

BAB II

PEMBAHASAN

A. Tinjauan Umum Tentang Pertimbangan Hakim

1. Pengertian Pertimbangan Hakim

Di dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia (KBBI) pertimbangan adalah pendapat tentang baik atau buruk⁹ nya suatu hal guna memberikan suatu ketetapan atau keputusan. Hakim dalam Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang hukum acara pidana di dalam pasal 1 angka 8 memberi defenisi hakim adalah pejabat peradilan negara yang diberi wewenang oleh undang-undang untuk mengadili. Sedangkan di dalam Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang kekuasaan kehakiman mendefenisikan hakim adalah hakim pada Mahkamah Agung dan hakim pada badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, lingkungan peradilan tata usaha negara, dan hakim pada pengadilan khusus yang berada dalam lingkungan peradilan tersebut.¹⁰ Pertimbangan hakim dapat diartikan pendapat tentang baik atau buruknya suatu hal guna memberikan suatu ketetapan atau keputusan yang di

⁹ <http://www.kamuskbbi.id/kbbi/artikata.php?mod=view&Pertimbangan&id=50898-kamus-inggris-indonesia.html> diakses tanggal 27 Oktober 2017 pukul 12.02 Wib

jatuh hakim pada mahkamah agung dan hakim pada badan peradilan dibawahnya yang dituangkan oleh hakim dalam putusannya.

Dalam menjatuhkan putusan, hakim harus memberikan suatu pertimbangan hukum yang tepat dan benar, karena menjadi dasar bagi hakim untuk menjatuhkan hukuman kepada seorang yang sedang diadili dan dimuat dalam bentuk tertulis yakni disebut putusan hakim dan dibacakan dimuka persidangan. Hakikat dari putusan hakim sendiri adalah mahkota, dan puncak dari perkara pidana sehingga hakim dalam memberi putusan pidana harus memperhatikan segala aspek. Dalam pertimbangan hakim terdapat 3 (tiga) aspek yang hakim pertimbangkan yakni Aspek yuridis, filosofis dan sosiologis.

Aspek yuridis merupakan aspek yang pertama dan utama dengan berpatokan kepada undang-undang yang berlaku. Hakim sebagai aplikator undang-undang harus memahami undang-undang yang berkaitan dengan perkara yang sedang dihadapi. Hakim harus menilai apakah undang-undang tersebut adil, bermanfaat, atau memberikan kepastian hukum sesuai dengan tujuan dari hukum itu sendiri, sebab salah satu tujuan hukum itu unsurnya adalah menciptakan keadilan. Aspek filosofis merupakan aspek yang berintikan pada kebenaran dan keadilan, sedangkan aspek sosiologis memuat pertimbangan tata nilai budaya yang hidup dimasyarakat. Penerapan aspek filosofis dan sosiologis harus mampu mengikuti perkembangan nilai-nilai

yang hidup dimasyarakat. Pencantuman ketiga aspek tersebut sebagai upaya penegakan nilai keadilan dan dapat diterima oleh masyarakat.¹¹

Pertimbangan hakim bermula pada saat hakim menyatakan pemeriksaan ditutup, yang selanjutnya hakim yang memeriksa dan mengadili suatu perkara mengadakan musyawarah untuk mendapatkan putusan yang adil sesuai dengan tujuan dari hukum.¹² Ada dua indikator yang harus diperhatikan hakim yakni bagaimana hakim dengan rasionya dan hati nuraninya mampu mengungkap fakta berdasarkan bukti-bukti yang diajukan di persidangan mencari, menemukan dan menerapkan hukum yang tepat sesuai dengan rasa keadilan individu (pelaku), masyarakat (korban), dan negara (undang-Undang).¹³

2. Dasar Pertimbangan Hakim Dalam Putusan

Banyak aspek yang harus dipertimbangkan hakim dalam menjatuhkan putusan baik dari aspek yuridis maupun dari aspek non yuridis. Dalam prakteknya aspek pertimbangan yuridis merupakan konteks dalam putusan hakim karena pada pertimbangan yuridis merupakan pembuktian unsur-unsur dari suatu tindak pidana apakah terdakwa bersalah telah melakukan perbuatan seperti yang di dakwakan oleh Jaksa Penuntut Umum atau tidak sama

¹¹ <http://www.suduthukum.com> diakses pada tanggal 29 Januari 2018 Pukul 18.31 wib

¹² AL. Wisnubroto, 2014, *Praktik Persidangan Pidana*, Penerbit Universitas Atmajaya Yogyakarta, Yogyakarta, hlm. 148

¹³ AL. Wisnubrdoto, *Ibid.hlm.151*

sekali.¹⁴ Pertimbangan yuridis oleh hakim tersebut terlebih dahulu akan menarik fakta-fakta dalam persidangan yang timbul.¹⁵ Pertimbangan hakim baik yuridis dan non yuridis yang dimaksud yakni;

a. Pertimbangan Yuridis

1) Surat Dakwaan

Dalam hukum acara pidana surat dakwaan dalam suatu sidang pengadilan sangatlah penting hal ini dikarenakan pemeriksaan terdakwa di pengadilan berpatokan pada surat dakwaan. Surat dakwaan adalah surat yang berisi dakwaan bahwa seseorang telah melakukan tindak pidana atau pada hakikatnya adalah surat dakwaan merupakan kesimpulan dari penuntut umum tentang apa yang dilakukan oleh tersangka berdasarkan hasil penyidikan dan dasar bagi penuntut umum dalam mengajukan terdakwa ke sidang pengadilan.¹⁶ Dengan adanya dakwaan maka pembuktian dan keyakinan dari hakim dapat lahir dan dapat menentukan terdakwa bersalah atau tidak telah melanggar ketentuan pidana seperti yang telah di dakwakan oleh Jaksa Penuntut Umum. Surat dakwaan sebagai dasar tersebut wajib dicantumkan dalam putusan hakim jika tidak dicantumkan maka dapat batal demi hukum seperti yang diatur

¹⁴ Lilik Mulyadi, 2014, *Seraut Wajah Putusan Hakim dalam Hukum Acara Pidana Indonesia*, Penerbit PT Citra Aditya Bakti, Malang, hlm. 129

¹⁵ *Ibid*, hlm. 219

¹⁶ AL. Wisnubroto, *Op.Cit.*, hlm. 49

dalam KUHAP Pasal 197 ayat (2) serta putusan Mahkamah Agung RI Nomor 402 K/Pid/1987 tanggal 4 April 1987 dan Putusan Mahkamah Agung RI Nomor 1301/K/Pid/1986/ tanggal 31 Januari 1989.¹⁷

2) Unsur-Unsur pada pasal yang di dakwakan

Dalam pertimbangan hakim juga mencantumkan unsur-unsur pada pasal yang didakwakan oleh jaksa penuntut umum. Pertimbangan ini tidak semata mata mencantumkan unsur-unsur hukum seperti apa yang telah undang-undang jelaskan terkait dengan pasal yang di dakwakan tetapi juga mencantumkan dari aspek teoritis dan praktek, pandangan doktrin, yurisprudensi dan kasus posisi yang sedang ditangani, kemudian secara limitatif¹⁸ menetapkan pendirian hakim dalam memberikan pertimbangan sehingga seseorang dapat dinyatakan telah terbukti secara sah dan meyakinkan melakukan suatu perbuatan yang melanggar ketentuan pidana.

3) Tuntutan

Tuntutan atau *Requisitoir* merupakan dokumen hukum yang dibuat dan disusun oleh jaksa penuntut umum yang memegang suatu perkara pidana dan melakukan penuntutan pada perkara tersebut. Pada

¹⁷ Lilik Mulyadi, *Op.Cit.*, hlm.220

¹⁸ *Ibid.* hlm.220

Pasal 182 ayat (1) KUHP mengatur bahwa tuntutan atau *requisitoir* diajukan setelah pemeriksaan dinyatakan selesai oleh hakim . Dalam hal ini dokumen hukum yang dibuat dan disusun tersebut berisi fakta-fakta hukum, yang ditemukan oleh jaksa penuntut umum pada saat pembuktian, unsur- unsur pasal yang di dakwakan dan olehnya dilakukan penuntutan berupa sanksi pidana sebagaimana diatur pada Pasal 10 KUHP dengan mencantumkan masa hukuman yang ditentukan oleh jaksa. Tuntutan juga menjadi hal yang wajib bagi hakim untuk dimasukkan dalam pertimbangan agar menjadi tolak ukur hakim meberikan putusan pidana, apakah kurang dari tuntutan yang diajukan oleh jaksa penuntut umum atau tidak sama sekali.

2) Nota Pembelaan (Pledoi)

Penyampaian suatu pembelaan merupakan salah satu hak dari Terdakwa baik itu yang akan disampaikan langsung oleh terdakwa maupun yang akan disampaikan oleh penasehat hukum terdakwa. Penyampaian nota pembelaan merupakan salah satu rangkaian dari proses pemeriksaan di Pengadilan, yang pada pokoknya sesuai dengan Pasal 182 ayat (1) huruf b KUHP pembelaan merupakan jawaban terdakwa/penasehat hukum atas tuntutan pidana yang diajukan oleh penuntut umum. Nota Pembelaan yang diajukan oleh penasehat hukum pada umumnya disusun secara sistematis, kritis, dan logis dan juga disertakan dengan sanggahan-sanggahan atas tuntutan penuntut

umum disertai dengan dasar bukti/ fakta yang terungkap di persidangan yang relevan dan disertai dengan analisis yuridis yang akurat.¹⁹ Nota Pembelaan yang telah disampaikan oleh terdakwa dan penasehat hukumnya harus dimasukkan ke dalam putusan hakim dan dipertimbangkan secara baik dan benar.

b. Pertimbangan Non-Yuridis

1) fakta-fakta dalam persidangan

Pada pertimbangan hakim berupa fakta-fakta dalam persidangan timbul dari pendapat keseluruhan dari alat-alat bukti yakni;

a) keterangan saksi

keterangan saksi merupakan salah satu alat bukti dalam perkara pidana berupa keterangan dari saksi mengenai suatu peristiwa pidana yang ia dengar sendiri, lihat sendiri, dan ia alami sendiri dengan menyebut alasan-alasan dari pengetahuannya yang diatur dalam KUHAP Pasal 1 angka 27. Saksi terdiri dari saksi yang memberatkan (*a charge*) yang disampaikan oleh jaksa penuntut umum didalam persidangan dan saksi yang meringankan (*ade charge*) yang disampaikan oleh penasehat hukum selaku pihak yang melakukan

¹⁹ AL. Wisnubroto, *Op.Cit.*, hlm. 123-125

pembelaan terhadap terdakwa. Keterangan saksi merupakan hal yang membuat terang suatu perkara pidana dalam pengadilan dan juga menjadi pertimbangan utama hakim yang dimasukan dalam putusannya.

b) Keterangan Terdakwa

Dalam Pasal 189 ayat (1) KUHP keterangan terdakwa merupakan apa yang terdakwa nyatakan di sidang tentang perbuatan yang ia lakukan atau yang ia ketahui sendiri dan ia alami sendiri. Menurut Mark Frank, John Yarbrough, dan Paul Ekman pengakuan tanpa bukti-bukti yang memperkuat suatu kesaksian dengan sendirinya tidak bernilai apa-apa.²⁰ Didalam KUHP Pasal 184 ayat (1) butir e keterangan terdakwa merupakan salah satu alat bukti di dalam persidangan, seorang terdakwa di dalam persidangan diberikan kesempatan untuk memberikan keterangan dan merupakan hak bagi seorang terdakwa yang tidak bisa diganggu gugat meskipun seorang terdakwa memiliki hak ingkar dalam memberi keterangan. Keterangan terdakwa menjadi suatu petunjuk dalam pembuktian dan dalam hal ini keterangan terdakwa menjadi pertimbangan hakim di dalam putusannya.

²⁰ Eddy O.S. Hiariej, 2012, Teori dan Pembuktian Hukum Pembuktian, Penerbit Erlangga, Jakarta, hlm.112

c) Barang Bukti

Dalam KUHAP barang bukti tidak diatur secara jelas terkait dengan defenisi. Menurut Andi Hamzah barang bukti dalam perkara pidana adalah barang bukti mengenai mana delik tersebut dilakukan (objek delik) dan barang dengan mana delik dilakukan (alat yang dipakai untuk melakukan delik), termasuk juga barang yang merupakan hasil dari suatu delik²¹ tetapi dalam Pasal 39 ayat (2) KUHAP memberikan penjelasan terkait dengan barang bukti. Pada Pasal 39 ayat (2) tersebut yang dapat dikenakan penyitaan adalah ;

1. Benda atau tagihan tersangka atau terdakwa yang seluruh atau sebagian diduga diperoleh dari tindakan pidana atau sebagai hasil dari tindak pidana;
2. Benda yang telah dipergunakan secara langsung untuk melakukan tindak pidana atau untuk mempersiapkannya;
3. Benda yang dipergunakan untuk menghalang-halangi penyelidikan tindak pidana;
4. Benda yang khusus dibuat atau diperuntukkan melakukan tindak pidana;

²¹ Andi Hamzah, 2012, Hukum Acara Pidana Indonesia, Penerbit Sinar Grafika, Jakarta, hlm.149

5. Benda lain yang mempunyai hubungan langsung dengan tindak pidana yang dilakukan.

Ketentuan barang bukti diatas berbeda dengan ketentuan alat bukti sebagaimana diatur dalam KUHAP. Jika alat bukti terdiri dari 5 (lima) yakni, keterangan saksi, keterangan ahli, surat, petunjuk, dan keterangan terdakwa. Dalam persidangan pidana barang bukti akan diajukan oleh jaksa penuntut umum untuk memperkuat dakwaan agar menciptakan keyakinan hakim, dalam pasal 181 ayat (1) dan ayat (2) KUHAP hakim dalam persidangan akan mengkonfrontasikan kepada terdakwa dan saksi apakah mengenal barang bukti yang diajukan tersebut dan pertanyaan pertanyaan lain yang membuat terang suatu kasus. Barang bukti yang diajukan oleh jaksa penuntut umum pada persidangan akan menjadi pertimbangan hakim dalam putusannya yang dikorelasikan dengan fakta hukum yang ada dan juga barang bukti yang diajukan tersebut dalam putusan hakim akan diputuskan apakah akan dimusnahkan, digunakan oleh jaksa penuntut umum untuk perkara lainnya dan melelangnya.

d) Hal yang memberatkan dan meringankan

Hal-hal yang dianggap menguntungkan terdakwa juga harus menjadi pertimbangan hakim dalam Pasal 8 ayat (2) Undang-Undang 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman menyatakan bahwa hakim wajib mempertimbangkan sifat yang

baik dan jahat dari seorang terdakwa. Dalam putusan pengadilan hakim akan mempertimbangkan bagaimana seorang terdakwa selama masa persidangan, apakah berlaku sopan dan dapat kooperatif, tulang punggung keluarga dan lain sebagainya yang menguntungkan terdakwa, dan hal-hal yang memberatkan yakni seperti dampak perbuatan yang dilakukan menimbulkan dan lain sebagainya.

B. Penjatuhan Pidana Dibawah Minimal Khusus

1. Penjatuhan Pidana

Dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia (KBBI) Penjatuhan adalah proses, cara, perbuatan menjatuhkan²² sedangkan pidana menurut Roeslan Saleh adalah reaksi atas delik, dan ini berwujud suatu nestapa yang dengan sengaja ditimpakan negara pada pembuat delik itu.²³ Penjatuhan pidana adalah suatu cara yang sengaja di bebaskan oleh negara kepada seseorang yang melanggar ketentuan pidana yakni undang-undang, yang diberikan melalui proses persidangan dan diputuskan oleh hakim sebagai perwakilan negara adanya hubungan antara pidana sebagai perbuatan yang dilarang, dan pemidanaan adalah sanksi yang diberikan oleh negara kepada pelaku kejahatan. Dalam hukum pidana penjatuhan hukuman lebih sering disebut dengan kata

²² <https://kbbi.web.id/jatuh> diakses pada tanggal 27 Oktober 2017 Pukul 13.12

²³ Muladi dan Barda Nawawi Arief, 2010, *Op.Cit. hlm.2*

pidanaaan. Pidanaaan di Indonesia mengacu pada Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) untuk tindak pidana konvensional dan tindak pidana diluar kodifikasi , tetapi untuk pidana diluar kodifikasi mendapat perluasan atau penambahan bentuk atau jenis pidana tambahan diluar yang telah diatur dalam KUHP.²⁴

Didalam KUHP telah ditetapkan ketentuan pidana yang diatur dalam pasal 10 (sepuluh) KUHP yang membagi dua ketentuan pidana yakni pidana pokok dan pidana tambahan. Pidana Pokok meliputi :

1. Pidana mati
2. Pidana Penjara
3. Pidana Kurungan
4. Pidana Denda

urutan-urutan pidana pokok tersebut berdasarkan tingkatan berat ringannya sanksi pidana yang dijatuhkan. Dalam penjatuhan hukuman pokok terdapat ketentuan-ketentuan yang mengatur kualifikasi hukuman terhadap suatu kejahatan dan lama waktu hukuman. Seperti contohnya hukuman mati yang merupakan hukuman terberat, pidana mati pada dasarnya diperuntukkan terhadap kejahatan-kejahatan kejam yang dilaksanakan oleh negara sebagai representasi korban bagi para pelaku

²⁴ Bambang Waluyo , 2000, Pidana dan Pidanaaan , Sinar Grafika, Jakarta, Hlm, 10

bermoral buruk.²⁵ Penerapan hukuman mati diberbagai negara sudah cukup lama di terapkan dengan pandangan bahwa dengan penerapan hukuman mati maka akan membuat jera orang yang akan melakukan tindak pidana dan memberikan kepuasan kepada masyarakat terhadap kejahatan yang telah masyarakat alami, tetapi dengan perkembangan jaman, hukuman mati mulai ditinggalkan oleh negara-negara yang menjunjung tinggi Hak Asasi Manusia karena menilai bahwa suatu hukuman seharusnya memiliki dampak positif yang baik bagi pelaku tindak kejahatan yakni perilakunya dapat berubah kearah yang lebih baik. Banyak negara-negara pada jaman sekarang lebih menerapkan sistem pidana penjara, pidana penjara merupakan salah satu bentuk pidana perampasan kemerdekaan yang hanya boleh dijatuhkan oleh hakim melalui putusan pengadilan (*executio est execution juris secundum judicium*) pidana penjara yang dimaksudkan untuk menggantikan pidana mati yang dilakukan dengan cara yang tidak manusiawi.²⁶

Berdasarkan Pasal 12 KUHP sistem pidana penjara dapat dikategorikan manjadi 2 (dua) macam yakni pidana penjara seumur hidup dan pidana penjara sementara waktu. Untuk pidana penjara seumur hidup adalah seorang narapidana menjalani pidana penjara sampai yang bersangkutan meninggal dunia, sedangkan pidana penjara sementara

²⁵ Eddy O.S.Hiariej, 2016, Prinsip-Prinsip Hukum Pidana, Penerbit Cahaya Atma Pustaka, Yogyakarta, hlm 449

²⁶ Eddy O.S.Hiariej, *Ibid.* hlm 463

waktu minimal sehari dan maksimal adalah 15 (lima belas) tahun. Dalam pidana penjara sementara waktu dapat dijatuhkan untuk paling lama 20 (dua puluh) tahun jika terdapat hal-hal yang memberatkan seperti perbarengan perbuatan pidana, residivis dan perbuatan pidana yang dilakukan dalam keadaan atau situasi tertentu hal tersebut berbeda dengan ketentuan pidana diluar kodifikasi. Sedangkan dalam pidana kurungan dan pidana denda dijatuhkan kepada perbuatan pidana yang dikualifikasikan sebagai pelanggaran dan karena keberatan terhadap pidana badan dalam jangka waktu singkat. Dalam hal lamanya suatu pidana hakim diberi kebebasan untuk menerapkan hal tersebut, baik itu pidana minimal sampai dengan maksimal, meskipun hakim dalam menjatuhkan hukuman pidana diberi kebebasan, bukan berarti hakim dapat dengan seenaknya menjatuhkan pidana tanpa dasar pertimbangan yang lengkap.²⁷ Pidana tambahan merupakan ketentuan pidana yang hanya dapat dijatuhkan jika pidana pokok telah dijatuhkan. Di dalam KUHP pidana tambahan berupa ;

1. Pencabutan beberapa hak-hak tertentu;
2. Perampasan barang-barang tertentu;
3. Pengumuman Putusan Hakim

²⁷ Zulkarnain, 2013, *Op.Cit. hlm.* 195

Penjatuhan pidana ini, hakim hanya boleh menjatuhkan satu pidana pokok dengan lebih dari satu pidana tambahan, namun dengan perkembangannya jaman, penerapan pidana tambahan mengalami perkembangan yakni seperti dalam ketentuan pidana diluar kodifikasi yakni adanya sistem pembayaran uang pengganti.²⁸

2. Pengertian Pidana Minimal Khusus

Menurut Soedarto pidana adalah penderitaan yang sengaja dibebankan kepada orang yang melakukan perbuatan yang memenuhi syarat-syarat tertentu²⁹ yang penjatuhannya dilakukan oleh negara melalui hakim dalam putusannya. Dalam KBBI minimal diartikan sedikit-dikitnya; sekurang-kurangnya³⁰ sedangkan kata khusus disini adalah mengacu pada ketentuan atau undang-undang yang mengatur ketentuan pidana diluar ketentuan yang umum yakni Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) dalam hal ini ketentuan pidana yang diatur dalam undang-undang khusus ini adalah perbuatan yang tidak diatur oleh KUHP seperti contohnya Korupsi, Pelanggaran HAM, Terorisme, Narkotika dan Pers, maka dapat diartikan pidana dibawah minimal khusus adalah penderitaan yang sengaja dibebankan kepada orang yang melakukan perbuatan yang memenuhi syarat-syarat tertentu

²⁸ Eddy O.S.Hiariej, *Op.Cit.* hlm. 471

²⁹ Muladi dan Barda Nawawi Arief, 2010, *Ibid.* hlm 2

³⁰ <https://kbbi.web.id/minimal> diakses pada tanggal 3 November 2017 Pukul 10.33

yang dijatuhi oleh hakim dengan waktu dibawah ketentuan sekurang-kurangnya yang telah diatur oleh undang-undang.

Dalam penjatuhan hukuman pidana tersedianya batas pidana minimum dan batas pidana maksimum membuat hakim bebas dalam menerapkan hukum yang tepat (*Strafmaat*) karena di dalam ketentuan perundang-undangan hanya ditentukan pidana maksimum dan pidana minimum dan tidak ada pedoman terkait dengan penerapannya didalam KUHP dan undang-undang pidana yang bersifat khusus. Pidana minimum atau minimal khusus merupakan suatu terobosan hukum dan perkecualian yaitu untuk delik-delik tertentu yang dipandang sangat merugikan, membahayakan atau meresahkan masyarakat dan delik-delik yang dikualifikasikan atau diperberat oleh akibatnya (*Erfolgsqualifizierte Delikte*) sebagai ukuran kuantitatif adalah delik-delik yang diancam pidana penjara diatas 7 (tujuh) tahun atau sampai pidana mati sajalah yang dapat dikenakan minimum khusus karena delik-delik yang digolongkan sangat serius. Lamanya waktu dalam pidana minimal khusus pada awalnya berkisar antara 3 (tiga) sampai 7 (tujuh) tahun namun hal ini terjadi perkembangan melihat pola dari berbagai negara, sehingga Indonesia menerapkan pola minimum khusus berkisar antara 1 (satu) sampai 7 (tujuh) tahun dengan penyebaran berdasarkan perbuatan yang merugikan seseorang. Jika golongan berat ancumannya 1 (satu) sampai dengan 3 (tiga) tahun sedangkan golongan sangat berat

ancamannya 4 (empat) sampai dengan 7 (tujuh) tahun.³¹ Dalam hal penjatuhan hukuman pidana minimal baik untuk tindak pidana konvensional maupun pidana diluar kodifikasi, penjatuhan hukuman pidana minimal pada prinsipnya memberikan ruang bagi hakim tidak menjatuhkan hukuman pidana dibawah yang telah diatur atau ditentukan sehingga suatu putusan hakim tidak cacat atau disparitas.

Pada prakteknya banyak dari hakim memberi putusan dibawah pidana minimal, seperti contohnya kasus Pelanggaran HAM yang berat, yang dianggap sebagai kejahatan *extraordinary crime*. Dalam Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tepatnya dalam ketentuan pidananya, penjatuhan pidana minimal pada pasal-pasal nya ada yang 10 (sepuluh) tahun dan 5 (lima) tahun untuk pidana minimal tetapi didalam putusan hakim dengan nomor perkara No. 01 / PID. HAM. AD. HOC / 2002 / PN. JKT. PST perkara pelanggaran HAM yang terjadi di Timor-Timur hakim memberi putusan kepada terdakwa dengan pidana 3 tahun penjara yang dari ketetapan pasal yang di tuntut adalah 10 tahun pidana minimal Teori Pidana

³¹ Barda Nawawi Arief, 2008, Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana Perkembangan Penyusunan Konsep KUHP Baru, Predana Media Grup, Jakarta, Hlm 125-126

3. Teori Pidana

Penerapan hukuman yang diatur dalam KUHP tergantung terhadap putusan hakim, hakim dalam menjatuhkan suatu hukuman tergantung terhadap keyakinan, pemahaman terhadap undang-undang serta penguasaan dalam hukum pidana. Dalam hukum pidana terdapat teori pidana yang menjadi tujuan dari pidana, teori pidana yang menjadi dasar hakim dalam menjatuhkan hukuman yakni;

a. Teori Absolut

Teori absolut lahir pada aliran klasik dalam hukum pidana. Menurut teori ini pembalasan adalah legitimasi dari pidana, Johannes Andenaes berpendapat bahwa tujuan utama dari pidana menurut teori adalah untuk memuaskan tuntutan keadilan.³² Tuntutan keadilan yang sifatnya absolut ini dijelaskan dengan kritis oleh Immanuel Kant penganut aliran klasik, dalam bukunya berjudul *Philopsophy of law* Kant berpendapat bahwa;

“Pidana tidak pernah dilaksanakan semata-mata sebagai sarana untuk mempromosikan tujuan/kebaikan lain, baik bagi sipelaku itu sendiri maupun bagi masyarakat, tetapi dalam semua hal harus dikenakan hanya karena orang yang bersangkutan telah melakukan kejahatan.”³³

³² Muladi dan Barda Nawawi, 2010, *Op.Cit.* hlm.14

³³ H.Pontang Moerad, 2005, *Pembentukan Hukum Melalui Putusan Pengadilan Dalam Perkara Pidana*, PT. Alumni Bandung, Bandung, hlm.73

Kant juga memandang pidana atau pemidanaan sebagai *Kategorische Imperatief* yakni seseorang harus dipidana oleh hakim karena ia telah melakukan kejahatan.³⁴

b. Teori relatif

Pada teori ini memandang bahwa pemidanaan bukanlah untuk memuaskan tuntutan absolut dari keadilan, pembalasan dipandang tidak memiliki nilai tetapi sebagai sarana untuk melindungi kepentingan masyarakat dan juga mencapai tujuan tertentu yakni;

- 1) Tujuan untuk memulihkan kerugian yang timbul dari kejahatan atau;
- 2) Untuk mencegah agar orang lain tidak melakukan kejahatan.³⁵

c. Teori Gabungan

Pada teori ini terdapat gabungan antara teori absolut yang memegang prinsip adanya pembalasan atas suatu kejahatan yang dilakukan dan teori relatif yang memegang prinsip ketertiban masyarakat. Vos berpendapat bahwa pembalasan yang diberikan

³⁴ Muladi dan Barda Nawawi, *Op.Cit.* hlm.11

³⁵ Eddy O.S. Hiariej. *Prinsip-Prinsip Hukum Pidana Edisi Revisi*, Penertbit Cahaya Atma Pustaka, Yogyakarta, hlm.39

kepada seseorang yang melakukan tindak pidana pada dasarnya untuk membentuk ketertiban pada masyarakat, titik berat pidana adalah pembalasan dan perlindungan masyarakat.³⁶

d. Teori Kontemporer

Teori kontemporer merupakan teori perkembangan dari 3 (tiga) diatas yakni, teori absolut, teori klasik, dan gabungan yang di modifikasi. Adapaun macam-macam teori kontemporer yakni;

1) Teori efek jera

Menurut teori ini bahwa tujuan pidana adalah untuk menimbulkan efek jera pada pelaku tindak pidana dan tidak melakukan perbuatan yang sama.

2) Teori edukasi

Teori edukasi menyatakan bahwa pidana bertujuan sebagai edukasi kepada masyarakat suatu yang baik dan dan sesuatu yang tidak baik.

³⁶ Eddy O.S. Hiariej , *Ibid*, Hlm. 41

3) Teori rehabilitasi

Teori ini menyatakan bahwa pidana merupakan cara untuk mengembalikan perilaku baik pelaku dengan cara dilakukan *treatment* agar ketika kembali kemasyarakat dapat diterima masyarakat dan tidak lagi mengulangi kejahatannya.

4) Teori Pengendalian Sosial

Teori pengendalian sosial menyatakan bahwa pelaku kejahatan diisolasi agar tindakan yang dilakukan pelaku tidak merugikan masyarakat atau dapat dikatakan bahwa masyarakat harus dilindungi dari perilaku jahat dari pelaku.

5) Teori Keadilan Retroratif

Teori keadilan retroratif merupakan teori pemidanaan yang baru dalam hukum pidana, teori ini dipahami sebagai bentuk pendekatan penyelesaian perkara menurut hukum pidana dengan melibatkan pelaku kejahatan, korban, keluarga korban, atau pelaku dan pihak lain yang terkait untuk mencari penyelesaian yang adil

dengan menekankan pada pemulihan kembali pada keadaan semula dan bukan pembalasan. Van Ness berpendapat bahwa tujuan dari keadilan restoratif adalah untuk memulihkan kembali keamanan masyarakat korban dan pelaku yang telah menyelesaikan konflik mereka. Teori ini menekankan pemulihan terhadap korban dampak dari kejahatan.³⁷

C. Tinjauan Umum Mengenai Pelanggaran Hak Asasi Manusia Yang Berat Di Timor-Timur

1. Pengertian Umum Mengenai Pelanggaran Hak Asasi Manusia yang Berat.

Dalam Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 Tentang Hak Asasi Manusia (HAM) pada Pasal 1 butir 6 menjelaskan bahwa Pelanggaran Hak Asasi Manusia adalah setiap perbuatan seseorang atau kelompok orang termasuk aparat negara baik sengaja maupun tidak sengaja atau kelalaian yang secara melawan hukum mengurangi, menghalangi, membatasi, dan atau mencabut hak asasi manusia seseorang atau kelompok yang dijamin oleh undang-undang ini, dan tidak mendapatkan, atau dikhawatirkan tidak akan memperoleh penyelesaian hukum yang adil dan benar, berdasarkan mekanisme hukum yang berlaku. Pada Undang-Undang yang mengatur

³⁷ *Ibid. hal. 42-52*

terkait pelanggaran HAM berat yakni Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM tidak mengatur atau memberi defenisi yang jelas terkait dengan Pelanggaran HAM yang berat.

Pada Undang-Undang tersebut hanya mamberikan kategori pelanggran HAM yang berat, diatur pada Pasal 7 (tujuh) Undang-Undang Nomor 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM. Kategorikan pelanggaran HAM yang berat adalah Kejahatan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan sedangkan dalam ketentuan Internasional yakni Statuta Roma Tahun 1998 yang merupakan dasar terbentuknya Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM mengatur bahwa ada 4 (empat) jenis pelangaran HAM yang berat yakni genosida, kejahatan terhadap kemanusiaan, kejahatan perang dan dan agresi. Indonesia yang mengadopsi Statuta Roma Tahun 1998 sebagai dasar dari Undang-Undang pengadilan HAM tidak memasukkan agresi dan kejahatan perang dalam undang-undang tersebut karena adanya faktor politik dalam pembuatannya dimana banyak Jenderal Tentara Nasional Indonesia yang dianggap melakukan kejahatan perang dan agresi maka dari itu Indonesia hanya memasukan 2 (dua) jenis pelanggaran HAM berat yakni kejahatan terhadap kemanusiaan dan genosida.

Dalam Pasal 8 dan pasal 9 Undang-Undang tersebut memberikan defenisi dari kejahatan genosida dan kejahatan kemanusiaan, genosida adalah setiap perbuatan yang dilakukan dengan maksud untuk menghancurkan atau memusnahkan seluruh atau sebagian kelompok bangsa, ras, kelompok etnis,

kelompok agama sedangkan perbuatan kejahatan terhadap kemanusiaan adalah salah satu perbuatan yang dilakukan sebagai bagaian dan serangan yang sistematis dan/atau meluas, sistematis dikonstruksikan sebagai suatu kebijakan atau rangkaian tindakan yang telah direncanakan sementara itu, meluas menunjukkan pada akibat tindakan yang menimbulkan banyak korban dan kerusakan yang parah secara luas yang dilakukan secara besar-besaran, berkali-kali dan dalam skala besar.³⁸

Kata berat pada pelanggaran hak asasi manusia yang berat lebih mengacu pada tiga hal yang bersifat kumulatif, yaitu : (a) menunjuk pada seriusnya perbuatan atau tindakan, baik dalam arti jenis perbuatan, cara maupun metode tindakan; (b) akibat yang di timbulkan; dan (c) pada jumlah korban.³⁹ Di Indonesia pelanggaran HAM yang berat banyak terjadi seperti contohnya adalah pelanggaran HAM yang berat G30/S PKI, Tanjung Priok, Timor-Timor, Trisakti, Semanggi I dan Semanggi II, dan Abepura. Penyelesaian Pelanggaran HAM berat tersebut masih banyak yang belum dapat terselesaikan secara tuntas dan untuk kasus pelanggaran HAM yang berat seperti Tanjung Priok, Timor-Timur dan Abepura yang sudah masuk dalam ranah pengadilan dan para terdakwa sudah di vonis bahkan jauh dari rasa keadilan, melihat korban yang timbul dari kejadian tersebut sangat banyak.

³⁸ Suparman Marzuki, 2012, *Pengadilan HAM di Indonesia Melanggengkan Impunity*, Penerbit Erlangga, Jakarta, Hlm.41

³⁹ *Ibid*, Hlm. 41

2. Timor-Timur

Timor-Timur atau sekarang dikenal dengan Republik Timor Leste merupakan Negara yang masih berusia muda yang berdiri pada Tahun 2000 dengan Luas wilayah yakni 15.007km².⁴⁰ Secara geografis Timor-Timur terletak dari jajaran Kepulauan Nusa Tenggara, Timor-Timur membentang antara 123°25' - 127°19' bujur timur dan 8°17' - 10°22' lintang selatan dengan batas wilayah sebelah utara berbatasan dengan Selat Wetar dan Selat Ombai, sebelah timur berbatasan dengan Laut Arafuru dan Kepulauan Maluku Tenggara, sebelah selatan berbatasan dengan Laut Timor, sebelah barat berbatasan dengan Provinsi Nusa Tenggara Timur dan Omabai.⁴¹ Timor-Timur atau Timor Leste merupakan wilayah atau negara yang merupakan bekas jajahan Negara Portugis yang di aneksasi oleh militer Indonesia menjadi wilayah Provinsi di Indonesia pada tahun 1976.⁴² Masuknya Timor-Timur menjadi Provinsi di wilayah Indonesia menjadikan Timor-Timur sebagai Provinsi Indonesia ke 27 pada saat itu.

Masuknya Timor-Timur menjadi wilayah Indonesia pada awalnya di latar belakang dari status Timor-Timur yang merupakan bekas jajahan Portugis dan konflik politik antara Portugis dengan Rakyat Timor-Timur sehingga menjadikan wilayah Timor-Timur masuk menjadi wilayah Indonesia atas usul PBB sampai pada tahun 2000 setelah mengalami

⁴⁰ <http://timor-leste.gov.tl/?p=547&lang=en> diakses pada tanggal 2 November 2017 Pukul 21.54 Wib

⁴¹ <http://www.angelfire.com> diakses pada tanggal 1 Februari 2018 Pukul 20.58

⁴² <http://www.indonesiacayo.com> diakses pada tanggal 1 Februari 2018 Pukul 20.54 wib

proses jajak pendapat. Timor-Timur menyatakan keluar dari Indonesia dan membentuk negara sendiri yakni Republik Timor Leste, karena faktor sejarah dan faktor budaya yang berbeda.⁴³

3. Pelanggaran HAM yang berat di Timor-Timur

Terbentuknya Negara Timor Leste mengalami proses yang sangat panjang yang berujung konflik dan menimbulkan banyak korban pada masa jajak pendapat antara Indonesia dengan rakyat Timor-Timur yang hendak membangun negara sendiri. Indonesia sebagai pihak yang memiliki peran penting dalam proses jajak pendapat melakukan upaya untuk menciptakan kedamaian di Timor-Timur saat itu yakni tindakan preventif dan tindakan represif terhadap kelompok yang ingin memerdekakan diri yang dilakukan aparat negara baik itu dari kalangan militer dan kalangan sipil sehingga masyarakat Internasional melalui Organisasi Internasional yakni Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB) mengecam tindakan yang dilakukan pemerintah Indonesia dan menyatakan adanya pelanggaran HAM yang berat di Timor-Timur atau Timor Leste.

Kejadian tersebut bermula dengan dikeluarkannya kebijakan oleh Presiden saat itu yakni B.J Habibie untuk menyelesaikan masalah Timor-Timur dengan suatu pilihan yakni pemberian otonomi khusus terhadap rakyat Timor-Timur dan menolak otonomi khusus dan membentuk negara

⁴³ <http://timor-leste.gov.tl> diakses pada tanggal 1 Februari 2018 Pukul 21.10

sendiri. Dari pilihan yang disepakati tersebut di tuangkan dalam perjanjian antar Pemerintah Indonesia dan Portugal sebagai negara yang pernah menjajah Timor-Timur yang dimotori oleh PBB. Dalam perjanjian tersebut tercapai kesepakatan bahwa Pemerintah Indonesia menjamin keamanan dan perdamaian di Timor-Timur guna memastikan penentuan pendapat proses integrasi dilaksanakan dengan fair dan aman, tetapi dengan ditandatanganinya perjanjian tersebut, di Timor-Timur muncul gerakan politik yang mengartikulasikan kehendak masing-masing.⁴⁴

Tokoh yang berperan penting dalam gerakan politik tersebut yakni Gubernur Timor-Timur Abilio Jose Osorio Soares dengan mengumpulkan para Bupati di daerah Kabupaten dan menginstruksikan untuk membentuk organisasi politik dalam hal proses jajak pendapat dari kebijakan yang dikeluarkan oleh Pemerintah Pusat. Organisasi yang dibentuk yakni Forum Persatuan Demokrasi dan Keadilan (FPDK) yang berasal dari barisan rakyat Timor-Timur di masing-masing Kabupaten dan beberapa organisasi politik lainnya, dengan adanya organisasi politik tersebut muncul konflik dalam masyarakat Timor-Timur yakni masyarakat pro integrasi dan yang tidak.⁴⁵

⁴⁴ Suparman Marzuki, *Op. Cit.* hlm 105

⁴⁵ Binsar Gultom, 2009, *Pelanggaran HAM Berat Dalam Hukum Keadaan Darurat Di Indonesia*, Gramedia, Jakarta, hlm. 150

Konflik yang lahir dari proses politik tersebut terjadi pada tahun 1999 di beberapa wilayah di Timor-Timor yakni di Kabupaten Liquisa, Kabupaten Covalima (Suai), dan Kabupaten Dili/ Kota Administrasi Dili, banyak rumah penduduk yang dihancurkan dan dibakar yang berujung timbulnya korban dari penduduk sipil pada konflik tersebut. Banyak dari masyarakat Timor-Timur yang menjadi korban, di wilayah Kabupaten Liquisa ada sebanyak 22 (dua puluh dua) yang menjadi korban, di Kabupaten Dili/ Kota Administrasi Dili ada sebanyak 12 (dua belas) orang yang menjadi korban, dan di Kabupaten Covalima (Suai) ada 17 (tujuh belas).

Mantan Gubernur Abelio Jose Osorio Soares sebagai pemimpin sipil tertinggi di wilayah Timor-Timur bertanggung jawab secara pidana atas pelanggaran Hak Asasi Manusia yang berat yang dilakukan oleh bawahannya yakni Bupati dari Kabupaten Liquisa, Kabupaten Covalima dan Wakil Panglima Pasukan Pejuang Integrasi (PPI) yang sedang melakukan atau baru saja melakukan pelanggaran HAM yang berat berupa pembunuhan sebagai perbuatan yang dilakukan sebagai bagian dari serangan yang meluas atau sistematis yang ditujukan secara langsung kepada penduduk sipil yang pro kemerdekaan. Dalam hal ini terdakwa selaku pemimpin sipil tertinggi bertanggung jawab sepenuhnya terhadap jalannya Pemerintah Daerah dan bertanggung jawab terhadap pembinaan ketentraman dan ketertiban wilayah kekuasaannya hal tersebut diatur

didalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1974 tentang Pokok-Pokok Pemerintah di Daerah yang berlaku saat itu.⁴⁶

Mantan Gubernur Abelio Jose Osorio Soarez kemudian di adili di pengadilan HAM Ad Hoc yang berkedudukan di Jakarta, dalam persidangan Abelio Jose Osorio Soarez, Jaksa Penuntut Umum menyatakan bahwa terdakwa telah melanggar Pasal 42 ayat (2) a dan b jis Pasal 37 Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM dan melanggar Pasal 42 ayat (2) a dan b jis Pasal 7 huruf b, Pasal 9 huruf h, Pasal 40 Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM yang ancaman pidananya untuk Pasal 37 ketentuan pidananya adalah dipidana dengan pidana mati, pidana seumur hidup, atau pidana penjara paling lama 25 (dua puluh lima) tahun dan paling singkat 10 (sepuluh) tahun sedangkan pada Pasal 40 ketentuan pidananya adalah pidana penjara paling lama 20 (dua puluh) tahun dan paling singkat 10 (sepuluh) tahun.

Pada tuntutan Jaksa Penuntut Umum menyatakan terdakwa terbukti secara sah dan meyakinkan melakukan tindak pidana serius atau *extra ordinary crime* berupa pelanggaran HAM yang berat seperti yang telah diuraikan pada dakwaan Jaksa dan menuntut dengan 10 (sepuluh) tahun 6 (enam) bulan penjara. Hakim pengadilan HAM *ad hoc* yang memeriksa dan mengadili perkara tersebut memberi putusan bahwa

⁴⁶ Suparman Marzuki, *Op.Cit.* Hlm.118

terdakwa terbukti secara sah dan meyakinkan telah melanggar pasal yang telah diuraikan jaksa pada dakwaanya dan menghukum terdakwa dengan pidana penjara selama 3 (tiga) tahun.

D. Analisis Pertimbangan Hakim dalam Penjatuhan Pidana Dibawah Minimal Khusus Kasus Pelanggaran HAM Yang Berat di Timor-Timur

1. Kasus Posisi

Dibawah ini merupakan putusan dibawah pidana minimal Khusus kasus pelanggaran HAM berat di Timor-Timur dengan nomor putusan **01/PID.HAM/AD.HOC/2002/PH.JKT.PST ;**

a. Identitas Terdakwa :

Nama Lengkap	:	Abilio Jose Osorio Soares
Tempat Lahir	:	Lacubar
Umur/Tanggal Lahir	:	53 tahun/2 Juni 1947
Jenis Kelamin	:	Laki-Laki
Kabangsaan	:	Indonesia
Tempat Tinggal	:	Jl. Tim-Tim Km II Kupang NTT dan Jl. Teluk Semangka,Duren Sawit Jakarta Timur
Agama	:	Katolik
Pekerjaan	:	PNS
Jabatan Terakhir	:	Gubernur KDH Tk I Timor-Timur

b. Kasus posisi

- 1) Bahwa terdakwa Abilio Jose Osorio Soares selaku Gubernur KDH TK. I Timor-Timur yang merupakan atasan dari Bupati Kabupaten Liquisa, Bupati KDH Tk II Covalima, Kabupaten Dili/Kota Administrasi Dili bertanggung jawab secara pidana terhadap pelanggaran HAM yang berat yang dilakukan oleh bawahannya yaitu : Bupati KDH Tk II Liquisa, Leonito Martins, Bupati KDH Tk II Covalima Drs. Herman Sedyono dan Wakil Panglima Pasukan Pejuang Integrasi (PPI) di Kabupaten Dili/Kota Administrasi Dili di Dili yang berada dibawah kekuasaan dan pengendalian efektif, karena terdakwa tidak melakukan pengendalian terhadap bawahannya secara patut dan benar
- 2) Bahwa terdakwa mengetahui atau secara sadar mengabaikan informasi secara jelas menunjuk bahwa bawahannya yaitu Bupati KDH Tk II Liquisa, Leonito Martins, Bupati KDH Tk II Covalima Drs. Herman Sedyono dan Wakil Panglima Pasukan Pejuang Integrasi (PPI) di Kabupaten Dili/Kota Administrasi Dili sedang melakukan atau baru saja melakukan pelanggaran HAM yang berat berupa pembunuhan sebagai perbuatan yang dilakukan sebagai bagian dari serangan yang meluas atau sistematis yang ditujukan secara langsung kepada penduduk sipil yang pro kemerdekaan.

- 3) Bahwa terdakwa tidak melakukan atau tidak mengambil tindakan yang layak dan diperlukan seperti koordinasi dengan aparat keamanan untuk mencegah atau menghentikan perbuatan bawahannya tersebut atau menyerahkan perilaku kepada pejabat yang berwenang untuk dilakukan penyelidikan, penyidikan, dan penuntutan sehingga terjadi penyerangan terhadap penduduk sipil
- 4) Bahwa perbuatan terdakwa berawal dengan melakukan pertemuan dengan para Bupati di kantor Gubernur untuk mengarahkan para Bupati terkait dengan jajak pendapat rakyat Timor-Timur, dengan instruksi perlu adanya organisasi politik serta jajak pendapat dengan Forum Persatuan Demokrasi (FDK) dan Keadilan (FPDK) dan barisan rakyat Timor-Timur di masing-masing Kabupaten Tk II organisasi ini dibentuk guna menampung aspirasi rakyat Timor-Timur yang pro integrasi dalam menghadapi jajak pendapat serta membentuk organisasi pengaman Swakarsa (PAM SWAKARSA) berdasarkan Undang-Undang Nomor 20 Tahun 1982 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Pertahanan Keamanan Negara Republik Indonesia.
- 5) Bahwa organisasi yang telah dibentuk secara *de facto* keberadaannya diakui oleh terdakwa, sehingga ia mempunyai kewenangan dan pengawasan serta pengendalian terhadap organisasi tersebut.

- 6) Bahwa terdakwa tahu pada saat dilakukan jajak pendapat untuk menentukan opsi terjadi kecurangan-kecurangan di TPS-TPS dan terdakwa tahu pula disana sini timbul kekacauan, pertikaiaan, pemerasan pembunuhan, pembakaran, pengrusakan di Kabupaten Liquisa, Kabupaten Covalima Kabupaten Dili/Kota Administrasi Dili
- 7) Bahwa penyerangan oleh sekelompok pro integrasi terhadap penduduk sipil pro kemerdekaan yang mengungsi di tempat kediaman Pastor Rafael Dos Santos di Komplek Gereja Liquisa yang menimbulkan korban 22 (dua puluh dua) orang meninggal dan 21 (dua puluh satu) orang luka-luka;
- 8) Bahwa penyerangan oleh kelompok pro integrasi terhadap penduduk sipil pro kemerdekaan yang mengungsi di kediaman Manuel Vegas Carrascalao di Dili yang menimbulkan korban 12 (dua belas) orang meninggal dan 4 (empat) orang luka-luka;
- 9) Bahwa penyerangan oleh kelompok pro integrasi pada tanggal 4 dan 5 September 1999 terhadap penduduk sipil pro kemerdekaan yang mengungsi di Diosis Dili di Dili yang menimbulkan Korban 46 (empat puluh enam) meninggal dunia;
- 10) Bahwa penyerangan oleh kelompok pro integrasi terhadap penduduk sipil pro kemerdekaan yang mengungsi kediaman Uskup Bello di Dili

menimbulkan korban 10 (sepuluh) orang meninggal dan 1 (satu) orang luka-luka;

11) Penyerangan oleh kelompok pro integrasi terhadap penduduk sipil pro kemerdekaan yang mengungsi di Gereja Ave Maria di Suai (Kabupaten Covalima) menimbulkan korban 27 (dua puluh tujuh) orang meninggal;

c. Dakwaan Jaksa

1) Dakwaan jaksa disusun dengan dengan dakwaan kumulatif sehingga perbuatan terdakwa tersebut diatas diatur dan diancam pidana yang tercantum dalam Pasal 42 ayat (2) a dan b jis Pasal 7 huruf b, Pasal 9 huruf a, Pasal 37 Undang-undang No.26 tahun 2000 tentang pengadilan HAM. Dan Kedua pasal 42 ayat (2) a dan b jis Pasal 7 huruf b, Pasal 9 huruf h, Pasal 40 Undang-undang N0.6 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM.

d. Tuntutan Jaksa

1) Menyatakan terdakwa Abilio Jose Osorio Soares bersalah melakukan tindak pidana kejahatan terhadap kemanusiaan sebagaimana diatur dalam Pasal 42 ayat (2) a dan b jis Pasal 7 huruf b, Pasal 9 huruf a, Pasal 37 Undang-undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang pengadilan HAM. Dan Kedua pasal 42 ayat (2) a dan b jis Pasal 7 huruf b, Pasal 9 huruf h,

Pasal 40 Undang-undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM.

2) Menjatuhkan pidana terhadap terdakwa Abilio Jose Osorio Soares dengan pidana penjara selama 10 (sepuluh) tahun 6 (enam) bulan

3) Menyatakan barang bukti berupa dua barang bukti 2 (dua) gorden dan 1 (satu) pasang sandal jepit warna coklat dipergunakan dalam perkara lainnya

4) Menetapkan agar terdakwa membayar biaya perkara sebesar Rp.5000,-

e. Pertimbangan Hakim dalam Menjatuhi Hukuman dibawah minimal khusus

1) Menimbang bahwa terhadap penjatuhan hukuman minimal tersebut majelis hakim berpendapat bahwa;

a) Hakim bukan corong Undang-Undang;

b) Hukuman bukanlah semata-mata untuk mengejar kepastian hukum atau balas dendam tetapi justru untuk memenuhi rasa keadilan;

c) Adanya surat dari Presiden Timor Leste Xanana Gusmao menunjukkan semangat rekonsiliasi yang tidak boleh terkubur oleh pidana yang berat yang akan di jatuhkan kepada terdakwa;

d) Majelis mendukung upaya rekonsiliasi yang sedang berlangsung tanpa melanggengkan praktek impunitas;

2) Menimbang bahwa sebelum Majelis hakim sampai pada amar putusan dalam perkara ini, terlebih dahulu akan mempertimbangkan hal-hal yang meringankan dan hal-hal yang memberatkan hukuman ;

Hal-hal yang meringankan ;

- a) Terdakwa sangat kooperatif dalam persidangan ;
- b) Terdakwa adalah tokoh yang berjasa memajukan masyarakat Timor-Timur di bidang Pendidikan, Ekonomi, Sosial, dan Budaya
- c) Terdakwa adalah tokoh yang melakukan rekonsiliasi terus menerus sekalipun dalam keadaan yang sangat sulit;
- d) Terdakwa sudah terhukum oleh karena terusir dari kampung halamannya tanah kelahirannya dan kehilangan orang yang dicintainya serta harta bendanya;
- e) Terdakwa ketika menjabat sebagai Gubernur bertepatan dengan situasi Timor-Timur yang sedang berada dalam puncak pertikaiaan antara kelompok pro Integrasi dan pro Kemerdekaan

Hal- hal yang memberatkan ;

- a) Peristiwa yang didakwakan oleh Jaksa Penuntut Umum *Ad Hoc* yang terbukti menelan banyak korban jiwa maupun harta benda terjadi pada saat Terdakwa menjabat sebagai Gubernur Timor-Timur;
- b) Walaupun ada usaha-usaha yang telah dilakukan oleh Terdakwa, tetapi usaha tersebut tidak cukup optimal meredam kekerasan yang terjadi di Timor-Timur;
- c) Sebagai Gubernur Terdakwa telah gagal mencegah bawahannya melakukan kejahatan terhadap kemanusiaan;
- d) Kekerasan yang terjadi di Timor-Timur sewaktu Terdakwa menjabat sebagai Gubernur telah menjadikan Indonesia terpuruk di mata dunia Internasional khususnya yang berkenaan dengan penegakan HAM .

f. Putusan Hakim

- 1) Menyatakan terdakwa Abilio Jose Osorio Soares terbukti secara sah dan meyakinkan bersalah melakukan tindak pidana dalam dakwaan kesatu dan dakwaan kedua “ Pelanggaran Hak Asasi Manusia yang Berat Berupa Kejahatan Kemanusiaan”

- 2) Menghukum Terdakwa Abilio Jose Osorio Soares oleh karena itu dengan pidana penjara selama 3 (tiga) tahun
- 3) Menetapkan barang bukti sebagaimana tersebut dalam daftar barang bukti diserahkan kepada Penuntut Umum *Ad Hoc* untuk dijadikan barang bukti dalam perkara lainnya
- 4) Menghukum terdakwa untuk membayar ongkos perkara sebesar Rp.5000.- (lima ribu rupiah)

2. Pertimbangan hakim dalam putusan dibawah minimal khusus kasus pelanggaran HAM yang berat di Timor-Timur dengan Nomor Putusan Pengadilan 01/PID.HAM/AD.HOC/2002/PH.JKT.PST.

Pidana minimal khusus, merupakan suatu terobosan hukum, yang memiliki fungsi agar Jaksa Penuntut Umum dan Hakim tidak menuntut dan juga memutuskan dibawah ketentuan hukum yang telah diautur oleh Undang-Undang. Dalam praktek, penerapan hukuman pidana minimal sering diterobos oleh hakim yakni dengan menerapkan pidana dibawah minimal khusus oleh hakim. Dalam penerapan pidana dibawah minimal khusus oleh hakim, hakim akan mempertimbangkan secara khusus apakah kualitas dari perbuatan pidana dari terdakwa sangat berat atau tidak dan pertimbangan yang memberatkan dan meringankan. Dalam pertimbangan hakim harus memiliki kandungan secara

hukum (yuridis), kepentingan masyarakat (sosiologis) dan keadilan (filosofis).⁴⁷ Pada dasarnya tidak dapat dibenarkan penjatuhan pidana di bawah ancaman minimum khusus, akan tetapi secara kasuistis atas dasar pertimbangan nilai keadilan dan nilai kemanusiaan dapat dibenarkan.⁴⁸

Dalam amar putusan hakim *ad hoc* Pengadilan HAM menyatakan terdakwa terbukti secara sah dan meyakinkan bersalah melakukan Tindak Pidana Pelanggaran Hak Asasi Manusia yang Berat berupa kejahatan terhadap kemanusiaan sebagaimana diatur di dalam dalam pasal 42 ayat (2) Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM yang berat, dalam putusannya hakim menjatuhkan pidana penjara selama 3 (tiga) tahun terhadap terdakwa. Hukuman tersebut sangat jauh dari tuntutan jaksa yakni 10 (sepuluh) tahun 6 (enam) bulan penjara. Dalam putusan pidana dibawah minimal tersebut hakim memberikan pertimbangan khusus yakni ; Hakim bukan corong undang-undang, hukuman bukanlah semata-mata untuk mengejar kepastian hukum atau balas dendam tetapi justru untuk memenuhi rasa keadilan, adanya surat dari Presiden Timor Leste Xanana Gusmao menunjukkan semangat rekonsiliasi yang tidak boleh terkubur oleh pidana yang berat yang akan di jatuhkan kepada terdakwa, majelis mendukung upaya rekonsiliasi yang sedang berlangsung tanpa melanggengkan praktek impunitas.

⁴⁷ Ibnu Basuki Widodo, 2017, wawancara skripsi 30 November 2017, Pengadilan Negeri Jakarta Pusat, Jakarta

⁴⁸ <https://xa.yimg.com> Artidjo Alkostar, 2011, *Miscarriage Of Justice* dan Tugas Yuridis Mahkamah Agung, Hlm.22 di akses pada tanggal 15 Februari 2018 Pukul 20.00 Wib

Putusan Pengadilan HAM yang berat yang memeriksa dan mengadili terdakwa Abilio Soares memberikan pertimbangan yang mengandung filosofis, yuridis dan juga sosiologis. Dalam kaitannya dengan pertimbangan yuridis hakim mempertimbangkan bahwa hakim bukan corong undang-undang. Di dalam dunia peradilan terdapat dualisme terkait dengan doktrin ini, ada doktrin menyatakan bahwa hakim adalah corong undang-undang. Doktrin yang menyatakan bahwa hakim adalah corong undang-undang merupakan doktrin yang berasal dari aliran hukum legisme yang di kenalkan oleh Montesquie, aliran ini berpendapat Hakim hanyalah penyambung lidah atau corong undang-undang (*Bouchedelaloi*) sehingga tidak dapat merubah kekuatan hukum undang-undang, tidak dapat menambah, tidak dapat menguranginya disebabkan undang-undang merupakan satu-satunya sumber hukum positif. Undang-Undang merupakan premis mayor dan peristiwa konkrit merupakan premis minor; sedangkan keputusan hakim adalah konklusi (kesimpulannya).⁴⁹

Sedangkan terkait dengan doktrin yang menyatakan bahwa hakim bukan corong undang-undang dikembangkan dari aliran progresif . Pada doktrin ini hakim tidak terpaku di pada undang-undang, undang-undang dianggap hukum yang kaku sehingga hakim dalam memutuskan atau menyelesaikan hukum yang konkrit dapat melakukan penafsiran hukum. Hal tersebut dapat hakim lakukan jika suatu hukum abstrak tidak dapat memberikan penjelasan yang pasti dan dalam memecahkan suatu kasus. Sehingga diperlukan penafsiran

⁴⁹ <http://ditjenpp.kemenkumham.go.id> diakses pada tanggal 20 Februari 2018, pukul 13.28 wib

hukum agar mendapat suatu keyakinan yang bulat yang mencerminkan keadilan.

Penafsiran hukum merupakan hal yang terikat pada hakim yakni dalam kebebasan hakim. Hakim pada dasarnya memiliki kebebasan untuk dapat menafsirkan hukum untuk menemukan hukum yang baru, hal tersebut diatur oleh undang-undang yakni dalam Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman. Secara praktik di dunia peradilan hakim dapat menerobos ketentuan hukum melalui penafsirannya terhadap hukum itu sendiri dan dari penafsiran hukum yang abstrak tersebut dapat menciptakan atau memunculkan penemuan hukum yang baru oleh hakim. Holmes Jr menyatakan bahwa ;

“Hukum yang ada di undang-undang itu bukanlah “hukum yang pasti” karena itu bukanlah kenyataan hukum yang sejati. hukum yang sejati adalah hukum-hukum yang di produksi di peradilan.”⁵⁰

Kebebasan hakim dalam menafsirkan bukan berarti hakim dalam memberikan putusan yang sebeb-as-bebasnya karena ketentuan undang-undang yang tidak Jelas. Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 yang digunakan sebagai dasar untuk menegakkan pelanggaran HAM yang berat di Indonesia terdapat beberapa kelemahan dalam undang-undang tersebut tidak adanya kesesuaian dengan statuta Roma tahun 1998 yang merupakan dasar dari terbentuknya undang- undang tersebut, sehingga untuk dapat menjerat para pelaku pelanggaran HAM yang berat sangat sulit dilakukan. Adapun kelemahan

⁵⁰ E. Fernando M. Manullang, 2017, *Legisme, Legalitas dan Kepastian Hukum*, PT Kharisma Putra Utama, Jakarta, hlm.17.

yang ada pada Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 salah satunya adalah Terkait dengan konsep kejahatan terhadap kemanusiaan, dalam pengadilan HAM *ad hoc* untuk kasus Timor-Timur tuduhan yang digunakan terhadap para pelaku ialah kejahatan terhadap kemanusiaan (*crime against humanity*) yang rumusannya terdapat dalam Pasal 9 UU No 26 tahun 2000 yang berbunyi :

“Kejahatan terhadap kemanusiaan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 huruf b adalah salah satu perbuatan yang dilakukan sebagai bagian dari serangan yang meluas atau sistematik yang diketuainya bahwa serangan tersebut ditujukan secara langsung terhadap penduduk sipil, ...”

Rumusan di atas memiliki kelemahan mendasar yaitu:, tidak jelasnya defenisi kejahatan terhadap kemanusiaan dari tiga elemen penting yaitu: elemen meluas (*widespread*), sistematik dan diketahui (*intension*). Ketidak jelasan defenisi ketiga elemen itu membuka bermacam interpretasi di pengadilan. Akibatnya pembuktian dan pemidanaan terhadap pelaku kejahatan-kejahatan yang dimaksud dalam pasal yang sama menjadi sulit sehingga dakwaan menjadi sumir.⁵¹ Unsur sistematis dan meluas merupakan delik inti dari jenis pelanggaran HAM yang berat yakni kejahatan terhadap kemanusiaan, dalam Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM tidak memberi pengertian terkait dengan unsur sistematik dan meluas, dan juga banyaknya pendapat para ahli terkait dengan unsur tersebut sehingga hakim melakukan terobosan hukum dari yurisprudensi Internasional yang dilakukan hakim pada saat mengadili pengadilan HAM yang berat Timor-Timur.

⁵¹ Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat (ELSAM), 2003, Monitoring Pengadilan HAM Tim-Tim ELSAM Diskusi Panel Pengadilan HAM Tim-Tim (*Progres Report 10*) hlm. 13

Pada putusan pengadilan HAM yang berat kasus Timor-Timur atas nama terdakwa Abilio Suares hakim berpendapat bahwa yang dimaksud dengan unsur sistematis adalah kegiatan berpola sama dan konsisten (berulang-ulang) dengan memiliki beberapa elemen yakni ; adanya tujuan politik, melakukan tindak pidana dengan skala yang besar terhadap suatu kelompok penduduk sipil atau berulang-ulang atau terus menerus, adanya persiapan dan penggunaan yang signifikan dari milik atau fasilitas publik atau perorangan, adanya implikasi politik tingkat tinggi, sedangkan arti kata meluas karena pada peristiwa – peristiwa yang didakwakan terbukti terjadi pembunuhan secara besar-besaran, berulang-ulang dalam skala besar yang dilakukan secara kolektif dengan akibat yang sangat serius berupa jumlah korban nyawa yang besar.⁵²

Dalam kaitannya dengan pertimbangan filosofis hakim mempertimbangkan hukuman bukanlah semata-mata untuk mengejar kepastian hukum atau balas dendam tetapi justru untuk memenuhi rasa keadilan. Kepastian Hukum dan keadilan merupakan komponen hukum yang menjadi satu kesatuan yang tidak dapat terpisahkan dan terkadang mengalami ketidak keseimbangan antar kepastian hukum dan keadilan. Penjatuhan pidana dibawah minimal khusus secara kepastian hukum atau yuridis formal yang mengacu pada undang-undang memang tidak dapat diterapkan dalam pelanggaran HAM karena adanya ketentuan undang-undang yang sudah membatasi minimal dan maksimalnya pemidanaan. Pada laporan Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat (ELSAM)

⁵² R. Wiyono, 2013, *Pengadilan Hak Asasi Manusia di Indonesia* , Penerbit Kencana Prenada Media Group, Nganut, Hlm. 168

ada faktor yang mempengaruhi hakim dalam memberikan putusan dibawah minimal khusus yakni dalam proses pembuktian sedikit sekali bukti-bukti yang dapat memberatkan terdakwa sehingga hakim lebih condong terhadap keadilan terdakwa⁵³ dan juga lemahnya dakwaan dari Jaksa Penuntut Umum yang hanya memfokuskan dakwaan pada peristiwa yang terjadi dalam periode April-September 1999 tanpa menghubungkan peristiwa tersebut dengan peristiwa yang sebelum-sebelumnya, hal tersebut merupakan titik lemah dari dakwaan mengingat pengertian kejahatan terhadap kemanusiaan mensyaratkan bahwa tindakan tersebut merupakan bagian dari penyerangan terhadap warga sipil yang bersifat meluas atau sistematis. Secara kemanfaatan terhadap masyarakat tidak dapat memutuskan tindak pidana pelanggaran HAM agar tidak terjadi kembali di kemudian hari dengan kata lain pendekatan dengan kebijakan politik kriminal yang juga diterapkan oleh pengadilan di dalam putusan hakim. Tujuan akhir dari politik kriminal pada hakikatnya perlindungan masyarakat untuk mencapai kesejahteraan masyarakat.⁵⁴

Terkait dengan pertimbangan hakim yang bersifat sosiologis hakim mempertimbangkan alat bukti yang meringankan yang diajukan oleh penasehat hukum yakni adanya surat dari Presiden Timor Leste Xanana Gusmao dan juga hakim mempertimbangkan keadaan sosial antara Indonesia dan Timor-Timur yang menyatakan hakim mendukung upaya rekonsiliasi tanpa melanggengkan

⁵³ Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat (ELSAM), 2002, *Preliminary Conclusive Report* "Putusan Bebas Pengadilan HAM ad hoc Timtim Peluang Pembelajaran Yang Gagal", hlm. 14

⁵⁴ Barda Nawawi Arief, 2008, *Op.Cit.* hlm. 2

impunity. Dalam kaitannya dengan surat dari Presiden Timor Leste Xanana Gusmao menunjukkan semangat rekonsiliasi yang tidak boleh terkubur oleh pidana yang berat yang akan di jatuhkan kepada terdakwa menurut penulis seharusnya hakim tidak menjadikannya suatu pertimbangan dikarenakan sudah membawa kedalam ranah eksekutif karena adanya surat dari Xanana Gusmao selaku Presiden Timor leste sehingga disini menimbulkan pendapat bahwa kasus Abilio syarat dengan kompromi politik antara Timor Leste dan Indonesia . Pada saat kasus Abilio dan terdakwa lainnya di bawa keranah pengadilan memang pada saat itu antara Indonesia dan Timor Leste sedang melakukan usaha rekonsiliasi atau menjalin hubungan baik kembali antar kedua negara setelah Timor-Timur berpisah dari Indonesia.

Adanya surat tersebut dapat menjadi salah satu faktor mengurangi kemerdekaan hakim dalam menjatuhkan putusan dan dapat dikatakan melanggar asas *equity before the law* atau persamaan dimuka hukum karena adanya intervensi terhadap peradilan dan mempengaruhi kemerdekaan hakim. Pertimbangan tersebut bertolak belakang dengan Undang-Undang kekuasaan kehakiman yang berlaku pada saat itu yakni Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970 tentang Pokok-Pokok Kekuasaan Kehakiman, tepatnya di Pasal 4 ayat (3) yakni segala campur tangan dalam urusan peradilan oleh pihak-pihak lain diluar kekuasaan kehakiman dilarang kecuali dalam hal-hal yang tersebut dalam Undang-Undang dan juga bertentangan dengan pasal 5 yakni Pengadilan mengadili menurut hukum dengan tidak membeda-bedakan orang.

Terkait dengan pertimbangan hakim yang menyatakan mendukung upaya rekonsiliasi menurut penulis pertimbangan tersebut merupakan itikad baik dari hakim mendukung upaya menjalin hubungan baik kembali antara Timor Leste dengan Indonesia melihat bahwa hubungan antara Indonesia dengan Timor Leste tidak harmonis semenjak peristiwa jajak pendapat. Dalam wawancara dengan seorang narasumber yakni aktivis HAM pada Pusat Hak Asasi Manusia Universitas Islam Indonesia menyatakan bahwa pengadilan HAM yang diterapkan di Indonesia merupakan pengadilan HAM yang disiapkan untuk gagal dikarenakan dari sisi yuridisnya yakni undang-undang tidak dipersiapkan dengan sangat tidak baik karena adanya proses politik dalam pembuatan Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000, Sumber daya Manusia yakni Hakim dan Jaksa kurang menguasai hukum Hak Asasi Manusia, dan juga adanya tekanan dari pengunjung sidang yang rata-rata dihadiri oleh para simpatisan terdakwa dan para oknum dari Angkatan Bersenjata Republik Indonesia (ABRI) sehingga berpengaruh terhadap psikologi dari para hakim yang memeriksa dan mengadili perkara ini.⁵⁵ Menurut penulis adanya tekanan kepada hakim yang memeriksa dan mengadili perkara tersebut, sehingga menghambat penegakan hukum, dan adanya tekanan dari ABRI merupakan dampak dari transisi pemerintahan yang didominasi oleh kekuatan militer dan masih terasanya bayang-bayang pemerintah otoriter dan adanya permasalahan pada pembuktian,

⁵⁵ M.Syafie, 2017, wawancara skripsi 18 Desember 2017, Pusat Hak Asasi Manusia Universitas Islam Indonesia, Yogyakarta

kehadiran saksi korban sangat minim karena tidak adanya jaminan perlindungan saksi yang di berikan negara kepada saksi.

3. Tujuan Pidana dalam penjatuhan pidana dibawah minimal khusus.

Penjatuhan Pidana merupakan kebebasan hakim untuk menentukannya, yang pada dasarnya suatu pidana diberikan untuk menimbulkan rasa jera kepada pelaku yang kemudian memiliki efek terhadap terdakwa yakni adanya perubahan terhadap jiwa atau perilaku dari terdakwa dan juga menimbulkan efek kepada masyarakat yakni terciptanya ketertiban masyarakat. Penentuan penjatuhan pidana oleh hakim harus mengimplementasikan tujuan dari hukum itu sendiri, yakni keadilan, kemanfaatan dan kepastian yang menjurus kepada terdakwa dan juga masyarakat. Penjatuhan pidana yang salah, dengan hanya melihat keadilan terdakwa akan melukai rasa keadilan dimasyarakat yang menjadi korban. Dalam putusan hakim dengan Nomor 01/ Pid. HAM / AD . HOC / 2002 /PH. JKT. PST hakim hanya memberikan pertimbangan khusus yakni hukuman bukanlah semata-mata untuk mengejar kepastian hukum atau balas dendam tetapi justru untuk memenuhi rasa keadilan. Menurut penulis keadilan yang hakim pertimbangkan adalah keadilan yang melihat dari sisi terdakwa karena faktor alat bukti yang kurang, tetapi bukan berarti hakim tidak dapat melakukan pembuktian yang secara baik.

Penjatuhan pidana dibawah minimal khusus menurut penulis secara keadilan sangat tidak adil dengan menjatuhkan pidana 3 (tiga) tahun penjara terhadap terdakwa yang terbukti telah melakukan pelanggaran HAM yang berat, penjatuhan pidana 3 (tiga) tahun tersebut juga bertentangan dengan ketentuan Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 yakni dengan penjatuhan pidana minimal 10 (sepuluh) tahun penjara dan juga dengan penjatuhan pidana dibawah minimal dalam hal kasus pelanggaran HAM yang berat tidak memiliki daya cegah yang kuat, agar tidak terulangnya pelanggaran HAM yang sama. Dalam teori pidana dikenal dengan adanya teori relatif, pada teori relatif memberi penjelasan bahwa antara ketidakadilan dan pidana bukanlah hubungan secara *apriori*, hubungan antara keduanya dihubungkan dengan tujuan yang hendak dicapai pidana, yaitu perlindungan kebendaan hukum dan penangkal ketidakadilan.⁵⁶

Seorang ahli pidana yang menganut teori relatif yakni Von Feuerbach berpendapat bahwa sanksi pidana yang diancam terhadap perbuatan yang dilarang harus tertulis dalam undang-undang sehingga mengurungkan niat orang untuk berbuat jahat.⁵⁷ Apa yang dikatakan oleh Von Feuerbach menitik beratkan adanya kepastian hukum yang bersumber dari undang-undang sehingga menurut penulis penjatuhan dengan pidana penjara minimal yakni 10 (sepuluh) tahun memiliki daya untuk memutuskan atau daya cegah terhadap pelanggaran HAM berat. Secara pidana sudah terpenuhi bahwa hakim telah menjatuhkan

⁵⁶ Eddy O.S. Hiarij, Prinsip-Prinsip Hukum Pidana, *Loc.Cit.* hal. 39

⁵⁷ Eddy O.S. Hiarij, *Ibid.* hal. 40

pidana penjara tetapi secara daya cegah yang menimbulkan ketertiban masyarakat belum tercapai. Penulis sendiri lebih condong penerapan teori relatif yang menangkal ketidakadilan dan adanya pertimbangan agar adanya daya cegah tidak timbulnya kejahatan serupa.

Penjatuhan pidana dibawah minimal khusus bertentangan dengan Surat Edaran Mahkamah Agung (SEMA) yang mengatur terkait dengan Pemidanaan Agar Setimpal Dengan Berat dan Sifat Kejahatannya yakni SEMA Nomor 1 Tahun 2000 yang berisi bahwa terhadap tindak pidana ekonomi, korupsi, narkoba, perkosaan, pelanggaran HAM berat, lingkungan hidup Mahkamah Agung mengharapkan agar pengadilan menjatuhkan pidana yang sungguh-sungguh setimpal dengan berat dan sifatnya suatu tindak pidana dan juga jangan sampai menjatuhkan pidana yang menyinggung rasa keadilan di dalam masyarakat. SEMA yang merupakan peringatan, menegur petunjuk yang diperlukan dan berguna ke pengadilan di bawah Mahkamah Agung. SEMA berfungsi sebagai hal *beleidsregel* dari bentuk *fuction formal*.⁵⁸ SEMA yang dikeluarkan oleh Mahkamah Agung tersebut pada dasarnya merupakan upaya mereformasi peradilan dan juga upaya untuk mengoptimalisasi penegakan hukum yang ada di Indonesia yang masih dalam masa transisi pemerintahan saat itu.

⁵⁸ <http://hukum.studentjournal.ub.ac.id> diakses pada tanggal 12 Februari 2018 Pukul 23.13