya. Baik jika ia laki laki, maka laki laki tersebut sudah tidak akan tertarik melihat lawan jenis (wikipedia bahasa Indonesia).

Pembedahan untuk mengambil kedua testis atau pengebirian secara kimia secara medis mungkin dilakukan sebagai prosedur pengobatan kanker prostat. Pengobatan dengan mengurangi atau menghilangkan asupan hormon testosteron baik secara kimia ataupun bedah dilakukan untuk memperlambat perkembangan kanker. Hilangnya testis yang berarti hilangnya pula hormon testosteron mengurangi hasrat seksual, obsesi, dan perilaku seksual.

Kaum transseksual laki-laki yang merasa dirinya perempuan ada yang menjalani prosedur orchiectomi, penghilangan alat kelamin laki-laki, sebagai bagian dari operasi ganti kelamin dari laki-laki menjadi perempuan. Saat ini hanya dikenal dua macam hukum kebiri yaitu kebiri secara fisik dan kebiri secara kimiawi. Perbedaannya adalah jika kebiri fisik langsung menghilangkan testisnya dengan cara operasi, sedangkan kebiri secara kimiawi yaitu memberi suntikan zat kimia pada alat kelamin yang berfungsi menghilangkan hasrat seksualnya.

Kebiri kimia merupakan suatu tindakan penyuntikan zat anti-testosteron ke tubuh pria untuk menurunkan kadar hormon testosteron, Testosteron itu adalah hormon yang berperan dalam beragam fungsi, salah satunya fungsi seksual. Artinya, hormon testosteron berpengaruh pada gairah seksual seorang pria. Ketua Bagian Andrologi dan Seksologi Fakultas Kedokteran Universitas Udayana, Denpasar, Wimpie Pangkahila mengungkapkan, kebiri dalam dunia kedokteran dikenal dengan kastrasi.

Kebiri tidak lagi dilakukan dengan membuang testis tetapi dapat secara kimia. Prosesnya bisa melalui pemberian pil ataupun suntikan anti androgen. Hormon antiandrogen itu adalah anti-hormon laki-laki, pemberian obat antiandrogen itu akan membuat pria kekurangan hormon testosteron sehingga tak ada lagi memiliki dorongan seksual. Obat antiandrogen akan memberikan efek yang sama dengan kebiri fisik.⁹⁷

Laporan world rape statistic tahun 2012 menunjukkan bahwa hukuman kebiri bagi pelaku tindak pidana perkosaan di berbagai Negara di dunia tidak efektif menimbulkan efek jera. Tidak ada bukti yang menjamin bahwa penggunaan kebiri kimia telah mengurangi jumlah kekerasan terhadap perempuan dan anak.⁹⁸ Hukuman kebiri kimia seakan telah melanggar hak asasi manusia.

Menurut Kepala Bagian Psikologi Klinis Fakultas Psikologi Universitas Katolik Indonesia Atma Jaya Jakarta, Dinastuti, efek (psikologis) kebiri fisik ataupun kimiawi tidak sama pada setiap orang. Kondisi ini membuat sanksi kebiri menimbulkan prokontra, termasuk di negara-negara maju. Perdebatan bukan hanya soal hak asasi manusia untuk tidak menyiksa dalam pemberian sanksi, melainkan juga ketidaksambungan antara penyebab seseorang melakukan kejahatan seksual

⁹⁷KOMPAS.com. (2015,22 Oktober). Yang Terjadi Jika Seseorang di Hukum Kebiri. Diakses pada 17 Juni 2020, dari <https://lifestyle.kompas.com/read/2015/10/22/120535623/Yang.Terjadi.jika.Seseorang.Dihukum.Kebiri>

⁹⁸Nuzul Qur'aini Mardiyah, Penerapan Hukuman Kebiri Kimia Bagi Pelaku Kekerasan Seksual, Pusat P4TIK Mahkamah Konstitusi RI, 14(1) Mardiyah, N. Q. A. Penerapan Hukuman Kebiri Kimia Bagi Pelaku Kekerasan Seksual. Jurnal Konstitusi,2017, 14(1), h.213-233.

dan bentuk hukumannya. Oleh karena itu, wajar jika suntik kebiri tidak terbukti mampu menekan kasus kejahatan seksual.¹⁰¹

Dilihat dari segi dunia kesehatan, pelaksanaan Hukum kebiri justru banyak menimbulkan efek negative. Sebagaimana dikutip dari National Geographic Indonesia, dijelaskan bahwa: "Hormon anti-androgen itu adalah anti-hormon laki-laki. Pemberian obat anti-androgen tidak akan memunculkan efek pada seorang pria akan menjadi feminin," kata Wimpie. Namun, kebiri kimiawi menimbulkan efek negatif berupa penuaan dini pada tubuh. Cairan anti-androgen diketahui akan mengurangi kepadatan tulang sehingga risiko tulang keropos atau osteoporosis meningkat. Anti-androgen juga mengurangi massa otot, yang memperbesar kesempatan tubuh menumpuk lemak dan kemudian meningkatkan risiko penyakit jantung dan pembuluh darah.¹⁰² Proses kebiri kimia dapat melumpuhkan organ sehingga dapat disebut sebagai penyiksaan.

¹⁰¹Hasanah, Nur Hafizal, and Eko Soponyono. "Kebijakan Hukum Pidana Sanksi Kebiri Kimia dalam Perspektif HAM dan Hukum Pidana Indonesia." *Jurnal Magister Hukum Udayana (Udayana Master Law Journal)* 7.3 (2018): 305-317.

¹⁰²Nationalgeographic.grid.id.(2016,27 Mei). Ini Efek Hukuman Kebiri Kimiawi Pada Tubuh. Diakses pada 17 juni 2020, dari <http://nationalgeographic.grid.id/read/13305384/ini-efek-hukuman-kebiri-kimiawi-pada-tubuh>

