

**BAB II**  
**LANDASAN TEORI MENGENAI KUALIFIKASI SEBAGAI DELIK**  
**PENODAAN BENDERA MERAH PUTIH**

**A. Pengertian dan Ruang Lingkup Delik**

**1. Pengertian Delik dan Unsur Delik**

Hukum pidana belanda memakai istilah *strafbaar feit*, atau *delict* yang berasal dari bahasa latin *delictum*. Hukum pidana Negara-negara Anglo Saxon memakai istilah *offense* atau *criminal act* untuk maksud yang sama.oleh karena itu KUHP Indonesia bersumber pada WvS Belanda, maka istilah aslinya pun sama yaitu *strafbaar feit*. Timbulah masalah dalam menerjemahkan istilah *strafbaar feit* itu kedalam bahasa Indonesia. Moeljatno dan Roeslan Saleh memakai istilah perbuatan pidana meskipun tidak untuk menterjemahkan *strafbaar feit* itu. Utrecht, menyalin istilah *strafbaar feit* menjadi peristiwa pidana.rupanya Utrecht menterjemahkan istilah *feit* secara harfiah menjadi peristiwa. Sama dengan yang dipakai oleh Utrecht, Undang-Undang Dasar Sementara 1950 juga memakai istilah peristiwa pidana.<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> Andi Hamzah,*Op.Cit*, hlm. 86.

Teori beberapa para ahli mengenai delik adalah<sup>22</sup> :

Teori hukum menurut Vos, mengatakan :

“Delik adalah *feit* yang dinyatakan dapat di hukum berdasarkan Undang-Undang.”

Teori hukum menurut Van Hamel, mengatakan :

“Delik adalah suatu serangan atau ancaman terhadap hak-hak orang lain.”

Teori hukum menurut Simon, mengatakan :

“Delik adalah suatu tindakan melanggar hukum yang telah dilakukan dengan sengaja ataupun tidak sengaja oleh seseorang yang tindakannya tersebut dapat dipertanggungjawabkan dan oleh Undang-Undang telah dinyatakan sebagai suatu perbuatan yang dapat dihukum. Dalam ilmu hukum pidana dikenal delik formil dan delik materil. Yang dimaksud dengan delik formil adalah delik yang perumusannya menitikberatkan pada perbuatan yang dilarang dan diancamdengen pidanaoleh Undang-Undang di sini rumusan dari perbuatan jelas. Adapun delik materil adalah delik yang perumusannya menitikberatkan pada akibat yang dilarang dan di ancam pidana oleh Undang-Undang. Dengan kata lain, hanya disebut rumusan dari akibat perbuatan.

Teori hukum menurut Moeljatno, mengatakan :

“Delik adalah perbuatan yang dilarang oleh suatu aturan hukum, larangan ,mana disertai ancaman (sanksi) berupa pidana tertentu bagi barang siapa yang melanggar larangan tersebut.”

---

<sup>22</sup>Leden Marpaung, *Loc.Cit*, hlm. 8.

Teori hukum menurut Teguh Prasetyo, mengatakan :

“Delik adalah perbuatan yang melanggar hukum dilakukan dengan kesalahan oleh orang yang mampu bertanggung jawab dan pelakunya diancam dengan pidana.”<sup>23</sup>

Di muka telah dibicarakan berbagai rumusan tindak pidana atau delik yang disusun oleh para ahli hukum, baik penganut paham dualism dan monism. Unsur-unsur yang ada dalam tindak pidana adalah melihat bagaimana rumusan yang dibuatnya.<sup>24</sup> Tidak dapat dijatuhkan pidana karena suatu perbuatan yang tidak termasuk dalam rumusan delik. Ini tidak berarti bahwa selalu dapat dijatuhi pidana kalau perbuatan itu tercantum dalam rumusan delik. Untuk itu diperlukan dua syarat: perbuatan itu bersifat melawan hukum dan dapat dicela. Dengan demikian, rumusan pengertian “perbuatan pidana” menjadi jelas: suatu perbuatan pidana adalah perbuatan manusia yang termasuk dalam ruang lingkup rumusan delik, bersifat melawan hukum, dan dapat dicela.

Bagi Moeljatno tindak pidana adalah suatu perbuatan yang memiliki unsur dan dua sifat yang berkaitan. Unsur-unsur tindak pidana itu dibagi menjadi dua macam, yakni subjektif dan objektif yaitu<sup>25</sup> :

#### 1. Subyektif

Unsur subyektif adalah berhubungan dengan diri pelaku dan termasuk ke dalamnya yaitu segala sesuatu yang terkandung dihatinya. Artinya, asas pokok

---

<sup>23</sup> Teguh Prasetyo, *Hukum Pidana*. Raja Grafindo, 2014, hlm. 217.

<sup>24</sup> Adami Chazawi, *Pelajaran Hukum Pidana*. 2011. Raja Grafindo. Jakarta. Hlm. 79

<sup>25</sup> Moeljatno. *Op. cit*, Hlm. 69

hukum pidana itu “Tak ada hukuman kalau tak ada kesalahan” kesalahan yang dimaksud disini adalah sengaja dan kealpaan. Untuk itu unsur-unsur subjektif adalah unsur-unsur yang melekat pada diri si pelaku atau yang berhubungan pada diri si pelaku dan termasuk kedalamnya yaitu segala sesuatu yang terkandung di dalam hatinya.<sup>26</sup>

## 2. Obyektif

Unsur objektif adalah unsur-unsur yang melekat pada diri pelaku atau yang ada hubungannya dengan keadaan-keadaannya, yaitu dalam keadaan-keadaan mana tindakan – tindakan dari sipelaku itu harus dilakukan. Maksudnya, Unsur pokok objektif delik adalah unsur yang terdapat di luar diri pelaku tindak pidana. Unsur ini meliputi :

- a. Perbuatan atau kelakuan manusia, dimana perbuatan atau kelakuan manusia itu ada yang aktif (berbuat sesuatu), misal membunuh (Pasal 338 KUHP). “*Barang siapa dengan sengaja merampas nyawa orang lain, diancam karena pembunuhan dengan pidana penjara paling lama lima belas tahun*”.
- b. Akibat yang menjadi syarat mutlak dari delik. Hal ini terdapat dalam delik material atau delik yang dirumuskan secara material, misalnya pembunuhan (Pasal 338 KUHP).

---

<sup>26</sup> P. A. F Limintang, *Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia*. 1990. cetakan 2 Sinar Baru. Bandung. hlm. 184.

Ada unsur melawan hukum. Setiap perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana oleh peraturan perundang-undangan hukum pidana itu harus bersifat melawan hukum, meskipun unsur ini tidak dinyatakan dengan tegas dalam perumusan.

## 2. Ruang Lingkup Delik

Sudarto menyebutkan ruang lingkup delik umumtindak pidana, sebagai berikut:<sup>27</sup>

1. Kejahatan dan pelanggaran. Pembagian delik ini, dianut dalam sistem KUHP
2. Delik formil dan delik materiil
  - a. Delik formil itu adalah delik yang perumusannya dititik beratkan kepada perbuatan yang dilarang. Delik tersebut telah selesai dengan dilakukannya perbuatan seperti tercantum dalam rumusan delik. Pada delik formil, suatu akibat tertentu hanya dapat memberatkan atau meringankan pidana, tetapi juga tanpa akibat perbuatan itu sendiri sudah dilarang dan dapat dipidana. Misal: pengahasutan (Pasal 169 KUHP); di muka umum menyatakan perasaan kebencian, permusuhan atau penghinaan terhadap satu atau lebih golongan rakyat di Indonesia (Pasal 156 KUHP); penyuapan (Pasal 209, 210 KUHP); sumpah palsu

---

<sup>27</sup> Sudarto, *Hukum Pidana I*. 1990. Cet ke-2 Yayasan Sudarto Fakultas Undip. Semarang. hlm. 56

(Pasal 242 KHP); pemalsuan surat (Pasal 263 KUHP); pencurian (Pasal 362 KUHP).

b. Delik materiil itu adalah delik yang perumusanya dititikberatkan kepada akibat yang tidak dikehendaki (dilarang). Delik ini baru selesai apabila akibat yang tidak dikehendaki itu telah terjadi. Kalau belum, maka paling banyak hanya ada percobaan. Pada delik materiil kita berbicara tentang akibat “konstitutif” Misal: pembakaran (Pasal 187 KUHP); penipuan (Pasal 378 KUHP), pembunuhan (Pasal 338 KUHP). Batas antara delik formil dan delik materiil tidak tajam, misalnya Pasal 362 KUHP.

3. Delik *commissionis*, delik *omissionis* dan delik *commissionis per omissionem commissa*.<sup>28</sup>

a. Delik *commissionis*: delik yang berupa pelanggaran terhadap larangan, ialah berbuat sesuatu yang dilarang, pencurian, penggelapan, penipuan.

b. Delik *omissionis*: delik yang berupa pelanggaran terhadap perintah, ialah tidak melakukan sesuatu yang diperintahkan atau diharuskan, misal: tidak menghadap sebagai saksi di muka pengadilan (Pasal 522 KUHP, tidak menolong orang yang memerlukan pertolongan (Pasal 532 KUHP).

---

<sup>28</sup> Ibid. Hlm. 57

- c. Delik *commissionis per omissionem commissisa*: delik yang berupa pelanggaran larangan (dus delik *commissionis*), akan tetapi dapat dilakukan dengan cara tidak berbuat. Misal: seorang ibu yang membunuh anaknya dengan tidak memberi air susu ( Pasal 338, 340 KUHP); seseorang penjaga wissel yang menyebabkan kecelakaan kereta api dengan sengaja tidak memindahkan wissel (Pasal 194 KUHP).
4. Delik dolus dan delik *culpa (doleuse en culpose delicten)*
  - a. Delik dolus: delik yang memuat unsur kesengajaan, missal: Pasal-Pasal 187, 197, 245, 263, 310, 338 KUHP
  - b. Delik *culpa*: delik yang memuat kealpaan sebagai salah satu unsur, missal: Pasal – Pasal 195, 197, 201, 203, 231 ayat 4, 359 dan 360 KUHP.
5. Delik tunggal dan delik berganda (*enkelvoudige en samengestelde delicten*).
  - a. Delik tunggal: delik yang cukup dilakukan dengan perbuatan satu kali
  - b. Delik berganda: delik yang baru merupakan delik, apabila dilakukan beberapa kali perbuatan, misal: Pasal 481 KUHP (penadahan sebagai kebiasaan).

6. Delik yang berlangsung terus dan delik yang tidak berlangsung terus (*voortdurende en niet voortdurende/aflopende delicten*).<sup>29</sup>

Delik yang berlangsung terus: delik yang mempunyai ciri, bahwa keadaan terlarang itu berlangsung terus, missal: merampas kemerdekaan seseorang (Pasal 333 KUHP).

7. Delik aduan dan bukan delik aduan (*klachtdelicten en niet klachtdelicten*).

Delik aduan: delik yang penuntutanya hanya dilakukan apabila adapengaduan dari pihak yang terkena (*gelaedeerde partij*), missal: penghinaan (Pasal 310 dst jo. 319 KUHP), perzinahan (Pasal 284 KUHP), *chantage* pemerasan dengan ancaman pemerasan (Pasal 335 ayat 1 sub 2 KUHP jo ayat 2).

8. Delik sederhana dan delik yang ada pemberatannya (*eenvoudige en gequalificeerde delicten*).

Delik yang ada pemberatannya, missal: penganiayaan yang menyebabkan luka berat atau matinya orang (Pasal 351 ayat 2,3 KUHP, pencurian pada waktu malam hari (Pasal 363 KUHP). Ada delik yang ancaman pidananya diperingan karena dilakukan dalam keadaan tertentu, misal: pembunuhan kanak-kanak (Pasal 341 KUHP. Delik ini disebut “*geprivilegeerd delict*”. Delik sederhana, misal: penganiayaan (Pasal 351 KUHP), pencurian (Pasal 362 KUHP).

---

<sup>29</sup> Ibid. Hlm. 58

9. Delik ekonomi (biasanya disebut tindak pidana ekonomi) dan bukan delik ekonomi.

Apa yang disebut tindak pidana ekonomi itu terdapat dalam Pasal 1 Undang – Undang Darurat Nomor 7 Tahun 1955 tentang Tindak Pidana Ekonomi.

10. Kejahatan ringan: dalam KUHP ada kejahatan – kejahatan ringan ialah Pasal 364, 373, 375, 379, 482, 384, 352, 302 (1), 315, 497 KUHP.<sup>30</sup>

Ruang Lingkup Delik-delik atau tindak pidana khusus.

Tindak pidana yang pengaturannya diatur di luar KUHP akan tetapi Undang-Undang tersebut merupakan Undang-Undang yang secara khusus dibuat untuk mengatur tindak pidana yang dimaksud, tindak pidana baik yang diatur di dalam maupun di luar KUHP yang tata cara penanganannya memerlukan tata cara khusus (hukum acara khusus) yang memiliki perbedaan dari hukum acara yang berlaku umum. seperti mengenai undang-undang Nomor 24 Tahun 2009 tentang Bendera, Bahasa, dan Lambang Negara, a serta Lagu Kebangsaan.

---

<sup>30</sup> Ibid. Hlm. 59

### 3. Kualifikasi Delik

Tentang arti kualifikasi suatu delik, dipersoalkan apakah kualifikasi itu dipandang sebagai singkatan atau kata pendek bagi perbuatan yang dirumuskan disana ataukah memiliki arti sendiri, terlepas dari penentuan unsur-unsur, sehingga menjadi dua batas perbuatan yang dilarang, yaitu batasan menurut unsur-unsurnya dan menurut pengertian yang umum (kualifikasi).

Dengan mengutip pendapat Van Hattum, moeljatno menunjuk perkataan dalam *Memorie van Toelichting* tidak ada keragu-raguan, bahwa maksud pembuat undang-undang dengan mengadakan kualifikasi disamping penentuan unsur-unsur, adalah sekedar untuk memudahkan penyebutan perbuatan yang dilarang saja, jadi laksana suatu etiket untuk apa yang terkandung dalam rumusan. Tetapi dalam praktek keadilan ada kecenderungan untuk member arti tersendiri kepadakualifikasi, seperti putusan *Hoge Raad* 1927 mengenai kasus penadahan, seorang pencuri yang menjual barang curiannya untuk menarik keuntungan, tidak mungkin dikenai rumusan tentang penadahan walaupun perbuatannya memenuhi rumusan penadahan, karena maksud delik ini ialah mempermudah dilakukannya delik lain (*begunstingings misdrijf*), yang berarti

perbuatan itu dilakukan oleh orang lain dari orang yang melakukan kejahatan dari siapa barang tadi diperoleh.<sup>31</sup>

## **B. Pengertian dan Asas Kekuatan Bendera Merah Putih**

### **1. Pengertian Bendera Merah Putih**

Bendera adalah sepotong kain yang kerap dikibarkan di tiang, pada umumnya digunakan sebagai simbolis dengan maksud memberikan sinyal ataupun identifikasi. Hal tersebut paling sering digunakan untuk melambangkan suatu negara untuk menunjukkan kedaulatannya. Hal yang sama seperti yang diterapkan pada negara Indonesia yang memiliki bendera berwarna merah-putih. Bendera awalnya digunakan untuk membantu koordinasi militer di medan perang, dan bendera mulai berevolusi menjadi sebuah alat umum untuk menyatakan sinyal dasar dan identifikasi. Namun pada bendera nasional dijadikan sebagai simbol-simbol patriotik kuat dengan interpretasi yang bervariasi, studi tentang bendera lebih spesifik dijelaskan dalam ilmu veksilologi.<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> Moeljatno, *Op.Cit*, hlm. 66.

<sup>32</sup><http://www.99mindset.xyz/2015/07/bendera-indonesia-makna-dan-sejarah.html>, diakses pada Selasa 7 Juli 2015 13.15 WIB.

Secara historis dan sosiologis, Bendera, Bahasa, Lambang Negara dan Lagu Kebangsaan Indonesia selama ini telah berperan menjamin keutuhan Negara Republik Indonesia.<sup>33</sup> Hal ini dapat dilihat bahwa<sup>34</sup> :

1. Bendera, Bahasa, Lambang Negara dan Lagu Kebangsaan Indonesiamerupakan manifestasi kebudayaan yang berakar pada sejarah perjuangan bangsa, kesatuan dalam keragaman budaya, dan kesamaan dalam mewujudkan cita-cita nusantara sebagai bangsa dan negara Indonesia.
2. Sebagai alat legitimasi atau jati diri bagi kemerdekaan bangsa dan Negara Indonesia, selaligus menjadi bentuk pengakuan untuk merdeka, setara dan bebas aktif dalam pergaulan di antara bangsa dan negara lain.
3. Menjadi jati diri yang melahirkan adanya pengakuan akan persatuan dan kesatuan bagi masyarakat Indonesia untuk dapat hidup sejalan dan bersama-sama mewujudkan cita-cita bangsa dan negara Indonesia. Juga bermakna untuk menguatkan persatuan dan kesatuan Indonesia sebagai bangsa dan negara.

---

<sup>33</sup> Lukman Hakiem, “Kewajiban Kontrak Berbahasa Indonesia Dalam Dunia Usaha: Implikasi Hukum Menurut Undang-Undang Nomor 24 tahun 2009”, Makalah dalam Seminar Implikasi Hukum Kewajiban Kontrak Berbahasa Indonesia Dalam Dunia Usaha, diselenggarakan oleh Hukumonline, Jakarta, tanggal 8 Oktober 2009.

<sup>34</sup>*Ibid.*

4. Menjadi arah yang memberi keseimbangan untuk selalu kembali hanya atas dan untuk Indonesia. Keseimbangan untuk kembali atas berbagai friksi dan konflik etnis kedaerahan yang terkadang muncul dalam dimensi sosial dan politik Indonesia.

Aturan mengenai Bendera diatur secara khusus dalam Peraturan Pemerintah Nomor 40 Tahun 1958 dan lebih di komprehensifkan pada Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2009 tentang Bendera, Bahasa, dan Lambang Negara, Serta Lagu Kebangsaan.

Pasal 35 dan Pasal 36 C Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, menyatakan :

*Pasal 35*

*“Bendera Negara Indonesia ialah Sang Merah Putih..”*

*Pasal 36 C*

*“Ketentuan lebih lanjut mengenai Bendera, Bahasa, dan Lambang Negara, serta Lagu Kebangsaan diatur dengan undang-undang.”*

Sebagaimana diatur lebih lanjut dalam Pasal 1 dan Pasal 4 Undang-Undang nomor 24 Tahun 2009, menyatakan :

*Pasal 1*

*“Bendera Negara Kesatuan Republik Indonesia yang selanjutnya disebut Bendera Negara adalah Sang Merah Putih.”*

*Pasal 4*

- “(1) Bendera Negara Sang Merah Putih berbentuk empat persegi panjang dengan ukuran lebar  $\frac{2}{3}$  (dua-pertiga) dari panjang serta bagian atas berwarna merah dan bagian bawah berwarna putih yang kedua bagiannya berukuran sama.*
- (2) Bendera Negara sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dibuat dari kain yang warnanya tidak luntur.*
- (3) Bendera Negara sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dibuat dengan ketentuan ukuran:*
- a. 200 cm x 300 cm untuk penggunaan di lapangan istana kepresidenan;*
  - b. 120 cm x 180 cm untuk penggunaan di lapangan umum;*
  - c. 100 cm x 150 cm untuk penggunaan di ruangan;*
  - d. 36 cm x 54 cm untuk penggunaan di mobil Presiden dan Wakil Presiden;*
  - e. 30 cm x 45 cm untuk penggunaan”*

Dengan demikian identitas suatu bangsa dan Negara Indonesia telah jelas tertuang dalam Undang-Undang Dasar 1945 dan Undang-Undang nomor 24 Tahun 2009 tentang Bendera, Bahasa dan Lambang Negara Serta Lagu Kebangsaan.

## **2. Asas Mengenai Kekuatan Bendera Merah Putih**

### **a. Asas legalitas**

Asas legalitas termasuk asas yang boleh dikatakan sebagai tiang penyangga hukum pidana. Asas ini tersirat dalam pasal 1 KUHP.

- 1) Tiada suatu perbuatan dapat dipidana kecuali atas kekuatan aturan pidanadalam perundang-undangan yang telah ada sebelum perbuatan dilakukan.

- 2) Jika setelah perbuatan dilakukan ada perubahan dalam perundang-undangan, dipakai aturan yang paling ringan bagi terdakwa.

Di dalam sejarah ketatanegaraan kita ketentuan semacam itu pernah masuk di dalam konstitusi, yaitu pasal 14 (2) Undang-Undang Dasar Sementara 1950 yang merumuskan : “tiada seorang juapun boleh dituntut untuk dihukum atau dijatuhi hukuman, kecuali karena suatu aturan hukum yang ada dan berlaku terhadapnya.” Secara yuridis formal kedudukan ketentuan yang demikian itu , yaitu asas legalitas, lebih kuat daripadamasanya kita menggunakan Undang-Undang Dasar Sementara 1950, karena jika hendak mengubah harus mengubah konstitusi. Sedangkan secara teoritis Pasal 1 ayat (1) KUHP yang sering disebut sebagai pencerminan asas legalitas itu dapat disampingi atau diubah cukup dengan membuat Undang-Undang baru yang berbeda.<sup>35</sup>

Makna asas legalitas.

- a. Tidak ada perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana kalau perbuatan itu terlebih dahulu belum dinyatakan dalam suatu aturan hukum.
- b. Untuk menentukan adanya tindak pidana tidak boleh digunakan analogi.

---

<sup>35</sup> Teguh Prasetyo, *Op.Cit*, hlm 217.

c. Undang-Undang hukum pidana tidak berlaku mundur atau surut.<sup>36</sup>

Pada poin kesatu dan kedua, asas legalitas menyangkut persoalan sumber hukum pidana, yang mengandung makna bahwa setiap tindak pidana dan pidananya harus jelas secara terperinci diatur dalam perundang-undangan, sehingga diluar dari itu tidak dapat diterima. Sedangkan poin ketiga asas legalitas menyangkut ruang berlakunya hukum pidana menurut waktu, yaitu bahwa penerapan undang-undang pidana terbatas hanya pada peristiwa-peristiwa yang terjadi setelah Perundang-undangan pidana berlaku.

**b. Asas Kebangsaan**

Asas Kebangsaan adalah asas ini didasarkan pada kekuasaan negaranya atas warga negaranya. Menurut asas ini, setiap warga negara dimanapun berada, tetap mendapatkan perlakuan hukum dari negaranya. Maka asas ini mempunyai kekuatan Ekstrateritorial yang berarti bahwa hukum dari negara tersebut tetap berlaku juga bagi warga negaranya yang berada di negara lain. Prinsip yang diberikan oleh Asas Kebangsaan ini memiliki sifat yang terbuka namun harus memenuhi persyaratan yang sudah ditetapkan oleh suatu negara tersebut. Maka setiap warga negara yang ingin menetap di

---

<sup>36</sup> Antonius Sudirman, *hati nurani hakim dan putusannya suatu pendekatan dari prepektif ilmu hukum perilaku (behavioral jurisprudence) kasus hakim besar Bismar Siregar*, PT citra aditya bakti, Bandung, 2007, hlm 49

negara lain harus bisa menjadi warga negara yang sebelumnya untuk bisa menjaga dan memberikan hukum yang dipergunakan.<sup>37</sup>

### c. Asas kepentingan umum

Asas Kepentingan Umum adalah Asas yang berdasarkan pada wewenang negara untuk melindungi dan mengatur kepentingan dalam kehidupan bermasyarakat. Dalam hal ini negara dapat menyesuaikan diri dengan semua keadaan dan peristiwa yang bersangkutan dengan kepentingan umum. Jadi hukum tidak terkait dengan batas – batas wilayah suatu negara.<sup>38</sup> Asas ini diperlukan untuk masyarakat bahwa peristiwa yang menjadi beban buat masyarakat setempat itu untuk menjadi kepenringan bersama untuk mengatur dan melindungi setiap peristiwa yang sudah terjadi.

Penggunaan Prinsip dari Asas Kepentingan Umum ini adalah ingin memberikan suatu apresiasi kepada masyarakat untuk menjalankan hukum yang sudah diberikan, tetapi hukuman yang dilakukan juga tidak akan terikat dengan apa yang sudah diberikan oleh suatu negara itu sendiri. Dan juga Asas ini memiliki arti mendahulukan kesejahteraan umum dengan cara Aspiratif, Akomodatif, dan Selektif.

---

<sup>37</sup><https://ismailmarzuki27.wordpress.com/2013/03/01/2/>, Senin, 1 Maret 2013 20:15 WIB

<sup>38</sup><http://www.zonasiswa.com/2014/11/pengertian-asas-hukum-internasional.html>

#### **d. Asas *Mens Rea***

Walaupun tidak pernah dirumuskan dalam undang-undang hukum pidana Inggris juga menganut asas kesalahan yang dirumuskan dalam bahasa Latin *actus non facit reum nisi mens sit rea* (an act does not make a person guilty, unless the mind is legally blameworthy). Berdasarkan asas ini, ada dua syarat yang harus dipenuhi untuk seseorang dapat dipidana, yaitu perbuatan lahiriah yang terlarang (*actus reus*) dan ada sikap batin jahat atau tercela (*mens rea*). *Actus reus* tidak hanya menunjuk pada suatu perbuatan (*an act*) dalam arti yang biasa, tetapi mengandung arti yang lebih luas, yaitu meliputi :

- a. Perbuatan dari si terdakwa (*the conduct of the accused person*);
- b. Hasil atau akibat perbuatannya itu (*its result / consequences*);
- c. Keadaan-keadaan yang tercantum atau terkandung dalam perumusan tindak pidana (*surrounding circumstances which are included in the definition of the offence*), misalnya dalam perumusan delik pencurian disebutkan “barang milik orang lain.”

Dalam *textbook* sering dirumuskan, bahwa *actus reus* terdiri dari semua unsur yang terdapat dalam perumusan delik atau kejahatan, kecuali unsur yang berhubungan dengan keadaan jiwa atau sikap batin terdakwa” (*all the elements in the definition of the crime except the accused’s mental elements*). Dalam hal-hal tertentu, keadaan jiwa atau sikap batin korban (*state of mind of the victim*) merupakan unsur atau syarat tindak pidana.

*Mens rea* sering diterjemahkan dengan *guilty or wicked mind* (sikap batin jahat), tetapi terjemahan demikian menurut para penulis dipandang kurang tepat atau dapat membuat keliru. Menurut L.B. Curzon, J.C. Smith, dan Brian Hogan, *mens rea* tetap ada sekalipun seseorang berbuat secara jujur (dengan iktikad baik) ataupun dengan kesadaran jiwa yang bersih serta meyakini bahwa perbuatannya sesuai dengan moral dan benar menurut hukum. Sikap batin seseorang yang termasuk *mens rea* dapat berupa *intention* (kesengajaan), *recklessness* (kesembronan), dan *negligence* (kealpaan atau kurang hati-hati).

Dikatakan ada *recklessness* apabila seseorang mengambil dengan sengaja suatu resiko yang tidak dapat dibenarkan (*deliberate taking of an unjustifiable risk*). Missal A mengendarai mobil dengan cepat dengan harapan cepat sampai di rumah. Ia tidak mengharapkan terjadinya tabrakan atau melukai orang, tetapi ia dpat membayangkan atau memperkirakan kemungkinan terjadinya akibat yang demikian. Apabila ternyata A menabrak B maka dalam hal ini ada *recklessness*. Jadi pada intinya, *recklessness* itu adalah mengambil suatu resiko dengan sengaja *taking a deliberate risk* dan resiko itu merupakan resiko yang tidak dapat di benarkan (*unjustifiable risk*).<sup>39</sup>

---

<sup>39</sup> Barda Nawawi Arief, *Perbaningan Hukum Pidana*, Jakarta, hlm. 36-37.

Untuk adanya *recklessness* biasanya harus dibuktikan bahwa pelaku sebenarnya menyadari suatu keadaan dan mengetahui atau dapat memperkirakan kemungkinan terjadinya akibat. Akan tetapi pelaku sembrono atau tidak peduli terhadap keadaan atau akibat itu. Unsur *awareness dan foresight of probability* inilah yang tidak ada pada *negligence* (kealpaan), oleh karena itu *negligence* sering disebut *inadvertent negligence* (kealpaan yang tidak penuh perhatian atau kurang hati-hati).<sup>40</sup>

## C. Pertanggungjawaban Pidana dan Penanggulangan Tindak Pidana

### 1. Pertanggungjawaban Pidana

Pertanggungjawaban dalam hukum pidana bukan hanya berarti sah menjatuhkan pidana terhadap orang tersebut, tetapi juga sepenuhnya dapat diyakini bahwa memang pada tempatnya meminta pertanggungjawaban atas tindak pidana yang dilakukannya.<sup>41</sup>

Pertanggungjawaban pidana adalah kesalahan, sedangkan unsur-unsur kesalahan adalah mampu bertanggung jawab, mempunyai kesengajaan atau kealpaan serta tidak adanya alasan pemaaf. Unsur kesalahan tersebut harus

---

<sup>40</sup>*Ibid*, hlm. 38.

<sup>41</sup> Chairul Huda, *Dari Tiada Pidana Tanpa Kesalahan Menuju Kepada Tiada Pertanggungjawaban Pidana Tanpa Kesalahan, Cetakan I*, Prenada Media, Jakarta, 2006, hlm. 63.

dihubungkan dengan perbuatan pidana yang telah dilakukan sehingga untuk adanya kesalahan yang mengakibatkan dipidananya terdakwa, maka terdakwa haruslah melakukan perbuatan pidana, mampu bertanggung jawab, dengan kesengajaan atau kealpaan serta tidak adanya alasan pemaaf.<sup>42</sup>

Mengenai kemampuan bertanggung jawab, KUHP memang tidak menyebutkan tentang arti kemampuan bertanggung jawab, hanya dalam *memori van toelichting* diterangkan bahwa “tidak mampu bertanggung jawab” dari pembuat adalah :<sup>43</sup>

- a. Pembuat diberi kebebasan memilih antara berbuat atau tidak berbuat apa yang dibolehkan undang-undang dilarang (dalam hal perbuatan yang dipaksa); dan
- b. Pembuat ada di dalam keadaan tertentu sehingga tidak dapat menginsyafi bahwa perbuatannya bertentangan dengan hukum dan tidak mengerti akibat perbuatannya (nafsu, gila, pikiran tersesat dan sebagainya).

Cara untuk menentukan ketidakmampuan bertanggung jawab seseorang sehingga tidak dapat dipidana, ada tiga sistem, yaitu:<sup>44</sup>

- a. Sistem deskriptif (menyatakan) yaitu dengan menentukan dalam perumusannya, sebab-sebabnya tidak mampu bertanggung jawab. Menurut sistem ini, jika psikiater telah menyatakan seseorang sakit jiwa, maka dengan sendirinya tidak dapat dipidana;

---

<sup>42</sup> Sofyan Sastrawidjaja, *Hukum Pidana*, Armico, Bandung, 1992, hlm. 181.

<sup>43</sup> *Ibid*, hlm. 182.

<sup>44</sup> *Ibid*, hlm. 186.

- b. Sistem normatif (menilai) yaitu dengan hanya menyebutkan akibatnya yaitu tidak mampu bertanggung jawab tanpa menentukan sebab-sebabnya, yang penting di sini apakah orang mampu bertanggung jawab atau tidak. Jika dipandang bertanggung jawab maka apa yang akan menjadi sebabnya tidak perlu dipikirkan lagi; dan
- c. Sistem deskriptif normatif yaitu gabungan dari kedua cara tersebut di atas yaitu menentukan sebab-sebabnya tidak mampu bertanggung jawab.

Mampu bertanggung jawab adalah mampu untuk menginsyafi sifat melawan hukumnya perbuatan dan sesuai dengan keinsyafan itu mampu menentukan kehendaknya, sedangkan untuk adanya kemampuan bertanggung jawab harus memenuhi syarat :<sup>45</sup>

- a. Kemampuan untuk membedakan antara perbuatan yang baik dan yang buruk yang sesuai dengan hukum dan yang melawan hukum; dan
- b. Kemampuan untuk menentukan kehendaknya menurut keinsyafan tentang baik dan buruknya perbuatan.

Kemampuan untuk membedakan antara perbuatan baik dan buruk merupakan faktor akal, yaitu dapat membedakan antara perbuatan mana yang diperbolehkan dengan yang tidak, sedangkan kemampuan untuk menentukan kehendaknya merupakan faktor perasaan atau kehendak, yaitu dapat

---

<sup>45</sup>*Ibid*, hlm. 183.

menyesuaikan tingkah lakunya dengan keinsyafan atas mana yang diperbolehkan dan mana yang tidak diperbolehkan.<sup>46</sup>

## 2. Penanggulangan Tindak Pidana

Kejahatan selalu ada dalam masyarakat sebagai akibat dari kehidupan bersama. Oleh sebab itu, para ahli hukum selalu berusaha mencari jalan keluar untuk menanggulangi kejahatan tersebut. Penanggulangan kejahatan empirik, terdiri atas 3 (tiga) bagian pokok, yaitu:<sup>47</sup>

### a. Pre-Emtif

Upaya pre-emptif adalah upaya-upaya awal yang dapat dilakukan untuk mencegah terjadinya tindak pidana. Usaha-usaha yang dilakukan dalam penanggulangan kejahatan secara pre-emptif adalah menanamkan nilai atau norma yang baik sehingga nilai atau norma tersebut terinternalisasi dalam diri seseorang. Meskipun ada kesempatan untuk melakukan pelanggaran tapi tidak ada niatnya untuk melakukan hal tersebut maka akan tidak terjadi kejahatan. Jadi, dalam usaha pre-emptif, faktor niat menjadi hilang meskipun ada kesempatan. Cara ini berasal dari teori NKK, yaitu niat ditambah kesempatan terjadinya kejahatan;

---

<sup>46</sup>*Ibid.*

<sup>47</sup>A. S. Alam, *Pengantar Kriminologi*, Pustaka Refleksi, Makasar, 2010, hlm.79.

b. Preventif

Upaya-upaya preventif adalah merupakan tindak lanjut dari upaya pre-emptif yang masih dalam tataran pencegahan sebelum terjadinya kejahatan,

Dalam upaya preventif yang ditekankan adalah menghilangkan kesempatan untuk dilakukannya kejahatan;

c. Refresif

Upaya ini dilakukan pada saat telah terjadi tindak pidana atau kejahatan yang berupa penegakan hukum dalam menjatuhkan hukuman.

Upaya pencegahan dapat berarti menciptakan suatu kondisi tertentu agar tidak terjadi tindak pidana. Batasan tentang pencegahan tindak pidana sebagai suatu usaha yang meliputi segala tindakan yang mempunyai tujuan yang khusus untuk memperkecil ruang lingkup kekerasan dari suatu pelanggaran baik melalui pengurangan ataupun melalui usaha-usaha pemberian pengaruh kepada orang-orang yang potensial dapat menjadi pelanggar serta kepada masyarakat umum.

Penanggulangan tindak pidana dapat diartikan secara luas dan sempit.

Dalam pengertian yang luas, maka pemerintah beserta masyarakat sangat berperan. Bagi pemerintah adalah keseluruhan kebijakan yang dilakukan melalui perundang-undangan dan badan-badan resmi yang bertujuan untuk menegakkan norma-norma sentral dari masyarakat.

Peran pemerintah begitu luas, maka kunci dan strategis dalam menanggulangi kejahatan meliputi, ketimpangan sosial, diskriminasi nasional, standar hidup yang rendah, pengangguran dan kebodohan diantara golongan besar penduduk. Bahwa upaya penghapusan sebab dari kondisi menimbulkan kejahatan harus merupakan strategi pencegahan tindak pidana yang mendasar.

Secara sempit lembaga yang bertanggung jawab atas usaha pencegahan kejahatan adalah polisi. Namun karena terbatasnya sarana dan prasarana yang dimiliki oleh polisi telah mengakibatkan tidak efektifnya tugas mereka. Lebih jauh polisi juga tidak memungkinkan mencapai tahap ideal pemerintah, sarana dan prasarana yang berkaitan dengan usaha pencegahan kejahatan. Oleh karena itu, peran serta masyarakat dalam kegiatan pencegahan kejahatan menjadi hal yang sangat diharapkan.