

BAB I

PENDAHULUAN

1. Latar Belakang

Ilmu hukum pidana telah mengenal sejak lama pengertian sifat melawan hukum, kesalahan, tindak pidana, pertanggungjawaban pidana dan pemidanaan yang di Indonesia banyak mengadopsi dari hukum pidana Belanda yang menganut civil law system. Berlakunya hukum pidana di Indonesia tidak terlepas dengan berlakunya hukum pidana (Het Wetboek van Strafrecht) di negara Belanda dengan adanya asas konkordansi. Berdasarkan U.U. Nomor 1 Tahun 1946 hukum pidana yang berlaku di Hindia Belanda menjadi hukum pidana Indonesia (KUHP) yang dahulu dikenal dengan nama Het Wetboek van Strafrecht voor Nederlans-Indie. Hukum pidana peninggalan Belanda ini sudah sangat tertinggal jauh dengan perkembangan masyarakat dan kebutuhan masyarakat akan pentingnya pengaturan hukum pidana yang lebih baik.

Pertanggungjawaban pidana sangat diperlukan dalam suatu sistem hukum pidana dalam hubungannya dengan prinsip daad-daderstrafrecht. KUHP Indonesia sebagaimana halnya WvS yang berlaku di negara Belanda tidak mengatur secara khusus tentang pertanggungjawaban pidana, tetapi hanya mengatur tentang keadaan-keadaan yang mengakibatkan tidak dipertanggungjawabkannya pembuat. Tidak dipertanggungjawabkannya pembuat hanya dijelaskan di dalam Memorie van Toelichting (MvT) bahwa seorang pembuat tidak dipertanggungjawabkan apabila memenuhi syarat-syarat tertentu. Ini menandakan bahwa pertanggungjawaban pidana di dalam KUHP diatur secara negatif, yaitu dengan keadaan-keadaan tertentu pada diri pembuat atau perbuatan mengakibatkan tidak dipidananya pembuat.

Syarat tidak dipertanggungjawabkannya pembuat adalah pada saat pembuat melakukan tindak pidana, karena adanya faktor dalam diri pembuat maupun faktor di luar diri pembuat. Seseorang yang telah melakukan tindak pidana tidak akan dipidana apabila dalam keadaan yang sedemikian rupa sebagaimana yang dijelaskan di dalam MvT. Apabila pada diri seorang pembuat tidak terdapat keadaan sebagaimana yang diatur dalam MvT tersebut, pembuat adalah orang yang dipertanggungjawabkan dan dijatuhi pidana.

Sifat melawan hukum dan kesalahan, dalam hukum pidana yang berlaku di Indonesia, khususnya KUHP yang sampai sekarang masih berlaku menganut teori monistis yang menyatakan bahwa sifat melawan hukum (*wederrechtelijkheid*) dan kesalahan (*schuld*) merupakan unsur tindak pidana (*strafbaar feit*)¹. Untuk memenuhi suatu perbuatan sebagai suatu tindak pidana, KUHP mensyaratkan adanya unsur-unsur utama yang harus dipenuhi, yaitu sifat melawan hukum (*wederrechtelijkheid*) dan kesalahan (*schuld*). Sifat melawan hukum selalu meliputi suatu tindak pidana, baik sifat melawan hukum tersebut secara eksplisit tercantum dalam rumusan tindak pidana maupun tidak tercantum secara eksplisit dalam rumusan tindak pidana. Unsur kesalahan selalu meliputi suatu tindak pidana, baik secara eksplisit tercantum dalam rumusan tindak pidana maupun tidak tercantum secara eksplisit dalam rumusan tindak pidana, kecuali dalam rumusan tindak pidana terdapat unsur kealpaan. Agar terpenuhi suatu perbuatan sebagai suatu tindak pidana harus memenuhi unsur sifat melawan hukum dan kesalahan.

¹ Andi Zainal Abidin Farid, *Hukum Pidana 1*, cet II, Sinar Grafika, Jakarta, 2007, h. 346.

Teori monistis banyak diikuti oleh beberapa ahli hukum pidana Belanda, dan beberapa ahli hukum pidana di Indonesia, misalnya menurut van Hamel bahwa tindak pidana merupakan kelakuan manusia yang dirumuskan dalam undang-undang, melawan hukum, yang patut dipidana dan dilakukan dengan kesalahan². Menurut Simon, tindak pidana mempunyai unsur-unsur: diancam dengan pidana oleh hukum, bertentangan dengan hukum, dilakukan oleh orang yang bersalah, dan orang itu dipandang bertanggungjawab atas perbuatannya³. Vos berpendapat bahwa suatu tindak pidana adalah kelakuan manusia yang oleh peraturan perundang-undangan diberi pidana; jadi suatu kelakuan manusia pada umumnya dilarang dan diancam dengan pidana⁴.

Menurut Utrecht, tindak pidana adalah adanya kelakuan yang melawan hukum, ada seorang pembuat (dader) yang bertanggungjawab atas kelakuannya – anasir kesalahan (element van schuld) dalam arti kata “bertanggungjawab” (“*strafbaarheid van de dader*”)⁵. Dari beberapa pendapat ahli hukum pidana ini, tindak pidana mempunyai unsur-unsur yaitu adanya unsur obyektif berupa kelakuan yang bertentangan dengan hukum, dan unsur subyektif berupa kesalahan, dan kesalahan ini juga merupakan unsur pertanggungjawaban pidana. Selain merupakan unsur tindak pidana, kesalahan juga merupakan unsur pertanggungjawaban pidana. Tampak sekali antara tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana tidak dapat dipisahkan. Kesalahan

² Andi Zainal Abidin Farid dan Andi Hamzah, Pengantar dalam Hukum Pidana Indonesia, cet I, Yarsif Watampone, Jakarta, 2010, h. 117.

³ Ibid.

⁴ Ibid.

⁵ E. Utrecht, Rangkaian Sari Kuliah Hukum Pidana I, Pustaka Tinta Mas, Surabaya, 1994, h. 260 Selanjutnya disebut dengan E. Utrecht I.

merupakan unsur tindak pidana, sekaligus juga sebagai unsur pertanggungjawaban pidana, seperti pendapat Utrecht bahwa kesalahan sebagai unsur pertanggungjawaban pidana sebagai perwujudan dari asas “tiada pidana tanpa kesalahan”, tetapi kesalahan ini juga sebagai unsur dari tindak pidana. Karena kesalahan merupakan unsur tindak pidana, maka asas kesalahan juga tidak dapat dipisahkan dengan tindak pidana. Terpenuhi tindak pidana maka terpenuhi pula pertanggungjawaban pidana, hanya saja orang yang telah melakukan tindak pidana belum tentu dipidana. Ini merupakan perkecualian yang biasa disebut dengan peniadaan pidana. Para ahli hukum pidana yang mengikuti teori monistis, memandang pertanggungjawaban pidana dilihat dari terpenuhinya rumusan tindak pidana yang terdiri dari sikap batin pembuat dan sifat melawan hukumnya perbuatan. Terpenuhi unsur-unsur itu, mengakibatkan pembuat telah melakukan tindak pidana dan mempunyai pertanggungjawaban pidana. Pembuat tidak dipidana tergantung pada ada atau tidak adanya alasan pemaaf dan alasan pemaaf sebagai peniadaan pidana.

KUHP tidak menjelaskan hubungan pertanggungjawaban pidana dengan pembuat, tetapi pertanggungjawaban pidana hanya disinggung berkaitan dengan alasan pemaaf dan alasan pemaaf. Peniadaan pidana sebagaimana yang dimaksud dalam pasal-pasal: 44, 48, 49, 50 dan 51 KUHP, memungkinkan seorang pembuat tidak dipidana sebagai penjabaran dari MvT. Beberapa ahli hukum pidana yang tidak sependapat dengan teori monistis, berpendapat keadaan hukum pidana di Belanda dan Indonesia terjadi kejanggalan, meskipun kesalahan sebagai sifat mutlak bagi pertanggungjawaban pidana, tetapi dalam praktek kesengajaan dan kealpaan masing-masing dianggap sebagai unsur tindak pidana (strafbaar feit), dan bukan unsur

pertanggungjawaban pidana⁶. Moeljatno berharap untuk membentuk Kitab Undang-undang dalam bahasa Indonesia, yang tidak akan mengukuhkan terus sistem yang digunakan dalam WvS terhadap unsur kesengajaan, oleh karena dalam teks Belanda tempatnya kesengajaan di dalam kalimat rumusan undang-undang, mempunyai arti tertentu berhubung dengan soal kesengajaan (*welke element worden door het opzet beheerst*), tempat mana tentu tidak dapat dipertahankan⁷. Pendirian dan harapan ini didasarkan atas pandangan bahwa kesalahan dalam suatu kejahatan sebagai unsur pertanggungjawaban pidana, dan bukan sebagai unsur tindak pidana (*strafbaar feit*). *Psychisch element* (unsur *psychis*) merupakan *schuldsuubstrat* (dasar kesalahan) adalah termasuk dalam kesalahan (*schuld*), maka tidak mungkin menggolongkan *psychisch element* pada *strafbaar feit dader*.

Pandangan yang memisahkan antara tindak pidana dengan pertanggungjawaban pidana, yaitu unsur utama dari pertanggungjawaban pidana hanyalah unsur kesalahan, dan kesalahan bukan sebagai unsur dari tindak pidana ini dikenal sebagai teori dualistis. Ahli hukum pidana yang pertama kali yang mengemukakan teori dualistis adalah Herman Kantorowicz, seorang sarjana hukum pidana Jerman yang menulis buku yang berjudul *Tut und Schuld* pada tahun 1933⁸. Pandangan Moeljatno yang mengikuti pendapat Herman Kantorowicz ini banyak diikuti dan dikembangkan oleh ahli hukum pidana Indonesia di antaranya Roeslan Saleh, Zainal Abidin Farid,

⁶ Moeljatno, *Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana dalam Hukum Pidana* (Pidato Diucapkan pada Upacara Peringatan Dies Natalis ke 6 Universitas Gadjah Mada, di Sitinggil Yogyakarta pada tanggal 19 Desember 1955), cet I, Bina Aksara, Jakarta, 1983, h. 27. Selanjutnya disebut dengan Moeljatno I.

⁷ *Ibid.* h. 29.

⁸ Muladi dan Dwidja Priyatno, *Pertanggungjawaban Pidana Korporasi*, cet I, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2010, h. 64.

Barda Nawawi Arief dan Chairul Huda. Teori dualistis selain dipengaruhi oleh hukum pidana Jerman, juga banyak dipengaruhi oleh sistem hukum pidana yang dipakai oleh negara-negara Eropa Anglo Saxon yang menggunakan common law system⁹.

Konsep pertanggungjawaban pidana yang menganut satu prinsip utama yang hanya mendasarkan pada ajaran kesalahan sebagai mens rea, konsep ini dianut oleh sistem hukum di Inggris dan Amerika Serikat dengan prinsip an act does not make a person guilty unless his mind is guilty, yang artinya suatu perbuatan tidak dapat menjadikan seseorang bersalah bilamana maksud tidak bersalah¹⁰. Teori dualistis memisahkan antara perbuatan dengan pertanggungjawaban pidana. Unsur dari pertanggungjawaban pidana hanyalah kesalahan, tetapi sifat melawan hukum bukan sebagai unsur pertanggungjawaban pidana. Sifat melawan hukum adalah unsur dari perbuatan, sehingga tindak pidana berkaitan dengan perbuatan yang bersifat melawan hukum.

Tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana bukan hanya dibedakan tetapi lebih jauh lagi harus dapat dipisahkan¹¹. Unsur utama dari pertanggungjawaban hanyalah kesalahan (schuld), sehingga diperlukan pembedaan antara karakteristik perbuatan yang dijadikan tindak pidana dan karakteristik orang yang melakukannya¹². Aturan hukum dalam hukum pidana materiil mengenai pertanggungjawaban pidana berfungsi sebagai penentu syarat-syarat yang harus ada pada diri seseorang sehingga sah

⁹ Chairul Huda, *Dari Tiada Pidana Tanpa Kesalahan Menuju Kepada Tiada Pertanggungjawaban Pidana Tanpa Kesalahan*, cet I, Kencana, Jakarta, 2006, h. 5.

¹⁰ Syawal Abdulajid dan Anshar, *Pertanggungjawaban Pidana Komando Militer pada Pelanggaran Berat HAM (Suatu Kajian dalam Teori Pembaruan Pidana)*, cet I, Laksbang Pressindo, Yogyakarta, 2011, h. 30.

¹¹ Chairul Huda, *Op. Cit.* h. 16.

¹² *Ibid*, 15.

seseorang akan dijatuhi pidana. Teori dualistis menekankan tentang kesengajaan, kesalahan dan pertanggungjawaban pidana¹³ yang terpisah dengan sifat melawan hukum. Teori ini berpangkal tolak dari pandangan bahwa kesalahan dibedakan dengan tindak pidana karena kesalahan merupakan unsur pembentuk dari pertanggungjawaban pidana. Sementara unsur pembentuk tindak pidana hanyalah perbuatan, sehingga kesalahan bukan sebagai unsur dari tindak pidana. Sifat melawan hukum adalah unsur dari tindak pidana dalam wujudnya sebagai perbuatan yang bersifat melawan hukum. Kesalahan yang merupakan unsur dari pertanggungjawaban pidana, dan kesalahan harus dibedakan dengan tindak pidana. Apabila membahas tindak pidana, tidak akan membahas tentang kesalahan, dan apabila membahas pertanggungjawaban pidana tidak membahas tentang sifat melawan hukum tetapi harus membahas tentang kesalahan.

RKUHP tahun 2012 menganut teori dualistis sebagaimana termuat dalam Bab II, Buku I tentang Ketentuan Umum pada konsep tahun 2012, khususnya pada Pasal 39 (RKUHP tahun 2012) yang mengatur bahwa perbuatan yang dapat dipidana adalah perbuatan yang dilakukan dengan sengaja. Unsur “kesengajaan” tidak lagi termuat dalam rumusan tindak pidana. Pada Pasal 39 RKUHP menegaskan bahwa harus mencantumkan unsur secara tegas unsur “mengetahui”, “yang diketahuinya”, “padahal diketahuinya” “sedangkan ia mengetahuinya” yang merupakan bentuk-bentuk dari kealpaan¹⁴. Bentuk-bentuk kealpaan inilah yang menjadi perhatian untuk dikaji, karena terdapat inkonsistensi antara teori dualistis antara perumusan unsur “kesengajaan” dengan “kealpaan” dalam pembentukan hukum dan pembuktian oleh hakim di

¹³ Ibid. 17

¹⁴ Bandingkan dengan Barda Nawawi Arief, Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana (Perkembangan Penyusunan Konsep KUHP Baru), ed II, cet V, Kencana, Jakarta, 2010, h. 87. Selanjutnya disebut dengan Barda Nawawi Arief I.

persidangan maupun dalam pertimbangan putusannya. Bentuk-bentuk kesengajaan maupun kealpaan dalam bentuk-bentuk yang dirumuskan sebagaimana tersebut di atas ternyata disebutkan dalam rumusan tindak pidana.

Menurut RKUHP 2012, kesengajaan bukan termasuk unsur tindak pidana sebagaimana yang dirumuskan secara umum dalam Buku I. Perumusan secara Umum dalam Bagian Umum Buku I RKUHP Konsep 2012, telah dikatakan sebelumnya oleh Hermien Hadiati Koeswadji pada era RKUHPN (Rancangan Kitab Undang-undang Hukum Pidana Nasional) yang telah dirancang oleh BPHN beberapa tahun sebelumnya, bahwa tidak dicantumkannya unsur kesengajaan bertujuan mempermudah dan menyederhanakan prosedur pemeriksaan agar tidak berbelit-belit karena terantuk pada pembuktian ada tidaknya unsur kesengajaan yang berada dalam batin, sehingga alat bukti yang tersedia menurut undang-undang pun tidak mampu untuk membuktikan ada tidaknya hubungan kausal antara tindakan dan akibat¹⁵.

RKUHP tahun 2012 yang mengatur bahwa setiap tindak pidana selalu dilakukan dengan kesengajaan, kecuali tindak pidana tertentu yang dilakukan karena kealpaan. Untuk membedakan tindak pidana yang dilakukan dengan sengaja dan kealpaan, RKUHP mengatur unsur kesengajaan tidak perlu dicantumkan dalam rumusan tindak pidana, yang dicantumkan dalam rumusan tindak pidana hanya unsur kealpaan, karena telah diatur dalam Buku I bahwa setiap tindak pidana dilakukan dengan kesengajaan kecuali undang-undang menentukan secara tegas bahwa suatu tindak pidana dilakukan dengan kealpaan (RKUHP Pasal 39 ayat (2)).

¹⁵ Hermien Hadiati Koeswadji, *Perkembangan Macam-macam Pidana dalam Rangka Pembangunan Hukum Pidana*, cet I, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1995, h. 109.

Apabila pengaturan di atas dipikirkan lebih lanjut, dalam pemeriksaan di persidangan dapat menimbulkan implikasi, yaitu penuntut umum tidak perlu lagi membuktikan unsur kesengajaan, karena unsur kesengajaan tidak tercantum secara tegas dalam rumusan tindak pidana. Apabila mengikuti pendapat dualistis, yang dicantumkan hanya unsur kealpaan akan berimplikasi terjadinya perbedaan kualifikasi. Apabila unsur kealpaan yang tercantum secara eksplisit itu tidak terbukti, maka akan mengakibatkan putusan yang menyatakan pembuat dibebaskan (*vrijspraak*). Unsur kesengajaan yang tidak tercantum secara eksplisit dalam rumusan tindak pidana, dan unsur kesengajaan sebagai unsur pertanggungjawaban tidak terbukti, akan mengakibatkan pembuat dinyatakan lepas dari segala tuntutan hukum (*ontslag van alle rechtsvervolging*).

Dalam praktik peradilan pengaruh rumusan Pasal 191 ayat (2) KUHAP begitu kuat terhadap putusan hakim dalam menentukan tidak terbuktinya tindak pidana dengan putusan bebas (*vrijspraak*) dan putusan yang menyatakan pembuat dilepaskan dari segala tuntutan hukum (*ontslag van alle rechtsvervolging*). Pertimbangan-pertimbangan yang dibuat oleh hakim terdapat perbedaan dalam menentukan unsur sifat melawan hukum. Pertimbangan hakim tentang “kesalahan” juga cukup menarik untuk dikaji dari pandangan ilmu hukum pidana.

Kajian mengenai sifat melawan hukum (*wederrechtelijkheid*), kesalahan (*schuld*), tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana, diharapkan dapat menambah pendalaman ilmu hukum pidana. Diperlukan konsep-konsep hukum, teori-teori hukum dan asas-asas hukum pidana agar kajian atau penelitian dapat diterapkan dalam perumusan tindak pidana dalam perundang-undangan maupun penerapan dalam praktik

peradilan. Kurang mendalamnya pertimbangan tentang sifat melawan hukum (*wederrechtelijkheid*) dan perbedaan pandangan hakim tentang sifat melawan hukum (*wederrechtelijkheid*) dan kesalahan (*schuld*) dalam putusannya, akan dapat mengakibatkan perbedaan putusan pengadilan apakah terdakwa akan dinyatakan bebas (*vrijspraak*) atau akan dinyatakan lepas dari segala tuntutan hukum (*ontslag van alle rechtsvervolging*).

Pemerintah telah berusaha menyusun undang-undang hukum pidana (KUHP) yang baru, namun sampai sekarang belum jelas akhir pembahasan dan penyelesaiannya dalam proses legislasi yang telah dilakukan. Menyusun KUHP baru tanpa mempelajari dan pemahaman yang mendalam mengenai konsep maupun asas-asas hukum pidana yang selama ini masih diikuti, akan sulit menyusun suatu pembaruan hukum. Menurut Mardjono Reksodiputro, perubahan yang ada dalam suatu rancangan KUHP tidak dapat dilaksanakan dengan baik apabila konsep lama maupun asas-asas yang berlaku dalam KUHP (warisan pemerintah Hindia Belanda) juga tidak dipahami dengan baik¹⁶. Pembaruan KUHP pada suatu rancangan tidak mungkin ada dalam suatu ruang hampa¹⁷.

Lebih memahami asas-asas hukum pidana warisan Belanda tidak berarti dianggap sebagai membangkitkan atau menguatkan era kolonialisasi. Hukum pidana sebagai suatu sistem tidak begitu saja timbul dengan sendirinya atau timbul begitu saja

¹⁶ Baca Surat Rekomendasi Guru Besar Hukum Pidana dan Kriminologi Universitas Indonesia, Mardjono Reksodiputro dalam kata sambutan atas terjemahan buku Rimmelink yang berjudul *Hukum Pidana*, Tristam Pascal Moeliono (penerj), Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2003.

¹⁷ *Ibid.*

Dalam pembangunan hukum pidana yang baru akan mengalami kesulitan apabila tidak terdapat asas-asas maupun teori hukum pidana yang mendasarinya. Pembangunan hukum tidak dapat tiba-tiba dibangun tanpa adanya asas-asas hukum pidana yang dibangun terlebih dahulu, pembangunan hukum pidana harus mempunyai landasan ilmu hukum pidana yang kuat terhadap teori-teori dan asas-asas hukum pidana peninggalan Belanda dengan pengembangan asas-asas hukum pidana yang lebih moderen.

dalam ruang hampa. Pemahaman yang baik terhadap asas-asas hukum pidana dapat dijadikan landasan untuk membangun hukum pidana yang baru dengan menyempurnakan sesuai dengan perkembangan era global dan kemajuan peradaban masyarakat Indonesia. Peran hukum pidana menjadi sentral untuk merubah perilaku masyarakat menuju peradaban yang lebih maju.

Pembangunan hukum pidana yang mengikuti perkembangan masyarakat yang mempunyai tujuan untuk melindungi negara, masyarakat dan individu jangan sampai berbalik arah menjadi tirani terhadap kebebasan individu dengan alasan kesadaran hukum dalam masyarakat menjadi dasar pembedaan dalam hukum pidana yang baru. Pembaruan hukum pidana diharapkan dapat dijadikan sebagai pelindung kepentingan hukum individu, masyarakat dan negara, tetapi tidak mengakibatkan perbedaan perlakuan hukum terhadap individu maupun masyarakat, mengingat masyarakat Indonesia yang sangat heterogen dengan hukum-hukum adat yang bermacam-macam perbedaannya.

Secara legalitas kita akui bahwa KUHP peninggalan kolonial Belanda terdapat banyak kelemahan dan kekurangan, meskipun demikian tidak berarti dapat kita abaikan adanya kelebihan-kelebihan dalam ilmu hukum pidana peninggalan Belanda itu. Secara obyektif, ada beberapa asas-asas dan teori-teori hukum pidana yang masih dapat diterima sebagai bagian dari suatu sistem hukum pidana di Indonesia. Sepanjang tidak bertentangan dengan prinsip-prinsip hukum negara-negara lain (internasional) maupun prinsip-prinsip hukum nasional, asas-asas dan teori-teori hukum pidana itu masih perlu dipertahankan.

Pembangunan hukum¹⁸ dalam hukum pidana dengan dasar kepentingan hukum yang hendak dilindungi yang tetap berpegang pada asas-asas hukum pidana sepanjang yang masih relevan, serta dengan pengembangan teori-teori hukum dalam hukum pidana diharapkan dapat berlaku bagi seluruh masyarakat Indonesia yang heterogen tanpa meninggalkan harmonisasi hukum-hukum pidana yang berlaku secara internasional. Atas dasar tiga parameter ini diperlukan pendalaman konsep-konsep, teori-teori dan asas-asas hukum pidana yang selama ini masih diikuti dan masih relevan. Diperkuatnya dasar argumentasi baru yang mendukung konsep-konsep, teori-teori dan asas-asas hukum pidana adalah dalam rangka pengembangan ilmu hukum pidana dan pembangunan hukum.

2. Rumusan Masalah

- a. Keterkaitan antara “sifat melawan hukum” (*wederrechtelijkheid*) dan “kesalahan” (*schuld*) dengan tindak pidana.
- b. Keterkaitan antara “sifat melawan hukum” dan “kesalahan” dengan “pertanggungjawaban pidana”.
- c. *Ratio legis* dan *ratio decidendi* dalam perumusan tindak pidana dan penerapan sifat melawan hukum dan kesalahan dalam praktek untuk menentukan pertanggungjawaban pidana.

¹⁸ Untuk mengemban fungsi barunya, hukum membutuhkan peningkatan kapasitas dalam bentuk pembangunan dan pembaruan terhadapnya. Pembangunan dan pembaruan ini dapat berbentuk rekonstruksi, intensifikasi fungsi, atau pengembangan fungsi. Rekonstruksi itu dapat berbentuk penataan, pengelolaan, dan pengembangan hukum. Penggantian hukum dilakukan terhadap kondisi hukum yang berada dalam miskordinasi, terbatas substansi tidak jelas, atau bertumpang tindih fungsi dan substansi. Pengelolaan hukum dilakukan terhadap hukum yang daya dukungnya telah memadai, dan pengembangan hukum dilakukan terhadap hukum yang daya dukungnya telah baik berdasarkan kebutuhan kondisi.

Hal penting yang perlu ditegaskan dalam kaitan dengan pembahasan terakhir ini adalah makna hukum ditempatkan tidak hanya sebagai makna hukum normatif, melainkan terutama dalam konteks makna hukum sebagai suatu sistem. Baca H. Lili Rasjidi dan Ida Bagus Wyasa Putra, *Hukum Sebagai Suatu Sistem*, Fikahati Aneska, Jakarta, 2012, h. 180.

3. Tujuan dan Manfaat Penelitian

a. Tujuan Penelitian

1. Menganalisa dan menemukan konsep tindak pidana dalam kaitannya dengan unsur sifat melawan hukum (*wederrechtelijkheid*) dan unsur kesalahan (*schuld*) dengan cara mengembangkan teori sifat melawan hukum (*wederrechtelijkheid*) dan kesalahan (*schuld*). Pengembangan teori sifat melawan hukum dan kesalahan diharapkan dapat menemukan unsur-unsur tindak pidana yang sesuai dengan perkembangan ilmu hukum pidana, sehingga dapat merumuskan norma hukum dalam suatu rumusan tindak pidana yang tepat.
2. Menganalisa dan menemukan unsur apa saja yang dapat menentukan pertanggungjawaban pidana, yang pada akhirnya dapat menentukan konsep pertanggungjawaban pidana. Dasar-dasar yang dapat menentukan konsep pertanggungjawaban pidana ini diharapkan dapat dijadikan dasar merumuskan pengertian pertanggungjawaban pidana pada suatu perundang-undangan pidana dan pertimbangan hakim pada suatu perkara yang konkrit.
3. Dapat ditentukannya konsep pertanggungjawaban pidana yang dikaitkan dengan asas kesalahan (*geen straf zonder schuld*) akan dapat menentukan *ratio legis* perundang-undangan dan *ratio decidendi* dalam putusan hakim tentang sifat melawan hukum, kesalahan, tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana. *Ratio legis* dan *ratio decidendi* dalam hubungannya dengan sifat melawan hukum, tindak pidana, kesalahan dan pertanggungjawaban pidana sebagai dasar dalam pembentukan undang-undang dan sebagai dasar pertimbangan hakim dalam putusannya.

b. Manfaat Penelitian

1. Penelitian ini diharapkan dapat memberikan sumbangan pemikiran yang baru tentang ajaran sifat melawan hukum (*wederrechtelijkheid*), kesalahan (*schuld*), berkaitan dengan konsep tindak pidana (*strafbaar feit*), sehingga dapat dijadikan bahan pemikiran oleh ahli hukum pidana mengenai unsur-unsur tindak pidana. Yang pada akhirnya dapat dijadikan dasar dalam merumuskan tindak pidana dalam undang-undang pidana (KUHP) yang baru, termasuk undang undang pidana di luar KUHP.
2. Diharapkan dapat memberikan sumbangan pemikiran kepada ahli hukum pidana tentang konsep pertanggungjawaban pidana yang baru yang berbeda dengan teori monistis dan teori dualistis pada umumnya. Paling tidak dapat memberikan argumen yang baru di antara kedua teori itu. Pertanggungjawaban pidana ini diharapkan dapat dijadikan dasar pengertian pertanggungjawaban pidana dalam rangka pembentukan undang-undang pidana (KUHP) yang baru dan undang-undang pidana di luar KUHP.
3. Ditentukannya *ratio legis* dan *ratio decidendi* tentang sifat melawan hukum, tindak pidana, kesalahan dan pertanggungjawaban pidana akan memberikan sumbangan pemikiran dalam merumuskan norma hukum dalam perundang-undangan serta menentukan pertanggungjawaban dari norma hukum yang telah ditentukan dalam perundang-undangan pidana. Juga dapat memberikan pemahaman kepada hakim dalam menentukan pengertian atau konsep sifat melawan hukum dan kesalahan dalam menentukan pertanggungjawaban pidana dalam suatu kasus konkrit.

4. Orisinalitas Penelitian

Sudah banyak penelitian maupun tulisan berupa literatur, disertasi, tesis maupun seminar-seminar mengenai sifat melawan hukum (*wederrechtelijkheid*)

maupun kesalahan (schuld), dan pertanggungjawaban pidana yang ditinjau dari teori dualistis maupun teori monistis. Tulisan-tulisan tersebut masih dibahas secara parsial, misalnya disertasi dari Komariah Emong Sapardjaja yang kemudian diterbitkan dalam bentuk buku yang berjudul *Ajaran Sifat Melawan Hukum Materiel dalam Hukum Pidana Indonesia (Studi Kasus Tentang Penerapan dan Perkembangan dalam Yurisprudensi)*¹⁹. Buku ini hanya membahas mengenai sifat melawan hukum dalam pandangan sifat melawan hukum materiil, khususnya sifat melawan hukum materiil dalam fungsinya yang negatif. Sudah tentu, tidak dibahas hubungan antara kesalahan sebagai unsur pertanggungjawaban pidana.

Disertasi Didik Endro Purwoleksono yang berjudul *Tindak Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana di Bidang Merek dalam Sistem Hukum Pidana Indonesia*²⁰. Disertasi ini membahas tindak pidana di bidang merek, dalam hal ini pertanggungjawaban pidana hanya dibahas sebagai parameter untuk menilai tindak pidana yang diatur dalam Undang-undang Tentang Merek. Disertasi ini tidak membahas teori-teori pertanggungjawaban dalam kaitan antara sifat melawan hukum dalam rumusan tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana secara mendalam.

Disertasi yang ditulis Chairul Huda yang berjudul *Kesalahan dan Pertanggungjawaban Pidana (Tinjauan Kritis Terhadap Teori Pemisahan Tindak Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana)*²¹, yang kemudian diterbitkan dalam bentuk buku yang

¹⁹ Komariah Emong Sapardjaja, *Ajaran Sifat Melawan Hukum Materiel dalam Hukum Pidana Indonesia, Studi Kasus Tentang Penerapan dan Perkembangannya dalam Yurisprudensi*, ed I, cet I, Alumni, Bandung, 2002.

²⁰ Didik Endro Puwoleksono, *Tindak Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana di Bidang Merek dalam Sistem Hukum Pidana Indonesia*, Disertasi, Fakultas Hukum, Universitas Airlangga, Surabaya, 2006, selanjutnya disebut dengan Didik Endro Purwoleksono I.

²¹ Chairul Huda, *Op. Cit.* 2006.

berjudul *Dari Tiada Pidana Tanpa Kesalahan Menuju Kepada Tiada Pertanggungjawaban Pidana Tanpa Kesalahan*. Disertasi ini membahas dan menganalisa mengenai kesalahan (*schuld*) dalam kaitannya dengan pertanggungjawaban pidana dalam lingkup teori dualistis, sehingga menolak keterkaitan antara sifat melawan hukum (*wederrechtelijkheid*) dengan pertanggungjawaban pidana. Karena disertasi ini menganut teori dualistis, maka tidak membahas dan menganalisa serta mengkaji implementasi secara mendalam mengenai pembentukan hukum sebagai proses legislasi maupun penemuan hukum oleh hakim mengenai sifat melawan hukum (*wederrechtelijkheid*) dalam hubungannya dengan pertanggungjawaban pidana.

Buku yang ditulis oleh praktisi hukum Tjandra Sridjaja Pradjonggo yang berjudul *Sifat Melawan Hukum dalam Tindak Pidana Korupsi*²². Buku ini hanya meneliti dan menganalisa sifat melawan hukum dalam kaitan tindak pidana korupsi atau pasal-pasal dari undang-undang lain yang berkaitan dengan tindak pidana korupsi.

Tulisan ini hanya menjelaskan sifat melawan hukum adalah sifat melawan hukum formil (*formeel wederrechtelijkheid*), tidak menguraikan atau menjelaskan lebih dalam mengenai sifat melawan hukum materiil (*materiele wederrechtelijkheid*). Pandangan ini dilatar belakangi penulis yang menganut sifat melawan hukum formil. Pembahasan dan analisa sifat melawan hukum materiil (*materiele wederrechtelijkheid*), namun hanya dalam lingkup sifat melawan hukum materiil dalam fungsinya yang negatif, yaitu hanya sebatas dalam hal sebagai alasan pembenar yang menghilangkan sifat melawan hukumnya perbuatan. Tulisan ini tidak membahas lebih dalam mengenai sifat melawan hukum materiil (*materiele wederrechtelijkheid*) secara luas, yang di

²² Tjandra Sridjaja Pradjonggo, *Sifat Melawan Hukum dalam Tindak Pidana Korupsi*, cet II, Indonesia Lawyer Club, Jakarta, 2010.

dalamnya terdapat sifat melawan hukum materiil dalam fungsinya yang positif dan sifat melawan hukum dalam fungsinya yang negatif.

5. Kerangka Teoritik

Sebelum membahas lebih jauh mengenai kerangka teoritik, dari tinjauan kepustakaan yang telah dilakukan, terminologi strafbaar feit dalam hukum pidana terdapat perbedaan dalam penyebutan ke dalam bahasa Indonesia. Strafbaar feit disamakan pengertiannya dengan “perbuatan pidana”²³. Strafbaar feit oleh beberapa ahli hukum pidana di Indonesia ada yang menyamakan pengertiannya dengan tindak pidana²⁴.

Sudah umum di ketahui dalam beberapa undang-undang yang berlaku pada saat ini, strafbaar feit disamakan pengertiannya ke dalam bahasa Indonesia sebagai “tindak pidana”. Beberapa contoh undang-undang yang bersifat khusus yang menggunakan istilah tindak pidana, misalnya Undang-undang Nomor: 31 Tahun 1999 Tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, sebagaimana yang telah diubah dengan Undang-undang Nomor: 20 Tahun 2001 Tentang Perubahan atas Undang-undang Nomor: 31 Tahun 1999 Tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, Undang-undang Nomor: 21 Tahun 2007 Tentang Pemberantasan Tindak Pidana Perdagangan Orang, Undang-undang Nomor 46 Tahun 2009, Tentang Pengadilan Tindak Pidana Korupsi, Undang-undang Nomor: 8 Tahun 2010, Tentang Pencegahan dan

²³ Moeljatno, *Asas-asas Hukum Pidana*, Bina Aksara, Jakarta, 1985, h. 61. Selanjutnya disebut dengan Moeljatno II.

Baca juga pendapat Moeljatno dalam pidato yang disampaikan pada Upacara Peringatan Dies Natalis ke-6 Universitas Gadjah Mada pada tanggal 19 Desember 1955 (Moeljatno I).

²⁴ E.Y. Kanter dan S.R. Sianturi, *Asas-asas Hukum Pidana di Indonesia dan Penerapannya*, cet III, Storia, Jakarta, 2002, h. 208.

Pemberantasan Tindak Pidana Pencucian Uang, dan Undang-undang Nomor: 9 Tahun 2013 Tentang Pencegahan dan Pemberantasan Tindak Pidana Pendanaan Terorisme, serta beberapa undang-undang lain yang di dalamnya mengatur tentang tindak pidana yang diatur dalam Bab tentang Ketentuan Pidana.

Disertasi ini akan menggunakan terminologi strafbaar feit sebagai “tindak pidana” dengan maksud untuk mempermudah pemaknaan karena istilah tindak pidana sudah banyak dikenal di beberapa peraturan perundang-undangan maupun disebutkan oleh beberapa ahli hukum pidana dalam literatur-literturnya. Pengertian strafbaar feit sama pengertiannya dengan “tindak pidana”. Penggunaan terminologi tindak pidana dalam disertasi ini juga mempunyai maksud agar terjadi konsistensi penulisan mengenai terminologi strafbaar feit, sehingga disertasi ini menggunakan istilah “tindak pidana” bukan “perbuatan pidana” atau “peristiwa pidana”²⁵.

Terminologi pertanggungjawaban pidana menurut Hart menggunakan pengertian liability dan responsibility. Liability diterangkan oleh Hart sebagai berikut:

....captures Hart's proposed criterion for distinguishing the guilty from the innocent for the purpose of distributing punishment and hence for the purpose of attaching criminal liability (his 'criterion of guilt' for short). And you will

²⁵ E.Y. Kanter dan S.R. Sianturi berpendapat sama dengan Satochid Kartanagara dalam bukunya yang berjudul Hukum Pidana, Kumpulan Kuliah dan Pendapat-pendapat Ahli Hukum Terkemuka, Bagian Satu, Balai Lektor Mahasiswa, tanpa tahun, menggunakan istilah tindak pidana karena istilah tindak (tindakan), mencakup pengertian melakukan atau berbuat (active handling) dan/atau pengertian tidak melakukan, tidak berbuat, tidak melakukan suatu perbuatan (passive handling).

Lamintang menggunakan istilah “tindak pidana” dalam memberikan pengertian strafbaar feit, karena pembentuk undang-undang di Indonesia dengan kata tindak pidana di dalam KUHP tanpa memberikan sesuatu penjelasan. Mengenai apa yang dimaksud dengan istilah strafbaar feit, dalam setiap penjelasan dalam literturnya Lamintang selalu menggunakan kata “tindak pidana” untuk mengartikan strafbaar feit. Secara harafiah strafbaar feit itu dapat diterjemahkan sebagai “sebagian dari suatu kenyataan yang dapat dihukum”, yang sudah barang tentu tidak tepat, oleh karena kelak akan kita ketahui bahwa yang dapat dihukum itu sebenarnya adalah manusia sebagai pribadi dan bukan kenyataan, perbuatan ataupun tindakan. Baca P. A. F. Lamintang, Dasar-dasar Hukum Pidana Indonesia, cet III, Citra Aditya, Bandung, 1997, h. 181.

recall that his case for this criterion of guilt is based on the contribution that use of this criterion makes to individual freedom.²⁶

Menurut *Black's Law Dictionary*, liability adalah:

The quality or state of being legally obligated or accountable; legal responsibility to another or to society, enforceable by civil remedy or criminal punishment <liability for injuries caused by negligence>. Also termed legal liability; subjection. Cf. FAULT. 2. A financial or pecuniary; subjection; DEBT <tax liability> <asset and liabilities>.²⁷

Pengertian liability menurut Black Law Dictionary di atas juga bersinggungan dengan pengertian responsibility. Pada pengertian Responsibility juga berhubungan dengan pengertian liability yang meliputi beberapa hal, yaitu : 1. Liability 2. Criminal Law. A persons mental fitness to answer in court for his or her actions. See competency (cases: mental health). 3 Criminal Law. Guilt. –Also termed (in sense 2 & 3) criminal responsibility²⁸.

Dari Penjelasan *Black's Law Dictionary*, liability mempunyai dua pengertian, pengertian yang pertama dari sisi atau dalam lingkup hukum pidana, dan pengertian yang kedua adalah mempunyai pengertian dalam lingkup hukum perdata. *Black's Law Dictionary* juga mempertukarkan istilah liability dengan responsibility. Pada pengertian responsibility lebih cenderung digunakan dalam lingkup hukum pidana yaitu yang berhubungan dengan keadaan-keadaan atau kesehatan mental seorang pembuat dalam lapangan hukum pidana (criminal law). Beberapa ahli hukum pidana juga ada yang menggunakan istilah liability dan responsibility. Responsibility juga digunakan oleh Hart sebagaimana disebutkan dalam bukunya yang berjudul *Punishment and*

²⁶ H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility, Essays in The Philosophy of Law*, ed I, Oxford University Press Inc., New York, 2008-xxxvi. Selanjutnya disebut dengan H.L.A. Hart I.

²⁷ Bryan A. Garner (ed), *Black's Law Dictionary*, (selanjutnya disingkat *Black's Law Dictionary*), Thomson Reuters, 2009, h. 997.

²⁸ Ibid. h. 1427.

Responsibility, Essays in The Philosophy of Law. Berdasarkan pembahasan tersebut, agar terjadi konsistensi tulisan ini, disertasi ini menggunakan istilah responsibility, kecuali terdapat kutipan atau yang bersumber dari pendapat ahli hukum yang tercantum di dalam tulisannya yang menggunakan istilah liability.

Pertanggungjawaban pidana merupakan penilaian yang dilakukan setelah dipenuhinya seluruh unsur tindak pidana atau terbuktinya tindak pidana. Penilaian ini dilakukan secara obyektif dan subyektif, penilaian secara obyektif berhubungan dengan pembuat dengan norma hukum yang dilanggarnya, sehingga berkaitan dengan perbuatan dan nilai-nilai moral yang dilanggarnya. Pada akhirnya secara obyektif pembuat dinilai sebagai orang yang dapat dicela atau tidak dicela. Kesalahan ini berorientasi pada nilai-nilai moralitas, pembuat yang melanggar nilai-nilai moralitas patut untuk dicela. Penilaian secara subyektif dilakukan terhadap pembuat bahwa keadaan-keadaan psikologis tertentu yang telah melanggar moralitas patut dicela atau tidak dicela.

Kedua penilaian ini merupakan unsur utama dalam menentukan pertanggungjawaban pidana. Penilaian secara obyektif dilakukan dengan mendasarkan pada kepentingan hukum yang hendak dilindungi oleh norma hukum yang dilanggarnya. Penilaian secara subyektif dilakukan dengan mendasarkan pada prinsip-prinsip keadilan bahwa keadaan psikologis pembuat yang sedemikian rupa dapat dipertanggungjawabkan atau tidak. Penilaian dilakukan dengan cara mengetahui tentang maksud dibentuknya norma sosial, norma moral, kesusilaan ke dalam norma hukum dalam perundang-undangan pidana sangat berperan. Penilaian-penilaian tersebut

dilakukan setelah seluruh unsur tindak pidana telah terpenuhi atau terbuktinya tindak pidana.

Penilaian tentang norma hukum yang dilanggar dan maksud dibentuknya norma hukum dilakukan secara teleologis atas kepentingan hukum yang hendak dilindungi oleh pembentuk undang-undang dan maksud dibentuk norma hukum yang bersumber dari norma moral, norma sosial maupun norma kesusilaan. Penilaian merupakan penilaian tentang sifat melawan hukum dan kesalahan untuk menentukan pertanggungjawaban pidana, bukan untuk menentukan tindak pidana. Pertanggungjawaban pidana merupakan hasil penilaian yang bersifat teleologis, yang dapat dilakukan dengan meneliti sejarah terbentuknya norma hukum maupun tujuan dibentuknya norma hukum dalam perundang-undangan, asas kesalahan maupun teori-teori hukum yang berhubungan dengan pertanggungjawaban pidana.

Untuk menguji pemikiran sebagaimana diuraikan di atas, penelitian dalam penulisan disertasi ini berangkat dari kerangka pemikiran teori monistis dan dualistis dalam kaitan dengan konsep pertanggungjawaban pidana. Secara umum, teori monistis tidak memisahkan antara tindak pidana dengan kesalahan. Karena kesalahan merupakan unsur tindak pidana, maka berdasarkan asas 'tidak pidana tanpa kesalahan', kesalahan juga merupakan unsur pertanggungjawaban pidana. Terbuktinya seluruh unsur tindak pidana dapat membuktikan tindak pidana sekaligus adanya pertanggungjawaban pidana. Terbuktinya tindak pidana yang di dalamnya terdapat unsur kesalahan, pembuat bertanggungjawab atas tindak pidana itu. Pembuat tidak dipidana merupakan perkecualian, perkecualian itu dapat disebabkan oleh pembuat yang tidak mampu

bertanggungjawab atau karena adanya peniadaan pidana. Peniadaan pidana dapat berupa alasan pemaaf maupun berupa alasan pembenar.

Teori dualistis yang memisahkan secara tegas antara tindak pidana dengan kesalahan. Kesalahan bukan unsur tindak pidana, tetapi kesalahan merupakan unsur untuk menentukan pertanggungjawaban pidana. Kesalahan sebagai *mens rea* harus dipisahkan dengan tindak pidana, yang mana tindak pidana merupakan *actus reus*. Pertanggungjawaban pidana hanya berkaitan dengan *mens rea*, karena pertanggungjawaban pidana hanya didasarkan pada kesalahan (*mens rea*). Menurut sistem *common law*, *mens rea* digambarkan dengan *is the legal term used to describe the element of a criminal offence that relates to defendant's mental state*. *Mens rea* selalu berkaitan dengan keadaan mental atau *psychis* pembuat, sementara *actus reus* selalu berkaitan dengan perbuatan yang bersifat melawan hukum

Teori monistis dan teori dualistis akan menjadi dasar atau pijakan kajian awal penulisan disertasi, karena kedua teori ini merupakan teori untuk menentukan pengertian pertanggungjawaban pidana, yang dapat digunakan sebagai dasar dalam pembentukan undang-undang (*ratio legis*) maupun sebagai dasar dalam pertimbangan hakim (*ratio decidendi*) dalam putusannya. Membaca dan membahas batasan pengertian tentang tindak pidana tanpa memahami dua pandangan tentang tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana -yaitu pandangan monistis dan pandangan dualistis- akan mengantarkan para pembaca ke dalam “kerancuan sistematis” dalam memahami tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana, yang pada gilirannya akan menghasilkan

pemahaman dan konstruksi pikir yang salah dalam memahami tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana²⁹.

Pentingnya pemahaman kedua teori ini merupakan landasan teori dalam menentukan pengertian tindak pidana, pengertian pertanggungjawaban pidana maupun perumusan tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana dalam pembentukan undang-undang maupun dalam rangka pertimbangan hakim dalam menentukan tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana. Pentingnya pembahasan konsep tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana dalam ilmu hukum pidana dari dua pandangan teori monistis dan teori dualistis agar ada konsistensi pemikiran seorang ahli hukum pidana. Konsistensi ini diharapkan dilakukan sejak membahas asas-asas, teori-teori hukum dan penerapan hukum (dogmatiek hukum) dalam hukum pidana. Konsistensi asas-asas hukum, teori-teori hukum dan dogmatiek hukum dilakukan dengan melakukan analisa konsep-konsep hukum yang diajukan oleh para ahli hukum pidana dari kedua penganut teori monistis dan teori dualistis.

Teori dualistis berpandangan bahwa perlu adanya pemisahan antara tindak pidana (strafbaar feit) dengan kesalahan (schuld), karena hanya kesalahan (schuld) yang merupakan unsur pertanggungjawaban pidana. Menurut teori dualistis, tindak pidana hanyalah meliputi sifat-sifat dari perbuatan (actus reus) saja, tetapi pertanggungjawaban pidana hanya menyangkut sifat-sifat orang yang melakukan tindak pidana.³⁰ Kesalahan (schuld) merupakan faktor penentu dari pertanggungjawaban pidana dan dipisahkan

²⁹ Tongat, Dasar-dasar Hukum Pidana Indonesia dalam Perpekstif Pembaharuan, cet III, Universitas Muhammadiyah, Malang, 2012, h. 98-99.

³⁰ Chairul Huda, Op. Cit. 15.

dengan tindak pidana (strafbaar feit), maka unsur kesengajaan sebagai unsur utama dari kesalahan (schuld) harus dikeluarkan dari pengertian tindak pidana³¹.

Ada atau tidak adanya kesalahan ada pada orang yang melakukan perbuatan tergantung pada penilaian mengenai dirinya, yaitu mengenai keadaan batinnya³². Unsur kesengajaan tidak merupakan unsur perbuatan tetapi merupakan unsur pertanggungjawaban pidana³³. Unsur kemampuan bertanggungjawab dan sengaja bukanlah unsur tindak pidana, tetapi unsur pertanggungjawaban pidana (yang oleh pandangan monistis disebut unsur subyektif)³⁴.

Pada pembuktian di persidangan, teori dualistis mengajarkan bahwa yang dibuktikan terlebih dahulu adalah perbuatan yang berifat melawan hukum (wederrechtelijkheid) sebagai tindak pidana (strafbaar feit), setelah itu hakim melangkah untuk meneliti atau mempertimbangkan tentang kemampuan bertanggungjawab dan kesalahan (schuld) dari pembuat. Penentuan kemampuan bertanggungjawab dan kesalahan (schuld) yang di dalamnya terdapat kesengajaan, bertujuan sebagai syarat-syarat pemidanaan. Pandangan dualistis ini memudahkan dalam melakukan suatu sistematika unsur-unsur mana dari suatu tindak pidana yang masuk ke dalam perbuatan dan yang mana masuk dalam pertanggungjawaban pidana (kesalahan), sehingga mempunyai suatu dampak positif dalam menjatuhkan suatu putusan dalam proses pengadilan (hukum acara)³⁵.

³¹ Ibid.

³² Moeljatno I, Op. Cit. h. 27.

³³ Ibid. 28

³⁴ Andi Zainal Abidin Farid, Op. Cit. h. 233.

³⁵ Muladi dan Dwidja Priyatno, Op. Cit. h.67-68.

Pertanggungjawaban pidana tidak berkaitan dengan tindak pidana tetapi berkaitan dengan subyek tindak pidana. Pada saat penyusunan undang-undang hukum pidana, pertanggungjawaban pidana berkaitan dengan ketidakmampuan bertanggungjawab (*verminderde teorekeningsvatbaarheid*, *diminished mental capacity*; *diminished responsibility*), masalah pertanggungjawaban terhadap akibat yang tidak dituju/tidak dikehendaki/tidak disengaja (*erfolgshaftung*), dan masalah kesesatan (*error/dwaling/mistake*)³⁶. Istilah *mistake*, baik *mistake of facts* maupun *mistake of law* diterjemahkan dengan istilah kesesatan digunakan pula oleh Schaffmeister³⁷. Kesesatan (*error*) baik *error facti*, maupun *error iuris* pada prinsipnya si pembuat tidak dipertanggungjawabkan dan pembuat tidak dipidana. Apabila kesesatannya itu patut untuk dipersalahkan kepadanya maka si pembuat tetap dipidana³⁸.

Asas kesalahan, “tiada pidana tanpa kesalahan” merupakan satu-satunya unsur dari pertanggungjawaban pidana. Pertanggungjawaban pidana terhadap pembuat tidak hanya ada pada pembuat bukan hanya dipenuhinya unsur-unsur tindak pidana, tetapi harus terdapat ketercelaan pada diri pembuat. Ketercelaan pada diri pembuat sebagai suatu bentuk kesalahan sebagai dasar pertanggungjawaban dalam hukum pidana di Indonesia³⁹. Pertanggungjawaban pidana yang demikian mempunyai pengertian

³⁶ Menurut Barda Nawawi Arief, pengaturan masalah *erfolgshaftung* dan *error* di dalam konsep KUHP yang baru (tahun 2004) tidak berorientasi pada pandangan tradisional/klasik, tetapi tetap berorientasi pada asas kesalahan. Masalah pertanggungjawaban pidana juga berhubungan dengan subyek tindak pidana. Baca Barda Nawawi Arief, *Hukum Pidana Dalam Perspektif Kajian Perbandingan*, cet II, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2011, h. 275. Selanjutnya disebut dengan Barda Nawawi Arief II.

³⁷ D. Schaffmeister, N. Keijzer, E. PH. Sutorius, *Hukum Pidana*, Sahetapy, J.E. dan Pohan, Agustinus (ed), cet II, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2007, h. 235.

³⁸ Yesmil Anwar dan Adang, *Pembaruan Hukum Pidana, Reformasi Hukum Pidana*, Gramedia Widiasarana Indonesia, Jakarta, 2008, h. 35.

³⁹ Widyo Pramono, *Pertanggungjawaban Pidana Korporasi Hak Cipta*, ed I, cet I, Alumni, Bandung, 2012, h. 83.

normatif, tidak bersifat *psychologis*, karena yang menjadi parameter adalah ketercelaan, bukan keadaan *psychis* pembuat.

Pertanggungjawaban pidana mengandung di dalamnya pencelaan/pertanggungjawaban obyektif dan subyektif. Secara obyektif si pembuat telah melakukan tindak pidana menurut hukum yang berlaku (asas legalitas) dan secara subyektif si pembuat patut dicela atau dipersalahkan/dipertanggungjawabkan atas tindak pidana yang dilakukannya itu (asas *culpabilitas*/kesalahan) sehingga ia patut dipidana⁴⁰. Asas *culpabilitas* merupakan salah satu asas fundamental, yang karenanya perlu ditegaskan secara eksplisit di dalam konsep (RKUHP 2012, tambahan dari penulis) sebagai pasangan dari asas legalitas. Penegasan yang demikian merupakan perwujudan dari ide keseimbangan monodualistik⁴¹.

Pandangan Barda Nawawi Arief mengenai monodualistik ini didasari oleh pendapat Marc Ancel, bahwa tujuan utama dari hukum perlindungan sosial adalah mengintegrasikan individu ke dalam tertib sosial dan bukan pemidanaan terhadap perbuatannya. Hukum perlindungan sosial mensyaratkan penghapusan pertanggungjawaban pidana (kesalahan) dan digantikan tempatnya oleh pandangan tentang perbuatan anti sosial⁴². Ketercelaan terhadap pembuat didasarkan atas perbuatan yang bertentangan dengan nilai yang hidup di masyarakat, yaitu perbuatan tersebut bersifat anti sosial. Tidak adanya pertanggungjawaban pidana, apabila tidak ada ketercelaan

⁴⁰ Barda Nawawi Arief II, Op. Cit. h. 137.

⁴¹ Ibid. h. 273.

⁴² Muladi dan Barda Nawawi Arief, Teori-Teori dan Kebijakan Pidana, cet IV, Alumni, Bandung, 2010, h.152.

pada diri pembuat karena menurut pandangan masyarakat perbuatan itu tidak bersifat anti sosial atau dibenarkan oleh masyarakat.

Ketercelaan yang mendasarkan penilaian masyarakat terhadap subyek pembuat pidana merupakan suatu dasar kesalahan untuk menentukan pertanggungjawaban pidana terhadap pembuat. Ketercelaan menurut pandangan masyarakat adalah sebagai suatu penilaian kesalahan dalam menentukan pertanggungjawaban pidana merupakan suatu penyimpangan atau perkecualian dari suatu asas kesalahan, tetapi harus juga dilihat sebagai pelengkap (complement) dalam perwujudan asas keseimbangan, yaitu keseimbangan antara kepentingan pribadi dan kepentingan masyarakat⁴³.

Menurut Moeljatno, suatu kesalahan bukan hanya adanya keadaan psychis yang tertentu pada orang yang melakukan perbuatan pidana dan adanya hubungan antara keadaan tersebut dengan perbuatan yang dilakukan yang sedemikian rupa, sehingga orang itu dapat dicela karena melakukan perbuatan tadi⁴⁴. Ketercelaan menurut penilaian masyarakat ini tidak terlepas dari keadaan psychis pembuat. Meskipun menerima kesalahan yang normatif berdasarkan penilaian masyarakat, Moeljatno masih menerima kesalahan yang berhubungan dengan sifatologis. Asas kesalahan di dalamnya termasuk ketercelaan dan secara psychis pembuat dapat dipersalahkan. Pandangan ini berpengaruh pada bentuk-bentuk kesalahan yaitu kesengajaan (dolus) dan kealpaan (culpa) merupakan ketercelaan yang dinilai menurut penilaian masyarakat.

Suatu ketercelaan yang didasarkan atas penilaian pandangan masyarakat ada yang menyamakan artinya dengan “dosa”. Yang dimaksud dengan “dosa” bukanlah

⁴³ Widyo Pramono, Op. Cit. h. 82.

⁴⁴ Moeljatno II, Op. Cit. h. 158.

“kesalahan” dalam arti culpa. Pengertian “dosa” merupakan pengertian social ethics, yaitu suatu perkosaan terhadap ahlak, terhadap peradaban kehidupan masyarakat⁴⁵. Suatu ketercelaan pada umumnya ditinjau dari penilaian masyarakat, perbuatan yang bertentangan dengan nilai-nilai masyarakat (sosial) disebut sebagai dosa. Apabila orang yang melakukan perbuatan yang bertentangan dengan nilai-nilai dalam masyarakat, mengakibatkan pembuat patut untuk dicela.

Pendapat yang lebih jelas dan tegas disampaikan oleh Roeslan Saleh yang menjelaskan sebagai berikut:

Perbuatan yang tercela oleh masyarakat itu dipertanggungjawabkan pada si pembuatnya. Artinya celaan yang obyektif terhadap perbuatan itu kemudian diteruskan kepada si terdakwa. Menjadi soal selanjutnya apakah terdakwa juga dicela dengan melakukan perbuatan itu? Kenapa perbuatan yang secara obyektif tercela itu, secara subyektif dipertanggungjawabkan kepadanya, adalah karena musabab daripada perbuatan itu adalah daripada si pembuatnya⁴⁶.

Roeslan Saleh berpandangan bahwa suatu bentuk kesalahan dapat timbul dari dua hal, yang pertama adalah adanya perbuatan yang bersifat melawan hukum sebagai perbuatan yang tercela secara obyektif. Yang kedua, akibat dari perbuatan yang tercela itu pembuat sebagai orang yang tercela (pencelaan subyektif), atau tercelanya perbuatan yang diteruskan kepada pembuatnya.

Kesalahan merupakan unsur utama dari pertanggungjawaban pidana, dan pertanggungjawaban pidana di dalamnya mengandung (1) pencelaan secara obyektif, dan (2) pencelaan secara subyektif. Secara obyektif si pembuat telah melakukan tindak pidana (perbuatan terlarang/melawan hukum dan diancam pidana menurut hukum yang

⁴⁵ R. Tresna, *Azas-azas Hukum Pidana*, Penerbit Tiara Ltd, Jakarta, 1959, h. 45.

⁴⁶ Roeslan Saleh, *Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana*, Dua Pengertian Dasar dalam Hukum Pidana, cet II, Aksara Baru, Jakarta, h. 80. Selanjutnya disebut dengan Roeslan Saleh I.

berlaku. Secara subyektif, si pembuat patut dicela atau dipersalahkan/dipertanggungjawabkan atas tindak pidana yang dilakukannya itu, sehingga ia dipidana⁴⁷. Ketercelaan menurut Barda Nawawi ini ditinjau dari perbuatannya maupun pada diri pembuat, tetapi yang menjadi unsur pertanggungjawaban pidana adalah ketercelaan pada diri pembuat atau ketercelaan subyektif. Pandangan ini didasarkan bahwa ketercelaan obyektif ini diteruskan kepada pembuat sehingga pembuat dapat dicela secara subyektif atau dipertanggungjawabkan. Pendapat ini sama halnya dengan pendapat Roeslan Saleh seperti yang telah dijelaskan sebelumnya.

Kesalahan juga berhubungan dengan penilaian, yaitu penilaian yang dilakukan berdasarkan sistem norma. Sistem norma yang menjadi patron penilaian tentang kesalahan diorientasikan terhadap fungsi dari sistem norma tersebut. Kesalahan berarti pembuat telah berbuat “bertentangan dengan yang diharapkan” (unzumutbarkeit). Pembuat telah berbuat bertentangan dengan harapan masyarakat. Hukum sebenarnya mengharapkan kepadanya untuk dapat berbuat lain, selain tindak pidana. Dilakukannya suatu tindak pidana pembuatnya bersalah karena telah berbeda dari yang diharapkan masyarakat. Padahal pada dirinya selalu terbuka kemungkinan untuk dapat berbuat lain, jika tidak ingin melakukan tindak pidana tersebut⁴⁸. Kesalahan yang demikian dapat diartikan dalam dua hal, yaitu: yang pertama pembuat dapat berbuat lain selain melakukan tindak pidana, dan yang kedua bahwa berbuat lain itu sesuai harapan masyarakat. Dapat dicelanya pembuat karena sebenarnya pembuat dapat menghindari tindak pidana yang dilakukannya tersebut.

⁴⁷ Barda Nawari Arief, dalam Didik Endro Purwoleksono I, Op. Cit. h. 185.

⁴⁸ Chairul Huda, Op. Cit. h. 77.

Dari pendapat Moeljatno yang dikutip oleh Roeslan Saleh, sebenarnya teori dualistis yang dikemukakan oleh Moeljatno adalah suatu cita-cita yang baru diharapkan, karena KUHP yang berlaku sampai sekarang masih menganut teori monistis, dengan menjelaskan :

Perbuatan pidana dan pertanggungjawaban pidana bagi kami tidaklah hanya sekedar berhubungan dengan soal "*strafbaar feit*" belaka. Dikatakan bahwa perbuatan pidana dan pertanggungjawaban pidana merupakan dua pengertian dasar dalam hukum pidana. Di atas dua hal inilah dibangun seluruh hukum pidana Indonesia, dan justru karena itulah maka pengertian-pengertian ini harus ditentukan dengan jelas benar, karena akan menjadi landasan dari bangunan hukum pidana Indonesia, dan menjadi penjamin akan terwujudnya cita-cita Bangsa Indonesia dalam kehidupan hukumnya⁴⁹.

Apabila meneliti pendapat Moeljatno dalam literatur-literturnya mengenai pemisahan tindak pidana dengan pertanggungjawaban pidana merupakan harapan untuk membentuk undang-undang pidana yang baru yang berbeda dengan KUHP seperti saat ini. Menurut pandangan dualistis apabila dihubungkan dengan sistem hukum pidana common law, pemisahan antara tindak pidana sebagai *actus reus* dengan kesalahan (*mens rea*) sebagai pertanggungjawaban pidana penting adalah untuk diketahui oleh penuntut umum bahwa dalam menyusun surat dakwaan cukup berisi bagian inti (*bestanddelen*) tindak pidana dan perbuatan nyata terdakwa, yaitu *actus reus* saja. Pertanggungjawaban pidana tidak perlu dimuat rumusan tindak pidana dalam perundang-undangan pidana, dengan alasan ini pula kesalahan tidak perlu juga dimuat dalam surat dakwaan penuntut umum.

Pada sistem common law ada perbedaan dengan teori dualistis tentang masalah pembuktian, misalnya yang disampaikan oleh Molan, Denis, dan Bloy:

⁴⁹ Roeslan Saleh I, Op. Cit. h.161.

It is a fundamental principle of English law that a person is innocent of any criminal offence until proven guilty. The burden of proving *the defendant's* guilt falls upon the prosecution who must prove to the satisfaction of the jury (or magistrates) that the accused is guilty beyond reasonable doubt (this is referred to as the standard of proof).⁵⁰

Prinsip dasar dalam hukum pidana di Inggris bahwa seseorang tidak dinyatakan bersalah dari setiap pelanggaran pidana sampai terbukti bersalah (a person is innocent of any criminal offence until proven guilty). Maksud dari prinsip dasar ini menentukan bahwa beban untuk membuktikan kesalahan terdakwa ada pada jaksa atau penuntut umum agar dapat memberikan pemenuhan keyakinan kepada para juri atau hakim, bahwa terdakwa akan dinyatakan bersalah sampai tidak ada keraguan atau adanya keyakinan tentang bersalahnya seorang terdakwa. Pemenuhan pembuktian ini merupakan suatu standar pembuktian (standard of proof) dari suatu sistem yang telah ditentukan dalam sistem peradilan pidana. Molan, Denis dan Bloy juga menyebutkan : These include the privilege against selfincrimination, the need for the prosecution to prove a guilty mind....,⁵¹ pikiran yang salah dari seorang terdakwa harus dibuktikan oleh penuntut umum.

Kesalahan sebagai dasar untuk menentukan pertanggungjawaban pidana sebagaimana yang diikuti oleh para penganut teori dualistis, tetapi tidak sama halnya dengan pendapat yang dikemukakan oleh Mike Molan sebagai berikut :

Criminal liability generally rests upon proof of two things – actus reus and mens rea. Actus reus *literally means 'guilty act', but this is clearly something of a misnomer as the defendant might not bear any guilt, as in fault, for what*

⁵⁰ Mike Molan, Denis Lanser, and Duncan Bloy, *Principles of Criminal Law*, ed IV, Cavendish Publishing Limited, The Glass House, Wharton Street, London, 2000, h.18.

⁵¹ Ibid.

has occurred, and, as will be seen, there are many instances where no positive act, as such, has to be established.⁵²

Meskipun menurut Molan kesengajaan merupakan unsur dari mens rea, tetapi menurut Molan pertanggungjawaban pidana juga didasarkan pada actus reus dan tidak hanya pada mens rea. Molan menjelaskan sebagai berikut :

It is actually more sensible to think of actus reus as a term referring to the external elements of an offence, that is, those elements of the offence that have to be established by the prosecution, other than those that relate to the *defendant's state of mind*⁵³.

Pentingnya pertanggungjawaban pidana dalam kaitan actus reus sebagai yang ditetapkan oleh penuntut umum dalam dakwaannya di persidangan, adanya keadaan pikiran dari seorang terdakwa pada waktu melakukan suatu tindak pidana.

Hubungan antara mens rea dengan tindak pidana, pendapat Jonathan Herring pun demikian, mens rea is the legal term used to describe the element of criminal offence that related to the defendant's mental state⁵⁴. Mens rea merupakan unsur dari tindak pidana (element of criminal offence), sehingga dalam sistem common law sangat beralasan bahwa kesalahan atau mens rea dari pembuat harus dibuktikan oleh penuntut umum.

Alasan ini didasarkan pada kenyataan bahwa mens rea dalam hukum pidana di negara yang menganut common law system melekat pada setiap tindak pidana, dan merupakan unsur utama. Pada prinsipnya unsur mens rea ini merupakan unsur mutlak pada setiap tindak pidana, tetapi dalam beberapa tindak pidana tertentu tidak merupakan

⁵² Mike Molan, *Cases and Materials on Criminal Law*, ed IV, Published by Routledge-Cavendish, New York, 2008, h. 54.

⁵³ Ibid.

⁵⁴ Jonathan Herring, *Criminal Law, Text, Cases, and Materials*, ed V, Oxford University Press, United Kingdom, 2012, h. 133. Selanjutnya disebut dengan Jonathan Herring I.

syarat yang menentukan, misalnya dalam tindak pidana dalam bentuk strictliability⁵⁵.

Jonathan Herring menegaskan :

.... mens rea is the term used to describe the mental element in an offence, the state of mind the offender must possess at the time same time as committing the actus reus⁵⁶. Actus reus and mens rea must coincide in time for the offence to complete⁵⁷.

Unsur mens rea dan unsur actus reus menjadikan tindak pidana yang lengkap dalam suatu tindak pidana. Juga dijelaskan sebagai berikut: As a general rule, a criminal offence consist of both the actus reus (external elements) and a mens rea (state of mind)⁵⁸. Pada umumnya pada suatu aturan hukum (rule of law), tindak pidana terdiri dari dua unsur yaitu actus reus sebagai unsur eksternal dan mens rea sebagai unsur mental pembuat. Tidak ada pertanggungjawaban pidana tanpa ada keadaan unsur mental (mens rea) dan unsur perbuatan (actus reus). Pada dasarnya tidak semua tindak pidana mengandung mens rea, namun demikian actus reus adalah unsur utama dari suatu tindak pidana. Contoh pertanggungjawaban pidana dalam hukum pidana yang berlaku di Eropa dan Amerika Serikat yang tidak terdapat mens rea biasa disebut dengan strictliability.

Pendapat antara para ahli hukum pidana di negara yang menganut common law system dengan teori dualistis ternyata terdapat perbedaan seperti yang dikemukakan oleh Molan, Herring dan Romli Atmasasmita dengan beberapa pendapat ahli hukum pidana Indonesia yang menganut teori dualistis sebagaimana telah dikemukakan di awal

⁵⁵ Romli Atmasasmita, *Perbandingan Hukum Pidana*, cet II, Mandar Madju, Bandung, 2000, h. 56-57.

⁵⁶ Jonathan Herring, *Criminal Law*, Palgrave Macmillan Law Masters, Safron House, London, 2011, h. 81. Selanjutnya disebut dengan Jonathan Herring II.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Ibid. h. 48.

tulisan. Menurut sistem common law, mens rea merupakan unsur utama tindak pidana dan harus dibuktikan oleh penuntut umum. Unsur kesalahan oleh teori dualistis bukan merupakan unsur tindak pidana, sehingga tidak perlu dibuktikan oleh penuntut umum. Meskipun demikian keduanya berpandangan bahwa kesalahan maupun mens rea merupakan dasar yang menentukan pertanggungjawaban pidana.

Teori monistis yang berpandangan sifat melawan hukum (*wederrechtelijkheid*) dan kesalahan (*schuld*) merupakan unsur utama dari tindak pidana (*strafbaar feit*) yang keduanya adalah berkaitan dengan pertanggungjawaban pidana. Hukum pidana yang dianut oleh KUHP tidak menyebutkan secara khusus tentang pertanggungjawaban pidana, tetapi hanya menjelaskan alasan-alasan yang mengakibatkan tidak dipidanya pembuat. Keadaan yang demikian mengakibatkan berbagai pendapat atau teori tentang kesalahan dan pertanggungjawaban pidana di kalangan ahli hukum pidana yang menganut teori monistis.

Menurut Rammelink, untuk dapat menghukum seseorang sekaligus memenuhi tuntutan keadilan dan kemanusiaan, harus ada sesuatu perbuatan yang bertentangan dengan hukum dan yang dapat dipersalahkan kepada pelakunya. Tambahan pada syarat-syarat ini adalah pelaku yang bersangkutan harus merupakan seseorang yang dapat dimintai pertanggungjawaban (*toerekeningsvatbaar*) atau *schuldfahig*⁵⁹. Menurut Indriyanto Seno Adji, syarat yang harus dipenuhi agar seorang pembuat dapat dipidana ialah harus memenuhi kriteria *actus reus* berupa *schuld* (kesalahan) dan *wederrechtelijk* (melawan hukum), serta *mens rea* berupa perbuatan tersebut dapat

⁵⁹ Jan Rammelink, Op. Cit. h. 85-86.

dipertanggungjawabkan secara pidana⁶⁰. Indriyanto mengkategorikan unsur kesalahan dan sifat melawan hukum sebagai *actus reus*, dan kemampuan bertanggungjawab disamakan pengertiannya dengan *mens rea* merupakan pandangan yang monistis.

Pada sistem *civil law*, khususnya pada sistem hukum pidana Belanda tidak mengenal istilah *actus reus* dan *mens rea*, umumnya para ahli hukum pidana menggunakan istilah syarat atau unsur subyektif dan syarat atau unsur obyektif. Apabila berbicara hukum pidana dalam sistem hukum *civil law* dengan menggunakan istilah *actus reus* dan *mens rea* akan menimbulkan kerancuan pemahaman. Meskipun konsep *actus reus* dengan syarat obyektif terdapat persamaan, tetapi mempunyai pengertian yang berbeda. Meskipun pengertian *mens rea* dan syarat subyektif terdapat persamaan, tetapi terdapat perbedaan pengertian, terutama dalam menentukan konsep kesalahan dan pertanggungjawaban pidana. Pada umumnya pengertian syarat obyektif digunakan dalam pengertian perbuatan yang bersifat melawan hukum, karena sifat melawan hukum adalah unsur utama dari syarat obyektif. Unsur utama dari syarat subyektif adalah kesalahan, baik kesalahan sebagai kesengajaan, kealpaan maupun kemampuan bertanggungjawab.

Berdasarkan pada pendapat Rammelink di atas, suatu perbuatan yang bertentangan dengan hukum adalah perbuatan yang bersifat melawan hukum (*wederrechtelijkheid*). Yang dimaksud dengan yang dapat dipersalahkan merupakan unsur kesalahan (*schuld*), karena Rammelink berpendirian bahwa sifat melawan hukum (*wederrechtelijkheid*) dan kesalahan (*schuld*) merupakan unsur dari tindak pidana⁶¹.

⁶⁰ Indriyanto Seno Adji, *Korupsi dan Pembalikan Beban Pembuktian*, cet I, Kantor Pengacara dan Konsultan Hukum Prof. Oemar Seno Adji, SH & Rekan, Jakarta, 2006. h. 16.

⁶¹ *Ibid.*

Menurut van Bemmelen, untuk dapat dipidanya seorang pembuat, perbuatan itu dapat dipertanggungjawabkan padanya, dan perbuatan itu dapat dipertanggungjawabkan pada si pelaku atau si pelaku mampu bertanggungjawab⁶². Yang dipertanggungjawabkan adalah perbuatan dan pelakunya, yaitu pembuat dipertanggungjawabkan karena pembuat adalah orang yang mampu bertanggungjawab. Pertanggungjawaban pidana bagi pembuat selalu berhubungan dengan kemampuan bertanggungjawab, sehingga pembuat dapat dipidana. Pertanggungjawaban pidana tidak hanya terdapat kesalahan tetapi juga terdapat kemampuan bertanggungjawab. Maksud dari pendapat Bemmelen tersebut adalah orang yang dapat dipertanggungjawabkan selain mempunyai kesalahan, orang itu juga selalu orang yang mampu bertanggungjawab.

Teori monistis juga mengenal istilah “dapat disesalkan” dalam lapangan hukum pidana. Dapat disesalkan berhubungan dengan pembuat dipidana atau tidak dipidana. Yang harus dipertimbangkan adalah ada atau tidak adanya “kesalahan” pada diri pembuat. “Kesalahan” dalam pengertian ini adalah dapat “disesalkan” kepada pembuat atau tidak, yaitu kesalahan yang tidak termuat dalam rumusan tindak pidana⁶³. Kesalahan sebagai “dapat disesalkan”, merupakan unsur kesalahan yang tidak tercantum secara eksplisit dalam rumusan tindak pidana. Kesalahan yang demikian tidak bersifat *psychologis*. Dipidanya pembuat karena terbuktinya seluruh unsur

⁶² J.M. van Bemmelen, *Hukum Pidana 1, Hukum Pidana Materiil Bagiam Umum, (Het Materiele Strafrecht Algemeen Deel)*, Hasnan (penerj), cet I, Binacipta, Bandung, 1984, h. 99.

⁶³ van Bemmelen menggunakan istilah “bagian” untuk suatu “kesalahan” yang terdapat dalam rumusana delik (yang dapat berbentuk kesengajaan dan culpa). “Kesalahan” diartikan dapat “disesalkan” kepada pembuat yaitu kesalahan yang tidak terdapat dalam rumusan delik. Menurut Bemmelen “kesalahan” adalah sebagai unsur delik. Kesalahan yang diartikan sebagai dapat “disesalkan”, merupakan dasar apakah pembuat dipidana atau tidak dipidana. *Ibid.* h. 142.

tindak pidana (sifat melawan hukum formil) meskipun unsur kesalahan itu tidak tercantum secara eksplisit dalam rumusan tindak pidana. Apabila kesalahan yang tidak tercantum secara eksplisit dalam rumusan tindak pidana tidak terbukti, akan mengakibatkan pembuat tidak disesalkan dan tidak dipidana.

Strafbaar feit oleh Utrecht disamakan pengertiannya dengan peristiwa pidana. Peristiwa pidana menurut Utrecht adalah suatu pelanggaran kaidah atau pelanggaran tatahukum (normovertreding), yang diadakan karena kesalahan pelanggar, dan harus diberi hukuman untuk dapat mempertahankan tata hukum dan menyelamatkan kesejahteraan umum⁶⁴. Suatu tindak pidana meliputi pelanggaran terhadap norma atau kaidah hukum yang telah ditentukan di dalam masyarakat, dan yang kedua perbuatan atau pelanggaran hukum mengakibatkan dipidanya pembuat. Pertanggungjawaban pidana tidak disebutkan sebagai unsur tindak pidana, tetapi pemikiran ini didasari bahwa di dalam tindak pidana memang sudah terdapat unsur sifat melawan hukum dan kesalahan.

Menurut van Hattum sebagaimana yang dikutip oleh Utrecht, tindak pidana adalah suatu peristiwa yang menyebabkan hal seseorang dapat dihukum (feit terzake van hetwelk een persoon strafbaar is)⁶⁵. Jadi tindak pidana berkaitan dengan perbuatan dan pidanaan, namun tidak dijelaskan secara eksplisit, hubungan antara tindak pidana dengan pertanggungjawaban pidana. Pemikiran ini didasarkan pandangan bahwa di dalam tindak pidana sudah terdapat unsur sifat melawan hukum dan kesalahan.

Dari pendapat Utrecht dan van Hattum dapat disimpulkan bahwa pengertian tindak pidana terdapat unsur perbuatan yang bersifat melawan hukum dan unsur

⁶⁴ E. Utrecht I, Op. Cit. h. 252.

⁶⁵ Ibid. h. 254.

kesalahan. Pandangan demikian merupakan pandangan yang tidak memisahkan antara sifat melawan hukum dengan pertanggungjawaban pidana. Tidak ditentukannya secara tegas hubungan antara tindak pidana dengan pertanggungjawaban pidana, karena para ahli hukum pidana Belanda pada umumnya berpandangan pertanggungjawaban pidana selalu berhubungan dengan kesalahan yang terdapat dalam unsur tindak pidana.

Pengertian tindak pidana selalu berkaitan dengan dipidanya pembuat banyak diikuti oleh ahli-ahli hukum pidana yang menganut teori monistis, dalam hal tindak pidana yang demikian subyek dari tindak pidana hanya ditekankan pada manusia sebagai subyek hukum⁶⁶. Tindak pidana adalah suatu perbuatan yang melanggar atau bertentangan dengan undang-undang yang dilakukan dengan kesalahan oleh orang yang dapat dipertanggungjawabkan⁶⁷. Pendapat ini secara tegas menyatakan bahwa menurut teori monistis, pertanggungjawaban pidana berkaitan dengan perbuatan yang melawan hukum dan kesalahan. Subyek hukum dalam tindak pidana itu adalah orang atau manusia. Pertanggungjawaban pidana merupakan perwujudan dari terpenuhinya unsur-unsur tindak pidana, yaitu adanya sifat melawan hukum (bertentangan dengan undang-undang) dan adanya kesalahan pada diri pembuat yaitu orang atau manusia.

Untuk memastikan analisa tentang teori monistis dapat dilihat dari pendapat Utrecht, yang berhubungan unsur sifat melawan hukum dan unsur kesalahan terdapat hubungan dengan pertanggungjawaban pidana. Dalam perkembangan ilmu hukum pidana saat ini menurut Utrecht terdapat pandangan yang lebih subyektif, yaitu

⁶⁶ Wirjono Prodjodikoro, *Asas-asas Hukum Pidana di Indonesia*, ed III, cet III, Reflika Aditama, Bandung, 2003, h. 59. Selanjutnya disebut dengan Wirjono Prodjodikoro I.

⁶⁷ R. Soesilo, *Pokok-pokok Hukum Pidana Peraturan Umum dan Delik-delik Khusus*, Politeia, Bogor, 1979, h. 26.

pandangan-pandangan yang meletakkan titik berat pada pembuat (dader) pada tindak pidana dengan menjelakan sebagai berikut :

Sebelum ditentukan dijatuhkan tidaknya hukuman perlu terlebih dahulu dicari *subjectieve onrechtmatigesbestandelen*. Perlu diselidiki juga *subjectieve psychische gesteldheid* dari pembuat. Perlunya penyelidikan tentang *subjectieve psychis* dari pembuat ini telah diterima umum oleh peradilan pidana modern. Kriminologi modern telah menginsyafkan kita akan hal tiada peristiwa pidana tanpa pembuatnya, yaitu manusia ("*human element*" dalam semua peristiwa sosial (kemasyarakatan). Peristiwa, yang oleh undang-undang disebut sebagai suatu peristiwa pidana, tidak boleh ditinjau lepas dari keadaan *psychis* dari pembuat peristiwa itu⁶⁸.

Pandangan Utrech ini memandang kesalahan bersifat psikologis, karena harus diteliti terlebih dahulu keadaan psikologis pembuat untuk menentukan kesalahan. Tindak pidana selain terdapat unsur subyektif juga bersifat melawan hukum. Unsur pembuat juga termasuk di dalam pengertian tindak pidana.

Asas tiada pidana tanpa kesalahan (*geen straf zonder schuld*), menurut pandangan monistis tidak dapat dilepaskan dari pengertian tindak pidana yang di dalamnya terdapat unsur kesalahan. Penilaian terhadap kesalahan sebagai suatu asas tiada pidana tanpa kesalahan adalah penilaian kesalahan masih dalam lingkup kesalahan sebagai unsur dari tindak pidana sebagai "kesalahan yang subyektif". Kesalahan subyektif ini bersifat psikologis, kesalahan yang bersifat normatif apabila di dalam rumusan tindak pidana tidak tercantum secara tegas unsur kesalahan yang biasa disebut dengan dapat disesalkan.

Tindak pidana mempunyai sifat melarang atau mengharuskan suatu perbuatan tertentu dengan ancaman pidana kepada barangsiapa melanggarnya, dan pelanggaran itu harus ditunjukkan kepada:

⁶⁸ Ibid. h. 255.

- a. Memperkosakan suatu kepentingan hukum atau menyalahgunakan suatu kepentingan hukum (*krenkingsdelicten*);
- b. Membahayakan suatu kepentingan hukum (*gevaarzettingsdelicten*), yang terdiri dari :
- c. Concrete *gevaarzettingsdelicten*, seperti misalnya membahayakan keamanan umum bagi orang atau barang;
- d. Abstracte *gevaarzettingsdelicten*, seperti penghasutan, sumpah palsu, dan sebagainya yang diatur di luar KUHP⁶⁹.

Kepentingan hukum yang dimaksudkan oleh hukum pidana dalam suatu tindak pidana yang diatur dalam suatu undang-undang meliputi kepentingan negara, kepentingan masyarakat dan kepentingan individu. Apa yang dinyatakan sebagai kepentingan hukum itu selalu berubah menurut waktu dan keadaan kesadaran hukum dalam masyarakat⁷⁰. Pandangan ini berpendirian bahwa penilaian suatu tindak pidana dinilai dari kepentingan hukum yang hendak dilindungi yang tercantum dalam undang-undang. Kepentingan hukum yang hendak dilindungi mengandung asas legalitas, karena harus tercantum dalam undang-undang, dan undang-undang itu harus berubah setiap waktu apabila kepentingan hukum itu berubah menurut perkembangan negara, masyarakat atau individu.

J van Kan dan J.H. Beekhuis berpandangan bahwa tindak pidana adalah melanggar sebuah kaidah atau norma, yang diadakan oleh tata hukum atau yang diperkuat oleh tata hukum, jadi pengertian tindak pidana adalah suatu tingkah laku yang dilarang oleh tata hukum atau karena hukum. Apabila sekarang tata hukum dengan suatu cara tertentu membenarkan, memerintahkan atau membiarkan dalam suatu kejadian khusus tingkah laku yang pada umumnya terlarang, maka ia dalam kejadian-kejadian tertentu menghapuskan sendiri sifat yang terlarang karena hukum dari tingkah laku ini,

⁶⁹ Bambang Poernomo, *Asas-asas Hukum Pidana*. Ghalia Indonesia, Bandung, 1978, h. 87-88.

⁷⁰ *Ibid.*

yang lebih tepat lagi adalah menghapuskan dirinya sifat melawan hukumnya; dalam kejadian-kejadian lain setidaknya hukum memaafkan tingkah laku itu dalam keadaan-keadaannya yang bersangkutan⁷¹ (garis bawah tambahan dari penulis). Garis bawah merupakan penegasan dari pendapat van Kan dan Beekhuis yang menjelaskan kepentingan hukum yang hendak dilindungi selain untuk menilai dapat dipidanya pembuat, juga untuk menilai mengenai meniadakan sifat melawan hukumnya perbuatan dan dimaafkannya suatu keadaan pada diri pembuat. Selain undang-undang mengatur tentang tindak pidana, juga menentukan bahwa apa saja yang dapat menentukan perbuatan yang dibenarkan dan keadaan pada pembuat yang bagaimana yang dapat dimaafkan.

Kepentingan hukum yang hendak dilindungi dan tingginya nilai kepentingan itu di satu pihak, dan sifat dari perbuatan yang mengancam kepentingan pihak lain merupakan dua dasar yang berhubungan dengan tindak pidana. Keduanya merupakan pokok pikiran yang menjadi pedoman perundang-undangan pidana⁷². Kepentingan hukum yang hendak dilindungi⁷³ ada karena adanya suatu nilai-nilai yang hendak dilindungi oleh hukum, dan di sisi lain adanya suatu tindak pidana yang mengancam kepentingan-kepentingan itu.

Suatu undang-undang akan memberikan jaminan perlindungan terhadap individu, masyarakat dan negara dengan menentukan tindak pidana yang diancamkan

⁷¹ J van Kan dan J.H. Beekhuis, *Inleiding Tot de Rechtswetenschap*, De Erven F Bohn N.V. Haarlem, Moh. O. Masduki (penerj), Pengantar Ilmu Hukum, cet VII, Ghalia Indonesia, Bogor, 1997, h. 81-82.

⁷² Ibid. h. 74.

⁷³ Kepentingan hukum yang hendak dilindungi menurut van Kan dan J.H. Beekhuis adalah agar hukum pidana ditujukan terhadap: tingkah laku terhadap jiwa; tingkah laku terhadap badan; tingkah laku terhadap kemerdekaan; tingkah laku terhadap kehormatan; tingkah laku terhadap kekayaan; tingkah laku terhadap susunan keturunan dan perkawinan, penggelapan keturunan, permaduan (poligami), perzinahan; tingkah laku terhadap kesusilaan; tingkah laku terhadap pelayaran. Ibid. h. 74-75.

kepada pelaku pelanggaran terhadap kepentingan itu. Undang-undang juga menentukan bahwa pada perbuatan-perbuatan tertentu meskipun bertentangan dengan undang-undang, tetapi bagi pembuatnya tidak dijatuhi pidana. Tidak dijatuhi pidana kepada pelaku perbuatan yang bertentangan dengan undang-undang, dapat didasarkan bahwa perbuatan tersebut juga dibenarkan oleh norma hukum di dalam undang-undang yang bersangkutan atau undang-undang yang lainnya. Undang-undang juga dapat menentukan bahwa keadaan-keadaan tertentu pada diri pelaku perbuatan itu dapat mengakibatkan pembuat tidak dipidana.

Kepentingan hukum yang hendak dilindungi menurut pembentuk undang-undang tidak hanya bagi negara, masyarakat dan individu, tetapi juga perlindungan kepentingan pembuat tindak pidana. Kepentingan hukum yang hendak dilindungi menurut pembuat harus diatur oleh undang-undang, perbuatan-perbuatan yang mana yang dapat dibenarkan dan keadaan-keadaan pembuat yang bagaimana yang dapat dimaafkan sesuai maksud pembentuk undang-undang. Kepentingan hukum yang hendak dilindungi saat ini semakin berkembang seiring dengan perkembangan norma-norma yang hidup dalam masyarakat, sehingga lahirnya beberapa yurisprudensi yang menentukan peniadaan pertanggungjawaban pidana.

Asas “tiada pidana tanpa kesalahan” dalam arti tiada pidana tanpa kesalahan subyektif atau kesalahan tanpa dapat dicela menurut Schaffmeister sesungguhnya pasti ada dalam hukum pidana, orang tidak dapat berbicara tentang kesalahan tanpa adanya perbuatan tidak patut⁷⁴. Asas kesalahan diartikan sebagai tiada pidana tanpa perbuatan tidak patut yang obyektif, yang dapat dicelakan kepada pelakunya. Perbuatan yang tidak

⁷⁴ D. Schaffmeister, N. Keijzer, E. PH. Sutorius, Op. Cit. h. 77.

patut sebagai perbuatan yang melawan hukum itu menjadi dasar dapat dicelanya pembuat. Pencelaan yang subyektif karena adanya pencelaan yang obyektif yaitu perbuatan yang bersifat melawan hukum. Tidak adanya pencelaan obyektif, mengakibatkan tidak ada pula pencelaan subyektif (*geen schuld zonder wederrechtelijk*). Adanya kesalahan pembuat karena adanya perbuatan yang bersifat melawan hukum.

Analisa terhadap sifat melawan hukum (*wederrechtelijkheid*) dan kesalahan (*schuld*) sangat penting dilakukan dengan kritis dari segi teori hukum maupun asas hukum, karena unsur dalam rumusan tindak pidana berkaitan dengan pembuktian yang dilakukan oleh penuntut umum di persidangan maupun pertimbangan hakim dalam putusannya.

Sistem hukum pidana yang berlaku di Indonesia yang mendasarkan pada asas legalitas menentukan setiap orang yang dinyatakan melakukan tindak pidana terlebih dahulu harus ada aturan hukum yang dilanggarnya. Agar seorang pembuat telah melakukan tindak pidana, maka perbuatan itu harus memenuhi seluruh rumusan tindak pidana dalam undang-undang hukum pidana yang diancamkan kepadanya.

Dalam praktik peradilan di Indonesia, penerapan hukum yang masih berdasarkan KUHP dan KUHAP dan masih menganut teori monistis, beban pembuktian berada pada penuntut umum yaitu pembuktian terhadap uraian dakwaan dalam surat dakwaan yang memuat pasal-pasal yang dilanggar, yang di dalamnya terdapat unsur-unsur sebagai rumusan tindak pidana. Penuntut umum harus membuktikan seluruh unsur dalam rumusan tindak pidana, termasuk di dalamnya adalah unsur kesalahan yang tercantum secara eksplisit dalam rumusan tindak pidana. Selain penuntut umum harus membuktikan adanya unsur perbuatan yang bersifat melawan hukum, penuntut umum

juga harus membuktikan unsur kesalahan. Apabila unsur kesalahan tidak tercantum secara eksplisit dalam rumusan tindak pidana, maka penuntut umum tidak perlu mencantumkan unsur kesalahan dalam surat dakwaan dan tidak perlu membuktikannya.

Sifat melawan hukum yang tercantum secara eksplisit dalam rumusan tindak pidana, harus dicantumkan oleh penuntut umum dalam surat dakwaannya, dan harus dibuktikan oleh penuntut umum. Apabila unsur sifat melawan hukum tidak tercantum secara eksplisit dalam rumusan tindak pidana, maka tidak perlu dicantumkan oleh penuntut umum dalam surat dakwaannya, dan tidak perlu dibuktikan oleh penuntut umum bahwa perbuatan yang didakwakan oleh penuntut umum itu bersifat melawan hukum.

Tercantumnya sifat melawan hukum dalam suatu rumusan tindak pidana yang dibuat oleh pembentuk undang-undang tentunya mempunyai maksud tertentu. Pompe berpendapat sebagaimana yang dikutip oleh Lamintang⁷⁵, oleh karena berbagai perbuatan itu telah dinyatakan sebagai suatu tindak pidana, justru karena perbuatan-perbuatan tersebut bersifat *wederrechtelijk*. Tercantumnya sifat melawan hukum adalah untuk membedakan bahwa perbuatan itu adalah bersifat melawan hukum, dan umumnya banyak ditemukan pada delik-delik formil.

Menurut Pompe⁷⁶, apabila unsur *wederrechtelijk* itu dinyatakan secara tegas sebagai unsur dari sesuatu rumusan tindak pidana, maka tentang adanya *wederrechtelijk* itu harus dibuktikan dalam pembuktian di pengadilan, oleh karena wajarlah kiranya apabila apa yang telah dituduhkan itu harus pula dibuktikan. Andi Hamzah menegaskan, bahwa sifat melawan hukum dapat secara tegas (*expressis verbis*) termuat dalam

⁷⁵ P. A. F. Lamintang I, Op. Cit. h. 377.

⁷⁶ Ibid. h. 378.

rumusan delik sebagai delik inti (*bestanddeel delict*), sehingga penuntut umum harus mencantumkan unsur melawan hukum dalam surat dakwaannya dan harus membuktikannya di persidangan⁷⁷. Para ahli hukum pidana umumnya berpendapat yang sama tentang unsur melawan hukum yang tercantum secara eksplisit dalam rumusan tindak pidana harus dibuktikan oleh penuntut umum. Hukum positif di Indonesia saat ini terutama KUHP, sifat melawan hukum tidak selalu terdapat dalam rumusan tindak pidana. Suatu perbuatan yang telah memenuhi unsur-unsur tindak pidana merupakan perbuatan yang bersifat melawan hukum.

Berbagai konsep berdasarkan teori monistis dan teori duaistis yang telah dijelaskan di atas, perlu mengkaji dan meneliti hubungan antara sifat melawan hukum (*strafbaar feit*), kesalahan (*schuld*) dengan tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana. Pemikiran ini dilatar belakangi oleh pemikiran dan usaha untuk mengembangkan teori monistis, tetapi tetap memperhatikan kelebihan dari teori dualistis. Menurut teori monistis, sifat melawan hukum dan kesalahan adalah unsur-unsur tindak pidana, dan menurut teori dualistis, pertanggungjawaban pidana bukan sebagai unsur tindak pidana. Pandangan ini merupakan kelebihan dari teori dualistis. Perlu juga untuk mengkaji dan meneliti konsistensi pemisahan tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana menurut teori dualistis, serta menganalisa konsistensi teori monistis dalam perumusan tindak pidana dalam rangka pembentukan suatu aturan hukum (undang-undang pidana) yang baru di masa yang akan datang.

Analisa tentang konsistensi perumusan tindak pidana yang memuat unsur sifat melawan hukum dan unsur kesalahan yang tercantum secara eksplisit maupun yang

⁷⁷ Andi Hamzah, *Pemberantasan Korupsi Melalui Hukum Pidana Nasional dan Internasional*, ed revisi, Rajawali Pers, Jakarta, 2008, h. 130. Selanjutnya disebut dengan Andi Hamzah I.

tidak tercantum secara eksplisit sangat diperlukan untuk menentukan maksud pembentuk undang-undang dalam rumusan tindak pidana. Maksud pembentuk undang-undang akan dapat dilihat dari kepentingan hukum apa yang hendak dilindungi dalam rumusan tindak pidana. Pada akhirnya akan diteliti bagaimana implementasi rumusan-rumusan tindak pidana itu dalam suatu putusan hakim. Analisa ini bermaksud untuk menentukan unsur-unsur pertanggungjawaban pidana yang pada akhirnya untuk menentukan pembuat dipidana atau tidak dipidana. Analisa tentang sifat melawan hukum, kesalahan, tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana agar terjadi pembahasan yang utuh, dan diharapkan dapat menemukan unsur atau menemukan argumen baru tentang pertanggungjawaban pidana dalam ilmu hukum pidana.

6. Metode Penelitian

a. Pendekatan Masalah

Tipe penelitian ini adalah penelitian hukum normatif dengan pendekatan perundang-undangan (statute approach), pendekatan konseptual (conceptual approach), pendekatan perbandingan (comparative approach) dan pendekatan kasus (case approach). Pendekatan perundang-undangan (statute approach) dipilih karena akan meneliti beberapa contoh pasal dalam KUHP, KUHPA, RKUHP dan undang-undang pidana di luar KUHP yang ditinjau dari asas-asas hukum pidana dan teori hukum khususnya tentang ajaran sifat melawan hukum, kesalahan, tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana menurut teori monistis dan teori dualistis.

Dilakukan pendekatan perundang-undangan yaitu pendekatan terhadap KUHP, RKUHP dan undang-undang lain untuk meneliti norma hukum yang ada dalam undang-undang tersebut tentang asas-asas dan teori-teori hukum yang mendasarinya.

Pendekatan perundang-undangan juga dilakukan dalam rangka menentukan perlu tidaknya penyempurnaan perumusan norma hukum untuk membentuk KUHP baru maupun undang-undang pidana lainnya di masa yang akan datang.

Digunakannya pendekatan konseptual (conceptual approach) adalah untuk memperkuat analisa dan argumen, yaitu dilakukan dengan penelitian teori-teori atau doktrin-doktrin dari para ahli hukum pidana tentang hubungan antara sifat melawan hukum dan kesalahan dalam menentukan tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana.

Pendekatan perbandingan dilakukan dengan membandingkan sistem hukum pidana di Indonesia dengan sistem hukum pidana maupun hukum pidana di negara Inggris (English common law), Amerika Serikat (Anglo-American criminal law), hukum pidana di negara Jerman, dan hukum pidana di negara Belanda. Pendekatan perbandingan hukum pidana ini dilakukan dengan tinjauan dari teori monistis dan teori dualistis.

Pendekatan kasus dipilih dalam disertasi ini dengan meneliti putusan-putusan hakim (yurisprudensi) dari negara Inggris, Amerika Serikat, Belanda dan Indonesia dengan meneliti asas-asas hukum pidana dan teori-teori hukum pidana yang dipertimbangkan oleh hakim dalam putusannya. Pendekatan kasus dimaksudkan agar ahli hukum maupun hakim dapat mengetahui dan memberikan pertimbangan-pertimbangan dalam putusannya agar tetap mendasarkan pada asas-asas hukum pidana dan teori-teori hukum pidana dengan tepat dan konsisten.

b. Bahan Hukum

Penelitian hukum ini menggunakan bahan hukum primer (primary sources or authorities) dan bahan hukum sekunder (secondary sources or authorities). Bahan hukum primer (primary sources or authorities) merupakan perundang-undangan yang berkaitan dengan masalah yang akan dibahas yaitu KUHP, RKUHP, KUHAP, perundang-undangan pidana di luar KUHP, dan putusan pengadilan (yurisprudensi) yang berkaitan dengan permasalahan yang akan diteliti. Bahan hukum sekunder (secondary sources or authorities) berupa literatur dan makalah-makalah sebagai pendekatan konseptual (conceptual approach) untuk mengetahui pendapat-pendapat atau konsep-konsep para ahli hukum pidana yang telah melakukan penelitian atau penulisan terlebih dahulu yang berkaitan dengan masalah yang akan diteliti.

c. Prosedur Pengumpulan dan Pengolahan Bahan Hukum

Pengumpulan bahan hukum dilakukan dengan studi kepustakaan, yaitu mengumpulkan bahan-bahan hukum dengan metode sistematis. Pertama-tama mengumpulkan bahan hukum primer berupa undang-undang khususnya KUHP, KUHAP, RKUHP, undang-undang pidana di luar KUHP, undang-undang pidana dari negara Inggris dan Amerika Serikat, serta putusan pengadilan (yurisprudensi) di negara-negara Inggris, Amerika Serikat, Belanda dan Indonesia yang berkaitan dengan sifat melawan hukum, kesalahan, tindak pidana, dan pertanggungjawaban pidana.

Pengumpulan bahan hukum berupa putusan pengadilan (yurisprudensi) dari pengadilan negara-negara Indonesia, Amerika Serikat, Inggris dan Belanda yang termasuk sebagai bahan hukum primer, khususnya mengumpulkan putusan-putusan pengadilan yang berkaitan dengan disertasi ini. Putusan-putusan pengadilan ini

dikumpulkan berdasarkan pertimbangan yang memuat tentang penerapan sifat melawan hukum, kesalahan, tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana.

Prosedur selanjutnya adalah mengumpulkan bahan hukum sekunder berupa literatur-literatur dan tulisan-tulisan para ahli hukum pidana yang berkaitan dengan ajaran sifat melawan hukum, kesalahan, tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana dari tinjauan teori dualistis dan teori monistis. Pendapat para ahli hukum pidana ini digunakan untuk menambah wawasan penulisan serta membantu memecahkan permasalahan yang diajukan dalam disertasi ini.

d. Analisa Bahan Hukum

Analisa bahan hukum pertama-tama dilakukan terhadap doktrin-doktrin, konsep-konsep, pengertian-pengertian sifat melawan hukum (*wederrechtelijkheid*), kesalahan (*schuld*), tindak pidana (*strafbaar feit*) dan pertanggungjawaban pidana yang dianalisa menurut teori monistis dan teori dualistis dari pendapat-pendapat para ahli hukum pidana sebagai bahan hukum sekunder (*secondary sources or authorities*). Dari doktrin-doktrin, konsep-konsep dan pengertian-pengertian dari ahli-ahli hukum pidana ini akan dijadikan sebagai dasar untuk menganalisa sifat melawan hukum, kesalahan, tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana yang ada dalam KUHP, RKUHP, undang-undang pidana di luar KUHP.

Analisa terhadap norma hukum yang ada di dalam RKUHP dengan maksud untuk mengetahui konsistensi teori dualistis yang dianut oleh RKUHP 2012 dalam penerapannya. Analisa terhadap rumusan norma hukum dalam KUHP dan RKUHP tahun 2012 ini bertujuan untuk mengetahui apakah diperlukan penyempurnaan rumusan

norma hukum yang ada dalam KUHP dan RKUHP tahun 2012 dalam rangka pembentukan KUHP yang baru.

Analisa terhadap putusan pengadilan (yurisprudensi) yang merupakan bahan hukum primer (primary sources or authorities) perlu dilakukan untuk mengetahui pertimbangan-pertimbangan hakim dalam suatu putusan sifat melawan hukum, kesalahan, tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana. Analisa terhadap putusan-putusan pengadilan ini diharapkan agar di masa yang akan datang putusan pengadilan dalam mempertimbangkan tentang sifat melawan hukum, kesalahan, tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana sesuai dengan asas-asas hukum pidana dan teori-teori hukum pidana, khususnya tentang sifat melawan hukum, kesalahan dan pertanggungjawaban pidana.

Tahap berikutnya adalah menganalisa doktrin-doktrin, konsep-konsep, pengertian-pengertian sifat melawan hukum, kesalahan, tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana yang telah dikemukakan oleh para ahli hukum pidana. Analisa terhadap doktrin-doktrin, konsep-konsep dan pengertian-pengertian ini akan ditinjau dari pandangan teori monistis dan teori dualistis.

Doktrin-doktrin, konsep-konsep dan pengertian-pengertian dari para ahli hukum pidana yang merupakan bahan hukum sekunder (secondary sources or authorities) akan dijadikan landasan dalam menganalisa rumusan tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana dalam KUHP, RKUHP, undang-undang pidana di luar KUHP dan putusan-putusan pengadilan (yurisprudensi). Analisa dilakukan terhadap rumusan tindak pidana dan pertanggungjawaban dalam KUHP, RKUHP, dan undang-undang di luar KUHP, maupun analisa terhadap pertimbangan hakim dalam suatu

putusan (yurisprudensi) adalah untuk menentukan bagaimanakah hubungan antara sifat melawan hukum, kesalahan dengan tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana. Analisa terhadap bahan-bahan hukum ini diharapkan akan dapat ditarik suatu kesimpulan adanya pengertian atau argumentasi baru tentang tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana untuk menjawab permasalahan dalam penelitian ini.

7. Sistematika Penulisan

Penulisan disertasi ini disusun dengan sistematika penulisan yang diawali dengan Bab I sebagai pendahuluan yang merupakan pengantar dari pembahasan. Pada bab ini akan menguraikan tentang gambaran umum yang melatar belakangi penulisan disertasi. Sub bab dari Bab I ini terdiri dari Latar Belakang Masalah, Rumusan Masalah, Orisinalitas Penelitian, Tujuan dan Manfaat Penelitian, Kerangka Teoritis, Metode Penelitian, dan Sistematika Penulisan.

Bab II membahas mengenai permasalahan tentang keterkaitan antara sifat melawan hukum dan kesalahan dengan tindak pidana. Dalam sub bab ini akan menguraikan dan membahas tentang teori-teori tentang kesalahan, bentuk-bentuk kesalahan, sifat melawan hukum dalam hubungannya dengan tindak pidana menurut para ahli hukum pidana. Dalam Bab II ini dibahas pula tentang kemampuan bertanggungjawab. Pembahasan tentang teori-teori kesalahan, bentuk-bentuk kesalahan, sifat melawan hukum menurut teori monistis dan teori dualistis. Kemampuan bertanggungjawab dibahas dalam Bab II dengan alasan kemampuan bertanggungjawab sering disinggung oleh para ahli hukum pidana yang dihubungkan dengan kesalahan. Pada akhirnya akan diambil suatu kesimpulan untuk menentukan tentang hubungan antara kemampuan bertanggungjawab dengan kesalahan.

Bab III diperlukan untuk menjawab permasalahan tentang keterkaitan antara sifat melawan hukum (*wederrechtelijkheid*) dan kesalahan (*schuld*) dengan pertanggungjawaban pidana. Atas dasar pemikiran yang demikian, dalam sub-sub bab dalam Bab III akan membahas tentang apa saja yang menjadi dasar atau unsur untuk menentukan pertanggungjawaban pidana. Dalam Bab III ini membahas tentang sifat melawan hukum dan kesalahan yang bukan sebagai unsur tindak pidana, tetapi merupakan unsur yang menentukan pertanggungjawaban pidana. Tinjauan ini sebelumnya didasarkan pada pendapat para ahli hukum pidana dalam menentukan pertanggungjawaban pidana. Dari pendapat ahli hukum pidana ini akan dianalisa dan untuk menentukan pengertian pertanggungjawaban pidana. Pada dasarnya, pembahasan tentang sifat melawan hukum dan kesalahan dimaksudkan untuk menentukan unsur-unsur pertanggungjawaban pidana, sehingga dapat ditentukan pengertian dan unsur pertanggungjawaban pidana yang berbeda dengan pertanggungjawaban pidana menurut teori monistis maupun teori dualistis.

Bab IV membahas tentang *ratio legis* sifat melawan hukum dan kesalahan dalam rumusan beberapa perundang-undangan yang masih berlaku. Dari rumusan tindak pidana yang berupa suatu norma hukum dalam perundangan-undangan akan diteliti tentang sifat melawan hukum, kesalahan, tindak pidana yang pada akhirnya meneliti tentang pertanggungjawaban pidana dalam perundang-undangan. Bab IV diakhiri pembahasan *ratio legis* putusan-putusan hakim (*yurisprudensi*) tentang sifat melawan hukum, kesalahan, tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana dalam pertimbangannya. Analisa ini dilakukan dengan cara meneliti dan mengkaji penerapan sifat melawan hukum, kesalahan, tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana melalui

pertimbangan-pertimbangan hakim dalam putusan-putusannya, sehingga akan diketahui ratio decidendi dalam putusan hakim yang merupakan permasalahan yang harus dijawab dalam Bab IV.

Bab V sebagai bab penutup merupakan akhir dari seluruh uraian dan pembahasan disertasi, yaitu terdiri dari sub bab kesimpulan sebagai jawaban atas permasalahan, selanjutnya sebagai pemecahan dan masukan atas permasalahan akan diuraikan dalam sub bab saran.

