

REPUBLIC INDONESIA
KEMENTERIAN HUKUM DAN HAK ASASI MANUSIA

SURAT PENCATATAN CIPTAAN

Dalam rangka perlindungan ciptaan di bidang ilmu pengetahuan, seni dan sastra berdasarkan Undang-Undang Nomor 28 Tahun 2014 tentang Hak Cipta, dengan ini menerangkan:

Nomor dan tanggal permohonan : EC00202163694, 11 November 2021

Pencipta

Nama : **Dr. Heni Siswanto, S.H.,M.H. dan Prof. Dr. Maroni, S.H.,M.Hum.**
Alamat : Jl. Delima VII Perumahan Bukit Sukabumi Indah No. 5 RT002/RW 002.
Kel. Sukabumi Indah, Kec. Sukabumi, Bandar Lampung, LAMPUNG,
35134
Kewarganegaraan : Indonesia

Pemegang Hak Cipta

Nama : **Fakultas Hukum Universitas Lampung**
Alamat : Jl. Soemantri Brojonegoro No. 1 Kel. Gedong Meneng Kec. Rajabasa,
Bandar Lampung, LAMPUNG, 35145
Kewarganegaraan : Indonesia
Jenis Ciptaan : **Buku**
Judul Ciptaan : **Hukum Pidana Menuju Pemikiran Positivistik Yang Berkeadilan Dan Berkebenaran**
Tanggal dan tempat diumumkan untuk pertama kali : 10 Agustus 2020, di Bandar Lampung
di wilayah Indonesia atau di luar wilayah Indonesia
Jangka waktu perlindungan : Berlaku selama 50 (lima puluh) tahun sejak Ciptaan tersebut pertama kali dilakukan Pengumuman.
Nomor pencatatan : 000287354

adalah benar berdasarkan keterangan yang diberikan oleh Pemohon.

Surat Pencatatan Hak Cipta atau produk Hak terkait ini sesuai dengan Pasal 72 Undang-Undang Nomor 28 Tahun 2014 tentang Hak Cipta.



a.n Menteri Hukum dan Hak Asasi Manusia
Direktur Jenderal Kekayaan Intelektual
u.b.
Direktur Hak Cipta dan Desain Industri

Dr. Syarifuddin, S.T., M.H.
NIP.197112182002121001

Disclaimer:

Dalam hal pemohon memberikan keterangan tidak sesuai dengan surat pernyataan, Menteri berwenang untuk mencabut surat pencatatan permohonan.

Dr. Heni Siswanto, S.H., M.H.
Prof. Dr. Maroni, S.H., M.H.

HUKUM PIDANA

Menuju Pemikiran Positivistik
yang Berkeadilan dan Berkebenaran

BUKU
AJAR

Buku Ajar

HUKUM PIDANA

Menuju Pemikiran Positivistik
yang Berkeadilan dan Berkebenaran

Hak cipta pada penulis
Hak penerbitan pada penerbit
Tidak boleh diproduksi sebagian atau seluruhnya dalam bentuk apapun
Tanpa izin tertulis dari pengarang dan/atau penerbit

Kutipan Pasal 72 :

Sanksi pelanggaran Undang-undang Hak Cipta (UU No. 10 Tahun 2012)

1. Barang siapa dengan sengaja dan tanpa hak melakukan perbuatan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 2 ayat (1) atau Pasal (49) ayat (1) dan ayat (2) dipidana dengan pidana penjara masing-masing paling singkat 1 (satu) bulan dan/atau denda paling sedikit Rp. 1.000.000,00 (satu juta rupiah), atau pidana penjara paling lama 7 (tujuh) tahun dan atau denda paling banyak Rp. 5.000.000.000,00 (lima miliar rupiah)
2. Barang siapa dengan sengaja menyiarkan, memamerkan, mengedarkan, atau menjual kepada umum suatu Ciptaan atau hasil barang hasil pelanggaran Hak Cipta atau Hak Terkait sebagaimana dimaksud ayat (1) dipidana dengan pidana penjara paling lama 5 (lima) tahun dan/atau denda paling banyak Rp. 500.000.000,00 (lima ratus juta rupiah)

Buku Ajar

HUKUM PIDANA

Menuju Pemikiran Positivistik
yang Berkeadilan dan Berkebenaran

Dr. Heni Siswanto, S.H., M.H.

Editor:

Prof. Dr. Maroni, S.H., M.H.



PUSAKA MEDIA

Perpustakaan Nasional RI:
Katalog Dalam Terbitan (KDT)

HUKUM PIDANA
Menuju Pemikiran Positivistik yang Berkeadilan dan Berkebenaran
(Buku Ajar)

Penulis

Dr. Heni Siswanto, S.H., M.H

Editor:

Prof. Dr. Maroni, S.H., M.H.

Desain Cover & Layout
PAI Creative

vi + 348 hal : 15x 23 cm
Cetakan Agustus 2020

ISBN: 978-623-7560-99-9

Penerbit

PUSAKA MEDIA
Anggota IKAPI
No. 008/LPU/2020

Alamat

Jl. Endro Suratmin, Pandawa Raya. No. 100
Korpri Jaya Sukarame Bandarlampung
082282148711
email : cspusakamedia@yahoo.com
Website : www.pusakamedia.com

Dilarang mengutip atau memperbanyak sebagian
atau seluruh isi buku ini tanpa izin tertulis dari penerbit

KATA PENGANTAR

Hukum Pidana merupakan salah satu cabang dari tata hukum Indonesia, disamping cabang hukum lain seperti Hukum Perdata, Hukum Tata Negara, Hukum Administrasi, Hukum Dagang, Hukum Internasional, Hukum Lingkungan, Hukum Pertanahan, dan sebagainya. Hukum Pidana pun masih terikat dan terkait dengan cabang hukum-hukum tersebut, dalam keberlakuannya tentunya tidak dapat berdiri sendiri, di antara Hukum Pidana dan hukum-hukum lainnya terdapat hubungan yang erat satu dengan lainnya.

Namun, hubungan itu tidak saja terjadi di bidang/lapangan hukum, akan tetapi Hukum Pidana memiliki hubungan erat dengan Kriminologi, Kriminalistik, Penologi, Psikologi (Kriminal), Psikiatri (Kriminal), Sosiologi (Kriminal), Ekonomi, Antropologi, Statistik.

Kriminal, dan sebagainya. Hukum Pidana adalah bagian dari keseluruhan hukum yang berlaku di suatu Negara yang menyelenggarakan aturan untuk menentukan perbuatan yang tidak boleh dilakukan/dilarang/terlarang dengan disertai ancaman sanksi pidana bagi orang atau korporasi yang melanggar perbuatan terlarang tersebut. Semoga tulisan di dalam buku bermanfaat bagi pembaca dan dijadikan ladang amal dan ibadah untuk penulis, sehingga jika terdapat kekurangan dan kekeliruan dalam penulisan dalam buku mohon masukan dan saran untuk kebaikan dalam penulisan buku selanjutnya.

Penulis

DAFTAR ISI

Bab 1	
Pengertian, Fungsi, dan Tujuan Hukum Pidana	1
Bab 2	
Hubungan (Ilmu) Hukum Pidana dan Kriminologi	72
Bab 3	
Sejarah dan Sumber Hukum Pidana	81
Bab 4	
Bagian Umum dan Bagian Khusus dalam Hukum Pidana serta Berlakunya Hukum Pidana Menurut Waktu dan Tempat.....	110
Bab 5	
Tindak Pidana	173
Bab 6	
Perbuatan	219
Bab 7	
Hubungan Sebab Akibat.....	222
Bab 8	
Sifat Melawan Hukum.....	233
Bab 9	
Kesalahan	245
Bab 10	
Kemampuan Bertanggung Jawab	260
Bab 11	
Kesengajaan	271
Bab 12	
Kealpaan	295
Bab 13	
Alasan Penghapus Pidana	311
Daftar Pustaka	336

HUKUM PIDANA
Menuju Pemikiran Positivistik yang Berkeadilan dan Berkebenaran
(Buku Ajar)

Oleh
Dr. Heni Siswanto, S.H., M.H.



Pendamping:
Prof. Dr. Maroni, S.H., M.H.

Bagian Hukum Pidana
Fakultas Hukum Universitas Lampung
Bandar Lampung
2020

DAFTAR ISI

Daftar Isi

Daftar Gambar

Daftar Tabel

Prakata

Bab 1

Pengertian dan Fungsi Hukum Pidana

Bab 2

Hubungan (Ilmu) Hukum Pidana dan Kriminologi

Bab 3

Sejarah dan Sumber Hukum Pidana (KUHP, Riwayat dan Perkembangannya)

Bab 4

Bagian Umum dan Bagian Khusus dalam Hukum Pidana serta Berlakunya Hukum Pidana (Undang-Undang Pidana dan Peraturan Pidana) Menurut Waktu dan Tempat

Bab 5

Tindak Pidana/TP (Istilah, Pengertian, Unsur-unsur TP, Rumusan TP, Jenis TP, Subjek TP)

Bab 6

Pengertian dan Unsur-unsur Tindak Pidana

Bab 7

Perbuatan (*Tat, Handlung, Handeling, Gedraging*): Perbuatan yang memenuhi rumusan pasal atau undang-undang hukum pidana; sifat melawan hukum; dan tidak ada alasan pembenar.

Bab 8

Hubungan Sebab Akibat (*Causaliteit, Causalitat*)

Bab 9

Sifat Melawan Hukum/SMH

Bab 10

Kesalahan (*Culpa*)

Bab 11

Kemampuan Bertanggung Jawab/KBJ

Bab 12

Kesengajaan (*Dolus, Intent, Opzet, Versatz*)

Bab 13

Kealpaan (*Culpa*)

Bab 14

Alasan Penghapus Pidana/APP (APP Umum, APP yang ada di luar Undang-Undang, APP Putatief, Alasan Penghapus Penuntutan (*vervolging uitsluitingsgrond*))

Daftar Pustaka

Indeks

Glosarium

Bab 1

PENGERTIAN, FUNGSI, DAN TUJUAN HUKUM PIDANA

A. Pengertian Hukum Pidana

Hukum Pidana merupakan salah satu cabang dari tata hukum Indonesia, disamping cabang hukum lain seperti Hukum Perdata, Hukum Tata Negara, Hukum Administrasi, Hukum Dagang, Hukum Internasional, Hukum Lingkungan, Hukum Pertanahan, dan sebagainya. Hukum Pidana pun masih terikat dan terkait dengan cabang hukum-hukum tersebut, dalam keberlakuannya tentunya tidak dapat berdiri sendiri, di antara Hukum Pidana dan hukum-hukum lainnya terdapat hubungan yang erat satu dengan lainnya. Namun, hubungan itu tidak saja terjadi di bidang/lapangan hukum, akan tetapi Hukum Pidana memiliki hubungan erat dengan Kriminologi, Kriminalistik, Penologi, Psikologi (Kriminal), Psikiatri (Kriminal), Sosiologi (Kriminal), Ekonomi, Antropologi, Statistik Kriminal, dan sebagainya.

Hukum Pidana adalah bagian dari keseluruhan hukum yang berlaku di suatu Negara yang menyelenggarakan aturan untuk menentukan perbuatan yang tidak boleh dilakukan/dilarang/terlarang dengan disertai ancaman sanksi pidana bagi orang atau korporasi yang melanggar perbuatan terlarang tersebut.

Menurut Barda Nawawi Arief¹, yang menjelaskan bahwa hukum pidana meliputi hukum pidana materiel (*Materielle Strafrecht*), hukum pidana formal (*Strafverfahrensrecht/Strafprozessrecht*), dan hukum pelaksanaan pidana/hukum eksekusi (*Strafvollstreckungsrecht*). Ketiga sub-sistem itu merupakan satu kesatuan sistem pemidanaan, karena tidak mungkin hukum pidana dioperasionalkan/ditegakkan secara konkret hanya dengan salah satu subsistem itu. Ketiga Hukum Pidana itu misalnya:

- a. Hukum pidana materiel (KUHP);
- b. Hukum pidana formal (KUHAP);
- c. Hukum Pelaksanaan Pidana, antara lain dimuat dalam:
 - 1) Pasal 271 - pelaksanaan putusan pidana mati;
 - 2) Pasal 272 - pelaksanaan putusan pidana penjara/kurungan;
 - 3) Pasal 273 - pelaksanaan putusan pidana denda;
 - 4) Pasal 274 - putusan ganti kerugian dalam penggabungan perkara;
 - 5) Pasal 276 - pelaksanaan putusan pidana bersyarat;
- d. Undang-Undang Nomor 2 PNPS Tahun 1964 tentang Pelaksanaan Pidana Mati;
- e. Undang-Undang Nomor 12 Tahun 1995 tentang Pemasyarakatan;
- f. Peraturan Pemerintah Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pembinaan dan Pembimbingan Warga Binaan Pemasyarakatan;
- g. Peraturan Pemerintah Nomor 58 Tahun 1999 tentang Syarat-syarat dan Tata Cara Pelaksanaan Wewenang, Tugas dan Tanggung Jawab Perawatan Tahanan;

¹ Barda Nawawi Arief,

- h. Keputusan Menteri Kehakiman dan Hak Asasi Manusia RI Nomor: M-01.PK.03.02 Tahun 2001 tentang Cuti Mengunjungi Keluarga bagi Narapidana dan Anak Didik Pemasarakatan.

Mengkaji ketiga Hukum Pidana itu meliputi:

1. Hukum pidana materiel, yaitu hukum pidana yang berisi tindak pidana (*strafbaarfeit/criminal act/actus reus*), pertanggungjawaban pidana/kesalahan (*schuld/guilt/mens rea*), serta pidana dan pemidanaan (*straf/punishment/poena*), misalnya KUHP sebagai hukum pidana umum;
2. Hukum pidana formal adalah hukum pidana yang memberikan kewenangan kepada negara untuk menegakkan hukum pidana (materiel). Kewenangan itu dijalankan negara melalui aparat penegak hukumnya dalam tahapan proses peradilan pidana/penegakan hukum meliputi:
 - a. Tahapan penyidikan yang dilakukan oleh Penyidik (Polri dan PPNS);
 - b. Tahapan penuntutan yang dilakukan oleh Jaksa Penuntut Umum (JPU);
 - c. Tahapan pengadilan yang dilakukan oleh Hakim;
 - d. Tahapan pelaksanaan pidana (eksekusi) yang dilakukan oleh Jaksa Penuntut Umum.
3. Hukum pelaksanaan pidana adalah hukum pidana yang mengatur pelaksanaan putusan pengadilan (eksekusi).

Ketiga sub-sistem hukum pidana itu merupakan satu kesatuan sistem pemidanaan, karena tidak mungkin hukum pidana dioperasionalkan/ditegakkan secara konkret hanya dengan mengandalkan salah satu subsistem itu.

Pelanggaran terhadap ketertiban dan keamanan yang terjadi di masyarakat ditegakkan dengan menggunakan Hukum Pidana. Oleh karena itu, aturan hukum pidana disertai ancaman sanksi pidana bagi setiap pelanggar hukum pidana positif. Disinilah terdapat perbedaan antara Hukum Pidana dengan cabang hukum lain, yaitu adanya sanksi yang bersifat negatif. Leo Polak menyatakan bahwa Hukum Pidana adalah bagian hukum dari hukum yang paling celaka, sebab ia sampai sekarang tidak tahu mengapa itu hukum, dan dengan sia-sia membuktikan bahwa ia itu hukum. Sebab problema dasar hukum pidana adalah makna, tujuan serta ukuran dari penderitaan yang patut diterima oleh seseorang, tetap merupakan problema yang tidak terpecahkan.

Hukum pidana secara teoritis dibagi menjadi hukum pidana materiil (hukum pidana substantif) dan hukum pidana formil (hukum acara pidana). Hukum pidana materiil yang lazim disebut hukum pidana saja, mengatur tentang perbuatan-perbuatan apa yang dapat di pidana, syarat-syarat apa yang menyatakan pidana, dan sanksi pidana². Sedangkan hukum acara pidana menurut Sudarto, ialah aturan-aturan yang memberikan petunjuk apa yang harus dilakukan oleh aparat penegak hukum dan pihak-pihak atau orang lain yang terlibat di dalamnya apabila ada persangkaan kalau hukum pidana dilanggar.³

² (Soerjono Soetarto 1995: 1)

³ (Soerjono Soetarto, 1995: 2)

Hukum pidana materiil dan hukum pidana formil mempunyai hubungan yang erat, karena melalui hukum acara pidana, maka hukum pidana materiil dapat ditegakkan.

B. Definisi Hukum Pidana Menurut para Ahli Hukum

1. Edmund Mezger:⁴ Aturan hukum, yang mengikatkan kepada suatu perbuatan yang memenuhi syarat-syarat tertentu, suatu akibat pidana.
Perbuatan yang memenuhi syarat-syarat tertentu itu perbuatan yang dilakukan orang yang memungkinkan untuk dijatuhi pidana, yaitu perbuatan yang dapat dipidana/perbuatan jahat. Perbuatan jahat itu harus ada orang yang melakukannya. Oleh karena itu, perbuatan tertentu disebut dapat dilihat menjadi perbuatan yang dirancang dari orang yang melanggar larangan itu.
2. W.L.G. Lemaire: Hukum pidana itu terdiri dari norma-norma yang berisi keharusan-keharusan dan larangan-larangan yang (oleh pembentuk undang-undang) telah dikaitkan dengan suatu sanksi berupa hukuman, yakni suatu penderitaan yang bersifat khusus.
Dengan demikian dapat juga dikatakan, bahwa hukum pidana itu merupakan suatu sistem norma-norma yang menentukan terhadap tindakan-tindakan yang mana (hal melakukan sesuatu atau tidak melakukan sesuatu di mana terdapat suatu keharusan untuk melakukan sesuatu) dan dalam keadaan-keadaan bagaimana hukuman itu dapat dijatuhkan, serta hukuman yang bagaimana yang dapat dijatuhkan bagi tindakan-tindakan tersebut.
3. Van Hammel: semua dasar dan aturan yang dianut oleh suatu Negara dalam menyelenggarakan ketertiban hukum, yaitu dengan melarang apa yang bertentangan dengan hukum dan mengenakan suatu nestapa kepada yang melanggar peraturan tersebut.
4. Moeljatno: Hukum pidana adalah sebagai bagian dari keseluruhan hukum yang berlaku di suatu negara, yang mengadakan dasar-dasar dan mengatur ketentuan tentang perbuatan yang tidak boleh dilakukan, dilarang, yang disertai ancaman pidana bagi barang siapa yang melakukan. Juga kapan dan dalam hal apa kepada mereka yang telah melanggar larangan itu dapat dikenakan sanksi pidana dan dengan cara bagaimana pengean pidana itu dapat dilaksanakan.⁵
5. Simons
 - a. Keseluruhan larangan/perintah yang oleh negara diancam dengan nestapa, yaitu suatu pidana apabila tidak adil.
 - b. Keseluruhan peraturan yang menetapkan syarat-syarat untuk penjatuhan pidana
 - c. Keseluruhan ketentuan yang memberikan dasar untuk menjatuhkan dan penetapan pidana.
6. Pompe: Hukum pidana adalah semua aturan-aturan hukum yang menentukan terhadap perbuatan-perbuatan apa yang seharusnya dijatuhi pidana dan apakah macamnya pidana itu.
Hukum pidana itu sama halnya dengan hukum tata negara, hukum perdata dan lain-lain bagian dari hukum, biasanya diartikan sebagai suatu keseluruhan

⁴ Sudarto, *Hukum Pidana I*, Yayasan Sudarto Fakultas Hukum Undip Semarang, 1990, hlm. 9.

⁵ Moeljatno, *Asas-Asas Hukum Pidana*, edisi revisi, Rhineka Cipta, Jakarta, 2008, hlm. 1.

dari peraturan-peraturan yang sedikit banyak bersifat umum yang abstrahir dari keadaan-keadaan yang bersifat konkret.

7. Hazewinkel Suringa
Pengertian hukum pidana dibagai dalam arti objektif (*ius poenali*) yang meliputi perintah dan larangan yang pelanggaran-pelanggarannya diancam dengan sanksi pidana oleh badan yang berhak, ketentuan-ketentuan yang mengatur upaya yang dapat digunakan, apabila norma itu dilanggar, yang dinamakan Hukum panitensier dan subjektif (*ius puniende*) yaitu hak negara menurut hukum untuk menuntut pelanggaran delik dan untuk menjatuhkan serta melaksanakan pidana.
8. Van Hattum: Hukum pidana (*positif*) adalah suatu keseluruhan dari asas-asas dan peraturan-peraturan yang diikuti oleh negara atau suatu masyarakat hukum umum lainnya, dimana mereka itu sebagai pemelihara dari ketertiban hukum umum telah melarang dilakukannya tindakan-tindakan yang bersifat melanggar hukum dan telah mengaitkan pelanggaran terhadap peraturan-peraturannya dengan suatu penderitaan yang bersifat khusus berupa hukuman.
9. Van Kan
Hukum pidana tidak mengadakan norma-norma baru dan tidak menimbulkan kewajiban yang dulunya belum ada. Hanya norma-norma yang sudah aja saja yang dipertegas, yaitu dengan mengadakan ancaman pidan adan pemindanaan. Hukum pidana sesungguhnya adalah hukum sanksi.
10. C.S.T. Kansil: Hukum pidana, yaitu hukum yang mengatur tentang pelanggaran-pelanggaran dan kejahatan-kejahatan terhadap kepentingan umum, perbuatan mana diancam dengan hukuman yang merupakan suatu penderitaan atau siksaan.
11. Wirjono Prodjodikoro: hukum pidana adalah peraturan hukum mengenai pidana. Kata "pidana" berarti hal yang "dipidanakan", yaitu oleh instansi yang berkuasa dilimpahkan kepada seorang oknum sebagai hal yang tidak enak dirasakannya dan juga hal yang tidak sehari-hari dilimpahkan.
12. J. Adami Chazawi: Hukum pidana merupakan bagian dari hukum publik yang memuat/berisi ketentuan-ketentuan tentang:
 - a. Aturan-aturan hukum pidana dan (yang dikaitkan/berhubungan dengan) larangan melakukan perbuatan-perbuatan (aktif/positif) maupun pasif/negatif tertentu yang disertai dengan ancaman sanksi berupa pidana (*straf*) bagi yang melanggar larangan itu.
 - b. Syarat-syarat tertentu (kapankah) yang harus dipenuhi/harus ada bagi si pelanggar untuk dapat dijatuhkannya sanksi pidana yang diancamkan pada larangan perbuatan yang dilanggarnya.
 - c. Tindakan dan upaya-upaya yang boleh atau harus dilakukan negara melalui alat-alat perlengkapannya (misalnya polisi, jaksa, hakim), terhadap yang disangka dan di dakwa sebagai pelanggar hukum pidana dalam rangka usaha negara menentukan, menjatuhkan dan melaksanakan sanksi pidana terhadap dirinya, serta tindakan dan upaya-upaya yang boleh dan harus dilakukan oleh tersangka/terdakwa pelanggar hukum tersebut dalam usaha melindungi dan mempertahankan hak-haknya dari tindakan negara dalam upaya negara menegakkan hukum pidana tersebut.

Pengertian pidana adalah:

1. Sudarto: Penderitaan yang sengaja dibebankan kepada orang yang melakukan perbuatan yang memenuhi syarat-syarat tertentu.
2. Simons: Penderitaan yang oleh undang-undang pidana telah dikaitkan dengan pelanggaran terhadap suatu norma, yang dengan suatu putusan hakim telah dijatuhkan bagi seseorang yang bersalah.
3. Roeslan Saleh: Reaksi atas delik dan ini berwujud suatu nestapa yang dengan sengaja ditimpakan negara pada pembuat delik itu.
4. Ted Honderich: Penderitaan dari pihak yang berwenang sebagai hukuman yang dikenakan kepada seseorang pelaku karena sebuah pelanggaran.
5. Alf Ross: Tanggung jawab sosial yang:
 - a. Terdapat pelanggaran terhadap aturan hukum;
 - b. Dijatuhkan atau dikenakan oleh pihak berwenang atas nama perintah hukum terhadap pelanggar hukum.
6. R. Soesilo: Perasaan tidak enak/sengsara yang dijatuhkan oleh Hakim dengan vonis kepada orang yang telah melanggar Undang-Undang Hukum Pidana.

Berdasarkan definisi Hukum Pidana menurut Edmund Mezger, Sudarto⁶ menjelaskan bahwa pada dasarnya definisi hukum pidana itu memiliki dua unsur, yaitu:

1. Perbuatan yang memenuhi syarat-syarat tertentu
2. Pidana (reaksi).

Penjelasan-penjelasan:

1. perbuatan yang memenuhi syarat-syarat tertentu:

Perbuatan yang dilakukan orang yang memungkinkan untuk dijatuhi pidana, yaitu perbuatan yang dapat dipidana atau perbuatan jahat (*verbrechen, crime*). Perbuatan jahat itu harus ada orang yang melakukannya. Oleh karena itu, perbuatan tertentu di atas dapat dilihat menjadi perbuatan yang dilarang dan orang yang melanggar larangan itu.

2. pidana (reaksi):

Secara harfiah, kata pidana diartikan derita atau nestapa. Oleh karena itu, pidana diartikan penderitaan yang sengaja dijatuhkan kepada orang yang melakukan perbuatan yang memenuhi syarat-syarat tertentu itu. Pidana meliputi sanksi pidana dan tindakan tata tertib (*tuchtmaatregel/masznahme*). Dalam Pasal 10 KUHP terdapat stelsel pidana, yaitu jenis pidana pokok dan pidana tambahan, yaitu:

Pidana pokok terdiri atas, yaitu pidana mati, pidana penjara, pidana kurungan, dan pidana denda, serta pidana tutupan. Pidana tambahan terdiri atas pencabutan hak-hak tertentu, perampasan barang-barang tertentu, dan pengumuman putusan hakim.

Menurut Sudarto⁷ bahwa hukum pidana memuat dua hal, ialah syarat-syarat untuk memungkinkan penjatuhan pidana dan pidana. Apabila hal yang pertama itu

⁶Sudarto, *Hukum Pidana I*, Yayasan Sudarto Fakultas Hukum Undip, Semarang, 1990, hlm. 9.

⁷ Sudarto, *Hukum dan Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, 2007, hlm. 150.

dirinci lebih lanjut, maka dapat dikatakan bahwa bahwa dalam hukum pidana ada tiga pokok persoalah:

- a. perbuatan yang dilarang
- b. orang yang melanggar larangan itu
- c. pidana yang diancamkan kepada si pelanggar itu.

Pengertian hukum pidana yang disebutkan di atas disebut juga *Ius Poenale* yang mengatur mengenai perbuatan, orang, dan sanksi pidana atau pertanggungjawaban pidana. Yang membedakannya antara *Ius Poenale* dengan *Ius Puniendi*, yaitu:

1. Dalam arti luas

Hak negara melalui alat-alat perlengkapan negara meliputi kepolisian (penyidik polisi), kejaksaan (jaksa penuntut umum), pengadilan (hakim), dan pelaksana putusan (eksekutor/jaksa) dapat mengancam dan menjatuhkan pidana terhadap orang yang melakukan perbuatan yang memenuhi syarat-syarat tertentu itu (perbuatan terlarang).

2. Dalam arti sempit

Hak badan-badan peradilan menuntut perkara pidana, memeriksa dan menjatuhkan pidana, serta melaksanakan (putusan) pidana (eksekusi) terhadap orang yang melakukan perbuatan yang dilarang. *Ius Puniendi* adalah hak menjatuhkan pidana yang harus didasarkan atas *Ius Poenale*.

Hakim dalam menjatuhkan pidana (pidanaan) harus mempertimbangkan sebagai berikut:

- a. *Strafsoort* (jenis-jenis sanksi pidana)
- b. *Strafmaat* (berat ringannya atau lamanya pidana)
- c. *Strafmodus/strafmodaliteit mode of sanction* (cara menjalankan pidana).

Perlu dicermati istilah dalam hukum pidana seperti penjatuhan pidana; pidanaan; pemberian pidana; *sentencing*, *straftoemeting*.

C. Jenis atau Pembagian Hukum Pidana

Pengelompokkan Hukum Pidana

1. Hukum pidana materiel (hukum pidana substantif)

Hukum pidana yang merumuskan perbuatan-perbuatan yang dapat dipidana, syarat-syarat untuk dapat menjatuhkan pidana, dan pidana, misalnya Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP).

2. Hukum pidana formal (hukum acara pidana)

Hukum pidana mengatur melalui alat-alat perlengkapan negara untuk melaksanakan hak untuk menyidik, menuntut, memeriksa, menjatuhkan pidana, dan melaksanakan pidana, misalnya diatur dalam hukum pidana formal (Hukum Acara Pidana/KUHAP). Ada sejumlah undang-undang yang mengatur kedua hukum pidana materiel dan hukum pidana formal secara sekaligus, misalnya Undang-Undang Nomor 7 Darurat Tahun 1955 mengenai Tindak Pidana Ekonomi.

3. Hukum pelaksanaan pidana (eksekusi)

Hukum pidana yang mengatur mengenai pelaksanaan putusan pidana yang telah berkekuatan hukum tetap (*in kracht van gewijsde*) dan aparat hukum pelaksanaannya.

4. Hukum pidana umum (*algemeen strafrecht*)

Hukum pidana yang memuat aturan-aturan hukum pidana yang berlaku bagi setiap orang, contoh: KUHP, UU LLAJ.

5. Hukum pidana khusus (*bijzonder strafrecht*)

Hukum pidana yang memuat aturan-aturan hukum pidana yang menyimpang dari hukum pidana umum, yaitu:

- a. Mengatur golongan-golongan tertentu, misalnya Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Tentara (KUHPPT), Tindak Pidana Ekonomi, Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1977 tentang Pengadilan Anak.
- b. Mengatur jenis-jenis perbuatan tertentu, misalnya ekonomi, seperti Tindak Pidana Ekonomi (7/1955); Tindak Pidana Korupsi (31/1999 jo. 20/2001); Pengadilan HAM (26/2000), HAM (39/1999).

6. Hukum pidana yang dikodifikasi

Hukum pidana yang ditempatkan dalam sebuah kitab/buku yang disusun secara berurutan dan sistematis, misalnya KUHP dan KUHP.

7. Hukum pidana yang tidak dikodifikasi

Hukum pidana yang terdapat tersebar di berbagai perundang-undangan pidana di luar KUHP, misalnya Tindak Pidana Lingkungan Hidup (8/1999); Larangan Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat (5/1999); Tindak Pidana Pasar Modal (8/1995), Tindak Pidana Korupsi (31/1999 jo. 20/2001); Perlindungan Konsumen (8/1999); Tindak Pidana Psikotropika (5/1997); Tindak Pidana Narkotika (22/1997); (15/2002 diubah 25/2003); Tindak pidana Ketenagalistrikan (20/2002); Tindak Pidana Perdagangan Orang-Perempuan dan Anak (Human Trafficking) (21/2007); Tindak Pidana Pencucian Uang Tindak Pidana Penyelundupan Imigran; Keimigrasian (9/1992); Penyelundupan Senjata Api; Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme (15/2003); Pelarangan (KDRT).

8. Hukum pidana nasional/umum

Hukum pidana yang dibuat oleh Pembentuk/Perumus Undang-Undang Pusat (DPR dan Presiden) yang berlaku di seluruh negara/nasional.

9. Hukum pidana daerah/lokal

Hukum pidana yang dibuat oleh Pembentuk UU Daerah (DPRD) dan Gubernur atau DPRD dan Bupati/Walikota.

10. Hukum pidana tertulis

Misalnya KUHP dan KUHP

11. Hukum pidana tidak tertulis (hukum pidana adat)

Misalnya Hukum Pidana Adat Lampung yang mengatur perbuatan ‘budaya larian’ yang sering dikonfrontasikan dengan tindak pidana perampasan kemerdekaan seseorang (penculikan terhadap perempuan).

12. Hukum pidana internasional

Hukum pidana yang mengatur mengenai kejahatan lintas batas/transnasional (*transnational crime*), kejahatan transnasional terorganisasi (*transnational organized crime*), dan kejahatan internasional (*international crime*) yang telah diatur dalam berbagai konvensi internasional, yang ditujukan untuk melakukan pencegahan, penanggulangan, dan pemberantasan kejahatan-kejahatan tersebut.

13. Hukum pidana nasional

Hukum pidana nasional (kejahatan nasional/*national crime*) adalah hukum pidana yang sedang kita pelajari ini, yaitu hukum pidana positif yang mengatur tindak pidana, kesalahan/pertanggungjawaban pidana, serta pidana dan pembedaan yang sedang berlaku di suatu waktu dan tempat tertentu di masing-masing negara.

D. Fungsi Hukum Pidana

Fungsi utama hukum pidana menurut aliran modern yang di pelopori oleh Von Litz, Prins, dan Van Hamel⁸ adalah:

1. Fungsi utama hukum adalah memerangi kejahatan sebagai suatu gejala masyarakat.
2. Ilmu hukum pidana dan perundang-undangan hukum pidana harus memperhatikan hasil-hasil penelitian antropologis dan sosiologis.
3. Pidana merupakan suatu alat yang paling ampuh yang dimiliki Negara untuk memerangi kejahatan, namun pidana bukan satu-satunya alat, sehingga pidana jangan diterapkan terpisah, melainkan selalu dalam kombinasi tindakan-tindakan preventif.

Pengertian lain dari fungsi hukum pidana secara khusus sebagai alat untuk menanggulangi kejahatan, dengan cara memasukkan pelaku tindak pidana ke dalam lembaga pemasyarakatan untuk dilakukan pembinaan. Selain itu, fungsi Hukum Pidana untuk melindungi kepentingan hukum dari perbuatan yang hendak menginkarinya dengan sanksi pidana yang sifatnya lebih tajam dari sanksi cabang hukum lainnya.

Adapun fungsi Hukum Pidana secara umum dan khusus, yaitu:

1. Secara umum

Hukum pidana adalah bagian dari hukum-hukum lain yang berlaku di suatu Negara, maka fungsinya sama dengan fungsi hukum pada umumnya, yaitu mengatur hidup masyarakat atau menyelenggarakan tata kehidupan dalam masyarakat.

2. Secara khusus

⁸ Muladi dan Barda Nawawi Arief, 1984, hlm. 33.

Fungsi hukum pidana secara khusus, yaitu melindungi suatu kepentingan hukum dari perbuatan-perbuatan yang hendak memperkosa/melanggarnya dengan sanksi berupa pidana yang telah diatur dalam undang-undang yang sifatnya lebih tajam dari pada hukum-hukum lainnya

Fungsi hukum pidana yang bersifat khusus dapat dibedakan:

a. Fungsi primer

Hukum pidana berfungsi sebagai sarana dalam penanggulangan kejahatan atau sarana kontrol sosial untuk mengontrol atau mengendalikan masyarakat (*as a tool for social engineering*). Melalui fungsi ini hukum pidana mendapatkan dimensi moral dalam melindungi masyarakat dari kejahatan dan penjahat serta melindungi warga masyarakat dari campur tangan penguasa yang menggunakan pidana sebagai sarana secara tidak benar.

b. Fungsi sekunder

Hukum pidana berfungsi sebagai kontrol sosial terhadap penguasa (alat-alat perlengkapan Negara) dalam kerangka menanggulangi kejahatan itu harus dilaksanakan tugasnya sesuai dengan aturan yang telah dirumuskan dalam hukum pidana.

c. Fungsi subsidier

Hukum Pidana yang difungsikan untuk melindungi masyarakat dari kejahatan hendaknya digunakan sarana-sarana atau upaya-upaya lain terlebih dahulu. Apabila sarana atau upaya lain ini dipandang kurang memadai, maka barulah digunakan hukum pidana (*Ultimum Remedium*).

Sudarto⁹ mengutip pandangan Peters¹⁰ perihal fungsi hukum pidana dengan sanksinya yang berupa pidana ialah:

- a. Fungsi primer adalah sebagai sarana kontrol sosial (pengendalian masyarakat). Dalam hal ini, hukum pidana adalah bagian dari politik kriminal, ialah usaha yang rasional dari masyarakat untuk menanggulangi kejahatan. Fungsi primer ini adalah wajar dan secara relatif dapat dikatakan tidak menimbulkan masalah, dalam arti bahwa tidak mungkin ada suatu masyarakat yang dapat hidup langsung tanpa itu. Dalam pengugeran (normering) dari fungsi kontrol yang primer inilah hukum pidana mendapatkan dimensi moralnya sendiri.
- b. Fungsi sekunder, ini merupakan fungsi yang khas dari hukum pidana, ialah pengaturan tentang kontrol sosial sebagaimana dilaksanakan secara spontan atau secara dibuat oleh negara dengan alat perlengkapannya. Tugas yuridis dari hukum pidana bukanlah *policing society*, akan tetapi *policing the police*.
- c. Fungsi subsidier, bahwa dalam usaha melindungi masyarakat terhadap kejahatan hendaknya digunakan upaya-upaya lain lebih dulu dan apabila upaya-upaya ini kurang memadai barulah hukum pidana digunakan (ultimum remedium). Hukum pidana mempunyai fungsi yang subsidier adalah hasil pengamatan tentang efektivitas dari sanksi-sanksi pidana. Pidana mempunyai

⁹ Sudarto, *Hukum dan Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, 2007, hlm. 150.

¹⁰ A.A.G. Peters, *Het rechtskarakter van het strafrechts*, Deventer, 1972, hlm. 7.

daya pengaruh terhadap perilaku (behaviour) orang. Untuk memahami gejala masyarakat yang berupa kejahatan itu, maka penelitian memegang peranan yang penting dalam kriminologi, terutama dalam hal mengadakan kriminalisasi,¹¹ dekrimalisasi,¹² dan depenalisasi¹³ pembentuk undang-undang harus menyadari daya kemampuan dari hukum pidana dalam menanggulangi kejahatan. Daya kemampuannya tidak boleh dipandang terlalu tinggi, akan tetapi sebaliknya juga tidak boleh dipandang terlalu remeh seolah-olah tidak mempunyai efek sama sekali.

Dengan demikian, menurut Sudarto mengutip pandangan Nikiforov¹⁴ bahwa hukum pidana mempunyai dua segi, yaitu:

- a. Ia diharapkan untuk melindungi masyarakat dan orang seorang terhadap kejahatan dan penjahat
- b. Melindungi warga masyarakat dari campur tangan penguasa yang menggunakan pidana sebagai sarana secara tidak benar, jadi menjamin hak-hak dan kepentingan yang sah dari warga masyarakat.

E. Tujuan Hukum Pidana

1. Secara Umum

Melindungi kepentingan orang atau perorangan (hak asasi manusia), kepentingan masyarakat (hak asasi masyarakat), dan negara dengan harmonisasi/sinkronisasi/keseimbangan yang serasi dari suatu perbuatan/tindakan yang bersifat tercela, merugikan, dan berbahaya dari suatu kejahatan yang dilakukan pelaku tindak pidana dengan tindakan penguasa yang berdasarkan pertimbangan nilai-nilai keadilan/filosofis (*gerechtigheit*); kegunaan (*zweckmässigkeit*) atau kemanfaatan/sosiologis (*rechtmätigkeit*); dan kepastian hukum/yuridis/normatif/kepastian hukum (*rechtssicherheit*). Meskipun, di antara ketiga nilai dasar itu terdapat kondisi *Spannungsverhältnis*, yaitu suatu ketegangan nilai satu sama lain karena ketiga-tiganya berisi tuntutan yang berlainan. Nilai yang satu sama lain berpotensi untuk bertentangan dalam keberlakuan nilai di masyarakat.

2. Secara Khusus

Sebagai pengayoman semua kepentingan secara berimbang berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD NRI Tahun 1945). Alat/sarana/upaya yang digunakan oleh Hukum Pidana adalah pidana dan pemidanaan, meskipun ada upaya/sarana yang lain, yaitu nonpidana. Untuk mencapai tujuan hukum pidana itu terdapat tiga teori pemidanaan. Dalam literatur hukum pidana dikenal teori pemidanaan, pada umumnya dapat

¹¹ Kriminalisasi merupakan suatu proses penetapan suatu perbuatan yang semula bukan tindak pidana menjadi tindak pidana, dalam Sudarto, *Hukum dan Hukum Pidana*, Alumni, 2007, hlm. 151.

¹² Dekriminalisasi adalah suatu proses penghapusan sama sekali sifat dapat dipidananya suatu perbuatan yang semula merupakan tindak pidana, dalam Sudarto, *Hukum dan Hukum Pidana*, Alumni, 2007, hlm. 151.

¹³ Depenalisasi merupakan suatu proses penghapusan ancaman pidana terhadap perbuatan yang semula merupakan tindak pidana, akan tetapi masih dimungkinkan adanya penuntutan secara lain, dalam Sudarto, *Hukum dan Hukum Pidana*, Alumni, 2007, hlm. 151.

¹⁴ Sudarto, *Hukum dan Hukum Pidana*, Alumni, 2007, hlm. 151.

dikelompokkan ke dalam dua kelompok teori, yaitu teori pembalasan (*retributive*) dan teori tujuan (*utilitarian*). Selain itu terdapat pula teori ketiga, yaitu teori gabungan atau *teori integrative*.¹⁵

F. Teori Pidana

1. Retributif atau Pembalasan/Pengimbalan

Dalam pandangan teori retributif, pidana dijatuhkan semata-mata karena orang telah melakukan perbuatan jahat/kejahatan/tindak pidana. Pidana dijatuhkan sebagai pembalasan terhadap orang yang melakukan perbuatan jahat/kejahatan. Jadi, dasar membenaran dijatuhkannya pidana itu adalah kejahatan itu sendiri.

Menurut Johannes Andenaes, yang menjadi tujuan utama dalam teori retributif adalah untuk memuaskan tuntutan keadilan (*to satisfy the claims of Justice*). Sedangkan pengaruh-pengaruh lain yang menguntungkan hanya merupakan tujuan yang sekunder. Tuntutan keadilan yang bersifat absolut ini antara lain dikemukakan oleh Immanuel Kant. Ia memandang pidana sebagai *Kategorische Imperatief*. Yang berarti, seorang harus dipidana oleh hakim karena ia telah melakukan kejahatan. Dengan demikian pidana bukan merupakan alat yang digunakan untuk mencapai suatu tujuan, melainkan semata-mata mencerminkan keadilan.

Tokoh lain penganut teori ini adalah Hegel, ia berpendapat bahwa pidana merupakan keharusan logis sebagai konsekuensi dari adanya kejahatan karena kejahatan merupakan pengingkaran terhadap ketertiban hukum negara yang merupakan perwujudan cita-susila, maka pidana merupakan pengingkaran terhadap pengingkaran. Teori Hegel ini terkenal dengan sebutan *quasi mathematic*, yang berbunyi *wrong being (crime) is the negation of right, and punishment is the negation of that negation*.¹⁶

Sehubungan dengan konsep retributif ini, J.E. Sahetapy¹⁷ mengemukakan, bahwa kecenderungan untuk membalas pada prinsipnya merupakan gejala sosial yang normal, akan tetapi manusia bukan binatang karena ia mempunyai pikiran dan perasaan. Manusia mempunyai persepsi dan jangkauan penglihatan yang jauh ke depan.

Nigel Walker mengartikan *retribution* menjadi tiga pengertian, yaitu:

1. *retaliatory retribution*, yaitu dengan sengaja membebankan suatu penderitaan yang pantas diderita seorang penjahat yang menyadari bahwa penderitaan itu merupakan akibat kejahatan yang dilakukannya.
2. *distributive retribution*, artinya pembalasan terhadap bentuk-bentuk pidana yang dibebankan dengan sengaja terhadap mereka yang telah melakukan kejahatan.
3. *quantitative retribution*, adalah pembalasan terhadap bentuk-bentuk pidana yang mempunyai tujuan lain pembalasan sehingga bentuk-bentuk pidana itu

¹⁵ Muladi dan Barda Nawawi Arief, 1992, hlm. 10 – 19.

¹⁶ Muladi dan Barda Nawawi Arief, 1992, hlm. 10 – 12.

¹⁷ 1982, hlm. 199.

tidak melampaui suatu tingkat kekejaman yang dianggap pantas untuk kejahatan yang telah dilakukan.

Dalam perkembangannya dilihat dari para penganut teori ini dapat dikelompokkan dalam beberapa versi, seperti penganut teori retributif murni yang beranggapan, bahwa pidana harus cocok atau sepadan dengan kesalahan pembuat; dan penganut teori retributif yang tidak murni (dengan modifikasi). Yang terakhir ini sendiri, menurut Muladi dan Barda Nawawi Arief¹⁸ terbagi dalam:

1. Penganut teori *retributif* yang terbatas, yang berpendapat bahwa pidana tidak harus sepadan dengan kesalahan, hanya saja tidak boleh melebihi batas yang sepadan dengan kesalahan terdakwa;
2. Penganut teori *retributif* yang *distributif*, yang berpendapat bahwa pidana jangan dikenakan terhadap orang yang tidak bersalah, teori pidana juga harus sepadan dan dibatasi oleh kesalahan. Prinsip tiada pidana tanpa kesalahan dihormati, tapi dimungkinkan adanya pengecualian, misalnya dalam hal *strict liability*.

Pada akhirnya dapat dikemukakan beberapa ciri dari teori retributif sebagaimana pernah diungkapkan oleh Karl O. Christiansen¹⁹ sebagai berikut:

- a. Tujuan pidana semata-mata untuk pembalasan.
- b. Pembalasan merupakan tujuan utama tanpa mengandung sarana-sarana untuk tujuan lain, misalnya kesejahteraan rakyat.
- c. Kesalahan merupakan satu-satunya syarat bagi adanya pidana.
- d. Pidana harus disesuaikan dengan kesalahan pembuat;
- e. Pidana melihat ke belakang; ia merupakan pencelaan yang murni dan tujuannya tidak untuk memperbaiki, mendidik atau memasyarakatkan kembali pelanggar.

2. Teori Utilitarian atau Tujuan

Berbeda dengan teori *retributif*, menurut teori *utilitarian*, pidana bukanlah untuk memuaskan tuntutan absolut dari keadilan. Pembalasan itu sendiri tidak mempunyai nilai, tapi hanya sarana untuk melindungi kepentingan masyarakat. Dalam teori ini pidana bukanlah sekadar untuk melakukan pembalasan atau pengimbangan kepada orang yang telah melakukan kejahatan, tetapi mempunyai tujuan-tujuan tertentu yang bermanfaat. Oleh karena itulah teori ini sering disebut sebagai teori tujuan (*utilitarian theory*).

Pada teori utilitarian, penjatuhan pidana bukan karena orang telah melakukan kejahatan, melainkan agar orang jangan melakukan kejahatan. Atau dengan kata lain, tujuan pidana adalah untuk pencegahan kejahatan.

Mengenai pencegahan kejahatan (*prevensi*) ini, dapat dibedakan antara prevensi spesial dan prevensi general, atau sering juga disebut *special deterrence* dan *general deterrence*. Dalam prevensi spesial, pengaruh pidana ditujukan terhadap terpidana. Jadi, pencegahan yang ingin dicapai oleh pidana dengan mempengaruhi berbuat jahat. Sedangkan prevensi general pengaruh pidana ditujukan terhadap

¹⁸ Muladi dan Barda Nawawi Arief, 1992, hlm. 12.

¹⁹ Muladi dan Barda Nawawi Arief, 1992, hlm. 17.

masyarakat pada umumnya. Dalam arti pencegahan kejahatan yang ingin dicapai oleh pidana dengan mempengaruhi tingkah laku anggota masyarakat pada umumnya agar tidak melakukan kejahatan.

Johannes Andenaes mengemukakan tiga bentuk pengaruh dalam pengertian prevensi general, yaitu:

1. Pengaruh pencegahan
2. Pengaruh untuk memperkuat larangan-larangan moral
3. Pengaruh untuk mendorong kebiasaan berbuat patuh pada hukum.

Selain prevensi spesial dan prevensi general, Van Bemmelen,²⁰ memasukkan pula ke dalam teori ini apa yang disebutnya dengan "daya untuk mengamankan". Dalam hal ini dijelaskan bahwa merupakan kenyataan, khususnya pidana pencabutan kemerdekaan, lebih mengamankan masyarakat terhadap kejahatan selama penjahat tersebut berada dalam penjara.

Dari uraian di atas selanjutnya dapat dikemukakan beberapa karakteristik dari teori *utilitarian* sebagai berikut:²¹

1. Tujuan pidana adalah pencegahan;
2. Pencegahan bukanlah tujuan akhir, tetapi merupakan sarana untuk mencapai tujuan yang lebih tinggi, yaitu kesejahteraan masyarakat;
3. Hanya orang yang dapat dipersalahkan yang dapat dipidana;
4. Pidana harus ditetapkan berdasarkan tujuannya sebagai alat pencegahan kejahatan;
5. Pidana berorientasi ke depan; pidana dapat mengandung unsur pencelaan, tetapi baik unsur pencelaan maupun unsur pembalasan tidak dapat diterima jika tidak dapat membantu pencegahan kejahatan untuk kepentingan kesejahteraan masyarakat.

3. Teori Integratif

Beranjak dari ketidakpuasan terhadap prinsip-prinsip retributif maupun utilitarian, maka teori integratif berusaha menggabungkan kedua prinsip teori tersebut, sehingga seringkali teori ini disebut *aliran integratif*.

Penulis yang pertama kali menganjurkan teori ini adalah Pellegrino Rossi²² (1787- 1848). Sekalipun ia menganggap pembalasan sebagai asas dari pidana dan bahwa berat pidana tidak boleh melampaui suatu pembalasan yang adil, namun dia berpendirian, bahwa pidana mempunyai berbagai pengaruh, antara lain perbaikan suatu yang rusak dalam masyarakat dan prevensi general.

Teori ini menganjurkan adanya kemungkinan untuk mengadakan artikulasi terhadap teori pemidanaan yang mengintegrasikan beberapa fungsi sekaligus, yaitu bersifat *retributif* dan sekaligus juga mempunyai sifat *utilitarian*, misalnya pencegahan dan rehabilitasi, yang kesemuanya harus dilihat sebagai sasaran-sasaran yang harus dicapai oleh suatu rencana pemidanaan. Jadi dalam hal

²⁰ (dikutip oleh Muladi dan Barda Nawawi Arief, 1992: 16)

²¹ (Muladi dan Barda Nawawi Arief: 1992: 16, 18, 19)

²² ((Muladi dan Barda Nawawi Arief: 1992: 19)

ini, pidana dan pemidanaan terdiri dari proses kegiatan terhadap pelaku tindak pidana, yang dengan suatu cara tertentu diharapkan untuk dapat mengasimilasikan kembali narapidana ke dalam masyarakat. Seiring dengan itu masyarakat menuntut agar individu tersebut diperlakukan dengan suatu yang juga dapat memuaskan permintaan atau kebutuhan pembalasan. Lebih lanjut hal tersebut diharapkan dapat menunjang tujuan yang bermanfaat, yang dalam hal ini harus ditentukan secara kasuistis. Hal inilah yang sering menimbulkan anggapan (pamidanaan dan) pidana sebagai seni (*punishment as an art*).²³

Sehubungan dengan teori-teori tujuan pemidanaan di atas, berikut ini dikemukakan beberapa pendapat ahli hukum mengenai tujuan pidana.²⁴ Menurut Richard D. Schwart dan Jerome H. Skolnick, sanksi pidana dimaksudkan untuk:

1. Mencegah terjadinya pengulangan tindak pidana
2. Mencegah orang melakukan perbuatan yang sama seperti yang dilakukan terpidana
3. Menyediakan saluran untuk mewujudkan motif-motif (dorongan) balas dendam.

Di samping mengemukakan adanya empat teori mengenai dasar pembedaan pidana (*teori retribution, deterrence, incapacitation, dan rehabilitation*), John Kaplan menyebutkan pula adanya dasar pembedaan pidana yang lain, yaitu:

1. Untuk menghindari balas dendam
2. Adanya pengaruh yang bersifat mendidik
3. Mempunyai fungsi memelihara perdamaian.

G. Peter Hoefnagels berpendapat, bahwa tujuan pidana adalah untuk:

1. Penyelesaian konflik
2. Mempengaruhi para pelanggar dan orang-orang lain ke arah perbuatan yang kurang lebih sesuai dengan hukum.

Sejalan dengan pendapat di atas, secara tegas H.L. Packer menyatakan, bahwa ada dua dan hanya dua tujuan akhir yang hendak dicapai dari pemidanaan, yaitu:

- a. memberikan pembalasan berupa penderitaan terhadap pelaku kejahatan
- b. pencegahan kejahatan.

Memang mungkin dibedakan sejumlah tujuan spesifik, tetapi pada akhirnya semua itu hanyalah cara-cara pencegahan yang termasuk ke dalam salah satu tujuan tersebut.

G. Tujuan Pemidanaan dan Pedoman Pemidanaan

Masalah tujuan dan pedoman pemidanaan yang kemungkinan dilupakan, diabaikan, atau “diharamkan” hanya karena tidak ada perumusannya secara eksplisit di dalam KUHP. Padahal dilihat dari sudut sistem, posisi tujuan pemidanaan sangat sentral dan fundamental. Tujuan pemidanaan inilah yang merupakan jiwa/roh/spirit dari sistem pemidanaan.

²³ (Muladi dan Barda Nawawi Arief, 1992: 18).

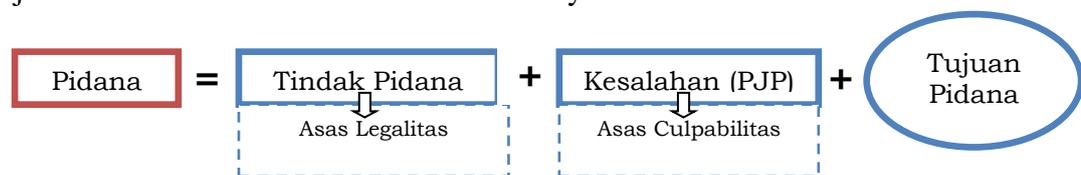
²⁴ (Muladi dan Barda Nawawi Arief, 1992: 20-21).

Setiap sistem mempunyai tujuan. Demikian dengan sistem hukum (termasuk sistem hukum pidana), sehingga tepatlah apabila dikatakan apabila sistem hukum merupakan suatu sistem yang bertujuan (*purposive system*).²⁵ Agar tercipta keterjalinan sistem, maka tujuan pemidanaan dirumuskan secara eksplisit di dalam RUU KUHP. Di samping itu, perumusan yang eksplisit itu dimaksudkan agar tidak dilupakan, dan terutama untuk menegaskan bahwa tujuan pemidanaan merupakan bagian integral dari sistem pemidanaan.

Dengan adanya penegasan tersebut, maka posisi tujuan dan pedoman pemidanaan dalam persyaratan pemidanaan dapat dicermati dengan formula sebagai berikut:

Bagan 3.

Tujuan dan Pedoman Pemidanaan dalam Persyaratan Pemidanaan



Skema pemidanaan di atas dapat digambarkan dalam bentuk neraca keseimbangan, sebagai berikut :

Gambar 1.

Neraca Keseimbangan Skema Pemidanaan



Skema pemidanaan di atas akan berbeda dengan syarat pemidanaan yang hanya bertolak atau berfokus pada tiga masalah pokok hukum pidana, yaitu tindak pidana (TP), kesalahan/pertanggungjawaban pidana (K/PJP), dan pidana. Dengan hanya melihat tiga masalah pokok itu, maka formula syarat pemidanaan yang sering dikemukakan secara konvensional adalah:

$$\text{PIDANA} = \text{TP} + \text{K (PJP)}$$

²⁵ Anthony Allot, *The Limits of Law*, Butterworth & Co. Ltd, London, 1980, hlm.28

Dalam formula/model/pola konvensional di atas, tidak terlihat variabel “tujuan”, karena tidak dirumuskan secara eksplisit dalam KUHP, sehingga terkesan “tujuan” berada di luar sistem. Dengan model demikian, seolah-olah dasar pembenaran atau justifikasi adanya pidana hanya terletak pada TP (syarat obyektif) dan kesalahan (syarat obyektif) dan kesalahan (syarat subyektif). Jadi seolah-olah pidana dipandang sebagai konsekuensi absolut yang harus ada, apabila kedua syarat itu terbukti. Hal ini terkesan sebagai “model kepastian” yang kaku. Dirasakan janggal (menurut model ini), apabila kedua syarat itu terbukti tetapi sipelaku “dimaafkan” dan tidak dipidana. Dengan demikian, ide “pemaafan/pengampunan hakim” (*rechterlijk pardon/judicial pardon/dispensa de pena*) seolah-olah tidak mempunyai tempat atau setidaknya sulit diterima. Dengan dimasukkannya variabel tujuan di dalam syarat pemidanaan, dasar pembenaran atau justifikasi adanya pidana tidak hanya pada tindak pidana (syarat obyektif) dan kesalahan (syarat subyektif), tetapi juga pada tujuan/pedoman pemidanaan. Dalam kondisi tertentu hakim tetap diberi kewenangan untuk memberi maaf dan tidak menjatuhkan pidana atau tindakan apapun, walaupun tindak pidana dan kesalahan telah terbukti. Dengan kata lain, diberikan tempat untuk ide “pemaafan/pengampunan hakim”. Dapat dikatakan bahwa model ini bukanlah model yang kaku/absolut, tetapi merupakan model keseimbangan yang fleksibel.

Latar belakang fleksibilitas/elastisitas pemidanaan inipun terlihat di Belanda sewaktu dimasukkannya ketentuan *Rechterlijk pardon* ke dalam Pasal 9a WvS Belanda. Menurut penjelasan *Prof. Nico Keijzer* dan *Prof. Schaffmeister*, sebelum adanya pasal pemaafan hakim, apabila dalam keadaan khusus hakim di Belanda berpendapat bahwa sesungguhnya tidak harus dijatuhkan pidana, tetapi hakim terpaksa harus menjatuhkan pidana, walaupun sangat ringan.²⁶

Dari penjelasan demikian terlihat bahwa Pasal 9a WvS Belanda (*rechterlijk pardon*) pada hakikatnya merupakan “pedoman pemidanaan” yang dilatarbelakangi oleh ide fleksibilitas untuk menghindari kekakuan. Dapat pula dikatakan, bahwa adanya pedoman pemaafan hakim itu berfungsi sebagai suatu katup/klep pengaman (*Veiligheidsklep*) atau pintu darurat (*noodeur*).

Akhirnya perlu dikemukakan, bahwa istilah pedoman pemidanaan merupakan suatu istilah yang masih terbuka untuk dikaji ulang, karena bisa mengandung bermacam-macam arti. Istilah itu sangat terkait erat dengan tujuan dan aturan pemidanaan. Bahkan keseluruhan aturan hukum pidana yang terdapat di dalam KUHP dan UU lainnya di luar KUHP, pada hakikatnya merupakan pedoman untuk menjatuhkan pidana.

a. Pidana dan Pemidanaan

Berkaitan dengan pidana dan pemidanaan ini, perlu dirumuskan terlebih dahulu mengenai tujuan pemidanaan (*the aims of punishment*). Dasar dirumuskannya

²⁶ Pasal 9a WvS Belanda: “*The judge may determine in the judgment that no punishment or measure shall be imposed, where he deems this advisable, by reason of the lack of gravity of the offense, the character of the offender, or the circumstances attendant upon the commission of the offense or thereafter*”.

tujuan pemidanaan tersebut bertolak dari pemikiran, bahwa pidana pada hakikatnya hanya merupakan alat untuk mencapai tujuan. Pengidentifikasian tujuan pemidanaan tersebut bertolak dari keseimbangan dua sasaran pokok, yaitu “perlindungan masyarakat” termasuk korban kejahatan dan “perlindungan/pembinaan individu pelaku tindak pidana”.

Bertolak dari keseimbangan dua sasaran pokok itu, maka syarat dan hakikat pemidanaan juga bertolak dari pokok pemikiran keseimbangan monodualistik, antara kepentingan masyarakat dan kepentingan individu; antara faktor objektif dan faktor subjektif. Oleh karena itu syarat pemidanaan juga bertolak dari dua pilar yang sangat fundamental di dalam hukum pidana, yaitu “asas legalitas” (yang merupakan asas kemasyarakatan) dan “asas kesalahan/asas culpabilitas” (yang merupakan “asas kemanusiaan”). Dengan perkataan lain, pokok pemikiran mengenai pemidanaan berhubungan erat dengan pokok pemikiran mengenai tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana seperti telah dikemukakan di atas.

Dilihat dari pokok pemikiran yang lebih menitikberatkan pada perlindungan kepentingan masyarakat tersebut, maka wajar apabila nantinya masih tetap mempertahankan jenis-jenis sanksi pidana yang berat, yaitu pidana mati dan penjara seumur hidup. Namun pidana mati dimasukkan dalam deretan “pidana pokok”, dan ditempatkan tersendiri sebagai jenis penjara yang bersifat khusus atau eksepsional.

Pertimbangan utama digesernya kedudukan pidana mati itu didasarkan pada pemikiran, bahwa dilihat dari tujuan pemidanaan dan tujuan diadakan/digunakannya hukum pidana (sebagai salah satu sarana “kebijakan kriminal” dan “kebijakan social”), pidana mati pada hakikatnya memang bukanlah sarana utama (sarana pokok) untuk mengatur, menertibkan dan memperbaiki masyarakat. Dalam hal ini, pidana mati hanya merupakan perkecualian. Pemikiran demikian dapat diidentikkan dengan sarana amputasi atau operasi di bidang kedokteran yang pada hakikatnya juga bukan sarana/obat yang utama, tetapi hanya merupakan upaya perkecualian sebagai sarana/obat terakhir.

Patut pula dikemukakan, bahwa walaupun dipertahankannya pidana mati didasarkan sebagai upaya perlindungan masyarakat atau lebih menitikberatkan/berorientasi pada kepentingan masyarakat, namun dalam penerapannya diharapkan bersifat selektif, hati-hati dan berorientasi jauh pada perlindungan/kepentingan individu (pelaku tindak pidana). Oleh karena itu, perlu adanya ketentuan mengenai penundaan pelaksanaan pidana mati atau pidana mati bersyarat (*conditional capital punishment*) dengan masa percobaan selama 10 tahun. Pemikiran ini merupakan usaha untuk menjaga keseimbangan antara mereka yang berpandangan *abolitionis* tentang pidana mati dan kelompok *retensionis* yang jumlahnya cukup signifikan, termasuk *ambivalensi* tentang pidana mati di tingkat internasional²⁷.

²⁷ Data tahun 2013 menunjukkan bahwa 100 (seratus) negara (51%) telah menghapuskan pidana mati; 7 (tujuh) negara (4%) mempertahankan pidana mati untuk kejahatan tertentu (misalnya pada masa perang); 48 (empat puluh delapan) negara (25%) mengizinkan pidana mati untuk tindak pidana

Aspek lain dari perlindungan masyarakat adalah perlindungan terhadap korban dan pemulihan keseimbangan nilai yang terganggu di dalam masyarakat. Untuk memenuhi aspek ini, diperlukan jenis sanksi berupa pembayaran ganti kerugian dan pemenuhan kewajiban adat. Kedua jenis sanksi ini dimasukkan sebagai jenis pidana tambahan, karena dalam kenyataan sering terungkap, bahwa penyelesaian masalah secara yuridis formal dengan menjatuhkan sanksi pidana pokok saja kepada terdakwa belum dirasakan oleh warga masyarakat sebagai suatu penyelesaian masalah secara tuntas.

Selanjutnya, bahwa pemidanaan harus juga berorientasi pada faktor “orang” (pelaku tindak pidana), maka ide individualisasi pidana juga melatarbelakangi aturan umum pemidanaan. Ide atau pokok pemikiran individualisasi pidana ini akan masuk dalam aturan umum sebagai berikut:

1. menegaskan bahwa tidak seorang pun yang melakukan tindak pidana dipidana tanpa kesalahan.
2. dalam ketentuan alasan penghapus pidana, khususnya alasan pemaaf, dimasukkan masalah “*error*” (kesalahan), daya paksa, pembelaan terpaksa yang melampaui batas, tidak mampu bertanggung jawab dan masalah anak di bawah 12 tahun.
3. dalam pedoman pemidanaan, hakim diwajibkan mempertimbangkan beberapa faktor antara lain: motif, sikap batin dan kesalahan si pembuat, cara si pembuat melakukan tindak pidana, riwayat hidup dan keadaan sosial ekonominya serta bagaimana pengaruh pidana terhadap masa depan pembuat tindak pidana, pengaruh tindak pidana terhadap korban maupun keluarga korban, pemaafan dari korban dan/ atau keluarganya, dan /atau pandangan masyarakat terhadap tindak pidana yang dilakukan.
4. dalam pedoman pemberian maaf/pengampunan, hakim, mempertimbangkan faktor keadaan pribadi si pembuat dan pertimbangan kemanusiaan.
5. dalam ketentuan mengenai peringanan dan pemberatan pidana, dipertimbangkan beberapa faktor, antara lain²⁸ apakah ada kesukarelaan terdakwa menyerahkan diri kepada pihak yang berwajib setelah melakukan tindak pidana; apakah ada kesukarelaan terdakwa memberi ganti rugi atau memperbaiki kerusakan yang timbul; apakah ada kegoncangan jiwa yang sangat hebat; apakah si pelaku adalah wanita hamil; apakah ada ketidakmampuan bertanggung jawab; apakah si pelaku adalah pegawai negeri yang melanggar kewajiban jabatannya/menyalahgunakan kekuasaannya; apakah ia menyalahgunakan keahlian/profesinya; apakah merupakan pengulangan tindak pidana.

Sisi lain dari ide individualisasi pidana juga perlu adanya ketentuan mengenai modifikasi/perubahan/penyesuaian/peninjauan kembali putusan pemidanaan yang telah berkekuatan tetap yang didasarkan pertimbangan karena adanya perubahan/perkembangan/perbaikan pada diri si terpidana itu sendiri. Jadi pengertian individualisasi pidana tidak hanya berarti bahwa pidana yang akan

biasa, namun tidak diterapkan pada 10 tahun terakhir dan dipercaya akan melakukan moratorium; dan 40 (empat puluh) negara (20%) mengatur dan melaksanakan pidana mati, termasuk Indonesia.

²⁸ Lihat Laporan Tim Kompendium Bidang Hukum Pidana, *Ibid.* hlm. 21

dijatuhkan harus disesuaikan/diorientasikan pada pertimbangan yang bersifat individual, tetapi juga pidana yang telah dijatuhkan harus selalu dapat dimodifikasi/diubah /d disesuaikan dengan perubahan dan perkembangan individu (si terpidana) yang bersangkutan.

Ketentuan mengenai hal tersebut di atas, paling tidak menyatakan²⁹ putusan pidana dan tindakan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap dapat dilakukan perubahan atau penyesuaian dengan mengingat perkembangan narapidana dan tujuan pemidanaan. Perubahan atau penyesuaian tersebut dilakukan atas permohonan terpidana, orang tua, wali atau penasehat hukumnya, atau atas permintaan jaksa penuntut umum atau Hakim Pengawas, dan tidak boleh lebih berat dari putusan semula dan harus dengan persetujuan narapidana. Perubahan atau penyesuaian dapat berupa pencabutan atau penghentian sisa pidana atau tindakan; atau penggantian jenis pidana atau tindakan lainnya. Apabila permohonan perubahan atau penyesuaian yang diajukan tersebut ditolak oleh pengadilan maka permohonan baru dapat diajukan lagi setelah 1 (satu) tahun sejak penolakan. Hanya saja apabila terdapat keadaan khusus yang menunjukkan permohonan tersebut patut untuk dipertimbangkan sebelum batas waktu 1 (satu) tahun maka hal tersebut perlu dipertimbangkan.

Aspek lain dari individualisasi pidana ialah adanya keleluasaan bagi hakim dalam memilih dan menentukan sanksi apa (pidana/tindakan) yang sekiranya tepat untuk individu/pelaku tindak pidana. Jadi diperlukan adanya fleksibilitas atau elastisitas pemidanaan, walaupun tetap dalam batas-batas kebebasan menurut undang-undang. Bertolak dari pemikiran demikian, maka ditentukan hal-hal sebagai berikut:

- a. Sanksi yang tersedia berupa pidana, yaitu pidana pokok dan pidana tambahan, serta tindakan. Dalam penerapannya, hakim dapat menjatuhkan berbagai alternatif sanksi sebagai berikut menjatuhkan pidana pokok saja; menjatuhkan pidana tambahan saja; menjatuhkan tindakan saja; menjatuhkan pidana pokok dan pidana tambahan; menjatuhkan pidana pokok dan tindakan; atau menjatuhkan pidana pokok, pidana tambahan dan tindakan”.

Walaupun pada prinsipnya sanksi yang dapat dijatuhkan adalah pidana pokok yang tercantum (diancamkan dalam rumusan delik ybs dalam buku II), namun hakim dapat juga menjatuhkan jenis sanksi lainnya (pidana pokok/pidana tambahan/tindakan) yang tidak tercantum, sepanjang dimungkinkan/diperbolehkan menurut aturan umum Buku I. Misalnya: Pidana yang tercantum/diancamkan adalah pidana penjara, tetapi menurut Buku I hakim dapat menjatuhkan alternatif pidana kemerdekaan (*alternative to imprisonment*) dalam kerangka tujuan pemidanaan yang sama sebagai berikut: pidana tutupan atau pidana pengawasan; pidana denda (apabila pidana penjara diancamkan secara tunggal); atau pidana kerja sosial (apabila hakim bermaksud menjatuhkan pidana penjara tidak lebih dari 12 bulan).

- b. Walaupun sanksi pidana diancamkan secara tunggal, tetapi di dalam penerapannya hakim dapat memilih alternatif pidana lainnya. Demikian juga,

²⁹ Ibid, hlm. 22.

walaupun sanksi pidana diancamkan secara alternatif tetapi dalam penerapannya hakim dapat menjatuhkan pidana secara kumulatif.

Seperti telah dikemukakan di atas, walaupun sanksi yang dijatuhkan sudah mempunyai keputusan hukum yang tetap, tetapi dalam pelaksanaannya masih selalu dapat dilakukan perubahan/peninjauan/penyesuaian kembali.

Khusus mengenai sistematik penggolongan tindak pidana yang tidak banyak berbeda dengan *WvS* akan menimbulkan persoalan karena konsepsi yang mendasari berbeda. Persoalannya adalah apakah penggolongan tersebut merupakan atau untuk menunjukkan tingkatan/gradasi dari kepentingan hukum yang dilanggar. Jadi berfungsi “mengekpresikan nilai” atau “mengekpresikan kualitas nilai”. Selanjutnya harus pula dijelaskan apakah penggolongan kualitas tindak pidana yang bersangkutan yang akan berakibat pula pada jumlah maksimum pidana (kualitas). Untuk itu perlu adanya penjelasan bedanya dengan KUHP (*WvS*).

Sehubungan dengan hal di atas, maka bilamana titik berat diarahkan pada nilai-nilai aliran modern, maka sebenarnya konsep relativitas kejahatan perlu dikaji lebih lanjut. Kalau hal ini dapat diterima, maka relativitas kejahatan ini merupakan landasan kuat untuk lebih menyerderhanakan kualitas tindak pidana dengan sistem standardisasi.³⁰

Pada akhirnya sepanjang menyangkut cara yang apodiktis dalam menetapkan tindak pidana atas dasar asumsi-asumsi yang dianggap benar dapat dipahami terutama sehubungan dengan fungsi undang-undang yang bersifat instrumental.

Hanya saja perlu dikaji lebih lanjut, sampai seberapa jauh hal ini akan berpengaruh terhadap penggolongan tindak pidana yang untuk sebagian besar berfungsi untuk mengekpresikan nilai-nilai atau kualitas nilai. Persoalannya akan menjadi semakin kompleks bilamana kita kaitkan dengan keharusan agar hukum pidana yang akan kita bangun nantinya tidak hanya bersifat defensif saja, tetapi harus pula bersifat antisipatif (*legislative forward planning*).³¹

Berkaitan dengan pemidanaan ini, terdapat pandangan utilitarian dan pendekatan integratif. Sepanjang menyangkut tujuan pemidanaan dinyatakan, maka tujuan pemidanaan adalah:³²

- 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, serta mampu untuk hidup bermasyarakat:

³⁰ John Kaplan, *Simplified Grading*, 1975, hlm 444 dstnya

³¹ Iyer, VR, Krishna, *Social Mission of Law*, Bombay: Orient Longman, 1976, hlm.83

³² Lihat Makalah Muladi, tentang Jenis-jenis Pidana Pokok Dalam KUHP, Makalah disampaikan pada Lokakarya Bab-bab Kodifikasi Hukum Pidana tentang Sanksi Pidana yang diselenggarakan oleh BPHN-Departemen Kehakiman di Jakarta, tanggal 5-7 Februari 1986. Hlm. 3-4..

- c. menyelesaikan konflik yang ditimbulkan oleh tindak pidana, memulihkan keseimbangan, dan mendatangkan rasa damai dalam masyarakat: dan
- d. membebaskan rasa bersalah pada terpidana.

Selanjutnya dinyatakan bahwa pemidanaan tidak dimaksudkan untuk menderitakan dan tidak diperkenankan merendahkan martabat manusia. Dalam hubungan ini istilah pemidanaan harus ditafsirkan dalam arti luas termasuk di dalamnya tindakan. Pembahasan tentang hakekat tentang tujuan pemidanaan dan makna pidana sangat penting untuk memberikan pembenaran terhadap diterapkannya jenis-jenis pidana dan tindakan (*strafsoort*) dalam suatu kitab undang-undang hukum pidana. Hal ini akan lebih dihayati apabila diperhatikan pendapat H.L. Packer yang menyatakan, bahwa *Punishment is a necessary but lamentable form of social control. It is lamentable because it inflicts suffering in the name of goals whose achievement is a matter of chance.*³³

Selanjutnya dinyatakan oleh H.L. Packer, bahwa pemahaman terhadap *ambiguity* tentang pidana dan pemidanaan akan mengharuskan untuk (1) tidak menjadikan lembaga pidana sebagai alat yang bersifat tiranis dan destruktif, (2) selalu mengadakan penelitian yang seksama terhadap lembaga pidana dan proses peradilan pidana, khususnya penelitian dan penilaian terhadap kekuatan-kekuatan dan kelemahan-kelemahan sebagai sarana pencegahan kejahatan, dan (3) selalu mempertimbangkan secara teliti ukuran-ukuran guna menentukan suatu perbuatan sebagai kejahatan.³⁴

Sehubungan dengan perumusan tujuan pemidanaan dalam konsep rancangan KUHP, Sudarto menyatakan bahwa dalam tujuan *pertama* tersimpul pandangan perlindungan masyarakat (*social defence*) dan bersifat *general prevention*, sedang dalam tujuan *kedua* dikandung maksud rehabilitasi dan resosialisasi terpidana (*special prevention*). Tujuan *ketiga* sesuai dengan pandangan hukum adat mengenai *adat reactie* untuk mengembalikan keseimbangan kosmos karena kejahatan dianggap telah menggoncangkan keseimbangan (*evenwichtverstoring*), sedangkan tujuan yang *keempat* bersifat spiritual yang sesuai dengan Sila Pertama Pancasila.³⁵

Evaluasi terhadap perangkat tujuan pemidanaan di atas akan menghasilkan generalisasi, bahwa yang kita anut adalah teori Utilitarian karena jelas, bahwa pidana bersifat prospektif dan berorientasi ke depan. Di samping itu tujuan pemidanaan adalah menitik beratkan pada pencegahan dengan tujuan akhir kesejahteraan sosial (*social welfare*).³⁶ Untuk lebih memberikan makna yang bersifat manusiawi, bahwa karakteristik utilitarian tersebut harus pula menekankan orientasi pemidanaan baik pada perbuatan maupun pada si pelaku serta penggunaan ilmu pengetahuan baik ilmu pengetahuan sosial maupun ilmu

³³ H.L. Packer, *The Limits of the Criminal Sanction*, Stanford University Press, California, 1968, hlm. 62.

³⁴ *Ibid*, hlm. 70

³⁵ Sudarto, *Pemidanaan, Pidana dan Tindakan*, BPHN, 1982 hlm. 4.

³⁶ K.O. Christiansen, *Some Considerations on the Possibility of a Rational Criminal Policy*, dalam: *Unafei RMS No. 7 Japan*, 1974, hlm. 71

pengetahuan alam guna menunjang efektivitasnya.³⁷ Dengan demikian Teori Pembalasan yang bersifat retributif atas dasar “*moral guilt*” yang berorientasi ke belakang tidak memperoleh tempat lagi dalam KUHP yang akan datang.

Untuk lebih memperjelas makna Teori Utilitarian dapat diikuti penjelasan *Ruupert Cross*³⁸ yang menyatakan apapun rumusan pandangan utilitarian tersebut di atas akan selalu bertumpu pada tiga landasan, yaitu: *prevention, deterrence and reform*.

Prevention mengandung arti menjadikan pelaku tindak pidana menjadi tidak mampu (*incapacitate*) untuk melakukan tindak pidana lebih lanjut. Ketidakkampuan tersebut dapat bersifat jangka pendek maupun jangka panjang. Dan pada masa lalu yang dianggap paling efektif adalah pidana mati dan pidana penjara seumur hidup. Sekalipun hal ini dibenarkan, namun harus diterapkan untuk kejahatan, kejahatan yang sangat berat.

Selanjutnya mengenai “*deterrence*”, yang dibedakan antara “*individual deterrence*”, *general deterrence and long term deterrence*”, maka dasar pemikiran yang menjadi pangkal tolak adalah pengalaman dipidana, ancaman dan contoh pemidanaan akan dapat menekan kejahatan. Dinamakan “*individual deterrence*” apabila pemikiran yang menjadi titik tolak adalah bahwa pelaku tindak pidana harus mengalami masa-masa yang menyenangkan melalui penjatuhannya pidana agar supaya tidak mengulangi tindak pidananya.

Selanjutnya disebut “*general deterrence*” apabila rasa takut akibat pemidanaan seseorang sebagai contoh diharapkan dapat mencegah orang lain untuk melakukan kejahatan. Kemudian mengenai “*long term deterrence*” *Cross* menjalankan sebagai berikut. Biasanya teori “*deterrence*” mempertimbangkan bahwa dampak pemidanaan tersebut segera diharapkan akan berfungsi terhadap pembuat tindak pidana. Jangkauan ini oleh *Cross* dianggap tidak cukup, sehingga teori ini harus mempertimbangkan pula aspek “*denunciatory*” dan “*educative*” atas dasar usaha untuk mempertimbangkan patokan-patokan perilaku manusia.

Selanjutnya mengenai landasan ke-3 yakni “*reform*” oleh *Cross* dibedakan antara “*the idea that reform can come through the punishment itself*” yang oleh *Cross* dianggap sudah ketinggalan zaman dan “*the idea of reform as a concomitant of punishment*” yang oleh *Cross* dianggap modern.

Apabila keempat tujuan pemidanaan di atas dinilai lebih lanjut, maka di samping nilai-nilai universal di atas yang sudah tercakup di dalamnya, nampak pula aspek-aspek lain yang bersumber pada nilai-nilai sosial budaya bangsa Indonesia, khususnya sepanjang menyangkut tujuan ketiga (penyelesaian konflik) dan tujuan keempat (pembebasan rasa bersalah). Penjelasannya sebagai berikut, berbeda dari masa lalu yang menganggap pemidanaan sebagai persoalan yang sederhana baik mengenai jenis pidana yang sangat terbatas dan tujuan pemidanaan yang

³⁷ Muladi, Lembaga Pidana Bersyarat, Alumni, Bandung, 1985, hlm.8

³⁸ Periksa Rupert Cross, *The English Sentencing System*, Butter worths, London, 1975, hlm. 121 dst.

mempunyai cakrawala yang sempit (*tariff system punishment*), maka dewasa ini masalah pemidanaan menjadi sangat kompleks sebagai akibat dari usaha-usaha untuk lebih memperhatikan faktor-faktor yang menyangkut hak-hak asasi manusia, serta menjadikan pidana bersifat operasional dan fungsional.

Untuk itu diperlukan tinjauan multi dimensional terhadap dampak tindak pidana baik yang bersifat individual (*individual damages*) maupun yang bersifat sosial (*social damages*), sehingga perumusan tujuan pemidanaan harus dapat mencakup pula usaha-usaha untuk menanggulangi dampak tindak pidana di atas. Hal ini seringkali bersifat ekstra yudisial dan hanya dapat ditemui di dalam relitas manusia dan masyarakat dan guna memahaminya seringkali pula bantuan dari filosofis dan teologi sangat dibutuhkan.³⁹

Para ahli hukum adat Indonesia menggambarkan masyarakat Indonesia sebagai hubungan di antara manusia, kekuatan-kekuatan gaib, tanah, barang-barang dan lain-lainnya lagi yang berada di dunia ini, yang menurut alam pikiran masyarakat tersebut dianggap normal dan merupakan syarat mutlak untuk kehidupan yang bahagia dan harmonis yang disebut keseimbangan (*evenwicht*), oleh karena baik umat manusia maupun masyarakat itu masing-masing adalah pusat gabungan hubungan.⁴⁰ Tindak pidana merupakan gangguan terhadap keseimbangan (*evenwichtsver storing*) dan dalam hal ini pemidanaan berupa reaksi adat (*adatreactie*) bertujuan untuk memulihkan kembali keseimbangan.

Dari segi ideologis dapat dikemukakan, bahwa berdasarkan Pancasila maka manusia ditempatkan pada keluhuran harkat dan martabatnya sebagai makhluk Tuhan Yang Maha Esa dengan kesadaran untuk mengemban kodratnya sebagai makhluk pribadi dan sekaligus makhluk sosial. Pancasila yang bulat dan utuh memberi keyakinan kepada rakyat dan bangsa Indonesia bahwa kebahagiaan hidup akan tercapai dan bangsa Indonesia bahwa kebahagiaan hidup akan tercapai apabila didasarkan atas keselarasan dan keseimbangan, baik dalam hidup manusia sebagai pribadi, dalam hubungan manusia masyarakat, dalam hubungan manusia dengan alam, hubungan manusia dengan Tuhannya, maupun dalam mengejar kemajuan lahiriah dan kebahagiaan rohani.⁴¹

Atas dasar kerangka sosiologis dan ideologis di atas, kerangka pemikiran integratif tentang tujuan pemidanaan sebagaimana tersebut dalam penjatuhan sanksi pidana tidak lain adalah kohesi dalam kelompok (*saamhoriheid in de greep*).⁴² Namun demikian tidak sedikit pula yang beranggapan agar supaya tujuan pemidanaan tidak menyampingkan kenyataan yang ada dalam masyarakat, berupa pemenuhan keinginan akan pembalasan (*tegemoetkoming aan de vergeldingsbehoefte*) di dalam penjatuhan pidana, khususnya dalam tindak pidana berat yang meresahkan masyarakat.⁴³

³⁹ Peter G. Hoefnagels, *The Pither Side of Criminology*, Kluwer Deventer, Holland, 1973, hlm. 47

⁴⁰ Muladi, *op. cit.*, hlm. 55

⁴¹ *Ibid*, hlm. 60

⁴² Ch. J. Enschede, *Beginselen van Strafrecht*, Kluwer-Deventer, Holland, 1981, hal. 4

⁴³ Van Bemmelen, *Ons Strafrecht I, Het Materiele Strafrecht Algemeen Deel*, H.D. Tjeenk Willink Aephen aan den Rijn, Holland, 1979, hal. 5-6

Van Bemmelen dalam hal ini menyatakan, bahwa untuk hukum pidana dewasa ini, maka menghindarkan atau mencegah orang main hakim sendiri tetap merupakan fungsi yang penting sekali dalam penerapan hukum pidana, yakni memenuhi keinginan akan pembalasan. Hanya saja penderitaan yang dikaitkan oleh pidana harus dibatasi dalam batas-batas yang seminimal mungkin dan pidana harus memberikan sumbangan pada proses penyesuaian kembali terpidana pada kehidupan masyarakat dan di samping itu beratnya pidana tidak boleh melebihi kesalahan terdakwa, sekalipun dengan alasan prevensi umum. Dalam Rancangan KUHP tahun 1972, tuntutan pembalasan yang berorientasi ke belakang ini ditampung dalam tujuan pemidanaan ketiga yang perumusannya adalah “untuk menghilangkan noda-noda yang diakibatkan oleh tindak pidana”. Teori pemidanaan tersebut kemudian disempurnakan dengan menjadi sebagai berikut, yaitu: pencegahan tindak pidana; pemasyarakatan terpidana; penyelesaian konflik yang ditimbulkan oleh tindak pidana; dan pembebasan rasa bersalah pada terpidana.

H. Perkembangan Pidana dan Pemidanaan

a. Jenis-Jenis Pidana Pokok

Berkaitan dengan jenis-jenis pidana pokok yang harus ada dalam pengaturan KUHP ke depan sebagai berikut:

1) Pidana penjara

Pidana perampasan kemerdekaan berasal dari pandangan hidup individualistik dan melalui *Wethoek van Strafrecht* sejak 1 Januari 1918 pidana ini berlaku di Indonesia. Baik secara universal maupun secara pembaharuan, baik praktis teoritis untuk mengurangi daya lakunya. Namun merupakan suatu kenyataan, bahwa di satu pihak pidana perampasan kemerdekaan akan tetap ada sekalipun namanya berbeda-beda dan di lain pihak tanpa mengurangi penghargaan atas pembaharu-pembaharu pidana perampasan kemerdekaan, pada pidana tersebut akan selalu melekat kerugian-kerugian yang kadang-kadang sulit untuk diatasi, bilamana ditinjau dari segi tujuan yang hendak dicapai.

Ditinjau dari segi filosofis, terdapat hal-hal yang saling bertentangan antara lain:⁴⁴

- a) tujuan penjara sebagai sarana penjamin pengamanan terpidana; dan
- b) memberikan kesempatan-kesempatan kepada narapidana untuk direhabilitasi.

Hal ini akan mengakibatkan *dehumanisasi* pelaku tindak pidana dan pada akhirnya menimbulkan kerugian bagi narapidana yang terlalu lama di dalam lembaga, berupa ketidakmampuan untuk melanjutkan kehidupannya secara produktif di dalam masyarakat. Dalam hal ini *Bottomley*⁴⁵ menyatakan sebagai berikut: “*an explicit recognition that the main conflict in prisons is between security/control and rehabilitation has been surprisingly slow to emerge and disentangle itself from the view that the main problem is the conflicting claims of rehabilitation versus deterrence and/or punishment*”.

⁴⁴ Lihat Makalah Muladi, op.cit Hlm. 13-10.

⁴⁵ Muladi, op.cit. hml. 141

Namun demikian, keberadaan pidana perampasan kemerdekaan sulit dihindari karena untuk menggantikan sarana primitis ini dengan yang lebih baik belum dapat dilakukan.⁴⁶ Sehubungan dengan ini pula *Moeller* menyatakan, bahwa : “*We have taken the position through that prisons as we know them in our culture have failed in rehabilitation and, in fact, have been the instruments in hardening many of their victims in antisocial attitudes. But we are not prepared to abolish the all at this time, though we are convinced that the law eventually be in that direction*”.

Sehubungan dengan kenyataan-kenyataan di atas, perlu kiranya dihayati prinsip-prinsip yang harus dipegang teguh baik di dalam pengaturan maupun di dalam pelaksanaan pidana perampasan kemerdekaan yang antara lain adalah: menetapkan preferensi pada alternatif pidana perampasan kemerdekaan (*alternatives to imprisonment*) seperti denda dan pidana bersyarat (pidana pengawasan), jangan menggunakan pidana perampasan kemerdekaan jangka pendek, sejauh mungkin diusahakan untuk menerapkan *The Standard Minimum Rules for The Treatment Of Prisoners* (SMR) yang telah diadopsi oleh Kongres PBB I tentang Pencegahan Kejahatan dan Pembinaan Para Pelaku pada tahun 1955 dengan perubahan-perubahannya, selalu berusaha untuk mengembangkan alternatif pidana perampasan kemerdekaan dan program-program pembinaan narapidana di luar lembaga (*the institutionalization of corrections*).

2. Pidana Tutupan

Pidana tutupan tidak dikenal oleh *WvS* tahun 1915. Undang-Undang RI 1946 Nomor 20 Berita RI tahun II Nomor 24 (1 dan 15 Nopember 1946) menambahkan Pasal 10 KUHP Tahun 1946, yaitu pidana tutupan. Pasal 2 Ayat (1) UU tersebut menyatakan, bahwa dalam mengadili orang yang melakukan kejahatan, yang diancam dengan hukuman penjara, karena terdorong oleh maksud yang diancam dengan hukuman penjara, karena terdorong oleh maksud yang patut dihormati, hakim boleh menjatuhkan hukuman tutupan.

Hukuman tutupan ini tidak dijatuhkan apabila perbuatan yang merupakan kejahatan atau cara melakukan perbuatan itu atau akibat dari perbuatan tadi adalah demikian sehingga hakim berpendapat, bahwa hukuman penjara lebih pada tempatnya (ayat 2). Tempat untuk menjalankan hukuman tutupan, cara melakukan hukuman itu dan segala sesuatu yang perlu untuk menjalankan Undang-Undang RI 1946 Nomor 20 diatur oleh Peraturan Pemerintah Nomor 8 Tahun 1948 yang diundangkan pada tanggal 5 Mei 1948 (Peraturan pemerintah tentang Rumah Tutupan). Dalam peraturan ini kelihatan, bahwa yang lebih baik daripada penjara biasa, sebab terpidana tutupan bukan terpidana biasa karena perbuatan yang dilakukan didorong oleh motif yang patut dihormati.

Perlakuan yang istimewa misalnya nampak dari Pasal 33 ayat (2) Peraturan Pemerintah Nomor 8 Tahun 1948, yang menentukan, bahwa makanan orang hukuman tutupan harus lebih baik daripada makanan orang hukuman penjara. Selanjutnya dalam ayat (5) dinyatakan bahwa buat orang tidak merokok,

⁴⁶ Sudarto, *Pemidanaa, Pidana dan Tindakan*, op. cit, hlm. 15.

pemberian rokok diganti dengan uang seharga barang-barang itu. Selanjutnya dalam Pasal 36 ayat (1) dinyatakan, bahwa orang-orang hukuman tutupan diperkenankan memakai pakaian sendiri dan pada ayat (3) disebutkan bahwa pada orang-orang hukuman tutupan yang tidak mempunyai pakaian sendiri dan juga tidak mempunyai uang cukup untuk membelinya, diberi pakaian seperlunya menurut aturan yang diterapkan oleh Menteri Pertahanan. Pakaian harus lebih baik dari pada pakaian guna orang hukuman penjara. Kemudian pada Pasal 37 ayat (2) dinyatakan, bahwa jika mungkin berhubung dengan keadaan dan tidak bertentangan dengan ketertiban dan keamanan, maka orang-orang hukuman tutupan boleh memakai alat tidurnya sendiri. Menurut Sudarto⁴⁷ pidana ini terkait pada pidana penjara. Jadi tidak ada tindak pidana yang diancam secara khusus dengan pidana tutupan. Pelaksanaannya akan diatur dalam peraturan perundang-undangan tersendiri.

Dalam perkembangannya, *privileged treatment* yang biasa disebut sebagai *custodia honesta* ini dikenal di dalam Sistem Hukum Kontinental Eropa dan di Inggris (*english division system*) dan asalnya adalah dari perlakuan khusus yang diberikan kepada terpidana politik. Posisi istimewa dari terpidana politik dalam sejarah pemidanaan dianggap merupakan suatu keharusan. Di sisi lain seringkali sebaliknya kita lihat terdapat kecenderungan yang kuat untuk memperlakukan mereka lebih keras daripada narapidana biasa. Penguasa tidak akan mentolerir gangguan terhadap keamanannya, sekalipun motif yang mendasari pelaku didasarkan atas idealisme yang terpuji.

Perkembangan terjadi setelah Revolusi Perancis, yang mengubah pandangan terhadap terpidana politik atas dasar asas-asas hukum internasional, yang menyatakan, bahwa *political crime are on principle not regarded as dishonourable*.⁴⁸ Usulan agar supaya asas ini mendasari perlakuan istimewa terhadap terpidana politik, termasuk di dalamnya pengaturan di negara-negara yang menjadi korban tindak pidana politik tersebut (*state against*) tidak direalisasikan sampai waktu yang lama.

Namun akhirnya nampak, bahwa hal tersebut memperoleh tanggapan, dimana KUHP Jerman Tahun 1871 mengatur bahwa bilamana hakim harus memilih – di dalam kasus-kasus politik – antara pidana kerja paksa (*penal servitude*) dan *custodia honesta (festungshaft)*, maka yang pertama hanya diijinkan bilamana dapat dibuktikan, bahwa tindak pidana yang dilakukan didasarkan atas motif yang keji. Hal yang sama bisa ditemui di dalam KUHP Norwegia Tahun 1902 yang mengatur, bahwa pidana perampasan kemerdekaan (tidak terbatas hanya pada tindak pidana politik) dapat digantikan dengan pidana *custodia honesta*, bilamana keadaan-keadaan khusus yang berkaitan dengan tindak pidana menunjukkan bahwa tindak pidana tersebut tidak dilakukan atas dasar motif yang jahat (*wicked motives*).

⁴⁷ Ibid, hlm. 16

⁴⁸ Herman Mannheim, *The Dilemma of Penal Reform*, Unwin Brothers Ltd. London, 1939, hlm. 123

Setelah perang Jerman, muncul gerakan-gerakan dan pemikiran untuk memperluas pemikiran yang terdapat dalam KUHP Jerman 1871 di atas, di luar ruang lingkup tindak pidana politik yakni dengan menegaskan, bahwa pidana yang seharusnya diterapkan hendaknya *custodia honesta* dan bukan pidana kerja paksa atau pidana penjara, apabila Pengadilan memandang pelaku tindak pidana telah melakukan perbuatannya atas dasar keyakinan bahwa hal tersebut merupakan tugas moral, agama atau politik. Hal ini nampak pula di dalam “*Principles regulating the execution of penalties involving loss of liberty*” tanggal 7 Juni 1923 yang menyatakan bahwa terpidana sejak permulaan menjalankan pidananya dapat mengklaim untuk memperoleh perlakuan-perlakuan istimewa bilamana Pengadilan yang telah memidananya secara eksplisit menyatakan bahwa perbuatannya dilakukan atas dasar motif-motif di atas.

Pemerintahan Nazi Jerman melalui *Act of 26,5,1933* telah membatasi berlakunya ketentuan di dalam KUHP Jerman tahun 1871 di atas, yakni dengan membatasi pada sejumlah kecil tindak-tindak pidana politik dan menyatakan, bahwa pidana *custodia honesta* dapat diterapkan hanya apabila perbuatan tersebut tidak ditujukan *against the weal of the people*.

Perlu dipertimbangkan di sini adalah sampai seberapa jauh ukuran-ukuran “maksud yang patut dihormati” yang akan dijadikan dasar untuk menjatuhkan pidana tutupan. Apakah terbatas pada tindak pidana politik ataukah mencakup pula alasan-alasan lain misalnya alasan moral, agama dan tindak-tindak pidana lain asal tidak dilakukan atas dasar motif yang keji.

3. Pidana Pengawasan.

Berbicara tentang pidana pengawasan ini mau tidak mau masalahnya tidak akan terlepas dari pengaturan pidana bersyarat, di dalam WvS 1915, sebab nampaknya pidana pengawasan ini merupakan peningkatan dari pidana bersyarat. Pertumbuhan lembaga pidana bersyarat di Indonesia tidak dapat dilepaskan dari pertumbuhan lembaga-lembaga semacam yang mendahuluinya di Amerika Serikat dan negara-negara bagian yang lain, di Inggris serta di Eropas Barat, yakni di Perancis dan Belgia. Peraturan hukum yang pertama tentang *probation* terjadi di Massachusetts pada tahun 1878, yang memungkinkan dilakukannya penundaan dijatuhkannya pidana dengan menempatkan si pelaku tindak pidana di dalam *probation*. Secara bertahap hal ini diterima oleh negara-negara bagian yang lain. Selanjutnya perkembangan ini juga diikuti oleh Inggris.

Di Eropa daratan, setelah melalui perbedaan-perbedaan pandangan yang cukup tajam di antara para sarjana, telah diterima bentuk penundaan pidana bersyarat yang disebut “*soursis simple*” yakni di Perancis pada tahun 1891 dan di Belgia pada tahun 1888. Lembaga ini lebih merupakan penundaan pelaksanaan pidana daripada penundaan penjatuhan pidana, seperti sistem *probation*. Perbedaan yang lain adalah, bahwa lembaga penundaan pidana bersyarat ini sama sekali tidak mensyaratkan adanya pengawasan atau bantuan kepada terpidana, sebagaimana

sistem *probation*.⁴⁹ Pada sistem probation sebagaimana yang dianut Amerika dan Inggris, pada fase pertama pelaku tindak pidana hanya dinyatakan bersalah dan ditetapkan suatu masa percobaan. Bilamana ternyata dalam masa percobaan yang bersangkutan tidak berhasil memperbaiki kelakuannya, maka pada fase kedua ia dipidana. Untuk memperbaiki kelakuannya di masyarakat, selama masa percobaan ia dibantu dan diawasi oleh *probation officers*. Sedangkan pada penundaan pelaksanaan pidana (*suspended sentence*) yang berlaku di Perancis dan Belgia, pada fase pertama pelaku tindak pidana dipidana, tetapi pelaksanaan pidananya ditunda dan untuk itu ditentukan suatu masa percobaan. Pada sistem yang berlaku di Perancis dan Belgia ini, selama masa percobaan si terpidana tidak dibantu oleh petugas-petugas pembina. Dalam hal ini Cross menyatakan sebagai berikut : “..... a suspended sentence also differs from a probation order in the absence of supervision. The theory underlying this penal measure is that there are cases in which it is “good for the of fendwrs to know the precise neture of the sword of Damocless which hangs over his head”.”⁵⁰

Negeri Belanda sendiri tidak terlepas dari pengaruh perkembangan ini. Berdasarkan S. 1915 - 247 lembaga “*voorwwaardelijke veroordeling*” dimasukkan ke dalam *Strafwetboek*. Sistem yang digunakan di sini pada hakekatnya merupakan semacam kombinasi antara sistem Inggris-Amerika dan sistem Perancis-Belgia.⁵¹ Pengaruh sistem Perancis – Belgia tampak dari bentuknya sebagai pidana yang dijatuhkan terhadap pelaku tindak pidana, sedangkan pengaruh sistem Amerika – Inggris terlihat dalam pengaturan, bahwa dalam masa percobaan terpidana dapat dibantu oleh pejabat pemerintah dalam usahanya menjadi orang baik. Lembaga pidana bersyarat ini baru dimasukkan ke dalam WvS 1915 pada tahun 1926 (S. 1926 - 251 jo. S. 1926 – 487). Keterlambatan ini disebabkan karena belum berkembangnya lembaga reklasering di Indonesia.

Dalam konsep ke depan pengaturan semacam pidana bersyarat ini dimunculkan dalam bentuk suatu pidana pokok yang dinamakan pidana pengawasan, yang dapat dijatuhkan dalam hal hakim mengadili terdakwa yang melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara paling lama tujuh tahun atau kurang. Demikian pula halnya dengan pidana pengawasan, dijatuhkan kepada terpidana yang dengan mengingat keadaan dan perbuatannya, untuk pembinaannya cukup diawasi.

Bilamana pengaturan pidana pengawasan tersebut dibandingkan dengan pidana bersyarat dalam WvS, maka terdapat perbedaan-perbedaan sebagai berikut:

1. pidana pengawasan dijatuhkan hakim dalam mengadili terdakwa yang melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana masyarakatan paling lama tujuh tahun atau kurang. Dalam WvS maka syarat penjatuhan pidana bersyarat adalah dalam putusan yang menjatuhkan pidana penjara, asal

⁴⁹ K. Poklewski – Koziell, Alternatives to Imprisonment in the New Polish Penal Code dalam : Edward M. Wisw and GOW. Mueller, Studies in Comparative Criminal Law, Charles C. Thomas Publ USA., 1874, hlm. 92-93.

⁵⁰ Rupert Cross, op. cit, hlm. 52

⁵¹ Muladi, op. cit, hlm. 66.

lamanya tidak lebih dari satu tahun atau sehubungan dengan pidana kurungan, dengan ketentuan tidak termasuk pidana kurungan pengganti denda atau dalam hal menyangkut pidana denda dengan batasan bahwa hakim harus yakin bahwa pembayaran denda betul-betul akan dirasakan berat oleh terdakwa.

2. pidana pengawasan dijatuhkan paling lama tiga tahun, sedangkan masa percobaan dalam pidana bersyarat ditentukan selama tiga tahun bagi kejahatan dan pelanggaran yang tersebut dalam pasal-pasal 492, 504, 506 dan 536 KUHP dan pelanggaran lainnya dua tahun.
3. di dalam pidana pengawasan, pengawasan dilakukan oleh pejabat pembina yang dapat minta bantuan dari Pemerintah Daerah, lembaga sosial atau orang lain, sedangkan pada pidana bersyarat dibedakan antara pengawasan umum yang dilakukan oleh jaksa dan pengawasan khusus yang dilakukan oleh lembaga yang berbentuk badan hukum, atau pemimpin suatu rumah penampungan atau pejabat tertentu.
4. pidana pengawasan merupakan pidana pokok yang mandiri (*independent punishment*), sedangkan pidana bersyarat merupakan cara penerapan pidana (*modality of punishment*).

Sebenarnya yang penting dalam hal ini adalah *pertama* konsistensi sistem mana yang akan digunakan, yakni sistem Amerika-Inggris atau sistem Perancis-Belgia atau sistem kombinasi antara keduanya. Selanjutnya yang *kedua* adalah perlunya suatu standar pelaksanaan pidana pengawasan dalam bentuk sistem informasi yang dapat membantu pengadilan di dalam penjatuhan pidana pengawasan, semacam yang menyangkut *probation* sebagaimana ditentukan dalam “*The American Institute’s Model Penal Code*” pada *Article 7.10* yang berjudul “*Criteria for Withholding Sentence of Imprisonment for Placing Defendant on Probation*”.

Sebagai alternatif pidana perampasan kemerdekaan, pidana pengawasan ini dengan segala aspeknya sesuai dengan perkembangan universal. Hal ini nampak pada rekomendasi yang diusulkan oleh *Sub Committee II The Sixth United Nations Congress in the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders* (180) di Caracas), yang antara lain menyatakan sebagai berikut : “*in resolution on alternatives to imprisonment, the Congress recommended that Member States examine their legislation with a view towards removing legal obstacles to utilizing alternatives to imprisonment in appropriate cases in countries where such obstacles exist on encouraged wider community participation in the implementation of alternatives to imprisonment and activities aimed at the rehabilitation of offenders.*”

“*The institutionalization of correction*” semacam pidana pengawasan ini akan selalu mempunyai keuntungan-keuntungan sebagai berikut:

- 1) memberikan kesempatan kepada terpidana untuk memperbaiki dirinya di masyarakat, sepanjang kesejahteraan terpidana dianggap sebagai hal yang utama dari pada risiko yang mungkin diderita oleh masyarakat.
- 2) memungkinkan terpidana untuk melanjutkan kebiasaan-kebiasaan hidupnya sehari-hari sebagai manusia.

- 3) mencegah terjadinya stigma yang diakibatkan oleh pidana perampasan kemerdekaan.
- 4) memungkinkan terpidana untuk bekerja yang secara ekonomis menguntungkan kehidupan masyarakat.
- 5) secara finansial pembinaan di luar lembaga lebih murah dibandingkan dengan pembinaan di dalam lembaga.
- 6) Para petugas pembina dapat menggunakan segala fasilitas yang ada di masyarakat untuk mengadakan rehabilitasi terhadap terpidana.

Sebagai perbandingan dapat dikemukakan di sini pengaturan tentang “*probation*” di Amerika Serikat, yang dapat dikenakan pada semua tindak pidana, kecuali yang menyangkut tindak pidana berat :⁵² *crime of violence*, *crime against morals*, *crime involving The Use of deadly weapons*, *mercenary crime*, *crime against the government*, dan *crime carrying a certain penalty*.

4. Pidana Denda

Berbeda dari sistem-sistem sosial yang lain, sistem penyelenggaraan hukum pidana (*criminal justice system*) menampakkan dirinya sebagai sistem yang menghasilkan *unwelfare* secara luas. Produk tersebut antara lain berupa pidana perampasan kemerdekaan, dan stigmatisasi. Untuk itu harus dicari usaha-usaha lain dalam bentuk alternatif pidana perampasan kemerdekaan yang dapat menghasilkan *less unwelfare*. Dalam konteks ini pidana denda menempati posisi yang sangat penting. *Hulsman*⁵³ dalam hal ini menyatakan, bahwa dewasa ini pidana denda merupakan pidana yang paling penting. Pasal 24 dan Pasal 14a KUHP Belanda menunjang pendapat ini. Pasal 24 memungkinkan pengadilan untuk menerapkan pidana denda terhadap pelaku tindak pidana yang dapat dipidana tidak lebih dari 6 tahun penjara, bahkan sekalipun bilamana ketentuan tersebut tidak secara eksplisit menyatakan bahwa pidana denda dapat dijatuhkan. Selanjutnya dalam pasal 14a dinyatakan, bahwa terhadap tindak-tindak pidana yang ancaman pidananya lebih daripada 6 tahun, denda masih mungkin diterapkan bilamana dikombinasikan dengan pidana bersyarat, baik seluruhnya maupun sebagian.

Hal di atas sesuai dengan pendapat Sudarto⁵⁴ yang menyatakan, bahwa di Eropa Barat pidana ini bahkan menjadi lebih penting daripada pidana pencabutan kemerdekaan, dan dipandang sebagai tidak kalah efektifnya, khususnya bagi orang-orang tertentu menurut keadaannya. Selanjutnya beliau menyatakan, bahwa keuntungan dari pidana denda ini adalah bahwa ia tidak begitu mendatangkan stigma bagi terhukum.

Mengingat kedudukannya yang semakin penting sebagai alternatif pidana perampasan kemerdekaan, maka banyak timbul reaksi terhadap pengaturan pidana perampasan kemerdekaan pengganti denda, dalam hak terpidana denda tidak membayar dendanya. Sebagai contoh dapat dikemukakan di sini pernyataan *The*

⁵² Lihat Barnes and Teeters, *New Horizons in Criminology* Prentice, Hall of India Private LTD, New Delhi, 1966.hlm. 560

⁵³ *Hulsman*, op.cit, hlm. 289.

⁵⁴ Sudarto, *Pemidanaan, Pidana dan Tindakan*, op.cip, hlm 18

Constitutional Court di Italia dalam rangka revisi terhadap KUHP Italia. Dalam hal ini dinyatakan, bahwa penggantian pidana perampasan kemerdekaan terhadap yang tidak memenuhi pembayaran denda merupakan tindakan diskriminasi terhadap orang yang tidak mampu.⁵⁵ Prof. Manuel Lopez Rey dari Bolivia di dalam Kongres PBB keempat tentang Pencegahan Kejahatan dan Pembinaan Narapidana (1970) menyatakan, bahwa “*transformation of the nonpayment of fines into imprisonment*” merupakan “*a significant source of criminal injustice throughout the world.*”⁵⁶

Dari segi filosofis, pengutamaan pidana denda sebagai alternatif pidana perampasan kemerdekaan merupakan hasil pengaruh dari aliran modern dalam hukum pidana, yang antara lain mendasarkan diri pada doktrin “*let the punishment fit the criminal*”. Pencerminan bahwa dalam pengaturan dan penerapan pidana denda tidak hanya memperhatikan hakekat dari tindak pidana yang dilakukan, nampak pula dalam *Article 7.02 American Law Institute’s Model Penal Code* yang mengatur “*criteria for imposing fines (dhi.protection of the public)* dengan penjatuhan pidana denda didasarkan atas pertimbangan-pertimbangan *the nature and circumstance of the crime* dan *the history and character of the defendant.*”⁵⁷

Di samping asas dari *Model Penal Code* di atas dapat digali asas-asas penerapan pidana denda yang antara lain:

- 1) terdakwa memperoleh sejumlah uang dari kejahatan yang dilakukan;
- 2) pidana denda dapat menunjang usaha pencegahan kejahatan dan perbaikan terpidana;
- 3) terdakwa akan mampu membayar denda perbaikan terpidana tersebut tidak menghambat terdakwa dalam rangka membayar ganti rugi perbaikan kepada korban tindak pidananya.

Selanjutnya dari laporan Akhir (1972) yang dibuat oleh *The Property Penalties Commission* di Negara Belanda dapat digali asas-asas sebagai berikut:

- 1) denda tidak boleh lebih berat daripada yang diperlukan untuk mendukung tujuan-tujuan sanksi tersebut. Hal ini antara lain dijadikan dasar untuk menolak berlakunya “*day-fine system*” yang berasal dari negara-negara Skandinavia;
- 2) dimungkinkannya sistem cicilan untuk membayar denda;
- 3) kemungkinan untuk memperoleh jumlah denda tersebut dari rekening bank terpidana;
- 4) apabila terpaksa dipilih pidana perampasan kemerdekaan pengadilan harus menjelaskan alasan-alasan khusus mengapa tidak dijatuhkan “*non-custodial sentence*”.⁵⁸

5. Pidana Mati: Alasan dan Kriteria

⁵⁵ Jescheck, op, cit, hlm. 487.

⁵⁶ United Nations, Departement of Economic and Social Affairs, Fourt UNO Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, New York, 1976, hlm..40

⁵⁷ Rupert Cross, op. cit, hlm. 25

⁵⁸ Hulsman, op, cit. hlm. 324-325.

Upaya menempatkan pidana mati (*capital punishment*) terlepas dari paket pidana pokok sangat tepat, karena merupakan kompromi sebagai jalan keluar antara kaum “*retentionist*”. Hal ini mengandung arti bahwa pidana mati merupakan pidana perkecualian. Hakim harus memberikan pertimbangan yang sungguh-sungguh dan hati-hati sebelum menjatuhkan pidana mati. Perdebatan tentang pidana mati tetap menjadi “*live issue*” di mana-mana dan biasanya selalu berkisar pada alasan-alasan atas dasar ukuran-ukuran: perlindungan masyarakat dan sistem penyelenggaraan hukum pidana, pencegahan kejahatan, sifat diskriminatif dan kejam pidana mati, biaya yang lebih murah, sifat retributif, otonomi masyarakat yang pro dan kontra pidana mati dan sifat tidak dapat diubah pidana mati.

Dalam hal ini sangat menarik untuk disoroti apa yang terjadi di dalam *The Sixth United Nations Congress on the Prevention of crime and the Treatment of Offenders*, 1980 di Caracas. Berbagai delegasi melaporkan apa yang terjadi di negerinya baik dari perspektif yuridis maupun praktis. Ada yang menghapuskan pidana mati tetapi tidak sedikit pula yang ingin mempertahankan pidana mati. Banyak pula negara yang menyatakan akan mempertahankan pidana mati untuk sementara dengan catatan akan menghapuskan pada akhirnya.

Dalam penelitian yang dilakukan terhadap 74 negara diperoleh data bahwa sekalipun sebagian besar tetap mempertahankan pidana mati, tetapi berbagai macam alat hukum diatur untuk lebih memanusiawikan pidana mati, alat hukum tersebut mencakup penundaan pidana mati perubahan atau penyampaian pidana mati, misalnya atas dasar kondisi mental dan fisik terpidana. Hampir semua negara mempertahankan pidana mati memiliki persyaratan-persyaratan yuridis, yang mengatur hak-hak dari terpidana untuk minta peninjauan kembali, ampun, perubahan pidana dan penangguhan pidana mati. Hal ini kemudian memperoleh penguatan yakni dengan keluarnya Resolusi Sidang Umum PBB No. 35/172.⁵⁹

Pengaturan pidana mati dilakukan dengan alasan demi pengayoman masyarakat. Pada tahun 1981/1982 pernah dilakukakan penelitian oleh Kejaksaan Agung R.I. bekerja sama dengan Fakultas Hukum Undip mengenai sikap dan tanggapan terhadap pidana mati.

Tabel 1. Sikap dan Tanggapan Terhadap Pidana Mati dalam Undang-Undang

Jawaban	PH	WM	AP	Napi	Total	
					N	%
Setuju	27	88	10	-	125	81,70
Tidak setuju	2	20	-	3	25	16,34
Lain-lain	1	2	-	-	3	1,96
Jumlah	30	110	10	3	153	100,00

Catatan:

PH: Penegak Hukum; WM: Warga Masyarakat; AP: Aparatur Pemerintah.

⁵⁹ United Nations, Newsletter, No. 5, op, cit. hlm. 19

Di samping pengaturan tentang tujuan pemidanaan (*the aims of punishment*) tersebut, diatur pula hal yang strategis dalam pemidanaan yaitu pengaturan tentang pedoman pemidanaan (*the guidelines of sentencing*). Hal ini penting untuk menghindari disparitas pidana (*disparity of sentencing*), yaitu penjatuhan pidana yang berbeda-beda untuk tindak pidana yang sama, atau yang ancaman pidananya kurang lebih sama tanpa pertimbangan yang bisa difahami, semata-mata atas dasar diskresi hakim.⁶⁰ Dengan pedoman pemidanaan tersebut tidak dimaksudkan adanya penjatuhan pidana yang seragam (*parity of sentencing*) tetapi penjatuhan pidana yang rasional (*rational sentencing*).

a. Ancaman Pidana Maksimum Khusus dan Minimum Khusus

Selanjutnya dalam menentukan jumlah atau lamanya ancaman pidana akan tetap dianut sistem maksimum atau sistem *indefinite sentence* selama ini. Dengan demikian, di samping adanya minimum umum akan tetap dipertahankan adanya maksimum khusus untuk tiap tindak pidana. Hal ini agak berbeda dengan sistem yang selama ini ialah dimungkinkan adanya minimum khusus untuk tindak pidana tertentu. Mengenai masalah maksimum khusus dan minimum khusus untuk pidana penjara dan pidana denda diuraikan sebagai berikut:

1) Masalah Maksimum Khusus

Penentuan rambu-rambu dalam masalah maksimum khusus dalam pembaharuan KUHP akan diatur dalam Buku I, bahwa maksimum pidana penjara yang dapat diancamkan untuk delik-delik di dalam Buku II ialah penjara seumur hidup atau pidana dalam waktu tertentu paling lama 15 tahun. Batas maksimum 15 tahun ini dapat dilampaui sampai maksimum 20 tahun, tetapi hanya sebagai pemberatan untuk delik-delik tertentu. Artinya tidak dimungkinkan suatu delik semata-mata diancam dengan maksimum 20 tahun, kecuali sebagai alternatif dari delik yang diancam dengan pidana mati atau seumur hidup, atau sebagai pemberatan untuk delik pokok yang diancam dengan pidana penjara maksimum 15 tahun.⁶¹

Dari rambu-rambu tersebut terlihat suatu prinsip bahwa batas maksimum khusus tertinggi untuk pidana penjara dalam waktu tertentu ialah 15 tahun, tetapi tidak menentukan secara pasti batas maksimum khusus yang paling rendah untuk tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara. Namun, ada tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara tidak lebih dari 3 (tiga) tahun. Terdapat kesepakatan untuk menetapkan maksimum khusus yang paling rendah adalah 1 (satu) tahun. Untuk delik-delik yang bobotnya dinilai kurang dari satu tahun penjara, hanya akan diancam dengan pidana denda.

Masalah berikutnya ialah menentukan maksimum khusus untuk tiap tindak pidana yang berkisar antara 1 (satu) tahun sampai maksimum 15 tahun atau seumur hidup/20 tahun. Untuk menentukan maksimum khusus tiap tindak pidana jelas merupakan masalah yang cukup sulit, terlebih menurut Lokakarya terakhir (1986)

⁶⁰ Blumstein, Alfred, ET.AL, Research On Sentencing: The Search For Reform, Volume II, 1983

⁶¹ Makalah Prof. Barda Nawawi, tentang Sistem Pemidanaan Dalam Rancangan KUHP Baru (Tinjauan Khusus dalam rangka penyusunan Buku II Rancangan), Semarang, Januari 1988. hlm. 2-3.

harus terlebih dahulu melakukan review dan rekonstruksi terhadap keseluruhan sistem maksimum khusus yang ada dalam perundang-undangan pidana selama ini. Terlebih lagi apabila penentuan maksimum khusus dikaitkan pula dengan aspek materiil atau aspek simbolik, yaitu untuk menunjukkan tingkat keseriusan (bobot/kualitas) suatu tindak pidana.

Hal itu berarti, penentuan maksimum pidana memberikan batas atau ukuran objektif mengenai kualitas perbuatan yang “tidak disukai” atau yang dipandang “merugikan atau membahayakan” masyarakat. Disamping itu penentuan maksimum pidana mengandung pula aspek moral, antara lain untuk memberikan batas obyektif kapan sipelaku dapat ditahan, kapan terjadi daluwarsa penuntutan dan daluwarsa pelaksanaan pidana. Di lain pihak, dapat diartikan bahwa penentuan maksimum pidana bermaksud mengalokasikan batas-batas kekuasaan bagi aparat penegak hukum.

Di dalam konsep Pembaharuan KUHP Buku I perlu adanya rambu-rambu mengenai batas atau ukuran obyektif untuk menentukan berat ringannya suatu tindak pidana, baik dilihat dari aspek materiil maupun aspek formal. Petunjuk bahwa ancaman pidana penjara 7 tahun ke atas merupakan batas obyektif untuk menyatakan suatu tindak pidana sebagai tindak pidana berat. Namun daluwarsa penuntutan, terlihat ukuran 3 tahun ke atas sebagai batasan tindak pidana berat.

Mengenai hal ini, berdasarkan hasil Lokakarya 1986 dan rapat-rapat tim pengkajian, diambil patokan 7 tahun ke atas sebagai batas objektif untuk menyatakan suatu tindak pidana sebagai tindak pidana berat (dalam rapat kerja tim digunakan istilah “sangat serius”). Tindak pidana yang dipandang sangat serius ini tidak akan dialternatifkan dengan pidana denda. Walaupun demikian tidak berarti sama sekali tidak dapat dikenakan pidana denda.

Sebagai patokan sementara yang digunakan oleh Tim pengkajian sebagai pedoman penggolongan tindak pidana, adalah sebagai berikut:

- 1) apabila suatu tindak pidana yang menurut penilaian dianggap tidak perlu diancam dengan pidana penjara atau bobotnya dinilai kurang dari 1 tahun penjara, digolongkan sebagai tindak pidana “sangat ringan”. Golongan ini hanya diancam dengan pidana denda menurut kategori ke-1 (maksimum Rp150.000,00) sampai kategori ke-2 (maksimum Rp500.000,00).
- 2) apabila suatu tindak pidana yang semula atau selama ini diancam dengan pidana penjara atau kurungan kurang dari 1 tahun, tetap dinilai patut untuk diancam dengan pidana penjara, maka akan diancam dengan maksimum pidana penjara paling rendah yaitu 1 tahun.
- 3) semua tindak pidana yang menurut penilaian patut diancam dengan pidana penjara maksimum 1 tahun sampai dengan 7 tahun, selalu akan dialternatifkan dengan pidana denda, dengan penggolongan sebagai berikut :
 - a) untuk golongan “ringan” (maksimum penjara 1 sampai 2 tahun), diancam dengan maksimum denda kategori ke-3 (maksimum Rp3.000.000,00);
 - b) untuk golongan “sedang” (maksimum penjara 4 sampai dengan 7 tahun) diancam dengan maksimum denda kategori ke-4 (maksimum Rp7.500.000,00)

- 4) semua tindak pidana yang tergolong “sangat serius” (di atas 7 tahun penjara) tidak dialternatifkan dengan pidana denda, kecuali apabila dilakukan oleh korporasi dapat dikenakan maksimum denda menurut kategori ke-5 (maksimum Rp30.000.000,00) untuk delik yang diancam pidana penjara 7 tahun ke atas sampai dengan 15 tahun, dan menurut kategori ke-6 (maksimum Rp300.000.000,00) untuk yang diancam pidana penjara 20 tahun atau seumur hidup.

Patokan kerja sementara di atas masih dirasakan kurang memuaskan, karena sebenarnya hanya digunakan untuk mempermudah delik mana yang diancam dengan pidana denda dan termasuk kategori denda yang mana. Jadi belum memberikan pedoman atau kriteria materiel untuk menetapkan suatu tindak pidana termasuk golongan “sangat ringan”, “ringan”, “sedang”, “berat” atau “sangat serius”. Berdasarkan patokan kerja di atas, penggolongan tindak pidana baru didasarkan pada jenis dan jumlah pidana yang diancamkan. Kriteria jumlah atau lamanya ancaman pidana inipun baru didasarkan pada kriteria maksimum khusus, yang mungkin masih dapat dipermasalahkan apabila digunakan kriteria “minimum khusus” yang memang dimungkinkan (dalam Undang-Undang di tuangkan).

2) Masalah Minimum Khusus

Ketentuan minimum khusus untuk delik-delik tertentu dimasukkan atas adanya salah satu kesimpulan Lokakarya bulan Februari 1986 yang memuat, bahwa minimum umum satu hari perlu diimbangi dengan minimum khusus terutama untuk delik-delik yang dipandang sangat merugikan atau membahayakan masyarakat pada umumnya dan delik-delik yang dikualifikasi oleh akibatnya. Dengan dimungkinkannya minimum khusus ini, timbul beberapa masalah antara lain; 1) bagaimana mengkonstruksikan sistem minimum khusus untuk delik-delik; 2) berapa jumlah atau lamanya ancaman minimum khusus itu atau pola ancaman minimum bagaimana yang akan dikonstruksikan dan untuk delik-delik apa yang perlu diancam dengan minimum khusus itu?

Mengenai sistem minimum khusus ini, pertama-tama perlu ditegaskan bahwa hanya dimungkinkan minimum khusus untuk pidana penjara, jadi tidak dimungkinkan untuk pidana denda. Berapa lamanya minimum khusus (untuk pidana penjara), dapat lebih dari 1 (satu) hari. Jadi tidak memberikan batasan, berapa lamanya minimum khusus yang paling rendah atau paling tinggi. Terdapat berbagai pola sistem minimum yang dapat dipilih. Dalam hal ini hanya ingin dikemukakan beberapa pokok pemikiran sebagai salah satu alternatif, sebagai berikut:⁶²

- 1) bertolak dari hasil Lokakarya bulan Februari 1986, dapat digunakan sebagai suatu prinsip bahwa hanya delik-delik yang dipandang sangat merugikan atau membahayakan masyarakat dan delik-delik yang dikualifikasi atau diperberat oleh akibatnya (*erfolgequalifizierte delikte*) yang sepatutnya diberi ancaman minimum. Sebagai ukuran kuantitatif dapat digunakan patokan, bahwa delik-delik yang diancam dengan pidana penjara di atas 7 tahun sajalah yang dapat

⁶² Lihat makalah Prof. Barda Nawawi, Ibid hlm. 7-10.

diberi ancaman minimum khusus karena delik-delik itulah yang digolongkan “sangat serius”. Patokan ini dalam hal-hal tertentu dapat diturunkan pada delik-delik yang tergolong “berat” (penjara 4 sampai 7 tahun).

- 2) lamanya minimum khusus disesuaikan dengan sifat, hakikat dan kausalitas/bobot delik yang bersangkutan. Sebagai pedoman dapat digunakan patokan-patokan sebagai berikut:
 - a) minimum khusus paling rendah 3 bulan dan paling tinggi 7 tahun;
 - b) minimum khusus dibedakan menurut maksimum khusus delik yang bersangkutan misal dengan menggunakan kategori sebagai berikut:

Tabel 2. Perbedaan Minimum Khusus

Golongan Delik	Ancaman maksimum	Ancaman Minimum
Berat	4 - 7 tahun	antara 3 bl - 1 th
Sangat serius	Mati/seumur hidup/20 tahun	antara 6 th - 7 th

- c) dalam menetapkan minimum khusus perlu dipertimbangkan akibat dari delik yang bersangkutan terhadap masyarakat luas, antara lain : menimbulkan bahaya/keresahan umum, bahaya bagi nyawa/kesehatan/lingkungan atau menimbulkan akibat mati), dan faktor si pelaku misalnya telah berulang kali melakukan tindak pidana (residivis).
- 3) seperti halnya dengan maksimum khusus, pada prinsipnya ancaman minimum khusus inipun dalam hal-hal tertentu harus dikurangi atau diperingan, misalnya:
 - a) karena hal-hal yang memperingan pidana, terutama untuk anak di bawah umur;
 - b) karena ada kesesatan atau kealpaan, dan sebagainya.

Berapa pengurangannya tidak dapat ditentukan secara pasti, tetapi diserahkan sepenuhnya kepada hakim. Dengan demikian perlu ada pedoman umum untuk menetapkan ancaman minimum khusus ini dan beberapa penyesuaian sehubungan dengan hal-hal yang dikemukakan di atas.

Sebagai bahan perbandingan yang lebih konkrit, telah dilakukan studi perbandingan yang lebih khusus di negara-negara yang menganut “sistem minimum khusus” ini, antara lain KUHP Korea, Jepang, Filipina, Thailand, Polandia, Austria, Norwegia, Yugoslavia, Perancis, Turki, Argentina. Studi banding ini diperlukan karena sistem minimum khusus ini merupakan sistem yang sama sekali baru dan tidak dikenal dalam sistem perundang-undangan pidana selama ini di Indonesia. Yang perlu dikaji lebih mendalam ialah, seberapa jauh pengaruh atau akibatnya terhadap keseluruhan sistim pembedaan dan perundang-undangan pidana selama ini.

Berikut ini dikemukakan hasil pengamatan sementara dari beberapa KUHP negara lain yang menganut sistem minimum khusus:

- 1) ada negara yang tidak membatasi minimum khusus untuk pidana perampasan kemerdekaan, tetapi juga untuk pidana denda.
- 2) lamanya minimum khusus untuk pidana perampasan kemerdekaan sangat bervariasi, misalnya:
 - a) Di Yugoslavia menggunakan pola minimal 3 bulan atau 6 bulan untuk *imprisonment* dan minimum 3 tahun, 5 tahun, atau 10 tahun untuk *severe imprisonment* (dengan catatan, *imprisonment* berkisar antara minimum umum 3 hari dan maksimum umur 3 tahun. Sedangkan “*severe imprisonment*” berkisar antara minimum umur 1 tahun dan maksimum umur 15 tahun).
 - b) Di Norwegia menggunakan minimum khusus yang berkisar antara 2 bulan sampai 8 tahun untuk pidana penjara yang lamanya berkisar antara 2 bulan sampai 8 tahun untuk pidana penjara yang lamanya berkisar antara minimum umumnya 21 hari dan maksimum umumnya 15 tahun.
 - c) Di Polandia menggunakan minimum khusus antara 6 bulan sampai 10 tahun untuk pidana “*deprivation of liberty*” yang minimum umumnya 3 bulan dan maksimum umumnya 15 tahun. Di Korea menggunakan minimum khusus antara 1 tahun sampai 10 tahun untuk “*imprisonment at forced labor*”, tetapi ada juga untuk “*imprisonment at forced labor*” yang minimumnya 1 bulan dan maksimum umumnya 15 tahun.
 - d) Di Jepang menggunakan minimum khusus antara 3 bulan sampai 7 tahun untuk “*imprisonment at forced labor*” (ada juga untuk “*imprisonment at forced labor*” yang minimum dan maksimum umumnya sama dengan Korea).
- 3) jenis delik apa yang diberikan ancaman minimum khusus dan berapa lamanya minimum khusus untuk delik yang bersangkutan juga sangat bervariasi.
- 4) ada negara yang dalam aturan umumnya memberikan kemungkinan untuk menjatuhkan pidana di bawah minimum khusus (misalnya Pasal 42 KUHP Yugoslavia, Pasal 55-57 KUHP Norwegia, Pasal 57 KUHP Polandia).
- 5) pencantuman minimum khusus dalam perumusan delik juga bermacam-macam, ada yang hanya mencantumkannya bersama-sama dengan maksimum khususnya.
- 6) adanya minimum khusus dapat berpengaruh pada sistem perumusan pidanaan lainnya, misal pada masalah residivis pengurangan dan pemberatan pidana, masalah daluarsa dan sebagainya

Selanjutnya berkaitan dengan memperberat dan memperingankan pidana antara lain adalah seorang dewasa melakukan tindak pidana bersama anak di bawah umur 18 tahun, tindak pidana dilakukan dengan kekuatan bersama, dengan kekerasan atau dengan cara yang sangat kejam, tindak pidana dilakukan pada waktu perekonomian negara dalam kesulitan dan waktu negara dalam bahaya. Perkembangan lain yang bisa dicatat ialah pengaturan pengulangan yang bersifat umum.

Pengaturan tentang “*mitigating and aggravating circumstances*” ini sebenarnya merupakan pengaruh Aliran Neo Klasik (*Neo-Classical School*) sebagai reaksi terhadap Aliran Klasik yang mendasarkan pada doktrin “*equal justice*”. Penerimaan hal-hal yang meringankan misalnya merupakan hasil dari perjuangan

untuk mengadakan modifikasi terhadap “*doctrine of free will*” yang dapat dipengaruhi oleh patologi, ketidakmampuan, penyakit jiwa, umur dan lain-lain.

Hal ini semua mengakibatkan perubahan terhadap doktrin pertanggung-jawaban pidana, karena hal-hal di atas dapat berpengaruh terhadap “*knowledge and intent of man at the time of the crime*”.⁶³ Sehubungan dengan hal di atas, dapat dikatakan bahwa pemikiran yang mendasari hal-hal yang memberatkan dan meringankan sebenarnya bersifat retributif, atas dasar doktrin kebebasan kehendak sekalipun sudah dimodifikasikan⁶⁴ karena pengaruh Aliran Modern yang menghendaki agar supaya pidana harus cocok dengan si pelaku. Dalam perkembangannya kemudian karakteristik-karakteristik yang berkaitan dengan perbuatan pidana juga dapat dipertimbangkan sebagai hal-hal yang memberatkan dan meringankan pemidanaan.

3) Peringatan dan Pemberatan Pidana

Berkaitan dengan hal tersebut, di bawah ini diuraikan mengenai hal-hal yang memperingankan dan memperberat pidana sebagai berikut:

a. Peringatan Pidana (*Mitigating Circumstances*)

Pada prinsipnya, kemungkinan pengurangan terhadap ancaman minimum khusus itu harus diberikan. Terlebih pula minimum khusus seperti diusulkan di atas relatif cukup tinggi, yaitu berkisar antara 3 bulan sampai 7 tahun. Sekedar perbandingan misalnya, di Norwegia ada yang dirumuskan dalam pasal mengenai percobaan (*chapter 4*) dan ada yang dimasukkan dalam bab mengenai alasan-alasan memperingan dan memperberat pidana (*chapter 5*). Dalam salah satu pasal percobaan (yaitu Pasal 51 KUHP Norwegia) dirumuskan: *The attempt is subject to milder punishment than the completed felony; the punishment may be reduced to less than the minimum provided for such an offence or to a milder type of punishment.*

Dalam salah satu pasal dari *chapter 5*, yaitu Pasal 55 KUHP Norwegia dirumuskan kemungkinan pengurangan pidana di bawah minimum untuk pelaku tindak pidana di bawah usia 16 tahun. Demikian pula dimungkinkan peringatan pidana minimum (khusus) dalam hal:⁶⁵

- 1) perbuatan dilakukan untuk menyelamatkan nyawa atau harta seseorang tetapi batas-batas kewenangan menurut undang-undang untuk melakukan hal itu dilampaui.
- 2) perbuatan dilakukan dalam keadaan marah yang beralasan, dibawah paksaan atau bahaya yang mendesak atau dilakukan selama ada kekurangan-sadaran yang disebabkan oleh kemabukan yang disengaja.
- 3) Sipelaku sesat akan sifat melawan hukumnya perbuatan atau ada *error iuris*.
- 4) dalam hal penyertaan, apabila kerja sama itu pada dasarnya disebabkan oleh ketergantungan pada orang lain yang bersalah atau peranannya kurang berarti dibandingkan orang (peserta) lainnya.

⁶³ Abadinsky, op, cit, hlm. 8.

⁶⁴ Nigel Welker, *Sentencing in a Rational Society*, Pelican Book, Penguin Books, Middlesex, England, 1972, hlm. 203-294.

⁶⁵ Makalah Prof. Barda Nawawi . op.cit hlm. 13-15

Masalah lain adalah yang berhubungan dengan pengurangan pidana untuk delik-*culpa*. Selama ini memang kealpaan tidak semata-mata dipandang sebagai hal yang meringankan, karena ada delik *culpa* yang berdiri sendiri dan ada pula yang dipandang atau diancam sama berat dengan apabila dilakukan dengan sengaja. Namun demikian, di dalam perundang-undangan pidana selama ini ada juga beberapa delik *culpa* yang memang merupakan pasangan dari delik *dolus* dan diancam dengan pidana yang berbeda dan jauh lebih ringan. Berdasarkan pengkajian tim terhadap perbandingan ancaman pidana untuk delik *dolus* dan delik *culpa* yang berpasangan, khususnya yang terdapat dalam KUHP sebelum perubahan berdasarkan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1960, diperoleh kesimpulan bahwa tidak ada keseragaman atau kesebandingan maksimum pidana untuk delik *culpa*, baik dilihat dari perbuatannya maupun dilihat dari akibatnya. Misalnya untuk delik-delik *dolus* yang diancam dengan maksimum 4 tahun penjara (lihat Pasal 231, Pasal 408, Pasal 426, Pasal 427, dan Pasal 477 KUHP), delik *culpa*-nya ada yang diancam 1 bulan kurungan (Pasal 231 ayat (4) dan Pasal 409), ada yang 2 bulan kurungan (Pasal 426 ayat (2) dan Pasal 477 ayat (2) dan ada yang diancam pidana kurungan 3 bulan (Pasal 427 ayat (2)). Ancaman maksimum 3 bulan kurungan untuk delik *culpa* itu ternyata juga diancam dalam Pasal 1334 yang delik *dolus*-nya (Pasal 333) diancam dengan pidana penjara 8 tahun. Dilihat dari sudut akibatnya (misal timbul bahaya bagi umum), memang terlihat ada keseragaman maksimum pidana untuk delik *culpa* yaitu 4 bulan 2 minggu penjara atau 3 bulan kurungan, tetapi tidak sebanding dengan delik *dolus*-nya yang diancam dengan pidana penjara yang berbeda-beda yaitu ada yang diancam maksimum 9 bulan (Pasal 191 bis), ada yang 9 tahun (Pasal 192) dan ada yang 12 tahun (Pasal 196 dan Pasal 200).

Di samping itu, terlihat suatu pola umum menurut sistem KUHP sebagai berikut:

1. untuk perbuatan dengan *culpa*: diancam dengan pidana kurungan (maksimum 1 sampai 3 bulan) atau denda;
2. untuk yang menimbulkan akibat, terlihat pola sebagai berikut:

Tabel 3. Pola Ancaman Maksimum Pidana Dolus dan Culpa dalam KUHP

Akibat	Ancaman Maksimum Pidana			
	Delik Dolus (Penjara)	Delik Culpa		
		Penjara	Kurungan	Denda
Bahaya umum	7 – 12 th	4 bl, mg	3 bl	ada
Bahaya bagi nyawa/ kesehatan	15 th	9 bl	6 bl	ada
Mati	SH/20 th	1 th. 4 bl	1 th	tidak ada

Dalam hubungannya dengan penyusunan konsep pembaharuan KUHP, perlu adanya suatu patokan dalam menentukan maksimum pidana penjara untuk delik-delik *culpa* berdasarkan prinsip keseragaman.

Dalam rapat-rapat Tim diajukan dua patokan :

- 1) Patokan relatif yaitu:

- a) untuk perbuatan dengan culpa, maksimumnya 1/6 dari maksimum delik dolus;
 - b) untuk yang menimbulkan akibat, maksimumnya ¼ dari maksimum delik dolus
- 2) Patokan absolut:
- a) untuk perbuatan dengan culpa, maksimumnya 1 tahun
 - b) untuk yang menimbulkan akibat bagi bahaya umum, maksimumnya 2 tahun; yang menimbulkan akibat bagi nyawa/kesehatan, maksimumnya 3 tahun; dan yang menimbulkan akibat mati, maksimumnya 5 tahun.
 - c) untuk delik yang diancam pidana mati/penjara seumur hidup, maksimumnya 5 tahun

b. Pemberatan Pidana (*Aggravating Circumstances*)

Dalam aturan umum disebutkan alasan-alasan pemberatan pidana. Di antaranya ada hal-hal yang selama ini, dalam sistem KUHP, merupakan alasan-alasan yang bersifat khusus dan oleh karenanya tercantum di dalam perumusan delik-delik tertentu. Misalnya alasan-alasan yang bersifat khusus dan oleh karenanya tercantum di dalam perumusan delik-delik tertentu. Misalnya alasan berupa adanya unsur keberatan dan kekuatan bersama dan alasan pemberatan umum, maka tidak perlu lagi disebutkan secara khusus di dalam Buku II, kecuali dipandang perlunya adanya penyimpangan terhadap pemberatan pidana yaitu maksimum pidananya ditambah sepertiga.

Selanjutnya bagaimana apabila seorang anak berusia di antara 12-18 tahun melakukan pengurangan tindak pidana? Terhadap hal ini konsep rumusan pertimbangan peringanan pidana, adalah maksimum pidananya dikurangi sepertiga karena ada hal yang meringankan, yaitu faktor usia. Tetapi menurut pertimbangan pemberatan, maksimumnya diperberat sepertiga karena ada hal yang memperberat, yaitu faktor pengurangan. Demikian pula misalnya seorang dokter yang membantu melakukan tindak pidana yang berkaitan dengan profesinya (misalnya *abortus provocatus*). Di sini juga ada faktor yang meringankan, yaitu membantu dan sekaligus faktor yang memberatkan yang berbarengan. Apakah dalam hal demikian, “pengurangan sepertiga” harus diartikan “pengurangan sepertiga dari maksimum delik pokok yang telah lebih dahulu diperberat atau ditambah sepertiga” ?

Mengenai hal ini harus ada jalan keluarnya. Sekedar perbandingan, misalnya di dalam KUHP Thailand ada pasal khusus yang mengatur masalah ini, yaitu Pasal 54 yang antara lain berbunyi:⁶⁶

In calculating the increase or reduction of the punishment to be inflicted, the Court shall determine the punishment to be inflicted upon the accused first and then the punishment shall be increased or reduced. If there are both increase and reduction of the punishment to be inflicted, the punishment shall be increased first and then reduced from the result of the addition. If the proportion of the increase is equal to or more than that of the reduction, the Court may, if it thinks it, not increase or not reduce the punishment.

⁶⁶ Barda Nawawi Arief, *Ibid*

Dari pasal di atas dapat disimpulkan, bahwa jika ada pemberatan dan pengurangan pidana bersama-sama, maka pidana diperberat lebih dahulu dan baru kemudian dikurangi dari hasil pemberatan/penambahan baru. Seberapa jauh jalan keluar demikian dapat diterima, masih diperlukan pengkajian yang lebih mendalam khususnya untuk contoh kasus pertama yang dikemukakan di atas (yaitu anak di bawah umur 18 tahun yang melakukan pengulangan), sebaiknya ditegaskan bahwa pemberatan pidana karena pengurangan tidak berlaku untuk anak di bawah 18 tahun. Perlu disusun ketentuan mengenai persyaratan dapat dipidanya “pengulangan”.

Telah disinggung di muka, bahwa perumusan ancaman pidana yang akan digunakan ialah sistem perumusan alternatif. Berdasarkan rambu-rambu yang terdapat dari hasil Lokakarya Februari 1986, pola perumusan pidana yang akan digunakan sebagai berikut:

1. jenis pidana yang diancamkan dalam perumusan delik terutama hanya pidana penjara dan pidana denda. Pidana mati hanya diancamkan untuk delik-delik tertentu dan selalu dialternatifkan dengan pidana penjara seumur hidup. Untuk delik-delik tertentu, pidana tambahan yang dapat berdiri sendiri secara murni atau bersifat imperatif akan dicantumkan secara tegas.
2. jumlah atau lamanya pidana yang akan dicantumkan, terutama jumlah maksimum khusus hanya dicantumkan untuk delik-delik tertentu.
3. maksimum khusus pidana penjara yang akan dicantumkan ialah:
 - a. maksimum paling rendah 1 (satu) tahun dan paling tinggi 15 tahun atau seumur hidup;
 - b. maksimum 20 tahun tidak digunakan sebagai ancaman maksimum untuk delik pokok yang berdiri sendiri, kecuali digunakan sebagai pemberatan untuk delik pokok yang bersangkutan;
 - c. dalam hal-hal tertentu, maksimum 20 tahun dapat diancamkan untuk delik pokok yang berdiri sendiri tetapi selalu dirumuskan sebagai alternative dari pidana penjara seumur hidup.
4. maksimum khusus pidana denda yang diancamkan adalah maksimum kategori denda.
5. ancaman pidana penjara dan denda akan dirumuskan secara tunggal dan secara alternatif, denda ketentuan :
 - a. untuk tindak pidana yang bobotnya dinilai kurang dari 1 (satu) tahun penjara, hanya akan diancam dengan pidana denda secara tunggal;
 - b. untuk tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara 1 s/d 7 tahun, akan selalu dialternatifkan dengan pidana denda;
 - c. untuk tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara lebih dari 7 tahun, diancam secara tunggal.
6. ancaman pidana maksimum untuk delik culpa, delik-delik penyiaran dan delik-delik permufakatan jahat, sejauh mungkin akan digunakan pola maksimum yang seragam.

4) Pidana Tunggal dan Alternatif

Untuk menerapkan ancaman pidana yang dirumuskan secara tunggal dan alternatif, maka sesuai dengan kesimpulan Lokakarya 1986 telah disusun pedoman menerapkan perumusan tunggal, dan pedoman menerapkan perumusan tunggal, serta pedoman menerapkan perumusan alternatif. Mengenai pedoman-pedoman tersebut beserta latar belakang pemikirannya dapat dijelaskan sebagai berikut:

- 1) Pedoman penerapan pidana penjara tunggal:
 - a) sistem perumusan tunggal merupakan peninggalan atau pengaruh yang sangat menyolok dari aliran klasik yang ingin mengobjektifkan hukum pidana dan oleh karena itu sangat membatasi kebebasan hakim dalam menetapkan jenis pidana. Kelemahan utama dari sistem ini adalah sifatnya yang sangat kaku, karena tidak memberi kelonggaran kepada hakim untuk memilih dan menentukan jenis pidana. Dengan hanya menetapkan pidana penjara sebagai satu-satunya pilihan, hakim dihadapkan pada suatu sistem yang sangat mekanis. Ia seolah-olah dihadapkan pada suatu sistem yang mau tidak mau secara otomatis harus memilih pidana penjara.
 - b) melihat ide dasar yang melatarbelakangi sistem perumusan tunggal di atas, maka hal itu jelas tidak sesuai dengan ide dasar yang melatarbelakangi ditetapkannya pidana penjara dengan sistem pemasyarakatan di Indonesia. Dengan demikian, dianutnya sistem perumusan tunggal yang sangat kaku dan absolut akan dirasakan adanya kontradiksi ide, karena konsepsi pemasyarakatan bertolak dari ide rehabilitasi, resosialisasi dan individualisasi pidana.
 - c) untuk mengimbangi dan menghindari sifat kaku dan absolut dari sistem perumusan tunggal, dipandang perlu diberikan suatu pedoman yang dapat dilihat sebagai “klep pengaman” (*veiligheidsklep*). Berdasarkan studi banding terhadap beberapa KUHP negara lain yang juga merumuskan semacam pedoman untuk menghadapi perumusan pidana penjara secara tunggal, antara lain KUHP Polandia, Thailand dan Norwegia, maka hal-hal yang perlu dirumuskan dalam “pedoman” itu ialah:
 - a. kewenangan hakim untuk tidak menjatuhkan pidana penjara (yang dirumuskan secara tunggal);
 - b. keadaan-keadaan atau syarat-syarat untuk dapat menerapkan atau menggunakan kewenangannya itu; dan
 - c. jenis-jenis alternatif sanksi yang dapat dijatuhkan oleh hakim sebagai pengganti dari pidana penjara tersebut.

Untuk jelasnya, contoh-contoh dari ketiga KUHP tersebut dapat digambarkan sebagai berikut:

Tabel 4. Contoh Pidana Tunggal dan Alternatif di Negara Lain

KUHP	Keadaan-keadaan/ Syarat-syarat untuk Tidak Menjatuhkan Pidana Penjara	Bentuk Alternatif
Polandia (Psl 54 jo 55)	1) tindak pidana yang bersangkutan, hanya diancam dengan pidana penjara. 2) minimal ancaman pidana penjara untuk tindak pidana yang bersangkutan tidak lebih dari 3 bulan; 3) pidana penjara yang akan dijatuhkan hakim, tidak lebih dari 6 bulan; 4) pidana penjara yang akan dijatuhkan, dipandang tidak akan menunjang tercapainya tujuan; 5) si pelanggar belum pernah dijatuhi pidana penjara untuk tindak pidana sengaja.	1. pembatasan kemerdekaan (<i>limitation of liberty</i>); 2. denda (fine) 3. pidana tambahan berupa: <ul style="list-style-type: none"> - pencabutan kekuasaan orang tua/wali; - larangan menduduki jabatan-jabatan tertentu; - larangan mengendarai kendaraan motor; - perampasan barang-barang tertentu
Thailand (Psl 23)	1) terdakwa melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara; 2) pidana penjara yang akan dijatuhkan, tidak lebih dari 3 bulan; 3) terdakwa tidak pernah dijatuhi pidana penjara, atau apabila pernah tetapi untuk tindak pidana culpa atau ringan.	
Norwegia (Psl 24)	1) terdakwa melakukan tindak pidana yang hanya diancam pidana penjara 2) tindak pidana yang dilakukan terdakwa itu tidak berasal dari jiwa/akhlak yang rusak.	Pidana “jail” yang dipersamakan dengan pidana penjara

- d) Rumusan syarat-syarat yang harus dipenuhi untuk tidak menjatuhkan pidana penjara, ialah:
1. terdakwa melakukan tindak pidana yang hanya diancam dengan pidana penjara (secara tunggal);
 2. pengadilan berpendapat tidak perlu menjatuhkan pidana penjara setelah mempertimbangkan:
 - a. tujuan pemidanaan
 - b. pedoman pemidanaan
 - c. pedoman penjatuhan pidana penjara.

3. terdakwa belum pernah dijatuhi pidana penjara untuk tindak pidana yang dilakukan setelah berumur 16 tahun.

Mengenai butir 3 perlu diberikan catatan, bahwa batasan 16 tahun masih dihubungkan dengan pasal 45 KUHP (*WvS*). Syarat pada butir 3 itu dimaksudkan untuk membatasi kewenangan hakim (mengenakan pidana denda sebagai pengganti pidana penjara tunggal) terhadap orang yang pernah dijatuhi pidana penjara untuk tindak pidana yang dilakukannya setelah berumur 16 tahun. Jadi apabila seorang anak di bawah 16 tahun pernah dijatuhi pidana penjara, kemudian melakukan lagi tindak pidana yang diancam pidana penjara secara tunggal, maka hakim tetap berwenang untuk tidak menjatuhkan pidana penjara kepadanya.

Apabila syarat-syarat di atas terpenuhi, maka pengadilan dapat menjatuhkan pidana denda walaupun tindak pidana yang bersangkutan hanya diancam dengan pidana penjara secara tunggal. Jadi sistem perumusan tunggal seolah-olah dapat menjadi sistem alternatif. Sistem tunggal itu dapat menjadi sistem kumulatif untuk delik tertentu, yaitu untuk tindak pidana korupsi.

Dimungkinkannya penjatuhan pidana secara kumulatif (penjara dan denda) untuk tindak pidana korupsi ini, dimaksudkan untuk menampung sistem kumulatif-alternatif (dan/atau) menurut UU Korupsi selama ini yang tidak lagi dianut dalam KUHP. Hanya mungkin perlu dicatat, bahwa istilah tindak pidana korupsi perlu lebih ditegaskan lagi dengan menyebutkan secara tegas delik-delik mana yang di dalam Buku II dinyatakan sebagai tindak pidana korupsi.

- e) dengan adanya rumusan, maka beberapa kemungkinan yang dapat diambil oleh pengadilan dalam menghadapi suatu perumusan tindak pidana yang hanya diancam dengan pidana penjara secara tunggal, ialah:
 - (1) menjatuhkan pidana penjara saja.
 - (2) menjatuhkan pidana tutupan
 - (3) menjatuhkan pidana denda saja, atau
 - (4) menjatuhkan pidana penjara dan denda secara kumulatif (untuk delik-delik tertentu/korupsi).

2) Pedoman Penerapan Pidana Denda Tunggal

Latar belakang pemikiran diadakannya pedoman penerapan pidana denda tunggal, ialah:

- a) dalam rancangan Buku II delik-delik yang hanya diancam dengan pidana denda secara tunggal adalah delik-delik yang pada umumnya dipandang “sangat ringan”;
- b) karena tindak pidana yang hanya diancam dengan pidana denda di pandang sangat ringan, maka dipandang perlu memberi kemungkinan kepada hakim untuk menjatuhkan pidana tambahan atau tindakan-tindakan tertentu saja, khususnya yang juga bernilai uang seperti denda.

Dalam perumusan konsepnya dapat diarahkan seperti dalam rumusan sebagai berikut, *“Jika tindak pidana hanya diancam dengan pidana denda, maka dapat dijatuhkan pidana tambahan atau tindakan”*

Namun untuk mencegah kemungkinan tidak efektifnya pidana denda bagi orang-orang tertentu (misal yang telah berulang kali melakukan tindak pidana yang diancam dengan denda saja atau yang telah berulang kali dijatuhi pidana denda), maka dipandang perlu pula memberi kemungkinan kepada hakim menjatuhkan pidana penjara maksimum 1 (satu) tahun atau pidana pengawasan ditambah pidana denda.

Dengan adanya hal tersebut diatas, maka beberapa kemungkinan yang dapat diambil oleh pengadilan dalam menjatuhkan pidana terhadap orang yang melakukan tindak pidana yang hanya diancam dengan pidana denda secara tunggal, ialah:

- a) menjatuhkan pidana tambahan saja, atau
- b) menjatuhkan pidana tertentu saja, atau
- c) untuk residivis dapat menjatuhkan:
 - 1) pidana penjara maksimum 1 (satu) tahun, atau
 - 2) pidana pengawasan dan pidana denda.

3) Pedoman Penerapan Pidana Alternatif

Perumusan alternatif antara lain mengandung arti, bahwa hakim diberi kesempatan untuk memilih jenis pidana yang ditawarkan/dicantumkan dalam pasal yang bersangkutan (pidana penjara atau pidana denda).

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

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

Selanjutnya perlu ditekankan tentang dalam hal suatu tindak pidana diancam dengan pidana penjara atau pidana denda, pidana pokok yang lebih ringan harus lebih diutamakan apabila hakim berpendapat bahwa hal itu telah sesuai dan dapat menunjang tercapainya tujuan pemidanaan, hal tersebut mengandung unsur imperatif, hendak dituangkan suatu prinsip bahwa penggunaan sanksi pidana hendaknya tetap memperhatikan prinsip subsidiaritas. Dalam arti, jenis pidana yang lebih berat baru digunakan apabila jenis sanksi pidana lainnya yang lebih ringan dipandang kurang sesuai atau tidak dapat menunjang tercapainya tujuan pemidanaan.

Walaupun sistem alternatif pada dasarnya bersifat memilih salah satu, namun dalam mengembangkan pemikiran kedua-duanya dapat dipilih. Dasar pemikirannya adalah, bahwa apabila misalnya pidana penjara 6 tahun ditawarkan secara alternatif dengan pidana denda Rp 6 juta, maka dapat diartikan “bobot” kedua jenis pidana itu dipandang sama. Artinya, pidana 6 tahun penjara seolah-olah identik dengan denda Rp 6 juta. Bertolak dari pemikiran demikian, maka bobot maksimum pidana 6 tahun penjara atau Rp 6 juta itu dipandang senilai dengan jumlah (kumulasi) dari separuh maksimum pidana penjara (3 tahun) dan

separuh maksimum pidana denda (Rp 3 juta). Jadi dalam perumusan alternatif sebenarnya terkandung juga ancaman pidana secara kumulatif sebesar $\frac{1}{2}$ (maksimum penjara + maksimum denda).

Apabila garis pemikiran di atas dilanjutkan, maka konsep pidana sebesar $\frac{1}{2}$ maksimum penjara dapat diganti dengan pidana pengawasan (yang maksimumnya 3 tahun) dan $\frac{1}{2}$ maksimum denda Rp 3 juta) bersama-sama. Dapat dijatuhkannya pidana pengawasan bersama-sama dengan pidana denda itu didasarkan pada pokok pemikiran, bahwa dengan pidana pengawasan saja seolah-olah ada kesan terdakwa tidak dipidana. Di samping itu, didasarkan pada pokok pemikiran yang sedang berkembang saat ini untuk memberi kemungkinan penggabungan jenis sanksi yang bersifat pidana (*straf/pubishment*) dengan jenis sanksi yang lebih bersifat tindakan (*maatregel/treatment*). Pidana pengawasan yang disebutkan di atas merupakan jenis sanksi non-custodial yang lebih bersifat tindakan.

Dari uraian di atas, terlihat beberapa kemungkinan yang dapat dijatuhkan oleh hakim terhadap pelaku tindak pidana yang diancam pidana secara alternatif (penjara atau denda), yaitu:

- 1) menjatuhkan pidana penjara saja (yang dapat diganti dengan pidana pengawasan), atau
- 2) menjatuhkan pidana denda saja, atau
- 3) menjatuhkan pidana penjara dan pidana denda (dengan batas: separuh dari jumlah maksimum masing-masing), atau
- 4) pidana pengawasan (maksimum 3 tahun) dan denda (separuh dari maksimum).

Bab 2

Hubungan (Ilmu) Hukum Pidana dan Kriminologi

Gambaran kejahatan itu sangat kompleks dan bervariasi. Pada praktiknya, kejahatan ada yang dapat bersumber dari lisan hingga tindakan. Perbuatan ujaran kebencian (*hate speech*) dapat berubah menjadi perbuatan jahat/kejahatan karena didasari oleh kebencian (*hate crimes*), baik melalui media sosial maupun secara nyata. Perbuatan itu tidak jarang menjelma menjadi perilaku kekerasan secara individu maupun kolektif dengan beragam pelakunya, hingga melibatkan ormas dan organisasi radikal.

Misalnya, kejahatan terorisme beserta segala hal yang dinilai dapat mempengaruhinya, termasuk upaya pencegahan dan penanggulangannya, mulai dari secara bersama yang melibatkan Polri dan masyarakat maupun secara mandiri. Kejahatan lain yang patut menjadi perhatian seperti kejahatan jalanan (*blue collar crime*) dan kejahatan kerah putih (*white collar crime*), pembunuhan, kekerasan seksual, pemerkosaan, perampokan hingga aksi begal, serta korupsi yang tak kunjung padam di segala lini dan di setiap bidang, kasus Century, termasuk kasus e-KTP, korupsi kasus Asuransi Jiwasraya 16,8 triliun rupiah, dan belakangan ini kasus potensi/dugaan korupsi Kartu Prakerja 5,6 triliun rupiah yang konon diluncurkan untuk mengurangi beban ekonomi masyarakat calon pencari kerja sebagai akibat Pandemi Covid-19, pembebasan narapidana melalui program integrasi dan asimilasi untuk menghindari penularan masifnya Covid-19 di lingkungan Lembaga Pemasyarakatan, bahkan sampai meningkatnya angka kriminalitas yang dilakukan oleh eks narapidana hasil asimilasi, yang dapat dipandang sebagai suatu permasalahan kejahatan yang tidak dapat dipandang ringan, terutama di saat sebagian besar kondisi ekonomi dan sosial masyarakat berada diambang kesusahan akibat ketakutan, kekhawatiran terhadap wabah Pandemi Covid-19 yang dimulai dari bulan Januari sampai dengan tulisan ini diturunkan Mei 2020, yang diperkirakan dampaknya akan berakhir melewati akhir tahun 2020 ini. Data Covid-19 Provinsi Lampung bersumber dari Dinas Kesehatan¹ adalah:

Tabel 1. Data Covid-19 Provinsi Lampung Periode Data 18 Maret – 21 Mei 2020

NO	KONDISI	KETERANGAN	ANGKA
1	Orang Dalam Pemantauan (ODP): 3.135	Proses Pemantauan	88
		Selesai Pemantauan 14 hr	3.042
		Meninggal	5
2	Pasien dalam Pengawasan (PDP): 97	Masih Dirawat/isolasi	14
		Pulang/Sembuh/Negatif	65

¹ Radar Lampung dan Tribun Lampung, Senin 18 Mei 2020, hlm. 1. Data diperbaharui oleh www.dinkes.lampungprov.go.id Kamis, 21 Mei 2020 Pukul 11.56 WIB

		Meninggal	18
3	Kasus Terkonfirmasi Covid-19 (POSITIF): 101	Masih Dirawat/Isolasi	63
		Sembuh	31
		Meninggal	7

Sumber: Dinas Kesehatan Provinsi Lampung, Kamis, 21 Mei 2020 Pukul 11.56
WIB Tugas Penanganan COVID-19 Provinsi Lampung.

Crime follows civilization just as the shadow follow the body (kejahatan selalu mengikuti perkembangan peradaban sebagaimana bayangan mengikuti tubuh manusia), maka seiring dinamika kehidupan masyarakat yang semakin kompleks, kejahatan juga terus mengalami perkembangan. Oleh karena itu, pemahaman dan pemaknaan terhadap berbagai ragam dan jenis kejahatan, menjadi pondasi yang baik dan kokoh dalam upaya pencegahan dan penanggulangan kejahatan.

Kejahatan memang merupakan masalah yang tiada habis-habisnya untuk dibahas. Kejahatan yang bersifat *violence* (kekerasan) hingga *non-violence* (tanpa kekerasan), atau kejahatan jalanan (*blue collar crime*) hingga kejahatan kerah putih (*white collar crime*) merupakan fenomena yang terjadi hampir merata di Indonesia maupun mancanegara.

Lemahnya reaksi sosial dan penegakan hukum terhadap kejahatan dapat menjadikan masyarakat menjadi terbiasa dengan kejahatan. Kebiasaan itu harus dicegah. Upaya untuk memahami dan memaknai ragam dan jenis kejahatan, sejatinya adalah bagian tidak terpisahkan dari upaya untuk mencegah dan menanggulangi kejahatan yang terjadi di masyarakat.

A. Pengertian Kriminologi

Sutherland merumuskan Kriminologi sebagai *The Body of Knowledge regarding crime as social Phenomenon*. Kriminologi sebagai keseluruhan ilmu pengetahuan yang bertalian dengan perbuatan jahat (kejahatan) sebagai gejala sosial. Menurutnya, Kriminologi mencakup proses-proses pembuatan hukum, pelanggaran hukum, dan reaksi (masyarakat) atas pelanggaran hukum, sehingga Kriminologi dibaginya menjadi tiga yaitu:

1. Sosiologi hukum, yaitu ilmu tentang perkembangan hukum
2. Etiologi hokum, yaitu ilmu yang mencoba melakukan analisis ilmiah mengenai sebab-sebab kejahatan

3. Penologi, yaitu ilmu yang menaruh perhatian atas perbaikan narapidana.

Bonger membagi Kriminologi menjadi 5 (lima) cabang, yakni:

1. *Criminal antropology*, merupakan ilmu pengetahuan tentang manusia yang jahat (*somatios*). Ilmu ini memberikan suatu jawaban atas pertanyaan tentang orang yang jahat dalam tubuhnya mempunyai tanda-tanda, misalnya ada hubungan antara suku bangsa dengan kejahatan;
2. *Criminal sociology*, yaitu ilmu pengetahuan tentang kejahatan sebagai suatu gejala masyarakat. Ilmu tentang sebab-sebab kejahatan dalam masyarakat;
3. *Criminal psychology*, yaitu ilmu pengetahuan tentang sisi kejiwaan dari penjahat;
4. Psikopatologi dan neuropatologi kriminal, yaitu ilmu tentang penjahat yang sakit jiwa atau urat syarafnya;
5. Penologi, yaitu ilmu tentang perkembangan pidana dalam hukum pidana.

Di samping Bonger membagi lima bagian cabang Kriminologi, dia juga menyampaikan pandangannya terkait "Kriminologi Terapan" yang dibagi menjadi 3 (tiga) bagian:

1. Higiene kriminal, yakni usaha/upaya/sarana untuk melakukan pencegahan akan terjadinya kejahatan;
2. Politik kriminal, yakni usaha/upaya/sarana untuk melakukan penanggulangan kejahatan yang telah terjadi;
3. Kriminalistik (ilmu kepolisian/*police scientific*), yakni ilmu teknik penyelidikan dan penyidikan (kepolisian) untuk melakukan pengungkapan kejahatan yang telah terjadi, terutama menangkap dan membuktikan perkara kejahatan yang rumit dan berbelit-belit.

Upaya pencegahan dan penanggulangan kejahatan (dikenal sebagai konsep hukum PPK) ini dikaji dalam Kebijakan Kriminal yang menggunakan usaha/upaya/sarana penal (pidana) dan nonpenal (bukan/selain pidana) untuk mencegah dan menanggulangi kejahatan, serta menghapuskan atau menghilangkan faktor penumbuh/pemicu timbulnya kejahatan yang terjadi di masyarakat.

Menurut Wolfgang, Savitz dan Johnston, bahwa Kriminologi, yaitu sebagai kumpulan ilmu pengetahuan kejahatan yang bertujuan untuk memperoleh pengetahuan dan pengertian tentang gejala kejahatan dengan cara mempelajari dan menganalisis secara ilmiah mengenai keterangan, keseragaman, pola, dan faktor penyebab/kausal yang berhubungan dengan kejahatan, pelaku kejahatan (penjahat), serta reaksi masyarakat terhadap keduanya (kejahatan dan pelaku kejahatan). Jadi obyek studi Kriminologi meliputi:

1. Perbuatan yang disebut sebagai kejahatan (perbuatan jahat)
2. Pelaku kejahatan (penjahat)
3. Reaksi masyarakat yang ditunjukkan, baik terhadap perbuatan jahat maupun pelaku kejahatan.

Secara luas, Kriminologi diartikan sebagai ilmu pengetahuan yang mencakup semua materi pengetahuan yang diperlukan untuk mendapatkan konsep kejahatan

serta bagaimana pencegahan kejahatan dilakukan termasuk di dalamnya pemahaman tentang pidana atau hukuman. Bidang ilmu yang menjadi fokus Kriminologi dan objek studi kriminologi mencakup sebagai berikut:

1. Sosiologi hukum, memfokuskan perhatiannya pada objek studi kriminologi, yakni kejahatan (perbuatan jahat) dengan mempelajari hal-hal yang terkait dengan kondisi terbentuknya hukum pidana, peranan hukum dalam mewujudkan nilai-nilai sosial, dan kondisi empiris perkembangan hukum.
2. Etiologi kriminal, memfokuskan perhatiannya pada objek studi kriminologi, yakni penjahat (pelaku kejahatan), yaitu mempelajari alasan seseorang melanggar hukum pidana atau melakukan kejahatan, sementara orang lainnya tidak melakukan kejahatan.
3. Penologi, memfokuskan perhatiannya pada objek studi kriminologi, yakni reaksi sosial terhadap kejahatan dan penjahat, dengan mempelajari hal-hal terkait perkembangan pidana/hukuman, arti dan manfaat pidana yang berhubungan dengan *control of crime*.
4. Viktimologi, lebih memfokuskan perhatiannya pada objek studi kriminologi, yakni korban kejahatan, dengan mempelajari hal-hal terkait kedudukan korban kejahatan, interaksi yang terjadi antara korban dan penjahat, tanggung jawab korban pada saat sebelum dan selama kejahatan terjadi.

Dari penjelasan di atas, bahwa Kriminologi dapat disimpulkan sebagai proses pembentukan hukum, pelanggaran hukum, dan reaksi terhadap pelanggaran hukum, serta perbuatan melawan hukum yang tidak hanya mempelajari kejahatannya saja, tetapi juga mempelajari hukum pada saat dilakukan penegakan hukumnya.

B. Hubungan antara (Ilmu) Hukum Pidana dan Kriminologi

Hubungan antara ilmu hukum pidana dan kriminologi dapat dikatakan mempunyai hubungan timbal balik dan bergantung satu sama lain (*interrelation* dan *dependence*). Ilmu hukum pidana mempelajari akibat hukum dari perbuatan dilarang sebagai kejahatan (*crime*), yang dapat disingkat dengan nama "ilmu hukum kejahatan". Dengan demikian sebenarnya bagian hukum yang memuat tentang kejahatan disebut hukum kejahatan, hukum kriminal (*criminal law/penal law, misdaads-recht/delicten-recht*). Akan tetapi telah menjadi lazim bagi hukum tentang kejahatan itu dinamakan *strafrecht* yang salinannya di bahasa Indonesia adalah hukum pidana.

Kriminologi adalah ilmu yang mempelajari kejahatan, yang lazimnya mencari sebab-sebabnya sampai timbul kejahatan dan cara menghadapi kejahatan dan tindakan/reaksi yang diperlukan.

Kedua ilmu pengetahuan itu bertemu dalam fokus pada kejahatan, dengan prinsip-prinsip yang berbeda, karena objek dan tujuannya berbeda. Ilmu hukum pidana mempunyai objek pada aturan hukum tentang kejahatan dengan akibat hukum berupa pidana dan tujuannya untuk mendapatkan pengertian dan penggunaan pidana yang sebaik-baiknya guna mencapai kepastian hukum, kebenaran, dan keadilan, sedangkan Kriminologi mempunyai objek manusia penjahat yang melanggar peraturan hukum pidana dan tujuan mempelajarinya untuk memperoleh pengertian tentang sebab kejahatan, untuk memberikan/menjatuhkan

pidana dan/atau tindakan yang tepat agar manusia penjahat itu merasa jera, berkelakuan baik, dan tidak mengulang kembali melakukan kejahatan.

Interaksi antara Hukum Pidana dan Kriminologi karena:

1. Saat ini perkembangan Hukum Pidana memberi ruang perlindungan hukum bagi pelaku tindak pidana dengan memperhatikan hak hukum, kepribadian si penjahat, dan menghubungkan dengan jenis pidana dan berat ringannya pidana sebanding dengan kualitas perbuatan jahat yang dilakukannya.
2. Sejak dahulu tindak pidana yang dilakukan oleh orang gila atau anak-anak diberi perlakuan khusus. Akan tetapi, perhatian terhadap individu yang melakukan perbuatan jahat, saat ini telah mencapai perkembangan yang berbeda dari usaha sebelumnya. Pengertian Kriminologi telah terwujud dalam hukum pidana, sehingga *criminal science* saat ini menghadapi masalah dan tugas yang sama sekali baru yang hubungannya sangat erat dengan Kriminologi.

Kriminologi merupakan suatu ilmu pengetahuan yang deskriptif (menggambarkan) dan empiris berdasarkan hal-hal yang nyata dan tidak normatif, akan tetapi obyek penyelidikannya tertuju kepada kriminalitas yang tidak mungkin ditentukan tanpa ukuran-ukuran berdasarkan penilaian masyarakat.

Hubungan yang erat dengan kriminalitas merupakan syarat utama, sehingga berlakunya norma-norma hukum pidana dapat diawasi oleh kriminologi. Hubungan ini penting juga dipandang dari sudut praktis. Akan tetapi, lapangan kriminologi tidak dapat ditentukan sesuai dengan pengertian *crime* menurut hukum pidana karena pengertian *crime* menurut Kriminologi selalu berubah atau tidak tetap (*not invariable*) menurut waktu dan tempat.

C. Sumbangan Kriminologi Terhadap Hukum Pidana

Kriminologi memberikan sumbangan besar terhadap Hukum Pidana karena berlakunya norma-norma hukum pidana dapat diawasi oleh kriminologi. Dalam hubungan dengan dogmatik hukum pidana, kriminologi memberikan kontribusinya dalam menentukan ruang lingkup kejahatan atau perilaku yang dapat dipidana melalui kegiatan-kegiatan kriminalisasi, dekriminalisasi, dan depenalisasi terhadap perundang-undangan Hukum Pidana.

Hubungan kriminologi dengan hukum pidana sangat erat artinya hasil-hasil penyelidikan kriminologi dapat membantu pemerintah dalam menangani masalah kejahatan, terutama melalui hasil studi di bidang etiologi kriminal dan penologi. Kriminologi sebagai pengaruh pemikiran kritis yang mengarahkan studinya pada proses-proses (kriminalisasi), baik proses pembuatan maupun bekerjanya Undang-undang, dapat memberikan sumbangan besar di bidang sistem peradilan pidana tentang penegakan hukum pidana, akan dapat digunakan untuk memperbaiki bekerjanya aparat penegak hukum, seperti untuk memberikan perhatian terhadap penerapan hak-hak terdakwa maupun korban kejahatan, organisasi (birokrasi) penegakan hukum serta perbaikan terhadap perundang-undangan hukum pidana itu sendiri.

Menurut Paul Moedikdo Moeliono bahwa dengan mempelajari kriminologi untuk memperoleh pemahaman yang lebih baik terhadap norma dan nilai, baik yang diatur di dalam maupun di luar hukum pidana, khususnya perilaku yang sangat merugikan manusia dan masyarakat dan untuk memperoleh pemahaman reaksi sosial terhadap penyimpangan perbuatan itu. Oleh karena itu, kriminologi dapat berfungsi sebagai tinjauan/kajian/analisis/evaluasi terhadap hukum pidana dan memberikan rekomendasi guna perbaikan/pembaharuan/pembangunan hukum pidana.

Mochtar Kusumaatmadja² mengatakan bahwa dalam usaha pembinaan dan pembaharuan hukum nasional, apabila perlu akan juga diikutsertakan kalangan di luar hukum seperti ahli di bidang ilmu sosial lainnya serta bidang ilmu-ilmu lain yang perlu diikutsertakan apabila masalah yang ditanganinya menghendaknya.

Menurut Sudarto,³ bahwa pendirian Mochtar Kusumaatmadja itu dipandang tepat sekali karena memang dalam pembaharuan hukum, khususnya dalam pembaharuan hukum pidana, para ahli hukum pidana tidak dapat bekerja sendiri harus bekerja sama dengan ahli di bidang hukum lain. Ilmu hukum sebagai ilmu sosial yang normatif, artinya ilmu normatif tentang hubungan antarmanusia, sangat membutuhkan hasil-hasil dari ilmu-ilmu sosial lainnya, seperti ilmu sosiologi dan ilmu ekonomi, dan khususnya dalam pembentukan hukum pidana perlu 'bantuan' dari ilmu kriminologi.

Sudarto mendefinisikan kriminologi sebagai suatu pengetahuan empiris yang mempelajari dan mendalami secara ilmiah kejahatan dan orang yang melakukan kejahatan ('penjahat'). Secara skematis yang dipelajari kriminologi adalah:

- a. Gejala kejahatan, 'penjahat', dan mereka yang ada sangkut pautnya dengan kejahatan
- b. Sebab-sebab kejahatan
- c. Reaksi masyarakat terhadap kejahatan, baik secara resmi oleh penguasa maupun tidak resmi oleh masyarakat umum.

Dalam mempelajari kejahatan sebagai gejala dalam masyarakat karena menyangkut orang yang berbuat beserta lingkungannya, maka kriminologi tergantung pada hasil-hasil temuan ilmu-ilmu pengetahuan lainnya, misalnya antropologi, sosiologi, psikologi, ekonomi, kedokteran, statistik, dan lain-lain. Dengan demikian, maka sifat kriminologi dapat dikatakan interdisipliner. Ia

² Sudarto, Hukum dan Hukum Pidana, Alumni, Cetakan ke-5: tahun 2007, Bandung, 2007, hlm. 147.

³ Sudarto, Hukum dan Hukum Pidana, Alumni, Cetakan ke-5: tahun 2007, Bandung, 2007, hlm. 148.

memanfaatkan dan mengintegrasikan hasil-hasil penemuan dari berbagai disiplin ilmu di bidang kemasyarakatan dan perilaku orang tersebut. Mengingat akan hal itu, maka kriminologi adalah disiplin yang faktual dan bukan suatu disiplin yang normatif, meskipun mempunyai hubungan istimewa dengan hukum, ialah hukum pidana.

Pandangan Moeljatno⁴ mengenai ilmu hukum pidana dan kriminologi adalah pada umumnya sekarang orang menganggap bahwa dengan adanya kriminologi di samping ilmu hukum pidana, pengetahuan tentang kejahatan menjadi lebih luas karena orang mendapat pengertian, baik tentang penggunaan hukumnya terhadap kejahatan maupun pengertiannya mengenai timbulnya kejahatan dan cara-cara pemberantasannya, sehingga memudahkan penentuan adanya kejahatan dan bagaimana menghadapinya untuk kebaikan masyarakat dan penjahatnya itu sendiri.

Ilmu hukum pidana dan kriminologi merupakan pasangan dwi tunggal. Yang satu melengkapi yang lain. Kedua ilmu ini pada awal tahun 1980 an di Jerman dicakup dengan nama *Die gesammte Strafrechtswissenschaft* dan di negara-negara Angelsaks adalah *Criminal Science*.

⁴ Moeljatno, Azas-azas Hukum Pidana, Bina Aksara, Jakarta, 1987, hlm. 15.

Bab 3

SEJARAH DAN SUMBER HUKUM PIDANA (KUHP, Riwayat, dan Perkembangannya)

A. Sejarah Hukum Pidana

1. Sejarah Hukum Pidana Dunia

Menurut C.S.T. Kansil dan Christine S.T. Kansil¹ bahwa ketika Belanda datang di Indonesia telah ada suatu tata hukum (*rechtsorde*) sendiri, yaitu tata hukum asli, yang memang berlainan dengan tata hukum Belanda. Orang Belanda yang menduduki beberapa wilayah menggantikannya dengan suatu tata hukum Barat (Belanda). Akan tetapi orang Belanda tidak menundukkan dirinya pada tata hukum Indonesia asli. Orang Indonesia asli dan orang Belanda masing-masing hidup di bawah tata hukum sendiri atau masing-masing, yaitu orang Indonesia asli hidup di bawah kekuasaan hukum adat dan orang Belanda hidup di bawah kekuasaan hukum Belanda yang diimpor kesini atau Nusantara/Hindia Belanda. Sejak kedatangan orang Belanda di Indonesia, ada dualisme dalam tata hukum. Di samping suatu tata hukum yang bercorak asli (hukum adat) ada suatu tata hukum yang bercorak asing (hukum Belanda).

Hukum pidana menurut Van Hammel adalah semua dasar dan aturan yang dianut oleh suatu Negara dalam menyelenggarakan ketertiban hukum, yaitu dengan melarang apa yang bertentangan dengan hukum dan mengenakan suatu nestapa kepada yang melanggar peraturan tersebut.

Mempelajari sejarah hukum akan mengetahui bagaimana suatu hukum hidup dalam masyarakat pada masa periode tertentu dan pada wilayah tertentu. Sejarah hukum menjadi pegangan penting bagi ahli hukum (yuris) pemula untuk mengenal budaya dan pranata hukum.

a. Sebelum Ada Peradaban

Menurut Thomas Hobbes dalam bukunya *Leviathan* dijelaskan bahwa ada kondisi dimana manusia pada masa itu kehidupannya belum berkelompok *state of nature*. Setiap manusia menjadi serigala bagi sesamanya *homo homini lupus*.

b. Abad 16-17

Pada abad ini muncul era kerajaan *The Rise of the Monarchical Structure Era* dimana raja dianggap sebagai keturunan Tuhan. Raja dianggap berkuasa untuk mendefinisikan kejahatan dan menghukum orang yang dianggap jahat. Namun, karena tindakan raja yang bersifat sewenang-wenang, maka muncullah era baru.

c. Abad 18

Pada abad ini sering disebut sebagai *Age of Reason* muncul gerakan intelektual yang berfokus pada kebebasan dan sains. Revolusi tersebut menghasilkan *The French Declaration of Rights of Man and Citizen*, yang dibuat pertama kali untuk melindungi hak asasi manusia, yaitu tidak ada seorangpun yang bisa ditangkap dan dipenjarakan, kecuali berdasarkan hukum yang dibuat oleh masyarakat, bukan raja.

¹ C.S.T. Kansil dan Christine S.T. Kansil, *Sejarah Hukum di Indonesia*, Suara Harapan bangsa, Jakarta, 2014, hlm. 216.

Peristiwa itu mempengaruhi politik hukum di Nusantara. Tahun 1806 Belanda menjadi kerajaan di bawah Raja Lodewijke Napoleon yang mengangkat Herman William Daendels sebagai Gubernur Jenderal. Pengangkatan ini untuk mempertahankan Pemerintahan Jajahan Belanda di Hindia Belanda. Daendels membuat propaganda akan membuat suatu hukum untuk melindungi rakyat.

Secara umum sejarah hukum pidana di Indonesia dibagi menjadi beberapa periode yakni:

2. Sejarah Hukum Pidana Indonesia

a. Masa Kerajaan Nusantara

Pada masa kerajaan di Nusantara banyak kerajaan yang sudah mempunyai perangkat aturan hukum. Aturan tersebut tertuang dalam keputusan para raja ataupun dengan kitab hukum yang dibuat oleh para ahli hukum. Tidak dipungkiri lagi bahwa adagium *ubi societas ibi ius* sangatlah tepat. Karena dimanapun manusia hidup, selama terdapat komunitas dan kelompok masyarakat, maka akan ada hukum.

Hukum pidana yang berlaku pada zaman dahulu kala berbeda dengan hukum pidana modern. Hukum pada zaman dahulu kala belum memegang teguh prinsip kodifikasi. Aturan hukum lahir melalui proses interaksi dalam masyarakat tanpa ada campur tangan kerajaan. Hukum pidana adat berkembang sangat pesat dalam masyarakat.

Hukum pidana yang berlaku saat itu belum mengenal unifikasi. Di setiap daerah berlaku aturan hukum pidana yang berbeda-beda. Kerajaan besar seperti Kerajaan Sriwijaya sampai dengan Kerajaan Demak menerapkan aturan hukum pidana. Kitab Peraturan seperti *Undang-Undang Raja Niscaya*, *Undang-Undang Mataram*, *Jaya Lenggara*, *Kutara Manawa*, dan *Kitab Adilullah* berlaku dalam masyarakat pada masa itu. Hukum pidana adat juga menjadi perangkat aturan pidana yang dipatuhi dan ditaati oleh masyarakat nusantara.

Masyarakat adat Lampung yang dapat digolongkan ke dalam masyarakat yang beradat Pepadun dan beradat Sai Batin juga memiliki hukum adat. Masyarakat adat Lampung ini memiliki kitab hukum adat berupa *Cepalo*, *Kuntara Rajo Aso*, dan *Kuntara Raja Niti*. Kitab hukum adat itu mengatur tentang perilaku masyarakat adat Lampung terkait perbuatan yang menyangkut bidang hukum keperdataan dan hukum pidana. Bidang hukum pidana mengatur hukum pidana materiel dan hukum pidana formal, termasuk ancaman sanksi pidana bagi anggota masyarakat yang melakukan pelanggaran hukum di bidang hukum pidana.

Sampai dengan Abad ke-15, Hukum Pidana Adat Lampung bekerja secara dominan dan efektif dalam sistem penegakan hukum pidana adat masyarakat Lampung. Akan tetapi, setelah Abad ke-15 saat Belanda sudah masuk ke Indonesia, Hukum Pidana Adat Lampung mulai kehilangan pamornya. Hukum adat mulai ditinggalkan dan pengaruh eksistensinya semakin menurun sampai dengan keadaan sekarang ini. Namun demikian, ketentuan peraturannya masih ada dan terjaga di sejumlah daerah, meskipun semakin kurang efektif karena Hukum Pidana Adat Lampung sangat jarang diterapkan.

Sebagai contoh terkait penerapan Hukum Pidana Adat Lampung pada tahun 1976 telah terjadi kecelakaan lalu lintas yang korbannya menimpa seorang anak berumur 6 tahun dalam keadaan meninggal dunia karena terlindas mobil di daerah Langkapura. Pengendara mobil adalah warga keturunan Cina dan korban adalah warga adat Lampung. Penyelesaian kasusnya para pemuka adat Lampung dari pihak korban bersedia menerima uang sebesar seratus lima puluh ribu rupiah dari pihak pengendara mobil. Kemudian, di antara kedua pihak dibuat perjanjian persaudaraan di mana pihak pengendara mobil menyerahkan adiknya sebagai pengganti anak yang meninggal dan membantu untuk mengurus kepentingan keluarga pihak yang meninggal selayaknya seperti mengurus keluarga sendiri.²

Hukum pidana pada periode ini banyak dipengaruhi oleh agama dan kepercayaan masyarakat. Agama mempunyai peranan dalam pembentukan hukum pidana di masa itu. Pidana potong tangan yang merupakan penyerapan dari hukum pidana Islam serta pembuktian yang harus melibatkan lebih dari tiga orang menjadi bukti bahwa ajaran agama Islam mempengaruhi praktik hukum pidana pada masa itu.

Sejarah hukum (pidana) pada masa Jawa Kuno memiliki versi sendiri mengenai perbuatan jahat. Para pelakunya diancam dengan pidana mati, denda, hingga kutukan yang menyeramkan.³ Pada relief Karmawibhangga di Candi Borobudur terbaca seorang penjahat dengan pisau menyerang tiga orang. Seorang terjatuh, dua orang menghindar. Di bagian lain relief digambarkan ada adegan perkelahian tanpa senjata.

Menurut Slamet Pinardi, seorang arkeolog Universitas Gadjah mada (UGM) bahwa dalam “Upaya Pencegahan Kejahatan dalam Jaman Mataram Kuno” yang disampaikan dalam Pertemuan Ilmiah Arkeologi IV, relief selain mengajarkan hukum sebab akibat (kausalitas), juga relief dapat dianggap sebagai upaya mengurangi dan mencegah kejahatan pada masanya.

Selain dari relief, kejahatan dan pencegahannya juga tersirat dalam prasasti. Menurut Supratikno Rahardjo⁴ menyatakan bahwa seringkali tindakan kriminal itu disebut dengan istilah Jawa Kuno yang tak sepenuhnya dipahami. Hanya sebagian yang diketahui maksudnya dengan baik, terutama setelah dituliskan dalam kitab hukum.

Boechari⁵ dalam “Perbanditan di dalam Masyarakat Jawa Kuno” menjelaskan di prasasti bahwa tindak pidana disebut *sukhaduhkha*. Terhadap pelaku tindak pidana atau pelanggarnya terdapat tiga penangan, yaitu denda, hukuman mati

² Dwi Putri Melati, Pengantar Rancangan Penelitian Disertasi Mahasiswa Program Studi Doktor Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Lampung, *Refungsionalisasi Hukum Pidana Adat Lampung dalam Sistem Penegakan Hukum Pidana Berbasis Model Restorative Justice*, Program Studi Doktor Ilmu Hukum (PSDIH) Fakultas Hukum Universitas Lampung, Bandar Lampung, 2020.

³ Risa Herdahita Putri, *Hukuman Bagi Penjahat pada Zaman Kuno*, <https://historia.id/kuno/articles/hukuman-bagi-penjahat-pada-zaman-kuhp-6aq7b/page/4> 7 Agustus 2018, diunduh pada hari Rabu, 31 Maret 2021, pukul 21:04 Wib.

⁴ Supratikno Rahardjo, *Peradaban Jawa*,

⁵ Boechari, *Melacak Sejarah Kuno Indonesia Lewat Prasasti*,

atau hukuman badan, dan disumpahi dengan kata-kata yang menyeramkan (kutukan).

Kejahatan dalam *sukhaduhkha* yang dikenai penjatuhan pidana denda, misalnya *wankai kabūnan*, *wakcāpala*, *hastacapala*, *amuk*, dan *amungpang*. *Wankai kabūnan* artinya mayat yang terkena embun. Naskah Hindu, *Sārasamucca* ya menjelaskan perbuatan itu mendapat denda akibat kelalaian atas terjadinya pembunuhan di malam hari. Sampai-sampai pembunuhan itu tak diketahui siapa pun, sehingga mayatnya terkena embun di pagi hari. “Sedang tindak pidana pembunuhannya sendiri tentunya mendapat pidana yang sangat berat,” jelas Pinardi.

Berdasarkan pasal astadusta undang-undang *Kutaramanawardharmasastra*, seorang pembunuh hukumannya mati, seperti Lembu Sora, Patih Daha di era Majapahit, dituntut pidana mati setelah membunuh Kebo Anabrang, Perwira Kerajaan Singhasari dan Majapahit dalam pemberontakan Ranggalawe.

Wakcāpala artinya memaki-maki atau mengumpat. Perbuatan ini dikenai denda tergantung tingkatan atau derajat orang yang memaki dan dimaki. Pada masa Majapahit, perbuatan *wakcāpala* dijelaskan dalam kitab *Agama* Pasal 220 sampai dengan 225, misalnya seorang ksatria memaki brahmana didenda dua *tali*; waisya (petani) memaki brahmana didenda lima *tali*; sedangkan sudra memaki brahmana dihukum mati. “Kenakanlah pidana mati oleh sang Prabhu, pedagang yang memaki brahmana,” tulis Slamet Muljana dalam *Perundang-Undangan Majapahit*, mengutip kitab *Agama*.

Hastacapala adalah tindak pidana lain yang dikenai denda. *Hastacapala* adalah perkelahian dengan pukul-memukul atau baku hantam. *Mamuk* adalah mengamuk membabi buta hingga membahayakan orang lain. *Amungpang* atau *mamungpang* adalah merampas, merampok, dan memperkosa.

Sanksi denda dalam bentuk emas, Supratikno mencatat dari **Prasasti Patakan**, sekitar abad ke-11 M, disebutkan jumlah terkecil adalah *ma* (satu), *ka* (lima), *su* (sekitar 592,51 gram). Sedangkan **Prasasti Panggumulan** (926 M) menyebut yang terbesar adalah *ma* (satu), *ka* (lima), *su* (sekitar 3812,9 gram). Prasasti yang menyebutkan kasus kejahatan, contohnya **Prasasti Mantyasih** dari 829 Saka (907 M). Ceritanya, Rakai Watukura Dyah Balitung memberikan anugerah sima kepada lima orang Patih Mantyasih secara bergantian. Mereka berjasa, salah satunya menjaga keamanan di jalanan Desa Kuning. “Dari keterangan itu memberi kesan bahwa sebelumnya jalanan di Desa Kuning tak aman dan banyak gangguan perampok atau penjahat lainnya,” tulis Boechari.

Begal di Jawa Kuno⁶

Ken Angrok barangkali menjadi perampok paling melegenda di Jawa. Sepak terjangnya tidak saja membuat resah masyarakat di wilayah timur Gunung Kawi, tapi juga membuat penguasa di Tumapel hingga Daha kerepotan mengejanya.

⁶ Risa Herdahita Putri, *Begal di Jawa Kuno*, 6 Januari 2018.

Ternyata, banyak aksi bandit/begal yang tercatat dalam berbagai sumber, bahkan jauh sebelum Ken Angrok lahir pada abad 12 M. dalam banyak kasus, penguasa tak tinggal diam dengan mengamankan jalan yang menghubungkan antardaerah untuk distribusi barang dagangan.

Prasasti Mantyasih dari 970 M menceritakan penduduk Desa Kuning mengalami ketakutan, yang diperkirakan di lokasi itu sering terjadi pembegalan atau perampokan. Lima orang patih pun ditugaskan menjaga keamanan jalan. Ahli eligrifi Boechari⁷ menulis perampokan pada saat itu biasanya merajalela di daerah-daerah terpencil, perbukitan, perhutanan, atau muara sungai yang berdelta. Apalagi jika wilayah itu merupakan jalur perdagangan.

Sesuai dengan kondisi Desa Kuning yang berada di lereng Gunung Sindoro-Sumbing, sepetinya sejak dulu daerah itu adalah celah kledung yang menghubungkan Kedu dengan Wonosobo. Jalan itu melalui Garugn dan Pegunungan Dieng. Jalur ini bisa sampai ke pantai utara Pekalongan, atau ke barat melalui Banjarnegara, masuk daerah Banyumas terus ke Galuh.

Kasus perampok lainnya tercatat dalam Prasasti Kaladi (909 M). Pembegalan terjadi terhadap para pedagang dan nelayan yang melewati hutan Aranan. Hutan ini memisahkan Desa Gayam dan Desa Pyapya, yang kini diperkirakan menjadi Desa Pepe di selatan Pulungan, Jawa Timur. Adapun Desa Kaladi kemungkinan daerah di utara pesisir Sidoarjo. Kini, Kaladi bernama Kladi. Usai melakukan aksinya, pembegal masuk ke hutan Aranan sebelum kembali ke desanya, Mariwung. Supaya penduduk tidak ketakutan, hutan Aranan dijadikan sawah.

Perampok juga digambarkan dalam relief *Karmawibhangga* di kaki Candi Borobudur. Diceritakan dua penjahat berwajah garang dengan kumis lebat, berbadan kekar, menghunuskan pisau dan senjata panjang. Mereka menyerang beberapa pria yang nampak ketakutan. Salah satu di antaranya terjatuh dengan barang bawaan yang berjatuhan.

Hukuman mati

Dalam Purwadhigana, naskah hukum dari abad 10-11 M, disebutkan 18 jenis kejahatan, misalnya menjual milik orang lain (adwal tan drwya), pencurian (pawrttining maling), dan tindak kekerasan (ulah sahasa). dari 18 jenis kejahatan itu di antaranya adalah tindak pidana atau sukha dukkha yang disebut dalam Prasasti Sanguran (928 M), yaitu meludah (hidu kasirat), menganiaya (sahasa), memukul (hastacapala), dan mengeluarkan senjata tajam (mamijilaken wuri ning kikir). “Sember penghasilan kerjaan didapatkan pula dari denda atas tindak pidana (sukha dukkha),” kata Titi Surti Nastiti, Arkeolog Puslit Arkenas.

Menurut naskah hukum Agama atau kutaramanawa, pada masa Majapahit, pembunuhan, pencurian, dan semua kejahatan yang termasuk astadusta dan astacorah dihukum mati. Astaduta adalah delapan tindak pidana yang mengakibatkan kematian orang lain antara lain:

⁷ Boechari, *Perbanditan di dalam Masyarakat Jawa Kuno*,

1. membunuh orang tak berdosa
2. menyuruh membunuh orang tak berdosa
3. menyuruh melukai orang tak berdosa
4. makan bersama pembunuh
5. pergi bersama pembunuh
6. berteman dengan pembunuh
7. memberi tempat kepada pembunuh, dan
8. memberi pertolongan kepada pembunuh.

Astacorah adalah delapan kejahatan yang berhubungan dengan pencurian antara lain:

1. Mencuri
2. Menyuruh mencuri
3. Memberi jalan perbuatan mencuri
4. Memberi tempat bagi pencuri
5. Berteman dengan pencuri
6. Menunjukkan jalan kepada pencuri
7. Membantu pencuri, dan
8. Menyembunyikan pencuri

Menurut W.P. Groenevedelt menyebutkan semua kejahatan dikenakan denda-denda uang emas yang jumlahnya disesuaikan dengan kejahatan yang dilakukan, kecuali perampokan dan pencurian dihukum mati.

Kemudian, **Prasasti Kaladi** dari 831 Saka (909 M) menyebut kasus pembegalan menimpa pedagang dan nelayan yang lewat hutan Aranan. Hutan ini memisahkan Desa Gayam dengan Pyapya. Sementara **Prasasti Rukam** dari 829 Saka (907 M) menyebut dua istilah *samahala*. Sesuai dengan konteks kalimatnya, yang *pertama* berarti para petani. *Kedua*, kelompok orang yang suka mengganggu keamanan.

Pelecehan Seksual

Masyarakat lampau juga punya cara mengatasi pelecehan seksual. Paling jelas pada masa Majapahit diatur dalam Prasasti dan Undang-Undang *Agama*. **Prasasti Cangu** (1358 M) berisi aturan tempat penyeberangan di Bengawan Solo. Namin, ia juga memuat keterangan tersirat hukuman berat bagi pelaku pelecehan seksual yang disebut strisanggrahana.

Sementara dalam teks Undang-Undang *Agama*, ada bab *paradara* artinya istri orang lain atau perbuatan serong. Di sini disebutkan berbagai jenis hukuman dan denda bagi laki-laki yang mengganggu perempuan. Pemerkosa istri orang lain didenda sesuai kedudukan sang perempuan dalam kasta. Perempuan kasta tinggi, dendanya dua *laksa*; kasta menengah, dendanya *selaksa*; dan kasta rendah, dendanya lima *tali*.

Arkeolog Puslit Arkenas, Titi Surti Nastiti⁸ menjelaskan bahwa penentu jumlah denda adalah raja dan penerima denda adalah si suami. “Jika sedang memerkosa

⁸ Titi Surti Nastiti, *Perempuan Jawa*,

tertangkap basah oleh sang suami, pemerkosa boleh dibunuh,” tulis Titi Surti Nastiti.

Prasasti juga memuat kasus penyelewengan pajak, misalnya **Prasasti Palepangan** dari 828 Saka (906 M) dan **Prasasti Luitan** dari 823 Saka (910 M). salah satunya dilakukan oleh penarik pajak di desa (*nayaka*). Beberapa kali si *nayaka* lalai menghitung luas sawah petani. Akibatnya, rakyat membayar pajak lebih besar dari seharusnya. Sayangnya, prasasti itu tidak menyebutkan sanksi yang diterapkan pada pelakunya.

Pengganggu Sima

Selain menindak pengganggu ketenteraman sosial, ada pula tidak pidana terkait aturan *sima*. Jenis pelanggaran itu tidak rinci. Di prasasti hanya disebut dengan istilah yang mempunyai arti sama, yaitu mengganggu. Beberapa istilah yang biasa digunakan adalah *umulahulah* atau *ulahula*, *langgana*, *mungkil-mungkil*, dan *anrudhdha*.

Sejumlah prasasti juga menyebut daftar orang-orang yang dilarang mengganggu *sima* dan sanksinya. Meski memang *sima* tidak boleh diganggu siapa pun. Dalam prasasti disebutkan: *wang kabeh mageng admit sakwirnya*. Lalu diikuti dengan rinciannya yang terdiri atas *caturasrama* (*brahmacari*, *grhasta*, *wanaprasta*, *biksuka*). *caturwarna* (*Brahmana*, *Kstria*, *Waisya*, *Sudra*), pejabat desa (*apinghay*, *akurug*), dan terutama oleh raja dan *mantri*. Pelakunya diancam dengan kutukan mengerikan. Dalam prasasti, kutukan ditemukan di bagian *sapatha*.

Prasasti Pangumulan A dari 824 Saka (902 M), misalnya ada ancaman sanksi bagi yang merusak, mengusik tanah perdikan di desa Pengumulan, yang termasuk wilayah Puluwati, terutama bagi yang melenyapkan. Ia akan menemui *pancamahāpātaka*, lamanya seperti bulan berada di angkasa menerangi dunia. Pindari menjelaskan, *pancamahāpātaka* adalah lima dosa besar dan hukumannya. **Prasasti Mantyāsih** dari 829 Saka (907 M) menjelaskan lima dosa besar itu adalah membunuh seorang brahmana, melakukan *lamwukanyā*, durhaka kepada guru, membunuh janin, dan berhubungan dengan orang yang melakukan kejahatan di atas. Pindari mengatakan sanksi kutuk biasanya akan dibacakan pemimpin upacara (sang *akudur*) sambil memperlihatkan tindakan simbolik dengan memotong leher ayam atas landasan *watu kalumpang* dan membanting telur di atas *watu sima*. Terkadang juga sambil menaburkan abu, seperti yang ada dalam **Prasasti Balitung II (Prasasti Wukajana)** dari 830 Saka (908 M): “Barangsiapa berani mengusik sima di Wukajana, ibarat kepala ayam yang putus dari badannya dan takkan kembali lagi. Ia ibarat telur yang hancur lebur takkan kembali utuh. Ia juga bakal bernasib seperti kayu yang jadi abu karena hangus terbaka”. Ditambah lagi dengan ancaman “Bila orang yang bersalah pergi ke hutan ia akan dipatuk ular. Bila pergi ke ladang, ia akan disambar petir, meski hari itu tak hujan. Bila datang ke sungai agar dibelit tuwiran (binatang air). selanjutnya, ia akan menanggung lima dosa yang sangat besar *pancamahāpātaka*”. “Tampaklah ada upaya mencegah kejahatan yang akan

ditujukan terhadap keabsahan prasasti, karena prasasti tersebut berlaku sepanjang zaman (*dlaha ning dlaha*)”, jelas Pinardi.

b. Masa Sebelum Penjajahan Pemerintahan Belanda

Masa ini merupakan masa sebelum kedatangan bangsa Belanda untuk menjajah Indonesia pada tahun 1596. Pada waktu itu orang Indonesia telah mengenal dan memberlakukan hukum pidana adat. Hukum pidana adat yang mayoritas tidak tertulis ini bersifat lokal, dalam arti hanya diberlakukan di wilayah adat tertentu. Hukum adat tidak mengenal adanya pemisahan yang tajam antara hukum pidana dengan hukum perdata (privat). Pemisahan yang tegas antara hukum perdata yang bersifat privat dan hukum pidana yang bersifat publik bersumber dari sistem Eropa yang kemudian berkembang di Indonesia.

Persoalan dalam kehidupan sehari-hari masyarakat adat ditentukan oleh aturan-aturan yang diwariskan secara turun-temurun dan bercampur menjadi satu. Di beberapa wilayah tertentu, hukum adat sangat kental dengan agama yang dijadikan agama resmi atau secara mayoritas dianut oleh masyarakatnya. Di samping hukum pidana adat mengalami persentuhan dengan agama yang dipeluk oleh mayoritas penduduk, karakteristik lainnya adalah bahwa pada umumnya hukum pidana adat tidak berwujud dalam sebuah peraturan yang tertulis. Aturan-aturan mengenai hukum pidana ini dijaga secara turun-temurun melalui cerita, perbincangan, dan kadang-kadang pelaksanaan hukum pidana di wilayah yang bersangkutan. Namun, di beberapa wilayah adat di Nusantara, hukum adat yang terjaga ini telah diwujudkan dalam bentuk tulisan, sehingga dapat dibaca oleh khalayak umum. Sebagai contoh dikenal adanya Kitab Kuntara Raja Niti yang berisi hukum adat Lampung, Simbur Tjahaja yang berisi hukum pidana adat Sumatera Selatan, dan Kitab Adigama yang berisi hukum pidana adat Bali.

1) Masa Penjajahan

Pada masa periodisasi ini sangatlah panjang, mencapai lebih dari empat abad. Indonesia mengalami penjajahan sejak pertama kali kedatangan bangsa Portugis, Spanyol, kemudian selama tiga setengah abad dibawah kendali bangsa Belanda. Indonesia juga pernah mengalami pemerintahan di bawah kerajaan Inggris dan kekaisaran Jepang. Selama beberapa kali pergantian pemegang kekuasaan atas Nusantara juga membuat perubahan besar dan signifikan terhadap berlakunya hukum pidana.

Pola pikir hukum barat yang sekuler dan realis menciptakan konsep peraturan hukum baku yang tertulis. Pada masa ini perkembangan pemikiran rasional sedang berkembang dengan sangat pesat. Segala peraturan adat yang tidak tertulis dianggap tidak ada dan digantikan dengan peraturan-peraturan tertulis. Tercatat beberapa peraturan yang dibuat oleh pemerintah kolonial Belanda seperti Statuta Batavia (*Statute van Batavia*) yang memberlakukan dua peraturan hukum pidana, yakni KUHP bagi orang Eropa (*Wetboek voor de Europeanen*) yang berlaku sejak tahun 1867. Diberlakukan pula KUHP bagi orang non Eropa yang berlaku sejak tahun 1873.

a) Masa Penjajahan Belanda

Pada masa ini, hukum pidana yang berlaku adalah peraturan-peraturan yang terdapat pada *Wetboek van Strafrecht voor Nederlandsch-Indie* (WvSvNI) yang termuat dalam S.1915 No. 732 dan peraturan-peraturan pidana lainnya di luar WvSvNI yang berlakunya secara bertahap dibagi dalam beberapa masa sebagai berikut:

1) Masa *Vereenigde Oost Indische Compagnie* (VOC) Tahun 1602 - 1799

Masa pemberlakuan hukum pidana Barat dimulai setelah bangsa Belanda datang ke wilayah Nusantara, yaitu ditandai dengan diberlakukannya beberapa peraturan pidana oleh VOC (*Vereenigde Oost Indische Compagnie*). VOC sebenarnya adalah kongsi dagang Belanda yang diberikan “kekuasaan wilayah” di Nusantara oleh pemerintah Belanda. Hak keistimewaan VOC berbentuk Hak *Octrooi Staten General* yang meliputi monopoli pelayaran dan perdagangan, mengumumkan perang, mengadakan perdamaian dengan kerajaan-kerajaan di Nusantara, dan mencetak uang.

Dalam usahanya untuk memperbesar keuntungan, VOC memaksakan aturan-aturan yang dibawanya dari Eropa untuk ditaati orang-orang pribumi. Setiap peraturan yang dibuat VOC diumumkan dalam bentuk plakaat, tetapi pengumuman itu tidak disimpan dalam arsip. Sesudah diumumkan, plakaat peraturan itu kemudian dilepas tanpa disimpan, sehingga tidak dapat diketahui peraturan mana yang masih berlaku dan yang sudah tidak berlaku lagi. Keadaan demikian, menimbulkan keinginan VOC untuk mengumpulkan kembali peraturan-peraturan itu. Kumpulan peraturan-peraturan itu disebut sebagai *Statuten van Batavia* (Statuta Batavia) yang dibuat pada tahun 1642.

Pada tahun 1766 Statuta Batavia itu dibuat kembali dan dihasilkan Statuta Batavia Baru. Statuta itu berlaku sebagai hukum positif, baik bagi orang pribumi maupun bagi orang asing, dengan mempunyai kekuatan hukum yang sama dengan peraturan-peraturan lain. Walaupun statuta tersebut berisi kumpulan peraturan-peraturan, namun belum dapat disebut sebagai kodifikasi hukum karena belum tersusun secara sistematis. Dalam perkembangannya, salah seorang Gubernur Jenderal VOC, yaitu Pieter Both juga diberikan kewenangan untuk memutuskan perkara pidana yang terjadi di peradilan-peradilan adat. Alasan VOC mencampuri urusan peradilan pidana adat ini disebabkan oleh beberapa hal, antara lain:

- a. Sistem pemidanaan yang dikenal dalam hukum pidana adat tidak memadai untuk dapat memaksakan kepada penduduknya agar mentaati peraturan-peraturan;
- b. Sistem peradilan pidana adat terkadang tidak mampu menyelesaikan perkara pidana yang terjadi karena permasalahan alat bukti;
- c. Adanya perbedaan pemahaman mengenai kejahatan dan pelanggaran antara hukum pidana adat dengan hukum pidana yang dibawa VOC. Sebagai contoh suatu perbuatan yang menurut hukum pidana adat bukanlah dianggap sebagai kejahatan, namun menurut pendapat VOC perbuatan tersebut dianggap kejahatan, sehingga pelakunya perlu dipidana yang setimpal.

Bentuk campur tangan VOC dalam hukum pidana adat adalah terbentuknya Pepakem Cirebon yang digunakan para hakim dalam peradilan pidana adat.

Pepakem Cirebon itu berisi antara lain mengenai sistem pemidanaan seperti pemukulan, cap bakar, dirantai, dan sebagainya.

Pada tahun 1750 VOC juga menghimpun dan mengeluarkan Kitab Hukum Muchtaraer yang berisi himpunan hukum pidana Islam. Pada tanggal 31 Desember 1799, *Vereenigde Oost Indische Compagnie* dibubarkan oleh Pemerintah Belanda dan pendudukan wilayah Nusantara digantikan oleh Inggris. Gubernur Jenderal Raffles yang dianggap sebagai gubernur jenderal terbesar dalam sejarah koloni Inggris di Nusantara tidak mengadakan perubahan-perubahan terhadap hukum yang telah berlaku. Dia bahkan dianggap sangat menghormati hukum adat.

2) Masa *Besluiten Regering* (Tahun 1814-1855)

Setelah Inggris meninggalkan Nusantara pada tahun 1810, Belanda menduduki kembali wilayah Nusantara. Pada masa ini, peraturan terhadap koloni diserahkan kepada raja sepenuhnya sebagai penguasa mutlak, bukan kepada kongsi dagang sebagaimana terjadi pada masa VOC. Dengan dasar *Besluiten Regering*, yaitu berdasarkan Pasal 36 UUD Negeri Belanda, raja mempunyai kekuasaan mutlak dan tertinggi atas daerah-daerah jajahan. Dengan demikian negara Belanda pada masa itu menggunakan sistem pemerintahan monarkhi konstitusional. Raja berkuasa mutlak, namun kekuasaan diatur dalam sebuah konstitusi. Untuk mengimplementasikannya, raja kemudian mengangkat Komisaris Jenderal yang ditugaskan untuk melaksanakan pemerintahan di *Netherlands Indie* (Hindia Belanda). Mereka adalah Elout, Buyskes, dan Van der Capellen. Mereka tetap memberlakukan peraturan-peraturan yang berlaku pada masa Inggris dan tidak mengadakan perubahan peraturan karena menunggu terbentuknya kodifikasi hukum.

Dalam usaha untuk mengisi kekosongan kas negara, maka Gubernur Jendral Du bus de Gisignes menerapkan politik agraria dengan cara napi yang sedang menjalani hukuman dipaksakan untuk kerja paksa (*dwang arbeid*). Dengan adanya keterangan ini, maka praktis masa *Besluiten Regering* (BR) tidak memberlakukan hukum pidana baru. Namun demikian, beberapa peraturan perundang-undangan di luar hukum pidana ditetapkan pada masa ini, seperti *Reglement op de Rechterlijke Organisatie* (RO) atau Peraturan Organisasi Pengadilan (POP), *Algemeen Bepalingen van Wetgeving* (AB) atau Ketentuan-ketentuan Umum tentang Perundang-undangan, *Burgerlijk Wetboek* (BW) atau Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, *Wetboek van Koophandel* (WvK) atau Kitab Undang-Undang Hukum Dagang, dan *Reglement op de Burgerlijke Rechtsvordering* (RV) atau Peraturan tentang Hukum Acara Perdata.

3) Masa *Regering Reglement* (1855-1926)

Masa *Regering Reglement* dimulai karena adanya perubahan sistem pemerintahan di negara Belanda, dari monarkhi konstitusional menjadi monarkhi parlementer. Perubahan ini terjadi pada tahun 1848 dengan adanya perubahan dalam *Grond Wet* (UUD) Belanda. Perubahan ini mengakibatkan terjadinya pengurangan kekuasaan raja, karena Parlemen (*Staten Generaal*) mulai campur tangan dalam pemerintahan dan prundang-undangan di wilayah jajahan negara Belanda.

Perubahan penting ini adalah dicantumkan Pasal 59 ayat (1), (2), dan (4) yang berisi bahwa “Raja mempunyai kekuasaan tertinggi atas daerah jajahan dan harta kerajaan di bagian dari dunia. Aturan tentang kebijakan pemerintah ditetapkan melalui undang-undang. Sistem keuangan ditetapkan melalui undang-undang. Hal-hal lain yang menyangkut mengenai daerah-daerah jajahan dan harta, kalau diperlukan akan diatur dengan undang-undang”.

Dengan ketentuan seperti ini tampak jelas bahwa kekuasaan raja Belanda terhadap daerah jajahan di Indonesia berkurang. Peraturan-peraturan yang menata daerah jajahan tidak semata-mata ditetapkan raja dengan *Koninklijk Besluit*, namun harus melalui mekanisme perundang-undangan di tingkat parlemen. Peraturan dasar yang dibuat bersama oleh raja dan parlemen untuk mengatur pemerintahan negara jajahan adalah *Regeling Reglement* (RR). RR ini berbentuk undang-undang dan diundangkan dengan Staatsblad No. 2 Tahun 1855. Selanjutnya RR disebut sebagai UUD Pemerintah Jajahan Belanda. Pada masa berlakunya *Regeling Reglement* ini, beberapa kodifikasi hukum pidana berhasil diundangkan, yaitu:

- a. *Wetboek van Strafrecht voor Europeanen* atau Kitab Undang-undang Hukum Pidana Eropa yang diundangkan dengan Staatsblad No. 55 Tahun 1866.
- b. *Algemene Politie Strafreglement* atau tambahan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Eropa.
- c. *Wetboek van Strafrecht voor Inlander* atau Kitab Undang-undang Hukum Pidana Pribumi yang diundangkan dengan Staatsblad No. 85 Tahun 1872.
- d. *Politie Strafreglement* bagi orang bukan Eropa.
- e. *Wetboek van Strafrecht voor Nederlands-Indie* atau Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Hindia Belanda yang diundangkan dengan Staatsblad No. 732 Tahun 1915 dan mulai berlaku 1 Januari 1918.

4) Masa *Indische Staatsregeling* (1926-1942)

Indische Staatsregeling (IS) adalah pembaharuan dari *Regeling Reglement* (RR) yang mulai berlaku sejak 1 Januari 1926 dengan diundangkan melalui Staatsblad Nomor 415 Tahun 1925. Perubahan ini diakibatkan oleh perubahan pemerintahan Hindia Belanda yang berawal dari perubahan *Grond Wet* negara Belanda pada tahun 1922. Perubahan *Grond Wet* tahun 1922 ini mengakibatkan perubahan pada pemerintahan di Hindia Belanda.

Berdasarkan Pasal 61 ayat (1) dan (2) IS, susunan negara Hindia Belanda akan ditentukan dengan undang-undang. Pada masa ini, keberadaan sistem hukum di Indonesia semakin jelas, khususnya dalam Pasal 131 jo. Pasal 163 IS yang menyebutkan pembagian golongan penduduk Indonesia beserta hukum yang berlaku. Dengan dasar ini hukum pidana Belanda (*Wetboek van Strafrecht voor Nederlands-Indie*) tetap diberlakukan kepada seluruh penduduk Indonesia. Pasal 131 jo. Pasal 163 *Indische Staatsregeling* ini mempertegas pemberlakuan hukum pidana Belanda semenjak diberlakukan 1 Januari 1918.

b) Masa Penjajahan Pemerintahan Jepang

Pada masa pendudukan Jepang selama 3,5 tahun, hukum pidana yang berlaku di wilayah Indonesia tidak mengalami perubahan yang signifikan. Pemerintahan Bala Tentara Jepang (Dai Nippon) memberlakukan kembali peraturan jaman

Belanda dahulu dengan dasar *Gun Seirei* melalui *Osamu Seirei*. Pertama kali, Pemerintahan Militer Jepang mengeluarkan *Osamu Seirei* Nomor 1 Tahun 1942. Pasal 3 Undang-Undang tersebut menyebutkan bahwa semua badan pemerintahan dan kekuasaannya, hukum dan undang-undang dari pemerintah yang dulu tetap diakui sah untuk sementara waktu, asalkan tidak bertentangan dengan pemerintahan militer. Dengan dasar ini dapat diketahui bahwa hukum yang mengatur pemerintahan dan lain-lain, termasuk hukum pidananya, masih tetap menggunakan hukum pidana Belanda yang didasarkan pada Pasal 131 jo. Pasal 163 *Indische Staatsregeling*. Dengan demikian, hukum pidana yang diberlakukan bagi semua golongan penduduk sama yang ditentukan dalam Pasal 131 *Indische Staatsregeling*, dan golongan-golongan penduduk yang ada dalam Pasal 163 *Indische Staatsregeling*.

Untuk melengkapi hukum pidana yang telah ada sebelumnya, Pemerintahan Militer Jepang di Indonesia mengeluarkan *Gun Seirei* Nomor Istimewa 1942, *Osamu Seirei* Nomor 25 Tahun 1944, dan *Gun Seirei* Nomor 14 Tahun 1942. *Gun Seirei* Nomor Istimewa Tahun 1942, dan *Osamu Seirei* Nomor 25 Tahun 1944 berisi tentang hukum pidana umum dan hukum pidana khusus. Sedangkan *Gun Seirei* Nomor 14 Tahun 1942 mengatur tentang pengadilan di Hindia Belanda. Pada masa itu, hukum pidana yang berlaku disamping *WvSvNI*, berlaku pula peraturan yang terdapat dalam *Gunsei Keizirei* yang berlaku sampai dengan masa kemerdekaan.

Pada zaman ini, Indonesia telah mengenal dualisme Hukum Pidana karena wilayah Hindia Belanda dibagi menjadi dua bagian wilayah dengan penguasa militer yang tidak saling membawahi. Wilayah Indonesia Timur di bawah kekuasaan Angkatan Laut Jepang yang berkedudukan di Makassar, dan wilayah Indonesia Barat di bawah kekuasaan Angkatan Darat Jepang yang berkedudukan di Jakarta. Akibatnya, dalam berbagai hal terdapat perbedaan peraturan yang berlaku di masing-masing wilayah.

c) Masa KUHP 1915 sampai dengan Masa Sekarang

Selama lebih dari seratus tahun sejak KUHP Belanda diberlakukan terhadap dua golongan warganegara yang berbeda di Hindia Belanda. Hingga pada akhirnya dibentuklah KUHP yang berlaku bagi semua golongan sejak 1915. KUHP tersebut menjadi sumber hukum pidana sampai dengan saat ini. Pemberlakuan KUHP ini sebenarnya bukan merupakan aturan hukum yang menjadi karya agung bangsa. Sebab KUHP yang berlaku saat ini merupakan sebuah turunan dari *Nederland Strafwetboek* (KUHP Belanda). Sudah menjadi konsekuensi ketika berlaku asas konkordansi terhadap peraturan perundang-undangan.

KUHP yang berlaku di negeri Belanda sendiri merupakan turunan dari Code Penal Perancis. Code penal menjadi inspirasi pembentukan peraturan pidana di Belanda karena Belanda berdasarkan perjalanan sejarah merupakan wilayah yang berada dalam kekuasaan kekaisaran Perancis.

Sebagai sebuah Negara yang pernah dijajah oleh bangsa asing, hukum yang berlaku di Indonesia secara langsung dipengaruhi oleh aturan-aturan hukum yang

berlaku di Negara penjajah tersebut. Negeri Belanda yang merupakan negeri dengan sistem hukum Eropa Kontinental menurunkan bentuknya melalui asas konkordansi. Peraturan yang berlaku di Negara jajahan harus sama dengan aturan hukum negeri Belanda. Hukum pidana (*Strafrecht*) merupakan salah satu produk hukum yang diwariskan oleh penjajah Belanda.

Pada tahun 1965 LPHN (Lembaga Pembinaan Hukum Nasional) memulai suatu usaha pembentukan KUHP Nasional baru. Pembaharuan hukum pidana Indonesia harus segera dilakukan. Sifat undang-undang yang selalu tertinggal dari realitas sosial menjadi landasan dasar ide pembaharuan KUHP. KUHP yang masih berlaku hingga saat ini merupakan produk kolonial yang diterapkan di Negara jajahan untuk menciptakan kepatuhan dan kesadaran hukum pidana. Indonesia yang kini menjadi Negara yang merdeka dan berdaulat sudah saatnya menyusun dan memiliki sebuah peraturan hukum pidana baru yang sesuai dengan jiwa bangsa Indonesia, baik secara *sosiologis*, *politik*, *filosofis*, dan *adaptif* dengan peraturan hukum pidana Negara di dunia.

Jiwa bangsa Indonesia itu telah tertuang dan terumuskan dalam RUU KUHP yang tinggal menunggu untuk diundangkan oleh Pemerintah Republik Indonesia, setelah melalui pembahasan yang sangat panjang dengan Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia (DPR RI). Akan tetapi, Prolegnas DPR RI tahun 2021 belum mencantumkan RUU KUHP sebagai prioritas yang mau diundangkan. Namun, apa mau dikata sepertinya sejarah kembali diulang untuk menunda pengundangannya dengan berbagai dalih dan alasan, di antaranya terkait 14 pasal yang mendapat perhatian khusus masyarakat.

Prof. Dr. Muladi, S.H.⁹ dalam bukunya menyatakan bahwa Rancangan Undang-Undang tentang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (RKUHP atau RUU KUHP) telah dibahas secara intensif oleh Pemerintah RI dengan DPR RI sejak tahun 2015 sampai dengan tahun 2019. Pada tanggal 18 September 2019, pemerintah RI dan DPR RI telah menyepakati RUU KUHP dalam Pembahasan Tingkat I untuk dibahas dalam Pembahasan Tingkat II, yakni pengambilan keputusan di Rapat Paripurna.

Menindaklanjuti hasil pertemuan antara Presiden RI dengan Pimpinan DPR RI dan Pimpinan Komisi III DPR RI serta Poksi III DPR RI, Pemerintah melalui Menteri Hukum dan Hak Asasi Manusia mengirimkan surat dengan nomor M.HH.PR.05.01-38 tanggal 26 September 2019 perihal Penundaan Rapat Paripurna Pembahasan RUU KUHP kepada DPR RI untuk menunda Pembahasan RUU KUHP di Tingkat II pada periode sebelumnya dan membahas RUU KUHP secara lebih komprehensif di periode ini.

Pada tanggal 23 Januari 2020, Pemerintah dan DPR RI dalam Rapat Paripurna Penetapan Daftar Program Legislasi Nasional (Prolegnas) Rancangan Undang-Undang Prioritas Tahun 2020 telah menyepakati bahwa RUU KUHP merupakan

⁹ Muladi dan Diah Sulistyani RS, *Catatan Empat Dekade Perjuangan Turut Mengawal Terwujudnya KUHP Nasional* (Bagian I, 1980 - 2020), Penerbit Universitas Semarang, Semarang, 2020, hlm. 233.

salah satu RUU yang menjadi prioritas pembahasan tahun ini dengan nomor urut 5. Namun, Pemerintah kemudian mengkaji kembali pasal-pasal RUU KUHP yang berkembang dalam masyarakat dan menemukan bahwa terdapat 14 (empat belas) substansi RKUHP yang mendapatkan perhatian khusus dari masyarakat. Substansi yang dimaksud adalah sebagai berikut:

- a. Penyerangan harkat dan martabat Presiden dan Wakil Presiden.
- b. Menyatakan diri dapat melakukan tindak pidana karena memiliki kekuatan gaib.
- c. Dokter atau dokter gigi yang melaksanakan pekerjaan tanpa izin.
- d. *Contempt of court*.
- e. Unggas yang merusak kebun yang ditanami benih.
- f. Advokat yang curang.
- g. Penodaan agama.
- h. Penganiayaan hewan.
- i. Kontrasepsi.
- j. Perzinaan.
- k. Kohabitasi.
- l. Penggelandangan.
- m. Aborsi.
- n. Perkosaan.

Terkait nasib RUU KUHP, menurut Kepala Badan Pembinaan Hukum Nasional (BPHN) Prof. Benny Riyanto, bersama Staf Ahli Bidang Sosial Mien Usihen, didampingi Kepala Pusat Perencanaan Hukum Nasional, Djoko Pudjirahardjo beserta jajaran menghadiri Rapat Paripurna DPR RI dengan agenda Laporan Badan Legislatif (Baleg) atas hasil penyesuaian Prolegnas RUU Prioritas Tahun 2021 dan Prolegnas RUU Perubahan Tahun 2020 - 2024 yang dilakukan oleh Baleg bersama Menteri Hukum dan HAM dan Panitia Perancang UU DPD RI, yang telah disetujui dalam rapat kerja tanggal 14 Januari 2021 dalam Rapat Paripurna DPR RI, Selasa, 23 Maret 2021.

Penyusunan Prolegnas RUU Prioritas Tahun 2021, Baleg DPR RI dengan Menkumham serta Panitia Perancang Undang-Undang DPD RI pada rapat kerja yang diselenggarakan pada 9 Maret 2021 telah memutuskan dan menyepakati hasil penyusunan dan pembahasan Prolegnas RUU Prioritas Tahun 2021 dan evaluasi Prolegnas RUU Tahun 2020 - 2024 di antaranya adalah menetapkan Prolegnas RUU Prioritas tahun 2021 sebanyak 33 RUU, akan tetapi tidak mencantumkan RUU KUHP.

1) Masa Setelah Kemerdekaan

Masa pemberlakuan hukum pidana di Indonesia setelah Proklamasi Kemerdekaan 17 Agustus 1945, dibagi menjadi empat masa sebagaimana dalam sejarah tata hukum Indonesia yang didasarkan pada berlakunya empat konstitusi Indonesia, yaitu pertama masa pascakemerdekaan dengan konstitusi UUD 1945, kedua masa setelah Indonesia menggunakan konstitusi negara serikat Konstitusi Republik Indonesia Serikat, ketiga masa Indonesia menggunakan konstitusi sementara UUDS 1950, dan keempat masa Indonesia kembali kepada UUD 1945 dan hasil amandemen UUD NRI Tahun 1945.

a) Masa Tahun 1945-1949

Dengan diproklamirkannya negara Indonesia sebagai negara yang merdeka pada tanggal 17 Agustus 1945, Indonesia menjadi bangsa yang bebas dan berdaulat. Selain itu, proklamasi kemerdekaan dijadikan tonggak awal mendobrak sistem hukum kolonial menjadi sistem hukum nasional yang sesuai dengan jiwa dan kepribadian bangsa Indonesia. Bangsa Indonesia bebas dalam menentukan nasibnya, mengatur negaranya, dan menetapkan tata hukumnya. Konstitusi yang menjadi dasar dalam penyelenggaraan negara kemudian ditetapkan pada tanggal 18 Agustus 1945. Konstitusi itu adalah Undang Undang Dasar 1945.

Mewujudkan cita-cita bahwa proklamasi adalah awal pendobrakan sistem tata hukum kolonial menjadi sistem tata hukum nasional bukanlah hal yang mudah dan secara cepat dapat diwujudkan. Ini berarti bahwa membentuk sistem tata hukum nasional perlu pembicaraan yang lebih matang dan membutuhkan waktu yang lebih lama dari pada sekedar memproklamirkan diri sebagai bangsa yang merdeka. Oleh karena itu, untuk mengisi kekosongan hukum (*rechts vacuum*) karena hukum nasional belum dapat diwujudkan, maka UUD 1945 mengamanatkan dalam Pasal II Aturan Peralihan agar segala badan negara dan peraturan yang ada masih langsung berlaku, selama belum diadakan yang baru menurut Undang Undang Dasar ini.

Ketentuan ini menjelaskan bahwa hukum yang dikehendaki untuk mengatur penyelenggaraan negara adalah peraturan-peraturan yang telah ada dan berlaku sejak masa Indonesia belum merdeka. Sambil menunggu adanya tata hukum nasional yang baru, segala peraturan hukum yang telah diterapkan di Indonesia sebelum kemerdekaan diberlakukan secara sementara. Hal ini juga berarti *funding fathers* bangsa Indonesia mengamanatkan kepada generasi penerusnya untuk memperbaharui tata hukum kolonial menjadi tata hukum nasional. Presiden Sukarno selaku presiden pertama kali mengeluarkan kembali Peraturan Presiden Nomor 2 Tahun 1945 tanggal 10 Oktober 1945 yang terdiri dari dua pasal, yaitu:

Pasal 1: Segala badan-badan negara dan peraturan-peraturan yang ada sampai berdirinya negara Republik Indonesia pada tanggal 17 Agustus 1945, sebelum diadakan yang baru menurut Undang Undang Dasar, masih tetap berlaku asal saja tidak bertentangan dengan dengan Undang Undang Dasar tersebut.

Pasal 2: Peraturan ini mulai berlaku tanggal 17 Agustus 1945. Sekilas ini Perpres ini hampir sama dengan Pasal II Aturan Peralihan UUD 1945, namun dalam Perpres ini dengan tegas dinyatakan tanggal pembatasan yaitu 17 Agustus 1945.

Sebagai dasar yuridis pemberlakuan hukum pidana warisan kolonial sebagai hukum pidana positif di Indonesia, keluarlah Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946 tentang Peraturan Hukum Pidana. Pasal 1 undang-undang tersebut secara tegas menyatakan: Dengan menyimpang seperlunya dari Peraturan Presiden Republik Indonesia tertanggal 10 Oktober 1945 Nomor 2 menetapkan bahwa

peraturan-peraturan hukum pidana yang berlaku sekarang adalah peraturan-peraturan hukum pidana yang ada pada tanggal 8 Maret 1942. Dengan titik tonggak waktu penyerahan kekuasaan Belanda kepada Jepang atas wilayah Indonesia.

Berarti semua peraturan hukum pidana yang dikeluarkan oleh pemerintahan militer Jepang dan yang dikeluarkan oleh Panglima Tertinggi Bala Tentara Hindia Belanda (NICA) setelah tanggal 8 Maret 1942 dengan sendirinya tidak berlaku. Pasal 2 undang-undang tersebut juga dinyatakan bahwa semua peraturan hukum pidana yang dikeluarkan Panglima Tertinggi Bala Tentara Hindia Belanda dicabut. Pasal 2 ini diperlukan karena sebelum tanggal 8 Maret 1942 Panglima Tertinggi Bala Tentara Hindia Belanda mengeluarkan *Verordeningen van het militer gezag*. Secara lengkap bunyi Pasal 2 UU Nomor 1 Tahun 1946 adalah sebagai berikut:

“Semua peraturan hukum pidana yang dikeluarkan panglima tertinggi bala tentara Hindia Belanda dulu (*Verordeningen van het militer gezag*) dicabut.”

Pemberlakuan hukum pidana Indonesia dengan ditetapkannya UU Nomor 1 Tahun 1946 tentang Peraturan Hukum Pidana, ternyata belum menjawab persoalan. Kenyataan ini karena perjuangan fisik bangsa Indonesia atas penjajahan Belanda belum selesai. Secara *de jure* memang Indonesia telah memproklamkan diri sebagai bangsa yang merdeka, namun secara *de facto* penjajahan Belanda atas Indonesia masih saja berkelanjutan. Melalui aksi teror yang dilancarkan oleh NICA Belanda maupun negara-negara boneka yang berhasil dibentuknya, Belanda sebenarnya belum selesai atas aksi kolonialismenya di Indonesia. Bahkan pada tanggal 22 September 1945, Belanda mengeluarkan kembali aturan pidana yang berjudul *Tijdelijke Buitengewonge Bepalingen van Strafrecht* (Ketentuan-ketentuan Sementara yang Luar Biasa Mengenai Hukum Pidana) dengan Staatsblad Nomor 135 Tahun 1945 yang mulai berlaku tanggal 7 Oktober 1945.

Ketentuan itu antara lain mengatur tentang diperberatnya ancaman pidana untuk tindak pidana yang menyangkut ketatanegaraan, keamanan dan ketertiban, perluasan daerah berlakunya pasal-pasal tertentu dalam KUHP, serta dibekukannya Pasal 1 KUHP agar peraturan ini dapat berlaku surut. Nampak jelas bahwa maksud ketentuan ini untuk memerangi pejuang kemerdekaan. Dengan adanya dua peraturan hukum pidana yang diberlakukan di Indonesia oleh dua “penguasa” yang bermusuhan ini, maka muncullah dua hukum pidana yang diberlakukan bersama-sama di Indonesia. Para ahli hukum pidana berpendapat adanya dua hukum pidana ini disebut Masa Dualisme KUHP.

b) Masa Tahun 1949-1950

Tahun 1949-1950 negara Indonesia menjadi Negara Serikat, sebagai konsekuensi atas syarat pengakuan kemerdekaan dari negara Belanda. Dengan perubahan bentuk negara ini, maka UUD 1945 tidak berlaku lagi dan diganti dengan Konstitusi Republik Indonesia Serikat. Sebagai Aturan Peralihannya, Pasal 192 Konstitusi RIS menyebutkan: Peraturan-peraturan undang-undang dan ketentuan-

ketentuan tata usaha yang sudah ada pada saat Konstitusi ini mulai berlaku, tetap berlaku dengan tidak berubah sebagai peraturan-peraturan dan ketentuan-ketentuan Republik Indonesia Serikat sendiri, selama dan sekedar peraturan-peraturan dan ketentuan-ketentuan itu tidak dicabut, ditambah atau diubah oleh undang-undang dan ketentuan-ketentuan tata usaha atas kuasa Konstitusi ini.

Dengan adanya ketentuan itu praktis hukum pidana yang berlaku pun masih tetap sama dengan dahulu, yaitu *Wetboek van Strafrecht* yang berdasarkan Pasal 6 ayat (2) UU Nomor 1 Tahun 1946 dapat disebut sebagai Kitab Undang-Undang Hukum Pidana. Namun demikian, permasalahan Dualisme KUHP yang muncul setelah Belanda datang kembali ke Indonesia pascakemerdekaan masih tetap berlangsung pada masa ini.

c) Masa Tahun 1950-1959

Setelah negara Indonesia menjadi negara yang berbentuk negara serikat selama 7 bulan 16 hari, sebagai trik politik agar Belanda mengakui kedaulatan Indonesia, maka pada tanggal 17 Agustus 1950 Indonesia kembali menjadi Negara Kesatuan Republik Indonesia. Dengan perubahan ini, maka konstitusi yang berlaku pun berubah, yakni diganti dengan UUD Sementara. Sebagai peraturan peralihan yang tetap memberlakukan hukum pidana masa sebelumnya, yaitu pada masa UUD Sementara, Pasal 142 UUD Sementara menyebutkan:

Peraturan-peraturan undang-undang dan ketentuan-ketentuan tatausaha yang sudah ada pada tanggal 17 Agustus 1950, tetap berlaku dengan tidak berubah sebagai peraturan-peraturan dan ketentuan-ketentuan Republik Indonesia sendiri, selama dan sekedar peraturan-peraturan dan ketentuan-ketentuan itu tidak dicabut, ditambah atau diubah oleh undang-undang dan ketentuan-ketentuan tata usaha atas kuasa Undang Undang Dasar ini.

Dengan adanya ketentuan Pasal 142 UUD Sementara ini, maka hukum pidana yang berlaku pun masih tetap sama dengan masa-masa sebelumnya, yaitu *Wetboek van Strafrecht* (Kitab Undang-Undang Hukum Pidana). Namun demikian, permasalahan Dualisme KUHP yang muncul pada tahun 1945 sampai akhir masa berlakunya UUD Sementara ini diselesaikan dengan dikeluarkannya Undang-Undang Nomor 73 Tahun 1958 tentang Menyatakan Berlakunya Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946 tentang Peraturan Hukum Pidana, untuk Seluruh Wilayah Republik Indonesia dan Mengubah Undang-undang Hukum Pidana. Dalam penjelasan undang-undang tersebut dinyatakan: “Adalah dirasakan sangat ganjil bahwa hingga kini di Indonesia masih berlaku dua jenis Kitab Undang-undang Hukum Pidana, yakni Kitab Undang-undang Hukum Pidana menurut UU Nomor 1 Tahun 1946 dan *Wetboek Strafrecht voor Indonesia* (Staatblad 1915 Nomor 732 seperti beberapa kali diubah), yang sama sekali tidak beralasan.

Dengan adanya undang-undang ini keganjilan itu ditiadakan. Dalam Pasal 1 ditentukan bahwa UU Nomor 1 Tahun 1946 dinyatakan berlaku untuk seluruh wilayah Republik Indonesia. Dengan demikian, permasalahan Dualisme KUHP yang diberlakukan di Indonesia dianggap telah selesai dengan ketetapan bahwa

UU Nomor 1 Tahun 1946 tentang Peraturan Hukum Pidana dinyatakan berlaku untuk seluruh wilayah Republik Indonesia.

d) Tahun 1959 - Sekarang

Setelah keluarnya Dekrit Presiden tanggal 5 Juli 1959, yang salah satunya berisi mengenai berlakunya kembali UUD 1945, maka sejak itu Indonesia menjadi Negara Kesatuan yang berbentuk Republik dengan UUD 1945 sebagai konstitusinya. Oleh karena itu, Pasal II Aturan Peralihan yang memberlakukan kembali aturan lama berlaku kembali, termasuk di sini hukum pidananya. Pemberlakuan hukum pidana Indonesia dengan dasar UU Nomor 1 Tahun 1946 pun kemudian berlanjut sampai sekarang.

Dengan demikian dapat disimpulkan bahwa Indonesia telah mengalami empat pergantian mengenai bentuk negara dan konstitusi, namun demikian ternyata sumber utama hukum pidana tidak mengalami perubahan, yaitu tetap pada *Wetboek van Strafrecht* (Kitab Undang-undang Hukum Pidana) walaupun pemberlakuannya tetap mendasarkan diri pada ketentuan peralihan pada masing-masing konstitusi

Masa ini adalah masa berakhirnya kekuasaan Jepang di Indonesia. Pada tahun 1946, Indonesia mengeluarkan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946 yang menyatakan bahwa peraturan-peraturan hukum pidana yang berlaku sekarang adalah peraturan hukum pidana yang ada pada tanggal 8 Maret 1942. Hal ini berarti bahwa sejak tahun 1946 hukum pidana yang digunakan Negara Indonesia adalah WvSvNI beserta peraturan-peraturan pidana di luar WvSvNI. Perubahan dan penambahan yang dilakukan pada masa pemerintahan Jepang tidak digunakan lagi. Dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946 juga menyatakan bahwa nama *Wetboek van Strafrecht voor Nederlandsch-Indie* (WvSvNI) diganti menjadi *Wetboek van Strafrecht* (WvS) dan secara resmi digunakan sebagai Undang-undang Hukum Pidana.

d. Sumber Hukum Pidana

1) KUHP

Sumber utama hukum pidana Indonesia adalah hukum pidana tertulis, selain itu di sejumlah daerah tertentu dan khusus untuk orang-orang tertentu berlaku hukum pidana yang tidak tertulis, yang juga bisa menjadi sumber hukum pidana.

Induk peraturan hukum pidana positif adalah Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) yang memiliki nama aslinya adalah *Wetboek van Strafrecht voor Nederlandsch Indie* (WvSvNI) atau KUHP Hindia Belanda sebagai Titah Raja (*Koninklijk Besluit*/KB) Nomor 33 tanggal 15 Oktober 1915. KB ini mulai berlaku sejak tanggal 1 Januari 1918.

KUHP atau WvSvNI merupakan salinan/turunan (*copie*) dari *Wetboek van Strafrecht* (WvS) Negeri Belanda yang selesai dibuat tahun 1881 dan mulai berlaku pada tahun 1886. Salinan ini tidak seratus persen sama dengan WvS, akan tetapi dilakukan penyimpangan-penyimpangan menurut kebutuhan dan keadaan Hindia Belanda. Namun, azas-azas dan filosofinya tetap sama dengan WvS

Negeri Belanda, yaitu hasil dari masa liberal kapitalis yang terjadi di Negeri Belanda.

KUHP yang ada saat ini diberlakukan setelah Proklamasi Kemerdekaan RI pada tanggal 17 Agustus 1945 dengan mendapatkan perubahan-perubahan penting berdasarkan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946 tentang Peraturan Hukum Pidana yang ditetapkan di Yogyakarta pada tanggal 26 Februari 1946. Undang-undang ini berasal dari Pemerintah RI Yogyakarta yang dirumuskan di antaranya sebagai berikut:

Pasal I: Dengan menyimpang seperlunya dari Peraturan Presiden Republik Indonesia tertanggal 10 Oktober No. 2, menetapkan bahwa peraturan-peraturan hukum pidana yang sekarang berlaku, ialah peraturan-peraturan hukum pidana yang ada pada tanggal 8 Maret 1942.

Berdasarkan rumusan ketentuan hukum pidana Pasal I berarti bahwa teks resmi (yang sah) KUHP Indonesia itu berbahasa Belanda.

Sementara itu, Pemerintah Hindia Belanda pada tahun 1945 kembali lagi ke Indonesia setelah mengungsi selama Zaman Pendudukan Jepang (1942-1945) juga melakukan perubahan-perubahan terhadap WvSvNI (KUHP Hindia Belanda), misal: dengan *staatblad* 1945 No. 135: *Tijdelijke Buitengewone bepalingen van Strafrecht* (Ketentuan-ketentuan Sementara yang Luar Biasa mengenai Hukum Pidana) pada Pasal 570 KUHP.

Perubahan-perubahan yang dilakukan oleh kedua Pemerintahan yang saling bermusuhan itu tentunya tidak sama, sehingga seolah-olah menimbulkan dua KUHP yang masing-masing memiliki ruang berlakunya sendiri-sendiri. Ada semacam 'dualisme' dalam KUHP, atau lebih tepatnya ada 'quasi dualisme'. Kondisi ini rupanya kurang disadari oleh aparat penegak hukum, khususnya Hakim. Mengenai kondisi ini Han Bing Siong memberi kupasan yang mendalam dalam majalah Hukum dan Masyarakat Tahun IV 1959 No.1.

Untuk menghapuskan keadaan ganjil tersebut, maka dikeluarkan Undang-Undang Nomor 73 Tahun 1958 (LN 1958 No. 127) yang menyatakan bahwa Undang-Undang RI No. 1 Tahun 1946 berlaku untuk seluruh wilayah Indonesia. Dengan dikeluarkannya ketentuan itu, maka segala perubahan yang diadakan Pemerintah Hindia Belanda sesudah tanggal 8 Maret 1942, yaitu saat menyerahnya Pemerintahan Hindia Belanda ke Pemerintahan Bala Tentara Jepang, dianggap tidak ada.

KUHP merupakan kodifikasi hukum pidana yang berlaku untuk semua golongan penduduk, ialah Bumiputera, Timur Asing, dan Eropa. Dengan demikian, di lapangan hukum pidana sejak 1918 sudah ada unifikasi. Kondisi ini tidak sama dengan hukum perdata, yang tidak hanya ada dualisme, bahkan pluralisme. Hukum pidana pun pernah mengalami dualisme yang sama sebelum tahun 1918, yaitu ada KUHP untuk orang Eropa dari golongan Eropa (KB 1866 No. 55) dan KUHP untuk orang Bumiputera dari golongan Bumiputera dan yang dipersamakan (*Ordonantie* 6 Mei 1872).

2) Di luar KUHP

Sumber hukum pidana tertulis lainnya, ialah peraturan-peraturan pidana di luar KUHP, yaitu peraturan-peraturan pidana yang tidak dikodifikasikan yang tersebar dalam sejumlah undang-undang atau peraturan-peraturan Pemerintah Pusat atau Daerah yang jumlahnya banyak sekali, di antaranya adalah:

1. Undang-Undang Tindak Pidana Ekonomi
2. Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi
3. Undang-Undang Lalu Lintas dan Angkutan Jalan
4. Undang-Undang Narkotika
5. Undang-Undang Penghapusan Kekerasan Dalam Rumah Tangga
6. Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Perdagangan Orang
7. Undang-Undang Terorisme
8. Undang-Undang Pornografi
9. Undang-Undang Tindak Pidana Pencucian Uang
10. Undang-Undang Perlindungan Anak
11. Undang-Undang Sistem Peradilan Pidana Anak
12. Undang-Undang Pencegahan dan Pemberantasan Perusakan Hutan

Catatan:

Wetboek : Kitab undang-undang terkodifikasi yang mempunyai kekuatan mengikat, misalnya KUH Pidana, KUH Perdata, KUH Dagang.

Rechtsboek : Kitab hukum bukan terkodifikasi yang tidak mempunyai kekuatan mengikat, misalnya Negara Kertagama, Kutaramanawa, Ciwacasana, Adatrecht van Middle Java, Saksen – Spiegel.

3) Hukum Pidana Adat

Sumber hukum pidana lainnya adalah hukum pidana adat. Hukum pidana adat untuk beberapa daerah masih diperhitungkan. Dasar hukum berlakunya hukum pidana adat pada zaman Hindia Belanda ditemukan pada Pasal 131 IS (*Indische Staatsregeling*) jo. AB (*Algemene Bepalingen van Wetgeving*). Semasa berlakunya UUD Sementara 1950 ada beberapa pasal yang dapat dijadikan dasar hukum, yaitu Pasal-Pasal 32, 43 ayat (4), 104 ayat (1), 14, 13 ayat (3), (2) dan 16 ayat (2).

Sebenarnya tidak diperlukan dasar hukum yang diambil dari ketentuan-ketentuan undang-undang karena hukum adat itu hukum asli dan sesuatu yang asli itu berlaku dengan sendirinya, kecuali jika ada hal-hal yang menghalangi berlakunya. Namun, bila masih ada orang yang mencari dasar hukumnya, maka dapatlah disebutkan Pasal 5 ayat (3) sub b Undang-Undang Darurat Nomor 1 Tahun 1951 (LN 1951 No. 9) yang dirumuskan sebagai berikut:

Hukum materiil sipil dan untuk sementara waktu pun hukum materiil pidana sipil yang sampai kini berlaku untuk kaula-kaula daerah Swapraja dan orang-orang yang dahulu diadili oleh Pengadilan Adat, ada tetap berlaku untuk kaula-kaula dan orang itu dengan pengertian: bahwa suatu perbuatan yang menurut hukum yang hidup harus dianggap perbuatan

pidana, akan tetapi tiada bandingnya dalam Kitab Hukum Pidana sipil, maka dianggap diancam dengan hukuman yang tidak lebih dari tiga bulan penjara dan/atau denda lima ratus rupiah, yaitu sebagai hukuman pengganti bilamana hukuman adat yang dijatuhkan tidak diikuti oleh pihak yang terhukum dan penggantian yang dimaksud dianggap sepadan oleh Hakim dengan dasar kesalahan terhukum.

Bahwa, bilamana hukuman adat yang dijatuhkan itu menurut pikiran Hakim melampaui padanya dengan hukuman kurungan atau denda yang dimaksud di atas, maka atas kesalahan terdakwa dapat dikenakan hukuman pengganti setinggi 10 tahun penjara, dengan pengertian bahwa hukum adat yang menurut paham Hakim tidak selaras lagi dengan zaman senantiasa diganti seperti tersebut di atas.

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

Dengan demikian, di beberapa daerah tertentu hukum pidana adat masih mempunyai kekuatan sebagai sumber hukum yang positif dan diterapkan oleh Pengadilan Negeri yang menggantikan kedudukan Pengadilan Adat atau Pengadilan-Pengadilan Swapraja, dengan beberapa pengecualian seperti tersebut di atas, praktis tidak ada artinya.

Dalam pada itu hukum yang tidak tertulis dapat menjadi sumber hukum yang negatif, artinya aturan-aturannya dapat menghapuskan sifat melawan hukumnya perbuatan, meskipun perbuatan-perbuatan itu nyata-nyata memenuhi rumusan delik dalam undang-undang, sehingga akhirnya pembuat tidak dipidana karena tidak melakukan sesuatu delik. Mengenai hal ini akan dibahas lebih lanjut dalam bab Sifat Melawan Hukum.

Dengan masih berlakunya hukum pidana adat, meskipun untuk orang dan daerah tertentu saja, maka sebenarnya dalam hukum pidana masih ada dualisme. Namun harus disadari bahwa hukum pidana tertulis tetap mempunyai peranan yang utama sebagai sumber hukum. Hal ini sesuai dengan azas legalitas (*nullum delictum, nulla poena, sine praevia lege poenali*) yang tercantum dalam Pasal 1 KUHP.

Memorie van Toelichting (Memori Penjelasan)

Di bagian depan berulang kali disebut *Memorie van Toelichting* (Memori Penjelasan), apakah sebenarnya MvT itu? MvT adalah penjelasan atas rencana/rancangan undang-undang hukum pidana (Penjelasan RUU HP) yang diserahkan oleh Menteri Kehakiman Negeri Belanda bersamaan dengan Rencana Undang-Undang Hukum Pidana (RUU HP) kepada Tweede Kamer (Parlemen) Belanda. RUU HP ini di kemudian hari pada tahun 1881 disahkan menjadi Undang-Undang Hukum Pidana (UU HP). Pada tanggal 1 September 1886 UU HP mulai diberlakukan.

Mengapa MvT masih diperlukan dalam pembahasan KUHP Hindia Belanda/Indonesia/WvS karena sebagai copy dari WvS Negara Belanda tahun 1886. Oleh

karena itu MvT dari WvS Belanda tahun 1886 dapat digunakan untuk mencari penjelasan dari pasal-pasal KUHP yang sekarang berlaku.

Sumber hukum pidana dibagi menjadi dua, yaitu sumber hukum pidana tertulis dan sumber hukum pidana tidak tertulis adalah:

- 1) Sumber hukum pidana tertulis, yaitu sumber hukum pidana tertulis dan terkodifikasi, misalnya KUHP. Sementara sumber hukum tertulis dan tidak terkodifikasi tersebar ke dalam peraturan perundang-undangan lain seperti UU Tindak Pidana Korupsi, UU Tindak Pidana Narkotika, UU Tindak Pidana Pencucian Uang, dan sebagainya.
- 2) Sumber hukum pidana tidak tertulis dan tidak terkodifikasi adalah hukum adat.

Hukum pidana di Indonesia bersumber dari hukum tertulis dan hukum tidak tertulis. Hal ini mengingat sistem hukum Indonesia bersifat pluralistik. Meskipun demikian, sumber utama hukum pidana terdapat dalam KUHP dan peraturan perundang-undangan hukum pidana lainnya, serta hukum adat atau hukum rakyat yang masih hidup. Dengan demikian, sumber hukum pidana yaitu *Wetboek van strafrecht* (S. 1915 No.732) atau KUHP yang merupakan kodifikasi hukum pidana sebagai induk peraturan hukum pidana positif.

Peraturan hukum pidana di luar kodifikasi:

- a. Undang-Undang Darurat Nomor 12 Tahun 1951 (LN RI Tahun 1951 No.78) tentang Senjata Api dan Bahan Peledak.
- b. Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (LN RI Tahun 1999 No. 140) jo. Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 tentang Perubahan atas UU No. 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (LN RI Tahun 2001 No. 134) jo. UU No. 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (LN RI Tahun 2002 No. 137).

Hukum pidana dapat berupa tertulis dan tidak tertulis, sehingga sumber hukum pidana juga berupa hukum pidana tertulis dan hukum pidana tidak tertulis adalah:

1. Sumber Hukum Pidana Tertulis

Sumber hukum pidana tertulis adalah sumber hukum pidana yang berupa peraturan hukum pidana yang dikeluarkan oleh lembaga negara yang berhak membuat peraturan hukum.

a. Sumber Hukum Pidana Tertulis yang Terkodifikasi (Sumber Hukum Utama)

Sumber hukum ini tersusun dalam satu buku. Sumber hukum pidana tertulis yang terkodifikasi yakni Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP). KUHP dikatakan sebagai sumber hukum utama karena dalam KUHP terdapat aturan-aturan umum hukum pidana yang berlaku bagi semua peraturan hukum pidana selama peraturan tersebut tidak mengatur sendiri. Dalam hal ini berlaku asas *Lex Specialis Derogat Legi Generali*.

Sebagai sumber hukum pidana yang tertulis dan terkodifikasi, KUHP memiliki sistematika sebagai berikut:

- 1) Buku I memuat Pasal 1- Pasal 103 berisi Ketentuan Umum
Buku I ini disebut sebagai Ketentuan/Aturan Umum karena berlaku untuk semua peraturan pidana, baik yang terdapat dalam KUHP maupun peraturan hukum pidana lain di luar KUHP sepanjang tidak mengatur sendiri secara khusus.
- 2) Buku II memuat Pasal 104 - Pasal 448 berisi tentang Kejahatan
- 3) Buku III memuat Pasal 449 - Pasal 669 berisi tentang Pelanggaran.

b. Sumber Hukum Pidana Tertulis yang Tidak Terkodifikasi

Sumber hukum ini meliputi segala peraturan perundang-undangan hukum pidana lain di luar KUHP.

- 1) Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 dan Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi
- 2) Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2004 tentang Penghapusan Kekerasan dalam Rumah Tangga
- 3) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2010 tentang Tindak Pidana Pencucian Uang, dan sebagainya.

Menurut Soedarto¹⁰ bahwa di samping pembagian hukum pidana dalam hukum pidana yang dikodifikasikan dan hukum pidana yang tidak dikodifikasikan ada pembagian lain, ialah hukum pidana umum (*ius commune*) dan hukum pidana khusus (*ius singulare* atau *ius speciale*). Hukum pidana umum dan hukum pidana khusus ini tidak boleh dijumbuhkan dengan bagian umum dari hukum pidana dan bagian khusus dari hukum pidana. Bagian umum dari hukum pidana memuat ketentuan-ketentuan atau ajaran-ajaran umum (*algemen leerstukken*), sedang bagian khususnya memuat perumusan tindak-tindak pidana. Dalam pada itu perlu pula diketahui, bahwa hukum pidana militer yang digolongkan sebagai hukum pidana khusus telah dikodifikasikan dalam *Wetboek van Militair Strafrecht* (Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Militer/Tentara). Berdasarkan uraian di atas, maka ada yang perlu mendapat perhatian, yaitu:¹¹

- a. Hukum pidana yang dikodifikasikan dan yang tidak dikodifikasikan
- b. Bagian umum dan bagian khusus dari hukum pidana
- c. Hukum pidana umum dan hukum pidana khusus
- d. Undang-undang pidana khusus.

2. Sumber Hukum Pidana Tidak Tertulis

Sumber hukum pidana tidak tertulis adalah kebiasaan-kebiasaan yang berlaku dalam suatu masyarakat tertentu, sehingga menjadi suatu peraturan hukum pidana adat. Hukum pidana adat ini masih diakui keberadaannya dengan masih berlakunya Pasal 5 Ayat (3) sub b Undang-undang Darurat Nomor 1 Tahun 1951.

e. Perubahan KUHP

Undang-undang (UU) yang memuat ketentuan hukum pidana baik berupa penghapusan norma hukum pidana, mengubah norma hukum pidana, maupun menambah norma hukum pidana baru dalam KUHP, serta undang-undang yang

¹⁰ Sudarto, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Alumni, 1981, hlm. 57.

¹¹ *Ibid.*, hlm. 58.

mengatur norma hukum pidana di luar KUHP baik yang mengatur kaedah hukum yang menyimpang dari aturan umum KUHP maupun yang tidak, dalam perkembangannya dapat didiskripsikan sebagai berikut:

- a. UU yang memuat ketentuan yang mencabut/menyatakan tidak berlaku bagi beberapa perumusan delik di dalam KUHP:
 - 1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946 tentang Peraturan Hukum Pidana: mencabut/menghapus Pasal 130, Pasal 132, Pasal 133, Pasal 135, Pasal 138, Pasal 139, (1), Pasal 153 bis, Pasal 153 ter, Pasal 161 bis, Pasal 171, dan Pasal 230 KUHP;
 - 2) Undang-Undang Nomor 8 Drt. Tahun 1955 tentang Tindak Pidana Imigrasi: menghapus Pasal 241 sub 1 dan Pasal 527 KUHP;
 - 3) Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 Tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi: menyatakan penghapusan Pasal 209, Pasal 210, Pasal 387, Pasal 415, Pasal 416, Pasal 417, Pasal 418, Pasal 419, Pasal 429, Pasal 423, dan Pasal 435 KUHP (yang berkaitan dengan korupsi).

- b. UU yang memuat ketentuan yang mengubah perumusan delik/norma hukum pidana dalam KUHP:
 - 1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946 tentang Peraturan Hukum Pidana: mengubah beberapa istilah/unsur delik berbahasa Belanda yang ada di dalam KUHP (*WvS*);
 - 2) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1960 tentang Perubahan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana: mengubah ancaman pidana dalam Pasal 188, Pasal 359, Pasal 260 KUHP (delik-delik *culpa*);
 - 3) Undang-Undang Nomor 16 Prp. Tahun 1960 tentang Beberapa Perubahan dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana: mengubah kata-kata "*vijf an twintig gulden*" menjadi "dua puluh lima rupiah", dalam Pasal 364, Pasal 373, Pasal 379, Pasal 384, dan Pasal 407 ayat (1) KUHP (semuanya kejahatan ringan);
 - 4) Undang-Undang Nomor 18 Prp. Tahun 1960 tentang Perubahan Jumlah Hukuman Denda dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana dan dalam Ketentuan-Ketentuan Pidana Lainnya yang dikeluarkan sebelum tanggal 17 Agustus 1945: melipatgandakan lima belas kali setiap jumlah ancaman pidana denda dalam KUHP dan dibaca dalam mata uang rupiah;
 - 5) Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1974 tentang Penertiban Perjudian: mengubah ancaman pidana untuk delik perjudian dalam Pasal 303 dan Pasal 542 KUHP serta mengubah sebutan Pasal 542 menjadi Pasal 303 bis.

- c. UU yang memuat ketentuan yang menambah/memasukkan delik baru ke dalam KUHP, antara lain:
 - 1) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1951 tentang Penangguhan Pemberian Surat Izin Kepada Dokter dan Dokter Gigi: menambahkan pasal baru yaitu Pasal 512 a (larangan praktek dokter tanpa surat izin);
 - 2) Undang-Undang Nomor 73 Tahun 1958 tentang Menyatakan Berlakunya Undang-Undang No. 1 Tahun 1946 Republik Indonesia Tentang Peraturan Hukum Pidana Untuk Seluruh Wilayah Republik Indonesia

- dan Mengubah Kitab Undang-Undang Hukum: memasukkan delik "penodaan terhadap bendera kebangsaan" ke dalam Pasal 154 a;
- 3) Undang-Undang Nomor 1 PNPS Tahun 1965 tentang Pencegahan Penyalahgunaan dan/atau Penodaan Agama: menambahkan/memasukkan delik "penodaan agama" ke dalam Pasal 156a;
 - 4) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1976 tentang Perubahan dan Penambahan Beberapa Pasal dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Bertalian dengan Perluasan Berlakunya Ketentuan Perundang-undangan Pidana, Kejahatan Penerbangan, dan Kejahatan Terhadap Sarana/prasarana Penerbangan: menambahkan delik penerbangan dan sarana/prasarana penerbangan ke dalam Bab XXIX A (Pasal 479 a s/d Pasal 479r);
 - 5) Undang-Undang Nomor 27 Tahun 1999 tentang Perubahan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana yang Berkaitan dengan Kejahatan Terhadap Keamanan Negara: menambah Pasal 107a s/d Pasal 107f (kejahatan terhadap keamanan negara) sebagai konsekuensi dihapuskannya Undang-Undang Pemberantasan Kegiatan Subversi (Undang-Undang No.11/PNPS /Tahun 1963).
- d. UU yang memuat ketentuan yang membuat perumusan norma hukum pidana sendiri di luar KUHP.
- 1) Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 Tentang Informasi dan Transaksi Elektronik
 - 2) Undang-Undang Nomor 36 Tahun 1999 Tentang Telekomunikasi
 - 3) Undang-Undang Nomor 14 Tahun 2001 Tentang Paten

Berdasarkan pencermatan terhadap perkembangan hukum pidana tersebut, menunjukkan bahwa KUHP atau *Wetboek van Strafrecht voor Nederlandsch-Indie* (S.1915 No. 732) yang dinyatakan berlaku di Indonesia berdasarkan UU Nomor 1 Tahun 1946 Jo. UU Nomor 73 Tahun 1958, baik pada bagian Ketentuan Umum (*general rules/algemene deel*) yang dimuat dalam Buku I KUHP maupun bagian rumusan Kejahatan (*misdriften*) yang dimuat dalam Buku II KUHP, dan rumusan Pelanggaran (*overtredingen*) yang dimuat dalam Buku III KUHP, tidak lagi dijadikan rujukan utama dalam merumuskan kebijakan legislasi dalam bidang hukum pidana.

Dalam konteks inilah seakan-akan terjadi dualisme 'sistem hukum pidana', yaitu sistem hukum pidana yang dibangun berdasarkan KUHP dan sistem hukum pidana yang dibangun berdasarkan undang-undang yang tersebar di luar KUHP. Keadaan yang sama juga terjadi dalam lapangan hukum acara pidana, yaitu perkembangan hukum acara pidana dalam undang-undang di luar KUHP telah menyimpang dari norma hukum acara pidana sesuai standar menurut KUHP. Perkembangan hukum pidana tersebut secara perlahan-lahan telah menimbulkan problem yang serius dalam penegakan hukum pidana, yaitu:

1. adanya pengkaplingan hukum pidana yang terlalu ketat yang kurang mempertimbangkan politik pembentukan hukum pidana;
2. terjadinya duplikasi norma hukum pidana antara norma hukum pidana dalam KUHP dengan norma hukum pidana dalam undang-undang di luar KUHP;

3. perumusan ancaman sanksi pidana sebagai parameter keadilan dalam penjatuhan pidana tidak terstruktur dan tidak sistematis;
4. terlalu banyak undang-undang yang membuat ketentuan pidana termasuk terlalu sering mengubah norma hukum pidana dalam KUHP.

Kondisi ini dapat tidak terjadi apabila pembuat undang-undang mentaati asas-asas hukum pengendali kodifikasi dalam ketentuan umum Buku I KUHP. Ketentuan Buku I seyogyanya berlaku juga bagi perbuatan yang dapat dipidana menurut peraturan perundang-undangan lain, kecuali ditentukan lain menurut peraturan perundang-undangan tersebut.

Keadaan hukum pidana tersebut telah menggugah kesadaran masyarakat Indonesia akan arti pentingnya pembaruan hukum pidana secara komprehensif, yang di dalamnya mengandung misi “konsolidasi” untuk mentaati asas-asas yang tersurat dan tersirat dalam Buku I KUHP guna membangun sistem hukum pidana nasional Indonesia yang solid, di samping misi dekolonisasi, harmonisasi, demokratisasi dan aktualisasi.

Usaha untuk mewujudkan keinginan tersebut telah dimulai sejak Tahun 1963 dengan disusunnya Rancangan Undang-Undang Hukum Pidana dalam suatu kitab hukum pidana atau Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Indonesia (KUHP). Kebijakan pembentukan KUHP Nasional Indonesia tersebut dapat menjadi peletak dasar bangunan sistem hukum pidana nasional Indonesia sebagai perwujudan dari keinginan untuk mewujudkan misi dekolonisasi KUHP peninggalan/warisan kolonial, demokratisasi hukum pidana, konsolidasi hukum pidana, dan adaptasi dan harmonisasi terhadap berbagai perkembangan hukum yang terjadi baik sebagai akibat perkembangan di bidang ilmu pengetahuan hukum pidana maupun perkembangan nilai-nilai, standar-standar serta norma yang hidup dan berkembang dalam kehidupan masyarakat hukum Indonesia dan dunia internasional, sekaligus sebagai refleksi kedaulatan nasional yang bertanggung jawab (*privilege, control and responsibility*).¹²

¹² ICISS, *The Responsibility to Protect*, 2001, hlm. 7.

Bab 4

BAGIAN UMUM DAN BAGIAN KHUSUS DALAM HUKUM PIDANA SERTA RUANG BERLAKUNYA PERATURAN PERUNDANG- UNDANGAN HUKUM PIDANA MENURUT WAKTU DAN TEMPAT

A. Bagian Umum dan Bagian Khusus dalam Hukum Pidana

Ketentuan hukum pidana menurut jenisnya dibagi menjadi dua, yaitu:

1. Ketentuan hukum pidana yang bersifat umum yang berlaku untuk seluruh lapangan hukum pidana, baik yang terdapat dalam KUHP maupun di luar KUHP, kecuali apabila ditentukan lain. Ketentuan umum ini dimuat dalam Buku I KUHP tentang Aturan/Ketentuan Umum Pasal 1 s.d. Pasal 103 KUHP. Buku I KUHP inilah yang disebut Bagian Umum (*Algemeen deel/allgemeiner Teil/Partie generale*). Pada Bagian Umum ini dimuat mengenai percobaan, penyertaan, daluwarsa, daya paksa, pembelaan darurat, dan sebagainya.

Menurut Hazewinkel-Suringa bahwa seolah-olah bagian umum itu merupakan 'persekutuan pembagi terbesar' (*grootste gemen deler*) dari keseluruhan ketentuan pidana. Penempatan suatu ketentuan di dalam bagian umum atau tidak itu persoalan teknik perumusan perundang-undangan. Hal ini dapat disebut sebagai ekonomis dalam hukum pidana.

2. Ketentuan hukum pidana yang bersifat khusus, yang menyebut perbuatan (terlarang) mana yang dapat dipidana dan ancaman pidananya. Ketentuan khusus ini terdapat dalam Buku II KUHP tentang Kejahatan dan Buku III KUHP tentang Pelanggaran serta ketentuan diluar KUHP. Buku II dan Buku III inilah yang disebut Bagian Khusus atau Delik/Tindak Pidana (*Besonderer teil/Partie Speciale*).

Hubungan antara bagian umum dan bagian khusus hukum pidana itu erat sekali. Sejarah hukumnya, bagian umum itu tumbuh berangsur-angsur (evolitif) dari bagian khusus dan tumbuh kembang hukum pidana itu masih berlangsung sampai saat ini.

Ilmu pengetahuan hukum pidana memberi arti yang lebih luas terhadap bagian umum ini dengan dimasukkannya ajaran umum (*algemene leertukken* atau *allgemeine Lehren*) mengenai kesalahan, sifat melawan hukum, kausalitas, dan sebagainya. Menurut E. Mezger bahwa dalam hukum pidana, pemisahan bagian umum ini mempunyai arti yang lebih besar jika dibandingkan dengan lapangan hukum lainnya karena ketentuan-ketentuan untuk mengadakan penilaian perihal perbuatan jahat (*Verbrechen*) dan pidana terletak di bagian umum dan melalui ketentuan-ketentuan itu orang dapat memahami ciri-ciri atau detil dari delik-delik khusus.

Pembagian hukum pidana menjadi bagian umum dan bagian khusus itu ada penulis buku pelajaran hukum pidana yang menguraikan bagian umum dalam jilid kesatu dan bagian khusus dalam jilid kedua seperti D. Simons dan E. Mezger. E. Mezger secara sistematis membagi bagian umum menjadi tiga bagian diuraikan dalam bukunya *Strafrecht* Jilid I, yaitu:

1. *Das Strafgesetz* (Undang-Undang Pidana) sebagai inventarisasi peraturan pidana yang berlaku.
2. *Straftat*, yang menguraikan syarat-syarat untuk dapat dilakukan ppidanaan.
3. Pidana, dalam arti luas.

Penulis lainnya hanya menguraikan bagian umum, di antaranya D. Hazewinkel-Suringa, W.P.J. Pompe, J. Baumann, Karni, J.E. Jonkers, dan Zevenbergen, misalnya D. Hazewinkel-Suringa dalam bukunya *Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht* ialah:

1. Patut dipidananya perbuatan dan si pembuat (*De strafbaarheid van feit en dader*).
2. Hal penuntutan (*Verrolgbaarheid*).
3. Hukum penitensier (*Penitentiair rechts*) berisi hal terkait pidana.
4. Teori pidana (*strafrechts theorie*).

W.P.J. Pompe dalam bukunya *Handboek van het Nederlandse Strafrecht* adalah:

1. Tindak pidana dan patut dipidananya orang yang berbuat (*De Strafbaarheid*).
2. Pidana dan tindakan lain yang dapat ditetapkan/dijatuhkan terhadap suatu tindak pidana (*Straffen en maatregelen*).
3. Hak untuk menuntut dan hak untuk menjalankan pidana (*recht tot vervelgen en het recht tot tenuitvoerlegging der Straf*).

Bagian umum berisi ketentuan-ketentuan hukum pidana yang berlaku untuk seluruh lapangan hukum pidana, baik yang terdapat dalam KUHP maupun di luar KUHP, kecuali ketentuan hukum pidana di luar KUHP itu menentukan/mengatur lain. Bagian umum dalam KUHP dimuat dalam Buku I tentang Aturan/Ketentuan Umum (*Algemeene Leerstukken*), yang diatur dalam Pasal 1 sampai dengan Pasal 103 KUHP. Pasal 103 ini adalah aturan penutup dari Buku I merupakan pasal yang mengatur tentang dapat dibuatnya undang-undang pidana lain di luar KUHP. Pasal 103 disebut pasal jembatan yang rumusannya sebagai berikut:

Ketentuan-ketentuan dalam Bab I sampai dengan Bab VIII buku ini juga berlaku bagi perbuatan-perbuatan yang oleh ketentuan perundang-undangan lainnya diancam dengan pidana, kecuali jika oleh undang-undang ditentukan lain.

Buku I ini mengatur ketentuan tentang batas berlakunya KUHP; stelsel pidana; alasan yang menghapuskan, mengurangkan, atau memberatkan pidana; percobaan (poging); penyertaan (*deelneming*); perbarengan (*concursum*); alasan hapusnya kewenangan menuntut dan menjalankan pidana, daluwarsa, pengulangan tindak pidana (*recidive*), dan sebagainya.

Perundang-undangan Pidana Umum ialah KUHP beserta semua perundang-undangan yang mengubah dan menambah KUHP itu, seperti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946, Undang-Undang Nomor 73 Tahun 1958, Undang-Undang Nomor 18 Tahun 1960, dan lain-lain.

Bagian umum (*general part*) atau aturan/ketentuan umum (*general rules*). Di dalam aturan umum inilah dimasukkan bangunan konsepsional sistem hukum

pidana (sistem pemidanaan) yang mencakup ketentuan mengenai asas-asas, tujuan pidana/pemidanaan, aturan dan pedoman pemidanaan, serta sebagai pengertian/batasan yuridis secara umum yang berkaitan dengan ketiga masalah pokok (tindak pidana, kesalahan, dan pidana). Secara doktrinal, bangunan konseptual hukum pidana yang bersifat umum inilah yang biasanya disebut ajaran-ajaran umum (*algemene leerstukken* atau *algemene lehren*), seperti masalah tindak pidana, sifat melawan hukum, kesalahan, pidana dan tujuan pemidanaan, asas-asas hukum pidana, dan lain sebagainya.

Di dalam KUHP yang sekarang berlaku, tidak semua bangunan/konstruksi konseptual sistem hukum pidana atau ajaran hukum pidana umum itu dirumuskan di dalam Bagian Umum Buku I. Materi yang tidak dirumuskan secara eksplisit dalam Buku I KUHP, antara lain ketentuan mengenai tujuan pemidanaan dan pedoman pemidanaan, pengertian/hakikat tindak pidana, sifat melawan hukum (termasuk asas tiada pertanggungjawaban pidana tanpa sifat melawan hukum/*no liability without unlawfulness*, asas ketiadaan sama sekali sifat melawan hukum secara material atau dikenal dengan asas *afwezigheids van alle materiele wederrechtelijkheid* (AVAW), masalah kausalitas, masalah kesalahan atau pertanggungjawaban pidana (termasuk asas tiada pidana tanpa kesalahan; asas *culpabilitas*, *no liability without blameworthiness*; *afwezigheids van alle schuld*-(AVAS); pertanggungjawaban akibat/*erfolgshaftung*; kesesatan/*error*; pertanggungjawaban korporasi).

Walaupun ajaran umum atau konstruksi konseptual yang umum itu tidak ada di dalam KUHP, tetapi semua itu ada di dalam pelajaran/ilmu hukum pidana dan umumnya diajarkan kepada mahasiswa hukum. Namun, karena tidak tercantum secara tegas/eksplisit di dalam KUHP, sering konstruksi konseptual yang umum itu dilupakan, bahkan kemungkinan diharamkan dalam praktik atau putusan pengadilan.¹

Barda Nawawi Arief² pada saat menjelaskan Sistematika KUHP juga membahas secara mendalam perihal bagian umum dan bagian khusus di dalam KUHP. Sistematika KUHP terdiri atas tiga buku, yaitu:

1. Buku I KUHP tentang Ketentuan-ketentuan Umum (Pasal 1 sampai dengan Pasal 103)
2. Buku II KUHP tentang Kejahatan (Pasal 104 sampai dengan Pasal 488)
3. Buku III KUHP tentang Pelanggaran (Pasal 489 sampai dengan Pasal 569).

Dari sistematika itu menunjukkan bahwa aturan-aturan KUHP terdiri atas dua bagian, yaitu:

¹ Salah satu putusan pengadilan yang tidak mengharamkan digunakannya tujuan pemidanaan sebagai dasar putusan, adalah putusan hakim Bismar Siregar, SH dalam kasus Ny. Elda (Ellya Dato), Putusan PN Jakarta utara-Timur No. 46/PID/78/UT/WANITA, 17 Juni 1978; Putusan Mahkamah Konstitusi No. 003/PUU-IV/2006 25 Juli 2006 mengenai penjelasan Pasal 2 UU Tindak Pidana Korupsi, terkesan mengharamkan sifat melawan hukum mateiel (sumber hukum tidak tertulis).

² Barda Nawawi Arief, Pelengkap Bahan Kuliah Hukum Pidana I, Yayasan Sudarto, Cetakan I, 1990, hlm. 17.

- a. Bagian umum di dalam Buku I yang memuat aturan-aturan umum
- b. Bagian khusus di dalam Buku II dan Buku III yang memuat aturan-aturan khusus mengenai tindak pidana yang berupa kejahatan dan pelanggaran.

Sistematika KUHP yang membagi bagian umum dan bagian khusus itu menimbulkan atau mempengaruhi pula pembagian dalam Ilmu Hukum Pidana menjadi dua bagian, yaitu:

- a. Ilmu hukum pidana umum, yang mempelajari bagian umum atau pelajaran-pelajaran umum dari hukum pidana, yakni mengenai pengertian-pengertian dan asas-asas hukum pidana yang menjadi dasar seluruh hukum pidana.
- b. Ilmu hukum pidana khusus, yang mempelajari bagian khusus dari hukum pidana, yakni mengenai delik-delik khusus.

a. Bagian umum KUHP

Bagian umum KUHP memuat ketentuan-ketentuan atau asas-asas umum hukum pidana yang dimaksudkan berlaku untuk seluruh lapangan hukum pidana, baik yang di dalam maupun yang di luar KUHP, kecuali ditentukan lain. Hal ini terlihat di dalam aturan penghabisan Pasal 103 KUHP yang dirumuskan sebagai berikut:

Ketentuan-ketentuan dalam bab I sampai dengan bab VIII dari buku ini berlaku bagi perbuatan-perbuatan yang oleh aturan-aturan dalam perundang-undangan lain diancam dengan pidana, kecuali jika ditentukan lain oleh undang-undang.

Dari ketentuan Pasal 103 secara jelas menunjukkan sebagai berikut:

- a. Ketentuan-ketentuan umum di dalam Buku I KUHP, selain berlaku untuk perbuatan-perbuatan yang diancam pidana di dalam KUHP, yakni Buku II dan Buku III berlaku juga untuk perbuatan-perbuatan pidana yang diatur oleh undang-undang lain, di luar KUHP.
- b. Berlakunya ketentuan-ketentuan Buku I KUHP untuk perbuatan-perbuatan yang diancam pidana di luar KUHP itu dengan ketentuan:
 - 1) Hanya bab I sampai dengan bab VIII (hanya ada 8 bab) yang berlaku; Bab IX tidak berlaku untuk di luar KUHP, tetapi hanya berlaku untuk KUHP saja.
 - 2) Berlakunya 8 bab dari Buku I KUHP itu apabila perundang-undangan di luar KUHP itu sendiri tidak memuat peraturan lain, jadi tidak mutlak berlaku karena masih dapat diterobos.

Catatan:

- 1) Bab IX Buku I KUHP memuat 17 pasal (Pasal 86 s.d. Pasal 102) hanya berlaku untuk KUHP karena hanya memuat beberapa arti dari istilah-istilah atau kata-kata yang digunakan di dalam KUHP (sebagai penafsiran otentik).
 - 2) Dapat diterobos ketentuan-ketentuan/asas-asas umum hukum pidana yang terdapat dalam Buku I KUHP oleh undang-undang lain adalah wajar karena kedudukannya sama atau sederajat, yakni sama-sama sederajat sebagai undang-undang.
- c. Asas-asas umum hukum pidana yang terdapat di dalam Buku I KUHP (yang merupakan warisan dari pemerintah Hindia Belanda) belum pernah dinilai

atau dirubah oleh badan pembentuk undang-undang nasional, apakah masih sesuai dengan asas-asas atau nilai-nilai tata susila, kemasyarakatan dan moral keagamaan dari negara/bangsa Indonesia yang ber-Pancasila. Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946 tidak merubah asas-asasnya, tetapi hanya merubah perkataan-perkataan/bagian-bagian kalimat saja.

Sehubungan dengan hal itu, maka dalam rangka usaha pembentukan KUHP Nasional sekarang ini telah berhasil disusun konsep Rancangan Undang-Undang KUHP. Buku I yang dimaksudkan untuk menggantikan bagian umum Buku I KUHP yang sekarang berlaku.

b. Bagian khusus KUHP

Dari ketentuan-ketentuan khusus yang diatur dalam Buku II dan Buku III KUHP, jelas terlihat bahwa KUHP hanya membagi tindak pidana dalam dua jenis saja, yakni kejahatan dan pelanggaran. KUHP tidak membuat definisi mengenai kejahatan dan pelanggaran itu. KUHP hanya menyebutkan atau mengumpulkan perbuatan-perbuatan mana yang masuk dalam Buku II KUHP (Kejahatan) dan mana yang masuk dalam Buku III KUHP (Pelanggaran). Hal ini demi kepastian karena perbedaan itu mempunyai konsekuensi atau akibat-akibat hukum tersendiri, antara lain:

- 1) Percobaan dan pembantuan dalam melakukan pelanggaran tidak dipidana (Pasal 54 dan Pasal 60 KUHP), yang dapat dipidana hanya percobaan dan pembantuan terhadap kejahatan
- 2) Pengurus, anggota pengurus dan komisaris dari suatu badan hukum yang diancam pidana berdasar Pasal 59 KUHP hanya berlaku dalam hal melakukan pelanggaran saja
- 3) Dalam hal adanya perbarengan (*concursum*) maka pemidanaannya berbeda untuk kejahatan dan untuk pelanggaran (lihat Pasal 63-71 KUHP)
- 4) Delik aduan (dimana pengaduan merupakan syarat untuk diadakannya penuntutan) hanya ada untuk delik yang berupa kejahatan saja (lihat pasal 72-75 KUHP)
- 5) Tenggang lewat waktu (*daluwarsa*) untuk penutupan dan pelaksanaan pidana bagi kejahatan dan pelanggaran berbeda; *daluwarsa* penuntutan dan pelaksanaan pidana untuk kejahatan lebih lama dari pada untuk pelanggaran (lihat Pasal 78 dan 84 KUHP)
- 6) Pembayaran denda maksimum untuk penebusan (*menghindari*) penuntutan, hanya berlaku untuk pelanggaran (Pasal 82 KUHP).

Pembagian dia jenis delik dalam KUHP (kejahatan dan pelanggaran) sesuai dengan pembagian di dalam kodifikasi hukum pidana Negeri Belanda (*WvS* Belanda) tahun 1881. Sebelum berlakunya *WvSvNI* pada tahun 1918 yakni sewaktu berlakunya *WvS* untuk Golongan Eropa (S. 1866 No. 55) dan *WvS* untuk golongan Bumiputera (S. 1872 No. 85) dikenal pembagian delik dalam tiga jenis, yaitu:

1. *Misdrijven* (kejahatan)
2. *Wanbedrijven* (kejahatan ringan)
3. *Overtredingen* (pelanggaran)

Catatan:

1. Pembagian dua jenis delik dalam KUHP, yakni kejahatan dan pelanggaran, tidak berarti bahwa dalam KUHP tidak dikenai adanya kejahatan-kejahatan ringan; KUHP mengenal 9 macam kejahatan ringan yang semuanya dimasukkan dalam Buku II KUHP mengenai kejahatan.
2. Sembilan macam kejahatan-kejahatan ringan, ialah:
 - a. Penganiayaan ringan terhadap hewan (Pasal 302)
 - b. Penghinaan sederhana/bersahaja (Pasal 315)
 - c. Penganiayaan ringan (Pasal 352)
 - d. Pencurian ringan (Pasal 364)
 - e. Penggelapan ringan (Pasal 373)
 - f. Penipuan ringan (Pasal 379)
 - g. Penipuan ringan dalam jual beli (Pasal 384)
 - h. Pengrusakan barang yang ringan (Pasal 407)
 - i. Penadahan ringan (Pasal 482)

Kesembilan kejahatan ringan ini tidak terdapat di dalam WvS Belanda.

Dalam pembentukan KUHP Nasional banyak ahli hukum pidana yang berpendapat untuk menghapuskan saja pembagian antara kejahatan dan pelanggaran, sehingga KUHP hanya terdiri atas dua buku saja, yakni Bagian Umum dan Bagian Khusus. Hal ini sesuai dengan resolusi Seminar Hukum Nasional I pada tahun 1963.

B. Ruang Berlakunya Peraturan Perundang-Undangan Hukum Pidana menurut Waktu (*Azas Nullum Delictum*)

Pada dasarnya ketentuan/peraturan/undang-undang itu berlaku untuk masa yang akan datang. Untuk perkara yang terjadi setelah peraturan itu ditetapkan/diberlakukan, terlebih berlakunya peraturan hukum pidana untuk menjamin terwujudnya asas kepastian hukum.

Dalam hukum pidana dikenal suatu azas yang dirumuskan dalam bahasa Latin *Nullum delictum, nulla poena, sine praevia lege poenali*. Azas ini dikenali sebagai Asas Legalitas merupakan salah satu asas penting dalam hukum pidana. Asas ini diatur dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP yang rumusannya sebagai berikut:

Tiada suatu perbuatan dapat dipidana, kecuali atas kekuatan aturan pidana dalam perundang-undangan yang telah ada sebelum perbuatan dilakukan.

Dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP itu terdapat dua persoalan, yaitu:

1. Suatu tindak pidana itu harus dirumuskan/disebutkan dalam peraturan perundang-undangan.
2. Peraturan undang-undang itu harus ada sebelum terjadinya tindak pidana.

Penjelasan-penjelasan:

1. Persoalan pertama, suatu tindak pidana itu harus dirumuskan/disebutkan dalam peraturan perundang-undangan, memiliki dua konsekuensi sebagai berikut:
 - a. Perbuatan seseorang yang tidak tercantum/dirumuskan/disebutkan dalam undang-undang sebagai suatu tindak pidana, maka seseorang itu tidak dapat dipidana. Dengan adanya Asas Legalitas ini, hukum pidana yang tidak tertulis tidak berkekuatan untuk diterapkan, kecuali di daerah yang dulu termasuk kekuasaan/wilayah hukum Pengadilan Swapraja dan Pengadilan Adat masih diterapkan hukum yang hidup (hukum adat) dengan pembatasan-pembatasan tertentu.
 - b. Adanya larangan menggunakan analogi untuk membuat suatu perbuatan menjadi suatu tindak pidana sebagaimana dirumuskan dalam undang-undang (kriminalisasi). Analogi artinya memperluas berlakunya suatu peraturan dengan mengabstrasikannya menjadi aturan hukum yang menjadi dasar dari peraturan itu (*ratio legis*) dan kemudian menerapkan aturan yang bersifat umum itu kepada perbuatan konkret yang tidak diatur dalam undang-undang.

Penetapan peraturan secara analogi itu dilakukan apabila ada kekosongan (*leemte atau lucke*) dalam undang-undang untuk perbuatan (peristiwa) yang mirip dengan apa yang diatur oleh undang-undang. Sebaliknya, apabila ada peristiwa (baru) yang tidak diatur dalam undang-undang, maka peraturan itu tidak diterapkan, apabila tidak sesuai dengan rasio dari peraturan tersebut. Penganggapan yang demikian ini disebut "*argumentum a contrario*" (pemberian alasan secara dibalik-bewijs van het tegendeel).

Kelompok yang melarang penggunaan analogi dalam hukum pidana antara lain Simons dan Van Hattum. Kelompok yang menyetujui penggunaan analogi antara lain Pompe, Jonkers, dan Taverne. Alasan kelompok yang tidak menyetujui/menghendaki analogi adalah pelarangan analogi itu sudah sejak semula berdasarkan sejarah pembentukan Pasal 1 KUHP. Pasal 1 itu berasal dari Pasal 4 Code Penal yang memuat *la principe de la legalite* yang tercantum dalam *Declaration des droits de L'homme et du Citoyen*. Selain alasan itu, Pasal 1 berfungsi mencegah tindakan sewenang-wenang dari Pengadilan/ Penguasa. Tindakan membolehkan penggunaan analogi memungkinkan tindakan sewenang-wenang semakin banyak dilakukan.

Dalam praktik peradilan di Hoge Raad (HR) pernah diterima penafsiran perkataan 'benda' (*goed*) yang tercantum dalam Pasal 362 KUHP yang tidak hanya dimaknai 'benda nyata' (*stoffelijk atau lichamelijk goed*), tetapi juga menyangkut 'benda yang tidak nyata' (*onstoffelijk atau onlichamelijk goed*), dan mengalirkan aliran listrik dengan kawat dan memakainya sebagai perbuatan 'mengambil' aliran listrik, sehingga tindak pidana pencurian aliran listrik bisa dimasukkan dalam pemaknaan rumusan Pasal 362 KUHP.

Kelompok penentang analogi mengatakan bahwa HR hanya melakukan penafsiran dengan penafsiran ekstensif (*extensieve interpretatie*), sedangkan Pompe berpandangan bahwa HR melakukan tidak lain dari penggunaan analogi.

Selain penafsiran ekstensif, ada cara penafsiran teleologis. Cara penafsiran ini menerapkan suatu peraturan dengan mendasarkan pada tujuan dibuatnya peraturan hukum pidana itu dengan menyesuaikan situasi terjadinya tindak pidana itu. Penafsiran teleologis juga disebut penafsiran sosiologis. Cara penafsiran lainnya adalah penafsiran menurut:

- a. Menurut tata bahasa (gramatikal)
- b. Secara sistematis
- c. Menurut sejarah terbentuknya peraturan pidana (historis)
- d. Secara otentik, misalnya Bab IX Buku I KUHP.

2. Persoalan kedua, peraturan undang-undang itu harus ada sebelum terjadinya tindak pidana

Persoalan kedua ini disimpulkan dalam Pasal 1 ayat (1) adalah aturan undang-undang harus sudah ada sebelum perbuatan itu dilakukan. Dengan perkataan lain, peraturan undang-undang hukum pidana tidak boleh berlaku retro aktif (surut). Rasio/dasar pemikirannya adalah:

- a. Menjamin kebebasan individu dari kesewenang-wenangan Peradilan/Penguasa.
- b. Pendapat yang didasarkan bahwa pidana itu sebagai paksaan psikis (*psychisch/psychologische dwang*). Adanya ancaman pidana yang ditujukan kepada orang yang melakukan tindak pidana, maka Penguasa berusaha mempengaruhi jiwa/psikis/psikologis calon pembuat untuk tidak berbuat tindak pidana. Si calon pembuat dipengaruhi jiwanya. Motif untuk berbuat suatu kejahatan ditekan karena si calon pembuat mengetahui bahwa perbuatannya itu akan mengakibatkan pemidanaan terhadap dirinya. Oleh karena itu, ancaman pidana sudah harus ada pada saat tindak pidana dilakukan. Dengan demikian, adanya ancaman pidana dapat mencegah terjadinya tindak pidana. Teori paksaan psikis berasal dari Johann Anselm von Feuerbach.
- c. Aturan tidak berlaku surutnya suatu peraturan pidana dapat diterobos/disimpangi oleh pembentuk undang-undang karena aturan itu hanya tercantum dalam undang-undang. Apabila pembentuk undang-undang merumuskan suatu undang-undang itu berlaku surut, maka hal itu sepenuhnya menjadi hak pembentuk undang-undang itu sendiri. Dalam hal ini berlaku azas *lex posterior derogat legi priori*, artinya dalam hal tingkatan peraturan itu sama, maka peraturan yang diberlakukan/ditetapkan kemudian mendesak/mengesampingkan peraturan terdahulu.

Lain persoalan jika aturan larangan retro aktif itu ditempatkan dalam Undang-Undang Dasar (UUD), maka rumusan berlaku surutnya suatu peraturan pidana oleh pembentuk undang-undang dapat dikatakan inkonstitusional atau bertentangan dengan Undang-Undang Dasar (Konstitusi).

Azas kepastian hukum (legalitas) tidak dicantumkan dalam UUD, namun pembentukan undang-undang tidak akan gegabah dengan mudah untuk menyimpanginya. Azas legalitas ini dipandang azas yang fundamental dalam Negara hukum, seperti Negara Republik Indonesia.

- d. Perkecualian terhadap ketentuan larangan berlaku retro aktif terdapat dalam Pasal 1 ayat (2) KUHP yang dirumuskan sebagai berikut:
 Jika sesudah perbuatan dilakukan ada perubahan dalam perundang-undangan, dipakai aturan yang paling ringan bagi terdakwa.

Menurut Pasal 1 ayat (2) KUHP dimungkinkan suatu peraturan pidana berlaku surut. Dalam hal suatu perkara pidana belum mendapat putusan hakim, undang-undang yang bersangkutan dinyatakan tidak berlaku lagi, maka disini timbul persoalan hukum transitoir, ialah hukum yang harus diterapkan apabila ada perubahan dalam perundang-undangan. Hukum transitoir juga disebut hukum peralihan yang mengatur peralihan dari hukum lama ke hukum baru.

Ketentuan hukum transitoir tidak terdapat di semua Negara di dunia. KUHP Indonesia menganut aturan yang paling ringan bagi terdakwa. Di Inggris saat ada perubahan dalam perundang-undangan yang diterapkan ialah peraturan yang masih berkekuatan pada waktu delik dilakukan. Keuntungan sistem Inggris adalah adanya kepastian hukum dan tidak ada persoalan terkait penerapan hukum yang berbeda terhadap delik-delik yang dilakukan pada saat yang bersamaan. Hanya apabila aturan yang lama itu dianggap sudah tidak sesuai lagi dengan perasaan keadilan masyarakat, maka sebenarnya peraturan yang lama bertentangan dengan keadilan. Berbeda dengan sistem Swedia diterapkan peraturan yang baru. Peraturan yang lama ditinggalkan sama sekali. Rasionya adalah peraturan baru itu lebih baik.

Aturan yang dianut dalam KUHP merupakan sistem yang berada di tengah sistem Inggris dan Swedia. Dasar atau rasionya adalah *lex temporis delicti*, akan tetapi bila peraturan yang baru itu lebih ringan bagi terdakwa, maka peraturan baru itu yang diterapkan. Azas *lex temporis delicti* tidak berlaku atau ada retro aktivitas, yaitu:

- a. Apabila sesudah terdakwa melakukan tindak pidana ada perubahan peraturan perundang-undangan.
- b. Apabila peraturan baru itu menguntungkan/meringankan terdakwa.

Penjelasan-penjelasan:

- a. Penjelasan kesatu, apabila sesudah terdakwa melakukan tindak pidana ada perubahan peraturan perundang-undangan

Apakah arti perubahan peraturan perundang-undangan (verandering van wetgeving) adalah:

- 1) Ada perubahan dalam peraturan perundang-undangan terdapat pendirian ajaran formil, apabila ada perubahan dalam teks dari undang-undang pidana sendiri.

Contoh: Pada tahun 1904 ada kasus orang yang sengaja menghubungkan perbuatan cabul dengan seorang perempuan berumur 22 tahun. Penghubung itu didakwa berdasarkan Pasal 295 ke-2 KUHP. Pasal ini merumuskan "orang yang belum cukup umur". Menurut KUH Perdata/BW yang disebut belum cukup umur itu ialah orang yang belum berumur 23 tahun. Perkara diadili

pada tahun 1906. Pada tanggal 1 Desember 1905 terdapat perubahan dalam KUH Perdata, ialah batas umur tidak lagi 23 tahun, tetapi 21 tahun.

Menurut Simons, adanya perubahan yang terjadi dalam Hukum Perdata itu dipandang tidak berarti perubahan dalam undang-undang dalam arti Pasal 1 ayat (2) KUHP. Tidak mempengaruhi hukum pidana karena teks-nya tetap tidak berubah, sehingga menurut Simons terdakwa harus tetap dipidana. Penulis lain tidak sependirian dengan Simons, termasuk Hoge Raad yang berpandangan bahwa meskipun di atas teks undang-undang pidana tidak berubah, namun pada hakekatnya ada perubahan dalam perundang-undangan karena mempunyai pengaruh terhadap dapat dipidananya sesuatu perbuatan.

- 2) Ada perubahan dalam peraturan perundang-undangan terdapat pendirian ajaran materiil terbatas. Menurut pendirian ini ada perubahan apabila ada perubahan dalam keyakinan hukum dalam hukum pidana (*een veranderde rechtsovertuiging in het strafrecht*). Dalam contoh di atas, penurunan batas umur terhadap orang yang belum cukup umur dianggap ada perubahan yang dilakukan oleh Pembentuk Undang-Undang dalam lapangan hukum pidana.
- 3) Ada perubahan dalam peraturan perundang-undangan terdapat pendirian ajaran materiil yang tidak terbatas. Pasal 1 ayat (2) KUHP diterapkan, sehingga tiap perubahan dalam perundang-undangan digunakan untuk keuntungan terdakwa. Contoh: Dalam putusan (arrest) HR tahun 1921 mengenai pemilik rumah yang menaikkan sewa rumah 20% dari sewa yang ditentukan dalam Undang-Undang Panitia Sewa (*Huurcommissiewet*) tahun 1917. Sebelum orang yang menaikkan sewa itu diadili, Undang-Undang Panitia Sewa itu diubah dan pemilik rumah diperkenankan menaikkan sewa 20%, maka Terdakwa dilepaskan dari tuntutan pidana (*ontslag van (alle) rechtsvervolging*).

Bagaimanakah bila perubahan peraturan perundang-undangan terkait peraturan pidana yang berlaku sementara waktu (temporer)?

Contoh: Peraturan Penguasa Perang yang dikeluarkan dalam keadaan bahaya mencabut suatu pasal. Menurut Simons, dalam hal ini tidak ada perubahan dalam perundang-undangan pidana. Perubahan yang dilakukan melalui Peraturan Penguasa Perang adalah akibat perubahan dari keadaan, bukan perubahan dalam keyakinan hukum (ajaran materiil terbatas). Dengan demikian, peraturan lama masih berlaku. Pendirian Simons diikuti oleh Van Geuns (Leiden 1919).

Namun, pendirian Simons ditentang oleh Hazewinkel-Suringa yang berpendapat bahwa dalam hal itu ada perubahan, sehingga peraturan yang sudah dinyatakan tidak berlaku itu tidak dapat diterapkan, meskipun mungkin dirasakan tidak memuaskan. Lain halnya dengan peraturan yang berlaku sementara waktu itu merupakan peraturan pelaksanaan dari suatu peraturan undang-undang (hierarchi perundang-undangan).

Menurut Memorie van Toelichting (MvT), dalam hal ini tidak ada perubahan dalam perundang-undangan dalam arti Pasal 1 ayat (2) KUHP. Contoh: ada ketentuan larangan menaikkan harga. Harga Eceran Tertinggi (HET) 1 kg gula ditetapkan Rp12.500,00 kemudian dinaikkan menjadi Rp16.800,00. Apabila

sebelum kenaikan itu ada orang yang menjual dengan harga Rp20.000,00, maka orang itu dapat dipidana, meskipun ia diadili sesudah penentuan kenaikan harga tersebut.

b. Penjelasan kedua, apabila peraturan baru itu menguntungkan/meringankan terdakwa

Pengertian paling menguntungkan/meringankan harus diartikan seluas-luasnya dan tidak hanya mengenai pidananya, tetapi mengenai segala sesuatu dari peraturan itu yang mempunyai pengaruh terhadap penilaian suatu tindak pidana. Penentuannya harus dilakukan *in concreto*, tidak *in abstracto*. Contoh yang dikemukakan oleh Jonkers: Suatu delik (umum) pidananya diperberat, tetapi delik itu dijadikan delik aduan. Manakah yang menguntungkan Terdakwa? Hal ini tergantung pada keadaan konkrit (*in concreto*), apakah ada pengaduan atau tidak. Kalau tidak ada pengaduan, maka aturan baru yang berlaku karena yang menguntungkan/meringankan Terdakwa, yaitu Terdakwa tidak bisa dituntut berdasarkan pengaduan. Sebaliknya, bila ada pengaduan, maka peraturan lama yang diterapkan, karena pidananya lebih ringan (tidak diperberat).

Bagaimanakah bila aturan baru dan lama tidak ada perbedaan bagi terdakwa? Menurut asas *lex temporis delicti*, maka peraturan lama yang dipakai, akan tetapi bila diterima anggapan bahwa peraturan baru itu lebih sesuai dengan keadaan, maka peraturan baru yang dipakai. Dalam praktik peradilan, penentuan mana peraturan yang akan dipakai/diterapkan diserahkan kepada Hakim yang memutus perkaranya.

Saat sebelum putusan menjadi tetap (*gewijsde*) terdapat perubahan dalam perundang-undangan, maka harus dibandingkan dari sekian peraturan itu untuk dipilih yang paling menguntungkan buat Terdakwa.

Terkait ketentuan Pasal 1 ayat (2) KUHP ada saran untuk dihapuskan. Azas legalitas yang berisi keberlakuan *lex temporis delicti* jangan dikurangi demi kerugian si terdakwa, tetapi jangan untuk keuntungannya. Saat ada aturan pidana yang dibentuk sesudah terdakwa melakukan tindak pidana dan menguntungkan terdakwa, maka Hakim menjatuhkan pidana yang lebih lunak dengan penilaian pembentuk undang-undang terhadap tindak pidana itu (penjelasan undang-undang, naskah akademik perundang-undangan pidana, atau MvT). Namun, putusan tetap berdasarkan peraturan lama. Dalam hal ini Jonkers dan Hazewinkel-Suringa berpendapat bahwa pencoretan/penghapusan Pasal 1 ayat (2) KUHP akan lebih menguntungkan hukum pidana dari pada merugikannya.

Azas legalitas menurut sejarahnya berpijak pada azas libelarisme/individualisme, dalam arti memberi jaminanperlindungan kepada orang-seorang terhadap kewenangan-penguasa demi kepastian hukum. Frans von Liszt menamakan KUHP sebagai Der Magna Charta (Piagam Agung) *des Verbrechers*. KUHP seolah-olah menjadi pegangan para penjahat untuk dapat berbuat segala sesuatu asal (sepanjang) tidak secara tegas (perbuatannya) tercantum dalam KUHP.

Di Indonesia, azas legalitas masih tetap dikehendaki keberlakuannya oleh Oemar Senoadji, Moeljatno, Han Bing Siong). Demikian pula dalam Seminar Hukum Nasional tahun 1963 diusulkan agar dalam KUHP Baru Bagian Umum (*fundamentals*) antara lain azas legalitas hendaknya disusun secara progresif sesuai dengan kepribadian bangsa Indonesia dan perkembangan revolusi setelah mempelajari perkembangan aturan-aturan pidana umum daalam KUHP di lain-lain Negara. Azas legalitas tetap dikehendaki untuk tetap tercantum dalam KUHP Nasional yang akan dibentuk nanti.

Memang disadari bahwa hukum pidana dengan sanksinya yang tajam, menderitakan, dan bersifat represif menumpas kejahatan itu dapat menyerang/menghabisi kebebasan, kehormatan, harta benda, atau kehidupan dari seseorang atau kolektiva (komunitas/masyarakat), maka harus ada jaminan khusus dalam pelaksanaannya. Azas legalitas tidak bertentangan dengan dasar Negara kita Pancasila.

Azas legalitas di sejumlah Negara telah ditiadakan dengan maksud untuk melindungi semata-mata perseorangan, akan tetapi azas legalitas juga mewujudkan maksud lain, yaitu sebagai *Eine Regel Politischer Klugheit* (suatu aturan dalam kebijaksanaan politik).

Dengan diterimanya azas legalitas ini, maka peran Hakim (Pidana) dalam pembentukan hukum agak terbatas.

Asas Legalitas dalam Naskah Akademik RUU KUHP

Asas legalitas sebagai ruang berlakunya hukum pidana merupakan salah satu asas yang sangat penting dan sentral dalam hukum pidana. Asas legalitas ini berasal dari doktrin *nullum delictum nulla poena sine praevia lege poenali*, tiada tindak pidana dan tiada pidana tanpa sebelumnya ditetapkan dalam suatu undang-undang. Paralel dengan doktrin *nullum delictum nulla poena sine praevia lege poenali* berlaku pula ajaran *nullum crimen, nulla poena sine lege certa (lex certa)* yakni suatu peraturan perundang-undangan harus jelas dan larangan terhadap “*unclear terms*” Undang-Undang jangan diartikan lain selain daripada maksud diadakannya substansi peraturan perundang-undangan tersebut. Oleh karena itu, dalam hukum pidana berlaku pula larangan penafsiran secara extensif dan analogi.³

Doktrin *nullum delictum nulla poena sine praevia lege poenali* ini kemudian menjadi asas fundamental hukum pidana dan merupakan aturan umum dalam KUHP, yaitu hukum materil yang mengatur dan mengancam dengan hukuman tindak pidana. Pasal 1 ayat (1) KUHP menentukan bahwa ”Suatu perbuatan tidak dipidana, kecuali berdasarkan kekuatan perundang-undangan pidana yang telah ada”. Ketentuan umum ini tetap menjadi asas dalam konsep pembaharuan hukum pidana, tetapi dengan menerima perkembangan pemikiran bahwa asas itu tidak mengurangi berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat yang menentukan seseorang patut dipidana walaupun perbuatan tersebut tidak diatur dalam

³ Muladi, Kumpulan tulisan tentang Rancangan Undang-Undang KUHP, Jakarta, Depkumham RI, 2004, hlm. 4

peraturan perundang-undangan asalkan sepanjang sesuai dengan nilai-nilai Pancasila dan/atau prinsip-prinsip hukum umum yang diakui oleh masyarakat bangsa-bangsa.

Pada saat yang sama, dalam perkembangannya hukum formil menganut asas serupa juga seperti misalnya dalam Pasal 3 KUHAP ditentukan bahwa "Peradilan dilakukan menurut cara yang diatur dalam undang-undang ini". Dalam beberapa hal bahkan materi hukum acara pidana ada yang bersifat *constitutional rights* seperti "persamaan di depan hukum". Dengan demikian, asas legalitas berlaku baik dalam hukum materil maupun dalam hukum formil pada saat yang sama.

Asas legalitas sebelum menjadi bagian dari hukum materil dewasa ini mempunyai sejarah yang panjang. Sejarah asas legalitas ini barangkali dimulai dari hukum Romawi yang diketahui mempengaruhi hukum di Eropa Kontinental. Sejarah hukum pidana Indonesia sebagaimana semula adalah merupakan Code Napoleon Perancis dengan kolonisasi kemudian berlaku di Belanda dan terakhir ke Indonesia. Lahirnya doktrin *nullum delictum nulla poena sine praevia lege poenali* adalah sebagai bagian dari perjuangan masyarakat di Perancis untuk perlindungan HAM dari kemungkinan perlakuan sewenang-wenang oleh penguasa.⁴ Pada saat yang sama, di Italia Cesare Beccaria menulis⁵ bahwa "*If a judge is compelled to make, or makes of his own free will, even two syllogism, he opens the door to uncertainty*". Kemudian dilanjutkan bahwa, "*Nothing is more dangerous than the common axiom that we should 'consult the spirit of the law'*".⁶ Artinya di Italia juga diberlakukan asas legalitas yang sama pada saat yang sama.

a. Kerangka Teoritis Hukum dan Asas Legalitas

Asas legalitas mempunyai landasan teoritis, sebagaimana diuraikan oleh John Austin ketika menjawab pertanyaan apakah *legal* (hukum) itu secara singkat John Austin menyatakan dengan frasa *a command*.⁷ Pengertian bahwa hukum adalah suatu perintah kemudian diuraikan Austin⁸, "*the term law embraces the following objects: Laws set by God to His human creatures, and laws set by men to men*". Hukum yang berasal dari Tuhan (*laws set by God*), "*frequently styled the law of nature, or natural law*". Sementara, hukum yang dibuat manusia untuk manusia (*laws set by men to men*) dibagi dalam dua kelas yaitu (i) hukum yang dibuat oleh *political superior* dan (ii) hukum yang dibuat oleh *are not political superior*. Hukum dengan kelas pertama itu ialah hukum dimana *political superior, sovereign, and subject: by persons exercising supreme and subordinate*

⁴ Prof. Dr. Komariah Emong Sapardjaja, S.H. dalam dalam putusan MK No. 069/PUNDANG-UNDANG-II/2004 tentang Pengujian UNDANG-UNDANG No. 30 tahun 2002 tentang Pemberantasan Korupsi terhadap UNDANG-UNDANGD 1945, yang diterbitkan Sekretaris Jenderal dan Kepaniteraan MK RI, hlm. 42

⁵ Cesare Beccaria, *Of Crimes and Punishments*, Introduction by Marvin Wolfgang, Foreword by Mario Cuomo, translated by Jane Grigson, Marsilio Publisher, New York 1996:16

⁶ Cesare Beccaria, *Of Crimes and Punishments*, Introduction by Marvin Wolfgang, Foreword by Mario Cuomo, translated by Jane Grigson, Marsilio Publisher, New York 1996:17

⁷ John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, Lecture I, Edited by Wilfrid E. Rumble, Cambridge University Press, Cambridge, 1955

⁸ Ibid, hlm.18

*government, in independent nations, or independent political societies.*⁹ Dalam bahasa ahli hukum Romawi oleh *privilegia*.¹⁰ Hukum dengan suatu *political superior* ini sering disebut dengan *positive law or law existing by position*. Dan setiap hukum atau peraturan itu adalah *a command*. Hukum yang dibuat oleh “*are not political superior*” dalam banyak hal adalah hukum yang berhubungan dengan hak subyektif seperti dalam administrasi pemerintahan dan atau hukum perdata.

Selanjutnya, Austin menguraikan bahwa *a command* itu harus dibedakan dari suatu keinginan semata¹¹. Karena substansi dari *a command* adalah keinginan berdasarkan adanya suatu kekuasaan dan yang diikuti suatu perintah berdasarkan kekuasaan itu. Suatu *command* akan berakibat adanya “*evil or pain*” bila tidak dihormati¹². Istilah perintah dan kewajiban adalah berkorelasi. Mengenai korelasi ini Austin mengatakan:¹³ “*wherever a duty lies, a command has been signified; and whenever a command is signified, a duty is imposed... The evil which will probably be incurred in case a command be disobeyed or...in case a duty be broken, is frequently called a sanction, or an enforcement of obedience. Rewards are not sanctions. The greater the evil to be incurred in case the wish be disregarded, and the greater the chance of incurring it on that same event, the greater, no doubt, is the chance that the wish will not be disregarded. Command, duty and sanction are inseparably connected terms*”.

Pemikiran Austin ini kemudian dikembangkan oleh Hans Kelsen dengan Teori Hukum Murni.¹⁴ Pendapat Hans Kelsen ini muncul ketika gagasan humanisasi kehidupan dan deklarasi umum hak asasi manusia (1948) telah ada.¹⁵ Pendapat Kelsen ini disebut dengan Teori Hukum Murni karena dalam menganalisis hukum Kelsen hanya mendasarkan pada pengetahuan tentang hukum itu bukan pada pembentukannya. Kelsen mengatakan bahwa teori hukum murni berusaha mencapai hasil-hasilnya melulu melalui analisis hukum positif.¹⁶ Dikatakan bahwa Negara tidak lain daripada personifikasi hukum nasional. Hukum adalah suatu tata perbuatan manusia. Tata adalah suatu sistem aturan-aturan. Kemudian tentang hukum positif Kelsen mengatakan, “Seandainya ada suatu keadilan yang dapat diketahui secara obyektif, maka tidak akan ada hukum positif dan oleh karena itu tidak akan ada negara; karena tidak akan perlu untuk memaksa orang menjadi bahagia”. Ditekankan bahwa hanya tata hukum positiflah yang dapat menjadi obyek ilmu pengetahuan; hanya tata hukum inilah yang merupakan obyek

⁹ Ibid. hlm.19

¹⁰ O.F Robinson, *The Sources of Roman Law, Problems and Methods for Ancient Historians*, Routledge, London and New York, 1997:32-5

¹¹ Op cit. hlm.21

¹² Ibid. hlm.22

¹³ Ibid. hlm.22

¹⁴ Hans Kelsen, *Teori Hukum Murni, Dasar-Dasar Ilmu Hukum Normatif sebagai Ilmu Hukum Empirik Deskriptif*, alih bahasa Drs. Somardi, Cetakan I, Rimdi Press, Jakarta:1995 Dalam teori hukum murni ini, Hans Kelsen mengakui bahwa teori hukum murni dikembangkan dengan cita-cita keadilan tertentu yaitu demokrasi dan liberalisme (hlm.3). Dan menurut Paul Scholten, op.cit 5, bahwa “kemurnian ini dicarinya terutama di sini, bahwa ajaran tentang hukum harus secara tajam dipisahkan di satu pihak dari ilmu sosiologis, di lain pihak dari tiap postulat etikal yang menyebabkan orang jatuh kembali ke dalam suatu “hukum kodrat” yang justru mau dihindarkan.

¹⁵ Dr. Theo Huijbers, *Filsafat Hukum*, Penerbit Kanisius, 1995

¹⁶ Ibid, hlm.v

dari teori hukum murni, yang merupakan ilmu hukum, bukan metafisika hukum. Menurut pengertian teori hukum murni, tata hukum positif adalah suatu teori yang benar-benar realistik dan empirik.¹⁷

Dalam teori hukum murni, paksaan digunakan untuk mencegah pelanggaran hukum dalam masyarakat. Hukum dan paksaan tidak bertentangan satu sama lain. Oleh karena itu, disimpulkan bahwa hukum adalah organisasi paksaan.¹⁸ Perdamaian hukum adalah suatu kondisi monopoli paksaan, suatu monopoli paksaan oleh masyarakat.¹⁹ Sekalipun sesungguhnya hukum adalah suatu tata yang melarang penggunaan paksaan pada umumnya, akan tetapi sebagai pengecualian, di bawah kondisi-kondisi tertentu dan untuk individu-individu tertentu, dibolehkan menggunakan paksaan sebagai suatu sanksi.²⁰

Peraturan hukum yang sah adalah norma. Lebih tepatnya, peraturan hukum adalah norma yang menerapkan sanksi.²¹ Suatu perintah adalah mengikat bukan karena individu yang memerintah memiliki kekuasaan nyata yang lebih tinggi, melainkan karena dia “diberi wewenang” atau diberikan kekuasaan untuk melahirkan perintah-perintah yang bersifat mengikat.²² Norma adalah suatu peraturan yang merujuk pada suatu kondisi bahwa seseorang harus bertindak menurut suatu cara tertentu, tanpa mengandung arti bahwa seseorang benar-benar “menginginkan” atau “menghendaki” orang itu bertindak menurut cara tersebut.²³ Sedangkan norma itu sendiri adalah pernyataan tentang ide bahwa sesuatu harus terjadi, terutama bahwa seseorang individu harus berbuat menurut suatu cara tertentu.²⁴ Namun, tidak setiap perintah adalah suatu norma yang sah²⁵ sehingga secara konseptual diakui eksistensi dari pengadilan administrasi negara.

Pertama-tama secara kategoris harus dibedakan hukum yang dirumuskan dalam proses legislasi oleh kekuasaan legislatif (dan eksekutif) dan hukum yang ditegakkan melalui kekuasaan yudikatif. Hukum sebagai produk dari bersama-sama legislatif dan eksekutif adalah undang-undang yang rumusannya merupakan pernyataan umum. Sementara kasus adalah bersifat spesifik sehingga antara undang-undang dan kasus selalu ada jarak (*a simetris*), sehingga memerlukan pencarian makna, tentu saja dari perspektif keadilan. Dalam tataran praksis, makna itu ditemukan melalui interpretasi dan konstruksi hukum yakni cara untuk mengetahui dan memastikan hukum dari suatu kasus. Bila dalam pemberian makna itu lebih banyak menggunakan diskresi dari pemahaman aparatur hukum

¹⁷ Lebih jauh, Bernard Arief Sidharta menjelaskan mengenai hal ini dalam buku “Refleksi tentang Struktur Ilmu Hukum”, sebuah penelitian tentang fondasi kefilsafatan dan sifat keilmuan ilmu hukum sebagai landasan pengembangan ilmu hukum nasional, Penerbit C.V. Mandar Maju, Bandung, 2000:85 mengatakan “Artinya, hanya pengetahuan empiris, dengan kata lain, hanya kenyataan yang dapat diobservasi panca indera yang dapat menjadi objek ilmu”

¹⁸ *ibid*, hlm.19

¹⁹ *ibid*, hlm.19

²⁰ *ibid*, hlm.20

²¹ *ibid*, hlm 28

²² *ibid*, hlm.29

²³ *ibid*, hlm.34

²⁴ *ibid*, hlm.35

²⁵ *ibid*, hlm.29

(hakim) mengenai hukum maka dapat disebut hukum yang demikian sebagai *the invisible justice system*.²⁶ Dalam hal yang demikian, maka bukanlah paham kita tentang hukum yang keliru melainkan adalah karena adanya deviasi dari aparatur hukum khususnya dalam mencari makna untuk menutupi kesenjangan antara hukum dan kasus itu.

Dengan demikian pendapat Kelsen bahwa keadilan adalah legalitas berdasarkan hukum positif tetap dapat diterima. Alasannya adalah suatu peraturan umum (hukum) adalah “adil” jika benar-benar diterapkan kepada semua kasus yang menurut isinya hukum itu harus diterapkan. Suatu peraturan umum adalah “tidak adil” jika diterapkan kepada satu kasus dan tidak diterapkan kepada kasus lain yang sama.²⁷ Keadilan dalam arti legalitas adalah suatu kualitas yang berhubungan bukan dengan isi dari suatu tata hukum positif, melainkan dengan penerapannya. Keadilan ini adalah keadilan “berdasarkan hukum”.²⁸ Pada saat yang sama, seperti sudah dikemukakan diatas dalam pengertian legalitas inilah konsep keadilan bisa masuk ke dalam ilmu hukum. Sebab semua tata hukum memiliki satu karakteristik umum yang tidak dimiliki oleh tata sosial lainnya. Karakteristik umum ini adalah satu-satunya kriteria yang dapat digunakan untuk membedakan secara tegas fenomena hukum dari fenomena sosial lainnya seperti fenomena moral dan keagamaan.

Lebih lanjut, seperti dikatakan Kelsen, seandainya ada suatu keadilan yang dapat diketahui secara obyektif, maka tidak akan ada hukum positif. Pada saat yang sama tidak akan ada negara. Sebab tidak akan perlu memaksa orang untuk menjadi patuh. Bagaimanapun juga memang harus diakui bahwa ada suatu hukum alam yang mutlak baik, tetapi hal itu bersifat transendental. Oleh sebab itu, tidak dapat dipahami. Jadi, ada suatu keadilan tetapi tidak dapat didefinisikan secara jelas, karena sesuatu yang abstrak dan tidak bisa dijangkau. Akibatnya, keadilan dalam paham hukum alam itu adalah suatu cita-cita yang hampir mustahil dapat dicapai oleh pengetahuan manusia.²⁹ Oleh karena masyarakat terbagi ke dalam banyak etnis, keyakinan politik, agama, profesi, dan sebagainya, yang seringkali berbeda-beda satu sama lainnya, maka begitu banyak gagasan tentang keadilan sehingga menjadi tidak bisa membicarakan keadilan secara sederhana.³⁰ Kecenderungan untuk menyamakan hukum dan keadilan adalah kecenderungan

²⁶ Burton Atkins, Mark Porgrebin, *The Invisible Justice System, Discretion and The Law, Criminal Justice Studies*, Anderson Publishing Co., 1978

²⁷ Hans Kelsen, *ibid*, hlm.12

²⁸ Hans Kelsen, *ibid* h.12 dan bandingkan dengan ketentuan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman RI yang menentukan, (i) peradilan negara menerapkan dan menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila, (ii) peradilan dilakukan “demi keadilan berdasarkan Ketuhanan yang Maha Esa”, (iii) pengadilan tidak boleh menolak untuk memeriksa, mengadili, dan memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalil bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya (Pasal 16 ayat 1), (iv) hakim wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat (Pasal 28), (v) segala putusan pengadilan selain harus memuat alasan dan dasar putusan, memuat pula pasal tertentu dari peraturan perundang-undangan yang bersangkutan atau sumber hukum tak tertulis yang dijadikan dasar untuk mengadili

²⁹ Hans Kelsen, *ibid*, h.10

³⁰ *ibid*, h.6

untuk membenarkan suatu tata sosial tertentu. Menyamakan hukum dan politik adalah kecenderungan politik bukan kecenderungan ilmiah.³¹

Sementara itu, masih dengan pertanyaan yang sama yaitu apakah hukum itu, Bernard Arief Sidharta dengan cara yang lain menguraikan bahwa "...hak dan kewajiban orang dalam situasi kemasyarakatan tertentu, ... kepatuhannya tidak diserahkan pada kemauan bebas yang bersangkutan".³² Ada hukum yang mengaturnya. Hukum terbentuk dalam masyarakat yang teratur dan yang sudah terorganisasikan secara politik dalam bentuk negara, dapat terjadi dalam berbagai proses.

Pertama, proses pembentukan hukum melalui proses politik menghasilkan "perundang-undangan". *Kedua*, proses pembentukan hukum melalui peradilan menghasilkan "yurisprudensi". *Ketiga*, pembentukan hukum melalui putusan birokrasi pemerintah menghasilkan "ketetapan". *Keempat*, pembentukan hukum dari perilaku hukum warga masyarakat dalam kehidupan sehari-hari atau "kebiasaan", dan terakhir, *kelima*, dari pengembangan ilmu hukum (doktrin)".³³

Semua sumber hukum ini terbentuk dengan dipengaruhi oleh dua faktor yaitu kesadaran hukum yang hidup dalam masyarakat dan politik hukum. Hukum itu sekaligus mengemban dua fungsi yaitu ekspresif dan instrumental. Ekspresif ketika mengungkapkan pandangan hidup, nilai-nilai budaya dan keadilan dan instrumental ketika antara lain menjadi sarana untuk menciptakan dan memelihara ketertiban dan stabilitas. Tatanan hukum yang beroperasi dalam suatu masyarakat pada dasarnya merupakan pengejawantahan *cita hukum* ke dalam perangkat berbagai aturan hukum positif, lembaga hukum, dan prosesnya.³⁴ Cita hukum itu di Indonesia ialah Pancasila dimana ia adalah sebagai landasan kefilosofan hukum sebagaimana dirumuskan dalam UUD 45.³⁵

b. Asas Legalitas Sebagai Dasar dan Politik Hukum Pidana

Sekalipun asas legalitas merupakan salah satu pilar utama bagi setiap negara yang menghargai hukum sebagai supremasi, akan tetapi terhadap kejahatan-kejahatan yang dinamakan seperti *criminal extra ordinary* sering digunakan oleh penguasa untuk memanfaatkan hukum pidana secara sewenang-wenang, di antaranya dengan memanfaatkan implementasi asas retroaktif untuk memenuhi kebutuhan politis. Padahal, makna yang terkandung dalam asas legalitas yang universalitas sifatnya adalah bahwa: (1) tiada pidana tanpa peraturan perundang-undangan terlebih dahulu, (2) larangan adanya analogi hukum, dan (3) larangan berlaku surut suatu undang-undang atau yang dikenal sebagai larangan berlakunya asas retroaktif.³⁶ Konkritnya, KUHAP sebagai hukum acara pidana tidak mampu

³¹ *ibid*, hlm.3

³² Bernard Arief Sidharta, Refleksi tentang Struktur Ilmu Hukum, sebuah penelitian tentang fundasi kefilosofan dan sifat keilmuan ilmu hukum sebagai landasan pengembangan ilmu hukum nasional Indonesia, penerbit CV Mandar Maju, Bandung, 2000:240

³³ *ibid*, hlm.189

³⁴ *ibid*, hlm.181

³⁵ *ibid*, hlm.181

³⁶ Prof. Dr. Indriyanto Seno Adji, S.H., M.H, "Perspektif Mahkamah Konstitusi Terhadap Perkembangan Hukum Pidana" dalam Mardjono Reksodiputro, Pengabdian Seorang Guru Besar

menangkalnya. Dengan demikian hukum acara pidana yang diatur dalam KUHP gagal untuk memberikan jaminan kepastian hukum dan keadilan yang merupakan tugas utamanya. Secara historis, ”bahwa asas legalitas pernah diterobos sebanyak beberapa kali dengan Putusan Dewan Keamanan PBB, yaitu pengadilan penjahat perang di International Military Tribunal (IMT) Nurenberg, IMT Tokyo serta International Criminal Tribunal For Rwanda (ICTR) dan International Criminal Tribunal For Former Yugoslavia (ICTY), Sierra Leone dan Genocide Tribunal di Kamboja, yang diberlakukan surut karena hukum kebiasaan internasional. Demikian juga apa yang terjadi pada pengadilan ham timor timur pasca jajak pendapat atas dasar Undang-Undang Nomor 26 tahun 2000.³⁷

Pemberlakuan hukum pidana retroaktif, secara internasional diijinkan sepanjang berkaitan dengan pelanggaran ham berat untuk *locus* dan *tempus delicti* tertentu. di luar itu pemberlakuan hukum pidana secara retroaktif (*prohibition of ex post facto legislation*) merupakan salah satu yang oleh ICCPR, 1966 disebut “*non derogable rights*”.³⁸

Memang diakui bahwa dalam hukum materil khususnya dalam mencapai keadilan ”Prinsip yang dinamakan legalitas tidak pernah berlaku absolut. Karena apapun yang berlaku absolut, justeru akan menimbulkan kesewenangan”.³⁹ Oleh karena itu, dalam pasal 25 ayat (1) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman, hakim tidak dilarang menggunakan hukum yang tidak tertulis sebagai alasan dan dasar putusannya. Sebagai contoh, dasar-dasar pembenar (*rechtvaardiging gronden*) dalam menentukan pertanggungjawaban pidana yang sudah diterima dalam praktek dewasa ini dikembangkan melalui hukum tidak tertulis oleh hakim di pengadilan.⁴⁰ Termasuk “tidak melawan hukum secara materiel (*materiele wederrechtelijkheid*) disebut juga sebagai dasar pembenar di luar undang-undang.”⁴¹

Pada saat yang sama bentuk penyelesaian kasus pidana di Indonesia dengan *transactie* menurut Oemar Seno Adji dapat diterima pula. Akan tetapi dengan dua persyaratan yaitu harus memenuhi “asas proporsionalitas” dan asas subsidiaritas. Asas ini menghendaki bahwa polisi tidak boleh mengadakan langkah-langkah lebih berat, bila langkah yang lebih ringan adalah cukup untuk

Hukum Pidana, Jakarta, Bidang Studi Hukum Pidana Sentra HAM FHUI Badan Penerbit FHUI 2007: 235.

³⁷ Muladi, Statuta Roma Tahun 1998 tentang Mahkamah Pidana Internasional, PT Alumni Bandung, 2011.

³⁸ Bassiouni, M. Cherrif, *The Protection Of Human Rights In The Administration Of Criminal Justice, Transnational Publs., Inc, New York, 2004, hlm. 436*

³⁹ Prof. Dr Indriyanto Seno Adji, S.H.,M.H., dalam putusan MK No. 069/PUNDANG-UNDANG-II/2004 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 30 tahun 2002 tentang Pemberantasan Korupsi terhadap UUD NRI Tahun 1945, yang diterbitkan Sekretaris Jenderal dan Kepaniteraan MK RI, hlm 16

⁴⁰ Prof. Oemar Seno Adji, Kasasi Perkara Pidana, dalam Guru Pinandita Sumbangsih Untuk Prof. Djokosoetono, S.H., Lembaga Penerbit Fakultas Ekonomi Universitas Indonesia, Jakarta, Desember 1984, hlm.302

⁴¹ Prof. Dr.jur. Andi Hamzah, Asas-Asas Hukum Pidana, P.T. Yarsif Watampone, Jakarta, 2005, hlm.177-8

mengatasi permasalahannya.⁴² Asas ini dapat kita temukan dalam tindak pidana yang diatur hukum administrasi seperti dalam Undang-Undang Nomor 23 tahun 1997 tentang Pengelolaan Lingkungan Hidup.⁴³ Dengan alasan yang kurang lebih sama, bentuk penyelesaian suatu perkara pidana dengan bentuk *transactie* menurut Roeslan Saleh memang dapat diterima dengan alasan sebagai berikut:

Seerti diketahui, menurut sistem acara pidana suatu perkara pidana pada dasarnya tidak akan sampai kepada kejaksaan tanpa melewati kepolisian; dan hakim akan diikutsertakan dalam acara bilamana kejaksaan berpendapat bahwa perkara itu perlu diadili. Hulsman dalam hubungan ini menunjukkan kepada suatu asas yang disebut asas subsidiaritas⁴⁴, hal ini berarti bahwa badan kepidanaan yang satu akan meneruskan “perkara” kepada badan berikutnya hanya bilamana baik dari segi prevensi umum maupun dari segi prevensi khusus, ataupun karena pertimbangan-pertimbangan bahwa ketidaktenangan yang ditimbulkan oleh delik itu, adalah benar-benar perlu diteruskan supaya dapat diselesaikan dengan hukum pidana... maka polisi akan memberikan peringatan kepada yang bersangkutan tanpa meneruskan perkara itu kepada kejaksaan⁴⁵.

Dalam hukum pidana juga dikenal cara-cara lain mencegah orang yang melanggar undang-undang sampai berhubungan dengan hakim pidana, antara lain adalah yang disebut dengan transaksi. Di beberapa negara hal ini hanya diizinkan dalam hal pelanggaran. Jika undang-undang memungkinkan pula memperluas hal ini sampai kepada kejahatan, maka campur tangan hukum pidana akan lebih didesak kebelakang⁴⁶.

Prinsip subsidiaritas yang telah disebutkan di atas dapat memberikan arah suatu pedoman, yaitu jangan jatuhkan pidana penjara atau kurungan jika dipandang cukup hanya dengan pidana denda. Jangan jatuhkan pidana penjara atau kurungan yang tidak bersyarat jika pidana bersyarat dipandang telah cukup. Jangan jatuhkan pidana perampasan kemerdekaan yang lama jika pidana yang waktunya pendek telah dapat menyelesaikan persoalan itu⁴⁷. Sekarang dengan dukungan ilmu-ilmu kemasyarakatan lainnya telah banyak penelitian dan tulisan dengan bahan-bahan yang bersifat empiris pula yang menarik kesimpulan-kesimpulan bahwa pidana itu tidak berfaedah, terutama pidana penjara, pidana tidak ekonomis dan banyak akibat-akibat yang bersifat stigmatis⁴⁸.

Selain itu, sekalipun Berita Acara Pemeriksaan (BAP) telah diterima oleh kejaksaan, namun tidak dengan sendirinya suatu perkara harus dilimpahkan ke

⁴² Prof. Oemar Seno Adji, “Kasasi Perkara Pidana”, dalam Lembaga Penerbit Fakultas Ekonomi Universitas Indonesia, Sumbangsih untuk Prof. Djokosoetono, Jakarta, Lembaga Penerbit Fakultas Ekonomi Universitas Indonesia 1984, hlm.292 -293.

⁴³ Lihat penjelasan umum Undang-Undang Nomor 23 Tahun 1997 tentang Pengelolaan Lingkungan Hidup

⁴⁴ Lihat LHC. Hulsman, Straftoemeting, dalam Straf, 1961, page. 109

⁴⁵ Prof. Mr. Roeslan Saleh, Segi Lain Hukum Pidana, Jakarta, Ghalia Indonesia, 1984, hlm.21 -22.

⁴⁶ Ibid. hlm. 22.

⁴⁷ Ibid. hlm. 23.

⁴⁸ Ibid. hlm.33

pengadilan sesuai asas legalitas (teknis) dan oportunitas (kebijakan) yang dianut dalam penuntutan.⁴⁹ Konkritnya secara teknis ada ketentuan bahwa penuntut umum berwenang “menghentikan penuntutan” perkara karena sebagai berikut:

- a. tidak terdapat cukup bukti
- b. ternyata bukan tindak pidana
- c. ditutup demi hukum.⁵⁰

Secara kebijakan Jaksa Agung mempunyai kewenangan mengesampingkan perkara demi kepentingan umum.⁵¹

Penetapan ini hanya dapat terjadi setelah perkara di tangan kejaksaan dan mekanisme ini hampir jarang terjadi dalam praktik. Mengapa demikian, kecuali atas dasar perkara tidak dilimpahkan ke pengadilan karena “ditutup demi hukum” dan untuk kepentingan umum, alasannya adalah karena ketentuan ini untuk kejaksaan adalah sebagai ketentuan yang *contradictio in-terminus*. Sebab, dalam proses prapenuntutan pertanyaan tentang apakah suatu kasus merupakan tindak pidana dan apakah sudah cukup bukti untuk dibawa ke pengadilan telah dijawab kejaksaan ketika jaksa peneliti mengeluarkan surat pemberitahuan pada penyidik bahwa perkara telah lengkap⁵² yang disertai dengan permintaan pada penyidik agar segera mengirimkan tersangka berikut barang bukti pada kejaksaan.⁵³ Sebab jaksa peneliti dan jaksa penuntut umum adalah satu dan perbedaan itu hanya pembagian tugas sesuai tahapan proses semata-mata.⁵⁴ Apabila Jaksa menyatakan dalam tahap ini bahwa (i) “tidak terdapat cukup bukti”, (ii) “ternyata bukan tindak pidana”, (iii) “ditutup demi hukum”⁵⁵ maka akan muncul inkonsistensi kejaksaan dalam menangani perkara. Jadi ketentuan prapenuntutan sebagai jembatan antara penyidikan dan penuntutan sebagaimana konsep KUHAP berpotensi kontradiktif juga, sehingga ketentuan itu dalam praktek bersifat nominal atau tidak bisa dilaksanakan.

Dalam undang-undang yang mengatur tentang kedudukan hakim, maka bagaimana hakim itu memberikan keadilan bagi “rakyat pencari keadilan” diuraikan tugas dan kewajiban hakim sebagai berikut:

1. melakukan peradilan “Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa”⁵⁶
2. menegakkan hukum berdasarkan Pancasila sehingga putusan hakim harus mencerminkan rasa keadilan rakyat Indonesia⁵⁷
3. mengadili dengan tidak membeda-bedakan orang⁵⁸

⁴⁹ RM. Surachman, S.H.– Dr. Andi Hamzah, S.H., *Jaksa Di Berbagai Negara*, Penerbit Sinar Grafika, Jakarta 1996:37-8

⁵⁰ Pasal 141 KUHAP

⁵¹ Pasal 35 butir c Undang-Undang nomor 16 tahun 2004. Tentang Kejaksaan

⁵² Dalam praktek disebut P-21

⁵³ Disebut penyerahan perkara tahap kedua

⁵⁴ Pasal 2 ayat (3) Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2004 tentang Kejaksaan, disebutkan bahwa “...adalah satu dan tidak terpisahkan.”

⁵⁵ Pasal 141 KUHAP

⁵⁶ Pasal 4 Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman

⁵⁷ Ibid, Pasal 1

⁵⁸ Ibid, Pasal 5

4. tidak boleh menolak untuk memeriksa, mengadili dan memutus perkara dengan dalih bahwa tidak ada atau hukumnya kurang jelas melainkan wajib memeriksa dan mengadilinya⁵⁹
5. putusan selain harus memuat alasan dan dasar putusan dari perundang-undangan juga sumber hukum tidak tertulis yang dijadikan dasar mengadili⁶⁰
6. wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat⁶¹
7. dalam memutuskan berat ringannya pidana, hakim wajib memperhatikan pula sifat yang baik dan jahat dari terdakwa⁶²
8. memiliki integritas dan kepribadian yang tidak tercela, jujur, adil, profesional dan berpengalaman di bidang hukum
9. wajib menjaga kemandirian peradilan⁶³
10. membantu pencari keadilan dan berusaha mengatasi segala hambatan dan rintangan untuk dapat tercapainya peradilan yang sederhana, cepat dan biaya ringan.⁶⁴

Adanya klausula “keyakinan hakim” ini dalam menentukan kesalahan seseorang terdakwa ketika memeriksa perkara pidana ditegaskan lagi dalam Undang-Undang No 4 tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman.⁶⁵ Tetapi indikator bahwa misalnya adanya keyakinan itu harus *beyond reasonably doubt* seperti dalam sistem *common law* tidak ditemukan dalam perundang-undangan itu. Oleh karena itu dapat disimpulkan bahwa keyakinan hakim dalam pembuktian adalah dalam diskresi hakim yang bersifat subyektif. Kemudian, karena ketentuan KUHAP dalam memidana terdakwa harus “berdasarkan peraturan perundang-undangan”, artinya hukum yang tertulis. Tetapi tidak diatur dalam hal putusan hakim sebaliknya yakni membebaskan atau melepaskan atau menyatakan dakwaan batal atau tidak dapat diterima.

Dengan interpretasi *a contrario*, maka bila sebaliknya yakni putusan hakim menyatakan tidak menerima dakwaan, dakwaan batal demi hukum atau membebaskan atau melepaskan terdakwa, peranan hukum yang hidup dan berkembang di tengah-tengah masyarakat (*living law*) terbuka selama letak keadilannya bisa dijelaskan hakim. Dalam Pasal 25 ayat (1) Undang-Undang no 4 tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman hakim tidak dilarang menggunakan hukum yang tidak tertulis sebagai alasan dan dasar putusannya. Sebagai contoh, dasar-dasar pembenar (*rechtvaardiging gronden*) dalam menentukan pertanggung-jawaban pidana misalnya dikembangkan melalui hukum tidak tertulis oleh hakim di pengadilan.⁶⁶ Termasuk “tidak melawan hukum secara materiel (*materiele*

⁵⁹ Ibid, Pasal 16

⁶⁰ Ibid, Pasal 25

⁶¹ Ibid, Pasal 25

⁶² Ibid, Pasal 28 ayat (2)

⁶³ Ibid, Pasal 33

⁶⁴ Ibid, Pasal 5

⁶⁵ Ibid, Pasal 6 ayat (2)

⁶⁶ Prof. Oemar Seno Adji, Kasasi Perkara Pidana, dalam GURU PINANDITA Sumbangsih Untuk Prof. Djokosoetono, S.H., Lembaga Penerbit Fakultas Ekonomi Universitas Indonesia, Jakarta, Desember 1984, hlm.302

wederrechtelijkheid) disebut juga sebagai dasar pembenaar di luar undang-undang.”⁶⁷

Kembali pada kekuasaan kehakiman secara teoritis menurut Aharon Barok⁶⁸ bahwa “*The judiciary is the guardian of the constitution and must, in interpreting its provisions, bear these considerations in mind.*” Kemudian, seorang hakim yang menginterpretasikan dan menerapkan substansi konstitusi dalam perkara yang diadili adalah “*a partner to the authors of the constitution.*” Oleh karena itu, dari semua teks ketentuan yang termuat dalam konstitusi adalah hakim yang mempertimbangkan maknanya. Konstitusi merumuskan suatu cita-cita yang akan diwujudkan, hakim tetap yang menentukan cita-cita ini dalam kerangka besar peranan dari suatu konstitusi dalam kehidupan modern. Hakim harus memastikan kesinambungan dari substansi konstitusi.⁶⁹ Sebagai tambahan, bahwa demokrasi tidak hanya sekedar *majority rule* tetapi juga *the rule of values*, termasuk di dalamnya perlindungan hak asasi manusia. Oleh karena itu, menurut Aharon Barak “*the judicialization of politics will continue. The non-justiciability of legal aspect of politics will decrease*”⁷⁰.

Sekalipun dalam kenyataannya kekuasaan kehakiman berwenang mereview konstitusionalitas tindakan pemerintah tapi tidaklah berarti bahwa tindakan administratif pemerintah memerlukan persetujuan terlebih dahulu sebagai suatu syarat untuk dapat berlaku efektif. *Judicial review* adalah satu hal, sedangkan intervensi dari instansi lain adalah hal lain.⁷¹ Pengadilan tidak dapat membuat tidak berlaku kebijakan pemerintah hanya karena tidak setuju dengan kebijakan itu. Dalam hubungan ini, Subekti menyatakan bahwa “pengadilan yang menyingkirkan (*”wegoetsen*”) suatu ketentuan undang-undang harus merupakan suatu peristiwa luar biasa, tidak boleh merupakan suatu kejadian sehari-hari.”⁷²

Sebab, tugas pembuat undang-undang dan pengadilan tidak boleh bertukar. Peranan hakim dalam suatu sistem hukum yang menganut asas demokrasi adalah mempertahankan dan melindungi pemisahan kekuasaan (*the separation of powers*).⁷³ Aharon Barak menambahkan bahwa sekalipun demikian *the independence of the judicial* itu adalah bagian dari *the checks and balances* yang ditentukan oleh *the separation of powers*, karena kekuasaan kehakiman tidak absolut. Oleh karena itu, hakim tetap harus “*acts with in the framework of the limitations of substance and of procedure placed on judicial discretion.*”⁷⁴ Bila

⁶⁷ Prof. Dr.jur. Andi Hamzah, *Asas-Asas Hukum Pidana*, P.T. Yarsif Watampone, Jakarta, 2005:177-8

⁶⁸ Ibid. hlm. 129.

⁶⁹ Ibid. hlm. 135.

⁷⁰ Ibid. hlm. 311.

⁷¹ Ibid. hlm. 38.

⁷² Prof. Subekti, S.H., “Pembinaan Hukum Perdata Nasional oleh Yurisprudensi Indonesia”, dalam *Sumbangsih Untuk Prof. Djokosoetono, S.H.*, Lembaga Penerbit Fakultas Ekonomi Universitas Indonesia, Jakarta 1984, hlm. 44

⁷³ Ibid. hlm. 45.

⁷⁴ Ibid. hlm. 121.

tidak, akan menimbulkan masalah legitimasi pada fungsi pengadilan seperti pertanyaan, "who guard the guardians".⁷⁵

Menurut *Jan Rammelinck* bahwa hakim pidana ketika memutus perkara di pengadilan tidak mungkin dapat menerapkan perundang-undangan pidana tanpa menggunakan penafsiran. Dengan penafsiran ini kemudian dapat melahirkan yurisprudensi yang akan menjadi sumber hukum. Dalam hal demikian pengadilan menjadi *quasi-legislative*, karena misalnya terkait dengan istilah kesengajaan, kesalahan, mengakibatkan, daya paksa (*overmacht*) atau hal melawan hukum (*Wederrechtelijkheid*), perlu penafsiran. Oleh karena itu, hakim dalam hukum pidana juga harus diakui memainkan peran sebagai pencari dan penemu hukum. Dalam peradilan pidana pun luas lingkup substansi norma selalu dikembangkan dan sampai tingkat tertentu diubah melalui interpretasi/penafsiran.⁷⁶

Dalam hubungannya dengan penafsiran ini, Oemar Seno Adji memberikan contoh bahwa perbuatan melawan hukum bukanlah sekedar "schending" dari peraturan hukum khususnya undang-undang (*schending van de wet*) melainkan dapat diadakan perluasan dan ekstensi melalui hukum tidak tertulis seperti hukum adat pidana, suatu kebiasaan yang bertumbuh di luar perundang-undangan. Hal demikian sudah pernah digariskan dalam yurisprudensi dan juga ilmu hukum".⁷⁷

Dicontohkan Oemar Seno Adji bahwa alasan pembenar yakni "Afwezigheid van alle materiele wederrechtelijkheid" (AvMW) yang berdampingan dengan asas lain "avas", kedua-duanya merupakan alasan penghapus pidana, tumbuh di luar perundang-undangan dan telah diakui sebagai asas hukum yang dilahirkan dari yurisprudensi, dari hukum yang sifatnya tidak tertulis ("*ongeschreven buitenwettelijke strafuitsluitingsgrond*"). Proses menafsirkan hukum menurut Aharon Barak adalah "changes "static law" into "dynamic law" by transforming a linguistic text into legal norm."⁷⁸ All interpretive system must resolve the relationship between text and context, between the word (*verba*) of the text and its spirit (*voluntas*)."⁷⁹ Sekalipun bila semata-mata berdasarkan *spirit of the law* bisa melanggar asas legalitas sebagaimana pernah diingatkan Cesare Beccaria bahwa "Nothing is more dangerous than the common axiom that we should 'consult the spirit of the law'".⁸⁰

⁷⁵Marc A Loth , *Court In Quest For Legitimacy, A Comparative Approach, a paper has been presented at the University of Brno (Czech Republic)* on Octobre 2005, hlm. 4.

⁷⁶ Jan Rammelinck , *Hukum Pidana, Komentar atas pasal-pasal terpenting dari Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Belanda dan Padanannya dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Indonesia*, Jakarta, Penerbit Gramedia 2003, hlm.45.

⁷⁷ Prof. Oemar Seno Adji, "Kasasi Perkara Pidana", dalam Lembaga Penerbit Fakultas Ekonomi Universitas Indonesia, Sumbangsih untuk Prof. Djokosoetono, Jakarta, Lembaga Penerbit Fakultas Ekonomi Universitas Indonesia 1984, hlm.291.

⁷⁸ Aharon Barak, *The Judge In a Democracy*, Princenton, Princenton University Press, 2006, hlm.122-123.

⁷⁹ Ibid hlm. 123.

⁸⁰ Cesare Beccaria, *Of Crimes and Punishments, Introduction* by Marvin Wolfgang, Foreword by Mario Cuomo, translated by Jane Grigson, Marsilio Publisher, New York 1996, hlm.17

Hakim memang harus mendasari teks undang-undang dan menjadikannya sebagai titik tolak dalam mengadili tetapi tidak sebagai *ending point*. Hakim yang baik membuka mata dan melihat sistem hukum dalam semua nuansanya, ketentuannya dan nilai-nilai dasarnya. Dalam kerangka konteks umumnya hakim yang baik memberi arti dari teks suatu undang-undang dalam putusannya. Hakim yang baik tidak akan membuat sesuatu putusan hanya dengan mengetahui dan mendasarkan pada *text* undang-undang saja. Hakim harus mengenali masyarakat, masalahnya, dan aspirasinya. Hakim yang baik tidak melihat secara kaku ketentuan pada apa yang diatur dalam konstitusi, undang-undang, perjanjian atau persetujuan yang harus diinterpretasikannya. Hakim melihat pada *text* undang-undang secara keseluruhannya.⁸¹ Singkatnya, menurut Aharon Barak,

*“a good judge is a judge who, within the bounds of the legitimate possibilities at his disposal, makes the law that, more than other law, he is authorized to make, best bridges the gap between law and society and best protects the constitution and its values”.*⁸²

Selain itu, Marc Lot juga menekankan bahwa hakim yang baik bukanlah seseorang yang ekstrim. Dunianya tidak dibagi ke dalam hitam dan putih. Hakim yang baik untuk menyeimbangkan antara yang ekstrim. Hakim yang baik tahu sekalipun perundang-undangan dimana-mana tetapi bukanlah segala-galanya.⁸³

Dalam Pasal 27 UU No. 14 tahun 1970 ditentukan bahwa Hakim wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat. Menurut mantan ketua MA Purwoto S. Gandasubrata, ”menggali dan menemukan nilai-nilai hukum yang baik dan benar yang sesuai dengan Pancasila dan ”*according to the law of civilized nations*”...”⁸⁴ Purwoto S. Gandasubrata⁸⁵ melanjutkan bahwa “Bagi Mahkamah Agung khususnya yang dalam tingkat kasasi bertugas untuk menjamin berlakunya kesatuan, keseragaman dan kepastian hukum di negara kita dan bagi para Hakim pada umumnya yang dengan putusan-putusannya akan ikut menentukan isi dan arah perkembangan hukum kita”.

Satjipto Rahardjo menambahkan bahwa yang diharapkan dari hakim adalah, ”...MA berani membuat putusan-putusan yang berbobot politik, yaitu politik kenegarawanan (*judicial statementship*).”⁸⁶ Sebab menurut Anthony Hol dan Marc Loth bahwa hakim adalah sebagai *a guardian of the constitution*.⁸⁷ Oleh

⁸¹ Aharon Barak, *The Judge In a Democracy*, Princenton, Princenton University Press, 2006, hlm.308.

⁸² Ibid hlm. 307.

⁸³ Ibid hlm. 309.

⁸⁴ Purwoto S. Gandasubrata S.H., Tugas Hakim Indonesia - dalam Sumbangsih Untuk Prof. Djokosoetono, S.H., Lembaga Penerbit Fakultas Ekonomi Universitas Indonesia, Jakarta, Desember 1984, hlm.516

⁸⁵ Purwoto S. Gandasubrata, SH, “Tugas Hakim Indonesia”, dalam Sumbangsih Untuk Prof Djokosoetono, SH, Lembaga Penerbit Fakultas Ekonomi Universitas Indonesia, Jakarta 1984, hlm.514-5

⁸⁶ Prof. Dr. Satjipto Rahardjo, Sisi-Sisi Lain Dari Hukum di Indonesia, Penerbit Buku Kompas, 2003, hlm.228-9

⁸⁷ Anthony Hol, Marc Loth, *Reshaping Justice, Judicial Reform and Adjudication in the Netherlands*, Maastricht, Shaker Publishing BV 2004, hlm. 75

karena itu, seorang hakim, *who interprets the constitution is a partner to the authors of the constitution*.⁸⁸

G.J.M Corstens mengingatkan bahwa karena adanya keterikatan kepada undang-undang maka interpretasi yang akan sering dipakai adalah metode interpretasi gramatikal dan metode interpretasi sejarah. Namun demikian, untuk menemukan keseimbangan prosedural di antara kepentingan tersangka dan penuntut umum maka metode-metode lain seperti metode kreatif dan fungsional dapat diterapkan juga.⁸⁹ G.J.M Corstens memberikan ilustrasi sebagai berikut. Ada syarat dalam ketentuan hukum acara yang harus diperhatikan oleh hakim ketika menyidangkan suatu perkara yang bersidang, dengan ancaman kebatalan. Karena dicantumkan dalam undang-undang, maka hal itu dinamakan kebatalan formal.

Namun, kebanyakan acara yang disyaratkan dalam undang-undang tidak dilengkapi dengan sanksi kebatalan itu. Mahkamah Agung di Belanda telah menisbikan kebatalan formal. Mahkamah Agung menyatakan bahwa kebatalan terhadap kelalaian acara tertentu sekalipun tanpa ada rumusan sanksi seperti yang sudah dicantumkan oleh pembuat undang-undang. Hal ini dinamakan kebatalan substansial. Namun, apabila kelalaian acara yang demikian itu tidak ada kepentingan berarti yang dilanggar maka kebatalan tidak dinyatakan pengadilan. Artinya, dengan ilustrasi ini kebatalan dinisbikan Mahkamah Agung. Pranata ini tidak mempunyai dasar undang-undang tetapi dilembagakan dalam peradilan”⁹⁰

Dengan diterimanya yurisprudensi sebagai sumber hukum maka menurut Roeslan Saleh⁹¹ telah didobrak pemisahan yang ketat antara tugas pembentuk undang-undang dan peradilan, suatu asas yang sudah sejak lama mendasari kehidupan kenegaraan dan kemasyarakatan Indonesia. Bahkan lebih lanjut, diperlukan suatu kerjasama yang erat antara pembentuk undang-undang dan penegak hukum, agar perubahan kemasyarakatan dapat diatur dan ditanggulangi dengan sebaik-baiknya. Penerimaan yurisprudensi sebagai sumber hukum berarti keluar dari legisme yang ketat. Penerimaan ini dapat juga dalam bidang hukum pidana, terutama setelah diterimanya “alasan-alasan penghapus pidana” yang ada di luar undang-undang sebagaimana diuraikan di atas.

Dengan demikian, maka norma-norma yang bersifat ekstra legal semakin banyak turut menentukan keadilan. Dan asas-asas yang bersifat *typis jurisprudentialis* memainkan peranan penting dalam pelaksanaan undang-undang. Di sini kelihatan bahwa acara peradilan merupakan suatu fungsi yang esensial dalam mempositifkan hukum. Dengan perkembangan ini, maka diadakan suatu corak baru dalam peradilan pidana.⁹² Seperti dikatakan Anthony Hol dan Marc Loth,

⁸⁸ Aharon Barak, *The Judge In a Democracy*, Princenton, Princenton University Press, 2006, hlm. 29.

⁸⁹ Prof. Mr. G.J.M Cortens, *het Nerderlands strafprocesrecht*, twede druk, Gouda Quint bv, Arnhem, 1995, hlm. 28

⁹⁰ Ibid, hlm. 45-6

⁹¹ Roeslan Saleh, *Segi Lain Hukum Pidana*, Jakarta, Ghalia Indonesia, 1984, hlm.56.

⁹² Ibid hlm. 56.

hakim akan sekaligus sebagai *a guardian of the constitution*.⁹³ Sebab seorang hakim, *who interprets the constitution is a partner to the authors of the constitution*.⁹⁴

Dalam Pengaturan KUHP ke depan sebaiknya menggunakan asas legalitas secara tidak absolut. ketentuan asas legalitas tidak akan mengurangi berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat yang menentukan bahwa seseorang patut dipidana walaupun perbuatan tersebut tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan. Namun, sepanjang sesuai dengan nilai-nilai Pancasila dan/atau prinsip-prinsip hukum umum yang diakui oleh masyarakat bangsa-bangsa asas hukum tidak tertulis dapat diterima, sehingga perlu diakui pula adanya tindak pidana atas dasar hukum yang hidup dalam masyarakat atau yang sebelumnya dikenal sebagai tindak pidana adat untuk lebih memenuhi rasa keadilan yang hidup di dalam masyarakat.

Sebagai suatu kenyataan bahwa di beberapa daerah di tanah air, masih terdapat ketentuan-ketentuan hukum yang tidak tertulis, yang hidup dan diakui sebagai hukum di daerah yang bersangkutan, yang menentukan bahwa pelanggaran atas hukum itu patut dipidana. Dalam hal ini hakim dapat menetapkan sanksi berupa “Pemenuhan Kewajiban Adat” setempat yang harus dilaksanakan oleh pembuat tindak pidana. Hal ini mengandung arti, bahwa standar, nilai dan norma yang hidup dalam masyarakat setempat masih tetap dilindungi untuk lebih memenuhi rasa keadilan yang hidup di dalam masyarakat tertentu. Keadaan seperti ini tidak akan menggoyahkan dan tetap menjamin pelaksanaan asas legalitas serta larangan analogi yang dianut dalam Hukum Pidana.

C. Ruang Berlakunya Peraturan Perundang-Undangan Hukum Pidana menurut Tempat

Pembentuk undang-undang dapat menetapkan ruang berlakunya undang-undang yang dibuatnya. Ruang berlakunya peraturan pidana menurut tempat dapat disebut beberapa azas, yaitu:

1. Azas teritorial
2. Azas personal (nasional aktif)
3. Azas perlindungan (nasional pasif)
4. Azas universal.

Penjelasan-penjelasan:

1. Azas Teritorial

Azas ini diatur dalam Pasal 2 KUHP yang dirumuskan sebagai berikut: Aturan pidana dalam perundang-undangan Indonesia berlaku bagi setiap orang yang melakukan perbuatan pidana di dalam Indonesia.

Setiap orang berarti orang Indonesia maupun orang asing yang melakukan tindak pidana. Dalam melakukan tindak pidana itu orang tidak perlu berada di wilayah

⁹³ Anthony Hol, Marc Loth, *Reshaping Justice, Judicial Reform and Adjudication in the Netherlands*, Maastricht, Shaker Publishing BV 2004:, hlm.75

⁹⁴ Aharon Barak, *The Judge In a Democracy*, Princenton, Princenton University Press, 2006, hlm. 29.

Indonesia. Seseorang yang berada di luar negeri dapat melakukan delik di Indonesia. Hal ini terkait dengan persoalan mengenai ‘tempat terjadinya delik’.

Azas territorial ini diperluas dengan ketentuan yang terdapat dalam Pasal 3 KUHP, yang menyatakan: Aturan pidana dalam perundang-undangan Indonesia berlaku bagi setiap orang yang di luar Indonesia melakukan perbuatan pidana di dalam perahu (*vaartuig*) Indonesia. Vaartuig secara harfiah berarti alat berlayar.

Interpretasi otentik mengenai perahu (*ship*) terdapat dalam Pasal 95 KUHP yang dirumuskan sebagai berikut: Yang disebut perahu Indonesia adalah perahu yang mempunyai surat laut dan pas kapal, menurut aturan-aturan umum mengenai surat laut dan pas kapal di Indonesia.

Bagaimanakah dengan kapal udara? Berdasarkan analogi dapat dikatakan bahwa kapal udara adalah perahu atau kapal, sehingga ketentuan Pasal 3 KUHP itu meliputinya, akan tetapi ada yang berpendapat berbeda, yaitu Pasal 3 adalah perkecualian terhadap Pasal 2 KUHP. Oleh karena itu, Pasal 3 KUHP harus ditafsirkan secara tegas apa yang benar-benar tertulis (*strikt*).

2. Azas Personalitas (Nasional Aktif)

Azas ini mengatakan bahwa peraturan hukum pidana Indonesia berlaku bagi setiap warga Negara Indonesia (WNI) yang melakukan tindak pidana, baik di dalam negeri maupun di luar negeri. Menurut ketentuan ini peraturan hukum pidana seolah-olah mengikuti orangnya (WNI) kemana dia berada. Oleh karena itu, azas ini dinamakan juga azas Nasional Aktif.

Perihal orang Indonesia (WNI) yang melakukan tindak pidana di dalam negeri tidak menimbulkan persoalan hukum. Berbeda bila seorang WNI melakukan tindak pidana di luar negeri, maka berlaku ketentuan Pasal 5 KUHP yang dirumuskan sebagai berikut:

- (1) Aturan pidana dalam perundang-undangan Indonesia berlaku bagi warga negara yang di luar Indonesia melakukan:
 - Ke-1. Salah satu kejahatan tersebut dalam Bab I dan Bab II Buku Kedua dan Pasal-Pasal 160, 161, 240, 279, 450, dan 451 KUHP.
 - Ke-2. Salah satu perbuatan yang oleh suatu aturan pidana dalam perundang-undangan Indonesia dipandang sebagai kejahatan, sedangkan menurut perundang-undangan Negara dimana perbuatan dilakukan, diancam dengan pidana.
- (2) Penuntutan perkara sebagaimana dimaksud dalam ke-2 dapat dilakukan juga jika terdakwa menjadi warga Negara sesudah melakukan perbuatan.

Pasal 5 KUHP menyebutkan dua golongan tindak pidana, yaitu:

- a. Kejahatan-kejahatan terhadap keamanan Negara, martabat Presiden, penghasutan, penyebaran surat-surat yang mengandung penghasutan, membuat tidak cakap untuk dinas militer, bigami, dan perampokan.
- b. Tindak pidana yang menurut undang-undang Indonesia dianggap sebagai kejahatan yang di negeri tempat tindak pidana dilakukan itu diancam dengan pidana.

Golongan kedua bersifat lebih umum. Contoh: seorang WNI melakukan kejahatan di luar negeri, kemudian dia lari ke Indonesia. Dia tidak mungkin diserahkan ke Negara tersebut karena dia adalah WNI. Namun, dia dapat diadili dengan undang-undang pidana Indonesia di Indonesia. Negara Anglo Saxon tidak memiliki system demikian itu.

Pasal 5 Ayat (2) KUHP itu merupakan perluasan. Contoh: ada seorang warga Negara dari Negara A melakukan kejahatan. Setelah itu dia melarikan diri ke Indonesia dan menjadi WNI melalui naturalisasi. Dia dapat diadili menurut undang-undang pidana Indonesia. Namun, tindak pidananya harus berupa kejahatan bagi undang-undang pidana Indonesia.

Pasal 6 KUHP memperlunak azas personal yang dirumuskan sebagai berikut: Berlakunya Pasal 5 ayat (1) ke-2 KUHP dibatasi sedemikian rupa hingga tidak dijatuhkan pidana mati, jika menurut perundang-undangan Negara dimana perbuatan dilakukan, terhadapnya tidak diancam dengan pidana mati.

Mengenai tindak pidana golongan kedua dibatasi hingga tidak boleh dijatuhkan pidana mati menurut undang-undang Negara tempat perbuatan itu dilakukan.

3. Azas Perlindungan (Nasional Pasif)

Azas ini diatur dalam Pasal 4 KUHP yang memuat prinsip bahwa aturan pidana dalam perundang-undangan Indonesia berlaku bagi setiap orang yang di luar Indonesia melakukan kejahatan yang menyerang kepentingan hukum Negara Indonesia, baik itu dilakukan oleh WNI maupun bukan WNI, yang dilakukan di luar Indonesia. Kejahatan-kejahatan yang diatur dalam Pasal 4 KUHP itu dapat dibagi ke dalam 5 kategori/ golongan sebagai berikut:

- a. Salah satu kejahatan terhadap keamanan Negara dan martabat Presiden, yaitu Pasal-Pasal 104, 106, 107, 108, 110, 111 bis ke-1, 127, dan 131 (Pasal 4 ke-1 KUHP).
- b. Suatu kejahatan mengenai mata uang atau uang kertas yang dikeluarkan oleh Negara atau bank, ataupun mengenai meterai yang dikeluarkan dan merk yang digunakan oleh Pemerintah Indonesia (Pasal 4 ke-2 KUHP).
- c. Pemalsuan surat hutang atau sertifikat hutang atas tanggungan suatu daerah atau bagian daerah Indonesia, termasuk pula pemalsuan talon, tanda deviden atau tanda bunga, yang mengikuti surat atau sertifikat itu, dan tanda yang dikeluarkan sebagai pengganti surat tersebut; atau menggunakan surat-surat tersebut di atas, yang palsu atau dipalsukan, seolah-olah tulen dan tidak dipalsu (Pasal 4 ke-3 KUHP).
- d. Kejahatan jabatan yang tercantum dalam Bab XXVIII Buku II KUHP yang dilakukan oleh Pegawai Negeri Indonesia di luar Indonesia (Pasal 7 KUHP), yang dirumuskan sebagai berikut: Aturan pidana dalam perundang-undangan Indonesia berlaku bagi setiap pejabat yang di luar Indonesia melakukan salah satu perbuatan pidana tersebut dalam Bab XXVIII Buku II KUHP.
Pegawai Negeri Indonesia itu tidak perlu seorang WNI. Contoh: di perwakilan Indonesia di luar negeri banyak orang asing yang menjadi

pegawai Indonesia. Di samping itu banyak pegawai Indonesia yang karena tugasnya banyak berada di luar negeri.

- e. Kejahatan pelayaran yang tercantum dalam Bab XXIX Buku II KUHP mengenai pelanggaran pelayaran dan tindak pidana yang tercantum dalam peraturan-peraturan umum tentang surat-surat laut dan pas kapal di Indonesia dan dalam Ordonansi Kapal (*Schepen Ordonnantie*) 1927, yang dilakukan Nahkoda dan penumpang alat pelayar (kapal atau perahu) Indonesia yang ada di luar Indonesia, baik mereka itu berada di atas kapal maupun di luar kapal (Pasal 8 KUHP).

Salah satu kejahatan tersebut Pasal-Pasal 438, 444, 446 KUHP, mengenai pembajakan laut, dan tersebut Pasal 447 KUHP mengenai penyerahan perahu dalam kekuasaan bajak laut (Pasal 4 ke-4 KUHP).

Azas perlindungan ini melindungi kepentingan yang lebih besar dari kepentingan oknum (individu), ialah kepentingan nasional. Oleh karena itu, azas ini disebut juga azas Nasional Pasif.

4. Azas Universal

Peraturan hukum pidana Indonesia berlaku terhadap tindak pidana, baik dilakukan di dalam negeri maupun di luar negeri, yang dilakukan oleh WNI maupun warga negara asing. Tindak pidana yang dimaksud itu diatur dalam Pasal 4 ke-2 KUHP, sepanjang menyangkut kepentingan Negara asing dan Pasal 4 ke-4 KUHP mengenai perompakan di laut (pembajakan).

Kepentingan yang dilindungi dalam azas Universal adalah kepentingan internasional, bukan kepentingan nasional Negara Indonesia. Oleh karena itu, azas Universal juga dikatakan azas der *Weltrechtspflege*, yaitu azas mengenai penyelenggaraan hukum dunia atau ketertiban hukum dunia (*wereldrechtsorde*). Contoh: orang asing di Indonesia melakukan pemalsuan mata uang negaranya sendiri dapat diadili di Indonesia dengan hukum pidana Indonesia, bukan dengan hukum asing. Hal ini berbeda dengan perkara perdata, pengadilan Indonesia dapat menerapkan hukum perdata Negara lain berdasarkan aturan hukum perdata Internasional.

Mengenai keempat azas itu dalam KUHP terdapat pengecualian terhadap ketentuan-ketentuan dalam Pasal-Pasal 2 – 5, 7 dan 8 sebagaimana diatur dalam Pasal 9 KUHP yang dirumuskan sebagai berikut: Berlakunya Pasal 2 – 5, 7, dan 8 dibatasi oleh pengecualian-pengecualian yang diakui dalam hukum internasional. Pengecualian itu ada terhadap kepala Negara asing, duta/duta besar atau perwakilan Negara asing, dan anak buah kapal perang asing. Mereka memiliki hak exterritorialitas atau hak immunitas (kekebalan) yang diakui dalam hukum internasional.

Persoalan mengenai ruang berlakunya peraturan hukum pidana menurut tempat yang terdiri atas azas territorial, azas harus dibedakan dengan tempat terjadinya suatu tindak pidana (*locus delicti*)

D. Naskah Akademik RUU KUHP

a. Asas Teritorial

Dalam KUHP, asas teritorial ini, diatur dalam Pasal 2 yang diperluas juga dengan asas *extra-teritorial* dalam Pasal 3 (dalam “kendaraan air” atau “pesawat udara” Indonesia di luar wilayah Indonesia). Dalam pembaharuan KUHP sebaiknya kedua pasal itu dijadikan satu, dan asas *extra-teritorialnya* diperluas juga untuk orang yang melakukan tindak pidana di bidang teknologi informasi yang akibatnya dirasakan atau terjadi di wilayah Indonesia dan dalam kapal atau pesawat udara Indonesia. Perluasan itu dimaksudkan untuk dapat menjangkau tindak pidana mayantara (*cyber crime*), sehingga pengaturan mengenai asas teritorial ini sebaiknya menjangkau:

1. tindak pidana di wilayah Negara Republik Indonesia
2. tindak pidana dalam kapal atau pesawat udara Indonesia; atau
3. tindak pidana di bidang teknologi informasi yang akibatnya dirasakan atau terjadi di wilayah Indonesia dan dalam kapal atau pesawat udara Indonesia.

Asas territorial ini merupakan asas yang mendapatkan prioritas pertama dalam penguasaannya, mengingat adanya kedaulatan masing-masing negara dalam wilayahnya. Di samping itu, apabila kita hubungkan dengan penegakan hukum dalam kaitannya dengan hukum acara pidana maka untuk kepentingan pengadilan, asas wilayah juga penting artinya, karena dalam wilayah dilakukannya tindak pidana itulah didapatkan alat-alat bukti/barang bukti dengan mudah, sehingga akan menjamin adanya *fair trial*. Ruang lingkup wilayah yang meliputi darat, laut, dan udara ditentukan berdasarkan peraturan perundang-undangan yang mengaturnya secara tuntas, baik secara geografis berdasarkan wawasan nusantara maupun berdasarkan ketentuan-ketentuan hukum internasional yang diakui⁹⁵.

b. Asas Nasional Aktif (Personal)

Asas Nasional Aktif ini penting untuk dipertahankan, agar setiap warganegara Indonesia sebagai insan Pancasila selalu mematuhi hukum dimanapun ia berada, dengan batasan-batasan asas kejahatan rangkap (*double criminality*) untuk tindak pidana pada umumnya. Bagi tindak pidana yang berkaitan dengan atau terhadap keamanan negara Indonesia dikecualikan dari asas *double criminality*, karena tindak pidana-tindak pidana sejenis ini biasanya tidak merupakan tindak pidana di luar negeri, maka demi pengamanan kepentingan negara, terutama apabila dilakukan oleh warganegara Indonesia, maka perbuatan-perbuatannya wajib dipidana dimanapun dilakukannya.

Selain pembatasan bagi tindak pidana pada umumnya dengan asas kejahatan rangkap. juga diadakan pembatasan mengenai asas tidak menjatuhkan pidana mati terhadap orang asing yang setelah melakukan tindak pidana di luar wilayah Republik Indonesia menjadi warganegara Indonesia, bila hukum pidana dalam *locus delictie* tidak mengancamnya dengan pidana mati. Hal ini mengingat perbedaan pengancaman pidana di masing-masing negara, terutama pidana mati

⁹⁵ Budiarti, Makalah tentang Asas-asas Hukum Nasional di Bidang Hukum Pidana yang disampaikan pada Seminar Asas-Asas Hukum Nasional yang diselenggarakan oleh BPHN, Departemen Kehakiman, Jakarta, 18-20 Januari 1985. hlm. 7-8

yang menjadi permasalahan bagi negara yang menghapuskannya dan yang mempertahankannya⁹⁶.

Suatu asas baru perlu dianut dan diatur dalam pembaharuan KUHP, yaitu asas memberlakukannya ketentuan pidana dalam peraturan perundang-undangan Indonesia bagi setiap orang yang penuntutannya diambil alih oleh Indonesia dari negara asing berdasar suatu perjanjian yang memberikan kewenangan kepada Indonesia untuk menuntut pidana. Asas ini sesuai dengan perkembangan dunia modern, yaitu diadakannya perjanjian antar negara yang memungkinkan negara-negara anggota/peserta untuk mengadili warganegara masing-masing dalam hal tertentu. Untuk memberikan akomodasi bagi kemungkinan tersebut, maka pengaturan asas tersebut perlu diadakan dalam KUHP kita yang akan datang.

Akhirnya dianut pula dalam asas berlakunya hukum pidana Indonesia ini adanya pembatasan-pembatasan oleh hukum internasional yang diakui. Hal ini akibat keberadaannya dan kedudukan Republik Indonesia sebagai anggota masyarakat dunia (internasional).

c. Asas Nasional Pasif (Perlindungan)

Dalam KUHP, pengaturan asas nasional pasif ini digabung dengan asas universal (lihat Pasal 4) dan “kepentingan nasional” yang akan dilindungi dan juga dirumuskan secara limitatif/enumeratif yang rigid, yaitu:

1. kejahatan tertentu terhadap keamanan negara dan martabat Presiden (Pasal 4 ke-1);
2. kejahatan mengenai mata uang, uang kertas, meterai, dan merek (Pasal 4 ke-2 KUHP); dan
3. pemalsuan surat/sertifikat hutang atas tanggungan Indonesia atau tanggungan daerah/bagian daerah Indonesia (Pasal. 4 ke-3 KUHP).

Di samping itu, ada pula “kepentingan nasional” yang juga merupakan “kepentingan Internasional/universal”, yang diatur dalam Pasal 4 ke-4 KUHP jo. Undang-Undang Nomor. 4 Tahun 1976, berupa:

1. kejahatan yang berkaitan dengan pembajakan laut dalam (Pasal 438, 444-446);
2. penyerahan perahu dalam kekuasaan bajak laut (Pasal 447);
3. pembajakan pesawat udara (Pasal. 479);
4. kejahatan yang mengancam penerbangan sipil (Pasal. 479i s/d Pasal 479o)

Di dalam pembaharuan KUHP ke depan sebaiknya, asas nasional pasif diatur dalam pasal tersendiri terpisah dari asas universal, dimana pengaturannya juga dapat mencakup bagi setiap orang di luar wilayah Negara Republik Indonesia. Ada beberapa hal yang menjadi fokus dalam penerapan asas Nasional Pasif ke depan, ialah :

1. yang dipandang sebagai “kepentingan nasional” tidak hanya “kepentingan negara”. Tetapi juga “kepentingan warga negara Indonesia di luar negeri” (yang menjadi sasaran/korban tindak pidana). Dalam KUHP yang sekarang

⁹⁶ Ibid, hlm. 9

berlaku, kepentingan hukum dari WNI di luar negeri, tidak dilihat sebagai “kepentingan Nasional” yang harus dilindungi oleh hukum nasional, tetapi seolah-olah hanya disarankan sepenuhnya kepada hukum yang berlaku di negara asing itu. Dengan adanya Pasal 5 itu, berarti pula hukum pidana (sistem pemidanaan) nasional dapat juga berlaku bagi WNA yang melakukan tindak pidana terhadap WNI di luar teritorial Indonesia.

2. Kepentingan nasional yang akan dilindungi itu tidak dirumuskan secara “limitatif yang pasti (*definite/rigid*)”, yaitu tidak dengan menyebut pasal-pasal tertentu, tetapi dirumuskan secara “*limitatif* yang terbuka (*open*)”.
3. Kepentingan yang terancam oleh kejahatan-kejahatan yang bersifat internasional/transnasional (seperti *cyber crime*, korupsi, dan *money laundering*) juga dipandang sebagai kepentingan nasional yang dilindungi.

Untuk itu pengaturan tentang pembaharuan KUHP yang terkait dengan asas nasional pasif paling tidak menjangkau ruang lingkup sebagai berikut:

- 1) Yang melakukan tindak pidana terhadap:
 - a. warga negara Indonesia; atau
 - b. kepentingan negara Indonesia
- 2) terkait kepentingan negara Indonesia diarahkan pada hal hal yang berhubungan dengan :
 - a. keamanan negara atau proses kehidupan ketatanegaraan;
 - b. martabat Presiden, Wakil Presiden, atau Pejabat Indonesia di luar negeri;
 - c. pemalsuan atau peniruan segel, cap negara, meterai, mata uang, atau kartu kredit;
 - d. perekonomian, perdagangan, dan perbankan Indonesia;
 - e. keselamatan atau keamanan pelayaran dan penerbangan;
 - f. keselamatan atau keamanan bangunan, peralatan, dan aset nasional atau negara Indonesia;
 - g. keselamatan atau keamanan peralatan komunikasi elektronik;
 - h. tindak pidana jabatan/korupsi; dan/atau
 - i. tindak pidana pencucian uang.

Pentingnya asas ini adalah untuk memberlakukan hukum pidana Indonesia terhadap siapapun (terutama orang asing) yang di luar wilayah Republik Indonesia melakukan tindak pidana yang merugikan kepentingan hukum nasional Indonesia (baik kepentingan hukum nasional Republik Indonesia yang menyangkut keamanan negara maupun terhadap martabat Presiden/Wakil Presiden, Kepala Perwakilan Republik Indonesia). Ditambahkannya perlindungan terhadap Kepala Perwakilan Republik Indonesia adalah untuk melindungi kewibawaan dan martabat negara kita, karena pejabat-pejabat ini adalah mewakili Republik Indonesia.

Selain kepentingan hukum yang menyangkut keamanan, kewibawaan dan martabat negara, juga asas perlindungan ditujukan kepada kepentingan dalam hal surat hutang/sertifikat hutang yang ditanggung pemerintah Republik Indonesia, tahun surat-surat hutang sero, atau surat-surat bunga hutang, yang kesemuanya itu penting bagi kepentingan negara dalam bidang perekonomian.

d. Asas Universal

Asas universal dalam KUHP yang saat ini berlaku, diatur bersama-sama dengan asas nasional pasif (Pasal 4) dan hanya ditujukan kepada kejahatan-kejahatan tertentu. Sementara kepentingan internasional/universal/global yang akan dilindungi, tidak dengan cara menyebut kejahatan-kejahatan internasional tertentu secara limitatif, tetapi dirumuskan secara umum/terbuka agar dapat menampung perkembangan dari kesepakatan internasional.

Asas ini dipertahankan, untuk melindungi kepentingan yang dianggap sebagai kepentingan hukum universal Republik Indonesia sebagai negara anggota masyarakat universal, bekerjasama dengan negara-negara lain ingin pula menegakkan hukum dan ketertiban dunia, dengan menanggulangi serta memberantas tindakan-tindakan yang melanggar dan merusak ketertiban dunia, dengan memberlakukan hubungan terhadap perbuatan-perbuatan tersebut, dimanapun dilakukan⁹⁷.

Ini terbukti ikut sertanya negara Indonesia dalam beberapa konvensi-konvensi internasional. Dalam pengikutsertaan Republik Indonesia pada konvensi-konvensi tersebut selalu berdasar pada asas-asas bahwa kepentingan nasional yang harus didahulukan. Dalam hukum pidana internasional dikenal dengan istilah “*universal jurisdiction*” dan “*jus cogens*”. “*Universal jurisdiction*” diartikan sebagai suatu sistem dalam peradilan internasional yang memberikan kepada pengadilan nasional suatu negara yurisdiksi atas kejahatan-kejahatan pelanggaran HAM berat tanpa mempertimbangkan dimana dan kapan kejahatan dilakukan serta nasionalitas korban dan pelaku. Sedangkan “*jus cogens*” adalah suatu doktrin dalam hukum internasional atas dasar Konvensi Wina 1986 berkaitan dengan hukum yang bersifat memaksa yang harus dilaksanakan oleh seluruh negara (*obligatio erga omnes*) seperti genosida, perdagangan budak, diskriminasi ras, dan kejahatan terhadap kemanusiaan, yang merupakan hukum yang lebih tinggi. Dalam hal ini berlaku prinsip suatu negara harus menuntut atau mengekstradisi tanpa ketentuan daluwarsa, imunitas pelaku atau karena atas perintah atasan dan berlaku yurisdiksi universal.⁹⁸

e. Asas Keseimbangan (*daad-daderstrafrecht* dan korban)

Pembaharuan KUHP di dalamnya mengandung sistem hukum pidana materiel beserta asas-asas hukum pidana yang mendasarinya, disusun dan diformulasikan dengan berorientasi pada berbagai pokok pemikiran dan ide dasar keseimbangan, yang antara lain mencakup:

- a. keseimbangan monodualistik antara “kepentingan umum/masyarakat” dan “kepentingan individu/perorangan”;
- b. keseimbangan antara perlindungan atau kepentingan pelaku tindak pidana (ide individualisasi pidana) dan korban tindak pidana (*victim of crime*);
- c. keseimbangan antara unsur/faktor “objektif” (perbuatan/lahiriah) dan “subjektif” (orang/batiniah/sikap batin); ide “*Daad-dader Strafrecht*”;
- d. keseimbangan antara kriteria “formal” dan “materiel”;

⁹⁷ Budiarti, Op.Cit, hlm. 8

⁹⁸ Muladi, Statuta Roma 1998 Tentang Mahkamah Pidana Internasional, Penerbit Alumni Bandung, 2011, hlm. 364.

- e. keseimbangan antara “kepastian hukum”, “kelenturan, elastisitas, atau fleksibilitas”, dan “keadilan”; dan
- f. keseimbangan nilai-nilai nasional dan nilai-nilai global, internasional, atau universal;

Ide dasar “keseimbangan” itu diwujudkan dalam ketiga permasalahan pokok hukum pidana, yaitu dalam masalah:

- a. pengaturan tindak pidana atau perbuatan yang bersifat melawan hukum (*criminal act*);
- b. pengaturan kesalahan atau pertanggungjawaban pidana (*criminal responsibility*);
- c. pengaturan stelsel pidana dan tindakan (*punishment and treatment system*).

Dalam masalah pengaturan tindak pidana, implementasi ide keseimbangan itu berorientasi pada masalah sumber hukum (asas atau landasan legalitas), yakni di samping sumber hukum atau landasan legalitas didasarkan pada asas legalitas formal (berdasarkan undang-undang) yang menjadi landasan utama, juga didasarkan pada asas legalitas material dengan memberi tempat kepada “hukum yang hidup atau hukum tidak tertulis” (*the living law*). Perluasan asas legalitas materiel ini didasarkan pada:

- a. aspirasi yang bersumber dari kebijakan legislatif nasional setelah kemerdekaan;
- b. aspirasi yang berasal dari interaksi dan kesepakatan ilmiah dalam pelbagai seminar atau pertemuan ilmiah lain yang bersifat nasional;
- c. aspirasi yang bersifat sosiologis; dan
- d. aspirasi universal atau internasional di lingkungan masyarakat bangsa-bangsa yang beradab.

Dengan diakuinya “hukum yang hidup” sebagai sumber hukum (sumber legalitas material, maka perlu memberikan pedoman, kriteria atau rambu-rambu mengenai sumber hukum material mana yang dapat dijadikan sebagai sumber hukum (sumber legalitas materiel). Oleh karena itu, pembaharuan KUHP juga harus merumuskan pedoman, kriteria, atau rambu-rambu yang berorientasi pada nilai-nilai nasional yakni Ideologi Pancasila, dan nilai-nilai atau prinsip-prinsip hukum umum yang diakui oleh masyarakat bangsa-bangsa yang beradab (*the general principles of law recognized by the community of civilized nations*).

Aspek lain dari perlindungan masyarakat adalah perlindungan terhadap korban dan pemulihan keseimbangan nilai yang terganggu di dalam masyarakat. Untuk memenuhi aspek ini, pembaharuan KUHP perlu menyediakan jenis sanksi berupa “pembayaran ganti kerugian” dan “pemenuhan kewajiban adat”. Kedua jenis sanksi ini dimasukkan sebagai jenis pidana tambahan, karena dalam kenyataan sering terungkap, bahwa penyelesaian masalah secara yuridis formal dengan menjatuhkan sanksi pidana pokok saja kepada terdakwa belum dirasakan oleh warga masyarakat sebagai suatu penyelesaian masalah secara tuntas.

Menanggapi perkembangan yang signifikan akhir-akhir ini tentang tuntutan untuk di satu pihak menjatuhkan pidana yang berat terhadap berbagai kejahatan yang masuk

kategori “*extraordinary crimes*” dan di lain pihak menerapkan pendekatan keadilan restoratif (*restorative justice*) dan menghindari keadilan retributif (*retributive justice*) terhadap tindak pidana anak dan tindak pidana lain yang tidak terlalu berat, maka dalam pembaharuan KUHP dan KUHP perlu pengaturan untuk memasukkan materi ini. (*restorative justice is about healing rather than hurting, moral learning, community participation and community caring , respectful dialogue, forgiveness, responsibility, apology, and making amend. mostly works well in granting justice, closure, restoration of dignity, transcendence of shame, and healing for victim*).⁹⁹

Ketentuan Umum

Pembaharuan hukum pidana didasarkan pada asas-asas hukum pidana yang cocok atau sesuai dengan bangunan sistem hukum nasional Indonesia. Oleh karena itu perlu dilakukan perubahan pola pemikiran terhadap Kitab Undang-Undang Hukum Pidana warisan Belanda (*Wetboek van Strafrecht*). KUHP Warisan Belanda secara keseluruhan dilandasi oleh pemikiran aliran klasik (*classical school*) yang berkembang pada Abad ke-18 yang memusatkan perhatian hukum pidana pada perbuatan atau tindak pidana (*daad-strafrecht*).

Terkait hal tersebut, saat ini berkembang pemikiran aliran neo-klasik (*neo-classical school*) yang menjaga keseimbangan antara faktor obyektif (perbuatan/lahiriah) dan faktor subyektif (orang/batiniah/sikap batin). Aliran ini memusatkan perhatiannya tidak hanya pada perbuatan atau tindak pidana yang terjadi, tetapi juga terhadap aspek-aspek individual si pelaku tindak pidana (*daad-dader strafrecht*). Selain pemikiran aliran neo-klasik, pemikiran mendasar lain yang mempengaruhi pembaharuan hukum pidana adalah perkembangan ilmu pengetahuan tentang korban kejahatan (*victimology*). Ilmu ini menaruh perhatian besar pada perlakuan yang adil terhadap korban kejahatan dan penyalahgunaan kekuasaan.

Aspek-aspek individual si pelaku tindak pidana (*daad-dader strafrecht*) dan perkembangan ilmu pengetahuan tentang korban kejahatan (*victimology*) mempengaruhi perumusan 3 (tiga) permasalahan pokok dalam hukum pidana yaitu perumusan perbuatan yang bersifat melawan hukum, pertanggungjawaban pidana atau kesalahan dan sanksi (pidana dan tindakan) yang dapat dijatuhkan beserta asas-asas hukum pidana yang mendasarinya.

Karakter *daad-dader strafrecht* yang lebih manusiawi tersebut diwujudkan dengan adanya pelbagai pengaturan yang berusaha menjaga keseimbangan antara unsur/faktor obyektif (perbuatan/lahiriah) dan unsur/faktor subyektif (manusia/batiniah/sikap batin). Hal ini antara lain tercermin dari pelbagai pengaturan tentang tujuan pemidanaan, syarat pemidanaan, pasangan sanksi berupa pidana dan tindakan, pengembangan alternatif pidana kemerdekaan jangka pendek, pedoman atau aturan pemidanaan, pidana mati bersyarat, dan pengaturan batas minimum umum pertanggungjawaban pidana, pidana serta tindakan bagi anak.

⁹⁹ Muladi, Pendekatan “Restorative Justice” Dalam Sistem Peradilan Pidana Dan Implementasinya Dalam Sistem Peradilan Anak, Ceramah di Program S2 Undip dan USM, 1 November 2013.

Selain itu, perlu dipikirkan mengenai pengakuan adanya tindak pidana atas dasar hukum yang hidup dalam masyarakat atau yang sebelumnya dikenal sebagai tindak pidana adat. Tujuannya untuk lebih memenuhi rasa keadilan yang hidup di dalam masyarakat. Hal ini didasarkan kenyataan bahwa di beberapa daerah di tanah air, masih terdapat ketentuan-ketentuan hukum yang tidak tertulis, yang hidup dan diakui sebagai hukum di daerah yang bersangkutan, yang menentukan bahwa pelanggaran atas hukum itu patut dipidana.

Dalam hal ini hakim dapat menetapkan sanksi berupa pemenuhan kewajiban adat setempat yang harus dilaksanakan oleh pembuat tindak pidana. Hal ini mengandung arti, bahwa standar, nilai dan norma yang hidup dalam masyarakat setempat masih tetap dilindungi untuk lebih memenuhi rasa keadilan yang hidup di dalam masyarakat tertentu. Keadaan seperti ini tidak akan menggoyahkan dan tetap menjamin pelaksanaan asas legalitas serta larangan analogi yang dianut dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana.

Adanya asas tiada pidana tanpa kesalahan (*geen straf zonder schuld*) tetap merupakan salah satu asas utama dalam hukum pidana. Namun demikian dalam hal-hal tertentu sebagai perkecualian dimungkinkan penerapan asas "*strict liability*" dan asas "*vicarious liability*". Dalam hal yang pertama, pembuat tindak pidana telah dapat dipidana hanya karena telah dipenuhinya unsur-unsur tindak pidana oleh perbuatannya, sedangkan yang kedua tanggungjawab pidana seseorang dipandang patut diperluas sampai kepada tindakan bawahannya yang melakukan pekerjaan atau perbuatan untuknya atau dalam batas-batas perintahnya.

Terkait dengan pemidanaan, perlu dicermati bahwa tujuan pemidanaan adalah mencegah terjadinya tindak pidana dengan menegakkan norma hukum; memasyarakatkan pelaku tindak pidana dengan mengadakan pembinaan; menyelesaikan konflik yang ditimbulkan oleh tindak pidana, memulihkan keseimbangan, dan mendatangkan rasa damai dalam masyarakat; dan membebaskan rasa bersalah pada pelaku tindak pidana. Untuk mewujudkan hal tersebut, jenis pidana yang perlu diatur berupa pidana pokok, pidana mati, dan pidana tambahan.

Dalam pidana pokok diatur jenis pidana baru berupa pidana pengawasan dan pidana kerja sosial. Kedua jenis pidana ini bersama dengan pidana denda perlu dikembangkan sebagai alternatif dari pidana perampasan kemerdekaan jangka pendek (*short prison sentence*) yang akan dijatuhkan oleh hakim, sebab dengan pelaksanaan ketiga jenis pidana ini terpidana dapat dibantu untuk membebaskan diri dari rasa bersalah, di samping untuk menghindari efek destruktif dari pidana perampasan kemerdekaan. Demikian pula masyarakat dapat berinteraksi dan berperan serta secara aktif membantu terpidana dalam menjalankan kehidupan sosialnya secara wajar dengan melakukan hal-hal yang bermanfaat. Adapun jenis pidana pokok terdiri atas pidana penjara; pidana tutupan; pidana pengawasan; pidana denda; dan pidana kerja sosial.

Urutan jenis pidana pokok tersebut di atas menentukan berat ringannya pidana (*strafmaat*). Hakim bebas memilih jenis-jenis pidana (*strafsoort*) yang akan dijatuhkan di antara kelima jenis tersebut, walaupun dalam Buku Kedua Kitab Undang-Undang Hukum Pidana ini hanya dirumuskan tiga jenis pidana yaitu pidana penjara, pidana denda, dan pidana mati. Sedangkan jenis pidana tutupan, pidana pengawasan, dan pidana kerja sosial pada hakikatnya merupakan cara pelaksanaan pidana (*strafmodus*) sebagai alternatif pidana penjara.

Pidana mati tidak terdapat dalam urutan pidana pokok. Pidana mati ditentukan dalam pasal tersendiri untuk menunjukkan bahwa jenis pidana ini benar-benar bersifat khusus sebagai upaya terakhir untuk mengayomi masyarakat. Pidana mati adalah pidana yang paling berat dan harus selalu diancamkan secara alternatif dengan jenis pidana seumur hidup atau pidana penjara paling lama 20 (dua puluh) tahun. Pidana mati dapat dijatuhkan pula secara bersyarat, dengan memberikan masa percobaan, sehingga dalam tenggang waktu masa percobaan tersebut terpidana diharapkan dapat memperbaiki diri sehingga pidana mati tidak perlu dilaksanakan, dan dapat diganti dengan pidana perampasan kemerdekaan.

Dalam pemidanaan dianut sistem dua jalur (*double-track system*), sebab di samping jenis-jenis pidana tersebut di atas, terdapat pula jenis-jenis tindakan (*maatregelen*). Dalam hal ini hakim dapat menjatuhkan tindakan kepada mereka yang melakukan tindak pidana, tetapi tidak atau kurang mampu mempertanggungjawabkan perbuatannya yang disebabkan karena menderita gangguan jiwa atau penyakit jiwa atau retardasi mental. Di samping itu dalam hal tertentu tindakan dapat pula diterapkan kepada terpidana yang mampu mempertanggungjawabkan perbuatannya, dengan maksud untuk memberi perlindungan kepada masyarakat dan menumbuhkan tata tertib sosial.

Rambu-rambu pemidanaan baru yang berkaitan dengan berat ringannya pidana berupa ancaman pidana minimum khusus yang sebenarnya sebelumnya juga sudah dikenal dalam perundang-undangan pidana di luar Kitab Undang-Undang Hukum Pidana. Pengaturan sistem pemidanaan baru ini dilakukan berdasarkan pertimbangan:

- a. untuk menghindari adanya disparitas pidana yang sangat mencolok bagi tindak pidana yang sama atau kurang lebih sama kualitasnya;
- b. untuk lebih mengefektifkan pengaruh prevensi umum, khususnya bagi tindak pidana yang dipandang membahayakan dan meresahkan masyarakat;
- c. apabila dalam hal-hal tertentu maksimum pidana dapat diperberat, maka sebagai analog dipertimbangkan pula bahwa untuk minimum pidana pun dalam hal-hal tertentu dapat diperberat.

Pada prinsipnya pidana minimum khusus merupakan suatu pengecualian, yaitu hanya untuk tindak pidana tertentu yang dipandang sangat merugikan, membahayakan, atau meresahkan masyarakat dan untuk tindak pidana yang dikualifikasi atau diperberat oleh akibatnya.

Terkait dengan ancaman pidana denda, perlu dirumuskan dengan menggunakan sistem kategori. Hal ini dimaksudkan agar dalam perumusan tindak pidana tidak

perlu disebutkan suatu jumlah denda tertentu, melainkan cukup dengan menunjuk kategori denda tertentu sebagaimana yang ditentukan dalam Buku Kesatu. Dasar pemikiran penggunaan sistem kategori ini adalah bahwa pidana denda termasuk jenis pidana yang relatif lebih sering berubah nilainya karena perkembangan nilai mata uang akibat situasi perekonomian. Dengan demikian, apabila terjadi perubahan nilai mata uang, dengan sistem kategori akan lebih mudah dilakukan perubahan atau penyesuaian, sebab yang diubah tidak seluruh ancaman pidana denda yang terdapat dalam perumusan tindak pidana, melainkan cukup mengubah pasal yang mengatur kategori denda dalam Buku Kesatu.

Khusus terhadap anak, perlu diatur juga mengenai jenis pidana, berat ringannya pidana dan cara pelaksanaan pidananya. Hal ini karena baik dipandang dari perkembangan fisik maupun psikis anak berbeda dari orang dewasa. Selain itu, pengaturan secara khusus terhadap anak berkaitan dengan kenyataan bahwa Indonesia telah meratifikasi Konvensi Internasional tentang Hak-hak Anak (*Convention on the Rights of the Child*) dalam kerangka pemajuan dan perlindungan hak-hak asasi manusia.

Sebagaimana diketahui bahwa anak adalah bagian yang tidak terpisahkan dari keberlangsungan hidup manusia dan keberlangsungan sebuah bangsa dan negara. Anak memiliki peran strategis yang secara tegas dinyatakan bahwa negara menjamin hak setiap anak atas kelangsungan hidup, tumbuh, dan berkembang serta atas perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi. Oleh karena itu, kepentingan terbaik bagi anak patut dihayati sebagai kepentingan terbaik bagi kelangsungan hidup umat manusia. Anak perlu mendapat perlindungan dari dampak negatif perkembangan pembangunan yang cepat, arus globalisasi di bidang teknologi, serta perubahan gaya dan cara hidup sebagian orang tua yang telah membawa perubahan sosial yang mendasar dalam kehidupan masyarakat yang sangat berpengaruh terhadap nilai dan perilaku anak.

E. Tempat Terjadinya Tindak Pidana (Locus Delicti)

Untuk mendakwa seseorang di depan pengadilan telah melakukan suatu tindak pidana, maka harus dipastikan mengenai waktu dan tempat terjadinya tindak pidana. Persoalan waktu diperlukan untuk menentukan suatu undang-undang hukum pidana itu dapat diterapkan terhadap tindak pidana yang dilakukan, sedangkan persoalan tempat diperlukan untuk menentukan undang-undang hukum pidana Indonesia dapat diterapkan dan pengadilan mana yang berkompeten untuk mengadili orang yang melakukan tindak pidana tersebut (kompetensi relatif).

Untuk menentukan locus delicti didasarkan pada 3 teori locus delicti, adalah:

- a. Teori perbuatan materiil (jasmaniah)
- b. Teori instrumen (bekerjanya alat yang digunakan)
- c. Teori akibat (akibat bekerjanya alat).

Penjelasan-penjelasan:

- a. Teori perbuatan materiil (jasmaniah)

Tempat terjadinya tindak pidana ditentukan oleh perbuatan jasmaniah yang dilakukan si pembuat dalam mewujudkan tindak pidana. Untuk delik formil teori

ini mudah digunakan, akan tetapi untuk delik materiil, terkadang pula delik formil teori ini sulit diterapkan. Contoh delik materiil: Seseorang mengirim paket bom waktu dari Singapura. Paket dialamatkan kepada seseorang yang tinggal di Jakarta. Bom meledak di Jakarta dan membunuh orang yang dituju. Contoh delik formil: Seseorang di luar Indonesia dengan perantaraan koran di Indonesia melakukan delik penghinaan. Dalam contoh di atas lebih baik digunakan teori instrumen.

b. Teori instrumen (bekerjanya alat yang digunakan)

Tempat terjadinya delik ditentukan oleh bekerjanya alat yang digunakan si pembuat/pelaku tindak pidana. Alat ini bisa berupa benda atau orang, akan tetapi orang itu tidak bisa dipertanggungjawabkan (orang yang menyuruhlakukan (doenplegen) suatu perbuatan).

c. Teori akibat (akibat bekerjanya alat)

Tempat terjadinya tindak pidana ditentukan oleh akibat di dalam delik itu. Teori akibat untuk delik materiil terkadang dapat digunakan dengan baik. Contoh: dalam tindak pidana penipuan, delik dikatakan selesai apabila si korban menyerahkan barangnya. Sementara si pembuat bisa saja berada di daerah (kekuasaan pengadilan) lain.

F. RUU KUHP Draft Bulan September 2019

BUKU KESATU

ATURAN UMUM

BAB I

RUANG LINGKUP BERLAKUNYA

KETENTUAN PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN PIDANA

Bagian Kesatu

Menurut Waktu

Pasal 1

- (1) Tidak ada satu perbuatan pun yang dapat dikenai sanksi pidana dan/atau tindakan kecuali atas kekuatan peraturan pidana dalam peraturan perundang-undangan yang telah ada sebelum perbuatan dilakukan.
- (2) Dalam menetapkan adanya Tindak Pidana dilarang digunakan analogi.

Pasal 2

- (1) Ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 ayat (1) tidak mengurangi berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat yang menentukan bahwa seseorang patut dipidana walaupun perbuatan tersebut tidak diatur dalam Undang-Undang ini.
- (2) Hukum yang hidup dalam masyarakat sebagaimana dimaksud pada ayat (1) berlaku dalam tempat hukum itu hidup dan sepanjang tidak diatur dalam Undang-Undang ini dan sesuai dengan nilai-nilai yang terkandung dalam Pancasila, Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945,

hak asasi manusia, dan asas-asas hukum umum yang diakui masyarakat beradab.

Pasal 3

- (1) Dalam hal terdapat perubahan peraturan perundang-undangan sesudah perbuatan terjadi, diberlakukan peraturan perundang-undangan yang baru, kecuali ketentuan peraturan perundang-undangan yang lama menguntungkan bagi pelaku dan pembantu Tindak Pidana.
- (2) Dalam hal perbuatan yang terjadi tidak lagi merupakan Tindak Pidana menurut peraturan perundang-undangan yang baru, proses hukum terhadap tersangka atau terdakwa harus dihentikan demi hukum.
- (3) Dalam hal ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (2) diterapkan bagi tersangka atau terdakwa yang berada dalam tahanan, tersangka atau terdakwa dibebaskan oleh Pejabat yang berwenang sesuai dengan tingkat pemeriksaan.
- (4) Dalam hal setelah putusan pemidanaan berkekuatan hukum tetap dan perbuatan yang terjadi tidak lagi merupakan Tindak Pidana menurut peraturan perundang-undangan yang baru, pelaksanaan putusan pemidanaan dihapuskan.
- (5) Dalam hal putusan pemidanaan telah berkekuatan hukum tetap sebagaimana dimaksud pada ayat (4), instansi atau Pejabat yang melaksanakan pembebasan merupakan instansi atau Pejabat yang berwenang.
- (6) Pembebasan sebagaimana dimaksud pada ayat (3) dan ayat (5) tidak menimbulkan hak bagi tersangka, terdakwa, atau terpidana menuntut ganti rugi.
- (7) Dalam hal setelah putusan pemidanaan berkekuatan hukum tetap dan perbuatan yang terjadi diancam dengan pidana yang lebih ringan menurut peraturan perundang-undangan yang baru, pelaksanaan putusan pemidanaan disesuaikan dengan batas pidana menurut peraturan perundang-undangan yang baru.

Bagian Kedua

Menurut Tempat

Paragraf 1

Asas Wilayah atau Teritorial

Pasal 4

Ketentuan pidana dalam Undang-Undang berlaku bagi Setiap Orang yang melakukan:

- a. Tindak Pidana di wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia;
- b. Tindak Pidana di Kapal Indonesia atau di Pesawat Udara Indonesia; atau
- c. Tindak Pidana di bidang teknologi informasi atau Tindak Pidana lainnya yang akibatnya dialami atau terjadi di wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia atau di Kapal Indonesia dan di Pesawat Udara Indonesia.

Paragraf 2

Asas Proteksi dan Asas Nasional Pasif

Pasal 5

Ketentuan pidana dalam Undang-Undang berlaku bagi Setiap Orang di luar wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia yang melakukan Tindak Pidana terhadap kepentingan Negara Kesatuan Republik Indonesia yang berhubungan dengan:

- a. keamanan negara atau proses kehidupan ketatanegaraan;
- b. martabat Presiden, Wakil Presiden, dan/atau Pejabat Indonesia di luar negeri;
- c. mata uang, segel, cap negara, meterai, atau surat berharga yang dikeluarkan oleh Pemerintah Indonesia, atau kartu kredit yang dikeluarkan oleh perbankan Indonesia;
- d. perekonomian, perdagangan, dan perbankan Indonesia;
- e. keselamatan atau keamanan pelayaran dan penerbangan;
- f. keselamatan atau keamanan bangunan, peralatan, dan aset nasional atau negara Indonesia;
- g. keselamatan atau keamanan sistem komunikasi elektronik;
- h. kepentingan nasional Indonesia sebagaimana ditetapkan dalam Undang-Undang; atau
- i. warga negara Indonesia berdasarkan perjanjian internasional dengan negara tempat terjadinya tindak pidana.

Paragraf 3

Asas Universal

Pasal 6

Ketentuan pidana dalam Undang-Undang berlaku bagi Setiap Orang yang berada di luar wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia yang melakukan Tindak Pidana menurut hukum internasional yang telah ditetapkan sebagai Tindak Pidana dalam Undang-Undang Republik Indonesia.

Pasal 7

Ketentuan pidana dalam Undang-Undang berlaku bagi Setiap Orang yang melakukan Tindak Pidana di luar wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia yang penuntutannya diambil alih oleh Pemerintah Indonesia atas dasar suatu perjanjian internasional yang memberikan kewenangan kepada Pemerintah Indonesia untuk melakukan penuntutan pidana.

Paragraf 4

Asas Nasional Aktif

Pasal 8

- (1) Ketentuan pidana dalam Undang-Undang berlaku bagi setiap warga negara Indonesia yang melakukan Tindak Pidana di luar wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia.

- (2) Ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) berlaku jika perbuatan tersebut juga merupakan Tindak Pidana di negara tempat Tindak Pidana dilakukan.
- (3) Ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) tidak berlaku untuk Tindak Pidana yang hanya diancam pidana denda kategori III.
- (4) Penuntutan terhadap Tindak Pidana sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dilakukan walaupun tersangka menjadi warga negara Indonesia, setelah Tindak Pidana tersebut dilakukan sepanjang perbuatan tersebut merupakan Tindak Pidana di negara tempat Tindak Pidana dilakukan.
- (5) Warga negara Indonesia di luar wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia yang melakukan Tindak Pidana sebagaimana dimaksud pada ayat (1) tidak dapat dijatuhi pidana mati jika Tindak Pidana tersebut menurut hukum negara tempat Tindak Pidana tersebut dilakukan tidak diancam dengan pidana mati.

Paragraf 5

Pengecualian

Pasal 9

Penerapan ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 4 sampai dengan Pasal 8 dibatasi oleh hal yang dikecualikan menurut hukum internasional yang telah disahkan.

Bagian Ketiga

Waktu Tindak Pidana

Pasal 10

Waktu Tindak Pidana merupakan saat dilakukannya perbuatan yang dapat dipidana.

Bagian Keempat

Tempat Tindak Pidana

Pasal 11

Tempat Tindak Pidana merupakan tempat dilakukannya perbuatan yang dapat dipidana.

Paragraf 7

Tindak Pidana Aduan

Pasal 24

- (1) Dalam hal tertentu, pelaku Tindak Pidana hanya dapat dituntut atas dasar pengaduan.
- (2) Tindak Pidana aduan harus ditentukan secara tegas dalam Undang-Undang.

Pasal 25

- (1) Dalam hal korban Tindak Pidana aduan belum berusia 16 (enam belas) tahun, yang berhak mengadu merupakan Orang Tua atau walinya.

- (2) Dalam hal Orang Tua atau wali sebagaimana dimaksud pada ayat (1) tidak ada atau Orang Tua atau wali itu sendiri yang harus diadukan, pengaduan dilakukan oleh keluarga sedarah dalam garis lurus.
- (3) Dalam hal keluarga sedarah dalam garis lurus sebagaimana dimaksud pada ayat (2) tidak ada, pengaduan dilakukan oleh keluarga sedarah dalam garis menyamping sampai derajat ketiga.
- (4) Dalam hal Anak tidak memiliki Orang Tua, wali, atau keluarga sedarah dalam garis lurus ke atas ataupun menyamping sampai derajat ketiga, pengaduan dilakukan oleh diri sendiri dan/atau pendamping.

Pasal 26

- (1) Dalam hal korban Tindak Pidana aduan berada di bawah pengampunan, yang berhak mengadu merupakan pengampunya, kecuali bagi korban Tindak Pidana aduan yang berada dalam pengampunan karena boros.
- (2) Dalam hal pengampu sebagaimana dimaksud pada ayat (1) tidak ada atau pengampu itu sendiri yang harus diadukan, pengaduan dilakukan oleh suami atau istri korban atau keluarga sedarah dalam garis lurus.
- (3) Dalam hal suami atau istri korban atau keluarga sedarah dalam garis lurus sebagaimana dimaksud pada ayat (2) tidak ada, pengaduan dilakukan oleh keluarga sedarah dalam garis menyamping sampai derajat ketiga.

Pasal 27

Dalam hal korban Tindak Pidana aduan meninggal dunia, pengaduan dapat dilakukan oleh Orang Tua, anak, suami, atau istri korban, kecuali jika korban sebelumnya secara tegas tidak menghendaki adanya penuntutan.

Pasal 28

- (1) Pengaduan dilakukan dengan cara menyampaikan pemberitahuan dan permohonan untuk dituntut.
- (2) Pengaduan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) diajukan secara lisan atau tertulis kepada Pejabat yang berwenang.

Pasal 29

- (1) Pengaduan harus diajukan dalam tenggang waktu:
 - a. enam Bulan terhitung sejak tanggal orang yang berhak mengadu mengetahui adanya Tindak Pidana jika yang berhak mengadu bertempat tinggal di wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia; atau
 - b. sembilan Bulan terhitung sejak tanggal orang yang berhak mengadu mengetahui adanya Tindak Pidana jika yang berhak mengadu bertempat tinggal di luar wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia.
- (2) Jika yang berhak mengadu lebih dari seorang, tenggang waktu sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dihitung sejak pengadu masing-masing mengetahui adanya Tindak Pidana.

Pasal 30

- (1) Pengaduan dapat ditarik kembali oleh pengadu dalam waktu 3 (tiga) Bulan terhitung sejak tanggal pengaduan diajukan.
- (2) Pengaduan yang ditarik kembali tidak dapat diajukan lagi.

Bab 6 PENGERTIAN DAN UNSUR-UNSUR TINDAK PIDANA

A. Pengertian Umum Tindak Pidana

Hukum pidana berpokok pada **perbuatan yang dapat dipidana** (*Verbrechen/ Crime*, atau perbuatan jahat) atau **perbuatan terlarang** atau **perbuatan yang dilarang** dan **pidana**. Perbuatan yang dapat dipidana, disingkat perbuatan jahat itu merupakan objek ilmu (pengetahuan) hukum pidana (dalam arti luas) yang harus dibedakan menjadi:

- a. Perbuatan jahat sebagai gejala masyarakat yang dipandang secara perbuatan konkrit sebagaimana terjadi/terwujud dalam masyarakat (*sociaal Verschijnsel, Erecheinung, phenomena*), ialah perbuatan manusia yang memperkosa/ menyalahi/melanggar norma-norma dasar dari masyarakat dalam keadaan *in concreto*. Ini adalah pengertian “perbuatan jahat” dalam arti kriminologis (*criminologisch misdaadsbegrip*).
- b. Perbuatan jahat dalam arti hukum pidana (*strafrechtelijk misdaadsbegrip*) adalah sebagaimana terwujud *in abstracto* dalam peraturan-peraturan hukum pidana. Untuk selanjutnya dalam pelajaran hukum pidana ini yang akan dibicarakan adalah perbuatan jahat dalam arti yang kedua.

Perbuatan yang dapat dipidana (perbuatan jahat) masih dapat dibagi menjadi:

- a. Perbuatan yang dilarang oleh undang-undang
- b. Orang yang melanggar larangan itu.

B. Istilah Tindak Pidana

Istilah **tindak pidana** dipakai sebagai pengganti *strafbaar feit*. Dalam rumusan perundang-undangan Indonesia dapat dijumpai beberapa istilah lain yang maksudnya sama dengan *strafbaar feit*, misalnya:

1. Peristiwa pidana (Undang-Undang Dasar Sementara 1950 Pasal 14 Ayat (1)).
2. Perbuatan pidana (Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1951 mengenai: Tindakan sementara untuk menyelenggarakan kesatuan susunan, kekuasaan dan acara Pengadilan-Pengadilan Sipil, Pasal 5 ayat (3b)).
3. Perbuatan-perbuatan yang dapat dihukum (Undang-Undang Darurat Nomor 2 Tahun 1951 tentang Perubahan “*Ordonnantie tijdelijke bijzondere straf bepalingen*” S. 1948-17 dan Undang-Undang RI Nomor 8 Tahun 1948 Pasal 3).
4. Hal yang diancam dengan hukum dan perbuatan-perbuatan yang dapat dikenakan hukuman (Undang-Undang Darurat Nomor 16 Tahun 1951 tentang Penyelesaian Perselisihan Perburuhan, Pasal 19, 21, dan 22).
5. Tindak pidana (Undang-Undang Darurat Nomor 7 Tahun 1953 tentang Pemilihan Umum, Pasal 129).
6. Tindak pidana (Undang-Undang Darurat Nomor 7 Tahun 1955 tentang Pengusutan, Penuntutan dan Peradilan Tindak Pidana Ekonomi, Pasal 1 sdb.).
7. Tindak pidana (Penetapan Presiden Nomor 4 Tahun 1964 tentang Kewajiban Kerja Bhakti dalam rangka Pemasarakatannya bagi Terpidana karena Melakukan Tindak Pidana yang merupakan kejahatan Pasal 1).

Pada saat ini Pembentuk Undang-Undang sudah tetap dalam pemakaian istilah **tindak pidana**. Akan tetapi para sarjana hukum pidana mempertahankan istilah yang dipilihnya sendiri, misalnya Muljatno, Guru Besar/Profesor Hukum Pidana pada Universitas Gajah Mada menganggap lebih tepat dipergunakan istilah **perbuatan pidana** (dalam pidatonya yang berjudul: Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban dalam Hukum Pidana, 1955). Beliau berpendapat, bahwa perbuatan itu ialah keadaan yang dibuat oleh seseorang atau barang sesuatu yang dilakukan. Selanjutnya dikatakan (perbuatan) ini menunjuk, baik pada akibatnya maupun yang menimbulkan akibat. Jadi, mempunyai makna yang abstrak. Sedangkan E. Utrecht memakai istilah peristiwa pidana (dalam bukunya: Sari Kuliah Hukum Pidana I). Ada penulis yang juga memakai istilah delik (*delict*).

Pemakaian istilah yang berlainan itu tidak menjadi persoalan, sepanjang diketahui (substansi/esensi) yang dimaksudkan. Dalam hal ini yang penting ialah isi dari pengertian itu. Namun, Soedarto, Guru Besar/Profesor Hukum Pidana Universitas Diponegoro, lebih condong untuk memakai istilah tindak pidana seperti yang dilakukan oleh pembentuk undang-undang. Istilah ini sudah dapat diterima oleh masyarakat, sehingga mempunyai *sociologische gelding*.

C. Pengertian dan Unsur-Unsur Tindak Pidana

Tindak pidana merupakan suatu pengertian dasar dalam hukum pidana atau sebagai pengertian yuridis. Berbeda halnya dengan istilah ‘perbuatan jahat’ atau ‘kejahatan’ (*crime/Verbrechen/misdaad*) yang bisa diartikan secara yuridis (hukum) atau secara kriminologis.

Mengenai substansi/esensi dari pengertian tindak-pidana belum ada kesatuan pendapat di antara para ahli hukum pidana. Di Indonesia sesudah Perang Dunia II persoalan ini dihangatkan kembali oleh Muljatno, dalam pidato beliau pada Dies Natalis Universitas Gadjah Mada pada tahun 1955 yang berjudul “Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban 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*). Sejalan dengan perbedaan ini beliau memisahkan antara pengertian “perbuatan pidana” (*criminal act*) dan “pertanggungjawaban pidana” (*criminal responsibility* atau *criminal liability*).

Pandangan pemisahan itu berkonsekuensi terhadap pengertian perbuatan pidana tidak meliputi pertanggungjawaban pidana. Pandangan beliau dapat disebut pandangan dualistis mengenai perbuatan pidana (tindak pidana atau *strafbaarfeit*). Pandangan ini adalah penyimpangan dari pandangan yang disebut oleh beliau sebagai pandangan monistis, yang dianggapnya sudah kuno. Pandangan monistis ini melihat keseluruhan (tumpukan) syarat untuk adanya pidana itu seluruhnya merupakan sifat dari perbuatan.

Berikut ini disampaikan secara berturut-turut pendapat para ahli hukum pidana mengenai tindak-pidana (*strafbaar feit*) dengan disebutkan unsur-unsurnya. Golongan pertama adalah mereka yang bisa dimasukkan ke dalam ‘aliran/

pandangan monistis'. Kemudian dikemukakan mereka yang mempunyai pandangan dualistis.

Golongan yang berpandangan/aliran monistis adalah:

1. D. Simon: *Strafbaar feit* adalah *een strafbaar gestelde, onrechmatige, met schuld verband staande handeling van een toerekeningsvatbaar persoon*. Unsur-unsur *strafbaar feit* adalah:
 - a. perbuatan orang/manusia (positif atau negatif; berbuat atau tidak berbuat atau membiarkan)
 - b. diancam dengan pidana (*Strafbaar gesteld*)
 - c. melawan hukum (*onrechtmatig*)
 - d. dilakukan dengan kesalahan (*met schuld in verband staand*)
 - e. oleh orang yang mampu bertanggung jawab (*toerekeningsvatbaar persoon*).

Simons menyebut adanya unsur objektif dan unsur subjektif dari *strafbaar feit*. Yang disebut sebagai unsur objektif ialah:

1. perbuatan orang/manusia
2. akibat yang kelihatan dari perbuatan itu
3. mungkin ada keadaan tertentu yang menyertai perbuatan itu, seperti dalam Pasal 281 KUHP sifat *openbaar* atau 'di muka umum'.

Unsur subjektif dari *strafbaar feit* ialah:

- a. orang yang mampu bertanggung jawab
- b. adanya kesalahan (dolus atau culpa). Perbuatan harus dilakukan dengan kesalahan.

Kesalahan ini dapat berhubungan dengan akibat dari perbuatan atau keadaan-keadaan yang mana perbuatan itu dilakukan.

2. Van Hamel: *Strafbaar feit* adalah *een wettelijk omschreven menselijke gedraging, onrechtmatig, strafwaardig en aan schuld te wijten*. Unsur-unsur *strafbaar feit* adalah:
 1. perbuatan manusia yang dirumuskan dalam undang-undang
 2. melawan hukum
 3. dilakukan dengan kesalahan
 4. patut dipidana.

Penulis Jerman yang berpandangan monistis dapat disebutkan di bawah ini:

3. E. Mezger: *Die Straftat ist der Inbegriff der Voraussetzungen der Strafe* (Tindak pidana adalah keseluruhan syarat untuk adanya pidana). Selanjutnya dikatakan: *Die Straftat ist demnach tatbestandlich-rechtswidrige, pers önlich-zurechenbare strafbedrohte Handlung*. Unsur-unsur tindak pidananya ialah:
 1. perbuatan dalam arti yang luas dari manusia (aktif atau membiarkan)
 2. sifat melawan hukum (baik bersifat objektif maupun yang subjektif)
 3. dapat dipertanggungjawabkan kepada seseorang
 4. diancam dengan pidana.

4. J. Baumann: *Verbrechen im weiteren, allgemeinen Sinne* adalah *Die tatbestandmässige rechtswidrige und schuld-hafte Handlung* (perbuatan yang memenuhi rumusan delik, bersifat melawan hukum, dan dilakukan dengan kesalahan).
5. Karni: Delik itu mengandung perbuatan yang mengandung perlawanan hak, yang dilakukan dengan salah dosa, oleh orang yang sempurna akal budinya, dan kepada siapa perbuatan patut dipertanggungjawabkan.
6. Wirjono Prodjodikoro: Tindak-pidana berarti suatu perbuatan yang pelakunya dapat dikenakan pidana.

Definisi-definisi tersebut di atas tidak adanya pemisahan antara *criminal act* dan *criminal responsibility*.

Selanjutnya, ahli hukum pidana yang bisa dimasukkan ke dalam golongan yang mempunyai pandangan dualistis tentang syarat-syarat pembedaan, adalah:

1. H.B. Vos: *Een strafbaar feit is een menselijke gedraging waarop door de wet (genomen in de ruime zin van wettelijke bepaling) straf is gesteld, een gedraging dus, die in het algemeen (tenzij er een uitsluitingsgrond bestaat) op straffe verboden is. Strafbaar feit* hanya berunsurkan:
 - a. kelakuan manusia
 - b. diancam pidana dalam undang-undang.
2. W.P.J. Pompe: menurut hukum positif strafbaar feit adalah tidak lain dari pada feit, yang diancam pidana dalam ketentuan undang-undang. (*Volgens ons positieve recht is het strafbare feit niets anders dan een feit, dat in oen wettelijke strafbepaling als strafbaar in omschreven*). Menurut teori, strafbaar feit itu adalah perbuatan, yang bersifat melawan hukum, dilakukan dengan kesalahan dan diancam pidana. Dalam hukum positif, sifat melawan hukum (*wederrechtelijkheid*) dan kesalahan (*schuld*) bukanlah sifat mutlak untuk adanya tindak pidana (*strafbaar feit*).

Untuk penjatuhan pidana tidak cukup dengan adanya tindak pidana, akan tetapi harus ada orang yang dapat dipidana. Orang ini tidak ada, jika tidak ada sifat melawan hukum atau kesalahan.

Pompe seperti Moeljatno, memisahkan tindak pidana dari orangnya yang dapat dipidana. Pompe berpegang pada pendirian *positief rechtelijk*.

3. Moeljatno dalam Pidato Dies Natalis tersebut di atas memberi arti kepada 'perbuatan pidana' sebagai 'perbuatan yang diancam dengan pidana, barang siapa melanggar larangan tersebut'. Untuk adanya perbuatan pidana harus ada unsur-unsur:
 - a. perbuatan (manusia)
 - b. yang memenuhi rumusan dalam undang-undang (ini merupakan syarat formil)
 - c. bersifat melawan hukum (ini merupakan syarat materiil).

Syarat formil itu harus ada karena adanya azas legalitas yang tersimpul dalam Pasal 1 KUHP. Sedangkan syarat materiil itu harus pula ada karena perbuatan itu harus betul-betul dirasakan oleh masyarakat sebagai perbuatan yang tak boleh atau tak patut dilakukan. Mengingat bertentangan atau menghambat tercapainya tata pergaulan dalam masyarakat yang dicita-citakan, maka Moeljatno berpendapat, bahwa kesalahan dan kemampuan bertanggung jawab dari si pembuat tidak masuk sebagai unsur perbuatan pidana, karena hal itu melekat pada diri orang yang berbuat.

Untuk memungkinkan adanya pemidanaan secara wajar, apabila diikuti pendirian Moeljatno, maka tidak cukup apabila seseorang itu telah melakukan perbuatan pidana saja. Disamping itu, pada diri orang tersebut harus ada kesalahan dan kemampuan bertanggung jawab.

Catatan: Disamping adanya persamaan antara pandangan Pompe dan Moeljatno terdapat pula perbedaan, ialah bahwa unsur "sifat melawan hukum" bagi Moeljatno adalah syarat mutlak yang tidak dapat ditinggalkan untuk adanya perbuatan pidana, sedangkan Pompe tidak memandangnya demikian. Menurut Pompe unsur itu diperlukan untuk adanya pemidanaan.

Pandangan golongan dualistis yang mengadakan pemisahan antara dilarangnya suatu perbuatan dengan sanksi ancaman pidana (*criminal act* atau *actus reus*) dan dapat dipertanggungjawabkannya si pembuat (*criminal responsibility* atau *mens rea*) terdapat pula di negeri Anglo Saxon. Disitu berlaku *maxim* (azas) "*actus non facit reum nisi mens sit rea*" (artinya: *an act does not make a person guilty, unless the mind is guilty*). *Mens rea* adalah *criminal intent* atau 'sikap batin yang jahat'.

Di Jerman ada yang disebut *dualistische Verbrechens lehre*. Ajaran ini mengandung perbuatan jahat (*Verbrechen*) tidak hanya sebagai tindak pidana (*Straftat*) saja, akan tetapi sebagai hubungan pembuat-perbuatan (*Tat-Täterbeziehung*).

Kantorowicz,¹ sebagai salah seorang penganjurnya memberi definisi perbuatan jahat (*Straftat* atau *Verbrechen*) sebagai perbuatan yang memenuhi rumusan undang-undang yang tidak dibenarkan (tidak ada alasan pembenar) dan apabila dilakukan dengan kesalahan, tidak ada alasan penghapus pidana yang menyangkut orangnya yang berbuat (*die tatbestandmässige nicht gerechtfertigte Handlung dessen, der sie schuldhaft vorgenommen hat, ohne durch einen persönlichen Strafaushohlies zunggrund gedeckt zu sein*).

Ajaran dualistis ini melepaskan unsur kesalahan dari segi perbuatan dan memasukkannya ke dalam segi si pembuat. Moeljatno menyetujui pandangan itu, karena 'tumpukan syarat-syarat untuk adanya pidana yang ruwet dan tak teratur itu, lalu merupakan permata yang terang cuaca dan simentris, sehingga menyegarkan pandangan' (pidatonya halaman 22).

¹ Kantorowicz, *Tat und Schuld*, 1933, hlm. 33.

Setelah mengetahui dua pandangan/ajaran (monistis dan dualistis) tersebut di atas, maka bagaimanakah pandangan itu? Menurut Soedarto², pada tingkat terakhir ialah untuk menentukan adanya pidana pada kedua pendirian itu tidak mempunyai perbedaan yang prinsipil. Apabila orang menganut pendirian yang satu hendaknya memegang pendirian itu secara konsekuen agar tidak ada kekacauan pengertian (*begripsverwarring*). Dalam mempergunakan istilah tindak pidana haruslah pasti bagi orang lain apakah yang dimaksudkan, ialah menurut pandangan monistis atautah dualistis. Bagi orang yang berpandangan monistis seseorang yang melakukan tindak pidana sudah dapat dipidana. Sedang bagi yang berpandangan dualistis sama sekali belum mencukupi syarat untuk dipidana karena masih harus disertai syarat pertanggungan jawab pidana yang harus ada pada orang yang berbuat.

Memang harus diakui, bahwa untuk sistematika dan jelasnya pengertian tentang tindak pidana, dalam arti 'keseluruhan syarat untuk adanya pidana' (*der Inbegriff der Voraussetzungen der Strafe*), pandangan dualistis itu memberikan manfaat. Yang penting ialah bahwa kita harus senantiasa menyadari bahwa untuk mengenakan pidana itu diperlukan syarat-syarat tertentu. Apakah syarat itu demi jelasnya kita jadikan satu sebagai melekat pada perbuatan atau seperti dilakukan oleh Simons dsb, atautah dipilah-pilah ada syarat yang melekat pada perbuatan dan ada syarat yang melekat pada orangnya seperti yang diajukan oleh Moeljatno, itu adalah tidak prinsipil. Yang penting ialah bahwa semua syarat yang diperlukan untuk penelesaian pidana harus lengkap adanya.

Soedarto dapat menyetujui ucapan Van Hattum,³ yang berbunyi antara lain, pertanyaan unsur-unsur *strafbaarheid* yang mana yang harus disebut sebagai unsur tindak pidana itu tidak mempunyai arti prinsipil bagi hukum pidana materiil. Untuk hukum acara pidana (hukum pidana formil), untuk syarat-syarat penuntutan dan yang bersangkutan paut dengan itu, maka pengertian tindak pidana (*strafbaar feit*) yang harus dianggap sebagai perbuatan (*feit*) sebagaimana yang diuraikan (dirumuskan) dalam peraturan pidana. Unsur-unsur dalam rumusan itu harus dituduhkan/didakwakan dan dibuktikan.

Dalam nada yang sama Pompe (dalam bukunya: *Handboek van het Nederlands Strafrecht*) mengatakan bahwa persoalan yang dibicarakan ini (ialah tentang unsur-unsur delik) tidak mempunyai arti yang besar. Soalnya ialah mengenai perbedaan dalam konstruksi yuridis, tidak mengenai perbedaan dalam penggunaan pidana. Persoalan ini bukanlah mengenai azas-azas hukum pidana, melainkan mengenai persoalan teknik perundang-undangan.

Sebenarnya mempunyai arti praktis, ialah untuk hukum acara pidana dan untuk teknik perundang-undangan (*wetstechniek*). Pembentuk Undang-undang harus menyadari perbedaan antara segi objektif (lahiriyah) dan segi subjektif (batiniyah) dari keseluruhan syarat untuk adanya pidana itu.

² Soedarto, Hukum Pidana I, diterbitkan oleh Yayasan Soedarto d.a. Fakultas Hukum Undip Semarang, 1990, hlm. 45.

³ Van Hattum, *Leerboek van het Nederlands Strafrecht*, hlm. 139)

Guna melengkapi pandangan tentang unsur-unsur tindak-pidana, di bawah ini akan diberikan pandangan dari Ny. D. Hazewinkel-Suringa. Beliau mengatakan, bahwa definisi dari Simons dan Van Hamel, yang diambil dari ilmu hukum pidana Jerman tidak dapat dipakai untuk hukum pidana Nederland karena unsur-unsur yang disebut dalam hukum pidana Nederland bukan atau tidak selalu merupakan unsur. Oleh karena ada pertentangan, maka beliau mengemukakan unsur-unsur tindak pidana, yang diambil dari rumusan undang-undang, yaitu:

- a. Dalam tiap-tiap delik terdapat unsur tindak seseorang
- b. Untuk beberapa delik, undang-undang menyebutkan apa yang dinamakan akibat konstitutief dan ini terdapat dalam delik materiil
- c. Banyak delik memuat unsur-unsur yang bersifat psychisch (psikis/jiwa), misalnya dengan tujuan, dolus atau culpa (kesengajaan, kealpaan)
- d. Pelbagai delik menghendaki adanya keadaan objektief, misalnya delik penghasutan (Pasal 160 KUHP), pelanggaran kesusilaan (Pasal 281 KUHP), pemabukan (Pasal 536 KUHP), mengemis (Pasal 504 KUHP). Pada delik-delik itu dikehendaki keadaan objektief “di muka umum”. Pada delik-delik lain berisi faktor-faktor subjektif, baik yang bersifat psychisch maupun tidak. Faktor subjektif psychisch, misalnya ada pada Pasal 340 KUHP (pembunuhan yang direncanakan). Faktor subjektif yang tak psychisch Pasal 307 jo. Pasal 305 KUHP, membunuh anak segera setelah anak itu dilahirkan (Pasal 341 dan 342 KUHP).
- e. Beberapa delik memuat apa yang disebut syarat tambahan untuk dapat dipidana (*bijkomende voor waarde van strafbaarheid*). Yang dimaksudkan ialah keadaan-keadaan yang 1) terjadi sesudah terjadinya perbuatan yang diuraikan dalam undang-undang, bisa juga disertai akibat konstitutifnya, b) justru memberikan sifat dapat dipidanakannya (Pasal-Pasal 123, 164, dan 165 KUHP), ialah “jika.....”, misalnya: Ada usaha untuk membunuh Presiden, dan bila ada yang mengetahui dan diam saja, maka ia dapat dituntut jika terjadi betul-betul maksud di atas. Pasal 182 531 KUHP berisi: jika duel terjadi; Pasal 531 KUHP berisi: jika yang perlu ditolong sampai mati.
- f. Sifat melawan hukum juga memegang peranan sebagai unsur delik, seperti tersebut dalam Pasal 167 KUHP: merusak ketenteraman rumah (*huisvredebreuk*); Pasal 333 KUHP: merampas kemerdekaan seseorang; Pasal 406 KUHP: merusak barang.

Selanjutnya Hazewinkel-Suringa mengatakan bahwa sifat melawan hukum itu hanya merupakan unsur dari *strafbaar feit* apabila dalam rumusan delik nyata-nyata disebut. Jika tidak, sifat itu bukan unsur tapi hanya tanda ciri (*kenmerk*) saja dari tiap delik, sebab suatu perbuatan dilarang dan diancam dengan pidana karena tak dapat dibenarkan oleh hukum atau karena bertentangan/melawan hukum.

Barang siapa memenuhi rumusan delik, maka ia berbuat melawan hukum atau ia melakukan *strafbaar feit*, kecuali jika ada hal-hal yang merubah perbuatan yang biasanya tidak dapat diterima menjadi perbuatan yang dapat diterima, atau bahkan sangat diharapkan. Dalam hal-hal ini, maka hilanglah sifat dapat dipidananya *feit* itu dan menjadi *rechtmatig* (sah/legal/menurut/sesuai dengan hukum).

Dalam kaitan itu perlu diketahui, bahwa Seminar Hukum Nasional Tahun 1963, dalam bidang hukum pidana ada satu usul yang berbunyi demikian: “yang dipandang sebagai perbuatan jahat, adalah perbuatan-perbuatan yang dirumuskan unsur-unsurnya dalam KUHP ini, maupun dalam perundang-undangan lain. Hal ini tidak menutup kemungkinan bagi larangan-larangan perbuatan menurut hukum adat yang hidup dan tidak menghambat pembentukan masyarakat yang dicita-citakan, dengan sanksi adat yang masih sesuai dengan martabat bangsa”. Usulan ini dilengkapi dengan usul supaya dalam Bagian Umum KUHP yang akan dibentuk itu dimuat antara lain:

Meskipun perbuatan secara formil termasuk rumusan delik, tetapi tidak merupakan bahaya bagi masyarakat, hal mana ditentukan oleh hakim, maka perbuatan itu tidak merupakan delik.

Meskipun keputusan ini hanya merupakan usul dan belum tentu direalisasikan dalam pembentukan KUHP Nasional nanti, namun baik juga diketahui untuk lebih memahami persoalan tentang tindak pidana.

Pengertian unsur tindak pidana (secara keilmuan hukum pidana) hendaklah dibedakan dari pengertian unsur-unsur tindak pidana sebagaimana tersebut dalam rumusan undang-undang atau pasal. Pengertian yang pertama, ialah lebih luas dari pada yang kedua. Unsur dalam pengertian yang kedua dalam bahasa Belanda disebut *elementen van de wettelijke delictsom schrijving* dan dalam bahasa Jerman disebut *Tatbestandsmerkmale*. Misalnya: Unsur-unsur (dalam arti sempit) dari tindak pidana pencurian biasa ialah unsur-unsur yang tercantum dalam Pasal 362 KUHP.

Terkait unsur sub-sosial, Vrij⁴ berpendapat bahwa unsur-unsur delik yang sudah tetap ialah sifat melawan hukum dan kesalahan, namun itu belum lengkap. Menurut beliau harus ada unsur lain, ialah sub-sosial, ialah semacam kerusakan dalam ketertiban hukum (*deuk in de rechtsorde*). Ada 4 lingkungan yang terkena oleh suatu delik, ialah:

- a. Si pembuat sendiri ada kerusakan (*ontwrichting*) padanya;
- b. Si korban: ada perasaan tidak puas;
- c. Lingkungan terdekat: ada kehendak untuk meniru berbuat jahat.
- d. Masyarakat umum: perasaan cemas.

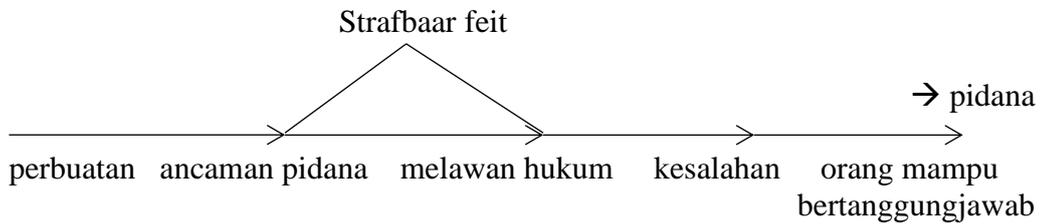
Dengan demikian, perbuatan yang berupa tindak pidana menimbulkan keadaan sub-sosial tersebut, yang oleh Vrij disebut sebagai unsur. Kalau keadaan itu sangat tipis, jadi perbuatan itu tidak seberapa menimbulkan bahaya kepada masyarakat, maka Penuntut Umum tidak akan mengajukannya ke Pengadilan. Kritik terhadap pendirian Vrij ini bahwa beliau mengaburkan unsur dan pengaruh terhadap tindak pidana.

Skema unsur-unsur tindak pidana:

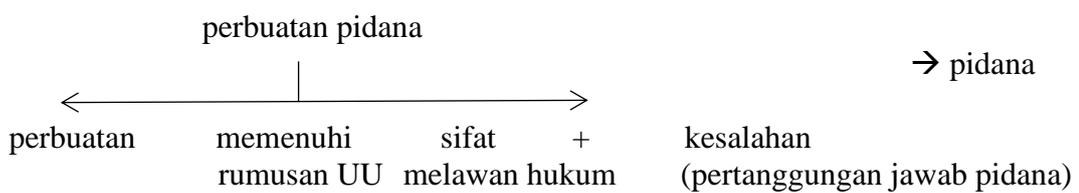
⁴ Vrij, dalam Pidato Perpisahannya sebagai Guru Besar yang berjudul *Ter Effening*, 25 Oktober 1949.

Untuk memberi gambaran tentang unsur-unsur tindak pidana, di bawah ini perlu diberikan beberapa skema unsur-unsur tindak pidana sebagai berikut:

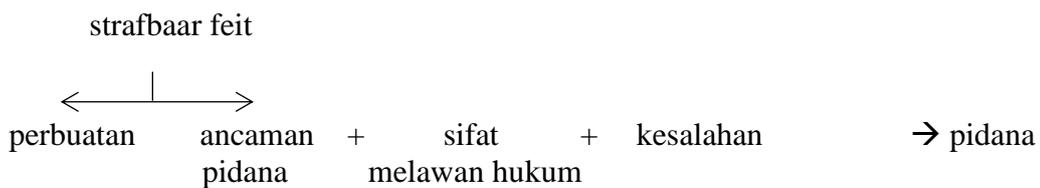
1. Simons:



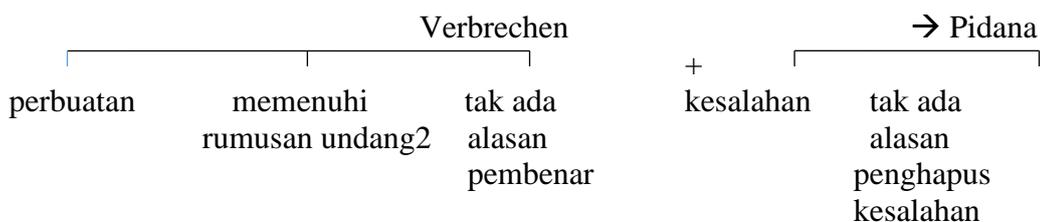
2. Muljatno:



3. Pompe:



4. Kantorowicz:

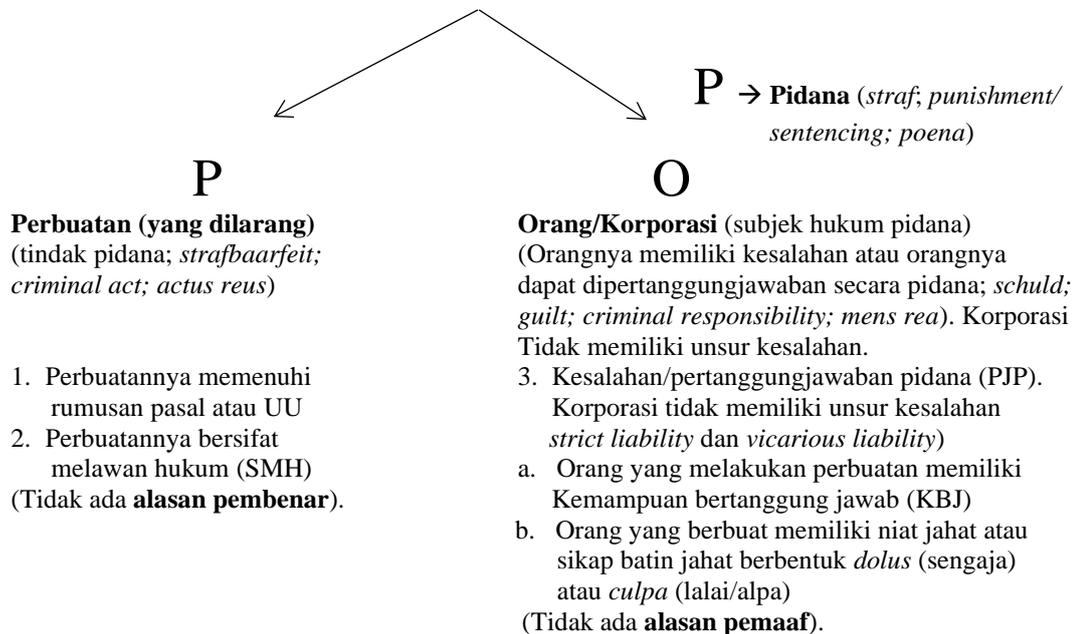


5. Vrij:



6. Sudarto bersumber dari pengertian hukum pidana dari Edmund Mezger:

UNSUR-UNSUR TINDAK PIDANA ATAU SYARAT-SYARAT PEMIDANAAN MENURUT KUHP



D. Rumusan Tindak Pidana

Sumber hukum pidana ada yang tertulis dan ada yang tidak tertulis (hukum pidana adat). Agar orang dapat mengetahui hukumnya tentang sesuatu persoalan hukum, maka aturan hukum itu harus dirumuskan secara tertulis. Demikian pula hukum pidana. Perumusan aturan hukum pidana yang tertulis terdapat dalam KUHP dan dalam peraturan undang-undang hukum pidana lainnya di luar KUHP. Perumusan aturan hukum (pidana) yang tidak tertulis atau hukum (pidana) adat tidak akan dibicarakan dalam bagian ini.

Syarat pertama untuk memungkinkan adanya penjatuhan pidana ialah adanya perbuatan (manusia) yang memenuhi rumusan delik dalam undang-undang/pasal. Hal ini merupakan konsekuensi dari azas Legalitas. Rumusan delik ini penting sebagai prinsip kepastian. Undang-undang pidana sifatnya harus pasti. Di dalamnya harus dapat diketahui dengan pasti perbuatan apa yang dilarang atau perbuatan apa yang diperintahkan.

Pernah ada peraturan di Jerman, ketika diduduki oleh pihak Sekutu setelah Perang Dunia II, yang berbunyi: Barang siapa berbuat bertentangan dengan kepentingan Angkatan Perang Sekutu dipidana (*Wer gegen Interessen der allierten Streitkräfte handelt, wird bestraft*). Perumusan delik seperti itu tidak cukup karena rumusan syarat-syarat untuk pemidanaan tidak pasti. Perumusan semacam itu bisa disebut sebagai 'pasal karet'.

Contoh perumusan delik yang tidak pasti dapat dikemukakan dalam rumusan tindak pidana subversi yang tercantum dalam Pasal 1 sub 1 dari Penetapan

Presiden tentang Pemberantasan Kegiatan Subversi (Penpres Nomor 11 Tahun 1963, L.N. 1963 No. 101), yang dirumuskan sebagai berikut:

- (1) Dipersalahkan melakukan tindak pidana subversi atau nyata-nyata dengan maksud atau yang diketahuinya atau patut diketahuinya dapat:
 - a. memutarbalikkan, merongrong atau menyelewengkan ideologi negara Pancasila atau haluan Negara, atau.
 - b. menggulingkan, merusak atau merongrong kekuasaan Negara atau kewibawaan Pemerintah yang syah atau Aparatur Negara, atau
 - c. menyebarkan rasa permusuhan atau menimbulkan permusuhan perpecahan, pertentangan, kekacauan, kegoncangan atau kegelisahan di antara kalangan penduduk atau masyarakat yang bersifat luas atau di antara Negara Republik Indonesia dengan sesuatu Negara sahabat, atau
 - d. mengganggu, menghambat atau mengacaukan bagi industri produksi, distribusi, perdagangan koperasi atau pengangkutan yang diselenggarakan oleh Pemerintah, atau yang mempunyai pengaruh luas terhadap hajat hidup rakyat.

Perumusan yang sedemikian itu merupakan perumusan yang terlalu luas, sehingga tidak menimbulkan kepastian terhadap perbuatan mana yang dimaksud. Ketidakpastian ini menimbulkan ketidaktenteraman bagi penduduk, lebih-lebih apabila peraturan ini dipergunakan oleh orang-orang yang tidak ahli dan kurang iktikad baiknya. Bentuk Perpres dari peraturan itu menunjukkan sifat daruratnya. Kepentingan Negara didahulukan, sehingga terkadang hak azasi manusia kurang mendapat perhatian.

Apakah arti perbuatan ‘yang memenuhi atau mencocoki rumusan delik dalam undang-undang’? Perbuatan konkrit dari si pembuat itu harus mempunyai sifat-sifat atau ciri-ciri dari delik itu sebagaimana secara abstrak disebutkan dalam undang-undang. Perbuatan itu harus ‘masuk’ atau memenuhi kualifikasi dalam rumusan delik itu.

Dalam rumusan itu undang-undang menggambarkan perbuatan yang dimaksud secara skematis, tidak secara konkrit. Misalnya Pasal 338 KUHP menggambarkan secara skematis syarat-syarat yang harus ada pada suatu perbuatan agar dapat dipidana berdasarkan pasal (pembunuhan) tersebut. Syarat-syarat itu juga disebut unsur-unsur delik. Pengertian unsur disini dipakai dalam arti sempit, ialah unsur yang terdapat dalam rumusan undang-undang. Rumusan dalam undang-undang ini tidak terikat tempat dan waktu. Tidak demikian halnya dengan perbuatan yang dimaksud. Ini adalah perbuatan konkrit, yang berlangsung di suatu tempat, pada suatu waktu, dan yang dapat ditangkap dengan pancaindera.

Untuk delik pembunuhan (Pasal 338 KUHP) harus ada perbuatan, misalnya menusuk dengan belati atau menembak dengan pistol yang mengakibatkan hilangnya nyawa seseorang. Untuk bisa menerapkan Pasal 338 KUHP dirumuskan dulu unsur-unsurnya, lalu perbuatannya yang mempunyai ciri sebagaimana tertuliskan ke dalam unsur-unsur delik itu.

Apabila semua unsur dalam rumusan itu terdapat di dalam perbuatan itu, maka itu berarti bahwa perbuatan tersebut telah memenuhi atau mencocoki rumusan delik, yang terdapat di dalam undang-undang. Dengan demikian peraturan undang-undang itu dapat diterapkan terhadap perbuatan tersebut.

Bagaimanakah delik itu dirumuskan di dalam undang-undang. Perumusan dari perbuatan yang dapat dipidana itu berupa suatu larangan atau perintah untuk berbuat atau tidak untuk berbuat sesuatu. Perintah atau larangan itu bisa disebut norma, khususnya norma hukum. Atas pelanggaran norma hukum itu si pembuat dikenakan sanksi hukum yang disebut pidana.

Di dalam KUHP perumusan delik itu biasanya dimulai dengan “Barang siapa” dan selanjutnya dimuat lukisan perbuatan yang dilarang atau yang tidak kehendaki atau yang diperintahkan oleh undang-undang. Lukisan ini merupakan suatu abstraksi dan tidak dihubungkan dengan tempat dan waktu, seperti telah dikemukakan di atas.

Perumusan norma dalam peraturan pidana ada 3, yaitu:

1. Perumus undang-undang menguraikan atau menyebutkan satu persatu unsur-unsur perbuatan, misalnya dalam tindak pidana yang disebut dalam pasal sebagai berikut:
 - a. Pasal 154-157 KUHP: *haatzaai delicten* (menabur kebencian)
 - b. Pasal 281 KUHP : pelanggaran kesusilaan
 - c. Pasal 305 KUHP : meninggalkan anak di bawah umur 7 tahun
 - d. Pasal 413 KUHP : seorang panglima tentara yang lalai terhadap permintaan pejabat sipil
 - e. Pasal 435 KUHP : seorang pegawai yang melakukan pemborongan pekerjaan jawatannya sendiri.

Cara perumusan seperti ini yang paling banyak digunakan.

2. Hanya disebut kualifikasi dari delik, tanpa menguraikan unsur-unsurnya, misalnya:
 - a. Pasal 184 KUHP : duel (perkelahian tanding)
 - b. Pasal 297 KUHP : perdagangan wanita
 - c. Pasal 351 KUHP : penganiayaan.

Delik-delik itu tidak ada penyebutan secara tegas apa unsur-unsurnya, maka untuk mengetahui apa yang dimaksudkan perlu ada penafsiran yang didasarkan atas sejarah terbentuknya pasal itu, misalnya: penganiayaan adalah tiap perbuatan yang dilakukan dengan sengaja ditujukan kepada orang lain dan yang mengakibatkan sakit atau luka (*elke opzettelijke veroorzaking van pijn of letsel*).

Cara penyebutan delik semacam itu kurang dapat dibenarkan karena ia memberi kemungkinan untuk penafsiran yang berbeda-beda, sehingga menimbulkan ketidakpastian hukum.

3. Penggabungan cara kesatu dan kedua, yaitu disamping menyebutkan unsur-unsurnya, ialah menyebutkan perbuatan, akibat, dan keadaan yang bersangkutan, juga menyebutkan pula kualifikasi dari delik, misalnya:
 - a. Pasal 124 KUHP: membantu musuh
 - b. Pasal 263 KUHP: memalsukan surat
 - c. Pasal 338 KUHP: pembunuhan
 - d. Pasal 362 KUHP: pencurian
 - e. Pasal 372 KUHP: penggelapan
 - f. Pasal 378 KUHP: penipuan
 - g. Pasal 425 KUHP: kerakusan pejabat (knevelarij)
 - h. Pasal 438 KUHP: perompakan (zoeroef)

Dalam kaitan ini dapat ditambahkan, bahwa para hakim di dalam diktum putusannya kerap kali hanya menyebut kualifikasinya saja dari tindak pidana yang telah terbukti dilakukan oleh terdakwa.

Selanjutnya, mengenai cara penempatan norma dan sanksi pidana dalam undang-undang/pasal terdapat pula 3 cara, yaitu:

1. Penempatan norma dan sanksi sekaligus dalam satu pasal. Cara ini dilakukan, misalnya: dalam Buku II dan Buku III KUHP, kecuali yang tersebut dalam nomor 3 di bawah ini.
2. Penempatan terpisah, yaitu sanksi pidana ditempatkan di pasal lain, atau kalau dalam fasal yang sama, penempatannya dalam ayat lain. Cara ini banyak dipakai dalam peraturan pidana di luar KUHP, misal: Peraturan Pengendalian Harga, Devisen, Bea dan Cukai, dan sejumlah peraturan hukum pidana administrasi, dan sebagainya.
3. Sanksi sudah dicantumkan terlebih dahulu, sedang normanya belum ditentukan. Ketentuan ini disebut ketentuan hukum pidana yang blangko (*Blankett Strafgesetze*), misalnya: Pasal 122 sub 2 KUHP. Normanya baru ada jika ada perang dan dibuat dengan menghubungkannya pada fasal tersebut.

Pembicaraan tentang norma dan sanksi tidak akan lengkap apabila tidak dibicarakan tentang Binding⁵ dengan teori normanya (*Normentheorie*).

Pada umumnya orang berpendirian, bahwa norma dalam hukum pidana itu terdapat di dalam rumusan delik dalam undang-undang, tidaklah demikian pendirian Binding. Binding membedakan secara tajam antara norma yang menjadi pedoman tingkah laku manusia (*norma agendi*) dan peraturan pidana (*Strafgesets*) yang memuat sanksi pidana.

Norma tersebut tidak terdapat di dalam peraturan pidana, melainkan di dalam aturan-aturan di luar hukum pidana, baik dalam hukum tertulis misalnya dalam hukum perdata, hukum dagang dan sebagainya atau dalam hukum tak tertulis (moral, kesusilaan). Aturan pidana (*Strafgesetz* atau *strafwet*) itu hanya mengatur hubungan antara negara dengan penjabat; aturan ini tidak memuat norma,

⁵ Binding, *Die Normen und ihre Uebertretung* I 1890; II 1914-1916.

melainkan ancaman pidana belaka. Pembuatan peraturan pidana yang memuat sanksi itu berarti, bahwa negara memakai haknya untuk memidana orang yang tidak mentaati normanya.

Apabila jalan pikiran Binding itu diikuti, maka orang yang melakukan pencurian itu tidak boleh dikatakan melanggar Pasal 362 KUHP dan orang yang sengaja membunuh orang lain itu tidak boleh dikatakan melanggar Pasal 338 KUHP, sebab mereka itu justru memenuhi syarat-syarat atau unsur-unsur yang tercantum dalam fasal-fasal tersebut. Oleh karena itu dapat dipidana ex pasal-pasal tersebut.

Menurut Binding normanya selalu ada lebih dulu daripada aturan hukum pidana, walaupun tidak lebih dulu menurut waktu (*zeitlich*), setidaknya lebih dulu dalam pengertiannya (*begrifflich*). Norma yang terdapat dalam Pasal 362 KUHP berbunyi orang dilarang mencuri, sedang dalam Pasal 338 KUHP, orang dilarang membunuh. Penganut Binding di Belanda adalah Zevenbergen.

E. Jenis-Jenis Tindak Pidana

Di bawah ini akan disebut pelbagai pembagian jenis delik adalah:

1. Kejahatan dan pelanggaran

Pembagian delik atas kejahatan dan pelanggaran disebut oleh undang-undang. KUHP Buku II memuat delik-delik yang disebut Kejahatan dan KUHP Buku III memuat delik-delik yang disebut Pelanggaran. Kriteria apakah yang dipergunakan untuk membedakan kedua jenis delik itu? KUHP tidak memberi jawaban tentang hal ini. Ia hanya merubrisir atau memasukkan dalam kelompok pertama kejahatan dan kelompok kedua pelanggaran. Akan tetapi ilmu pengetahuan hukum pidana mencari secara intensif ukuran (kriterium) untuk membedakan kedua jenis delik kejahatan dan pelanggaran itu. Ada dua pendapat, yaitu:

- a. Di antara kedua jenis delik itu ada perbedaan yang bersifat **kualitatif**.
- b. Di antara kedua jenis delik itu ada perbedaan yang bersifat **kuantitatif**.

Pendirian ini hanya meletakkan kriterium pada perbedaan yang dilihat dari segi kriminologi, ialah 'pelanggaran' itu lebih ringan dari pada 'kejahatan'.

Penjelasan-penjelasan:

1. Ada yang mengatakan bahwa antara kedua jenis delik itu ada perbedaan yang bersifat kualitatif. Dengan ukuran kualitatif didapatkan 2 jenis delik, ialah:
 - a. *rechtsdelicten*
 - b. *wetsdelicten*

Yang disebut *rechtsdelicten*, ialah perbuatan yang bertentangan dengan keadilan, terlepas apakah perbuatan itu diancam pidana dalam suatu undang-undang atau tidak, jadi yang benar-benar dirasakan oleh masyarakat sebagai bertentangan dengan keadilan, misalnya: pembunuhan, pencurian. Delik-delik semacam ini disebut 'kejahatan' (*mala per se*).

Yang disebut *wetsdelicten*, ialah perbuatan yang oleh umum baru disadari sebagai suatu tindak pidana karena undang-undang menyebutnya sebagai delik, jadi karena ada undang-undang mengancamnya dengan pidana, misalnya: memparkir

mobil di sebelah kanan jalan (*mala quia prohibita*). Delik-delik semacam ini disebut ‘pelanggaran’.

Perbedaan secara kualitatif ini tidak dapat diterima, sebab ada kejahatan yang baru disadari sebagai delik karena tercantum dalam undang-undang pidana, jadi sebenarnya tidak segera dirasakan sebagai bertentangan dengan rasa keadilan. Sebaliknya ada pelanggaran, yang memang benar-benar dirasakan bertentangan dengan rasa keadilan. Oleh karena itu, perbedaan secara kualitatif dipandang tidak memuaskan, maka dicari ukuran lain.

Ada yang mengatakan bahwa antara kedua jenis delik itu ada perbedaan yang bersilat kuantitatif. Pendirian ini hanya meletakkan kriterium pada perbedaan yang dilihat dari segi kriminologi, ialah “pelanggaran” itu lebih ringan dari pada “kejahatan”.

Mengenai pembagian delik berupa kejahatan dan pelanggaran terdapat suara-suara yang menentang. Seminar Hukum Nasional 1963 tersebut di atas juga berpendapat, bahwa penggolongan-penggolongan dalam dua macam delik itu harus ditiadakan. Terakhir, RUU KUHP menghilangkan/menghapuskan pembagian ke dalam Kejahatan dan Pelanggaran. Keduanya dijadikan satu menjadi Buku II RUU KUHP tentang Tindak Pidana.

2. Delik formil dan delik materiil (delik yang perumusannya dilakukan secara formil dan delik yang perumusan dilakukan secara materiil) adalah:
 - a. Delik formil adalah delik yang perumusannya dititikberatkan pada perbuatan yang dilarang. Delik formil dinyatakan telah selesai dengan dilakukannya perbuatan seperti tercantum dalam rumusan delik, misal: penghasutan (Pasal 160 KUHP); dimuka umum menyatakan perasaan kebencian, permusuhan atau penghinaan terhadap kepada satu atau lebih golongan rakyat di Indonesia (Pasal 156 KUHP); penyipuan (Pasal 209, 210 KUHP); sumpah palsu (Pasal 242 KUHP); pemalsuan surat (Pasal 263 KUHP); pencurian (Pasal 362 KUHP).
 - b. Delik materiil adalah delik yang perumusannya dititikberatkan kepada akibat yang tidak dikehendaki (dilarang). Delik materiil baru dinyatakan selesai apabila akibat yang tidak dikehendaki itu telah terjadi/ada/terpenuhi. Kalau belum ada akibatnya, maka paling banyak hanya ada (delik) percobaan, misal: pembakaran (Pasal 187 KUHP), penipuan (Pasal 378 KUHP), pembunuhan (Pasal 338 KUHP). Batas antara delik formil dan delik materiil tidak tajam, misalnya Pasal 362 KUHP.
3. *Delik Commissionis, delik omissionis, dan delik commissionis per omissionem commissa*
 - a. *Delik commissionis*: delik yang berupa pelanggaran terhadap larangan, ialah berbuat sesuatu yang dilarang, misal: pencurian, penggelapan, penipuan.
 - b. *Delik omissionis*: delik yang berupa pelanggaran terhadap perintah, ialah tidak melakukan sesuatu yang diperintahkan/yang diharuskan, misal: tidak menghadap sebagai saksi di muka pengadilan (Pasal 522 KUHP), tidak menolong orang yang memerlukan pertolongan (Pasal 531 KUHP).

- c. *Delik commissionis per omissionem commissa*: delik yang berupa pelanggaran larangan (dus, delik commissionis), akan tetapi dapat dilakukan dengan cara tidak berbuat, misal: seorang ibu yang membunuh anaknya dengan tidak memberi air susu (Pasal 338 dan 340 KUHP), seorang penjaga *wissel* yang menyebabkan kecelakaan kereta api dengan sengaja tidak memindahkan *wissel* (Pasal 194 KUHP).
- 4. Delik dolus (*doleuse delicten*) dan delik culpa (*culpose delicten*)
 - a. Delik dolus: delik yang memuat unsur kesengajaan, misal: Pasal-Pasal 187, 197, 245, 263, 310, dan 338 KUHP
 - b. Delik culpa: delik yang memuat kealpaan sebagai salah satu unsur, misal: Pasal-Pasal 195, 197, 201, 203, 231 ayat (4), dan Pasal 359, 360 KUHP.
- 5. Delik tunggal (*enkelvoudige delicten*) dan delik berganda (*samengestelde delicten*).
 - a. Delik tunggal: delik yang cukup dilakukan dengan perbuatan satu kali.
 - b. Delik berganda: delik yang baru merupakan delik, apabila dilakukan beberapa kali perbuatan, misal: Pasal 481 KUHP (penadahan sebagai kebiasaan).
- 6. Delik yang berlangsung terus (*voordurende delicten*) dan delik yang tidak berlangsung terus (*niet voordurende/aflopende delicten*). Delik yang berlangsung terus: delik yang mempunyai ciri, bahwa keadaan terlarang itu berlangsung terus, misal: merampas kemerdekaan seseorang (Pasal 333 KUHP).
- 7. Delik aduan (*klachtdelicten*) dan bukan delik aduan (*nietklacht delicten*)
 Delik aduan: delik yang penuntutannya hanya dilakukan apabila ada pengaduan dari pihak yang terkena (*gelaedeerde partij*), misal: penghinaan (Pasal 310 dst. jo. 319 KUHP), perzinahan (Pasal 284 KURP), *chantage* (pemerasan dengan ancaman pencemaran, Pasal 335 ayat sub 2 KUHP jo. ayat (2)).

Delik aduan dibedakan menurut sifatnya sebagai berikut:

- a. delik aduan yang absolut, misal: Pasal-Pasal 284, 310, 332 KUHP. Delik-delik ini menurut sifatnya hanya dapat dituntut berdasarkan pengaduan.
- b. Delik aduan yang relatif, misal: Pasal 367 KUHP. Disebut relatif karena dalam delik ini ada hubungan istimewa antara si pembuat dengan orang yang terkena.

Catatan: perlu dibedakan antara aduan, gugatan, dan laporan. Gugatan dipakai dalam hukum acara perdata, misal: A menggugat B di muka Pengadilan, karena B tidak membayar hutangnya kepada A. Laporan hanya pemberitahuan tentang adanya suatu tindak pidana kepada Polisi atau Jaksa.

- 8. Delik sederhana (*eenvoudige delicten*) dan delik yang ada pemberatannya (*gequalificeerde delicten*). Delik sederhana, misal: penganiayaan (Pasal 351 KUHP), pencurian (Pasal 362 KUHP). Delik yang ada pemberatannya, misal: penganiayaan yang menyebabkan luka berat atau matinya orang (Pasal 351

ayat (2), (3) KUHP), pencurian pada waktu malam hari dsb. (Pasal 363 KUHP). Ada delik yang ancaman pidananya diperingan karena dilakukan dalam keadaan tertentu, misal: pembunuhan kanak-kanak (Pasal 341 KUHP). Delik ini disebut *geprivilegeerd delict*.

9. Delik ekonomi (biasanya disebut tindak pidana ekonomi) dan bukan delik ekonomi. Apa yang disebut tindak pidana ekonomi itu terdapat dalam Pasal 1 Undang-Undang Darurat Nomor 7 Tahun 1955 tentang tindak pidana ekonomi.
10. Kejahatan ringan: Dalam KUHP ada kejahatan-kejahatan ringan, misal: Pasal-Pasal 364, 373, 375, 379, 482, 384, 352, 302 (1), 315, 407 KUHP.

F. Subjek Tindak Pidana

Unsur pertama tindak pidana itu adalah perbuatan yang dilakukan orang. Pada dasarnya yang dapat melakukan tindak pidana itu manusia (*natuurlijke personen*). Perihal subjek tindak pidana ini dapat disimpulkan dari hal-hal sebagai berikut:

- a. Rumusan delik dalam undang-undang lazim dimulai dengan kata-kata: "Barang siapa" yang... Kata 'barang siapa' ini tidak dapat diartikan lain selain 'orang'.
- b. Pasal 10 KUHP disebutkan jenis-jenis pidana yang dapat dikenakan kepada pelaku tindak pidana, yaitu pidana pokok: 1. pidana mati, 2. pidana penjara, 3. pidana kurungan, 4. Pidana denda, yang dapat diganti dengan pidana kurungan (pengganti). Pidana tambahan: 1. pencabutan hak-hak tertentu, 2. perampasan barang-barang tertentu, 3. diumumkannya keputusan hakim. Sifat dari pidana itu hanya dapat dikenakan pada manusia.
- c. Dalam pemeriksaan perkara dan juga sifat dari hukum pidana yang dilihat ada/tidak adanya kesalahan pada terdakwa, memberi petunjuk bahwa yang dapat dipertanggungjawabkan itu adalah manusia. Pengertian kesalahan yang dapat berupa kesengajaan dan kealpaan itu merupakan niat jahat atau sikap batin jahat manusia.

Apakah, selain manusia tidak ada sesuatu yang dapat melakukan tindak pidana? Misalnya badan hukum? Dalam KUHP ada pasal yang seakan-akan menyinggung soal ini, ialah Pasal 59 KUHP yang dirumuskan: 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 itu tidak menunjuk ke arah dapat dipidananya suatu badan hukum, suatu perkumpulan atau badan (koperasi) lain yang dapat dikategorikan sebagai korporasi. Menurut pasal ini yang dapat dipidana adalah orang yang melakukan sesuatu fungsi dalam sesuatu korporasi. Seorang anggota pengurus dapat membebaskan diri, apabila dapat membuktikan bahwa pelanggaran itu dilakukan tanpa ikut campurnya. Keterangan: Di dalam hukum acara pidana, hal ini disebut 'pembalikan beban pembuktian' (*omkering van bewijslast*).

Dalam KUHP juga ada pasal lain yang kelihatannya juga menyangkut korporasi sebagai subjek hukum, akan tetapi disini pun yang diancam pidana adalah orang, bukan korporasinya. Vide Pasal 169 KUHP: Ikut serta dalam perkumpulan yang

terlarang dan juga Pasal 398 dan Pasal 399 KUHP, mengenai pengurus atau komisaris perseroan terbatas dan sebagainya yang dalam keadaan pailit merugikan perseroannya.

Yang menjadi subjek tindak pidana itu adalah manusia. Hal ini sesuai dengan penjelasan (MvT) terhadap Pasal 59 KUHP, yang berbunyi: Suatu tindak pidana hanya dapat dilakukan oleh manusia. Akan tetapi ajaran ini sudah mulai ditinggalkan. Dalam hukum positif Indonesia, misalnya dalam Ordonansi Barang Barang yang Diawasi (S. 1948 - 144) dan Ordonansi Pengendalian Harga (S. 1948-295) terdapat ketentuan, yang mengatur apabila suatu badan (hukum) melakukan tindak pidana yang disebut dalam ordonansi-ordonansi itu.

Ordonansi Obat Bius S. 27 - 278 jo. 33 - 368 Pasal 25 ayat (7): *Indien een in dit artikel strafhedjesteld feit gepleegd wordt door een rechts persoon, wordit de strafvernalging ingesteld en de strafuit gesproken tegen de in Indonesie jvestijde bestumders en commissarissen en bj onstentenis van deze personen tigen den vertegenwon diger van de recht persoon in Indonesia.*

Deze bepalingis mede von taepatting in alte gevallen, wearen een rechtopersoon optreedt als bestuurder, commissaris of vertegenwon dyer van een endere rechtpersoon. Subversi UU No. 11 Perpres 1963. Lebih tegas lagi hal ini diatur dalam Undang-undang Darurat tentang Pengusutan, Penuntutan dan Peradilan Tindak Pidana Ekonomi (UU Darurat Nomor 7 Tahun 1955) Pasal 15 dirumuskan sebagai berikut:

- a. Jika suatu tindak pidana ekonomi dilakukan oleh atau atas nama suatu badan hukum, suatu perseroan, Suatu perserikatan orang yang lainnya atau suatu yayasan, maka tuntutan pidana dilakukan dan hukuman pidana serta tindakan tata tertib dijatuhkan, baik terhadap badan hukum, perseroan, perserikatan atau yayasan itu, baik terhadap mereka yang memberi perintah melakukan tindak pidana ekonomi itu atau yang bertindak sebagai pemimpin dalam perbuatan atau kelalaian itu, maupun terhadap kedua-duanya.
- b. Suatu tindak pidana ekonomi dilakukan juga oleh atau atas nama suatu badan hukum, suatu perseroan, suatu perserikatan orang atau suatu yayasan, jika tindak pidana itu dilakukan oleh orang-orang yang, baik berdasar hubungan kerja, maupun berdasar hubungan lain, bertindak dalam lingkungan badan hukum, perseroan, perserikatan atau yayasan itu, tak peduli apakah orang-orang itu masing-masing tersendiri melakukan tindak pidana ekonomi itu atau pada mereka bersama ada anasir-anasir tindak pidana tersebut.

Selanjutnya dalam Pasal 15 tersebut ada aturan: kepada siapa tuntutan itu diajukan. Ketentuannya dirumuskan demikian:

- (1) Jika suatu tuntutan pidana dilakukan terhadap suatu badan hukum, suatu perseroan, suatu perserikatan orang atau yayasan, maka badan hukum perseroan, perserikatan atau yayasan itu pada waktu penuntutan itu diwakili oleh seorang pengurus atau jika ada lebih dari seorang pengurus, oleh salah seorang dari mereka itu. Wakil dapat diwakili oleh orang lain. Hakim dapat memerintahkan supaya seorang pengurus menghadap sendiri di Pengadilan dan dapat pula memerintahkan supaya pengurus itu dibawa kemuka hakim.

- (2) Jika suatu tuntutan pidana dilakukan terhadap suatu badan hukum, suatu perseroan, suatu perserikatan orang, atau suatu yayasan, maka segala panggilan untuk menghadap dan segala penyerahan surat panggilan akan dilakukan kepada pengurus atau tempat tinggal kepala pengurus atau di tempat pengurus bersidang atau berkantor.

Dari ayat (1) dan (2) tersebut di atas dapat dibaca dengan tegas bahwa badan hukum dan sebagainya, yang tidak merupakan manusia yang berdarah daging itu dapat menjadi subjek hukum pidana.

Sanksi pidana hukuman tambahan serta tindakan tata tertib yang luas (vide Pasal 2, 6, 7 dan 8 Undang-undang Tindak Pidana Ekonomi) tersedia bagi Hakim dalam menjatuhkan putusannya terhadap badan hukum dan sebagainya itu yang telah melakukan tindak pidana ekonomi. Tentunya sejauh yang dapat dilaksanakan.

Pompe (hlm. 83) menyatakan mengenai persoalan ini (terjemahan): Untuk sebagian Peradilan dengan dibantu oleh ilmu pengetahuan hukum harus menemukan sendiri penyelesaian untuk problem dalam materi baru ini.

Van Hattum (hlm. 147) (terjemahan): Agaknya perlu untuk menggambarkan pertumbuhan ajaran ini agak lebih luas dari pada biasanya dalam buku pelajaran, sebab peradilan terhadap badan hukum kiranya akan menduduki tempat yang penting dalam hukum pidana kita. Persoalan mengenai penyertaan dan kesalahan dalam pada itu akan kerap kali menjadi sumber perbedaan pendapat.

Dalam pada itu sekarang sudah pasti, bahwa menurut Hoge Raad korporasi dapat melakukan tindak pidana, ya bahkan kadang-kadang korporasi sajalah yang dapat menjadi pembuat, bahwa korporasi dapat mempunyai kesalahan dan bahkan mereka itu dapat mengemukakan alasan tidak adanya kesalahan sama sekali.

Van Hattum (hlm. 477) menyatakan antara lain: (terjemahan) "... sebaiknya pembentuk undang-undang membuat ketentuan-ketentuan umum dalam hal suatu tindak pidana dilakukan oleh suatu korporasi".

Simpulan mengenai soal subjek tindak pidana adalah di samping manusia juga badan hukum, perkumpulan atau korporasi dapat menjadi subjek tindak pidana, apabila secara khusus ditentukan dalam undang-undang untuk delik tertentu, misalnya seperti yang tercantum dalam Undang-undang tindak pidana ekonomi dan Penpres Pemberantasan Kegiatan Subversi (Penpres Nomor 11 Tahun 1963). Selain itu, misal: mayat atau benda mati lain, tindak dapat melakukan tindak pidana dan tidak dapat dituntut pidana.

G. Naskah Akademik RUU KUHP

Berpijak pada asumsi, yaitu (a) sistem hukum Indonesia menganut prinsip persamaan di depan hukum (*equality before the law*), dan (b) hukum pidana. Peraturan perundang-undangan berfungsi mengatur penggunaan hak-hak konstitusional secara tertib dan tidak menabrak hak-hak pihak lain yang sama-sama dijamin oleh konstitusi. Fungsi hukum pidana dan sanksi pidana adalah mendorong dan menjamin ditaatinya norma yang diatur dalam peraturan

perundang-undangan lain yang menyebabkan terjadinya pelanggaran hukum pidana, sesuai dengan asas *in cauda venenum* (di ekor ada racun).

Usaha pembaharuan KUHP, di samping ditujukan terhadap pembaharuan dan peninjauan kembali terhadap 3 (tiga) permasalahan utama dalam hukum pidana, yaitu perumusan perbuatan yang dilarang (*criminal act*), perumusan pertanggungjawaban pidana (*criminal responsibility*) dan perumusan sanksi baik berupa pidana (*punishment*) maupun tindakan (*treatment*), juga berusaha secara maksimal memberikan landasan filosofis terhadap hakikat KUHP sehingga lebih bermakna dari sisi nilai-nilai kemanusiaan (*humanitarian values*) baik yang berkaitan dengan pelaku tindak pidana (*offender*) atau korban (*victim*).

Asas-asas dan sistem hukum pidana nasional ke depan disusun berdasarkan ide keseimbangan yang mencakup: keseimbangan monodualistik antara kepentingan umum/masyarakat dan kepentingan individu/perorangan; keseimbangan antara ide perlindungan/kepentingan korban dan ide individualisasi pidana; keseimbangan antara unsur/faktor obyektif (perbuatan/lahiriah) dan subyektif (orang batiniah/sikap batin) (ide '*daad-dader strafrecht*'); keseimbangan antara kriteria formal dan material; keseimbangan antara kepastian hukum, kelenturan/elastisitas/fleksibilitas dan keadilan; dan keseimbangan nilai-nilai nasional dan nilai-nilai global/internasional/universal.⁶

Sehubungan dengan hal-hal di atas, kedudukan Ketentuan Umum (Buku I) sangat strategis, karena memuat asas-asas hukum (*legal principles*) yang berlaku baik ke dalam maupun ke luar KUHP yang menampung pelbagai aspirasi di atas, sekaligus merupakan nilai-nilai perekat (*adhesive*) dan pemersatu (*integrasionist*) sistem hukum pidana nasional yang tersebar dan berjauhan baik di dalam maupun di luar KUHP, termasuk yang tercantum dalam hukum administratif dan peraturan daerah. Dari asas-asas ini terpancar (*dispersed*) pengaturan suatu lapangan hukum pidana yang konsisten dan solid.

Politik hukum pidana (*criminal law politics*) yang mendasari penyusunan pembaharuan hukum pidana adalah politik hukum pidana dalam arti kebijakan menyeleksi atau melakukan kriminalisasi (*criminalization*) atau dekriminalisasi (*decriminalization*) terhadap suatu perbuatan.⁷ Di sini tersangkut persoalan pilihan-pilihan terhadap suatu perbuatan dirumuskan sebagai tindak pidana atau

⁶ Muladi, Beberapa Catatan tentang Rancangan Undang-Undang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana, Makalah disampaikan pada Sosialisasi RUU KUHP yang diselenggarakan oleh Dep. Hukum dan HAM di Jakarta, 21 Juli 2004.

⁷ Secara akademis, menurut Prof. Muladi, kriminalisasi dan dekriminalisasi harus berpedoman pada hal-hal sebagai berikut: (i) kriminalisasi tidak boleh berkesan menimbulkan "*overcriminalization*" yang masuk kategori "*the misuse of criminal sanction*"; (ii) kriminalisasi tidak boleh bersifat *ad hoc*; (iii) kriminalisasi harus mengandung unsur korban, baik secara actual maupun potensial; (iv) kriminalisasi harus mempertimbangkan analisa biaya dan hasil (*cost benefit principle*); (v) kriminalisasi harus memperoleh dukungan publik (*public support*); (vi) kriminalisasi harus menghasilkan peraturan yang "*enforceable*"; (vii) kriminalisasi harus mengandung unsur *subsosialitiet* (mengakibatkan bahaya bagi masyarakat meskipun kecil sekali); (viii) kriminalisasi harus memperhatikan peringatan bahwa setiap peraturan pidana membatasi kebebasan rakyat dan memberikan kemungkinan kepada aparat penegak hukum untuk mengekang kebebasan itu.

bukan, dan menyeleksi di antara pelbagai alternatif yang ada mengenai apa yang menjadi tujuan sistem hukum pidana di masa mendatang. Dengan ini, negara diberikan kewenangan merumuskan atau menentukan suatu perbuatan yang dapat dikategorikan sebagai tindak pidana, dan kemudian dapat menggunakan tindakan represif terhadap setiap orang yang melanggarnya. Inilah salah satu fungsi penting hukum pidana, yakni memberikan dasar legitimasi bagi tindakan represif negara terhadap seseorang atau kelompok orang yang melakukan perbuatan yang dirumuskan sebagai tindak pidana atau delik.⁸

Pembahasan tentang Politik Hukum Pidana (*criminal law politics*) pada dasarnya merupakan aktivitas yang menyangkut proses menentukan tujuan dan cara melaksanakan tujuan tersebut. Dalam hal ini terkait dengan proses pengambilan keputusan (*decision making proses*) atau pemilihan melalui seleksi di antara pelbagai alternatif yang ada, mengenai apa yang menjadi tujuan dari sistem hukum pidana mendatang. Dalam rangka pengambil keputusan dan pilihan tersebut, disusun pelbagai kebijakan (*policies*) yang berorientasi pada berbagai permasalahan pokok dalam hukum pidana (perbuatan yang bersifat melawan hukum, kesalahan/pertanggungjawaban pidana dan pelbagai alternatif sanksi yang baik yang merupakan pidana (*straf*) maupun tindakan (*maatregel*).⁹

Sebagaimana uraian di atas, bahwa RUU KUHP telah menfokuskan kepada 3 (tiga) masalah pokok dalam hukum pidana, yaitu tindak pidana, pertanggungjawaban pidana, serta pidana dan pembedaan. Masing-masing merupakan sub-sistem dan sekaligus pilar-pilar dari keseluruhan bangunan sistem pembedaan. Berikut ini diuraikan alasan-alasan dari ketiga sub-sistem tersebut.

Pilar Pertama: Tindak Pidana

Dasar patut dipidananya suatu perbuatan, berkaitan erat dengan masalah sumber hukum atau landasan legalitas untuk menyatakan suatu perbuatan sebagai tindak pidana atau bukan. Seperti halnya dengan KUHP (*WvS*), perlunya dimasukkannya ketentuan ini dalam RUU KUHP, bertolak dari pendirian bahwa sumber hukum yang utama adalah undang-undang (hukum tertulis/asas legalitas). Namun berbeda dengan asas legalitas yang dirumuskan dalam KUHP yang sekarang berlaku, di samping itu rumusannya juga sudah diperluas secara materiel dengan perlu menegaskan bahwa ketentuan tersebut tidak mengurangi berlakunya "hukum yang hidup" di dalam masyarakat. Dengan demikian di samping sumber hukum tertulis (undang-undang) sebagai kriteria/patokan formal yang utama, juga masih memberi tempat kepada sumber hukum tidak tertulis yang hidup di dalam masyarakat sebagai dasar penetapan patut dipidananya suatu perbuatan.

Adapun alasan diakuinya hukum tidak tertulis tersebut antara lain didasarkan

⁸ Lihat Otto Kirchheimer, *Political Justice : The Use of Legal Procedure for Political Ends*, Princeton University Press, 1961.

pada:¹⁰

- a. Pasal 5 (3) sub b Undang-Undang Nomor.1 Drt. Tahun 1951 yang intinya mengatur suatu perbuatan yang menurut hukum yang hidup harus dianggap perbuatan pidana, akan tetapi tiada bandingnya dalam Kitab Hukum Pidana Sipil, maka dianggap diancam dengan hukum yang tidak lebih dari tiga bulan penjara dan/atau denda lima ratus rupiah, yaitu sebagai hukum pengganti bilamana hukuman adat yang dijatuhkan tidak diakui oleh pihak yang terhukum, bilamana hukum adat yang dijatuhkan itu menurut pikiran hakim melampaui hukuman kurungan atau denda yang dimaksud di atas, maka terdakwa dapat dikenakan hukuman pengganti setinggi 10 tahun penjara, dengan pengertian bahwa hukuman adat yang tidak selaras lagi dengan zaman senantiasa diganti seperti tersebut di atas.
- b. Resolusi bidang hukum pidana Seminar Hukum Nasional ke-1 Tahun 1963. Butir keempat menyatakan bahwa “yang dipandang sebagai perbuatan-perbuatan jahat tadi adalah perbuatan-perbuatan yang dirumuskan unsur-unsurnya dalam KUHP ini atau dalam perundang-undangan lain. Hal ini tidak menutup pintu bagi larangan perbuatan-perbuatan menurut hukum adat yang hidup dan tidak menghambat pembentukan masyarakat yang dicita-citakan tadi, dengan sanksi adat yang masih dapat sesuai dengan martabat bangsa”. Sedangkan resolusi butir kedelapan menyatakan: “Unsur-unsur Hukum Agama dan Hukum Adat dijalinan dalam KUHP”.
- c. UU Kekuasaan Kehakiman (UU No. 14 Tahun 1970 sebagaimana telah diubah dengan UU 35 Tahun 1999 dan dengan UU No. 4 Tahun 2004, dan yang terakhir dengan UU No. 48 Tahun 2009).
 - 1) Pasal 14 (1): Pengadilan tidak boleh menolak untuk memeriksa dan mengadili suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak/kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya.
 - 2) Pasal 23 (1): Segala putusan pengadilan selain harus memuat alasan-alasan dan dasar-dasar putusan itu, juga harus memuat pula pasal-pasal tertentu dari peraturan yang bersangkutan atau sumber hukum tidak tertulis.
 - 3) Pasal 27 (1): Hakim sebagai penegak hukum dan keadilan wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup.
- d. Seminar Hukum Nasional IV Tahun 1979
 Dalam laporan sub B. II mengenai “Sistem Hukum Nasional”, dinyatakan antara lain:
 - 1) Sistem hukum nasional harus sesuai dengan kebutuhan dan kesadaran hukum rakyat Indonesia
 - 2) “..... Hukum Nasional sejauh mungkin diusahakan dalam bentuk tertulis. Di samping itu hukum yang tidak tertulis tetap merupakan bagian dari hukum nasional”.

Dengan mengungkap hal-hal di atas terlihat, bahwa perluasan asas legalitas dari perumusan formal (seperti yang terdapat dalam KUHP warisan zaman kolonial (*WvS*)) ke perumusan materil, di dasarkan pada kebijakan legislatif (perundang-undangan) nasional yang keluar setelah kemerdekaan; dan kesepakatan dalam seminar-seminar nasional.

¹⁰ Laporan Akhir Tim Kompendium Bidang Hukum Pidana, BPHN, 1994-1995, hal. 12

Dengan bertolak dari kebijakan perundang-undangan nasional yang ada selama ini seperti dikemukakan di atas (yaitu adanya Undang-Undang Nomor 1/Drt/1951 dan Undang-Undang Nomor 14 tahun 1970, sebagaimana telah diubah beberapa kali, dengan UU No.4/2004 yang terkahir dengan Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009), dapatlah dikatakan bahwa perluasan asas legalitas secara materiel sebenarnya bukanlah hal/ide baru, tetapi hanya melanjutkan dan mengimplementasikan kebijakan/ide yang sudah ada. Bahkan kebijakan/ide perumusan asas legalitas secara materiel pernah pula dirumuskan sebagai “kebijakan konstitusional” di dalam Pasal 14 ayat (2) UUD 1950 yang berbunyi:

*Tiada seorang juapun boleh dituntut untuk dihukum atau dijatuhi hukuman, kecuali karena aturan HUKUM yang sudah ada dan berlaku terhadapnya.*¹¹

Dalam pasal tersebut digunakan istilah aturan hukum (*recht*) yang tentu lebih luas pengertiannya dari sekedar aturan “undang-undang” (*wet*), karena pengertian “hukum” (*recht*) dapat berbentuk “hukum tertulis” maupun “hukum tidak tertulis”.

Pedoman/kriteria/rambu-rambu untuk menentukan sumber hukum materiel mana yang dapat dijadikan sebagai sumber hukum (sumber legalitas), adalah “sepanjang sesuai dengan nilai-nilai Pancasila dan/atau prinsip-prinsip hukum umum yang diakui oleh masyarakat bangsa-bangsa”. Jadi, pedoman/kriterianya bertolak dari nilai-nilai nasional maupun internasional. Sesuai dengan nilai-nilai nasional (Pancasila), artinya sesuai dengan nilai paradigma moral religius, kemanusiaan (*humanis*), kebangsaan, demokrasi (kerakyatan/hilmah kebijaksanaan), dan keadilan sosial. Patut dicatat, bahwa rambu-rambu yang berbunyi “sesuai dengan prinsip-prinsip hukum umum yang diakui oleh masyarakat bangsa-bangsa”, mengacu/bersumber dari istilah “*the general principle of law recognized by the community of nations*” yang terdapat dalam Pasal 15 ayat 2 ICCPR (*International Covenant on Civil and Political Right*).

Sejalan dengan keseimbangan asas legalitas formal dan materiel itu maka perlu dikongkritkan:

- a. tindak pidana adalah perbuatan melakukan atau tidak melakukan sesuatu yang oleh peraturan perundang-undangan dinyatakan sebagai perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana.
- b. untuk dinyatakan sebagai tindak pidana, selain perbuatan tersebut dilarang dan diancam pidana oleh peraturan perundang-undangan, harus juga bersifat melawan hukum atau bertentangan dengan hukum yang hidup dalam masyarakat.
- c. setiap tindak pidana selalu dipandang bersifat melawan hukum, kecuali ada alasan pembenar.

Adanya formulasi ketentuan umum tentang pengertian tindak pidana dan penegasan unsur sifat melawan hukum materiel di atas, patut dicatat sebagai suatu hal yang baru, karena ketentuan umum seperti itu tidak ada dalam KUHP (*WvS*).

¹¹ Ibid hal. 13

Di berbagai KUHP Asing (antara lain di Armenia, Belarus, Brunei, Bulgaria, China, Jerman, Latvia, Macedonia, Perancis, Romania, Swedia, dan Yugoslavia), pengertian dan hakikat tindak pidana ini pun dirumuskan dalam "aturan umum". Bahkan ada yang merumuskan unsur-unsur tindak pidana secara rinci, misalnya dalam KUHP Australia.

Dengan adanya rumusan asas perbuatan dan perbuatannya/pelakunya, yaitu asas yang mendasarkan kepada apa yang dilakukan dan siapa yang melakukannya, maka tindak pidana dan pertanggungjawaban memperoleh pengaturan yang jelas. Adapun yang dimaksud dengan pertanggungjawaban pidana adalah diteruskannya celaan yang secara objektif ada pada tindak pidana berdasarkan ketentuan hukum yang berlaku, dan secara subjektif kepada pembuat yang memenuhi syarat dalam undang-undang (pidana) untuk dapat dikenai pidana karena perbuatannya.

Dengan diteruskannya celaan yang objektif ada pada tindak pidana berdasarkan ketentuan yang berlaku dan yang secara subjektif kepada pelaku yang memenuhi syarat-syarat dalam undang-undang (pidana) untuk dapat dipidana karena perbuatannya itu, maka timbullah hal pertanggungjawaban pidana. Masalahnya, apakah pelaku dapat dicela dengan dilakukannya perbuatan yang dilarang tersebut? Apabila dapat, maka berarti ia dapat dipidana, dalam hal dapat dibuktikan kesalahannya, baik dalam arti sengaja atau tidak karena kealpaannya.

Seseorang dikatakan bersalah apabila ia dapat dicela dipandang dari sudut kemasyarakatan, sebab ia dianggap semestinya dapat berbuat lain jika ia memang tidak ingin berbuat demikian, sedang yang dimaksud dengan kesalahan ialah keadaan jiwa seseorang yang melakukan perbuatan itu dalam hubungannya dengan perbuatannya, dan hubungan itu sedemikian hingga ia dapat dicela atas perbuatan tersebut.

Apabila ia dapat dicela atas perbuatannya, maka ia dapat dipidana. Dengan demikian terlihat bahwa asas kesalahan merupakan asas yang fundamental dalam hukum pidana. Selain bahwa tidak dipidananya pelaku tindak pidana karena tidak adanya kesalahan padanya, maka juga terdapat alasan-alasan lain sebagai alasan untuk tidak dipidananya seseorang meskipun ia melakukan tindak pidana.

Alasan-alasan tersebut berupa alasan pemaaf (*schuld uitsluitingsgrond*), ialah alasan yang dihubungkan dengan kesalahan seseorang, sedang perbuatannya tetap merupakan tindak pidana. Adapun alasan-alasan pemaaf ialah:¹²

- a. tidak dapat dipertanggungjawabkan pidana karena penyakit/gangguan jiwa.
- b. tidak mengetahui adanya keadaan yang merupakan unsur tindak pidana.
- c. daya paksa
- d. pembelaan terpaksa melampaui batas.
- e. perintah jabatan yang tidak sah, yang dikira sah oleh pelaku berdasarkan itikat baik.

¹² Budiarti, Ibid, hal. 12

Selain adanya alasan pemaaf sebagai dasar hukum ditiadakannya pidana, adalah adanya alasan pembeda (*rechtvaardigingsgrond*), yaitu alasan yang menghilangkan sifat melawan hukum dari perbuatan yang merupakan tindak pidana. Dengan adanya alasan pembeda maka perbuatan tersebut pada kenyataannya merupakan tindak pidana, dan alasan-alasan tersebut adalah:

- a. adanya peraturan perundang-undangan.
- b. pelaksanaan perintah jabatan yang sah.
- c. keadaan darurat.
- d. pembelaan terpaksa.

Di samping itu, perlu juga diatur mengenai asas memberlakukannya ketentuan pidana dalam peraturan perundang-undangan Indonesia bagi setiap orang yang penuntutannya diambil alih oleh Indonesia dari negara asing berdasar suatu perjanjian yang memberikan kewenangan kepada Indonesia untuk menuntut pidana. Asas ini sesuai dengan perkembangan dunia modern, yaitu diadakannya perjanjian antar negara yang memungkinkan negara-negara anggota/peserta untuk mengadili warga negara masing-masing dalam hal tertentu. Untuk memberikan akomodasi bagi kemungkinan tersebut, maka pengaturan asas tersebut perlu diadakan dalam KUHP kita yang akan datang.

Akhirnya dianut pula dalam asas berlakunya hukum pidana Indonesia ini adanya pembatasan-pembatasan oleh hukum internasional yang diakui. Hal ini sebagai konsekuensi keberadaan dan kedudukan Republik Indonesia sebagai anggota masyarakat dunia (internasional).

Selanjutnya berkaitan dengan pengertian dan sifat hakiki, serta kualifikasi dan klasifikasi tindak pidana sebagai berikut:

a. Pengertian dan Sifat Hakiki Tindak Pidana

Pengertian dan sifat tindak pidana pada hakikatnya adalah perbuatan yang melawan hukum, baik secara formal maupun secara materiel. Tindak pidana ialah perbuatan melakukan atau tidak melakukan sesuatu yang oleh peraturan perundang-undangan dinyatakan sebagai perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana.

Dengan menegaskan bahwa setiap tindak pidana dianggap selalu bertentangan dengan hukum, maka sifat melawan hukum merupakan unsur mutlak dari tindak pidana. Artinya walaupun dalam perumusan delik tidak dirumuskan secara tegas adanya unsur melawan hukum, namun delik itu harus selalu dianggap bersifat melawan hukum. Jadi rumusan ukuran obyek untuk menyatakan suatu perbuatan bersifat melawan hukum. Ukuran formal/obyektif itu masih harus diuji secara materiel pada diri si pelaku, apakah ada alasan pembeda atau tidak, dan apakah perbuatan itu betul-betul bertentangan dengan kesadaran hukum rakyat.

Dengan ketentuan demikian, terlihat disini adanya asas keseimbangan antara patokan formal (kepastian hukum) dan patokan materiel (nilai keadilan). Namun demikian, menyadari bahwa dalam kejadian-kejadian konkrit kedua nilai itu (kepastian hukum dan keadilan) mungkin saling mendesak, maka dalam

perumusan pasal nanti harus ditegaskan, bahwa hakim harus sejauh mungkin mengutamakan nilai keadilan daripada nilai kepastian hukum.

b. Kualifikasi dan Klasifikasi Tindak Pidana

Ke depan tidak lagi dibedakan kualifikasi tindak pidana berupa “kejahatan dan pelanggaran”, Kebijakan ini didasarkan pada resolusi Seminar Hukum Nasional 1 tahun 1963 dan hasil Lokakarya Buku II KUHP tahun 1985.

Di dalam resolusi butir VI bidang hukum pidana diserukan agar di dalam bagian khusus KUHP tidak lagi diadakan penggolongan dalam dua macam delik, kejahatan dan pelanggaran. Resolusi ini dipertahankan pada Lokakarya Buku II tahun 1985 dengan mengemukakan alasan yang pada intinya sebagai berikut:

1. Tidak dapat lagi dipertahankan kriteria pembedaan kualitatif antara “*rechtsdelict*” dan “*wetsdelict*” yang melatarbelakangi penggolongan dua jenis tindak pidana itu;
2. Penggolongan dua jenis tindak pidana itu pada zaman Hindia Belanda memang relevan dengan kompetensi pengadilan waktu itu “pelanggaran” pada dasarnya diperiksa oleh *landgerecht* (pengadilan kepolisian) dengan hukum acaranya sendiri, dan “kejahatan” diperiksa oleh *landraad* (pengadilan negeri) atau *raad van justitie* (pengadilan tinggi) dengan hukum acaranya sendiri pula. Pembagian kompetensi seperti itu tidak dikenal lagi saat ini.
3. Pandangan mutakhir mengenai “*afkoop*” (perdamaian), (seperti pada Pasal KUHP/WvS) sebagai alasan penghapus penuntutan tidak hanya berlaku terbatas untuk “pelanggaran” saja, tetapi dapat berlaku untuk semua tindak pidana walaupun dengan pembatasan ancaman maksimum pidananya.

Walaupun rancangan tindak pidana tidak lagi mengenai pembagian kejahatan dan pelanggaran sebagai suatu “kualifikasi delik”, namun di dalam pola kerjanya, masih mengadakan pengklasifikasian bobot delik sebagai berikut:

- 1) Delik yang dipandang “**sangat ringan**” yaitu hanya diancam dengan pidana denda ringan (kategori I atau II) secara tunggal. Delik-delik yang dikelompokkan disini ialah delik-delik yang dulunya diancam dengan pidana penjara/kurungan di bawah 1 (satu) tahun atau denda ringan atau delik-delik baru yang menurut penilaian bobotnya di bawah 1 (satu) tahun penjara.
- 2) Delik yang dipandang “**berat**”, yaitu delik-delik yang pada dasarnya patut diancam dengan pidana penjara di atas 1 (satu) tahun s/d 7 (tujuh) tahun. Delik yang dikelompokkan disini akan selalu dialternatifkan dengan pidana denda lebih berat dari kelompok pertama, yaitu denda kategori III atau IV. Delik dalam kelompok ini ada juga yang ancamannya minimal khusus.
- 3) Delik yang dipandang “**sangat berat/sangat serius**”, yaitu delik yang diancam dengan pidana penjara di atas 7 (tujuh) tahun atau diancam dengan pidana lebih berat (yaitu pidana mati atau penjara seumur hidup). Untuk menunjukkan sifat berat, pidana penjara untuk delik dalam kelompok ini hanya diancam secara tunggal atau untuk delik-delik tertentu dapat diakumulasikan dengan pidana denda kategori V atau diberi ancaman minimal khusus.

Patut dicatat, bahwa dalam hal-hal tertentu ada penyimpangan dari pola di atas, antara lain khusus untuk delik yang selama ini dikenal dengan “**kejahatan**

ringan”, polanya adalah diancam dengan maksimum 6 (enam) bulan penjara dengan alternatif denda kategori II.

Di samping tetap ada penggolongan kriminalisasi delik berdasarkan klasifikasi bobot seperti dikemukakan di atas, juga dalam hal-hal tertentu tetap mempertahankan karakteristik akibat hukum dari delik yang digolongkan sangat ringan. Misalnya dalam rancangan dinyatakan: “Percobaan atau pembentukan untuk tindak pidana yang diancam dengan pidana denda kategori I, tidak dipidana”.

Perkembangan Formulasi Tindak Pidana

Dengan semakin banyaknya UU dan RUU di luar KUHP yang dalam perkembangannya seperti “tumbuhan/bangunan liar” dan tidak berpola (tidak bersistem), bahkan “menggerogoti/mencabik-cabik” sistem/bangunan induk,¹³ maka RUU KUHP berkeinginan melakukan “rekodifikasi dan reunifikasi nasional” yang menyeluruh. Rekodifikasi dan reunifikasi dilakukan dengan mengacu pada:

1. perkembangan pengaturan tindak pidana dalam undang-undang di luar KUHP yang secara khusus mengatur tindak pidana yang bersifat “kejahatan” dan tindak pidana administrasi (lihat lampiran tentang Daftar Undang-undang yang memuat ketentuan pidana dimuat pada lampiran Naskah Akademik ini).
2. bersifat adaptif terhadap perkembangan kejahatan internasional, dengan bersumber pada berbagai Konvensi yang sudah maupun yang belum diratifikasi, antara lain:
 - a) Tindak pidana Penyiksaan (atas dasar ratifikasi terhadap “*Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*” (1984);
 - b) Kejahatan Perang (*War Crimes*) yang bersumber pada Statuta Roma 1998 tentang “*The International Criminal Court*”;
 - c) Perluasan tindak pidana Korupsi (Suap terhadap Pejabat Asing) yang bersumber pada “*UN Convention Against Corruption*” 2003.
3. memperhatikan dasar pemikiran “*gender sensitive*”, untuk melindungi harkat dan martabat perempuan.

Dalam memilih delik-delik yang ada dalam undang-undang di luar KUHP, pembentukan kitab undang-undang hukum pidana kedepan mendasarkan kepada kriteria “tindak pidana yang bersifat umum” (*generic crimes, independent crimes*) yang acapkali disebut kejahatan dengan bertolak dari rambu-rambu sebagai berikut:

1. merupakan perbuatan jahat yang bersifat independen (a.I. tidak mengacu atau tergantung pada pelanggaran terlebih dahulu terhadap ketentuan hukum administrasi dalam peraturan perundang-undangan yang bersangkutan);
2. daya berlakunya relatif lestari, artinya tidak dikaitkan dengan berlakunya prosedur atau proses administrasi (*specific crimes, administrative dependent crimes*), dan

¹³ Lihat “Perkembangan Sistem Pidana di Indonesia”, bahan Penataran Nasional Hukum Pidana dan Kriminologi ke VII. Di UBAYA, 2005.

3. ancaman hukumannya lebih dari 1 (satu) tahun pidana perampasan kemerdekaan (penjara/kurungan).

Bertolak dari rambu-rambu tersebut, perlu dimasukkan delik-delik tertentu antara lain:

1. terorisme;
2. genocide;
3. kejahatan terhadap kemanusiaan;
4. kejahatan perang (*war crimes*);
5. penyiksaan;
6. kejahatan computer (*computer crimes* di dalam Rancangan disebut TP Informatika & Telematika)
7. tindak pidana lingkungan
8. penyuaipan pejabat publik asing dan organisasi internasional;
9. tindak pidana narkoba dan psikitropika
10. tindak pidana pornografi
11. tindak pidana perdagangan orang (*human trafficking*);
12. dimasukkannya kembali pembunuhan berencana;
13. tindak pidana kekerasan dalam rumah tangga
14. tindak pidana terhadap cagar budaya;
15. tindak Pidana pencucian uang (*money laundering*).

Dengan masuknya tindak pidana tersebut yang sebagian diantaranya telah diatur dalam undang-undang tersendiri di luar KUHP diharapkan pada masa datang melalui kebijakan kodifikasi menyeluruh dapat menguatkan ide pembentukan sistem hukum pidana nasional Indonesia yang utuh sebagai parameter keadilan dalam bidang hukum pidana dan pemidanaan guna menjamin kepastian hukum dan keadilan serta penegakan hukum yang standar (normal). Konsekuensi kebijakan kodifikasi menyeluruh tersebut, adalah mencegah diterbitkannya undang-undang yang memuat tindak pidana di luar KUHP dalam tatanan sistem hukum pidana Indonesia karena akan berpotensi terjadinya pelanggaran hak asasi manusia bagi tersangka/terdakwa dan terpidana dan mendorong terjadinya penyimpangan dalam praktik penegakan hukum pidana.

H. Draft Pasal dalam RUU KUHP (Draft Bulan September 2019)

BAB II

TINDAK PIDANA DAN PERTANGGUNGJAWABAN PIDANA

Bagian Kesatu

Tindak Pidana

Paragraf 1

Umum

Pasal 12

- (1) Tindak Pidana merupakan perbuatan yang oleh peraturan perundang-undangan diancam dengan sanksi pidana dan/atau tindakan.
- (2) Untuk dinyatakan sebagai Tindak Pidana, suatu perbuatan yang diancam sanksi pidana dan/atau tindakan oleh peraturan perundang-undangan harus

bersifat melawan hukum atau bertentangan dengan hukum yang hidup dalam masyarakat.

- (3) Setiap Tindak Pidana selalu bersifat melawan hukum, kecuali ada alasan pembenar.

Paragraf 3

Persiapan

Pasal 15

- (1) Persiapan melakukan Tindak Pidana terjadi jika pelaku berusaha untuk mendapatkan atau menyiapkan sarana berupa alat, mengumpulkan informasi atau menyusun perencanaan tindakan, atau melakukan tindakan serupa yang dimaksudkan untuk menciptakan kondisi untuk dilakukannya suatu perbuatan yang secara langsung ditujukan bagi penyelesaian Tindak Pidana.
- (2) Persiapan melakukan Tindak Pidana dipidana jika ditentukan secara tegas dalam Undang-Undang.
- (3) Pidana untuk persiapan melakukan Tindak Pidana paling banyak 1/2 (satu per dua) dari maksimum ancaman pidana pokok untuk Tindak Pidana yang bersangkutan.
- (4) Persiapan melakukan Tindak Pidana yang diancam dengan pidana mati atau pidana penjara seumur hidup dipidana dengan pidana penjara paling lama 10 (sepuluh) tahun.
- (5) Pidana tambahan untuk persiapan melakukan Tindak Pidana sama dengan pidana tambahan untuk Tindak Pidana yang bersangkutan.

Pasal 16

Persiapan melakukan Tindak Pidana tidak dipidana jika pelaku menghentikan atau mencegah kemungkinan terciptanya kondisi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 15 ayat (1).

BAB III

PEMIDANAAN, PIDANA, DAN TINDAKAN

Bagian Kesatu

Tujuan dan Pedoman Pemidanaan

Paragraf 1

Tujuan Pemidanaan

Pasal 52

- (1) Pemidanaan bertujuan:
 - a. mencegah dilakukannya Tindak Pidana dengan menegakkan norma hukum demi perlindungan dan pengayoman masyarakat;
 - b. memasyarakatkan terpidana dengan mengadakan pembinaan dan pembimbingan agar menjadi orang yang baik dan berguna;
 - c. menyelesaikan konflik yang ditimbulkan akibat Tindak Pidana, memulihkan keseimbangan, serta mendatangkan rasa aman dan damai dalam masyarakat; dan
 - d. menumbuhkan rasa penyesalan dan membebaskan rasa bersalah pada terpidana.

- (2) Pidana tidak dimaksudkan untuk merendahkan martabat manusia.

Paragraf 2

Pedoman Pidana

Pasal 53

- (1) Dalam mengadili suatu perkara pidana, hakim wajib menegakkan hukum dan keadilan.
- (2) Jika dalam menegakkan hukum dan keadilan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) terdapat pertentangan antara kepastian hukum dan keadilan, hakim wajib mengutamakan keadilan.

Pasal 54

- (1) Dalam pidana wajib dipertimbangkan:
- a. kesalahan pelaku Tindak Pidana;
 - b. motif dan tujuan melakukan Tindak Pidana;
 - c. sikap batin pelaku Tindak Pidana;
 - d. Tindak Pidana dilakukan dengan direncanakan atau tidak direncanakan;
 - e. cara melakukan Tindak Pidana;
 - f. sikap dan tindakan pelaku sesudah melakukan Tindak Pidana;
 - g. riwayat hidup, keadaan sosial, dan keadaan ekonomi pelaku Tindak Pidana;
 - h. pengaruh pidana terhadap masa depan pelaku Tindak Pidana;
 - i. pengaruh Tindak Pidana terhadap Korban atau keluarga Korban;
 - j. pemaafan dari Korban dan/atau keluarganya; dan/atau
 - k. nilai hukum dan keadilan yang hidup dalam masyarakat.
- (2) Ringannya perbuatan, keadaan pribadi pelaku, atau keadaan pada waktu dilakukan Tindak Pidana serta yang terjadi kemudian dapat dijadikan dasar pertimbangan untuk tidak menjatuhkan pidana atau tidak mengenakan tindakan dengan mempertimbangkan segi keadilan dan kemanusiaan.

Pasal 55

Setiap Orang yang melakukan Tindak Pidana tidak dibebaskan dari pertanggungjawaban pidana berdasarkan alasan peniadaan pidana jika orang tersebut telah dengan sengaja menyebabkan terjadinya keadaan yang dapat menjadi alasan peniadaan pidana tersebut.

Pasal 56

Dalam pidana terhadap Korporasi wajib dipertimbangkan:

- a. tingkat kerugian atau dampak yang ditimbulkan;
- b. tingkat keterlibatan pengurus yang mempunyai kedudukan fungsional Korporasi dan/atau peran pemberi perintah, pemegang kendali, pemberi perintah, dan/atau pemilik manfaat Korporasi;
- c. lamanya Tindak Pidana yang telah dilakukan;
- d. frekuensi Tindak Pidana oleh Korporasi;
- e. bentuk kesalahan Tindak Pidana;
- f. keterlibatan Pejabat;
- g. nilai hukum dan keadilan yang hidup dalam masyarakat;

- h. rekam jejak Korporasi dalam melakukan usaha atau kegiatan;
- i. pengaruh pemidanaan terhadap Korporasi; dan/atau
- j. kerja sama Korporasi dalam penanganan Tindak Pidana.

Paragraf 1

Pidana

Pasal 64

Pidana terdiri atas:

- a. pidana pokok;
- b. pidana tambahan; dan
- c. pidana yang bersifat khusus untuk Tindak Pidana tertentu yang ditentukan dalam Undang-Undang.

Pasal 65

- (1) Pidana pokok sebagaimana dimaksud dalam Pasal 64 huruf a terdiri atas:
 - a. pidana penjara;
 - b. pidana tutupan;
 - c. pidana pengawasan;
 - d. pidana denda; dan
 - e. pidana kerja sosial.
- (2) Urutan pidana sebagaimana dimaksud pada ayat (1) menentukan berat atau ringannya pidana.

Pasal 66

- (1) Pidana tambahan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 64 huruf b terdiri atas:
 - a. pencabutan hak tertentu;
 - b. perampasan Barang tertentu dan/atau tagihan;
 - c. pengumuman putusan hakim;
 - d. pembayaran ganti rugi;
 - e. pencabutan izin tertentu; dan
 - f. pemenuhan kewajiban adat setempat.
- (2) Pidana tambahan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dapat dikenakan dalam hal penjatuhan pidana pokok saja tidak cukup untuk mencapai tujuan pemidanaan.
- (3) Pidana tambahan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dapat dijatuhkan 1 (satu) jenis atau lebih.
- (4) Pidana tambahan untuk percobaan dan pembantuan sama dengan pidana tambahan untuk Tindak Pidananya.
- (5) Pidana tambahan bagi Anggota Tentara Nasional Indonesia yang melakukan Tindak Pidana dalam perkara koneksitas dikenakan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan bagi Tentara Nasional Indonesia.

Pasal 67

Pidana yang bersifat khusus sebagaimana dimaksud dalam Pasal 64 huruf c merupakan pidana mati yang selalu diancamkan secara alternatif.

Paragraf 2

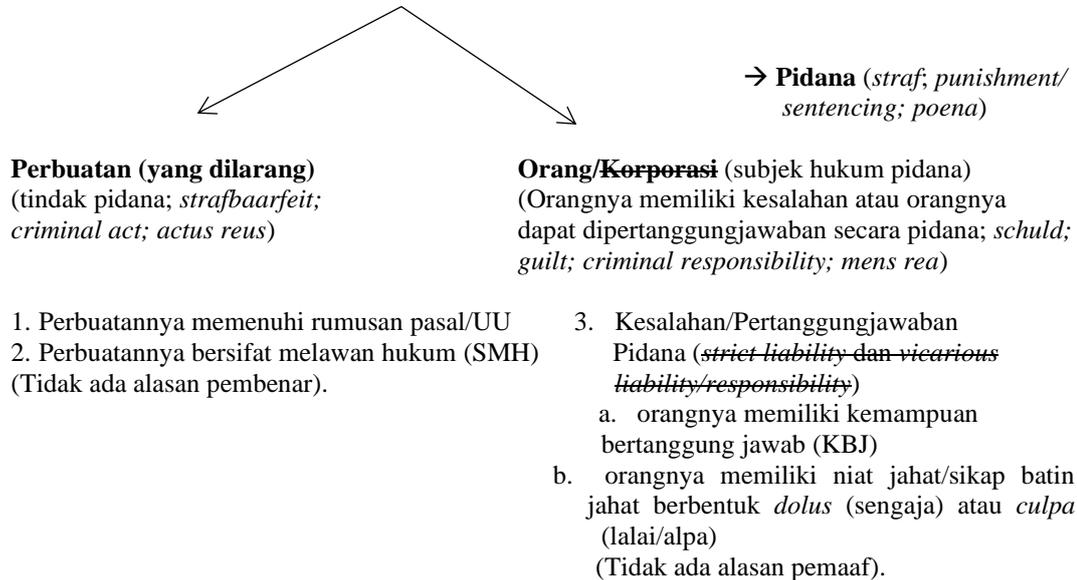
Tindakan

Pasal 103

- (1) Tindakan yang dapat dikenakan bersama-sama dengan pidana pokok berupa:
 - a. konseling;
 - b. rehabilitasi;
 - c. pelatihan kerja;
 - d. perawatan di lembaga; dan/atau
 - e. perbaikan akibat Tindak Pidana.
- (2) Tindakan yang dapat dikenakan kepada Setiap Orang sebagaimana dimaksud dalam Pasal 38 dan Pasal 39 berupa:
 - a. rehabilitasi;
 - b. penyerahan kepada seseorang;
 - c. perawatan di lembaga;
 - d. penyerahan kepada pemerintah; dan/atau
 - e. perawatan di rumah sakit jiwa.

Bab 7 PERBUATAN (TAT, HANDLUNG, HANDELING, GEDRAGING)

Unsur-unsur Tindak Pidana menurut KUHP
(Syarat-syarat pemidanaan)



Menurut Sudarto¹ bahwa unsur pertama dari tindak pidana adalah perbuatan atau tindak seseorang. Perbuatan orang ini adalah titik penghubung atau dasar untuk dapat dilakukannya pemberian pidana/penjatuhan pidana/pemidanaan. Perbuatan ini meliputi berbuat (positif) dan tidak berbuat (negatif). Pengertian perbuatan ini sepintas lalu terlihat mudah dan tidak menimbulkan persoalan. Namun, tidaklah demikian dalam praktik penegakan hukum pidana.

Di bawah ini disebutkan pendapat/definisi yang dikemukakan oleh beberapa ahli hukum pidana mengenai perbuatan sebagai berikut:

1. Simons (hlm. 128) mengatakan bahwa dalam arti yang sesungguhnya ***handelen* (berbuat) mempunyai sifat aktif, tiap gerak otot yang dikehendaki, dan dilakukan dengan tujuan untuk menimbulkan suatu akibat.**
2. Pompe tidak menyetujui definisi tersebut karena istilah ‘gerakan otot’ (*spierbeweging*) itu untuk hukum pidana tidak ada artinya dan juga tidak perlu ada pada setiap tindak pidana. Pompe juga mengemukakan unsur kehendak sebab unsur inipun tidak selalu ada pada setiap tindak pidana, misal: tindak pidana yang tersebut dalam Pasal 522 KUHP (tidak datang sebagai saksi di Pengadilan). Pompe (hlm. 82) memberi definisi perbuatan sebagai berikut: ***Gedraging* (perbuatan) itu dapat dilihat dari luar dan diarahkan kepada suatu tujuan yang menjadi sasaran norma-norma.**
3. Van Hattum (hlm. 148) tidak menyetujui untuk memberi definisi tentang *gedraging*, sebab definisi harus dapat meliputi pengertian berbuat dan tidak berbuat, sehingga definisi itu tetap akan kurang lengkap atau berbelit-belit dan tidak jelas. Van Hattum (hlm. 152) memandang *gedraging* itu sebagai

¹ Sudarto, Hukum Pidana I, Yayasan Sudarto, Semarang, 1990, hlm. 64.

dasar fisik/jasmaniyah (*physieke substaat*) dari tiap delik; benar-benar jasmaniah, jadi tanpa unsur subjektif ataupun normatif.

Dalam pengertian ‘berbuat’ itu tidak ada unsur penilaian (*waardeelement*), sehingga suatu pengertian yang awam (*kleurloos*). Bagaimanakah kita dapat mengetahui tindak/perbuatan yang dilarang atau yang diharuskan itu? Van Hattum menjelaskan bahwa hal itu dapat kita lihat dari **kata kerja** yang terdapat di dalam rumusan delik yang bersangkutan. Dari kata kerja harus diambil perbuatan yang jasmaniah murni, yang berupa suatu gerakan badan. Gerakan dari badan ini tidak ditentukan secara normatif, akan tetapi deskriptif dan finalistik.

Keterangan:

Deskriptif (*descriptief*) adalah hanya menggambarkan suatu keadaan saja, tanpa memberi penilaian; Finalistik (*Finalistisch*) adalah ditentukan oleh tujuan yang hendak dicapai dengan perbuatan itu.

Ada gerakan badan yang tidak termasuk pengertian tindak/perbuatan seperti yang sudah disebutkan di atas, ialah:

1. gerakan badan yang tidak dikehendaki oleh orang yang berbuat karena dalam keadaan *vis absoluta* (keadaan daya paksa yang absolut), misal: orang yang didorong oleh massa, sehingga menggendet mati orang lain, dan sebagainya.
2. gerak refleks, ialah gerakan yang ditimbulkan oleh rangsang (*prikkel*) yang tiba-tiba dari urat syaraf, misal: terkejut karena suatu letusan lalu menjatuhkan gelas yang ada ditangannya.
3. semua gerakan jasmaniah (fisik) yang dilakukan dalam keadaan a sadar (tidak sadar). Ketidaksadaran ini dapat disebabkan oleh bermacam-macam hal, misalnya:
 - a. karena penyakit (ayan, epilepsi, mengingau, gegar otak)
 - b. mabok (*intoxication*)
 - c. berbuat sesuatu pada waktu tidur (somnambulisme)
 - d. pingsan
 - e. di bawah pengaruh *hypnose* (hipnotis).

Dalam hal tidak sadar ini perlu diselidiki sampai dimana ketidaksadaran itu terjadi, misalnya: seorang yang mabok atau orang yang ada dalam keadaan penyempitan kesadaran (*bewustzijns vernauwing*), yang dapat melakukan perbuatan yang melanggar undang-undang.

Dalam pembicaraan soal tindak/perbuatan ini perlu diingatkan akan pengertian *delik commissionis*, yaitu delik yang berupa pelanggaran larangan, *delik omissionis*, yaitu delik yang berupa pelanggaran perintah, ialah tidak melakukan sesuatu yang diperintahkan/yang diharuskan, dan *delik commissionis per omissionen commissa*, yaitu delik yang berupa pelanggaran larangan, akan tetapi dapat dilakukan dengan cara tidak berbuat.

Bab 8 HUBUNGAN SEBAB AKIBAT (*CAUSALITEIT*)

A. Hubungan Sebab Akibat (*Causaliteit, Causalitat*)

Menurut Sudarto¹ bahwa unsur-unsur yang banyak terdapat dalam suatu tindak pidana merupakan akibat dari suatu perbuatan. Akibat ini artinya perubahan yang terjadi di dunia luar. Akibat dapat berupa sifat berbahaya atau perkosaan/pemaksaan terhadap kepentingan hukum, misal: nyawa, kehormatan, dan sebagainya. Dalam pembicaraan mengenai persoalan akibat dibedakan terhadap adanya delik formil dan delik materiil.

Pada delik formil, akibat itu hanya merupakan *accidentalia*, bukan suatu *essentialia*. Sedangkan pada delik materiil, akibat itu merupakan *essentialia* dari delik tersebut sebab jika tidak terjadi akibat yang dilarang/tidak dikehendaki dalam delik itu, maka delik (materiil) itu tidak ada, paling banyak ada percobaan terhadap suatu delik.

Hubungan sebab akibat (*causaliteitsvraagstuk*) ini dipandang penting dalam **delik materiil** dan **delik-delik yang dikualifikasi oleh akibatnya** (*door het gevolg gequalificeerde delicten*), misal: Pasal-pasal 187, 188 194 ayat (2), 195 ayat (2), 333 ayat (2) dan (3), 334 ayat (2) dan (3), 351 ayat (2) dan (3), 355 ayat (2) dan (3) KUHP.

Persoalan kausalitas ini terjadi karena terkadang sukar untuk menetapkan yang menjadi sebab dari suatu akibat. Persoalan ini tidak hanya terdapat dalam lingkungan hukum pidana saja, akan tetapi juga dalam lapangan hukum lainnya. Misalnya: dalam hukum perdata mengenai penentuan ganti rugi; dalam hukum dagang mengenai persoalan asuransi. Persoalan sebab-akibat inipun terdapat dalam lapangan ilmu pengetahuan lainnya, misalnya dalam filsafat.

Dalam menetapkan yang dapat dianggap sebagai sebab dari sesuatu kejadian, maka terbentuklah beberapa teori kausalita. Teori-teori ini akan menetapkan hubungan objektif antara perbuatan manusia dan akibat yang tidak dikehendaki oleh undang-undang karena akibat konkrit harus bisa ditelusuri sampai ke sebab.

Para ahli hukum Jerman sangat mendalami mengenai persoalan ini, sedangkan dalam kepustakaan hukum Inggris dan Perancis, persoalan kausalita kurang mendapat perhatian. Ada yang menganggap persoalan ini penting dan ada pula yang menganggapnya tidak penting.

Di Jerman sendiri ada seorang ahli hukum, yaitu Binding yang menganggap persoalan ini sepele. Beliau menasehati kepada para praktisi hukum agar melupakan semua teori dan dalam kejadian konkrit dalam memecahkan persoalannya sendiri biasanya mudah sekali dan dapat diserahkan kepada setiap orang di jalan.

¹ Sudarto, *Hukum Pidana I*, Yayasan Sudarto, Semarang, 1990, hlm. 66.

Sebenarnya persoalan kausalita tidak boleh dipandang terlampau sederhana. Dalam filsafat terdapat peringatan, bahwa kejadian B yang terjadi sesudah kejadian A, belum tentu karena kejadian A (*post hoc non propter hoc*).

Di bawah ini akan diuraikan teori atau ajaran kausalitas sebagai berikut:

1. Teori ekuivalensi (*Aquivalenz-theorie*) atau *Bedingungstheorie* atau teori *conditio sine qua non* dari Von Buri.

Teori ini mengatakan bahwa tiap syarat adalah sebab dan semua syarat (sebab-sebab) itu nilainya sama karena kalau satu syarat (sebab) tidak ada, maka akibatnya akan lain pula. Tiap syarat, baik (sebab) positif maupun (sebab) negatif, untuk timbulnya suatu akibat itu harus ada sebab dan mempunyai nilai yang sama. Kalau satu syarat (sebab) itu dihilangkan, maka tidak akan terjadi akibat konkrit, seperti yang nyata-nyatanya, menurut waktu, tempat, dan keadaannya.

Tidak ada syarat yang dapat dihilangkan (lazim dirumuskan *nicht hinweggedacht werden kann* dan seterusnya) tanpa menyebabkan berubahnya akibat. Contoh Von Buri: A dilukai ringan (penganiayaan ringan), kemudian A dibawa ke dokter. Di tengah perjalanan A kejatuhan genting, lalu mati. Penganiayaan ringan terhadap A itu juga merupakan sebab dari matinya A.

Teori ekuivalensi ini memakai pengertian sebab sejalan dengan pengertian yang dipakai dalam logika. Dalam hubungan ini, terdapat pandangan yang dikemukakan oleh John Stuart Mill (di Inggris) dalam bukunya *System of Logic* yang berpendapat, bahwa sebab itu adalah *the whole of antecedents* (1843). Von Buri pernah menjabat Presiden *Reichsgericht* (Mahkamah Agung) Jerman. Dua karangannya ditulis pada tahun 1873 dan 1885, masing masing berjudul:

- 1) *Über Kausalität und deren Verantwortung* (1873)
- 2) *Die Kausalität und ihre strafrechtliche Beziehungen* (1885).

Teori ekivalensi ini dapat dipandang sebagai pangkal dari teori-teori lain. Di Jerman sampai sekarang menjadi dasar yang tetap dalam peradilan tertinggi (*der Rechtsprechung der strafrechtlichen Senats des Reichsgerichts*) untuk perkara pidana.

Kebaikan/kelebihan teori Kausalitas adalah mudah diterapkan, sehingga tidak banyak menimbulkan persoalan karena teori ini menarik secara luas sekali dalam membatasi lingkungan berlakunya pertanggungjawaban pidana.

Van Hamel, seorang penganut teori ekivalensi berpendapat bahwa untuk hukum pidana teori ini boleh digunakan, apabila diperbaiki dan diatur oleh teori kesalahan yang harus diterapkan dengan sebaik-baiknya. Namun, harus dibedakan antara hubungan kausalitas dengan pertanggungjawaban pidana.

Kritik/keberatan terhadap teori Kausalitas adalah hubungan kausal membentang ke belakang tanpa akhir, sebab tiap-tiap sebab sebenarnya merupakan akibat dari sebab yang terjadi sebelumnya. Misal: A menikam B sampai mati. Yang merupakan sebab

bukan hanya ditikam A, tetapi juga penjualan pisau itu kepada A dan penjualan pisau itu tidak ada, apabila tidak ada pembuatan pisau. Oleh karena itu, pembuatan pisau itu juga menjadi sebab dan begitu seterusnya. Berdasarkan adanya keberatan itu, maka muncul teori-teori lain yang hendak membatasi luasnya bentangan teori Kausalitas. Teori-teori yang akan disebutkan di bawah ini, mengambil dari sekian faktor yang menimbulkan akibat itu beberapa faktor yang kuat (*dominant*), sedang faktor-faktor lainnya dipisahkan sebagai faktor-faktor yang *irrelevant* (yang tidak perlu/penting).

2. Teori-teori individualisasi

Teori-teori ini dipilih secara *post factum (in concreto)*, artinya setelah peristiwa konkrit terjadi, dari serentetan faktor yang aktif dan pasif dipilih sebab yang paling menentukan dari peristiwa tersebut; sedang faktor-faktor lainnya hanya merupakan syarat belaka.

Penganut-penganutnya tidak banyak, antara lain:

- a. Birkmayer (1885) mengemukakan pandangannya, yaitu sebab adalah syarat yang paling kuat (*Ursache ist die wirksamste Bedingung*). Kritik terhadapnya: Bagaimanakah menentukan faktor yang paling kuat itu? Apakah ukurannya?
- b. Binding, teorinya disebut *Ubergewichtstheorie*. Dikatakan sebab dari sesuatu perubahan adalah identik dengan perubahan dalam keseimbangan antara faktor yang menahan (negatif) dan faktor yang positif, dimana faktor yang positif itu lebih unggul. Yang disebut sebab adalah syarat-syarat positif dalam keunggulannya (*in ihrem Ubergewicht*-bobot yang melebihi) terhadap syarat-syarat yang negatif. Satu-satunya sebab ialah faktor atau syarat terakhir yang menghilangkan keseimbangan dan memenangkan faktor positif itu.

3. Teori-teori generalisasi

Teori-teori ini dilihat secara *ante factum (sebelum kejadian/in abstracto)* apakah di antara serentetan syarat itu ada perbuatan (manusia) yang pada umumnya dapat menimbulkan akibat semacam itu, artinya menurut pengalaman hidup biasa atau menurut perhitungan yang layak, mempunyai kadar (*kans*) untuk itu. Dalam teori ini dicari sebab yang adekuat/adekuat untuk timbulnya akibat yang bersangkutan (*ad-aequare* artinya dibuat sama). Oleh karena itu teori ini disebut teori *Adekuat (teori adekuat, Adä-quanzttheorie)*.

Pada tahun 1970 Von Bar mengintrodusir ajaran ini dalam hukum Perdata, dalam karangannya yang berjudul *Ueber die Begriffe der obyektiven Möglichkeit* dan *Ueber die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrecht* (1888 dan 1889).

Contoh-contoh tentang ada atau tidaknya hubungan sebab akibat yang adekuat:

- a. suatu jotosan yang mengenai hidung, biasanya dapat mengakibatkan hidung keluar darah/mimisan. Akan tetapi apabila orang yang dipukul itu menjadi buta itu bukan akibat yang adekuat. Ini suatu akibat yang abnormal, yang tidak biasa.
- b. Seorang yang menyetir mobil terpaksa mengerem seketika/sekonyong-konyong karena ada pengendara sepeda yang hendak menyeberang jalan yang membelok,

sedang ini tidak disangka-sangka oleh pengendara mobil. Pengendara mobil ini mendapat penyakit trauma karena menekan urat. Disini pun dapat dikatakan, bahwa perbuatan pengendara sepeda itu tidak merupakan penyebab yang adekuat untuk timbulnya penyakit trauma tersebut.

- c. Seorang petani membakar tumpukan rumput kering (*hooi*), dimana secara kebetulan bersembunyi/tidur seorang penjahat disitu, sehingga ikut mati terbakar. Adakah penyebab yang adekuat? Jawabannya tergantung dari keadaan. Jika biasanya menurut pengalaman sehari-hari, tidak timbul akibat semacam itu, maka perbuatan petani itu bukanlah sebab. Akan tetapi, apabila di daerah itu merupakan kebiasaan orang untuk bersembunyi atau menginap dalam tumpukan rumput, maka perbuatan petani itu benar-benar mempunyai kadar untuk matinya seseorang.

Perihal yang menjadi persoalan dalam teori ini ialah bagaimanakah penentuannya, bahwa suatu sebab itu pada umumnya cocok untuk menimbulkan akibat tertentu itu? Mengenai hal ini ada beberapa pendirian adalah:

1. Penentuan subjektif (*subjectiv ursprungliche Prognose*). Disini yang dianggap sebab ialah apa yang oleh si pembuat dapat diketahui/diperkirakan bahwa apa yang dilakukan itu pada umumnya dapat menimbulkan akibat semacam itu (Von Kries). Jadi, pandangan atau pengetahuan si pembuatlah yang menentukan.
2. Penentuan objektif. Dasar penentuan apakah suatu perbuatan itu dapat menimbulkan akibat ialah keadaan atau hal-hal yang secara objektif kemudian diketahui atau pada umumnya diketahui. Jadi, bukan yang diketahui atau yang dapat diketahui oleh si pembuat, melainkan pengetahuan Hakim. Dasar penentuan (*Beurteilungs standpunkte*) ini disebut *objektiv nachträgliche Prognose* (Rümelin).

Sebenarnya dalam teori *kausal adekuat subyektif* (Von Kries) itu tersimpul unsur penentuan tentang kesalahan; Oleh karena itu, dapat dikatakan bahwa teori adekuat subjektif dari Von Kries ini bukan teori kausalitas murni.

Sebab suatu perbuatan baru dianggap sebagai sebab yang adekuat apabila si pembuat dapat mengira-irakan/memperkirakan atau membayangkan (*voor zien*) akan terjadinya akibat atau kalau orang umumnya membayangkan terjadinya akibat itu; jadi si pembuat dapat membayangkan dan seharusnya dapat membayangkan. Oleh karena itu, dalam ajaran tersebut tersimpul unsur kesalahan, maka ia juga menentukan pertanggungjawaban (pidana), jadi bukan teori kausalitas dalam arti yang sesungguhnya. Contoh: Seorang majikan yang sangat membenci pekerjanya, tetapi tidak berani memecatnya ingin sekali agar pekerja itu mati. Pada waktu hujan yang disertai petir ia menyuruh pekerjanya itu pergi ke suatu tempat dengan harapan agar orang itu disambar petir. Keinginannya terkabul dan pekerjanya itu disambar petir dan mati.

Soal: Apakah perbuatan majikan itu dapat disebut sebab dari matinya pekerja itu? Menurut teori ekuivalensi ya, sebab seandainya pekerja itu tidak disuruh keluar oleh

majikan, maka ia tidak mati. Konsekuensi ini umumnya dipandang terlalu jauh. Oleh karena itu, teori yang lebih memuaskan apabila dipakai teori adekuat.

Menurut teori adekuat: perbuatan menyuruh orang ke tempat lain pada umumnya tidak mempunyai kadar untuk kematian seseorang karena disambar petir. Penyambaran petir itu adalah hal yang kebetulan. Oleh karena itu, tidak ada hubungan kausal, sehingga juga tidak ada pembedaan.

Penganut teori adekwat selain Von Kries dan Rümelin adalah:

- a. Simons, dikatakannya bahwa suatu perbuatan dapat disebut sebagai sebab dari suatu akibat, apabila menurut pengalaman manusia pada umumnya harus diperhitungkan kemungkinan bahwa dari perbuatan itu sendiri akan terjadi akibat itu.
- b. Karni (dalam bukunya *Ringkasan Hukum Pidana*, hlm. 47) berpendirian sama dengan Simons. Karni mengatakan bahwa kehidupan hukum dan hubungan hukum itu terdiri atas persangkaan (*presumptie*), bahwa berlakunya/terjadinya peristiwa di dunia ini ada biasa dan normal. Ini simpulan dari pengalaman hidup sebagai manusia. Syarat yang pada umumnya, biasanya dengan mengikuti hal ikhwal yang berada dan menurut pengalaman kita, dengan kadarnya memadai sesuatu akibat, itulah yang dianggap sebagai suatu sebab.
- c. Pompe, yang disebut sebab ialah perbuatan-perbuatan yang dalam keadaan tertentu itu mempunyai *strekking* untuk menimbulkan akibat yang bersangkutan.

Tinjauan terhadap teori-teori kausalitas di atas, bahwa teori *equivalentie* dapat dikatakan teori kausalitas yang benar, akan tetapi perlu diberi suatu penambahan. Teori ini ditambah dengan penentuan ada dan tidaknya unsur kesalahan pada si pembuat, dapat memberi keterangan yang cukup memuaskan apakah sesuatu perbuatan itu merupakan sebab dari suatu akibat yang dimaksudkan dalam rumusan delik yang bersangkutan.

Mengenai teori adekuat dari Von Kries, itu dapat dikatakan, bahwa teori tersebut sesuai dengan jiwa hukum pidana. Hukum Pidana itu mempunyai tugas untuk melindungi kepentingan hukum dari tindak perkosaan/pemaksaan/tercela dan perbuatan yang membahayakan. Berhubung dengan tugas itu, maka hukum pidana harus membuat 'pagar' terhadap perbuatan-perbuatan yang agaknya mendatangkan kerugian. Dalam hal ini teori adekuat dapat menunjukkan perbuatan-perbuatan tersebut. Akan tetapi kelemahan teori ini terletak dalam kenyataan bahwa ia menggunakan istilah-istilah yang tidak terang, misalnya biasanya, kadar, pengalaman manusia pada umumnya, dan sebagainya.

Bagaimanakah persoalan kausalitas ini dalam yurisprudensi? Dalam yurisprudensi Hindia Belanda, yang sesuai dengan azas *concordantie* pada waktu itu, mengikuti yurisprudensi Negeri Belanda tidak terlihat dengan nyata teori mana yang dipakai. *Hooggerichtshof* condong ke teori adekuat. Akan tetapi dalam pelbagai putusan pengadilan dapat ditunjukkan adanya persyaratan, bahwa antara perbuatan dan akibat

harus ada hubungan yang langsung dan seketika (*onmiddellijk en rechtstreeks*), misalnya:

- a. Putusan *Raad van Justitie Batavia*, 23 Juli 1937 (T. 147 hlm. 115): Sebuah mobil menabrak sepeda motor. Pengendara sepeda motor terpelempar ke atas rel dan seketika itu dilindas oleh kereta api. Terlindasnya pengendara sepeda motor oleh kereta api itu dipandang oleh Pengadilan sebagai akibat langsung dan segera dari penabrakan sepeda motor oleh mobil, maka matinya si korban dapat dipertanggungjawabkan atas kesalahan si terdakwa pengendara mobil.
- b. Putusan *Politierechter* Bandung, 5 April 1933. Seorang ayah yang membiarkan anaknya berumur 14 tahun mengendarai sepeda motornya. Anak tersebut menabrak orang. Disini memang perbuatan ayah dapat disebut **syarat** (*voorwaarde*) dari adanya tabrakan itu, akan tetapi tidak boleh disebut **sebab** dari tabrakan itu, oleh karena itu, antara perbuatan ayah dan tabrakan itu tidak ada hubungan kausal langsung.
- c. Putusan *Politierechter* Palembang, 8 Nopember 1936. Diperkuat oleh *Hooggerechtshof* 2 Februari 1937. Perbuatan terdakwa yang tidak menarik seorang pengemudi mobil yang sembrono dari tempat kemudi (*stuur*) dan membiarkan pengemudi tersebut terus menyopir tidak dianggap sebagai sebab dari kecelakaan yang terjadi, oleh karena itu, antara perbuatan terdakwa dan terjadinya kecelakaan itu tidak terdapat hubungan langsung. Perbuatan terdakwa, yang membiarkan pengemudi itu tetap menyopir, hanya dipandang suatu **syarat** dan bukan **sebab**.
- d. Putusan Pengadilan Negeri Pontianak, 7 Mei 1951, dikuatkan oleh Pengadilan Tinggi Jakarta. Terdakwa sebagai kerani bertanggung jawab atas tenggelamnya kapal yang terlalu berat muatannya dan yang mengakibatkan 7 orang meninggal, oleh karena itu, terdakwa sebagai orang yang mengatur masuknya barang-barang angkutan dalam kapal *in casu* tidak mempedulikan peringatan-peringatan dari pelbagai pihak tentang terlalu beratnya muatan pada waktu kapal akan berangkat. Di dalam pertimbangan juga disebut bahwa perbuatan terdakwa mempunyai 'hubungan erat' dengan 'kecelakaan itu'.

B. Kausalitas dalam hal tidak berbuat

Apakah suatu 'tidak berbuat' dapat dianggap menjadi suatu sebab dari sesuatu akibat? Persoalan ini timbul dalam delik-delik *omissi* dan *commissionis per omissionem commissa* (delik *omissi* yang tak sesungguhnya). Jenis kedua ini sebenarnya delik *commissi* yang dilakukan dengan 'tidak berbuat'. Pada delik *omissi* persoalannya mudah, karena delik *omissi* itu adalah delik fomisil, sehingga tidak ada persoalan tentang kausalitas.

Yang ada persoalan ialah pada delik *commissionis per omissionem commissa*. Pada delik ini ada pelanggaran larangan dengan 'tidak berbuat'. Dalam persoalan ini ada beberapa pendirian sebagai berikut:

1. Tidak mungkin orang tidak berbuat bisa menimbulkan akibat. Pendirian ini didasarkan kepada dalil ilmu pengetahuan alam yang berbunyi bahwa dari keadaan negatif tidak mungkin timbul keadaan positif. Pendirian ini tidak bisa diterima,

karena dalil ilmu pengetahuan alam tidak tepat untuk dipakai dalam ilmu pengetahuan kerokhanian/sosial, seperti hukum pidana.

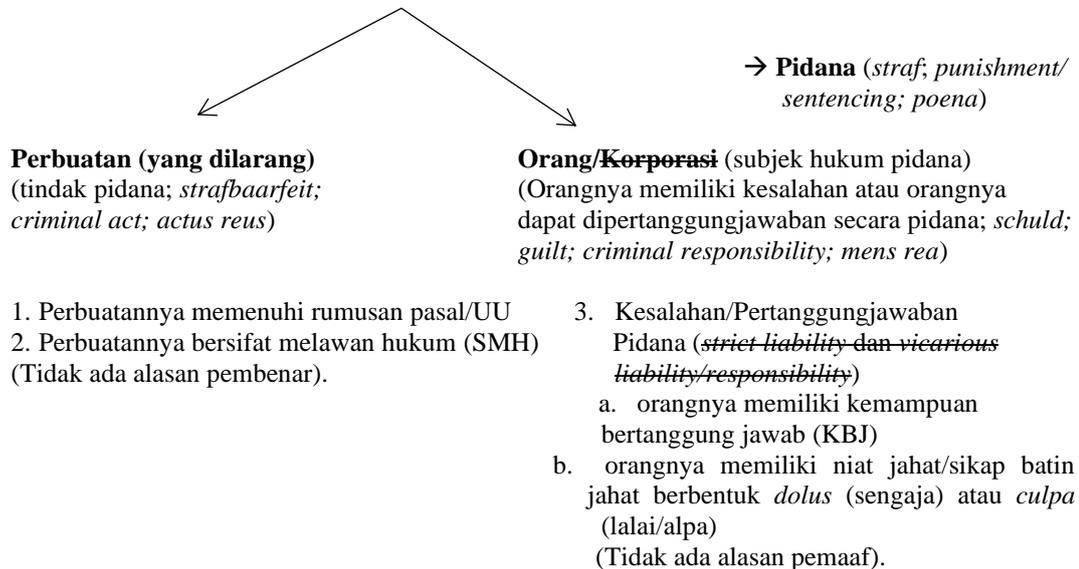
2. Yang disebut sebab ialah perbuatan yang positif yang dilakukan oleh si pembuat pada saat akibat itu timbul. Misal: seorang ibu membunuh anaknya dengan tidak memberi susu, yang disebut sebagai sebab ialah 'sesuatu yang dilakukan' ibu itu pada saat ia tidak memberi susu itu, misal: ia pergi ke toko. Teori ini dinamakan teori *Berbuat Lain*. Teori inipun tidak dapat diterima, karena perginya ibu itu tidak bisa dianggap ada hubungan dengan akibat itu.
3. Yang disebut sebagai sebab ialah perbuatan yang mendahului akibat yang timbul. Teori ini disebut teori *Berbuat yang Sebelumnya*. Misal: seorang penjaga wesel yang menyebabkan kecelakaan kereta api karena tidak memindahkan wesel; menurut ajaran ini yang menjadi sebab ialah apa yang dilakukan penjaga wesel. Teori ini pun tidak memuaskan, sebab sulit dilihat hubungan antara jabatan dengan akibat yang timbul.
4. Seseorang yang tidak berbuat dapat dikatakan sebab dari sesuatu akibat, apabila ia mempunyai kewajiban hukum untuk berbuat. Kewajiban hukum itu timbul dari hukum, tidak hanya yang nyata-nyata tertulis dalam suatu peraturan, tetapi juga dari peraturan-peraturan yang tidak tertulis, ialah norma-norma lain yang berlaku dalam masyarakat yang teratur. Di bawah ini diberi contoh-contoh apakah ada kewajiban berbuat atau tidak:
 - a. Ada anak yang dibunuh; orang tuanya mengetahui hal ini, tetapi tidak berbuat apa-apa. Apakah orang tua bertanggung jawab sebagai ikut berbuat dalam pembunuhan? Menurut Hof Amsterdam, 23 Oktober 1883, bahwa jawabannya tidak, tetapi memang sikap semacam itu sangat tercela (*laakbaar*) dan tidak patut.
 - b. Seorang penjaga gudang membiarkan pencuri melakukan aksinya, ia dapat dipertanggungjawabkan, sebab sebagai penjaga ia berkewajiban untuk menjaga dan berbuat sesuatu.

Simpulan mengenai kausalitas dalam hal tidak berbuat: Sekarang tidak ada persoalan lagi, bahwa tidak berbuat itu dapat menjadi sebab dari suatu akibat. 'Tidak berbuat' sebenarnya juga merupakan 'perbuatan'. Dalam delik *commissionis per omissionem commissi* (delik omisi yang tidak sesungguhnya) 'tidak berbuat' itu bukannya 'tidak berbuat sama sekali' akan tetapi 'tidak berbuat sesuatu', yang diharapkan untuk diperbuat/dilakukan, maka dengan pengertian ini hal 'tidak berbuat' pada hakikatnya sama dengan 'berbuat sesuatu', dalam arti dapat menjadi syarat untuk terjadinya suatu akibat. Sedang menurut teori adekuat, mengingat keadaan yang konkrit, dapat juga mempunyai kadar untuk terjadinya akibat, jadi juga dapat menjadi 'sebab'.

Akhirnya perlu diperhatikan bahwa soal hubungan kausal ini terletak dalam segi objektif (yang menyangkut perbuatan) dari keseluruhan syarat pemidanaan, jadi harus dibedakan dari persoalan kesalahan atau pertanggungjawaban pidana yang merupakan segi subjektifnya, ialah yang menyangkut orangnya.

Bab 9
SIFAT MELAWAN HUKUM
(rechtswidrig, Unrecht, wederrechtelijk, onrechtmatig)

Unsur-unsur Tindak Pidana menurut KUHP
 (Syarat-syarat pemidanaan)



Konsep sifat melawan hukum (SMH) dalam hukum pidana dikenal dengan istilah berbahasa Belandanya, yaitu *wederrechtelijk*. Dalam tindak pidana, unsur melawan hukum sangat penting karena unsur inilah yang akan menentukan apakah seseorang layak dijatuhkan pidana atau tidak. Perbedaan pengertian hukum dan undang-undang berakibat berbedanya pengertian sifat melawan hukum dan sifat melawan undang-undang. Bersifat melawan undang-undang berarti bertentangan dengan undang-undang atau tidak sesuai dengan larangan/keharusan yang ditentukan dalam undang-undang atau menyerang suatu kepentingan yang dilindungi oleh undang-undang. Sedangkan sifat melawan hukum berarti bertentangan dengan hukum atau tidak sesuai dengan larangan atau keharusan hukum atau menyerang suatu kepentingan yang dilindungi oleh hukum.

Melawan hukum sebagai syarat umum perbuatan pidana tersimpul dalam pernyataan van Hamel yang dikutip oleh Eddy O.S. Hiariej¹ yang menyatakan bahwa sifat melawan hukum dari suatu perbuatan pidana adalah bagian dari suatu pengertian yang umum, pembuat undang-undang pidana tidak selalu menyatakan bagian ini, tetapi ini merupakan dugaan. Demikian pula pendapat Noyon dan Langemeijer yang menyatakan bahwa pengertian melawan hukum bagaimanapun masih menjadi perhatian sebagai unsur rumusan delik. Dengan menyatakan sesuatu perbuatan dapat dipidana, maka pembentuk undang-undang memberitahukan bahwa ia memandang perbuatan itu sebagai bersifat melawan hukum atau selanjutnya akan dipandang demikian. Dipidananya sesuatu yang tidak bersifat melawan hukum tidak ada artinya.

¹ Eddy O.S. Hiariej, dalam bukunya berjudul, kota, 2014, hlm. 194

Melawan hukum sebagai syarat khusus atau *Speciale wederrechtelijkheid*, biasanya kata melawan hukum dicantumkan dalam rumusan delik. Dengan demikian, sifat melawan hukum merupakan syarat tertulis untuk dapat dipidanya suatu perbuatan.

Kemudian Simons mengatakan dalam buku S.R. Sianturi² pengertian dari bersifat melawan hukum adalah bertentangan dengan hukum pada umumnya, tetapi dalam hubungan bersifat melawan hukum sebagai salah satu unsur dari delik. Jika ada perselisihan mengenai ada tidaknya sifat melawan hukum dari suatu tindakan, hakim tetap terikat pada perumusan undang-undang. Artinya yang harus dibuktikan hanyalah yang dengan tegas dirumuskan dalam undang-undang dalam rangka usaha pembuktian, sehingga dapat disimpulkan bahwa konsep sifat melawan hukum dalam hukum pidana itu dapat dibagi menjadi dua macam, yaitu:

Menurut Sudarto,³ bahwa salah satu unsur tindak pidana adalah unsur sifat melawan hukum (SMH). Unsur ini merupakan suatu penilaian objektif terhadap **perbuatan**, dan bukan terhadap orang/si pembuat. Kapan suatu perbuatan itu dikatakan memiliki sifat melawan hukum? Orang akan menjawab apabila perbuatan itu masuk ke dalam rumusan delik yang dirumuskan dalam pasal/undang-undang. Dalam bahasa Jerman ini disebut *tatbestandsmäßig*.

Keterangan:

Tatbestand diartikan secara sempit, ialah seluruh unsur delik yang dirumuskan dalam peraturan pidana. *Tatbestand* terdiri atas *Tatbestand merk male*, ialah masing-masing unsur dari rumusan delik. *Tatbestand* dalam arti luas adalah unsur-unsur tindak pidana (*strafbaar feit*) menurut ilmu pengetahuan hukum pidana, baik yang dimasukkan ke dalam aliran monistis maupun aliran dualistis.

Jawaban pertanyaan di atas, yaitu perbuatan itu masuk ke dalam rumusan delik yang dirumuskan dalam pasal/undang-undang itu tidak salah, akan tetapi perbuatan yang memenuhi rumusan delik (*tatbestandsmäßig*) itu tidak selalu bersifat melawan hukum karena ada hal yang menghilangkan sifat melawan hukumnya perbuatan tersebut, misalnya:

- a. Regu tembak yang mengeksekusi seorang terpidana mati yang telah dijatuhi pidana mati dipandang memenuhi unsur-unsur delik menurut Pasal 340 KUHP. Akan tetapi perbuatan mereka tidak melawan hukum (pidana) karena perbuatannya menjalankan perintah jabatan yang sah (Pasal 51 ayat (1) KUHP).
- b. Polisi menahan orang yang sangat dicurigai telah melakukan kejahatan. Ia tidak dapat dikatakan melakukan kejahatan tersebut Pasal 333 KUHP karena ia melaksanakan undang-undang (terdapat dalam peraturan hukum acara pidana), sehingga tidak ada unsur melawan hukum (Pasal 50 KUHP).

² S.R. Sianturi, dalam bukunya berjudul, kota, 2002, hlm.143

³ Sudarto, *Hukum Pidana I*, Yayasan Sudarto, Semarang, 1990, hlm. 76.

Di dalam kedua contoh tersebut ada hal yang menghapuskan sifat melawan hukumnya perbuatan yang terdapat di dalam undang-undang. Akan tetapi, bagaimanakah jika ada kejadian seperti di bawah ini?

- a. Seorang ayah memukul seorang pemuda yang memperkosa anaknya.
- b. Seorang menembak mati temannya atas permintaannya sendiri karena ia menderita luka berat yang tidak mungkin hidup terus, apalagi kondisinya jauh dari bantuan dokter karena dalam ekspedisi penelitian di Kutub Selatan.
- c. Seorang biolog membedah binatang (*vivisectie*) untuk melakukan penelitian ilmiah.

Selanjutnya di bawah ini disebutkan dua kejadian yang memuat persoalan ada tidaknya sifat melawan hukumnya suatu perbuatan, yaitu:

- d. Putusan Pengadilan Negeri Sawahlunto, 10 September 1936. Kasusnya: Seorang perempuan Minangkabau hidup bersama dengan seorang laki-laki, dengan siapa ia menurut hukum adat dilarang kawin. Berhubung dengan adanya pelanggaran adat, maka mamak dari perempuan itu bersama-sama dengan orang lain mendatangi laki-laki tersebut untuk dimintai pertanggungjawaban. Rencananya mereka akan membawa laki-laki itu ke wali negeri. Akan tetapi, perempuan itu tidak mau membuka pintu rumah. Akhirnya mereka mendobrak pintunya.

Pengadilan Negeri (PN) berpendapat bahwa perbuatan mamak dan lain-lain itu melanggar Pasal 167 KUHP (merusak ketenteraman rumah) dan memidana mamak 3 bulan pidana penjara dan lain-lainnya masing-masing 2 bulan pidana penjara. Pembelaan para terdakwa bahwa mereka boleh berbuat semacam itu berdasarkan hukum adat. Namun, pembelaan mereka tidak diterima oleh Hakim. Malahan putusan PN itu dikuatkan oleh Raad van Justitie.

- e. Arrest Hoge Raad (Putusan Mahkamah Agung, Belanda), 20 Februari 1933. Kasusnya: Seorang dokter hewan di Kota Huizen dengan sengaja memasukkan sapi-sapi yang sehat ke dalam kandang yang berisi sapi-sapi yang sudah sakit mulut dan kuku, sehingga membahayakan sapi-sapi yang sehat itu. Perbuatan dokter hewan itu tegas-tegas masuk dalam rumusan delik Pasal 82 Undang-undang Ternak, ialah dengan sengaja menempatkan ternak dalam keadaan yang membahayakan/mengkhawatirkan.

Ketika dituntut, dokter hewan mengemukakan, bahwa pada pokoknya perbuatan itu dilakukan untuk kepentingan peternakan. Arrest Hoge Raad mengambil putusan bahwa Pasal 82 Undang-Undang Ternak tidak dapat diterapkan kepada dokter hewan itu. Pertimbangannya antara lain tidak dapat dikatakan, bahwa seseorang yang melakukan perbuatan yang diancam pidana itu mesti dipidana, apabila undang-undang sendiri tidak dengan tegas-tegas menyebut adanya alasan penghapus pidana; mungkin sekali dapat terjadi, bahwa unsur sifat melawan hukum tidak dicantumkan di dalam rumusan delik dan tidak ada pembedaan karena sifat melawan hukumnya perbuatan ternyata tidak ada. Oleh karena itu, pasal yang bersangkutan tidak berlaku terhadap perbuatan yang secara *letterlijk* memenuhi rumusan delik.

Contoh a sampai dengan e tersebut di atas dimasukkan ke dalam persoalan sifat melawan hukum yang formil dan sifat melawan hukum yang materiil, yaitu:

a. Menurut ajaran sifat melawan hukum yang formil adalah:

Suatu perbuatan itu bersifat melawan hukum apabila perbuatannya diancam pidana dan dirumuskan sebagai suatu delik dalam undang-undang; sedangkan sifat melawan hukumnya perbuatan itu dapat hapus hanya berdasarkan suatu ketentuan undang-undang. Menurut ajaran sifat melawan hukum yang formil dikatakan ada melawan hukum itu sama dengan melawan atau bertentangan dengan undang-undang (hukum tertulis).

Pandangan sifat melawan hukum formil mengatakan bahwa setiap pelanggaran delik sudah dengan sendirinya terdapat sifat melawan hukum dari pelanggaran tersebut. Berbeda dengan pandangan sifat melawan hukum materiil yang menyatakan bahwa melawan hukum merupakan unsur mutlak dalam perbuatan pidana serta melekat pada delik-delik yang dirumuskan secara materiil, sehingga membawa konsekuensi harus dibuktikan oleh Penuntut Umum.

Sifat melawan hukum formil atau *Formeel wederrechtelijkheid* mengandung arti semua bagian (unsur-unsur) dari rumusan delik telah dipenuhi. Demikian pendapat Jonkers yang menyatakan bahwa melawan hukum formil jelas bertentangan dengan undang-undang, tetapi tidak selaras dengan melawan hukum formil, juga melawan hukum materiil, di antara pengertian sesungguhnya dari melawan hukum, tidak hanya didasarkan pada hukum positif tertulis, tetapi juga berdasar pada asas-asas umum hukum, pula berakar pada norma-norma yang tidak tertulis. Sebagaimana yang diatur dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP, untuk dipidanya setiap perbuatan menganut sifat melawan hukum formil. Para penganut sifat melawan hukum formil mengatakan, bahwa pada setiap pelanggaran delik sudah dengan sendirinya terdapat sifat melawan hukum dari tindakan pelanggaran tersebut.

b. Menurut ajaran sifat melawan hukum yang materiil adalah:

Suatu perbuatan itu melawan hukum atau tidak, tidak hanya yang terdapat dalam undang-undang (yang tertulis) saja, akan tetapi harus dilihat berlakunya asas-asas hukum yang tidak tertulis. Sifat melawan hukumnya perbuatan yang nyata-nyata masuk dalam rumusan delik itu dapat hapus berdasarkan ketentuan undang-undang dan juga berdasarkan aturan-aturan yang tidak tertulis (*über gesetzlich*).

Menurut ajaran sifat melawan hukum yang materiil dikatakan melawan hukum sama dengan bertentangan dengan undang-undang (hukum tertulis) dan bertentangan dengan hukum yang tidak tertulis, termasuk tatasusila dan sebagainya. Sifat melawan hukum materiil atau *materiel wederrechtelijkheid* terdapat dua pandangan, yaitu:

- 1) Sifat melawan hukum materiil dilihat dari sudut perbuatannya, mengandung arti perbuatan yang melanggar atau membahayakan kepentingan hukum yang hendak dilindungi oleh pembuat undang-undang dalam rumusan delik tertentu. Biasanya sifat melawan hukum materiil ini dengan sendirinya melekat pada delik-delik yang dirumuskan secara materiil.

- 2) Sifat melawan hukum materiil dilihat dari sudut sumber hukumnya, mengandung makna bertentangan dengan hukum tidak tertulis atau hukum yang hidup dalam masyarakat, asas-asas kepatutan atau nilai-nilai keadilan dan kehidupan sosial dalam masyarakat.

Penulis yang menganut ajaran sifat melawan hukum yang formil, Simons⁴ mengatakan memang boleh diakui, bahwa suatu perbuatan yang masuk larangan dalam sesuatu undang-undang itu tindakan mutlak bersifat melawan hukum, akan tetapi tidak adanya sifat melawan hukum itu hanyalah bisa diterima, jika di dalam hukum positif terdapat alasan untuk suatu pengecualian berlakunya ketentuan/larangan itu. Alasan untuk menghapuskan sifat melawan hukum tidak boleh diambil diluar hukum positif dan juga alasan yang disebut dalam undang-undang tidak boleh diartikan lain dari pada secara limitatief.

Pengecualian berlakunya ketentuan/larangan itu harus diambil dari hukum positif, misal Pasal-pasal 48 s.d. 51, 166, dan 221 ayat (2) KUHP atau yang terdapat dalam lapangan hukum lain. Simons tidak membicarakan hukum yang tidak tertulis.

Penulis yang menganut ajaran sifat melawan hukum yang materiil ialah:

- a. Von Liszt mengatakan bahwa perkosaan atau pembahayaan terhadap kepentingan hukum hanyalah bersifat melawan hukum materiil (*materiel rechtswidrig*), jika perbuatan itu bertentangan dengan tujuan ketertiban hukum (*den Zwecken der das Zusammenleben regelnden Rechtsordnung widerspricht*); kalau tidak bertentangan dengan tujuan itu, maka tidak bersifat melawan hukum.
- b. Zu Dohna mengatakan bahwa suatu perbuatan itu tidak melawan hukum jika perbuatan itu merupakan upaya yang haq untuk tujuan yang haq (*richtiges Mittelzum techten zwecke*). Contoh: seorang ayah memukul pemuda yang memperkosa anak perempuannya. Menurut Zu Dohna perbuatan si ayah tidak bersifat melawan hukum.
- c. M.E. Mayer mengatakan bahwa perbuatan itu melawan hukum materiil atau tidak ditentukan oleh norma kebudayaan (*Kulturnorm*). Sifat melawan hukum itu berarti bertentangan dengan Kulturnorm yang diakui oleh Negara. Kalau perbuatan itu sesuai dengan kulturnorm, maka sifat melawan hukumnya menjadi hapus/hilang.
- d. Zevenbergen (hlm. 90) mengatakan bahwa *onrechtmatigheid* adalah syarat umum, objektif berdiri sendiri, yang biasanya ada jika suatu perbuatan memenuhi rumusan delik dalam undang-undang, tetapi harus diteliti pada setiap kejadian konkrit, apakah yang diharapkan oleh ketertiban hukum. Dalam hal ada keraguan mengenai sifat melawan hukum, maka tidak boleh ada penjatuhan pidana.
- e. Van Hattum mengatakan bahwa adanya putusan Hoge Raad tentang dokter hewan di Huizen itu, maka menurut hemat van Hattum menunjukkan telah diterimanya ajaran sifat melawan hukum yang materiil oleh Hoge Raad. Dengan demikian, telah dipecahkan persoalan menurut azas-azas yang boleh

⁴ Simons,, hlm. 258.

dikatakan benar dalam ajaran penemuan hukum (*in de hedendaagse leer der rechtsvinding onbetwist*).

Penentuan sifat melawan hukum yang materiil itu harus dilakukan secara hati-hati. Hakim harus membatasi diri pada peristiwa-peristiwa yang konkrit. Misal: *abortus provocatus* (Pasal 348 KUHP) bisa tidak melanggar hukum berdasarkan petunjuk *eugenetisch* atau sosial. Eugenetik adalah ajaran yang mempelajari perbaikan ras/keturunan.

- f. Mulyatno dapat dimasukkan sebagai penganut ajaran sifat melawan hukum yang materiil, mengingat uraian dalam pidatonya yang dalam merumuskan unsur tindak pidana (perbuatan pidana) dalam ajaran dualistis (hlm. 34).

Simpulan mengenai persoalan melawan hukumnya perbuatan adalah apabila suatu perbuatan itu memenuhi rumusan delik, maka itu merupakan tanda/indikasi bahwa perbuatan itu bersifat melawan hukum. Akan tetapi sifat itu menjadi hapus/hilang apabila diterobos dengan adanya alasan pembenar (*rechtvaardigingsgrond*). Bagi mereka yang menganut ajaran sifat melawan hukum yang formil, alasan pembenar itu hanya boleh diambil dari hukum positif, yang tertulis, sedang penganut ajaran sifat melawan hukum yang materiil alasan itu boleh diambil dari luar hukum yang tertulis (perhatikan pendapat Von Liszt dan sebagainya).

Ajaran sifat melawan hukum yang formil pada umumnya sudah tidak dianut lagi. Hal ini didasarkan pada putusan Seminar Hukum Nasional tahun 1963 (hlm. 24).

Siapakah yang menentukan adanya alasan pembenar di luar undang-undang itu? Jawabnya ialah Hakim. Hakim di dalam menangani perkara konkrit yang sedang dihadapi harus mempertimbangkan adalah:

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

Pertimbangan hukum hakim adalah beban yang berat bagi seorang Hakim karena setiap putusan harus memuat alasan yang mendasari keputusan itu. Hakim harus benar-benar mengetahui keadaan masyarakat, terlebih keadaan masyarakat Indonesia yang dinamis, yang bergerak menuju suatu masyarakat yang dicita-citakan, ialah masyarakat Pancasila.

Mata, pikiran dan perasaan atau sering disebut akal budi dan hati nurani seorang Hakim harus kritis dan tajam untuk dapat menangkap apa yang sedang terjadi dalam masyarakat agar putusannya tidak terdengar sumbang. Hakim dengan seluruh kepribadiannya harus bertanggung jawab atas kebenaran putusannya, baik secara formil maupun secara materiil untuk mewujudkan kebenaran, keadilan, kemanfaatan, dan kepastian hukum dalam setiap putusannya.

Pengertian melawan hukum yang materiil itu perlu dibedakan menjadi sifat melawan hukum yang materiil dalam fungsinya yang:

1. negatif
2. positif.

Penjelasan-penjelasan:

Ajaran sifat melawan hukum yang materiil dalam fungsinya yang negatif mengakui kemungkinan adanya hal-hal yang ada di luar undang-undang menghapus sifat melawan hukumnya perbuatan yang memenuhi rumusan undang-undang, jadi merupakan alasan penghapus sifat melawan hukum.

Pengertian sifat melawan hukum yang materiil dalam fungsinya yang positif menganggap sesuatu perbuatan tetap sebagai suatu delik, meskipun tidak secara nyata diancam dengan pidana menurut undang-undang, apabila bertentangan dengan hukum atau ukuran-ukuran lain yang ada di luar undang-undang. Jadi disini diakui hukum yang tak tertulis sebagai sumber hukum yang positif.

Apabila Seminar Hukum Nasional tersebut di atas menganut ajaran sifat melawan hukum yang materiil, tentunya dalam fungsinya yang negatif. Hal ini merupakan konsekuensi diterimanya azas legalitas dalam KUHP Nasional nanti dan masih berlakunya KUHP yang sekarang ini di mana masih tercantum azas tersebut dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP. Suatu negara yang mengakui azas *nullum delictum* dalam arti yang sebenarnya tidak mungkin menganut ajaran sifat melawan hukum yang materiil dalam fungsinya yang positif. Misal: A membunuh B dengan alasan bahwa B telah membunuh C kakak dari A. Memang di daerah yang bersangkutan ada anggapan bahwa hutang nyawa harus dibayar dengan nyawa.

Dalam hal ini, menurut hemat Sudarto,⁵ A tetap harus dipidana berdasarkan Pasal 338 atau 340 KUHP, dengan catatan bahwa anggapan yang demikian itu hanyalah bisa meringankan pembedaan.

Apakah unsur sifat melawan hukumnya perbuatan itu harus dibuktikan? Untuk menjawab pertanyaan itu perlu diketahui unsur sifat melawan hukum itu berada di dalam rumusan delik sebagai berikut:

1. unsur sifat melawan hukum itu tercantum dengan tegas dalam rumusan delik
2. unsur sifat melawan hukum itu tidak tercantum dalam rumusan delik

⁵ Sudarto, Hukum Pidana I, Yayasan Sudarto, Semarang, 1990, hlm. 82.

Penjelasan-penjelasan:

1. Unsur sifat melawan hukum itu tercantum dengan tegas dalam rumusan delik. Dalam hal ini adanya unsur tersebut harus dibuktikan. Jika unsur sifat melawan hukum dianggap mempunyai fungsi yang positif untuk sesuatu delik (artinya: ada delik kalau perbuatan itu bersifat melawan hukum), maka harus dibuktikan. Sifat melawan hukum disini sebagai unsur konstitutif.
2. Unsur sifat melawan hukum itu tidak tercantum dalam rumusan delik. Delik semacam itu ada perbedaan paham, yaitu:
 - a. Jika unsur sifat melawan hukum dianggap mempunyai fungsi yang negatif, artinya tidak ada unsur sifat melawan hukum pada perbuatan merupakan pengecualian untuk adanya sesuatu delik, maka tidak perlu dibuktikan. Yang menganggap sifat melawan hukum mempunyai fungsi yang negatif adalah Simons, yang mengatakan bahwa ajaran sifat melawan hukum untuk hukum pidana pada umumnya hanyalah mempunyai hubungan dengan pertanyaan, apakah ada pengecualian yang menyebabkan hapusnya sifat melawan hukum.
 - b. Jika unsur sifat melawan hukum dianggap mempunyai fungsi yang positif, artinya merupakan unsur konstitutif. Penganutnya adalah Van Hamel dan Zevenbergen.

Muljatno yang meskipun menganggap 'unsur sifat melawan hukum adalah syarat mutlak yang tak dapat ditinggalkan'. Namun, tidak berarti bahwa dalam lapangan prosesueel (acara pemeriksaan perkara) sifat itu harus dibebankan pembuktiannya kepada Penuntut Umum. Muljatno setuju jika tak disebut dalam rumusan delik, unsur dianggap dengan diam-diam ada, kecuali jika dibuktikan sebaliknya oleh terdakwa karena pada umumnya dengan mencocoki rumusan undang-undang sifat melawan hukumnya perbuatan sudah ada pula. Dalam hal ini Hazewinkel-Suringa memandang sifat melawan hukum hanya sebagai tanda ciri dari tindak pidana.

Bagaimanakah unsur sifat melawan hukum itu dirumuskan dalam undang-undang? KUHP memakai istilah bermacam-macam, yaitu:

1. KUHP tegas menggunakan istilah 'melawan hukum' (*wederrechtelijk*) dalam Pasal-pasal 167, 168, 335 ayat (1), dan 522
2. KUHP menggunakan istilah lain, misalnya: 'tanpa mempunyai hak untuk itu' (Pasal-pasal 303, 548, dan 549); 'tanpa izin' (*zonder verlof*) (Pasal 496 dan Pasal 510); 'dengan melampaui kewenangannya' (Pasal 430); 'tanpa mengindahkan cara-cara yang ditentukan oleh peraturan umum' (Pasal 429).

Apakah alasan pembentuk undang-undang itu mencantumkan unsur sifat melawan hukum secara tegas dalam suatu rumusan delik? Karena pembentuk undang-undang khawatir apabila unsur melawan hukum itu tak dicantumkan dengan tegas, orang yang berhak atau berwenang untuk melakukan perbuatan-perbuatan sebagaimana dirumuskan dalam undang-undang itu mungkin akan dipidana pula (Lihat Pasal 167 dan 406 KUHP).

Apakah arti istilah bersifat melawan hukum itu? Ada tiga pendirian, yaitu:

1. bertentangan dengan hukum (Simons)
2. bertentangan dengan hak (*subyectief recht*) orang lain (Noyon)

3. tanpa kewenangan atau tanpa hak. Dalam hal ini tidak perlu bertentangan dengan hukum (Hoge Raad).

Berkaitan unsur sifat melawan hukum ini ada delik yang disebut *Wahndelikt* atau *Putativdelikt*. Hal ini terjadi jika seorang mengira telah melakukan delik, padahal perbuatannya itu sama sekali bukan suatu delik, sebab perbuatannya itu tidak bersifat melawan hukum.

Ajaran tentang unsur melawan hukum yang subyektif

Sifat melawan hukum merupakan penilaian yang objektif terhadap perbuatan, sedangkan kesalahan (pertanggungjawaban pidana) merupakan penilaian yang subjektif menyangkut pada orangnya (si pembuat). Hal tersebut sejalan dengan pembagian Beling mengenai syarat-syarat pemidanaan, ialah sebagai unsur-unsur objektif dan subjektif. Namun, Mezger dan Muljatno mengemukakan adanya unsur yang bersifat subjektif yang melekat pada perbuatan seseorang. Unsur ini ada pada apa yang disebut *Tendenzdelikte* atau delik yang mengandung unsur niat (*oogmerk*), misalnya pada delik pencurian. Unsur niat ini melekat pada perbuatannya dan ini merupakan unsur melawan hukum yang subjektif. Dengan adanya ajaran ini, maka pembagian Beling tersebut diatas sudah tidak cocok lagi.

Bab 10 KESALAHAN (*CULPA*)

A. Pengertian Kesalahan

Menurut Sudarto,¹ bahwa dipidananya seseorang tidaklah cukup apabila orang itu telah melakukan perbuatan yang melawan atau bertentangan dengan hukum atau bersifat melawan hukum. Suatu perbuatan yang memenuhi rumusan delik dalam undang-undang/pasal dan tidak dibenarkan (*an objective breach of a penal provision*). Namun, kedua hal itu belum memenuhi syarat untuk adanya penjatuhan pidana. Untuk dapat dilakukannya penjatuhan pidana atau pemidanaan masih perlu adanya syarat lain, yaitu orang yang melakukan perbuatan itu mempunyai kesalahan atau bersalah (*subjective guilt*). Dengan perkataan lain, orang tersebut harus dapat dipertanggungjawabkan secara pidana atas perbuatan yang dilakukannya, atau jika dilihat dari sisi perbuatannya, bahwa perbuatan jahat atau perbuatan terlarang yang dilakukannya harus dapat dipertanggungjawabkan kepada orang/pelaku/pembuatnya tersebut.

Dalam hal itu berlaku yang disebut asas Tiada Pidana Tanpa Kesalahan (*keine strafe ohne schuld* atau *geen straf zonder schuld* atau *Nulla Poena Sine Culpa* (*culpa* dalam makna kesalahan ini dimaksudkan dalam arti luas, meliputi juga kealpaan). Asas kesalahan tidak diatur dan tercantum dalam KUHP Indonesia atau dalam peraturan lain. Namun, berlakunya asas kesalahan saat ini tidak diragukan lagi. Suatu putusan pengadilan akan bertentangan dengan rasa keadilan, apabila ada orang yang dijatuhi pidana padahal ia sama sekali tidak bersalah. Pasal 6 ayat (2) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman, yang dirumuskan sebagai berikut:

Tidak seorang pun dapat dijatuhi pidana, kecuali apabila pengadilan, karena alat pembuktian yang sah menurut undang-undang, mendapat keyakinan bahwa seseorang yang dianggap dapat bertanggung jawab, telah **bersalah** atas perbuatan yang didakwakan atas dirinya.

Unsur kesalahan itu sangat menentukan akibat dari perbuatan seseorang, dapat dikenal juga dari pepatah (jawa) '*sing salah, seleh*' (yang bersalah pasti kalah).

Untuk adanya pemidanaan harus ada kesalahan pada si pembuat. Asas tiada pidana tanpa kesalahan yang telah disebutkan di atas mempunyai sejarahnya sendiri. Dalam ilmu hukum pidana dapat dilihat perkembangan dari hukum pidana yang menitikberatkan pada **perbuatan orang** beserta akibatnya (*Tatstrafrecht* atau *Erfolgstrafrecht*) ke arah hukum pidana yang bijak pada **orang yang melakukan tidak pidana** (*Taterstrafrecht*), tanpa meninggalkan sama sekali sifat dari *Tatstrafrecht*.

Dengan demikian, hukum pidana yang ada dewasa ini dapat disebut sebagai *Tat-Taterstrafrecht*, ialah hukum pidana yang bijak pada perbuatan maupun pada orangnya. Hukum pidana dewasa ini dapat pula disebut sebagai *Sculdstrafrecht*,

¹ Sudarto, *Hukum Pidana I*, Yayasan Sudarto, 1990, hlm. 85.

artinya bahwa untuk penjatuhan pidana disyaratkan adanya kesalahan pada si pembuat.

Pada masa lalu azas kesalahan itu tidak diakui secara umum. Pidana dijatuhkan hanya melihat kepada sifat perbuatannya yang merugikan/yang tidak dikehendaki/yang tercela/yang berbahaya, tanpa memperhatikan sikap batin (niat jahat) si pembuat tindak pidana. Keadaan ini secara bertahap tumbuh berkembang dan berubah, sehingga pertanggungjawaban seseorang atas perbuatan yang dilakukannya didasarkan pula atas sikap batin orang berupa unsur kesalahan.

Catatan:

Subjek hukum atau pelaku tindak pidana yang melakukan perbuatan dilarang, maka pembedanya harus memperhatikan asas/unsur kesalahan. Kondisi ini berbeda dengan subjek hukum pidana berupa korporasi (perseroan terbatas/yayasan/perkumpulan/koperasi), maka pertanggungjawabannya tidak mempertimbangkan asas kesalahan lagi karena karakteristik korporasi yang tidak memungkinkan memiliki niat atau sikap batin yang memang hanya ada pada pengurus korporasi. Untuk menjawab perubahan di masyarakat, hukum pidana berkembang lagi dengan memunculkan asas *strict liability* (pertanggungjawaban tanpa mempertimbangkan adanya unsur niat/sikap batin jahat) dan asas *vicarious liability/responsibility* (pertanggungjawaban pengganti) sebagai pengaruh sistem hukum Anglo Saxon.

Peranan unsur kesalahan sebagai syarat untuk menjatuhkan pidana di negara-negara Anglo Saxon tampak dengan adanya maxim (asas) *actus non facit reum, nisi mens sit rea* atau disingkat azas *mens rea*. Arti aslinya ialah *evil mind* atau *evil will* atau *guilty mind*. *Mens rea* merupakan *subjective guilt* yang melekat kepada si pembuat. *Subjective guilt* ini berupa *intent/dolus* (kesengajaan) atau setidak-tidaknya *negligence* (kealpaan).

Di Inggris dikenal *strict liability*, yang berarti bahwa pada beberapa tindak pidana tertentu atau mengenai unsur tertentu pada sesuatu tindak pidana tidak diperlukan adanya *mens rea*.

Menurut Idema bahwa membicarakan unsur kesalahan dalam hukum pidana ini berarti mengenai jantung pembahasan hukum pidana. Kesalahan atau pertanggungjawaban pidana merupakan satu persoalan pokok dalam hukum pidana, disamping sifat melawan hukumnya perbuatan serta pidana dan pembedaan. Tiga hal tersebut oleh Sauer disebut 'trias dalam hukum pidana'.

Untuk adanya pemidanaan harus ada kesalahan terlebih dulu pada diri si pembuat. Soal kesalahan ada hubungannya dengan kebebasan kehendak. Mengenai hubungan antara kebebasan kehendak dengan ada atau tidak adanya kesalahan terdapat 3 (tiga) pendapat, yaitu:

- a. Kaum indeterminis (penganut indeterminisme), yang berpendapat bahwa manusia mempunyai kehendak bebas. Keadaan ini merupakan sebab dari segala keputusan kehendak. Tanpa ada kebebasan kehendak, maka tidak ada

kesalahan; apabila tidak ada kesalahan, maka tidak ada pencelaan, sehingga tidak ada pemidanaan.

- b. Kaum determinis (penganut determinisme), yang mengatakan bahwa manusia tidak mempunyai kehendak bebas. Keputusan kehendak ditentukan sepenuhnya oleh watak (dalam arti nafsu-nafsu manusia dalam hubungan kekuatan satu sama lain) dan motif-motif ialah perangsang-perangsang yang datang dari dalam atau dari luar yang mengakibatkan watak tersebut. Ini berarti bahwa seseorang tidak dapat dicela atas perbuatannya atau dinyatakan mempunyai kesalahan, sebab ia tidak punya kehendak bebas. Namun, meskipun diakui bahwa tidak punya kehendak bebas, itu tak berarti bahwa orang yang melakukan tindak pidana tidak dapat dipertanggungjawabkan atas perbuatannya.
Tidak adanya kebebasan kehendak itulah ada pertanggungjawaban seseorang atas perbuatannya. Tetapi reaksi terhadap perbuatan yang dilakukan itu berupa tindakan (*maatregel*) untuk menjaga ketertiban masyarakat. Bukan pidana diartikan sebagai penderitaan sebagai buah hasil dari kesalahan oleh si pembuat.
- c. Golongan ketiga mengatakan bahwa ada dan tidak adanya kebebasan kehendak itu untuk hukum pidana tidak menjadi persoalan (*irrelevant*). Kesalahan seseorang tidak dihubungkan dengan ada dan tidak adanya kehendak bebas.

Bagaimanakah dengan KUHP Indonesia? Mengenai hubungan antara kebebasan kehendak dengan ada atau tidak adanya kesalahan, maka KUHP kita berpijak pada indeterminisme, ialah sesuai dengan pandangan aliran klasik (neoklasik) yang dianut dalam KUHP. Aliran modern (positif) berpandangan determinisme.

B. Kesalahan sebagai Pengertian Hukum

Pemahaman lebih lanjut tentang kesalahan dalam arti yang seluas-luasnya, maka di bawah ini dikemukakan pendapat hukum dari sejumlah ahli hukum, adalah:

- a. Mezger mengatakan bahwa kesalahan adalah keseluruhan syarat yang memberi dasar untuk adanya pencelaan pribadi terhadap si pembuat tindak pidana (*Schuld ist der Erbeff der Vorraussetzungen, die aus der strafat einen personlichen Verwurf gegen den Tater begrunden*).
- b. Simons mengartikan kesalahan sebagai pengertian yang *sociaal-ethisch* dan mengatakan kesalahan antara lain sebagai dasar untuk pertanggungjawaban dalam hukum pidana, kesalahan berupa keadaan *psychisch* dari si pembuat dan hubungannya terkait pembuatnya, dan dalam arti bahwa berdasarkan keadaan *psychisch* (jiwa) itu perbuatannya dapat dicelakan kepada si pembuat.
- c. Van Hamel mengatakan bahwa kesalahan dalam suatu delik merupakan pengertian *psychologis*, hubungan antara keadaan jiwa si pembuat dan terwujudnya unsur-unsur delik karena pembuatnya. Kesalahan adalah pertanggungjawaban dalam hukum (*Schuld is de verantwoordelijkheid rechtens*).

- d. Van Hattum berpendapat bahwa pengertian kesalahan yang paling luas memuat semua unsur dalam mana seseorang dipertanggungjawabkan menurut hukum pidana terhadap pembuatan yang melawan hukum meliputi semua hal, yang bersifat *psychis* yang terdapat pada keseluruhan berupa *strafbaarfeit* termasuk si pembuatnya (*al het geen psychisch is aan dat complex, dat bestaat uit een strafbaar feit en deswege een strafbare dader*).
- e. Karni mempergunakan istilah 'salah dosa' mengatakan bahwa pengertian salah dosa mengandung celaan. Celaan ini menjadi dasarnya pertanggungjawaban hukum pidana. Karni juga mengatakan bahwa salah dosa ada, jika perbuatannya dapat dan patut dipertanggungjawabkan atas si berbuat; harus boleh dicela karena perbuatannya itu; perbuatan itu mengandung perlawanan hak; perbuatan itu harus dilakukan, baik dengan sengaja maupun salah.
- f. Pompe mengatakan anantara lain bahwa pada pelanggaran normal yang dilakukan karena kesalahannya, biasanya sifat melawan hukum itu merupakan sisi luarnya. Yang bersifat melawan hukum itu adalah perbuatan. Sedangkan yang berkaitan dengan kehendak si pembuat adalah kesalahan itu merupakan sisi dalamnya.

Kesalahan ini dapat dilihat dari 2 (dua) sisi, yaitu:

- a. menurut akibatnya, kesalahan adalah hal yang dapat dicelakan (*verwijtbaarheid*).
- b. menurut hakikatnya, kesalahan adalah hal yang dapat dihindarkan (*vermijdbaarheid*) perbuatan yang melawan hukum.

Menurut pendapat-pendapat di atas, maka dapatlah dipahami bahwa kesalahan itu mengandung unsur pencelaan terhadap seseorang yang telah melakukan tindak pidana. Orang yang bersalah melakukan suatu perbuatan, itu berarti bahwa perbuatan itu dapat dicelakan kepadanya. Pencelaan disini bukannya pencelaan berdasarkan kesusilaan, melainkan pencelaan berdasarkan hukum yang berlaku. Bukan *ethische schuld*, melainkan *verantwoordelijkheid rechtens*, seperti yang dinyatakan oleh Van Hamel.

Namun demikian, untuk adanya kesalahan harus ada pencelaan etis, betapapun kecil kadar/kualitasnya. Hal ini sejalan dengan pendapat, bahwa *das Recht ist das ethische Minimum*. Setidak-tidaknya pembuat dapat dicela karena tidak menghormati tata hidup dalam masyarakat yang terdiri dari sesama hidupnya dan yang memuat segala syarat untuk hidup bersama.

Pernyataan bahwa kesalahan itu mengandung unsur etis (kesusilaan) tidak boleh dibalik. Tidak senantiasa orang yang melakukan perbuatan atau orang yang tidak menghormati tata ataupun kepatutan dalam masyarakat atau pada umumnya melakukan perbuatan yang dapat dikatakan tidak susila itu dapat dikatakan bersalah, dalam arti patut dicela menurut hukum.

C. Pengertian dan Arti kesalahan

- a. Kesalahan dalam arti yang seluas-luasnya dapat disamakan dengan pengertian pertanggungjawaban dalam hukum pidana. Di dalamnya terkandung makna dapat dicelanya (*verwijtbaarheid*) si pembuat atas perbuatannya. Orang yang

bersalah melakukan sesuatu tindak pidana, maka orang itu dapat dicela atas perbuatannya.

- b. Kesalahan dalam arti bentuk kesalahan (*schuldvorm*) berupa:
- 1) Kesengajaan (*dolus, opzet, Vorsatz* atau *intention*) atau
 - 2) Kealpaan (*culpa, onachtzaamheid, nalatigheid, Fahrlassingkeit,* atau *negligence*).
- Kesalahan dalam bentuk kesengajaan dan kealpaan merupakan pengertian kesalahan secara yuridis.
- c. Kesalahan dalam arti sempit, ialah kealpaan (*culpa*) seperti yang disebutkan di atas. Pemakaian istilah kesalahan dalam arti sempit sebaiknya dihindari dan digunakan saja istilah kealpaan.

Dengan diterimanya pengertian kesalahan (dalam arti luas) sebagai dapat dicelanya si pembuat atas perbuatannya, maka berubahlah pengertian kesalahan yang *psychologis* menjadi pengertian kesalahan yang *normatif (normative schuldbegriff)*.

a. Pengertian kesalahan *psychologisch*

Dalam arti ini kesalahan hanya dipandang sebagai hubungan *psychologisch* (batin) antara pembuat dan perbuatannya. Hubungan batin tersebut bisa berupa kesengajaan atau kealpaan. Pada kesengajaan hubungan batin itu berupa menghendaki perbuatan (beserta akibatnya) dan pada kealpaan tidak ada kehendak mewujudkan perbuatan beserta akibatnya. Disini hanya digambarkan (deskriptif) keadaan batin si pembuat, sedang yang menjadi ukuran/kriteriumnya adalah sikap batin berupa kehendak terhadap perbuatan atau akibat dari perbuatan.

b. Pengertian kesalahan *normatif*

Pandangan *normatif* terkait kesalahan ini untuk menentukan kesalahan seseorang tidak hanya berdasarkan sikap batin atau hubungan batin antara pembuat dengan perbuatannya, tetapi di samping itu harus ada unsur penelitian atau unsur *normatif* terhadap perbuatannya.

Penilaian *normatif* artinya penilaian (dari luar) mengenai hubungan antara si pembuat dengan perbuatannya. Penilaian dari luar merupakan pencelaan dengan memakai ukuran yang terdapat dalam masyarakat, ialah apa yang seharusnya diperbuat oleh si pembuat.

Secara ekstrim dikatakan bahwa kesalahan seseorang tidaklah terdapat dalam kepala si pembuat, tetapi di dalam kepala orang-orang lain, ialah di dalam kepala dari mereka yang memberi penilaian terhadap si pembuat itu. Yang memberi penilaian pada tahap terakhir adalah Hakim.

Dalam pengertian sikap batin si pembuat berupa kesengajaan dan kealpaan tetap diperhatikan, akan tetapi hanya merupakan unsur kesalahan atau unsur pertanggungjawaban pidana. Di samping itu ada unsur lain, ialah penilaian mengenai keadaan jiwa si pembuat, ialah kemampuan bertanggung jawab dan tidak adanya alasan penghapus kesalahan.

D. Unsur-unsur Kesalahan (dalam Arti yang Seluas-luasnya)

Kesalahan terdiri atas beberapa unsur, ialah:

1. Adanya kemampuan bertanggung jawab pada si pembuat (*schuld-fahigkeit* atau *Zurechnungsfahigkeit*), artinya keadaan jiwa si pembuat harus normal.
2. Adanya hubungan batin antara si pembuat dengan perbuatannya berupa kesengajaan (*dolus*) atau kealpaan (*culpa*), ini disebut bentuk-bentuk kesalahan.
3. Tidak adanya alasan yang menghapus kesalahan atau tidak ada alasan pemaaf.

Penjelasan-penjelasan:

1. Di sini dipersoalkan apakah orang tertentu menjadi *Normadressat* yang mampu.
2. Dalam hal ini dipersoalkan sikap batin seseorang pembuat terhadap perbuatannya.
3. Meskipun apa yang disebut a dan b ada, ada kemungkinan bahwa ada keadaan yang mempengaruhi si pembuat, sehingga kesalahan hapus, misalnya adanya kelampauan batas pembelaan terpaksa (Pasal 49 ayat (2) KUHP).

Apabila ketiga unsur itu ada, maka orang yang bersangkutan bisa dinyatakan bersalah atau mempunyai pertanggungjawaban pidana, sehingga bisa dipidana.

Untuk adanya kesalahan dalam arti seluas-luasnya (sama dengan pertanggungjawaban pidana), orang yang bersangkutan harus dinyatakan terlebih dulu bahwa perbuatannya bersifat melawan hukum. Apabila ini tidak ada, artinya kalau perbuatannya tidak melawan hukum, maka tidak ada perlunya untuk menetapkan kesalahan si pembuat. Sebaliknya, seseorang yang melakukan perbuatan yang melawan hukum tidak dengan sendirinya mempunyai kesalahan, artinya tidak dengan sendirinya dapat dicela atas perbuatan itu. Itulah sebabnya, kita harus senantiasa menyadari akan dua pasangan dalam syarat-syarat pemidanaannya, ialah adanya:

1. Dapat dipidananya perbuatan (*strafbaarheid van het feit*)
2. Dapat dipidananya orangnya atau pembuatnya (*strafbaarheid van de persoon*).

E. Kesalahan sebagai Pertanggungjawaban Pidana

Berkaitan dengan pertanggungjawaban pidana, bertolak dari pokok pemikiran keseimbangan monodualistik, bahwa asas kesalahan (*asas culpabilitas*) merupakan pasangan dari asas legalitas yang harus dirumuskan secara eksplisit oleh UU. Secara eksplisit asas tiada pidana tanpa kesalahan (*geen straf zonder schuld*), yang di dalam KUHP tidak ada. Dengan adanya asas ini, maka seseorang tidak boleh dipidana, kecuali apabila ia terbukti bersalah telah melakukan tindak pidana, baik secara melakukan perbuatan (aktif) maupun tidak melakukan (pasif) yang diancam dengan pidana dalam Undang-Undang.

Seseorang dikatakan bersalah melakukan perbuatan pidana, jika ia melakukannya dengan sengaja (*dolus*) atau karena alpa (*culpa*) dengan segala jenisnya. Jadi

rumusan yang berkaitan dengan pertanggungjawaban pidana merupakan pertanggungjawaban pidana yang berdasarkan kesalahan terutama dibatasi pada perbuatan yang dilakukan dengan sengaja (*dolus*). Dapat dipidananya delik culpa hanya bersifat perkecualian (*eksepsional*) apabila ditentukan secara tegas oleh undang-undang, sedang pertanggungjawaban terhadap akibat tertentu dari suatu tindak pidana yang oleh undang-undang diperberat ancaman pidananya, hanya dikenakan kepada terdakwa apabila ia sepatutnya tidak dapat menduga kemungkinan terjadinya akibat itu apabila sekurang-kurangnya ada kealpaan. Jadi tidak menganut doktrin menanggung akibat secara murni, namun tetap diorientasikan pada asas kesalahan.

Pertanggungjawaban pidana merupakan substansi yang sangat penting beriringan dengan masalah pengaturan tindak pidana. Pertanggungjawaban pidana adalah implementasi ide keseimbangan, antara lain sebagai berikut: Adanya asas tiada pidana tanpa kesalahan (*asas culpabilitas/asas geen straf zonder schuld*) yang merupakan asas kemanusiaan sebagai pasangan dari asas legalitas (*principle of legality*) yang merupakan asas kemasyarakatan.

Kedua syarat atau asas itu tidak memandang sebagai syarat yang kaku dan bersifat absolut. Dalam hal-hal tertentu dapat memberi kemungkinan untuk menerapkan asas *strict liability*, asas *vicarious liability*, dan asas pemberian maaf atau pengampunan oleh hakim (*rechterlijk pardon* atau *judicial pardon*). Adanya asas *judicial pardon* dilatarbelakangi oleh ide atau pokok pemikiran:

1. menghindari kekakuan/absolutisme ppidanaan;
2. menyediakan klep/katup pengaman (*veiligheidsklep*);
3. bentuk koreksi judisial terhadap asas legalitas (*judicial corrective to the legality principle*);
4. pengimplementasian/pengintegrasian nilai atau paradigma hikmah kebijaksanaan dalam Pancasila;
5. pengimplementasian/pengintegrasian tujuan ppidanaan ke dalam syarat ppidanaan (karena dalam memberikan permaafan/pengampunan hakim harus mempertimbangkan tujuan ppidanaan);
6. jadi syarat atau justifikasi ppidanaan tidak hanya didasarkan pada adanya tindak pidana (asas legalitas) dan kesalahan (asas culpabilitas), tetapi juga pada tujuan ppidanaan.

Kewenangan hakim untuk memberi maaf (*rechterlijk pardon*) dengan tidak menjatuhkan sanksi pidana/tindakan apa pun, diimbangi pula dengan adanya asas *culpa in causa* (atau asas *actio libera in causa*) yang memberi kewenangan kepada hakim untuk tetap mempertanggungjawabkan si pelaku tindak pidana walaupun ada alasan penghapus pidana, jika si pelaku patut dipersalahkan (*dicela*) atas terjadinya keadaan yang menjadi alasan penghapus pidana tersebut. Jadi kewenangan hakim untuk memaafkan (tidak mempidana) diimbangi dengan kewenangan untuk tetap mempidana sekalipun ada alasan penghapus pidana.

Dalam kerangka pertanggungjawaban pidana ini di samping pertanggungjawaban pidana dari manusia alamiah (*natural person*), secara umum diatur pula pertanggungjawaban pidana korporasi (*corporate criminal responsibility*) atas

dasar teori identifikasi, mengingat semakin meningkatnya peranan korporasi dalam tindak pidana baik dalam bentuk *crime for corporation* yang menguntungkan korporasi maupun dalam bentuk *corporate criminal*, yaitu korporasi yang dibentuk untuk melakukan kejahatan atau untuk menampung hasil kejahatan. dalam hal ini korporasi dapat dipertanggungjawabkan bersama-sama pengurus (*by-punishment provision*) apabila pengurus korporasi (manusia alamiah) yang memiliki *key positions* dalam struktur kepengurusan korporasi memiliki wewenang untuk mewakili, mengambil keputusan dan mengontrol korporasi, melakukan tindak pidana untuk keuntungan korporasi yang bertindak baik secara individual atau atas nama korporasi).

Jadi ada *power decision* dan *decision accepted by corporation as policy of the corporation*. Dalam hal ini *mens rea* dari manusia alamiah pengurus diidentifikasi sebagai *mens rea* korporasi.² Tindak pidana dilakukan oleh korporasi jika dilakukan oleh orang-orang yang mempunyai kedudukan fungsional dalam struktur organisasi korporasi yang bertindak untuk dan atas nama korporasi atau demi kepentingan korporasi, berdasarkan hubungan kerja atau berdasarkan hubungan lain, dalam lingkup usaha korporasi tersebut, baik sendiri-sendiri atau bersama-sama.

F. RUU KUHP Draf Bulan September 2019

Bagian Kedua Pertanggungjawaban Pidana

Pasal 36

- (1) Bagi Tindak Pidana tertentu, Undang-Undang dapat menentukan bahwa Setiap Orang dapat dipidana semata-mata karena telah dipenuhinya unsur-unsur Tindak Pidana tanpa memperhatikan adanya kesalahan.
- (1) Dalam hal ditentukan oleh Undang-Undang, Setiap Orang dapat dimintai pertanggungjawaban atas Tindak Pidana yang dilakukan oleh orang lain.

Pasal 37

- (1) Setiap Orang hanya dapat dimintai pertanggungjawaban atas Tindak Pidana yang dilakukan dengan sengaja atau karena kealpaan.
- (2) Perbuatan yang dapat dipidana merupakan Tindak Pidana yang dilakukan dengan sengaja, sedangkan Tindak Pidana yang dilakukan karena kealpaan dapat dipidana jika secara tegas ditentukan dalam peraturan perundang-undangan.

Pasal 38

Setiap Orang yang pada waktu melakukan Tindak Pidana menderita disabilitas mental yang dalam keadaan eksaserbasi akut dan disertai gambaran psikotik dan/atau disabilitas intelektual derajat sedang atau berat tidak dapat dijatuhi pidana, tetapi dapat dikenai tindakan.

² Council Of Europe Criminal Law Convention on Corruption , 1999.

Pasal 39

Setiap Orang yang pada waktu melakukan Tindak Pidana menderita disabilitas mental dan/atau disabilitas intelektual pidananya dapat dikurangi dan dikenai tindakan.

Pasal 40

Pertanggungjawaban pidana tidak dapat dikenakan terhadap anak yang pada waktu melakukan Tindak Pidana belum mencapai umur 12 (dua belas) tahun.

Pasal 41

Dalam hal anak yang belum berumur 12 (dua belas) tahun melakukan atau diduga melakukan Tindak Pidana, penyidik, pembimbing kemasyarakatan, dan pekerja sosial profesional mengambil keputusan untuk:

- a. menyerahkan kembali kepada Orang Tua/wali; atau
- b. mengikutsertakan dalam program pendidikan, pembinaan, dan pembimbingan di instansi pemerintah atau Lembaga Penyelenggaraan Kesejahteraan Sosial di instansi yang menangani bidang kesejahteraan sosial, baik pada tingkat pusat maupun daerah, paling lama 6 (enam) Bulan.

Pasal 42

Setiap Orang yang melakukan Tindak Pidana tidak dipidana karena:

- a. dipaksa oleh kekuatan yang tidak dapat ditahan; atau
- b. dipaksa oleh adanya ancaman, tekanan, atau kekuatan yang tidak dapat dihindari.

Pasal 43

Setiap Orang yang melakukan pembelaan karena terpaksa yang melampaui batas, yang langsung disebabkan kegoncangan jiwa yang hebat karena serangan atau ancaman serangan seketika yang melawan hukum tidak dipidana.

Pasal 44

Perintah jabatan yang diberikan tanpa wewenang tidak mengakibatkan hapusnya pidana, kecuali jika orang yang diperintahkan dengan iktikad baik mengira bahwa perintah tersebut diberikan dengan wewenang dan pelaksanaannya termasuk dalam lingkup pekerjaannya.

Pasal 45

Selain alasan pemaaf sebagaimana dimaksud dalam Pasal 42 sampai dengan Pasal 44, yang termasuk juga alasan pemaaf adalah:

- a. terjadi disabilitas mental dan/atau disabilitas intelektual sebagaimana dimaksud dalam Pasal 38; atau
- b. belum mencapai umur 12 (dua belas) tahun sebagaimana dimaksud dalam Pasal 40.

Pasal 46

- (1) Korporasi merupakan subjek Tindak Pidana.
- (2) Korporasi sebagaimana dimaksud pada ayat (1) mencakup badan hukum yang berbentuk perseroan terbatas, yayasan, koperasi, badan usaha milik

negara, badan usaha milik daerah, atau yang disamakan dengan itu, serta perkumpulan baik yang berbadan hukum maupun tidak berbadan hukum atau badan usaha yang berbentuk firma, persekutuan komanditer, atau yang disamakan dengan itu sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.

Pasal 47

Tindak Pidana oleh Korporasi merupakan Tindak Pidana yang dilakukan oleh pengurus yang mempunyai kedudukan fungsional dalam struktur organisasi Korporasi atau orang yang berdasarkan hubungan kerja atau berdasarkan hubungan lain yang bertindak untuk dan atas nama Korporasi atau bertindak demi kepentingan Korporasi, dalam lingkup usaha atau kegiatan Korporasi tersebut, baik secara sendiri-sendiri maupun bersama-sama.

Pasal 48

Selain ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 47, Tindak Pidana oleh Korporasi dapat dilakukan oleh pemberi perintah, pemegang kendali, atau pemilik manfaat Korporasi yang berada di luar struktur organisasi, tetapi dapat mengendalikan Korporasi.

Pasal 49

Tindak Pidana oleh Korporasi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 47 dan Pasal 48 dapat dipertanggungjawabkan, jika:

- a. termasuk dalam lingkup usaha atau kegiatan sebagaimana ditentukan dalam anggaran dasar atau ketentuan lain yang berlaku bagi Korporasi;
- b. menguntungkan Korporasi secara melawan hukum; dan
- c. diterima sebagai kebijakan Korporasi.

Pasal 50

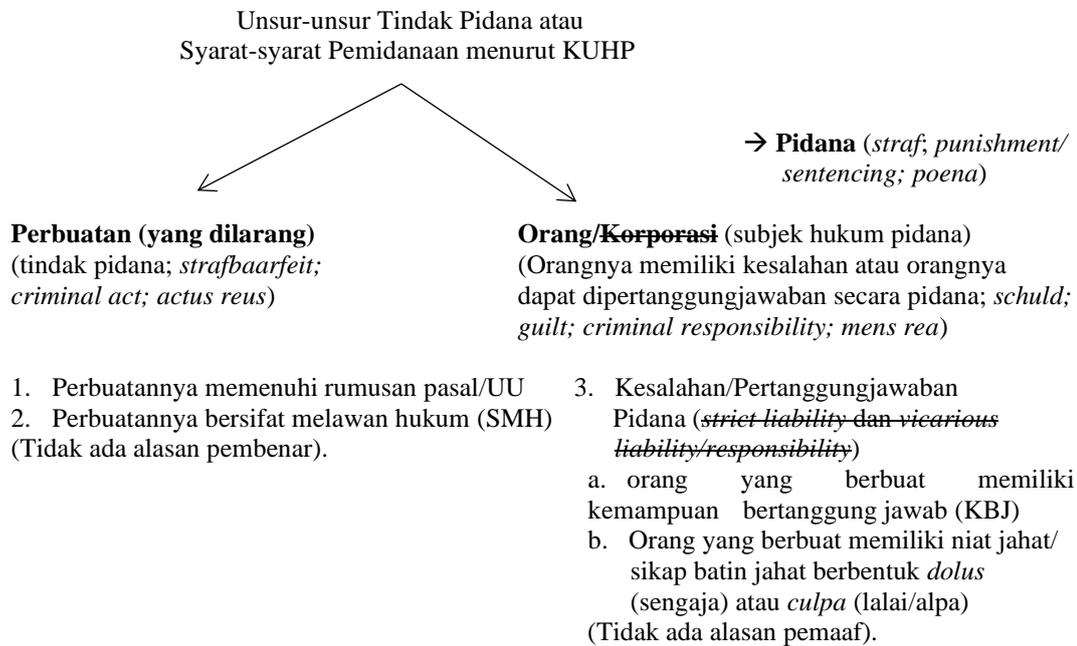
Pertanggungjawaban atas Tindak Pidana oleh Korporasi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 49 dikenakan terhadap Korporasi, pengurus yang mempunyai kedudukan fungsional, pemberi perintah, pemegang kendali, dan/atau pemilik manfaat Korporasi.

Pasal 51

Alasan pembenar yang dapat diajukan oleh pengurus yang mempunyai kedudukan fungsional, pemberi perintah, pemegang kendali, atau pemilik manfaat Korporasi dapat juga diajukan oleh Korporasi sepanjang alasan tersebut berhubungan langsung dengan Tindak Pidana yang didakwakan kepada Korporasi.

Bab 11

KEMAMPUAN BERTANGGUNG JAWAB (*Zurechnungsfahigkeit, Toerekeningsvatbaarheid*)



A. Pengertian Kemampuan Bertanggung Jawab

Untuk adanya pertanggungjawaban pidana (PJP) diperlukan adanya syarat bahwa si pembuat harus mampu bertanggung jawab. Tidaklah mungkin seseorang dapat dipertanggungjawabkan atas perbuatan terlarang yang dilakukannya bila ia tidak memiliki kemampuan bertanggung jawab (KBJ).

Dalam pembahasan persoalan ini, Sudarto¹ membuat suatu mekanisme penilaian dan pengukuran terhadap orang itu dinamakan mampu bertanggung jawab. Kapan seseorang itu dikategorikan sebagai orang yang mampu bertanggung jawab? Apakah ukuran untuk menyatakan bahwa seseorang itu memiliki kemampuan bertanggung jawab? KUHP tidak memberikan rumusan/ukuran/kriterianya. Dalam literatur/referensi/buku yang berisi ilmu pengetahuan hukum pidana di Belanda dijumpai beberapa definisi kemampuan bertanggung jawab.

1. Simons: kemampuan bertanggung jawab dapat diartikan sebagai suatu keadaan *psychis* (psikis) yang sedemikian rupa sehingga membenarkan adanya penerapan/penjatuhan pidana/pemidanaan, baik dilihat dari sudut umum maupun dari orangnya. Seseorang dikatakan mampu bertanggung jawab, jika jiwanya sehat, yaitu:
 - a. Apabila ia mampu untuk mengetahui atau menyadari bahwa perbuatannya bertentangan dengan hukum.
 - b. Apabila ia dapat menentukan kehendaknya sesuai dengan kesadaran tersebut.

¹ Sudarto, *Hukum Pidana I*, Yayasan Sudarto, Semarang, 1990, hlm. 93.

2. Van Hamel: kemampuan bertanggung jawab adalah suatu keadaan normalitas psychis dan kematangan (kecerdasan) yang membawa 3 (tiga) kemampuan, yaitu:
 - a. Mampu mengerti nilai yang timbul dari akibat perbuatannya sendiri.
 - b. Mampu menyadari perbuatannya itu menurut pandangan masyarakat tidak diperbolehkan.
 - c. Mampu menentukan kehendaknya atas perbuatannya itu.
3. Van Bemmelen: seseorang yang dapat dipertanggungjawabkan ialah orang yang dapat mempertahankan hidupnya dengan cara yang patut. Definisi Van Bemmelen ini singkat, akan tetapi juga kurang jelas, sebab masih dapat dipertanyakan, kapankah seseorang itu dikatakan 'dapat mempertahankan hidupnya dengan cara yang patut'?
4. *Memorie van Toelichiting* (Memori Penjelasan/Naskah Akademik yang mendampingi penyerahan Draf RUU KUHP Belanda ke *Tweede Kamer* Parlemen Belanda) yang secara negatif menyebutkan bahwa kemampuan bertanggung jawab itu, antara lain tidak ada kemampuan bertanggung jawab pada diri si pembuat karena:
 - a. tidak ada kebebasan untuk memilih antara berbuat atau tidak berbuat mengenai apa yang dilarang atau diperintahkan oleh undang-undang.
 - b. ada dalam suatu keadaan yang sedemikian rupa sehingga ia tidak dapat menginsyafi perbuatannya yang bertentangan dengan hukum, sehingga ia tidak dapat menentukan akibat perbuatannya.

Definisi tersebut memang ada manfaatnya, akan tetapi setiap kali dalam kejadian konkret dalam praktek peradilan untuk menilai jiwa seorang terdakwa dengan ukuran-ukuran dalam definisi itu tidaklah mudah.

Sebagai dasar mengukur dapatlah dikatakan bahwa orang yang normal jiwanya itu mampu bertanggung jawab, ia mampu untuk menilai dengan pikiran atau berdasarkan pada rumusan undang-undang untuk berbuat sesuai dengan pikiran atau perasaannya itu. Dalam persoalan kemampuan bertanggungjawab itu perlu dipertanyakan, apakah seseorang itu merupakan *norm-adressat* (sasaran norma) yang mampu. Seseorang terdakwa pada dasarnya dianggap (*supposed*) mampu bertanggung jawab, kecuali dinyatakan sebaliknya.

KUHP tidak memuat perumusan mengenai kapan seseorang dianggap mampu bertanggung jawab. Dalam KUHP diatur suatu ketentuan yang menunjuk ke arah kemampuan bertanggung jawab, ialah dalam buku I Bab III tentang Hal-hal yang Menghapuskan, Mengurangkan, atau Memberatkan Pengenaan Pidana, Pasal 44 KUHP mengenai Tak Mampu Bertanggung Jawab, yang dirumuskan sebagai berikut:

- (1) Barang siapa melakukan perbuatan yang tidak dapat dipertanggungjawabkan padanya, disebabkan karena jiwanya cacat dalam tumbuhnya (*gebrekkige ontwikkeling*) atau terganggu karena penyakit (*ziekelijke storing*), tidak dipidana.

- (2) Jika ternyata bahwa perbuatan tidak dapat dipertanggungjawabkan padanya disebabkan karena jiwanya cacat dalam tumbuhnya atau terganggu karena penyakit, maka hakim dapat memerintahkan supaya orang itu dimasukkan ke dalam rumah sakit jiwa, paling lama satu tahun sebagai waktu percobaan.
- (3) Ketentuan tersebut dalam ayat (2) hanya berlaku bagi Mahkamah Agung, Pengadilan Tinggi dan Pengadilan Negeri.

Teks asli Pasal 44 ayat (1) KUHP dirumuskan sebagai berikut: *Niet strafbaar is hij die een fiet begaan dat hem wegens de gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke storing zijner verstandelijke vermogens niet kan worden toegerekend.*

Ketentuan undang-undang itu sebenarnya tidak memuat apa yang dimaksud dengan ‘tidak mampu bertanggung jawab’. Ketentuan itu memuat suatu alasan yang terdapat pada diri si pembuat, sehingga perbuatan yang dilakukan itu tidak dapat dipertanggungjawabkan kepadanya.

Alasan itu berupa keadaan diri pribadi si pembuat yang bersifat biologisch, ialah ‘jiwanya cacat dalam tumbuhnya atau terganggu jiwanya karena penyakit’. Dalam keadaan itu si pembuat tidak punya kebebasan kehendak dan tidak dapat menentukan kehendaknya terhadap perbuatan beserta akibatnya. Keadaan tersebut dapat menjadi alasan tidak dipertanggungjawabkannya si pembuat atas perbuatan yang dilakukannya. Pasal ini dapat dikatakan memuat ‘syarat-syarat kemampuan bertanggung-jawab seseorang secara negatif’.

B. Isi (Substansi) Rumusan Pasal 44 KUHP

Pasal 44 KUHP itu berisi 2 hal sebagai berikut:

1. Penentuan keadaan jiwa si pembuat.
2. Penentuan hubungan kausal antara keadaan jiwa si pembuat dengan perbuatannya.

Penjelasan-penjelasan:

1. Penentuan Keadaan Jiwa si Pembuat

Persaksian (konstataasi) keadaan pribadi si pembuat berupa keadaan akal atau jiwanya yang cacat dalam pertumbuhannya atau terganggu jiwanya karena penyakit, yang penilaian dan pengukurannya dilakukan oleh seseorang dokter penyakit jiwa (psikiater). Psikiater ini memeriksa keadaan jiwa si pembuat pada saat perbuatan dilakukan.

2. Penentuan Hubungan Kausal (Kausalitas) antara Keadaan Jiwa si Pembuat dengan Perbuatannya

Adapun yang menetapkan adanya hubungan kausal antara keadaan jiwa yang demikian itu dengan perbuatan si pembuat/Tersangka/Terdakwa adalah hakim. Hakimlah yang menilai apakah Terdakwa dapat dipertanggungjawabkan atas perbuatannya itu.

Berdasarkan kedua penentuan keadaan jiwa si pembuat di atas, KUHP menggunakan sistem dalam penentuan pertanggungjawaban si pembuat berdasarkan deskriptif-normatif.

Deskriptif, artinya keadaan jiwa itu digambarkan menurut apa adanya oleh psikiater. Normatif, artinya karena hakimlah yang menilai berdasarkan hasil pemeriksaan tadi, sehingga dapat menyimpulkan mampu dan tidak mempunyai Tersangka untuk bertanggung jawab atas perbuatannya. Mempertanggungjawabkan adalah suatu pengertian yang normatif.

Keadaan jiwa yang cacat dalam pertumbuhannya, misalnya: gila (*idiotic*), *imbeciel*. Keadaan jiwa ini merupakan cacat biologis (hayati); disamping itu juga termasuk orang gagu, orang tuli, dan orang buta, apabila sakitnya itu mempengaruhi keadaan jiwanya. Keadaan jiwa yang terganggu karena penyakit ada pada mereka yang disebut *psychose*.

Tidak dapat dimasukkan ke dalam pengertian Pasal 44 KUHP, yaitu yang disebut dengan cacat kemasyarakatan, misalnya: keadaan seseorang yang karena kurang pendidikan atau terlantar menjadi liar dan kejam. Tidak dapat dimasukkan pula keadaan seseorang yang mempunyai watak yang sangat perasa, mudah tersinggung (super sensitif), emosional, dan pemaarah.

C. Tidak Mampu Bertanggung Jawab untuk Sebagian

Dalam praktek terdapat beberapa jenis penyakit jiwa yang memungkinkan penderitanya bisa disebut tidak mampu bertanggung jawab untuk sebagian (*gedeeltelijke ontoerekeningsvatbaarheid*). Jenis penyakit jiwa yang dapat digolongkan ke dalam tidak mampu bertanggung jawab untuk sebagian, misal:

1. *Kleptomanie*, ialah penyakit jiwa berupa dorongan yang kuat dan tak tertahan untuk mengambil barang (kecil) orang lain, tetapi tak sadar bahwa perbuatannya mengambil itu dilarang (undang-undang). Biasanya barang yang dijadikan sasaran itu barang yang tidak ada nilainya sama sekali baginya. Dalam keadaan biasa jiwanya sehat.
2. *Pyromanie*, ialah penyakit jiwa berupa kesenangan melakukan pembakaran tanpa alasan sama sekali.
3. *Claustrophobie*, ialah penyakit jiwa berupa ketakutan berada di ruang sempit. Penderitanya memecah-mecah kaca jendela.
4. Penyakit yang berupa perasaan selalu dikejar-kejar/diuber-uber (*achtervolgingswaan*) oleh musuh-musuhnya.
5. *Nycotophobi*, ialah takut pada kegelapan.
6. *Gynophobia*, ialah takut pada wanita.
7. *Aerophobia*, ialah takut ketinggian.
8. *Ochlophobia*, ialah takut pada orang banyak.
9. *Monophobia*, ialah takut sendiri/sunyi.

Dalam keadaan tersebut mereka yang menderita penyakit itu dapat tidak dipertanggungjawabkan atas perbuatannya, tentunya yang ada hubungan dengan penyakit itu. Kalau antara penyakit dan perbuatannya tidak ada hubungannya, maka mereka tetap dapat pidana. Misalnya seorang *kleptomaan* melakukan penganiayaan; seseorang *pyroma* yang mencuri; seorang penderita *claustrophobie* memalsu surat; seseorang yang menderita penyakit perasaan diuber-uber melakukan penipuan.

Perbuatan-perbuatan itu tidak ada hubungannya secara kasual dengan penyakitnya. Dalam hal ini mereka tetap dianggap sebagai mampu bertanggung jawab secara penuh.

D. Kekurangmampuan Bertanggung Jawab

Di samping telah diuraikan di atas, dalam ilmu hukum pidana masih ada yang dinamakan 'kekurangmampuan bertanggung jawab' (*verminderde toerekeningsvatbaarheid*). Terdakwa yang dianggap kurang mampu bertanggung jawab tetap dianggap mampu bertanggung jawab dan dapat dipidana, akan tetapi faktor itu dipakai untuk memberikan keringanan dalam pemidanaan. Misal: Seseorang keturunan Jerman menyatakan simpati/dukungan atas didudukinya Negeri Belanda oleh Jerman pada tahun 1940. Ia dipidana oleh *Politierechter Batavia* selama 4 bulan penjara berdasarkan Peraturan Panglima Tentara Hindia Belanda (*Leger Commandant*). Terdakwa naik banding. Mahkamah Agung Hindia Belanda (*Hooggerechtshof*) dalam putusannya mengubah pidananya menjadi 2 minggu pidana penjara. Alasannya ialah karena ada surat keterangan dokter yang menyebutkan bahwa terdakwa kurang mampu bertanggung jawab (I.T.R. 1940 No. 155 hlm. 144). Ini adalah contoh mengenai seseorang yang jiwanya kurang sempurna, namun tetap dianggap mampu bertanggung jawab.

Kasus: M.S. alias D, seorang sopir yang dituduh telah membunuh istrinya. Ia dimasukkan di rumah sakit jiwa di Lawang dan diperiksa oleh dokter ahli jiwa. Simpulan dari hasil pemeriksaan dokter menunjukkan bahwa D kurang sempurna maknawi dan kurang sempurna jiwa. Landraad (Pengadilan Negeri) Malang tidak mengambil alih/mengadopsi/memperhatikan hasil pemeriksaan dokter ahli jiwa. PN Malang memberikan pertimbangan lain, yaitu meskipun terdakwa menunjukkan rusak maknawinya, akan tetapi hal itu tidak dapat membebaskannya dari pemidanaan karena tiap kejahatan dapat dianggap sebagai rusak maknawinya. Menurut KUHP, alasan penghapus pidana adalah kurang sempurna akal atau sakit berubah akal. Hal ini berarti terkait keadaan kewatakan. Jadi, dalam hal ini Hakim tidak mengakui adanya keadaan kurang sempurna maknawi dan menjatuhkan pidana selama 12 tahun penjara (ITVR 146 Tahun 1937, hlm. 391).

E. Tempat Unsur Kemampuan Bertanggung Jawab dalam Rangka Pembicaraan Tidak Pidana

Kemampuan bertanggung jawab merupakan syarat untuk pertanggungjawaban pidana. Jadi, menurut pandangan dualistis tentang syarat-syarat pemidanaan, bukan merupakan unsur tidak pidana. Hazewinkel-Suringa, tidak memberi definisi tentang tidak pidana (*strafbaar feit*), melainkan hanya menyebutkan isi dari tindak pidana yang diambilnya dari rumusan delik dalam undang-undang, yang menyatakan (terjemahan): Kemampuan bertanggung jawab (*toerekeningsvatbaarheid*) bukanlah isi dari delik, tetapi hanya merupakan syarat untuk dapat menjatuhkan pidana secara normal. Ia tidak bersangkutan paut dengan sifat 'dapat dipidananya' perbuatan.

Konsekuensi dari pandangan dualistis, ialah penganjur (pembujuk atau *uitlokker*) dan pembantu (*medeplichtige*) terhadap tidak pidana yang dilakukan seorang yang

cacat jiwanya tetap dapat dipidana. Pendapat ini sejalan dengan putusan Hoge Raad (HR) dalam arrestnya tanggal 10 November 1924.

Kasusnya:

A didakwa melakukan percobaan pencurian dan dinyatakan bersalah oleh Hakim. Pembela mengemukakan bahwa terdakwa tidak mampu bertanggung jawab dan mengajukan bukti adanya keragu-raguan mengenai mampu dan tidak mampunya terdakwa untuk bertanggung jawab. Ia minta supaya Hakim mengadakan pemeriksaan. Tanpa memberi alasan, Hakim menolak untuk memeriksa/menyelidiki karena Hakim menganggap bahwa terdakwa mampu bertanggung jawab, sehingga Hakim tetap menjatuhkan pidana.

Pembela mengajukan upaya hukum kasasi terhadap putusan itu dengan alasan Hakim salah menerapkan Pasal 37 WvS Belanda (Pasal 44 KUHP). Pembela berpendirian, bahwa kemampuan bertanggung jawab itu adalah unsur tidak pidana (*strafbaar feit*). Oleh karena itu, perihal kemampuan bertanggung jawabnya harus dibuktikan dalam sidang peradilan. Terhadap alasan ini HR memberikan pertimbangan sebagai berikut: menurut undang-undang, *toerekeningsvatbaarheid* tidak dapat dianggap sebagai unsur *strafbaarfeit*. Oleh karena itu harus dibuktikan dengan alat pembuktian yang sah. Tetapi tidak adanya kemampuan bertanggung jawab itu merupakan alasan penghapus pidana. Dengan demikian permintaan kasasi ditolak.

Dalam kasus di atas menunjukkan bahwa kemampuan bertanggung jawab tidak mengenai sifat melawan hukumnya perbuatan. Misalnya: orang gila memukul sampai mati tetangganya. Perbuatannya tersebut tetap melawan hukum, tetapi si pembuat dapat dimaafkan karena ia gila. Tidak mampunya bertanggung jawab seseorang itu merupakan alasan penghapus pidana yang ada pada keadaan (jiwa) si pembuat itu sendiri (*inwendig*).

Apabila diikuti pandangan dualistis tentang syarat-syarat pembedaan, maka kemampuan bertanggung jawab adalah unsur pertanggungjawaban pidana. Dalam hal orang gila membunuh tetangganya, di sini tetap ada tindak pidana, meskipun ia tidak dapat dipertanggungjawabkan. Akan tetapi penganjur atau pembantunya (apabila ada) tetap dapat dipertanggungjawabkan dan dipidana. Ketidakmampuan bertanggung jawab sebenarnya merupakan alasan penghapus kesalahan atau alasan pemaaf.

F. Keadaan Mabok (*Intoxication, Dronkenschap*)

Bagaimanakah bila ada orang dalam keadaan mabok yang melakukan tindak pidana? Dapatkah keadaan mabok orang itu diberlakukan Pasal 44 KUHP? Kondisi mabok yang terjadi di Indonesia tidak merupakan kejadian yang lazim terjadi sehari-hari. Perbuatan mabok berhubungan dengan larangan syariat agama Islam dan kondisi cuaca suatu daerah yang memang tidak membutuhkan konsumsi minuman beralkohol secara mutlak untuk menghangatkan suhu badan. Namun, berbeda dengan negara-negara di daerah dingin atau subtropik seperti di Eropa dan Amerika. Di daerah seperti itu, penggunaan minuman beralkohol bukanlah suatu minuman yang istimewa.

Pemabokan yang banyak terjadi di suatu daerah dapat memicu timbulnya gangguan keamanan dan ketertiban umum berupa tindak kejahatan atau pelanggaran hukum. Timbulnya tindak pidana bersangkutan paut dengan keberlakuan hukum pidana dan penegakan hukum pidana.

Menjadi persoalan, bagaimanakah menilai dan mengukur suatu perbuatan seseorang yang dilakukan dalam keadaan mabok? Alkohol dapat menyebabkan intoksikasi (keracunan, kebiusan) otak. Minuman beralkohol itu seolah-olah mengakibatkan *psychose-acute*, dengan cirinya antara lain euphorie (perasaan, hebat, gembira: *a feeling of well being, prosperous, happy*), kehilangan rem moral, kurang kendali/mawas diri. Keadaan jiwa (*psychis*) yang menjurus pada ketidakmampuan bertanggung jawab atau kekurangan kemampuan untuk itu.

Harus dibedakan antara orang yang tanpa kemauan sendiri menjadi mabok dan orang yang memang menghendaki kemabokan diri. Dalam hal yang pertama dapat diterima adanya ketidakmampuan bertanggung-jawab. Di sini si pembuat yang mabok, melakukan tindakan yang tidak disadari. Ia ada dalam keadaan yang bersifat penyakit (*pathologisch roes*).

Tingkat kemabokan juga sukar ditentukan secara pasti. Oleh karena itu, tidak dapat dijadikan ukuran untuk menetapkan mampu dan tidak mempunya bertanggung jawab seseorang. Dalam hal seseorang sengaja memabokkan diri sebelum melakukan suatu kejahatan agar menjadi berani (*courage drinken*), pada hakekatnya hubungan antara kehendak dengan perbuatan tidak putus. Orang tersebut masih dapat dikatakan menyadari nilai perbuatan beserta akibatnya. Oleh karena itu, oranganya dapat dipertanggungjawabkan secara pidana.

G. Batas Mampu dan Tidak Mampu Bertanggung Jawab

Dari uraian yang telah dikemukakan di atas menunjukkan bahwa tidaklah mudah untuk menentukan batas yang tegas antara mampu bertanggung jawab dan tidak mampu bertanggung jawab karena beralihnya keadaan yang satu ke keadaan yang lain itu berangsur-angsur (*geleidelijk*).

H. Bagaimanakah bila ada Keragu-raguan tentang Kemampuan Bertanggung Jawab si Pembuat?

Untuk menjawab pertanyaan itu perlu di dasarkan pada dua pendapat, yaitu:

1. Si pembuat tetap dapat dipidana

Dasar pemikirannya adalah kemampuan bertanggung jawab dianggap ada (*voorondersteld*), selama tidak dibuktikan sebaliknya. Ini pendirian Pompe (buku Cetakan V, 1958 hlm. 192) yang diikuti oleh Pengadilan Negeri Magelang dalam putusannya tanggal 27 Desember 1951 (keputusan-keputusan tentang perkara pidana yang dihimpun oleh Roeslan Saleh, 1958, halaman 24).

2. Si pembuat tidak dipidana

Dasar pemikirannya adalah si pembuat dianggap tidak mampu bertanggung jawab (Noyon-Langemeyer).

Dasar pemikiran dalam hal adanya keragu-raguan harus diambil putusan yang menguntungkan tersangka (*In dubio pro reo*).

Menurut Pasal 44 ayat (2) KUHP, apabila tersangka ternyata tidak mampu bertanggung jawab karena keadaan-keadaan yang disebut pada ayat (1), maka Hakim dapat memerintahkan agar ia dimasukkan dalam rumah sakit jiwa selama suatu masa percobaan, yang tidak melebihi waktu satu tahun.

Dalam Pasal 27 *Reglement op het krankzinnigenwezen* (S. 1897-54) dirumuskan sebagai berikut: Di dalam Hakim memasukkan orang gila, maka orang itu dapat diterima jika disertai putusan Hakim. Di samping itu di dalam HIR ada pula ketentuan tentang kewenangan Hakim untuk memasukkan orang dalam lembaga (rumah sakit jiwa, pen.), baik atas permintaan keluarga sendiri maupun atas permintaan Jaksa dengan alasan, yaitu:

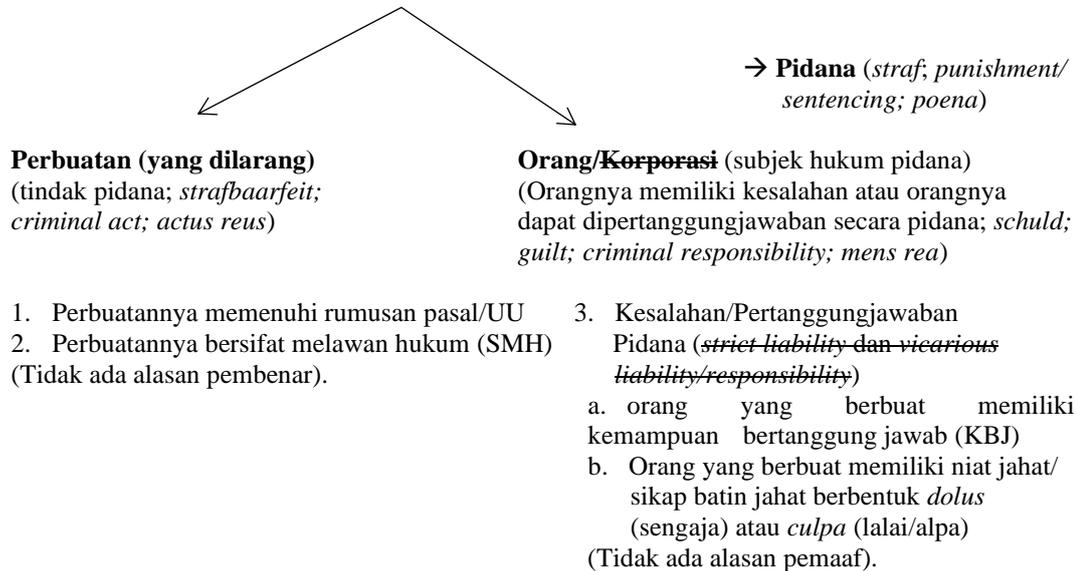
- a. guna menjaga ketertiban
- b. guna memecah kecelakaan.

Yang dimaksudkan disini hanyalah orang yang karena tindak lakunya yang buruk dan melampaui batas, tidak cakap untuk dibiarkan mengurus diri sendiri atau membahayakan keamanan orang lain (Pasal 234 HIR). Orang dalam kondisi seperti ini tak perlu melakukan tindak pidana sebelumnya.

Di dalam Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana (KUHAP), pembicaraan terkait rumah sakit jiwa atau orang gila yang berhubungan dengan kemampuan bertanggung jawab seorang tersangka/terdakwa tidak ada pengaturannya. Yang menyinggung mengenai tersangka atau terdakwa yang menderita gangguan fisik atau mental yang berat dirumuskan dalam Pasal 29 ayat (1) huruf (a) KUHAP, yaitu: Dikecualikan dari jangka waktu penahanan sebagaimana tersebut pada Pasal 24, Pasal 25, Pasal 26, Pasal 27 dan Pasal 28, guna kepentingan pemeriksaan, penahanan terhadap tersangka atau terdakwa dapat diperpanjang berdasar alasan yang patut dan tidak dapat dihindarkan karena: tersangka atau terdakwa menderita **gangguan fisik atau mental** yang berat, yang dibuktikan dengan surat keterangan dokter, atau.

Bab 12 KESENGAJAAN (*DOLUS, INTENT, OPZET, VERSATZ*)

Unsur-unsur Tindak Pidana atau
Syarat-syarat Pidana menurut KUHP



Menurut Sudarto¹ bahwa unsur kedua dari kesalahan dalam arti yang seluas-luasnya, yaitu pertanggungjawaban pidana adalah adanya hubungan batin antara si pembuat dengan perbuatan yang dilakukannya, yang dapat dicelakan kepada si pembuat itu. Hubungan batin ini bisa berupa sengaja/kesengajaan/dolus atau alpa/kealpaan/culpa.

Apakah yang diartikan dengan sengaja? KUHP tidak memberi definisi. Petunjuk untuk dapat mengetahui arti kesengajaan, dapat diambil dari MvT (*Memorie van Toelichting*), yang mengartikan kesengajaan (*opzet*) sebagai menghendaki dan mengetahui (*willens en wetens*) (Pompe, cetakan ke 3, 1959, halaman 166).

Pengertian kesengajaan itu sama dengan rumusan Pasal 18 KUHP Swiss, yang dirumuskan sebagai berikut: *Whoever commits an act knowingly and willingly commits the act with intent*. Jadi, dapatlah dikatakan, bahwa sengaja berarti **menghendaki dan mengetahui (perbuatan) apa yang dilakukan si pembuat**. Orang yang melakukan perbuatan dengan sengaja berarti ia menghendaki perbuatan itu dan mengetahui atau menyadari perbuatan yang dilakukannya itu. Misal: seorang ibu yang sengaja tidak menyusui/memberi susu kepada bayinya, berarti si ibu itu menghendaki dan menyadari akan perbuatannya tersebut.

¹ Sudarto, *Hukum Pidana I*, Yayasan Sudarto, Semarang, 1990, hlm. 102.

1. Teori-teori Kesengajaan.

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

- a. teori kehendak (*wilstheorie*)
- b. teori pengetahuan atau membayangkan (*voorstellingstheorie*)

Penjelasan-penjelasan:

a. Teori Kehendak (*Wilstheorie*)

Menurut Von Hippel (1903) inti ajaran kesengajaan ini adalah kehendak untuk mewujudkan unsur-unsur delik dalam rumusan undang-undang. Penganut ajaran atau teori ini adalah Simons dan Zevenbergen.

b. Teori Pengetahuan atau Membayangkan (*Voorstellingstheorie*)

Sengaja berarti mengetahui atau membayangkan akan timbulnya akibat dari perbuatannya; orang tidak bisa menghendaki adanya akibat, akan tetapi hanya dapat membayangkannya. Teori kesengajaan ini menitikberatkan pada apa yang diketahui atau dibayangkan oleh si pembuat, ialah apa yang akan terjadi pada waktu ia berbuat. Penganut teori ini adalah Frank (1907).

Perbuatan yang dilakukan oleh si pembuat kemudian dikonfrontir dengan kedua teori itu menunjukkan tidak ada perbedaan hasil atau out put-nya; penerapan kedua teori itu menghasilkan bahwa dalam kesengajaan harus ada kehendak untuk berbuat. Perbedaannya ialah dalam hal kesengajaan terhadap unsur-unsur lain dari delik, misalnya: timbulnya akibat dan keadaan-keadaan yang menyertai dari perbuatan yang dilakukannya. Contoh: sikap batinnya menghendaki penganiayaan, akan tetapi perbuatannya berakibat kematian.

Dari kedua teori itu, teori yang satu menyebutkan sebagai 'menghendaki', sedang teori yang satunya lagi sebagai 'mengetahui atau membayangkan'. Namun, dalam praktik, penerapan kedua teori itu menghasilkan yang sama. Perbedaannya hanya ada dalam terminologi atau istilahnya.

2. Corak Kesengajaan

Seseorang yang melakukan suatu perbuatan dengan sengaja dapat dibedakan ke dalam 3 (tiga) corak sikap batin. Corak atau bentuk itu menunjukkan adanya tingkatan/bentuk kesengajaan, yaitu:

- a. Kesengajaan sebagai **maksud** (*opzet als oogmerk*) untuk mencapai suatu tujuan (yang dekat); *dolus directus*
- b. Kesengajaan dengan **sadar kepastian/keharusan** (*opzet met zekerheidsbewustzijn* atau *noodzakelijkheidbewustzijn*)
- c. Kesengajaan dengan **sadar kemungkinan** (*dolus eventualis* atau *voorwaardelijk opzet*).

Penjelasan-penjelasan:

a. Kesengajaan sebagai Maksud (*opzet als oogmerk*) untuk Mencapai suatu Tujuan

Corak kesengajaan pertama ini merupakan bentuk kesengajaan yang biasa dan sederhana. Perbuatan si pembuat bertujuan untuk menimbulkan akibat yang dilarang. Si pembuatnya menghendaki terwujudnya perbuatan beserta akibatnya. Misal: A menampar B yang menghendaki sakitnya B agar tidak membohongi.

Catatan: Haruslah dibedakan antara tujuan dan motif. Motif suatu perbuatan adalah alasan yang mendorong untuk berbuat, misalnya: cemburu, jengkel, dan sebagainya.

b. Kesengajaan dengan Sadar Kepastian/Keharusan (*opzet met zekerheidsbewustzijn* atau *noodzakelijkheidbewustzijn*)

Perbuatan itu mempunyai 2 (dua) akibat, yaitu:

- 1) Akibat yang memang dituju oleh si pembuat. Dalam hal ini dapat sebagai delik tersendiri atau tidak
- 2) Akibat yang tidak diinginkan, tetapi merupakan suatu keharusan untuk tercapainya tujuan dalam nomor 1 tadi, akibat ini pasti timbul/terjadi.

Contoh:

a) Kasus pertama: Peristiwa Thomas dari Bremerhaven

Alexander Keith (dipanggil, Thomas) mengirim 1 peti dinamit dengan alat yang di-stel akan meledak 8 hari lagi (dari Bremerhaven ke New York). Di pelabuhan

Bremerhaven peti itu akan dimuat ke dalam kapal. Di Southampton, Inggris ia akan mengasuransikan peti itu dengan nilai yang tinggi. Di tengah laut antara Bremerhaven dan New York peti akan meledak. Tujuan Thomas adalah untuk mendapatkan ganti rugi.

Karena kurang hati-hati peti jatuh pada saat akan dinaikkan di Bremerhaven dan meledak. Akibatnya 83 orang mati dan 50 orang luka (di antaranya 6 orang mati dan 20 orang luka di dalam kapal). Akibat mati dan lukanya orang-orang itu bukan menjadi tujuan Thomas, tetapi akibat ini pasti akan terjadi apabila peti itu meledak. Akibat mati dan lukanya orang-orang itu, Thomas dianggap memiliki kesengajaan dengan sadar keharusan/kepastian.

b) Kasus kedua:

A hendak membunuh B dengan tembakan pistol. B duduk dibalik kaca jendela restoran. Penembakan terhadap B dipastikan akan memecahkan kaca restoran. Rusak/pecahnya kaca (Pasal 406 KUHP) merupakan suatu keharusan/kepastian untuk terwujudnya delik pembunuhan. Dalam hal ini ada kesengajaan dengan sadar kepastian/keharusan.

c. Kesengajaan dengan Sadar Kemungkinan (*dolus eventualis* atau *voorwaardelijk opzet*)

Ada keadaan tertentu yang semula mungkin terjadi, akan tetapi kemudian ternyata keadaan itu benar-benar terjadi.

Contoh:

1) Kasus pertama:

A hendak membalas dendam terhadap B yang tinggal di Hoorn. A mengirim kuwih tar (*taart*) yang beracun dengan maksud untuk membunuhnya. A mengetahui bahwa ada kemungkinan isteri B yang tidak bersalah turut makan kuwih tersebut dan meninggal. Meskipun A tahu ada kemungkinan isteri B meninggal, namun ia tetap mengirim kuwih tersebut. Oleh karena itu, kesengajaan dianggap tertuju pula pada matinya isteri B. Dalam sikap batin A, kematian isteri B tidak menjadi persoalan baginya. Jadi, dalam kasus ini terdapat kesengajaan sebagai maksud untuk mencapai suatu tujuan matinya B dan kesengajaan dengan sadar kemungkinan terhadap matinya isteri B (Arrest HR 9 Maret 1911).

2) Kasus kedua:

Seseorang melakukan penggelapan karena merasa akhirnya nanti ia akan ketahuan. Ia ingin menghindarkan dirinya dari peradilan dunia dengan hendak membunuh dirinya dengan merencanakan suatu kecelakaan lalu-lintas. Ia menabrakkan mobil yang dikendarainya pada bis yang berisi banyak penumpang. Tujuan kematiannya adalah agar uang asuransinya yang sangat tinggi itu dapat dibayarkan kepada sopirnya. Tetapi usaha bunuh dirinya gagal, ia tidak mati hanya luka-luka. Beberapa penumpang bis mengalami luka dan seseorang di antaranya luka berat yang membahayakan jiwanya. Putusan RvJ (*Raad van Justitie*) Semarang yang dikuatkan oleh *Hoogerechtshof* dalam tingkat banding menyatakan bahwa terdakwa bersalah telah melakukan penganiayaan dan penganiayaan berat.

Pertimbangannya antara lain, bahwa meskipun terdakwa tidak mengharapkan penumpang-penumpang bis itu mendapat luka atau luka berat, akan tetapi akibat perbuatannya itu ada dalam kesengajaan karena ia tetap melakukan perbuatan itu, meskipun ia sadar akan akibat yang mungkin terjadi. Kasus ini adalah pengalaman Jonkers, ketika menjadi Jaksa Tinggi (*Officer van Justitie*) pada RvJ di Semarang.

3) Kasus ketiga:

Jonkers (halaman 46) memberikan contoh: Seseorang mengendarai kuda –pada saat ini bisa disamakan dengan mengendarai mobil- dengan kecepatan tinggi melaju tidak terkendali di ruas jalan dalam kota. Si pengendara kuda melihat ada sekelompok anak yang sedang bermain. Pikirannya berkecamuk, bila ia tetap bertahan dalam kecepatan tinggi tentunya tanpa menghiraukan nasib anak-anak itu dan tanpa mengambil tindakan pencegahan, bila akibat perbuatannya itu beberapa anak tertabrak dan mengakibatkan luka atau mati, maka disini ada corak/bentuk kesengajaan untuk menganiaya atau membunuh. Meskipun ia tidak dapat dikatakan menginginkan akibat anak itu menjadi luka atau mati. Namun, keadaan itu jelas menunjukkan bahwa ia menghendaki hal itu terjadi. Dalam arti, meskipun ia sadar akan kemungkinan luka dan matinya anak, ia mendesak/membuang kesadaran itu yang dikalahkan dengan melampiaskan nafsu ‘ngebutnya’ untuk terus menegar kudanya untuk terus berlari cepat.

3. Teori Apa Boleh Buat

Di bagian atas telah diuraikan 2 (dua) teori kesengajaan yang menerangkan bagaimana sikap batin/niat jahat seseorang yang melakukan perbuatan terlarang dengan sengaja. Bagaimanakah menerangkan adanya kesengajaan dengan sadar kemungkinan (*dolus eventualis* atau *voorwaardelijk opzet*)?

- a. Jika dipakai teori kehendak, si pembuat menetapkan dalam batinnya, bahwa ia lebih menghendaki perbuatan itu tetap dilakukan, meskipun akan ada akibat yang tidak ia harapkan terjadi. Pilihan batinnya adalah lebih baik ia tetap berbuat dari pada tidak berbuat, maka kesengajaan orang tersebut juga ditujukan kepada akibat yang menyertai atau mungkin akan terjadi.
- b. Jika dipakai teori pengetahuan atau membayangkan, si pembuat mengetahui/membayangkan akan kemungkinan terjadinya akibat *an sich* yang tidak ia kehendaki, tetapi pengetahuan atau bayangan itu tidak mencegah dia untuk tidak berbuat, maka dapat dikatakan, bahwa kesengajaan itu diarahkan kepada akibat yang mungkin terjadi.

Penerapan kedua teori itu dapat digambarkan, bahwa dalam batin si pembuat terjadi suatu proses berpikir dan berperasaan menggunakan kecerdasan akal budi dan hati nuraninya yang bergejolak dan saling bertentangan, bahwa ia lebih baik berbuat atau dari pada tidak berbuat. Di sini ada sesuatu yang tidak jelas. Oleh karena itu, di samping kedua teori itu ada teori ketiga yang disebut **Teori Apa Boleh Buat** (*in Kauf nehmen theorie* atau *op de koop toe nemen theorie*). Dalam teori ini keadaan batin si pembuat terhadap perbuatannya adalah:

- a. akibat itu sebenarnya tidak dikehendaki, bahkan ia benci atau takut akan kemungkinan timbulnya akibat itu.

- b. akan tetapi, meskipun ia tidak menghendakinya, namun apabila toh keadaan/akibat itu tetap timbul, maka apa boleh buat akibat itu akan diterimanya karena sebagai risiko atas perbuatan yang dia lakukan. Dalam hal ini berarti ia berani memikul risiko yang akan timbul.

Dalam perdebatan mengenai rumusan WvS di Eerste Kamer, Menteri Modderman mengatakan, bahwa *voorwaardelijk opzet (dolus eventualis)* itu ada, apabila kehendak langsung ditujukan pada kejahatan tersebut, tetapi meskipun telah mengetahui bahwa keadaan tertentu masih akan terjadi, namun tetap berbuat dengan tiada tercegah oleh kemungkinan terjadinya hal yang telah ketahui itu.

Dengan teori apa boleh buat itu, maka sebenarnya tidak perlu lagi untuk membedakan kesengajaan dengan sadar kepastian dan kesengajaan dengan sadar kemungkinan.

4. Kesengajaan yang Diobjektifkan

Dalam uraian di atas, penentuan kesengajaan si pembuat dengan melihat bagaimana sikap batinnya terhadap perbuatan ataupun akibat perbuatannya karena kesengajaan dipandang sebagai sikap batin pembuat terhadap perbuatannya.

Dengan menerapkan teori-teori kesengajaan itu berusaha menetapkan corak/bentuk kesengajaan si pembuat. Namun, dalam kejadian konkret di pengadilan tidaklah mudah bagi Hakim untuk menentukan bahwa sikap batin yang berupa kesengajaan (atau kealpaan) itu benar-benar ada pada si pembuat. Orang tidak dapat secara pasti mengetahui keadaan batin si pembuat atau orang lain, terlebih keadaan batin pada waktu orang ini berbuat melakukan kejahatan atau pelanggaran hukum pidana.

Apabila orang itu dengan jujur menerangkan keadaan batinnya yang sebenarnya pada saat dia berbuat kejahatan, maka pengadilan tidak mengalami kesulitan untuk membuktikan kejahatannya. Namun kalau Terdakwa tidak ada kejujuran, maka sikap batinnya harus disimpulkan Hakim dari keadaan lahir, yang terwujud dan tampak dari luar melalui bahasa tubuhnya (*body language*) atas gerakan badan, mimik muka, sorot mata, gerakan tangan dan kaki atau uji kebohongan melalui alat *lie detector*. Jadi, dalam banyak hal hakim harus mengobjektifkan adanya kesengajaan yang ada dalam sikap batin atau niat jahat itu.

Contoh yang dikemukakan oleh Van Bemmelen: A melepaskan tembakan pistol pada B dalam jarak 2 meter. Meskipun A mungkir (mengelak), bahwa ia tidak mempunyai kesengajaan untuk membunuh B, namun Hakim tetap akan membuktikan adanya kesengajaan tersebut, kecuali bila dapat diterima alasan-alasan yang sangat masuk akal, bahwa A tidak tahu pistol itu berisi peluru atau matinya B itu karena kekhilafan dari A. Dalam hal ini diragukan adanya kesengajaan, sehingga ada kemungkinan putusan bebas. Oleh karena itu, penentuan yang dilakukan Hakim harus sangat berhati-hati, bila perlu menggunakan pendekatan integral yang berbasis teknologi, ilmu pengetahuan

sosial yang menerapkan sosiologi, antropologi, psikologi, psikiatri, sejarah, dan statistik kriminal serta pengalaman praktik menjadi Hakim yang diperoleh melalui berbagai persidangan.

5. Kesengajaan berwarna (*gekleurd*) dan tidak berwarna (*kleurloos*)

Persoalan kesengajaan itu terkait masalah: apakah untuk adanya kesengajaan itu si pembuat harus menyadari bahwa perbuatannya itu dilarang (memenuhi rumusan undang-undang atau pasal dan bersifat melawan hukum)? Mengenai hal ini ada 2 pendapat, ialah:

- a. Kesengajaan berwarna
- b. Kesengajaan tidak berwarna.

Penjelasan-penjelasan:

a. Kesengajaan Berwarna (*gekleurd*)

Kesengajaan melakukan sesuatu perbuatan mencakup pengetahuan si pembuat bahwa perbuatannya melawan hukum (dilarang); harus ada hubungan antara keadaan batin si pembuat dengan perbuatan melawan hukumnya. Sengaja disini berarti *dolus malus*, artinya sengaja untuk berbuat jahat (*boos opzet*). Jadi, menurut pendirian kesengajaan berwarna ini untuk adanya kesengajaan si pembuat perlu menyadari bahwa perbuatannya dilarang. Penganutnya antara lain Zevenbergen² yang mengatakan bahwa kesengajaan senantiasa ada hubungannya dengan *dolus malus*. Dengan perkataan lain, dalam kesengajaan tersimpul adanya kesadaran mengenai sifat melawan hukumnya perbuatan.

Untuk adanya kesengajaan diperlukan adanya syarat pada si pembuat ada kesadaran, bahwa perbuatannya terlarang dan/atau dapat dipidana.

b. Kesengajaan Tidak Berwarna (*kleurloos*)

Kesengajaan itu tak berwarna berarti untuk adanya kesengajaan cukuplah si pembuat itu menghendaki dilakukannya perbuatan yang dilarang itu. Ia tak perlu tahu bahwa perbuatannya itu terlarang atau bersifat melawan hukum.

Dapat saja si pembuat dikatakan berbuat dengan sengaja, sedang ia tidak mengetahui bahwa perbuatan itu dilarang atau bertentangan dengan hukum. Penganutnya antara lain: Simons, Pompe, Jonkers. Menurut MvT tidak perlu ada *boos opzet*. MvT mengatakan: Akan tetapi untuk berbuat dengan sengaja itu apakah si pembuat tidak harus menyadari, bahwa ia melakukan suatu perbuatan yang menurut tata susila tidak dibenarkan (*zadelijk ongeoorlooid*)? Cukupkah dengan adanya kesengajaan saja atau perlukah adanya 'kesengajaan jahat' (*boos opzet*)? Jawabanya tidak akan lain dari pada itu.

Keberatan terhadap pendirian bahwa kesengajaan itu berwarna ialah akan merupakan beban yang berat bagi jaksa apabila untuk membuktikan adanya kesengajaan, tiap kali ia harus membuktikan bahwa pada terdakwa ada kesadaran atau pengetahuan tentang dilarangnya perbuatan itu. Sebaliknya, alasan bahwa kesengajaan itu berwarna ialah kesalahan itu, jadi termasuk kesengajaan, berisi

² Zevenbergen, *Leerboek van het Nederlandsch Strafrecht*, 1924, hlm. 159.

bahwa si pembuat harus sadar bahwa perbuatan itu keliru. Apabila ia sama sekali tidak sadar akan hal itu, meskipun pada kenyataannya ia melakukan perbuatan yang dilarang, yang melawan hukum, ia tidak dapat dipidana.

6. Kekeliruan atau Kesestatan atau Salah Kira (*dwaling, ignorance, mistake*)

Kebalikan dari sengaja adalah **tidak sengaja**, bukan kealpaan atau kelalaian (*culpa*). Dalam tidak sengaja ini ada keadaan batin yang disebut **kekeliruan** atau **kesestatan** atau **salah kira**. Apakah orang yang melakukan perbuatan melawan hukum dalam keadaan kesestatan itu dapat atau tidak dapat dipidana? Ada dua macam kekeliruan atau kesestatan, yaitu:

- a. Kekeliruan atau kesestatan atau salah kira yang menyangkut **peristiwanya** (*feitelijke dwaling* atau *mistake of fact* atau *error facti*).
- b. Kekeliruan atau kesestatan atau salah kira yang menyangkut **hukumnya** (*rechtsdwaling* atau *mistake of law* atau *error iuris*).

Penjelasan-penjelasan:

- a. Kekeliruan atau kesestatan yang menyangkut **peristiwanya** (*feitelijke dwaling* atau *mistake of fact* atau *error facti*)
 - 1) Kasus pertama: Seseorang mengambil barang yang dikira tidak ada pemiliknya sama sekali (*res nullius*).
 - 2) Kasus kedua: Seorang ayah memukul anak yang dikira anaknya sendiri.

Termasuk *error facti* adalah kesestatan mengenai peraturan hukum perdata atau peraturan hukum administrasi karena hal ini termasuk unsur-unsur atau bagian-bagian dari delik. Kesestatan peristiwanya tidak mendatangkan pemidanaan (*error facti non nocet*).

- b. Kekeliruan atau kesestatan yang menyangkut **hukumnya** (*rechtsdwaling* atau *mistake of law* atau *error iuris*)

Kesesatan mengenai hukumnya dibatasi sampai kesesatan mengenai dapat dipidananya (*strafbaarheid*) perbuatan itu sendiri. Kesesatan ini tidak menghapuskan pemidanaan (*error iuris nocet*). Dalam bahasa Belanda, kesesatan semacam ini *disculpeert niet*. Jadi, orang tak boleh mengatakan bahwa ia tidak tahu bahwa perbuatan yang ia lakukan itu dapat dipidana.

Disini berlaku anggapan/fiksi (*fictie*) bahwa setiap orang dianggap mengetahui undang-undang. Akan tetapi fiksi ini tidak mutlak, dalam arti bahwa fiksi ini dapat disanggah, bila peraturan itu tidak diumumkan kepada rakyat atau bila si pembuat tindak pidana itu secara objektif tidak mungkin mengetahui adanya/ berlakunya peraturan itu.

Kesesatan semacam ini lebih banyak terdapat pada pelanggaran dari pada kejahatan, tetapi sekarang pembentuk undang-undang membuat banyak peraturan baru yang mengandung kejahatan. Tentunya tidak segera diketahui oleh orang yang mempunyai tingkat pengetahuan normal, terutama dalam peraturan ekonomi.

Apabila orang tidak tahu perbuatan yang ia lakukan itu dilarang dalam undang-undang, maka ia dapat dikatakan salah kira (sesat/keliru). Namun, ia tetap dapat dipidana karena pada dasarnya pembentuk undang-undang tidak menghiraukan pandangan subjektif dari si pembuat (lihat Van Hattum, halaman 326). Pembentuk undang-undang tidak menghiraukan tentang tidak adanya pengetahuan akan terlarangnya suatu perbuatan. Tetapi kalau seseorang sama sekali tak mungkin dapat mengetahui terlarangnya suatu perbuatan, maka adalah wajar apabila ia tidak dapat dipertanggungjawabkan secara pidana.

7. Kekeliruan atau Kesesatan Mengenai Objek dan Orangnya (*Error In Objecto dan In Persona*)

a. Kekeliruan atau Kesesatan Mengenai Objek (*Error In Objecto*)

Apabila objeknya itu nilai/sifatnya sama (*gleichwertig*), maka kekeliruan itu tak menguntungkan tersangka, tetapi kalau objeknya berbeda secara hakiki (*wesentlich*), maka tersangka tidak dapat dipidana. Contoh yang disampaikan oleh Van Hattum: A mau bunuh B, tetapi ternyata yang dibunuh C. Dalam surat dakwaan harus disusun secara hati-hati, jangan disebutkan sengaja membunuh C, tetapi terdakwa sengaja merampas nyawa orang lain, yang kemudian ternyata C.

b. Kekeliruan atau Kesesatan Mengenai Orangnya (*Error In Persona*)

Error in persona merupakan kekeliruan/kesesatan yang tidak ada artinya, terdakwa tetap dapat dipidana karena sifat objeknya adalah sama. B dan C kedua-duanya adalah orang. Contoh dalam hal objeknya tidak sama secara hakiki: A hendak membunuh presiden, akan tetapi ia keliru menembak mati B, yang dikiranya

adalah presiden. Disini A tidak bisa dikatakan makar untuk membunuh Presiden (Pasal 104 KUHP), melainkan melakukan pembunuhan biasa (Pasal 338 KUHP).

8. *Aberratio Ictus*

Aberratio ictus bukanlah suatu kekeliruan atau kesesatan atau salah kira (*dwaling*), contoh:

- a. A menembak B, tapi B mengelak dan kena C, sehingga C mati. Kualifikasi tindak pidana adalah:
 - 1) percobaan pembunuhan terhadap B.
 - 2) menyebabkan matinya C karena kealpaannya atau mungkin juga dolus eventualis terhadap matinya C.
- b. Lemparan pisau ke A meleset, pisau bergeser arahnya mengenai B.

9. Delik putatif

Kebalikan dari kesesatan tersebut di atas ialah apabila seseorang mengira, bahwa ia melakukan sesuatu perbuatan yang terlarang dan dapat dipidana. Ini disebut delik putatif. Pembuat sebenarnya berada dalam kesesatan tentang hukumnya. Misal: orang mengira mencuri barang kepunyaan orang lain, padahal barang itu kepunyaan isterinya (vide Pasal 367 ayat (1) KUHP). Mencuri barang kepunyaan isteri bukan pencurian seperti dimaksud Pasal 362 KUHP.

Catatan:

Kesesatan yang tidak terletak dalam bidang Hukum Pidana Materiil, ialah kesesatan dari seorang Hakim (*rechterlijke dwaling*) mengambil simpulan yang keliru dari perkara yang dihadapinya. Misalnya: kasus PERISTIWA DREYFUS; peristiwa Sengkon dan Karta.

10. Unsur Kesengajaan dalam Rumusan Delik

Dalam KUHP tidak ada ketentuan tentang makna kesengajaan. Rumusan delik dalam undang-undang ada yang memuat unsur kesengajaan dengan tegas dan memakai perkataan 'dengan sengaja' atau istilah lain. Ada pula yang tidak mencantumkan dengan tegas, namun dari perkataan-perkataan yang digunakan itu dapat ditarik simpulan keharusan adanya kesengajaan pada si pembuat.

Istilah yang dipergunakan KUHP dalam teks aslinya, ialah berbahasa Belanda, merupakan teks resmi KUHP yang berlaku sekarang. Istilah kesengajaan antara lain:

- a. *Opzettelijk*: dengan sengaja.
Pasal 333 (perampasan kemerdekaan), Pasal 338 (pembunuhan), Pasal 372 (penggelapan), Pasal 406 (pengurusan benda orang lain).
- b. *Wetende dat*: sedang ia mengetahui.
Pasal 204 (perjualan barang yang mempunyai daya merusak kesehatan), Pasal 279 (bigami), Pasal 220 (laporan palsu)
- c. *Waarvan hij weet*: yang ia ketahui.
Pasal 480 (penadahan).
- d. *Van wie hij weet* = yabgvia ketahui.
Pasal 283 (kejahatan pornografi).
- e. *Kennis dragende van*: yang ia ketahui.

- Pasal 164 (kewajiban memberi laporan kepada yang berwajib).
- f. *Met het oogmerk*: dengan tujuan (maksud).
Pasal 362 (pencurian biasa).
- g. *Waarvan hem bekend is*: yang ia ketahui.
Pasal 245 (pemalsuan mata uang).
- h. *Waarvan hij kent*: yang ia ketahui
Pasal 282 (pelanggaran kesusilaan).
- i. *Tegen beter weten in*: bertentangan dengan apa yang diketahui.
Pasal 311 (fitnah).
- j. *Met het kennelijk doel*: dengan tujuan yang ia ketahui.
Pasal 310 (pencemaran).

Terkadang pembentuk undang-undang tidak menggunakan istilah kesengajaan yang telah disebutkan di atas. Dalam hal kesengajaan disimpulkan dari kalimat secara keseluruhannya. Khususnya dari pemakaian kata kerja dalam rumusan undang-undang yang bersangkutan.

11. Unsur Melawan Hukum yang Subjektif

Pada delik yang memuat unsur-unsur *met het oogmerk om...* (dengan tujuan untuk...), misalnya pada delik pencurian (Pasal 362), pemalsuan surat (Pasal 263), ialah apa yang disebut *Tendenz-delikte* atau *Absicht-delikte*, ada pendapat bahwa unsur tersebut bukannya unsur kesengajaan, melainkan unsur melawan hukum yang subjektif.

Unsur itu memberikan sifat atau arah dari perbuatan yang dimaksud dalam rumusan delik yang bersangkutan.

12. Hal-hal apakah yang diliputi oleh unsur kesengajaan?

Kesengajaan si pembuat harus ditunjukkan kepada unsur yang manakah dari rumusan undang-undang itu? Sampai dimanakah luas kehendak dan pengetahuan itu? MvT memuat suatu asas yang mengatakan antara lain, bahwa unsur-unsur delik yang terletak di belakang perkataan *opzettelijk* (dengan sengaja) dikuasai atau diliputi olehnya. Oleh karena itu, pembentuk undang-undang menetapkan dengan seksama dimana letak perkataan *opzettelijk* itu. (Bacalah Pasal 151 dan Pasal 152 dan bandingkan letak perkataan *opzettelijk* disebut 'diobjektifkan' (*geobjektiveerd*), artinya dilepaskan dari kekuasaan kesengajaan. Jadi tidak perlu dibuktikan bahwa kesengajaan si pembuat ditujukan kepada hal tersebut, seperti halnya Pasal 152. Lihat Pasal 303 KUHP, kesengajaan disini harus ditujukan kepada hal-hal apa saja?

Dalam hal itu asas yang dianut MvT itu tidak berlaku untuk semua delik. Ada pengecualiannya. Lihat Pasal 187 KUHP. Di sini ada keadaan-keadaan, yang disebut di belakang perkataan sengaja, diobjektifkan, sehingga tak perlu dibuktikan bahwa kesengajaan pembuat ditujukan kepada hal tersebut. Yang diobjektifkan, artinya tidak perlu ditanyakan apakah si pembuat mengetahui atau menghendaknya, ialah dapat terjadinya bahaya umum atau bahaya maut tersebut.

Demikian teknik perundang-undangan yang diikuti oleh KUHP dalam teks Belanda. Yang menjadi masalah ialah apabila kita menghadapi KUHP dalam teks bahasa Indonesia, yang sebenarnya bukan teks resmi. Tata bahasa kedua bahasa itu tidak sama. Oleh karena itu, teknik perundang-undangan dalam menyusun kalimat tentunya tidak dapat atau tidak perlu mengikuti KUHP sepenuhnya.

Menghadapi teks terjemahan yang diusahakan oleh beberapa penulis sekarang ini tidak ada jalan lain bagi pelaksana hukum misalnya hakim, untuk melihat teks aslinya ialah teks bahasa Belanda dan memdasarkan penafsirannya pada teks tersebut.

Bagaimanakah penempatan unsur kesengajaan dalam rumusan undang-undang apabila dibuat undang-undang pidana Nasional? Untuk menjawab pertanyaan ini perlu dikemukakan pendapat Prof. Muljatno yang diucapkan di Kongres II Perhimpunan Sarjana Hukum di Surabaya tanggal 15 Juli 1964, yang isinya antara lain: Beliau menyarankan agar di dalam Bagian Umum KUHP dicantumkan suatu pasal, yang khusus menyebut tentang 'pertanggungjawaban pidana', sejalan dengan Pasal 17 KUHP Jugoslavia atau Pasal 3 Fundamentals of Soviet Criminal Legislation. Bunyi pasal itu diusulkan demikian: Pertanggungjawaban pidana hanya dapat diadakan apabila orang yang melakukan perbuatan pidana dapat dipersalahkan karenanya, yaitu jika perbuatan tersebut dilakukan dengan kesengajaan atau karena kealpaan.

Sesudah itu diusulkan adanya pasal yang merumuskan makna 'dengan kesengajaan' dan 'karena kealpaan' itu. Rumusan beliau demikian: Dikatakan perbuatan dilakukan dengan kesengajaan apabila sifat perbuatannya yang membahayakan keselamatan masyarakat atau kemungkinannya akan sifat itu telah diinsyafi dan disetujui.

Dikatakan perbuatan dilakukan dengan kealpaan apabila sekalipun menginsyafi akan kemungkinan bahwa perbuatannya bersifat membahayakan keselamatan masyarakat, namun secara serampangan dan kurang penghati-hati menganggap, bahwa sifat tadi tidak akan ada; atau kalau kemungkinan bahwa perbuatan akan bersifat demikian tidak diinsyafi, hal tidak diinsyafinya itu adalah akibat keteledoran dan kurang penghati-hatiannya sendiri, karena sesungguhnya dia memang dapat menginsyafi kemungkinan tersebut.

Dengan adanya pasal-pasal yang diusulkan tadi, maka menurut Prof. Muljatno persoalan tentang unsur-unsur mana dari suatu delik yang dikuasai oleh kesengajaan menjadi irrelevant dan tanpa arti. Dalam semua hal 'yang dikuasai' oleh kesengajaan hanya unsur-unsur yang diperlukan untuk menentukan sifat melawan hukumnya perbuatan saja.

Dengan demikian, apabila pendapat Prof. Muljatno itu diterima berarti adanya *approach* baru sama sekali dan berarti pula bahwa tidak diperlukan lagi adanya penyebutan unsur kesengajaan dalam perumusan sesuatu delik.

13. Bagaimanakah bila KUHP menggunakan sinonim dari kesengajaan?

Pada kenyataannya bahwa KUHP yang ada sekarang ini adalah terjemahan dari WvS. Oleh karena itu, pedoman yang diberikan oleh MvT tidak bisa diabaikan begitu saja. Persoalan lain adalah bagaimana jika pembentuk undang-undang menggunakan sinonim (perkataan pengganti) dari *opzet* (sengaja)? Misalnya ‘yang ia ketahui’ dan sebagainya.

Dalam hal ini bisa dipakai pedoman yang sama seperti pada perkataan ‘sengaja’. Jadi, perkataan tersebut meliputi unsur-unsur yang terletak di belakangnya.

14. Bagaimanakah bila tidak digunakan perkataan sengaja?

Persoalan yang menimbulkan kesukaran ialah jika pembentuk undang-undang tidak menggunakan perkataan *opzet* (sengaja), melainkan memakai kata kerja yang memuat perbuatan di mana tersimpun adanya kesengajaan. Misalnya pada pasal-pasal sebagai berikut:

Pasal 160 : penghasutan (*opruiing*).

Pasal 167 : mengganggu ketenteraman rumah (*huisvredebreuk*).

Pasal 175 : mengganggu dengan kekerasan pertemuan keagamaan yang telah mendapat izin.

Pasal 212 : daga (pejabat, *wederspannigheid*).

Pendapat para ahli hukum bermacam-macam:

- a. Simons dan Pompe (Simons dan Pompe I, halaman 249) berpendapat, bahwa semua unsur dikuasai oleh kesengajaan, kecuali apabila dari undang-undang sendiri atau dari sejarahnya harus disimpulkan sebaliknya.
- b. Jonkers (Jonkers, halaman 52) tetap menganut sistem dari pembentuk undang-undang, bahwa kesengajaan menguasai semuanya yang ada di belakang perkataan yang mengandung kesengajaan itu, kecuali apabila akal sehat atau penafsiran menurut sejarah memaksa untuk berpendapat yang sebaliknya.
- c. Hazewinkel-Suringa (Hazewinkel-Suringa, halaman 124) melihat terjadinya pasal-pasal yang memuat rumusan delik itu dan juga melihat kepada maksud dari pembentuk undang-undang, dilihat pula hubungannya dengan pasal-pasal lain. Diambilnya sebagai contoh Pasal 212 yang dirumuskan sebagai berikut: Barang siapa dengan kekerasan atau ancaman kekerasan melawan seseorang pejabat yang sedang menjalankan tugas yang sah atau orang yang menurut kewajiban undang-undang atau atas permintaan pejabat memberi pertolongan kepadanya diancam karena melawan pejabat (daga), dengan pidana penjara paling lama 1 tahun empat bulan atau denda paling banyak tiga ratus rupiah.

Dalam pasal itu, bahwa perkataan ‘melawan’ harus diartikan sebagai perbuatan yang mengandung kesengajaan. Kemudian dapat ditanyakan, apakah unsur-unsur lainnya dapat diliputi oleh kesengajaan? Konkritnya apakah si pembuat harus tahu di antaranya:

- a. yang dilawan itu seorang pejabat
- b. yang dilawan itu sedang menjalankan/melakukan tugas
- c. tugas yang dilakukan orang itu adalah sah
- d. orang yang dilawan itu memberi pertolongan kepada pejabat tersebut (a, b, c)

- e. pertolongan itu menurut kewajiban undang-undang atau atas permintaan pejabat tersebut.

MvT menyatakan bahwa barang siapa melawan seseorang yang diketahuinya sebagai seorang pejabat yang sedang menjalankan jabatannya (tugasnya) bertindak *suo periculo*, dengan perkataan lain, bertindak atas resikonya; ia dapat dipidana, jika jabatan yang dilakukan itu sah, juga jika hal ini tidak diketahui olehnya.

Jadi mengenai pertanyaan a dan b di atas tidak ada keragu-raguan. Pembuat harus tahu bahwa orang yang dilawan adalah pejabat. Ini bisa dilihat dari pakaian (seragamnya) dan sebagainya.

Mengenai pertanyaan b, jika pejabat yang bersangkutan jelas tidak sedang melakukan tugasnya, misalnya seorang Anggota Polisi Lalu Lintas yang sedang minum-minum di restoran; seorang pegawai Duane yang sedang cuti, maka tidak mungkin ada daga (*wederspanningheid*). Sekarang mengenai pertanyaan atau unsur c ialah sahnya tugas yang dilakukan.

Di sini harus dinyatakan, bahwa barang siapa yang berhadapan (berurusan) dengan seorang pejabat haruslah dapat mengharapkan/memperhitungkan, bahwa pejabat ini boleh melakukan apa yang telah ia lakukan. Dengan perkataan lain, sahnya perbuatan Pejabat itu diobjektifkan. Si pembuat dapat dipidana meskipun ia tidak mengetahui hal itu, sebab disini boleh dikatakan, sedikitnya (setidak-tidaknya) ia dapat mengkira-kirakan hal itu ada (*voorzienbaarheid*). Adanya kesesatan (*dwaling*) mengenai hal terakhir ini tidak bisa meniadakan kesalahan.

Jadi tegasnya mengenai Pasal 212 ini jika pejabat ternyata tidak bertindak dengan sah, orang yang melawan itu tidak dapat dipidana. Sebaliknya jika Pejabat itu bertindak sah (berwenang bertindak), maka orang yang melawan itu dapat dipidana, meskipun perbuatan mengira bahwa Pejabat itu bertindak tanpa kewenangan. Apa yang diuraikan adalah contoh penafsiran secara historis.

Dalam praktik dapat dipakai penafsiran lain-lain (sistematis, teleologis) untuk menentukan apakah kesengajaan meliputi unsur-unsur lain atau tidak. Prof. Oemar Senoadji mengusulkan penggunaan penafsiran futuristis, ialah penafsiran yang dihubungkan dengan keadaan pada masa mendatang.

KUHP (berteks Belanda), merumuskan suatu delik terdapat penyebutan unsur melawan hukum (*wederrechtelijkheid*) di samping unsur kesengajaan, tetapi ada yang tepat berdampingan, ialah sengaja melawan hukum (*wederrechtelijk*) dan ada yang menyisipkan perkataan 'dan' di antara perkataan 'sengaja' dan 'melawan hukum', jadi dirumuskan sebagai 'sengaja dan melawan hukum' (*opzettelijk en wederrechtelijk*). Contoh: Pasal 333: *Hij die opzettelijk iemand wederrechtelijk van de vrijheid berooft of beroof houdt*.

Dalam pasal ini jelas bahwa kesengajaan meliputi melawan hukumnya perbuatan. Dengan perkataan lain, si pembuat harus tahu, bahwa perbuatan yang dilakukan

itu bertentangan dengan hukum, di samping ia berbuat dengan sengaja. Apabila ia dengan iktikad baik (*te goeder trouw*) mengira, bahwa ia dalam keadaan tertentu boleh merampas kemerdekaan seseorang, maka ia dapat dipidana. Di sini ada kesesatan yang bisa membebaskan. Pasal 460: Hij die opzettelijk en wederrechtelijk enig goed dat geheel of ten deele aan een onder toebehoort, vernielt, beschadigt, onbruik baar maakt of wegmaakt, wordt ...

Dalam rumusan (dalam bahasa Belanda) yang demikian ini menjadi persoalan apakah sifat melawan hukumnya perbuatan juga harus diliputi oleh kesengajaan, mengenai hal ini ada 3 paham, yaitu:

a. Redaksi yang berbeda-beda itu ada artinya

Perkataan *en* (dan) menunjukkan kedudukan yang sejajar. Kesengajaan pembuat tidak perlu ditujukan kepada sifat melawan hukum perbuatan. Dengan perkataan lain, sifat melawan hukum ini diobjektifkan. Si pembuat tidak perlu tahu bahwa perbuatannya melawan hukum. Contoh (dari Hazewinkel-Suringa) mengenai Pasal 406: seorang pekerja yang mendapat perintah dari pemilik rumah untuk membongkar rumahnya, tetapi sebelum melaksanakan perintah tersebut, tanpa diketahui olehnya rumah itu ganti pemilik. Ia terus saja membongkar. Ia merusak dengan sengaja dan dengan melawan hukum. Ia dapat dipidana. Penganut ajaran ini adalah Van Hamel, Simons, Pompe, dan Hoge Raad. Dalam arrest tanggal 21 Desember 1914 dimuat antara lain: Karena antara unsur kesengajaan dan unsur melawan hukum ada perkataan *en*, maka unsur melawan hukum tidak diliputi oleh kesengajaan.

b. Perkataan *en* (dan) tidak ada artinya

Semua delik yang memuat unsur 'sengaja melawan hukum' dapat dibaca 'sengaja dan melawan hukum', yang berarti dua hal yang terpisah dan tidak berpengaruh satu sama lain, meskipun tidak ada perkataan *en* (dan) tersebut: Dalam hukum, pendapat ini meragukan.

c. Perkataan *en* (dan) tidak ada artinya

Berbeda dengan pendapat kedua tersebut, pendapat ini justru mengartikan 'sengaja dan melawan hukum' sebagai 'sengaja melawan hukum'. Jadi meskipun, ada perkataan *en*, kesengajaan si pembuat harus ditujukan kepada melawan hukumnya perbuatan, sesuai dengan asas, bahwa semua unsur yang terletak di belakang perkataan sengaja dikuasai olehnya. Jadi menurut pendapat ini dalam contoh tersebut di atas, si pekerja tidak dapat dipidana karena ia sama sekali tidak mengetahui sifat melawan hukumnya perbuatan yang ia lakukan. Penganut ajaran ini adalah Vos, Zevenbergen, dan Langemeyer.

15. Bagaimanakah sikap Prof. Muljatno dalam menerjemahkan *Wetboek van Strafrech* itu?

- a. Pasal 333 WvS diterjemahkan: Barang siapa dengan sengaja dan melawan hukum merampas kemerdekaan seseorang... Sedangkan teks asli berbunyi: *Hij die, opzettelijk iemand, wederrechtelijk van de vrijheid beroeft...*
- b. Pasal 372 WvS diterjemahkan: Barang siapa dengan sengaja melawan hukum mengaku sebagai milik sendiri (*zich toeëigenen*) barang sesuatu... Padahal

teks aslinya ialah: *Hij die opzettelijk eenig goed dat geheel of ten deele aan een onder toebehoort en..., wederrechtelijk zich toeigent...*

Dari kedua terjemahan tersebut dapatlah disimpulkan bahwa bagi Prof. Muljatno perkataan ‘dan’ di antara perkataan ‘sengaja’ dan ‘melawan hukum’ tidak mempunyai arti. Lalu dapat diajukan pertanyaan, apakah dalam hal tersebut kesengajaan si pembuat harus meliputi unsur sifat melawan hukum? Mengingat bahwa Prof. Muljatno berpendirian bahwa kesengajaan itu berwarna, maka dengan sendirinya unsur sifat melawan hukum itu harus dikuasai oleh unsur kesengajaan. Pembuat harus tahu bahwa yang dilakukan itu bersifat melawan hukum.

16. Macam-macam Kesengajaan

Dalam ilmu pengetahuan hukum pidana dikenal beberapa macam kesengajaan, yaitu:

a. Dolus premeditatus

Kesengajaan ini terdapat pada delik yang dirumuskan pada Pasal-pasal 353, 340, 342 KUHP. Dalam delik ini terdapat unsur ‘dengan rencana lebih dahulu’ (*met voorbedachte rade*). Istilah tersebut meliputi bagaimana terbentuknya ‘kesengajaan’ dan bukan merupakan corak atau tingkat kesengajaan.

Menurut MvT untuk *voorbedachte rade* diperlukan ‘saat memikirkan dengan tenang’ (*een tijdstip van kalm overleg, van bedaard nedenken*). Untuk dapat dikatakan ‘ada rencana lebih dulu’, si pembuat sebelum atau ketika melakukan tindak pidana tersebut, memikirkan secara wajar tentang apa yang ia lakukan atau yang akan ia lakukan.

Bagaimanakah menentukan adanya unsur tersebut? Apabila tidak ada pengakuan, maka harus disimpulkan dari hal-hal yang lahir (*objectieve omstandigheden*), ialah dari apa yang terjadi sebelumnya atau apa yang dilakukan si pembuat sebelumnya.

b. Dolus determinatus (lebih pasti) dan indeterminatus (tidak pasti)

Unsurnya ialah pendirian bahwa kesengajaan dapat lebih pasti atau tidak. Pada **dolus determinatus**, misalnya pembuat menghendaki matinya orang tertentu. Sedangkan pada **dolus indeterminatus**, misalnya pembuat menembak ke arah segerombolan orang, atau menembak penumpang dalam mobil yang tidak mau disuruh berhenti, atau meracuni reservoir air minum, dan sebagainya.

c. Dolus alternativus

Si pembuat menghendaki A atau B, berakibat kepada yang satu atau yang lain.

d. Dolus indirectus, Versari in re illicita

Ajaran *dolus indirectus* mengatakan, bahwa semua akibat dari perbuatan yang disengaja, dituju atau tidak dituju, diduga atau tidak diduga, itu dianggap sebagai hal yang ditimbulkan dengan sengaja. Ajaran ini dengan tegas ditolak oleh pembentuk undang-undang.

Macam dolus ini masih dikenal oleh Code penal Perancis. Dolus ini ada, apabila dari suatu perbuatan yang dilarang dan dilakukan dengan sengaja timbul akibat yang tidak diinginkan. Misalnya A dan B berkelahi. A memukul B, B jatuh dan dilindas mobil. Code Penal memandang sebagai *meutre*. Hazewinkel-Suringa menganggap hal ini sebagai suatu pengertian yang tidak baik.

Ajaran dolus indirectus ini mengingatkan orang kepada ajaran kuno (hukum kanonik) tentang pertanggungjawaban, ialah *versari in re illicita*. Menurut ajaran ini seseorang yang melakukan perbuatan terlarang juga dipertanggungjawabkan atas semua akibat (Van Hattum, halaman 269-270).

Dipertanggungjawabkan dalam hukum pidana, meskipun akibat itu tidak dapat dibayangkan sama sekali olehnya dan timbul secara kebetulan. Di Inggris dan Spanyol pengertian *dolus indirectus* adalah sama dengan apa yang disebut *dolus eventualis*.

e. Dolus directus

Kesengajaan si pembuat tidak hanya ditujukan kepada perbuatannya, tetapi juga akibat perbuatannya.

f. Dolus generalis

Pada delik materiil harus ada hubungan kausal antara perbuatan terdakwa dan akibat yang tidak dikehendaki oleh undang-undang hukum pidana. Misalnya: seseorang yang bermaksud untuk membunuh orang lain telah melakukan serangkaian perbuatan dengan mencekik, memukul, menendang kemudian melempar orang itu ke sungai. Menurut otopsi (pemeriksaan bedah mayat): orang itu mati karena tenggelam, akan tetapi pada waktu korban dilempar/dimasukkan ke sungai kondisinya belum mati. Menurut ajaran kuno disini ada *dolus generalis*, ialah tujuan atau keinginan terdakwa secara umum agar orang itu mati, hal itu telah tercapai. Simons menyetujui jenis *dolus generalis* ini.

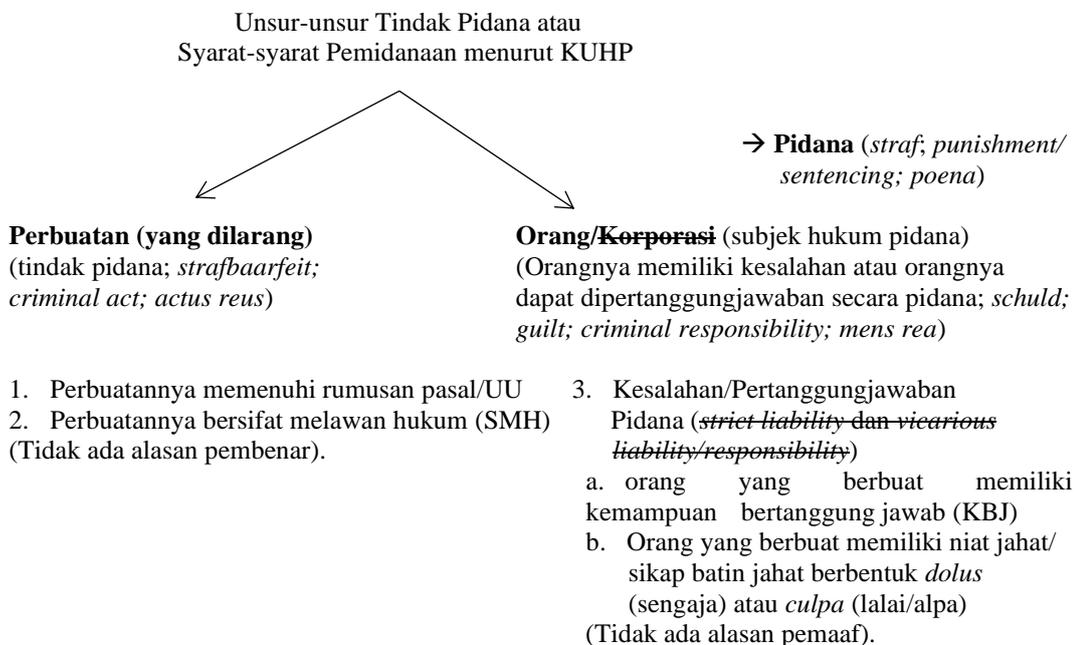
Namun, tidak demikian dengan pendapat penulis lainnya seperti Hazewinkel-Suringa dan Von Hippel, yang menganggap dolus generalis secara dogmatis dipandang tidak tepat. Menurut Hazewinkel-Suringa bahwa serangkaian perbuatan pertama seperti mencekik, memukul, dan menendang dikualifikasikan sebagai ‘percobaan pembunuhan’, sedangkan perbuatan kedua berupa melempar/memasukkan/menenggelamkan korban ke sungai merupakan perbuatan yang terletak atau berada di luar lapangan hukum pidana atau ‘menyebabkan matinya orang karena kealpaannya.

Von Hippel memberi contoh: seorang ibu yang ingin memisahkan/melepaskan/membebasan dirinya dari bayinya menaruhnya di depan panti asuhan dengan harapan bayinya terbawa arus pasang, akan tetapi air pasang malam itu tidak setinggi yang dia harapkan. Akibatnya, bayi itu mati karena kelaparan dan kedinginan. Meskipun jalannya peristiwa tidak tepat seperti yang dibayangkan

oleh si pembuat. Namun karena akibat yang dikehendaki telah terjadi, maka disini ada pembunuhan yang direncanakan.

Pendirian Von Hippel ini sama dengan pendapat HR dalam arrestnya tanggal 26 Juni 1962. Kasusnya: Si korban semula dicekik dan kemudian dilempar ke dalam air. Meskipun dokter ahli mengatakan bahwa sebab kematian adalah dicekiknya si korban, namun putusan berbunyi 'pembunuhan yang direncanakan', bukan percobaan pembunuhan.

Bab 13
KEALPAAN (CULPA)
(Culpa dalam arti sempit)¹, Schuld, Nalatigheid, Recklessness, Negligence, Fahrlässigkeit, Alpa, Sembrono, Teledor, Kurang Hati-hati, Kurang Menduga-duga)



Syarat utama untuk dapat dipidananya seseorang, ialah adanya kesalahan pada orang itu. Kesalahan disini mempunyai arti seluas-luasnya, ialah dapat dicelanya si pembuat tersebut. Hal ini meliputi adanya perbuatan yang bersifat melawan hukum, kemampuan bertanggung jawab dari si pembuat serta hubungan batin antara pembuat dengan perbuatannya yang berupa kesengajaan ataupun kealpaan, yang terakhir disebut ini sebagai bentuk-bentuk kesalahan.

Niat jahat/sikap batin jahat/hubungan batin berupa kesenjangan itu ada, apabila si pembuat **menghendaki perbuatan** yang dilarang itu atau **mengetahui/membayangkan akibat perbuatan** yang dilarang itu. Di samping sikap batin berupa kesengajaan ada pula sikap batin kealpaan yang terdapat dalam beberapa delik. Akibat perbuatan yang dilarang itu timbul karena si pembuat itu alpa, sembrono, teledor, ia berbuat kurang hati-hati atau kurang menduga-duga.

Buku II KUHP terdapat beberapa pasal yang memuat unsur kealpaan yang disebut delik culpa (*culpose delicten*). Delik-delik kealpaan itu antara lain:

Pasal 188 : karena kealpaannya menimbulkan peletusan, kebakaran, dan seterusnya

Pasal 231 ayat (4): karena kealpaannya si penyimpan menyebabkan hilangnya dan sebagainya barang yang disita.

Pasal 359 : karena kealpaannya menyebabkan matinya orang.

¹ Culpa dalam arti luas adalah kesalahan pada umumnya, sedangkan culpa dalam arti sempit adalah bentuk kesalahan berupa kealpaan/kelalaian.

- Pasal 360 : karena kealpaannya menyebabkan orang luka berat, dan sebagainya.
- Pasal 409 : karena kealpaannya menyebabkan alat-alat perlengkapan (jalan kereta api) hancur, dan sebagainya.

Akibat yang tidak dikehendaki oleh undang-undang seperti yang disebutkan dalam pasal/ketentuan tadi terdapat pula pada delik-delik yang memuat unsur kesengajaan. Delik ini tersebut dalam Pasal-pasal 187, 231 ayat (1), (2), (3), 338, 354, 351 ayat (2) dan 408. Perbedaannya ialah bahwa ancaman pidana pada delik-delik kesengajaan ini lebih berat. Hanya pada delik tersebut pada Pasal 360 ayat (1) ialah karena kealpaan menyebabkan orang luka berat. Semenjak adanya Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1960, maka ancaman pidananya menjadi sama dengan delik 'penganiayaan dengan akibat luka berat', Pasal 351 ayat (2) sejauh mengenai pidana penjaranya, yakni maksimum 5 tahun penjara. Perlu diingat bahwa pada delik-delik culpa itu tetap ada unsur kesengajaan dari si pembuat untuk melakukan suatu perbuatan.

Apakah alasan pembentuk undang-undang mengancam pidana perbuatan yang mengandung unsur kealpaan di samping unsur kesengajaan? Menurut MvT adalah 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 perlu bertindak terhadap kekurangan hati-hati, sikap sembrono, teledor, atau *schuld* (kealpaan) yang menyebabkan keadaan tadi (*er zijn feiten, die de algemene veiligheid van personen of goederen zozeer in gevaar brengen of zo groot en onherstelbaar nadeel aan bijzondere personen berokkenen, dat de wet ook de onvoorzichtigheid, de nalatigheid, het gebrek aan voorzorg, in een woord, schuld, waar het feit zijn oorsprong heeft, moet tekeer gaan*) (Smidt I halaman 84, dikutip dari Hazewinkel-Suringa halaman 119).

1. Pengertian Kealpaan atau Culpa (dalam arti Sempit)

KUHP tidak memberikan definisi atau pengertian kealpaan, seperti juga kesengajaan. Menurut MvT adalah kealpaan di satu pihak benar-benar berlawanan dengan kesengajaan. Di pihak lain, berdasarkan tovel atau casus (Smidt I halaman 84 dikutip Hazewinkel-Suringa halaman 136), bahwa kealpaan merupakan bentuk kesalahan yang lebih ringan dari pada kesengajaan, akan tetapi bukan kesengajaan yang ringan.

Beberapa penulis menyebut beberapa syarat untuk adanya kealpaan, yaitu:

a. Hazewinkel-Suringa

Ilmu pengetahuan hukum dan jurisprudensi mensyaratkan adanya *schuld* (kealpaan) sebagai berikut:

- 1) kekurangan penduga-duga
- 2) Kekurangan penghati-hati.

b. Van Hamel

Kealpaan mengandung dua syarat, yaitu:

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

c. Simons

Pada umumnya *schuld* (kealpaan) mempunyai dua syarat/unsur, yaitu:

- 1) tidak adanya penghati-hati
- 2) dapat diduganya akibat.

d. Pompe

Ada tiga macam syarat yang masuk ke dalam kealpaan (*onachtzaamheid*), yaitu:

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

2. Menetapkan Adanya Kealpaan pada Seseorang

Bagaimanakah menetapkan adanya kealpaan pada seseorang, sehingga ia dapat dinyatakan bersalah atau dicela? Kealpaan orang harus ditentukan secara normatif, tidak secara fisik atau psikis (*psychis*). Tidaklah mungkin diketahui sikap batin seseorang secara sesungguhnya, maka untuk mengetahuinya harus ditetapkan dari luar saat ia berbuat dengan mengambil perbandingan ukuran sikap batin orang pada umumnya pada saat orang itu berimajinasi berada dalam situasi yang sama dengan si pembuat itu. 'Orang pada umumnya' berarti tidak boleh orang yang paling cermat, paling hati-hati, atau paling ahli dan sebagainya. Ia harus orang biasa.

Untuk adanya pemidanaan perlu adanya kekurangan hati-hati yang cukup besar. Jadi, harus ada *culpa lata*, bukan *culpa levis* (kealpaan yang sangat ringan). Untuk menentukan adanya kealpaan harus dilihat peristiwa demi peristiwa. Yang memegang ukuran normatif dari kealpaan itu adalah Hakim. Hakim yang harus menilai suatu perbuatan secara *in concreto* dengan ukuran norma penghati-hati atau penduga-duga, seraya memperhitungkan di dalamnya segala keadaan dan keadaan pribadi si pembuat. Segala keadaan yang objektif

dan yang menyangkut si pembuat sendiri harus diteliti dengan saksama.

Untuk menentukan kekurangan penghati-hati dari si pembuat dapat digunakan ukuran apa 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 dilakukan, maka hal tersebut menjadi dasar untuk dapat mengatakan bahwa ia alpa.

Undang-undang mewajibkan seseorang 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’. Bila seorang pengendara tidak mematuhi, maka apabila perbuatan itu mengakibatkan tabrakan, sehingga orang lain luka-luka berat, maka ia dapat dikatakan karena kealpaannya mengakibatkan orang luka berat (Pasal 360 ayat (1) KUHP). Contoh lain dapat diambil dari peraturan-peraturan keselamatan kerja, pelayaran, ilmu kedokteran, dan sebagainya.

Di luar undang-undang pun ada aturan-aturan, ialah berupa kebiasaan untuk kepatutan dalam pergaulan hidup masyarakat yang harus diindahkan oleh seseorang. Misalnya: ada orang yang tetap menghidupkan mesin mobilnya pada waktu mengisi BBM. Apabila perbuatannya itu menyebabkan kebakaran yang membahayakan keselamatan harta benda atau seseorang, maka ia sedikitnya dinyatakan karena kealpaannya mengakibatkan hal-hal tersebut dan dapat dipidana.

Sebaliknya apabila apa yang dilakukan oleh seseorang terdakwa dapat diterima oleh masyarakat, bahkan mungkin sesuai dengan hukum, maka tidaklah ada persoalan apakah ada culpa atau tidak. Dalam hal ini perbuatan tidak bersifat melawan hukum. Dalam hubungan ini Vos mengemukakan, bahwa dalam delik-delik culpa sifat melawan hukum telah tersimpul di dalam culpa itu sendiri.

Vos menyatakan antara lain memang culpa tidak mesti meliputi dapat dicelanya si pembuat, namun culpa menunjukkan tidak patutnya perbuatan itu dan jika perbuatan itu tidak bersifat melawan hukum, maka tidaklah mungkin perbuatan itu perbuatan yang abnormal, jika tidak mungkin ada culpa. Dalam delik *culpoos* tidak mungkin diajukan alasan pembenar (*rechtvaardigingsgrond*).

3. Beberapa Putusan Pengadilan/Hakim

a. Putusan (Majalah Hukum 1952 Nomor 2) Pengadilan Negeri Pontianak: Sebuah kapal motor sungai bermuatan terlalu penuh (*overload*). Krani yang bertugas mengurus dan mengawasi semua pengangkutan barang dan penumpang itu dianggap bertanggung jawab. Ia telah mendapat teguran dari pengawas kapal

dan polisi yang bertugas, namun ia tidak memedulikannya, setidaknya tidaknya mengambil tindakan yang tepat untuk menghindari risiko dan kesukaran yang mungkin terjadi karena derasnya arus sungai Kapuas.

Setelah kapal berangkat, kapal keadaannya miring, kemasukan air dan tenggelam. Akibatnya 7 orang meninggal. Pengadilan Negeri Pontianak menjatuhkan pidana 6 bulan penjara atas diri krani tersebut 'karena melakukan kejahatan karena kesalahannya beberapa orang menjadi mati'. Dalam tingkat banding, Pengadilan Tinggi Jakarta menjatuhkan pidana 9 bulan penjara, dengan memperbaiki dictumnya, sehingga berbunyi: 'karena kealpaannya dalam melakukan pekerjaan telah mengakibatkan kematian beberapa orang'.

Di dalam majalah hukum tersebut terdapat *annotatie* (catatan) dari Wirjono Prodjodikoro yang isinya antara lain, bahwa 'juragan kapal itu dapat pula dipertanggungjawabkan atas tenggelamnya kapal dan matinya orang-orang itu, sebab juragan itu juga tahu hal terlalu beratnya muatannya, bahkan turut memperingatkan si Krani tersebut perihal itu'.

Sudarto² dapat menyetujui pendapat Wirjono Prodjodikoro, sebab juragan itu dapat pula mencegah terjadinya malapetaka apabila ia melarang keberangkatan kapal yang terlalu berat itu. Disini ada persoalan tentang apakah mungkin ada 'turut serta melakukan pada delik *culpoos*'. Hal ini akan dibicarakan dalam bab tentang 'penyertaan' (*deelneming*). Yang jelas dalam kasus tersebut ialah, bawa si Krani bertindak kurang penghati-hati dan dapat pula dikatakan, bahwa ia seharusnya dapat menduga apa yang akan terjadi, mengingat keadaan kapalnya serta sungai yang demikian itu.

b. Kasus yang Dibicarakan dalam bab Kausalitas Teori Generalisasi Halaman (ITR 147, halaman 865)

Seorang pengendara sepeda sekonyong-konyong memotong jalan, sehingga pengemudi mobil yang hendak menghindari tabrakan mengerem mobil dengan tiba-tiba pula. Akibat pengereman itu ia (pengemudi mobil) mendapat trauma, karena tekanan otot yang sangat keras dan mendadak, sehingga ia menderita sakit selama 6 minggu.

Semula terdakwa (pengendara sepeda) diajukan ke *Landgerecht* berdasarkan Pasal 2 yo. 48 WO (*Wegverkeersordonnantie* = Undang-Undang Lalu Lintas Jalan), ialah membahayakan lalu lintas di jalan umum. *Landrechter* (Hakim *Landgerecht*) menolak perkara tersebut karena berpendapat bahwa terdakwa dapat dituntut ex Pasal 360 KUHP, ialah karena kealpaannya menyebabkan orang lain menderita sakit.

Perkara kemudian dikirim ke *Landraad* (sekarang Pengadilan Negeri), akan tetapi *landraad* pun berpendapat bahwa ia tidak berwenang untuk memeriksa perkara itu dengan alasan, bahwa trauma yang diderita oleh pengendara mobil itu adalah akibat dari mengerem dan bukan akibat kealpaan si pengendara motor.

² Sudarto, *Hukum Pidana I*, Yayasan Sudarto, Semarang, 1990, hlm. 128.

Dengan demikian, timbul sengketa mengenai kompetensi pengadilan (*jurisdictie geschil*). Sengketa ini harus diputuskan oleh *Raad van Justitie*. RvJ Batavia menyetujui pendirian *Officier van Justitie* (sekarang Kepala Kejaksaan Tinggi), yang mengemukakan antara lain, bahwa meskipun ada hubungan kausal antara terdakwa dan akibat, namun tidak dapat dikatakan ada kesalahan pada terdakwa, sebab akibat yang terjadi itu sangat luar biasa dan tidak dapat diduga-dugakan lebih dulu oleh terdakwa. Dengan demikian ia tidak dapat dituntut ex Pasal 360 KUHP, tetapi hanya berdasarkan Pasal 2 yo. 48 WO, jadi perkara masuk kompetisi *Landgerecht*.

Hemat kami perkara itu akan lain kesudahannya, Apabila terjadi sekarang (1975) pada waktu itu (tahun 1936) keadaan lalu lintas belum sepadat sekarang, sehingga orang yang tiba-tiba memotong jalan mengakibatkan sakitnya pengendara mobil itu dianggap sebagai yang luar biasa. Saat ini tidak mungkin disebut luar biasa, sebab memotong jalan sudah membawa kewajiban untuk menduga akan adanya kendaraan dari belakang yang mungkin akan menyesal beserta akibat-akibatnya.

c. Putusan *Politierechter* Batavia (5 Desember 1939) dan *Hooggerechtshof* (6 Februari 1940) (ITvR 152 halaman 369)

Duduk perkara: A mengendarai sepeda motor di atas jembatan yang lebar 4 m ia menyusul orang yang berjalan kaki dengan arah yang sama. Ketika hendak dilampau, orang ini justru menyimpang ke kanan, sehingga terlanggar dan meninggal dunia. Apakah disini terdakwa telah berlaku sembrono (*roekeloos*) dan kurang hati-hati (*onvoorzichting*)?

Berbeda dengan pendapat *Officier van Justitie*, *Politierechter* berpendirian bahwa dalam hal ini tidak ada kesembronoan atau kekurangan hati-hati, dengan pertimbangan antara lain sebagai berikut:

- 1) Lalu-lintas di jalan umum tidak menghendaki pengendara sepeda motor yang hendak menyusul orang pejalan kaki yang berjalan ke arah yang sama di sebelah kiri (menyalip dari sebelah kiri), kira-kira 1 1/2 meter dari pagar jembatan yang lebarnya 4 meter itu, untuk membunyikan klakson atau mengurangi kecepatan dalam hal ini tidak ngebut/tinggi, karena masih ada ruang cukup (di sebelah kanan) untuk dilalui sepeda motor itu;
- 2) Lalu-lintas di jalanan itu disesuaikan dengan pemakaian jalan normal;
- 3) dari pengendara sepeda motor itu menurut akal sehat tidak dapat diharapkan untuk bisa menduga, bahwa pejalan kaki itu tiba-tiba ber-reaksi secara keliru, ialah ketika dilalui/dilewati ia bergerak miring ke kanan jalan yang diperuntukkan bagi sepeda motor itu.

RvJ memberi putusan pengadilan lepas dari segala tuntutan pidana (*onstslag van alle rechtsvervolging*). Sedangkan *Hooggerechtshof* memutuskan perkara itu di tingkat banding dengan berpendapat lain di antaranya adalah:

- 1) bahwa terlanggarnya pejalan kaki hingga mati itu bukanlah akibat dari perbuatan terdakwa.
- 2) bahwa sebab dari terlanggarnya pejalan kaki hingga mati itu dalam pemeriksaan di sidang tidak jelas.

Putusan *Hoogerechtshof* (HGH) berbunyi sebagai berikut:

- 1) Membatalkan putusan *Politerechter*;
- 2) Menyatakan kesalahan terdakwa atas apa yang dituduhkan kepadanya tidak terbukti secara sah dan meyakinkan;
- 3) Membebaskan terdakwa (*vrijspraak*).

d. Putusan Raad van Justitie Medan (ITvR 148 halaman 793).

Duduk perkara: Ibu jari A luka, sehingga perlu dipotong. Sebelum dipotong ibu jari harus disuntik agar tidak terasa sakit. Tetapi pembantu dokter yang disuruh dokter untuk mengisi mangkok dengan obat suntik (*tutocaine*) keliru mengisinya dengan *hydrochloras cocaine* 0,5%. Akibat suntikan dengan obat yang keliru ini, sang pasien meninggal dunia.

Raad van Justite berpendapat antara lain, bahwa perbuatan terdakwa mengandung kealpaan, dokter tersebut seharusnya meneliti obat yang akan disuntikkan; kalau tidak, maka ia berbuat atas resiko sendiri dan tidak dapat melemparkan tanggung jawabnya kepada pembantunya. Putusan pengadilan pidana bersyarat 3 bulan kurungan.

4. Kealpaan yang disadari (*bewuste schuld*) dan kealpaan yang tidak disadari (*onbewuste sehuld*)

Pada dasarnya orang yang berpikir dan berbuat itu dilakukan dalam keadaan sadar. Pada delik *culpoos* kesadaran si pembuat tidak berjalan secara tepat. Apabila akibatnya berupa hal yang tidak dikehendaki oleh pembentuk undang-undang, maka dapat terjadi apa yang disebut:

- a. kealpaan yang disadari
- b. kealpaan yang tidak disadari.

Penjelasan-penjelasan:

a. Kealpaan yang Disadari

Si pembuat dapat menyadari tentang perbuatan apa yang dilakukan beserta akibatnya, akan tetapi ia percaya dan berharap akibat perbuatannya tidak akan terjadi.

b. Kealpaan yang Tidak Disadari

Si pembuat melakukan sesuatu perbuatan yang tidak menyadari kemungkinan akan timbulnya sesuatu akibat, pada hal seharusnya ia dapat menduga sebelumnya.

Van Hattum: tidak ada arti praktis. Perbedaan itu bukanlah berarti bahwa kealpaan yang disadari itu sifatnya lebih berat dari pada kealpaan yang tidak

disadari. Kerap kali justru karena tanpa berpikir akan kemungkinan timbulnya akibat malah terjadi akibat yang sangat berat. Van Hattum (halaman 286-287) mengatakan, bahwa 'kealpaan yang disadari itu adalah suatu sebutan yang mudah untuk bagian kesadaran kemungkinan (yang ada pada pembuat), yang tidak merupakan *dolus eventualis*'.

Menurut Sudarto,³ pembedaan tersebut tidak banyak artinya. Kealpaan merupakan pengertian yang normatif bukan suatu pengertian yang menyatakan keadaan (bukan *feitelijk begrip*). Penentuan kealpaan seseorang harus dilakukan dari luar, harus disimpulkan dari situasi tertentu, bagaimana seharusnya si pembuat itu berbuat.

5. Delik *pro parte dolus, pro parte culpa*.

Delik-delik yang dirumuskan dalam Pasal-pasal 359, 360, 188, dan 409 KUHP dapat disebut delik-delik *culpoos* dalam arti yang sesungguhnya. Di samping itu ada delik-delik yang di dalam perumusannya memuat unsur kesengajaan dan kealpaan sekaligus, sedang ancaman pidananya sama. Misalnya: Pasal 480 (penadahan), Pasal 483, 484 (delik yang menyangkut pencetak dan penerbit), Pasal-pasal 287, 288, 292 (delik-delik kesusilaan)

Istilah yang dipakai dalam delik-delik tersebut ialah 'diketahui' atau 'mengerti' untuk kesengajaan dan 'sepatutnya harus diduga' untuk kealpaan. Pada delik-delik ini kesengajaan atau kealpaan hanya tertuju kepada salah satu unsur dari delik itu. Pada delik penadahan ditujukan kepada hal 'bahwa barang yang bersangkutan diperoleh dari kejahatan'.

Pada delik-delik kesusilaan (Pasal 287 dan Pasal 288) ditujukan kepada 'umur wanita belum lima belas tahun, atau kalau umurnya tak ternyata, bahwa belum mampu dikawin'. Pada delik dalam Pasal 292 ditujukan kepada unsur 'belum cukup umur dari orang yang sama kelamin itu'. Pada delik-delik Pasal 483 dan Pasal 484 ditujukan kepada unsur 'pembuatnya/orang yang menyuruh cetak pada saat penerbitan, tidak dapat dituntut, atau menetap di luar Indonesia'.

Muljatno menamakan delik-delik tersebut sebagai delik yang salah satu unsurnya diculpakan. Bagaimana menyatakan unsur kealpaan dalam delik-delik semacam ini dalam surat dakwaan? Disini cukup dicantumkan uraian kata-kata tepat (presis) seperti apa yang dirumuskan dalam undang-undang, jadi misalnya untuk delik dalam Pasal 480:

'... (benda), yang diketahui atau sepatutnya harus diduga, bahwa diperoleh dari kejahatan'. Demikian pula tidak perlu diuraikan apakah dasar dari kealpaan itu. Ada dan tidak adanya kealpaan itu harus dibuktikan dalam pemeriksaan di pengadilan dan ditetapkan oleh Hakim. Pembuktiannya cukup secara normatif, jadi tidak dilihat apakah terdakwa mengetahui.

Dalam hubungan ini pernah ada arrest Hooggerechtshof tersebut (dalam tingkat Kasasi) yang membatalkan keputusan Raad van Justitie Medan, yang

³ Sudarto, Hukum Pidana I, Yayasan Sudarto, Semarang, 1990, hlm. 131.

membebaskan terdakwa yang dituduh melakukan *schuldheling* (Pasal 480), Hooggerechtshof (HGH) menyatakan bahwa *wet* tidak mengharuskan adanya dugaan pada terdakwa sepatutnya harus menduga bahwa barang itu berasal dari kejahatan, dengan sama sekali tidak menganggap penting apakah terdakwa betul-betul mempunyai dugaan atau tidak.

Contoh: pendirian yang menetapkan kealpaan secara psikologis terdapat dalam keputusan *Raad van Justitie* Makassar mengenai perkara pelanggaran Pasal 292. Ini ternyata dari uraian bahwa bagian kalimat dalam undang-undang yang berbunyi: 'sepatutnya harus menduga' (*rederlijkerwijs moet vermoeden*) itu diartikan sebagai 'selayaknya tidak ada kemungkinan lain kecuali terdakwa menduga' (*dat het niet anders mogelijk is of beklagde heeft vermoed*). Terdakwa tidak dipidana. Pendirian ini jelas bertentangan dengan pendapat *Hooggerechtshof* di atas. Mengenai rumusan 'sepatutnya harus menduga' itu menurut Peters sebenarnya itu adalah bukan culpa tetapi kesengajaan.

6. Apakah kealpaan orang lain dapat meniadakan kealpaan dari terdakwa?

Jawaban secara singkat adalah tidak dapat. Contoh: putusan *Politierichter* Medan (ITvR 149 halaman 707). Terdakwa sebagai pengendara mobil tetap dipidana karena ia pada malam hari menabrak gerobak yang tidak memakai lampu. Pengendara gerobak alpa, akan tetapi hal ini tidak meniadakan kealpaan terdakwa. Contoh lain: Seorang pengemudi mobil pada dini hari sekira jam 03.00 Wib menabrak/melanggar 4 orang sekaligus yang sedang tidur di tengah jalan raya. Dalam kasus inipun tidak boleh dilihat 'kealpaan orang lain', akan tetapi tetap harus ditinjau ada atau tidak adanya kealpaan pada pengemudi mobil. Apakah ia kurang hati-hati dan kurang penduga-duga? Bagaimana keadaan mobilnya? Kalau lampunya kurang terang, maka ini merupakan indikasi dari kealpaannya. Apabila lampunya normal, maka seharusnya ia dapat mengetahui orang yang tidur di jalan itu. Kalau tidak, maka ini merupakan kealpaan.

7. Persoalan kesalahan pada tindak pidana berupa pelanggaran

Pada tindak pidana berupa kejahatan diperlukan adanya kesengajaan atau kealpaan. Dalam undang-undang unsur-unsur dinyatakan dengan tegas atau dapat tersimpul dari kata kerja dalam rumusan tindak pidana itu. Dalam rumusan tindak pidana berupa pelanggaran pada dasarnya tidak ada penyebutan tentang kesengajaan atau kealpaan, artinya tidak disebut apakah perbuatan dilakukan dengan sengaja atau alpa. Hal ini penting untuk hukum acara pidana, sebab kalau tidak tercantum dalam rumusan undang-undang, maka tidak perlu dicantumkan dalam surat tuduhan dan juga tidak perlu dibuktikan.

Apakah pada pelanggaran yang dirumuskan sedemikian itu, orang yang melakukan perbuatan yang memenuhi rumusan delik berupa pelanggaran itu mesti dipidana? Apakah pada pelanggaran sama sekali tidak dihiraukan sikap batin si pembuat? Kalau hal ini terjadi, maka berlakulah ajaran *fait materiel* (*de leer van het materiele feit*- ajaran perbuatan materiel).

Mengenai hal itu perlu dikutip apa yang terdapat dalam MvT (Smidt III halaman 175 dikutip Hazewinkel-Suringa cetakan 5 1973, halaman 150), yang kurang lebih berbunyi demikian:

Pada pelanggaran hakim tidak perlu mengadakan pemeriksaan secara khusus tentang adanya kesengajaan, bahkan tentang adanya kealpaan juga tidak, lagi pula tidak perlu memberi keputusan tentang hal tersebut. Soalnya apakah terdakwa berbuat/tidak berbuat sesuatu yang bertentangan dengan undang-undang atau tidak?

Demikianlah pertanyaan yang sederhana itu bila dijawab dengan 'ya', maka terdakwa harus dipidana, kecuali apabila ada alasan penghapus pidana yang terdapat dalam Bab III Buku I KUHP, yang berlaku juga pada pelanggaran (*Bij overtredingen behoeft de rechter naar het bestaan van opzet of zelfs van schuld geen bijzonder onderzoek in te stellen, noch daar over uitdrukkelijk te beslissen. Heeft de beklaagde is strijd met de strafwet iets gedaan of nagelaten? Ziedaar de eenvoudige vraag, wier toestemmende beantwoording tot veroordeling leiden moet, tonzij naar de, ook bij over tredingen toepasselijke, bepalingen van den derden titel van het eersteboek, de stratbaarheid mocht zijn uitgesloten*).

8. Suatu yurisprudensi yang penting untuk perkembangan hukum pidana

Arrest HR tanggal 14 Februari 1916 (Arrest Air dan Susu). Duduk perkara: AB pengusaha susu (*veehouder*) menyuruh me-lever susu kepada para pelanggan. Yang mengedarkan susu itu D, pelayan. Pada suatu ketika susu yang dilever oleh D itu ternyata tidak murni (dicampur air). D tidak tahu menahu tentang hal itu.

Pasal 303a dan Pasal 344 Peraturan Polisi Umum mengancam dengan pidana: Barang siapa yang melever susu dengan nama susu murni, padahal dicampur dengan sesuatu (tidak murni). Ini merupakan tindak pidana berupa pelanggaran. AB dituntut dan dalam tingkat banding dijatuhi pidana. AB mengajukan kasasi, dengan alasan sebagai berikut:

- a. *Rechtbank* Amsterdam salah menerapkan Pasal 47 WvS Belanda (Pasal 55 KUHP), sebab telah memutuskan secara tidak benar, bahwa AB telah menyuruhlakukan perbuatan yang didakwakan, tanpa menyelidiki terlebih dahulu apakah pembuat materiil (ialah D) tidak bertanggung jawab atas perbuatan itu.
- b. tidak menjadi persoalan apakah pembuat materiil (D) dianggap tidak berhak untuk menyelidiki murni dan tidaknya susu yang disuruh me-lever-nya.
- c. terlebih Pasal 303 dan Pasal 344 tersebut mengancam dengan pidana barang siapa yang me-lever susu yang tidak murni tanpa memandang adanya kesalahan atau tidak.

Permohonan kasasi ditolak oleh Hoge Raad dan terhadap alasan yang dikemukakan oleh AB, HR memberi pertimbangan antara lain sebagai berikut:

- a. telah dinyatakan terbukti bahwa pemohon kasasi (AB) telah menyuruh pelayannya (D) untuk melever susu dengan sebutan 'susu murni' padahal dicampur dengan air, hal mana tidak diketahui oleh D.
- b. memang dalam Pasal 303 tidak disebut dengan tegas bahwa orang yang melakukan perbuatan itu harus mempunyai kesalahan (*enige schuld*), akan

tetapi ini tidak dapat disimpulkan bahwa orang yang tidak mempunyai kesalahan sama sekali (*geheel gemis van schuld*) peraturan itu dapat diterapkan kepadanya.

- c. tidak ada suatu alasan pun, terutama dalam riwayat WvS yang memaksa untuk menganggap dalam hal unsur kesalahan tidak dicantumkan dalam rumusan delik, khususnya dalam pelanggaran, pembentuk undang-undang menyetujui sistem, orang yang berbuat harus dipidana yang terdapat dalam undang-undang sekalipun ternyata tidak ada kesalahan sama sekali (*taksi atau avas afwezigheid van alle schuld*).
- d. untuk menerima sistem tersebut (dalam c), yang bertentangan dengan rasa keadilan dan asas 'tiada pidana tanpa kesalahan' yang juga dianut dalam hukum pidana kita, hal ini harus tegas-tegas ternyata dalam rumusan delik.

9. Arrest air dan susu penting untuk perkembangan hukum pidana

Dengan arrest itu mempengaruhi perkembangan hukum pidana, yaitu:

- a. ajaran *fait materiel* pada pelanggaran ditinggalkan.
- b. diakui untuk pertama kalinya oleh badan pengadilan yang tertinggi (Belanda) berlakunya asas 'tiada pidana tanpa kesalahan' (*geen straf zonder schuld*).

Simons sejak tahun 1884 sudah menentang ajaran 'perbuatan materiil' pada pelanggaran itu dengan mengemukakan asas *geen straf zonder schuld*. Di sini tampak bahwa ilmu pengetahuan lebih maju dari praktik hukum pidana. Baru 30 tahun sesudah berlakunya WvS (1886) pengadilan menerima asas tersebut, ialah dalam 'arrest air dan susu' tersebut di atas. Memang asas tersebut bersumber pada rasa keadilan.

Apakah asas *geen straf zonder schuld* bersifat mutlak? Menurut Sudarto, asas itu bersumber pada rasa keadilan, maka harus bersifat mutlak dalam arti bahwa hanya dapat disimpangi oleh undang-undang yang dinyatakan secara tegas-tegas. Namun, apabila seseorang tidak mempunyai kesalahan sama sekali tidak sewajarnya ia dipidana.

10. Fasal 2 Undang-Undang Nomor 7 Drt. Tahun 1955 tentang Tindak Pidana Ekonomi

Dalam hukum positif ada ketentuan yang unik terdapat dalam Undang-Undang Tindak Pidana Ekonomi. Di sini sikap batin pembuat dijadikan ukuran untuk menentukan apakah sesuatu tindak pidana yang dilakukannya itu berupa kejahatan atau pelanggaran. Dalam Pasal 2 ayat (1), kalimat kedua dan ketiga disebut:

..... Tindak Pidana Ekonomi yang lainnya, yang tersebut dalam Pasal 1 sub 1 adalah kejahatan, bila itu dilakukan dengan sengaja. Jika tidak dilakukan dengan sengaja, maka tindak itu adalah pelanggaran. Dalam Pasal 2 ayat (3) disebut: Tindak Pidana Ekonomi tersebut dalam Pasal 1 sub 3e adalah kejahatan; apabila tindak itu tidak mengandung anasir sengaja tindak pidana itu adalah pelanggaran; satu dengan lainnya, jika dengan undang-undang itu tidak ditentukan lain.

Apakah arti 'tidak dilakukan dengan sengaja atau tidak mengandung anasir sengaja'? Apakah ini sama dengan culpa? Secara harfiah 'tidak sengaja' lebih luas

dari pada culpa. Di dalamnya bisa termasuk tidak menyadari apa yang dilakukan dan akibat dari perbuatannya, sampai pula pada kecelakaan.

Dalam penjelasan Undang-undang Tindak Pidana Ekonomi inipun tidak terdapat keterangan tentang apa yang dimaksud dengan 'tidak sengaja'. Apakah hal ini juga meliputi 'tidak ada kesalahan sama sekali (taksi-avas)'? Menurut Sudarto tidak! Adalah bertentangan dengan rasa keadilan, apabila orang dipidana tanpa adanya kesalahan sama sekali, yang berarti tanpa adanya hal yang dapat dicelakan kepadanya, kecuali telah melakukan perbuatan yang memenuhi rumusan undang-undang. Kalau istilah 'tidak sengaja' diganti dengan atau diartikan sebagai culpa, yang sudah merupakan pengertian hukum tersendiri, maka dapat diterima.

Bab 14
ALASAN PENGHAPUS PIDANA
(Strafvuitsluitingsgrond; Grounds of impunity)

KUHP memuat/mengatur Alasan Penghapus Pidana (APP) dalam Buku I Bab III mengenai ‘Alasan-alasan yang Menghapuskan, Mengurangkan, dan Memberatkan Pidana’. Pengertian alasan penghapus pidana, ialah alasan-alasan yang memungkinkan orang yang melakukan perbuatan yang memenuhi rumusan/unsur-unsur delik, akan tetapi (orang/ pelaku/pembuat tindak pidana) tidak dipidana.

MvT dari KUHP (Belanda) dalam penjelasannya mengenai alasan penghapus pidana mengemukakan apa yang disebut ‘alasan-alasan tidak dapat dipertanggungjawabkannya seseorang atau alasan-alasan tidak dapat dipidananya seseorang’. MvT menyebut 2 (dua) alasan, yaitu:

1. Alasan tidak dapat dipertanggungjawabkannya seseorang terletak pada diri orang itu (*inwendig*)
2. Alasan tidak dapat dipertanggungjawabkannya seseorang terletak di luar orang itu (*uitwendig*).

Penjelasan-penjelasan:

1. Alasan tidak dapat dipertanggungjawabkannya seseorang terletak pada diri orang itu (*inwendig*)

Alasan-alasannya ialah:

- a. pertumbuhan jiwa yang tidak sempurna atau terganggu (jiwanya) karena sakit (Pasal 44).
- b. umur yang masih muda (mengenai umur yang masih muda ini di Indonesia dan di Negeri Belanda sejak tahun 1905 tidak lagi merupakan alasan penghapus pidana).

2. Alasan tidak dapat dipertanggungjawabkannya seseorang terletak di luar orang itu (*uitwendig*)

Alasan-alasannya terletak/terdapat dalam Pasal 48 s.d. 51 KUHP, ialah:

- a. daya paksa/memaksa/*overmacht* (Pasal 48)
- b. pembelaan terpaksa (Pasal 49)
- c. melaksanakan undang-undang (Pasal 50)
- d. melaksanakan perintah jabatan (Pasal 51).

Di samping perbedaan yang diterangkan dalam MvT, ilmu pengetahuan Hukum Pidana juga mengadakan pembedaan sendiri, ialah:

1. Alasan penghapus pidana umum, yaitu alasan yang berlaku umum untuk tiap-tiap delik yang disebut dalam Pasal-pasal 44, 48 s.d. 51 KUHP
2. Alasan penghapus pidana khusus, yaitu alasan yang hanya berlaku untuk delik-delik tertentu saja, misal:
 - a. Pasal 166 KUHP: Ketentuan-ketentuan Pasal 164 dan Pasal 165 KUHP tidak berlaku pada orang yang karena pemberitahuan itu mendapat bahaya untuk dituntut sendiri dst. Pasal 164 dan Pasal 165 KUHP memuat ketentuan bila seseorang mengetahui ada makar terhadap suatu kejahatan yang

membahayakan negara dan Kepala Negara, maka orang tersebut harus melapor.

- b. Pasal 221 ayat (2): ‘menyimpan orang yang melakukan kejahatan dan sebagainya’. Disini ia tidak dituntut jika ia hendak menghindarkan tuntutan dari istri, suami, dan sebagainya (orang-orang yang masih ada hubungan darah).

Ilmu pengetahuan hukum pidana juga mengadakan pembedaan lain. Sejalan dengan pembedaan antara **dapat dipidananya perbuatan** dan **dapat dipidananya orang/ pembuat/pelaku**. Penghapusan pidana dapat menyangkut perbuatan atau pembuatnya, maka dibedakan dua jenis alasan penghapus pidana, yaitu:

- a. **alasan pembeda** (*rechtvaardigingsgrond, fait justificatif, Rechtfertigungsgrund*)
 b. **alasan pemaaf** atau **alasan penghapus kesalahan** (*schuld uitsluitingsgrond, fait d’excuse, Entschuldigungsgrund, Schuld ausschliessungsgrund*).

Penjelasan-penjelasan:

- a. **Alasan pembeda** (*rechtvaardigingsgrond, fait justificatif, Rechtfertigungsgrund*)

Alasan pembeda atau **alasan penghapus 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 pembeda yang terdapat dalam KUHP ialah:

- 1) Pasal 49 ayat (1) (pembelaan terpaksa).
- 2) Pasal 50 (melakukan perbuatan untuk melaksanakan ketentuan undang-undang).
- 3) Pasal 51 ayat (1) (melakukan perbuatan untuk melaksanakan perintah jabatan yang diberikan oleh penguasa yang berwenang).
- 4) Adapun mengenai Pasal 48 (daya paksa atau *overmacht*) ada dua kemungkinan dapat merupakan alasan pembeda dan alasan pemaaf.

- b. **Alasan pemaaf** atau **alasan penghapus kesalahan** (*schuld uitsluitingsgrond, fait d’excuse, Entschuldigungsgrund, Schuld ausschliessungsgrund*)

Alasan pemaaf atau **alasan penghapus kesalahan menyangkut pribadi si pembuat, dalam arti bahwa orang ini tidak dapat dicela (menurut hukum) dengan perkataan lain, ia tidak bersalah atau tidak dapat dipertanggungjawabkan, meskipun perbuatannya bersifat melawan hukum.** Jadi di sini ada alasan yang **menghapuskan kesalahan si pembuat**, sehingga tidak mungkin ada pemidanaan.

Alasan pemaaf yang terdapat dalam KUHP, ialah:

- 1) Pasal 44 (tidak mampu bertanggung jawab).
- 2) Pasal 49 ayat (2) (pembelaan terpaksa yang melampaui batas atau *noodweer exces*).

- 3) Pasal 51 ayat (2) (menjalankan perintah jabatan tanpa wewenang/tidak sah dengan iktikad baik mengira perintah diberikan dengan wewenang dan pelaksanaannya termasuk dalam lingkungan pekerjaannya).
- 4) Adapun mengenai Pasal 48 (daya paksa atau *overmacht*) ada dua kemungkinan dapat merupakan alasan pembedah dan alasan pemaaf.

A. Alasan Penghapusan Pidana (Umum) dalam KUHP

Berturut-turut akan dibicarakan Pasal-Pasal 44, 48, 49, 50, dan 51 KUHP.

1. Pasal 44 (Mampu Bertanggung Jawab)

Rumusan Pasal 44 KUHP¹ adalah:

- (1) Barang siapa melakukan perbuatan yang tidak dapat dipertanggungjawabkan padanya, disebabkan karena jiwanya cacat dalam tumbuhnya (*gebrekkige ontwikkeling*) atau terganggu karena penyakit (*ziekelijke storing*), tidak dipidana.
- (2) Jika ternyata bahwa perbuatan tidak dapat dipertanggungjawabkan padanya disebabkan karena jiwanya cacat dalam tumbuhnya atau terganggu karena penyakit, maka hakim dapat memerintahkan supaya orang itu dimasukkan ke dalam rumah sakit jiwa, paling lama satu tahun sebagai waktu percobaan.
- (3) Ketentuan tersebut dalam ayat (2) hanya berlaku bagi Mahkamah Agung, Pengadilan Tinggi dan Pengadilan Negeri.

Pasal 44 KUHP memuat ketentuan bahwa tidak dapat dipidana seseorang yang melakukan perbuatan yang tidak dapat dipertanggungjawabkan kepadanya karena kurang sempurna akal/jiwanya atau terganggu (jiwanya) karena sakit. MvT menyebutkan sebagai tak dapat dipertanggungjawabkan karena terletak di dalam si pembuat itu sendiri.

Tidak adanya kemampuan bertanggung jawab menghapuskan kesalahan, meskipun perbuatannya tetap melawan hukum, sehingga dapat dikatakan suatu alasan penghapusan kesalahan.

2. Pasal 48 (Daya Paksa/*Overmacht*)

Pasal 48 dirumuskan sebagai berikut:

Barang siapa melakukan perbuatan karena pengaruh daya paksa, tidak dipidana.

Apa yang diartikan dengan daya paksa ini tidak dapat dijumpai dalam KUHP. Penafsiran bisa dilakukan dengan melihat penjelasan yang diberikan oleh Pemerintah Negeri Belanda ketika Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (Belanda) itu dibuat. Dalam MvT daya paksa dilukiskan sebagai berikut 'setiap kekuatan, paksaan, atau tekanan yang tak dapat ditahan'. Perihal yang disebut terakhir ini, 'yang tak dapat ditahan' memberi sifat kepada tekanan atau paksaan itu.

¹ Moeljatno, *KUHP Kitab Undang-Undang Hukum Pidana*, Cetakan ke-14, April 1985, Bina Aksara, Jakarta, 1985, hlm. 27.

Yang dimaksud dengan kekuatan, paksaan, atau tekanan disini bukanlah kekuatan, paksaan, atau tekanan yang bersifat mutlak, yang tidak memberi kesempatan kepada si pembuat untuk menentukan kehendaknya, baik untuk melakukan perbuatan maupun mengurungkan niatnya untuk melakukan perbuatan. Kalimat 'tidak dapat ditahan' disini menunjukkan, bahwa menurut akal sehat tak dapat diharapkan dari si pembuat untuk mengadakan perlawanan/menghindari/mengelak adanya daya paksa itu. Oleh karena itu, dalam *overmacht* (daya paksa) dapat dibedakan ke dalam dua hal, yaitu:

- a. *vis absoluta* (paksaan yang absolut).
- b. *vis compulsiva* (paksaan yang relatif).

Penjelasan-penjelasan:

a. *Vis Absoluta* (Paksaan yang Absolut)

Daya paksa atau paksaan yang absolut (*vis absoluta*) dapat disebabkan oleh kekuatan manusia atau kekuatan alam. Dalam hal ini paksaan tersebut sama sekali tak dapat ditahan/dihindarkan. Contoh:

- 1) Tangan seseorang dipegang oleh orang lain, kemudian dipukulkan tangannya itu pada kaca, sehingga kaca menjadi pecah. Orang yang dipegang tangannya itu tidak dapat dikatakan telah melakukan kerusakan benda (Pasal 406 KUHP).
- 2) Orang yang di bawah pengaruh *hypnose*/hipnotis melakukan pembunuhan. Perbuatannya tak dapat dikatakan telah melakukan perbuatan yang disebutkan dalam Pasal 338 KUHP, karena perbuatan membunuhnya itu sama sekali di luar kehendak si pembuat.
Dalam *hypnose* ini harus dilihat keadaan sebenarnya dari si pembuat. Kalau ia hanya dalam pengaruh yang kuat saja, maka tak ada *vis absoluta*, tetapi *vis compulsiva*. Jadi harus dilihat seberapa jauh pengaruh *hypnose* itu pada si pembuat.
- 3) Orang yang tinggal di Krui dipanggil menjadi saksi di Pengadilan Negeri Tanjung Karang. Ketika sorenya ia akan berangkat, perjalanan darat terhenti karena sejak tadi malam Krui terisolir. Pada malamnya terjadi longsor di dua tempat yang menutup akses keluar dari Krui selama tiga hari ke depan. Yang pertama, sebagian ruas jalan Krui menuju Liwa. Yang kedua jalan dari Krui menuju Semaka. Praktis, orang tersebut tidak dapat menghadap pengadilan untuk menjadi saksi.

Pengertian *vis absoluta* seperti contoh di atas tidak termasuk dalam pengertian daya paksa dari Pasal 48 KUHP.

b. *Vis Compulsiva* (Paksaan yang Relatif)

Yang dimaksud dengan daya paksa dalam Pasal 48, ialah daya paksa relatif (*vis compulsiva*). Istilah *gedrongen* (didorong) menunjukkan bahwa paksaan itu sebenarnya dapat ditahan, tetapi orang yang dipaksa itu tak dapat diharapkan dapat mengadakan perlawanan. Muljatno hanya menyebut 'karena pengaruh daya paksa'.

Contoh: A mengancam B seorang kasir bank dengan menempelkan pistol di dada B untuk menyerahkan uang. B dapat menolak dan B masih dapat berpikir untuk

menentukan kehendaknya. Jadi tidak ada paksaan absolut. Memang ada paksaan, akan tetapi masih ada kesempatan bagi B untuk mempertimbangkan apakah ia akan menyerahkan uang itu kepada A atau ia tidak menyerahkan uang itu dan ditembak mati.

Perlawanan terhadap daya paksa/paksaan itu tidak boleh disertai syarat-syarat yang tinggi, sehingga A harus merelakan badan dan nyawa untuk ditembak B, melainkan apa yang dapat diharapkan dari seseorang secara wajar, masuk akal, dan sesuai dengan keadaan. Di antara sifat paksaan di satu pihak dan kepentingan hukum yang dilanggar oleh si pembuat di lain pihak harus ada keseimbangan.

Pada *overmacht* (daya paksa) orang ada dalam keadaan *dwangpositie* (posisi terjepit). Ia ada di tengah-tengah dua hal yang sulit yang sama-sama buruknya. Keadaan ini harus ditinjau secara objektif. Sifat daya paksa ialah bahwa ia **datang dari luar diri si pembuat** dan lebih kuat dari padanya. Jadi harus ada kekuatan (daya) yang mendesak dia kepada suatu perbuatan yang dalam keadaan lain (normal) tak akan ia lakukan dan jalan lain juga tidak ada.

1) Paksaan dari dalam

Arrest HR 26 Juni 1916 (Arrest 'tak mau masuk dinas tentara'). Dalam arrest ini, orang yang tak mau masuk dinas tentara karena merasa keberatan suara hati atau hati nuraninya, meskipun atas perbuatannya itu dia diancam pidana. Orang yang menolak taat pada undang-undang dan memilih mengikuti pandangannya sendiri mengenai keadilan dan kesusilaan merupakan perbuatan yang menyimpang dari ketentuan undang-undang. Perbuatan menyimpang ini tidak bisa diterima.

Namun, di Nederland sejak tahun 1950-an ada perubahan pandangan, yaitu:

- a. Hakim tidak boleh begitu saja mengabaikan alasan keberatan hati nurani. Ia harus memeriksa kemungkinannya masuk ke dalam alasan penghapus pidana yang umum.
- b. Keberatan hati nurani (terhadap masuk dinas tentara) bukan keadaan darurat, tanpa melihat sampai di mana si pembuat itu dapat dicela atas perbuatannya.

2) Keadaan Darurat (*Noodtoestand*)

Dalam *vis compulsiva* (daya paksa relatif) dibedakan antara **daya paksa dalam arti sempit** (atau paksaan psikis/psychis) dan **keadaan darurat**. Daya paksa dalam arti sempit ditimbulkan oleh orang sedang dalam keadaan darurat, paksaan itu datang dari hal di luar perbuatan orang. KUHP tidak mengadakan pembedaan tersebut.

Di Jerman untuk **daya paksa** ada istilah *Notigungstand* (Pasal 52 SGB) dan **keadaan darurat** disebut *Notstand* yang di atur dalam Pasal 54 SGB. **Ada 3 tipe keadaan darurat, yaitu:**

a) Perbenturan antara dua kepentingan hukum

Contoh klasik dari perbenturan antara dua kepentingan hukum adalah 'Papan dari Carneades' dari Cicero, ialah ada dua orang pelaut yang mengalami kapalnya pecah dan keduanya terancam tenggelam. Keduanya ingin menyelamatkan diri dengan berpegangan pada sebuah papan. Padahal papan itu tidak mampu menahan

beban kedua orang itu secara sekaligus. Kalau kedua-duanya bersikukuh tetap berpengangan pada papan itu, maka keduanya akan tenggelam. Oleh karena itu, untuk menyelamatkan dirinya, seorang di antaranya mendorong temannya terlepas dari papan, sehingga yang orang yang didorong itu menjadi tenggelam dan mati. Sementara seorang yang mendorong temannya itu terhindar dari maut.

Orang yang mendorong tersebut tidak dapat dipidana, karena ada dalam keadaan darurat. Mungkin ada orang yang memandang perbuatan itu tidak susila, namun menurut hukum, perbuatan itu dapat dipahami karena naluri setiap orang untuk menyelamatkan diri atau mempertahankan kelangsungan hidupnya. Namun, di negara Rusia dan Inggris tetap memidana orang yang mendorong temannya itu, meskipun pidana yang dijatuhkan diringankan.

b) Perbenturan antara kepentingan hukum dan kewajiban hukum

Misalnya adalah:

1. Orang yang sedang menghadapi bahaya kebakaran rumahnya, lalu masuk dan melewati rumah orang lain guna menyelamatkan barang-barangnya.
2. Seorang pemilik toko kaca mata yang menjual kaca mata kepada seorang yang kehilangan kaca matanya. Padahal pada saat itu menurut Peraturan Penutupan Toko sudah jam tutup toko, sehingga pemilik toko dilarang melakukan penjualan. Namun, mengingat si pembeli itu ternyata tanpa kaca mata tak dapat melihat, sehingga betul-betul dalam keadaan sangat memerlukan pertolongan, maka penjual kaca mata dapat dikatakan bertindak dalam keadaan memaksa dan khususnya dalam keadaan darurat. Permintaan kasasi oleh jaksa terhadap putusan hakim yang menyatakan bahwa, terdakwa (*opticien*) tak dapat dipidana dan melepas terdakwa dari segala tuntutan pidana. Permintaan kasasi tak dapat diterima/ditolak oleh HR (Putusan tgl. 15 Oktober 1923). Terdakwa ada dalam keadaan darurat. Ia merasa dalam keadaan seperti itu mempunyai kewajiban untuk menolong sesama. Arrest ini disebut *Arrest Opticien*.

c) Perbenturan antara kewajiban hukum dan kewajiban hukum

Misalnya adalah:

1. Seorang perwira kesehatan (dokter Angkatan Laut) diperintahkan oleh atasannya untuk melaporkan apakah para perwira-perwira laut yang bebas tugas dan berkunjung ke darat (di kota pelabuhan) terjangkit penyakit kelamin.

Dokter tersebut tak mau melaporkan/menolak perintah atasan, sebab dengan memberikan laporan pada atasannya itu berarti ia melanggar sumpah jabatan sebagai dokter yang harus merahasiakan semua penyakit dari para pasiennya. Di sini dokter itu dihadapkan pada dua kewajiban hukum, yaitu:

- a. Kewajiban hukum melaksanakan perintah atasan (sebagai tentara).
- b. Kewajiban hukum memegang teguh rahasia jabatan (sebagai dokter).

Dokter memberatkan terhadap salah satu pilihannya dengan tetap memegang teguh rahasia jabatannya sebagai dokter, dia memilih tetap merahasiakan penyakit pasiennya, jadi patuh pada sumpah kedokteran. Oleh Pengadilan

Tentara ia dikenakan hukuman 1 (satu) hari, tetapi dokter tadi naik banding, dan Mahkamah Tentara Tinggi membebaskannya karena ia ada di dalam keadaan darurat (putusan tgl. 26 Nopember 1916).

2. Seseorang yang dalam satu hari dipanggil menjadi saksi di dua tempat yang berbeda. Van Hattum (halaman 351) membandingkan daya memaksa dengan *noodtoestand* sebagai berikut:

Pada daya memaksa dalam arti sempit si pembuat berbuat atau tidak berbuat karena satu tekanan *psychis* oleh orang lain atau keadaan. Bagi si pembuat tidak ada penentuan kehendak bebas. Ia didorong oleh paksaan *psychis* dari luar yang sedemikian kuatnya, sehingga ia melakukan perbuatan yang sebenarnya tak ingin ia lakukan.

Pada keadaan darurat si pembuat ada dalam suatu keadaan yang berbahaya yang memaksa atau mendorong dia untuk melakukan suatu pelanggaran terhadap undang-undang.

Contoh keadaan darurat (diambil dari Van Hattum), yaitu:

1. Pencurian yang dilakukan karena lapar (Pasal 352 KUHP), tetapi seorang pengemis yang minta-minta karena sangat membutuhkan oleh HR tidak dianggap sebagai perbuatan yang dilakukan dalam keadaan darurat (lihat Pasal 504 dan Pasal 505 KHUP).
2. Seorang nakhoda kapal diperintahkan untuk meninggalkan perairan kota. Karena istrinya sakit keras dan menurut keterangan dokter pemindahan istrinya dari kapal akan membahayakan jiwanya, maka ia tak mematuhi perintah itu. Di sini Hakim menerima keadaan darurat.
3. Terdakwa bertempat tinggal dalam suatu rumah kereta tanpa memiliki ijin untuk itu. Ijin yang diminta olehnya telah ditolak oleh yang berwajib. Ia mengemukakan, apakah ia harus bertempat tinggal di bawah kolong langit. HR menolak permintaan kasasi dari jaksa yang tak menerima putusan pengadilan tersebut.

KUHP tidak memuat pasal tersendiri untuk keadaan darurat. *Deutsches Strafgesetzbuch* (KUHP Jerman) terdapat pasal yang mengatur tentang *Notigungstand* (Pasal 52) dan *Notstand* (Pasal 54).

Di antara para penulis tak ada kesatuan pendapat apakah daya memaksa dalam Pasal 48 KUHP itu adalah alasan pembenar atau alasan pemaaf adalah:

a. Muljatno

Pandangan Muljatno diikuti oleh muridnya (Mr. Roeslan Saleh) yang memandang daya memaksa itu sebagai alasan pemaaf.

b. Van Hattum

Overmacht sebagai alasan pemaaf (*Verontschuldigungsgrond*) halaman 346 adalah: ‘menurut perasaan saya alasan penghapus pidana tersebut dalam Pasal 48 KUHP hanya terpakai, jika perbuatan tetap bersifat melawan hukum. Perbuatan, yang terpaksa dilakukan karena keadaan, patut dimaafkan’.

Demikian halnya dengan seorang sopir taksi yang takut hilang nyawanya, karena ditodong oleh seorang yang berpistol di belakangnya, melanggar undang-undang (mengendarai mobil dengan kecepatan yang melebihi batas maksimal). Perbuatan sopir itu melawan hukum, tetapi patut dimaafkan karena padanya tidak dapat diharapkan untuk mempertaruhkan nyawanya.

Selanjutnya Van Hattum menyatakan: ‘hanya mereka yang menolak ajaran sifat melawan hukum yang materiil terpaksa meluaskan alasan penghapus pidana dalam *overmacht* hingga meliputi perbuatan yang tidak melawan hukum’.

c. Jonkers (halaman 162)

Setelah mengemukakan daya memaksa yang ada pada *opticien* (penjual kacamata), dengan mensitir apa yang dimuat dalam arrest itu, suatu kewajiban yang mendorong terdakwa sedemikian hebatnya sehingga menghapuskan patut dipidananya pelanggaran menjadi akibatnya, maka Jonkers menganggap Pasal 48 itu sebagai alasan pembenar.

d. Pendirian HR tahun 1923 dalam arrestnya mengenai penjual kacamata

Utrecht mengikuti pendapat Vos. Daya memaksa dalam arti yang sempit (*psychische dwang*) adalah alasan pemaaf, sedang keadaan darurat dapat merupakan alasan pemaaf atau alasan pembenar. Penentuan mengenai apakah keadaan darurat itu merupakan alasan pemaaf atau alasan pembenar harus diadakan secara kasuistis. Dalam halaman 365 Utrecht menyatakan bahwa apabila kita hendak menentukan apakah keadaan darurat itu suatu alasan pemaaf atau alasan pembenar, maka selalu terlebih dahulu kita harus menentukan apakah perbuatan yang dilakukan itu bukan suatu perbuatan yang tidak dapat diterima oleh masyarakat.

Apabila ternyata bahwa perbuatan yang bersangkutan adalah tidak dapat diterima oleh masyarakat, tetapi si pembuat tidak boleh dianggap bertanggung jawab atas perbuatan itu, maka keadaan darurat itu alasan pemaaf, karena keadaan darurat bertujuan menghapuskan pertanggungjawaban pidana si pembuat.

Bila ternyata bahwa perbuatan yang bersangkutan adalah bukannya tidak diterima (jadi diterima) oleh masyarakat, maka keadaan darurat itu adalah alasan pembenar, karena keadaan darurat tersebut bertujuan menghapuskan anasir melawan hukum.

e. Simons

Dalam melihat apakah *overmacht* itu adalah alasan pembenar atau alasan pemaaf, maka Simons memandang sebagai berikut:

- 1) *overmacht* sebagai alasan penghapus kesalahan.
- 2) keadaan darurat sebagai alasan pembenar.

Penjelasan-penjelasan:

1) *Overmacht* sebagai Alasan Penghapus Kesalahan

Kalau perbuatan orang yang dipaksa itu masuk dalam ke rumusan delik, maka perbuatannya bersifat melawan hukum. Simons berpendirian sifat melawan

hukum formil, maka itu patut dipidana, tapi ia tidak dapat dipertanggungjawabkan atas perbuatannya itu. Keadaanlah yang membuat atau menyebabkan si pembuat tidak dapat dicela, sehingga padanya tidak ada kesalahan.

2) Keadaan Darurat sebagai Alasan Pembena

Yang termasuk alasan penghapus sifat melawan hukumnya perbuatan dan patut dipidananya perbuatan itu ialah perbuatan yang dilakukan dalam keadaan darurat. Artinya, dalam keadaan yang memaksa untuk melindungi jiwa dan harta si pembuat sendiri tidak dapat dihindarkan lagi dan terpaksa menyerang kepentingan hukum orang lain.

f. Hazewinkel-Suringa

Dalam halaman 171, Hazewinkel-Suringa tidak menyetujui pemisahan dari sebab daya memaksa dan juga tidak setuju orang yang melihat *overmacht* dalam arti sempit sebagai suatu alasan pemaaf dan keadaan darurat sebagai alasan pembena. Beliau berpendirian bahwa karena sifat dari keadaan-keadaan *overmacht* itu sangat bermacam-macam, maka tidak dapat di katakan sebagai alasan pemaaf atau alasan pembena. Hal ini tergantung pada sifat kejadiannya, apakah itu dimasukkan ke dalam salah satu golongan tersebut.

3. Pembelaan Darurat (*Noodweer*)

Istilah *noodweer* atau pembelaan darurat tidak diatur dalam KUHP. Pasal 49 ayat (1) KUHP² dirumuskan sebagai berikut:

Barang siapa terpaksa melakukan perbuatan untuk pembelaan, karena ada serangan atau ancaman serangan ketika itu yang melawan hukum, terhadap diri sendiri maupun orang lain; terhadap kehormatan kesusilaan (*eerbaarheid*) atau harta benda sendiri maupun orang lain, tidak dipidana.

Pasal 49 ayat (1) KUHP³ dirumuskan sebagai berikut:

Tidak dapat dipidana seseorang yang melakukan perbuatan yang terpaksa dilakukan untuk membela dirinya sendiri atau orang lain, membela diri kesopanan sendiri atau orang lain terhadap serangan yang melawan hukum yang mengancam langsung atau seketika itu juga.

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, maka perbuatannya dianggap tidak melawan hukum. Di sini orang seolah-olah mempertahankan haknya sendiri. Tidaklah dapat diharapkan dari seorang warga negara menerima saja suatu perlakuan yang melawan hukum yang ditujukan kepada dirinya. Padahal negara dengan alat-alat perlengkapannya tidak dapat tepat pada waktunya melindungi kepentingan hukum dari orang yang diserang itu, maka pembelaan darurat itu merupakan alasan pembena. Di sini pembelaan diri ini bersifat menghilangkan sifat melawan hukum.

² Moeljatno, *KUHP Kitab Undang-Undang Hukum Pidana*, Cetakan ke-14, Bina aksara, Jakarta, 1985, hlm. 27.

³ Sudarto, *Hukum Pidana I*, Yayasan Sudarto, Semarang, 1990, hlm. 147.

Dalam pembelaan darurat ada dua hal yang pokok:

- a. ada serangan.
- b. ada pembelaan yang perlu diadakan terhadap serangan itu.

Penjelasan-penjelasan:

a. Ada Serangan

Tidak terhadap semua serangan dapat diadakan pembelaan, melainkan pada serangan yang memenuhi syarat sebagai berikut:

- 1) seketika.
- 2) yang langsung mengancam.
- 3) melawan hukum.
- 4) sengaja ditujukan pada badan, peri kesopanan dan harta benda.

b. Ada Pembelaan yang Perlu Diadakan Terhadap Serangan itu

Tindakan pembelaannya harus memenuhi syarat-syarat sebagai berikut:

- 1) pembelaan harus dan perlu diadakan.
- 2) pembelaan harus menyangkut kepentingan-kepentingan yang disebut dalam undang-undang, yakni serangan pada badan (*lijf*), peri kesopanan (*eerbaarheid*), dan harta-benda (*goed*) kepunyaan sendiri atau orang lain.

Serangan itu dapat merupakan tindak pidana, tapi hal ini tidak perlu asal saja memenuhi syarat-syarat seperti tersebut di atas. Contoh: serangan yang tidak merupakan tindak pidana, misalnya: Dengan tinju mengepal menyerang seseorang; mengambil catatan untuk difotokopi guna kepentingan majikannya, tapi tidak untuk dimiliki sendiri. Persoalan yang timbul pada serangan ialah:

Kapankah ada serangan dan kapankah serangan itu berakhir?

Sebagai contoh: A menunggu B di luar rumah, maka perbuatan A menunggu belum dapat dikatakan ada serangan. Kapan serangan itu ada dan kapan serangan itu berlangsung menurut Hazewinkel-Suringa ialah jika dapat dicegah atau dihilangkan.

Istilah mengancam seketika dan langsung berarti bahwa **serangan itu sedang berlangsung dan juga bahaya serangannya**. Misal: si pembuat dengan pisau terhunus menyerang ke arah korban.

Misal: A menembak B tidak kena dan A tidak menunjukkan akan menembak lagi, tetapi B lalu membalas, maka perbuatan B itu bukanlah perbuatan pembelaan karena terpaksa, karena di sini serangan balasan. Tentu saja perbuatan B itu harus dilihat dalam keadaan yang menyertai perbuatan itu.

Terhadap serangan yang tidak melawan hukum tidak mungkin ada pembelaan darurat

Misal: Polisi atau jaksa mengadakan penyitaan barang atau melakukan penangkapan disertai penyerangan terhadap tubuh si tersangka. Jika tersangka itu lari dan polisi melepaskan anjing polisi untuk menangkapnya, sedangkan orang itu memukul mati anjing tersebut, maka disinipun tidak ada pembelaan darurat. Tersangka harus diancam pidana menurut Pasal 406 ayat (2) KUHP.

Pembelaan darurat tidak mungkin dilakukan terhadap pembelaan darurat

Dalam pembelaan darurat tidak ada perbuatan yang melawan hukum. Dalam hal penyerangan oleh binatang, selain anjing polisi tersebut di atas dapatlah ditanyakan, apakah ada pembelaan darurat atau tidak. Pada pokoknya dapat diterangkan bahwa serangan oleh binatang tidak dapat dikatakan melawan hukum, karena binatang bukanlah subjek hukum. Tetapi perbuatan yang demikian itu adalah perbuatan orang yang membela diri. Jadi dapat dikatakan dalam keadaan darurat.

Dalam serangan yang dilakukan oleh binatang itu perlu dibedakan sebagai berikut:

- a. apakah binatang itu menyerang atas kehendaknya sendiri
- b. apakah binatang itu diusik/disuruh/diperintah oleh seseorang untuk menyerang.

Dalam hal yang disebutkan butir b, maka binatang itu dipandang sebagai alat belaka.

Selanjutnya akan dibicarakan tentang pembelaan yang harus dilakukan atau yang harus diadakan. Ini berarti bahwa tidak ada jalan lain untuk menghindarkan diri dari serangan. Jonkers (halaman 163) menyatakan sebagai berikut: 'Kalau kata-kata dari pasal ini terlalu diartikan secara sempit, maka Pasal 49 tersebut tidak banyak artinya. Hampir tidak ada suatu pembelaan yang perlu dan harus diadakan. Pada umumnya orang dapat menghindarkan diri dengan jalan melarikan diri atau menerima saja serangan itu'.

Maksud dari perumusan itu ialah bahwa harus ada **keseimbangan** antara penyerangan dan pembelaan atau keseimbangan antara perbuatan pembelaan dan kepentingan yang diserang. Misal: seorang yang merasa sakunya dirogoh (dimasuki tangan) copet, kemudian korbannya terus memegang tangan copet tersebut dan menembak mati. Perbuatan menembak mati itu bukannya pembelaan terpaksa dan perlu dilakukan. Orang yang akan dicopet itu dapat berbuat lain selain menembaknya.

Dalam memilih jalan untuk membela diri ini terdapat apa yang disebut **subsidiaritas**, ialah alat atau cara dalam perbuatan pembelaan itu harus dibenarkan oleh keadaan. Contoh: ada pencuri ikan tertembak, sehingga buta. Kebutaan ini karena senapan yang ditembakkan sebelumnya sebagai pencegahan atas tindak pencurian. Dalam hal ini tidak ada pembelaan terpaksa. Di sini asas proporsional dan azas subsidiaritas dilanggar.

Apakah perbedaan antara keadaan darurat dan pembelaan darurat?

1. **Keadaan darurat** dapat dilihat adanya perbenturan antara kepentingan hukum dengan kepentingan hukum, kepentingan hukum dengan kewajiban hukum serta kewajiban hukum dengan kewajiban hukum. Dalam **pembelaan darurat** situasi darurat ini ditimbulkan oleh adanya perbuatan melawan hukum yang bisa dihadapi secara sah. Dengan perkataan lain, dalam **keadaan darurat: hak berhadapan dengan hak**, sedang dalam **pembelaan darurat: hak berhadapan dengan bukan hak**.

2. Keadaan darurat **tidak perlu adanya serangan**, sedangkan dalam pembelaan darurat **harus ada serangan**.
3. Dalam keadaan darurat **orang dapat bertindak berdasarkan berbagai kepentingan atau alasan**, sedangkan dalam pembelaan darurat, **pembelaan itu syarat-syaratnya sudah ditentukan secara limitatif** (Pasal 49 ayat (1)).
4. Sifat dari keadaan darurat **tidak ada keseragaman pendapat dari pada penulis**, yakni ada yang berpendirian sebagai **alasan pemaaf** dan **alasan pembenar**, sedangkan dalam pembelaan darurat para penulis memandang sebagai **alasan pembenar** ialah sebagai penghapus sifat melawan hukum.

Dalam hubungan pembelaan darurat ini ada satu perbuatan orang yang disebut *putatiefnoodweer*, disini kesengajaan dihilangkan karena orang mengira bahwa dia berada dalam keadaan di mana harus mengadakan pembelaan darurat. Dalam hal ini harus dilihat peristiwa dari peristiwa, oleh karena itu harus diterangkan dalam proses verbal.

4. *Noodweer Exces* (Pelampauan Batas Pembelaan Darurat)

Istilah *exces* dalam pembelaan darurat tidak dapat dijumpai dalam Pasal 49 ayat (2) KUHP⁴ yang dirumuskan sebagai berikut:

Pembelaan terpaksa yang melampaui batas, yang langsung disebabkan oleh kegoncangan jiwa yang hebat karena serangan atau ancaman serangan itu, tidak dipidana.

Pasal 49 ayat (2) KUHP⁵ dirumuskan sebagai berikut:

Tidak dipidana seseorang yang melampaui batas pembelaan yang diperlukan, jika perbuatan itu merupakan akibat langsung dari suatu kegoncangan jiwa yang hebat yang disebabkan oleh serangan itu”.

Untuk adanya pelampauan/kelampauan batas pembelaan darurat ini harus ada syarat-syarat sebagai berikut:

- a. kelampauan batas pembelaan yang diperlukan.
- b. pembelaan dilakukan sebagai akibat langsung dari kegoncangan jiwa yang hebat (suatu perasaan hati yang sangat panas).
- c. kegoncangan jiwa yang hebat itu karena adanya serangan, dengan kata lain, antara kegoncangan jiwa tersebut dengan serangan harus ada hubungan kausal.

Penjelasan-penjelasan:

a. **Kelampauan Batas Pembelaan yang Diperlukan**

Pasal 49 ayat (2) dan ayat (1) KUHP itu mempunyai hubungan yang erat, maka syarat pembelaan yang tersebut dalam Pasal 49 ayat (1) KUHP disebut juga sebagai syarat dalam Pasal 49 ayat (2). Di sini pembelaan itu perlu dan harus diadakan dan tidak ada jalan lain untuk bertindak. Cara dan alat tersebut harus dibenarkan pula oleh keadaan.

⁴ Moeljatno, *KUHP Kitab Undang-Undang Hukum Pidana*, Cetakan ke-14, Bina aksara, Jakarta, 1985, hlm. 27.

⁵ Sudarto, *Hukum Pidana I*, Yayasan Sudarto, Semarang, 1990, hlm. 151.

b. Pembelaan Dilakukan sebagai Akibat Langsung dari Kegoncangan Jiwa yang Hebat (suatu Perasaan Hati yang sangat Panas)

Termasuk di sini adalah rasa takut, bingung, dan gelap mata.

c. Kegoncangan Jiwa yang Hebat itu karena Adanya Serangan (Antara Kegoncangan Jiwa dengan Serangan harus ada Hubungan Kausal)

Penyebab kegoncangan jiwa yang hebat itu karena ada penyerangan dan bukan karena sifat mudah tersinggung. Di sini juga yang perlu dilihat apakah serangan itu dapat menimbulkan akibat kegoncangan jiwa yang hebat bagi orang biasa pada umumnya.

Sifat dari *noodweer exces* adalah menghapuskan kesalahan (pertanggungjawaban pidana). Jadi sebagai alasan pemaaf. Perbuatannya tetap bersifat melawan hukum. Di sini pembelaannya tidak seimbang dengan serangannya.

Aditya Wiguna Sanjaya,⁶ seorang Pengajar Hukum Pidana Fakultas Hukum Universitas 17 Agustus 1945 Banyuwangi menjelaskan mengenai Pembelaan Terpaksa yang Melampaui Batas terkait diadilinya seorang siswa yang didakwa melakukan pembunuhan terhadap seseorang yang diduga begal. Berita ini menjadi perbincangan hangat di media sosial. Substansi tulisan ini akan menjelaskan dari aspek teoretis yang sekiranya terkait dengan peristiwa konkret yang saat ini terjadi.

Dalam doktrin hukum pidana, dikenal dengan alasan penghapus pidana, yakni alasan yang memungkinkan seseorang yang telah melakukan perbuatan dan perbuatan tersebut memenuhi unsur dari tindak pidana, namun tidak dipidana. Alasan penghapus pidana ini pun ada yang diatur dalam undang-undang dan ada pula alasan penghapus pidana ada yang diatur di luar undang-undang. Mengenai yang tersebut pertama, di dalam KUHP diatur dalam Buku I Bab III Pasal-pasal 44, 48–51 KUHP. Sedangkan yang tersebut terakhir karena keterbatasan ruang tidak akan dibicarakan dalam tulisan singkat ini.

Aliran dalam Hukum Pidana

Dalam memaknai tindak pidana, pada dasarnya tidak terdapat kesatuan pendapat dari para ahli hukum pidana yang pada akhirnya melahirkan dua aliran, yakni aliran monistis dan aliran dualistis. Aliran dualistis memisahkan dengan tegas antara dapat dipidananya perbuatan dan dapat dipidananya orang yang melakukan perbuatan, konsekuensinya orang yang perbuatannya memenuhi unsur dari rumusan tindak pidana dalam undang-undang, tidak serta-merta akan dipidana, melainkan digantungkan pada syarat apakah orang tersebut dapat dipertanggungjawabkan (apakah terdapat kesalahan pada diri orang tersebut).

⁶ Aditya Wiguna Sanjaya, “Memahami Pembelaan Terpaksa dan Pembelaan Terpaksa yang Melampaui Batas”, Opini, *Jawa Pos-Radar Banyuwangi*, Kamis, 23 Januari 2020.

Sementara aliran monistis ialah sebaliknya, tidak memisahkan antara dapat dipidananya perbuatan dan dapat dipidananya orang yang melakukan perbuatan, konsekuensinya ialah orang yang melakukan perbuatan, dan perbuatan tersebut memenuhi rumusan tindak pidana dalam undang-undang, pasti dipidana. Tegasnya, dalam aliran dualistis memisahkan antara perbuatan dan pertanggung jawaban pidana (kesalahan), sedangkan aliran monistis tidak memisahkan keduanya. Dalam tataran teoretis maupun praktis, aliran dualistis yang dianggap paling memuaskan, sehingga dikenal suatu asas yang fundamental dalam hukum pidana *Geen Straf Zonder Schuld*, tiada pidana tanpa kesalahan.

Alasan Pembena dan Alasan Pemaaf

Bertolak dari perbedaan antara dapat dipidananya perbuatan dan dapat dipidananya orang yang melakukan perbuatan, alasan penghapus pidana dapat pula di bedakan menjadi dua, yakni alasan pembena dan alasan pemaaf. Alasan pembena adalah alasan yang menghapuskan sifat melawan hukumnya perbuatan, meskipun perbuatan yang dilakukan telah memenuhi rumusan tindak pidana dalam undang-undang. Dengan demikian, bilamana perbuatannya tidak melawan hukum, maka tidak mungkin ada ppidanaan. Dalam KUHP alasan pembena ini terdapat dalam Pasal 49 ayat (1) (pembelaan terpaksa), Pasal 50 (melaksanakan perintah undang-undang), dan Pasal 51 ayat (1) (perintah jabatan).

Alasan pemaaf berkaitan dengan diri pribadi orang yang melakukan tindak pidana, dengan adanya alasan ini sekalipun perbuatan yang telah dilakukan bersifat melawan hukum, namun orang yang melakukan perbuatan tidak dapat dicela menurut hukum, dengan kata lain orang tersebut tidak bersalah atau tidak dapat dipertanggungjawabkan. Tegasnya, alasan pemaaf ini adalah alasan yang menghapuskan kesalahan. Ketika tidak terdapat kesalahan pada diri seseorang, maka tidak mungkin ada ppidanaan. Dalam KUHP, alasan pemaaf terdapat dalam Pasal 44 (tidak mampu bertanggung jawab), Pasal 49 ayat (2) (pembelaan terpaksa yang melampaui batas), dan Pasal 51 ayat (2) (melaksanakan perintah jabatan yang tidak sah dengan iktikad baik). Sedangkan mengenai daya paksa dalam Pasal 48 KUHP tidak terdapat kesatuan pendapat di kalangan para ahli hukum pidana, ada yang menyebut sebagai alasan pembena dan ada pula yang menyebutnya sebagai alasan pemaaf.

Sehubungan dengan topik tulisan ini dengan demikian dapat disarikan bahwa, pembelaan terpaksa merupakan alasan pembena, sedangkan pembelaan terpaksa yang melampaui batas merupakan alasan pemaaf.

Pembelaan Terpaksa

Esensi dari pembelaan terpaksa ialah pelaku melakukan tindakan untuk menghindari kejahatan yang lebih besar atau menghindari bahaya yang mengancam. Dalam pembelaan terpaksa terdapat beberapa persyaratan.

Pertama, terdapat serangan seketika, serangan ini secara nyata harus tertuju terhadap badan, martabat, atau kesusilaan dan harta benda diri sendiri atau orang

lain. Antara saat melihat adanya serangan dan saat melakukan pembelaan harus tidak ada jeda waktu yang lama, begitu terjadi serangan seketika itu juga ada pembelaan.

Kedua, serangan tersebut bersifat melawan hukum, dalam arti di sini ialah serangan tersebut melanggar undang-undang.

Ketiga, pembelaan memang harus dan perlu dilakukan, dalam hal ini sudah tidak ada jalan lain lagi untuk menghindari dari serangan tersebut.

Keempat, cara pembelaan adalah patut, syarat ini erat kaitannya dengan beberapa prinsip, yakni:

Prinsip subsidiaritas, dalam arti tidak ada kemungkinan yang lebih baik atau jalan lain, sehingga pembelaan tersebut harus dilakukan, dengan kata lain pembelaan bukanlah suatu hal yang harus dilakukan selama masih bisa menghindari.

Prinsip proporsionalitas, dalam arti tindakan pembelaan yang dilakukan harus seimbang dengan serangan yang dihadapi.

Yang terakhir, ialah prinsip *culpa in causa*, seseorang yang akibat ulahnya sendiri, sehingga diserang oleh orang lain secara melawan hukum, tidak dapat membela diri karena pembelaan terpaksa.

Pembelaan Terpaksa Melampaui Batas

Pembelaan terpaksa yang melampaui batas pada dasarnya dapat terjadi dalam dua kemungkinan.

Pertama, orang yang menghadapi suatu serangan mengalami kegoncangan batin yang begitu hebat, sehingga mengubah pembelaan diri menjadi suatu serangan. Jadi, dalam kemungkinan pertama ini semula terjadi pembelaan terpaksa, kemudian pembelaan tersebut berlanjut sedemikian rupa sehingga melampaui batas serangan yang diterima.

Kedua, orang yang menerima serangan mengalami kegoncangan jiwa yang begitu hebat, sehingga dengan serta-merta melakukan upaya pembelaan diri yang berlebihan.

Untuk adanya pembelaan terpaksa yang melampaui batas ini terdapat tiga persyaratan:

Pertama, kelampauan batas pembelaan yang diperlukan, pada dasarnya antara pembelaan terpaksa dan pembelaan terpaksa melampaui batas terdapat hubungan yang erat. Dengan demikian syarat adanya pembelaan terpaksa juga merupakan syarat dari adanya pembelaan terpaksa melampaui batas. Dalam konteks ini, pembelaan itu memang diperlukan dan harus diadakan karena tidak ada kemungkinan untuk menghindari. Namun, pembelaan yang dilakukan telah melanggar prinsip proporsionalitas yang disyaratkan dalam pembelaan terpaksa. Singkatnya, pembelaan tidak seimbang dengan serangannya.

Kedua, pembelaan dilakukan sebagai akibat langsung dari kegoncangan jiwa yang hebat, termasuk dalam hal ini ialah rasa takut, bingung, dan gelap mata.

Ketiga, kegoncangan jiwa yang hebat itu disebabkan karena adanya serangan.

Jadi, harus ada hubungan kausalitas antara goncangnya jiwa dengan serangan yang diterima.

Sehubungan dengan ada atau tidaknya pembelaan terpaksa atau pun pembelaan terpaksa yang melampaui batas dalam kasus siswa yang didakwa melakukan pembunuhan terhadap seseorang yang diduga begal, tentu sepenuhnya tergantung pada fakta-fakta yang terungkap di persidangan, dan dapat dilihat dalam pertimbangan hakim ketika kasus tersebut sudah mendapatkan vonis nanti.

5. Menjalankan Peraturan/Ketentuan Undang-Undang (Pasal 50)

Pasal 50 KUHP⁷ dirumuskan sebagai berikut:

Barang siapa melakukan perbuatan untuk melaksanakan ketentuan undang-undang, tidak dipidana.

Rumusan versi lain, Pasal 50 KUHP⁸ dirumuskan sebagai berikut:

Tidak dipidana seseorang yang melakukan perbuatan untuk melaksanakan peraturan undang-undang.

Pada awalnya HR menafsirkan menjalankan ketentuan undang-undang secara sempit, ialah undang-undang dalam **arti formil**, ialah hasil perundang-undangan yang dirumuskan oleh DPR dan Raja. Kemudian pendapat HR berubah dengan mengartikan secara **materiil**, yaitu tiap peraturan yang dibuat oleh pembentuk undang-undang yang umum. Dalam hubungan ini, apakah perlu bahwa peraturan undang-undang itu menentukan kewajiban untuk melakukan suatu perbuatan sebagai pelaksanaan. Pada umumnya cukuplah bila peraturan itu memberi wewenang dalam melaksanakan perundang-undangan ini diberikan suatu kewajiban. Orang dapat melaksanakan/menjalankan perintah undang-undang secara sendiri, akan tetapi dapat pula menyuruh orang lain untuk melaksanakan undang-undang.

Dengan perkataan lain, kewajiban/tugas itu diperintahkan oleh peraturan undang-undang. Dalam Hukum Acara Pidana dan Hukum Acara Perdata dapat dijumpai adanya kewajiban dan tugas/wewenang yang diberikan pada pejabat/orang untuk bertindak, untuk dapat membebaskan diri dari tuntutan. Jadi untuk dapat menggunakan Pasal 50 ini tindakan harus dilakukan secara **patut, wajar dan masuk akal**.

Dalam tindakan seperti dalam daya memaksa dan pembelaan darurat harus ada keseimbangan antara tujuan yang hendak dicapai dengan cara pelaksanaannya. Misalnya: Anggota polisi yang menembak mati seorang pengendara sepeda yang

⁷ Moeljatno, *KUHP Kitab Undang-Undang Hukum Pidana*, Cetakan ke-14, Bina aksara, Jakarta, 1985, hlm. 27.

⁸ Sudarto, *Hukum Pidana I*, Yayasan Sudarto, Semarang, 1990, hlm. 152.

melanggar peraturan lalu lintas karena tidak mau berhenti padahal sudah dibunyikan tanda peluitnya, tidak dapat berlindung di bawah Pasal 50 ini.

Kejengkelan Anggota Polisi itu tidak dapat membenarkan tindakannya. Perbuatan orang yang menjalankan peraturan undang-undang tidak bersifat melawan hukum, sehingga Pasal 50 tersebut merupakan alasan pembenar. Terkadang dalam melaksanakan peraturan undang-undang dapat bertentangan dengan peraturan lain. Dalam hal ini dipakai pedoman *Lex specialis derogat legi generali* atau *Lex posterior derogat legi priori*.

6. Melaksanakan Perintah Jabatan (Pasal 51 ayat (1) dan (2))

Pasal 51 KUHP dirumuskan sebagai berikut:

- (1) Barang siapa melakukan perbuatan untuk melaksanakan perintah jabatan yang diberikan oleh penguasa yang wenang, tidak dipidana.
- (2) Perintah jabatan tanpa wenang, tidak menyebabkan hapusnya pidana, kecuali jika yang diperintah, dengan iktikad baik mengira bahwa perintah diberikan dengan wenang, dan pelaksanaannya termasuk dalam lingkungan pekerjaannya.

Rumusan versi lainnya, Pasal 51 ayat (1):

Tidak dipidana seseorang yang melakukan perbuatan untuk melaksanakan perintah jabatan yang sah.

Orang dapat melaksanakan perintah jabatan sendiri, akan tetapi dapat menyuruh orang lain untuk melaksanakan perintah jabatan. Jika seorang melakukan perintah yang sah ini, maka ia tidak melakukan perbuatan yang melawan hukum. Misal: Seorang Anggota Polisi berpangkat Komisaris Polisi (Kopol) mendapat perintah dari seorang Anggota Polisi berpangkat Ajun Komisaris Besar Polisi (AKBP) untuk menangkap penjahat. Anggota Polisi berpangkat AKBP tersebut berwenang untuk memerintahkannya. Jadi, Anggota Polisi berpangkat Kopol tersebut melaksanakan perintah jabatan yang sah.

Kapan perintah itu dikatakan sah? Bila perintah itu berdasarkan **tugas, wewenang, atau kewajiban yang didasarkan kepada suatu peraturan undang-undang**. Antara orang yang diperintah dan orang yang memerintah itu harus ada hubungan jabatan dan harus ada hubungan subordinasi, meskipun sifatnya sementara, misalnya permintaan bantuan oleh Polisi Pamongpraja kepada Kepolisian Negara RI (Polri) dan/atau Tentara Nasional Indonesia (TNI) (Pasal 418 KUHP).

Dalam Pasal 51 KUHP cara melaksanakan perintah harus **patut, wajar, harus seimbang dan tidak boleh melampaui batas kepatutan**. Perintah jabatan ini adalah alasan pembenar.

Pasal 51 ayat (2) KUHP: Melaksanakan/melakukan perintah jabatan yang tidak sah

Suatu perintah jabatan yang tidak sah menghapuskan dapat dipidananya seseorang. Perbuatan orang ini (pelaku intelektual) tetap bersifat melawan hukum,

akan tetapi pembuatnya (pelaku fisik) tidak dipidana, apabila memenuhi syarat-syarat sebagai berikut:

- a. Jika ia mengira dengan iktikad baik (jujur hati) bahwa perintah itu sah.
- b. Perintah itu terletak dalam lingkungan wewenang dan orang yang diperintah.

Contoh:

1. Seorang Anggota Polisi mendapat perintah dari Kepala Polisi untuk menangkap seorang agitator dalam suatu rapat umum terhadap seorang yang disangka telah melakukan kejahatan, tetapi ternyata perintah itu tidak beralasan atau tidak sah. Dalam kasus ini Anggota Polisi tidak dapat dipidana karena:
 - a. ia patut menduga bahwa perintah itu sah.
 - b. pelaksanaan perintah itu ada dalam batas wewenangnya.
2. Seorang Kepala Kantor memerintahkan kepada Bendaharawan untuk mengeluarkan sejumlah uang guna pembelian mobil yang tidak masuk dalam mataanggaran. Andaikata Bendaharawan itu melaksanakan perintah tersebut apa akibatnya? Perintah tersebut tidak sah karena pembelian mobil itu tidak masuk dalam wewenang Bendaharawan tersebut, karena pembelian/pengeluaran/pembayaran yang dilakukan oleh Bendaharawan itu sudah ditentukan dalam pos-pos anggaran pada tahun berjalan. Apabila Bendaharawan memenuhi perintah kepala kantor, maka ia dapat dipidana, karena ia patut menduga bahwa perintah jabatan itu tidak sah.

Catatan:

Mengenai ketaatan seorang bawahan kepada atasannya, menurut Hazewinkel-Suringa (dalam halaman 189) mengatakan, bahwa ketaatan yang membuta tidak men-*disculpeert* (tidak menghapuskan patut dipidananya perbuatan).

3. Seorang Kepala Polisi memerintahkan anak buahnya untuk memukuli seorang tahanan yang menjengkelkan. Andaikata bawahan itu mengira bahwa perintah itu sah, maka ia tetap dapat dipidana, karena memukul seorang tahanan bukan merupakan wewenang seorang Anggota Polisi.

Sifat dari perbuatan seorang yang melakukan perbuatan karena perintah jabatan yang tidak sah ialah perbuatannya tetap sebagai perbuatan yang melawan hukum, tetapi berhubung dengan keadaan pribadinya, maka ia tidak dapat di pidana. Keadaan tersebut adalah merupakan alasan pemaaf

B. Alasan Penghapus Pidana yang Ada di Luar Undang-Undang (KUHP)

Di muka telah dibicarakan tentang alasan penghapus pidana berupa alasan pembenar dan alasan pemaaf (alasan penghapus kesalahan) yang terdapat di dalam KUHP. **Di luar undang-undang hukum pidana** pun ada alasan penghapus pidana, misalnya:

1. hak orang tua/guru untuk menertibkan anak-anak atau anak didiknya (*tuchtrecht*);

2. hak yang timbul dari pekerjaan (*beroepsrecht*) seorang dokter, apoteker, bidan dan peneliti ilmiah (misalnya: *vivisectie*);
3. ijin atau persetujuan orang yang dirugikan kepada orang lain mengenai suatu perbuatan yang dapat dipidana, apabila dilakukan tanpa ijin atau persetujuan (*consent of the victim*);
4. mewakili urusan orang lain (*zaakwaarneming*);
5. tidak adanya unsur sifat melawan hukum yang materiil (Ingat: Arrest Dokter Hewan);
6. tidak adanya kesalahan sama sekali (taksi atau avas) (ingat: Arrest Susu dan Air).

Alasan penghapus pidana yang disebut pada nomor 1 - 5 merupakan alasan pembenar, sedangkan yang disebut pada nomor 6 adalah alasan pemaaf (alasan penghapus kesalahan).

C. Alasan Penghapus Pidana *Putatief*

Ada kemungkinan bahwa seseorang mengira telah berbuat sesuatu daya paksa/keadaan darurat/pembelaan darurat/menjalankan peraturan undang-undang/melaksanakan perintah jabatan yang sah, dalam kenyataannya tidak ada alasan penghapus pidana untuk perbuatan tersebut. Dalam hal ini ada alasan penghapus pidana *putatief*. Dapatkah orang yang melakukan perbuatan dengan keadaan itu dipidana? Sesuai dengan pendapat Van Bemmelen bahwa orang itu tidak dapat dijatuhi pidana, apabila dapat diterima secara wajar bahwa ia boleh berbuat seperti itu. Ia dapat berlindung pada *taksi* (avas). Ia tidak dapat dicela atas perbuatannya. Alasan penghapus pidana *putatief* merupakan alasan penghapus kesalahan (alasan pemaaf).

D. Alasan Penghapus Penuntutan (*vervolgingsuitsluitingsgrond*)

Selain alasan penghapus pidana, masih ada alasan penghapus penuntutan. Dalam hal ada keadaan yang membuat sesuatu ketentuan/peraturan undang-undang pidana tidak boleh diterapkan, sehingga Jaksa tidak boleh melakukan penuntutan si pembuat. Alasan penghapus penuntutan menurut KUHP, misalnya:

1. Pasal 2 – 8 KUHP.
2. Pasal 61 dan Pasal 62 untuk penerbit dan pencetak.
3. Tidak adanya pengaduan pada delik aduan.
4. Pasal 76 (*ne bis in idem*), Pasal 77 (matinya terdakwa), Pasal 78 (daluwarsa).

E. Draft RUU KUHP per 14 September 2019

Paragraf 8

Alasan Pembenar

Pasal 31

Setiap Orang yang melakukan perbuatan yang dilarang tidak dipidana jika perbuatan tersebut dilakukan untuk melaksanakan ketentuan peraturan perundang-undangan.

Pasal 32

Setiap Orang yang melakukan perbuatan yang dilarang tidak dipidana jika perbuatan tersebut dilakukan untuk melaksanakan perintah jabatan dari Pejabat yang berwenang.

Pasal 33

Setiap Orang yang melakukan perbuatan yang dilarang tidak dipidana jika perbuatan tersebut dilakukan karena keadaan darurat.

Pasal 34

Setiap Orang yang terpaksa melakukan perbuatan yang dilarang tidak dipidana jika perbuatan tersebut dilakukan karena pembelaan terhadap serangan atau ancaman serangan seketika yang melawan hukum terhadap diri sendiri atau orang lain, serta kehormatan dalam arti kesusilaan atau harta benda sendiri atau orang lain.

Pasal 35

Ketiadaan sifat melawan hukum dari Tindak Pidana sebagaimana dimaksud dalam Pasal 12 ayat (2) merupakan alasan pembenar.

Naskah Akademik RUU KUHP per 14 September 2019

Alasan Penghapus Pidana (APP)

a) Alasan Pembenar

Jenis-jenis alasan pembenar masih mengacu pada KUHP lama, dimana alasan pembenar dirumuskan sebagai berikut :

1. orang yang melakukan perbuatan yang dilarang, tetapi dilakukan untuk melaksanakan ketentuan peraturan perundang-undangan, tidak dipidana.
2. setiap orang yang melakukan perbuatan yang dilarang, tetapi perbuatan tersebut untuk melaksanakan perintah jabatan, tidak dipidana.
3. setiap orang yang melakukan perbuatan yang dilarang karena keadaan darurat, tidak dipidana.
4. setiap orang yang terpaksa melakukan perbuatan yang dilarang karena pembelaan terhadap serangan atau ancaman serangan seketika yang melawan hukum terhadap diri sendiri atau orang lain, kehormatan kesusilaan, harta benda sendiri atau orang lain, tidak dipidana karena melaksanakan UU; melaksanakan perintah jabatan yang sah; keadaan darurat; atau pembelaan terpaksa.

Walaupun demikian, alasan pembenar lainnya (yang tidak diletakkan di bawah judul alasan pembenar, tetapi tersimpul/tersirat dalam pasal lain), adalah tidak adanya sifat melawan hukum secara materiel (asas AVAW – *Afwezigheid Van Alle Materiele Wederrechtelijkheid*).

b) Alasan Pemaaf

Alasan pemaaf terdiri dari kesalahan mengenai fakta dan kesalahan mengenai hukumnya (*error facti & error iuris*); daya paksa (relaktif); pembelaan terpaksa yang melampaui batas (*noodweer exces*); dengan iktikat baik melaksanakan perintah jabatan yang tidak sah. Terdapat alasan pemaaf lainnya (yang tidak diletakkan di bawah judul alasan Pemaaf, tetapi tersimpul/tersirat dalam pasal lain), yaitu tidak adanya kesalahan (asas *geen straf zonder schuld*); tidak mampu bertanggung jawab; dan anak dibawah umur 12 tahun.

Ke depan perlu dipikirkan agar ketiga alasan pemaaf lainnya yang tidak dimasukkan secara eksplisit ke dalam sub-judul “alasan pemaaf” itu, kemudian di masukkan dalam sub-judul “alasan pemaaf”.

Perubahan lain dalam pemidanaan adalah sbb:

- a. Reformulasi pedoman pemidanaan dengan menambahkan faktor permaafan dari korban/keluarganya;
- b. Pidana mati ditegaskan sebagai pidana yang bersifat khusus;
- c. Istilah pidana nominal untuk anak, diubah menjadi pidana verbal;
- d. ada penegasan prinsip, bahwa pidana penjara terhadap anak hanya digunakan sebagai upaya terakhir.
- e. dimasukkannya/ditegaskannya ide “*diversi*” (*diver-sion*) di dalam *Rule 17.4 Beijing Rules* yang mengandung prinsip bahwa demi kepentingan anak (dengan mempertimbangkan tujuan dan pedoman pemidanaan), hakim setiap saat dapat menghentikan atau tidak melanjutkan proses pemeriksaan.
- f. dalam hal pidana denda untuk anak, ditambahkan ayat yang menegaskan bahwa minimum khusus pidana denda tidak berlaku terhadap anak.
- g. Pidana tambahan dapat dijatuhkan sebagai pidana yang berdiri sendiri atau bersama-sama dengan pidana pokok, dan dapat dijatuhkan bersama-sama dengan pidana tambahan lainnya.
- h. diadakan pedoman/aturan pelaksanaan pidana denda terhadap korporasi.

Buku-buku:

- A. Mulder, *Commentaar op de Wet op de economische delicten*, Zwolhe, 1970.
- Abadinsky, Howard, *Probation and Parole, Theory and Practice*, Prentice Hall Inc., Englewood Cliffs, New Jersey, 1977.
- Abdullah, Mustafa dan Ruben Achmad, *Intisari Hukum Pidana*, Ghalia Indonesia, 1983.
- Adji, Indriyanto Seno, “Perspektif Mahkamah Konstitusi Terhadap Perkembangan Hukum Pidana” dalam Mardjono Reksodiputro, *Pengabdian Seorang Guru Besar Hukum Pidana*, Jakarta, Bidang Studi Hukum Pidana Sentra HAM FHUI Badan Penerbit FHUI 2007.
- , dalam Putusan MK RI No. 069/PUNDANG-UNDANG-II/2004 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Pemberantasan Korupsi terhadap UUD NRI Tahun 1945, yang diterbitkan Sekretaris Jenderal dan Kepaniteraan MK RI.
- Adji, Oemar Seno, “Kasasi Perkara Pidana”, dalam Guru Pinandita *Sumbangsih untuk Prof. Djokosoetono, S.H.*, Lembaga Penerbit Fakultas Ekonomi Universitas Indonesia, Jakarta, Desember 1984.
- Ali, Mahrus, *Dasar-dasar Hukum Pidana*, Sinar Grafika, Jakarta Timur, 2011.
- , *Hukum Pidana Korupsi*, UII PRESS, Yogyakarta, 2016.
- , *Pengantar Hukum Pidana Terorisme*, Editie Pustaka, Yogyakarta, 2015.
- Allot, Anthony, *The Limits of Law*, Butterwoth & Co. Ltd, London, 1980.
- Amiruddin, *Korupsi dalam Pengadaan Barang dan Jasa*, Genta Publishing, Yogyakarta, 2010.
- Amiruddin, *Unsur Melawan Hukum*, Genta Press.
- Amrani, Hanafi dan Mahrus Ali, *Sistem Pertanggungjawaban Pidana Perkembangan dan Penerapan*, Rajagrafindo Persada, Depok, 2015.
- Amrullah, Arief, *Politik Hukum Pidana*, Genta Publishing, Yogyakarta, 2015.
- Andrisman, Tri, *Hukum Pidana Asas-asas dan Dasar Aturan Umum Hukum Pidana Indonesia*, Universitas Lampung, Bandar Lampung, 2011.

- Arief, Barda Nawawi, *Hukum Pidana Indonesia*, Undip, Semarang, 2010.
- , *Sari Kuliah Hukum Pidana II*, Badan Penyedia Bahan Kuliah Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, Semarang, 1993.
- , *Sari Kuliah Hukum Pidana Lanjutan*, Universitas Diponegoro, Semarang, 2009.
- , *Hukum Pidana Laut*, Universitas Diponegoro, Semarang, 2016.
- , *Kapita Selekta Hukum Pidana tentang Sistem Peradilan Pidana Terpadu*, Universitas Diponegoro, Semarang, 2011.
- , *Kapita Selekta Hukum Pidana*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 2010.
- , *Kebijakan Formulasi*, Pustaka Magister, Semarang, 2012.
- , *Kebijakan Hukum Pidana*, Kencana, Jakarta, 2008.
- , *Kebijakan Legislatif dalam Penanggulangan Kejahatan dengan Pidana Penjara*, Genta Publishing, Yogyakarta, 2010.
- , *Masalah Penegakan Hukum dan Kebijakan Penanggulangan Kejahatan*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2001.
- , *Pelengkap Bahan Kuliah Hukum Pidana I*, Yayasan Sudarto, Cetakan I, 1990.
- , *Pelengkap Hukum Pidana I*, Revisi 2012, Pustaka Magister, Semarang, 1990.
- , *Pembaruan Hukum Pidana*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 2005.
- , *Penegakan Hukum Pidana dalam Konteks Sistem Hukum Nasional (Siskumnas) dan Pembangunan Nasional (Bangnas)*, disajikan dalam SESPIM POLRI, di Lembang, 26 Agustus 2008.
- , *Perbandingan Hukum Pidana*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2011.
- , *Perkembangan Sistem Pemidanaan di Indonesia*, Universitas Diponegoro, Semarang, 2009.
- , *Perkembangan Sistem Pemidanaan di Indonesia*, Pustaka Magister, Semarang, 2011.
- , *Pidana Mati*, Pustaka Magister, Semarang, 2012.

- , *Sistem Pemidanaan dalam Rancangan KUHP Baru (Tinjauan Khusus dalam Rangka Penyusunan Buku II Rancangan KUHP Baru)*, makalah, Semarang, Januari 1988.
- , *Tujuan dan Pedoman Pemidanaan*, Pustaka Magister, Semarang, 2011.
- Asep, *Pendekatan Ekonomi dalam Hukum Terhadap Kejahatan Korporasi*, Grasindo, Jakarta, 2018.
- Asshiddiqie, Jimly dan M. Ali Safa'at, *Teori Hans Kelsen tentang Hukum*, Konpres, Jakarta, 2012.
- Atkins, Burton, Mark Porgrebin, *The Invisible Justice System, Discretion and The Law, Criminal Justice Studies*, Anderson Publishing Co., 1978.
- Atmasasmita, Romli, *Asas Tiada Pidana Tanpa Kesalahan*, Gramedia Pustaka Utama, Palmerah Barat, 2017.
- Austin, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, Lecture I, Edited by Wilfrid E. Rumble, Cambridge University Press, Cambridge, 1955.
- Austin, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, Lecture I, Edited by Wilfrid E. Rumble, Cambridge University Press, Cambridge, 1955.
- B. Ter Haar, *Beginselen en Stelsel van het Adat-recht*
- Barak, Aharon, *The Judge In a Democracy*, Princenton, Princenton University Press, 2006.
- Barnes and Teeters, *New Horizons in Criminology*, Prentice Hall of India Private LTD, New Delhi, 1966.
- Bassiouni, M. Cherrif, *The Protection of Human Rights In The Administration of Criminal Justice*, Transnational Publs., Inc, New York, 2004.
- Beccaria, Cesare, *On Crimes and Punishments, Introduction*, by Marvin Wolfgang, Foreword by Mario Cuomo, translated by Jane Grigson, Marsilio Publisher, New York 1996.
- Bemmelen, J.M. Van, *Hukum Pidana Hukum Penitentier 2*, Bina Cipta, Bandung, 1986.
- , J.M. Van, *Ons Strafrecht, Deel 1, Het Materiele Strafrecht Algemeen Deel*, Groningen, H.D. Tjeenk Willink, 1986.

- , *Ons Strafrecht I, Het Materiele Strafrecht Algemeen Deel*, H.D. Tjeenk Willink Aephen aan den Rijn, Holland, 1979.
- Bianchi, Herman, *Governmentele en non-gouvermentele, Kriminologie: een meta-probleem*, dalam Tijdschrift voor Criminologie, Oktober 1974.
- Binding, *Die Normen und ihre Uebertretung*, Cetakan I 1890, Cetakan II 1914-1916.
- Blumstein, Alfred, et.al., *Research On Sentencing: The Search For Reform*, Volume II, 1983.
- BPHN, *Simposium Sejarah Hukum*, Binacipta, Jakarta, 1975.
- Budiarti, "Asas-asas Hukum Nasional di Bidang Hukum Pidana", makalah disampaikan pada Seminar Asas-asas Hukum Nasional yang diselenggarakan oleh BPHN, Departemen Kehakiman, Jakarta, 18-20 Januari 1985.
- Burton Atkins, Mark Porgrebin, *The Invisible Justice System, Discretion and The Law, Criminal Justice Studies*, Anderson Publishing Co., 1978.
- C. Van Vollenhoven, *Het Adatrecht van Nederlansch-Indie*.
- C.J.M. Schuyt, *Rechtsociologie een terreinverkenning*, Rotterdam, 1971.
- C.S.T. Kansil dan Christine S.T. Kansil, *Latihan Ujian Hukum Pidana*, Sinar Grafika, Jakarta, 2010.
- , *Sejarah Hukum di Indonesia*, Suara Harapan bangsa, Jakarta, 2014.
- , *Sejarah Hukum di Indonesia*, Suara Harapan Bangsa, Jakarta, 2011.
- Cesare Beccaria, *On Crimes and Punishments, Introduction*, by Marvin Wolfgang, Foreword by Mario Cuomo, translated by Jane Grigson, Marsilio Publisher, New York 1996.
- Ch. J. Enschede, *Beginselen van Strafrecht*, Kluwer-Deventer, Holland, 1981.
- , dan A. Heijder, *Beginselen van het Nederlansche Strafrecht*, Deventer, Uitg. Kluwer B.V., 1974.
- Chazawi, Adami, *Tindak Pidana Mengenai Kesopanan*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2005.

- , *Kejahatan Terhadap Keamanan dan Keselamatan Negara*, Raja Grafindo Persada, 2002.
- Christiansen, Karl O., *Some Considerations on the Possibility of a Rational Criminal Policy*, Resource Material Series (RMS) No. 7, *Unafei*, Japan, 1974.
- Cortens, G.J.M., *het Nerderlands strafprocesrecht*, tweede druk, Gouda Quint bv, Arnhem, 1995.
- Council of Europe Criminal Law Convention on Corruption, 1999.
- Cross, Sir Rupert, *The English Sentencing System*, Butterworths, London, 1975.
- D. Hazewinkel-Suringa, *Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht*, bewerk door J. Remmelink, Groningen, H.D., Tjeenk Willink B.V., 1983.
- D. Simons, *Leerboek van het Nederlansche Strafrecht*, I, Bijgewerk door W.P.J. Pompe, Groningen-Batavia, Noordhoff N.V., 1941.
- D. Simons, *Nederlansch-Indisch Strafrecht*, dalam themis, 1919.
- Dewi, Erna, *Sistem Minimum Khusus dalam Hukum Pidana*, Pustaka Magister, Semarang, 2013.
- Dwidjodarmo, Paulus Moeljadi, *Istilah-istilah Hukum Bahasa Belanda*, PT Karya Nusantara, Jakarta, 1983.
- E. Utrecht, *Hukum Pidana I*, Jakarta, Penerbitan Universitas, 1956.
- Enschede, Ch. J., *Beginselen van Strafrecht*, Kluwer-Deventer, Holland, 1981.
- Enshede, Ch. J., *Beginselen van Strafrecht*, Deventer, 1969.
- Firganefi dan Ahmad Irzal Fardiansyah, *Hukum dan Kriminalistik*, Justice Publisher, Bandar Lampung, 2014.
- Gandasubrata, Purwoto S., "Tugas Hakim Indonesia"-*Sumbangsih untuk Prof. Djokosoetono, S.H.*, Lembaga Penerbit Fakultas Ekonomi Universitas Indonesia, Jakarta, Desember 1984.
- Hamel, G.A. Van, *Inleiding tot de Studie van het Nederlandsche Strafrecht*, Vierde Druk, bijgewerk door J.V. Van Dijck, Haarlem, 's Gravenhage, De Erven F. Bohn-Gebr. Belinfante. 1927.
- Hamel, G.A. Van, *Toespraak bij de invoering Wetboek van Strafrecht op 1 September 1886*, dalam verspreide opstellen Leiden, 1912.

- Hamzah, Andi dan RM Surachman, *Pre-Trial Justice Discretionary Justice*, Sinar Grafika, Jakarta, 2015.
- , *Asas-asas Hukum Pidana*, Bhinneka Cipta, Jakarta, 1991.
- , *Asas-Asas Hukum Pidana*, PT Yarsif Watampone, Jakarta, 2005.
- , *Delik-delik Tertentu*, Sinar Grafika, Jakarta, 2009.
- , *Terminologi Hukum Pidana*, Sinar Grafika, Jakarta, 2008.
- Hartono, Sunarjati, *Capita Selecta Perbandingan Hukum*, Alumni, Bandung, 1976.
- Hattum, Van, *Leerboek van het Nederlands Strafrecht*.
- Hattum, W.F.C. van, *Hand en Leerboek van het Nederlandse Strafrecht*, deel I, 's Gravenhage, Martinus Nijhoff, 1953.
- Hiariej, Eddy O.S., *Prinsip-prinsip Hukum Pidana*, Penerbit Universitas Atma jaya, Yogyakarta, 2014.
- , *Prinsip-prinsip Hukum Pidana*, Penerbit Universitas Atma jaya, Yogyakarta, 2014.
- Hoefnagels, G. Peter, *The Other Side of Criminology*, Kluwer Deventer, Holland, 1973.
- , *Anderen dan daders*, Deventer, 1966.
- , *Beginselen van Criminologie*, Deventer, 1969.
- Hol, Anthony dan Marc Loth, *Reshaping Justice, Judicial Reform and Adjudication in the Netherlands*, Maastricht, Shaker Publishing BV, 2004.
- Huijbers, Theo, *Filsafat Hukum*, Penerbit Kanisius, 1995.
- Hulsman, LHC, *Handhaving van Recht*, Deventer, 1966.
- , *Straftoemeting, dalam Straf*, 1961.
- ICISS, *The Responsibility to Protect*, 2001.
- Idema, H.A., *Hoe Spant gij de boog*, S-Gravenhoge, 1931.
- Iyer, V.R. Krishna, *Social Mission of Law*, Bombay, Orient Longman, 1976.

- Jaya, Nyoman Serikat Putra, *Hukum Pidana Khusus*, Universitas Diponegoro, Semarang, 2016.
- Jonkers, J.E. *Hukum Pidana Hindia Belanda*, Bina Aksara, Jakarta, 1987.
- , *Handbook van het Nederlansche Indische Strafrecht*, Leiden, E.J. Brill, 1946.
- Kansil, C.S.T. dan Christine S.T. Kansil, *Sejarah Hukum di Indonesia*, Suara Harapan bangsa, Jakarta, 2014.
- Kanter, E.Y. dan S.R. Sianturi, *Asas-asas Hukum Pidana dan Penerapannya*, Storia Grafika, 2002.
- Kantorowicz, *Tat und Schuld*, 1933.
- Kaplan, John, *Simplified Grading*, 1975.
- Karni, *Tindak Pidana Ekonomi, Het Economisch Delict*, Jakarta, 1955.
- Kartanegara, Satochid, *Hukum Pidana Kumpulan Kuliah Bagian Dua*, Balai Buku Mahasiswa, Jakarta, 1981.
- , *Hukum Pidana Kumpulan Kuliah Bagian Satu*, Balai Lektur Mahasiswa, Jakarta, 1981.
- Kelsen, Hans, *Teori Hukum Murni, Dasar-dasar Ilmu Hukum Normatif sebagai Ilmu Hukum Empirik Deskriptif*, alih bahasa Drs. Somardi, Cetakan I, Rimdi Press, Jakarta, 1995.
- Kirchheimer, Otto, *Political Justice: The Use of Legal Procedure for Political Ends*, Princeton University Press, 1961.
- Koziell, K. Poklewski-, Alternatives to Imprisonment in the New Polish Penal Code, dalam Edward M. Wisw and GOW. Mueller, *Studies in Comparative Criminal Law*, Charles C. Thomas Publ USA, 1874.
- Lemaire, W.L.G., *Het Wetboek van Strafrecht voor Nederlensche Indie vergeleken met het Nederlansche Wetboek van Strafrecht*, Batavia-Centrum, Noordhoff-Kolff, 1934.
- Loqman, Loebby, *Hukum Acara Pidana Indonesia*, Data.com, Jakarta, 2001.

- Loth, Marc A., *Court In Quest For Legitimacy, A Comparative Approach, a paper has been presented at the University of Brno (Czech Republic) on October 2005.*
- Mannheim, Herman, *The Dilemma of Penal Reform*, Unwin Brothers Ltd. London, 1939.
- Marbun, Rocky, *Telaah Kritis-Filosofis Praktik Peradilan Pidana*, CV Arti Bumi Intaran, Yogyakarta, 2019.
- Marpaung, Leden, *Tindak Pidana Terhadap Kehormatan*, Sinar Grafika, Jakarta, 2010.
- Mertokusumo, Sudikno, *Sejarah Peradilan & Perundangan Republik Indonesia*, Cahya Atma Pustaka, Yogyakarta.
- Moeljatno, *Azas-azas Hukum Pidana*, Bina Aksara, Jakarta, 1987.
- , *KUHP Kitab Undang-Undang Hukum Pidana*, Cetakan ke-14, April 1985, Bina Aksara, Jakarta, 1985.
- , *Membangun Hukum Pidana*, Bina Aksara, Jakarta, 1985.
- Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Teori-teori dan Kebijakan Pidana*, Alumni, Bandung, 1984.
- , *Teori-teori dan Kebijakan Pidana*, Alumni, Bandung, 1992.
- Muladi, Beberapa Catatan tentang Rancangan Undang-Undang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana, Makalah disampaikan pada *Sosialisasi RUU KUH*, yang diselenggarakan oleh Departemen Hukum dan HAM, Jakarta, 21 Juli 2004.
- , *Demokratisasi Hak Asasi Manusia, dan Reformasi Hukum di Indonesia*, The Habibie Center, Jakarta, 2002.
- , *Kapita Selekta Sistem Peradilan Pidana*, Universitas Diponegoro, Semarang, 1995.
- , *Kumpulan tulisan tentang Rancangan Undang-Undang KUHP*, Jakarta, Depkumham RI, 2004.
- , *Lembaga Pidana Bersyarat*, Alumni, Bandung, 1985.
- , Pendekatan “Restorative Justice”, makalah dalam *Sistem Peradilan Pidana dan Implementasinya dalam Sistem Peradilan Anak*, Ceramah di Program S2 Undip dan USM, 1 November 2013.

- , *Statuta Roma Tahun 1998 tentang Mahkamah Pidana Internasional*, Alumni, Bandung, 2011.
- , tentang Jenis-jenis Pidana Pokok Dalam KUHP, makalah disampaikan pada Lokakarya Bab-bab Kodifikasi Hukum Pidana tentang Sanksi Pidana, diselenggarakan oleh BPHN-Departemen Kehakiman, Jakarta, tanggal 5-7 Februari 1986.
- Nitibaskara, Ronny Rahman, *Kapita Selekta Sosiologi Kepolisian*, UM Jakarta Press, Tangerang Selatan, 2018.
- , *Ragam dan Jenis Kejahatan Kontemporer di Indonesia*, UM Jakarta Press, Tangerang, 2018.
- Noach, W.M.E., *Economie en strafrecht*, Jakarta/Groningen.
- Robinson, O.F., *The Sources of Roman Law, Problems and Methods for Ancient Historians*, Routledge, London and New York, 1997.
- Packer, H.L., *The Limits of the Criminal Sanction*, Stanford University Press, California, 1968.
- Peters, A.A.G., *Het rechtskarakter van het strafrechts*, Deventer, 1972.
- , *Opzet en schuld in het Strafrecht*, Groningen-Deventer, A.E.E. Kluwer, 1966.
- Poernomo, Bambang, *Asas-asas Hukum Pidana*, Ghalia Indonesia, Jakarta Timur.
- , *Pelaksanaan Pidana Penjara dengan Sistem Pemasyarakatan*, Liberty, Yogyakarta, 1985.
- Pompe, W.P.J., *Handbook van het Nederlandse Strafrecht*, Zwolle, N.V. Uitgevermaatschappij E.E. Tjeenk Willink, 1959.
- Pradja, Achmad Soema di, *Asas-asas Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, 1982.
- Priyatno, Dwidja, *Hukum Pidana Indonesia*, Pustaka Reka Cipta, Bandung, 2018.
- Prodjodikoro, Wirjono, *Asas-asas Hukum Pidana di Indonesia*, PT Eresco, Bandung, 1986.
- , *Hukum Acara Pidana di Indonesia*, Sumur Bandung, 1983.
- Rahardjo, Satjipto, *Sisi-sisi Lain dari Hukum di Indonesia*, Penerbit Buku Kompas, 2003.

- Rahmawati, Mety, *Dasar-dasar Penghapusan Penuntutan, Penghapusan, Peringatan dan Pemberatan Pidana dalam KUHP*, Universitas Trisakti, Jakarta, 2014.
- Rammelink, Jan, *Hukum Pidana, Komentar atas pasal-pasal terpenting dari Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Belanda dan Padanannya dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Indonesia*, Jakarta, Penerbit Gramedia, 2003.
- Robinson, O.F., *The Sources of Roman Law, Problems and Methods for Ancient Historians*, Routledge, London and New York, 1997.
- Rosidah, Nikmah, *Asas-asas Hukum Pidana*, Pustaka Magister, Semarang, 2011.
- , *Pertanggungjawaban Kejahatan dalam Hukum Pidana Internasional*, Penerbit Pustaka Magister, Semarang, 2011.
- Sahetapy, J.E., *Parodos dalam Kriminologi*, Rajawali, Jakarta, 1982.
- Saleh, Roeslan, *Segi Lain Hukum Pidana*, Jakarta, Ghalia Indonesia, 1984, hlm. 21-22.
- , *Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana*, Aksara Baru, Jakarta, 1983.
- , *Segi Lain Hukum Pidana*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1984.
- , *Stelsel Pidana Indonesia*, Aksara Baru, Jakarta, 1983.
- Santoso, Topo, *Asas-asas Hukum Pidana Islam*, PT Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2016.
- Sastrawidjaja, Sofjan, *Hukum Pidana*, Armico, Bandung, 1990.
- Sauer, Wilhem, *Grundlagen des strafrecht*, Leipzig, 1921.
- Setiadi, Edi dan Rena Yulia, *Hukum Pidana Ekonomi*, Graha Ilmu, Yogyakarta, 2010.
- Siahaan, R.O., *Hukum Pidana I*, Rao Press, Cibubur, 2009.
- , *Hukum Pidana II*, Rao Press, Cibubur, 2009.
- , *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Rao Press, Cibubur, 2009.
- Sidharta, Bernard Arief, *Refleksi tentang Struktur Ilmu Hukum*, Penerbit CV Mandar Maju, Bandung, 2000.

- Simon, Gerhard, *Grundzur der Schwedschen kriminalrechtsreform*, Carisrume, 1966.
- Siong, Han Bing, *An Outline of Recent History of Indonesian Criminal Law*, 's Gravenhage, Martinus Nijhoff, 1961.
- Siswanto, Arie, *Mahkamah Kejahatan Internasional*, Ghalia Indonesia, Bogor, 2005.
- Siswanto, Heni dan Erna Dewi, *Hukum Pidana Internasional dan Hak Asasi Manusia*, Justice Publisher, Bandar Lampung, 2015.
- Siswanto, Heni, *Dimensi Hukum dan Hak Asasi Manusia Kejahatan Perdagangan Orang*, Indepth Publishing, Bandar Lampung, 2013.
- Smidt, H.J., *Memorie van Toelichting, dalam Geschiedenis van het weibboek van strafrecht*, deel I, 1891.
- Sofian, Ahmad, *Ajaran Kausalitas Hukum Pidana*, Prenadamedia Group, Jakarta, 2018.
- Subekti, "Pembinaan Hukum Perdata Nasional oleh Yurisprudensi Indonesia", *Sumbangsih Untuk Prof. Djokosoetono, S.H.*, Lembaga Penerbit Fakultas Ekonomi Universitas Indonesia, Jakarta, 1984.
- Sudarto, *Hukum dan Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, 1983.
- , *Hukum dan Hukum Pidana*, Alumni, Cetakan ke-5, 2007, Bandung, 2007.
- , *Hukum Pidana dan Perkembangan Masyarakat*, Sinar Baru, Bandung, 1983.
- , *Hukum Pidana I*, Yayasan Sudarto Fakultas Hukum Undip Semarang, 1990.
- , *Kapita Selektta Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, 1981.
- , *Pemidanaan, Pidana dan Tindakan*, BPHN, 1982.
- Sulistian, Teguh dan Aria Zurnetti, *Hukum Pidana Horizon Baru Pasca Reformasi*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2012.
- Sunarso, Suswanto, *Filsafat Hukum Pidana*, RajaGrafindo Persada, Depok, 2015.
- Sunarto, *Keterpaduan dalam Penanggulangan Kejahatan*, Anugrah Utama Raharja, Bandar Lampung, 2016.

Supanto, *Kejahatan Ekonomi Global dan Kebijakan Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, 2010.

Surachman, RM dan Andi Hamzah, *Jaksa di Berbagai Negara*, Penerbit Sinar Grafika, Jakarta 1996.

Suteki, *Masa Depan Hukum Progresif*, Thafamedia, Yogyakarta, 2015.

Suwondo, *Hukum Pidana*, Liberty, Yogyakarta, 1982.

Vos, H.B., *Leerboek van Nederlands Starfrecht*, Haarlem, H.D. Tjeenk Willink & Zoon N.V., 1950.

Vrij, *Ter Effening*, Pidato Perpisahannya sebagai Guru Besar, 25 Oktober 1949.

Walker, Nigel, *Sentencing in a Rational Society*, Pelican Book, Penguin Books, Middlesex, England, 1972.

Wiarda, G.J., *Drie typen van rechtsvinding*, Zwolle, 1972.

Zevenbergen, *Leerboek van het Nederlandsch Strafrecht*, 1924.

Perundang-Undangan dan Lain-lainnya:

KUHP (Kitab Undang-Undang Hukum Pidana).

KUHAP (Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana).

Undang-Undang Nomor 23 Tahun 1997 tentang Pengelolaan Lingkungan Hidup.

Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman.

Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2004 tentang Kejaksaan.

Putusan Mahkamah Konstitusi RI No. 003/PUU-IV/2006 25 Juli 2006.

Putusan PN Jakarta Utara-Jakarta Timur No. 46/PID/78/UT/WANITA, 17 Juni 1978.

Salah satu putusan pengadilan yang tidak mengharamkan digunakannya tujuan pemidanaan sebagai dasar putusan, adalah putusan hakim Bismar Siregar, S.H. dalam kasus Ny. Elda (Ellya Dato), Putusan PN Jakarta Utara-Jakarta Timur No. 46/PID/78/UT/WANITA, 17 Juni 1978; Putusan Mahkamah Konstitusi RI No. 003/PUU-IV/2006 25 Juli 2006 mengenai penjelasan Pasal

2 UU Tindak Pidana Korupsi, terkesan mengharamkan sifat melawan hukum materiel (sumber hukum tidak tertulis).

United Nations, Departement of Economic and Social Affairs, *Fourth UNO Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders*, New York, 1976.

Laporan Akhir Tim Kompendium Bidang Hukum Pidana, BPHN, 1994-1995.

Bahan Penataran Nasional Hukum Pidana dan Kriminologi VII, “Perkembangan Sistem Pemidanaan di Indonesia”, diselenggarakan di UBAYA, 2005.

Radar Lampung dan Tribun Lampung, Senin 18 Mei 2020, hlm. 1. Data diperbaharui oleh www.dinkes.lampungprov.go.id Kamis, 21 Mei 2020 Pukul 11.56 WIB.

HUKUM PIDANA

Menuju Pemikiran Positivistik
yang Berkeadilan dan Berkebenaran

Hukum Pidana merupakan salah satu cabang dari tata hukum Indonesia, disamping cabang hukum lain seperti Hukum Perdata, Hukum Tata Negara, Hukum Administrasi, Hukum Dagang, Hukum Internasional, Hukum Lingkungan, Hukum Pertanahan, dan sebagainya. Hukum Pidana pun masih terikat dan terkait dengan cabang hukum-hukum tersebut, dalam keberlakuannya tentunya tidak dapat berdiri sendiri, di antara Hukum Pidana dan hukum-hukum lainnya terdapat hubungan yang erat satu dengan lainnya.

Namun, hubungan itu tidak saja terjadi di bidang/lapangan hukum, akan tetapi Hukum Pidana memiliki hubungan erat dengan Kriminologi, Kriminalistik, Penologi, Psikologi (Kriminal), Psikiatri (Kriminal), Sosiologi (Kriminal), Ekonomi, Antropologi, Statistik Kriminal, dan sebagainya.

Hukum Pidana adalah bagian dari keseluruhan hukum yang berlaku di suatu Negara yang menyelenggarakan aturan untuk menentukan perbuatan yang tidak boleh dilakukan/dilarang/terlarang dengan disertai ancaman sanksi pidana bagi orang atau korporasi yang melanggar perbuatan terlarang tersebut.



 penerbit pusaka
 pusakamedia@gmail.com
 @pusaka_media

ISBN 978-623-7560-99-9

