

BAB II

KAJIAN PUSTAKA TENTANG KRIMINALISASI TERHADAP PELAKU TINDAKAN PEMBELAAN DIRI YANG DIJADIKAN TERSANGKA

A. Kriminalisasi Atas Penyelesaian Perkara

1) Pengertian Kriminalisasi

Kriminalisasi merupakan objek studi hukum pidana materil yang membahas penentuan suatu perbuatan sebagai tindak pidana yang diancam dengan sanksi atau hukuman tertentu yang dijatuhkan atau yang diberikan oleh aparat hukum yang berwenang.

Pengertian Kriminalisasi menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia dalam jaringan:¹

“Proses yang memperlihatkan perilaku yang semula tidak dianggap sebagai peristiwa pidana, tetapi kemudian digolongkan sebagai peristiwa pidana oleh masyarakat”

Pengertian kriminalisasi menurut KBBI (Kamus Besar Bahasa Indonesia) lebih menjelaskan kepada arti secara umumnya saja yakni suatu perilaku yang pada awalnya tidak dianggap sebagai peristiwa hukum atau peristiwa pidana, dan kemudian digolongkan atau dijadikan menjadi peristiwa hukum pidana oleh masyarakat.

Pengertian Kriminalisasi menurut Soerjono Soekanto dalam bukunya menjelaskan sebagai berikut:²

“Kriminalisasi merupakan tindakan atau penetapan penguasa mengenai perbuatan-perbuatan tertentu yang oleh masyarakat atau golongan-golongan

¹ Ebta Setiawan, *KBBI Online Kriminalisasi*, <https://kbbi.web.id/kriminalisasi#main> Diakses pada Tanggal 08 Februari 2020 Pukul 10.05 WIB

² Soerjono Soekanto, *Kriminologi: Suatu Pengantar*, Cetakan Pertama, Jakarta: Ghalia Indonesia, 1981, hlm. 62.

masyarakat dianggap sebagai perbuatan yang dapat dipidana menjadi perbuatan pidana.”

Pengertian yang dijelaskan oleh Soerjono Soekanto ini menitikberatkan bahwasanya kriminalisasi adalah merupakan suatu penetapan atau kebijakan yang ditetapkan oleh penguasa atau pemerintah yang sedang menjabat, dan penetapan tersebut didalam pemerintahan dibuat oleh badan legislatif selaku wakil rakyat yang mempunyai tugas untuk merancang, membuat, peraturan perundang-undangan, perbuatan yang digolongkan pantas atau tidaknya menjadi perbuatan pidana itu berasal dari pandangan masyarakat.

Adapun pengertian tentang Kriminalisasi menurut Dr. H. Moh. Hatta, S. H. menjelaskan sebagai berikut:³

“Kriminalisasi merupakan kebijakan kriminal atau *Criminal Policy*, yang berupaya untuk melakukan pencegahan dan penanggulangan kejahatan, kebijakan criminal ini tidak lepas dari kebijakan sosial yang merupakan suatu upaya untuk menciptakan kesejahteraan sosial dan perlindungan masyarakat.”

Kriminalisasi yang dijelaskan diatas oleh Dr. H. Moh. Hatta, S. H. adalah merupakan kebijakan criminal yang mempunyai tujuan untuk melakukan upaya preventif atau upaya pencegahan dan penanggulangan suatu tindak pidana, serta terwujudnya kesejahteraan sosial dalam kehidupan di masyarakat.

Pengertian Kriminalisasi menurut Soetandyo Wignjosoebroto dalam bukunya menjelaskan sebagai berikut:⁴

³ Moh Hatta, *Kebijakan Politik Kriminal Penegakan Hukum dalam Rangka Penanggulangan Kejahatan*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2010, hlm. 37.

⁴ Soetandyo Wignjosoebroto, “Kriminalisasi dan Dekriminalisasi: Apa Yang Di Bicarakan Sosiologi Hukum Tentang Hal ini, disampaikan dalam *Seminar Kriminalisasi dan Dekriminalisasi Dalam Pembaruan Hukum Pidana Indonesia*, Fakultas Hukum UII, Yogyakarta, 1993, hlm. 1.

“Kriminalisasi adalah suatu pernyataan bahwa perbuatan tertentu harus dinilai sebagai perbuatan pidana yang merupakan hasil dari suatu penimbangan-penimbangan normatif (*judgments*) yang wujud akhirnya adalah suatu keputusan (*decisions*).”

Menurut Sudarto Kriminalisasi dapat diartikan sebagai berikut:⁵

“Kriminalisasi dapat diartikan sebagai proses penetapan suatu perbuatan seseorang sebagai perbuatan yang dapat dipidana. Proses ini diakhiri dengan terbentuknya undang-undang dimana perbuatan itu diancam dengan suatu sanksi yang berupa pidana”

Dalam pengertian kriminalisasi diatas menjelaskan bahwa perbuatan tertentu harus dinilai atau digolongkan menjadi suatu perbuatan pidana yang dilakukan dengan menimbang suatu perbuatan dan tahap akhirnya adalah pengambilan keputusan yang berbentuk undang-undang yang memiliki suatu sanksi pidana.

Adapun pengertian kriminalisasi menurut ahli lain yang menjelaskan kriminalisasi apabila dilihat dari perspektif nilai, menurut Rusdi Effendi dkk.⁶

“Pengertian kriminalisasi dapat pula dilihat dari perspektif nilai. Dalam hal ini yang dimaksudkan dengan kriminalisasi adalah perubahan nilai yang menyebabkan sejumlah perbuatan yang sebelumnya merupakan perbuatan yang tidak tercela dan tidak dituntut pidana, berubah menjadi perbuatan yang dipandang tercela dan perlu dipidana.”

Pengertian kriminalisasi tersebut menjelaskan bahwa ruang lingkup kriminalisasi terbatas pada penetapan suatu perbuatan sebagai tindak pidana yang diancam dengan sanksi pidana, namun menurut Paul Cornill pengertian kriminalisasi tidak terbatas pada penetapan suatu perbuatan sebagai tindak pidana dan dapat dipidana,

⁵ Sudarto, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, 1986, hlm. 31

⁶ Rusli Effendi dkk, “Masalah Kriminalisasi dan Dekriminalisasi dalam Rangka Pembaruan Hukum Nasional” dalam BPHN, Simposium Pembaruan Hukum Pidana Nasional Indonesia, Jakarta, Binacipta. 1986, hlm. 64-65

tetapi juga termasuk penambahan atau peningkatan sanksi pidana terhadap tindak pidana yang sudah ada.

Berhubungan dengan masalah kriminalisasi, Muladi menyebutkan mengenai beberapa ukuran yang secara doctrinal harus diperhatikan sebagai pedoman, yaitu sebagai berikut:⁷

1. Kriminalisasi tidak boleh terkesan menimbulkan *overkriminalisasi* yang masuk kategori *the misuse of criminal ad hoc*;
2. Kriminalisasi tidak boleh bersifat *ad hoc*;
3. Kriminalisasi harus mengandung unsur korban *victimizing* baik aktual maupun potensial;
4. Kriminalisasi harus memperhitungkan analisa biaya, hasil dan prinsip *ultimum remedium*;
5. Kriminalisasi harus menghasilkan peraturan yang *enforceable*;
6. Kriminalisasi harus mampu memperoleh dukungan publik;
7. Kriminalisasi harus mengandung unsur *subsosialitet* mengakibatkan bahaya bagi masyarakat, sekalipun sangat kecil;
8. Kriminalisasi harus memperlihatkan peringatan bahwa setiap peraturan pidana membatasi kebebasan rakyat dan memberikan kemungkinan kepada aparat penegak hukum untuk mengekang kebebasan itu.

Terbentuknya suatu pemahaman bahwa suatu perbuatan yang tadinya bukan suatu tindak pidana menjadi tindak pidana dipengaruhi oleh perubahan sosial yang terjadi pada masyarakat yang merubah sendi-sendi kehidupan bersama dan perubahan nilai-nilai budaya yang pada akhirnya mempengaruhi pikiran masyarakat tersebut, perubahan sosial tidak hanya berarti perubahan struktur dan fungsi masyarakat melainkan didalamnya terkandung juga perubahan nilai, sikap, dan pola tingkah laku masyarakat.

Perubahan nilai pada dasarnya adalah perubahan pedoman kelakuan dalam kehidupan masyarakat, menurut Koentjaraningrat jenis perubahan nilai dapat dibedakan dalam 2 (dua) hal, yaitu:⁸

⁷ Muladi, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Badan Penerbit Universitas Diponegoro, Semarang, 1995, hlm. 256.

⁸ Koentjaraningrat, *Pergeseran Nilai-nilai Budaya dalam Masa Transisi* dalam BPHN, *Kesadaran Hukum Masyarakat dalam Masa Transisi*, Binacipta, Jakarta, Tanpa Tahun, hlm. 25.

1. Perubahan nilai-nilai budaya primordial yang ditentukan oleh kelompok kekerabatan, komunikasi desa, ke suatu sistem budaya nasional;
2. Perubahan sistem nilai tradisional kepada sistem nilai budaya modern.

Dalam perubahan sosial diatas juga, menimbulkan pemahaman baru ataupun kesepakatan baru seperti perbuatan-perbuatan tertentu yang dulu dikualifikasikan sebagai perbuatan tercela atau merugikan masyarakat, sekarang dianggap sebagai perbuatan yang wajar dan tidak tercela, contohnya di Indonesia yakni tindakan mempertunjukkan alat-alat KB (Keluarga Berencana) di depan umum, alat kontrasepsi dijual dengan bebas di sebagian besar *minimarket*, sebaliknya ada beberapa perbuatan yang dahulu dianggap wajar dan sekarang dianggap suatu tindakan pidana yang merugikan masyarakat seperti pencemaran lingkungan, praktik monopoli dalam ekonomi, pencucian uang, merugikan konsumen dan juga ada upaya pembelaan diri yang dijadikan pelaku/tersangka dalam kejahatan.

2) Asas-asas Kriminalisasi

Asas adalah pedoman atau dasar-dasar dalam melakukan suatu perbuatan yang diatur dalam peraturan, pengertian asas menurut Saleh Roeslan adalah sebagai berikut:⁹

“Asas adalah prinsip-prinsip atau dasar-dasar atau landasan perbuatan suatu peraturan, kebijakan dan keputusan mengenai aktivitas hidup manusia, asas juga merupakan norma etis, konsepsi falsafah dan doktrin.”

Disamping itu juga Saleh Roeslan menjelaskan tentang asas hukum yakni sebagai berikut:¹⁰

⁹ Roeslan Saleh, “*Kebijakan Kriminalisasi Dan Dekriminalisasi; Apa Yang Dibicarakan Sosiologi Hukum Dalam Pembaruan Hukum Pidana Indonesia*”, disampaikan dalam Seminar Kriminalisasi dan Dekriminalisasi dalam pembaruan Hukum Pidana Indonesia, Fakultas Hukum UII, Yogyakarta, 1993, hlm. 38-39.

¹⁰ Roeslan Saleh, *Ibid.*, hlm. 29.

“Asas hukum merupakan pikiran-pikiran yang menuntun, pilihan terhadap kebijakan, prinsip hukum, pandangan manusia dan masyarakat, kerangka harapan masyarakat.”

Dalam konteks kriminalisasi, asas dapat diartikan sebagai konsepsi-konsepsi dasar, norma-norma etis, dan prinsip-prinsip hukum yang menuntun pembentukan norma-norma hukum pidana melalui suatu pembentukan peraturan perundang-undangan pidana, dengan kata lain asas hukum adalah konsepsi dasar, norma etis, dan prinsip-prinsip dasar penggunaan hukum pidana sebagai sarana penanggulangan tindak pidana atau kejahatan.

Ada 3 (tiga) asas kriminalisasi yang perlu diperhatikan dalam pembentukan peraturan perundang-undangan dalam menetapkan suatu perbuatan sebagai tindak pidana beserta ancaman sanksi pidananya, yakni sebagai berikut:

a. Asas Legalitas;

Asas Legalitas yaitu, asas yang maknanya terdapat dalam ungkapan latin *nullum delictum, noella poena sine praevia lege poenali* yang disebutkan oleh von Feurbach. Ungkapan itu bermakna pengertian bahwa “tidak ada suatu perbuatan yang dapat dipidana kecuali atas perundang-undangan pidana yang sudah ada sebelum perbuatan itu dilakukan”. Asas legalitas adalah asas yang paling penting dalam hukum pidana, khususnya asas pokok dalam penetapan kriminalisasi.

Menurut Schafmeister dan J. E Sahetapy asas legalitas mengandung 7 (tujuh) makna yaitu:¹¹

- a. Tidak dapat dipidana kecuali berdasarkan ketentuan pidana menurut undang-undang;
- b. Tidak ada penerapan undang-undang pidana berdasarkan analogi;
- c. Tidak dapat dipidana hanya berdasarkan kebiasaan;

¹¹ J.E Sahetapy (Ed), *Hukum Pidana*, Liberty, Yogyakarta, 1996, hlm. 6-7

- d. Tidak boleh ada perumusan delik yang kurang jelas (syarat *lex certa*)
- e. Tidak ada kekuatan surut dari ketentuan pidana;
- f. Tidak ada pidana lain kecuali yang ditentukan oleh undang-undang;
- g. Penuntutan pidana lain kecuali yang ditentukan undang-undang.

Doktrin hukum pidana menjelaskan 3 (tiga) macam fungsi dari asas legalitas, yakni sebagai berikut:

1. Menurut Abdullah Ahmed An-Naim menjelaskan fungsi asas legalitas sebagai berikut:¹²

“Pada hakikatnya, asas legalitas dirancang untuk memberikan maklumat kepada publik seluas mungkin tentang apa yang dilarang oleh hukum pidana sehingga mereka dapat menyesuaikan tingkah lakunya.”

2. Menurut Antonie A. G. Peters menjelaskan fungsi asas legalitas sebagai berikut:¹³

“Menurut aliran klasik, asas legalitas mempunyai fungsi untuk membatasi ruang lingkup hukum pidana. Sedangkan dalam aliran modern asas legalitas merupakan instrumen untuk mencapai tujuan perlindungan masyarakat.”

3. Menurut Roeslan Saleh menjelaskan fungsi asas legalitas sebagai berikut:¹⁴

- a. Fungsi asas legalitas adalah untuk mengamankan posisi hukum rakyat terhadap negara (penguasa). Hal ini adalah tafsiran tradisional yang telah mengenyampingkan arti asas legalitas sepenuhnya seperti dimaksudkan oleh para ahli-ahli hukum pidana pada abad ke XVIII (delapan belas).
- b. Asas legalitas memberikan kepastian hukum kepada masyarakat mengenai perbuatan-perbuatan yang dilarang (tindak pidana) yang disertai dengan ancaman pidana tertentu. Dengan adanya penetapan

¹² Abdullah Ahmed An-Naim, *Dekonstruksi Syari'ah*, LkiS dan Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 1990, hlm. 197

¹³ Antonie A. G. Peters, *Main Current in Criminal Law Theorie, in Criminal Law in Action, Gouda Quint by Arnhem*, 1986, hlm. 33, dikutip dari kamariah, *Ajaran Sifat Melawan Hukum Material Dalam Hukum Pidana Indonesia*, Pidato Pengukuhan Guru Besar, UNPAD, Bandung, 1994, hlm. 43.

¹⁴ Roeslan Saleh mengutip Antonie A. G. Peters, *Asas Hukum Pidana Dalam Perspektif*, Aksara Baru, Jakarta, 1981, hlm. 28.

- perbuatan terlarang itu berarti ada kepastian (pedoman) dalam bertingkah laku bagi masyarakat.
- c. Asas legalitas dikaitkan dengan peradilan pidana, yang dimana diharapkan banyak lagi daripada hanya akan melindungi warga masyarakat dari kewenangan-kewenangan pemerintah. Asas legalitas itu diharapkan memainkan peranan yang lebih positif, yaitu harus menentukan tingkatan-tingkatan dari persoalan yang ditangani oleh suatu sistem hukum pidana yang sudah tidak dapat dipakai lagi.
 - d. Tujuan utama asas legalitas adalah untuk membatasi kesewenang-wenangan yang mungkin timbul dalam hukum pidana dan mengawasi serta membatasi pelaksanaan dari hukum pidana itu. Fungsi pengawasan ini juga merupakan fungsi asas kesamaan, asas subsidiaritas, asas proporsionalitas, dan asas publisitas.

Dalam penjelasan fungsi asas legalitas diatas, fungsi dari asas legalitas yang sangat relevan dalam konteks kriminalisasi adalah fungsi yang dijelaskan oleh Antonie A. G. Peters yakni yang berkenaan dengan fungsi untuk membatasi ruang lingkup hukum pidana.

Keberadaan hukum pidana harus ada yang membatasi, karena hukum pidana merupakan bidang hukum yang paling bisa dikatakan kejam dengan sanksi yang sangat berat, terutama sanksi pidana mati. Hukum pidana dipergunakan untuk melindungi kepentingan bersama dalam kehidupan bermasyarakat yang sangat vital, perbuatan-perbuatan yang perlu di kriminalisasi adalah perbuatan-perbuatan yang secara langsung mengganggu ketertiban dalam kehidupan masyarakat.

1. Asas Subsidiaritas,

Asas Subsidiaritas memiliki arti dimana hukum pidana harus ditempatkan sebagai *ultimum remedium* (senjata pamungkas/terakhir) dalam penanggulangan kejahatan yang menggunakan instrument penal, bukan sebagai *primum remedium* (senjata utama) untuk mengatasi masalah kejahatan atau criminal, penerapan asas subsidiaritas ini dalam mengatasi tindak pidana mengharuskan adanya penyelidikan tentang keefektifan penggunaan aturan atau hukum pidana

yang berlaku, tujuan penyelidikan ini adalah untuk mengetahui apakah pantas pasal tersebut diancamkan kepada tindak pidana tersebut, selain itu proses penyelidikan ini juga berfungsi untuk meminimalisir keputusan atau kebijakan yang bisa merugikan masyarakat.

Menurut Roeslan Saleh yang melatarbelakangi sangat diperlukanya penggunaan asas subsidiaritas adalah sebagai berikut:¹⁵

“Perlunya penggunaan asas subsidiaritas dalam penentuan perbuatan terlarang atau tindak pidana didorong oleh 2 (dua) faktor, yakni sebagai berikut:

- a. Penggunaan asas subsidiaritas akan mendorong lahirnya hukum pidana yang adil;
- b. Praktek perundang-undangan menimbulkan dampak negatif terhadap sistem hukum pidana akibat adanya *overcriminalisation* dan *overpenalisation* sehingga hukum pidana menjadi kehilangan pengaruhnya dalam masyarakat

Disamping itu, *overcriminalisation* dan *overpenalisation* semakin memperberat beban kerja aparat penegak hukum dalam proses peradilan pidana. Akibat selanjutnya, hukum pidana tidak dapat berfungsi dengan baik dan karenanya pula kehilangan wibawa”

Pentingnya penerapan asas subsidiaritas dalam penentuan suatu perbuatan terlarang atau suatu tindak pidana adalah untuk menciptakan lahirnya suatu hukum pidana yang bersifat adil.

2. Asas Persamaan/kesamaan.

Asas Persamaan atau kesamaan juga memiliki peran penting dalam proses kriminalisasi, asas ini berarti kesederhanaan dan kejelasan yang akan menimbulkan suatu ketertiban, menurut Sevan dan Letrossne:¹⁶

“Asas Persamaan/Kesamaan bukanlah pernyataan dari aspirasi tentang hukum pidana yang lebih adil. Asas Persamaan/Kesamaan lebih merupakan

¹⁵ Roeslan Saleh, *Op. Cit.*, *Asas Hukum*, hlm. 48.

¹⁶ *Ibid.*, hlm. 36-37.

suatu keinginan diadakannya sistem hukum pidana yang lebih jelas dan sederhana.”

Sedangkan penjelasan lain tentang asas persamaan/kesamaan yang dijelaskan oleh Lacretelle sebagai berikut:¹⁷

“Asas Persamaan/Kesamaan tidaklah hanya suatu dorongan bagi hukum pidana yang bersifat adil, tetapi juga untuk hukuman pidana yang tepat.”

Asas persamaan yang dimana asas ini menitikberatkan pada persamaan di mata hukum atau *equality before the law* yakni semua warga harus mendapatkan perlindungan yang sama dalam hukum yang berlaku.

Selain ketiga asas diatas ada juga teori atau asas lain yang mendukung bagaimana cara untuk menentukan suatu perbuatan itu pantas atau tidaknya di kriminalisasi yakni dengan adanya asas atau teori kepastian hukum yang dimana menurut Utrecht sebagai berikut:¹⁸

“Kepastian hukum mengandung 2 (dua) pengertian, pertama, adanya aturan yang bersifat umum membuat individu mengetahui perbuatan apa yang boleh dilakukan, dan kedua, berupa keamanan hukum bagi para individu dari kesewenangan pemerintah karena dengan adanya aturan yang bersifat umum itu individu dapat mengetahui apa saja yang boleh dibebankan atau dilakukan oleh negara terhadap individu.”

Menurut Manullang E. Fernando M. menjelaskan tentang pengertian teori keadilan sebagai berikut:¹⁹

“Istilah keadilan (*iustitia*) berasal dari kata adil yang berarti tidak berat sebelah, tidak sewenang-wenang, dan dapat disimpulkan bahwa pengertian keadilan adalah semua hal yang berkenaan dengan sikap dan tindakan dalam hubungan antar manusia, keadilan berisi tentang tuntutan agar orang melakukan sesamanya sesuai dengan hak dan kewajibannya, memperlakukan tidak pandang bulu atau pilih kasih”

¹⁷ *Ibid.*, hlm. 38-39.

¹⁸ Riduan Syahrani, *Rangkuman Intisari Ilmu Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1999, hlm. 23.

¹⁹ Manullang E. Fernando M, *Menggapai Hukum Berkeadilan*, Buku Kompas, Jakarta, 2007, hlm 57

3) Kriteria Kriminalisasi

Kriteria adalah suatu ukuran yang menjadi dasar penilaian atau penetapan sesuatu, menurut Bassiouni, keputusan untuk melakukan kriminalisasi dan dekriminalisasi harus didasarkan pada faktor-faktor kebijakan atau keputusan tertentu yang mempertimbangkan bermacam-macam faktor sebagai berikut:²⁰

- a. Keseimbangan sarana yang digunakan dalam hubungannya dengan hasil-hasil yang ingin dicapai;
- b. Analisis biaya terhadap hasil-hasil yang diperoleh dalam hubungannya dengan tujuan-tujuan yang ingin dicari;
- c. Penilaian atau penafsiran tujuan-tujuan yang dicari itu dalam kaitannya dengan prioritas-prioritas lainnya dalam pengalokasian sumber-sumber tenaga manusia;
- d. Pengaruh sosial kriminalisasi dan dekriminalisasi yang berkenaan dengan atau dipandang dari pengaruh-pengaruhnya yang sekunder.

Adapun menurut Hullsman tentang kriteria kriminalisasi absolut yang perlu diperhatikan dalam proses kriminalisasi, yakni sebagai berikut:²¹

- a. Kriminalisasi seharusnya tidak ditetapkan semata-mata atas keinginan untuk melaksanakan suatu sikap moral tertentu terhadap suatu bentuk perilaku tertentu;
- b. Alasan utama untuk menetapkan suatu perbuatan sebagai tindak pidana seharusnya tidak pernah didirikan suatu kerangka untuk perlindungan atau perlakuan terhadap seorang pelaku kejahatan potensial dalam kepentingannya sendiri;
- c. Kriminalisasi tidak boleh berakibat melebihi kemampuan perlengkapan peradilan pidana;
- d. Kriminalisasi seharusnya tidak boleh dipergunakan sebagai suatu tabir sekedar pemecahan yang nyata terhadap suatu masalah.

Dalam proses penetapan suatu perbuatan menjadi perbuatan kriminal atau proses kriminalisasi harus adanya tolak ukur yang menjadi dasar penilaian atau penetapan tersebut, pada intinya penetapan tersebut harus memenuhi tujuan hukum, kriteria yang harus diperhatikan diantaranya yakni proses kriminalisasi akibatnya tidak boleh

²⁰ Banda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Citra Aditya Bhakti, Bandung, 1996, hlm 82.

²¹ Hullsman sebagaimana dikutip Roeslan Saleh, *Dari lembaran kepustakaan Hukum Pidana*, Sinar Grafika, Jakarta, 1988, hlm. 87.

berlebihan, yang dimaksud berlebihan disini adalah tidak boleh melebihi kemampuan perlengkapan peradilan pidana yang berlaku.

Menurut Moeljatno ada 3 (tiga) kriteria kriminalisasi dalam proses pembaharuan hukum pidana, yakni sebagai berikut:²²

- a. Penetapan suatu perbuatan sebagai perbuatan terlarang (tindak pidana) harus sesuai dengan perasaan hukum yang hidup dalam masyarakat;
- b. Apakah ancaman pidana dan penjatuhan pidana itu adalah jalan yang utama untuk mencegah dilanggarnya larangan-larangan tersebut;
- c. Apakah pemerintah dengan melewati alat-alat negara yang bersangkutan betul-betul untuk serius melaksanakan ancaman pidana jika ternyata ada yang melanggar larangan.

Sudarto berpendapat bahwa dalam menghadapi masalah proses kriminalisasi harus diperhatikan hal-hal yang pada intinya sebagai berikut:²³

- a. Penggunaan hukum pidana harus memperhatikan tujuan pembangunan nasional, yaitu mewujudkan masyarakat adil makmur yang merata materil dan spiritual berdasarkan Pancasila; sehubungan dengan ini maka (penggunaan) hukum pidana bertujuan untuk menanggulangi kejahatan, demi kesejahteraan dan pengayoman masyarakat;
- b. Perbuatan yang diusahakan untuk dicegah atau ditanggulangi dengan hukum pidana harus merupakan “perbuatan yang tidak di kehendaki” yaitu perbuatan yang mendatangkan kerugian (materil dan atau spiritual) atas warga masyarakat;
- c. Penggunaan hukum pidana harus juga memperhitungkan prinsip “biaya dan hasil” (*cost benefit principle*)
- d. Penggunaan hukum pidana harus pula memperhatikan kapasitas atau kemampuan kerja dari badan-badan penegak hukum, yaitu jangan sampai ada kelampauan beban tugas (*overbelasting*)

B. Tindakan Pembelaan Diri Yang Dijadikan Tersangka

1) Pengertian Tindakan Pembelaan Diri

Pembelaan diri memiliki beberapa arti ataupun dapat dimaknai dengan banyak makna, salah satunya menurut Ebta Setiawan dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia Pembelaan diri yakni:²⁴

²² Moeljatno, *Asas-asas Hukum Pidana*, Bina Cipta, Jakarta, 1985, hlm. 5

²³ Sudarto, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, 1986, hlm. 42

²⁴ Pusat Bahasa Departemen Pendidikan Nasional, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Jakarta, Pusat Bahasa 2008, hlm. 357.

“Pembelaan diri menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia yakni Proses, Cara, Perbuatan merawat, perawatan, dan kata diri adalah orang seorang (terpisah dari yang lain).”

Pembelaan diri dapat dimaknai sebagai proses atau cara untuk menjauhkan diri sendiri dari berbagai hal negatif yang tidak ingin didapatkan.

Menurut pendapat R. Soesilo dalam Kitab Undang-undang Hukum Pidana, menyebutkan bahwa pembelaan diri, yakni sebagai berikut:²⁵

“Dalam pembelaan darurat atau *noodweer* artinya “pembelaan darurat” supaya orang mengatakan bahwa dirinya dalam “pembelaan darurat” dan tidak dapat dihukum”

Dalam Kitab Undang-undang Hukum Acara Pidana R. Soesilo menjelaskan bahwa pembelaan diri darurat seharusnya memang tidak dapat dijatuhi pidana, karena memang sudah ada peraturan perundang-undangan yang mengatur hal tersebut.

Karena adanya syarat serangan itu harus seketika itu juga mengancam, maka pembelaan terpaksa tidak boleh dilakukan menurut R. Soesilo yakni sebagai berikut:²⁶

- a. Perbuatan atau serangan yang mengancam itu akan terjadi dikemudian hari;
- b. Bahwa serangan itu telah selesai.

²⁵ R. Soesilo, *Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP) serta Komentar-komentarnya Lengkap Pasal demi Pasal*, Politea, Bogor, 1993, hlm. 64-66

²⁶ *Loc.Cit*, hlm. 237

Dalam hukum pidana yang berlaku secara umum di Indonesia, pembelaan diri diatur dalam Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP). Dalam KUHP ini, diatur tentang tata cara untuk membela diri jika terjadi suatu peristiwa pidana yang menyimpannya yakni ada dalam Pasal 49 ayat (1) disebut sebagai pembelaan darurat (*Noodweer*) yang memiliki syarat yakni adanya serangan atau serangan ancaman dan terhadap serangan atau ancaman serangan itu perlu dilakukan pembelaan, sedangkan Pasal 49 ayat (2) disebut sebagai pembelaan terpaksa yang melampaui batas (*Noodweer eksces*) serangan atau ancaman bersifat pada kegoncangan jiwa yang hebat bagi pihak yang terkena serangan, sehingga mengakibatkan orang tersebut melakukan pembelaan yang berlebihan, kegoncangan jiwa ditafsirkan menurut M.v.T yaitu takut dan kebingungan kemudian diperluas dengan lagi dengan rasa marah dan heran.

Dijelaskan oleh I Made Widnyana tentang persoalan yang ada di dalam Pasal 49 Ayat (1) Kitab Undang-undang Hukum Pidana, yakni sebagai berikut:²⁷

- a. Bahwa perbuatan yang dimaksud dalam Pasal 49 Ayat (1) harus merupakan pembelaan. Artinya lebih dahulu harus ada hal-hal memaksa tersangka/terdakwa dalam melakukan perbuatan. Hal-hal itu dalam Pasal 49 Ayat (1) dirumuskan sebagai adanya serangan atau ancaman serangan, dalam pasal ini ada *oogenblikkelijke aanranding* (ancaman serangan ketika itu). Jadi disini saat orang sudah boleh mengadakan pembelaan bukannya kalau sudah dimulai dengan adanya serangan, tapi baru ada ancaman akan adanya serangan sengaja, sudah boleh. Mengenai berakhirnya serangan atau ancaman serangan, hendaknya jangan diartikan kalau sudah tidak ada serangan lagi, jika demikian kalau orang melihat barangnya telah diambil oleh pencuri, dia tidak boleh lagi mengadakan pembelaan meskipun pencurinya masih dekat. Dalam praktek saat sesudah adanya serangan dipandang juga sebagai masih ada serangan. Ada 3 (tiga) pengertian dalam kata “terpaksa melakukan pembelaan” yakni: (1) Harus ada serangan atau ancaman serangan; (2) Harus ada jalan lain untuk menghalaukan serangan atau ancaman serangan pada saat itu; (3) Perbuatan pembelaan harus seimbang dengan sifatnya serangan atau ancaman serangan.
- b. Mengenai makna “Kepentingan macam apa saja yang harus diserang” sehingga diperbolehkan untuk melakukan pembelaan, ada 3 (tiga) hal yang masing-masing baik kepunyaan sendiri maupun kepunyaan orang lain yaitu: (1) Diri atau badan; (2) Kehormatan, kesusilaan (*eerbaarheid*); (3) Harta-benda.

²⁷I Made Widnyana, *Asas-asas Hukum Pidana*, PT FIKAHATI ANESKA, Jakarta, 2010, hlm. 34

- c. Mengenai makna “bahwasanya serangannya harus bersifat melawan hukum” jadi hanya terhadap gangguan yang melawan hukum, orang yang terkena mempunyai hak atau wewenang untuk melakukan pembelaan.

2) Syarat Pembelaan Diri

Korban dalam melakukan upaya tindakan pembelaan diri harus memenuhi syarat yang dimana dijelaskan oleh R. Soesilo dalam Kitab Undang-undang Hukum Pidana yakni sebagai berikut:²⁸

- a. Perbuatan yang dilakukan itu harus terpaksa dilakukan untuk mempertahankan (membela). Pertahanan itu harus amat perlu, boleh dikatakan tidak ada jalan lain. Di sini harus ada keseimbangan yang tertentu antara pembelaan yang dilakukan dengan serangannya. Untuk membela kepentingan yang tidak berarti misalnya, orang tidak boleh membunuh atau melukai orang lain;
- b. Pembelaan atau pertahanan itu harus dilakukan hanya terhadap kepentingan-kepentingan yang disebut dalam pasal itu yaitu badan, kehormatan dan barang diri sendiri atau orang lain;
- c. Harus ada serangan yang melawan hak dan mengancam dengan sekonyong-konyong atau pada ketika itu juga.

Pelaku atau korban yang akan melakukan tindakan pembelaan diri harus memenuhi beberapa syarat, yakni terpaksanya melakukan suatu perlawanan terhadap kepentingan-kepentingan tertentu, yang awalnya harus ada serangan atau ancaman yang melawan hak dengan seketika itu juga.

Syarat pembelaan diri yakni harus adanya serangan dahulu kepada korban, harus adanya keseimbangan ancaman serangan seperti jika korban akan diserang menggunakan senjata tajam jenis celurit tidak ada jalan lain selain membunuh atau dibunuh.

²⁸ R. Soesilo, *Op. Cit.*, hlm 65-66

3) Pengertian Pelaku

Pelaku menurut Pasal 55 Ayat (1) KUHP adalah *dader*. Definisi pelaku dalam arti luas adalah sebagai pelaku (*dader*) adalah setiap orang yang menimbulkan akibat yang memenuhi dan masuk kepada unsur-unsur tindak pidana, artinya si pelaku yang berbuat harus memenuhi syarat tindak pidana. Pelaku dalam arti sempit (restriktif) pendapat ini memandang (*dader*) adalah hanyalah pelaku yang melakukan sendiri rumusan tindak pidana.

Jadi menurut pendapat ini, si pelaku (*dader*) itu hanyalah yang disebut pertama (mereka yang melakukan perbuatan) Pasal 55 Ayat (1) KUHP, yaitu personal (*persoonlijk*) dan materiil melakukan tindak pidana, mereka yang disebut dalam pasal tersebut bukan pelaku melainkan hanya disamakan saja (*ask dader*).

Pelaku atau orang yang melakukan tindak pidana dapat dikelompokkan kedalam beberapa macam antara lain:²⁹

- a. Orang yang melakukan (*pleger*)
orang ini melakukan sendiri untuk mewujudkan segala maksud suatu tindak pidana;
- b. Orang yang menyuruh melakukan (*doen pleger*)
Perlu minimal dua orang, yakni orang yang menyuruh melakukan dan orang yang melakukan, jadi bukan pelaku sesungguhnya yang melakukan tindak pidana, tetapi dengan bantuan orang lain yang hanya merupakan alat saja;
- c. Orang yang turut melakukan (*mede pleger*)
Turut melakukan artinya ialah melakukan bersama-sama. Dalam tindak pidana ini pelakunya minimal harus ada dua orang yaitu yang melakukan (*pleger*) dan orang yang turut melakukan (*mede pleger*);
- d. Orang yang menganjurkan (*uitlokker*)
Orang yang menganjurkan dan mendapat pidana disamakan dengan pembuat dan penyertaan.

4) Pengertian Tersangka

Berdasarkan Pasal 1 Angka 14 Kitab Undang-undang Hukum Acara Pidana (KUHAP), yang dimaksud dengan tersangka yakni sebagai berikut:³⁰

²⁹ Barda Nawawi Aif, *Sari Kuliah Hukum Pidana II*, Fakultas Hukum Undip, Semarang, 1984, hlm. 37.

³⁰ Tanpa Pengarang, *KUHAP LENGKAP*, Cetakan ke 11, Sinar Grafika, Jakarta, 2017, hlm. 7

“Tersangka adalah seorang yang karena perbuatannya atau keadaannya berdasarkan bukti permulaan patut diduga sebagai pelaku tindak pidana.”

Penetapan status tersangka yang diatur dalam Kitab Undang-undang Hukum Acara Pidana yang kemudian disempurnakan oleh adanya Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 21/PUU-XII/2014 tanggal 28 April 2015, dimana dalam putusan tersebut dijelaskan bahwa penetapan tersangka harus berdasarkan:

- (1) Minimal 2 (dua) alat bukti sebagai termuat dalam Pasal 184 KUHAP;
- (2) Disertai dengan adanya pemeriksaan calon tersangkanya.

Adapun dalam peraturan lain yang menjelaskan penetapan status tersangka yakni dalam Pasal 66 Ayat (1) dan (2) Peraturan Kapolri Nomor 12 Tahun 2009 tentang Pengawasan dan Pengendalian Penanganan Perkara Pidana di Lingkungan Kepolisian Negara Republik Indonesia, yakni sebagai berikut:³¹

- (1) Status sebagai tersangka hanya dapat ditetapkan oleh penyidik kepada seseorang setelah hasil penyidikan yang dilaksanakan memperoleh bukti permulaan yang cukup yaitu paling sedikit 2 (dua) jenis alat bukti.
- (2) Untuk menentukan memperoleh bukti permulaan yang cukup yaitu paling sedikit 2 (dua) jenis alat bukti sebagaimana dimaksud pada ayat (1) ditentukan melalui gelar perkara.

5) Reaksi Masyarakat Terhadap Pelaku Kejahatan

Masyarakat memandang suatu kejahatan dan juga pelaku kejahatan adalah sebagai perbuatan dan perilaku negatif dan juga tercela, reaksi masyarakat terhadap kejahatan biasanya berupa reaksi formal maupun informal, menurut Teguh Prasetyo berpendapat bahwa reaksi formal dan reaksi informal, yakni sebagai berikut:³²

- a. Reaksi Formal, menjadi bahan studi bagaimana bekerjanya hukum pidana itu dalam masyarakat, artinya dalam masalah ini akan ditelaah proses bekerjanya hukum pidana manakala terjadinya pelanggaran terhadap hukum pidana tersebut. Proses ini berjalan sesuai dengan mekanisme sistem peradilan pidana, yakni proses pada tahap di Kepolisian, Kejaksaan,

³¹ Pasal 66 Ayat (1) dan (2) Perkap Nomor 12 Tahun 2009

³² Teguh Prasetyo, *Kriminalisasi Dalam Hukum Pidana*, Nusa Media, Bandung, 2010, hlm. 13.

Pengadilan sampai pelaksanaan putusan pengadilan di penjara (Lembaga Pemasyarakatan).

- b. Reaksi Informal, berkaitan bukan saja terhadap kejahatan yang sudah diatur dalam hukum pidana (pelanggarannya menimbulkan reaksi formal) yang dapat menyebabkan terjadinya aksi main hakim sendiri yang dilakukan oleh masyarakat, juga reaksi terhadap kejahatan yang belum diatur oleh hukum pidana. Hal ini nantinya berpengaruh dalam penetapan kriminalisasi, begitu pula dalam kerangka dekriminalisasi serta depenalisasi.

Dua reaksi masyarakat tersebut berjalan sampai saat ini dalam kehidupan bermasyarakat dimana reaksi formal yang berjalan sesuai dengan mekanisme sistem peradilan pidana yakni tahap kepolisian, kejaksaan, pengadilan sampai pelaksanaan putusan, serta reaksi informal yang dimana reaksi ini adalah upaya preventif atau upaya yang secara spontan dilakukan oleh masyarakat kepada si pelaku tindak pidana.

C. Alasan Pembelaan Diri Menjadi Tersangka

1) Aturan Tentang Pembelaan Diri

Dalam pengertian hukum yang dijelaskan oleh Utrecht dalam bukunya menjelaskan sebagai berikut:³³

“Hukum yaitu himpunan atau kumpulan peraturan – peraturan dan larangan – larangan yang mengatur atau mengurus tata tertib suatu masyarakat dan karena harus ditaati oleh masyarakat.”

Kemudian dalam bidang kekhususan yakni bidang hukum pidana yang berarti semua tindakan kewajiban (*gebod*) dan larangan (*verbod*) yang dibuat oleh negara atau penguasa umum lainnya yang diancamkan dengan derita khusus.

³³ Utrecht, *Pengantar Hukum Indonesia*, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, 1989, hlm. 3.

Pengertian lain tentang hukum pidana menurut WLG. Lemaire adalah sebagai berikut:³⁴

“Hukum Pidana adalah seluruh aturan dan juga larangan hukum yang menentukan terhadap tindakan atau perbuatan apa yang seharusnya dijatuhkan pidana dan apa macam pidananya yang sesuai.”

Dalam hukum pidana berlaku secara umum di Indonesia, pembelaan diri diatur dalam Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP), diatur tentang tata cara untuk membela diri jika terjadi suatu peristiwa pidana yang menimpanya yakni ada dalam

Pembelaan diri secara darurat atau dalam bahasa belanda *Noodweer* yang ada dalam Pasal 49 Ayat (1) Kitab Undang – undang Hukum Pidana, berisi sebagai berikut:³⁵

“Tidak dipidana, barang siapa melakukan perbuatan pembelaan terpaksa untuk diri sendiri maupun untuk orang lain, kehormatan kesusilaan atau harta benda sendiri maupun orang lain, karena ada serangan atau ancaman serangan yang sangat dekat pada saat itu yang melawan hukum.”

Pembelaan darurat (*Noodweer*) yang memiliki syarat yakni adanya serangan atau ancaman serangan itu yang dipandang perlu dilakukan pembelaan, contohnya jika kita sebagai korban tidak melakukan upaya pembelaan diri nyawa kita yang akan melayang atau meninggal dunia.

³⁴ WLG. Lemaire dalam bukunya Erdianto Effendi, *Hukum Pidana Adat*, Refika Aditama, Bandung, 2018, hlm. 2.

³⁵ *Ibid.*

Pembelaan diri secara darurat atau dalam bahasa belanda *Noodweer ekses* yang ada dalam Pasal 49 Ayat (2) Kitab Undang – undang Hukum Pidana, berisi sebagai berikut:

“Pembelaan terpaksa yang melampaui batas, yang langsung disebabkan oleh keguncangan jiwa yang hebat karena serangan atau ancaman serangan itu, tidak dipidana”

Pembelaan terpaksa yang melampaui batas (*Noodweer ekses*) serangan atau ancaman bersifat pada keguncangan jiwa yang hebat bagi pihak yang terkena serangan, sehingga mengakibatkan orang tersebut melakukan pembelaan yang berlebihan, keguncangan jiwa ditafsirkan menurut M.v.T yaitu takut dan kebingungan kemudian diperluas dengan lagi dengan rasa marah dan heran.

2) Pengertian Tindak Pidana

Menurut Muljatno mengatakan bahwa pengertian tindak pidana atau perbuatan pidana yakni sebagai berikut:³⁶

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

Adapun pengertian tindak pidana atau *strafbaarfeit* menurut Simons yakni sebagai berikut:³⁷

“Tindak Pidana adalah suatu tindakan atau perbuatan yang diancam dengan pidana oleh undang-undang, bertentangan dengan hukum dan dilakukan dengan kesadaran oleh seseorang yang mampu bertanggung jawab.”

³⁶ I Made Widnyana, *Asas- asas Hukum Pidana*, PT FIKAHATI ANESKA, Jakarta, 2010, hlm. 34

³⁷ *Ibid.*

Namun ada beberapa ahli yang tidak sepakat dengan penerjemahan *strafbaarfeit* menjadi tindak pidana, salah satunya yakni Andi Zainal Abidin, ia beralasan sebagai berikut pertama tindak tidak mungkin dipidana, tetapi orang yang melakukanlah yang dapat dijatuhi pidana, kedua ditinjau dari segi Bahasa Indonesia, tindak adalah kata benda dan pidana juga adalah kata benda, yang lazim ialah kata benda selalu diikuti dengan kata sifat, ketiga istilah *strafbaarfeit* sesungguhnya bersifat eliptis yang kalau diterjemahkan secara harfiah adalah peristiwa yang dapat dipidana, oleh Van Hatum bahwa sesungguhnya harus dirumuskan *vet terzake van hetwelk een person strafbaar is* yang berarti peristiwa yang menyebabkan seseorang dapat dipidana. Istilah *Criminal Act* lebih tepat, karena ia hanya menunjukkan sifat kriminalnya perbuatan.

Adapun pendapat ahli lain seperti Pompe, ia mengatakan bahwa tindak pidana atau *strafbaarfeit* sebagai berikut:³⁸

“*Strafbaarfeit* secara teoritis dapat merumuskan sebagai suatu: “Suatu pelanggaran norma (Gangguan terhadap tertib hukum) yang dengan sengaja ataupun dengan tidak sengaja telah dilakukan oleh seorang pelaku, dimana penjatuhan hukuman terhadap pelaku tersebut adalah perlu demi terpeliharanya tertib hukum dan terjaminnya kepentingan hukum.”

Pendapat lain tentang pengertian tindak pidana atau *strafbaarfeit* menurut ahli lain yakni E. Utrecht sebagai berikut:³⁹

“*strafbaarfeit* dengan istilah peristiwa pidana yang sering juga ia sebut delik, karena peristiwa itu suatu perbuatan *handelen* atau *doen* positif atau melalaikan *natalen*-negatif, maupun akibatnya (keadaan yang ditimbulkan karena perbuatan atau melalaikan itu).”

³⁸ PAF. Lamintang, *Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1997, hlm. 182.

³⁹ Moeljatno, *Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban dalam Hukum Pidana*, Bina Aksara, Jakarta, 1983, hlm. 22-23

3) Penggolongan Tindak Pidana

Menurut M. Sudradjat Bassar yang menerangkan penggolongan perbuatan pidana atau tindak pidana yakni sebagai berikut.⁴⁰

- a. Tindak Pidana Materiil (*Materieel Delict*), adalah apabila tindak pidana yang dimaksudkan dalam suatu ketentuan hukum pidana disitu dirumuskan sebagai perbuatan yang mengakibatkan matinya orang lain tanpa dipersoalkan wujud dari perbuatan itu.
Contoh :
 1. Pembunuhan Pasal 338 KUHP, yang dirumuskan sebagai perbuatan yang mengakibatkan matinya orang lain tanpa dipersoalkan wujud dari perbuatannya.
 2. Pembakaran Rumah Pasal 187 KUHP, yang dirumuskan sebagai mengakibatkan kebakaran dengan sengaja lain tanpa disebutkan wujud dari perbuatannya.
- b. Tindak Pidana Formal (*Formeel delict*), adalah apabila tindak pidana yang dimaksudkan dirumuskan sebagai wujud perbuatannya, tanpa mempersoalkan akibat yang disebabkan oleh perbuatan itu.
Contoh :
 1. Pencurian Pasal 362 KUHP, yang dirumuskan sebagai perbuatan yang berwujud “mengambil barang” tanpa dipersoalkan akibat tertentu dari pengambilan barang itu.
 2. Pemalsuan surat Pasal 263 KUHP, yang dirumuskan sebagai perbuatan yang terwujud “membuat surat palsu” tanpa disebutkan akibat tertentu dari penulisan surat palsu tersebut.
- c. *Commissie Delict*, adalah tindak pidana yang berupa melakukan suatu perbuatan positif, umpamanya membunuh, mencuri dan lain-lain. Jadi hampir meliputi semua tindak pidana.
- d. *Ommissie Delict*, adalah melalaikan kewajiban untuk melakukan sesuatu, umpamanya tidak melakukan pemberitahuan selama 10 hari perihal kelahiran atau kematian kepada pegawai jawatan catatan sipil (Pasal 529 KUHP)
- e. *Gequalificeerd Delict*, istilah ini digunakan untuk suatu tindak pidana tertentu yang bersifat istimewa umpamanya pencurian yang *gequalificeerd* (Pasal 363 KUHP), apabila pencurian dilakukan dengan diikuti perbuatan lain, misalnya merusak pintu.
- f. *Voordurend Delict*, adalah tindak pidana yang tidak ada hentinya. Contohnya Pasal 169 KUHP yang melarang turut serta dalam suatu perkumpulan yang bertujuan melakukan kejahatan, atau dalam suatu perkumpulan yang oleh undang-undang atau oleh pemerintah berdasarkan undang-undang dilarang. Jadi tindak pidana itu mulai dilakukan pada waktu orang menjadi anggota dari perkumpulan yang bersangkutan, dan akan terus menerus berlangsung selama ia belum keluar dari perkumpulan itu.

⁴⁰ Moeljatno, *Ibid.*, hlm. 39.

Tindak pidana digolongkan menjadi 2 (dua) yakni tindak pidana materiil dan tindak pidana formil, tindak pidana materiil sendiri menitik beratkan pada akibat yang tidak dikehendaki (dilarang), tindak pidana ini baru dianggap selesai apabila akibat yang tidak dikehendaki benar-benar terjadi, sementara tindak pidana formil merupakan tindak pidana yang menitikberatkan pada perbuatan yang dilarang, dimana tindak pidana tersebut telah selesai dengan dilakukannya perbuatan tanpa melihat akibatnya.

4) Unsur – unsur Tindak Pidana

Pada hakekatnya setiap perbuatan pidana harus terdiri atas unsur-unsur lahir, oleh karena perbuatan yang mengandung kelakuan dan akibat yang ditimbulkan karenanya, adalah suatu kejadian di alam lahir, unsur-unsur tindak pidana dapat dibagi menurut sifatnya menjadi 2 (dua) yakni unsur objektif (perbuatan manusia, suatu akibat, Suatu Keadaan) dan unsur subjektif (seorang ibu membunuh bayinya, Pegawai Negeri menerima suap)

Moeljanto mengemukakan pendapat yakni tentang unsur-unsur tindak pidana sebagai berikut:⁴¹

- a. Perbuatan itu harus perbuatan manusia;
- b. Perbuatan itu harus dilarang dan diancam dengan hukuman oleh undang-undang;
- c. Perbuatan itu bertentangan dengan hukum (melawan hukum);
- d. Harus dilakukan oleh seseorang yang dapat dipertanggung jawabkan;
- e. Perbuatan itu harus dapat dipersalahkan kepada pembuat.

Sementara menurut Lobby Loqman yang menyatakan bahwa unsur-unsur tindak pidana meliputi:⁴²

- a. Perbuatan manusia baik pasif maupun aktif;
- b. Perbuatan itu dilarang dan diancam dengan pidana oleh undang-undang;
- c. Perbuatan itu dianggap melawan hukum;

⁴¹ Moeljatno, *Ibid*.

⁴² Loebby Loqman, *Tentang Tindak Pidana dan Beberapa Hal penting dalam Hukum Pidana*, Jakarta, Tanpa Tahun, hlm. 13.

- d. Perbuatan itu dapat dipersalahkan;
- e. Pelakunya dapat dipertanggungjawabkan.

Sedangkan menurut EY. Kanter dan SR. Sianturi, mereka menyebutkan bahwa unsur-unsur tindak pidana adalah sebagai berikut:⁴³

- a. Subjek;
- b. Kesalahan;
- c. Bersifat melawan hukum (dan tindakan);
- d. Suatu tindakan yang dilarang atau diharuskan oleh undang-undang/perundangan dan terhadap pelanggarannya diancam dengan pidana;
- e. Waktu, tempat, dan keadaan (unsur objektif lainnya).

Unsur-unsur tindak pidana yang dikemukakan oleh Moeljnto, Lobby Loqman dan juga Kanter dan Sianturi pada dasarnya memiliki kesamaan yakni adalah perbuatan terlarang atau melawan hukum yang dilakukan oleh manusia dimana perbuatan tersebut dapat dipersalahkan dan juga dapat dipertanggungjawabkan oleh si pelaku.

5) Alasan Penghapus Pidana

Alasan penghapus pidana adalah suatu hal atau keadaan yang dapat mengakibatkan seseorang yang telah melakukan suatu perbuatan tindak pidana tidak dapat dijatuhi pidana. Pengertian tersebut berarti apabila ada hal atau keadaan yang memungkinkan hapusnya ancaman pidana, maka orang itu meskipun melakukan suatu perbuatan pidana belum tentu dapat dipidana.

Alasan penghapus pidana menurut I Made Widnyana dibagi menjadi 2 (dua) bagian, yakni sebagai berikut:⁴⁴

1. Alasan penghapus pidana umum, yaitu alasan penghapus pidana yang berlaku secara umum terhadap tiap-tiap tindak pidana, alasan penghapus pidana umum dibagi menjadi 2 (dua) yakni sebagai berikut:
 - a. Alasan penghapus pidana umum menurut undang-undang, adalah:
 - 1) Tidak mampu bertanggungjawab (Pasal 44 KUHP);

⁴³ EY. Kanter dan R. Sianturi, *Asas-asas Hukum Pidana di Indonesia dan Penerapannya*, Alumni AHM-PTHM, Jakarta, 1982, hlm. 211.

⁴⁴ I Made Widnyana, *Op. Cit*, hlm. 137-138

- 2) Daya paksa dan keadaan darurat (Pasal 48 KUHP);
 - 3) Pembelaan terpaksa dan pembelaan terpaksa melampaui batas (Pasal 49 KUHP);
 - 4) Peraturan undang-undang (Pasal 50 KUHP);
 - 5) Perintah jabatan (Pasal 51 KUHP).
- b. Alasan penghapus pidana umum diluar undang-undang (dalam praktik peradilan dan doktrin), yaitu:
- 1) Izin;
 - 2) Tidak ada kesalahan sama sekali (tanpa sifat tercela);
 - 3) Tak ada sifat melawan hukum materiil.

Alasan penghapusan pidana yang tidak tertulis tidak bertentangan dengan asas legalitas atau *nullum delictum, noella poena sine praevia lege poenali*, karena asas ini hanya mengenyampingkan hukum tidak tertulis dalam hal menetapkan suatu perbuatan dapat dipidana, tetapi tidak dalam hal mengurangi atau menghapuskan suatu perbuatan yang dapat dipidana.

2. Alasan penghapus pidana khusus, yaitu yang hanya berlaku untuk delik-delik tertentu saja, misalnya:
 - a. Pasal 166 KUHP: “Ketentuan-ketentuan Pasal 164 dan 165 KUHP tidak berlaku pada orang yang karena pemberitahuan itu mendapat bahaya untuk dituntut sendiri dst... Pasal 164 dan 165 KUHP menentukan: bila seseorang mengetahui ada maker terhadap suatu kejahatan yang membahayakan negara dan kepala negara, maka orang tersebut akan melaporkannya.
 - b. Pasal 221 Ayat (2) KUHP: “Menyimpan orang yang melakukan kejahatan dan sebagainya”. Disini ia tidak dituntut jika ia hendak menghindarkan penuntut dari istri, suami dan sebagainya (orang-orang yang masih ada hubungan darah).

Adapun alasan penghapus pidana, dapat terjadi, karena perbuatan tersebut yang tidak dapat dijatuhi pidana atau si pelaku perbuatan tersebut yang tidak dapat dijatuhi pidana karena suatu hal yang sudah diatur dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Dalam hubungan ini menurut I Made Widnyana maka alasan penghapus pidana dapat dibedakan yakni sebagai berikut:⁴⁵

- a. Alasan Pembena (*rechtvaardigingsgrond*)
Alasan Pembena, menghapuskan sifat melawan hukumnya perbuatan, artinya meskipun perbuatan itu telah memenuhi rumusan delik sebagaimana ditentukan dalam undang-undang, dengan lain perkataan alasan pembena menghapuskan dapat dipidananya perbuatan. Yang termasuk dalam alasan pembena adalah:

⁴⁵ I Made Widnyana, *Ibid.* hlm. 138-139.

- 1) Keadaan Darurat (Pasal 48 KUHP)
 - 2) Pembelaan terpaksa/*Noodweer* (Pasal 49 Ayat 1 KUHP)
 - 3) Menjalankan peraturan perundang-undangan (Pasal 50 KUHP)
 - 4) Menjalankan perintah jabatan yang sah (Pasal 51 Ayat 1 KUHP)
- b. Alasan Pemaaf (*schulduitsluitingsgrond*)
- Alasan pemaaf ini menyangkut keadaan pribadi si pembuat atau si pelaku tindak pidana, artinya si pembuat tidak dapat dicela atau tidak dapat dipersalahkan atau tidak dapat dipertanggungjawabkan, dengan perkataan lain alasan pemaaf menghapuskan dapat dipidananya si pembuat. Yang termasuk alasan pemaaf, yakni sebagai berikut:
- 1) Tidak mampu bertanggung jawab (Pasal 44 KUHP)
 - 2) Daya paksa/*Overmacht* (Pasal 48 KUHP)
 - 3) Pembelaan terpaksa melampaui batas (Pasal 49 Ayat 2 KUHP)
 - 4) Menjalankan perintah jabatan yang tidak sah (Pasal 51 Ayat 2 KUHP)

Disamping alasan penghapus pidana yang diatur dalam peraturan perundang-undangan di Indonesia atau hukum positif atau hukum yang berlaku di Indonesia, masih ada alasan penghapus pidana di luar undang-undang menurut Schaffmeister, Keijzer dan Sutorus yang dikutip oleh I Made Widnyana yakni sebagai berikut:⁴⁶

- a. Izin dan norma-norma jabatan yang sudah diterima (Alasan Pembenaar);
 - b. Sesat (Fakta dan Hukum);
 - c. Ketidakmampuan yang dapat dimaafkan (Alasan Pemaaf).
- 6) Teori Pengenaan atau Pemberian Sanksi Pidana Kepada Pelaku Tindak Pidana

Dalam praktiknya teori- teori yang digunakan sebagai alat bantu untuk membuat atau menjatuhkan keputusan pengenaan sanksi pidana kepada pelaku tindak pidana tidak terlepas dari teori sistem pidanaan yang berlaku di Indonesia, terdapat beberapa teori yakni sebagai berikut:

- a. Teori Absolut/Mutlak

Teori ini mengajarkan dasar dari pada pidanaan harus dicari pada kejahatan itu sendiri untuk menunjukan kejahatan itu sebagai dasar hubungan yang dianggap

⁴⁶I Made Widnyana, *Ibid.* hlm. 139-140

sebagai pembalasan terhadap orang yang melakukan tindakan pidana, oleh karena kejahatan itu menimbulkan penderitaan bagi si korban.

Oleh karena itu dalam teori ini dapat disimpulkan sebagai bentuk pembalasan yang diberikan oleh negara yang bertujuan untuk memberikan penderitaan kepada pelaku tindak pidana akibat perbuatannya sendiri, dan dapat menimbulkan kepuasan bagi korban atau orang yang dirugikan.

Mengenai teori absolute atau teori mutlak ini Muladi dan Barda Nawawi Arief menyatakan sebagai berikut:⁴⁷

“Pidana merupakan akibat mutlak yang harus ada sebagai suatu pembalasan kepada orang yang melakukan kejahatan, jadi dasar pembenaran dari pidana terletak pada adanya atau terjadinya kejahatan itu sendiri.”

Didalam teori absolute atau teori mutlak ini menjelaskan bahwa teori ini tidak memikirkan bagaimana pelaku kejahatan, sedangkan pelaku tindak pidana tersebut juga sebenarnya memiliki hak untuk dibina agar menjadi manusia yang berguna sesuai harkat dan martabat hidupnya.

b. Teori Relatif/Nisbi

Dalam teori ini yang dianggap sebagai dasar hukum dari pemidanaan adalah bukan pembalasan, akan tetapi tujuan dari pidana itu sendiri. Jadi teori ini menitikberatkan hukuman pada maksud dan tujuan pemidanaan itu, yang dimana teori ini sejatinya bertujuan untuk mencari manfaat dari pada pemidanaan. Teori ini juga dikenal sebagai teori nisbi yang menjadikan dasar penjatuhan hukum pada maksud dan tujuan hukuman sehingga ditemukan manfaat dari suatu penghukuman.

⁴⁷ Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Teori-Teori dan Kebijakan Pidana*, Alumni, Bandung, 1984, hlm. 10

Muladi dan Barda Nawawi Arief memberikan penjelasan mengenai teori relatif atau teori nisbi sebagai berikut:⁴⁸

“Pidana bukanlah sekedar untuk melakukan pembalasan atau pengimbangan kepada orang yang telah melakukan suatu tindak pidana, tetapi juga mempunyai tujuan-tujuan tertentu yang bermanfaat, oleh karena itu teori ini sering disebut sebagai (*Utilitarian Theory*) jadi dasar pembenaran adanya pidana menurut teori ini terletak pada tujuannya, pidana dijatuhkan bukan karena orang membuat kejahatan melainkan supaya orang tidak melakukan kejahatan.”

c. Teori Campuran

Teori ini mendasarkan pidana pada asas pembalasan dan asas pertahanan tata tertib masyarakat, dengan kata lain dua alasan itu menjadi dasar dari penjatuhan pidana,

Teori gabungan ini menurut Muladi dan Barda Nawawi Arief dapat dibedakan menjadi dua golongan besar yaitu sebagai berikut :⁴⁹

- 1) Teori gabungan yang mengutamakan pembalasan, tetapi pembalasan itu tidak boleh melampaui batas dari apa yang perlu dan cukup untuk dapatnya dipertahankannya tata tertib masyarakat;
- 2) Teori gabungan yang mengutamakan pertahanan tata tertib masyarakat. Pidana tidak boleh lebih dari pada suatu penderitaan yang beratnya sesuai dengan beratnya perbuatan yang dilakukan oleh terhukum.

Pada dasarnya pemberian atau penjatuhan sanksi pidana itu harus melihat kepada si pelaku, apakah mereka pantas dijatuhi pidana yang membuat mereka menjadi jera dan takut melakukan tindakan pidana itu lagi, dan atau si pelaku lebih pantas mendapatkan sanksi berupa pembinaan yang bertujuan memperbaiki pola pikir mereka bahwasanya perbuatan yang dilakukan mereka merupakan perbuatan yang dilarang dan juga tidak baik.

⁴⁸ Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Ibid.*, hlm. 16.

⁴⁹ Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Ibid.*, hlm. 212.