



**KEBIJAKAN HAK PERLINDUNGAN HUKUM DAN HAK IMUNITAS
INSAN OMBUDSMAN YANG BERKEADILAN**

T E S I S

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

Oleh :

MOCHAMAD AGUS ARDYANSYAH, S.T., S.H

NIM. 11010116410012

Pembimbing :

Dr. Pujiyono, S.H., M.Hum

NIP.1963 0822 199001 1001

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

2017

HALAMAN PENGESAHAN

Tesis ini diajukan oleh :

Nama : Mochamad Agus Ardyansyah, S.T.,S.H.
NIM : 11010116410012
Program Studi : Magister Ilmu Hukum Reguler B
JudulTesis : Kebijakan Hak Perlindungan Hukum Dan Hak Imunitas
Insan Ombudsman Yang Berkeadilan

**Telah Diuji dan Berhasil Dipertahankan di Hadapan Dosen Penguji
Pada Hari Kamis Tanggal 11 Januari 2018**

Dewan Penguji

Pembimbing : Dr. Pujiyono, S.H., M.Hum (.....)

Penguji I : Dr. RB. Sularto, S.H., M.Hum (.....)

Penguji II : Dr. Lita Tysta A.L.W ,S.H., M.Hum (.....)

Ditetapkan di Semarang.
Mengetahui
Ketua Program Studi Magister IlmuHukum
Fakultas Hukum
Universitas Diponegoro

Prof. Dr. Suteki, S.H., M.Hum
NIP. 19700202 199403 1 001

KATA PENGANTAR

Alhamdulillahirobbil'alamin, segala puji dan syukur tiada henti kehadiran Allah SWT, yang dengan limpahan kasih sayang-Nya telah mengkaruniakan segala petunjuk dan kemudahan bagi penulis sehingga penulis berhasil melalui detik-detik yang begitu bernilai dalam proses hingga selesainya penulisan tesis ini yang berjudul "Kebijakan Hak Perlindungan Hukum Dan Hak Imunitas Insan Ombudsman Yang Berkeadilan".

Sholawat dan salam penulis sampaikan kepada junjungan kita Nabi Besar Muhammad SAW yang telah menerangi umatnya untuk kembali ke jalan Allah SWT. Semoga seluruh generasi islam termasuk kedalam golongan orang-orang yang mendapat syafa'atnya di hari penghisapan kelak.

Tersusun dan terselesaikannya tesis ini tidak terlepas dari bantuan berbagai pihak yang telah memberikan bantuan, bimbingan, dorongan dan saran yang tulus, maka dengan kerendahan hati melalui kesempatan ini maka izinkan penulis menghaturkan terima kasih:

1. Bapak Prof. Dr. Yos Johan Utama, SH., MHum., selaku Rektor Universitas Diponegoro Semarang yang telah memberkan kesempatan yang sangat berharga kepada penulis untuk menyelesaikan studi dalam bidang Program Magister Ilmu Hukum Universitas Diponegoro Semarang;
2. Prof. Dr. R. Benny Riyanto, S.H., CN., M.Hum selaku dekan ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Diponegoro yang telah memberikan kesempatan yang sangat berharga kepada penulis untuk menuntut ilmu di program Magister Ilmu Hukum Universitas Diponegoro ;
3. Prof. Dr. Suteki, SH., M.Hum selaku Ketua Program Magister Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Diponegoro atas nasehat dan arahannya yang sangat berguna dalam menambah pengetahuan penulis;
4. Bapak Dr. Pujiyono, S.H., M.Hum selaku dosen pembimbing yang telah banyak menyediakan waktu untuk membimbing penulis dengan penuh kesabaran dalam rangka menyusun tesis ini hingga selesai;

5. Bapak Dr. RB. Sularto, S.H., M.Hum selaku dosen penguji yang telah banyak menyediakan waktu untuk membimbing penulis dengan penuh kesabaran dalam rangka menyusun tesis ini hingga selesai;
6. Ibu Dr. Lita Tysta A.L.W ,S.H., M.Hum selaku dosen penguji yang telah banyak menyediakan waktu untuk membimbing penulis dengan penuh kesabaran dalam rangka menyusun tesis ini hingga selesai;
7. Bapak/Ibu Para Dosen Magister Ilmu Hukum, selaku dosen pengajar yang telah banyak menyediakan waktu untuk mengajar penulis dengan penuh kesabaran sehingga penulis dapat menyusun tesis ini hingga selesai;
8. Serta Staf Pengajar pada Program Magister Ilmu Hukum Universitas Diponegoro atas transfer ilmu yang luar biasa telah diberikan tanpa pamrih yang tentunya sangat berguna bagi masa depan penulis, dan juga kepada seluruh karyawan (Mbak Ida, Mas Anton, Mas Arif, Mas Radith, Mas Dinar, Mas Roni dan lain-lainnya) yang senantiasa sabar melayani segala kebutuhan akademik penulis;
9. Orang tuaku Almarhum Bapak Adhy Poesoko, Ibuku Titing Fatimah dan dan Kakaku Ema Mucharoma Yusniar, S.T, sekeluarga yang selalu mendoakan dan mendukung penuh ikhlas tanpa pamrih;
10. Istri tercinta, Endang Kurniawati, AMd, S.E., S.H., MSi. Dosen STIE Pelita Nusantara Semarang dan Om Tunas Dwi Dharto, S.H., M.M., M.H., Alumni FH Undip 1971, beserta istri Tante Brigjend. TNI (Purn) Dr.Nurhajizah Marpaung, S.H.,M.Hum Wakil Gubernur Sumatera Utara yang selalu mendoakan, mendukung, memberikan inspirasi, semangat, keceriaan dan bantuan dalam hidup;
11. Seluruh Rekan-Rekan seperjuangan angkatan 2016 Kelas akhir Pekan Magister Ilmu Hukum Andy, Bangkit, Edo Permana, Dimas, Gana, Kristuanto, Muhas, Nosi, Putri, Irna, bapak Widi, Mas Daru Terima Kasih atas kekompakan dukungan dan bantuannya selama ini;
12. Rekan-Rekan di Ombudsman Perwakilan Provinsi Jawa Tengah dan yang telah memberikan bantuan dan doanya;

13. Rekan-rekan dan para sahabat serta saudara yang tidak dapat kami sebutkan satu persatu;
14. Semua pihak yang telah membantu penulis yang tidak dapat disebutkan satu persatu. Terim kasih atas semua bantuan, dukungan moril atau material secara ikhlas, semoga amal ibadah kebaikan mereka mendapat balasan yang lebih baik dari Allah SWT;

Tesis ini merupakan deskripsi atas implementasi perlindungan hukum hak imunitas Ombudsman Republik Indonesia yang terindikasi perbuatan tindak pidana.

Penulis menyadari bahwa tesis ini masih jauh dari sempurna, oleh karena itu kritik dan saran yang bersifat membangun sangat penulis harapkan demi kesempurnaan penelitian selanjutnya.

Akhir kata penulis berharap Semoga tesis ini bisa bermanfaat untuk menambah wacana keilmuan dan berguna bagi pihak-pihak yang membutuhkan baik lembaga Ombudsman Republik Indonesia, Pemerintah, masyarakat pada umumnya dan khususnya Mahasiswa Program Magister Ilmu Hukum Universitas Diponegoro Semarang. *Amin Ya rabbal alamin.*

Semarang, Desember 2017

Penulis

Mochamad Agus Ardyansyah, S.T.,S.H

NIM. 11010116410012

SURAT PERNYATAAN BEBAS PLAGIAT

Saya yang bertanda tangan di bawah ini, menyatakan hal-hal berikut :

1. Karya ilmiah/Tesis ini adalah hasil karya saya sendiri dan karya ilmiah ini belum pernah diajukan sebagai pemenuhan persyaratan untuk memperoleh gelar ke sarjanaan Stara Satu (S1) maupun Strata Dua (S2) dari Universitas Diponegoro Semarang.
2. Semua Informasi yang di muat dalam karya ilmiah ini berasal dari penulis lain baik yang dipublikasikan atau tidak, telah diberikan penghargaan dengan mengutip nama penulis maupun sumber-sumber tulisan dan semua isi dari karya ilmiah/tesis ini sepenuhnya menjadi tanggungjawab saya sebagai penulis.
3. Mengizinkan pempublikasian karya Ilmiah/ Tesis ini oleh Universitas Diponegoro Semarang dengan sarana apapun, baik seluruhnya atau sebagian, untuk kepentingan akademik/ ilmiah yang non komersial sifatnya

Semarang, Desember 2017

Penulis

Mochamad Agus Ardyansyah, S.T.,S.H

NIM. 11010116410012

ABSTRAK

Judul dari tesis ini adalah Kebijakan Hak Perlindungan Hukum Dan Hak Imunitas Insan Ombudsman Yang Berkeadilan.

Tindak pidana dan indikasi tindak pidana adalah salah satu pelanggaran terhadap perundang-undangan tentang Hukum Pidana, dari pelanggaran tersebut salah satunya dapat berupa tindak pidana penganiayaan ringan dan tindak pidana lainnya yang sifatnya dapat merugikan orang lain maupun diri sendiri, yang dilakukan oleh seseorang Insan Ombudsman Republik Indonesia. Terlebih lagi pada saat menjalankan tugas dan fungsinya.

Jenis penelitian yang di gunakan adalah dengan metode pendekatan masalah dimana spesifikasi penelitian melalui asas-asas dan teori hukum, taraf sinkronisasi hukum, sejarah hukum, dan implementasinya. Metode pengumpulan data dipusatkan pada data sekunder dengan studi kepustakaan. Hasil akhir pengolahan data dikualitatifkan, Selanjutnya dianalisis dengan metode kualitatif-normatif, dalam hal ini dilakukan bahasan teoritik ilmu hukum pidana, metoda penafsiran dalam ilmu hukum, serta menginterpretasikan data berdasarkan teori-teori.

Tindak pidana dapat berupa penganiayaan ringan dan tindak pidana lainnya perlu dilakukan penegakan hukum yang berkeadilan dalam pemberian sanksi hukum. Sehingga perlu ada kebijakan hukum pidana terhadap pelaku tindak pidana yang dilakukan oleh Insan Ombudsman yaitu dengan konsep penyelesaian ideal perkara tindak pidana yang dilakukan oleh Insan Ombudsman dengan menggunakan pendekatan *restorasi justice* menggunakan konsep mediasi, *schikkeng* atau perdamaian.

Kata kunci : tindak pidana, Insan Ombudsman, Hak Imunitas, Penegakan hukum berkeadilan, *restorasi justice*

ABSTRACT

The title of this thesis is the Legal Rights and Immunity Rights Policy of the Just Ombudsman.

The general crime and the indication of the acts of pidana l is one of the violations of the Law on Criminal Law, of which one of the offenses may be a criminal act of minor maltreatment and other offenses that can harm other people or themselves, which is done by someone Insan Ombudsman of the Republic of Indonesia. Moreover, when carrying out its duties and functions.

The type of research that is used is the method of problem approach where the specification of research through the principles and legal theories, the level of legal synchronization, legal history, and implementation. Data collection methods are centered on secondary data with literature studies. The final result of data processing is qualitative, then analyzed by qualitative-normative method, in this case the theoretical discussion of criminal law, the method of interpretation in jurisprudence, and interpret the data based on the theories.

General crimes can be mild maltreatment and other criminal offenses need to be enforced in progressive law enforcement in the provision of legal sanctions. Minors need to do renewal in the provision of legal sanctions. So there needs to be a criminal law policy against the perpetrators of criminal acts So that there should be a criminal law policy on traffic crimes committed by Insan Ombudsman as a renewal of criminal law in Indonesia is the concept of ideal settlement of criminal cases committed by Insan Ombudsman using the approach of restoration justice Using the concept of mediation, schikkeng or peace.

Keywords: criminal offenses, Ombudsman, Immunity, Justice Law enforcement, the restoration of justice

DAFTAR ISI

HALAMAN JUDUL	i
HALAMAN PENGESAHAN	ii
KATA PENGANTAR	iii
SURAT PERNYATAAN BEBAS PLAGIAT	vi
ABSTRAKSI	vii
ABSTRACT	viii
DAFTAR ISI	ix
BAB I PENDAHULUAN	1
1. LATAR BELAKANG	1
2. PERMASALAHAN.....	9
3. TUJUAN PENELITIAN.....	9
4. MANFAAT PENELITIAN.....	9
5. KERANGKA PEMIKIRAN	10
6. METODE PENELITIAN.....	30
A. Pendekatan Masalah.....	30
B. Spesifikasi Penelitian	31
C. Sumber dan Jenis Data.....	32
D. Teknik Pengumpulan Data	32
E. Teknik Analisis Data.....	33
7. SISTEMATIKA PENULISAN	33
BAB II TINJAUAN PUSTAKA	35
A. Subjek Tindak Pidana	35
B. Pidana dan Pemidanaan.....	36
B.1. Istilah dan pengertian pidana.....	36
B.2. Tujuan pemidanaan.....	38
B.3. Teori-teori Pemidanaan.....	43

B.4. Unsur-unsur yang harus dipenuhi dalam perbuatan pidana	49
B.4.1. Perbuatan atau tindak pidana	49
B.4.2 Kesalahan	51
B.4.3 Alasan-alasan penghapus pidana	56
C. Tindak Pidana penganiayaan	58
D. Tinjauan Umum Sistematika Pemidaan Di Indonesia	61
E. Tinjauan Umum Pertanggungjawaban Pidana	75
F. Penjelasan Konsep	82
F.1.Konsep Pelayanan Publik	82
F.2.Konsep Ombudsman	90
BAB III HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN	95
A. Bentuk kebijakan perlindungan hukum yang diberikan pemerintah terhadap Ombudsman dan Asisten Ombudsman setelah diberlakukannya Pasal 10 Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2008 tentang Ombudsman Republik Indonesia	95
A.1 Analisis yuridis perlindungan hukum (Imunitas) dalam Undang-Undang Ombudsman Republik Indonesia	95
A.2 Surat Edaran Ketua Ombudsman RI Nomor: 16/ORI-SE/VII/2016 Tentang Penyamaan Pemahaman Mengenai Mutatis Mutandis Dan Imunitas Dalam Rangka Melaksanakan Kegiatan Selaku Pejabat Ombudsman RI	100
A.3 Urgensi Imunitas Ombudsman RI	102
B. Implementasi perlindungan hukum (imunitas) yang diberikan Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2008 tentang Ombudsman Republik Indonesia.....	103
B.1 Analisis Yuridis Studi Kasus Tindak Pidana dalam kasus wakil Ketua Ombudsman Periode 2012-2017 dan penyelesaiannya	103
B.2 Analisis Implementasi perlindungan hukum dalam Undang-Undang Ombudsman Republik Indonesia	

dalam kajian Kode etik dan terjadinya tindak pidana pelanggaran asas-asas hukum pidana	106
C. Kebijakan formulasi perlindungan hak imunitas sesuai dengan asas keadilan didalam Ombudsman menjalankan tugas dan wewenangnya	108
C.1 Analisis Kebijakan formulasi perlindungan hak imunitas sesuai dengan asas keadilan didalam Ombudsman menjalankan tugas dan wewenangnya	108
C.2 Konsep Restorasi Justice (Adr-Mediasi Penal) Sebagai Penyelesaian Perkara Tindak Pidana Yang Tepat Dilakukan Insan Ombudsman Saat Masih Aktif Dalam Keadaan Tugas.....	121
BAB IV. PENUTUP	134
A. Kesimpulan.....	134
B. Saran.....	135
DAFTAR PUSTAKA	137

BAB I

PENDAHULUAN

1. Latar Belakang

Manusia dalam hidup bermasyarakat membutuhkan suatu tatanan agar hidupnya tidak mengganggu dan terganggu dengan manusia lainnya. Untuk melindungi kepentingan manusia didalam masyarakat terdapat beberapa macam norma sehingga sebagai akibatnya juga dapat dijumpai adanya lebih dari satu tatanan di dalam masyarakat. Tatanan masyarakat ini terdiri dari sub-sub tatanan.¹ Sub-sub tatanan tersebut adalah: tatanan keagamaan, kesopanan, kesusilaan, kebiasaan, hukum, dan lain-lain.

Menurut Satjipto Raharjo Hukum adalah suatu struktur tertentu yang memberi bentuk pada tujuan-tujuan manusia yang menggerakkan manusia untuk bertindak,² selanjutnya menurut Viswandro hukum adalah peraturan-peraturan yang bersifat memaksa dalam menentukan tingkah laku manusia di lingkungan masyarakat, dibuat oleh penguasa atau badan-badan resmi yang berwajib,³ sehingga dapat ditarik kesimpulan oleh penulis bahwa hukum adalah seperangkat aturan atau norma yang memiliki kekuatan sanksi yang pelaksanaannya dapat dipaksakan oleh negara/aparat penyelenggara negara. Hukum berisi seperangkat aturan yang mengatur sebagian besar kehidupan manusia. Hukum terdiri dari hukum tertulis dan hukum tidak tertulis. Hukum tertulis dituangkan dalam bentuk Pasal-Pasal, dalam undang-undang yang disusun secara sistematis dalam lembaran negara, sedangkan hukum tidak tertulis bersandarkan pada nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat. Hukum diciptakan untuk melindungi nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat. Nilai-nilai yang dimaksud adalah nilai-nilai penghormatan atas jiwa, tubuh, harta, kehormatan dan kemerdekaan. Kegiatan manusia amat banyak dan hukum itu sendiri sudah dipastikan tidak mampu untuk mengakomodir atau melindungi dan mengatur seluruh kegiatan manusia ini.

¹ Satjipto Raharjo, 2000, *Ilmu Hukum* (Bandung: PT Citra Aditya Bakti), halaman 14

² Ibid. Halaman 263

³Viswandro, *Kamus Istilah Hukum* (Yogyakarta: Penerbit Pustaka Yustisia, 2014), halaman 105

Satjipto Rahardjo mengemukakan, pada hakikatnya hukum mengandung ide atau konsep-konsep yang dapat digolongkan sebagai suatu yang abstrak, termasuk ide tentang keadilan, kepastian dan kemanfaatan sosial, apabila berbicara tentang penegakan hukum, maka pada hakikatnya berbicara tentang penegakan tentang ide-ide serta konsep-konsep yang *nota bene* adalah abstrak tersebut.⁴

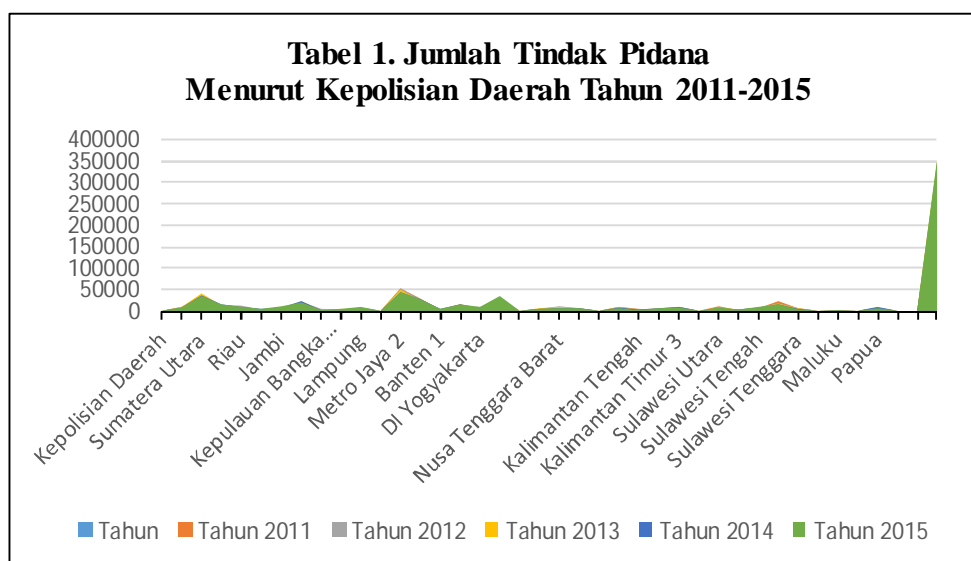
Bagi Satjipto, hukum bukanlah suatu skema yang final (*fenite scheme*), namun terus bergerak, berubah, mengikuti, dinamika kehidupan manusia, karena itu hukum, harus terus dibedah dan digali melalui upaya-upaya progresif untuk mengapai terang cahaya kebenaran dalam mengapai keadilan.⁵

Perkembangan jumlah tindak pidana di Indonesia meningkat setiap tahun berdasarkan catatan data statistik per 20 Agustus tahun 2017 di Biro Pusat Statistik (BPS)⁶ yang bersumber dari Biro Pengendalian Operasi, Markas Besar Kepolisian Negara Republik Indonesia bahwa jumlah tindak pidana yang tercatat oleh Kepolisian Daerah yang tersebar di 32 (tiga puluh dua) wilayah administrasi pelayanan Kepolisian Daerah meliputi Aceh, Sumatera Utara, Sumatera Barat, Riau, Kepulauan Riau, Jambi, Sumatera Selatan, Kepulauan Bangka Belitung, Bengkulu, Lampung, Metro Jaya, Jawa Barat, Banten, Jawa Tengah, D.I Yogyakarta, Jawa Timur, Bali, Nusa Tenggara Barat, Nusa Tenggara Timur, Kalimantan Barat, Kalimantan Tengah, Kalimantan Selatan, Kalimantan Timur, Sulawesi Utara, Gorontalo, Sulawesi Tengah, Sulawesi Selatan, Sulawesi Tenggara, Maluku, Maluku Utara, Papua, Papua Barat yang tersebar di seluruh Indonesia, mulai tahun 2000, 2011-2015 jumlah tindak pidana secara kuantitatif terlihat terus meningkat tiap tahunnya, mulai pada tahun 2000 berjumlah 172.532, tahun 2011 berjumlah 347.605 tahun 2012 berjumlah 341.159 tahun 2013 berjumlah 342.084, tahun 2014 berjumlah 325.317 dan pada tahun 2015 berjumlah 352.936.

⁴Satjipto Rahardjo, *Penegakan Hukum, Suatu Tinjauan Sosiologis* (Yogyakarta: Genta Publishing, 2000), halaman 12

⁵Satjipto Rahardjo, *Penegakan Hukum Progresif* (Jakarta: Kompas, 2010), halaman VII

⁶www.bps.go.id/linkTabelStatis/view/id/1570 diakses 20 Agustus 2017



Sumber: BPS data diolah Agustus 2017

Adapun kecenderungan peningkatan jumlah tindak pidana di Indonesia dapat dilihat catatan dalam data sebaran jumlah tindak pidana di Kepolisian Daerah yang tersebar di 32 (tiga puluh dua) wilayah administrasi pelayanan Kepolisian Daerah di dapat dilihat dalam table 2 dibawah ini:

Tabel 2. Jumlah Tindak Pidana Menurut Daerah Sebaran di Kepolisian Daerah Tahun 2011-2015

	Tahun					
	2000	2011	2012	2013	2014	2015
Kepolisian Daerah						
Aceh	4 286	9 114	9 200	9 150	7 569	8 048
Sumatera Utara	15 887	37 610	33 250	40 709	35 728	35 248
Sumatera Barat	4 464	11 695	13 468	14 324	14 955	16 277
Riau	4 542	8 323	12 533	9 399	9 644	9 595
Kepulauan Riau ¹	-	3 643	3 626	4 278	4 633	4 892
Jambi	1 667	4 450	6 099	6 510	7 643	10 564
Sumatera Selatan	10 754	19 353	21 498	22 882	22 708	20 575
Kepulauan Bangka Belitung ¹	-	2 732	5 197	2 515	1 796	1 875
Bengkulu	941	3 498	3 943	4 550	3 847	4 463
Lampung	5 473	6 052	4 383	4 812	7 755	9 218
Metro Jaya ²	18 098	53 324	52 642	49 498	44 298	44 461

Jawa Barat	17 542	29 296	27 247	24 843	27 058	27 805
Banten ¹	-	3 205	3 804	4 259	5 741	5 002
Jawa Tengah	12 713	15 205	11 079	14 859	15 993	15 958
DI Yogyakarta	1 861	6 326	8 987	6 727	7 135	9 692
Jawa Timur	25 284	28 392	22 774	16 913	14 102	35 437
Bali	6 669	5 490	5 183	5 980	5 072	5 032
Nusa Tenggara Barat	2 904	9 585	10 504	8 928	7 242	6 015
Nusa Tenggara Timur	2 634	5 298	6 389	6 844	6 496	6 709
Kalimantan Barat	1 873	10 296	10 315	9 430	8 019	6 669
Kalimantan Tengah	2 124	5 682	3 219	2 983	2 865	2 681
Kalimantan Selatan	3 205	499	3 372	7 080	5 982	6 809
Kalimantan Timur ³	4 115	9 439	9 639	9 251	9 095	8 764
Sulawesi Utara	8 943	11 286	6 815	7 609	6 163	7 837
Gorontalo ¹	-	2 602	2 458	3 735	3 377	3 372
Sulawesi Tengah	3 787	7 001	8 134	7 815	7 804	8 988
Sulawesi Selatan ³	7 660	22 509	18 169	17 124	14 925	16 088
Sulawesi Tenggara	2 087	6 254	7 166	7 059	5 284	3 655
Maluku	341	1 510	1 726	2 186	2 394	1 843
Maluku Utara ¹	-	887	926	1 177	1 124	814
Papua	2 678	7 049	7 414	8 655	8 870	7 194
Papua Barat ¹	-	-	-	-	-	1 356
INDONESIA	172 532	347 605	341 159	342 084	325 317	352 936

Sumber: BPS data diolah 20 Agustus 2017

Berdasarkan data jumlah tindak pidana menurut daerah sebaran di Kepolisian Daerah se Indonesia dimulai sepuluh tahun yang lalu tercatat pada tahun 2000 terdapat 3 (tiga) besar peringkat wilayah, pada tahun 2011 diketahui terdapat 3 (tiga) besar peringkat wilayah, yakni peringkat pertama wilayah Jawa Timur dengan jumlah 25.284 tindak pidana, peringkat kedua wilayah Metro Jaya dengan jumlah 18.098 tindak pidana, peringkat ketiga wilayah Jawa Barat dengan jumlah 17.542 tindak pidana. Berdasarkan data tersebut diatas terjadi kecenderungan peningkatan jumlah tindak pidana setelah lima tahun tahun 2015 telah terjadi pergeseran 3 (tiga) besar peringkat wilayah, yakni peringkat pertama

wilayah Metro Jaya dengan jumlah 44.298 tindak pidana, peringkat kedua wilayah Jawa Timur dengan jumlah 35.437 tindak pidana, peringkat ketiga wilayah Jawa Barat dengan jumlah 27.805 tindak pidana.

Bahwa dalam perkembangannya perbuatan tindak pidana cenderung meningkat dari tahun ke tahun tanpa melihat siapa subjek hukum atau pelaku tindak pidana, tidak terkecuali perbuatan tindak pidana yang dilakukan oleh Insan Ombudsman Republik Indonesia dalam implementasinya yang termasuk di dalam ruang lingkup subyek penelitian ini.

Dalam pandangan KUHP yang dapat menjadi subyek tindak pidana adalah seorang manusia ini adalah sebagai oknum. Ini mudah terlihat pada perumusan-perumusan dari tindak pidana dalam KUHP, yang menampakkan daya berpikir sebagai syarat bagi subyek tindak pidana, juga terlihat pada wujud hukuman/pidana yang temuat dalam pasal-pasal KUHP, yaitu hukuman penjara, kurungan dan denda.⁷ Perbuatan tindak pidana ini dapat dilakukan oleh siapapun dan potensinya sangat besar, kesadaran masyarakat akan perlindungan hukum pidana masih minim dan sangat dipengaruhi oleh pelaku tindak pidana itu sendiri tidak terkecuali terhadap insan Ombudsman.

Dalam hukum pidana konsep “pertanggungjawaban” itu merupakan konsep sentral yang dikenal dengan ajaran kesalahan. Dalam bahasa latin ajaran kesalahan dikenal dengan sebutan *mens rea*. Doktrin *mens rea* dilandaskan pada suatu perbuatan tidak mengakibatkan seseorang bersalah kecuali jika pikiran orang itu jahat.⁸

Sudarto mengatakan bahwa dipidananya seseorang tidaklah cukup apabila orang itu telah melakukan perbuatan yang bertentangan dengan hukum atau bersifat melawan hukum. Jadi meskipun perbuatan tersebut memenuhi rumusan delik dalam undang-undang dan tidak dibenarkan, namun hal tersebut belum memenuhi syarat penjatuhan pidana, yaitu orang yang melakukan perbuatan itu mempunyai kesalahan atau bersalah. Orang tersebut harus

⁷Prof. Dr. Wirjono Projodikoro, *Asas-Asas Hukum Pidana Di Indonesia* (Bandung: PT. Refika Aditama, 2009), halaman 59

⁸Mahrus Ali, S.H.,M.H. *Dasar-Dasar Hukum Pidana* (Jakarta: Sinar Grafika, 2011), halaman 155-156

dipertanggungjawabkan atas perbuatannya atau jika dilihat dari sudut perbuatannya, perbuatan baru dapat dipertanggungjawabkan kepada orang tersebut.⁹ Berdasarkan penjelasan tersebut dapat disimpulkan bahwa kesalahan merupakan suatu hal yang sangat penting untuk memidana seseorang.

Penanggulangan kejahatan dengan menggunakan (hukum) pidana oleh Gene Kassebaum disebut sebagai *older philosophy of control*.¹⁰ Pendapat lain menyatakan, bahwa (hukum) pidana merupakan “peninggalan dari kebiadaban kita masa lalu (*a vestige of our savage past*)” yang seharusnya dihindari. Pendapat ini nampaknya didasarkan pada pandangan, bahwa pidana merupakan tindakan perlakuan atau pengenaan penderitaan yang kejam. Memang sejarah hukum pidana menurut M. Cherif Bassiouni, penuh dengan gambaran-gambaran mengenai perlakuan yang oleh ukuran-ukuran sekarang dipandang kejam dan melampaui batas. Dikemukakan selanjutnya bahwa gerakan pembaharuan pidana di Eropa Kontinental dan di Inggris, terutama justru merupakan reaksi humanistik terhadap kekejaman pidana. Atas dasar pandangan yang demikian pulalah kiranya, ada pendapat yang menyatakan bahwa teori *retirbutif* atau teori pembalasan dalam hal pemidanaan merupakan a relic of barbarism.¹¹

Penanggulangan tindak pidana dengan menggunakan hukum pidana merupakan cara yang paling tua, setua peradaban manusia itu sendiri. Kehadiran sanksi pidana dalam penanggulangan kejahatan menuai kritik, yang menyatakan bahwa pidana merupakan peninggalan dari kebiadaban kita di masa lalu (*Vestige of our savage past*) yang seharusnya dihindari. Hal tersebut dikarenakan pidana merupakan bagian dari praktek perlakuan manusia terhadap manusia yang lain secara kejam seperti dibakar hidup-hidup, dirajam sampai meninggal dunia, ditenggelamkan ke laut, atau dipenggal leher dengan pedang. Kritik ini berujung pada munculnya gerakan penghapusan pidana yang ingin diganti dengan tindakan (*treatment-maatregelen*), atau yang dikenal dengan “*Abolitionist Movement*”. Terlepas dari pro dan kontra terhadap pidana sebagai instrument penanggulangan

⁹Sudarto. Hukum Pidana I (Semarang: Badan Penerbit Undip, 2011), halaman 85

¹⁰Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Teori-Teori dan Kebijakan Pidana* (Bandung: Alumni, 1984), halaman 149-150

¹¹Ibid. Halaman 152

kejahatan, tapi kenyataannya pidana tetap digunakan. Sepanjang sejarah umat manusia dan dipraktekkan di berbagai negara dan bangsa termasuk di Indonesia melalui pencantumannya dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP).

Menurut Sudarto, fungsi primer hukum pidana adalah sebagai sarana penanggulangan kejahatan yang rasional, sedangkan fungsinya adalah menjaga penguasa agar dalam menanggulangi kejahatan itu melaksanakan tugasnya sesuai apa yang digariskan oleh hukum pidana itu,¹² dan kesemuanya itu menurut Muladi dianggap sebagai sarana pengaturan tentang kontrol sosial.¹³ Penggunaan hukum pidana sebagai sarana untuk mencegah perbuatan jahat harus dilakukan sebagai jalan terakhir (*ultimum remedium*), karena hukum pidana hanya bisa mengobati gejalanya, bukan masalah pokok dari penyebab kejahatan itu sendiri, dimana *the big problems of crime and punishment are therefore outside criminal law, they are extrajudicial, are found in the reality of man and society*.¹⁴

Sasaran pembangunan hukum diarahkan pada terbentuknya dan berfungsinya sistem hukum nasional yang mantap, bersumber pada Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945 dengan memperhatikan kemajemukan tatanan hukum yang berlaku, yang mampu menjamin kepastian, ketertiban, penegakan dan perlindungan hukum yang berintikan keadilan yang didukung oleh aparatur hukum, sarana dan prasarana yang memadai serta masyarakat yang sadar dan taat pada hukum.¹⁵ Sehingga pembangunan hukum harus didasarkan dan bersumber pada Pancasila sebagai pandangan hidup bangsa, meliputi penerapan hukum dan penegakan hukum yang dilaksanakan secara manusiawi atas dasar keadilan dan kebenaran. Pembangunan sarana dan prasarana hukum diarahkan pada terwujudnya dukungan perangkat yang mampu menjamin kelancaran dan berlangsungnya peranan hukum yang merupakan pedoman dan patokan yang mengatur seluruh aspek kehidupan masyarakat dan negara.

¹²Sudarto, *Hukum Pidana dan Perkembangan Masyarakat* (Bandung: Sinar Baru, 2005), halaman 69

¹³ Muladi, *Lembaga Pidana Bersyarat* (Bandung: Alumni, 1992), halaman 15

¹⁴ G. Peter Hoefnagels, *The Other Side of Criminology* (Deventer: Kluwer, 1969), halaman 47

¹⁵Parman Soeparman, *Makalah Seminar Nasional" Aspek Pertanggungjawaban Pidana dalam Kebijakan Publik dari Tindak Pidana Korupsi*, Fakultas Hukum Undip-Kejaksaan Agung RI, Semarang 5-7 Mei 2004

Pembangunan aparatur hukum diarahkan pada terciptanya aparatur hukum yang profesional di bidangnya yang memiliki kemampuan untuk mengayomi masyarakat. Membicarakan hukum adalah membicarakan hubungan antar manusia. Membicarakan hubungan antar manusia adalah membicarakan keadilan. Dengan demikian setiap pembicaraan mengenai hukum, jelas atau samar-samar, senantiasa merupakan pembicaraan mengenai keadilan pula. Kita tidak dapat membicarakan hukum hanya sampai kepada wujudnya sebagai suatu bangunan yang formal. Kita perlu melihatnya sebagai ekspresi dari cita-cita keadilan masyarakatnya,¹⁶ berdasarkan hal tersebut dapat ditarik kesimpulan bahwa membicarakan hukum adalah selalu berkaitan dengan masalah penegakan hukum (*law enforcement*) dalam pengertian luas juga merupakan penegakan keadilan. Apabila dikonkritkan lagi, akan terarah pada aparat penegak hukum, yaitu mereka yang secara langsung terlibat dalam memperjuangkan penegakan hukum dan keadilan.

Kejahatan dan pelanggaran mengenai nyawa dan tubuh orang,¹⁷ negara sendiri telah memberikan perlindungan hukum tindak pidana dalam KUHP, dalam permasalahan ini penulis lebih memfokuskan perlindungan terhadap nyawa dan tubuh orang seseorang yang tercantum dalam Pasal 338-350 pembunuhan dan 351-355 KUHP. Dengan menggunakan pasal-pasal tersebut di atas, pelaku dari kejahatan akan mendapat hukuman yang tidak ringan.

Berdasarkan uraian di atas, penulis ingin mengetahui sejauh mana sebuah perbuatan tindak pidana yang telah dilakukan oleh Insan Ombudsman dalam implementasinya yang kasusnya sudah diproses Kepolisian dan internal Ombudsman Republik Indonesia, disisi lain terdapat suatu bentuk perlindungan hukum yang diberikan Negara melalui pemerintah dan Undang-Undang terhadap insan Ombudsman yang terdiri Ombudsman dan Asisten Ombudsman Republik Indonesia pada implementasi perlindungan hukum (imunitas) yang diberikan Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2008 Tentang Ombudsman Republik Indonesia dapat berpotensi menimbulkan persolan hukum. Terhadap keseluruhan permasalahan tersebut diatas, Penulis tertarik dan akan penulis rangkum dalam

¹⁶ Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum* (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2000), halaman 159

¹⁷Prof. Dr. Wirjono Projodikoro, *Tindak-Tindak Pidana Tertentu* (Bandung: PT. Refika Aditama, 2009), halaman 66-72

suatu penelitian dan penulisan Tesis ini dengan Judul “Kebijakan Hak Perlindungan Hukum Dan Hak Imunitas Insan Ombudsman Yang Berkeadilan”

2. Perumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang diatas maka yang menjadi pokok permasalahan sebagai berikut:

1. Bagaimanakah kebijakan perlindungan hukum hak imunitas Ombudsman dalam Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2008 Tentang Ombudsman Republik Indonesia?
2. Bagaimanakah implementasi perlindungan hukum hak imunitas terhadap Insan Ombudsman dalam menjalankan tugas dan kewenangannya?
3. Apakah kebijakan formulasi perlindungan hak imunitas sesuai dengan asas keadilan didalam Ombudsman menjalankan tugas dan wewenangannya?

3. Tujuan Penelitian

1. Untuk menjelaskan bentuk perlindungan hukum yang diberikan pemerintah terhadap Ombudsman dan Asisten Ombudsman setelah diberlakukannya Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2008 Tentang Ombudsman Republik Indonesia.
2. Untuk mengetahui implementasi perlindungan hukum (imunitas) yang diberikan Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2008 Tentang Ombudsman Republik Indonesia dan setelah adanya kode etik ternyata memicu potensi terjadinya praktek pelanggaran Kode etik dan terjadinya tindak pidana pelanggaran asas-asas hukum pidana.
3. Untuk mengetahui sejauhmana kebijakan formulasi perlindungan hak imunitas sesuai dengan asas keadilan didalam Ombudsman menjalankan tugas dan wewenangannya.

4. Manfaat Penelitian

Kegunaan penelitian hukum ini adalah untuk :

1. Secara Teoritis

Penulis berharap untuk dapat memberikan perspektif dan sudut pandang yang berbeda mengenai hak imunitas yang dimiliki Ombudsman Republik Indonesia terhadap tindak pidana yang dilakukan oleh Insan Ombudsman Ombudsman Republik Indonesia serta melengkapi berbagai literatur penelitian mengenai tindak pidana yang dilakukan oleh Insan Ombudsman Ombudsman Republik Indonesia.

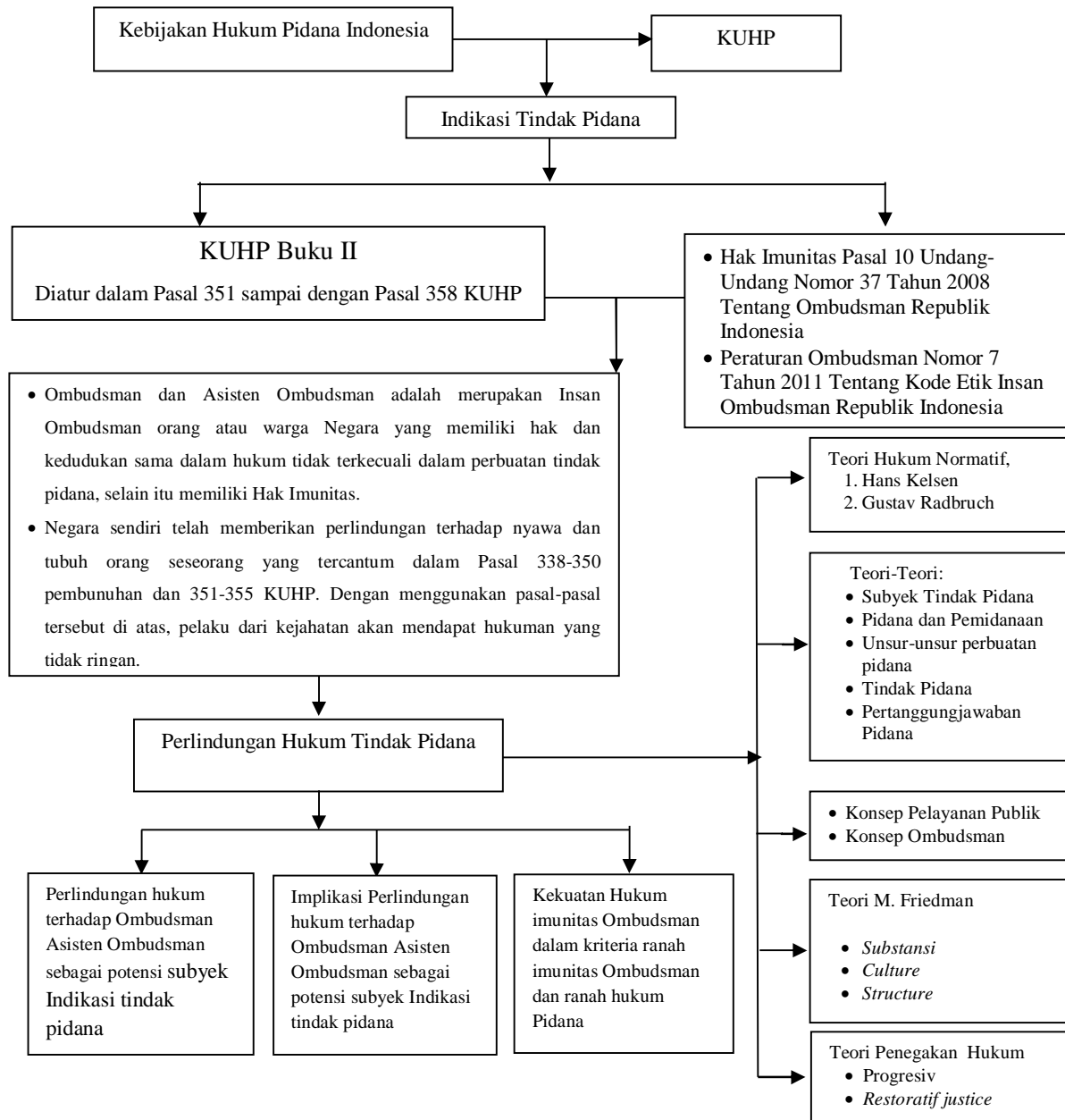
2. Secara Praktis

Penulis berharap untuk dapat memberikan sumbangan pemikiran dan rekomendasi dalam rangka memaksimalkan potensi hukum pidana Indonesia khususnya dalam konteks kebijakan hukum pidana terhadap tindak pidana yang dilakukan oleh Insan Ombudsman Republik Indonesia.

5. Kerangka Pemikiran

Kerangka konseptual pemikiran penulis dalam penelitian ini dapat dilihat dalam bagan kerangka konsep, dibawah ini:

Bagan 1.1 Kerangka Konsep



Kerangka Pemikiran berbasis kepustakaan dalam penelitian ini antara lain:

1. Kebijakan hukum Pidana

Istilah kebijakan berasal dari kata “*Policy*” (Inggris) atau “*Politiek*” (Belanda). Kebijakan hukum pidana dapat pula disebut dengan istilah “Politik hukum pidana”. Dalam kepustakaan dikenal dengan berbagai istilah yakni “*Penal Policy*”, “*Criminal Law Policy*”, atau “*Strafrechtspolitik*”. Menurut Marc Ancel *Criminal Policy* adalah “*the rational organization of*

the control of crime by society".¹⁸ Pengertian politik kriminal, *Criminele Politiek, Criminal Policy*, dapat juga dikatakan sebagai kebijakan pemerintah dalam melakukan pencegahan dan penanggulangan kejahatan.¹⁹

Kebijakan kriminal, selalu dikaitkan dengan tiga hal pokok, yakni: *Dalam arti sempit*, ialah keseluruhan asas dan metode yang menjadi dasar dari reaksi terhadap pelanggaran hukum yang berupa pidana. *Dalam arti luas*, ialah keseluruhan fungsi dari aparat penegak hukum, termasuk di dalamnya cara kerja dari pengadilan dan polisi. *Dalam arti paling luas*, ialah keseluruhan kebijakan yang dilakukan melalui perundang-undangan dan badan-badan resmi, yang bertujuan untuk menegakkan norma-norma sentral dari masyarakat.²⁰

Kebijakan pidana terarah pada ketepatan langkah dalam membatasi perilaku yang berbahaya dimasyarakat dan kemudian diikuti dengan pembinaan terhadap orang-orang yang melakukan perbuatan berbahaya tersebut. pengertian kebijakan kriminal sebagai usaha atau langkah-langkah untuk mencegah kejahatan juga diberikan oleh Hoefnagels yang mengutip pendapat dari Marc Ancel menuturkan bahwa *criminal policy is the rational organization of the social reaction to crime*,²¹ upaya rasional dalam menanggulangi kejahatan dilakukan dengan melakukan pelembagaan yang menjadi salah satu ciri dari masyarakat modern, agar langkah-langkah untuk menanggulangi kejahatan dapat berjalan secara teratur, *predictable* dan pasti, karena itu mencegah kejahatan secara rasional dilembagakan dengan membentuk badan-badan peradilan pidana, hal ini menurut Sudarto disebut prevensi secara luas.²²

Penentuan kejahatan sebagai tindak pidana merupakan kebijakan kriminal, menurut Sudarto adalah sebagai usaha yang rasional dari

¹⁸Nyoman Serikat Putra Jaya, *Bahan Kuliah Politik Kriminal* (Semarang: Magister Ilmu Hukum Universitas Diponegoro, 2017), halaman 23

¹⁹Barda Nawawi Arief, *Kebijakan Hukum Pidana (Penal Policy)* (Semarang: Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, 2010), halaman 5

²⁰Sudarto, *Hukum dan Hukum Pidana* (Alumni: Bandung, 1983), halaman 31-32

²¹G. Pieter Hoefnagels, *op.cit.*, halaman 57

²²Sudarto, *Kapita Selekta Hukum Pidana* (Bandung: Alumni, 2010), halaman 113

masyarakat untuk menanggulangi kejahatan.²³ Maka dari itu, setiap kebijakan hukum pidana yang diambil oleh Negara untuk mengatur warganegara harus dilakukan dengan cara-cara yang beradab dan menjunjung tinggi nilai-nilai hak asasi manusia, apalagi penggunaan sanksi pidana bagi pelanggar hukum, karena menurut Packer, *the criminal sanction is at once prime guarantor and prime threatener of human freedom*.²⁴ Lebih lanjut Packer juga menjelaskan bahwa sanksi pidana harus digunakan secara *providently and humanely*, agar sanksi pidana bisa menjadi penjamin utama bagi warganegara dalam menjalankan aktivitas tanpa rasa takut akan pelanggaran hak-haknya sebagai warga Negara oleh Negara, namun sanksi pidana juga sekaligus menjadi ancaman utama manakala digunakan *coercively* dan *indiscriminately*.²⁵ Hal ini karena hukum pidana merupakan *sistem sanksi yang negatif yang hendaknya diterapkan apabila sarana (upaya) lain sudah tidak memadai*.²⁶

Kebijakan hukum pidana (*penal policy*) pada hakikatnya juga merupakan kebijakan penegakan hukum pidana (*penal law enforcement policy*). Kebijakan hukum pidana merupakan serangkaian proses yang terdiri dari tiga tahap kebijakan. Pertama, tahap kebijakan formulatif atau kebijakan legislatif, yaitu tahap perumusan atau tahap penyusunan/perumusan hukum pidana. Kedua, tahap kebijakan yudikatif/ aplikatif, yaitu tahap penerapan hukum pidana. Ketiga, tahap kebijakan eksekutif/administrasi, yaitu tahap pelaksanaan/ eksekusi hukum pidana.²⁷ Tahap pertama (kebijakan legislatif) merupakan tahap penegakan hukum *in*

²³Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana Perkembangan Penyusunan Konsep KUHP Baru* (Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2010), halaman 23

²⁴Herbert L. Packer, *The Limits Of The Criminal Sanction* (Stanford University Press: California, 1968), halaman 366

²⁵Sudarto, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Loc. Cit.

²⁶Sudarto, *Hukum dan Hukum Pidana*, Op. Cit., halaman 30

²⁷M. Cherif Bassiouni menyebut ketiga tahap tersebut dengan istilah: tahap formulasi (proses legislatif), tahap aplikasi (proses peradilan/ *judicial*) dan tahap eksekusi (proses administrasi). Lih. Barda Nawawi Arief, *Kebijakan Formulasi Ketentuan Pidana dalam Peraturan Perundang-undangan*, (Semarang: Pustaka Magister, 2012), halaman 9

abstracto, sedangkan tahap kedua dan ketiga (kebijakan yudikatif dan eksekutif) merupakan kebijakan hukum *in concreto*.²⁸

Ketiga tahap kebijakan penegakan hukum pidana tersebut di atas mengandung tiga kekuasaan atau kewenangan, yaitu kekuasaan/ kewenangan legislatif yang merumuskan atau menetapkan perbuatan sebagai perbuatan yang dapat dipidana (tindak pidana) dan sanksi pidananya, kekuasaan/ kewenangan aplikasi hukum oleh aparat penegak hukum, dan kekuasaan/ kewenangan mengeksekusi atau melaksanakan hukum secara kongkret oleh aparat/ badan yang berwenang.²⁹

Proses legislasi/ formulasi merupakan tahap perencanaan awal yang sangat strategis dari proses penegakan hukum *in concreto*.³⁰ Roeslan Saleh pernah menyatakan bahwa Undang-undang merupakan bagian dari suatu kebijakan tertentu; ia tidak hanya alat untuk melaksanakan kebijakan, tetapi juga menentukan, menggariskan atau merancang suatu kebijaksanaan.³¹

Oleh karena itu, kesalahan/ kelemahan pada tahap kebijakan legislasi/ formulasi merupakan kesalahan strategis yang dapat menjadi penghambat upaya penegakan hukum *in concreto*. Dikatakan kebijakan strategis karena memberikan landasan, arah, substansi dan batasan kewenangan dalam penegakan hukum yang akan dilakukan oleh penganbawhaan kewenangan yudikatif maupun eksekutif. Posisi strategis tersebut membawa konsekwensi bahwa, kelemahan kebijakan formulasi hukum pidana akan berpengaruh pada kebijakan penegakan hukum pidana dan kebijakan penanggulangan kejahatan.³²

²⁸Ibid. Halaman 10

²⁹Ketiga kekuasaan/ kewenangan tersebut mirip dengan istilah yang digunakan Masaki Hamano sewaktu menguraikan ruang lingkup yurisdiksi. Menurutnya, secara tradisional ada tiga kategori yurisdiksi, yaitu yurisdiksi legislative (*legislative jurisdiction* atau *jurisdiction to prescribe*), yurisdiksi yudisial (*judicial jurisdiction* atau *jurisdiction to adjudicate*), dan yurisdiksi eksekutif (*executive jurisdiction* atau *jurisdiction to enforce*)

³⁰ Ibid.

³¹ Roeslan Saleh dalam ibid. Halaman 10-11

³²Ibid. Halaman 11

Penggunaan upaya hukum, termasuk salah satu upaya untuk mengatasi masalah sosial termasuk dalam bidang kebijakan penegakan hukum. Hal ini di dasari karena tujuan dari penegakan hukum yaitu segala usaha yang rasional untuk mencapai kesejahteraan masyarakat.³³ Penanggulangan kejahatan dengan sarana "penal" tentu saja dilakukan melalui serangkaian kebijakan hukum pidana (*penal policy*). Dengan demikian usaha dan kebijakan untuk membuat hukum pidana yang baik dan berdayaguna atau politik hukum pidana (*penal policy*) merupakan bagian dari politik kriminal (*criminal policy*).

Melaksanakan kebijakan hukum pidana berarti mengadakan pemilihan untuk mencapai hasil perundang-undangan pidana yang paling baik, dalam arti memenuhi syarat keadilan dan dayaguna. Dengan kata lain bahwa melaksanakan politik hukum pidana berarti, usaha mewujudkan peraturan perundang-undangan pidana sesuai dengan keadaan dan situasi pada suatu waktu dan untuk masa yang akan datang. Adapun usaha penanggulangan kejahatan melalui upaya penal salah satunya adalah penjara (Pasal 10 KUHP).

2. Tindak Pidana

Istilah tindak pidana dipakai sebagai terjemahan dari istilah *strafbaar feit* atau *delict* akan tetapi didalam diberbagai perundang-undangan yang berlaku di Indonesia dikenal dengan istilah-istilah yang tidak seragam dalam menterjemahkan *strafbaar feit* adapun beberapa istilah yang dipergunakan dalam bahasa Indonesia diantaranya sebagai berikut.

- 1) Peristiwa pidana (Pasal 14 Ayat (1) Undang-Undang Dasar Sementara (UUDS).
- 2) Perbuatan pidana atau perbuatan yang dapat atau boleh dihukum (undang-undang nomor 1 tahun 1951 tentang mengubah *ordonnantie tijdelijk bijzondere bepalingen strafrecht* yang termuat dalam LN.1951 No.78.

³³Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Teori-teori dan Kebijakan Hukum Pidana*, (Bandung: Alumni Cetakan-4, 2010), halaman 149

Seperti didalam KUHP terjemahan resmi dari tim penerjemah badan pembinaan hukum nasional departemen kehakiman yang memakai istilah tindak pidana dengan alasan-alasan sebagai berikut:

1. Penggunaan istilah tindak pidana dipakai karena jika ditinjau dari segi sosio-yuridis, hampir semua perundang-undangan pidana memakai istilah tindak pidana.
2. Semua instansi penegak hukum dan hampir seluruh penegak hukum menggunakan istilah tindak pidana.
3. Para mahasiswa yang mengikuti tradisi tertentu dengan memakai istilah perbuatan pidana ternyata dalam kenyataannya tidak mampu mengatasi dan menjembatani tantangan kebiasaan penggunaan istilah tindak pidana.

Menurut Simons sebagaimana dikutip oleh Rusli Efendy, menyatakan bahwa *strafbar feit* adalah kelakuan (*handeling*) yang diancam dengan pidana, yang bersifat melawan hukum yang berhubungan dengan kesalahan, dan yang dilakukan oleh orang yang mampu bertanggung jawab. Sedangkan Moeljanto menyatakan bahwa *strafbar feit* atau perbuatan pidana adalah suatu perbuatan yang dilarang oleh suatu aturan hukum larangan aman yang disertai ancaman (sanksi) yang berupa pidana tertentu, bagi barang siapa melanggar larangan tersebut.³⁴

Bambang Poernomo menyatakan bahwa perbuatan pidana yang oleh aturan hukum pidana dilarang dan diancam dengan pidana bagi barang siapa yang melanggar larangan itu.³⁵

Sehubungan dengan hal tersebut Andi Zainal Abidin Farid berpendapat bahwa pada hakekatnya istilah yang paling tepat adalah delik yang berasal dari bahasa latin *delictum* atau *delicta* karena:³⁶

1. Bersifat universal semua orang didunia mengenal.
2. Bersifat ekonomis dan singkat.

³⁴ Rusly Effendy, *Asas-asas Hukum Pidana* (Ujung Pandang: Umithohs Press, 1989), halaman 37

³⁵ Bambang Poernomo, *Potensi Kejahatan Korupsi di Indonesia* (Jakarta: Bina Aksara, 1983), halaman 130

³⁶ Andi Zainal Abidin Farid, *Persepsi Orang Bugis Makasar terhadap Hukum, Negara, dan Dunia Luar* (Bandung: Alumni, 1981), halaman 145

3. Tidak menimbulkan kejanggalan seperti peristiwa pidana perbuatan pidana, (bukan peristiwa atau perbuatan yang dipidana tetapi pembuatnya).
4. Luas pengertiannya sehingga meliputi juga delik–delik yang diwujudkan oleh korporasi, orang mati, orang tidak dikenal menurut hukum pidana ekonomi Indonesia.

Dalam sistem perundang-undangan hukum pidana, tindak pidana dapat dibagi menjadi dua golongan yaitu kejahatan (*misdrifve*) dan pelanggaran (*overtrdingen*). Alasan pembedaan antara kejahatan dan pelanggaran adalah jenis pelanggaran lebih ringan dari pada kejahatan. Kedua istilah tersebut pada hakikatnya tidak ada perbedaan yang tegas karena keduanya sama-sama delik atau perbuatan yang boleh dihukum. Hal ini dapat diketahui dari ancaman pidana pada pelanggaran tidak ada yang diancam dengan pidana penjara, tetapi berupa pidana kurungan dan denda, sedangkan kejahatan lebih didominasi dengan ancaman pidana penjara. Secara kuantitatif pembuat Undang-undang membedakan delik kejahatan dan pelanggaran sebagai berikut:³⁷

1. Pasal 5 KUHP hanya berlaku bagi perbuatan-perbuatan yang merupakan kejahatan di Indonesia. Jika seorang Indonesia yang melakukan delik diluar negeri yang digolongkan sebagai delik pelanggaran di Indonesia, maka dipandang tidak perlu dituntut.
2. Percobaan dan membantu melakukan delik pelanggaran tidak dipidana.
3. Pada pemidanaan terhadap anak dibawah umur tergantung pada apakah itu kejahatan atau pelanggaran

Berdasarkan penjelasan yang telah dikemukakan diatas dapat disimpulkan bahwa pelanggaran adalah:

1. Perbuatan yang bertentangan dengan apa yang secara tegas dicantumkan dalam Undang-undang pidana.
2. Pelanggaran merupakan tindak pidana yang lebih ringan dari kejahatan baik perbuatannya maupun hukumannya.

³⁷Amir Ilyas, *Asas-asas Hukum Pidana* (Yogyakarta: Ruang Education, 2012), halaman 29

Dengan demikian suatu tindakan dinyatakan telah melanggar apabila hakikat dari perbuatan itu menimbulkan adanya sifat melawan hukum dan telah ada aturan dan atau telah ada Undang-undang yang mengaturnya. Walaupun perbuatan itu telah menimbulkan suatu sifat yang melanggar hukum, namun belum dapat dinyatakan sebagai suatu bentuk pelanggaran sebelum diatur dalam peraturan perundang-undangan.

Dalam membahas tindak pidana, nantinya akan ditemukan beragam tindak pidana yang terjadi dalam kehidupan bermasyarakat. tindak pidana dapat dibedakan atas dasar-dasar tertentu, yakni sebagai berikut:³⁸

- a) Menurut sistem KUHP, dibedakan antara kejahatan yang dimuat Alasan pembedaan antara kejahatan dan pelanggaran adalah diketahui dari ancaman pidana pada pelanggaran tidak ada yang diancam dengan pidana penjara, tetapi berupa pidana kurungan dan denda, sedangkan kejahatan lebih di dominasi dengan ancaman pidana penjara. Pelanggaran dan kejahatan merupakan delik-delik yang melanggar kepentingan hukum dan juga menimbulkan bahaya secara konkrit, sedangkan pelanggaran itu hanya membahayakan *in abstracto* saja.
- b) Menurut cara merumuskannya, dibedakan antara tindak pidana formil dan tindak pidana materil. Tindak pidana formil adalah tindak pidana yang dirumuskan sedemikian rupa sehingga memberikan arti bahwa inti larangan yang dirumuskan itu adalah melakukan suatu perbuatan tertentu. Perumusan tindak pidana formil tidak memerlukan dan/atau tidak memerlukan timbulnya suatu akibat tertentu dari perbuatan sebagai syarat penyelesaian tindak pidana, melainkan semata-mata pada perbuatannya. Sebaliknya dalam rumusan tindak pidana materil, inti larangan adalah menimbulkan akibat yang dilarang itulah yang dipertanggungjawabkan dan dipidana. Begitu juga untuk selesainya tindak pidana materil, tidak bergantung pada sejauh mana wujud

³⁸ Ibid., halaman 28-34

perbuatan yang dilakukan, tetapi sepenuhnya tergantung pada syarat timbulnya akibat terlarang tersebut.

- c) Berdasarkan bentuk kesalahan, dibedakan antara tindak pidana sengaja (*dolus*) dan tindak pidana tidak dengan sengaja (*culpa*). Tindak pidana sengaja adalah tindak pidana yang dalam rumusannya dilakukan dengan kesengajaan atau mengandung unsur kesengajaan. Sedangkan tindak tidak sengaja adalah tindak pidana yang dalam rumusannya mengandung *culpa*.
- d) Berdasarkan macam perbuatannya, dapat dibedakan antara tindak pidana aktif atau positif dapat juga disebut tindak pidana *omisi* dan tindak pidana pasif atau negatif, disebut juga tindak pidana *omisi*. Tindak pidana aktif adalah tindak pidana yang perbuatannya berupa perbuatan aktif, perbuatan aktif adalah perbuatan yang untuk mewujudkannya diisyaratkan adanya gerakan dari anggota tubuh orang yang berbuat. Dengan berbuat aktif orang melanggar larangan, perbuatan aktif ini terdapat baik dalam tindak pidana yang dirumuskan secara formil maupun secara materil. Bagian terbesar tindak pidana yang dirumuskan dalam KUHP adalah tindak pidana aktif.
- e) Berdasarkan saat dan jangka waktu terjadinya, maka dapat dibedakan antara tindak pidana terjadi seketika dan tindak pidana terjadi dalam waktu lama atau berlangsung lama/berlangsung terus.
- f) Berdasarkan sumbernya, dapat dibedakan antara tindak pidana umum dan tindak pidana khusus. Tindak pidana umum adalah semua tindakan pidana yang dimuat dalam KUHP sebagai kodifikasi hukum pidana materil (buku ii & buku iii). Tindak pidana khusus adalah semua tindak pidana yang terdapat di luar kodifikasi KUHP.
- g) Dilihat dari sudut subjeknya, dapat dibedakan antara tindak pidana *communis* (tindak pidana yang dapat dilakukan oleh semua orang) dan tindak pidana *propria* (tindak pidana yang hanya dapat dilakukan oleh orang yang berkualitas tertentu).

- h) Berdasarkan perlu tidaknya pengaduan dalam hal penuntutan, maka dibedakan antara tindak pidana biasa dan tindak pidana aduan. Tindak pidana biasa adalah tindak pidana yang untuk dilakukannya penuntutan terhadap perbuatannya. Tindak pidana aduan adalah tindak pidana yang dapat dilakukan penuntutan pidana apabila terlebih dahulu adanya pengaduan oleh yang berhak mengajukan pengaduan.
- i) Berdasarkan berat ringannya pidana yang diancamkan, maka dapat dibedakan antara tindak pidana bentuk pokok, tindak pidana yang diperberat dan tindak pidana yang diringankan. Tindak pidana dalam bentuk pokok dirumuskan secara lengkap, artinya semua unsurnya dicantumkan dalam rumusan, sementara itu pada bentuk yang diperberat dan/atau diringankan, tidak mengulang kembali unsur-unsur bentuk pokok itu, melainkan sekedar menyebut kualifikasi bentuk pokoknya atau pasal bentuk pokoknya, kemudian disebutkan atau ditambahkan unsur yang bersifat memberatkan atau meringankan secara tegas dalam rumusan. Karena ada faktor pemberatnya atau faktor diringankannya, ancaman pidana terhadap tindak pidana terhadap tindak pidana bentuk yang diperberat atau yang diringankan itu menjadi lebih berat atau lebih ringan dari pada bentuk pokoknya.
- j) Berdasarkan kepentingan hukum yang dilindungi, maka tindak pidana tidak terbatas macamnya, sangat tergantung pada kepentingan hukum yang dilindungi pada suatu peraturan perundang-undangan.
- k) Dari sudut berapa kali perbuatan untuk menjadi larangan, dibedakan dengan tindak pidana tunggal dan tindak pidana berangkai. Tindak pidana tunggal adalah tindak pidana yang dirumuskan sedemikian rupa sehingga untuk dipandang selesainya tindak pidana dan dapat dipidananya pelaku cukup dilakukan satu kali perbuatan saja. Tindak pidana berangkai adalah tindak pidana yang dirumuskan sedemikian rupa sehingga untuk dipandang sebagai selesai dan dapat dipidananya pelaku, diisyaratkan secara berulang.

3. Pembaharuan Hukum Pidana

Menurut Sudarto, ada tiga alasan urgensi diperbaharunya hukum pidana Indonesia, antara lain:³⁹

1. Alasan Politik; Indonesia yang telah 50 tahun merdeka adalah wajar mempunyai hukum pidana sendiri, yang diciptakannya sendiri karena hal ini merupakan symbol kebanggaan dari negara yang telah bebas dari penjajahan.
2. Alasan Sosiologi; pengaturan dalam hukum pidana merupakan pencerminan dari ideologi politik suatu bangsa di mana hukum itu berkembang. Artinya bahwa segala nilai sosial dan kebudayaan dari bangsa itu harus mendapat tempat dalam pengaturan di hukum pidana.
3. Alasan praktis; dengan pembaharuan hukum pidana yang baru akan dapat memenuhi kebutuhan praktek. Sebab hukum peninggalan penjajah jelas masih menggunakan bahasa Belanda, sehingga untuk menerapkannya harus dibutuhkan orang yang benar-benar mengerti bahasa Belanda. Padahal kita sebagai bangsa merdeka sudah memiliki bahasa nasional sendiri, tentu tidaklah tepat jika menerapkan suatu aturan hukum berdasarkan pada teks yang tidak asli.

Lebih lanjut menurut Barda Nawawi Arief, latar belakang dan urgensi diadakannya pembaharuan hukum pidana dapat ditinjau dari aspek sosio-politik, sosio-filosofis, sosio-kultural atau dari berbagai aspek kebijakan (khususnya kebijakan sosial, kebijakan kriminal dan kebijakan penegakan hukum). Ini berarti makna dan hakikat pembaharuan hukum pidana juga berkaitan erat dengan berbagai aspek itu. Artinya, pembaharuan hukum pidana juga pada hakikatnya harus merupakan perwujudan dari perubahan dan pembaharuan terhadap berbagai aspek yang melatar belakanginya itu.⁴⁰

Dengan demikian, pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya mengandung makna, suatu upaya untuk melakukan reorientasi dan

³⁹Sudarto, *Hukum Pidana dan Perkembangan Masyarakat*, Op. Cit., halaman 66-68

⁴⁰Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Op. Cit., halaman 25

reformasi hukum pidana yang sesuai dengan nilai-nilai sentral sosiopolitik, sosiofilosofis, dan sosiokultural masyarakat Indonesia yang melandasi kebijakan social, kebijakan kriminal dan kebijakan penegakan hukum di Indonesia. Secara singkat dapatlah dikatakan bahwa pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya harus ditempuh dengan pendekatan yang berorientasi pada kebijakan (*policy-oriented approach*) dan sekaligus pendekatan yang berorientasi pada nilai (*value-oriented approach*).⁴¹

Dari uraian di atas dapat disimpulkan makna dan hakekat pembaharuan hukum pidana sebagai berikut:

Pertama, dilihat dari sudut pendekatan kebijakan: (a) Sebagai bagian dari kebijakan sosial, pembaharuan hukum pidana pada hakekatnya merupakan bagian dari upaya untuk mengatasi masalah-masalah sosial (termasuk masalah kemanusiaan) dalam rangka mencapai menunjang tujuan nasional (kesejahteraan masyarakat dan sebagainya); (b) Sebagai bagian dari kebijakan kriminal, pembaharuan hukum pidana pada hakekatnya merupakan bagian dari upaya perlindungan masyarakat (khususnya upaya penanggulangan kejahatan); (c) Sebagai bagian dari kebijakan penegakan hukum, pembaharuan hukum pidana pada hakekatnya merupakan bagian dari upaya mempebaharui sistem hukum (*legal substance*) dalam rangka lebih mengefektifkan penegakan hukum.⁴²

Kedua, dilihat dari sudut pendekatan nilai. Pembaharuan hukum pidana pada hakekatnya merupakan upaya melakukan peninjauan dan penilaian kembali (*re-orientasi* dan *re-evaluasi*) nilai-nilai sosio-politik, sosio-filosofik, dan sosio kultural yang memberi isi terhadap muatan normatif dan substantif hukum pidana (materiil dan formil) yang dicita-citakan. Bukanlah pembaharuan (reformasi) hukum pidana, apabila orientasi nilai dari hukum pidana yang dicita-citakan sama dengan orientasi nilai dari hukum pidana lama warisan penjajah (KUHP lama atau WvS).⁴³

⁴¹Ibid. halaman 25

⁴²Ibid. halaman 25

⁴³Ibid. halaman 25

Pembaharuan hukum pidana apabila dipandang dari sisi sistem hukum (*legal system*) meliputi : pembaharuan substansi hukum pidana, pembaharuan struktur hukum pidana dan pembaharuan budaya hukum pidana.⁴⁴ dalam ranah pembaharuan substansi hukum pidana meliputi pembaharuan hukum pidana materiil (KUHP dan UU diluar KUHP) hukum pidana formil (KUHP) dan hukum pelaksanaan pidana.⁴⁵ dengan bahasa lain Sudarto juga mengemukakan bahwa pembaharuan hukum pidana yang menyeluruh harus meliputi pembaharuan hukum pidana materiil (substansif), hukum pidana formil (hukum acara pidana) dan hukum pelaksanaan pidana (*strafvollstreckengesetz*).⁴⁶

Memang tidak mudah untuk mengadakan pembaharuan hukum pidana. Hukum pidana sejak awal perkembangan selalu menyangkut harkat dan martabat manusia. Hukum pidana dalam pertumbuhannya memang diarahkan pada perlindungan hak asasi manusia. Oleh karena itu pembaharuan hukum pidana tidak cukup hanya menyangkut substansinya saja, tetapi berkaitan dengan nilai-nilai yang ada. Pembaharuan hukum pidana pada hakekatnya mengandung makna, suatu upaya untuk melakukan reorientasi dan reformasi hukum pidana yang sesuai dengan nilai-nilai sentral sosio politik, *sosio filosofis* dan *sosio cultural* masyarakat Indonesia yang melandasi kebijakan social, kebijakan criminal dan kebijakan penegakan hukum di Indonesia.⁴⁷

4. Teori Hans Kelsen⁴⁸

Menurut Teori Hans Kelsen, hukum itu normatif karena *grundnorm*. Tiap manusia memiliki kebebasan, tapi dalam hidup bersama ia memikul tanggungjawab menciptakan hidup bersama yang tertib. Tapi untuk menciptakan hidup bersama yang tertib itu, perlu pedoman-pedoman obyektif

⁴⁴Barda Nawawi Arief, *RUU KUHP Baru, Sebuah Restrukturisasi/Rekonstruksi Sistem Hukum Pidana Indonesia* (Semarang: Badan Penerbit Universitas Diponegoro, 2009), halaman 1-2

⁴⁵Barda Nawawi Arief, *Beberapa Aspek Pengembangan Ilmu Hukum Pidana Menyongsong Generasi Baru Hukum Pidana Indonesia* (Pidato Pengukuhan Guru Besar FH UNDIP, pada tanggal 25 Juni 1994), halaman 8

⁴⁶Sudarto, *Hukum dan Hukum Pidana*, Op.cit., Halaman 60

⁴⁷Barda Nawawi Arief, *Pembaharuan Hukum Pidana dan Masalah Kebijakan Delik Aduan*, (Lokakarya Pembaharuan Hukum Pidana di DPR-RI, tanggal 29 Juni 1993), halaman 2

⁴⁸Prof. Satjipto Rahardjo. *Teori Hukum strategi tertib manusia lintas ruang dan generasi* (Yogyakarta: Genta Publishing, 2010), halaman 126-127

yang harus dipatuhi bersama pula. Pedoman inilah yang disebut hukum bidang *sollen* (dimana hukum terhisap didalamnya), kata Kelsen dikuasai oleh prinsip tanggungjawab (*prinzip der zurechnung*), yakni bila hal ini terjadi, maka seharusnya hal itu terjadi pula. Dengan kata lain jika hukum telah menentukan pola perilaku tertentu, maka tiap orang seharusnya berperilaku sesuai pola yang ditentukan itu. Singkatnya, “orang harus menyesuaikan diri dengan apa yang telah ditentukan” disinilah letak nilai normatif dari hukum. Keharusan dan kewajiban menaati hukum, melulu karena telah ditentukan demikian (secara yuridis formal), bukan karena nilai yang dikandung dalam materi hukum itu sendiri.

Pertanyaan yang kemudian muncul adalah, darimana sumber pedoman-pedoman obyektif itu? Kata Kelsen, sumber dari semua itu adalah dari *grundnorm* (norma dasar). *Grundnorm* menyerupai sebuah pengandaian tentang tatanan yang hendak diwujudkan dalam hidup bersama (dalam hal ini Negara). Kelsen sendiri tidak menyebut isi dari *grundnorm* tersebut. Ia hanya katakan, *grundnorm* merupakan syarat trasendental-logis bagi berlakunya seluruh tata hukum. Seluruh tata hukum positif harus berpedoman secara hirarki pada *grundnorm*. Dengan demikian secara tidak langsung, Kelsen juga sebenarnya membuat Teori tentang tertib yuridis.

Menurut Hans Kelsen, hukum adalah sebuah sistem Norma. Norma adalah pernyataan yang menekankan aspek “seharusnya” atau “*das solen*”, dengan menyertakan beberapa peraturan tentang apa yang harus dilakukan. Norma-norma adalah produk dari aksi manusia yang deliberatif. Teori umum tentang hukum yang dikembangkan oleh Kelsen meliputi dua aspek penting, yaitu aspek statis (*nomostatics*) yang melihat perbuatan yang diaturoleh hukum, dan aspek dinamis (*nomodinamic*) yang melihat hukum yang mengatur perbuatan tertentu⁴⁹.

⁴⁹Hans Kelsen. *Pure Theory. Introduction To The Problems Of Legal Theory; A Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law*. Translated by: Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L. Paulson (Oxford: Clarendon Press, 1992), halaman 69-72

Hukum adalah tata aturan (*order*) sebagai suatu sistem aturan-aturan (*rules*) tentang perilaku manusia. Dengan demikian hukum tidak menunjuk pada satu aturan tunggal (*rule*), tetapi seperangkat aturan (*rules*) yang memiliki suatu kesatuan sehingga dapat dipahami sebagai suatu sistem. Konsekuensinya, adalah tidak mungkin memahami hukum jika hanya memperhatikan satu aturan saja⁵⁰. Selain itu, definisi hukum yang tidak menentukan hukum sebagai perintah yang memaksa harus ditolak, karena:

- 1) hanya dengan memasukkan elemen sanksilah hukum dapat dibedakan secara jelas dengan tatanan sosial lainnya;
- 2) paksaan adalah faktor yang sangat penting sebagai pengetahuan hubungan sosial dan menjadi karakter utama dari hukum; dan
- 3) adanya sanksi adalah karakter utama dari hukum modern dalam hubungannya antara hukum dan negara⁵¹.

5. Teori Hukum Normatif Gustav Radbruch⁵²

Selanjutnya teori yang digunakan dalam penulisan ini menggunakan teori Gustav Radbruch mengemukakan tentang hukum itu normatif, karena nilai keadilan. Teori Gustav Radbruch nilai keadilan adalah materi yang harus menjadi isi aturan hukum. Sedangkan aturan hukum adalah bentuk yang harus melindungi nilai keadilan.

Jadi bagi Radbruch, hukum memiliki tiga aspek, yakni keadilan, finalitas dan kepastian. Aspek keadilan menunjuk pada kesamaan hak di depan hukum. Aspek finalitas menunjuk pada tujuan keadilan, yaitu memajukan kebaikan dalam hidup manusia. Aspek ini menentukan isi hukum. Sedangkan kepastian menunjuk pada jaminan bahwa hukum (yang berisi keadilan dan norma-norma yang memajukan kebaikan), benar-benar berfungsi sebagai peraturan yang ditaati. Dapat dikatakan, dua aspek yang disebut pertama merupakan kerangka ideal dari hukum. Sedangkan aspek ketiga (kepastian) merupakan kerangka operasional hukum.

6. Teori Lawrence M Friedman⁵³

Selanjutnya teori yang digunakan dalam penulisan ini menggunakan teori Lawrence M. Friedman mengemukakan tentang 3 unsur sistem hukum

⁵⁰Jimly Asshiddiqie dan Ali Safa'at. *Teori Hans Kelsen Tentang Hukum* (Jakarta: Konstitusi Press Cetakan Pertama 2006), halaman 13

⁵¹Ibid., halaman 29

⁵²Prof. Satjipto Rahardjo. *Teori Hukum strategi tertib manusia lintas ruang dan generasi* (Yogyakarta: Genta Publishing, 2010), halaman 128-129

⁵³Prof. Esmi Warasih Puji Rahayu, *Pranata Hukum, Sebuah Telaah Sosiologis*, (Semarang: Pustaka Magister, 2005), halaman 24

(*three elements of legal system*). Ketiga unsur sistem hukum yang mempengaruhi bekerjanya hukum.

Oleh karena hukum dipandang sebagai suatu sistem, maka untuk dapat memahaminya perlu penggunaan pendekatan system. Berbagai pengertian hukum sebagai system hukum dikemukakan Lawrence M. Friedman bahwa hukum itu terdiri dari komponen struktur, substansi dan kultur. Ketiga unsur sistem hukum yang mempengaruhi bekerjanya hukum.

Bahwa hukum itu terdiri dari komponen struktur, substansi dan kultur:

1. Komponen Struktur, yaitu kelembagaan yang diiptakan oleh system hukum itu dengan berbagai macam fungsi dalam rangka mendukung bekerjanya system tersebut, komponen ini dimungkinkan untuk melihat bagaimana system hukum itu memberikan pelayanan terhadap penggarapan bahan-bahan hukum secara teratur.
2. Komponen Substantif, yaitu sebagai *output* dari system hukum, berupa peraturan-peraturan, keputusan-keputusan yang digunakan baik oleh pihak yang mengatur maupun yang diatur.
3. Komponen Kultur, yaitu terdiri dari nilai-nilai, sikap-sikap persepsi, custom, way of doing, ways of thinking, opinion yang mempengaruhi bekerjanya hukum oleh Lawrence M. Friedman disebut sebagai kultur hukum. Kultur hukum inilah yang berfungsi sebagai jembatan yang menghubungkan antara peraturan hukum dengan tingkah laku seluruh warga masyarakat.

Berdasarkan teori tersebut dapat jelaskan oleh penulis bahwa ketiga unsur sistem hukum yang mempengaruhi bekerjanya hukum tersebut adalah:

- a. Struktur Hukum (*Legal Structure*) diibaratkan sebagai mesin.
- b. Substansi Hukum (*Legal Substance*) adalah apa yang dikerjakan dan dihasilkan oleh mesin itu.
- c. Kultur Hukum (*Legal Culture*) adalah apa saja dan siapa saja yang memutuskan untuk menghidupkan dan mematikan mesin itu serta memutuskan bagaimana mesin itu digunakan.

Struktur hukum dapat meliputi badan eksekutif, legislatif dan yudikatif serta lembaga-lembaga terkait, seperti Kejaksaan, Kepolisian, Pengadilan, Komisi Judisial, Komisi Pemberantasan Korupsi (KPK) dan lain-lain. Sedangkan substansi hukum adalah mengenai norma, peraturan maupun undang-undang. Budaya hukum adalah meliputi pandangan,

kebiasaan maupun perilaku dari masyarakat mengenai pemikiran nilai-nilai dan pengharapan dari sistem hukum yang berlaku.

Budaya hukum merupakan iklim dari pemikiran sosial tentang bagaimana hukum itu diaplikasikan, dilanggar atau dilaksanakan. Tanpa budaya hukum sistem hukum itu sendiri tidak akan berdaya, seperti ikan mati yang terkapar di keranjang, bukan seperti ikan hidup yang berenang di laut.

7. Teori Penegakan Hukum Progressive, Teori *Restoratif Justice*⁵⁴

Menurut Satjipto Rahardjo pemikiran hukum perlu kembali pada filosofi dasarnya yaitu hukum untuk manusia. Dengan filosofi tersebut, maka manusia menjadi penentu dan titik orientasi hukum. Hukum bertugas mealyani manusia, dan bukan sebaliknya. Oleh karena itu, bukan merupakan institusi yang lepas dari kepentingan manusia. Mutu hukum, ditentukan oleh kemampuannya untuk mengabdikan kepada kesejahteraan manusia. Ini menyebabkan hukum progresif menganut ideology hukum yang pro keadilan dan hukum yang pro rakyat.

Dengan ideologi ini, dedikasi para pelaku hukum mendapat tempat yang utama untuk melakukan pemulihan. Para pelaku hukum dituntut mengedepankan kejujuran dan ketulusan dalam penegakan hukum.

Mereka harus memiliki empati dan kepedulian pada penderitaan yang dialami rakyat dan bangsa ini. Kepentingan rakyat (kesejahteraan dan kebahagiaan), harus menjadi titik orientasi dan tujuan akhir penyelenggaraan hukum.

Konsep *Restorative Justice, Restorative Justice*⁵⁵ merupakan reaksi terhadap teori retributif yang berorientasi pada pembalasan dan teori neo klasik yang berorientasi pada kesetaraan sanksi pidana dan sanksi tindakan. Dalam teori retributif, sanksi pidana bersumber pada ide “mengapa diadakan pidanaaan”. Dalam hal ini sanksi pidana lebih menekankan pada unsur pembalasan (pengimbangan) yang sesungguhnya bersifat reaktif

⁵⁴Prof. Satjipto Rahardjo, *Teori Hukum strategi tertib manusia lintas ruang dan generasi* (Yogyakarta: Genta Publishing, 2010), halaman 212-213

⁵⁵http://www.bphn.go.id/data/documents/laporan_akhir_pengkajian_restorative_justice_anak.pdf

terhadap sesuatu perbuatan. Ia merupakan penderitaan yang sengaja dibebankan kepada seorang pelanggar, atau seperti dikatakan oleh J. E. Jonkers bahwa sanksi pidana dititikberatkan pada pidana yang diterapkan untuk kejahatan yang dilakukan. Sementara sanksi tindakan

Bersumber pada ide “untuk apa diadakan pemidanaan itu”. Jika dalam teori retributif sanksi pidana tertuju pada perbuatan salah seorang lewat pengenaan penderitaan (agar yang bersangkutan menjadi jera), maka sanksi tindakan terarah pada upaya memberi pertolongan agar dia berubah.⁵⁶29 Sanksi tindakan bertujuan lebih bersifat mendidik⁵⁷30 dan berorientasi pada perlindungan masyarakat.⁵⁸31

Retributive Justice oleh banyak orang dilihat sebagai “a philosophy, a process, an idea, a theory and intervention”.⁵⁹32 *Restorative Justice* adalah peradilan yang menekankan pada perbaikan atas kerugian yang disebabkan atau terkait dengan tindak pidana. Restorative Justice dilakukan melalui proses kooperatif yang melibatkan semua pihak (stake holders). Patut dikemukakan beberapa pengertian Restorative Justice berikut ini:

- a. Restorative justice is a theory of justice that emphasizes repairing the harm caused or revealed by criminal behaviour. It is best accomplished through cooperative processes that include all stakeholders. (Keadilan restoratif adalah teori keadilan yang menekankan perbaikan kerusakan yang disebabkan oleh perilaku kriminal. Yang paling baik hal ini dilakukan melalui proses kerjasama yang mencakup semua pihak yang berkepentingan).⁶⁰33
- b. Restorative justice is a valued-based approach to responding to wrongdoing and conflict, with a balanced focus on the person harmed, the person causing the harm, and the affected community. (Keadilan

⁵⁶Muladi dan Barda Nawawi Arief, Op.cit. Halaman 4

⁵⁷Utrecht, E. *Rangkaian Sari Kuliah Hukum Pidana II* (Surabaya: Pustaka Tinta Mas, 1994), halaman 360

⁵⁸Andi Hamzah. *Sistem Pidana dan Pemidanaan Indonesia, dari Retribusi ke Reformasi* (Jakarta: Pradnya Paramita, 1986), halaman 53

⁵⁹Kuat Puji Prayitno, Op.Cit, halaman 4 bphn

⁶⁰<http://152.118.58.226> – Powered by Mambo Open Source Generated: 7 Nopember, 2008, 18:00.

restoratif adalah nilai / prinsip pendekatan terhadap kejahatan dan konflik, dengan fokus keseimbangan pada orang yang dirugikan, penyebab kerugian, dan masyarakat yang terkena dampak).⁶¹³⁴

- c. Howard Zehr:⁶²³⁵ Viewed through a restorative justice lens, “crime is a violation of people and relationships. It creates obligations to make things right. Justice involves the victim, the offender, and the community in a search for solutions which promote repair, reconciliation, and reassurance. (Dilihat melalui lensa keadilan reconciliation, and reassurance. (Dilihat melalui lensa keadilan restoratif, kejahatan adalah pelanggaran terhadap hubungan kemasyarakatan. Kejahatan menciptakan kewajiban untuk memperbaikinya. Keadilan melibatkan korban, pelaku, dan masyarakat dalam mencari solusi yang menawarkan perbaikan, rekonsiliasi, dan jaminan). Burt Galaway dan Joe Hudson:⁶³³⁶ A definition of restorative justice includes the following fundamental elements :”first, crime is viewed primarily as a conflict between individuals that result in injuries to victims, communities, and the offenders themselves; second, the aim of the criminal justice process should be to create peace in communities by reconciling the parties and repairing the injuries caused by the dispute; third, the criminal justice should facilitate active participation by the victim, offenders, and their communities in order to find solutions to the conflict. (Definisi keadilan restoratif meliputi beberapa unsur pokok : Pertama, kejahatan dipandang sebagai suatu konflik antara individu yang dapat mengakibatkan kerugian pada korban, masyarakat, maupun pelaku sendiri; kedua, tujuan dari proses peradilan pidana harus menciptakan perdamaian dalam masyarakat, dengan jalan perujukannya semua pihak dan mengganti kerugian yang disebabkan oleh perselisihan tersebut; ketiga, proses peradilan pidana memudahkan

⁶¹Kuat Puji Prayitno, Op.cit. Halaman 4

⁶²Howard Zehr, *Changing lenses : A New Focus for Crime and justice* (Waterloo: Herald Press, 1990), halaman 181

⁶³Ibid. halaman 181

peranan korban, pelaku, dan masyarakat untuk menemukan solusi dari konflik itu).

- d. Muladi:⁶⁴40 Keadilan restoratif merupakan suatu pendekatan terhadap keadilan atas dasar falsafah dan nilai-nilai tanggungjawab, keterbukaan, kepercayaan, harapan, penyembuhan, dan “inclusiveness” dan berdampak terhadap pengambilan keputusan kebijakan sistem peradilan pidana dan praktisi hukum di seluruh dunia dan menjanjikan hal positif ke depan berupa sistem keadilan untuk mengatasi konflik akibat kejahatan dan hukum yang dapat dipertanggungjawabkan serta keadilan restoratif dapat terlaksana apabila fokus perhatian diarahkan pada kerugian akibat tindak pidana, keprihatinan yang sama dan komitmen untuk melibatkan pelaku dan korban, mendorong pelaku untuk bertanggungjawab, kesempatan untuk dialog antara pelaku dan korban, melibatkan masyarakat terdampak kejahatan dalam proses retroaktif, mendorong kerjasama dan reintegrasi.

Bagir Manan:⁶⁵41 Secara umum pengertian restorative justice adalah penataan kembali sistem pemidanaan yang lebih adil, baik bagi pelaku, korban, maupun masyarakat.

6. Metode Penelitian

a. Pendekatan Masalah

Mengingat permasalahan dalam penelitian difokuskan pada hukum pidana, khususnya menyangkut tindak pidana yang dilakukan oleh insan Ombudsman Republik Indonesia, maka dalam penelitian ini digunakan rancangan penelitian studi kepustakaan dengan metode penelitian yuridis normatif, yang mencakup⁶⁶ :

⁶⁴Kesimpulan Seminar Nasional HUT Ikatan Hakim Indonesia (IKAHI) ke-59 dengan tema “*Restorative Justice dalam Hukum Pidana Indonesia*”, Jakarta 25 April 2012

⁶⁵Majalah Varia Peradilan, Tahun XX. No. 247, (Jakarta: Penerbit Ikatan Hakim Indonesia, Juni 2006), halaman 3

⁶⁶Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum* (Jakarta: Universitas Indonesia, 1986), halaman 51

- a. Penelitian terhadap asas-asas hukum pidana dan asas keadilan Ombudsman dalam menjalankan tugas dan wewenang.
- b. Penelitian terhadap sistematika hukum.
- c. Penelitian terhadap taraf sinkronisasi hukum.
- d. Penelitian terhadap sejarah hukum.

Penulis menggunakan metode *yuridis-normatif* dikarenakan penelitian ini lebih berorientasi kepada bidang kebijakan hukum dalam konteks tindak pidana yang dilakukan oleh insan Ombudsman Republik Indonesia yang akan berkorelasi dengan hak Imunitas Ombudsman Republik Indonesia dan hukum pidana di Indonesia. Sehingga diperlukan suatu bentuk penelitian berbasis *literatur research* untuk mengakomodir banyaknya teori, norma, dan pemikiran hukum guna membahas bidang yang dikaji dalam penelitian ini. Teori yang digunakan antara lain kebijakan hukum pidana, tindak pidana, pembaharuan hukum pidana, teori Hans Kelsen (teori hukum normatif), teori Gustav Radbruch (hukum normative bahwa aturan hukum harus melindungi nilai keadilan), teori Lawrence M Friedman (tiga unsur hukum yang mempengaruhi bekerjanya hukum), teori Satjipto Raharjo (penegakan hukum progresif dan restorative justice).

b. Spesifikasi Penelitian

Penelitian ini akan melakukan penelitian melalui asas-asas dan teori hukum, taraf sinkronisasi hukum, sejarah hukum, dan implementasinya.

Asas-asas dan teori hukum akan digunakan sebagai pembungkus berbagai data yang akan ditelaah dalam penelitian ini. Kemudian taraf sinkronisasi hukum akan berperan dalam hubungan tindak pidana dengan berbagai aturan perundang-undangan yang berhubungan dengan insan Ombudsman Republik Indonesia sebagai pelaku tindak pidana dalam relevansinya dengan pertanggung jawaban insan Ombudsman Republik Indonesia baik oleh anggota Ombudsman dan Asisten Ombudsman yang melakukan tindak pidana sebagai tujuan pemidanaan.

Penelitian sejarah hukum akan melihat sejarah perkembangan perundang-undangan itu sendiri dan penerapan hukum di masa lampau dalam konteks pertanggungjawaban pidana insan Ombudsman Republik Indonesia sebagai pelaku tindak pidana. Dan penulis akan menggunakan kajian yuridis normatif dan penegakan hukum progresif model restorative justice sebagai bahan dalam konteks norma-norma mengenai pidana penjara dan pidana lainnya.

c. Sumber dan Jenis Data

Penelitian ini menggunakan sumber data sekunder, yang biasa digunakan dalam penelitian normatif,⁶⁷ adapun sumber data yang dipergunakan adalah sebagai berikut :

- a. Bahan-bahan Hukum Primer, yaitu bahan-bahan hukum yang mengikat, seperti norma paling dasar yaitu Pancasila, peraturan dasar, yaitu Undang-Undang Dasar 1945, peraturan perundang-undangan antara lain KUHP, Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2008 Tentang Ombudsman Republik Indonesia, Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2009 Tentang Pelayanan Publik, dan Peraturan Ombudsman Republik Indonesia Nomor 7 Tahun 2011 Tentang Kode Etik Insan Ombudsman Republik Indonesia serta peraturan tidak tertulis.
- b. Bahan-bahan Hukum Sekunder, bahan hukum ini membantu menganalisa dan memahami bahan hukum primer, yang terdiri dari rancangan peraturan perundang-undangan, hasil karya ilmiah para sarjana, hasil-hasil penelitian, serta jurnal-jurnal ilmiah.
- c. Bahan Hukum Tersier, yaitu bahan-bahan yang memberikan informasi tentang bahan primer dan sekunder, misalnya, kamus hukum, kamus bahasa Indonesia, dan lain sebagainya.

d. Teknik Pengumpulan Data

Melihat bahwa dalam penelitian ini dipusatkan pada data sekunder, maka pengumpulan data dilakukan dengan studi kepustakaan. Studi

⁶⁷Ronny Hanintjo Sumitro, *Metodologi Penelitian Hukum* (Jakarta: Ghalia Indonesia, 1982), halaman 24

tersebut sangat berguna dalam membantu penelitian ilmiah untuk memperoleh pengetahuan yang dekat dengan gejala yang dipelajari, dengan memberikan pengertian menyusun persoalan yang tepat, mempertajam perasaan untuk meneliti, membuat analisis, dan membuka kesempatan memperluas pengalaman ilmiah. Tindak pidana merupakan salah satu pelanggaran terhadap perundang-undangan pidana, dari pelanggaran tersebut salah satunya dapat berupa tindak pidana yang sifatnya dapat merugikan orang lain maupun diri sendiri.⁶⁸

e. Teknik Analisis Data

Dalam penelitian ini, data yang diperoleh disajikan secara kualitatif dengan menggunakan analisis deskriptif, yaitu dengan mendeskripsikan data yang telah diperoleh ke dalam bentuk penjelasan-penjelasan. Artinya masalah yang ada dianalisis dan dipecahkan berdasarkan teori dan peraturan maupun asas, dilengkapi analisis sinkronisasi, historis dan implementasinya.

Data pustaka dianalisis dengan pola pikir deduktif dan induktif secara kombinasi. Hasil akhir pengolahan data dikualitatifkan. Selanjutnya dianalisis dengan metode kualitatif-normatif, dalam hal ini dilakukan bahasan teoritik ilmu hukum pidana, metoda penafsiran dalam ilmu hukum, serta menginterpretasikan data berdasarkan teori-teori sebagaimana tersebut dalam tinjauan pustaka.

7. Sistematika Penulisan

Sebagai tulisan ilmiah, skripsi ini disusun dengan sistematika tertentu yang penulis bagi dalam IV (Empat) Bab. Dari Empat bab tadi, terdapat pula sub-sub bab sebagai isi dari masing-masing bab.

Sebagai bab I (pertama) yaitu bab pendahuluan yang terdiri dari 4 (empat) sub bab, yaitu : Sub 1; Alasan Pemilihan Judul, sub 2; Perumusan Masalah, sub 3;

⁶⁸Soerjono Soekanto, *Kriminologi Pengantar tentang Sebab-sebab Kejahatan* (Bandung: Politea, 1985), halaman 20

Tujuan Penelitian, sub 4; Manfaat Penelitian, sub 5; Kerangka Pemikiran, sub 6; Metode Penelitian, sub 7; Sistematika Penelitian, sub 8; Originalitas Penelitian.

Dalam bab II (dua) yang diberi judul Tinjauan Pustaka terdiri dari: sub A; Subjek tindak pidana, sub B; pidana dan pemidanaan, B.1; istilah dan pengertian pidana, B.2; tujuan pemidanaan, B.3; teori-teori pemidanaan B.4; unsur-unsur yang harus dipenuhi dalam pemidanaan, B.4.1; perbuatan/tindak pidana, B.4.2; kesalahan, B.4.3 alasan-alasan penghapus kesalahan, sub bab C; Tindak Pidana Penganiayaan, sub bab D; Tinjauan Umum Sistem Pemidanaan di Indonesia, E; Tinjauan Umum Pertanggungjawaban Pidana, sub bab F Konsep F.1; Pelayanan Publik, F.2; Ombudsman.

Kemudian dalam bab III (tiga) diuraikan tentang Hasil Penelitian Dan Pembahasan yang terdiri dari 2 (dua) sub bab, yaitu: sub A; bentuk perlindungan hukum yang diberikan pemerintah terhadap Anggota Ombudsman dan Asisten Ombudsman setelah diberlakukannya Pasal 10 Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2008 tentang Ombudsman Republik Indonesia, sub B; analisis terhadap implementasi perlindungan hukum (imunitas) yang diberikan Undang-undang Nomor 37 Tahun 2008 setelah adanya kode etik ternyata memicu potensi terjadinya praktek pelanggaran Kode etik dan terjadinya tindak pidana pelanggaran asas-asas hukum pidana (studi kasus Wakil Ketua Ombudsman RI Periode Ke 2). C; Analisis kebijakan formulasi perlindungan hak imunitas sesuai dengan asas keadilan didalam Ombudsman menjalankan tugas dan wewenangnya.

Sedangkan dalam bab IV (lima) selaku bab terakhir terdiri dari sub-bab kesimpulan dan saran-saran.

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. Subjek Tindak Pidana

Telah diketahui, bahwa unsur pertama tindak pidana itu adalah perbuatan orang, pada dasarnya yang dapat melakukan tindak pidana itu manusia (*natuurlijke personen*). Ini dapat disimpulkan berdasarkan hal-hal berikut:⁶⁹

- a. rumusan delik dalam undang-undang lazim dimulai dengan kata-kata: 'barang siapa yang....Kata "barang siapa" ini tidak dapat diartikan lain daripada "orang"'.
- b. dalam Pasal 10 KUHP disebutkan jenis-jenis pidana yang dapat dikenakan kepada tindak pidana, yaitu: pidana pokok dan pidana tambahan. Sifat dari pidana tersebut adalah sedemikian rupa, sehingga pada dasarnya hanya dapat dikenakan pada manusia.
- c. dalam pemeriksaan perkara dan juga sifat dari hukum pidana yang dilihat ada/tidaknya kesalahan pada terdakwa, memberi petunjuk bahwa yang dapat dipertanggungjawabkan itu manusia. Pengertian kesalahan dan kealpaan merupakan sifat dari bathin manusia.

Selain hal-hal tersebut diatas, KUHP pun mengatur mengenai tindak pidana yang dilakukan oleh orang-orang dalam badan hukum. Dalam pasal 59 KUHP berbunyi:

"Dalam hal-hal dimana karena pelanggaran ditentukan pidana terhadap pengurus, anggota badan pengurus atau komisaris-komisaris, maka pengurus, anggota badan pengurus atau komisaris-komisaris yang ternyata tidak ikut campur melakukan pelanggaran tidak dipidana."

Pasal ini tidak menunjuk ke arah dapat dipidananya suatu badan hukum, menurut pasal ini yang dapat dipidana adalah orang yang melakukan sesuatu fungsi dalam suatu korporasi⁷⁰.

⁶⁹ Sudarto, *Hukum Pidana I* (Semarang: Yayasan Sudarto, 2011), halaman 60

⁷⁰ *Loc Cit*

B. Pidana dan Pemidanaan

B.1. Istilah dan pengertian pidana

Pengertian pidana dan istilah pidana menurut Barda Nawawi dan Muladi⁷¹ dijelaskan dalam buku yang ditulis oleh keduanya secara detail dengan mencantumkan beberapa pengertian mengenai pidana dari beberapa pakar hukum. Adapun pengertian dan istilahnya sebagai berikut.

Istilah “hukuman” yang merupakan istilah umum dan konvensional, dapat mempunyai arti yang luas dan berubah-ubah karena istilah itu dapat berkonotasi dengan bidang yang cukup luas. Istilah tersebut tidak hanya sering digunakan dalam bidang hukum, tetapi juga dalam istilah sehari-hari di bidang pendidikan, moral, agama, dan sebagainya.

Oleh karena “pidana” merupakan istilah yang lebih khusus, maka perlu ada pembatasan pengertian atau makna sentral yang dapat menunjukkan ciri-ciri atau sifat-sifatnya yang khas.

Untuk memberikan gambaran yang lebih luas, berikut ini dikemukakan beberapa pendapat atau definisi dari para sarjana tentang istilah dan pengertian pidana :

1. Sudarto

“Yang dimaksud dengan pidana ialah penderitaan yang sengaja dibebankan kepada orang yang melakukan perbuatan yang memenuhi syarat-syarat tertentu”.

2. Roeslan Saleh

“Pidana adalah reaksi atau delik, dan ini berwujud suatu nestapa yang dengan sengaja ditimpakan negara pada pembuat delik itu”.

3. Fitzgerald

“Punishment is the authoritative infliction of suffering for an offence”.

4. Ted Honderich

“Punishment is an authority’s infliction of penalty (something involving deprivation or distress) on an offender for an offence”.

⁷¹Barda Nawawi dan Muladi, *Teori-teori dan Kebijakan Pidana* (Bandung: Alumni, 1998), halaman 4

5. Sir Rupert Cross

“Punishment means “The infliction of pain by the State on someone who has been convicted of an offence”.

6. Burton M. Leiser

“A punishment is a harm inflicted by a person in a position of authority upon another who is judged to have violated a rule or a law”.

7. H.L.A Hart

Punishment must:

- a. involve pain or another consequences normally considered unpleasant;*
- b. be for actual or supposed offender for his offence;*
- c. be for an offence against legal rules;*
- d. be intentionally administered by human beings other than the offender;*
- e. be imposed and administered by an authority constituted by a legal system against with the offence is committed.*

8. Alf Ross

Punishment is that social response which:

- a. occurs where there is violation of a legal rule;*
- b. is imposed and carried out by authorised persons on behalf of the legal order to which the violated rule belongs;*
- c. involves suffering or at least other consequences normally considered unpleasant;*
- d. expresses disapproval of the violator.*

9. Di dalam *“Black’s Law Dictionary”* dinyatakan bahwa *“punishment”* adalah:

“any fine, penalty or confinement inflicted upon a person by authority of the law and the judgement and sentence of a court, for some crime or offence committed by him, or for his omission of a duty enjoined by law”

Dari beberapa definisi di atas dapatlah disimpulkan bahwa pidana mengandung unsur-unsur atau ciri-ciri sebagai berikut:⁷²

- 1) pidana itu pada hakekatnya merupakan suatu pengenaan penderitaan atau nestapa atau akibat-akibat lain yang tidak menyenangkan

⁷² *Ibid*, halaman 4

- 2) pidana itu diberikan dengan sengaja oleh orang atau badan yang mempunyai kekuasaan (oleh yang berwenang)
- 3) pidana itu dikenakan kepada seseorang yang telah melakukan tindak pidana menurut undang-undang.

B.2. Tujuan pidanaaan

Tujuan yang ingin dicapai dengan pidana dan hukum pidana selama ini belum dirumuskan secara formal dalam undang-undang. Perumusan tujuan ini baru dalam konsep rancangan KUHP. Oleh karena itu tujuan yang akan dijadikan tolak ukur dan dasar pembenaran dalam membahas pidanaaan ini lebih bersifat teoretis, khususnya dilihat dari sudut politik kriminal.⁷³

Tujuan dari pidanaaan tercantum dalam RUU KUHP Nasional Pasal 50:

(1) pidanaaan bertujuan

- a. mencegah dilakukannya tindak pidana dengan menegakan norma hukum demi pengayoman masyarakat;
- b. memasyarakatkan terpidana dengan mengadakan pembinaan sehingga menjadi orang yang baik dan berguna
- c. menyelesaikan konflik yang ditimbulkan oleh tindak pidana, memulihkan keseimbangan, dan mendatangkan rasa damai dalam masyarakat, dan
- d. membebaskan rasa bersalah pada terpidana

(2) pidanaaan tidak dimaksudkan untuk menderitakan dan merendahkan martabat

manusia

Dalam pemberian pidana, seorang hakim harus mempertimbangkan beberapa hal sebagai bahan pertimbangannya dalam menjatuhkan putusan. Oleh karena ada kalanya seseorang melakukan tindak pidana bukan atas kehendaknya murni melainkan ada faktor-faktor dari luar yang mendorongnya.

pasal 51 RUU KUHP Nasional

(1) Dalam pidanaaan wajib dipertimbangkan

⁷³Barda Nawawi, *Kebijakan legislatif dalam penanggulangan kejahatan dengan pidana penjara* (Semarang: CV. Ananta, 1994), halaman 88

- a. kesalahan pembuat tindak pidana
- b. motif dan tujuan melakukan tindak pidana
- c. cara melakukan tindak pidana
- d. sikap batin pembuat tindak pidana
- e. riwayat hidup dan keadaan sosial ekonomi pembuat tindak pidana
- f. sikap dan tindakan pembuat sesudah melakukan tindak pidana
- g. pengaruh pidana terhadap masa depan pembuat tindak pidana
- h. pandangan masyarakat terhadap tindak pidana yang dilakukan
- i. pengaruh tindak pidana terhadap korban atau keluarga korban; dan atau
- j. apakah tindak pidana dilakukan dengan berencana

Sedangkan **Alf Ross** dalam *Concept of punishment* menyatakan bahwa “*punishment*” harus bertolak pada dua syarat atau tujuan, yaitu:⁷⁴

- 1) pidana ditunjukkan pada pengenaan penderitaan terhadap orang yang bersangkutan (punishment is aimed at inflicting suffering upon the person upon whom it is imposed); dan
- 2) pidana itu merupakan suatu pernyataan pencelaan terhadap perbuatan si pelaku (the punishment is an expression of disapproval of the action for which it is imposed)

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

Herbert L. Packer juga berpendapat bahwa tingkatan atau derajat ketidak-enakan atau kekejaman, bukanlah ciri yang membedakan antara *punishment* dan *treatment*. Perbedaannya harus dilihat dari tujuannya dan seberapa jauh peranan dari perbuatan si pelaku terhadap adanya pidana atau tindakan-perlakuan.⁷⁵

Sehubungan dengan perbedaan antara pidana dan tindakan ini, **van Bemmelen** menyatakan bahwa sistem untuk memasukan tindakan-tindakan (maatregelen) di samping pidana (straf) sehingga bersifat *zweispurig* di Holland,

⁷⁴ Barda dan Muladi, *Op Cit*, halaman 5

⁷⁵ *Loc Cit*

diterapkan sedemikian rupa sehingga pidana juga bertujuan mendidik penjahat, sedangkan tindakan juga membawa penderitaan karena hampir selalu disertai dengan perampasan atau pembatasan kemerdekaan.⁷⁶

Tidak semua sarjana berpendapat bahwa pidana pada hekekatnya adalah suatu penderitaan atau nestapa. Menurut **Hulsman**, hakekat pidana adalah “menyerukan untuk tertib” (tot de orde roepen); pidana pada hakekatnya mempunyai tujuan utama yakni untuk mempengaruhi tingkah laku (gadragsbeinvloeding) dan penyelesaian konflik (conflictoplossing).⁷⁷

Binsbergen berpendapat bahwa ciri hakiki dari pidana adalah “suatu pernyataan atau penunjukan salah oleh penguasa sehubungan dengan suatu tindak pidana”. Demikian juga dengan **G.P Hoefnagels** tidak setuju dengan pendapat bahwa pidana merupakan suatu pencelaan, pendapatnya ini bertolak pada pengertian yang luas bahwa sanksi dalam hukum pidana adalah semua reaksi terhadap pelanggaran hukum yang ditentukan oleh undang-undang, sejak penahanan dan pengusutan terdakwa oleh polisi sampai vonis dijatuhkan.⁷⁸

Sehubungan dengan masalah tujuan pidana, berikut ini dikemukakan pendapat para sarjana sebagai berikut:⁷⁹

1. Richard D. Schwartz dan Jerome H. Skolnick

Sanksi pidana dimaksudkan untuk:

- a. mencegah terjadinya pengulangan tindak pidana (to prevent recidivism)
- b. mencegah orang lain melakukan perbuatan yang sama seperti yang dilakukan si terpidana (to deter other from the performance of similar act)
- c. menyediakan saluran untuk mewujudkan motif-motif balas dendam (to provide a channel for the expression of retaliatory motives)

2. John Kaplan

Mengemukakan adanya dasar-dasar pembenaran pidana, yaitu:

- a. untuk menghindari balas dendam (avoidance of blood feuds)
- b. adanya pengaruh yang bersifat mendidik (the educational effect)

⁷⁶ *Ibid*, halaman 8

⁷⁷ *Ibid*, halaman 9

⁷⁸ *Loc Cit*

⁷⁹ *Ibid*, halaman 19-25

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

3. Emile Durkheim

Fungsi dari pidana adalah untuk menciptakan kemungkinan bagi pelepasan emosi-emosi yang ditimbulkan atau diguncangkan oleh adanya kejahatan (*the function of punishment is to create a possibility for the release of emotions that are aroused by the crime*)

4. Fouconnet

Penghukuman, dalam arti pemidanaan, dan pelaksanaan pidana pada hakekatnya merupakan penegasan kembali nilai-nilai kemasyarakatan yang telah dilanggar dan dirubah oleh adanya kejahatan itu.

5. Roger Hood

Sasaran pidana di samping untuk mencegah si terpidana atau pembuat potensiil melakukan tindak pidana, juga untuk:

- a. memperkuat kembali nilai-nilai sosial (*reinforcing social values*)
- b. menentramkan rasa takut masyarakat terhadap kejahatan (*allaying public fear of crime*)

6. G. Peter Hoefnagels

Tujuan pidana adalah untuk:

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

7. B. Rijkssen

Membedakan antara dasar hukum dari pidana dan tujuan pidana. Dasar hukum dari pidana terletak pada pembalasan terhadap kesalahan yakni dalam pembalasan itu terletak pembenaran daripada wewenang pemerintah untuk memidana (*strafbevoegdheid van de overheid*). Apakah penguasa juga akan menggunakan wewenang itu tergantung dari tujuan yang dikehendaki. Tujuan-tujuan itu menurut **R. Rijkasen** adalah penegakan wibawa, penegakan norma, menakut-nakuti, mendamaikan, mempengaruhi tingkah laku dan menyelesaikan konflik.

8. Roeslan Saleh

Mengemukakan bahwa pada hakekatnya ada 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 sekalipun merupakan pula penentuan hukum, merupakan koreksi dari dan reaksi atas sesuatu yang bersifat tidak hukum.

Dengan demikian, pada hakekatnya pidana adalah selalu perlindungan terhadap masyarakat dan pembalasan atas perbuatan tidak hukum.

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

9. Sahetapy

Dalam disertasinya yang berjudul “Ancaman pidana mati terhadap pembunuhan berencana”, dikemukakan olehnya bahwa pembedaan bertujuan “pembebasan”.

Pidana harus dapat membebaskan si pelaku dari cara atau jalan yang keliru yang telah ditempuhnya. Makna membebaskan tidak identik dengan pengertian rehabilitasi atau reformasi. Makna membebaskan menghendaki agar si pelaku bukan saja harus dibebaskan dari alam pikiran yang jahat, yang keliru, melainkan ia harus pula dibebaskan dari kenyataan sosial di mana ia terbelenggu.

Menurut **Sahetapy** tidak dapat disangkal bahwa dalam pengertian pidana tersimpul unsur penderitaan.

Tetapi penderitaan dalam tujuan membebaskan bukanlah semata-mata untuk penderitaan agar si pelaku menjadi takut atau merasa akibat suatu pembalasan dendam melainkan derita itu harus dilihat sebagai obat atau sebagai kunci jalan keluar yang membebaskan dan yang memberi kemungkinan bertobat dengan penuh keyakinan.

10. Bismar Siregar

Dalam kertas kerjanya yang berjudul “Tentang pemberian pidana” pada simposium Pembaharuan Hukum Pidana Nasional di Semarang tahun 1980, Bismar menyatakan antara lain:

“...yang pertama-tama patut diperhatikan dalam pemberian pidana, bagaimana caranya agar hukum badaniah mencapai sasaran, mengembalikan keseimbangan yang terganggu akibat perbuatan si tertuduh, karena tujuan penghukuman tiada lain mewujudkan kedamaian dalam kehidupan manusia”.

B.3. Teori-teori Pidanaan

Dalam buku *Teori-teori dan kebijakan pidana*⁸⁰ dituliskan bahwa secara tradisional teori-teori pidanaan pada umumnya dapat dibagi dalam dua kelompok teori, yaitu:

1. Teori Absolut atau teori pembalasan (retributive/vergedings theorieen)
2. Teori relatif atau teori tujuan (utilitarian/doeltheorieen)

ad. 1 Teori Absolut

Menurut teori ini pidana dijatuhkan semata-mata karena orang telah melakukan kejahatan atau tindak pidana (quia peccatum test). Pidana merupakan akibat mutlak yang harus ada sebagai suatu pembalasan kepada orang yang melakukan kejahatan. Jadi dasar pembenaran dari pidana terletak pada adanya atau terjadi kejahatan itu sendiri. Menurut **Johan Andenas** tujuan utama (primair) dari pidana menurut teori absolut ialah “untuk memuaskan tuntutan keadilan” sedangkan pengaruh-pengaruhnya yang menguntungkan adalah sekunder.

Salah seorang tokoh lain dari penganut teori absolut yang terkenal ialah **Hegel** yang berpendapat bahwa pidana merupakan keharusan logis sebagai konsekuensi dari adanya kejahatan. Karena kejahatan adalah pengingkaran terhadap ketertiban hukum negara yang merupakan “Negation der Negation” (peniadaan atau pengingkaran terhadap pengingkaran). Teori **Hegel** ini dikenal dengan “quasi-mathematic” yaitu:

⁸⁰ Barda dan Muladi, *Op Cit*

- wrong being (crime) is the negation of right; and
- punishment is the negation of that negation

Menurut **Nigel Walker** para penganut teori retributif ini dapat pula dibagi dalam beberapa golongan, yaitu:

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

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

Dalam buku **John Kaplan**, teori retribution ini dibedakan lagi menjadi dua teori, yaitu:

- a. teori pembalasan (the revenge theory), dan
- b. teori penebusan dosa (the expiation theory)

menurut John Kaplan kedua teori ini sebenarnya tidak berbeda, tergantung dari cara orang berpikir pada waktu menjatuhkan pidana yaitu apakah pidana itu

dijatuhkan karena kita “menghutangkan sesuatu kepadanya” atau karena “ia berhutang sesuatu kepada kita”.

Pembalasan mengandung arti bahwa hutang si penjahat “telah dibayarkan kembali” (*the criminal is paid back*) sedangkan penebusan mengandung arti bahwa si penjahat “membayar kembali hutangnya” (*the criminal pays back*).

J. Andenaes mengemukakan bahwa “*Revenge*” merupakan suatu pembalasan yang berusaha memuaskan hasrat balas dendam dari sebagian para korban atau orang-orang lain yang simpati kepadanya; sedangkan *retribution* atau *atonement* tidak berusaha menenangkan atau menghilangkan emosi-emosi dari para korban tetapi lebih bertujuan memuaskan tuntutan keadilan. Dapat kita simpulkan bahwa benar secara historis atau secara psikologis ada hubungan yang erat antara balas dendam dengan dengan pidana.

Hukum pidana modern dilihat dari sejarahnya bersumber pada pembalasan dendam secara pribadi dan secara psikologis konsep tentang *retribution* secara sadar atau tidak dapat digunakan sebagai *kamuflase* (penyamaran) dari hasrat untuk balas dendam.

Di Belanda, **Leo Polak** yang secara luas membahas masalah pembalasan ini menyatakan bahwa kesamaan antara sesama manusia membawa akibat bahwa kebahagiaan dan penderitaan harus dibagi antar mereka secara rata.

Penderitaan hipotesis (*hypothetisch-leed*) yang dialami oleh tiap penduduk yang menghormati hukum dituangkan menjadi pidana maksimum yang diancamkan terhadap suatu kejahatan. Menurut **Polak**, keuntungan yang semula diperoleh seorang penjahat harus diobjektifkan. Karena itu teorinya disebut teori yang mengobjektifkan.

Menurut **Sudarto**, sebenarnya sekarang sudah tidak ada lagi penganut ajaran pembalasan yang klasik, dalam arti bahwa pidana merupakan suatu keharusan demi keadilan belaka.

Kalau masih ada penganut teori pembalasan, mereka itu dikatakan sebagai penganut teori pembalasan yang modern misalnya van Bemmelen, Pompe dan Enschede.

Pembalasan di sini bukanlah tujuan sendiri, melainkan sebagai pembatasan dalam arti harus ada keseimbangan antara perbuatan dan pidana; maka dapat dikatakan ada azas pembalasan yang negatif. Hakim hanya menetapkan batas-batas dari pidana; pidana tidak boleh melampaui batas-batas dari kesalahan si pembuat.

Van Bemmelen menyatakan bahwa untuk hukum pidana dewasa ini, maka pencegahan main hakim sendiri tetap merupakan fungsi yang penting sekali dalam penerapan hukum pidana yakni memenuhi keinginan akan pembalasan.

Pompe yang seumur hidupnya berpegang pada teori pembalasan menganggap pembalasan ini dalam arti positif dan konstruktif dan bukan dalam arti tidak ada manfaatnya seperti dalam pandangan mereka yang anti pembalasan.

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

ad 2. Teori Relatif

Menurut teori ini memidana bukanlah untuk memuaskan tuntutan absolut dari keadilan. Pembalasan itu sendiri tidak mempunyai arti, tetapi hanya sebagai sarana untuk melindungi kepentingan masyarakat. Oleh karena itu menurut **J. Andenaes**, teori ini dapat disebut sebagai “teori perlindungan masyarakat” (*the theory of social defence*).

Menurut **Nigel Walker** teori ini lebih tepat disebut teori atau aliran reduktif (*the “reductive” point of view*) karena dasar pembenaran pidana menurut teori ini ialah untuk mengurangi frekuensi kejahatan. Oleh karena itu para penganutnya dapat disebut golongan “*Reducers*” (penganut teori reduksi).

Pidana bukanlah sekedar untuk melakukan pembalasan atau pengimbalan kepada orang yang telah melakukan suatu tindak pidana, tetapi mempunyai tujuan-tujuan tertentu yang bermanfaat. Oleh karena itu teori ini pun sering juga disebut teori tujuan (*Utilitarian theory*).

Beda ciri-ciri pokok atau karekteristik antara teori retributive dan teori utilitarian dikemukakan secara terperinci oleh **Karl O. Christiansen** sebagai berikut:

Pada teori retribution :

- a. tujuan pidana adalah semata-mata untuk pembalasan
- b. pembalasan adalah tujuan utama dan di dalamnya tidak mengandung sarana-sarana untuk tujuan lain misalnya untuk kesejahteraan masyarakat
- c. kesalahan merupakan satu-satunya syarat untuk adanya pidana
- d. pidana harus disesuaikan dengan kesalahan si pelanggar
- e. pidana melihat ke belakang; ia merupakan pencelaan yang murni dan tujuannya tidak untuk memperbaiki, mendidik atau memasyarakatkan kembali si pelanggar.

Pada teori utilitarian:

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

Di samping pembagian secara tradisional teori-teori pemidanaan seperti dikemukakan di atas, yaitu teori absolut dan teori relative, ada teori yang disebut teori gabungan (*verenigings theorieen*).

Penulis yang pertama mengajukan teori gabungan ini ialah **Pellegrino Rossi** (1787-1848). Sekalipun ia tetap menganggap pembalasan sebagai asas dari pidana dan bahwa beratnya pidana tidak boleh melampaui suatu pembalasan yang

adil, namun dia berpendirian bahwa pidana mempunyai pelbagai pengaruh antara lain perbaikan sesuatu yang rusak dalam masyarakat dan prevensi general.

Sedangkan di Indonesia, KUHP yang ada sekarang ini belum memberikan pedoman mengenai pemidanaan, namun dalam RUU KUHP Nasional disertakan pedoman pemidanaan yaitu seperti yang tercantum pada Pasal 54 dan Pasal 56

pasal 54

- (1) jika seseorang melakukan tindak pidana yang hanya diancam dengan pidana penjara, sedangkan hakim berpendapat tidak perlu menjatuhkan pidana penjara setelah mempertimbangkan ketentuan sebagaimana dimaksud dalam pasal 50, pasal 52, dan pasal 64, maka orang tersebut dapat dijatuhi pidana denda.
- (2) ketentuan sebagaimana dimaksud dengan ayat (1) tidak berlaku bagi orang yang pernah dijatuhi pidana penjara untuk tindak pidana yang telah dilakukan setelah berumur 18 (delapan belas) tahun.
- (3) pidana denda yang dapat dijatuhkan berdasarkan ketentuan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) adalah denda paling banyak menurut katagori V denda paling sedikit katagori III.
- (4) jika tujuan pemidanaan tidak dapat dicapai hanya dengan penjatuhan pidana penjara, maka untuk tindak pidana terhadap harta benda yang hanya diancam dengan pidana penjara dan mempunyai sifat merusak tatanan sosial dalam masyarakat, dapat dijatuhi pidana paling banyak katagori V bersama-sama dengan pidana penjara.

pasal 56

- (1) jika suatu tindak pidana diancam dengan pidana pokok secara alternatif, maka penjatuhan pidana pokok yang lebih ringan harus lebih diutamakan apabila hal itu dipandang telah sesuai dan dapat menunjang tercapainya tujuan pemidanaan.
- (2) jika pidana penjara dan denda diancamkan secara alternatif, maka untuk tercapainya tujuan pemidanaan, kedua jenis pidana pokok tersebut dapat dijatuhkan secara kumulatif, dengan ketentuan tidak melampaui separuh batas maksimum kedua jenis pidana pokok yang diancamkan tersebut.

- (3) ketentuan sebagaimana dimaksud dalam ayat (2) tidak berlaku jika pasal yang bersangkutan juga mengancam secara kumulatif untuk kedua jenis pidana pokok tersebut.
- (4) jika dipertimbangkan untuk menjatuhkan pidana pengawasan berdasarkan ketentuan sebagaimana dimaksud dalam pasal 72 dan pasal 73 ayat (1) dan (2), maka tetap dapat dijatuhkan pidana denda paling banyak separuh dari maksimum pidana denda yang diancamkan tersebut bersama-sama dengan pidana pengawasan.

Tujuan utama yang ingin dicapai pidana dan hukum pidana sebagai salah satu sarana dan politik kriminal adalah “perlindungan masyarakat”. Tujuan perlindungan masyarakat inilah yang menurut **Bassiouni** merupakan batu landasan (*a cornerstone*) dari hukum pidana.⁸¹

B.4. Unsur-unsur yang harus dipenuhi dalam perbuatan pidana

Pada Sub-bab ini penulis memaparkan unsur-unsur yang harus dipenuhi dalam perbuatan pidana secara umum terlebih dahulu, hal ini dimaksudkan agar adanya pemahaman yang terfokus pada tindak pidana secara umum dan tindak pidana secara khusus, sedangkan unsur-unsur mengenai tindak pidana pembunuhan akan kami bahas dalam bagian tersendiri, yaitu mengenai tindak pidana pembunuhan.

B.4.1. Perbuatan atau tindak pidana

Pembentuk undang-undang kita telah menggunakan perkataan “*strafbaarfeit*” untuk menyebutkan apa yang kita kenal sebagai “tindak pidana” di dalam kitab Undang-undang Hukum Pidana tanpa memberikan sesuatu penjelasan mengenai apa yang sebenarnya yang dimaksud dengan perkataan “*strafbaarfeit*” tersebut.

Perkataan *feit* itu sendiri di dalam bahasa Belanda berarti “sebagian dari kenyataan” atau “*een gedeelte van de werkelijkheid*”, sedang “*strafbaar*” berarti “dapat dihukum”, hingga secara harfiah perkataan “*strafbaarfeit*” itu dapat diterjemahkan sebagai “sebagian dari suatu kenyataan yang dapat dihukum”, yang

⁸¹Lamintang, *Dasar-dasar Hukum Pidana Indonesia*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 1997), halaman 178

sudah barang tentu tidak tepat, oleh karena kelak akan kita ketahui bahwa yang dapat dihukum sebenarnya adalah manusia sebagai pribadi dan bukan kenyataan, perbuatan ataupun tindakan.⁸²

Mengenai isi dan pengertian tindak pidana tidak ada kesatuan pendapat di antara para sarjana. Di Indonesia sesudah Perang Dunia II persoalan ini “dihangatkan” oleh **Muljatno**, guru besar hukum pidana pada Universitas Gadjah Mada dalam pidato beliau pada dies natalis universitas tersebut pada tahun 1955 yang berjudul “perbuatan pidana dan pertanggung jawaban dalam hukum pidana”. Beliau membedakan dengan tegas “dapat dipidananya perbuatan (*de strafbaarheid van het feit atau het verboden zijr van het feit*) dan “dapat dipidananya orangnya” (*strafbaarheid van den persoon*) dan sejalan dengan ini beliau memisahkan antara pengertian “perbuatan pidana” (*criminal act*) dan “pertanggung jawaban pidana” (*criminal responsibility atau criminal liability*).⁸³

Ada beberapa definisi mengenai *strafbaarfeit* menurut pendapat para sarjana. **Pompe** mengatakan bahwa “*strafbaarfeit*” secara teoritis dapat dirumuskan sebagai “suatu pelanggaran norma (gangguan terhadap tertib hukum) yang dengan sengaja telah dilakukan oleh seorang pelaku, di mana penjatuhan hukuman terhadap pelaku tersebut adalah perlu demi terpeliharanya tertib hukum dan terjaminnya kepentingan umum”.⁸⁴

Van Hattum berpendapat bahwa suatu tindakan itu tidak dapat dipisahkan dari orang yang telah melakukan tindakan tersebut. Menurut beliau, perkataan “*strafbaar*” itu berarti “*voor straf in aanmerking komend*” atau “*straf verdienend*” yang juga mempunyai arti sebagai “pantas untuk dihukum, sehingga perkataan “*strafbaarfeit*” seperti yang telah digunakan oleh pembentuk undang-undang di dalam Kitab Undang-undang Hukum Pidana itu secara “*eliptis*” haruslah diartikan sebagai “tindakan, yang karena telah melakukan tindakan semacam itu membuat seseorang menjadi dapat dihukum” atau suatu “*feit tarzake van hetwelk een persoon strafbaar is*”.⁸⁵

⁸² Lamintang, *Op Cit*, halaman 181

⁸³ Sudarto, *Op Cit* halaman 40

⁸⁴ Pompe, *Handboek*, halaman 39

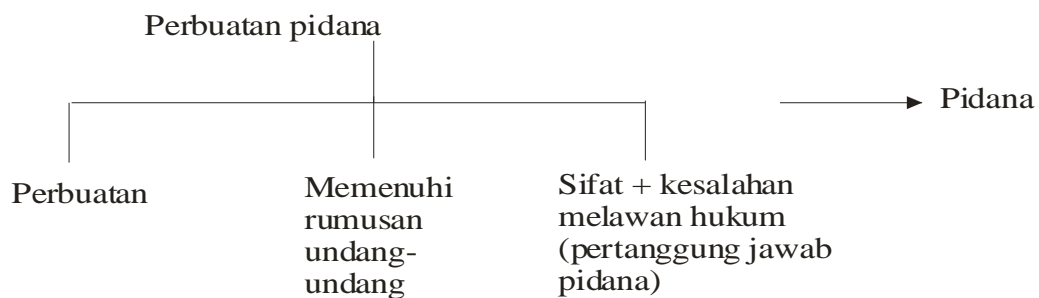
⁸⁵ van Hattum, *Hand-en leerboek I*, halaman 112

Menurut **Muljatno**⁸⁶, untuk adanya perbuatan pidana harus ada unsur-unsur:

1. perbuatan (manusia)
2. yang memenuhi rumusan dalam undang-undang (ini merupakan syarat formil),
3. bersifat melawan hukum (ini merupakan syarat materiil)

Syarat formil itu harus ada, karena azas legalitas yang tersimpul dalam pasal 1 KUHP. Syarat materiil itu harus pula ada, karena perbuatan itu harus pula betul-betul dirasakan oleh masyarakat sebagai perbuatan yang tak boleh atau tak patut dilakukan; oleh karena bertentangan dengan atau menghambat akan tercapainya tata dalam pergaulan masyarakat yang dicita-citakan oleh masyarakat itu.⁸⁷

Guna memberikan gambaran tentang unsur-unsur tindak pidana, di bawah ini diberikan skema dari **Mulyatno**⁸⁸:



Bagan 1.2 Diagram I

B.4.2 Kesalahan

Telah dijabarkan pada sub bab sebelumnya bahwa untuk menentukan adanya perbuatan pidana oleh seseorang harus ditemukan unsur kesalahan terhadap perbuatan yang telah dilakukannya. Meskipun perbuatannya memenuhi delik dalam undang-undang dan tidak dibenarkan (*an objective breach of a penal provision*), namun hal tersebut belum memenuhi syarat untuk penjatuhan pidana. Untuk pemidanaan masih perlu adanya syarat, bahwa orang yang melakukan perbuatan itu mempunyai kesalahan atau bersalah (*subjective guilt*).⁸⁹

⁸⁶ Sudarato, *Op Cit* halaman 49

⁸⁷ Sudarto, *Op Cit* halaman 43

⁸⁸ Sudarto, *Op Cit* halaman 49

⁸⁹ Sudarto, *Op cit* halaman 85

Van Hattum berpendapat bahwa pengertian kesalahan yang paling luas memuat semua unsur dalam mana seseorang dipertanggung-jawabkan menurut hukum pidana terhadap perbuatan yang melawan hukum, meliputi semua hal, yang bersifat psychis yang terdapat dapat keseluruhan yang berupa *strafbaarfeit* termasuk si pembuatnya (*al het geen psychisch is aan dat complex, dat bestaat uit een strafbaar feit en deswege een strafbare deder*).⁹⁰

Menurut **Sudarto** dalam buku Hukum Pidana I, kesalahan dalam arti bentuk kesalahan (*schuldvorm*) dapat berupa kesengajaan (*dolus, opzet, vorsatz*, atau *intention*) dan kealpaan (*culpa, onachtzaamheid, nelatigheid, fahrlässigkeit* atau *negligence*). Dari pernyataan di atas dapat disimpulkan bahwa bentuk dari kesalahan adalah kesengajaan dan kealpaan.

Dalam KUHP tidak memberikan definisi mengenai kesengajaan, namun dapat dikatakan bahwa sengaja berarti menghendaki dan mengetahui apa yang dilakukan. Orang yang melakukan perbuatan dengan sengaja menghendaki perbuatan itu dan di samping itu mengetahui atau menyadari tentang apa yang dilakukan itu.⁹¹

Berhubung dengan keadaan batin orang yang berbuat dengan sengaja yang berisi menghendaki dan mengetahui itu, maka dalam ilmu pengetahuan hukum pidana dapat disebut 2 (dua) teori sebagai berikut⁹²:

1. teori kehendak (*wilstheorie*) dan
2. teori pengetahuan atau membayangkan (*voorstellings-theorie*)

Dalam hal seseorang melakukan sesuatu dengan sengaja dapat dibedakan 3 (tiga) corak batin, yang menunjukkan tingkatan atau bentuk dari kesengajaan itu. Coraknya adalah sebagai berikut⁹³ :

1. kesengajaan sebagai maksud untuk mencapai suatu tujuan; *dolus directus*
2. kesengajaan dengan sadar kepastian (*opzet met zekerheidsbewustzijn*) atau
3. kesengajaan dengan sadar kemungkinan (*dolus eventualis*)

⁹⁰ Sudarto, *Op Cit* halaman 88

⁹¹ Sudarto, *Op Cit* halaman 102

⁹² *Loc cit*

⁹³ Sudarto, *Op Cit* halaman 103

Apakah untuk adanya kesengajaan itu si-pembuat harus menyadari bahwa perbuatannya itu dilarang (bersifat melawan hukum)? Mengenai hal tersebut ada dua pendapat, ialah yang mengatakan bahwa:

- a. sifat kesengajaan itu berwarna dan
- b. tidak berwarna

ad.a kesengajaan melakukan perbuatan mencakup pengetahuan si-pembuat bahwa perbuatannya melawan hukum (dilarang); harus ada hubungan antara keadaan batin si-pembuat dengan melawan hukumnya perbuatan. Dikatakan bahwa sengaja di sini berarti **Dolus malus**. Jadi, menurut pendapat pertama untuk adanya kesengajaan perlu bahwa si-pembuat menyadari bahwa perbuatannya dilarang.

ad.b untuk adanya kesengajaan cukuplah bahwa si-pembuat itu menghendaki perbuatan yang dilarang itu. Ia tak perlu tahu bahwa perbuatannya dilarang/sifat melawan hukum.

Bentuk kedua dari kesalahan adalah kealpaan. Alasan pembentuk undang-undang mengancam pidana perbuatan yang mengandung unsur kealpaan di samping unsur kesengajaan, menurut M.v.T sebagai berikut⁹⁴:

“Ada keadaan, yang sedemikian membahayakan keamanan orang atau barang, atau mendatangkan kerugian terhadap seseorang yang sedemikian besarnya dan tidak dapat diperbaiki lagi, sehingga undang-undang juga bertindak terhadap kekurangan penghati-hati, sikap sembrono (teledor), pendek kata “schuld” (kelapaan yang menyebabkan keadaan tadi)”

Kesalahan ialah suatu pengertian yang normatif, dan bukan pengertian yang berdasarkan fakta. Kita harus bertanya: “Apakah seseorang yang berpikiran sehat dan yang berhati-hati juga akan bertindak demikian dalam suatu peristiwa tertentu?”. Jika pertanyaan tersebut dijawab tidak, maka secara objektif orang tersebut telah melakukan kesalahan⁹⁵.

Dalam hal ini harus diperhatikan bahwa umumnya juga orang yang berpikiran sehat dan yang berhati-hati ada kalanya melakukan sesuatu dengan

⁹⁴Smidt I halaman 84, diambil dari Hazewinkel-Suringa halaman 119 dalam Hukum Pidana I, Sudarto halaman 124

⁹⁵Van Bammelen, *Op Cit.* halaman 134

kurang perhatian dan dengan kurang berhati-hati dan, terutama di lapangan lalu lintas, kadang-kadang mengambil risiko, yang jika menyebabkan bencana, akan disebabkan kesalahan dalam arti objektif.

Sebelum kita membahas lebih lanjut masalah perumusan delik *culpa* ada beberapa sarjana yang merumuskan syarat-syarat untuk adanya kealpaan, karena KUHP sendiri tidak memberikan definisi yang tegas mengenai kelapaaan. Beberapa syarat kealpaan dari para sarjana yang diambil dari buku Pidana I, Sudarto, sebagai berikut:

a. Hazewinkel-Suringa

Ilmu pengetahuan hukum dan jurisprudensi mengartikan *Schuld* (kelapaaan) sebagai:

1. kekurangan penduga-duga atau
2. kekurangan penghati-hati

b. Van Hamel

Kealpaan mengandung dua syarat”

1. tidak mengadakan penduga-duga sebagaimana diharuskan oleh hukum
2. untuk mengadakan penghati-hati sebagaimana diharuskan oleh hukum

c. Simons

Pada umumnya “*Schuld*” (kealpaan) mempunyai dua unsur:

1. tidak adanya penghati-hati, di samping
2. dapat diduganya akibat

d. Pompe:

Ada 3 macam yang masuk kelapaaan (onachtzaamheid)

1. dapat mengirakan (kunnen verwachten) timbulnya akibat
2. mengetahui adanya kemungkinan (kennen der mogelijkheid)
3. dapat mengetahui adanya kemungkinan (kunnen kennen van de mogelijkheid)

Menurut pendapat **Lamintang** menyatakan bahwa tidak semua *culpa* itu dapat dikembalikan kepada ”tidak adanya kehati-hatian” dan kepada “kurangnya perhatian terhadap akibat yang dapat timbul” ataupun kepada “tidak adanya ke

depan yang diperlukan” atau kepada “tidak adanya kehati-hatian yang diperlukan”.

Culpa oleh ilmu pengetahuan dan yurisprudensi memang telah ditafsirkan sebagai “*een tekort aan voorzienigheid*” atau “*een tekort aan voorzichtigheid*” ataupun dalam doktrin juga sering disebut sebagai “*een manco aan coorzienigheid*” atau “*een manco aan voorzichtigheid*” yang berarti “suatu kekurangan untuk melihat jauh ke depan tentang kemungkinan timbulnya akibat-akibat” atau “suatu kekurangan akan sikap berhati-hati”, dan yang membedakan seringkali dalam doktrin dipergunakan perkataan-perkataan “*onbewuste schuld*” dan “*bewuste schuld*”⁹⁶.

Dalam menyatakan adanya kealpaan pada seseorang harus ditentukan secara normatif dan tidak secara fisik atau *psychis*.⁹⁷ Untuk menentukan kelapaan seseorang, **Sudarto** dalam buku hukum pidana I menjabarkan tidaklah mungkin diketahui bagaimana sikap batin seseorang yang sesungguhnya-sungguhnya, maka haruslah ditetapkan dari luar bagaimana seharusnya ia berbuat dengan mengambil ukuran sikap batin orang pada umumnya apabila ada dalam situasi yang sama dengan si-pembuat itu.

“Orang pada umumnya” ini berarti bahwa tidak boleh orang yang paling cermat, paling hati-hati, paling ahli dan sebagainya. Ia harus orang biasa, seorang ahli biasa. Untuk adanya pemidanaan perlu adanya kekurangan hati-hati yang cukup besar, jadi harus ada *culpa lata* dan bukannya *culpa levis* (kealpaan yang sangat ringan).⁹⁸

Untuk menentukan adanya kelapaan ini harus dilihat peristiwa demi peristiwa, yang harus memegang ukuran normatif dari kelapaan itu adalah hakim. Hakimlah yang harus menilai sesuatu perbuatan *in concreto* dengan ukuran norma penghati-hati dan penduga-duga, seraya memperhitungkan di dalamnya segala keadaan dan keadaan si-pembuat.⁹⁹

⁹⁶ Hazewinkw1-Suringa, dalam Lamintang, 1997. Dasar-dasar Hukum Pidana Indonesia, Bandung, Citra Aditya Bakti, halaman 337

⁹⁷ Sudarto, Op Cit, halaman 125

⁹⁸ *Loc Cit*

⁹⁹ *Loc Cit*

Untuk menentukan kekurangan penghati-hati dari si-pembuat dapat digunakan ukuran apakah ia “ada kewajiban untuk berbuat lain”. Kewajiban ini dapat diambil dari ketentuan undang-undang atau dari luar undang-undang, ialah dengan memperhatikan segala keadaan apakah yang seharusnya dilakukan olehnya. Kalau ia tidak melakukan apa yang seharusnya ia lakukan, maka hal tersebut menjadi dasar untuk dapat mengatakan bahwa ia alpa.

Undang-undang mewajibkan seorang untuk melakukan sesuatu atau untuk tidak melakukan sesuatu. Misalnya, dalam peraturan lalu lintas ada ketentuan bahwa “di persimpangan jalan, apabila datangnya bersamaan waktu, maka kendaraan dari kiri harus didahulukan”. Apabila seorang pengendara dalam hal ini berbuat lain daripada apa yang diatur itu, maka apabila perbuatannya itu mengakibatkan tabrakan, sehingga orang lain luka-luka berat, maka ia dapat dikatakan karena kelapaannya mengakibatkan orang luka berat (Ps. 359 KUHP).

Di luar undang-undang pun ada aturan-aturan, ialah berupa kebiasaan atau kepatutan dalam pergaulan hidup masyarakat yang harus diindahkan oleh seseorang. Misalnya ada orang yang tetap menghidupkan mesin mobil ketika mengisi bensin dan mengakibatkan kebakaran, maka ia sedikitnya dinyatakan telah karena kelapaannya mengakibatkan hal tersebut dan dapat dipidana.

B.4.3 Alasan-alasan penghapus pidana

KUHP memuat dalam buku I BAB III: “Alasan-alasan yang menghapuskan, mengurangi dan memberatkan pidana”. Pembicaraan selanjutnya akan mengenai alasan penghapus pidana, ialah alasan-alasan yang memungkinkan orang yang melakukan perbuatan yang memenuhi rumusan delik tidak dipidana.

M.v.T dari KUHP (Belanda) dalam penjelasannya mengenai alasan penghapus pidana ini, mengemukakan apa yang disebut “alasan-alasan tidak dapat dipertanggung-jawabkannya seseorang atau alasan-alasan tidak adapat dipidananya seseorang”.M.V.T menyebut 2 (dua) alasan:¹⁰⁰

e. alasan tidak dapat dipertanggung-jawabkannya seseorang yang terletak pada diri orang itu (*inwendig*), dan

¹⁰⁰ Sudarto, *Op Cit*

- f. alasan tidak dapat dipertanggung-jawabkannya seseorang yang terletak di luar orang itu (*uitwending*).

Di samping perbedaan yang diterangkan dalam M.v.T., ilmu pengetahuan Hukum Pidana juga mengadakan pembedaan sendiri, ialah:¹⁰¹

1. Alasan penghapus pidana yang umum, yaitu yang berlaku umum untuk tiap-tiap delik dan disebut dalam pasal-pasal KUHP.
 - a. **Tidak mampu bertanggungjawab**, Pasal 44 KUHP memuat ketentuan bahwa tidak dapatnya dipidana seseorang yang melakukan perbuatan yang tidak dapat dipertanggungjawabkan kepadanya karena kurang sempurna akalnyajiwanya atau terganggu karena sakit.
 - b. **Daya paksa**, dalam M.v.T dilukiskan bahwa daya paksa adalah setiap kekuatan, setiap paksaan, atau tekanan yang tidak dapat ditahan. Ucapan “tidak dapat ditahan” menunjukkan bahwa menurut akal sehat tak dapat diharapkan dari si-pembuat untuk mengadakan perlawanan. Maka dalam *overmacht* dapat dibedakan dalam dua hal: *vis absolut* dan *vis compulsive* (keadan darurat)
 - c. **Pembelaan darurat**, perbuatan orang yang membela diri itu seolah-olah perbuatan dari seseorang yang main hakim sendiri, tetapi dalam hal syarat-syarat seperti tersebut dalam pasal 49 ayat (1) KUHP, maka perbuatannya dianggap tidak melawan hukum.
 - d. **Menjalankan peraturan undang-undang**, orang yang melakukan perbuatan sesuai dengan apa yang oleh undang-undang diperintahkan kepadanya tidak dapat dipidana atas perbuatannya itu.
 - e. **Melaksanakan perintah jabatan**, Pasal 51 ayat (1) KUHP: “Tidak dipidana seseorang yang melakukan perbuatan untuk melaksanakan perintah jabatan yang sah”. Kapan perintah tersebut dikatakan sah? Apabila perintah tersebut datang dari orang yang berwenang memberi perintah dan sesuai dengan undang-undang.
2. Alasan penghapus pidana yang ada di luar undang-undang, misalnya:
 - a. hak dari orang tua, guru untuk menertibkan anak-anak atau anak didiknya

¹⁰¹ *Ibid*, halaman 125

- b. hak yang timbul dari pekerjaan
 - c. ijin atau persetujuan dari orang yang dirugikan kepada orang lain mengenai suatu perbuatan yang dapat dipidana, apabila tanpa ijin atau persetujuan
 - d. mewakili urusan orang lain (*zaakwaarneming*)
 - e. tidak adanya unsur sifat melawan hukum yang materiil
 - f. tidak adanya kesalahan sama sekali (*taksi atau avas*)
3. Alasan pidana putatief, ada kemungkinan bahwa seseorang mengira telah berbuat sesuatu dalam daya paksa atau dalam keadaan pembelaan darurat atau dalam menjalankan undang-undang, pada kenyataannya ialah bahwa tidak ada alasan penghapus pidana tersebut. Dalam hal ini ada alasan penghapus pidana yang putatief.
 4. Alasan penghapus penuntutan, di samping alasan penghapus pidana masih ada apa yang disebut alasan penghapus penuntutan. Dalam hal ini ada keadaan yang membuat sesuatu ketentuan pidana tidak boleh diterapkan, sehingga jaksa tidak boleh menuntut si-pembuat. Contoh: Pasal 2-8, 61, 62, 76, 77, 78 KUHP, tidak adanya pengaduan pada delik aduan.

Ilmu pengetahuan pidana juga mengadakan pembedaan lain, sejalan dengan pembedaan antara dapat dipidananya perbuatan dan dapat dipidananya pembuat. Penghapusan pidana dapat menyangkut perbuatan atau pembuatannya, maka dapat dibedakan dua jenis alasan penghapus pidana, yaitu: alasan pembenar (*rechtvaardigingsgrond, fait justificatif, rechtfertigungsgrund*) dan alasan pemaaf atau alasan penghapus kesalahan (*fait d'excuse*).

C. Tindak Pidana Penganiayaan

Jenis tindak pidana yang dalam frekuensi menyusul adalah tindak pidana mengenai tubuh dan nyawa orang, yaitu terutama penganiayaan dan pembunuhan. Kedua macam tindak pidana ini sangat erat hubungannya satu dengan yang lain karena pembunuhan hampir selalu didahului dengan penganiayaan, dan penganiayaan hampir selalu tampak tuntutan subsider setelah tuntutan pembunuhan

berhubungan dengan keadaan pembuktian.¹⁰² Pengaturan penganiayaan dalam title XX buku II.¹⁰³

Pasal 351

Hanya menyatakan bahwa penganiayaan dihukum dengan hukuman penjara selama-lamanya dua tahun delapan bulan atau denda sebanyak-banyaknya tiga ratus rupiah.

Jelaslah bahwa kata penganiayaan tidak menunjuk kepada perbuatan tertentu, misalnya kata mengambil dari pencurian. Maka dapat dikatakan bahwa kini pun tampak ada perumusan secara material. Akan tetapi tampak secara jelas apa wujud akibat yang harus disebabkan.

Kebetulan maksud pembentuk undang-undang dapat terlihat dalam sejarah terbentuknya pasal yang bersangkutan dari KUHP Belanda. Mula-mula dalam rancangan undang-undang dari Pemerintah Belanda ditemukan dengan perumusan sengaja mengakibatkan rasa sakit dalam tubuh orang lain, dan dengan sengaja merugikan kesehatan orang lain. Perumusan ini dalam pembicaraan parlemen Belanda dianggap tidak tepat karena meliputi juga perbuatan seorang pendidik terhadap anak didiknya dan perbuatan seorang dokter terhadap pasiennya.

Keberatan ini diakui kebenarannya, maka perumusan diganti menjadi penganiayaan dengan penjelasan bahwa ini berarti berbuat sesuatu dengan tujuan (oogmerk) untuk mengakibatkan rasa sakit. Dan memang inilah arti dari kata penganiayaan.

Pasal 351 ayat 4

Penganiayaan disamakan dengan merugikan kesehatan orang dengan sengaja. Dengan demikian, unsur kesengajaan ini kini terbatas pada wujud tujuan (oogmerk), tidak seperti unsur kesengajaan dari pembunuhan.

Pasal 351 ayat 2

Apabila suatu penganiayaan mengakibatkan luka berat, maka menurut pasal 351 ayat 2 maksimum hukuman dijadikan lima tahun penjara.

¹⁰²Prof. Dr. Wirjono Prodjodikoro, *Tindak-tindak Pidana Tertentu di Indonesia* (Bandung: Refika Aditama, , 2003), halaman 66

¹⁰³ Ibid, halaman 67

Sedangkan jika berakibat matinya orang, maka maksimum hukuman meningkat lagi menjadi tujuh tahun penjara.

Pasal 354 ayat 1

Dua macam akibat tersebut harus tidak dituju dan juga harus tidak disengaja, maka ada tindak pidana penganiayaan berat dari pasal 351 ayat 1 dengan maksimum hukuman delapan tahun penjara. Hukuman itu menjadi sepuluh tahun penjara jika perbuatan ini mengakibatkan matinya orang, sedangkan kalau matinya orang disengaja, tindak pidananya menjadi pembunuhan yang diancam dengan maksimum lima belas tahun penjara.

Pasal 90

Istilah luka berat menurut pasal 90 berarti sebagai berikut :

- Penyakit atau luka yang tidak dapat diharapkan akan sembuh dengan sempurna atau yang menimbulkan bahaya maut (*levens gevar*).
- Menjadi senantiasa tidak cakap mengerjakan pekerjaan jabatan atau pencaharian.
- Kehilangan kemampuan memakai salah satu dari pancaindera.
- Kekudung – kudungan.
- Kelumpuhan.
- Gangguan daya berpikir selama lebih dari empat minggu.
- Pengguguran kehamilan atau kematian anak yang masih ada dalam kandungan.

Pasal 353

Direncanakan secara tenang (*voorbedachte raad*), apabila penganiayaan direncanakan lebih dahulu secara tenang, maka menurut pasal 353 maksimum hukuman menjadi empat tahun penjara, dan meningkat lagi menjadi tujuh tahun penjara apabila ada luka berat, dan sembilan tahun penjara apabila berakibat matinya orang.

Pasal 355

Sedangkan apabila penganiayaan berat dilakukan dengan direncanakan lebih dahulu secara tenang, maka menurut pasal 355 maksimum hukuman

menjadi dua belas tahun penjara, dan apabila berakibat matinya orang menjadi lima belas tahun penjara.

Pasal 352

Penganiayaan ringan (*Lichte Mishandeling*), menurut pasal 352, penganiayaan ini ada dan diancam dengan maksimum hukuman penjara tiga bulan atau denda tiga ratus rupiah apabila tidak masuk rumusan pasal 353 dan 356, dan tidak menyebabkan sakit atau halangan untuk menjalankan jabatan atau pekerjaan. Dalam praktek, ukuran ini bisa ditambah dengan sepertiga bagi orang yang melakukan penganiayaan ringan ini terhadap orang yang bekerja padanya atau yang ada di bawah perintahnya.

Pasal 351 ayat 5 dan pasal 352 ayat 2

Menurut pasal 351 ayat 5 dan pasal 352 ayat 2, percobaan untuk penganiayaan biasa dan penganiayaan ringan tidak dikenai hukuman. Ketentuan ini dalam praktek mungkin sekali tidak memuaskan, seperti yang dikemukakan oleh Noyon – Legemeyer (jilid III halaman 120). Disana dipersoalkan seseorang menembak orang lain tetapi tidak kena sasaran. Kalau si pelaku hanya mengaku akan melukai ringan, dan tidak ada rencana lebih dahulu secara tenang, maka mungkin sekali hanya dianggap terbukti percobaan untuk melakukan penganiayaan dari pasal 351, dan demikian orang itu tidak dapat dikenai hukuman. Bagi Noyon – Legemeyer, hal ini tidak memuaskan. Rupanya, penulis ini lebih suka bahwa percobaan melakukan penganiayaan biasa harus dinyatakan sebagai tindak pidana, tetapi apabila perbuatan hanya berupa mengangkat tangan untuk memukul orang lain namun di halang – halangi oleh orang ketiga, kepada jaksa masih ada kesempatan penuh untuk tidak menuntut berdasarkan prinsip oportunitas.

D. Tinjauan Umum Sistematika Pemidaan Di Indonesia

Moeljatno membedakan istilah “pidana” dan “hukuman”. Beliau tidak setuju terhadap istilah-istilah konvensional yang menentukan bahwa istilah “hukuman” berasal dari kata “*straf*” dan istilah “dihukum” berasal dari perkataan “*wordt gestraft*”. Beliau menggunakan istilah yang inkonvensional, yaitu

“pidana” untuk kata “*straf*” dan “diancam dengan pidana” untuk kata “*word gestraft*”. Hal ini disebabkan apabila kata “straf” diartikan “hukuman”, maka kata “*straf recht*” berarti “hukum-hukuman”. Menurut Moeljatno, “dihukum” berarti diterapi hukum, baik hukum perdata maupun hukum pidana. “Hukuman” adalah hasil atau akibat dari penerapan hukum tadi yang mempunyai arti lebih luas, sebab dalam hal ini tercakup juga keputusan hakim dalam lapangan hukum perdata.¹⁰⁴

Hal di atas juga selaras dengan yang dikemukakan oleh Sudarto, bahwa “penghukuman” berasal dari kata “hukum” atau “memutuskan tentang hukumnya” (*berechten*). “Menetapkan hukum” untuk suatu peristiwa tidak hanya menyangkut bidang pidana saja, akan tetapi juga hukum perdata. Selanjutnya juga dikemukakan oleh beliau, bahwa istilah penghukuman dapat disempitkan artinya, yakni penghukuman dalam perkara pidana yang kerap kali sinonim dengan “pidana” atau “pemberian/penjatuhan pidana” oleh hakim. Menurut beliau “penghukuman” dalam arti yang demikian mempunyai makna sama dengan “*sentence*” atau “*veroordeling*”.¹⁰⁵

Hullsman pernah mengemukakan bahwa sistem pidana (the *sentencing system*) adalah aturan perundang-undangan yang berhubungan dengan sanksi dan pidana (the *statutory rules relating to penal sanction and punishment*).¹⁰⁶ Menurut Barda Nawawi Arief, apabila pengertian pidana “pidana” diartikan sebagai suatu “pemberian atau penjatuhan pidana”, maka pengertian “sistem pidana” dapat dilihat dari dua (2) sudut :

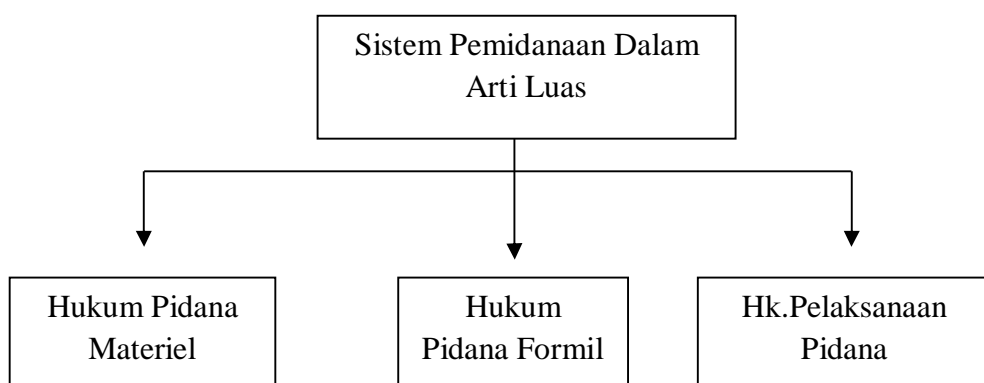
Dalam arti luas, sistem pidana dilihat dari sudut fungsional, yaitu dari sudut bekerjanya atau prosesnya. Dalam arti luas ini, sistem pidana dapat diartikan sebagai Keseluruhan sistem (aturan perundang-undangan) untuk fungsional atau operasional atau konkretisasi pidana. Dan keseluruhan sistem (perundang-undangan) yang mengatur bagaimana hukum pidana itu ditegakkan atau dioperasionalkan secara konkret sehingga seseorang dijatuhi sanksi (hukum)

¹⁰⁴Moeljatno, *Membangun Hukum Pidana*, (Jakarta: Bina Aksara, 1985), halaman 40.

¹⁰⁵Sudarto, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, *Op.Cit.* halaman 72

¹⁰⁶L.H.C. Hullsman dalam buku Barda Nawawi Arief, *Perkembangan Sistem Pidana Di Indonesia*, (Semarang Pustaka Magister, 2011), halaman 1

pidana. Dengan pengertian demikian, maka sistem pemidanaan identik dengan sistem penegakan hukum pidana yang terdiri dari subsistem hukum pidana materiel atau substantif, subsistem pidana formal dan sub sistem hukum pelaksanaan pidana.¹⁰⁷ Ketiga subsistem itu merupakan satu kesatuan sistem pemidanaan, karena tidak mungkin hukum pidana dioperasionalkan atau ditegakkan secara konkrit hanya dengan salah satu sub sistem itu. Untuk jelasnya lihat skema sebagai berikut: **Bagan 1.3 Skema Sistem Pemidanaan**



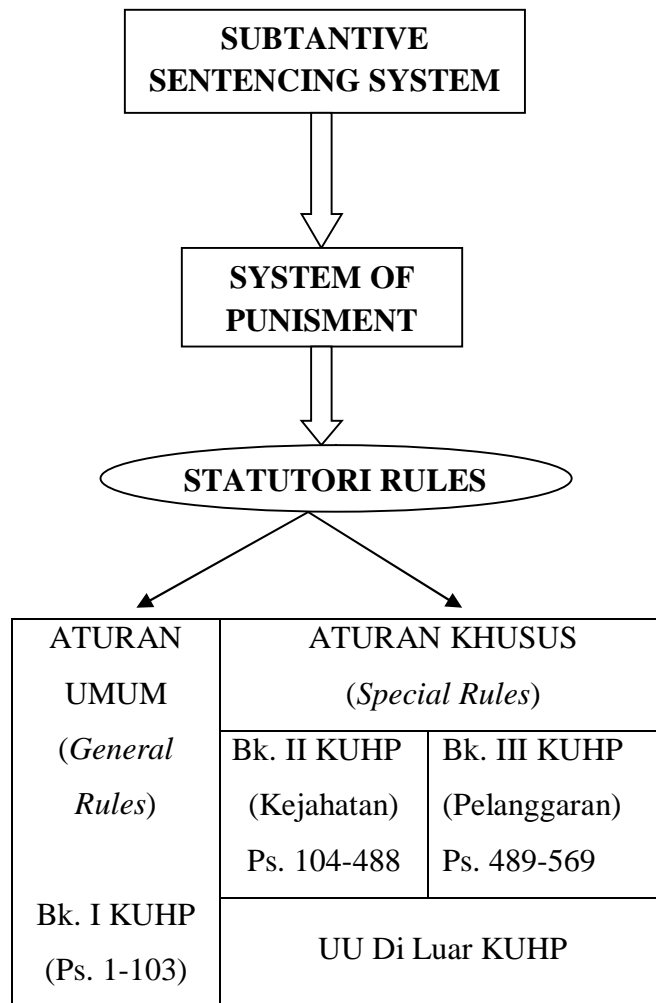
Dalam arti sempit, sistem pemidanaan dilihat dari sudut normatif atau substantif, yaitu hanya dilihat dari norma-norma hukum pidana substantif. Maka sistem pemidanaan diartikan sebagai Keseluruhan sistem (aturan perundang-undangan) untuk pemidanaan dan keseluruhan sistem (aturan perundang-undangan) untuk pemberian atau penjatuhan dan pelaksanaan pidana. Keseluruhan peraturan perundang-undangan (“*Statutory Rules*”) yang ada didalam KUHP maupun di dalam UU khusus diluar KUHP, pada hakikatnya merupakan satu kesatuan sistem pemidanaan, yang terdiri dari “aturan umum” (*general rules*) dan “aturan khusus” (*special rules*). Aturan umum terdapat didalam buku I KUHP, dan aturan khusus terdapat dalam buku II dan III KUHP maupun dalam UU khusus diluar KUHP. Dengan demikian, sistem hukum pidana substantif (sistem pemidanaan substantif) yang berlaku saat ini dapat digambarkan sebagai berikut:

108

¹⁰⁷Barda Nawawi Arief, *Perkembangan Sistem Pemidanaan Di Indonesia*, (Semarang: Pustaka Magister, 2011), halaman 2

¹⁰⁸*Ibid*, halaman 3

Bagan 1.4 Sistem Hukum Pidana Substantif



Bertolak dari pengertian diatas, tulisan ini hanya membatasi pengertian sistem pidanaaan dalam arti yang kedua, yaitu sistem pidanaaan normatif/ substantif. Adapun ruang lingkup perkembangan sistem pidanaaan yang ditinjau meliputi:¹⁰⁹

- 1) Perkembangan sistem pidanaaan dalam hukum pidana positif saat ini (*Ius constitutum*) dan
- 2) Perkembangan sistem pidanaaan dalam konsep RUU KUHP (*Ius constituendum*).

Dalam rangka melakukan rekonstruksi sistem hukum pidana nasional, maka berbeda dengan KUHP sekarang yang berlaku, di dalam ketentuan umum

¹⁰⁹*Ibid*, halaman 4

buku I RKUHP dimasukkan perumusan mengenai “tujuan dan pedoman pemidanaan”. Dirumuskannya hal ini, bertolak dari pokok pemikiran bahwa:¹¹⁰

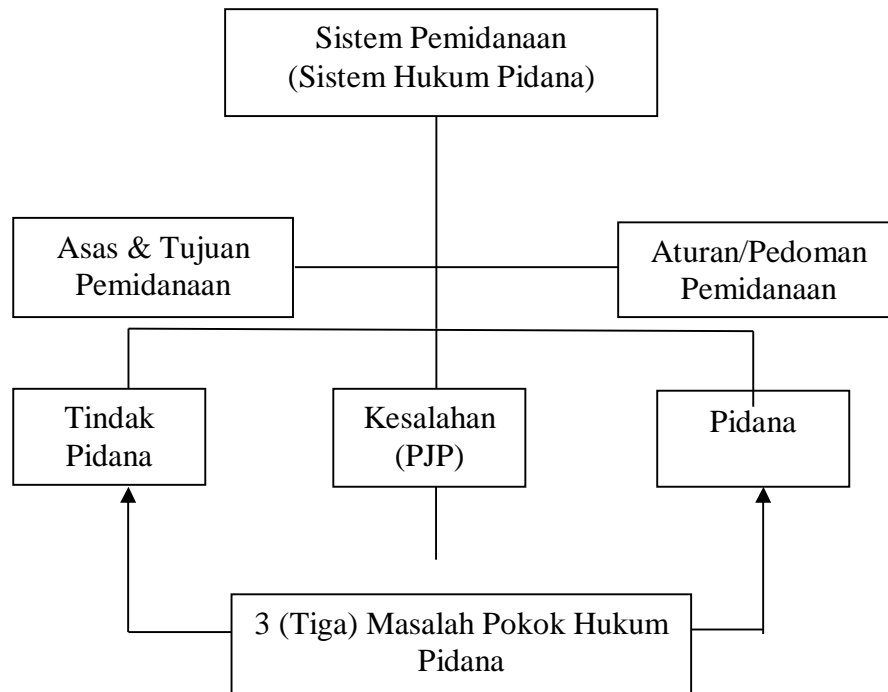
- a). Sistem hukum pidana merupakan satu kesatuan sistem yang bertujuan (“*purposive system*”) dan pidana hanya merupakan alat atau sarana untuk mencapai tujuan.
- b). “Tujuan pidana” merupakan bagian integral (sub sistem) dari keseluruhan sistem pemidanaan disamping subsistem lainnya, yaitu subsistem “tindak pidana”, “pertanggung jawaban pidana (kesalahan)” dan “pidana”
- c). Perumusan tujuan dan pedoman pemidanaan dimaksudkan sebagai fungsi pengendali atau kontrol atau pengarah sekaligus memberikan dasar atau landasan filosofi, rasionalitas, motivasi dan justifikasi pemidanaan.
- d). Dilihat secara fungsional atau operasional, sistem pemidanaan merupakan suatu rangkaian proses melalui tahap “*formulasi*” (kebijakan *legislatif*), tahap “*aplikasi*” (kebijakan *judicial* atau *judikatif*), dan tahap “*eksekusi*” (kebijakan *administrative* atau *eksekutif*).

Untuk memberikan gambaran yang lebih jelas mengenai kedudukan atau posisi tujuan dan pedoman pemidanaan dalam sistem pemidanaan substantif dapat dilihat bagan berikut dibawah ini:¹¹¹

¹¹⁰Barda Nawawi Arief, *Tujuan Dan Pedoman Pemidanaan, Perspektif Pembaharuan Dan Perbandingan Hukum Pidana* (Semarang: Pustaka Magister, 2011), halaman 3

¹¹¹*Ibid*, halaman 4-5

Bagan 1.5 Sistem Hukum Pidana Substantif



Dari bagan di atas terlihat, bahwa tiga masalah pokok hukum pidana yang berupa “tindak pidana” (*strabaarfeit/criminal act/ actus reus*), “kesalahan” (*schuld/ guilt/ mens rea*), “pidana” (*straf/ punishment/ poena*), sebenarnya hanya merupakan komponen atau sub-sub sistem dari keseluruhan sistem hukum pidana yang pada hakikatnya juga merupakan sistem pemidanaan.

Telah dikemukakan di atas, bahwa tiga masalah pokok dalam hukum pidana, yaitu “Tindak Pidana”, “Pertanggungjawaban Pidana” dan “Pidana dan Pemidanaan”, masing-masing merupakan “sub-sistem” dan sekaligus “ pilar-pilar” dari keseluruhan bangunan sistem pemidanaan. Berikut diuraikan secara singkat ketiga sub-sistem tersebut dalam konsep KUHP: ¹¹²

1) Masalah tindak pidana

a. Dasar Patut Dipidananya Perbuatan

Dasar patut dipidananya perbuatan, berkaitan erat dengan masalah sumber hukum atau landasan legalitas untuk menyatakan suatu perbuatan sebagai tindak pidana atau bukan, seperti halnya dengan

¹¹²Barda Nawawi Arief, *Perkembangan Sistem Pemidanaan*, *Op.Cit.* halaman 41

KUHP (WvS), konsep tetap bertolak dari asan legalitas formal (bersumber pada UU). Namun konsep juga memberikan tempat kepada “hukum yang hidup/hukum tidak tertulis” sebagai sumber hukum (asas *legalitas materiel*).

b. Bentuk –bentuk Tindak Pidana

Sebagaimana dimaklumi, aturan pemidanaan dalam KUHP (WvS) tidak hanya ditujukan pada orang yang melakukan tindak pidana, tetapi juga terhadap mereka yang melakukan perbuatan dalam bentuk “percobaan”, ”permufakatan jahat”, “penyertaan” (*gedraging*). “perbarengan” (*concursum*), dan “pengulangan” (*recidive*). Hanya saja di dalam KUHP. “permufakatan jahat” dan “recidive” tidak diatur dalam Aturan Umum Buku I, tetapi dalam Aturan Khusus (Buku II dan Buku III). Dalam konsep, semua bentuk-bentuk tindak pidana atau tahapan terjadinya atau dilakukannya tindak pidana, dimasukkan dalam ketentuan Umum Buku I.¹¹³

2) Masalah Pertanggungjawaban Pidana (Kesalahan)

Dalam Bab PJP (kesalahan) Konsep menegaskan secara eksplisit “Asas Kesalahan” (“*Geen Straf Zonder schuld*”, “*Keine Strafe ohne schuld*”, “*No Punishment without Guilt*”; asas “*Mens rea*” atau “*asas culpabilitas*”), yang di dalam KUHP tidak ada. Asas “tiada pidana tanpa kesalahan” (asas *culpabilitas*) ini merupakan salah satu asas fundamental yang oleh karenanya perlu ditegakkan secara eksplisit di dalam Kosep sebagai pasangan dari asas legalitas. Penegasan yang demikian merupakan perwujudan pula dari ide keseimbangan *monodualistik*.

Konsep tidak memandang kedua asas/ syarat itu sebagai syarat yang kaku dan bersifat absolut. Oleh karena itu, konsep juga memberi kemungkinan dalam hal-hal tertentu untuk menerapkan asas “*Strict Liability*”, asas “*Vicarious Liability*”, dan asas “Pemberian maaf/

¹¹³*Ibid.* halaman 43

pengampunan oleh hakim” (“*rechterlijk pardon*” atau “*judicial pardon*”). Asas tersebut ditempatkan di dalam Bab pidana. Di dalam asas “*judicial pardon*” terkandung ide/ pokok pemikiran:

- a. Menghindari kekakuan atau *absolutisme* pidana
- b. Menyediakan “klep/ katup pengaman” (“*veiligheids klep*”);
- c. Bentuk koreksi judicial terhadap asas legalitas (“*judicial corrective to the legality principle*”);
- d. Pengimplementasian atau pengintegrasian nilai atau paradigma “hikmah kebijaksanaan” dalam Pancasila;
- e. Pengimplementasian “tujuan pidana” kedalam syarat pidana (karena dalam memberikan pemaafan hakim harus mempertimbangkan tujuan pidana).

Disamping itu, di dalam Bab Pertanggungjawaban Pidana konsep juga mengatur tentang masalah “Kekurangmampuan Bertanggung jawab” (“*Verminderde Toerekeningsvatbaarheid; Diminished Mental Capacity; Diminished Responsibility*”) masalah “pertanggungjawaban terhadap akibat yang tidak dikendaki/ tidak di sengaja” (*erfolgshaftung*, dan masalah “*kesesatan*” (*Error/ Dwaling/ Mistake*), yang semua itu tidak diatur di dalam KUHP saat ini.¹¹⁴

3) Masalah Pidana

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

a) Jenis pidana (*strafsoort*). Jenis pidana dapat dilihat dalam ketentuan Pasal 10 KUHP yang terdiri dari:

1) Pidana pokok berupa:

- a. Pidana mati;
- b. Pidana penjara, seumur hidup/ selama waktu tertentu.
- c. Pidana kurungan;

¹¹⁴*Ibid.* halaman 45

- d. Pidana denda;
 - e. Pidana tutupan. Didasarkan pada UU No. 20 tahun 1946 tentang Hukuman Tutupan.
- 2) Pidana tambahan berupa: Pencabutan beberapa hak tertentu; Perampasan barang-barang tertentu; dan Pengumuman putusan hakim. Di samping jenis sanksi berupa pidana, dalam KUHP juga diatur jenis sanksi berupa tindakan sebagaimana diatur dalam Pasal 44 ayat (2), Pasal 45 dan Pasal 46 KUHP.¹¹⁵
- b) Lamanya Ancaman Pidana (*strafmaat*)

Berkaitan dengan tujuan diadakannya batas maksimum dan minimum adalah untuk memberikan kemungkinan pada hakim dalam memperhitungkan bagaimana latar belakang dari kejadian, yaitu dengan berat ringannya delik dan cara delik itu dilakukan, pribadi si pelaku delik, umur, dan keadaan-keadaan serta suasana waktu delik itu dilakukan, disamping tingkat intelektual atau kecerdasannya KUHP Indonesia hanya mengenal pidana maksimum umum dan maksimum khusus serta minimum umum. Ketentuan maksimum bagi penjara adalah 15 (lima belas) tahun berturut-turut, bagi pidana kurungan 1 (satu) tahun, dan maksimum khusus dicantumkan dalam tiap-tiap rumusan delik, sedangkan pidana denda tidak ada ketentuan maksimum umumnya. Adapun pidana penjara dan pidana kurungan, ketentuan minimumnya adalah satu hari. Dalam undang-undang juga diatur mengenai keadaan-keadaan yang dapat menambah dan mengurangi pidana.¹¹⁶

Keadaan yang dapat mengurangi pidana adalah percobaan dan pembantuan, dan terhadap dua hal ini, pidana yang diancamkan adalah maksimum pidana atas perbuatan pidana pokoknya dikurangi sepertiga, seperti ketentuan dalam Pasal 53 ayat (2) dan Pasal 57 ayat (1) KUHP.

¹¹⁵Sigit Suseno, *Sistem Pemidanaan Dalam Hukum Pidana Indonesia Didalam dan Diluar KUHP (Suatu Analisis)*, (Jakarta: Badan Hukum Nasional KEMENKUMHAM RI, 2012), halaman 50

¹¹⁶Sudarto, *Hukum dan Hukum Pidana* (Bandung: Alumni, 1981), halaman 14

- Pasal 53 ayat (2) KUHP: “Maksimum pidana pokok terhadap kejahatan dalam hal percobaan dikurangi sepertiga”.
- Pasal 57 ayat (1) KUHP: “Dalam hal pembantuan, maksimum pidana pokok terhadap kejahatan, dikurangi sepertiga”.

Disamping ketentuan yang meringankan juga diatur tentang keadaan- keadaan yang dapat menambah/memperberat pidana, yaitu perbuatan yang berulang dilakukan atau *residivis*. Dalam hal pidana penjara dapat ditambah menjadi maksimum 20 tahun, pidana kurungan menjadi maksimum 1 tahun 4 bulan dan pidana kurungan pengganti menjadi 8 bulan.

c) Pelaksanaan Pidana (*strafmodus*)

KUHP yang berlaku di Indonesia pada saat ini belum mengenal hal yang dinamakan pedoman pemidanaan. Oleh karena itu, hakim dalam memutus suatu perkara diberi kebebasan memilih jenis pidana (*strafsoort*) yang dikehendaki, sehubungan dengan sistem alternatif dalam pengancaman di dalam undang-undang. Selanjutnya hakim juga dapat memilih berat ringannya pidana (*strafmaat*) yang akan dijatuhkan, sebab yang ditentukan oleh undang-undang hanya maksimum dan minimum pidana.¹¹⁷

Pemidanaan merupakan penjatuhan hukuman kepada pelaku yang telah melakukan perbuatan pidana. Perbuatan pidana merupakan perbuatan yang oleh suatu aturan hukum dilarang dan diancam pidana, yaitu suatu keadaan atau kejadian yang ditimbulkan oleh kelakuan orang, sedangkan ancaman pidananya ditujukan kepada orang yang menimbulkan suatu kejadian. Pihak yang mempunyai wewenang menjatuhkan sanksi pidana itu adalah Negara.¹¹⁸

¹¹⁷*Ibid*, halaman 16

¹¹⁸Salim HS, *Perkembangan Teori Dalam Ilmu Hukum* (Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2010), halaman 149

Dalam ilmu hukum pidana sesuai dengan perkembangan pemikiran mengenai tujuan pemidanaan teori-teori pemidanaan (Dasar-Dasar Pembeneran Dan Tujuan Pidana) dapat diklasifikasikan sebagai berikut: ¹¹⁹

- 1) Teori *Absolute* atau teori pembalasan (*Retributive* atau *Vergeldings Theorien*).

Menurut teori ini pidana dijatuhkan semata-mata karena orang telah melakukan suatu kejahatan atau tindak pidana (*quia peccatum est*). Pidana merupakan akibat mutlak yang harus ada sebagai suatu pembalasan kepada orang yang melakukan kejahatan. Jadi, dasar pembeneran dari pidana terletak pada adanya atau terjadinya kejahatan itu sendiri. Menurut Johannes Adenaes tujuan utama (*primair*) dari pidana menurut teori *absolute* adalah “untuk memuaskan tuntutan keadilan” (*to satisfy the claims of justice*).

- 2) Teori Relatif (*Utilitarian Theory*)

Menurut teori ini pemidanaan bukanlah untuk memuaskan tuntutan absolute dari keadilan. Pembalasan itu sendiri tidak mempunyai nilai, tetapi hanya sebagai sarana untuk melindungi kepentingan masyarakat. Oleh karena itu, menurut J. Andenaes, teori ini dapat disebut sebagai “teori perlindungan masyarakat” (*the theory of social defence*). Menurut Nigel Walker teori ini lebih tepat disebut teori atau aliran reduktif (*the reductive point of view*) karena dasar pembeneran pidana menurut teori ini ialah untuk mengurangi kejahatan. ¹²⁰

- 3) Teori penggabungan atau teori integratif (*Integrative Theory*)

Teori ini menggabungkan dasar pembeneran pidana pada pembalasan (teori absolut) dan tujuan pidana yang bermanfaat (teori

¹¹⁹Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Teori-Teori dan Kebijakan Pidana*, (Bandung: PT. Alumni, 2010), halaman 10

¹²⁰*Ibid*, halaman 16

tujuan). Menurut Utrecht teori-teori penggabungan dapat dibedakan dalam tiga golongan yaitu:¹²¹

- a. Teori penggabungan yang menitikberatkan pada pembalasan tetapi pembalasan tersebut tidak boleh melebihi batas yang diperlukan dan sudah cukup untuk dapat mempertahankan tata tertib masyarakat.
- b. Teori penggabungan yang menitikberatkan pada mempertahankan tata tertib masyarakat, tetapi beratnya pidana harus sesuai dengan beratnya tindak pidana yang dilakukan.
- c. Teori penggabungan yang menitikberatkan pada pembalasan dan mempertahankan tata tertib masyarakat.

Menurut Hugo Grotius salah satu penganut teori penggabungan, kodrat mengajarkan bahwa siapa berbuat jahat, ia akan terkena derita. Penderitaan adalah sesuatu yang wajar ditanggung pelaku tindak pidana, namun berat ringannya pidana yang layak dijatuhkan pada pelaku didasarkan pada kemanfaatan sosial. Demikian pula menurut Pellegrino Rossi penjatuhan pidana terutama adalah menerapkan pembalasan dan menjalankan keadilan. Namun karena kita hidup dalam masyarakat yang tidak sempurna maka tidak mungkin untuk menuntut keadilan yang *absolute* dan cukup dengan pemidanaan yang dilandaskan pada tertib sosial etikal yang tidak sempurna (keadilan sosial).¹²²

Berbeda dengan KUHP yang sekarang berlaku, syarat pemidanaan menurut konsep bertolak dari keseimbangan *monodualistik* antara kepentingan masyarakat dan kepentingan individu. Oleh karena itu syarat pemidanaan didasarkan pada “dua pilar” yaitu “asas *legalitas*” (yang merupakan asas kemasyarakatan) dan “asas *culpabilitas*” (yang merupakan asas kemanusiaan). Disamping konsep menegaskan kedua asas itu sebagai asas yang sangat fundamental. Asas pemidanaan, tidak hanya berorientasi pada asas legalitas dan asas kesalahan, tetapi juga asas-asas yang terkandung dalam tujuan dan pedoman

¹²¹Sigit Suseno, *Sistem Pemidanaan Dalam..... Op.Cit.* halaman 37

¹²²*Ibid.* halaman 38

pemidanaan.¹²³Berkaitan dengan hal tersebut, Konsep KUHP Pasal 54 menjelaskan tentang tujuan pemidanaan sebagai berikut:

- (1) Pemidanaan bertujuan:
 - a. Mencegah dilakukannya tindak pidana dengan menegakkan norma hukum demi pengayoman masyarakat;
 - b. Memasyarakatkan terpidana dengan mengadakan pembinaan sehingga menjadi orang yang baik dan berguna;
 - c. Menyelesaikan konflik yang ditimbulkan oleh tindak pidana, memulihkan keseimbangan, dan mendatangkan rasa damai dalam masyarakat dan
 - d. Membebaskan rasa bersalah pada terpidana.
- (2) Pemidanaan tidak dimaksudkan untuk menderitakan dan merendahkan martabat manusia.

Konsep Pasal 54 Ayat (1) dijelaskan bahwa, Pemidanaan merupakan suatu proses. Sebelum proses ini berjalan, peranan hakim penting sekali. Hakim mengkonkritkan sanksi pidana yang terdapat dalam peraturan perundang-undangan dengan menjatuhkan pidana terhadap tertuduh dalam kasus tertentu. Ketentuan dalam pasal ini terdapat tujuan pemidanaan, yaitu sebagai sarana perlindungan masyarakat, rehabilitasi, dan resosialisasi, pemenuhan pandangan hukum adat, serta aspek psikologis untuk menghilangkan rasa bersalah bagi yang bersangkutan. Pasal 54 Ayat (2): Pidana pada dasarnya merupakan suatu nestapa, namun pemidanaan tidak dimaksudkan untuk menderitakan dan tidak merendahkan martabat manusia.¹²⁴

Disamping konsep menegaskan kedua asas yaitu: “Asas Legalitas dan “Asas *Culpabilitas*” itu sebagai asas-asas yang sangat fundamental, konsep mengawali Bab tentang “pemidanaan” dengan merumuskan pasal tentang “tujuan

¹²³Barda Nawawi Arief, *Perkembangan Asas-asas Hukum Pidana Indonesia, Perspektif Perbandingan Hukum Pidana*, (Semarang: Badan Penerbit Universitas Diponegoro, 2012) halaman 50

¹²⁴Departemen Kehakiman RI, *Penjelasan Naskah konsep KUHP Pasal 54 Tahun 2012*

pemidanaan” dan “pedoman pemidanaan”. Diformulasikannya tujuan dan pedoman pemidanaan dimaksudkan sebagai berikut.¹²⁵

- 1) Sebagai bagian integral dari sistem pemidanaan
- 2) Sebagai pedoman (*guidance of sentencing*)
- 3) Sebagai landasan filosofis dan justifikasi pemidanaan.
- 4) Secara pragmatis agar tidak hilang atau tidak dilupakan dalam praktek.

Dengan demikian asas pemidanaan, tidak hanya berorientasi pada asas legalitas dan asas kesalahan, tetapi juga asas-asas atau prinsip-prinsip yang terkandung didalam tujuan dan pedoman pemidanaan. Didalam “Tujuan Pemidanaan” (Pasal 54 konsep) pada intinya terkandung asas keseimbangan perlindungan masyarakat dan pembinaan/perbaikan individu. Disamping itu ditegaskan pula asas kemanusiaan (humanistik), yang menegaskan bahwa “pemidanaan tidak dimaksudkan untuk menderitakan dan merendahkan martabat manusia”. Sehubungan dengan tujuan pidana, Andi Hamzah mengemukakan tiga R dan satu D, yaitu: ¹²⁶

- a). *Reformation* berartimemperbaiki atau merehabilitasi penjahat menjadi orang baik dan berguna bagimasyarakat.
- b). *Restraint* maksudnya mengasingkan pelanggar dari masyarakat, juga tersingkirnya pelanggar hukum dari masyarakat, berarti masyarakat ituakan menjadi lebih aman.
- c). *Retribution* ialah pembalasan terhadap pelanggarhukum karena telah melakukan kejahatan.
- d). *Deterrence* berarti menjera ataumencegah sehingga baik terdakwa sebagai individual, maupun orang lain yang potensial menjadi penjahat akan jera atau takut untuk melakukan kejahatan karena melihat pidana yang dijatuhkan kepada terdakwa.

Romli Atmasasmita berpendapat bahwa, masalah tujuan pemidanaan merupakan bagian yang sangat mendasar dan penting dalam kehidupan hukum pidana di Indonesia bahkan di seluruh negara. Hal ini disebabkan karena perkembangan

¹²⁵Barda Nawawi Arief, *Perkembangan Asas-asas, Op.Cit*, halaman 51

¹²⁶Andi Hamzah, *Asas-Asas Hukum Pidana* (Jakarta: Rinneka Cipta, 2004), halaman 98

peradaban suatu bangsa antara lain juga ditentukan oleh sejauh manakah perlakuan bangsa yang bersangkutan terhadap terpidananya. Tujuan pemidanaan merupakan pencerminan dari falsafah suatu bangsa, dan akan menjiwai para pelaksana aparat penegak hukum terutama hakim, jaksa dan petugas Lembaga Pemasyarakatan.¹²⁷

E. Tinjauan Umum Pertanggungjawaban Pidana

Pengertian Kemampuan Bertanggungjawab (*Zurechnung sfahigkeit Toerekeningsvatbaarheid*) Telah disebutkan, bahwa untuk adanya pertanggungjawaban pidana diperlukan syarat bahwa pelaku mampu bertanggungjawab. Tidaklah mungkin seseorang dapat di pertanggung jawabkan apabila ia tidak mampu bertanggungjawab. Bagaimana seseorang itu di katakan mampu bertanggungjawab dan Apakah ukurannya untuk menyatakan adanya kemampuan bertanggungjawab itu? KUHP tidak memberikan rumusnya. Dalam literatur hukum pidana Belanda dijumpai beberapa definisi untuk “kemampuan bertanggung jawab” antara lain sebagai berikut:¹²⁸

Simons: “kemampuan bertanggungjawab dapat diartikan sebagai suatu keadaan psychis sedemikian, yang membenarkan adanya penerapan sesuatu upaya pemidanaan, baik dilihat dari sudut umum maupun dari orangnya”. Dikatakan selanjutnya, bahwa seseorang mampu bertanggung jawab, jika jiwanya sehat, yakni apabila:

- a) Ia mampu untuk mengetahui atau menyadari bahwa perbuatannya bertentangan dengan hukum
- b) Ia dapat menentukan kehendaknya sesuai dengan kesadaran tersebut.

Van Hamel: kemampuan bertanggungjawab adalah suatu keadaan normalitas psychis dan kematangan (kecerdasan) yang membawa tiga kemampuan yaitu:

- a. Mampu untuk mengerti nilai dari akibat-akibat perbuatannya sendiri

¹²⁷Romli Atmasasmita, *Teori Dan Kapita Selekt Kriminologi*, (Bandung: PT. Refika Aditama, 2010.), halaman 90.

¹²⁸Sudarto, *Hukum Pidana 1, Op.Cit*, halaman 93

- b. Mampu untuk menyadari, bahwa perbuatannya itu menurut pandangan masyarakat tidak dibolehkan
- c. Mampu untuk menentukan kehendaknya atas perbuatannya-perbuatannya itu

Van Bemmelen: seseorang yang dapat dipertanggung jawabkan ialah orang yang dapat mempertahankan hidupnya dengan cara yang patut. Definisi **Van Bemmelen** ini singkat, akan tetapi juga kurang jelas, sebab masih dapat ditanyakan kapankah seseorang itu dikatakan “dapat mempertahankan hidupnya dengan cara yang patut”. Adapun *Memorie van Toelichting* (memori penjelasan) secara negatif menyebutkan mengenai kemampuan bertanggungjawab itu, antara lain tidak ada kemampuan bertanggungjawab pada sipembuat.¹²⁹

- a. Dalam hal ia tidak ada kebebasan untuk memilih antara berbuat dan tidak berbuat mengenai apa yang dilarang atau diperintahkan oleh undang-undang.
- b. Dalam hal ia ada dalam suatu keadaan yang sedemikian rupa, sehingga tidak dapat menginsyafi bahwa perbuatannya itu bertentangan dengan hukum dan tidak dapat menentukan akibat perbuatannya.

Definisi-definisi tersebut memang ada manfaatnya, tetapi untuk setiap kali dalam kejadian yang kongkrit dalam praktek peradilan menilai jiwa seorang terdakwa dengan ukuran-ukuran tadi tidaklah mudah. Sebagai dasar untuk mengukur hal tersebut, apabila orang yang normal jiwanya itu mampu bertanggungjawab, ia mampu untuk menilai dengan pikiran atau perasaannya bahwa perbuatannya itu dilarang oleh undang-undang dan berbuat sesuai dengan pikiran atau perasaannya itu. Persoalan kemampuan bertanggungjawab itu ditanyakan apakah seseorang itu merupakan “*norm-adressat*” (sasaran norma), yang mampu. Seorang terdakwa pada dasarnya dianggap (*supposed*) mampu bertanggung jawab, kecuali dinyatakan sebaliknya (lihat pembahasan tentang dasar-dasar penghapus pidana).¹³⁰

¹²⁹*Ibid*, halaman. 94

¹³⁰Adami Chazawi, *Pelajaran Hukum Pidana*, (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2011) halaman 151

Dalam hal pertanggungjawaban dalam hukum pidana menganut asas “tiada pidana tanpa kesalahan” (*geen straf zonder schuld*). Walaupun tidak dirumuskan dalam undang-undang, tetapi dianut dalam praktiknya tidak dapat dipisahkan antara kesalahan dan pertanggungjawaban atas perbuatan. Dalam KUHP sekarang masalah kemampuan bertanggung jawab pengertiannya tidak dirumuskan secara jelas dan terang-terangan, tetapi ada satu Pasal yang berhubungan dengan masalah ini, yaitu disebutkan dalam Pasal 44 ayat 1 KUHP yang menyatakan bahwa:

“Barangsiapa yang melakukan perbuatan yang tidak dapat dipertanggungjawabkan padanya, disebabkan karena jiwanya cacat dalam tumbuhnya (*gebrekkigeont wikkeling*) atau terganggu karena penyakit (*ziekelijke storing*), tidak dipidana”.

Dalam Pasal yang berhubungan dengan masalah pertanggung jawaban ini, sebenarnya secara tidak langsung telah memuat apa yang dimaksud dengan kemampuan bertanggungjawab. Pada Pasal ini termuat ulasan yang terdapat pada diri si pembuat, yang menjadi alasan sehingga perbuatan yang dilakukannya itu tidak dapat dipertanggungjawabkan kepadanya. Jika Pasal 44 KUHP diteliti lebih lanjut maka akan terdapat 2 hal yang terkandung dalam pasal tersebut yaitu:

- 1) Penentuan bagaimana keadaan jiwa sipembuat, persaksian keadaan pribadi si pembuat yang berupa keadaan atau jiwa yang cacat pertumbuhannya atau terganggu karena penyakit, yang dilakukan oleh seorang dokter penyakit jiwa (*Psychiater*). Psychiater ini menyelidiki bagaimana keadaan jiwa si pembuat pada saat perbuatan dilakukan.
- 2) Adanya penentuan hubungan kausal antara keadaan jiwa sipembuat dengan perbuatannya, adapun yang menetapkan adanya hubungan kausal antara jiwa yang demikian itu dengan perbuatan tersangka dalam hakim. Hakimlah yang menilai apakah tersangka dapat dipertanggungjawabkan atas perbuatannya itu.

Berbeda dengan KUHP yang sekarang berlaku, didalam konsep rancangan KUHP ada konsep tersendiri mengenai “pertanggungjawaban pidana”.

Asas umum yang fundamental dalam pertanggungjawaban pidana ini ialah asas “tidak pidana tanpa kesalahan” (*asas culpabilitas*), asas ini yang merupakan (asas kemanusiaan) dirumuskan secara eksplisit didalam Pasal 37 konsep KUHP 2012 sebagai pasangan dari asas legalitas, yang merupakan (asas kemasyarakatan) dan merupakan perwujudan pula dari ide keseimbangan monodualistik.¹³¹

Formulasi Pasal 37 konsep berbunyi: “Tidak seorang pun yang melakukan tindak pidana, dipidana tanpa kesalahan”. Masalah Pertanggungjawaban pidana juga di jelaskan dalam konsep KUHP 2012 Pasal 36 yang memberikan definisi sebagai berikut:

“Pertanggungjawaban pidana adalah diteruskannya celaan yang objektif yangada pada tindak pidana dan secara subjektif kepada seseorang yang memenuhi syarat untuk dapat dijatuhi pidana karena perbuatannya itu”.

Dalam penjelasan konsep KUHP 2012 Pasal 36 dikemukakan bahwa, tindak pidana tidak berdiri sendiri, itu baru bermakna manakala terdapat pertanggungjawaban pidana. Ini berarti setiap orang yang melakukan tindak pidana tidak dengan sendirinya harus di pidana. Untuk dapat dipidana harus ada pertanggungjawaban pidana. Yang lahir dengan di teruskannya celaan (*veiwijtbaarheid*) yang objektif terhadap perbuatan yang dinyatakan sebagai tindak pidana berdasarkan hukum pidana yang berlaku, dan secara subjektif kepada pembuat tindak pidana yang memenuhi persyaratan untuk dapat dikenai pidana karena perbuatannya.

Dasar adanya tindak pidana adalah asas legalitas, sedangkan dasar dapat dipidananya pembuat tindak pidana adalah asas kesalahan. Ini berarti bahwa pembuat tindak pidana tindak pidana hanya akan di pidana jika ia mempunyai kesalahan dalam melakukan tindak pidana tersebut. Seseorang dinyatakan mempunyai kesalahan merupakan hal yang menyangkut masalah pertanggungjawaban pidana. Seseorang mempunyai kesalahan bilamana pada

¹³¹Barda Nawawi Arief, *Perkembangan Asas-asas Hukum Pidana Indonesia, Perspektif Perbandingan Hukum Pidana* (Semarang: Universitas Diponegoro, 2012), halaman 48

waktu melakukan tindak pidana, dilihat dari segi kemasyarakatan ia dapat dicela oleh karena perbuatannya.¹³²

Unsur perbuatan pidana terletak dalam lapangan objektif yang diikuti oleh unsur sifat melawan hukum. Sedangkan unsur pertanggungjawaban pidana merupakan unsur subjektif yang terdiri dari kemampuan bertanggungjawab dan adanya kesalahan (kesengajaan dan kealpaan). Dalam KUHP tidak menyebutkan secara eksplisit mengenai sistem pertanggungjawaban pidana, dalam beberapa Pasal KUHP hanya menyebutkan kesalahan berupa kesengajaan atau kealpaan. Namun, tidak ada penjelasan lebih lanjut mengenai makna istilah tersebut.¹³³

Masalah pertanggungjawaban pidana tidak dapat dilepaskan dari pembicaraan mengenai perbuatan pidana. Unsur tindak pidana dan kesalahan (kesengajaan) adalah unsur yang sentral dalam hukum pidana. Unsur perbuatan pidana terletak dalam lapangan objektif yang diikuti oleh unsur sifat melawan hukum, sedangkan unsur pertanggungjawaban pidana merupakan unsur subjektif yang terdiri kemampuan bertanggung jawab dan adanya kesalahan (kesengajaan dan kealpaan).¹³⁴

Dalam perumusan pertanggungjawaban pidana baik Negara-negara *Civil Law* maupun *Common Law*, pada umumnya merumuskannya secara negatif Perumusan pertanggungjawaban pidana secara negatif dapat terlihat dari ketentuan Pasal 44, 48, 49, 50, dan 51 KUHP. Kesemuanya merumuskan hal-hal yang dapat mengecualikan pembuat dari pengenaan pidana. Perumusan negatif tersebut berhubungan dengan fungsi represif hukum pidana. Dengan demikian, konsep pertanggungjawaban pidana merupakan syarat-syarat yang diperlukan untuk mengenakan pidana terhadap seorang pembuat tindak pidana.¹³⁵

Pertanggungjawaban pidana dapat dihubungkan dengan fungsi preventif hukum pidana. Pada konsep tersebut harus terbuka kemungkinan untuk sedini mungkin pembuat menyadari sepenuhnya konsekuensi hukum

¹³² Departemen Kehakiman RI Naskah penjelasan RKUHP 2012 Pasal 36 Tahun 2012

¹³³ Andi Zaenal Abidin, *Hukum Pidana I*, (Jakarta: Sinar Grafika, 1983) halaman 260

¹³⁴ *Ibid*, halaman 260

¹³⁵ Choirul Huda, *Dari Tiada Pidana Tanpa Kesalahan Menuju Kepada Tiada Pertanggungjawaban Pidana tanpa Kesalahan* (Jakarta: Kencana, 2006) halaman 62

perbuatannya. Dengan demikian, konsekuensi atas tindak pidana merupakan risiko yang sejak awal dipahami oleh pembuat. Pertanggungjawaban pidana adalah pertanggungjawaban orang terhadap tindak pidana yang dilakukannya. Tegasnya, yang di pertanggungjawabkan orang itu adalah tindak pidana yang dilakukannya. Maka, terjadinya pertanggungjawaban pidana karena telah ada tindak pidana yang dilakukan oleh seseorang.¹³⁶

Pertanggungjawaban pidana pada hakikatnya merupakan suatu mekanisme yang dibangun oleh hukum pidana untuk bereaksi terhadap pelanggaran atas “kesepakatan menolak” suatu perbuatan tertentu. Dapat dikatakan bahwa orang tidak mungkin di pertanggung jawabkan dan dijatuhi pidana jika dia tidak melakukan tindak pidana. Tetapi meskipun dia telah melakukan tindak pidana, tidak pula selalu dia akan dijatuhi pidana. Pembuat suatu tindak pidana hanya akan dipidana jika dia mempunyai kesalahan dalam melakukan tindak pidana tersebut.¹³⁷

Kapankah seseorang itu dapat di pertanggungjawabkan atas perbuatan yang dilakukannya, Adami Chazawi dalam bukunya yang berjudul pelajaran hukum pidana memaparkan beberapa pendapat dari beberapa ahli antara lain: menurut J.E.Jonkers berpendapat bahwa pertanggungjawaban pidana merupakan sendi daripada pengertian kesalahan yang luas, yang tidak boleh dicampuradukkan dengan yang disebutkan dalam Pasal 44 KUHP. J.E. Jonkers menyebut ada tiga syarat mengenai pertanggungjawaban pidana yaitu:¹³⁸

- a). Kemungkinan untuk menemukan kehendaknya terhadap sesuatu perbuatan.
- b). Mengetahui maksud yang sesungguhnya daripada perbuatan itu.
- c). Keinsyafan bahwa hal itu dilarang dalam masyarakat.

D.Simons berpendapat bahwa ciri-ciri psikis yang dimiliki oleh orang yang mampu bertanggungjawab pada umumnya adalah cirri-ciri yang dimiliki oleh orang yang sehat rohaninya, mempunyai pandangan normal, yang dapat menerima secara normal pandangan-pandangan yang dihadapinya, yang dibawah

¹³⁶*Ibid*, halaman 63

¹³⁷*Ibid*, halaman 63

¹³⁸Adami chazawi, *Pelajaran Hukum Pidana, Op.Cit.* halaman 147

pandangan tersebut ia dapat menentukan kehendaknya dengan cara yang normal pula.¹³⁹ Sedangkan menurut pandangan Moeljatno tentang adanya kemampuan bertanggungjawab adalah:¹⁴⁰

- a. Harus adanya kemampuan untuk membeda-bedakan antara perbuatan yang baik dan perbuatan yang buruk, yang sesuai hukum dan yang melawan hukum.
- b. Harus adanya kemampuan untuk menentukan kehendaknya menurut keinsyafan tentang baik dan buruknya perbuatan.

Adanya ketidakmampuan untuk bertanggungjawab sebagai hal yang dapat menghapuskan pidana dalam KUHP dalam buku I bab III mengemukakan apa yang disebut dengan alasan penghapus pidana, yang menyangkut perbuatan dan pembuatnya, maka dibedakan menjadi dua jenis alasan penghapus pidana yaitu:¹⁴¹

- (1) Alasan pembenar;

Merupakan unsur yang menghapuskan sifat melawan hukumnya perbuatan, meskipun perbuatan ini telah memenuhi rumusan delik dalam undang-undang. Kalau perbuatannya tidak melawan hukum maka tidak mungkin ada pemidanaan. Alasan pembenar yang terdapat dalam KUHP adalah Pasal 49 ayat (1) (pembelaan terpaksa), Pasal 50 (peraturan undang-undang) dan Pasal 51 ayat (1) (perintah jabatan).

- (2) Alasan pemaaf;

Merupakan unsur yang menyangkut pribadi sipembuat. Dalam arti bahwa orang ini tidak dapat dicela (menurut hukum) dengan perkataan lain dia tidak bersalah atau tidak dapat di pertanggungjawabkan, meskipun perbuatannya bersifat melawan hukum. Alasan pemaaf yang dimaksud terdapat dalam KUHP Pasal 44 (tidak mampu bertanggungjawab), Pasal 49 ayat (2) (*noodweer exces*), Pasal 51 ayat (2) (dengan iktikad baik melaksanakan perintah jabatan yang tidak sah).¹⁴²

¹³⁹*Ibid*, halaman 148

¹⁴⁰ Moeljatno, *Asas-Asas Hukum, Op.Cit.* halaman 178

¹⁴¹ Sudarto, *Hukum Pidana 1, Op.Cit.* halaman 138

¹⁴²*Ibid*, halaman 139

F. Penjelasan Konsep

F.1 Konsep Pelayanan Publik

Sebelum menganalisis mengenai pelayanan publik atau dalam bahasa Inggris public service, dianalisis dulu definisi pelayanan. Poerwadarminta mendefinisikan pelayanan sebagai: “Suatu usaha untuk membantu menyiapkan (mengurus) apa yang diperlukan orang lain”,¹⁴³ sedangkan Kotler memberikan definisi sebagai berikut:

A service is any act of performance that one party can offer to another that is essentially intangible and does not result in the ownership of anything. It's production may or may not be tied in phsyscal product. (Layanan adalah setiap tindakan kinerja yang salah satu pihak dapat menawarkan yang lain yang pada dasarnya tidak berwujud dan tidak mengakibatkan kepemilikan apapun. Produk ini mungkin atau mungkin tidak terikat pada produk fisik).¹⁴⁴

Pengertian di atas adalah pengertian yang umum bahwa pelayanan itu dapat berupa jasa non fisik dan dapat pula berupa barang (fisik). Taliziduhu Ndraha memberikan pengertian pelayanan yang lebih khusus yang diberikan negara yaitu:

Pelayanan (service) meliputi jasa dan pelayanan. Jasa adalah komoditi sedangkan layanan pemerintah kepada masyarakat terkait dengan suatu hak dan lepas dari persoalan apakah pemegang hak itu dapat dibebani suatu kewajiban atau tidak. Dalam hubungan ini dikenal adanya hak bawaan (sebagai manusia) dan hak pemberian. Hak bawaan itu selalu bersifat individual dan pribadi, sedangkan hak berian meliputi hak sosial politik dan hak individual. Lembaga yang berkewajiban memenuhi hak tersebut adalah pemerintah, kegiatan pemerintah untuk memenuhi hak bawaan dan hak berian inilah yang disebut pelayanan pemerintah kepada masyarakat.¹⁴⁵

Adapun terminologi publik atau public, menurut Sugiyanto mempunyai arti:

¹⁴³W.J.S. Poerwadarminta, *Kamus Umum Bahasa Indonesia* (Jakarta : Balai Pustaka, 2015), halaman 573

¹⁴⁴Philip Kotler, *Manajemen Pemasaran, Analisis, Perencanaan, Implementasi, dan Pengendalian* (terj. Supranto) (Jakarta: Printice Hall, edisi Indonesia, 1994), halaman 464;

¹⁴⁵Taliziduhu Ndraha, *Budaya Pemerintahan dan Dampaknya Terhadap Pelayanan Masyarakat*, (Jakarta: Jurnal Ilmu Pemerintahan, Edisi Ketiga, 1997), halaman 14.

Masyarakat atau umum (lawan privat). Istilah public maupun privat berasal dari bahasa latin, di mana public berarti "of the people" (menyangkut rakyat atau masyarakat sebagai bangsa berhadapan dengan negara), sedangkan privat berarti "set a part" (bagian terpisah dari rakyat atau masyarakat), dengan demikian, istilah public dapat diartikan sebagai kumpulan orang atau manusia dalam hubungannya dengan dan atau kapasitasnya selaku penyandang kepentingan komunal dari kewarganegaraan suatu negara. Adapun istilah privat menunjuk kepada orang per orang dalam kapasitas individu berhadapan dengan individu yang lain.¹⁴⁶

Hal ini juga menjadi kajian dalam perspektif ilmu hukum yang membagi hukum publik dan hukum privat. Hukum publik berarti hukum yang mengatur hubungan orang atau sekelompok orang dengan negara serta hubungan antar negara, sedangkan hukum privat adalah hukum yang mengatur hubungan individu dengan individu, atau badan hukum (kelompok orang) dengan badan hukum, atau sebaliknya orang dengan badan hukum.

Adapun pengertian resmi pelayanan publik (*public services*) menurut Pasal 1 angka (1) Undang-Undang Pelayanan Publik, adalah: "Kegiatan atau rangkaian kegiatan dalam rangka pemenuhan kebutuhan pelayanan sesuai dengan peraturan perundang-undangan bagi setiap warga negara dan penduduk atas barang, jasa, dan/atau pelayanan administratif yang disediakan oleh penyelenggara pelayanan publik".¹⁴⁷

Pelayanan publik oleh birokrasi publik merupakan salah satu perwujudan dari fungsi aparatur negara sebagai "abdi masyarakat" di samping sebagai "abdi negara". Pelayanan publik oleh birokrasi publik dimaksudkan untuk mewujudkan kesejahteraan rakyat (warga negara) sebagai tujuan negara sebagai manifestasi dari penerapan teori negara kesejahteraan (*welfare state*) yang telah menjadi pedoman penyelenggaraan pemerintahan di seluruh Negara modern dewasa ini.

¹⁴⁶Sugiyanto, *Mengukur Kinerja Kebijakan Publik (Pertanyaan Korelasional Terhadap Aktualisasi Good Governance)*, dalam *Jurnal Good Governance*, Vol 3, No.1, Mei 2004 (Jakarta, Program Magister STIA-LAN, 2004), halaman 63-64

¹⁴⁷ Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2009 Tentang Pelayanan Publik

Kondisi perkembangan masyarakat yang dinamis, menginginkan birokrasi publik harus dapat memberikan pelayanan publik yang lebih profesional, efektif, sederhana, transparan, terbuka, tepat waktu, responsif dan adaptif serta sekaligus dapat membangun kualitas manusia dalam arti meningkatkan kapasitas individu dan masyarakat untuk secara aktif menentukan masa depannya sendiri. Arah pembangunan kualitas manusia tadi adalah memberdayakan kapasitas manusia dalam arti menciptakan kondisi yang memungkinkan setiap anggota masyarakat mengembangkan kemampuan dan kreativitasnya untuk mengatur dan menentukan masa depannya sendiri.

Negara-negara maju di dunia dalam penyelenggaraan pelayanan publik terkini sudah mengacu pada paradigma pelayanan publik NPS, sebagai paradigma pelayanan publik yang prima berasaskan partisipasi masyarakat. Dalam paradigma NPS, administrasi publik lebih menekankan peran serta masyarakat dan sektor publik menuju manajemen pelayanan publik yang lebih pro-pasar, sehingga menjadi pergeseran dari kebijakan dan administrasi menuju manajemen dengan mengadopsi manajemen sektor swasta (*privat*).

Menurut Agus Widiyarta:¹⁴⁸ praktik pelayanan publik dalam perspektif NPS ini diselenggarakan berdasarkan pertimbangan ekonomi yang rasional. Kebutuhan dan kepentingan publik dirumuskan sebagai agregasi dari kepentingan-kepentingan publik (*public interest*). Masyarakat diposisikan sebagai pelanggan (*customers*) sedangkan pemerintah berperan mengarahkan (*steering*) pasar. Dalam perkembangannya konsep ini diterjemahkan bahwa untuk mewujudkan pelayanan publik yang berkualitas maka diperlukan standar pelayanan untuk menjamin kualitas pelayanan publik.

Mengenai Standar Pelayanan Publik (SPP), Sinyo H. Sarundajang, yang dikutip oleh Didik Sukriono Sirajuddin dan Winardi, menerangkan bahwa:

Standar Pelayanan Publik (selanjutnya disebut SPP) merupakan standar pelayanan yang wajib disediakan oleh pemerintah kepada masyarakat.

¹⁴⁸Agus Widiyarta, *Pelayanan Kesehatan Dari Perspektif Participatory Governance (Studi Kasus Tentang Partisipasi Masyarakat dalam Pelayanan Dasar Kesehatan di Kota Surabaya)* (Malang: Disertasi, Program Doktor Ilmu Administrasi Fakultas Ilmu Administrasi, Universitas Brawijaya, 2012), halaman 4

Adanya SPP akan menjamin pelayanan minimal yang berhak diperoleh warga masyarakat dari pemerintah. Dengan kata lain, SPP merupakan tolok ukur untuk mengukur kinerja penyelenggaraan kewenangan wajib yang berkaitan dengan pelayanan dasar kepada masyarakat seperti: kesehatan, pendidikan, air minum, perumahan dan lain-lain. Di samping SPP untuk kewenangan wajib, daerah dapat mengembangkan dan menerapkan standar kinerja untuk kewenangan daerah yang lain.¹⁴⁹

Standar Pelayanan Publik akan menjamin kualitas minimal dari suatu pelayanan publik yang dapat dinikmati oleh masyarakat untuk memenuhi kebutuhan hidupnya. Adapun komponen Standar Pelayanan Publik menurut Pasal 21 Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2009 (Undang-Undang Pelayanan Publik) sekurang kurangnya meliputi:

- a. Dasar hukum, yaitu Peraturan perundang-undangan yang menjadi dasar penyelenggaraan pelayanan.
- b. Persyaratan, yaitu Syarat yang harus dipenuhi dalam pengurusan suatu jenis pelayanan, baik persyaratan teknis maupun administratif.
- c. Sistem, mekanisme, dan prosedur, yaitu tata cara pelayanan yang dibakukan bagi pemberi dan penerima pelayanan, termasuk pengaduan.
- d. Jangka waktu penyelesaian, yaitu jangka waktu yang diperlukan untuk menyelesaikan seluruh proses pelayanan dari setiap jenis pelayanan.
- e. Biaya/tarif, yaitu ongkos yang dikenakan kepada penerima layanan dalam mengurus dan/atau memperoleh pelayanan dari penyelenggara yang besarnya ditetapkan berdasarkan kesepakatan antara penyelenggara dan masyarakat.
- f. Produk pelayanan, yaitu hasil pelayanan yang diberikan dan diterima sesuai dengan ketentuan yang telah ditetapkan.
- g. Sarana, prasarana, dan/atau fasilitas, yaitu Peralatan dan fasilitas yang diperlukan dalam penyelenggaraan pelayanan, termasuk peralatan dan fasilitas pelayanan bagi kelompok rentan.

¹⁴⁹Didik Sukriono Sirajuddin dan Winardi, *Hukum Pelayanan Publik Berbasis Partisipasi dan Keterbukaan Informasi* (Malang: Stara Press, 2011), halaman 221

- h. Kompetensi pelaksana, yaitu kemampuan yang harus dimiliki oleh pelaksana meliputi pengetahuan, keahlian, keterampilan, dan pengalaman.
- i. Pengawasan internal, yaitu pengendalian yang dilakukan oleh pimpinan satuan kerja atau atasan langsung pelaksana.
- j. Penanganan pengaduan, saran, dan masukan, yaitu tata cara pelaksanaan penanganan pengaduan dan tindak lanjut.
- k. Jumlah pelaksana, yaitu tersedianya pelaksana sesuai dengan beban kerja.
- l. Jaminan pelayanan yang memberikan kepastian pelayanan dilaksanakan sesuai dengan standar pelayanan.
- m. Jaminan keamanan dan keselamatan pelayanan dalam bentuk komitmen untuk memberikan rasa aman, bebas dari bahaya, dan risiko keraguan, yaitu kepastian memberikan rasa aman dan bebas dari bahaya, risiko, dan keraguan.
- n. Evaluasi kinerja pelaksana yaitu penilaian untuk mengetahui seberapa jauh pelaksanaan kegiatan sesuai dengan standar pelayanan.

Pelayanan yang berfokus pada pengguna dengan menetapkan standar pelayanan memang telah diakui keberhasilannya dalam meningkatkan kualitas pelayanan publik, baik pelayanan yang dilakukan oleh pemerintah pusat ataupun oleh pemerintah daerah. Usaha tersebut dirasa belum cukup karena masyarakat belum sepenuhnya ditempatkan sebagai pemilik (*owners*) pemerintahan yang memberikan pelayanan publik. Dalam negara yang menganut rezim negara hukum yang demokratis mengedepankan prinsip-prinsip demokrasi dalam penyelenggaraan pemerintahannya maka warga negara tidak cukup dipandang sebagai pengguna layanan (*customers*), melainkan ditempatkan sebagai pemilik (*owners*) pelayanan publik.

Pemikiran ini juga sejalan dengan pemahaman *good governance* dalam koridor masyarakat demokratik dengan mengedepankan konsensus dan sinergitas komponen *governance*, sehingga pemerintahan yang berlandaskan partisipasi

masyarakat (*participatory governance*) sangat diperlukan dalam perwujudan pelayanan publik yang sesuai koridor *good governance*.

Paradigma NPS menempatkan warga tidak hanya sebagai customers tetapi sekaligus sebagai warga negara (*citizens*) yang mempunyai hak untuk mendapatkan pelayanan publik yang berkualitas dari negara. Dalam konsep ini birokrasi publik dituntut untuk merubah dirinya dari government menjadi *governance* sehingga administrasi publik akan tampil lebih powerfull dalam menjelaskan masalah-masalah kontemporer yang terjadi di dalam bahasan publik. Dalam konsep ini birokrasi publik tidak hanya menyangkut unsur pemerintah saja tetapi semua permasalahan yang berhubungan dengan urusan publik (*public affairs*) dan kepentingan publik (*public interest*).

Secara tegas NPS menyodorkan doktrin baru dalam pelayanan publik yakni:

- 1) *Serve citizen not customer* (melayani warga negara bukan sebagai pengguna layanan saja).
- 2) *Seek the public interest*, (mencari kepentingan publik).
- 3) *Value citizenship over entrepreneurship* (menilai kewarganegaraan di atas konsep kewirausahaan).
- 4) *Think strategically act democratically* (berfikir strategis bertindak demokratis).
- 5) *Recognize that accountability is not simple* (menerapkan akuntabilitas yang tidak sederhana).
- 6) *Serve rather than steer* (melayani tidak hanya mengarahkan).
- 7) *Value people not just productivity* (menilai orang bukan hanya produktifitasnya).¹⁵⁰

Paradigma NPS menunjukkan perlunya penciptaan kualitas pelayanan publik dan partisipasi masyarakat menjadi sesuatu yang dominan untuk mencapai cita-cita sebagai negara kesejahteraan. Secara substansial harus dibangun pemahaman untuk mewujudkan pelayanan publik (*public service*) yang sesuai

¹⁵⁰Janet V. Denhardt dan Robert B. Denhardt, *The New Public Services; Serving, Not Steering, Armonk* (New York-London, England; M.E. Sharpe, 2003), halaman 42-43 dengan penjelasan ringkasan oleh penulis;

dengan koridor tata kelola pemerintahan yang baik (*good governance*). Pemahaman demikian secara tematik merupakan alasan fundamental dari kehendak publik untuk menyusun perangkat hukum dalam rangka membangun pelayan-pelayan publik (*public servant*) yang mengedepankan prinsip-prinsip demokrasi, transparansi, akuntabilitas, responsibilitas dengan paradigma baru (*the new paradigma*). Berubahnya birokrasi dari pangreh menjadi abdi alias pelayan masyarakat.

Pelayanan publik yang profesional, artinya pelayanan publik yang dicirikan

oleh adanya akuntabilitas dan responsibilitas dari pemberi layanan (aparatur pemerintah). Adapun ciri-ciri pelayanan publik yang professional adalah sebagai berikut:

- a. Efektif, lebih mengutamakan pada pencapaian apa yang menjadi tujuan dan sasaran.
- b. Sederhana, mengandung arti prosedur/tata cara pelayanan:
 - 1) Diselenggarakan secara mudah, cepat, tepat, tidak berbelit-belit, mudah dipahami dan mudah dilaksanakan oleh masyarakat yang meminta pelayanan.
 - 2) Kejelasan dan kepastian (transparan), mengandung arti adanya kejelasan dan kepastian mengenai:
 - Prosedur/tata cara pelayanan.
 - Persyaratan pelayanan, baik persyaratan teknis maupun persyaratan administratif.
 - Unit kerja dan/atau pejabat yang berwenang dan bertanggung jawab dalam memberikan pelayanan.
 - Rincian biaya/tarif pelayanan dan tata cara pembayarannya.
 - Jadwal waktu penyelesaian pelayanan.
 - 3) Keterbukaan, mengandung arti prosedur/tata cara persyaratan, satuan kerja/pejabat penanggungjawab pemberi pelayanan, waktu penyelesaian, rincian waktu/tarif serta hal-hal lain yang berkaitan dengan proses

pelayanan wajib diinformasikan secara terbuka agar mudah diketahui dan dipahami oleh masyarakat, baik diminta maupun tidak diminta.

c. Efisiensi, mengandung arti:

- 1) Persyaratan pelayanan hanya dibatasi pada hal-hal berkaitan langsung dengan pencapaian sasaran pelayanan dengan tetap memperhatikan keterpaduan antara persyaratan dengan produk pelayanan yang berkaitan.
- 2) Dicegah adanya pengulangan pemenuhan persyaratan, dalam hal proses pelayanan masyarakat yang bersangkutan mempersyaratkan adanya kelengkapan persyaratan dari satuan kerja/instansi pemerintah lain yang terkait.
- 3) Ketepatan waktu, kriteria ini mengandung arti pelaksanaan pelayanan masyarakat dapat diselesaikan dalam kurun waktu yang telah ditentukan.
- 4) Responsif, lebih mengarah pada daya tanggap dan cepat menanggapi apa yang menjadi masalah, kebutuhan dan aspirasi masyarakat yang dilayani.
- 5) Adaptif, cepat menyesuaikan terhadap apa yang menjadi tuntutan, keinginan dan aspirasi masyarakat yang dilayani yang senantiasa mengalami tumbuh kembang.¹⁵¹

Di samping itu masih ada 5 (lima) karakteristik yang dapat dipakai untuk membedakan jenis-jenis penyelenggaraan pelayanan publik tersebut, yaitu:

- a. Adaptabilitas layanan; Ini berarti derajat perubahan layanan sesuai dengan tuntutan perubahan yang diminta oleh pengguna.
- b. Posisi tawar pengguna/klien; Semakin tinggi posisi tawar pengguna/klien, maka akan semakin tinggi pula peluang pengguna untuk meminta pelayanan yang lebih baik.
- c. Type pasar; Karakteristik ini menggambarkan jumlah penyelenggara pelayanan yang ada, dan hubungannya dengan pengguna/klien.
- d. Locus control; Karakteristik ini menjelaskan siapa yang memegang kontrol atas transaksi, apakah pengguna ataukah penyelenggara pelayanan.

¹⁵¹<http://www.scribd.com/doc/11319551/Pengertian-Pelayanan-Publik>, diakses pada tanggal 30 Januari 2013;

- e. Sifat pelayanan; Hal ini menunjukkan kepentingan pengguna atau penyelenggara pelayanan yang lebih dominan.¹⁵²

Dalam upaya mewujudkan pelayanan publik yang prima dan professional karakteristik dan parameternya sudah jelas sebagaimana terurai di atas. Sekarang di Indonesia penyelenggaraan pelayanan publiknya semestinya sudah mengacu kepada paradigma NPS. Kalau dilihat dari instrumen hukumnya sudah mengarah ke sana, tinggal pelaksanaannya di lapangan masih jauh dari yang diinginkan.

F.2 Konsep Ombudsman

Budhi Masthuri memberikan penjelasan asal-usul istilah Ombudsman bahwa: “Istilah Ombudsman yang berasal dari bahasa Skandinavia berarti wakil atau perwakilan kelompok. Atau dalam bahasa *Swensk (Swedia)* berarti penengah”.¹⁵³ Bryan Gilling menceritakan kronologis berdirinya Ombudsman sebagai berikut:

Lembaga Ombudsman pertama kali didirikan di Swedia pada tahun 1809. Namun demikian, pada zaman kekaisaran Romawi terdapat institusi bernama Tribunal Plebis yang tugasnya hampir sama dengan Ombudsman yaitu melindungi hak-hak “*plebeians*” (masyarakat lemah) dari penyalahgunaan kekuasaan oleh para bangsawan.¹⁵⁴

Model pengawasan Ombudsman juga ditemui di China sejak 225 M pada masa pemerintahan Dinasti Tsin dan dikenal secara internasional dengan sebutan Control Yuan atau biasa disebut juga sebagai Cencorate yang bertugas mengawasi perilaku para pejabat kekaisaran dan menjalankan juga fungsi sebagai perantara bagi masyarakat yang ingin menyampaikan aspirasi dan keluhan kepada Kaisar Tsin.

¹⁵²Ratminto dan Winarsih, *Manajemen Pelayanan* (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2004), halaman 10

¹⁵³Budhi Masthuri, *Mengenal Ombudsman Indonesia* (Jakarta: Pradnya Pramita, 2005), halaman 2

¹⁵⁴Bryan Gilling, 1998, *The Ombudsman in New Zealand, dikutip dalam Ombudsman, Sejarah Ombudsman, Majalah Suara Ombudsman* (Jakarta; Ombudsman Republik Indonesia, Edisi Pertama Januari-Februari, 2013), halaman 10

Pada masa peradaban Islam, Khalifah Umar Bin Khathab (634-644 SM) adalah Kholifah yang sangat populis, yang suka melakukan “blusukan” untuk mengetahui keadaan masyarakatnya ada yang bermasalah dalam hidupnya atau tidak, maka beliau memposisikan diri sebagai muhtasib (orang yang menerima keluhan) kemudian membentuk *Qadi al-Quadat* (Ketua Hakim Agung) dengan mandat khusus untuk memberikan perlindungan kepada masyarakat dari tindakan sewenang-wenang dan penyalahgunaan kekuasaan oleh pemerintah.

Hazrat Ali bin Abi Thalib (599-661 M), *Khafilah* Islam ke-4 (Khulafa’ur Rasyidin), dalam suratnya yang terkenal ke Malik Ashtar, Gubernur Mesir memberikan nasihat sebagai berikut:

Dari jam kerjamu tetapkan waktu untuk menerima pengaduan dan untuk mereka yang hendak menyampaikan keluhan. Untuk hal ini aturlah acara pertemuan bebas untuk mereka, dan selama pertemuan itu, demi Tuhan, perlakukan mereka dengan baik, sopan dan hormat. Jangan tempatkan tentara atau polisi di ruang pertemuan sehingga mereka yang hendak mengeluh tentang pemerintahan dapat berbicara dengan bebas, tanpa rintangan maupun rasa takut. Semua ini merupakan keharusan karena saya sering mendengar Nabi SAW mengatakan: “Bahwa negara atau pemerintahan tidak dapat selamat bila hak-hak kaum yang tertekan, papa dan terpinggirkan tidak dilindungi dan bila mereka yang kuat dan berkuasa tidak dipaksa untuk mengabdikan hak-hak tersebut.”¹⁵⁵

Lembaga yang berfungsi untuk penyelesaian maladministrasi dan menerima keluhan masyarakat usianya sudah tua. Sekarang Ombudsman telah berkembang dan menjadi kecenderungan ketatanegaraan sebagai pilar demokrasi dan perlindungan terhadap hak asasi manusia dan sudah lebih dari 167 lembaga Ombudsman yang terdiri Ombudsman Nasional, Ombudsman Negara Bagian, Ombudsman Daerah dan Ombudsman Swasta telah bergabung menjadi anggota *International Ombudsman Association (IOA)*.¹⁵⁶ Negara-negara seperti Philipina, Afrika Selatan, Thailand juga telah memasukkannya dalam konstitusi.

¹⁵⁵Wafaqy Mohtasib, *Laporan Tahunan (Ombudsman Turki) Tahun 1990*, halaman 6-7

¹⁵⁶<http://www.theioa.org>, diakses pada tanggal 11 Desember 2015

Di Indonesia, awalnya pembentukan dasar hukum Ombudsman adalah Keputusan Presiden Nomor 155 Tahun 1999 yang semestinya dimaksudkan menjadi landasan hukum pembentukan Ombudsman namun kemudian justru berbelok mejadi pembentukan tim pengkajian pembentukan lembaga Ombudsman.

Perubahan tersebut menunjukkan bahwa pada awalnya tampak seperti ada keraguan dari orang-orang di sekitar Presiden Abdurrahman Wahid perihal efektifitas fungsi pengawasan Ombudsman dalam kondisi politik saat itu, tanpa dipersiapkan sedemikian rupa. Secara substansial, pemimpin negara kala itu yang akrab disapa Gus Dur tidak pernah menolak pembentukan Ombudsman di Indonesia yang telah dipersiapkan bersama Marzuki Darusman dan Antonius Sujata. Akhirnya, pada tanggal 10 Maret 2000 dikeluarkan Keputusan Presiden Nomor 44 Tahun 2000 tentang Komisi Ombudsman Nasional, sebagai Keputusan Presiden penggantinya.

Strategi low profile menjadikan Ombudsman semakin memperoleh dukungan publik dari pihak-pihak eksternal. Dukungan tersebut dapat diinventarisir dari pencantuman Ombudsman dalam Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2000 tentang Program Pembangunan Nasional (Propenas) sampai dengan penerbitan Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Nomor VIII/MPR/2001 yang memberi mandat kepada eksekutif dan legislatif agar menyusun UndangUndang Ombudsman.

Pembahasan rancangan Undang-Undang Ombudsman selama 8 (delapan) tahun telah mendapatkan banyak sekali masukan, kritik, dan pandangan dari berbagai pihak, maka dibentuk Undang-Undang Ombudsman melalui lembar negara nomor 139 Tahun 2008 dan tambahan lembar negara nomor 4899 yang disahkan dan diundangkan pada tanggal 7 Oktober 2008. Selain itu, penguatan lembaga Ombudsman di Indonesia secara jelas tercantum sebagai pengawas pelayanan publik di dalam Undang-Undang Pelayanan Publik. Ombudsman secara khusus memiliki posisi penting sebagai lembaga negara pengawas eksternal yang mempunyai kewenangan mengawasi penyelenggaraan pelayanan publik, baik yang diselenggarakan oleh penyelenggara negara dan pemerintahan

termasuk yang diselenggarakan oleh BUMN, BUMD, dan BHMN serta badan swasta, maupun perseorangan yang diberi tugas menyelenggarakan pelayanan publik tertentu yang sebagian atau seluruh dananya bersumber dari anggaran pendapatan dan belanja negara dan/atau anggaran pendapatan dan belanja daerah.

Berkenaan dengan jumlah pimpinan, Ombudsman RI memiliki 9 (Sembilan) orang pimpinan yang terdiri atas seorang Ketua dan Wakil Ketua serta 7 (tujuh) orang anggota yang memimpin secara kolektif kolegial dengan masa jabatan selama 5 (lima) tahun dan dapat dipilih sekali lagi dalam periode berikutnya.

Pada saat ini Ombudsman sudah memiliki perwakilan di 33 Provinsi, hampir semua provinsi ada perwakilan Ombudsman, hanya DKI Jakarta saja yang sudah masuk dalam jangkauan Ombudsman Pusat sehingga tidak perlu dibentuk lagi perwakilan Ombudsman. Adapun kewenangan yang dimiliki oleh Perwakilan Ombudsman sama dengan Ombudsman RI karena sudah mendapatkan yang mutatis mutandis. Kecuali kewenangan untuk menerbitkan rekomendasi yang tidak dilimpahkan kepada Perwakilan di Provinsi. Pembentukan perwakilan di Provinsi ini sebenarnya hanya menyesuaikan dengan kemampuan anggaran negara, padahal menurut Undang-Undang Ombudsman, perwakilan itu dapat dibentuk di setiap Kabupaten atau Kota di seluruh Indonesia, kemudian baru tahun 2026 perwakilan Ombudsman dibentuk di 130 kabupaten/kota di Indonesia.

Ombudsman didukung oleh dua undang-undang sekaligus dalam melaksanakan tugas pokok dan kewengannya yakni Undang-Undang Ombudsman dan Undang-Undang Pelayanan Publik. Dalam melaksanakan tugas, fungsi dan wewengannya, Ombudsman memiliki keistimewaan berupa kekebalan hukum (*immunity*) yakni dalam menjalankan tugasnya tidak dapat ditangkap, ditahan, diinterogasi, dituntut atau digugat di muka pengadilan oleh semua pihak, hak imunitas ini diatur dalam Pasal 10 Undang-Undang Ombudsman.

Kehadiran institusi Ombudsman muncul hampir bersamaan dengan beberapa lembaga mandiri lainnya di era pemerintahan reformasi. Dalam studi Hukum Tata Negara (HTN), timbul permasalahan terkait dasar hukum keberadaannya seharusnya ia diatur dalam konstitusi, undang-undang biasa atau

dapat juga diatur dalam undang-undang organik di bawahnya. Sehubungan dengan pengaturan tersebut Soetanto Soepiadhy menyatakan bahwa: “Beberapa pihak telah mengupayakan pengaturannya dalam perubahan (amandemen) Undang-Undang Dasar 1945. Melalui rancangan amandemen ke-empat Undang-Undang Dasar 1945 Pasal 24D, E dan F, Ombudsman diatur sejajar dengan lembaga penegak hukum selain kepolisian dan kejaksaan”.¹⁵⁷ Namun demikian, hingga perubahan (amandemen) ke-empat Undang-Undang Dasar 1945 disahkan, belum ada satu pasal pun yang mengatur mengenai hal ini.

Dalam Undang-Undang Ombudsman, sudah dirumuskan definisi Ombudsman yang diatur dalam Pasal 1 angka 1 yang menjelaskan:

Ombudsman Republik Indonesia yang selanjutnya disebut Ombudsman adalah lembaga negara yang mempunyai kewenangan mengawasi penyelenggaraan pelayanan publik baik yang diselenggarakan oleh penyelenggara negara dan pemerintahan termasuk yang diselenggarakan oleh Badan Usaha Milik Negara, Badan Usaha Milik Daerah, dan Badan Hukum Milik Negara serta badan swasta atau perseorangan yang diberi tugas menyelenggarakan pelayanan publik tertentu yang sebagian atau seluruh dananya bersumber dari anggaran pendapatan dan belanja negara dan/atau anggaran pendapatan dan belanja daerah.

Atas dasar norma hukum tersebut Ombudsman menjadi salah satu lembaga negara pengawas pelayanan publik yang bersifat independen dan merupakan lembaga pengawas eksternal, selain Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) yang bidang pengawasannya adalah pengawasan kebijakan penyelenggaraan pemerintahan secara umum serta Pengadilan Tata Usaha Negara (PTUN) yang mengkhususkan pada sengketa administrasi dalam bentuk ketetapan atau keputusan tata usaha negara dengan kriteria tertentu.

¹⁵⁷Anwar Fananie, Dr. Soetanto Soepiadhy, SH, MH, *Meredesain Konstitusi; Pembangkangan Seorang Anak Bangsa Untuk Demokrasi* (Jakarta: Burung Merak Press, cet. 1, 2008), halaman 33 dan 40;

BAB III

PEMBAHASAN

A. Bentuk perlindungan hukum yang diberikan pemerintah terhadap Anggota Ombudsman dan Asisten Ombudsman setelah diberlakukannya Pasal 10 Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2008 tentang Ombudsman Republik Indonesia

A.1 Analisis yuridis perlindungan hukum (Imunitas) dalam Undang-Undang Ombudsman Republik Indonesia

Dalam melaksanakan tugas pokok dan kewengannya Ombudsman dan Asisten Ombudsman didukung oleh dua undang-undang sekaligus yakni Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2008 Tentang Ombudsman Republik Indonesia dan Undang-Undang Nomor 25 Tentang Pelayanan Publik.

Dalam melaksanakan tugas, fungsi dan wewengannya, Ombudsman memiliki keistimewaan perlindungan hokum berupa kekebalan hukum (*immunity*) yakni dalam menjalankan tugasnya tidak dapat ditangkap, ditahan, diinterogasi, dituntut atau digugat di muka pengadilan oleh semua pihak, hak imunitas ini diatur dalam Pasal 10 Nomor 37 Tahun 2008 Tentang Ombudsman Republik Indonesia.

Adapun sesuai ketentuan Pasal 10 Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2008 Tentang Ombudsman Republik Indonesia, yang bunyinya menyatakan bahwa:

*”Dalam rangka pelaksanaan tugas dan wewengannya, Ombudsman tidak dapat ditangkap, ditahan, diinterogasi, dituntut, atau digugat di muka pengadilan”.*¹⁵⁸

Dalam penjelasannya Pasal 10 yang bunyinya Bahwa *“Ketentuan ini tidak berlaku apabila Ombudsman melakukan pelanggaran hukum”.*

¹⁵⁸ Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2008 Tentang Ombudsman Republik Indonesia

Prof. Amzulian Rifai, S.H., LL.M., PH.D dalam penjelasannya sebagai Ketua Ombudsman mengenai hak imunitas oleh Para perancang Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2008 tentang Ombudsman RI paham benar bahwa Ombudsman "akan berhadapan" dengan para penguasa.¹⁵⁹ Penyebabnya karena memang yang diawasi oleh Ombudsman adalah para penyelenggara negara dan pemerintahan. Artinya, tak ada lembaga negara, termasuk BUMN/BUMD/BHMN yang luput dari pengawasan Ombudsman.

Memang sekilas sederhana saja urusan Ombudsman karena hanya terkait dengan pengawasan pelayanan publik saja. Ada kesan tidak perlu ditakuti karena Ombudsman tidak serta-merta dapat memenjarakan orang. Agaknya, lembaga negara itu baru ditakuti jika ada kewenangan memenjarakan. Padahal, dimensi yang diurusi oleh Ombudsman sangatlah luas. Terkadang terungkap adanya "niat jahat" banyak orang, termasuk penguasa, yang justru ikut merecoki pelayanan publik kita.

Sudah sejak Indonesia merdeka, pelayanan publik kita masih buruk hingga saat ini. Buruk karena para penyelenggara negara dan pemerintahan, para birokrat, kebanyakan tidak komit dengan jabatannya. Mereka lupa kepada hakikat jabatan yang diamanahkan kepadanya.

Pasal 10 Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2008 tentang Ombudsman menegaskan "Dalam rangka pelaksanaan tugas dan wewenangnya, Ombudsman tidak dapat ditangkap, ditahan, diinterogasi, dituntut, atau digugat di muka pengadilan." Pasal ini tegas sekali, tidak perlu adanya penafsiran bahwa ada imunitas bagi anggota Ombudsman dalam menjalankan tugas-tugas mereka.

Selain pasal itu dalam Undang-Undang Ombudsman juga diatur Ketentuan Pidana Pasal 44 yang bunyinya bahwa:

¹⁵⁹<http://www.ombudsman.go.id/index.php/berita/berita/artikel/1524-imunitas-Ombudsman.html> diakses 13 Maret 2016 (Versi cetak artikel ini terbit di harian Kompas edisi 31 Maret 2016, di halaman 6 dengan judul "Imunitas Ombudsman".)

“Setiap orang yang menghalangi Ombudsman dalam melakukan pemeriksaan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 28 dipidana dengan pidana penjara paling lama 2 (dua) tahun atau denda paling banyak Rp1.000.000.000,00 (satu miliar rupiah)”.

Dalam undang-undang Ombudsman ini menegaskan bahwa setiap orang yang menghalangi Ombudsman dalam melaksanakan tugasnya dipidana dengan pidana penjara paling lama 2 (dua) tahun atau denda paling banyak Rp 1.000.000.000 (satu miliar rupiah).

Tentu saja, imunitas yang dimiliki Ombudsman tak boleh melahirkan kesewenang-wenangan. Dalam menjalankan tugasnya haruslah atas dasar kepatutan, keadilan, nondiskriminasi, tak memihak, akuntabilitas, keseimbangan, keterbukaan, dan kerahasiaan (sepanjang menyangkut kepentingan para pihak dalam kasus yang ditangani). Publikasi menjadi penting manakala Ombudsman menilai untuk kepentingan umum dan demi kebaikan lembaga tersebut.

Sesuai amanat Undang-Undang dan misi menghadirkan negara di tengah masyarakatnya untuk membersihkan birokrasi, ke depan sangat mungkin Ombudsman berhadapan dengan para penguasa yang tak sadar dengan hakikat kekuasaannya. Sinyal mengkriminalisasi Ombudsman sebagaimana pernah dilakukan terhadap lembaga lain, sudah ada. Mestinya kita semua juga memahami, sebagaimana pembentuk Undang-Undang, bahwa ada imunitas anggota Ombudsman.

Kehadiran institusi Ombudsman muncul hampir bersamaan dengan beberapa lembaga mandiri lainnya di era pemerintahan reformasi. Dalam studi Hukum Tata Negara (HTN), timbul permasalahan terkait dasar hukum keberadaannya seharusnya ia diatur dalam konstitusi, undang-undang biasa atau dapat juga diatur dalam undang-undang organik di bawahnya. Sehubungan dengan pengaturan tersebut Soetanto Soepiadhya menyatakan bahwa: “Beberapa pihak telah mengupayakan pengaturannya dalam perubahan (amandemen) Undang-Undang Dasar 1945. Melalui rancangan amandemen ke-empat Undang-

Undang Dasar 1945 Pasal 24D, E dan F, Ombudsman diatur sejajar dengan lembaga penegak hukum selain kepolisian dan kejaksaan”. Namun demikian, hingga perubahan (amandemen) ke-empat Undang-Undang Dasar 1945 disahkan, belum ada satu pasal pun yang mengatur mengenai hal ini.

Dalam Undang-Undang Ombudsman, sudah dirumuskan definisi Ombudsman yang diatur dalam Pasal 1 angka 1 yang menjelaskan bahwa:

“Ombudsman Republik Indonesia yang selanjutnya disebut Ombudsman adalah lembaga negara yang mempunyai kewenangan mengawasi penyelenggaraan pelayanan publik baik yang diselenggarakan oleh penyelenggara negara dan pemerintahan termasuk yang diselenggarakan oleh Badan Usaha Milik Negara, Badan Usaha Milik Daerah, dan Badan Hukum Milik Negara serta badan swasta atau perseorangan yang diberi tugas menyelenggarakan pelayanan publik tertentu yang sebagian atau seluruh dananya bersumber dari anggaran pendapatan dan belanja negara dan/atau anggaran pendapatan dan belanja daerah”.

Atas dasar norma hukum tersebut Ombudsman menjadi salah satu lembaga negara pengawas pelayanan publik yang bersifat independen dan merupakan lembaga pengawas eksternal, selain Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) yang bidang pengawasannya adalah pengawasan kebijakan penyelenggaraan pemerintahan secara umum serta Pengadilan Tata Usaha Negara (PTUN) yang mengkhususkan pada sengketa administrasi dalam bentuk ketetapan atau keputusan tata usaha negara dengan kriteria tertentu.

Ombudsman dalam menyelenggarakan penyelesaian maladministrasi pelayanan publik menggunakan serangkaian sistem hukum penyelesaian sengketa dengan mekanisme alternatif penyelesaian sengketa di luar pengadilan (non litigasi). Sebagai suatu sistem, dapat dipastikan antara proses penyelesaian yang satu dengan

tahapan berikutnya mempunyai jalinan yang kuat yang saling mengaitkan antara yang satu dengan yang lainnya. Bahkan mekanisme penyelesaian ini mempunyai tata urutan yang sudah teratur dengan sistem tertentu yang berbeda antara karakteristik kasus yang satu dengan yang lainnya. Mekanisme penyelesaian yang digunakan juga berbeda-beda, tergantung karakteristik kasus tersebut, ada kasus yang ringan dan mudah diselesaikan dengan sekali investigasi, ada kasus yang dapat dilakukan mediasi dan ada pula kasus yang tidak dapat dimediasi. Di sisi lain juga tidak semua kasus harus diselesaikan dengan rekomendasi, ada kalanya cukup diselesaikan melalui penerbitan saran perbaikan pelayanan publik saja.

Karakteristik Ombudsman sebagai lembaga yang berwenang menyelesaikan maladministrasi dalam penyelenggaraan pelayanan publik, di samping mempunyai kewenangan yang luar biasa untuk melakukan pemanggilan paksa, mempunyai hak imunitas sehingga tidak dapat diperiksa, ditangkap, ditahan bahkan tidak dapat digugat di pengadilan. Di sisi lain Ombudsman harus menyelesaikan maladministrasi dengan cara-cara yang persuasif. Dalam hal ini Ombudsman bukan hanya berperan sebagai “*watch dog*” (anjing pengawas) yang hanya mengawasi dan menjatuhkan sanksi, oleh karena itu Ombudsman juga harus bermitra dengan instansi pemerintahan untuk melakukan pengawasan dan pembinaan dengan tujuan mewujudkan pelayanan publik yang berkualitas prima.

Jika pendekatan persuasi kemitraan tidak berjalan dengan semestinya, Ombudsman juga mempunyai kewenangan lain, yang hanya digunakan ketika cara-cara pembinaan yang bersifat persuasif sudah mengalami jalan buntu (*dead lock*). Sebagai upaya penegakan kewenangan ini juga diatur mengenai pemberian sanksi administratif. Sanksi administratif diberlakukan bagi Terlapor dan Atasan Terlapor yang mengabaikan atau bersikap tidak kooperatif terhadap upaya

penyelesaian Ombudsman, berupa tidak menghadiri panggilan, tidak menjawab klarifikasi dan/atau mengabaikan saran Ombudsman.

Rekomendasi Ombudsman, merupakan wewenang yang bersifat pemulihan terakhir (*ultimatum remedium*), upaya yang dilakukan setelah metode-metode penyelesaian secara persuasif sudah tidak mampu lagi menyelesaikan dan memulihkan maladministrasi yang terjadi. Tidak semua kasus maladministrasi yang diajukan penyelesaian kepada Ombudsman itu diselesaikan dengan rekomendasi. Jika Terlapor, setelah dilakukan mediasi dengan Pelapor sudah ada kesepakatan dan sudah dijalankan dengan baik dan benar. Maka penyelesaian tersebut tidak perlu diselesaikan melalui mekanisme berikutnya sampai rekomendasi. Dapat pula, suatu kasus baru dilakukan klarifikasi melalui telpon kepada Terlapor, Terlapor sudah mengaku salah dan bersedia menyelesaikan maladministrasi yang menjadi keluhan Pelapor, sehingga kasus maladministrasi tersebut juga harus dianggap selesai dan kasus ditutup (*case closed*).

A.2 Surat Edaran Ketua Ombudsman RI Nomor: 16/ORI-SE/VII/2016 Tentang Penyamaan Pemahaman Mengenai Mutatis Mutandis Dan Imunitas Dalam Rangka Melaksanakan Kegiatan Selaku Pejabat Ombudsman RI

Sebagai pedoman dalam melaksanakan tugas maka diperlukan pemahaman terkait hak imunitas sebagai bentuk turunan pelaksanaan dari Undang-Undang tersebut saat ini telah terbit Surat Edaran Ketua Ombudsman Republik Indonesia Nomor: 16/ORI-SE/VII/2016 Tentang Penyamaan Pemahaman Mengenai Mutatis-Mutandis Dan Imunitas Dalam Rangka Melaksanakan Kegiatan Selaku Pejabat Ombudsman Republik Indonesia.

Atas dasar kewenangan Ketua Ombudsman Republik Indonesia sebagaimana diatur dalam Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2008

tentang Ombudsman Republik Indonesia, dan mempertimbangkan masukan dalam Rapat Kerja Ombudsman Republik Indonesia pada awal tahun 2016 serta hasil Focus Group Discussion (FGD) terkait Mutatis-Mutandis dan FGD tentang Imunitas, maka dipandang perlu untuk menerbitkan Surat Edaran Ketua sebagai berikut:

1. Mutatis-Mutandis

Mutatis-mutandis adalah suatu prinsip kerja yang memberi kesamaan hak dan wewenang antara Pimpinan ORI dan Kepala Perwakilan dalam rangka menjalankan tugas pokok dan fungsi ORI sesuai lingkup tanggungjawab masing-masing.

Dalam prinsip kerja yang memberi kesamaan hak dan wewenang tersebut, secara implisit juga terdapat kesamaan tanggung jawab, namun dengan tidak mengenyampingkan sifat hubungan hirarkis/struktural antara Pimpinan ORI dan Kepala Perwakilan.

Prinsip mutatis-mutandis tidak berlaku bagi Kepala Perwakilan dalam hal pembuatan Rekomendasi ORI yang merupakan kewenangan mutlak Ketua ORI. Demikian juga prinsip mutatis-mutandis tidak berlaku dalam hal-hal yang termasuk ruang lingkup tugas kesekjenan.

2. Imunitas

Imunitas adalah kewenangan yang melekat pada jabatan Ombudsman saat melaksanakan tugas pokok dan fungsinya. Dengan kewenangan tersebut, Ombudsman tidak dapat ditinggalkan, dituntut maupun didakwa secara hukum.

Pada Pimpinan ORI, kewenangan imunitas bersifat melekat pada saat melaksanakan tugas pokok dan fungsi Ombudsman.

Pada Kepala Perwakilan ORI, kewenangan imunitas bersifat terbatas pada saat melaksanakan tugas pokok dan fungsi Ombudsman dalam kapasitas sebagai kepala perwakilan di daerah yang menjadi tanggungjawabnya.

Pada Asisten ORI, kewenangan imunitas bersifat terbatas pada saat melaksanakan tugas pokok dan fungsi Ombudsman yang ditandai dengan adanya surat tugas guna melakukan kegiatan tertentu.

Demikianlah Surat Edaran ini dibuat sebagai pedoman dalam melaksanakan tugas. Setelah Surat Edaran ini berlaku, pemahaman lain terkait dua terminologi tersebut tidak lagi berlaku.

A.3 Urgensi Imunitas Ombudsman

Prof. Amzulian Rifai, S.H., LL.M., PH.D dalam penjelasannya sebagai ketua Ombudsman mengenai hak imunitas, bahwa memang ada urgensi perlunya imunitas terhadap jabatan-jabatan tertentu. Hal itu bertujuan agar mereka yang menjalankan tugas terlindungi, bukan malah repot menghadapi persoalan hukum justru dikarenakan menjalankan tugasnya.¹⁶⁰

Di Indonesia masih banyak pejabat yang melangkah dengan pongah, belum terbiasa menempatkan dirinya sebagai pelayan publik. Tidak pula terbiasa diusik, sekalipun dia menyalahgunakan kekuasaan atau jabatannya. Umumnya para penguasa semacam ini akan melakukan perlawanan dengan berbagai cara, tak soal berapapun ongkosnya (*by any means at all cost*) jika terusik. Di antara cara paling mudah adalah dengan menggunakan pasal karet dalam KUHP, yaitu pencemaran nama baik. Padahal, tanpa disadari sejak awal nama si terusik itu memang sudah tidak baik.

Imunitas jabatan juga diperlukan karena terkadang urusan pribadi malah diseret-seret atas nama institusi. Cukup banyak kejadian yang sesungguhnya tanggung jawab pribadi malah institusinya diajak serta untuk membelanya. Padahal, kebetulan saja, misalnya, oknum yang menyalahgunakan kekuasaannya itu berasal dari institusi yang memang garang dan bisa pula memenjarakan orang.

¹⁶⁰<http://www.ombudsman.go.id/index.php/berita/berita/artikel/1524-imunitas-Ombudsman.html> diakses 13 Maret 2016 (Versi cetak artikel ini terbit di harian Kompas edisi 31 Maret 2016, di halaman 6 dengan judul "Imunitas Ombudsman".)

Urgensi imunitas itu menjadi relevan karena praktik di Indonesia sepertinya kriminalisasi terhadap pejabat negara sekalipun, seakan lumrah. Kita sudah menyaksikan kejadian tragis tiga komisioner Komisi Pemberantasan Korupsi dan mantan ketua Komisi Yudisial. Publik meyakini ada kriminalisasi terhadap mereka justru terkait tugasnya.

Memang masih tersisa perdebatan soal ada tidaknya kriminalisasi, tetapi buktinya Jaksa Agung telah mendeponering (mengenyampingkan) kasus itu. Di samping memang kewenangannya, tentu deponering itu hasil kajian mendalam baik secara sosiologis maupun yuridis, meski di saat yang sama timbul pertanyaan juga, bagaimana dengan status tersangka Suparman Marzuki, mantan ketua Komisi Yudisial? Mengapa deponering baginya tak satu paket juga dengan tiga komisioner KPK?.

B. Implementasi Perlindungan Hukum (Imunitas) Yang Diberikan Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2008 Setelah Adanya Kode Etik Ternyata Memicu Potensi Terjadinya Praktek Pelanggaran Kode Etik Dan Terjadinya Tindak Pidana Pelanggaran Asas-Asas Hukum Pidana

B.1 Analisis Yuridis Studi Kasus Tindak Pidana Dalam Kasus Wakil Ketua Ombudsman Periode 2012-2017 Dan Penyelesaiannya

Dalam berbagai pemberitaan baik dimedia masa dan media online telah ditemukan berbagai pemberitaan tindak pidana tidak terkecuali menyangkut salah seorang insan Ombudsman.

Jabatan adalah amanah yang harus dilakukan sesuai dengan tugas dan bukanlah menjadi sebuah alat untuk berkuasa. Tak mudah untuk memegang amanah termasuk saat mengontrol tidak menggunakan jabatan untuk menekan orang.¹⁶¹

¹⁶¹<http://www.grid.id/W-Stories/W-News/Tragis-Tak-Hanya-Istri-Jenderal-Yang-Tampar-petugas-Di-Manado-Wanita-Petugas-Bandara-Ini-Pernah-Ditampar-Oleh-Pejabat>

Jika orang bisa mengontrol kejadian istri jendral yang menampar petugas di bandara Sam Ratulangi Manado, Sulawesi Utara, Rabu (5/7/2017) tak akan terjadi.

Joice Onsay Warouw, istri jendral, merasa tersinggung dengan petugas bandara yang memintanya untuk melepas jam tangan saat melewati ke mesin pemindai.

Pihak Angkasa Pura selaku pengelola bandara di Indonesia melalui Communication and Legal Section Head PT Angkasa Pura I Bandara Sam Ratulangi, Yuristo Ardhi H, membenarkan kejadian ini.

Karena tersinggung, wanita ini lalu menampar petugas. Kejadian ini membuat geram netizen. Berdasarkan pantauan Grid.ID, kejadian seperti ini juga pernah terjadi. Parahnya lagi, pelaku yang menampar ini adalah wanita yang memiliki jabatan di Ombudsman.

Pemberitaan media on-line pada hari Selasa, 24 Juni 2014 Merdeka.com¹⁶² bahwa Pengadilan Negeri (PN) Pekanbaru telah melimpahkan permohonan banding ke Pengadilan Tinggi (PT) Pekanbaru yang diajukan penyidik Polresta Pekanbaru terkait putusan majelis hakim PN Pekanbaru yang memvonis terdakwa tindak pidana ringan, Azlaini Agus, dengan hukuman penjara selama 15 hari dengan masa percobaan selama satu bulan.

Demikian disampaikan Panitera Muda Pidana PN Pekanbaru, Efrizal, kepada wartawan, Senin (23/6). Dia menjelaskan, pelimpahan permohonan banding tersebut setelah pihaknya menerima memori banding yang diajukan penyidik Polresta Pekanbaru pada pekan lalu. "Permohonan banding penyidik Polresta Pekanbaru sudah dilimpahkan ke PT Pekanbaru, untuk diproses dan diperiksa oleh majelis hakim tinggi PT Pekanbaru," ujar Efrizal.

¹⁶²<https://www.merdeka.com/peristiwa/polisi-banding-kasus-azlaini-agus-karena-hanya-divonis-15-hari.html> diakses 20 Agustus 2017

Upaya banding yang ditempuh penyidik Polresta Pekanbaru tersebut dilakukan usai majelis hakim PN Pekanbaru yang ditangani hakim tunggal, Yuzaida, memutuskan terdakwa Azlaini Agus, mantan Wakil Ketua Ombudsman RI terbukti bersalah melakukan tindak pidana ringan dengan pemukulan terhadap staf PT Angkasa Pura II Bandara SSK II Pekanbaru Yana Novis pada Senin 28 Oktober 2013 lalu.

Pada persidangan yang digelar pada Jum'at (6/6) lalu, hakim tunggal Yuzaida, menjatuhkan vonis pidana selama 15 hari penjara, dengan ketentuan hukuman penjara dengan masa percobaan selama satu bulan. Dari pertimbangan hakim, terdakwa Azlaini Agus terbukti melanggar Pasal 352 tentang penganiayaan ringan.

Telaah Peraturan Perundang-Undangan dan konsep teori hukum terkait mengenai penanganan perkara tindak pidana ringan seharusnya dalam implementasi pelaksanaannya kasus tersebut diatas dapat diterapkan konsep restorasi *justice* (Adr-Mediasi Penal) sebagai penyelesaian perkara tindak pidana ringan dalam penaganannya, hal ini sesuai teori hukum progresif yang digulirkan Satjipto Raharjo khususnya dalam penegakan hukum kasus tindak pidana ringan Saudari Azlaini Agus (Wakil Ketua Ombudsman RI) yang diputus bersalah dalam kasus penganiayaan tindak pidana ringan Oleh Penegak Hukum.

Putusan Pidana Nomor: 15/Pid/TPR/2014/PN.PBR tanggal 6 Juni 2014 oleh Majelis hakim Pengadilan Negeri (PN) Pekanbaru dan diucapkan dalam sidang terbuka untuk umum,¹⁶³ yang ditangani hakim tunggal, Yuzaida, memutuskan terdakwa Azlaini Agus, mantan Wakil Ketua Ombudsman RI terbukti secara sah bersalah dan meyakinkan bersalah melakukan tindak pidana “penganiayaan ringan” dengan pemukulan terhadap staf PT. Angkasa Pura II Bandara SSK II Pekanbaru Sdri. Yana Novis pada Senin 28 Oktober 2013 lalu. Adapun pasal yang dilanggar adalah Pasal 352 tentang penganiayaan ringan.

¹⁶³ Putusan Pengadilan Negeri Pekanbaru Nomor: 15/Pid/TPR/2014/PN.PBR tanggal 6 Juni 2014

Putusan yang dijatuhkan oleh Hakim Majelis terhadap Sdri. Azlaini Agus adalah suatu putusan yang tidak berdasarkan keadilan sebagaimana hira-hira putusan yaitu Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa. Hakim majelis tidak secara seksama mempertimbangkan secara komprehensif apa yang dialami oleh Sdri. Azlaini Agus hingga ia melakukan penganiayaan ringan. Justru ia dinyatakan bersalah melakukan sesuai dengan tuntutan Jaksa.

Putusan Pengadilan Negeri (PN) Pekanbaru yang menyatakan Azlaini Agus bersalah dengan hukuman vonis pidana selama 15 hari penjara, dengan ketentuan hukuman penjara dengan masa percobaan selama satu bulan.

B.2 Analisis Implementasi perlindungan hukum dalam Undang-Undang Ombudsman Republik Indonesia dalam kajian Kode etik dan terjadinya tindak pidana pelanggaran asas-asas hukum pidana

Berdasarkan pemberitaan median online pada hari Rabu, tanggal 30 Oktober 2013 Tribunnews.Com, Jakarta¹⁶⁴ Pasca pembentukan Majelis Kehormatan yang terhitung aktif 1 November 2013, Ombudsman Republik Indonesia, tidak memberikan penugasan terhadap anggotanya, Azlaini Agus yang diduga melakukan dugaan tindak pidana dan pelanggaran kode etik.

"Ombudsman tidak memberi penugasan kepada saudari Azlaini Agus terkait tugas-tugas Ombudsman terhitung keputusan rapat pleno sampai ada rapat pleno yang menentukan keputusan lain," ujar komisioner Ombudsman, Budi Santoso di kantornya, Jakarta, Rabu (30/10/2013).

Menurut Budi, selama waktu itu, Ombudsman sudah membentuk Majelis Kehormatan untuk menindaklanjuti dugaan pelanggaran kode etik dan dugaan tindak pidana Azlaini, yang juga

¹⁶⁴<http://www.tribunnews.com/nasional/2013/10/30/ombudsman- sementara-tak-tugasi-azlaini-agus>

Wakil Ketua Ombudsman, terhadap petugas bandara di Pekanbaru, Riau.

Ombudsman menegaskan, pemberhentian pemberian penugasan ini diambil sebagai upaya penting dan strategis sesuai ketentuan Pasal 14 Peraturan Ombudsman No 7 Tahun 2011 tentang kode etik Insan Ombudsman.

"Ini penting karena dugaan pelanggaran kode etik dan terdapat dugaan tindak pidana yang dilakukan saudari Azlaini. Sedangkan strategis karena menyangkut kewibawaan kelembagaan Ombudsman," ujar Budi.

Ombudsman, terang Budi, sangat menghormati upaya penegakan hukum terkait dugaan tindak pidana yang dilakukan Azlaini. Pihaknya juga menyampaikan maaf kepada masyarakat atas ketidaknyamanan atas apa yang telah terjadi.

Dugaan tindak pidana oleh Azlaini adalah penamparan. Penamparan terjadi ketika Azlaini berada di lintasan bandara saat akan menaiki bus yang mengantarkan ke pesawat. Diduga Azlaini kesal karena mendadak pihak maskapai mengumumkan penundaan keberangkatan ke Bandara Kuala Namu, Medan.

Pesawat nomor penerbangan GA 227 yang sedianya berangkat pukul 07.45 WIB ditunda hingga pukul 08.20 WIB. Menurut VP Corporate Communication Garuda Indonesia, Pujobroto, penundaan dilakukan karena pilot meminta informasi terkini terkait cuaca di sekitar Gunung Sinabung yang aktivitas vulkaniknya meningkat.

Azlaini secara terpisah sudah membantah tuduhan melakukan penamparan itu. Dia mengaku hanya memarahi petugas yang dianggap tidak cakap memberikan penjelasan keberangkatan pesawat.

Berdasarkan telaah peraturan perundang-undangan terkait kode etik dan hasil pemeriksaan Ombudsman telah sesuai ketentuan yang berlaku dilingkungan Ombudsman RI dalam penerapan penanganan

kasus hukum Kasus Azlaini Agus (Wakil Ketua Ombudsman RI) yang diputus bersalah dalam Kode Etik Ombudsman Republik Indonesia.

Baru saja Ombudsman Republik Indonesia mengungkapkan kepada publik tentang keterlibatan oknum Staf Kantor Presiden dalam suatu kasus yang ditangani.¹⁶⁵

Ada saja cara untuk membela diri seakan-akan faktanya tidaklah demikian. Padahal, kalau saja semua fakta diungkap, dapat memojokkan lebih banyak orang.

Bahkan sudah ada pihak yang mengambil ancang-ancang untuk mengkriminalisasi Ombudsman, sebagai lembaga pengawas pelayanan publik tersebut. Mestinya, gaya dan modus operandi seperti ini, yang sudah terjadi untuk lembaga-lembaga lain, jangan juga dicoba untuk Ombudsman. Mungkin publik perlu mengetahui adanya imunitas yang dimiliki insan Ombudsman.

Secara harfiah imunitas dapat diartikan sebagai kebal (immune). Namun, tentu lebih panjang uraiannya, jika imunitas itu ditujukan kepada suatu profesi. Kata ini dapat dimaknai bahwa seseorang dalam profesinya tidak dapat dituntut di pengadilan baik secara pidana, perdata, maupun tata usaha negara karena menjalankan tugas sesuai kewenangannya. Apalagi jika undang-undang secara tegas (tersurat) menyatakannya dalam pasal khusus tentang itu.

C. Kebijakan Formulasi Perlindungan Hak Imunitas Sesuai Dengan Asas Keadilan Didalam Ombudsman Menjalankan Tugas Dan Wewenangnya

C.1 Analisis Kebijakan Formulasi Perlindungan Hak Imunitas Sesuai Dengan Asas Keadilan Didalam Ombudsman Menjalankan Tugas Dan Wewenangnya

¹⁶⁵ <http://www.ombudsman.go.id/index.php/berita/berita/artikel/1524-imunitas-Ombudsman.html> diakses 13 Maret 2016 (Versi cetak artikel ini terbit di harian Kompas edisi 31 Maret 2016, di halaman 6 dengan judul "Imunitas Ombudsman".)

Pasal 1 ayat (3) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945 (selanjutnya ditulis UUD 1945), menyebutkan bahwa Negara Indonesia adalah negara hukum. Negara hukum yang dimaksud adalah negara yang menegakkan supremasi hukum untuk menegakkan kebenaran dan keadilan, dan tidak ada kekuasaan yang tidak dipertanggungjawabkan (akuntabel)¹⁶⁶. Secara konseptual negara hukum adalah negara yang dalam penyelenggaraan pemerintahan dan kehidupan masyarakatnya berdasarkan aturan hukum. Oleh karena itu negara hukum (rechtsstaat) merupakan perlawanan dari negara kekuasaan (machsstaat). Secara teoritis menurut Mochtar Kusumaatmaja mengatakan pengertian mendasar dari "negara hukum" adalah kekuasaan tumbuh pada hukum dan semua orang tunduk kepada hukum¹⁶⁷. Negara Indonesia adalah negara hukum". Istilah rechtsstaat tidak lagi dimuat dalam UUD 1945. Disamping itu, ada prinsip lain yang erat dengan prinsip negara hukum yang juga dimuat dalam penjelasan, yakni: "pemerintahan berdasar atas sistem konstitusi (hukum dasar), tidak bersifat absolutisme (kekuasaan yang tidak terbatas)." Prinsip ini mengandung makna ada pembagian kekuasaan negara dan pembatasan kekuasaan (tidak absolut dengan kekuasaan tidak terbatas). Dengan ketentuan baru ini, maka dasar sebagai negara berdasarkan atas hukum mempunyai sifat normatif, bukan sekedar asas belaka. Demikian pula tentang kekuasaan kehakiman yang mandiri, diangkat dari penjelasan menjadi materi muatan UUD 1945 pasal 24 ayat (1). Hal ini akan lebih menguatkan konsep negara hukum Indonesia³. Sebagai negara hukum, dalam melaksanakan tugas dan fungsi pemerintahan perlu ada pengawasan. Pengawasan bertujuan untuk menjaga

¹⁶⁶Rahimullah, 2006, Panduan Masyarakat UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945, sekjen MPRI., halaman 46

¹⁶⁷Irfan Fachrudin, 2004, Pengawasan Peradilan administrasi terhadap Tindakan pemerintah, Alumni, Bandung, halaman 125

Ombudsman dalam menjalankan tugas dan wewenangnya sesuai dengan ketentuan bab II sifat, asas, dan tujuan Pasal 2 Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2008 Tentang Ombudsman Republik Indonesia bahwa Ombudsman merupakan lembaga negara yang bersifat mandiri dan tidak memiliki hubungan organik dengan lembaga negara dan instansi pemerintahan lainnya, serta dalam menjalankan tugas dan wewenangnya bebas dari campur tangan kekuasaan lainnya.

Selanjutnya sesuai ketentuan didalam pasal 3 Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2008 Tentang Ombudsman Republik Indonesia bahwa Ombudsman dalam menjalankan tugas dan wewenangnya berasaskan: a. kepatutan; b. keadilan; c. non-diskriminasi; d. tidak memihak; e. akuntabilitas; f. keseimbangan; g. keterbukaan; dan h. kerahasiaan.

Lebih lanjut sesuai ketentuan penjelasan Pasal 4 huruf a pada Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2008 Tentang Ombudsman Republik Indonesia bahwa yang dimaksud “negara hukum” adalah negara yang dalam segala aspek kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara, termasuk dalam penyelenggaraan pemerintahan harus berdasarkan hukum dan asas-asas umum pemerintahan yang baik yang bertujuan meningkatkan kehidupan demokratis yang sejahtera, berkeadilan, dan bertanggung jawab.

Ketentuan sanksi didalam Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2008 Tentang Ombudsman Republik Indonesia bahwa sesuai Pasal 38 ayat (1) bahwa terlapor dan atasan terlapor wajib melaksanakan Rekomendasi Ombudsman. Dimana menurut penulis Kata “wajib” dalam ketentuan tersebut dapat dikatakan tidak memiliki daya tekan terhadap terlapor untuk segera melaksanakan Rekomendasi Ombudsman, melainkan hanya memiliki kekuatan mengikat secara moral. Adapun yang mendasari alasan tersebut adalah dengan memperhatikan bahwa hingga berita tersebut terkahir di akses belum ada tindak lanjut dari kedua instansi kepolisian maupun kejaksaan.

Padahal apabila mendasarkan pada kamus besar bahasa Indonesia, kata wajib dapat mengandung arti “harus dilakukan; tidak boleh tidak dilaksanakan (ditinggalkan)” Apabila mengacu pada Pasal 39 disebutkan, terlapor dan atasan terlapor yang melanggar ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 38 ayat (1), ayat (2), atau ayat (4) dikenai sanksi administrasi sesuai dengan ketentuan perUndangundangan. Sanksi terhadap terlapor/atasan terlapor yang tidak melaksanakan Rekomendasi hanya dikenakan sanksi administrasi. Jadi tidaklah mengherankan jika dalam kasus tersebut pihak terlapor/atasan terlapor tidak melaksanakan Rekomendasi Ombudsman. Sedangkan sanksi pidana diberlakukan bagi setiap orang yang menghalangi Ombudsman dalam menjalankan tugas. Untuk memperjelas bahwa masih lemahnya rekomendasi Ombudsman sebagaimana dimaksud diatas, terutama sanksi yang diatur dalam UndangUndang Nomor 37 tahun 2008 tentang Ombudsman Republik Indonesia dan sanksi yang diatur dalam Undang-Undang Nomor 25 tahun 2009 tentang Pelayanan Publik, dimana penulis akan mengurai dari beberapa sanksi yang dapat dikenakan kepada terlapor atau atasan terlapor yang tidak melaksanakan rekomendasi Ombudsman. Seperti berikut:

Tabel 3.1

Sanksi Dalam Undang-Undang Nomor 37 tahun 2008 Tentang
Ombudsman Republik Indonesia

BUNYI PASAL	KETENTUAN SANKSI
Pasal 38 (1) Terlapor dan atasan terlapor wajib melaksanakan Rekomendasi. (2) atasan terlapor wajib menyampaikan laporan kepada Ombudsman tentang pelaksanaan Rekomendasi yang telah dilakannya disertai hasil	Pasal 39 Terlapor dan atasan terlapor yang melanggar ketentuan sebagaimana dimaksud dalam pasal 38 ayat (1), ayat (2), atau ayat (4) dikenai sanksi administrasi sesuai dengan ketentuan peraturan

<p>pemeriksaanya dalam waktu paling lambat 60 (enam puluh) hari terhitung sejak tanggal diterimanya Rekomendasi. (3) Ombudsman dapat meminta keterangan terlapor dan/atau atasannya dan melakukan pemeriksaan lapangan untuk memastikan pelaksanaan Rekomendasi. (4) Dalam hal terlapor dan atasan terlapor tidak melaksanakan Rekomendasi atau hanya melaksanakan sebagian Rekomendasi dengan alasan yang tidak dapat diterima oleh Ombudsman, Ombudsman dapat mempublikasikan atasan terlapor yang tidak melaksanakan Rekomendasi dan menyampaikan laporan kepada dewan perwakilan rakyat dan presiden.</p> <p>Pasal</p>	<p>perundangundangan</p>
<p>pasal 28</p> <p>(1) Dalam hal Ombudsman berwenang melanjutkan pemeriksaan sebagaimana dimaksud dalam pasal 26 ayat (2) huruf b, Ombudsman dalam melakukan pemeriksaan dapat: a. Memanggil secara tertulis terlapor, saksi, ahli dan/atau</p>	<p>Pasal 44</p> <p>Setiap orang yang menghalangi Ombudsmand dalam melakukan pemeriksaan sebagaimana dimaksud dalam pasa 28 dipidana dengan pidana penjara paling lama 2 (dua) tahun atau denda paling banyak Rp. 1.000.000.000,00 (satu miliar rupiah)</p>

<p>penerjmeah untuk dimintai keterangan b. Meminta penjelasan secara tertulis kepada terlapor; dan/atau melakukan pemeriksaan lapangan</p> <p>(2) Ombudsman dalam melakukan pemeriksaan substantif sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dapat melihat dokumen asli dan meminta salinan dokumen yang berkaitan dengan pemeriksaan.</p>	
---	--

Berdasarkan tabel 3.1 di atas, Apabila terlapor dan atasan terlapor yang melanggar ketentuan sebagaimana disebut di atas, maka berdasarkan Pasal 39 Undang-Undang Nomor. 37 Tahun 2008 tentang Ombudsman Republik Indonesia (ORI) menyebutkan, terlapor dan atasan terlapor yang melanggar ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 38 ayat (1), ayat (2), atau ayat (4) dikenai sanksi administrasi sesuai dengan ketentuan peraturan perUndang-undangan. Sedangkan bagi mereka yang mencoba menghalang-halangi Ombudsman dalam melaksanakan tugas, terdapat sanksi pidana bagi mereka. Hal tersebut telah diatur dalam pasal 44 Undang-Undang Nomor 37 tahun 2008 tentang Ombudsman Republik Indonesia (ORI), menyebutkan: “Setiap orang yang menghalangi Ombudsmand dalam melakukan pemeriksaan sebagaimana dimaksud dalam pasa 28 dipidana dengan pidana penjara paling lama 2 (dua) tahun atau denda paling banyak Rp. 1.000.000.000,00 (satu miliar rupiah)”. Sanksi yang lebih tegas justru hanya ditujukan kepada bagi pihak-pihak yang mencoba mengalangi tugas Ombudsman saja, sedangkan bagi terlapor yang tidak

melaksanakan ketentuan sebagaimana dimaksud dalam pasal 38 hanya dikenai sanksi administrasi saja.

Untuk memperjelas bahwa masih lemahnya Rekomendasi Ombudsman sebagaimana dimaksud diatas, terutama sanksi yang diatur dalam Undang-Undang Nomor 37 tahun 2008 tentang Ombudsman Republik Indonesia (ORI) dan sanksi yang diatur Undang-Undang Nomor 25 tahun 2009 tentang pelayanan publik, dimana penulis akan mengurai dari beberapa sanksi yang dapat dikenakan kepada terlapor atau atasan terlapor yang tidak melaksanakan rekomendasi Ombudsman. Seperti berikut:

Tabel 3. 2
Sanksi Dalam Undang-Undang No 25 Tahun 2009
Tentang Pelayanan Publik.

BUNYI PASAL	KETENTUAN SANKSI
<p>Pasal 5</p> <p>(1) Ruang lingkup pelayanan publik meliputi pelayanan barang publik dan jasa publik serta pelayanan administratif yang diatur dalam peraturan perundang-undangan.</p> <p>(2) Ruang lingkup sebagaimana dimaksud pada ayat (1) meliputi pendidikan, pengajaran, pekerjaan dan usaha, tempat tinggal, komunikasi dan informasi, lingkungan hidup, kesehatan, jaminan sosial, energi, perbankan, perhubungan, sumber daya alam, pariwisata, dan sektor strategis lainnya. (3) Pelayanan barang</p>	<p>Pasal 54</p> <p>(10) Penyelenggara sebagaimana dimaksud dalam Pasal 5 ayat (3) huruf c dan ayat (4) huruf c yang melanggar ketentuan Pasal 15 huruf a, Pasal 26, Pasal 33 ayat (3), dan</p> <p>Pasal 36</p> <p>ayat (3) dikenai sanksi pembekuan misi dan/atau izin yang diterbitkan oleh instansi pemerintah.</p>

publik sebagaimana dimaksud pada ayat (1) meliputi: a. pengadaan dan penyaluran barang publik yang dilakukan oleh instansi pemerintah yang sebagian atau seluruh dananya bersumber dari anggaran pendapatan dan belanja negara dan/atau anggaran pendapatan dan belanja daerah; b. pengadaan dan penyaluran barang publik yang dilakukan oleh suatu badan usaha yang modal pendiriannya sebagian atau seluruhnya bersumber dari kekayaan negara dan/atau kekayaan daerah yang dipisahkan; dan c. pengadaan dan penyaluran barang publik yang pembiayaannya tidak bersumber dari anggaran pendapatan dan belanja negara atau anggaran pendapatan dan belanja daerah atau badan usaha yang modal pendiriannya sebagian atau seluruhnya bersumber dari kekayaan negara dan/atau kekayaan daerah yang dipisahkan, tetapi ketersediaannya menjadi misi negara yang ditetapkan dalam peraturan perundangundangan. (4) Pelayanan atas jasa publik

sebagaimana dimaksud pada ayat (1) meliputi: a. penyediaan jasa publik oleh instansi pemerintah yang sebagian atau seluruh dananya bersumber dari anggaran pendapatan dan belanja negara dan/atau anggaran pendapatan dan belanja daerah; b. penyediaan jasa publik oleh suatu badan usaha yang modal pendiriannya sebagian atau seluruhnya bersumber dari kekayaan negara dan/atau kekayaan daerah yang dipisahkan; dan c. penyediaan jasa publik yang pembiayaannya tidak bersumber dari anggaran pendapatan dan belanja negara atau anggaran pendapatan dan belanja daerah atau badan usaha yang modal pendiriannya sebagian atau seluruhnya bersumber dari kekayaan negara dan/atau kekayaan daerah yang dipisahkan, tetapi ketersediaannya menjadi misi negara yang ditetapkan dalam peraturan perundangundangan. (5) Pelayanan publik sebagaimana dimaksud pada ayat (1) harus memenuhi skala kegiatan yang didasarkan pada ukuran besaran biaya tertentu yang digunakan dan

<p>jaringan yang dimiliki dalam kegiatan pelayanan publik untuk dikategorikan sebagai penyelenggara pelayanan publik.</p> <p>(6) Ruang lingkup sebagaimana dimaksud pada ayat (5) diatur lebih lanjut dalam peraturan pemerintah.</p> <p>(7) Pelayanan administratif sebagaimana dimaksud pada ayat (1) meliputi:</p> <p>a. tindakan administratif pemerintah yang diwajibkan oleh negara dan diatur dalam peraturan perundangundangan dalam rangka mewujudkan perlindungan pribadi, keluarga, kehormatan, martabat, dan harta benda warga negara.</p> <p>b. tindakan administratif oleh instansi nonpemerintah yang diwajibkan oleh negara dan diatur dalam peraturan perundangundangan serta diterapkan berdasarkan perjanjian dengan penerima pelayanan</p>	
<p>Pasal 36</p> <p>(1) Penyelenggara berkewajiban menyediakan sarana pengaduan dan menugaskan pelaksana yang kompeten dalam pengelolaan pengaduan.</p> <p>(2) Penyelenggara berkewajiban mengelola</p>	<p>Pasal 54 (7) Penyelenggara atau pelaksana yang melanggar ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 11 ayat (1), Pasal 15 huruf b, huruf e, huruf j, huruf k, dan huruf l, Pasal 16 huruf b, huruf c, huruf d, dan huruf e, Pasal</p>

<p>pengaduan yang berasal dari penerima pelayanan, Rekomendasi Ombudsman, Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Provinsi, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Kabupaten/Kota dalam batas waktu tertentu. (3) Penyelenggara berkewajiban menindaklanjuti hasil pengelolaan pengaduan sebagaimana dimaksud pada ayat (2). (4) Penyelenggara berkewajiban mengumumkan nama dan alamat penanggung jawab pengelola pengaduan serta sarana pengaduan yang disediakan.</p>	<p>17 huruf a dan huruf d, Pasal 20 ayat (2) dan ayat (3), Pasal 22, Pasal 28 ayat (4), Pasal 33 ayat (1), Pasal 36 ayat (3), Pasal 48 ayat (2), serta Pasal 50 ayat (1) dan ayat (4) dikenai sanksi pembebasan dari jabatan.</p>
<p>Pasal 40 (1) Masyarakat berhak mengadukan penyelenggaraan Pelayanan Publik kepada penyelenggara, Ombudsman, dan/atau Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Provinsi, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Kabupaten/Kota. (2) Masyarakat yang melakukan pengaduan sebagaimana dimaksud pada ayat</p>	<p>Pasal 41 (1) Atasan satuan kerja penyelenggara berwenang menjatuhkan sanksi kepada satuan kerja penyelenggara yang tidak memenuhi kewajiban dan/atau melanggar larangan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 40 ayat (3) huruf a. (2) Atasan pelaksana menjatuhkan sanksi kepada pelaksana yang melakukan pelanggaran sebagaimana</p>

<p>(1) dijamin hak-haknya oleh peraturan perUndang-undangan.</p> <p>(3) Pengaduan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dilakukan terhadap: a. penyelenggara yang tidak melaksanakan kewajiban dan/atau melanggar larangan; dan b. pelaksana yang memberi pelayanan yang tidak sesuai dengan standar pelayanan.</p>	<p>dimaksud dalam Pasal 40 ayat (3) huruf b. (3) Pemberian sanksi sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dan ayat (2) dilakukan berdasarkan aduan masyarakat dan/atau berdasarkan kewenangan yang dimiliki atasan sesuai dengan peraturan perUndang-undangan.</p>
--	---

Dari tabel 3.2 tersebut dapat dijelaskan bahwa pada pasal 5 Undang-Undang Nomor 25 tahun 2009 menunjukkan bahwa Ombudsman adalah lembaga negara yang mempunyai kewenangan mengawasi penyelenggaraan pelayanan publik, baik yang diselenggarakan oleh penyelenggara negara dan pemerintahan termasuk yang diselenggarakan oleh badan usaha milik negara, badan usaha milik daerah, dan badan hukum milik negara serta badan swasta, maupun perseorangan yang diberi tugas menyelenggarakan pelayanan publik tertentu yang sebagian atau seluruh dananya bersumber dari anggaran pendapatan dan belanja negara dan/atau anggaran pendapatan dan belanja daerah.”Dimana apabila memperhatikan ketentuan sebagaimana tercantum dalam pasal 5 tersebut menunjukkan bahwa Ombudsman juga dapat memberikan rekomendasi terhadap pelayanan publik dalam ruang lingkup di bidang barang publik dan jasa publik. Dari penjelasan tersebut, maka adapun sanksi terhadap terlapor yang tidak melaksanakan rekomendasi Ombudsman telah diatur dalam pasal 54 ayat (7) undang-undang pelayanan publik, terkait sanksi diatur dalam Pasal 54 Penyelenggara sebagaimana dimaksud dalam Pasal 5 ayat (3) huruf c dan ayat (4) huruf c yang melanggar ketentuan Pasal 15 huruf a, Pasal 26, Pasal 33 ayat (3), dan Pasal 36 ayat (3) dikenai sanksi

pembekuan misi dan/atau izin yang diterbitkan oleh instansi pemerintah.

Dalam melaksanakan tugas, fungsi dan wewenangnya, Ombudsman memiliki keistimewaan perlindungan hukum berupa kekebalan hukum (immunity) yakni dalam menjalankan tugasnya tidak dapat ditangkap, ditahan, diinterogasi, dituntut atau digugat di muka pengadilan oleh semua pihak, hak imunitas ini diatur dalam Pasal 10 Nomor 37 Tahun 2008 Tentang Ombudsman Republik Indonesia.

Adapun sesuai ketentuan Pasal 10 Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2008 Tentang Ombudsman Republik Indonesia, yang bunyinya menyatakan bahwa:

*”Dalam rangka pelaksanaan tugas dan wewenangnya, Ombudsman tidak dapat ditangkap, ditahan, diinterogasi, dituntut, atau digugat di muka pengadilan”.*¹⁶⁸

Dalam penjelasannya Pasal 10 yang bunyinya Bahwa *“Ketentuan ini tidak berlaku apabila Ombudsman melakukan pelanggaran hukum”.*

Menurut penulis dalam rangka memenuhi rasa keadilan dalam kedudukan hokum, maka:

- 1) Kemudian dalam pelaksanaan tugas dan kewenangannya bahwa batasan Ombudsman dalam kewenangannya diatur sesuai ketentuan didalam pasal 3 Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2008 Tentang Ombudsman Republik Indonesia bahwa Ombudsman dalam menjalankan tugas dan wewenangnya berasaskan: b. keadilan; diatur lebih lanjut didalam Surat edaran Ketua Ombudsman Republik Indonesia Nomor: 16/ORI-SE/VII/2016 Tentang Penyamaan Pemahaman Mengenai Mutatis Mutandis Dan Imunitas Dalam Rangka Melaksanakan Kegiatan Selaku Pejabat Ombudsman.
- 2) Imunitas adalah kewenangan yang melekat pada jabatan Ombudsman saat melaksanakan tugas pokok dan fungsinya. Dengan kewenangan

¹⁶⁸ Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2008 Tentang Ombudsman Republik Indonesia

tersebut, Ombudsman tidak dapat dipersangkakan, dituntut maupun didakwa secara hukum.

- 3) Pada Pimpinan ORI, kewenangan imunitas bersifat melekat pada saat melaksanakan tugas pokok dan fungsi Ombudsman.
- 4) Pada Kepala Perwakilan ORI, kewenangan imunitas bersifat terbatas pada saat melaksanakan tugas pokok dan fungsi Ombudsman dalam kapasitas sebagai kepala perwakilan di daerah yang menjadi tanggungjawabnya.
- 5) Pada Asisten ORI, kewenangan imunitas bersifat terbatas pada saat melaksanakan tugas pokok dan fungsi Ombudsman yang ditandai dengan adanya surat tugas guna melakukan kegiatan tertentu.

Sehingga hemat penulis dalam menelaah Surat Edaran ini dibuat sebagai pedoman dalam melaksanakan tugas. Setelah Surat Edaran ini berlaku, pemahaman lain terkait dua terminologi tersebut tidak lagi berlaku.

C.2 Konsep *Restorasi Justice* (Adr-Mediasi Penal) Sebagai Penyelesaian Perkara Tindak Pidana Yang Dilakukan Insan Ombudsman pada Saat Masih Dalam Keadaan Tugas

Restorative justice atau sering diterjemahkan sebagai keadilan restoratif merupakan suatu model pendekatan yang muncul dalam era tahun 1960-an dalam upaya penyelesaian perkara pidana. Berbeda dengan pendekatan yang dipakai pada sistem peradilan pidana konvensional, pendekatan ini menitikberatkan adanya partisipasi langsung dari pelaku, korban dan masyarakat dalam proses penyelesaian perkara pidana. Terlepas dari kenyataan tersebut bahwa pendekatan ini masih diperdebatkan secara teoritis, akan tetapi pandangan ini pada kenyataannya berkembang dan banyak mempengaruhi kebijakan hukum dan praktik di berbagai negara. Penanganan perkara pidana dengan pendekatan keadilan restorative menawarkan pandangan dan pendekatan berbeda dalam memahami dan

menangani suatu tindak pidana, seperti yang tergambar dari definisi yang dikemukakan oleh Dignan sebagai berikut:

Restorative justice is a new framework for responding to wrongdoing and conflict that is rapidly gaining acceptance and support by educational, legal, social work, and counseling professionals and community groups. Restorative justice is a valued-based approach to responding to wrongdoing and conflict, with a balanced focus on the person harmed, the person causing the harm, and the affected community.

Definisi tersebut mensyaratkan adanya suatu kondisi tertentu yang menempatkan keadilan *restorative* sebagai nilai dasar yang dipakai dalam merespon suatu perkara pidana. Dalam hal ini disyaratkan adanya keseimbangan fokus perhatian antara kepentingan pelaku dan korban serta memperhitungkan pula dampak penyelesaian perkara pidana tersebut dalam masyarakat.

Karena kelemahan dari peradilan pidana yang ada saat ini adalah pada posisi korban dan masyarakat yang belum mendapatkan posisinya sehingga kepentingan keduanya menjadi terabaikan. Sementara dalam model penyelesaian perkara pidana dengan menggunakan pendekatan keadilan *restorative* peran aktif kedua pihak ini menjadi penting disamping peran pelaku.

Berkaitan dengan posisi pelaku dan korban maka dari berbagai model penyelesaian perkara dalam sistem peradilan pidana terdapat sejumlah kelemahan, yakni:

- a. Korban, bahwa korban yang semestinya hadir sebagai pihak yang menjadi pusat dari mekanisme yang berjalan diluar pelaku terlihat belum menjadi bagian dari berbagai mekanisme yang ada.
- b. Keberadaan korban menyebabkan pertimbangan penerapan pendekatan keadilan *restorative* tidak dapat diterapkan untuk semua jenis tindak pidana.

- c. Keinginan korban untuk ikut berpartisipasi secara sukarela merupakan tantangan tersendiri dalam penyelenggaraan penanganan perkara pidana dengan menggunakan pendekatan keadilan *restorative*. Contoh kasus, kecelakaan lalu lintas yang menyebabkan kematian korban terlihat bahwa pertemuan antara pelaku dan keluarga korban dapat dilakukan sepanjang hal ini dapat difasilitasi oleh mediator.

Restorative justice adalah konsep pemidanaan, tetapi sebagai konsep pemidanaan tidak hanya terbatas pada ketentuan hukum pidana (formal dan materil). *Restorative justice* harus juga diamati dari segi kriminologi dan sistem pemasyarakatan. Dari kenyataan yang ada, sistem pemidanaan yang berlaku belum sepenuhnya menjamin keadilan terpadu (*integrated justice*), yaitu keadilan bagi pelaku, keadilan bagi korban, dan keadilan bagi masyarakat. Hal inilah yang mendorong kedepan konsep "*restorative justice*".

Di Indonesia banyak hukum adat yang bisa menjadi *restorative justice*, namun keberadaannya tidak diakui negara atau tidak dikodifikasikan dalam hukum nasional. Hukum adat bisa menyelesaikan konflik yang muncul di masyarakat dan memberikan kepuasan pada pihak yang berkonflik. Munculnya ide *restorative justice* sebagai kritik atas penerapan sistem peradilan pidana dengan pemenjaraan yang dianggap tidak efektif menyelesaikan konflik sosial. Penyebabnya, pihak yang terlibat dalam konflik tersebut tidak dilibatkan dalam penyelesaian konflik. Korban tetap saja menjadi korban, pelaku yang dipenjara juga memunculkan persoalan baru bagi keluarga dan sebagainya.

Bahwa terdapat ciri lain yang menonjol dari *restorative justice*, dimana kejahatan ditempatkan sebagai gejala yang menjadi bagian tindakan sosial dan bukan sekadar pelanggaran hukum pidana. Kejahatan dipandang sebagai tindakan yang merugikan orang dan merusak hubungan sosial. Berbeda dengan hukum pidana yang telah

menarik kejahatan sebagai masalah negara. Hanya negara yang berhak menghukum, meskipun sebenarnya komunitas adat bisa saja memberikan sanksi.

Proses *restorative justice* pada dasarnya merupakan upaya pengalihan dari proses peradilan pidana menuju penyelesaian secara musyawarah, yang pada dasarnya merupakan jiwa dari bangsa Indonesia, untuk menyelesaikan permasalahan dengan cara kekeluargaan untuk mencapai mufakat. Saat ini di dalam sistem hukum di Indonesia, sudah mulai mengarah kepada pengadopsian konsep *restorative justice* tersebut. Namun untuk sementara, masih diberlakukan secara partial dan memandang tingkat urgencies yang sangat mendasar, yaitu dapat ditemukan dalam KUHP.

Maraknya wacana terhadap fenomena *restorative justice* merupakan antiklimaks atas hancurnya sistem pidana yang ada pada saat ini. Sistem Pemasyarakatan sebagai pengganti sistem kepenjaraan ternyata sudah terbukti sama sekali tidak efektif dalam menekan tingginya angka kejahatan. *Restorative justice* lebih memandang pidana dari sudut yang berbeda, yaitu berkaitan mengenai pemenuhan atas kerugian yang diderita oleh korban dan sekaligus diharapkan mampu mengembalikan magis religius dalam komunitas masyarakat si pelaku, sehingga kedamaian menjadi tujuan akhir dari konsep ini.

Munculnya konsep *restorative justice* bukan berarti meniadakan pidana penjara, dalam perkara perkara tertentu yang menimbulkan kerugian secara massal dan berkaitan dengan berharga nyawa seseorang, maka pidana penjara masih dapat dipergunakan. Konsep *restorative justice* merupakan suatu konsep yang mampu berfungsi sebagai akselerator dari asas peradilan sederhana, cepat dan biaya ringan, sehingga lebih menjamin terpenuhinya kepastian hukum dan keadilan masyarakat.

Sesuai dengan prinsip *restorative justice* secara umum dikenal bahwa masukan dan usulan dari korban dan masyarakat dalam proses tatap muka, tidak berbentuk berlawanan, nonformal dan pertemuan secara sukarela dengan pelaku dalam suasana aman akan menghasilkan proses yang terbaik. Walaupun dalam proses sukarela yang melibatkan dua pihak yang sebelumnya terlibat dalam pertentangan akibat kriminal namun tidak selalu semudah yang kita bayangkan. Tindakan *coercive* kemungkinan dapat saja terjadi dalam suasana yang bersifat sukarela dan mengutamakan kejujuran dan ketulusan masing-masing. Jika terjadi *coercive* maka proses selanjutnya harus dikembalikan ke sistem peradilan pidana formal (biasa) untuk menghindari terjadinya pemaksaan pada salah satu pihak. Namun kekurangan karena *coercion* harus ditanggapi secara rasional, *restorative* dan respek (saling menghormati) harus diutamakan karena kita mencari jalan peradilan yang adil dan sanksi yang diberikan tepat untuk mendapat hasil maksimum dan efek *restorative* pada korban, pelaku dan masyarakat.

Menurut pandangan *restorative justice* pengawasan yang keras/ketat dari sebuah kesepakatan bukan alasan yang tepat untuk menyebutnya sebagai hukuman. Pendendaan yang tidak dihubungkan dengan kesalahan yang dilakukan atau tidak menimbulkan sifat pemaksaan bukanlah sebuah hukuman atau punishment. Keraguan ini harus didasarkan pada lokasi psikologis dari perasaan tersiksa pelaku. Hukuman ilegal ataupun formal adalah berlaku sebagai sebuah bujukan yang disengaja terhadap pelaku atas nilai kesalahannya.

Kenyataan yang ada dalam masyarakat Indonesia mengenai fungsionalisasi lembaga musyawarah sebagai bagian dari mekanisme yang dipilih untuk penyelesaian perkara pidana. Musyawarah baik yang diselenggarakan oleh pelaku dan korban sendiri, atau dengan melibatkan institusi kepolisian atau kejaksaan, atau dengan melalui lembaga adat memperlihatkan pola pikir masyarakat dalam melihat suatu permasalahan yang muncul. Penyelesaian masalah termasuk

didalarnya adalah tindak pidana melalui musyawarah merupakan pola pikir yang terangkum dalam keadilan *restorative* sebagaimana didefinisikan diatas. Karenanya tanpa mengabaikan mekanisme yang bekerja dalam sistem hukum formal, mekanisme penyelesaian melalui lembaga musyawarah pun bekerja dalam masyarakat.

Dalam berbagai asas dan model pendekatan *restorative justice*, proses dialog antara pelaku dan korban merupakan moral dasar dan bagian terpenting dari penerapan keadilan ini. Dialog langsung antara pelaku dan korban menjadikan korban dapat mengungkapkan apa yang dirasakannya, mengemukakan harapan akan terpenuhinya hak-hak dan keinginan-keinginan dari suatu penyelesaian perkara pidana. Melalui proses dialog juga pelaku diharapkan tergugah hatinya untuk mengoreksi diri, menyadari kesalahannya dan menerima tanggungjawab sebagai konsekuensi dari tindak pidana yang dilakukan dengan penuh kesadaran, Dari proses dialog ini pula masyarakat dapat turut serta berpartisipasi dalam mewujudkan hasil kesepakatan dan memantau pelaksanaannya. Oleh banyak kajian tentang *restoratif*, lembaga musyawarah ini dikenal sebagai mediasi yang sangat melembaga dalam sistem peradilan perdata. Dalam konsep mediasi proses dialog dikenal sebagai media komunikasi yang menjadi modal utama penyelenggaraan lembaga mediasi. Keseluruhan proses itulah yang dapat ditemui baik dalam model penyelenggaraan *restorative justice* seperti:

- a. *Victim Offender Mediation (VOM)* yaitu suatu forum yang mendorong adanya pertemuan antara pelaku dan korban yang dibantu oleh mediator sebagai *coordinator* dan fasilitator dalam pertemuan tersebut.
- b. *Conferencing* yaitu suatu forum yang sama dengan *VOM*, namun dalam bentuk ini terdapat perbedaan yaitu pelibatan penyelesaian bukan hanya melibatkan pelaku dan korban langsung (*primary victim*), tetapi juga korban tidak langsung (*secondary victim*), seperti

keluarga atau kawan dekat korban serta keluarga dan kawan dekat pelaku. Adapun alasan pelibatan para pihak tersebut adalah karena mereka mungkin terkena dampak baik langsung ataupun tidak langsung atas tindak pidana yang terjadi ajau mereka memiliki kepedulian yang tinggi dan kepentingan akan hasil dari musyawarah serta mereka juga dapat berpartisipasi dalam mengupayakan keberhasilan proses dan tujuan akhirnya.

- c. *Circles*, suatu model penerapan *restorative justice* yang pelibatanannya paling luas dibandingkan dengan dua bentuk sebelumnya, yaitu forum yang bukan hanya korban, pelaku, keluarga atau mediator saja tapi juga anggota masyarakat yang merasa berkepentingan dengan perkara tersebut.

Ketiga model dasar dari bentuk penerapan pendekatan restoratif justice tersebut pada dasarnya merupakan bentuk-bentuk yang menjadi variasi dari model dialog yang merupakan pelaksanaan dari bentuk musyawarah dan mufakat. Dari nilai dasar inilah *restorative justice* sebagai implementasi dari nilai dasar yang ada dalam masyarakat Indonesia memiliki fondasi nilai yang kuat. Sayangnya penyelesaian model ini belum memiliki justifikasi perundang-undangan yang jelas.

Beranjak dari pemikiran tentang keunggulan dan kelemahan dari penyelesaian perkara pidana diluar sistem yang tidak diakui oleh hukum formal yang berlaku, *restorative justice* telah menjadi suatu kebutuhan dalam masyarakat. Hal ini erat kaitannya dengan prinsip dan tujuan pemidanaan dari peradilan adat yang berbeda dengan sistem formal yang ada sehingga dampak dari putusan yang dihasilkan pun akan sangat berbeda. Meskipun dalam beberapa hal tersebut diatas, keberadaan lembaga ini dalam masyarakat masih tetap menjadi pilihan karena tujuan akhir yang tidak dapat diperoleh bila suatu perkara diselesaikan melalui sistem peradilan pidana, seperti:

- a. Memberikan suatu keuntungan yang langsung dirasakan baik korban, pelaku maupun masyarakat umum. Bentuk-bentuk ganti

rugi yang nyata dalam bentuk pengembalian barang yang dicuri, perbaikan kendaraan hingga pemberian uang duka dalam hal korban meninggal dunia, menjadi realita.

- b. Mekanisme penyelesaian perkara pidana dengan pendekatan *restorative justice* memberikan peran masyarakat yang lebih luas. Dalam mekanisme penyelesaian perkara pidana dengan pendekatan *restorative justice*, maka posisi masyarakat bukan hanya sebagai peserta laku atau peserta korban saja. Masyarakat dapat diberikan peran yang lebih luas untuk menjadi pemantau atas pelaksanaan suatu hasil kesepakatan sebagai bagian dari penyelesaian perkara pidana melalui pendekatan ini. Pelaksanaan kegiatan ini dapat dilakukan dengan berbagai cara misalnya memantau upaya rehabilitasi korban sebagaimana contoh yang ada diberbagai negara.

Peraturan hukum yang mengatur penganiayaan dapat menimbulkan kerugian materi, bahkan ada yang sampai dengan meninggal dunia disamping luka berat dan ringan dan/atau cacat seumur hidup. Pengaturan tentang penganiayaan dapat dilihat dari beberapa peraturan tentang tindak pidana itu sendiri dan beberapa penerapan yang terdapat didalam kitab undang-undang hukum pidana. Adakalanya suatu akibat tindak pidana adalah begitu berat merugikan kepentingan seseorang, seperti kematian seorang manusia, sehingga diraskan tidak adil, terutama oleh ahli waris korban, bahwa si pelaku yang dengan kurang berhati-hati menyebabkan orang lain meninggal, tidak diapa-apakan. Dalam praktek tampak, apabila seorang menganiaya orang yang mengakibatkan korbannya meninggal, banyak orang mengetahui menganiaya tersebut maka banyak orang mengeroyok si pelaku, sehingga babak belur. Maka timbul adanya beberapa culpa delicten, yaitu tindak pidana yang berunsur culpa atau kurang berhati-hati, tetapi dalam kenyataannya hukuman yang

dijatuhkan kepada si pelaku tidak seberat seperti hukuman terhadap *doleuze delicten*, yaitu tindak pidana yang berunsur kesengajaan.

Restorative justice mengembalikan konflik kepada pihak-pihak yang paling terkenal pengaruh-korban, pelaku dan kepentingan komunitas mereka dan memberikan keutamaan pada kepentingan-kepentingan mereka. *Restorative justice* juga menekankan pada hak asasi manusia dan kebutuhan untuk mengenali dampak dari ketidakadilan sosial dan dalam cara-cara yang sederhana untuk mengembalikan mereka daripada secara sederhana memberikan pelaku keadilan formal atau hukum dan korban tidak mendapatkan keadilan apapun. Kemudian *restorative justice* juga mengupayakan untuk merestore keamanan korban, penghormatan pribadi, martabat, dan yang lebih penting adalah *sense of control*.

Pada dasarnya *restorative justice* ditujukan untuk membuat pelanggar bertanggung jawab untuk memperbaiki kerugian yang ditimbulkan oleh kesalahannya dan memberikan kesempatan kepada terdakwa untuk membuktikan dan kualitasnya dalam bertanggungjawab atas kerugian yang ditimbulkan disamping rasa bersalah secara konstruktif. Tetapi hal ini sangat tergantung keseriusan tindak pidananya dan melihat keadaan dan kemampuan keluarga dan lingkungan untuk mendidik dan membina pelaku tindak pidana tersebut.

Mengacu pada teori tujuan hukum diatas, maka menurut pendapat penulis, penerapan *restorative justice* untuk menyelesaikan kasus tindak pidana penganiayaan ringan, sangat bersesuaian dengan teori teori prioritas kasuistik yang mengajarkan penerapan prioritas tersebut tergantung kepada kasus yang dihadapi.

Penerapan *restorative justice* untuk menyelesaikan kasus tindak pidana penganiayaan ringan, juga bersesuaian dengan teori hukum progresif yang digulirkan oleh Satjipto Rahardjo. Teori ini, telah memberikan pencerahan yang luas dan mendalam serta menegaskan kepada kita bahwa hukum itu sejatinya untuk manusia, bukan

sebaliknya manusia untuk hukum.¹⁶⁹ Menurut Satjipto, hukum itu bukanlah sekedar bangunan peraturan, melainkan juga bangunan “ide, kultur, dan cita-cita”, sehingga letak persoalan hukum sejatinya ada pada manusianya. Karena itu, hukum yang dibuat oleh manusia haruslah memiliki hati nurani agar semakin berguna untuk menyelesaikan persoalan manusia yang sangat kompleks dan dinamis. Jadi bukan semata-mata difokuskan untuk menyelesaikan persoalan peraturan hukum formalistik. Maka sebaiknya biarkanlah hukum itu mengalir dari dan ke ranah konteks sosiologisnya. Selain itu, hukum sebagai karya manusia, tentunya secara kongkret berisikan norma-norma perilaku, yang merupakan pencerminan dari kehendak manusia tentang bagaimana seharusnya masyarakat itu dibina dan kemana harus diarahkan, maka hukum itu haruslah mengandung rekaman dari ide-ide yang dipilih oleh masyarakat dari tempat hukum itu diciptakan. Ide-ide ini adalah ide mengenai keadilan.¹⁷⁰ Lebih spesifik lagi, menurut penjelasan Pasal 581 tidak memberi perumusan mengenai pengertian penganiayaan. Hal ini diserahkan kepada penilaian hakim untuk memberikan interpretasi terhadap kasus yang dihadapi sesuai dengan perkembangan nilai-nilai sosial dan budaya serta perkembangan dunia kedokteran. Ini berarti bahwa pengertian penganiayaan tidak harus berarti terbatas pada penganiayaan fisik dan sebaliknya tidak setiap penderitaan fisik selalu diartikan sebagai penganiayaan. Dalam ketentuan Pasal ini juga tidak dicantumkan unsur "dengan sengaja" dan "berencana", karena kedua hal tersebut sudah diatur dalam Pasal 39 dan Pasal 55 huruf j dalam rangka pemberatan pidana. Demikian pula menurut penjelasan Pasal 583, bahwa: “tindak pidana penganiayaan dalam ketentuan Pasal ini merupakan jenis penganiayaan berat, di samping penganiayaan dalam arti umum (Pasal 581) dan penganiayaan ringan (Pasal 582). Batas dan ruang lingkup ketiga jenis penganiayaan

¹⁶⁹Satjipto Rahardjo, 2007, *Biarkan Hukum Mengalir, Catatan Kritis tentang Pergulatan Manusia dan hukum*, Jakarta Penerbit Buku Kompas, hal. 20.

¹⁷⁰Satjipto Rahardjo, 1996, *Ilmu Hukum*. Bandung, Citra Aditya Bakti, hal. 18.

ini diserahkan kepada pertimbangan hakim, dengan memperhatikan penjelasan Pasal 581. Dilihat dari sudut pandang sistem pemidanaan ketentuan Pasal 581 sampai Pasal 590 Draft RUU KUHP hakikatnya merupakan norma substantif, sebagai “aturan umum” (“*general rules*”). Hal ini dapat dipahami dari pendapat Barda Nawawi Arief, yang menyatakan, bahwa : “ Sistem pemidanaan dapat diartikan sebagai “sistem pemberian atau penjatuhan pidana” yang dapat dilihat dari dua sudut pandangan, yaitu:¹⁷¹ a. Dari sudut fungsional,¹⁷² yang diartikan sebagai : (1) Keseluruhan sistem (paraturan perundang-undangan) untuk fungsionalisasi/operasionalisasi/konkretisasi pidana; (2) Keseluruhan sistem (peraturan perundang-undangan) yang mengatur bagaimana hukum pidana ditegakkan atau dioperasionalkan secara konkret sehingga seseorang dijatuhi sanksi (hukum) pidana. b. Dari sudut norma-substantif (hanya dilihat dari norma-norma hukum pidana substantif), sistem pemidanaan dapat diartikan sebagai: (1) Keseluruhan sistem aturan/norma hukum pidana materiel untuk pemidanaan; atau (2) Keseluruhan sistem aturan/norma hukum pidana materiel untuk pemberian/penjatuhan dan pelaksanaan pidana.¹⁷³ Di samping itu, adaptasi terhadap perkembangan tindak pidana internasional yang bersumber dari pelbagai konvensi internasional baik yang sudah diratifikasi maupun yang belum diratifikasi juga dilakukan, antara lain

¹⁷¹Barda Nawawi Arief, Sistem Pemidanaan Dalam Konsep RUU KUHP 2004, Bahan Sosialisasi RUU KUHP 2004, diselenggarakan oleh Departemen Hukum dan HAM, tgl. 23-24 Maret 2005, di Hotel Sahid Jakarta. Lihat pula, Barda NawawiArief, RUU KUHP Baru, Sebuah Restrukturisasi/Rekonstruksi Sistem Hukum Pidana Indonesia, Penerbit Pustaka Magister Semarang, 2008, Hlm.2-3

¹⁷²Ibid, Dengan pengertian demikian, maka sistem pemidanaan identik dengan sistem penegakan hukum pidana yang terdiri dari sub sistem Hukum Pidana Materiel/Substantif, sub-sistem Hukum Pidana Formal dan sub-sistem Hukum Pelaksanaan Pidana. Ketiga sub sistem itu merupakan satu kesatuan sistem pemidanaan, karena tidak mungkin hukum pidana dioperasionalkan/ditegakkan secara konkret hanya dengan salah satu subsistem itu. Pengertian sistem pemidanaan yang demikian itu dapat disebut dengan “sistem pemidanaan fungsional” atau “sistem pemidanaan dalam arti luas”.

¹⁷³Ibid, Dengan pengertian demikian, maka keseluruhan peraturan perundang-undangan (“*statutory rules*”) yang ada di dalam KUHP maupun UU khusus di luar KUHP, pada hakikatnya merupakan satu kesatuan sistem pemidanaan, yang terdiri dari “aturan umum” (“*general rules*”). Aturan umum terdapat di dalam Buku I KUHP, dan aturan khusus terdapat di dalam Buku II dan III KUHP maupun dalam UU Khusus di luar KUHP.

Tindak Pidana Penyiksaan atas dasar Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1998 tentang Pengesahan *Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* (Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan Martabat Manusia), 1984. Di samping itu secara antisipatif diatur pula Kejahatan Perang (War Crimes) yang bersumber pada Statuta Roma 1998 tentang “International Criminal Court”, dan perluasan Tindak Pidana Korupsi yang bersumber pada “United Nations Convention Against Corruption (2003).

Penerapan Restorative Justice terhadap penyelesaian kasus tindak pidana penganiayaan sebagaimana dimaksud Pasal 351 Ayat (1) dan Ayat (2) KUHP Jo Pasal 352 KUHP, dinilai cukup efektif (berdayaguna) dan efisien (berhasilguna) dalam :

- Membangun partisipasi bersama antara pelaku, korban, dan kelompok masyarakat menyelesaikan suatu peristiwa atau tindak pidana ringan.
- Menempatkan pelaku, korban, dan masyarakat sebagai ”*stakeholders*” yang bekerja bersama dan langsung berusaha menemukan penyelesaian yang dipandang adil bagi semua pihak (*win-win solutions*).
- Mendorong menyelesaikan suatu peristiwa atau tindak pidana dengan cara-cara yang lebih informal dan personal, dari pada penyelesaian dengan cara-cara beracara yang formal (kaku) dan impersonal.
- Mencegah pelaku penganiayaan untuk tidak mengulangi perbuatannya dan senantiasa menjalin hubungan personal dan sosial dengan korban secara damai.

Dilihat dari perspektif tujuan hukum, penerapan *restorative justice* terhadap tindak pidana penganiayaan ringan, sangat bersesuaian dengan teori-teori prioritas kasuistik yang mengajarkan penerapan prioritas tersebut tergantung kepada kasus yang dihadapi.

Selain itu, juga bersesuaian dengan teori hukum progresif yang menegaskan bahwa hukum itu sejatinya untuk manusia, bukan sebaliknya manusia untuk hukum.

Jika melihat formulasi Pasal 581 sampai Pasal 590 Draft RUU KUHP di atas, dengan formulasi Pasal 351 sampai Pasal 355 KUHP, maka terdapat perluasan delik penganiayaan yang tidak semata-mata mengenai penganiayaan terhadap badan, tetapi juga memasukkan perkelahian secara berkelompok dan kekerasan dalam rumah tangga sebagai “delik penganiayaan”. Selain itu, formulasi sanksi juga lebih berat dan adanya pemberatan $\frac{1}{3}$ dari ancaman pidana maksimal.

BAB IV

PENUTUP

A. Kesimpulan

Berdasarkan hasil penelitian dan analisis permasalahan, maka dapat ditarik suatu kesimpulan sebagai berikut :

1. Bentuk perlindungan hukum yang diberikan pemerintah terhadap Anggota Ombudsman dan Asisten Ombudsman setelah diberlakukannya Pasal 10 Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2008 tentang Ombudsman Republik Indonesia memiliki keterbatasan, sesuai dalam penjelasannya Pasal 10 yang bunyinya Bahwa “*Ketentuan ini tidak berlaku apabila Ombudsman melakukan pelanggaran hukum*”, yang selanjutnya telah disepahamkan dalam Imunitas Bahwa Imunitas adalah kewenangan yang melekat pada jabatan Ombudsman saat melaksanakan tugas pokok dan fungsinya. Dengan kewenangan tersebut, Ombudsman tidak dapat dipersangkakan, dituntut maupun didakwa secara hukum pada Pimpinan Ombudsman RI, Pada Kepala Perwakilan Ombudsman RI, Pada Asisten Ombudsman RI, yang ditandai dengan adanya surat tugas guna melakukan kegiatan tertentu.
2. Implementasi perlindungan hukum (*imunitas*) yang diberikan Undang-undang Nomor 37 Tahun 2008 setelah adanya kode etik ternyata memicu potensi terjadinya praktek pelanggaran Kode etik Peraturan Ombudsman Nomor 7 Tahun 2011 Tentang Kode Etik Ombudsman dan terjadinya tindak pidana pelanggaran asas-asas hukum pidana, maka kode etik dan asas-asas hukum pidana dapat dilaksanakan sepanjang apabila Ombudsman melakukan pelanggaran hukum.
3. Dalam implementasinya diperlukan penyelesaian perkara tindak pidana penganiayaan ringan yakni:
 - Konsep *Restorasi Justice* (Adr-Mediasi Penal) sebagai penyelesaian perkara tindak pidana yang dilakukan insan ombudsman pada saat masih dalam keadaan tugas seyogyanya dapat dipertimbangkan dan diterapkan oleh para penegak hukum dengan mengedepankan mengacu pada teori tujuan hukum diatas, maka menurut pendapat penulis, penerapan

restorative justice untuk menyelesaikan kasus tindak pidana penganiayaan ringan, sangat bersesuaian dengan teori teori prioritas kasuistik yang mengajarkan penerapan prioritas tersebut tergantung kepada kasus yang dihadapi.

- Penerapan *restorative justice* untuk menyelesaikan kasus tindak pidana penganiayaan ringan, juga bersesuaian dengan teori hukum progresif yang digulirkan oleh Satjipto Rahardjo.

B. Saran

1. Kepada para Penegak hukum/hakim: penerapan sanksi pidana yang dijatuhkan kepada terdakwa harus di dasarkan pada kebenaran, keadilan dan kesejahteraan serta memperhatikan keadaan terdakwa, rumah tangga hubungan antara anggota keluarga dan lingkungan sekitar serta hakim wajib memperhatikan laporan pembimbing kemasyarakatan. Karena penjatuhan pidana atau tindakan merupakan suatu tindakan yang harus mempertanggungjawabkan dan bermanfaat bagi Terdakwa/terpidana. Dan diharapkan penyelesaian bisa dilakukan dengan *restorative justice* melalui jalur mediasi/musyawarah antara pelaku dan korban sehingga didapatkan keputusan yang terbaik buat keduanya.
2. Kepada Ombudsman Republik Indonesia: bahwa pengaturan hak imunitas Ombudsman telah diatur dalam Pasal 10 Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2008 Tentang Ombudsman Republik Indonesia, namun implementasi pelaksanaannya diperlukan pengaturan lebih lanjut dalam peraturan pelaksanaannya dalam Peraturan Ombudsman Republik Indonesia, karena hingga saat ini mengenai pedoman dalam melaksanakan tugas terkait hak imunitas hanya terdapat surat edaran ketua Ombudsman Republik Indonesia Nomor: 16/ORI-SE/VII/2016 tentang penyamaan pemahaman mengenai mutatis mutandis dan imunitas dalam rangka melaksanakan kegiatan selaku pejabat Ombudsman Republik Indonesia sebagai bentuk turunan pelaksanaan dari undang-undang tersebut.
3. Kepada Polisi: mengedepankan penyelesaian dilakukan dengan *restorative justice* melalui jalur mediasi/ musyawarah antara pelaku tindak pidana dan

korban sehingga didapatkan keputusan yang terbaik buat keduanya. Terus melakukan sosialisasi kepatuhan kesadaran hukum kepada para pejabat publik dan pelayan masyarakat yang kerap melakukan pelanggaran peraturan pidana yang bisa menimbulkan tindak pidana. Dengan rutin diadakan penyuluhan kesadaran hukum pelanggaran peraturan pidana bertujuan untuk mengurangi tingkat pelanggaran peraturan pidana oleh pejabat publik dan pelayan masyarakat.

4. Kepada Masyarakat/Pejabat Publik/Pelayan Masyarakat: agar terus membangun kesadaran hukum, menjaga etika dalam berorganisasi dan meningkatkan integritas pelayanan publik serta meningkatkan kesadaran atas hukum pidana untuk tertib dan taat terhadap peraturan pidana (KUHP), asas-asas hukum pidana sehingga dapat mengurangi tingkat tindak pidana, serta menjaga etika organisasi tempat bekerja.

DAFTAR PUSTAKA

- Prof. Dr. H.M. Asmara Galang, S.H., M.Hum. 2012, Ombudsman Republik Indonesia Dalam System Ketatanegaraan Republik Indonesia. Surabaya: Penerbit Laksbang Yustitia
- Bambang Poernomo. 1983. *Potensi Kejahatan Korupsi di Indonesia*. Jakarta: Bina Aksara
- Darji Darmodihardjo dan Shidarta, 1999. Pokok-Pokok Filsafat Hukum, Jakarta: Gramedia
- Esmi Warasih Puji Rahayu, 2016, Pranata Hukum, Sebuah Telaah Sosiologis, Semarang: Pustaka Magister
- Ilyas Amir. 2012. *Asas-asas Hukum Pidana*. Yogyakarta: Ruang Education
- Ishaq, 2008. Dasar-Dasar Ilmu Hukum. Jakarta: Sinar Garfika
- Muladi dan Barda Nawawi Arif. 2010. *Teori-teori dan Kebijakan Hukum Pidana*. Semarang: Pustaka Magister
- Muladi. 1992. *Lembaga Pidana Bersyarat*. Bandung: Alumni.
- Hazewinkwl-Suringa, dalam Lamintang, 1997. *Dasar-dasar Hukum Pidana Indonesia*, Bandung: Citra Aditya Bakti
- Nyoman Serikat Putra Jaya. TT. *Bahan Kuliah Politik Kriminal*. Semarang: Magister Ilmu Hukum Universitas Diponegoro
- Sulistyowati Irianto dan Shidarta, 2013. *Metode Penelitian Hukum Konstelasi dan Refleksi*, Jakarta, Penerbit Yayasan Pustaka Obor
- Philipe Nonet, Philip Selznick, 2010. *Hukum Responsif*, Bandung: Penerbit Nusa Media
- Prof. Barda Nawawi Arief, 2008. *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana (Perkembangan Penyusunan Konsep KUHP Baru)*. Jakarta: Kencana Prenada Media Group
- , 1994. *Beberapa Aspek Pengembangan Ilmu Hukum Pidana Menyongsong Generasi Baru Hukum Pidana Indonesia (Pidato Pengukuhan Guru Besar FH UNDIP, pada tanggal 25 Juni 1994)*

- 2012 Kebijakan Formulasi Ketentuan Pidana dalam Peraturan Perundang-undangan. Semarang: Pustaka Magister
- 2009. Tujuan dan Pedoman Pemidanaan Perspektif Hukum Pidana dan Perbandingan Beberapa Negara, Semarang: Penerbit Universitas Diponegoro
- , Pembaharuan Hukum Pidana dan Masalah Kebijakan Delik Aduan. (Lokakarya Pembaharuan Hukum Pidana di DPR-RI, tanggal 29 Juni 1993)
- , 2009. RUU KUHP Baru, Sebuah Restrukturisasi/Rekonstruksi Sistem Hukum Pidana Indonesia. Semarang: Badan Penerbit Universitas Diponegoro
- Prof. Satjipto Raharjo, 2000, *Ilmu Hukum*, Bandung: PT. Citra Aditya Bakti
- , 2000, *Penegakan Hukum*, Suatu Tinjauan Sosiologis, Yogyakarta: Genta Publishing
- , 2010, *Penegakan Hukum Progresif*, Kompas, Jakarta
- , 2000, *Teori Hukum, Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*, Yogyakarta: Genta Publishing
- , 2007, *Biarkan Hukum Mengalir, Catatan Kritis tentang Pergulatan Manusia dan hukum*, Jakarta, Penerbit Buku Kompas
- , *Teori Hukum strategi tertib manusia lintas ruang dan generasi* (Yogyakarta: Genta Publishing, 2010), halaman 126-127
- Prof. Dr. Suteki, S.H.,M.H, 2016. *Bahan Kuliah Metode Penelitian Hukum*
- Prof. Dr. Fx. Adji Samekto, S.H.,M.H, 2016. *Bahan Kuliah Metode Penelitian Hukum Undang-Undang/ Peraturan*
- Prof. Dr. I Dewa Gede Atmadja, S.H.,M.S, 2013, *Filsafat Hukum Dimensi Tematis dan Historis*, Malang: Setara Press
- Prof. Moeljatno. 2000. *Asas-asas Hukum Pidana*. Jakarta: Rineka Cipta.
- , 2001. *Kitab Undang-Undang Hukum Pidana*, Jakarta, PT. Bumi Aksara
- Prof. Dr. Wirjono Projodikoro, 2009, *Asas-Asas Hukum Pidana Di Indonesia*, Bandung: PT. Refika Aditama

- , 2003, *Tindak-Tindak Pidana Tertentu Di Indonesia*, Bandung: PT. Refika Aditama
- Poerwadarminta. 1984. *Kamus Umum Bahasa Indonesia*. Jakarta: Balai Pustaka
- Ronny Hanintijo Sumitro, 1982. *Metodologi Penelitian Hukum*. Jakarta: Ghalia Indonesia
- Rusly Effendy. 1989. *Asas-asas Hukum Pidana*. Ujung Pandang: Umithohs Press
- Soerjono Soekanto. 1985. *Kriminologi (Pengantar tentang Sebab-sebab Kejahatan)*. Bandung: Politea
- , 1986. *Pengantar Penelitian Hukum*. Jakarta: Universitas Indonesia
- Sudarto. 1983. *Hukum dan Hukum Pidana*. Bandung: Alumni
- , 1983. *Hukum Pidana dan Perkembangan Masyarakat*. Bandung: Sinar Baru
- , 2010. *Kapita Selekta Hukum Pidana*. Bandung: Alumni
- , 2011. *Hukum Pidana I*. Badan Penerbit Undip, Semarang
- Sulistyowati Irianto & Shidarta, 2013. *Metode Penelitian Hukum Konstelasi dan Refleksi*, Jakarta: Yayasan Pustaka Obor Indonesia

Undang-Undang

- Kitab Undang-Undang Hukum Pidana, Prof. Mulyanto, PT. Bumi Aksara, Jakarta, 2001
- Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2009 tentang Pelayanan Publik
- Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2008 tentang Ombudsman Republik Indonesia
- Peraturan Ombudsman Nomor 7 Tahun 2011 Tentang Kode Etik Insan Ombudsman
- Peraturan Ombudsman Nomor 1 Tahun 2009 Tentang Syarat dan tata cara pengangkatan, pemberhentian serta tugas dan tanggung jawab Asisten Ombudsman
- Peraturan Ombudsman Nomor 19 Tahun 2015 Tentang Sistem Pelaporan dan Penanganan Pelanggaran (Whistleblowing System) Di Lingkungan Ombudsman Republik Indonesia

Keputusan Pengadilan

Putusan Pengadilan Negeri Pekanbaru Nomor: 15/Pid/TPR/2014/PN.PBR tanggal
6 Juni 2014

Internet

Makalah Teori Hukum “Memahami Hukum <http://legendacerdas.blogspot.co.id/2015/05/makalah-teori-hukum.html> diakses 16 Sept 2016

http://www.bphn.go.id/data/documents/laporan_akhir_pengkajian_restorative_justice_anak.pdf

<http://www.ombudsman.go.id/index.php/berita/berita/artikel/1524-imunitas-Ombudsman.html> (Versi cetak artikel ini terbit di harian Kompas edisi 31 Maret 2016, di halaman 6 dengan judul "Imunitas Ombudsman".) diakses 13 Maret 2016

<http://www.tribunnews.com/nasional/2013/10/30/ombudsman- sementara-tak-tugasi-azlaini-agus> diakses 30 Oktober 2013

<http://jurnal.untan.ac.id/index.php/nesor/article/view/1023/998>Jurnal, Vol 2, No 2 (2012). *Penyelesaian Kasus Tindak Pidana Penganiayaan Sebagaimana Dimaksud Pasal 351 Ayat (1) Dan Ayat (2) Kuhp Jo Pasal 352 Melalui Restorative Justice Di Wilayah Polresta Pontianak*, Program Magister Hukum Universitas Tanjungpura diakses 20 Agustus 2016

internet online <http://kbbi.web.id/wajib>, diakses pada tanggal 03 November 2017, pukul 13:19 wib.

<http://ejournal.uksw.edu> As'adi, Edi Vol 10, No 1 (2016): *Jurnal Refleksi Hukum – Articles Problema Penegakan Hukum Pelayanan Publik Oleh Lembaga Ombudsman Republik Indonesia Berbasis Partisipasi Masyarakat*, diakses pada 26 Agustus 2017

Karya Ilmiah/ Desertasi/ Tesis/ Jurnal

Nuriyanto, Disertasi, “*Kekuatan Hukum Rekomendasi Ombudsman Dalam Penyelesaian Maladministrasi Pelayanan Publik Legal Force Of*

- The Ombudsman's Recommendations In Settlement Maladministration Of Public Service*", 2017. Surabaya: Program Studi Doktor Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas 17 Agustus 1945
- Dyah Adriantini Sintha Dewi, Disertasi, "*Kolaborasi, Integrasi, Partisipasi: Suatu Model Pelaksanaan Rekomendasi Ombudsman Dalam Rangka Mewujudkan Keadilan Substantif Di Indonesia*". 2016. Semarang: Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Diponegoro
- Saut Excaverius Sagala, S.H., Jurnal, "*Tinjauan Yuridis Terhadap Rekomendasi Ombudsman Republik Indonesia (ORI)*", 2016. Semarang: Program Magister Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Diponegoro
- Herry Wibawa, S.H., Jurnal "*Pengawasan Ombudsman Terhadap Penyelenggara Negara Dan Pemerintahan (Studi Perbandingan Dengan Pengawasan PERATUN)*" 2016. Semarang: Program Magister Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Diponegoro
- Shafrudin, Tesis, "*Pelaksanaan Politik Hukum Pidana Dalam Menanggulangi Kejahatan*", 2009. Semarang: Program Magister Ilmu Hukum Universitas Diponegoro
- Puji Prayitno, Jurnal, Vol 2, No 2. *Penyelesaian Kasus Tindak Pidana Penganiayaan Sebagaimana Dimaksud Pasal 351 Ayat (1) Dan Ayat (2) Kuhp Jo Pasal 352 Melalui Restorative Justice Di Wilayah Polresta Pontianak*, 2012, Tanjungpura: Program Magister Hukum Universitas Tanjungpura