

# **DISERTASI**

## **SIFAT MELAWAN HUKUM DAN KESALAHAN DALAM PERTANGGUNGJAWABAN PIDANA**



**AGUS RUSIANTO  
NIM : 031170113**

**PROGRAM DOKTOR  
PROGRAM STUDI ILMU HUKUM  
FAKULTAS HUKUM - UNIVERSITAS AIRLANGGA  
SURABAYA  
2015**

**SIFAT MELAWAN HUKUM DAN KESALAHAN  
DALAM PERTANGGUNGJAWABAN PIDANA**

**DISERTASI**

**Untuk Memperoleh Gelar Doktor Ilmu Hukum Pada Program Doktor  
Program Studi Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Airlangga  
dan Dipertahankan di Hadapan Panitia Ujian Doktor Tahap II (Terbuka)**

**AGUS RUSIANTO  
NIM : 031170113**

**PROGRAM DOKTOR  
PROGRAM STUDI ILMU HUKUM  
FAKULTAS HUKUM - UNIVERSITAS AIRLANGGA  
SURABAYA  
2015**

## LEMBAR PENGESAHAN

Disertasi ini telah disetujui untuk Ujian Tahap II (Ujian Terbuka)

Tanggal : 10 Februari 2015

Promotor,

**Prof. Dr. Didik Endro Purwoleksono, S.H., M.H.**  
NIP 196220325 198601 1 001

Ko Promotor I

Ko Promotor II

**Prof. Dr. Nur Basuki Minarno, S.H. M.Hum.**  
NIP. 19631013 198903 1 002

**Dr. Sarwirini, S.H. M.S.**  
NIP.19600929 198502 2 001

Mengetahui:  
Ketua Program Studi Ilmu Hukum  
Program Doktor

**Prof. Dr. Didik Endro Purwoleksono, S.H., M.H.**  
NIP 196220325 198601 1 001

**Disertasi ini telah diuji pada Ujian Tahap II (Ujian Terbuka)**

**Pada tanggal 10 Februari 2015**

**PANITIA UJIAN DISERTASI TAHAP II (TERBUKA)**

Ketua : Prof. Dr. Muchammad Zaidun, S.H., M.Si.

Anggota : 1. Prof. Dr. Didik Endro Purwoleksono, S.H., M.H.

2. Prof. Dr. Nur Basuki Minarno, S.H., M.Hum.

3. Dr. Sarwirini, S.H., M.S.

4. Prof. Dr. Eman, S.H., M.S.

5. Prof. Dr. Agus Yudha Hernoko, S.H., M.H.

6. Prof. Dr. Drs. Abd. Shomad, S.H. M.H.

7. Koesrianti, S.H., LL.M, Ph.D.

8. Dr. Toetik Rahayuningsih, S.H., M.Hum.

9. Fifi Junita, S.H., M.H., C.N., LL.M., Ph.D.

Ditetapkan dengan Surat Keputusan Dekan Fakultas Hukum Universitas Airlangga

Nomor : 016/UN3.1.3/2015

Tanggal : 25 Januari 2015

**Promotor dan Ko-Promotor :**

Promotor : Prof. Dr. Didik Endro Purwoleksono, S.H., M.H.

Ko Promotor I : Prof. Dr. Nur Basuki Minarno, S.H., M.Hum.

Ko Promotor II : Dr. Sarwirini, S.H., M.S.



## UCAPAN TERIMA KASIH

Puji syukur kehadirat Allah SWT yang telah melimpahkan rahmat dan hidayahNya atas segala kelemahan dan kekurangan saya, pada akhirnya disertasi dengan judul “Sifat Melawan Hukum dan Kesalahan dalam Pertanggungjawaban Pidana” ini dapat diselesaikan.

Dengan selesainya disertasi ini saya menyampaikan terima kasih dan penghargaan yang setinggi-tingginya kepada yang terhormat Prof. Dr. Didik Endro Purwoleksono, S.H., M.H., selaku promotor yang telah membimbing dan memberikan motivasi intelektual, baik kritik, saran, masukan, koreksi, bahkan yang lebih berarti adalah selalu memberikan dorongan yang kuat agar segera terselesaikannya disertasi ini.

Ucapan terima kasih dan penghargaan yang setinggi-tingginya juga saya sampaikan kepada Prof. Dr. Nur Basuki Minarno S.H. M.Hum., selaku Ko-Promotor I, yang telah memberikan bimbingan, masukan, saran dan koreksi di tengah kesibukan sebagai Guru Besar Fakultas Hukum Universitas Airlangga, dan sebagai Ahli Hukum Pidana dalam proses peradilan. Sebagai ahli hukum pidana yang sangat memahami dunia praktik hukum, telah memberikan masukan-masukan yang sangat bermanfaat dalam mengkritisi hingga selesainya penulisan disertasi ini.

Terima kasih dan penghargaan yang setinggi-tingginya juga saya sampaikan kepada Dr. Sarwirini, S.H., M.S., selaku Ko-Promotor II yang telah memberikan bimbingan, masukan dan koreksi di tengah kesibukan sebagai Ketua Departemen Pidana Fakultas Hukum Universitas Airlangga. Dalam kesibukannya sebagai dosen dan

Ketua Departemen Pidana, masih sempat memberikan masukan berupa literatur-literatur yang sangat bermanfaat dalam menyusun disertasi ini.

Pada kesempatan ini saya juga menyampaikan terimakasih yang sebesar-besarnya kepada yang terhormat:

Rektor Universitas Airlangga, Prof. Dr. H. Fasich, Apt., yang telah memberikan kesempatan dan memperkenankan saya untuk mengikuti pendidikan Program Doktor Ilmu Hukum pada Program Pasca Sarjana Universitas Airlangga.

Direktur Program Pasca Sarjana, Prof. Dr. Sri Hajati, S.H., M.S., beserta para wakil direktur dan mantan asisten direktur yang telah memberikan fasilitas, dan atas segala bantuannya sehingga saya dapat mengikuti program ini dengan sebaik-baiknya.

Dekan Fakultas Hukum Universitas Airlangga, Prof. Dr. Muchammad Zaidun, S.H., M.Si., yang senantiasa dengan penuh kesabaran dan tauladan keilmuan selalu memberikan arahan, masukan, informasi serta dorongan agar disertasi ini dapat terselesaikan dengan baik.

Ketua Program Doktor Ilmu Hukum Pasca Sarjana Universitas Airlangga, Prof. Dr. Didik Endro Purwoleksono, S.H., M.H., yang senantiasa memberikan arahan dan nasihat tiada henti hingga saya dapat mengikuti pendidikan dengan lancar dan baik dengan suasana penuh ketenangan, sehingga saya dapat menyelesaikan penulisan disertasi ini dalam waktu yang tidak terlalu lama. Kepada Sekretaris Program Doktor Ilmu Hukum Pasca Sarjana Universitas Airlangga Fifi Junita S.H., M.H., LL.M., Ph.D., yang selalu memberikan informasi akademik dengan cepat dan memberikan pelayanan akademik yang sangat membantu kelancaran studi maupun penelitian disertasi ini.

Prof. Dr. Agus Yudha Hernoko, S.H. M.H., selaku Guru Besar dan dosen mata kuliah MKPKK yang telah memberikan tambahan wawasan dan perbandingan-perbandingan keilmuan hukum terhadap penelitian hukum ini, sehingga penulisan disertasi ini menjadi lebih baik dari rencana semula.

Para dosen pengasuh mata kuliah pada Program Doktor Ilmu Hukum pada Program Pasca Sarjana Universitas Airlangga, Prof. Dr. Frans Limahelu, S.H., LL.M., Prof. Dr. Muchammad Zaidun, S.H., M.Si., Prof. Dr. Peter Mahmud Marzuki, S.H., M.S., LL.M., Prof. Dr. Eman Ramelan, S.H., M.S., Prof. Dr. Drs. Abdul Shomad, S.H. M.H., Nurul Barizah, S.H., LL.M., Ph.D., yang telah membagikan ilmunya dengan ihlas dan bijaksana.

Para Dosen mata kuliah Penunjang Keahlian dan Keilmuan (MKPKK), Prof. Dr. Didik Endro Purwoleksono, S.H., M.H., Prof. Dr. Tatiek Sri Djatmiati, S.H., M.S. Prof. Dr. Agus Yudha Hernoko, S.H., M.H., Prof. Dr. Nur Basuki Minarno, S.H., M.Hum. yang telah banyak memberikan ilmu dan wawasan untuk penulisan disertasi ini. Para Dosen mata kuliah Penunjang Disertasi (MKPD), Prof. Dr. Didik Endro Purwoleksono, S.H. M.H. dan Prof. Dr. Muhammad Arif Amrullah, S.H., M.Hum yang telah memberikan banyak kritik, masukan dan motivasi dalam penulisan disertasi ini.

Seluruh Penguji ujian kualifikasi, Prof. Dr. Didik Endro Purwoleksono, S.H., M.H., Prof. Dr. Muchammad Zaidun, S.H. M.Si., Prof. Dr. Eman Ramelan, S.H., M.S., Prof. Dr. Nur Basuki Minarno, S.H., M.Hum., Prof. Dr. Agus Yudha Hernoko, S.H., M.H., Prof. Dr. Drs. Abdul Shomad, S.H., M.H. dan Dr. Sarwirini S.H. M.S.

Ketua dan seluruh anggota panitia ujian usulan disertasi (proposal disertasi), Prof. Dr. Didik Endro Purwoleksono, S.H., M.H., Prof. Dr. Eman Ramelan, S.H., M.S.,



Prof. Dr. Nur Basuki Minarno, S.H., M.Hum., Prof. Dr. Agus Yudha Hernoko, S.H., M.H., Prof. Dr. Muhammad Arif Amrullah, S.H., M.H., Dr. Sarwirini S.H., M.S. dan Dr. Toetik Rahayuningsih, S.H., M.Hum.

Ketua dan seluruh anggota panitia ujian Kelayakan, Prof. Dr. Didik Endro Purwoleksono, S.H., M.H., Prof. Dr. Eman Ramelan, S.H., M.S., Prof. Dr. Nur Basuki Minarno, S.H., M.Hum., Prof. Dr. Agus Yudha Hernoko, S.H., M.H., Dr. Sarwirini S.H., M.S. dan Dr. Toetik Rahayuningsih, S.H., M.Hum.

Ketua dan seluruh anggota panitia ujian tahap I (ujian tertutup), Prof. Dr. Didik Endro Purwoleksono, S.H., M.H., Prof. Dr. Eman Ramelan, S.H., M.S., Prof. Dr. Nur Basuki Minarno, S.H., M.Hum., Prof. Dr. Agus Yudha Hernoko, S.H., M.H., Prof. Dr. Nyoman Sarikat Putra Jaya, S.H., M.H., Dr. Sarwirini S.H., M.S. dan Dr. Toetik Rahayuningsih, S.H., M.Hum.

Ketua dan seluruh anggota panitia ujian tahap II (ujian terbuka), Prof. Dr. Eman Ramelan, S.H., M.S., Prof. Dr. Didik Endro Purwoleksono, S.H., M.H., Prof. Dr. Nur Basuki Minarno, S.H., M.Hum., Dr. Sarwirini, S.H., M.S., Fifi Junita, S.H., M.H., LL.M. Ph.D., Prof. Dr. Agus Yudha Hernoko, Prof. Dr. Drs. Abdul Shomad, S.H., M.H., Dr. Toetik Rahayuningsih, S.H., M.Hum., Dr. Sukardi, S.H., M.H., dan Dr. Hadi Subhan, S.H., M.H.

Secara khusus juga disampaikan terima kasih yang sebesar-besarnya kepada Prof. Dr. Muchammad Zaidun S.H. M.Si. dan Prof. Dr. Eman Ramelan, S.H., M.S. yang telah memberikan rekomendasi saat penerimaan dan pendaftaran sebagai mahasiswa Program Doktor pada Program Pasca Sarjana Universitas Airlangga. Demikian pula Dr. Tandyo Hasan, S.H., M.H., M.Kn, Notaris/PPAT Surabaya yang telah memberikan

dorongan dan bantuan moril sehingga saya dapat melaksanakan kuliah di Program Doktor pada Program Pasca Sarjana Universitas Airlangga dengan sebaik-baiknya.

Bapak Suwardi, S.H. Mantan Ketua Pengadilan Tinggi Semarang, Bapak Andi Suryadarma Bello, S.H. Ketua Pengadilan Tinggi Makassar yang telah memberikan kesempatan saya untuk mengikuti kuliah Program Doktor pada Pasca Sarjana Universitas Airlangga.

Terima kasih kepada teman-teman Program Doktor Ilmu Hukum Program Studi Ilmu Hukum tahun angkatan 2011 Semester Gasar khususnya Dr. H. Kuswanto, S.H., M.H. selaku ketua kelas yang telah banyak membantu lancarnya kegiatan belajar di kelas maupun di kampus.

Para Dosen Fakultas Hukum Universitas Kristen Satya Wacana khususnya Khrisna Djaya Darumurti, S.H. M.H., Marthen H. Toelee, S.H., M.H. dan Dr. Titon Slamet Kurnia, S.H., M.H. sekaligus sebagai teman satu angkatan pada Program Doktor Program Studi Ilmu Hukum di Fakultas Hukum Universitas Airlangga, teman dalam suka dan duka selama menjalani masa kuliah dan turut membantu memberikan literatur-literatur yang sangat berharga dalam rangka penulisan disertasi ini.

Tidak akan terlupakan terima kasih saya kepada kedua orang tua yang saya cintai Sai'd dan Rochmah (almarhumah) yang telah membesarkan dan mendidik saya sampai saat ini dengan penuh kesabaran dan perhatian yang sangat besar. Dengan doa yang tiada henti dari kedua orang tualah segala urusan saya, khususnya selama menuntut ilmu di Program Doktor ini dapat berjalan tanpa halangan yang berarti. Tidak lupa kepada kedua mertua saya, H. Kusmono, S.H., M.M. dan Hj. Sunijah dengan

penuh kasih sayang, dorongan dan doa yang tiada henti hingga saya dapat menjalani kuliah sampai selesainya disertasi ini.

Lebih khusus terima kasih kepada istriku yang tercinta Notaris Kusrini Purwijanti, S.H., inspirasi yang tak pernah berakhir yang selalu ada padamu, dengan ketulusan cinta dan pengorbanan yang tak ternilai membuat aku selalu bertahan dalam suka dan duka untuk menggapai apa yang menjadi harapanku dalam menyelesaikan perkuliahan di Program Doktor sampai pada tahap penulisan disertasi ini. Anak-anakku tercinta Iusti Arsista Safrin Candrasari, Yuris Aryansyah Shalichin Cakranegara, dan Loisa Marcha Arrachmani Kartikasari, hanya disertasi ini yang ayahmu berikan sebagai ganti berkurangnya perhatian ayahmu selama ini. Waktu yang sedikit untuk berkumpul, tetapi masih berkurang lagi dengan kegiatan perkuliahan dan penulisan disertasi ini, tetapi yakinlah semua pengorbanan untuk ayahmu selama ini tidaklah sia-sia. Semua ini adalah demi dirimu kelak, kalian akan mengetahuinya sepanjang waktu, bahwa apa yang telah digapai ayahmu adalah buah dari jerih payahmu pula.

Terima kasih kepada kakak-kakak dan dan adik-adik saya yang tercinta, yang selalu memberikan dorongan sejak masa kanak-kanak untuk menjalani pendidikan yang menjadi cita-cita sejak kecil. Begitu pula adik-adik iparku yang selalu memberikan semangat dan sekaligus sebagai teman diskusi merupakan motivasi yang tak ternilai dalam pengembangan pemikiran aplikasi keilmuan.

Ucapan terima kasih juga disampaikan kepada rekan-rekan hakim di Pengadilan Negeri Boyolali dan Pengadilan Negeri Mamuju, serta seluruh keluarga besar Pengadilan Negeri Boyolali dan Pengadilan Negeri Mamuju, kalian adalah motivator yang riil dalam proses penyelesaian disertasi ini. Berkat doa dan dorongan

kalian sehingga saya selalu mempunyai semangat yang tinggi untuk menyelesaikan disertasi, yang hingga selesainya disertasi.

Terimakasih yang sebesar-besarnya kepada teman-teman satu angkatan tahun 2011, yaitu Dr. H. Kuswanto, S.H., M.H., Dr. Suprijadi, S.H., M.H., Dr. Satria Muldjabar, S.H., M.H., Dr. Titon Slamet Kurnia, S.H., M.H., Dr. Yulianto, S.H., M.H., Andika Persada Putera, S.H., M.Hum., Syaiful Ma'arif, S.H., M.H., CN., Krishna Darumurti, S.H., M.H., Marthen H. Toeke, S.H., M.H., Sri Praptiningsih, S.H., M.H., Erniati Effendi, S.H., M.H., Maria Luciana, S.H., M.Kn., Ahar Sulaiman, S.H., M.H., Nuruddin, S.H., M.H., Guasman Tatawu, S.H., M.H., Eko Pujiono, S.H., M.H., A. Basuki Babussalam, S.H., M.H., Joko Ismono, S.H., M.H., Guswan Hakim, S.H., M.H. Oheo Kasmuddin Haris, S.H., LL.M., M.Sc dan teman-teman yang tidak dapat disebutkan satu persatu.

Akhirnya, semoga Allah SWT selalu memberikan taufik dan hidayah kepada kita, dan disertasi ini dapat bermanfaat bagi masyarakat dan semua pihak yang membantu lancarnya penulisan disertasi ini sampai selesainya pendidikan doktor. Aamiin, aamiin, aamiin, yaa robbal alamiin.

Surabaya, 12 Januari 2015

Penulis,

**Dr. Agus Rusianto, S.H., M.H.**

## SUMMARY

There are four principles in criminal law, namely criminal act, fault, criminal responsibility, and punishment. This paper focuses on three principles, namely criminal act, fault, and criminal responsibility whereas punishment will not be specifically discussed. Punishment is not discussed in this paper due to limitation of this paper. It will be discussed after evaluating legal consequence of criminal responsibility.

Criminal law also acknowledges *daad daderstrafrecht* principle meaning that criminal law is not only governing criminal acts, but also the actors (i.e. those who conduct criminal acts). If someone conducts certain acts violating the law, he/she deserves to be convicted and should be fault and punished.

There are two major theories in criminal law: monistic theory and dualistic theory. Although these theories own distinctive doctrine, they share a common perspective in regarding fault as an element of criminal responsibility. In general, monistic theory views fault and unlawfulness as the elements of criminal act. Any forms of fault (either it is being intended or negligent) are the element of criminal act and criminal responsibility. When we discuss about fault as the element of criminal act we discuss about the element of criminal responsibility as well. Hence, “an act does not make a person guilty unless his mind is guilty principles” (*geen straf zonder schuld*) covers both the references of guilty or fault as the element of criminal act and the element of criminal responsibility.

The fulfillment of the elements of crime proves the criminal act which in turn resulting punishment for the actor (doer). A proven criminal act will assure criminal responsibility. The actor will get punishment except he/she has his/her own justifying

and exculpation reasons. Based on this opinion, monistic theory acknowledges punishment exception principles (*strafuitsluitingsgronden*). If all the elements of criminal act is proven, the actor will be punished except he/she meets exception principles freeing himself/herself from punishment. This theory is the basic principle of monistic theory which includes fault both as the element of criminal act and the element of criminal responsibility.

Inability to take the responsibility of the act is also an exception in punishing criminal actors. Despite of ability to take responsibility as the element of criminal responsibility, the criminal actors could be considered as AVAS (not guilty at all) when fault element did not explicitly stated on the formulation of criminal acts. When a charge cannot be proven and fault is not explicitly stated in the formulation of criminal act, the judge may declare the actor free from any charge (*ontslag van alle rechtsvervolging*). Similarly, if fault element explicitly declared but not proven, the actors will be discharged (*vrijspraak*).

On the other hands, dualistic theory explicitly separates criminal act and criminal responsibility. Criminal act merely refers to the acts which unlawfulness whereas the subjective elements of criminal act (i.e.fault) are not the element of criminal act. Thus, criminal act formulation should not explicitly state any forms of fault (either it is intended or negligent).

Criminal act as any unlawfulness act, criminal act is objective disapproval. The disapproval is forwarded to the actor and transforms into subjective disapproval. The actor gets disapproved because of the acts he/she conducts. Based on this concept, subjective disapproval covers normative fault rather than psychological fault. The

evaluation of subjective disapproval lies in the society who expects criminal actors could conduct other and more responsible acts.

According to dualistic theory, the element of criminal act is not only unlawfulness but also the absence of justifying reason. If it is found that the crime charged having justification, the judge can declare the criminal actor is not guilty. Criminal responsibility covers several elements including “fault narrow sense” (intention and negligence), the absence of exculpation reasons and ability to take responsibility of the crime. Therefore, fault (either it is intended or negligent) is considered as part of criminal responsibility, not as the element of criminal act. If one of these three elements of criminal responsibility is not met, the judge may declare that the convict is free from any charges.

These two theories have their own disadvantages. In monistic theory adopted by current Indonesian criminal code (Kitab Undang-undang Hukum Pidana) which adopt Dutch era criminal code only acknowledges *dadstrafrecht* principle and not acknowledging *daad-daderstrafrecht* principle resulting the criminal act and its responsibility is merely based on the acts. An act which have met all the elements of criminal act is considered as a criminal act and criminal responsibility which may end in punishment. Monistic theory does not pay much attention on factors of the doer. As the consequence, criminal responsibility is not deeply discussed in monistic theory. Criminal responsibility is discussed in sense of its relationship with fault forms as the element of crime. In term of criminal act, fault is viewed as psychological behavior rather than normative behavior.

Weakness of dualistic theory is separating the criminal acts from faults, where only act characterized with contrary to the law considered as elements of criminal acts, while only faults related to actors as criminal responsibility element. In accordance, dualistic theory has been applying the principles of *daad daderstrafrecht*. Even so, the separation between the criminal acts with faults, in this case, the formulation and implementation of other forms of faults (intentional and negligence) generates some problems.

One of the problems caused by dualistic theory lies on inconsistency in categorizing fault forms in criminal act formulation, for example in how to differ fault intentionally and negligent. These two forms should be formulated differently. Negligence should be stated on criminal act formulation while fault intentionally does not need to be stated on criminal act formulation. Unproven negligence (although it is explicitly stated on criminal act formulation) results free verdict while intention (although it is not explicitly stated on criminal act formulation) may free the actor from any charge. This condition shows different results between intentionality and negligence although both of intention and negligence are parts of fault.

Another problem lies on difficulty in omitting subjective conditions in criminal act formulation. Subjective conditions may be stated on criminal act formulation in different phrases, such as “intent”, “intention”, “intentionally”, “intend”, and many other statements which are hard to omit from criminal act formulation. Monistic theory views subjective aspects as part of intention which is one of the subjective elements where as dualistic theory views subjective aspects as part of the act, not as part of the intention. This statement is explicitly stated on the Draft of Criminal Code 2012.



In criminal law, subjective aspects are related to unlawfulness act forming subjective aspects of law violation act (subjectief onrechtselement) which is an element of criminal act. This concept reflect inconsistency of dualistic theory which places all subjective aspects of the actor as the element of criminal responsibility. Of course dualistic theory cannot be imposed in formulating new draft of criminal code or as implementation of the judge in making legal consideration.

Aside from monistic theory and dualistic theory, the writer attempts to propose a new concept which is different from monistic theory and dualistic theory. Despite the fault is an element of criminal act, there are several differences. fault as the element of criminal act refers to the forms of fault (i.e. intention and negligence). As the element of criminal act, fault is the result of psychological condition of the actor and his/her act valuation. Hence, fault is a element of criminal act. Fault valuation is conducted by evaluating the characteristics of the act carried out by the actor whether it is intentional or negligent. Fault refers to normative fault not psychological fault. Fault is evaluated based on the characteristics of the actor's behavior and act rather than his/her psychological condition.

As the elements of criminal act, unlawfulness and fault are not constitutive elements. They are not necessarily stated explicitly on criminal act formulation. Unlawfulness and fault elements are stated explicitly when it is needed by the lawmakers (legislators) to differentiate one criminal act from another. When fault or unlawfulness which is explicitly stated on criminal act formulation cannot be proven, the actor may get free verdict.

Ability to take responsibility reflects psychological condition is an element of criminal responsibility because only those who are able to take responsibility should account his/her acts. Those who are not able to take responsibility should not account for his/her act (even if it is a crime) and he/she will be freed from any charges (ontslag van alle rechtsvervolging).

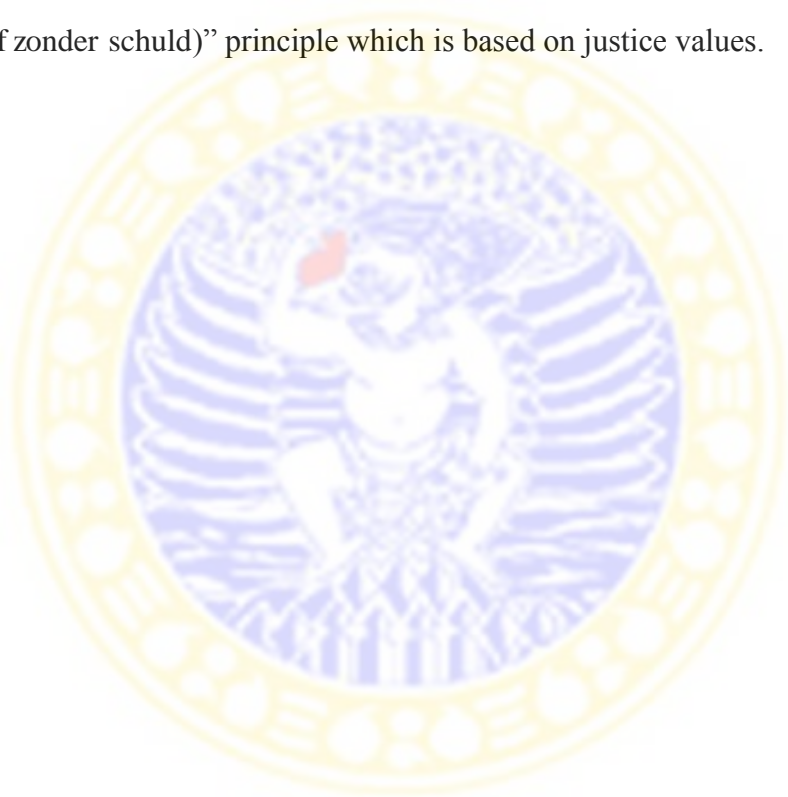
The ability to take responsibility does not directly correlate to fault as one of element of criminal act. It is because of different natures of ability to take responsibility and fault. Fault is normative whereas ability to take responsibility is psychological. The ability to take responsibility is psychological and serves as an element constituting criminal responsibility, hence criminal responsibility is also psychological. This concept indicates one of criminal responsibility characteristics, namely actor-oriented which embodies daad-daderstrafrecht principles.

Criminal responsibility is evaluated after the crime proven conducted by considering unlawfulness and fault as the elements of criminal responsibility. Unlawfulness is actor-oriented, thus it becomes an element of criminal responsibility not the element of criminal act. The parameter of unlawfulness as the element of criminal responsibility lies in evaluating interests/rights protected by law which has been violated by the actor. The interests protected by law are manifestation of social norms, decency norms, and moral norms constituting legal norms of the law.

When we evaluate criminal responsibility we do not need to discuss the forms of fault anymore. Fault parameter valuation as part of criminal responsibility is conducted in teleological manners by examining the objective of legal norm and its components: moral norms, social norms, and decency norms. These valuation determine

whether the criminal act should or should not be accounted. Criminal responsibility determines whether the actor should be punished or not.

Teleological valuation on unlawfulness on the components of legal norm which determines the elements of criminal responsibility is the embodiment of legality principle (*nullum delictum nulla poena sine praevia lege poenali*). Fault which are rooted on the objectives of legal norm determine criminal responsibility. This concept manifests “an act does not make a person guilty unless his mind is guilty principles” (*geen straf zonder schuld*)” principle which is based on justice values.



## RINGKASAN

Dalam hukum pidana modern telah lama dikenal dengan empat pilar dalam hukum pidana yaitu tindak pidana, kesalahan, pertanggungjawaban pidana dan pemidanaan. Tulisan ini akan lebih difokuskan pada pembahasan pada tiga pilar, yaitu tindak pidana, kesalahan, dan pertanggungjawaban pidana, sedangkan pilar keempat yaitu pemidanaan tidak dibahas secara khusus. Tidak dibahasnya pemidanaan secara khusus dengan pertimbangan sebagai pembatasan tulisan ini. Pemidanaan hanya akan dibahas setelah penilaian pertanggungjawaban pidana terhadap pembuat.

Hukum pidana juga mengenal asas *daad-daderstrafrecht* yaitu hukum pidana selain mengatur tentang perbuatan juga mengatur tentang pembuat sebagai pelaku tindak pidana. Apabila seseorang melakukan suatu perbuatan yang dilakukannya bertentangan dengan undang-undang, atas perbuatannya itu pembuat pantas untuk dipersalahkan maka pembuat dipertanggungjawabkan dan dipidana.

Terdapat dua teori besar dalam hukum pidana yaitu teori monistis dan teori dualistis. Meskipun teori monistis dalam doktrinnya terdapat perbedaan dengan teori dualistis, tetapi juga terdapat persamaan yang umum yaitu keduanya menerima kesalahan sebagai unsur pertanggungjawaban pidana. Secara umum teori monistis berpandangan bahwa kesalahan dan sifat melawan hukum adalah unsur tindak pidana. Bentuk-bentuk kesalahan (kesengajaan dan kealpaan) merupakan unsur tindak pidana sekaligus unsur pertanggungjawaban pidana. Pada saat membahas tentang kesalahan sebagai unsur tindak pidana akan membahas pula tentang kesalahan sebagai unsur pertanggungjawaban pidana. Dengan demikian, asas tiada pidana tanpa kesalahan (*geen*

straf zonder schuld) termasuk dalam pengertian kesalahan sebagai unsur tindak pidana sekaligus unsur pertanggungjawaban pidana.

Terpenuhinya seluruh unsur tindak pidana mengakibatkan terbuktinya tidak pidana dan dipidananya pembuat. Terbuktinya tindak pidana mengakibatkan terbukti pula pertanggungjawaban pidana. Tidak dipidananya pembuat merupakan pengecualian, yaitu apabila terdapat alasan pemaaf dan alasan pembenar. Atas dasar pemikiran ini, dalam teori monistis dikenal dengan istilah dasar-dasar peniadaan pidana (strafuitsluitingsgronden). Dengan dipenuhinya seluruh rumusan unsur tindak pidana mengakibatkan dipidananya pembuat, dikecualikan apabila dapat dibuktikan adanya dasar-dasar peniadaan pidana yang mengakibatkan pembuat tidak dipidana. Ini merupakan teori yang mendasar dari teori monistis, karena kesalahan sebagai unsur tindak pidana termasuk di dalamnya terdapat kesalahan sebagai unsur pertanggungjawaban pidana.

Tidak mampu bertanggungjawab juga merupakan pengecualian dari dapat dipidananya pembuat. Meskipun kemampuan bertanggungjawab merupakan unsur dari pertanggungjawaban pidana, tetapi akan dipertimbangkan menjadi AVAS (tidak ada kesalahan sama sekali) apabila unsur kesalahan tindak tercantum secara eksplisit dalam rumusan tindak pidana. Apabila tidak dapat dibuktikan adanya kesalahan, sedangkan kesalahan tidak tercantum secara tegas dalam rumusan tindak pidana, mengakibatkan putusan hakim akan menyatakan pembuat dilepaskan dari segala tuntutan pidana (ontslag van alle rechtsvervolging). Berbeda apabila unsur kesalahan tercantum secara tegas tidak terbukti maka pembuat akan dinyatakan bebas (vrijspraak).

Berbeda dengan teori dualistis yang memisahkan secara tegas antara tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana. Unsur tindak pidana hanyalah perbuatan yang bersifat melawan hukum, sedangkan unsur-unsur yang bersifat subyektif yaitu kesalahan bukan sebagai unsur tindak pidana. Kesalahan harus dikeluarkan dari pengertian tindak pidana, sehingga bentuk-bentuk kesalahan (kesengajaan dan kealpaan) tidak perlu dicantumkan dalam rumusan tindak pidana.

Tindak pidana yang merupakan perbuatan yang bersifat melawan hukum merupakan pencelaan obyektif, pencelaan obyektif itu diteruskan kepada pembuat sebagai pencelaan yang subyektif yaitu tercelanya pembuat atas tindak pidana yang telah dilakukannya itu. Atas dasar pemikiran ini, pencelaan yang subyektif merupakan kesalahan yang bersifat normatif dan tidak bersifat psikologis. Pencelaan yang subyektif dinilai menurut pandangan masyarakat bahwa pembuat seharusnya dapat berbuat lain, sehingga pembuat dapat dipertanggungjawabkan.

Menurut teori dualistis, selain sifat melawan hukum, tidak adanya alasan pembenar juga merupakan unsur tindak pidana. Apabila suatu tindak pidana yang didakwakan ternyata dapat dibuktikan terdapat alasan pembenar akan mengakibatkan putusan bebas. Pertanggungjawaban pidana mempunyai unsur-unsur, yaitu: kesalahan dalam arti sempit (kesengajaan dan kealpaan), tidak adanya alasan pemaaf dan mampu bertanggungjawab. Dengan demikian bentuk-bentuk kesalahan (kesengajaan dan kealpaan) termasuk unsur pertanggungjawaban pidana bukan unsur tindak pidana. Tidak dipenuhinya salah satu dari ketiga unsur pertanggungjawaban pidana mengakibatkan putusan lepas dari segala tuntutan hukum.

Kedua teori itu mempunyai kelemahan, baik teori monistis maupun teori dualistis. Pada teori monistis yang dianut dalam KUHP peninggalan Belanda yang berlaku sampai saat ini masih mengikuti prinsip *daadstrafrecht* dan belum mengikuti prinsip *daad-daderstrafrecht* dalam hukum pidana, sehingga tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana hanya didasarkan pada perbuatan. Perbuatan seseorang yang telah memenuhi seluruh unsur tindak pidana dinilai telah melakukan tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana yang mengakibatkan dipidanya pembuat, sedangkan unsur-unsur pembuat kurang mendapatkan tempat. Akibatnya pertanggungjawaban pidana dalam teori monistis tidak dibahas secara mendalam, karena pertanggungjawaban pidana juga dibahas dalam hubungannya dengan bentuk-bentuk kesalahan sebagai unsur tindak pidana. Kesalahan tersebut masih bersifat psikologis dalam hubungannya dengan perbuatan, kesalahan adalah unsur perbuatan yang tidak bersifat normatif.

Kelemahan teori dualistis yang memisahkan antara tindak pidana dengan kesalahan, di mana hanya perbuatan yang bersifat melawan hukum sebagai unsur tindak pidana, sedangkan hanya kesalahan yang berhubungan dengan pembuat merupakan unsur pertanggungjawaban pidana. Atas dasar ini teori dualistis telah menerapkan asas *daad-daderstrafrecht*. Meskipun teori dualistis telah mengikuti asas *daad-daderstrafrecht*, tetapi pemisahan antara tindak pidana dengan kesalahan dalam perumusan dan penerapan bentuk-bentuk kesalahan (kesengajaan dan kesalahan) menimbulkan beberapa permasalahan.

Permasalahan yang timbul dari teori dualistis adalah terjadinya inkonsistensi pemisahan bentuk-bentuk kesalahan dalam perumusan tindak pidana. Misalnya, untuk

membedakan antara kesalahan yang dilakukan dengan kesengajaan dengan yang disebabkan oleh kealpaan harus dirumuskan secara berbeda. Kesalahan yang berbentuk kealpaan tetap dicantumkan dalam rumusan tindak pidana, sedangkan kesalahan yang berbentuk kesengajaan tidak perlu dicantumkan dalam rumusan tindak pidana.

Unsur kealpaan yang tercantum secara tegas dalam rumusan tindak pidana apabila tidak terbukti akan mengakibatkan putusan bebas, sedangkan unsur kesengajaan yang tidak tercantum secara tegas dalam rumusan tindak pidana mengakibatkan putusan lepas dari segala tuntutan hukum. Hal ini menunjukkan perbedaan akibat hukum antara bentuk kesengajaan dengan kealpaan, padahal keduanya merupakan bentuk-bentuk kesalahan.

Permasalahan lain adalah terjadinya kesulitan menghilangkan unsur yang berhubungan dengan keadaan yang bersifat subyektif dalam rumusan tindak pidana. Bentuk-bentuk kesengajaan dengan frasa yang bermacam-macam dalam rumusan tindak pidana: “maksud” atau “dengan maksud”, “diketahuinya”, “bertujuan”, “mempunyai niat” dan lain-lain sulit dihilangkan dari rumusan tindak pidana. Segi subyektif dari tindak pidana menurut teori monistis merupakan bentuk-bentuk kesengajaan yang merupakan unsur subyektif dari tindak pidana. Menurut teori dualistis segi subyektif bukan termasuk bentuk kesengajaan tetapi merupakan segi subyektif dari perbuatan. Hal ini dapat dilihat secara jelas dalam RKUHP tahun 2012.

Dalam hukum pidana, keadaan atau segi subyektif apabila dihubungkan dengan sifat melawan hukum biasa dikenal dengan keadaan subyektif dari sifat melawan hukumnya perbuatan (*subjectief onrechtselement*) yang merupakan unsur perbuatan. Hal ini merupakan inkonsistensi dari teori dualistis yang menyatakan hal-hal



yang berhubungan dengan pembuat termasuk unsur pertanggungjawaban pidana. Tentunya tidak mungkin teori dualistis dipaksakan untuk diterima begitu saja dalam rangka pembentukan undang-undang hukum pidana yang baru maupun dalam rangka penerapan hukum oleh hakim dalam pertimbangan hukumnya.

Beranjak dari kedua teori ini penulis mengajukan suatu pemikiran bahwa yang berbeda dengan teori monistis dan teori dualistis. Meskipun kesalahan adalah unsur tindak pidana tetapi tetap terdapat perbedaan. Kesalahan sebagai unsur tindak pidana berupa bentuk-bentuk kesalahan yaitu kesengajaan dan kealpaan. Kesalahan sebagai unsur tindak pidana merupakan penilaian hubungan antara keadaan psychis pembuat dengan perbuatannya, sehingga kesalahan termasuk sebagai perbuatan. Penilaian kesalahan dilakukan dengan menilai ciri-ciri dari perilaku pembuat apakah merupakan kesengajaan ataukah sebagai kealpaan. Kesalahan merupakan kesalahan yang bersifat normatif, bukan bersifatologis. Kesalahan bukan melihat secara faktual keadaan psychis pembuat, tetapi dalam menentukan kesalahan dilakukan penilaian dengan cara meliti ciri-ciri perilaku atau kelakuan pembuat.

Sifat melawan hukum dan kesalahan sebagai unsur tindak pidana bukan merupakan unsur yang konstitutif, sehingga tidak selalu tercantum secara eksplisit dalam rumusan tindak pidana. Dicantumkannya secara tegas sifat melawan hukum atau kesalahan dalam rumusan tindak pidana hanya apabila diperlukan oleh pembentuk undang-undang untuk membedakan antara tindak pidana yang satu dengan tindak pidana yang lainnya. Tidak terbuktinya sifat melawan hukum atau kesalahan sebagai unsur tindak pidana yang tercantum secara eksplisit dalam rumusan tindak pidana mengakibatkan tidak terbuktinya tindak pidana, dan pembuat dinyatakan bebas.

Kemampuan bertanggungjawab yang merupakan keadaan psikologis merupakan unsur pertanggungjawaban pidana, karena hanya orang yang mampu bertanggungjawab dapat dipertanggungjawabkan atas tindak pidana yang dilakukannya. Orang yang tidak mampu bertanggungjawab yang melakukan tindak pidana mengakibatkan pembuat tidak dipertanggungjawabkan, yang berakibat pembuat dinyatakan lepas dari segala tuntutan hukum (*ontslag van alle rechtsvervolging*).

Kemampuan bertanggungjawab tidak berhubungan langsung dengan kesalahan sebagai unsur tindak pidana, karena kesalahan sebagai unsur kesalahan bersifat normatif yang berbeda dengan kemampuan bertanggungjawab yang bersifat psikologis. Kemampuan bertanggungjawab yang bersifat psikologis dan kemampuan bertanggungjawab itu juga merupakan unsur pertanggungjawaban pidana, maka pertanggungjawaban pidana bersifat psikologis. Hal ini merupakan salah satu ciri bahwa pertanggungjawaban pidana berorientasi pada pembuat yang mewujudkan *daad-daderstrafrecht*.

Pertanggungjawaban pidana dinilai setelah terbuktinya tindak pidana, yang selanjutnya mempertimbangkan mengenai sifat melawan hukum dan kesalahan sebagai unsur pertanggungjawaban pidana. Sifat melawan hukum sebagai unsur pertanggungjawaban pidana bukan merupakan unsur tindak pidana tetapi berorientasi pada pembuat. Parameter dari sifat melawan hukum sebagai unsur pertanggungjawaban pidana adalah menilai kepentingan hukum yang hendak dilindungi oleh undang-undang yang telah dilanggar oleh pembuat. Kepentingan hukum yang hendak dilindungi merupakan perwujudan dari nilai-nilai dari norma sosial, norma kesusilaan dan norma moral sebagai sumber pembentuk norma hukum dalam perundang-undangan.

Meneliti tentang pertanggungjawaban pidana tidak membahas lagi tentang bentuk-bentuk kesalahan yang merupakan unsur tindak pidana. Parameter kesalahan sebagai unsur pertanggungjawaban pidana dilakukan secara teleologis dengan meneliti maksud dibentuknya norma hukum yang dapat bersumber dari norma moral, norma sosial maupun norma kesusilaan. Dari penilaian-penilaian ini akan menentukan patut atau tidak patut pembuat dipertanggungjawabkan. Pertanggungjawaban pidana akan menentukan dipidana atau tidak dipidananya pembuat.

Penilaian secara teleologis tentang sifat melawan hukum merupakan sifat melawan hukum yang bersumber dari nilai-nilai pembentuk norma hukum yang menentukan unsur pertanggungjawaban pidana merupakan perwujudan dari asas legalitas (*nullum delictum nulla poena sine praevia lege poenali*). Kesalahan yang bersumber dari maksud dibentuknya norma hukum untuk menentukan pertanggungjawaban pidana merupakan perwujudan dari asas kesalahan, “tiada pidana tanpa kesalahan” (*geen straf zonder schuld*) yang didasarkan pada nilai-nilai keadilan.