

345
MUG

u e .



**KEBIJAKAN FORMULASI ALASAN PENGHAPUS PIDANA
DALAM PEMBAHARUAN HUKUM PIDANA DI INDONESIA**

TESIS

**Disusun Dalam Rangka Memenuhi Persyaratan
Program Magister Ilmu Hukum**

Oleh :

BUDI NUGRAHA, SH

N.I.M : B 4A.000267

Pembimbing :

PROF. DR. H. BARDA NAWAWI ARIEF , S.H.

**PROGRAM MAGISTER ILMU HUKUM
UNIVERSITAS DIPONEGORO
SEMARANG
2004**



**KEBIJAKAN FORMULASI ALASAN PENGHAPUS PIDANA
DALAM PEMBAHARUAN HUKUM PIDANA DI INDONESIA**

TESIS

Disusun Dalam Rangka Memenuhi Persyaratan
Program Magister Ilmu Hukum

Oleh :

**BUDI NUGRAHA, SH
NIM : B4A 000 267**

PEMBIMBING :

PROF. DR. H. BARDA NAWAWI ARIEF, SH

**PROGRAM MAGISTER ILMU HUKUM
UNIVERSITAS DIPONEGORO
SEMARANG
2004**

KEBIJAKAN FORMULASI ALASAN PENGHAPUS PIDANA DALAM PEMBAHARUAN HUKUM PIDANA DI INDONESIA

Disusun Oleh :

Nama : Budi Nugraha, S.H

NIM : B4A. 000. 267

Program Kajian : Sistem Peradilan Pidana

Telah Diuji Dan Dipertahankan Pada Tanggal : 22 Juni 2004

Berhak Memperoleh Gelar Magister Ilmu Hukum

Mengetahui
Pembimbing



Prof. Dr. H. Barda Nawawi Arief, S.H.
NIP. 130 350 519

Mengetahui
Ketua Program Magister Ilmu Hukum
Universitas Diponegoro



Prof. Dr. H. Barda Nawawi Arief, S.H.
NIP. 130 350 519

*Ya Allah...
Jika aku menyembah-Mu karena takut api Neraka
Bakarlah aku di Neraka..... dan jika aku menyembah-Mu
Karena mengharapkan Surga... jauhkanlah aku dari Surga
Namun.....,
Jika aku menyembah-Mu karena-Mu, maka....
Jangan Engkau jauhkan aku dari keindahan Abadi-Mu...*

(Rabi'ah Adawiyah)

*Kupersembahkan Tesis ini Sebagai Bhakti
atas Harapan dan Cita-cita dari:
Bunda (Alm.), Bapak, Mama dan Adik-adikku Tercinta
Serta Rr. Devi Ariyantie, S.H.*

ABSTRAK

Pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya mengandung makna upaya untuk melakukan reorientasi dan reformasi hukum yang sesuai dengan nilai-nilai sentral sosio-politik, sosio-filosofik, sosio-kultural masyarakat Indonesia yang melandasi kebijakan sosial, kebijakan kriminal dan kebijakan penegakan hukum di Indonesia. Berkaitan dengan Kebijakan formulasi hukum pidana atau tahap kekuasaan menetapkan hukum pidana dalam perundang-undangan sebagai tahap yang paling strategis dari keseluruhan proses kebijakan hukum pidana, sudah sepatutnya pada tahap kebijakan formulasi pembentuk undang-undang (Pemerintah dan DPR) dapat memberikan perlindungan bagi orang yang dituduh melakukan tindak pidana, sehingga di samping merumuskan tentang tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana juga dapat merumuskan tentang alasan penghapus pidana.

Permasalahan yang muncul adalah apakah kebijakan formulasi alasan penghapus pidana saat ini telah menunjang pembaharuan hukum pidana di Indonesia dan bagaimanakah kebijakan formulasi alasan penghapus pidana seharusnya menunjang upaya pembaharuan hukum pidana di Indonesia.

Untuk menjawab permasalahan di atas, metodologi penelitian yang digunakan oleh penulis bersifat normatif dengan menggunakan sumber data yang bersifat sekunder yang diperoleh dari bahan kepustakaan serta dengan metode komparasi yang dilakukan terhadap beberapa peraturan negara lain guna menjawab permasalahan yang ada.

Dari hasil penelitian diperoleh kesimpulan bahwa kebijakan formulasi alasan penghapus pidana saat ini belum sepenuhnya menunjang upaya pembaharuan hukum pidana di Indonesia, karena alasan penghapus pidana dalam KUHP (*W.v.S*) belum diatur secara tegas mengenai ruang lingkup alasan penghapus pidananya sedangkan alasan penghapus pidana dalam perundang-undangan lainnya tidak dirumuskan secara eksplisit dalam pasal-pasalnya, sehingga menimbulkan beragam penafsiran didalam praktek, oleh karenanya kebijakan formulasi alasan penghapus pidana dalam Konsep KUHP yang akan datang mutlak diperlukan.

Kebijakan formulasi alasan penghapus pidana Indonesia dimasa datang yang tertuang dalam Konsep KUHP telah mencerminkan suatu konsep pembentukan KUHP yang sesuai dengan ide dasar dari tujuan pemidanaan yang integratif yang mencakup perlindungan terhadap masyarakat, pelaku dan korban itu sendiri, dengan adanya pengaturan secara tegas mengenai alasan pemaaf dan alasan pembenar serta dengan dirumuskannya secara tegas beberapa hal baru sebagai alasan penghapus pidana, akan tetapi tetap diperlukan perumusan yang lebih baik berkenaan dengan beberapa ketentuan seperti mengenai daya paksa dan kemampuan bertanggung jawab; disamping itu hendaknya juga dapat mengakomodir alasan penghapus pidana yang tertuang dalam hukum yang tidak tertulis atau hukum yang hidup dimasyarakat, hal ini sejalan dengan pemikiran azas legalitas yang di dalam Konsep KUHP memperluas perumusannya dengan mengakui eksistensi hukum yang hidup sebagai dasar patut dipidananya suatu perbuatan.

Kata Kunci: Kebijakan Formulasi, Alasan Penghapus Pidana

Abstract

Penal reform contains in essence an effort to carry out the legal reorientation and reformation in line with the socio-politic, socio-philosophy, and socio-cultural central value of Indonesian society as the basis of social policy, criminal policy, and law enforcement policy in Indonesia. It is only fitting that penal formulation policy as the most strategic stage of the entire process of penal policy provide a protection for the accused. Therefore, besides offence and criminal responsibility, the penal formulation policy/legislative policy also formulate criminal defence.

Problems occurred in this area are about whether the current criminal defence formulation policy/legislative policy has supported and how should it support the penal reform in Indonesia.

Normative research method is utilized in order to answer those mentioned problems above supported by secondary data source gained from literature as well as comparative method to the other penal policies in several different countries.

The research results in conclusions that current criminal defence formulation policy has not supported the penal reform yet. It is because the criminal defence in Indonesian Penal Code (KUHP) has not been regulated in connection with its scope, while the other acts do not explicitly formulate it in their articles, thus cause various interpretations. Therefore, criminal defence formulation policy is absolutely needed in the coming draft of Indonesian Penal Code.

Criminal defence formulation policy/legislative policy which is written in the draft of Indonesian Penal Code reflects a Penal Code formation concept in accordance with the basic idea of integrative condemnation to provide protection to society, offenders, and victims. The protection should be provided through some clear and distinct regulation concerning excuses, justifications, and some new particulars as criminal defence. Besides that, a better formulation in connection with some stipulations such as duress, and presumption of sanity is still needed. It is also important to accommodate criminal defence admitted by living law as the basis of the punishability of a conduct in line with extended maxim of legality (asas legalitas) formulation in the draft of Indonesian Penal Code.

Key words: formulation policy/legislative policy, criminal defence.

KATA PENGANTAR

Bismillahirrohmanirrohim.....,

Puji syukur kehadiran Allahi Robbi karena atas berkat rahmat dan hidayah-Nya penulis dapat menyelesaikan tugas akhir studi Ilmu Hukum bidang kajian Sistem Peradilan Pidana pada Program Magister Ilmu Hukum Universitas Diponegoro Semarang yang berjudul **KEBIJAKAN FORMULASI ALASAN PENGHAPUS PIDANA DALAM PEMBAHARUAN HUKUM PIDANA DI INDONESIA.**

Dalam kesempatan ini penulis ingin mengucapkan terima kasih yang dalam kepada:

1. Yang terhormat Prof. Dr. H. Barda Nawawi Arief, S.H., selaku pembimbing dalam penulisan tesis ini dan selaku Ketua Program Magister Ilmu Hukum (S2) Universitas Diponegoro untuk bimbingan dan saran tak terhingga bagi penulis di dalam penyelesaian tesis ini;
2. Yang Terhormat Para Guru Besar dan dosen yang telah memberikan ilmunya selama penulis menempuh pendidikan S2 di Universitas Diponegoro, khususnya kepada yang terhormat Bapak Eko Sopyono, S.H., M.H. atas bimbingan dan saran kepada penulis selama penyelesaian tesis ini;
3. Yang Terhormat Jaksa Agung R.I. beserta para Jaksa Agung Muda pada Kejaksaan Agung R.I., Kepala Kejaksaan Tinggi Jawa Tengah, Kepala Kejaksaan Negeri Semarang, Kasi Intelijen Kejaksaan Negeri Semarang beserta Staff;

4. Seluruh Civitas Akademika dan Staf Tata Usaha pada Program Magister Ilmu Hukum Universitas Diponegoro;
5. Orang tua Penulis, Bunda Neneng Roniah (Alm), Bapak Tatang Sumarsana dan Mama Inas Masyitoh atas ridho dan doanya yang tiada henti buat penulis, adik-adik penulis: Asri Triana, SH, Irfan Herdiana, dan Yadi Herdianto;
6. Rekan-rekan Program Magister Ilmu Hukum UNDIP Kelas Khusus Kejaksaan Angkatan 2001 untuk kebersamaan dan dorongannya;
7. Teman-teman terbaik Penulis: Istu Catur Widi Susilo, SH, Dandeni Herdiana, SH, Kamila Hetami, SH, Wahyu Widianoro, SH, Wawan Gunawan, SH Abangku : Ade Edhi Adhyaksa, SH, MH Agus Harmaini, SH serta Martha Evyta dan Medio O. Prakoso;
8. Keluarga Besar penulis yang telah memberikan dorongan baik moril dan materiil guna kelancaran studi ini.

Pada kesempatan ini penulis menyadari bahwa tulisan ini masih jauh dari sempurna, karena itu penulis menerima segala bentuk kritik dan saran yang membangun untuk kesempurnaan tesis ini.

Akhir kata, semoga tulisan ini dapat mendatangkan manfaat dan hikmah bagi penulis khususnya dan perkembangan hukum di Indonesia pada umumnya.

Amin ya Robbal Alamin...

Semarang, Juni 2004

BUDI NUGRAHA, SH

DAFTAR ISI

	Hal.
Halaman Judul	i
Lembar Pengesahan	ii
Abstrak	iii
Kata Pengantar	iv
Daftar Isi	vi
BAB I PENDAHULUAN	1
A. Latar Belakang Penelitian.....	1
B. Permasalahan	8
C. Tujuan Penelitian	8
D. Kontribusi Penelitian	9
E. Kerangka Teoritis	9
F. Metode Penelitian	17
1. Objek dan Fokus yang diteliti	17
2. Metode Pendekatan yang Diterapkan	18
3. Jenis dan Sumber Data	19
4. Teknik Pengumpulan Data	20
5. Analisis Data	21
G. Sistematika Penulisan	22
BAB II TINJAUAN PUSTAKA	24
A. Pidana dan Pemidanaan	24
1. Pengertian Pidana	24
2. Pemidanaan	35
3. Tujuan Pemidanaan	40
4. Teori-Teori Pemidanaan	44
B. Tinjauan Teoritis Mengenai Alasan Penghapus Pidana	54
1. Pengertian Alasan Penghapus Pidana	54
2. Alasan Penghapus Pidana Dalam Undang-Undang	56
3. Alasan Penghapus Pidana Diluar Undang-Undang	60
C. Pengertian dan Ruang Lingkup Kebijakan Pembaharuan Hukum Pidana	62

1. Tinjauan Umum Mengenai Kebijakan Hukum Pidana	62
2. Pembaharuan Hukum Pidana Nasional	68
BAB III HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN	79
A. Kebijakan Formulasi Alasan Penghapus Pidana Dalam Hukum Positif Indonesia	79
1. Alasan Penghapus Pidana Dalam KUHP	81
1.1. Ruang Lingkup dan Pengaturan Alasan Penghapus Pidana	81
1.2. Jenis-Jenis Alasan Penghapus Pidana	89
1.3. Perbedaan Antara Alasan Penghapus Pidana dan Alasan Penghapus Penuntutan	118
2. Alasan Penghapus Pidana Dalam Perundang-undangan Diluar KUHP	123
2.1. Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997 Tentang Pengadilan Anak	123
2.2. Undang-undang Nomor. 20 Tahun 2001 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi	127
B. Kebijakan Formulasi Alasan Penghapus Pidana Dalam Rangka Pembaharuan Hukum Pidana di Indonesia	130
1. Alasan Penghapus Pidana Dalam Konsep KUHP	130
2. Alasan Penghapus Pidana Di Berbagai Negara Asing (Sebagai Perbandingan)	138
a. Negara India	138
b. Negara Jerman	159
c. Negara Inggris	170
3. Formulasi Alasan Penghapus Pidana Dalam KUHP Nasional di Masa Depan	187
BAB IV PENUTUP	203
A. Kesimpulan	203
B. Saran	206

DAFTAR PUSTAKA

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar belakang Penelitian

Salah satu persoalan besar yang dihadapi Indonesia dewasa ini di dalam penyelenggaraan penegakan hukum adalah bagaimana menegakkan hukum secara adil, sehingga semua warga negara percaya keamanannya dijamin dan dilindungi hukum serta hak-haknya dihormati.

Untuk dapat tercapainya hal tersebut, penegakan hukum khususnya dalam hal ini hukum pidana, memerlukan sistem hukum yang efisien serta pengadilan yang independen dan adil. Selain itu juga harus dipenuhi syarat dasar mengenai hak-hak setiap orang yang dilindungi tanpa melihat latar belakang etnik, agama dan budayanya.

Sejalan dengan keinginan terbentuknya suatu sistem hukum yang efektif dan efisien serta pengadilan yang independen dan adil tersebut maka usaha pembaharuan di bidang hukum menjadi satu hal yang tidak dapat ditawar-tawar lagi agar dapat segera diwujudkan. Makna dan hakikat pembaharuan hukum, khususnya hukum pidana menurut **Barda Nawawi Arief**, berkaitan erat dengan latar belakang dan urgensi diadakannya pembaharuan hukum pidana itu sendiri. Pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya

mengandung makna upaya untuk melakukan reorientasi dan reformasi hukum yang sesuai dengan nilai-nilai sentral sosio-politik, sosio-filosofik, sosio-kultural masyarakat Indonesia yang melandasi kebijakan sosial, kebijakan kriminal dan kebijakan penegakan hukum di Indonesia.¹

Pada proses pembaharuan hukum pidana di Indonesia, di dalam mempelajari masalah bagaimana sebaiknya hukum pidana itu di buat, di susun dan digunakan untuk mengatur/mengendalikan tingkah laku manusia, khususnya untuk menanggulangi kejahatan dalam rangka melindungi dan mensejahterakan masyarakat, maka apabila di pandang dari sudut operasionalisasi/fungsionalisasi, dalam arti bagaimana perwujudan dan bekerjanya, hukum pidana dapat dibedakan dalam tiga tahap/fase, yaitu:

1. Tahap Formulasi, yaitu tahap penetapan hukum pidana (kekuasaan formulatif/legislatif) mengenai macam perbuatan yang dapat di pidana dan jenis sanksi yang dapat dikenakan;
2. Tahap Aplikasi, tahap menerapkan hukum pidana atau penjatuhan pidana kepada seseorang atau korporasi oleh hakim atas perbuatan yang dilakukan oleh orang/korporasi tersebut (kekuasaan aplikatif/yudikatif);

¹ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Citra Aditya Bakti, Bandung 1996, hal. 30-31. Secara singkat dapatlah dikatakan, bahwa pembaharuan hukum pidana pada hakekatnya harus ditempuh dengan pendekatan yang berorientasi pada kebijakan ("*policy-oriented approach*") dan sekaligus pendekatan yang berorientasi pada nilai ("*value-oriented approach*").

3. Tahap Eksekusi, yaitu tahap pelaksanaan pidana oleh aparat eksekusi pidana atas orang atau korporasi yang telah dijatuhi pidana (kekuasaan eksekutif/administratif).²

Dari ketiga tahap tersebut, maka tahap formulasi atau tahap kekuasaan menetapkan hukum pidana dalam perundang-undangan merupakan tahap yang paling strategis apabila dilihat dari keseluruhan proses kebijakan untuk mengoperasionalkan sanksi hukum pidana. Dalam tahap ini dirumuskan garis-garis kebijakan legislasi yang sekaligus merupakan landasan legalitas bagi tahap-tahap berikutnya, yaitu untuk tahap aplikasi dan tahap eksekusi. Dengan demikian dari segi pengalokasian kewenangan/kebijakan, maka pada tahap formulatif memiliki posisi yang paling strategis dalam pembaharuan hukum pidana di Indonesia.

Usaha pembaharuan hukum pidana dalam bentuk penciptaan suatu kodifikasi hukum pidana nasional yang mencerminkan sikap tindak dan sesuai dengan perkembangan masyarakat Indonesia untuk menggantikan kodifikasi hukum pidana yang merupakan warisan kolonial Belanda yakni *Wetboek van Strafrecht voor Nederland Indie* 1915 yang merupakan turunan dari *Wetboek van Strafrecht* negeri Belanda tahun 1886 diwujudkan pada Konsep KUHP Nasional pada pokoknya haruslah mencakup tiga

² Periksa Barda Nawawi Arief, *Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan Pengembangan Hukum Pidana*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1998, hal.99. M. Cherif Bassioni dalam *Substantive Criminal Law*, menyebut ketiga tahap itu dengan istilah tahap formulasi (proses legislatif), tahap aplikasi (proses peradilan/judicial) dan tahap eksekusi (proses administrasi).

permasalahan pokok didalam hukum pidana, yakni tentang perbuatan yang dilarang, orang yang melakukan perbuatan yang dilarang serta tentang pidana itu sendiri. **Barda Nawawi Arief** memandang ketiga hal tersebut sebagai sudut *dogmatis normatif* dalam permasalahan pokok dari hukum pidana (maksudnya hukum pidana materiil), yang dirumuskan sebagai:

1. Perbuatan apa yang seharusnya dipidana, atau biasa disingkat dengan masalah “tindak pidana”;
2. Syarat apa yang seharusnya harus dipenuhi untuk memperlakukan /mempertanggungjawabkan seseorang yang melakukan perbuatan itu, atau biasa disingkat dengan masalah “kesalahan”;
3. Sanksi (pidana) apa yang sepatutnya dikenakan kepada orang yang disangka melakukan perbuatan pidana, atau biasa yang disebut dengan masalah “pidana”.³

Dengan demikian apabila melihat kaitan antara tindak pidana, kesalahan dan sanksi (pidana) dengan pelaku tindak pidana, maka sudah sepatutnya pada tahap formulasi pembentuk undang-undang dalam hal ini Pemerintah dan Dewan Perwakilan Rakyat untuk dapat memberikan perlindungan bagi orang yang dituduh melakukan tindak pidana, maka di samping merumuskan tentang tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana juga dapat merumuskan tentang

³ Lihat Barda Nawawi Arief, *Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan Pengembangan Hukum Pidana*, Ibid., hal.111.

alasan pembelaan atau alasan penghapus pidana. Menurut **Andi Zaenal Abidin**, dasar alasan penghapus pidana lazim di bagi dua, yaitu alasan pembenar (*rechtsvaardigingsgronden*) dan alasan pemaaf (*schulduitsluitingsgronden* atau *verontschuldingsgronden*). **Moeljatno** mengatakan bahwa alasan pembenar dan alasan pemaaf merupakan istilah yang di kenal dalam teori hukum pidana, sedangkan dalam KUHP sendiri tidak disebutkan istilah alasan pembenar dan alasan pemaaf, dalam titel ke-3 dari buku pertama KUHP hanya menyebutkan alasan-alasan yang menghapuskan pidana.⁴

Alasan penghapus pidana dalam KUHP menurut ilmu pengetahuan hukum pidana, dapat di bagi atas:

1. Alasan Penghapus Pidana Umum (*General Defences*), terdiri atas ketidak mampuan bertanggung jawab (Pasal 44 KUHP), daya paksa (Pasal 48 KUHP), pembelaan darurat (Pasal 49 KUHP), melaksanakan ketentuan undang-undang (Pasal 50), dan perintah jabatan (Pasal 51);
2. Alasan Penghapus Pidana Khusus (*Special Defences*), terdapat pada Buku II KUHP yaitu pada Pasal 166 jo. Pasal 164 dan Pasal 165, Pasal 221 ayat (2), serta pada Pasal 310 ayat (3) KUHP.⁵

⁴ Andi Zaenal Abidin, *Asas-Asas Hukum Pidana Bagian Pertama*, Alumni, Bandung, 1987 hal.222 diperbandingkan dengan pendapat Moeljatno dalam *Asas-Asas Hukum Pidana*, Rineka Cipta, Jakarta, 1993 hal.137.

⁵ lihat Andi Zaenal Abidin, *ibid* hal. 233-239.

Dari rumusan Pasal di atas, Pasal 49 ayat (1) KUHP, Pasal 50 KUHP dan Pasal 51 ayat (1) KUHP dipandang sebagai alasan pembeda. Adapun yang dianggap sebagai alasan pemaaf adalah Pasal 44 KUHP, Pasal 49 ayat (2) KUHP tentang pembelaan yang melampaui batas dan Pasal 51 ayat (2) KUHP mengenai penghapusan penuntutan pidana tentang perintah jabatan yang tanpa wenang.⁶

Berbeda dengan KUHP yang sekarang berlaku yang tidak menyebutkan pembagian mengenai alasan pembeda dan alasan pemaaf, di dalam Konsep KUHP Nasional tahun 1999-2000, mengenai alasan penghapusan pidana ini dibagi dan dirumuskan secara tegas sebagai alasan pemaaf dan alasan pembeda. Alasan pemaaf terdapat dalam Paragraf 5 yaitu : Pasal 36 (1) tentang kesesatan, Pasal 37 tentang daya paksa, Pasal 38 tentang pembelaan terpaksa dan Pasal 39. Sedangkan mengenai alasan pembeda diatur dalam Paragraf 6, yaitu : Pasal 40 sampai dengan Pasal 43.⁷

Di dalam Pasal 48 KUHP , yang dinamakan daya paksa hingga saat ini belum ada kesatuan pendapat. Ada yang mengatakan daya paksa sebagai alasan pembeda, ada juga yang mengatakan sebagai alasan pemaaf, bahkan ada juga yang mengatakan bahwa dalam Pasal 48 ini terdapat baik alasan pembeda maupun alasan pemaaf, sedangkan didalam Konsep KUHP Nasional tahun 1999-

⁶ Moeljatno, Opcit hal. 138.

⁷ Departemen Hukum dan Perundang-undangan, *Rancangan Undang-Undang tentang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana*, 1999-2000. hal. 16-17.

2000 tentang daya paksa ini dimasukkan kedalam Paragraf 5 tentang Alasan Pemaaf dalam Pasal 37 Konsep KUHP.

Andi Hamzah, dengan mengutip pendapat dari *Van Bemmelen* mengatakan bahwa di dalam praktek kadangkala sulit untuk membedakan apakah itu merupakan dasar peniadaan penuntutan (alasan penghapus penuntutan-pen) atau dasar peniadaan pidana (alasan penghapus pidana-pen), karena istilah yang dipakai oleh pembuat undang-undang tidak selalu jelas. Sering disebutkan bahwa suatu ketentuan pidana dalam keadaan tertentu tidak dapat diterapkan, yang menunjukan sebagai alasan penghapus penuntutan, padahal alasan pembuat undang-undang ialah melarang penjatuhan pidana dalam hal itu. Disamping itu sering pula sulit untuk dibedakan apakah sesuatu didalam rumusan itu merupakan unsur (*element*) (alasan penghapus penuntutan-pen.) ataukah suatu alasan penghapus pidana (*fait d'excuse*).⁸

Dengan demikian, masalah alasan penghapus pidana ini memerlukan kesamaan pandangan baik dalam tahap formulasi, aplikasi maupun eksekusi, supaya dalam Konsep KUHP yang akan datang sebagai buku induk aturan perundang-undangan, pengaturan mengenai alasan penghapus pidana ini dapat dituangkan secara lebih jelas dan terinci agar tidak terjadi perbedaan penafsiran dalam rangka pembaharuan hukum pidana nasional.

⁸ Van Bemmelen, *Ons Strafrecht I*, 1986, hal. 14, di kutip oleh Andi Hamzah dalam, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Rineka Cipta, Jakarta, 1994, hal. 141.

B. Permasalahan

Berdasarkan pada pemikiran dan uraian di atas, maka dirumuskan permasalahan sebagai berikut :

1. Apakah kebijakan formulasi alasan penghapus pidana saat ini telah menunjang pembaharuan hukum pidana di Indonesia?
2. Bagaimanakah kebijakan formulasi alasan Penghapus pidana dimasa mendatang dalam rangka pembaharuan hukum pidana di Indonesia?

C. Tujuan Penelitian

Penelitian yang dilakukan dengan mengangkat tema **"Kebijakan Formulasi Alasan Penghapus Pidana Dalam Pembaharuan Hukum Pidana di Indonesia"** ini memiliki tujuan yang terarah sesuai perumusan masalah. Tujuan yang hendak dicapai dalam penelitian ini adalah sebagai berikut:

1. Untuk mengetahui sejauhmana kebijakan formulasi alasan penghapus pidana saat ini telah menunjang pembaharuan hukum pidana di Indonesia.
2. Untuk mengetahui Bagaimanakah kebijakan formulasi alasan penghapus pidana yang seharusnya di masa mendatang guna menunjang upaya pembaharuan hukum pidana di Indonesia.

D. Kontribusi Penelitian

Berdasarkan uraian latar belakang dan pokok permasalahan di atas, maka hasil keseluruhan yang diperoleh nantinya dalam penelitian ini, sebagaimana tujuannya, diharapkan dapat memberikan kontribusi yang meskipun kecil namun dapat berguna untuk:

1. Menambah dan memperluas pengetahuan dalam hal kebijakan formulatif, khususnya kebijakan formulasi mengenai alasan penghapus pidana kepada para penegak hukum, pengambil kebijakan pada tingkat legislatif, dalam rangka menyongsong pembaharuan hukum pidana nasional;
2. Sebagai bahan masukan dan sumbangan pemikiran upaya pembaharuan hukum pidana, khususnya dalam penyusunan KUHP baru, sebagai pengganti dari KUHP sekarang yang berasal dari *Wvs.*, khususnya mengenai alasan penghapus pidana;
3. Sebagai bahan dokumentasi dalam studi sistem peradilan pidana, agar dapat lebih bermanfaat untuk dijadikan bahan kajian yang berguna dalam pengembangan ilmu hukum pidana.

E. Kerangka Teoritis

Dalam pembahasan tentang hukum, hal utama yang harus diperhatikan sebagai hal yang paling esensial, yaitu apakah sebenarnya tujuan hukum. Secara konvensional **Gustav Radbruch** mengatakan bahwa tujuan hukum adalah untuk mewujudkan

keadilan, kemanfaatan dan kepastian hukum. Dalam hal ini diupayakan ketiganya dapat diwujudkan seluruhnya secara bersama-sama, karena memungkinkan adanya pertentangan diantara ketiga tujuan itu. Sedangkan salah satu masalah pokok dalam hukum pidana yang sering menjadi perdebatan para ahli hukum adalah masalah *pidana*, disamping masalah pokok yang lain yaitu masalah *tindak pidana* dan masalah *kesalahan*. Masalah *pidana* akan menimbulkan persoalan-persoalan tentang pemberian pidana serta masalah pelaksanaan pidana, yang tidak hanya berkaitan dengan hukum acara pidana saja tetapi juga hukum pelaksanaan pidana. Sementara masalah *tindak pidana* akan menyangkut persoalan kriminalisasi dan dekriminalisasi dengan segala syarat-syarat yang terkandung didalamnya. Adapun masalah *kesalahan* akan menyangkut berbagai persoalan yang juga sangat rumit, misalnya saja tentang subyek hukum pidana berupa korporasi dan masalah *strict liability* (suatu bentuk pertanggung jawaban yang tidak memerlukan adanya kesalahan) yang sampai saat ini belum terpecahkan dalam hubungannya dengan penyusunan Usul Rancangan KUHP baru.⁹

⁹ Muladi, *Lembaga Pidana Bersyarat*, Alumni, Bandung 1985, hal 16-17. dalam perkembangannya kedua masalah tersebut sudah berhasil dirumuskan dalam Rancangan Konsep KUHP. Dalam Konsep KUHP disebutkan subyek hukum pidana itu bukan hanya orang, tetapi juga korporasi, sebagaimana diatur dalam Pasal 44. sementara masalah pertanggung jawaban pidana yang tidak memerlukan adanya kesalahan diatur dalam Pasal 32 ayat (3). Lihat lebih lanjut RUU KUHP 1999/2000 Departemen Hukum dan Perundang-undangan, Jakarta.

Berkaitan dengan persoalan pidana, **Sudarto**¹⁰ menyatakan bahwa dua hal yang sangat penting dalam hukum pidana adalah syarat-syarat untuk memungkinkan penjatuhan pidana dan pidana itu sendiri. Apabila yang pertama itu diperinci lebih lanjut maka dapat dikatakan bahwa hukum (maksudnya hukum pidana-pen.) mempunyai tiga pokok persoalan, yaitu: pertama, tentang perbuatan yang dilarang, kedua tentang orang yang melanggar larangan itu, dan ketiga tentang pidana yang diancamkan kepada si pelanggar itu.

Masalah pidana merupakan masalah yang sangat sensitif, mengingat masalah tersebut sangat erat bersinggungan dengan harkat dan martabat manusia. Lebih-lebih pada masa sekarang ini dimana tuntutan akan pengakuan dan penghormatan terhadap hak asasi manusia sangat menonjol, sebagai akibat munculnya arus demokratisasi dan globalisasi. Kesadaran terhadap semakin pentingnya diskusi tentang pidana dan ppidanaan menurut **Muladi**¹¹ nampak dari pendapat-pendapat yang pada intinya menyatakan, bahwa bagian terpenting dari KUHP suatu bangsa adalah *ste/se/* pidananya, sebab dari *ste/se/* pidana ini akan tercermin nilai sosial budaya bangsa tersebut. Dengan demikian dapatlah dikatakan bahwa tiga masalah pokok tersebut, yaitu *pidana*, *tindak pidana*, dan *kesalahan* merupakan masalah sentral dalam hukum pidana.

¹⁰ Sudarto, *Hukum dan Hukum Pidana*, Alumni Bandung, 1982, hal. 150.

¹¹ Muladi, *Kapita Selekta Sistem Peradilan Pidana*, Badan Penerbit Universitas Diponegoro, Semarang Cetakan I, 1995, hal 131.

Dalam perjalanan sejarahnya, ketiga masalah pokok tersebut selalu menjadi kajian yang aktual seiring dengan perkembangan peradaban masyarakat, bahkan sampai sekarangpun menjadi bahan kajian utama dalam hukum pidana. Khusus mengenai masalah *pidana* terdapat dua pandangan yang berhadapan. Beberapa ahli hukum¹² keberatan terhadap penggunaan sanksi (hukum) pidana sebagai sarana penanggulangan kejahatan dalam masyarakat dan sebagian ahli hukum yang lain tetap mendukung digunakannya sanksi pidana dalam masyarakat meskipun dengan berbagai catatan.

Dalam bidang kebijakan penegakan hukum, penggunaan hukum pidana sebagai suatu upaya untuk mengatasi kejahatan (masalah sosial), menurut **Barda Nawawi Arief**¹³ kebijakan penegakan hukum ini termasuk di dalam kebijakan sosial. Dengan demikian, masalah penanggulangan kejahatan dengan menggunakan hukum pidana merupakan masalah kebijakan (*the*

¹² Leo Polak sebagaimana dikutip Sudarto dalam bukunya *Hukum dan Hukum Pidana*, hal. 22-23 menyatakan : "Hukum Pidana adalah bagian dari hukum yang paling celaka, sebab ia (hukum pidana) sampai sekarang tidak tahu mengapa ia itu hukum, dan dengan sia-sia membuktikan bahwa ia itu hukum. Kedengarannya keras, tetapi kita harus mengatakan itu dan menunjukkan ia tidak mengenal baik dasar maupun batasnya --- baik tujuan maupun ukurannya. Problema-problema dasar dari hukum pidana, ialah makna, tujuan serta ukuran penderitaan - pidana yang patut diterima, tetap merupakan problema yang tidak terpecahkan."

Filippo Gramatica, tokoh Radikal Gerakan/aliran perlindungan masyarakat sebagaimana dikutip Muladi, Lembaga Pidana Bersyarat, *op. Cit* hal. 38 menyatakan: "Hukum perlindungan masyarakat harus menggantikan hukum pidana yang ada. Tujuan utama hukum perlindungan masyarakat adalah mengintegrasikan individu kedalam tertib sosial dan bukan pemidanaan terhadap perbuatannya. Hukum perlindungan masyarakat mensyaratkan penghapusan pertanggungjawaban pidana (kesalahan) dan digantikan tempatnya oleh pandangan tentang perbuatan anti sosial. Jadi secara prinsipil ajaran Gramatica menolak konsepsi-konsepsi mengenai *tindak pidana*, *penjahat* dan *pidana* (cetak miring dari penulis).

¹³ Lihat Barda Nawawi Arief, *Kebijakan Legislatif dalam Penanggulangan Kejahatan dengan Pidana Penjara*, Badan Penerbit UNDIP, 1994, hal 18.

problem of policy). Maka hukum pidana atau lebih tepatnya sistem pidana itu merupakan bagian dari politik kriminal.

Dari hal tersebut di atas, dapat dikemukakan bahwa masalah pembaharuan hukum pidana tidak terlepas dari politik hukum pidana atau politik kriminal. **Sudarto**¹⁴ pernah mengemukakan 3 arti politik Kriminal, yaitu:

1. *Dalam arti sempit*, ialah keseluruhan asas dan metode yang menjadi dasar dan reaksi terhadap pelanggaran hukum yang berupa pidana;
2. *Dalam arti luas*, ialah keseluruhan fungsi dari aparaturnya penegak hukum, termasuk didalamnya cara kerja dari pengadilan dan polisi;
3. *Dalam arti paling luas*, yaitu keseluruhan kebijakan, yang dilakukan melalui peraturan perundang-undangan dan badan-badan resmi, yang bertujuan untuk menegakkan norma-norma sentral dari masyarakat.

Dengan melihat kebijakan kriminal dalam arti luas sebagaimana dipaparkan **Sudarto** di atas, maka berbicara mengenai pembaharuan hukum pidana di Indonesia, tidak dapat terlepas dari kebijakan kriminal di Indonesia, yaitu kebijakan pemerintah di bidang hukum pidana yang sejalan dengan Pancasila dan menjunjung tinggi harkat dan martabat manusia sebagai satu kesatuan yang bulat dan utuh,

¹⁴ Sudarto, *op.cit*, hal.161.

yang mempunyai jiwa dan badan, sehingga hukum pidana yang terbentuk tidak meninggalkan nilai-nilai kemanusiaan yang ada dimasyarakat.

Hal tersebut juga berlaku dalam proses penyusunan hukum pidana, yang tidak dapat dilepaskan dari landasan dan tujuan yang ingin dicapai, sebagaimana telah dirumuskan dalam Pembukaan Undang-Undang Dasar 1945 alinea ke IV, yang secara singkat dapat diutarakan sebagai "*Melindungi segenap bangsa Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum berdasarkan Pancasila*". Inilah garis kebijaksanaan umum yang menjadi landasan dan sekaligus tujuan politik hukum di Indonesia, termasuk pembaharuan di bidang hukum pidana dan penanggulangan kejahatan di Indonesia.¹⁵

Dalam fokus perhatian terhadap masalah alasan penghapus pidana, maka alasan peniadaan pidana (alasan penghapus pidana-pen.) menurut **Sofjan Sastrawidjaja**¹⁶, dapat didefinisikan sebagai alasan-alasan yang memungkinkan seseorang yang melakukan perbuatan yang memenuhi rumusan tindak pidana, tetapi tidak dapat dipidana. Dimana seseorang itu tidak dapat dipidana karena dua hal, yaitu:

1. Meskipun perbuatannya memenuhi rumusan tindak pidana, tidak merupakan tindak pidana, karena tidak bersifat melawan hukum;

¹⁵ Barda Nawawi Arief, *Kebijakan Legislatif...* Op.cit., hal.1. (cetak miring dari penulis).

¹⁶ Sofjan Sastrawidjaja, *Hukum Pidana: Asas Hukum Pidana Sampai Dengan Alasan Peniadaan Pidana*, Armico, Bandung, 1995. hal. 217.

2. Meskipun perbuatannya itu dapat dikualifikasikan sebagai tindakan pidana, sipembuatnya tidak dapat dipertanggungjawabkan atas perbuatannya, oleh karena padanya tidak ada kesalahan.

Sehubungan dengan dua hal tersebut di atas, maka dalam doktrin atau ilmu hukum pidana membedakan alasan penghapus pidana menjadi: *alasan pembenar*, yaitu alasan yang menghapuskan sifat melawan hukum dari perbuatan, sehingga menjadi perbuatan yang dibenarkan, dan *alasan pemaaf*, yaitu alasan yang menghapuskan kesalahan si pembuat tindak pidana, dimana perbuatannya tetap bersifat melawan hukum, tetapi sipembuatnya itu tidak dapat dipidana karena padanya tidak ada kesalahan.

Oleh karena perbedaan mengenai alasan pembenar dan alasan pemaaf tidak disebutkan dalam KUHP yang sekarang berlaku, maka Konsep KUHP Nasional yang baru memisahkan secara tegas tentang alasan penghapus pidana yang berupa *alasan pembenar* dengan *alasan pemaaf*. Dalam kelompok *alasan pembenar*, dimasukkan hal-hal sebagai berikut: melaksanakan peraturan perundang-undangan (Pasal 30), melaksanakan perintah jabatan oleh penguasa yang berwenang (Pasal 31), keadaan darurat (Pasal 32), dan pembelaan terpaksa (Pasal 33). Sedangkan dalam kelompok *alasan pemaaf* dimasukkan hal-hal sebagai berikut: tidak mengetahui keadaan yang merupakan unsur tindak pidana (*error*

facti) Pasal 41, pembuat berkeyakinan bahwa perbuatannya tidak merupakan tindak pidana (*error iuris*) Pasal 41, daya paksa (Pasal 42), pembelaan terpaksa yang melampau batas (Pasal 43), melaksanakan jabatan tanpa wenang dengan itikad baik (Pasal 44).¹⁷

Dari uraian tersebut terlihat beberapa hal baru yang selama ini tidak dirumuskan secara tegas didalam KUHP sebagai alasan penghapus pidana, yaitu: keadaan darurat (*Noodtoestand*); tidak adanya sifat melawan hukum secara material; kesesatan, baik berupa *error facti* maupun *error iuris*; tidak adanya kesalahan sama sekali; serta anak dibawah umur.

Diadakannya pemisahan secara tegas mengenai alasan penghapus pidana dalam konsep KUHP Nasional yang selama ini tidak dikenal dalam KUHP yang sekarang berlaku, didasarkan pada pokok pemikiran:

- KUHP yang direncanakan bertolak dari ide pemikiran keseimbangan mono-dualistik, dalam arti memperhatikan keseimbangan dua kepentingan antara kepentingan masyarakat dan kepentingan individu;
- Bertolak dari prinsip keseimbangan mono-dualistik tersebut, Konsep KUHP mempertahankan dan merumuskan secara

¹⁷ Lihat Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai....OpCit*, hal 115-116. disamping keempat alasan pembeda itu konsep juga mengakui alasan kelima yaitu: "tidak adanya sifat melawan hukum secara material" yang tersirat dalam Pasal 15 jo 17 Konsep KUHP, sedangkan untuk alasan pemaaf dikenal juga tiga alasan pemaaf yang lain yang tersebar diluar subbab 11 buku I, yaitu: tidak adanya kesalahan (berdasarkan asas tiada pidana tanpa kesalahan dalam Pasal 35), tidak mampu bertanggung jawab (Pasal 38) dan anak dibawah usia 12 tahun (dirumuskan tersendiri dalam Bab khusus tentang pidanaan terhadap anak).

eksplisit didalam Pasal 1 dan Pasal 35 tentang dua asas fundamental dalam hukum pidana, yaitu asas legalitas dan asas kesalahan/culpabilitas.¹⁸

Dari uraian di atas, maka diharapkan kerangka teori ini bisa dijadikan sebagai landasan awal atau kerangka berfikir yang akan memberikan arah untuk membahas permasalahan tentang bagaimanakah kebijakan formulasi selama ini yang mengatur mengenai alasan penghapus pidana dan bagaimanakah perumusan kebijakan formulasi yang harus dibuat mengenai alasan penghapus pidana dalam perundang-undangan di Indonesia dimasa datang.

F. Metode Penelitian

1. Objek atau fokus yang diteliti

Obyek dari penelitian ini terbatas pada kebijakan formulasi mengenai alasan penghapus pidana dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana sekarang dan yang akan datang (Konsep KUHP) dalam proses peradilan Pidana di Indonesia.

Adapun yang dimaksud dengan istilah "*Kebijakan*" dalam penelitian ini adalah sebagai pengganti dari istilah "*Policy*" yang oleh **Sutan Arby** dan **Wayan Ardhana** sebagaimana yang dikutip oleh **Barda Nawawi Arief**. Menurut Robert R. Meyer dan Ernest Greenwood, istilah "*Kebijakan*" atau "*Policy*" dapat dirumuskan

¹⁸ Lihat Ibid. hal. 107-108.

sebagai suatu keputusan yang menggariskan cara yang paling efektif untuk mencapai sesuatu yang ditetapkan secara kolektif.¹⁹

Dalam penelitian ini, peneliti ingin melakukan tinjauan terhadap kebijakan formulasi mengenai alasan penghapus pidana dalam prespektif pembaharuan hukum pidana.

2. Metode pendekatan yang diterapkan

Mengingat permasalahan dalam penelitian difokuskan pada kebijakan formulatif, khususnya yang menyangkut alasan penghapus pidana, maka pendekatan yang dilakukan adalah pendekatan yuridis normatif. Pendekatan yuridis normatif merupakan pendekatan utama dalam penelitian ini, karena yang menjadi pusat perhatian utama dalam penelitian ini ialah kebijakan dalam menetapkan dan merumuskan alasan penghapus pidana dalam Undang-undang. Pendekatan yuridis normatif dilakukan dengan mengkaji/menganalisis data sekunder, terutama berupa bahan hukum primer berupa perundang-undangan, dan bahan hukum sekunder, berupa Rancangan KUHP dan karya ilmiah. Namun untuk lebih menunjang penelitian ini, dilakukan juga pendekatan yuridis empiris dan komparatif. Penggunaan metode sosial ini disamping penelitian normatif,

¹⁹ Barda Nawawi Arief, *Kebijakan Legislatif...Op.cit*, hal 59.

menurut **Sunaryati Hartono** akan memberikan bobot lebih pada penelitian yang bersangkutan.²⁰

Pendekatan yuridis empiris diperlukan untuk mengetahui gambaran penerapan alasan penghapus pidana yang didasarkan pada kebijakan formulatif selama ini.

Pendekatan yuridis komparatif diperlukan dalam melihat norma-norma yang menyangkut alasan penghapus pidana di beberapa negara. Hal ini berkaitan pula dengan usaha-usaha pembaharuan hukum pidana, khususnya KUHP di Indonesia.

3. Jenis dan Sumber Data

Sebagaimana telah diuraikan di atas, bahwa penelitian ini merupakan penelitian normatif, yaitu penelitian hukum yang dilakukan dengan cara meneliti bahan pustaka atau data sekunder,²¹ maka jenis data penelitian ini meliputi data sekunder, disamping dibutuhkan juga data primer sebagai penunjang.

Sumber data dari data sekunder dalam penelitian ini meliputi:

- a. Bahan hukum primer, yaitu bahan-bahan hukum yang mempunyai kekuatan mengikat, antara lain²²:
 - Norma dasar Pancasila;

²⁰ Sunaryati Hartono, *Penelitian Hukum di Indonesia Pada Akhir Abad ke-20*, Alumni, Bandung, 1994, hal. 142

²¹ Soerjono Soekanto dan Sri Mamuji, *Penelitian Hukum Normatif*, Rajawali Pers, Jakarta, 1985, hal. 5.

²² Ronny Hanitijo Soemitro, *Metodelogi Penelitian Hukum dan Jurimetri*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1990, hal 11.

- Peraturan Dasar: Batang tubuh UUD 1945;
 - Ketetapan-ketetapan MPR;
 - Perundang-undangan yang berlaku di Indonesia, antara lain Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP).
- b. Bahan hukum sekunder, yaitu bahan-bahan yang erat hubungannya dengan bahan hukum primer dan dapat membantu menganalisis bahan hukum primer, antara lain²³:
- Dokumen atau risalah perundang-undangan;
 - Konsep Rancangan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Nasional (KUHP);
 - Hasil penelitian dalam bidang hukum pidana;
 - Pendapat/doktrin dari para ahli hukum pidana.

4. Teknik Pengumpulan Data

Mengingat penelitian ini memusatkan perhatian pada data sekunder, maka pengumpulan data terutama dilakukan dengan studi kepustakaan dan studi dokumentasi. Studi tersebut sangat berguna dalam membantu penelitian ilmiah untuk memperoleh poengetahuan yang dekat dengan gejala yang dipelajari, dengan memberikan pengertian penyusunan persoalan yang tepat, mempertajam perasaan untuk menilai, membuat analisis dan membuka kesempatan memperluas pengalaman ilmiah.²⁴

²³ ibid. Hal 12

²⁴ Kontjaraningrat, *Metode-Metode Penelitian Masyarakat*, Gramedia Jakarta, 1991, hal. 65.

a. Pengumpulan data tersebut meliputi pengumpulan data sekunder yang bersifat pribadi berupa dokumen-dokumen pribadi, dan data sekunder yang bersifat publik, yaitu data arsip maupun data yang dipublikasikan,²⁵ berupa peraturan dari tingkat yang tertinggi sampai yang terendah, yang dibuat dan dikeluarkan oleh lembaga yang berwenang, serta data-data berupa artikel atau tulisan tentang alasan penghapusan pidana.

5. Analisis Data

Analisa data adalah proses mengorganisasikan dan mengurutkan data kedalam pola, kategori dan satuan uraian dasar sehingga dapat ditemukan tema dan dapat dirumuskan hipotesis kerja seperti yang disarankan oleh data.

Data yang diperoleh dalam penelitian ini bersifat kualitatif (beraneka ragam dan tidak dapat dikualifikasikan). Data yang bersifat kualitatif setelah dikumpulkan, lalu diidentifikasi dan dikategorikan dalam suatu sistematika tertentu. Selanjutnya dianalisis dengan mempergunakan metode analisis kualitatif yaitu metode analisis yang pada dasarnya mempergunakan pemikiran logis, analisis dengan logika, dengan induksi, deduksi, analogi/interpretasi.²⁶

²⁵ Ronny Hanitijo Soemitro, *Metodologi Hukum dan Jurimetri*, Opcit, hal. 11

²⁶ Tatang M. Amirin, *Menyusun Rencana Penelitian*, Rajawali, Jakarta, 1986.

Proses analisis kualitatif dalam penelitian ini secara urut dapat dijelaskan, yaitu terhadap data yang sudah terkumpul diseleksi. Setelah itu data disusun dan disajikan, kemudian diadakan pembahasan, selanjutnya ditarik kesimpulan. Bila dalam tahap penyusunan/penyajian serta pembahasan data, apabila data dianggap kurang lengkap, maka dilakukan pengumpulan data lagi. Hal ini dilakukan terus sampai penarikan kesimpulan final.

G. Sistematika Penulisan

Sistematika hasil penelitian ini secara garis besar akan di susun sebagai berikut :

Setelah Bab I ini, Bab II mengetengahkan Tinjauan Pustaka, pada Bab ini akan dipaparkan suatu tinjauan pustaka yang berkaitan dengan judul tesis, yaitu pengertian dan ruang lingkup kebijakan pembaharuan hukum pidana, Pengertian pidana dan pemidanaan, tujuan pemidanaan serta tinjauan teoritis mengenai alasan penghapus pidana dalam KUHP.

Bab III Hasil Penelitian dan Pembahasan, pada bab ini berisi uraian tentang analisa terhadap data-data yang diperoleh dalam penelitian dan hasil penelitian itu sendiri, yang berkaitan dengan dengan permasalahan yang diteliti mengenai kebijakan formulasi alasan

penghapus pidana dalam pembaharuan hukum pidana di Indonesia.

Bab IV Penutup, pada bab ini akan ditarik kesimpulan dan diberikan beberapa saran atas materi yang dipaparkan.

Daftar Pustaka.

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. Pidana dan Pemidanaan

1. Pengertian Pidana

Sudarto²⁶, dengan mengutip pendapat dari **Mezger** mengatakan dasarnya hukum Pidana berpokok kepada 2 hal, yaitu: *perbuatan yang memenuhi syarat-syarat tertentu dan Pidana. Perbuatan yang memenuhi syarat-syarat tertentu itu disebut "perbuatan yang dapat dipidana" atau disingkat "perbuatan jahat" (verbrechen atau crime), sedangkan yang dimaksud dengan Pidana sendiri menurut Sudarto ialah penderitaan yang sengaja dibebankan kepada orang yang melakukan perbuatan yang memenuhi syarat-syarat tertentu itu, yang didalam hukum pidana modern, pidana ini juga meliputi apa yang disebut "tindakan tata tertib" (tuchtmaatregel, Masznahme).*

Disisi lain **Wirjono Prodjodikoro**, mengartikan bahwa kata "*pidana*" mengandung arti hal yang "dipidanakan", yaitu yang oleh instansi yang berkuasa dilimpahkan kepada seorang oknum

²⁶ Sudarto, Hukum Pidana I Cetakan ke II, Yayasan Sudarto, Semarang 1990, hal.9 (cetak miring dari penulis). **Mezger** mendefenisikan hukum pidana sebagai aturan hukum, yang mengikatkan kepada suatu perbuatan yang memenuhi syarat-syarat tertentu suatu akibat yang berupa pidana.

sebagai hal yang tidak enak dirasakannya dan juga hal yang tidak sehari-hari dilimpahkan.²⁷

Istilah umum dari pidana adalah "hukuman", yang dalam bidang hukum pidana "hukuman" adalah terjemahan untuk kata "*straf*" yang terdapat dalam KUHP, atau kata "*punishment*" dalam literatur Anglo Saxon. A.Z. Abidin dan Andi Hamzah²⁸ dengan mengutip pendapat dari van Kan, mengatakan bahwa pidana atau hukuman merupakan hal yang terpenting dalam hukum pidana, sehingga hukum pidana pada hakekatnya merupakan hukum sanksi yang mengancam pelanggaran dengan nestapa istimewa, berupa pidana mati, pemutungan anggota badan (*vermingken*), cambuk (*kastijding*), perampasan kemerdekaan (*vrijheidsberoven*) dan pernyataan tidak hormat.

Mengenai istilah "pidana" dan "hukuman" ini, Moeljatno tidak setuju terhadap istilah-istilah konvensional yang menentukan bahwa istilah "hukuman" berasal dari kata "*straf*" dan istilah "dihukum" berasal dari perkataan "*wordt gestraft*". Dirinya cenderung untuk menggunakan istilah yang inkonvensional, yaitu "pidana" untuk kata "*straf*" dan "diancam dengan pidana" untuk kata "*word gestraft*". Hal ini disebabkan apabila kata "*straf*" diartikan "hukuman", maka kata "*straf recht*" berarti "hukum-hukuman".

²⁷ Wirjono Prodjodikoro, *Asas-Asas Hukum Pidana di Indonesia*, Ereco, Bandung 1986, hal.1

²⁸ A.Z. Abidin & A. Hamzah, *Bentuk-Bentuk Khusus Perwujudan Delik dan Hukum Penitensier*, Sumber Ilmu, Jakarta, 2002, hal.321.

Menurut **Moeljatno**, “dihukum” berarti “diterapi hukum”, baik hukum pidana maupun hukum perdata. “Hukuman” adalah hasil atau akibat dari penerapan hukum tadi yang mempunyai arti lebih luas, sebab dalam hal ini tercakup juga keputusan hakim dalam lapangan hukum perdata.²⁹

Hal di atas juga selaras dengan yang dikemukakan oleh **Sudarto**³⁰, bahwa “penghukuman” berasal dari kata “hukum” atau “memutuskan tentang hukumnya” (*berechten*). “Menetapkan hukum” untuk suatu peristiwa tidak hanya menyangkut bidang hukum pidana saja, akan tetapi juga hukum perdata.

Selanjutnya **Sudarto**, mengemukakan bahwa istilah penghukuman dapat disempitkan artinya, yakni penghukuman dalam perkara pidana yang kerap kali sinonim dengan “pidana” atau “pemberian/penjatuhan pidana” oleh hakim. “penghukuman” dalam hal ini mempunyai makna sama dengan “sentence” atau “*veroordeling*”, misalnya dalam pengertian “*sentenced conditionally*” atau “*voorwaardelijk veroordeeld*” yang sama artinya dengan “dihukum bersyarat” atau “dipidana bersyarat”³¹.

²⁹ Moeljatno, *Membangun Hukum Pidana*, Bina Aksara, Jakarta, 1985, hal. 40.

³⁰ Sudarto, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, 1986, hal. 71.

³¹ Ibid hal 72, Sudarto berpendapat bahwa meskipun istilah “hukuman” kadang-kadang digunakan sebagai pengganti perkataan *Straaf*, tetapi dirinya berpandangan bahwa istilah “*pidana*” lebih baik daripada “*hukuman*”.

Anselm von Feurbach telah merumuskan suatu asas yang dirangkum dalam satu kalimat berbunyi : *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, yang mengandung arti tidak ada perbuatan pidana, tidak ada pidana, tanpa ketentuan undang-undang lebih dahulu³², yang dikenal sebagai asas legalitas sebagaimana tercantum dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP, yang memberikan dua fungsi kepada undang-undang pidana, yaitu: *fungsi melindungi*, undang-undang pidana melindungi masyarakat terhadap pelaksanaan kekuasaan yang tanpa batas dari pemerintah dan *fungsi Instrumental*, yaitu di dalam batas-batas yang ditentukan oleh undang-undang, pelaksanaan kekuasaan oleh pemerintah tegas-tegas diperbolehkan.. Dari pengertian dan fungsi asas legalitas di atas, jelaslah bahwa dalam sistem hukum di Indonesia, pidana dan perbuatan-perbuatan yang diancam pidana harus lebih dahulu tercantum dalam undang undang pidana. Oleh karenanya terdapat perbedaan istilah hukuman dan pidana, suatu pidana harus berdasarkan undang-undang, sedangkan hukuman lebih luas pengertiannya, karena dalam pengertian hukuman, di dalamnya termasuk keseluruhan norma, baik norma kepatutan, kesopanan, kesusilaan dan kebiasaan³³.

³² Schaffmeister, N. Keijer, E. PH. Sutorius, Hukum Pidana, Editor Penerjemah; J.E. Sahetapy, Konsorsium Ilmu Hukum Departemen P&K, Liberty, Yogyakarta, 1995, hal. 5.

³³ Wirjono Prodjodikoro berpendapat bahwa unsur "hukuman" sebagai suatu pembalasan tersirat dalam kata "pidana", sedangkan menurut Sudarto "hukuman/penghukuman" mempunyai makna yang lebih luas dibandingkan kata "pidana/pemidanaan", karena istilah hukuman tidak hanya mencakup bidang hukum pidana saja akan tetapi hukum perdata.

Walaupun demikian, kedua istilah tersebut tetap mempunyai persamaan, yaitu sama-sama berlatar belakang pada tata nilai (*value*), baik dan tidak baik, sopan dan tidak sopan, diperbolehkan dan dilarang, dan seterusnya.

Dengan demikian, seseorang yang dijatuhi pidana atau terpidana adalah orang yang bersalah atau melanggar suatu peraturan hukum pidana. Akan tetapi, dalam perkembangannya pada saat sekarang muncul apa yang disebut hukum pidana *fungsional*, dimana fungsi pidana bukan saja memberikan nestapa kepada pelanggar hukum pidana tetapi juga mengatur masyarakat agar hidup lebih tentram dan damai, sehingga penerapan pidana tidak selalu berakhir dengan penjatuhan pidana sebagaimana disebutkan di atas, akan tetapi dikenal juga asas oportunitas (*pardon*), disamping pidana dikenal juga sanksi yang berupa tindakan dikarenakan seseorang dihukum karena melanggar suatu ketentuan yang bukan hukum pidana. Misalnya seorang Pegawai Negeri Sipil (PNS) yang melanggar ketentuan mengenai Disiplin Pegawai Negeri yaitu Peraturan Pemerintah Nomor 30 tahun 1980, dapat dikenai hukuman berupa tindakan pemecatan dari status pegawai negeri. PNS yang bersangkutan dianggap melanggar hukum administrasi dan akhirnya dikenai sanksi administrasi yang mungkin jauh lebih berat daripada pidana yang dijatuhkan karena melanggar hukum pidana. Dalam perkembangannya di negara lain

menurut **A.Z. Abidin dan Andi Hamzah**,³⁴ dikenal pula jenis pidana seperti kerja sosial (*Community Service Order*), pidana pengawasan (*Control*), pidana yang ditunda, dan pidana penjara dengan penahanan akhir pekan (*weekend detention*).

Keseluruhan peraturan yang memuat perumusan tindak pidana dan ancaman pidananya disebut hukum pidana objektif (*jus poenale*) sedangkan yang berkaitan dengan peraturan yang memuat hak negara untuk memidana seseorang yang melakukan tindak pidana disebut sebagai hukum pidana subjektif (*jus puniendi*). Pada umumnya para sarjana hukum telah sependapat bahwa negara atau pemerintahlah yang berhak untuk memidana atau memegang *jus puniendi* itu. Tetapi yang dipermasalahkan dalam hal ini adalah apa yang menjadi alasan sehingga negara atau pemerintah yang berhak untuk memidana.

Menurut **Leo Polak**, hanya negara/pemerintah yang berhak memerintah, juga berhak menghukum, oleh karenanya pemerintahlah yang berhak memerintah, maka juga pemerintahlah yang berhak menghukum (mempunyai *jus puniendi*).³⁵

³⁴ A.Z. Abidin & A. Hamzah, *Opcit.* Hal. 324.

³⁵ Leo Polak, *De funderingvan het starfrecht, Verspreide Geschriften II*, 1947, hal 71. sebagaimana dikutip oleh E. Utrecht, *Hukum Pidana I*, Pustaka Tintamas, Surabaya, 1986, hal 151. Leo Polak berpendapat oleh karena pemerintah "*heft het recht te bevelen*", maka pemerintah berhak menghukum, tetapi menghukum itu harus dengan perantaraaan alat-alat hukum pemerintah.

Sedangkan **Beysens** sebagaimana dikutip oleh **E. Utrecht** mempunyai pendapat lain mengenai alasan-alasan yang membenarkan negara atau pemerintah berhak memidana, yaitu:

- a. Pada azasnya negaralah yang berhak (dan berkewajiban) menjatuhkan hukuman, sudah menjadi kodrat alam, negara itu bertujuan dan berkewajiban mempertahankan tata tertib masyarakat atau ketertiban negara.
Di sinilah ternyata bahwa pemerintah itu benar-benar berfungsi atau benar-benar memerintah. Berdasarkan atas hakekat bahwa manusia secara alamiah, maka pemerintah berhak untuk membalas pelanggaran tersebut, dengan jalan menjatuhkan sanksi yang bersifat pembalasan itu.
- b. Hukuman (pidana-pen) yang dijatuhkan atas perbuatan-perbuatan yang dilakukan dengan sukarela dengan sendirinya bersifat pembalasan. Pidana yang dijatuhkan itu tidak boleh bersifat balas dendam, tetapi bersifat obyektif dengan cara memberikan kerugian kepada seseorang karena perbuatan melanggar hukum yang dilakukannya dengan sukarela dan dapat dipertanggungjawabkan kepadanya.
- c. Pada umumnya negara hanya dapat atau harus menghukum perbuatan-perbuatan yang: (1) ditinjau dari sudut obyektif (dan menurut hukum publik) adalah perbuatan yang bertentangan dengan tata tertib negara; (2) ditinjau dari sudut subyektif adalah perbuatan yang dapat dipertanggungjawabkan kepada yang melakukan perbuatan itu³⁶.

Dalam hal hakekat serta apa yang menjadi tujuan pemidanaan itu, perlu dikemukakan lagi bahwa hukum pidana merupakan hukum sanksi yang istimewa, atau menurut **Sudarto** merupakan sistem sanksi yang negatif. Hukum pidana itu diterapkan jika sarana (upaya) lain sudah tidak memadai, sehingga hukum pidana dikatakan juga mempunyai fungsi yang *subsidiar*.³⁷

Menurut **Leo Polak**, satu-satunya problema dasar ialah hakekat, makna, tujuan serta ukuran dari penderitaan pidana yang

³⁶ E. Utrecht, *ibid* hal. 151-153.

³⁷ Sudarto, *Hukum dan Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, 1986, hal. 22.

patut diterima (oleh seseorang-pen.), tetap merupakan problema yang tidak terpecahkan. Terhadap pendapat **Leo Polak** itu, **Sudarto** menegaskan bahwa sejarah dari hukum pidana pada hakekatnya merupakan sejarah pidana dan pemidanaan. Pidana termasuk juga tindakan (*maatregel, masznahme*), bagaimanapun juga merupakan suatu penderitaan, sesuatu yang dirasakan tidak enak untuk dikenai. Oleh karena itu, orang tidak henti-hentinya untuk mencari dasar, hakekat dan tujuan pidana dan pemidanaan, untuk memberikan pembenaran (*justification*) dari pidana itu.³⁸

Mengenai hakekat pidana, pada umumnya para penulis menyebutnya sebagai suatu penderitaan atau nestapa. **Bonger** mengatakan bahwa pidana adalah mengenakan suatu penderitaan, karena orang itu telah melakukan suatu perbuatan yang merugikan masyarakat. Pendapat ini sama dengan pendapat **Roeslan Saleh** yang mengatakan bahwa pidana adalah "reaksi atas delik, dan ini berwujud suatu nestapa yang sengaja ditimpakan negara pada pembuat delik itu".³⁹

Dalam hal tujuan pidana, **Plato** dan **Aristoteles** mengemukakan bahwa:

"pidana itu dijatuhkan bukan karena telah berbuat jahat, tetapi agar jangan diperbuat kejahatan, hal ini merupakan suatu kenyataan bahwa hukum pidana bersifat preventif atau pencegahan agar tidak melakukan kejahatan atau pelanggaran."⁴⁰

³⁸ Sudarto, *Ibid*, hal. 23.

³⁹ Roeslan Saleh, *Stelsel Pidana Indonesia*, Aksara Baru, Jakarta, 1978, hal. 5.

⁴⁰ *Ibid*, hal. 7.

Demikian pula **Herbert L. Packer** yang berpendapat bahwa tingkatan atau derajat ketidak enakannya atau kekejaman bukanlah ciri yang membedakan "*punishment*" dan "*treatment*".⁴¹

Perbedaan antara "*punishment*" (pidana) dan "*treatment*" (tindakan perlakuan) harus dilihat dari tujuannya, seberapa jauh peranan dari perbuatan si pelaku terhadap adanya pidana atau tindakan perlakuan. Menurut **H.L. Packer**, tujuan utama dari *treatment* adalah untuk memberikan keuntungan atau untuk memperbaiki orang yang bersangkutan. Fokusnya bukan pada perbuatannya yang telah lalu atau yang akan datang, akan tetapi pada tujuan untuk memberikan pertolongan kepadanya. Jadi, dasar pembenaran dari "*treatment*" adalah pada pandangan bahwa orang yang bersangkutan akan atau mungkin menjadi lebih baik. Dengan demikian tujuan utamanya adalah untuk meningkatkan kesejahteraan orang yang bersangkutan.⁴²

Sedangkan "*punishment*" menurut **H.L. Packer**, pembenarannya didasarkan pada satu atau dua tujuan sebagai berikut :

- a. Untuk mencegah terjadinya kejahatan atau perbuatan yang tidak dikehendaki atau perbuatan yang salah (*the prevention of crime or undersired conduct or ofending conduct*);

⁴¹ Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Teori-teori dan Kebijakan Pidana*, Alumni, Bandung, 1984, hal. 5.

⁴² *Ibid.* hal 5-6.

- b. Untuk mengenakan penderitaan atau pembalasan yang layak kepada si pelanggar (*the deserved infliction of suffering on evildoers/retribution for perceived wrong doing*).⁴³

Dengan demikian, menurut **Muladi dan Barda Nawawi Arief** dalam bukunya "Teori-Teori dan Kebijakan Pidana", pada masalah pidana, titik beratnya adalah pada perbuatan salah atau tindak pidana yang telah dilakukan oleh si pelaku. Dengan perkataan lain, perbuatan itu mempunyai peranan yang besar dan merupakan syarat yang harus ada untuk terjadinya "*punishment*".⁴⁴

Selanjutnya ditegaskan oleh **H.L. Packer**, bahwa dalam hal "*punishment*", kita memperlakukan seseorang karena ia telah melakukan suatu perbuatan salah dengan tujuan, baik untuk mencegah terulangnya perbuatan itu maupun untuk mengenakan penderitaan atau untuk kedua-duanya, sedangkan "*treatment*" tidak diperlukan adanya hubungan dengan perbuatan. Kita memperlakukan orang itu karena kita berpendapat atau beranggapan bahwa ia akan menjadi lebih baik. Kita juga boleh mengharap atau berpikiran, bahwa orang yang dikenakan pidana akan menjadi lebih baik, tetapi bukan karena hal itu kita berbuat demikian, karena tujuan utamanya adalah melakukan pencegahan

⁴³ *Ibid*, hal. 6.

⁴⁴ *Ibid*. hal 6

terhadap perbuatan salah dan bukan perbaikan terhadap diri si pelanggar.⁴⁵

Dengan demikian H.L. Packer juga menegaskan bahwa sepanjang perhatian kita tujukan pada :

- a. Aktivitas seseorang di masa yang akan datang untuk sesuatu yang telah dilakukannya pada masa lalu (*a person's future activity to something he has done in the past*);
- b. Perlindungan terhadap orang lain daripada perbaikan terhadap diri si pelaku (*the protection of other rather than the betterment of the person being dealt with*),

Maka perlakuan yang demikian disebut "*punishment*".⁴⁶

Menurut Muladi dan Barda Nawawi Arief, dengan melihat dasar orientasi dari dua tujuan di atas , maka Packer memasukkan adanya dua tujuan itu ke dalam definisinya sebagai "*punishment*".

Dalam hal perbedaan secara tradisional antara pidana dan tindakan, Sudarto mengemukakan sebagai berikut :

"Pidana adalah pembalasan (pengimbangan) terhadap kesalahan si pembuat, sedangkan tindakan adalah untuk perlindungan masyarakat dan untuk pembinaan atau perawatan si pembuat. Jadi secara dogmatis, menurut Sudarto, pidana itu ditujukan untuk orang yang normal jiwanya, untuk orang yang mampu bertanggung jawab, sebab orang yang tidak mampu bertanggung jawab tidak mempunyai kesalahan dan orang yang tidak mempunyai kesalahan tidak mungkin dipidana dan terhadap orang ini dapat dijatuhkan tindakan."⁴⁷

⁴⁵ *Ibid.* hal 6

⁴⁶ *Ibid.*, hal. 7.

⁴⁷ *Ibid.* hal 7

Akan tetapi tidak semua sarjana berpendapat bahwa pidana pada hakekatnya merupakan suatu penderitaan atau nestapa. G.P. Hoefnagels sebagaimana di kutip oleh Muladi dan Barda Nawawi Arief mengatakan bahwa Hoefnagels tidak setuju dengan pendapat bahwa pidana merupakan suatu pencelaan (*censure*) atau suatu penjeratan (*discouragement*) atau merupakan suatu penderitaan (*suffering*). Pendapatnya ini bertolak pada pengertian yang luas, bahwa sanksi pidana adalah semua reaksi terhadap pelanggaran hukum yang telah ditentukan oleh undang-undang, sejak penahanan dan pengusutan terdakwa oleh polisi sampai vonis dijatuhkan. Jadi Hoefnagels melihatnya secara empiris, bahwa proses pidana yang dimulai dari penahanan, pemeriksaan sampai dengan vonis dijatuhkan merupakan suatu pidana.⁴⁸

Dengan demikian, dilihat dari paradigma secara empiris, pidanapun memang merupakan suatu keharusan/kebutuhan, karena ada juga pidana tanpa penderitaan.

2. Pidana

Pengertian "sistem pidana" dapat mencakup pengertian yang sangat luas. L.H.C. Hullsman pernah mengemukakan, bahwa sistem pidana (*the sentencing system*) adalah aturan perundang-undangan yang berhubungan dengan sanksi pidana dan pidana (*the statutory rules relating*

⁴⁸ Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Loc.Cit.* hal 9.

to penal sanction and punishment).⁴⁹ Secara lebih singkat **Andi Hamzah** memberikan arti sistem pidana dan pemidanaan itu sebagai susunan (pidana) dan cara (pemingidanaan)⁵⁰.

Bertolak dari dua pengertian tersebut, maka semua aturan perundang-undangan mengenai hukum pidana substansial, hukum pidana prosedural dan hukum pelaksanaan pidana dapat dikatakan sebagai satu kesatuan sistem. Dengan kata lain hukum pidana materiel dan hukum pidana formiel harus dijadikan acuan dalam membicarakan perkembangan sistem pemidanaan.

Oleh karenanya menurut **Barda Nawawi Arief**, apabila pengertian pemidanaan diartikan secara luas sebagai suatu proses pemberian atau penjatuhan pidana oleh hakim, maka dapatlah dikatakan bahwa sistem pemidanaan mencakup pengertian⁵¹:

1. keseluruhan sistem (aturan perundang-undangan) untuk pemidanaan;
2. keseluruhan sistem (aturan perundang-undangan) untuk pemberian/penjatuhan dan pelaksanaan pidana;
3. keseluruhan sistem (aturan perundang-undangan) untuk fungsionalisasi/operasionalisasi/konkretisasi pidana;

⁴⁹ L.H.C. Hullsman, *The Dutch Criminal Justice System From A Comparative*, di dalam D.C. Fokkema (Ed.) *Introduction To Dutch Law For Foreign Lawyers* (Kluwer Deventer, The Netherlands 1978), hal. 320, yang dikutip dari Buku Barda Nawawi Arief, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2003, hal 135.

⁵⁰ Andi Hamzah, *Sistem Pidana dan Pemidanaan Indonesia, dari Retribusi ke Reformasi*, Pradnya Paramita, Jakarta 1986, hal. 1.

⁵¹ Barda Nawawi Arief, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Opcit. hal.136.

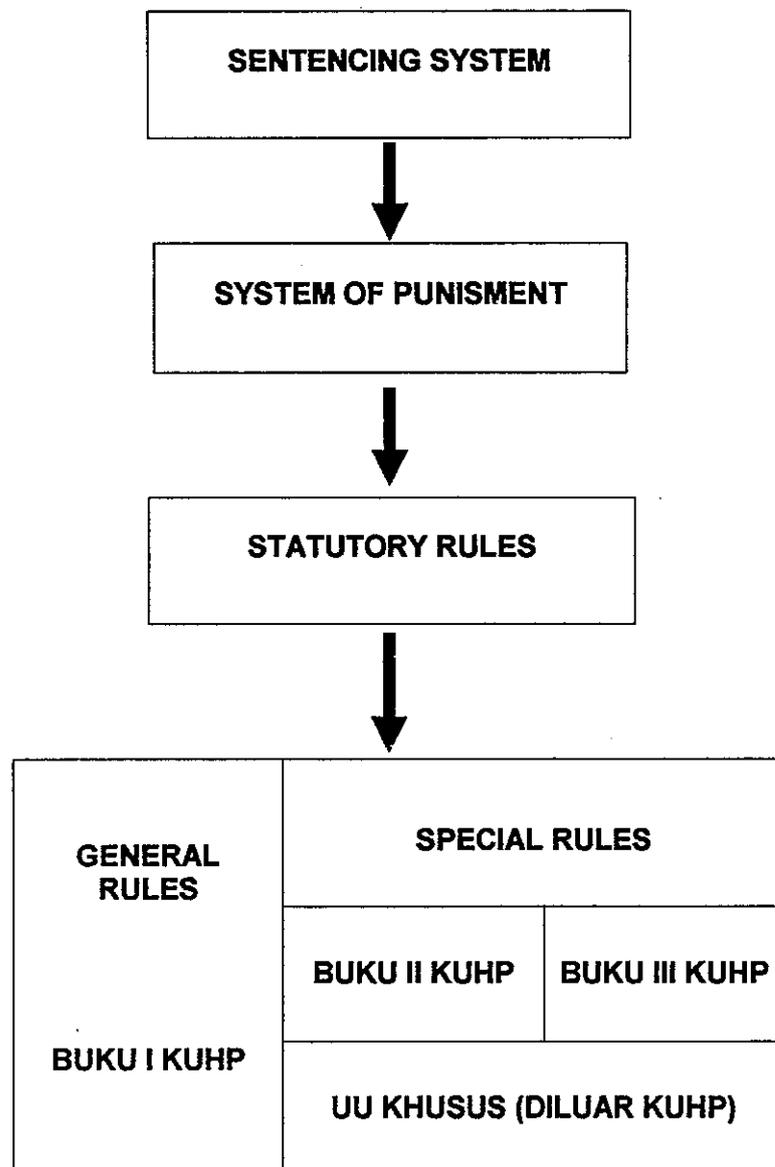
4. keseluruhan sistem (aturan perundang-undangan) yang mengatur bagaimana hukum pidana itu ditegakkan atau dioperasionalkan secara konkret sehingga seseorang dijatuhi sanksi (hukum pidana).

Menurut **Barda Nawawi arief** dengan adanya pengertian tersebut, maka semua peraturan perundang-undangan mengenai Hukum Pidana Materiel/Substantif, Hukum Pidana Formal dan Hukum Pelaksanaan Pidana dapat dilihat sebagai satu kesatuan sistem pemidanaan. Dengan kata lain, sistem pemidanaan terdiri dari subsistem hukum pidana substansitif, subsistem hukum pidana formal dan subsistem hukum pelaksanaan/eksekusi pidana⁵².

Selanjutnya dikemukakan **Barda Nawawi Arief** , bertolak dari pengertian di atas, apabila dibatasi pada hukum pidana substantif maka keseluruhan sistem peraturan perundang-undangan ("*the statutory rules*") yang terdapat dalam KUHP (sebagai induk aturan umum) dan undang-undang khusus diluar KUHP pada hakekatnya merupakan satu kesatuan sistem pemidanaan substantif. Menurut beliau keseluruhan peraturan perundang-undangan ("*the statutory rules*") dibidang hukum pidana substantif itu terdiri dari aturan umum (*general rules*) dan aturan khusus (*special rules*). Aturan umum terdapat dalam KUHP (buku I) dan aturan khusus terdapat dalam KUHP (buku II dan buku

⁵² Barda Nawawi Arief, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Ibid hal 136.

III) maupun didalam Undang-undang khusus diluar KUHP. Aturan khusus ini pada umumnya memuat perumusan tindak pidana tertentu, namun dapat pula memuat aturan khusus yang menyimpang dari aturan umum. Dengan demikian hukum pidana substantif (sistem pidanaaan substantif) yang berlaku saat ini dapat digambarkan sebagai berikut :⁵³



⁵³ Barda Nawawi Arief, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Ibid hal 139-140

Perkembangan sistem pidana yang telah menjadi kecenderungan internasional dimulai dari lahirnya ide individualisasi pidana yang merupakan salah satu karakteristik dari aliran modern dan aliran neo-klasik dalam hukum pidana. Sebagai konsekuensi dari individualisasi pidana, maka sistem pidana dalam hukum pidana modern berorientasi pada pelaku dan perbuatan (*daad-dader strafrecht*) sehingga yang menjadi tujuan pidanaannya adalah perlindungan masyarakat (*social defence*) dengan mengarahkan kepada perlindungan masyarakat dari kesejahteraan serta keseimbangan dan keselarasan hidup dalam masyarakat dengan memperhatikan kepentingan masyarakat/negara, korban dan pelaku.

Bertitik tolak dari tujuan di atas, maka pidana harus mengandung unsur-unsur yang bersifat⁵⁴:

1. Kemanusiaan, dalam arti bahwa pidana tersebut, menjunjung tinggi harkat dan martabat seseorang;
2. Edukatif, dalam arti bahwa pidana itu mampu membuat orang sadar sepenuhnya atas perbuatan yang dilakukan dan menyebabkan ia mempunyai sikap jiwa yang positif dan konstruktif bagi usaha penanggulangan kejahatan;
3. Keadilan dalam arti pidana tersebut dirasakan adil (baik oleh terdakwa maupun oleh korban ataupun masyarakat).

⁵⁴ Disarikan dari laporan *Simposium Pembaharuan Hukum Pidana Nasional*, BPHN, Departemen Kehakiman Republik Indonesia, Jakarta, 1980, hal 6-7.

Apabila dihubungkan dengan politik kriminal yang mempunyai arti sebagai suatu usaha yang rasional dari masyarakat dalam menanggulangi kejahatan, maka sistem pidana yang dimaksud merupakan bagian dari politik kriminal.

3. Tujuan Pidana

Cesare Beccaria Bonesane⁵⁵, memperkenalkan pidana yang lebih manusiawi dalam bukunya "*Dei delitti e delle pene*" atau "tentang kejahatan dan pidana". Menurut **Beccaria** didalam bukunya tersebut, pidana itu harus tercantum lebih dahulu dalam undang-undang dan hakim terikat pada undang-undang, pidana yang kejam melampaui batas adalah tidak berguna, hakim tidak boleh menafsirkan undang-undang, tujuan pidana ialah pencegahan khusus dan pencegahan umum (*speciale en generale preventie*). Tujuan pidana tiada lain agar penjahat tidak lagi melakukan kejahatan dan orang lain ngeri melakukan hal yang sama.

Dalam KUHP yang berlaku sekarang, tidak ditetapkan mengenai tujuan diadakannya pidana. Namun dalam Konsep KUHP, Departemen Hukum Dan Perundang-undangan Tahun 1999-2000 telah ditetapkan masalah tujuan pidana. Dalam Pasal 50 Konsep KUHP disebutkan :

- (1) Pidana bertujuan:
 - a. mencegah dilakukannya tindak pidana dengan menegakkan norma hukum demi pengayoman masyarakat;

⁵⁵ A.Z. Abidin & Andi Hamzah, Bentuk-bentuk Khusus Perwujudan Delik, Opcit hal. 322.

- b. memasyarakatkan terpidana dengan mengadakan pembinaan sehingga menjadi orang yang baik dan berguna ;
 - c. menyelesaikan konflik yang ditimbulkan oleh tindak pidana, memulihkan keseimbangan, dan mendatangkan rasa damai dalam masyarakat ; dan
 - d. membebaskan rasa bersalah pada terpidana.
- (2) Pidana tidak dimaksudkan untuk menderitakan dan merendahkan martabat manusia.

Dalam Rancangan KUHP terlihat tidak hanya satu, tapi beberapa tujuan yang hendak dicapai. Oleh karena itu J.E. Lokollo⁵⁶ menyebut tujuan pidana ini bersifat *Multifold* (banyak lipatan), dengan satu lipatan sebagai lipatan inti, Koesnoen⁵⁷ memakai istilah *Primus inter pares*, sedang Muladi, memakai istilah *Integratif*⁵⁸.

Barda Nawawi Arief, berpendapat *banyaknya tujuan-tujuan pidana berinduk pada satu tujuan yaitu Perlindungan masyarakat untuk mencapai kesejahteraan masyarakat*. Tujuan ini merupakan tujuan umum, yang merupakan induk dari keseluruhan pendapat atau teori-teori mengenai tujuan pidana. Dengan kata lain, keseluruhan pendapat atau teori-teori mengenai tujuan pidana

⁵⁶ J.E. Lokollo, *Pidana Denda Dalam KUHP Baru*, Disampaikan dalam Lokakarya Bab-bab Kodifikasi Hukum Pidana Tentang Sanksi Pidana, BPHN, Jakarta, 1986, hal. 294.

⁵⁷ lihat dalam Barda Nawawi Arief, *Kebijakan Legislatif Dalam Penanggulangan Kejahatan Dengan Pidana Penjara*, Badan Penerbit Undip, 1994, hal. 12-13.

⁵⁸ Pandangan integratif dalam tujuan pidana yaitu tujuan pidana atas dasar alasan-alasan yang bersifat sosiologis, ideologis dan filosofis masyarakat Indonesia yang berdasarkan Pancasila dengan mengutamakan keserasian dan keseimbangan antara kehidupan masyarakat dan kehidupan individu. Perangkatnya adalah : Perlindungan Masyarakat, Memelihara Solidaritas, Pencegahan (Umum dan Khusus), Pengimbangan/pengimbangan. Lihat Muladi, *Lembaga Pidana Bersyarat*, Opcit, hal. 11.

hanya merupakan perincian atau pengindetifikasian dari tujuan umum ini.⁵⁹

Identifikasi beberapa aspek atau bentuk-bentuk perlindungan masyarakat untuk mencapai kesejahteraan melahirkan tujuan :⁶⁰

1. Perlindungan masyarakat terhadap perbuatan anti sosial yang merugikan dan membahayakan masyarakat, tujuannya adalah penanggulangan kejahatan, atau dipakai istilah penindasan kejahatan (*repression of crime*), pengurangan kejahatan (*reduction of crime*), pencegahan kejahatan (*prevention of crime*), pengendalian kejahatan (*control of crime*).
2. Perlindungan masyarakat terhadap sifat berbahaya (orang) si pelaku, tujuannya adalah untuk memperbaiki si pelaku. Juga dipakai istilah rehabilitasi, reformasi, *treatment of offenders*, reedukasi, readaptasi sosial, resosialisasi, pemasyarakatan dan pembebasan.
3. Perlindungan masyarakat terhadap penyalahgunaan kekuasaan dalam menggunakan sanksi pidana atau reaksi terhadap pelanggar pidana, tujuannya adalah untuk mengatur atau membatasi kesewenangan penguasa maupun warga masyarakat pada umumnya, atau dalam istilah lain *policing the police*, dan tujuan melindungi pelanggar dari pembalasan yang sewenang-wenang atau pembalasan tidak resmi (*unofficial retaliation*).
4. Aspek lain dari perlindungan masyarakat adalah mempertahankan keseimbangan atau keselarasan berbagai kepentingan dan nilai yang terganggu oleh kejahatan, sehingga tujuannya adalah untuk memelihara atau memulihkan keseimbangan masyarakat. Tujuan keempat ini merupakan induk dari teori retributif.

Keempat aspek pokok tujuan perlindungan masyarakat di atas mengandung dua aspek pokok :⁶¹

1. Perlindungan masyarakat terhadap tindak pidana,

⁵⁹ Barda Nawawi Arief, *Kebijakan Legislatif Dalam Penanggulangan Kejahatan Dengan Pidana Penjara*, *opcit*, hal. 85.

⁶⁰ *Ibid*, hal. 85-94.

⁶¹ *ibid*

2. Perlindungan masyarakat terhadap individu atau pelaku tindak pidana,

Aspek pokok yang pertama meliputi tujuan-tujuan :

- a. mencegah, mengurangi atau mengendalikan tindak pidana,
- b. memulihkan keseimbangan masyarakat yang perwujudannya sering dikemukakan dalam berbagai ungkapan, antara lain : menyelesaikan konflik, mendatangkan rasa aman, memperbaiki kerugian atau kerusakan yang timbul, menghilangkan noda-noda yang timbul, memperkuat nilai-nilai hidup dalam masyarakat.

Aspek pokok yang kedua bertujuan memperbaiki si pelaku yang sering dikemukakan dalam berbagai ungkapan seperti : melakukan rehabilitasi dan memasyarakatkan kembali si pelaku, membebaskan si pelaku, mempengaruhi tingkah laku si pelaku untuk tertib atau patuh pada hukum, melindungi si pelaku dari penerapan sanksi atau pembalasan yang sewenang-wenang luar hukum. Aspek pokok kedua ini dapat disebut individualisasi pidana.

Tujuan Pidanaan yang merupakan pembenaran atas penggunaan atau penjatuhan mempunyai banyak variasi dengan dasar-dasar pembenarannya (*rechtvaardigingsgrond*) dari tujuan penjatuhan pidana lahiriah teori-teori tentang pidana.

4. Teori-Teori Pidana

Apabila berbicara mengenai teori-teori pidana⁶² maka akan berhubungan langsung dengan pengertian hukum pidana subyektif (*jus puniendi*) seperti telah dijelaskan di muka. Keberadaan dari teori-teori ini adalah mencari dan menerangkan tentang dasar dari hak negara dalam menjatuhkan dan menjalankan pidana.

Secara tradisional, teori-teori tentang pidana pada umumnya dapat dibagi dalam dua kelompok teori, yaitu teori absolut dan teori relatif. Namun dalam perkembangannya muncul teori ketiga yang merupakan gabungan dari keduanya, yang dikenal dengan sebutan teori gabungan. Di bawah ini penjelasan dari masing-masing teori tersebut.

a. Teori Absolut (Teori Retributif)

Teori absolut (Teori Retributif) memandang bahwa pidana merupakan pembalasan atas kesalahan yang telah dilakukan. Teori ini berorientasi pada perbuatan dan terletak pada terjadinya kejahatan itu sendiri. Teori absolut mencari dasar pidana dengan memandang kemasa lampau, yaitu memusatkan argumennya pada tindakan yang sudah dilakukan. Menurut **Sahetappy**⁶³ teori absolut adalah teori tertua, setua

⁶² dalam banyak literatur hukum disebut dengan teori hukum pidana/strafrecht-theorien.

⁶³ J.E. Sahetappy, *Suatu Study Khusus Mengenai Ancaman Pidana Mati terhadap Pembunuhan Berencana*, CV. Rajawali, Jakarta, 1982, hal 198.

sejarah manusia. Teori absolut memandang pidana sebagai pembalasan terhadap pelaku kejahatan. Meskipun kecenderungan untuk membalas ini pada prinsipnya adalah suatu gejala normal, akan tetapi pembalasan tersebut harus dilihat sebagai suatu reaksi keras yang bersifat emosional dan karena itu cenderung irrasional.

Andi Hamzah mengemukakan, dalam teori absolut atau teori pembalasan, pidana tidaklah bertujuan untuk yang praktis, seperti memperbaiki penjahat. Kejahatan itu sendiri yang mengandung unsur-unsur untuk dijatuhkannya pidana. Pidana secara mutlak ada, karena dilakukannya suatu kejahatan dan tidak perlu memikirkan manfaat dari penjatuhan pidana.⁶⁴

Karl O. Christiansen, mengidentifikasi lima ciri pokok dari teori retributif (teori absolut), yakni :

- a. *The purpose of punishment is just retribution* (tujuan pidana hanyalah sebagai pembalasan);
- b. *Just retribution is ultimate aim, and not in itself a means to any other aim, as for instance social welfare which from this point of view is without any significance whatsoever* (pembalasan adalah tujuan utama dan didalamnya tidak mengandung sarana-sarana untuk tujuan lain seperti kesejahteraan masyarakat);
- c. *Moral guilt is the only qualification for punishment* (kesalahan moral sebagai satu-satunya syarat untuk pemidanaan);
- d. *The penalty shall be proportional to the moral guilt of the offender* (pidana harus disesuaikan dengan moral sipelaku);
- e. *Punishment point into the past, it is pure reproach, and its purpose is not to improve, correct, educate or resocialize the offender* (pidana melihat kebelakang, ia sebagai pencelaan

⁶⁴ Andi Hamzah, *Sistem Pidana dan Pemidanaan di Indonesia*, Opcit, hal. 26.

yang murni dan bertujuan tidak memperbaiki, mendidik dan meresosialisasi pelaku)⁶⁵.

Sedangkan Nigel Walker⁶⁶ dalam *Sentencing in Rational Society* menegaskan bahwa:

"Another Assumption which is built upon a retributive foundation is that the severity of sentence should be related to the amount of harm done by offence. This assumption is embodied in statutes which provide lesser maximum penalties for unsuccessful attempts than for successful attempts"

Menurut Johannes Andenaes, tujuan utama (primair) dari pidana menurut teori absolut adalah "untuk memuaskan tuntutan keadilan" (*to satisfy the claims justice*), sedangkan pengaruh-pengaruhnya yang menguntungkan adalah sekunder.⁶⁷

Tuntutan keadilan yang sifatnya absolut ini terlihat jelas dalam pendapat Immanuel Kant⁶⁸ di dalam bukunya "*Philosophy of Law*", sebagai berikut :

" pidana tidak pernah dilaksanakan semata-mata sebagai sarana untuk mempromosikan tujuan/kebaikan lain, baik bagi si pelaku itu sendiri maupun bagi masyarakat, tetapi dalam semua

⁶⁵ Karl O. Christiansen, *Some Consideration on the Possibility of a Rational Criminal Policy*, Resources Material Series No.7, UNAFEI, Tokyo, 1974, hal. 69. Lihat pada M. Sholehuddin, *Sistem Sanksi dalam Hukum Pidana*, RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2003, hal.34-35. Menurut M. Sholehuddin dalam teori retributif, pemidanaan diberikan karena si pelaku harus menerima sanksi itu demi kesalahannya. Pemidanaan menjadi retribusi yang adil bagi kerugian yang sudah diakibatkan – karenanya teori ini disebut juga teori Proporsionalitas.

⁶⁶ Nigel Walker, *Sentencing in a Rational Society*, Basic Books Inc. Publishers, New York, 1971, hlm.8 : "asumsi lain yang dibangun atas dasar retributif adalah beratnya sanksi harus berhubungan dengan besarnya kerugian yang ditimbulkan oleh pelanggar. Asumsi ini dimasukkan dalam undang-undang yang memberi sanksi pidana maksimum yang lebih kecil untuk usaha-usaha yang tidak berhasil daripada usaha-usaha yang berhasil" (terjemahan bebas dari penulis).

⁶⁷ Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Teori-teori....Op. Cit.*, hal. 11.

⁶⁸ Ibid hal.11.

hal harus dikenakan hanya karena orang yang bersangkutan telah melakukan suatu kejahatan.

Bahkan walaupun seluruh anggota masyarakat sepakat untuk menghancurkan dirinya sendiri (membubarkan masyarakatnya), pembunuh terakhir yang masih berada dalam penjara harus dipidana mati sebelum resolusi/keputusan pembubaran masyarakat itu dilaksanakan. Hal ini harus dilakukan karena setiap orang seharusnya menerima ganjaran dari perbuatannya, dan perasaan balas dendam tidak boleh tetap ada pada anggota masyarakat, karena apabila tidak demikian mereka semua dapat dipandang sebagai orang yang ikut ambil bagian dalam pembunuhan itu yang merupakan pelanggaran terhadap keadilan umum.”

Selanjutnya **Muladi dan Barda Nawawi Arief** menyatakan bahwa **Kant** memandang pidana sebagai “*Kategorische Imperatief*”, yaitu seseorang harus dipidana oleh hakim karena ia telah melakukan kejahatan. Pidana bukan merupakan suatu alat untuk mencapai tujuan, melainkan mencerminkan keadilan. Dengan demikian, menurut **Muladi dan Barda Nawawi Arief**, **Kant** berpendapat bahwa pidana merupakan suatu tuntutan kesusilaan.⁶⁹

Tokoh lain dari penganut teori absolut yang terkenal ialah **Hegel**⁷⁰. **Hegel** mengemukakan teori yang dikenal dengan *quashi-mathematic*, yaitu :

- *Wrong being (crime) is the negation of right; and*
- *Punishment is the negation of that negation.*

⁶⁹ *Ibid.* hal 11.

⁷⁰ *Ibid.* hal. 12. Dalam teori tersebut, Hegel berpendapat bahwa pidana merupakan keharusan logis sebagai konsekuensi dari adanya kejahatan. Karena kejahatan adalah pengingkaran terhadap ketertiban umum atau ketertiban hukum negara yang merupakan perwujudan dari cita susila, maka pidana merupakan *Negation der Negation* (peniadaan atau pengingkaran terhadap pengingkaran).

Dalam buku "Teori-Teori dan Kebijakan Pidana" karangan **Muladi** dan **Barda Nawawi Arief** dijelaskan pula pendapat dari **Nigel Walker**, yang menyatakan bahwa para penganut teori retributif ini dapat pula di bagi dalam beberapa golongan, yakni :

1. Penganut teori retributif yang murni (*the pure retributivist*) yang berpendapat bahwa pidana harus cocok atau sepadan dengan kesalahan si pembuat;
2. Penganut retributif tidak murni (dengan modifikasi), yang dapat pula dibagi dalam :
 - a. Penganut retributif yang terbatas (*the limiting retributivist*) yang berpendapat bahwa pidana tidak harus cocok/sepadan dengan kesalahan; hanya saja tidak boleh melebihi batas yang cocok/sepadan dengan kesalahan terdakwa.
 - b. Penganut retributif yang distributif (*retribution in distribution*), disingkat dengan teori *distributive*, yang berpendapat bahwa pidana janganlah dikenakan pada orang yang tidak bersalah, tetapi pidana juga tidak harus cocok/sepadan dan dibatasi oleh kesalahan. Prinsip "tiada pidana tanpa kesalahan" dihormati, tetapi

dimungkinkan adanya pengecualian, misalnya dalam hal *strict liability*.⁷¹

Nigel Walker menjelaskan bahwa hanya penganut *the pure retributivist* saja yang mengemukakan alasan-alasan atau dasar pembenaran untuk pidana. Oleh karena itu, golongan ini disebut golongan *Punisher* (penganut teori pidana). Sedangkan golongan *the limiting retributivist* dan golongan *retribution in distribution* tidak mengajukan alasan-alasan untuk pengenaan pidana, tetapi mengajukan prinsip-prinsip untuk pembatasan pidana. Menurut **Walker**, kedua golongan terakhir ini lebih dekat dengan paham yang *non-retributive*. Selanjutnya menurut **Nigel Walker**, kebanyakan KUHP di susun sesuai dengan penganut golongan *the limiting retributivist*, yaitu dengan menetapkan pidana maksimum sebagai batas atas, tanpa mewajibkan pengadilan untuk mengenakan batas maksimum yang telah ditentukan.⁷²

John Kaplan, dalam bukunya *Criminal Justice* membagi teori retributif ini menjadi dua, yaitu :

- a) Teori pembalasan (*the revenge theory*);
- b) Teori penebusan dosa (*the expiation theory*).⁷³

Pembalasan mengandung arti, bahwa hutang penjahat telah dibayarkan kembali (*the criminal is paid back*), sedangkan

⁷¹ *Ibid.* hal.12

⁷² *Ibid.* hal 13.

⁷³ *Ibid* hal.13

penebusan dosa mengandung arti bahwa si penjahat membayar kembali hutangnya (*the criminal pays back*). Jadi pengertiannya tidak jauh berbeda. Menurut **John Kaplan** tergantung dari cara orang berfikir pada saat orang menjatuhkan suatu sanksi. Apakah dijatuhkannya sanksi itu karena kita “menghutangkan sesuatu padanya” atautkah disebabkan “ia berhutang sesuatu pada kita.”

b. Teori Relatif

Teori relatif (teori tujuan) berporos pada tiga tujuan utama pemidanaan, yaitu: *preventif*, *deterrence* dan *reformatif*⁷⁴. Menurut **Adami Chazawi**⁷⁵ teori relatif berpokok pangkal bahwa pidana adalah alat untuk menegakkan tata tertib (hukum-pen) dalam masyarakat. Tujuan pidana adalah tata tertib masyarakat dan untuk menegakkan tata tertib itu diperlukan pidana.

Muladi dan Barda Nawawi Arief mengemukakan bahwa menurut teori ini, memidana bukanlah untuk memuaskan tuntutan absolut dari keadilan. Pembalasan itu sendiri tidak mempunyai nilai, tetapi hanya sebagai sarana untuk melindungi kepentingan masyarakat. Oleh karena itu, **J. Andenaes**

⁷⁴ khusus mengenai tujuan preventif dan deterrence, salah seorang tokoh aliran Klasik, Jeremy Bentham yang dikenal dengan ajaran Utilitarianisme-nya pernah mengajukan empat tujuan utama dari pidana: (1) mencegah semua pelanggaran, (2) mencegah pelanggaran yang paling jahat, (3) menekan kejahatan, dan (4) menekan kerugian/biaya sekecil-kecilnya. Lihat pada Muladi & Barda Nawai Arief, *Teori-teori.....*, Ibid. Hal 31.

⁷⁵ Adami Chazawi, *Pelajaran Hukum Pidana Bagian I, stelsel Pidana, Teori-Teori Pemidanaan & batas berlakunya Hukum Pidana*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2002, hal. 157.

menganggap teori ini dapat disebut sebagai “teori perlindungan masyarakat” (*the theory of social defence*).⁷⁶

Nigel Walker berpendapat bahwa bahwa teori ini lebih tepat disebut sebagai teori atau aliran reduktif (*the reductive point of view*), karena dasar pembenaran menurut teori ini adalah untuk mengurangi frekwensi kejahatan. Dengan demikian pidana bukanlah sekedar untuk melakukan pembalasan atau pengimbalan kepada orang yang telah melakukan suatu tindak pidana, tetapi mempunyai tujuan-tujuan tertentu yang bermanfaat. Oleh karena itu, teori relatif ini sering disebut juga teori tujuan (*utilitarian theory*). Dasar pembenaran dari teori ini adalah adanya pidana terletak pada tujuannya. Pidana dijatuhkan bukan karena orang membuat kejahatan (*quia peccatum est*), melainkan supaya orang jangan melakukan kejahatan (*nepeccatur*).⁷⁷

Berdasarkan tujuan pidana yang dimaksudkan untuk pencegahan kejahatan ini, selanjutnya dibedakan dalam prevensi khusus yang ditujukan terhadap terpidana dan prevensi umum yang ditujukan terhadap masyarakat pada umumnya.

⁷⁶ Muladi & Barda Nawai Arief, *Teori-teori...., Op.Cit.*, hal 17.

⁷⁷ *Ibid*, hal. 16.

Van Hammel menunjukkan bahwa prevensi khusus suatu pidana ialah :

1. Pidana harus memuat suatu unsur menakutkan supaya mencegah penjahat yang mempunyai kesempatan, untuk tidak melaksanakan niat buruknya.
2. Pidana harus mempunyai unsur memperbaiki terpidana.
3. Pidana mempunyai unsur membinasakan penjahat yang tidak mungkin diperbaiki.
4. Tujuan satu-satunya suatu pidana ialah mempertahankan tata cara tertib hukum.⁷⁸

Van Bemmelen mengemukakan sesuatu yang berbeda. Menurutny, Selain prevensi spesial dan prevensi general, ada satu hal lagi yang juga termasuk dalam golongan teori relatif ini, yaitu sesuatu yang disebutnya sebagai "daya untuk mengamankan". Dalam hal ini dijelaskan bahwa merupakan kenyataan, khususnya pidana pencabutan kemerdekaan, lebih mengamankan masyarakat terhadap kejahatan selama penjahat tersebut berada di dalam penjara daripada kalau dia tidak dalam penjara.⁷⁹

c. Teori Gabungan

Teori gabungan mendasarkan pidana pada asas pembalasan dan asas pertahanan tata tertib masyarakat. Dengan kata lain dua alasan itu adalah menjadi dasar dari

⁷⁸ G.A. Van Hammel, *Inleiding tot de Studie van Het Ned Strafrecht*, Harlem : De Erven F. Bohm, 1929, hal. 29, dikutip dari buku Andi Hamzah, *Sistem Pidana dan Pemidanaan di Indonesia*, Opcit, hal 31.

⁷⁹ Muladi & Barda Nawai Arief, *Teori-teori....*, Opcit, hal. 19.

penjatuhan pidana. Teori gabungan ini dapat dibedakan menjadi dua golongan besar, yaitu:

1. teori gabungan yang mengutamakan pembalasan, tetapi pembalasan itu tidak boleh melampau batas dari apa yang perlu dan cukup untuk dapat dipertahkannya tata tertib masyarakat;
2. teori gabungan yang mengutamakan perlindungan tata tertib masyarakat, tetapi penderitaan atas dijatuhinya pidana tidak boleh lebih berat daripada perbuatan yang dilakukan terpidana⁸⁰.

Van Bemmelen merupakan salah satu tokoh dari penganut teori gabungan yang menitik beratkan pada unsur pembalasan, mengatakan :

"Pidana bertujuan membalas kesalahan dan mengamankan masyarakat. Tindakan bermaksud mengamankan dan memelihara tujuan. Jadi pidana dan tindakan keduanya bertujuan mempersiapkan untuk mengembalikan terpidana ke dalam kehidupan masyarakat."⁸¹

Adapun menurut **Muladi**⁸² dalam disertasinya, membagi teori-teori pemidanaan menjadi tiga kelompok, *pertama*, teori retributif. *Kedua*, teori teleologis. *Ketiga*, teori retributif-teleologis. Dua teori yang terdahulu mempunyai makna yang tidak berbeda dengan penjelasan di atas. Adapun teori retributif-

⁸⁰ Scharavendijk, H.J., *Buku Pelajaran tentang Hukum Pidana Indonesia*, J.B. Wolters, Jakarta-Gronigen, 1955, hal.218.

⁸¹ Andi Hamzah, *Op.Cit.*, hal 32.

⁸² Muladi, *Lembaga Pidana Bersyarat, Opcit*, hal 49-51.

teleologis berpandangan bahwa tujuan pidanaaan bersifat plural, karena menggabungkan antara prinsip-prinsip teleologis dan retributif sebagai satu kesatuan, sehingga teori ini sering disebut teori integratif. Pandangan ini menganjurkan adanya kemungkinan untuk mengadakan artikulasi terhadap teori pidanaaan yang mengintegrasikan beberapa fungsi sekaligus, *retribution* yang bersifat *utilitarian*. Pencegahan dan sekaligus rehabilitasi, kesemuanya dilihat sebagai sasaran yang harus dicapai oleh suatu rencana pidanaaan.

B. Tinjauan Teoritis Mengenai Alasan Penghapus Pidana

1. Pengertian Alasan Penghapus Pidana

Terwujudnya suatu tindak pidana, tidak selalu menimbulkan dijatuhkannya suatu sanksi pidana terhadap sipelaku, undang-undang telah mengatur mengenai alasan-alasan yang menghapuskan pidana dengan tujuan untuk mencapai derajat keadilan yang setinggi-tingginya. Ada banyak hal, baik yang bersifat obyektif maupun subyektif yang mendorong dan mempengaruhi seseorang mewujudkan suatu tingkah laku yang pada kenyataannya dilarang oleh undang-undang, pemikiran yang seperti inilah yang mendasari faktor-faktor yang menyebabkan tidak dipidananya sipembuat.

Menurut **Sofjan Sastrawidjaja**⁸³, alasan penghapus pidana adalah alasan-alasan yang memungkinkan seseorang yang melakukan perbuatan yang memenuhi rumusan tindak pidana, tetapi tidak dapat dipidana. Hal ini sejalan dengan pendapat **Sudarto**⁸⁴, yang menyatakan alasan penghapus pidana, sebagai alasan-alasan yang memungkinkan seseorang yang memenuhi rumusan delik tidak dipidana.

Sedangkan **Schaffmeister**, merumuskan alasan penghapus pidana sebagai keadaan khusus (yang harus dikemukakan [tetapi tidak dapat dibuktikan] oleh terdakwa) yang, kalau dipenuhi, menyebabkan -- meskipun terhadap semua unsur tertulis dari rumusan delik telah dipenuhi -- tidak dapat dijatuhkan pidana⁸⁵.

Menurut **Adami Chazawi**⁸⁶, dilihat dari sudut sumbernya, mengenai alasan penghapus pidana ada 2 macam, yaitu: (1) yang berasal dari *Undang-Undang* dan (2) yang berasal dari *luar Undang-Undang*. Dasar Peniadaan pidana (Alasan Penghapus Pidana-pen.) yang bersumber dari Undang-undang, dibedakan lagi antara (a) yang berlaku untuk semua jenis dan macam tindak pidana, disebut **Alasan Penghapus Pidana Umum**, dan (b) yang

⁸³ Sofjan Sastrawidjaja, *Hukum Pidana (Asas Hukum Pidana sampai dengan Alasan Peniadaan Pidana)*..., Opcit hal. 217. Sofjan Sastrawidjaja merumuskan Alasan Penghapus Pidana sebagai Alasan-Alasan Peniadaan Pidana.

⁸⁴ Soedarto, *Hukum Pidana I.*, Opcit hal.138.

⁸⁵ Schaffmeister, N. Keijer, E.PH. Sitorius, *Hukum Pidana*, editor Penerjemahan J.E.Sahetappy, Konsorsium Ilmu Hukum P&K., Liberty, Yogyakarta, 1995, hal. 55.

⁸⁶ Adami Chazawi, Pelajaran Hukum Pidana Bagian 2, *Penafsiran hukum pidana, Dasar Peniadaan, Pemberatan dan Peringanan Pidana, Kejahatan Aduan*, Cetakan I, PT.RajaGrafindo, Jakarta, 2002, hal. 15.

berlaku terbatas pada tindak pidana khusus tertentu, yang dicantumkan dalam rumusan tindak pidana yang bersangkutan, disebut dengan ***Alasan Penghapus Pidana Khusus***.

2. Alasan Penghapus Pidana Dalam Undang-Undang

Alasan penghapus pidana yang menyebabkan tidak dipidananya pembuat yang bersifat umum dalam Undang-Undang (*Strafuitsluitingsgronden*) harus dibedakan dengan hal-hal yang menyebabkan tidak dapat dituntutnya sipembuat (*vervolgingsuitsluitingsgronden*), walaupun bagi kedua-duanya sama, dimana sipembuat tidak dipidana karena perbuatannya.

Didalam Bab III KUHP, ditentukan ada 7 (tujuh) dasar yang menyebabkan tidak dapat dipidananya sipembuat, yaitu :

1. Adanya ketidak mampuan bertanggung jawab si pembuat (*ontoerekeningsvatbaarheid*, Pasal 44 ayat 1 KUHP);
 2. Daya paksa (*overmacht*, Pasal 48 KUHP);
 3. Pembelaan terpaksa/pembelaan darurat (*noodwer*, Pasal 49 ayat 1 KUHP);
 4. Pembelaan terpaksa yang melampaui batas (*noodwer exces*, Pasal 49 ayat 2 KUHP);
 5. Menjalankan peraturan perundang-undangan (Pasal 50 KUHP);
 6. Menjalankan perintah jabatan yang sah (Pasal 51 ayat 1 KUHP);
- dan

7. Menjalankan Perintah Jabatan yang tidak sah dengan itikad baik (Pasal 51 ayat 2 KUHP).

Menurut doktrin hukum pidana, 7 (tujuh) hal penyebab tidak dipidanya sipembuat tersebut, dibedakan dan dikelompokkan menjadi 2 dasar, yakni (1) atas dasar alasan pemaaf (*schulduitsluitingsgronden*) yang bersifat subyektif dan melekat pada diri orangnya, khususnya mengenai sikap batin sebelum atau pada saat akan berbuat, dan (2) atas dasar alasan pembenar (*rechtsvaardingsgronden*), yang bersifat obyektif dan melekat pada perbuatannya atau hal-hal lain diluar batin sipembuat, atau dengan kata lain menurut **Schaffmeister**⁸⁷ secara singkat dapat dirumuskan: kalau ada alasan pembenar, maka sifat melawan hukum umum tidak ada, dan kalau ada alasan pemaaf, maka sifat dapat dicela tidak ada.

Walaupun *Memorie van Toelichting (M.v.T)* tidak secara tegas membedakan antara alasan pemaaf dan alasan pembenar, tetapi pada dasarnya juga membagi antara (1) alasan penghapus pidana yang berasal dari dalam batin sipembuat (Pasal 44 ayat ke (1) dan ke (2) KUHP) dan (2) alasan penghapus pidana yang berasal dari luar batin sipembuat (Pasal 48, 49, 50 dan 51 KUHP).

Pada umumnya pakar hukum memasukkan kedalam alasan pemaaf, yaitu:

⁸⁷ Scaffmeister, N. Keijer, E.PH.Sutorius, *Hukum Pidana..* Opcit, hal.56.

- a. Ketidakmampuan bertanggung jawab;
- b. pembelaan terpaksa yang melampaui batas;
- c. dalam hal menjalankan perintah jabatan yang tidak sah dengan beritikad baik.

Termasuk kedalam alasan pembedah menurut **Schaffmeister**⁸⁸ adalah:

- a. daya paksa⁸⁹;
- b. pembelaan darurat/pembelaan terpaksa;
- c. sebab menjalankan perintah undang-undang;
- d. sebab menjalankan perintah jabatan yang sah;

Adapun tidak dipidanya sipembuat karena alasan pemaaf (*fait d'excuse*), ialah bahwa perbuatannya walaupun terbukti melanggar Undang-undang, yang berarti pada perbuatannya tetap bersifat melawan hukum, namun berhubung hilang atau hapusnya kesalahan pada diri sipembuat, maka perbuatannya itu tidak dapat dipertanggungjawabkan kepadanya, sipelaku dimaafkan atas perbuatannya itu. Contohnya orang gila memukul orang lain sampai luka berat.

Sementara dalam alasan pembedah, tidak dipidanya sipembuat atas alasan pembedah, karena pada perbuatan yang dilakukannya *kehilangan sifat melawan hukumnya perbuatan*.

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ yang dinamakan daya paksa, hingga saat ini belum ada kesatuan pendapat, ada yang mengatakan daya paksa sebagai alasan pembedah, ada juga yang mengatakan sebagai alasan pemaaf, Sudarto berpendapat bahwa mengenai daya paksa ini ada dua kemungkinan dapat menjadi alasan pembedah juga dapat menjadi alasan pemaaf, Sudarto, *hukum Pidana I...* Opcit. 139-140.

Walaupun pada kenyataannya perbuatan sipembuat telah memenuhi unsur tindak pidana, tetapi karena hapusnya sifat melawan hukum pada perbuatan itu, maka sipembuatnya tidak dapat dipidana. Contohnya seorang petinju yang bertanding di atas ring memukul lawannya hingga luka-luka, bahkan hingga menyebabkan kematian.

**Skema Alasan Penghapus Pidana Umum Yang tertulis
(Written Defence)**

Alasan Pembena	Alasan Pemaaf
<ul style="list-style-type: none"> - Daya paksa - Pembelaan terpaksa - Menjalankan Peraturan perundang-undangan - Menjalankan perintah jabatan yang sah 	<ul style="list-style-type: none"> - Tidak mampu bertanggung jawab - Pembelaan terpaksa melampau batas - Menjalankan perintah jabatan yang tidak sah

Mengenai uraian lebih lanjut tentang pengertian-pengertian di atas akan penulis bahas dalam bab selanjutnya.

3. Alasan Penghapus Pidana Diluar Undang-Undang

Adami Chazawi,⁹⁰ membagi alasan penghapus pidana diluar Undang-undang (*Unwritten Defence*) menjadi dua, yaitu:

- a. Apa yang disebut dengan *kehilangan sifat tercelanya secara materiel (melawan hukum materiel)* dari suatu perbuatan atau melawan hukum dalam fungsinya yang negatif;
- b. Didasarkan pada asas *tiada pidana tanpa kesalahan (geen straf zonder schuld)*;

Kehilangan sifat tercela secara materiel (melawan hukum materiel) dari suatu perbuatan atau melawan hukum dalam fungsinya yang negatif mengandung arti mencari ketiadaan unsur melawan hukum diluar undang-undang untuk tidak mempidana suatu perbuatan yang dilakukan seseorang atau dengan kata lain dapat diartikan sebagai perbuatan yang mengandung sifat tercela menurut masyarakat, yang tidak tercela menurut undang-undang tidak dapat dipidana, atau sebaliknya pada perbuatan yang secara nyata terlarang menurut undang-undang, yang karena sesuatu faktor atau sebab tertentu menjadi tidak mengandung sifat tercela atau kehilangan sifat tercelanya menurut masyarakat, maka terhadap sipembuatnya tidak dipidana⁹¹.

Adapun mengenai asas *tiada pidana tanpa kesalahan*, telah dianut sejak tahun 1930, hanya sipembuat yang terbukti bersalah

⁹⁰ Adami Chazawi, *Pelajaran Hukum Pidana bagian 2*, Opcit. Hal. 66

⁹¹ Disarikan dari buku Adami Chazawi, *Ibid* hal. 66-67. (garis bawah dari penulis).

saja yang dapat dijatuhi pidana. Kesalahan adalah bagian penting dalam tindak pidana dan demikian juga halnya untuk menjatuhkan pidana. Jika kesalahan itu tidak ada pada sipembuat dalam suatu perbuatan tertentu, maka berdasarkan asas ini sipembuatnya tidak boleh dipidana.

Sudarto berpendapat mengenai alasan penghapus pidana diluar undang-undang ini yang termasuk alasan pembenar, misalnya mengenai hak dari orang tua/guru untuk menertibkan anak-anak atau anak didiknya (*tuchtrecht*); hak yang timbul dari pekerjaan (*beroepsrecht*); ijin atau persetujuan dari orang yang dirugikan kepada orang lain mengenai suatu perbuatan yang dapat dipidana, apabila dilakukan tanpa ijin atau persetujuannya (*consent of the victim*); mewakili urusan orang lain (*zaakwaameming*); tidak adanya unsur sifat melawan hukum materiil. Sedangkan yang menjadi alasan pemaafnya adalah tidak adanya kesalahan sama sekali (taksi atau avas).⁹²

⁹² Sudarto, Opcit. Hal. 156-157, mengenai tidak adanya kesalahan sama sekali (taksi/avas) ini merupakan alasan penghapus pidana yang bersifat *putatief*, yaitu seseorang mengira telah berbuat sesuatu dalam daya paksa atau dalam keadaan pembelaan darurat atau dalam menjalankan undang-undang atau dalam menjalankan perintah jabatan yang sah, pada kenyataannya ialah bahwa tidak ada alasan penghapus pidana tersebut, maka ia tidak dapat dipidana.

C. Pengertian dan Ruang Lingkup Kebijakan Pembaharuan Hukum Pidana

1. Tinjauan Umum Mengenai Kebijakan Hukum Pidana

Istilah "Kebijakan" merupakan terjemahan dari kata politik. Politik sering diartikan sebagai bermacam-macam kegiatan dalam sistem politik (negara) yang menyangkut proses penentuan tujuan-tujuan dari suatu sistem dan melaksanakan tujuan-tujuan tersebut.⁹³ **Charles O. Jones** mendefinisikan kebijakan sebagai keputusan tetap yang dicirikan konsistensi dan pengulangan tingkah laku dari mereka yang membuat dan dari mereka yang mematuhi keputusan tersebut.⁹⁴

Dalam bidang hukum dikenal istilah "Kebijakan Hukum" seperti yang dikatakan oleh **G.P. Hoefnagels**⁹⁵ sebagai bagian integral yang tidak terpisahkan dari kebijakan sosial (*social policy*) yang dalam perkembangannya melahirkan istilah kebijakan penegakan hukum (*law enforcement policy*).

Menurut **Sudarto**⁹⁶, kebijakan hukum mencakup dua hal yaitu : (1) usaha untuk mewujudkan peraturan-peraturan yang baik sesuai dengan keadaan dan situasi masyarakat pada suatu saat; (2) kebijakan dari badan-badan yang berwenang untuk menetapkan peraturan-peraturan yang dikehendaki yang diperkirakan bisa

⁹³ Mirian Budiarjo, *Dasar-Dasar Ilmu Politik*, Gramedia, Jakarta, 1991, hal. 8.

⁹⁴ Charles O. Jones, *Pengantar Kebijakan Publik*, Grafindo, Jakarta, 1994, hal. 47.

⁹⁵ G.P. Hoefnagels, *The Other Side of Criminology*, Deventer-Kluwer, Holland, 1978, hal 57.

⁹⁶ Sudarto, *Hukum Pidana dan Perkembangan Masyarakat*, Sinar Baru, Bandung, hal.20.

digunakan untuk mengekspresikan apa yang terkandung dalam masyarakat dan mencapai apa yang dicita-citakan.

Kebijakan (politik) hukum mengemban peran yang sangat besar dalam memberi arah bagi upaya penegakan hukum nasional termasuk memberikan suatu pedoman bagi upaya pembangunan hukum nasional yang berfungsi sebagai sarana pendukung bagi upaya pencapaian tujuan nasional. Kebijakan penanggulangan kejahatan (politik kriminal) merupakan bagian dari kebijakan penegakan hukum. **Sudarto**⁹⁷ membedakan pengertian kebijakan (politik) kriminal dalam beberapa tingkatan arti, yaitu :

- a. Dalam arti sempit, kebijakan kriminal adalah keseluruhan asas dan metode yang menjadi dasar dan reaksi terhadap pelanggaran hukum yang berupa pidana.
- b. Dalam arti luas, kebijakan kriminal adalah keseluruhan fungsi dari aparaturnya penegak hukum, termasuk didalamnya cara kerja dari pengadilan dan polisi.
- c. Dalam arti paling luas, kebijakan kriminal merupakan keseluruhan kebijakan yang dilakukan melalui perundang-undangan dan badan-badan resmi yang bertujuan untuk menegakan norma-norma sentral dari masyarakat.

⁹⁷ Sudarto, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, 1986, hal. 113-114.

Mengenai tujuan kebijakan kriminal dikemukakan di dalam "Summary report" dari 34th Internasional Training Course yang diselenggarakan oleh UNAFEI di Tokyo, Tahun 1973:

"Most of the group members agreed after discussion that protection of the society could be accepted as the final goal of criminal policy, although not the ultimate aim of society, which might perhaps be described by term like "happines of citiziens", a wholesome and cultural living", "social welfare" or "equality".⁹⁸

Dalam *summary report* disebutkan bahwa sebagian besar anggota kelompok setelah berdiskusi menyetujui bahwa perlindungan dari masyarakat dapat diterima sebagai tujuan akhir dari kebijakan kriminal.

Marc Ancel mengemukakan bahwa "*penal policy*" merupakan salah satu komponen esensial dari "*modern criminal science*" di samping "*criminology*" dan "*Criminal law*"⁹⁹. Mempelajari kebijakan hukum pidana pada dasarnya mempelajari masalah bagaimana sebaiknya hukum pidana itu dibuat, disusun dan digunakan untuk mengatur/mengendalikan tingkah laku manusia, khususnya untuk menanggulangi kejahatan dalam rangka melindungi dan mensejahterakan masyarakat. Sasaran hukum pidana tidak hanya perbuatan jahat dari warga masyarakat tetapi juga perbuatan (kewenangan/kekuasaan) penguasa/aparat

⁹⁸ Summit Report, dari 34 th International Training Course, 1996. dalam Barda Nawawi Arief, *Kebijakan Legislatif dalam Menanggulangi Kejahatan dengan Pidana Penjara*, Semarang UNDIP, hal 31.

⁹⁹ Marc Ancel, Social Defence, dalam Barda Nawawi Arief, *Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan Pengembangan Hukum Pidana*, Citra Aditya Bhakti, Bandung, 1998 hal. 98.

penegak hukum. Hukum pidana mengandung pula kajian terhadap aspek pengaturan dan kebijakan pengalokasian kekuasaan baik kekuasaan untuk menetapkan hukum pidana (kekuasaan formulatif/legislatif), mengenai perbuatan apa yang dapat dipidana dan sanksi apa yang dapat dikenakan, maupun kekuasaan untuk menerapkan hukum pidana (kekuasaan aplikatif/yudikatif) dan kekuasaan untuk menjalankan/melaksanakan hukum pidana (kekuasaan eksekutif/administratif).¹⁰⁰

Disisi lain G.P. Hoefnagels¹⁰¹ mendefinisikan kebijakan kriminal (criminal policy) sebagai *the rational organization of the social reaction to crime*. Oleh karenanya dapat digarisbawahi bahwa kebijakan kriminal merupakan usaha yang rasional dari masyarakat untuk mencegah kejahatan dan mengadakan reaksi terhadap kejahatan. Usaha yang rasional tersebut merupakan konsekuensi yang logis, karena didalam melaksanakan politik, orang mengadakan penilaian dan melakukan pemilihan dari sekian banyak alternatif yang dihadapi.¹⁰²

Pilihan yang rasional terhadap alternatif yang dihadapi tersebut dapat berupa penggunaan kebijakan hukum pidana (*penal policy*) maupun sarana selain hukum pidana (*non penal policy*). Penggunaan kebijakan hukum pidana (*penal policy*) haruslah

¹⁰⁰ Ibid, hal. 99.

¹⁰¹ G.P. Hoefnagels, *The Other Side of Criminology*, Opcit. hal 57.

¹⁰² Sudarto, *Hukum dan Hukum Pidana*, Opcit, hal. 153.

merupakan suatu usaha atau langkah-langkah yang dibuat secara sengaja dan sadar serta memperhitungkan semua faktor yang dapat mendukung berfungsinya atau bekerjanya hukum pidana itu. Sehingga diperlukan pendekatan yang fungsional yang melekat pada setiap kebijakan yang rasional.¹⁰³

Dalam pelaksanaannya upaya menanggulangi kejahatan melalui hukum pidana (*penal policy*) memiliki banyak keterbatasan dan kelemahan. **Barda Nawawi Arief**¹⁰⁴ mengidentifikasi sebab-sebab keterbatasan kemampuan hukum pidana dalam menanggulangi kejahatan, antara lain :

- a. Sebab-sebab kejahatan yang demikian kompleks berada diluar jangkauan hukum pidana;
- b. Hukum pidana hanya merupakan bagian kecil (subsistem) dari sarana kontrol sosial yang tidak mungkin mengatasi masalah kejahatan sebagai masalah kemanusiaan dan kemasyarakatan yang sangat kompleks (sebagai masalah sosio-psikologis, sosio-politik, sosio-ekonomi, sosio-kultural dan sebagainya);
- c. Penggunaan hukum pidana dalam menanggulangi kejahatan hanya merupakan "*kurieren am sympton*", oleh karena itu hukum pidana itu hanya merupakan "pengobatan simptomatik" dan bukan "pengobatan kausatif";
- d. Sanksi hukum pidana merupakan "*remedium*" yang

¹⁰³ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rmpai Kebijakan Hukum Pidana*, Opcit hal. 37-38.

¹⁰⁴ Barda Nawawi Arief, *Beberapa Aspek Opcit*, hal. 46-47.

- mengandung sifat kontradiktif/paradoksial dan mengandung unsur-unsur serta efek samping yang negatif;
- e. Sistem pidana bersifat fragmentair dan individual/personal, tidak bersifat struktural fungsional;
 - f. Keterbatasan jenis sanksi pidana dan sistem perumusan sanksi pidana yang bersifat kaku dan imperatif;
 - g. Bekerjanya/berfungsinya hukum pidana memerlukan sarana pendukung yang lebih bervariasi dan lebih menuntut "biaya tinggi".

Bertolak dari keterbatasan dan kelemahan sarana penal, **Nigel Walker**¹⁰⁵ mengemukakan beberapa "prinsip-prinsip pembatas" (*the limiting principles*) antara lain sebagai berikut :

- a. Jangan menggunakan hukum pidana semata-mata untuk tujuan pembalasan/retributif;
- b. Jangan menggunakan hukum pidana untuk memidana perbuatan yang tidak merugikan/membahayakan;
- c. Jangan menggunakan hukum pidana untuk mencapai suatu tujuan yang dapat dicapai secara lebih efektif dengan sarana-sarana lain yang lebih ringan;
- d. Jangan menggunakan hukum pidana apabila kerugian/bahaya yang timbul dari pidana lebih besar daripada kerugian/bahaya dari perbuatan/tindak pidana itu sendiri;

¹⁰⁵ Nigel Walker, *Sentencing in a Rational Society*, dalam Barda Nawawi Arief, *Ibid.* hal. 141.

- e. Larangan-larangan hukum pidana jangan mengandung sifat lebih berbahaya daripada perbuatan yang akan dicegah;
- f. Hukum pidana jangan membuat larangan-larangan yang tidak mendapat dukungan kuat dari publik;
- g. Hukum pidana jangan membuat larangan/ketentuan-ketentuan yang tidak dapat dilaksanakan/dipaksakan (*unenforceable*).

Pembatasan yang hampir sama dikemukakan oleh **Jeremy Bentham**¹⁰⁶ yang menyatakan bahwa pidana jangan digunakan/dikenakan apabila "*groundless, neediess, unprofitable, or inefficacious*". **Herbert L. Packer**¹⁰⁷ juga mengingatkan bahwa penggunaan sanksi pidana secara sembarangan/tidak pandang bulu/menyamaratakan (*indiscriminately*) dan digunakan secara paksa (*coercively*) akan menyebabkan pidana itu menjadi pengancam yang utama (*prime threatener*).

2. Pembaharuan Hukum Pidana Nasional

Pembaharuan hukum pidana di Indonesia merupakan masalah yang penting dan mendesak, karena hukum pidana merupakan dilema bagi manusia. Di satu sisi sebagai sarana untuk melindungi masyarakat dari ancaman kejahatan, tetapi disisi lain dapat menjadi ancaman bagi hak asasi manusia berupa hilangnya kebebasan manusia baik untuk sementara atau seumur hidup, yang semestinya dilindungi oleh hukum pidana tersebut.

¹⁰⁶ Ibid, hal. 141.

¹⁰⁷ Ibid, hal.141-142.

Barda Nawawi Arief mengemukakan bahwa makna dan hakikat pembaharuan hukum pidana berkaitan erat dengan latar belakang dan urgensi diadakannya pembaharuan hukum pidana itu sendiri.¹⁰⁸

Dengan demikian, dapat dikatakan bahwa dalam suatu sejarah perjalanan bangsa, maka setiap diadakannya pembaharuan hukum pidana, tentu dilatar belakangi oleh beberapa aspek yang *urgensi* dengan diadakannya pembaharuan hukum pidana dari bangsa itu sendiri.

Selanjutnya dikemukakan oleh **Barda Nawawi Arief**¹⁰⁹ bahwa pembaharuan hukum pidana pada hakekatnya harus ditempuh dengan pendekatan yang berorientasi pada kebijakan dan sekaligus pendekatan yang berorientasi pada nilai. Dilihat dari sudut pendekatan kebijakan, maka :

- Sebagai bagian dari kebijakan sosial, pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya merupakan bagian dari upaya untuk mengatasi masalah-masalah sosial.
- Sebagai bagian dari kebijakan kriminal, pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya merupakan bagian dari upaya perlindungan masyarakat.

¹⁰⁸ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rmpai Kebijakan Hukum Pidana*, *Opcit* hal. 29.

¹⁰⁹ *Ibid*, hal. 28.

- Sebagai bagian dari kebijakan penegakan hukum, pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya merupakan bagian dari upaya memperbaharui sistem hukum.

Dilihat dari sudut pendekatan nilai pembaharuan hukum pidana mengandung makna, suatu upaya untuk melakukan reorientasi dan reformasi hukum pidana yang sesuai dengan nilai-nilai sentral sosio-politik, sosio-filosofis dan sosio-kultural masyarakat Indonesia yang melandasi dan memberi isi terhadap muatan normatif dan substantif hukum pidana yang dicita-citakan.

Oleh karena itu, pembaharuan hukum pidana di Indonesia seyogyanya memperhatikan pendekatan kebijakan dan pendekatan nilai ini. Hal ini penting demi tercapainya suatu hukum pidana yang dapat mengatasi masalah sosial, memberikan perlindungan kepada masyarakat dan bukan merupakan hukum yang tidak pernah beranjak dari jaman penjajahan.

Usaha pembaharuan hukum pidana di Indonesia sesungguhnya sudah dimulai sejak kemerdekaan, yaitu dalam bentuk penyusunan UUD 1945, yang dalam pembukaannya secara jelas tertulis tujuan negara, yaitu untuk melindungi segenap bangsa Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum berdasarkan Pancasila. Dengan demikian melindungi dan mensejahterakan seluruh lapisan masyarakat merupakan sarana utama sebagai politik sosial yang menjadi dasar politik kriminal dan pembaharuan

hukum pidana di Indonesia. Selain itu, guna menghindari kekosongan hukum, Undang Undang dasar 1945 memuat aturan peralihan, yang dalam Pasal II dinyatakan bahwa “segala badan negara dan peraturan yang ada masih langsung berlaku, selama belum diadakan yang baru menurut Undang Undang Dasar ini”. Dengan demikian, hukum pidana yang berlaku pada saat awal kemerdekaan itu adalah hukum pidana yang digunakan selama pendudukan tentara Jepang.

Pada bidang hukum pidana materiil, *Wetboek van Strafrecht voor Nederlands-Indie* masih tetap berlaku dan diterapkan selama masa pendudukan itu. Hal ini berarti pada kurun waktu itu tidak pernah ada suatu produk legislatif yang menyatakan *WvS* atau beberapa pasal dari *WvS* tersebut menjadi tidak berlaku. Hanya pada tahun 1944, Pemerintah Bala Tentara Jepang mengeluarkan apa yang disebut *Gunsei Keizirei* yang merupakan suatu peraturan serupa dengan KUHP, yang harus diterapkan oleh pengadilan-pengadilan pada waktu itu. Dengan sendirinya, apabila suatu perbuatan termasuk dalam rumusan atau kualifikasi delik *WvS* dan juga dalam *Gunsei Keizirei*. Keadaan ini berlangsung sampai dikeluarkan undang Undang Nomor 1 tahun 1946 tanggal 26 Pebruari 1946. Sejak saat inilah dapat dikatakan pembaharuan hukum pidana Indonesia dimulai.

Selanjutnya, apabila kita meninjau pada alasan mengapa diperlukan pembaharuan hukum pidana, **Sudarto** mengemukakan bahwa pembaharuan hukum pidana dilandaskan pada 3 (tiga) alasan, yaitu :

1. Alasan Politik: Indonesia yang telah lima puluh tahun merdeka adalah wajar mempunyai hukum pidana sendiri, yang diciptakannya sendiri, oleh karena hal ini merupakan simbol kebanggaan dari negara yang telah bebas dari penjajahan.
2. Alasan Sosiologi : Pengaturan dalam hukum pidana merupakan pencerminan dari ideologi politik suatu bangsa, dimana hukum itu berkembang. Artinya bahwa segala nilai-nilai sosial dan kebudayaan dari bangsa itu harus mendapat tempat dalam pengaturan hukum pidana.
3. Alasan Praktis: Dengan pembaharuan hukum pidana yang baru, akan dapat memenuhi kebutuhan praktik, sebab hukum peninggalan penjajah jelas masih menggunakan bahasa Belanda. Padahal kita sebagai negara yang merdeka sudah memiliki bahasa sendiri, tentu tidaklah tepat jika menerapkan suatu aturan hukum berdasarkan pada teks yang tidak asli.¹¹⁰

Sehubungan dengan kenyataan, bahwa teks resmi dari KUHP masih berbahasa Belanda, maka sebenarnya orang harus mengerti bahasa Belanda apabila hendak menerapkannya secara tepat. Hal ini tentunya tidak mungkin diharapkan dari bangsa Indonesia yang sudah merdeka dan mempunyai bahasa nasional sendiri, yaitu bahasa Indonesia. Oleh karena itu, dipandang dari sudut demikian, KUHP yang sekarang seharusnya diganti dengan dengan KUHP Nasional.

Dalam pembaharuan KUHP sebagai pembaharuan hukum pidana materiil, dapat dilakukan dengan 2 (dua) cara, yaitu :

¹¹⁰ Soedarto, *Hukum dan Hukum Pidana. Op cit.*, hal. 62 – 63.

- a. Secara *parsial*, yaitu mengadakan beberapa perubahan pada bagian-bagian tertentu dari KUHP. Cara ini disebut juga cara “tambal sulam”.
- b. Secara *total*, yaitu pembaharuan secara keseluruhan terhadap KUHP sehingga muncul KUHP baru.

Selama ini pembaharuan hukum pidana di Indonesia baru dilakukan dengan cara parsial. Sebagai perwujudan pembaharuan hukum pidana secara parsial, telah muncul beberapa kebijakan legislatif atau produk perundang-undangan yang pernah dikeluarkan oleh Pemerintah selama ini, ialah :

- a. Undang-undang No. 1 Tahun 1946 tentang Peraturan Hukum Pidana tertanggal 26 Ferbruari 1946.¹¹¹
- b. Undang-undang No. 20 tahun 1946, yang menambah jenis pidana pokok yang ada dalam Pasal 10 KUHP dan Pasal 6a KUHP Militer dengan satu pidana pokok yang baru, yaitu pidana tutupan.
- c. Undang-Undang No. 8 tahun 1951 tentang Penangguhan Pemberian Surat Izin Kepada Dokter dan Dokter Gigi. Dalam Pasal 2 Undang-undang ini menyatakan menambahkan Pasal 512a kedalam KUHP, yang menentukan bahwa barangsiapa yang sebagai mata pencaharian, baik khusus maupun sambilan, menjalankan pekerjaan sebagai dokter atau dokter gigi yang

¹¹¹ Barda Nawawi Arief, *Pelengkap Bahan Kuliah Hukum Pidana I*, Yayasan Sudarto, Semarang, 1990 hal. 3.

tidak mempunyai surat izin di dalam keadaan yang tidak memaksa, dihukum dengan pidana kurungan paling lama 2 (dua) bulan atau denda setinggi-tingginya sepuluh ribu rupiah.¹¹²

- d. Undang-undang No. 7 tahun 1955 tentang Pengusutan, Penuntutan dan Peradilan Tindak Pidana Ekonomi. Didalamnya terdapat beberapa hal yang menyimpang dari KUHP, seperti Korporasi dapat menjadi subyek tindak pidana (Pasal 15 ayat (1) s/d. ayat (4)); diperkenalkannya sistem dua jalur (*double track system*) dalam pemidanaan dengan dibedakannya pidana (*straf*) dengan tindakan (*matregele*) (Pasal 8 dan Pasal 9); dianutnya sistem pidana kumulatif dan sistem alternatif yang bertentangan dengan KUHP (Pasal 6) dan dikenalnya beberapa bentuk pidana tambahan baru, seperti perampasan barang yang berwujud dan tak berwujud.¹¹³
- e. Undang-undang Darurat No. 8 Tahun 1955 tentang Tindak Pidana Imigrasi yang menghapuskan Pasal 241 sub. 1 dan Pasal 257 KUHP.¹¹⁴
- f. Undang-undang No. 73 Tahun 1958 tentang berlakunya Undang-undang No. 1 Tahun 1946 di seluruh wilayah Republik Indonesia.¹¹⁵

¹¹² Wantjik Saleh, *Pelengkap KUHP*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1985 hal. 181-182

¹¹³ *Ibid.* hal. 146-150.

¹¹⁴ *Ibid.* hal. 140

¹¹⁵ *Ibid.* hal. 134

- g. Undang-undang No. 1 Tahun 1960 (Lembaran Negara. 1960 No. 1) tentang "Perubahan KUHP", merubah ancaman pidana yang terdapat dalam pasal-pasal 188, 359 dan 360 KUHP (*delik-delik culpoos*) menjadi penjara selama-lamanya 1 tahun.¹¹⁶
- h. Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang No. 16 Tahun 1960 (Lembaran Negara 1960 No. 50) tentang "Beberapa Perubahan dalam KUHP", ditingkatkan menjadi Undang-undang melalui Undang-undang No.1 tahun 1961, sehingga menjadi Undang-undang No. 16 Prp. 1960.¹¹⁷
- i. Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang No. 18 Tahun 1960, Lembaran Negara 1960 No. 52 tentang "Perubahan Jumlah Pidana Denda" (ditingkatkan menjadi undang-undang melalui Undang-undang No. 1 tahun 1961, sehingga sebutannya menjadi Undang-undang No. 18 Prp 1960).¹¹⁸
- j. PenPres. No.1 Tahun 1965 (ditingkatkan menjadi undang-undang melalui Undang-undang No. 5 tahun 1969, sehingga sebutannya menjadi Undang-undang No. 1 Pnps. 1965).
Memasukkan Pasal 156a kedalam KUHP yang berbunyi

¹¹⁶ Barda Nawawi Arief, *Pelengkap Bahan Kuliah Hukum Pidana I, Opcit.* hal. 9

¹¹⁷ Perubahan yang terjadi adalah merubah kata-kata "*vijf en twentig gulden*", dua puluh lima rupiah dalam pasal-pasal 364, 373, 379, 384 dan 407 ayat (1) KUHP (masing-masing adalah kejahatan ringan untuk: pencurian, penggelapan, penipuan, perbuatan curang seorang penjual dan perusakan barang). Menjadi "dua ratus lima puluh rupiah." Selanjutnya Barda Nawawi Arief menambahkan bahwa yang berubah menjadi Rp. 250,- bukanlah ancaman pidana denda untuk kejahatan-kejahatan ringan di atas, tetapi nilai barang atau keuntungan/kerugian yang menjadi objek dari delik-delik tersebut. *Ibid.* hal. 10.

¹¹⁸ *Ibid*

sebagai berikut: "dipidana dengan pidana penjara selama lamanya 5 tahun, barangsiapa dengan sengaja dimuka umum mengeluarkan perasaan atau melakukan perbuatan: a. yang pada pokoknya bersifat permusuhan, penyalahgunaan atau penodaan terhadap suatu agama yang dianut di Indonesia; b. dengan maksud agar orang tidak menganut agama apapun juga yang bersendikan Ketuhanan Yang Maha Esa."¹¹⁹

- k. Undang-undang No. 7 Tahun 1974 (Lembaran Negara 1974 No. 54) tentang penertiban Perjudian.¹²⁰
- l. Undang-undang No. 4 Tahun 1976 tentang "Perubahan dan Penambahan Beberapa Pasal dalam KUHP bertalian dengan Perluasan Berlakunya Ketentuan Perundang-undangan Pidana Kejahatan Penerbangan dan Kejahatan terhadap Sarana atau Pra Sarana Penerbangan."¹²¹
- m. Undang-undang No. 3 Tahun 1997 tentang Pengadilan Anak yang mencabut Pasal 45, 46, 47 KUHP.
- n. Undang-undang No. 27 Tahun 1997 tentang Penambahan Pasal 107a-107f KUHP mengenai Tindak Pidana yang berkaitan dengan Kejahatan terhadap Keamanan Negara.

Usaha pembaharuan hukum pidana, khususnya pembentukan KUHP Baru untuk menggantikan WvS (KUHP yang sekarang

¹¹⁹ *Ibid*

¹²⁰ *Ibid* hal. 11

¹²¹ *Ibid*

berlaku sudah cukup lama dilakukan. **Barda Nawawi Arief**¹²² dalam makalahnya "Kebijakan Kriminalisasi dan Dekriminalisasi dalam KUHP Baru" menyebutkan usaha tersebut dimulai dari adanya rekomendasi Seminar Nasional I tahun 1963 yang menyerukan agar rancangan kodifikasi hukum pidana nasional secepat mungkin diselesaikan. Pada tahun 1964 dibicarakan konsep yang pertama. Berturut-turut kemudian dibicarakan konsep tahun 1968, konsep tahun 1971/1972, dan konsep tahun 1977 yang dikenal dengan sebutan "Konsep BAS". Sistematika dan materi konsep itu bersumber dari KUHP (WvS) yang berlaku dengan penyesuaian dan penambahan beberapa delik baru.

Konsep BAS itulah yang menjadi bahan utama penyusunan konsep tahun 1979 oleh Tim Penyusun Konsep (TPK) periode **Oemar Seno Adji** (periode 1979/1980 dan 1981/1982). Dalam Periode Tim Penyusunan Konsep tahun 1982-1983 yang diketuai **Sudarto**, konsep inipun diedit kembali menjadi konsep tahun 1984/1985. Dalam periode Tim Penyusunan Konsep tahun 1986-1987 yang diketuai **Roeslan Saleh**, konsep inipun diedit kembali menjadi konsep tahun 1986-1987. selanjutnya dalam Tim Penyusunan Konsep tahun 1987-1992 yang diketuai **Mardjono Reksodiputro**, konsep periode yang lalu diedit kembali berturut-turut menjadi konsep tahun 1989-1990, konsep tahun 1991-1992

¹²² Barda Nawawi Arief, *Bunga Rmpai Kebijakan Hukum Pidana*, Opcit hal. 267

sampai dengan revisi bulan Maret 1990 dan konsep tahun 1991-1992 sampai dengan revisi bulan Desember 1992, konsep tahun 1991-1992 sampai dengan revisi bulan Maret 1993 yang kemudian diserahkan kepada Menteri Kehakiman, dan terakhir konsep tahun 1999-2000 masa pemerintahan Presiden Abdurrahman Wahid.

Mengingat usaha pengkodifikasian dari KUHP Nasional yang baru tersebut ruang lingkungannya sangat luas, maka tulisan ini hanya dipusatkan pada bagian alasan penghapus pidana saja, yang dalam Konsep KUHP Nasional tahun 1999-2000, mengenai alasan penghapus pidana ini dibagi dan dirumuskan sebagai alasan pemaaf dan alasan pembenar, yang terdapat dalam Paragraf 5 mengenai alasan pemaaf, yaitu pada Pasal 36 ayat (1), Pasal 37, Pasal 38 dan Pasal 39, serta dalam Paragraf 6 mengenai alasan pembenar, yaitu Pasal 40 sampai dengan Pasal 43.

Terhadap permasalahan mengenai belum adanya kesatuan pendapat tentang ketentuan dalam Pasal 48 KUHP apakah daya paksa merupakan suatu alasan pembenar atau alasan pemaaf, serta permasalahan didalam praktek mengenai sulitnya membedakan mengenai alasan penghapus penuntutan ataukah alasan penghapus pidana, karena istilah yang dipakai oleh pembuat undang-undang tidak jelas akan dibahas dalam bagian selanjutnya dari penulisan ini.

BAB III

HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN

A. Kebijakan Formulasi Alasan Penghapusan Pidana Dalam Hukum Positif Indonesia.

Kebijakan penegakan hukum pidana di dalam fungsionalisasi/operasionalisasinya memerlukan sinergi dari tiga tahap kebijakan, yaitu tahap formulasi (kebijakan legislatif), tahap aplikasi (kebijakan yudikatif) dan tahap eksekusi (kebijakan administratif). Hal ini disebabkan apabila salah satu dari ketiga tahap tersebut tidak berjalan sebagaimana mestinya, maka penegakan hukum pidana tentu akan menjadi tidak optimal.

Dari ketiga tahap kebijakan tersebut, tahap formulasi merupakan tahap yang paling strategis dari upaya penanggulangan kejahatan melalui hukum pidana, karena bila terjadi kesalahan/kelemahan dalam kebijakan legislatif, maka upaya penanggulangan kejahatan pada tahap selanjutnya (tahap aplikasi dan tahap eksekusi) akan menjadi terhambat. Hal ini disebabkan semua langkah pada tahap selanjutnya bersumber pada tahap formulasi sebagai tahap awal dari penegakan hukum pidana.

Dalam tahap formulasi, upaya penegakan hukum pidana bukan hanya tugas dari aparat penegak hukum, akan tetapi justru lebih berat

kepada aparat pembuat hukum, hal ini dapat dimengerti karena dalam tahap formulasi ini dilakukan perumusan dan penetapan hukum.

Pendapat di atas, didasarkan atas pernyataan yang dikemukakan oleh **Marc Ancel**, yang menyatakan bahwa *modern criminal science* terdiri dari tiga komponen, yaitu *criminology*, *criminal law* dan *penal policy*. Selanjutnya **Marc Ancel** menyatakan bahwa *Penal policy* merupakan suatu ilmu sekaligus seni yang pada akhirnya mempunyai tujuan praktis untuk memungkinkan peraturan hukum positif dirumuskan secara lebih baik, dan untuk memberi pedoman tidak hanya kepada pembuat undang-undang, tetapi juga kepada pengadilan yang menerapkan undang-undang dan juga kepada para penyelenggara atau pelaksana putusan pengadilan.¹¹⁰

Berdasarkan pemikiran di atas, di bawah ini penulis akan mengupas mengenai kebijakan formulasi mengenai alasan penghapus pidana yang selama ini telah dilakukan di Indonesia, apakah kebijakan formulasi yang telah terjadi selama ini telah sesuai dengan ide dasar bahwa peraturan hukum positif yang akan datang (*ius constituendum*) terutama peraturan mengenai alasan penghapus pidana, telah dapat dirumuskan secara lebih baik sesuai dengan tujuan utama dari pembedaan yaitu melindungi masyarakat secara keseluruhan ataukah tidak.

¹¹⁰ Marc Ancel, *Social Defence, A Modern Approach to Criminal Problems*, Routledge&Kegan Paul, 1965 sebagaimana yang dikutip oleh Barda Nawawi Arief dalam Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan.....Op.Cit.*, hal. 23.

1. Alasan Penghapus Pidana Dalam KUHP

1.1 Ruang Lingkup dan Pengaturan Alasan Penghapus Pidana

Alasan penghapus pidana merupakan petunjuk primer yang tertuju kepada hakim. Alasan-alasan tersebut menunjukkan keadaan dalam mana seorang pelaku tindak pidana yang telah memenuhi perumusan delik tidak dipidana. Pembuat undang-undang memberikan kewenangan kepada hakim untuk menetapkan apakah memang terjadi keadaan khusus yang digambarkan undang-undang dalam alasan penghapus pidana tersebut.

Mengenai ruang lingkup alasan penghapus pidana terbagi atas pembagian menurut *M.v.T.* dan pembagian menurut Ilmu Pengetahuan hukum Pidana/Doktrin, hal ini dapat terjadi dikarenakan di dalam KUHP sendiri tidak disebutkan tentang pembagian dari alasan penghapus pidana, dalam titel ke-3 dari buku pertama KUHP hanya menyebutkan alasan-alasan yang menghapuskan pidana.

Menurut *M.v.T.* sebagaimana yang dikutip oleh **Sofjan Sastrawidjaja**¹¹¹ dalam bukunya "Hukum Pidana (Asas Hukum Pidana Sampai Dengan Alasan Peniadaan Pidana)", tentang alasan penghapus pidana ini mengemukakan apa yang disebut dengan "alasan-alasan yang tak dapat dipertanggungjawabkan

¹¹¹ Sofjan Sastrawidjaja, *Hukum Pidana*...., Op cit hal. 219.

perbuatan seseorang” atau “alasan-alasan tak dapat dipidana seseorang”. Dalam hal ini *M.v.T.* membaginya dalam dua bagian :

1. Alasan tak dapat dipertanggung jawabkan perbuatan seseorang yang terletak di dalam diri orang itu, pengaturannya terdapat pada pasal 44 KUHP, umur yang masih muda.¹¹²
2. Alasan tak dapat dipertanggungjawabkan perbuatan seseorang yang terletak di luar diri orang itu, pengaturannya terdapat pada Pasal 48 sampai dengan Pasal 51 KUHP.

Menurut **Moeljatno**, sebagaimana dikutip oleh **Sofjan Sastrawidjaja** dalam teori pembagian menurut *M.v.T.* tersebut di atas tidak ada yang memakainya, oleh karena dianggap tidak tepat, sebab diantara *alasan yang terletak di luar diri* ada yang lebih tepat apabila dimasukkan dalam *alasan yang terletak di dalam diri* orang itu.¹¹³

Sedangkan ilmu pengetahuan hukum pidana mengadakan pembagian lain, yang sejalan dengan pembedaan antara dapat dipidananya perbuatan dan dapat dipidananya pembuat. Alasan penghapus pidana yang menyangkut perbuatan atau pembuatnya, dibagi atas dua jenis alasan penghapus pidana:

1. Alasan pembenar menghapuskan sifat melawan hukumnya perbuatan, meskipun perbuatan ini telah memenuhi rumusan

¹¹² Mengenai umur yang masih muda ini di Indonesia dan juga di negeri Belanda sejak tahun 1905 tidak lagi merupakan alasan penghapus pidana... Sudarto, *Hukum Pidana I..* Opcit. Hal 138.

¹¹³ Moeljatno, dalam *Asas-Asas Hukum Pidana...* sebagaimana dikutip oleh Sofjan Sastrawidjaja, *Hukum Pidana....* Opcit. Hal. 219 (cetak miring dari penulis).

delik dalam undang-undang, kalau perbuatannya tidak melawan hukum, maka tidak ada pemidanaan atau dengan kata lain Tidak dipidananya sipembuat atas alasan pembeda, karena pada perbuatan yang dilakukannya *kehilangan sifat melawan hukumnya perbuatan*. Walaupun pada kenyataannya perbuatan sipembuat telah memenuhi unsur tindak pidana, tetapi karena hapusnya sifat melawan hukum pada perbuatan itu, maka sipembuatnya tidak dapat dipidana. Contohnya seorang petinju yang bertanding di atas ring memukul lawannya hingga luka-luka, bahkan hingga menyebabkan kematian.

2. Alasan pemaaf menyangkut pribadi sipembuat, dalam arti bahwa pelaku tidak dapat dicela (menurut hukum) dengan perkataan lain ia tidak bersalah atau tidak dapat dipertanggungjawabkan, meskipun perbuatannya bersifat melawan hukum dengan kata lain bahwa perbuatannya walaupun terbukti melanggar Undang-undang, yang berarti pada perbuatannya tetap bersifat melawan hukum, namun berhubung hilang atau hapusnya kesalahan pada diri sipembuat, maka perbuatannya itu tidak dapat dipertanggungjawabkan kepadanya, si pelaku dimaafkan atas perbuatannya itu. Contohnya orang gila memukul orang lain sampai luka berat.

Mengenai pengaturan alasan pembena terdapat dalam Pasal 49 ayat (1) KUHP, Pasal 50 KUHP dan Pasal 51 ayat (1) KUHP, sedangkan mengenai alasan pemaaf di dalam Pasal 44 KUHP, Pasal 49 ayat (2) KUHP, Pasal 51 ayat (2) KUHP. Adapun mengenai Pasal 48, seperti telah dijelaskan dalam bab-bab sebelumnya belum ada kesatuan pendapat, ada juga yang menyatakan sebagai alasan pembena ada juga yang menyatakan sebagai alasan pemaaf.

Sudarto di dalam bukunya "Hukum Pidana I", menjelaskan bahwa **Moeljatno**, memandang daya memaksa itu sebagai alasan pemaaf, dan **Van Hattum**, juga berpendapat demikian dengan mengatakan :

"menurut perasaan saya alasan penghapus pidana tersebut dalam Pasal 48 KUHP, hanya terpakai jika perbuatan tetap bersifat melawan hukum. Perbuatan , yang terpaksa dilakukan karena keadaan, patut dimaafkan. Demikian halnya dengan seorang supir taksi yang takut hilang nyawanya, karena ditodong oleh seorang yang berpistol dibelakangnya, melanggar undang-undang (mengendarai mobil dengan kecepatan yang melebihi batas maksimal). Perbuatan supir itu melawan hukum, tetapi patut dimaafkan karena padanya tidak dapat diharapkan untuk mempertaruhkan nyawanya".¹¹⁴

Disisi lain **Jonkers** dengan bersandar kepada *arrest* tentang *opticien* (penjual kaca mata) dengan mensitir apa yang dimuat dalam *arrest* itu, menganggap Pasal 48 sebagai alasan pembena, karena suatu kewajiban yang mendorong terdakwa sedemikian

¹¹⁴ Sudarto, *Hukum Pidana I.. Opcit.* Hal. 145.

hebatnya sehingga menghapuskan patut dipidananya pelanggaran menjadi akibatnya.¹¹⁵

Selanjutnya **Sudarto**, menyatakan bahwa **Hazewinkel-Suringa** tidak menyetujui kedua pemisahan di atas, beliau berpendirian bahwa karena sifat dari keadaan-keadaan *overmacht* itu sangat bermacam-macam maka tidak dapat dikatakan sebagai alasan pemaaf atau sebagai alasan pembenar. Dan ini tergantung pada sifat kejadiannya apakah itu dimasukkan dalam salah satu golongan itu.¹¹⁶

Penulis lebih bersepakat bahwa mengenai daya paksa ini adalah merupakan alasan pemaaf dan bukan merupakan alasan pembenar, karena dalam daya paksa tampak bahwa tidak dilindungi kepentingan yang lebih tinggi nilainya, tetapi dilakukannya suatu tindak pidana yang seharusnya tidak dilakukan. Jadi hemat penulis tidak ada masalah pembenaran, tetapi dilakukannya tindak pidana menurut penalaaran hukum tidak dapat dicela kepada si pelaku itu.

¹¹⁵ Sudarto, *Ibid.* hal. 146 lihat pendapat Jonkers dalam Arrest H.R. 15 Oktober 1923 W.9820 tentang *Opticien*: seorang ahli kacamata sesudah waktu untuk menutup (dengan ini ia melanggar peraturan mengenai penutupan toko) menjual sebuah kacamata kepada seseorang yang tanpa kacamata atau *lorgnet* tidak dapat melihat. Oleh karena itu perlu ditolong. Hakim menerima alasan keadaan darurat yang diajukan oleh ahli kacamata dengan pertimbangan, karena pasti bagi siterdakwa sebagai sipenjual kacamata merupakan suatu kewajiban sosial untuk memberikan pertolongan yang diharapkan daripadanya dalam keadaan-keadaan sebagai demikian. Suatu kewajiban yang oleh terdakwa dianggap demikian mendorong (mendesak-pen), hingga menghapuskan pidana atas pelanggaran yang timbul karena perbuatan itu." Jonkers. JE, *Hukum Pidana Hindia Belanda (Handboek van het Nederlandsch Indische Strafrecht)*, Tim Penterjemah Bina Aksara, PT. Bina Aksara, Jakarta 1987, hal. 266.

¹¹⁶ Sudarto, *Ibid.* hal. 147.

Selain itu ilmu pengetahuan hukum pidana membagi juga alasan penghapus pidana yang menurut **Adami Chazawi**¹¹⁷, seperti yang telah dikemukakan pada Bab sebelumnya, dilihat dari sudut sumbernya ada 2 macam, yaitu: (1) yang berasal dari *undang-undang*¹¹⁸ dan (2) yang berasal dari *luar undang-undang*. Dasar Peniadaan pidana (Alasan Penghapus Pidana-pen.) yang bersumber dari Undang-undang, dibedakan lagi antara (a) yang berlaku untuk semua jenis dan macam tindak pidana, disebut ***Alasan Penghapus Pidana Umum***, dan (b) yang berlaku terbatas pada tindak pidana khusus tertentu, yang dicantumkan dalam rumusan tindak pidana yang bersangkutan, disebut dengan ***Alasan Penghapus Pidana Khusus***.

Alasan penghapus pidana yang umum yang dikenal dalam KUHP adalah tidak mampu bertanggung jawab, daya paksa dan keadaan darurat, pembelaan terpaksa/pembelaan darurat dan pembelaan terpaksa melampaui batas, menjalankan peraturan perundang-undangan dan perintah jabatan yang sah. Tiap-tiap dasar ini mempunyai asal mulanya sendiri, pembelaan terpaksa menginginkan supaya bela diri terhadap agresi tidak dipidana. (Menjalankan-pen) peraturan perundang-undangan ingin

¹¹⁷ Adami Chazawi, *Pelajaran Hukum Pidana Bagian 2..... Loc Cit* hal. 15.

¹¹⁸ Alasan Penghapus pidana yang menyebabkan tidak dipidanya pembuat yang bersifat umum dalam Undang-Undang harus dibedakan dengan hal-hal yang menyebabkan tidak dapat dituntutnya si pembuat, walaupun bagi kedua-duanya sama, dimana si pembuat tidak dipidana karena perbuatannya, mengenai perbedaan antara keduanya akan penulis bahas dalam bagian tersendiri.

melindungi terutama pegawai negeri yang dalam melakukan tugasnya memenuhi perumusan delik. Pada daya paksa diperhatikan baik keadaan darurat maupun tekanan luar biasa yang datang dari luar. Dalam hal tidak ada kemampuan bertanggung jawab, yang diperhatikan ialah orang-orang yang tidak sehat akalnya. Daya paksa, pembelaan terpaksa dan tidak mampu bertanggung jawab berasal dari kebutuhan yang bertujuan untuk membebaskan dari pidana orang-orang yang melakukan kejahatan yang serius dalam keadaan luar biasa. Agaknya bukan karena tidak ada kesalahan sama sekali, atau sifat melawan hukum dalam perbuatan mereka, tetapi karena masyarakat dalam keadaan demikian tidak perlu menganggap adanya pidana. Mungkin karena tindakan-tindakan lain lebih cocok – pada keadaan gila misalnya – atau karena masyarakat dalam situasi pada waktu itu tidak bisa memberikan perlindungan, umpamanya dalam hal suatu serangan atau keadaan darurat. Dalam hal terakhir ini harus ada ruang gerak/kesempatan bagi si korban, meskipun ini berakibat dilakukannya perbuatan-perbuatan melawan hukum¹¹⁹.

Schaffmeister, berpendapat bahwa pendapat yang berlaku sekarang ini terlalu sempit karena dua hal. Pertama, tidak dapat diterima bahwa pembuat undang-undang merasa adanya kebutuhan untuk diadakannya eksepsi-eksepsi (pembelaan-pen)

¹¹⁹ Schaffmeister, N. Keijer, E. PH. Sutorius, Hukum Pidana.. Opcit. Hal. 151

ditulis secara umum untuk keadaan-keadaan dimana sama sekali tidak ada kesalahan maupun sifat melawan hukumnya. Lebih lazim diterima adanya alasan-alasan penghapus pidana dalam hal memang ada kesalahan dan sifat melawan hukum. Dalam hal tersebut hakim harus diberi wewenang untuk tidak memidana. Kedua, lebih dapat diterima kalau terjadinya alasan penghapus pidana dijelaskan berdasarkan dogmatik perbuatan pidana. Karena itu setiap alasan penghapus pidana sejauh ini, menurut istilah **Remmelink**, mempunyai sesuatu yang "murni", karena ia mempunyai sifat-sifat dan asalnya tersendiri ¹²⁰.

Mengenai pendapat dari **Schaffmeister** tersebut penulis menarik kesimpulan bahwa secara singkat alasan penghapus pidana membebaskan seseorang dari pidana, bukan karena tidak adanya kesalahan atau sifat melawan hukum, tetapi meskipun ada kesalahan dan sifat melawan hukum, perbuatan yang dilakukan itu dapat dibenarkan oleh hakim karena semua orang yang normal yang dalam keadaan yang demikian pasti akan berbuat hal yang

¹²⁰ Ibid. hal 151. diperbandingkan dengan dengan pendapat dari Jan Remmelink yang mengemukakan alasan-alasan yang meniadakan (penghapus-pen) pidana yang murni, mengambil contoh tidak dipidananya ia yang berhasil menggerakkan pasangannya untuk menenggelamkan anaknya, namun ketika sianak sudah ada di dalam air dan hampir tenggelam, berhasil mendorong pasangannya itu untuk mengeluarkan sianak dari air. Dari tindakan tersebut unsur membujuk atau menganjurkan pembunuhan sudah terjadi, tetapi telah meniadakan pidana dari unsur tersebut karena berkat jasa sipenganjur-pembujuk, maka sianak tersebut selamat. Hal ini didasarkan pada ketentuan Pasal 46b Sr. (KUHP Belanda) —yang tidak ada padanannya dalam KUHP Indonesia— yang berbunyi: "tidak ada persiapan, tidak ada percobaan, apabila kejahatan tidak diselesaikan sebagai akibat dari keadaan yang tergantung dari kehendak pelaku". Jan Remmelink, *Hukum Pidana, Komentar atas Pasal-pasal Terpenting dari KUHP Belanda dan Padanannya dalam KUHP Indonesia*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2003, hal. 205.

sama dengan yang dilakukan oleh orang tersebut (pelaku tindak pidana). Jadi pengaruh preseden alasan pembeda lebih besar daripada alasan pemaaf. Oleh karenanya jalan pikiran yang berkembang disini lebih tepat disebut alasan pembeda dan alasan pemaaf daripada alasan penghapus sifat melawan hukum dan alasan penghapus kesalahan.

Pengaturan dalam KUHP dari alasan penghapus pidana yang bersifat umum ini terdapat pada buku I Bab III Pasal 44, 48 sampai dengan Pasal 51 KUHP, sedangkan pengaturan alasan penghapus pidana yang bersifat khusus, hanya berlaku pada tindak pidana khusus tertentu yang tersebar dalam beberapa pasal, yaitu Pasal 163 bis ayat (2), Pasal 166 jo. Pasal 164 dan Pasal 165, Pasal 221 ayat (2), Pasal 310 ayat (3) KUHP.

Mengenai penjelasan dari alasan-alasan penghapus pidana tersebut di atas akan diuraikan lebih lanjut pada sub-bab jenis-jenis alasan penghapus pidana di bawah ini.

1.2. Jenis-Jenis Alasan Penghapus Pidana

a. Kemampuan bertanggung jawab

Pasal 44 KUHP merumuskan :

- (1) Barangsiapa melakukan perbuatan yang tidak dapat dipertanggungjawabkan kepadanya karena jiwanya cacat dalam pertumbuhan atau terganggu karena penyakit, tidak dipidana.
- (2) Jika ternyata perbuatan itu tidak dapat dipertanggungjawabkan kepada pelakunya karena pertumbuhan jiwanya cacat atau terganggu karena penyakit, maka Hakim dapat memerintahkan supaya orang itu dimasukkan ke Rumah

Sakit Jiwa, paling lama satu tahun sebagai waktu percobaan.
(3) Ketentuan dalam ayat (2) hanya berlaku bagi Mahkamah Agung, Pengadilan Tinggi dan Pengadilan Negeri.

Dari rumusan pasal 44 ayat (1) KUHP di atas tampaknya bahwa orang tidak dapat dipertanggung jawabkan dalam dua hal: (1) Jiwanya cacat dalam pertumbuhan, atau (2) terganggu karena penyakit.

Schaffmeister merumuskan bahwa yang dimaksudkan *terganggu karena penyakit* adalah gangguan sejak lahir atau timbul semasa remaja dan gangguan yang datang kemudian pada seseorang yang normal. Penyakit itu bisa berupa gangguan psikis atau gangguan kesadaran karena sebab fisik, misalnya serangan diabetes mendadak (H.R. 24-11-1964) atau akibat terlambat dari obat tidur yang tidak terduga (H.R. 16-11-1965). Dalam kedua kejadian itu terjadi kecelakaan mobil karena gangguan kesadaran, diputuskan bahwa pelakunya tidak dapat dipertanggungjawabkan.¹²¹

Sebagai contoh kasus dalam putusan di Indonesia, **Barda Nawawi Arief**¹²², mengambil sebuah contoh kasus yang terjadi di Pengadilan Negeri Magelang tanggal 27 Desember 1951 mengenai terdakwa S bin S, yang diajukan kepersidangan Pengadilan Negeri Magelang karena perbuatan telah dengan

¹²¹ Schaffmeister, N. Keijer, E. P. H. Sitorius, *Hukum Pidana.*, Opcit. Hal. 69.

¹²² Disarikan dari Barda Nawawi Arief, *Pelengkap Bahan Kuliah Hukum Pidana I*, Yayasan Sudarto, 1990, hal. 41-62

sengaja memberi ikhtiar atau keterangan-keterangan kepada E alias A atau kawan-kawannya sebelum melakukan pencurian di kantor jawatan keuangan kotapraja Magelang dan telah menerima, menyimpan atau menyembunyikan uang sejumlah Rp. 103,- dari E alias A yang diketahuinya atau sepatutnya dapat diduga diperoleh karena kejahatan pencurian tersebut di atas. Karena perbuatan-perbuatan itu, terdakwa S bin S dituduh: membantu melakukan pencurian dan melakukan penadahan.

Dimuka sidang S bin S berbicara tidak lancar, sehingga hakim menyangsikan kemampuan bertanggungjawabnya, sehingga hakim menunda pemeriksaan dan dengan penetapan Ketua Pengadilan Negeri Magelang Nr. 341/1950.M., tertanggal 20 Maret 1951, diperintahkan agar tertuduh ditempatkan di Rumah Sakit Jiwa untuk dilakukan observasi terhadapnya. Bahwa kemudian secara singkat dapat penulis kemukakan setelah dilakukannya observasi terhadap tertuduh (terdakwapen) hakim memutuskan bahwa tertuduh S dapat dipertanggungjawabkan walaupun ada keragu-raguan mengenai "toerekenbaarheid" (kemampuan bertanggung jawab) tertuduh, tetapi pengadilan sampai pada kesimpulan bahwa peristiwa-peristiwa yang dituduhkan dapat dipertanggung jawabkan kepada tertuduh, meskipun dalam bentuk "verminderde

toereken baarheid" (kekurangmampuan untuk bertanggung jawab).¹²³

Dari putusan tersebut tampak bahwa hakim meskipun terdapat adanya *verminderde toereken baarheid* (kekurangmampuan untuk bertanggungjawab), oleh hakim tertuduh tetap dianggap mampu bertanggung jawab dan dapat dipidana, kekurangmampuan untuk bertanggungjawab dari sipelaku hanya menjadi sebagai faktor memberikan keringanan dalam pembedaan.

Menurut **Pompe** sebagaimana dikutip oleh **Andi Zaenal Abidin**¹²⁴ *toerekenbaarheid* (pertanggungjawaban pidana) seseorang mempunyai unsur-unsur sebagai berikut:

- a. Kemampuan berfikir (*psychisch*) pembuat (*daders*) yang memungkinkan ia menguasai pikirannya, yang memungkinkan ia menentukan perbuatannya;
- b. dan oleh sebab itu, ia dapat memahami makna dan akibat perbuatannya;
- c. dan oleh sebab itu pula, ia dapat menentukan kehendaknya sesuai dengan pendapatnya.

Sedangkan **Van Hammel** berpendapat, bahwa kemampuan bertanggung jawab adalah suatu keadaan normalitas psikis dan kematangan, yang mempunyai tiga

¹²³ *ibid*

¹²⁴ Andi Zaenal Abidin, *Asas-Asas Hukum Pidana...*, OpCit hal 223.

macam kemampuan: (a) yang memahami lingkungan kenyataan perbuatan sendiri, (b) yang menyadari perbuatannya sebagai sesuatu yang tidak diperbolehkan oleh masyarakat, dan (c) yang terhadap perbuatannya dapat menentukan kehendak.

Pendapat Van Hammel ini menurut penulis senada dengan keterangan yang terdapat dalam *M.v.T.* sebagaimana dikutip oleh Sudarto, yang menyatakan ketidak mampuan bertanggung jawab adalah: (a) apabila sipembuat tidak mempunyai kebebasan untuk memilih antara berbuat dan tidak berbuat mengenai apa yang dilarang atau diperintahkan oleh Undang-Undang dan (b) apabila sipembuat berada dalam suatu keadaan yang sedemikian rupa, sehingga dia tidak dapat menginsyafi bahwa perbuatannya itu bertentangan dengan hukum dan tidak dapat menentukan akibat perbuatannya.¹²⁵

Ada tiga cara yang dapat digunakan dalam rangka menyelidiki keadaan jiwa sipembuat untuk menentukan apakah sipembuat berada dalam keadaan tidak mampu bertanggung jawab, yaitu:

- Metode biologis, artinya dengan menyelidiki gejala-gejala atau keadaan yang abnormal yang kemudian dihubungkan dengan ketidakmampuan bertanggungjawab.
- Metode psikologis dengan menyelidiki ciri-ciri psikologis

¹²⁵ Sudarto, *Hukum Pidana I...* Opcit, 1990, hal 94 diperbandingkan dengan pendapat van Hamel dalam Andi Zaenal Abidin, Opcit, hal 223.

yang ada yang kemudian dari ciri-ciri itu dinilai untuk menarik kesimpulan apakah orang itu mampu bertanggungjawab ataukah tidak.

- Metode gabungan, ialah kedua cara tersebut di atas digunakan secara bersama-sama, disamping menyelidiki tentang gejala-gejala abnormal juga dengan meneliti ciri-ciri psikologis orang itu, untuk menarik kesimpulan apakah ia mampu bertanggungjawab ataukah tidak.

Tentang bagaimana cara sebaiknya Majelis Hakim dalam menyelidiki untuk memperoleh keyakinan yang obyektif¹²⁶ apabila terdapat keragu-raguan tentang keadaan jiwa sipembuat, sebagian ahli hukum berpendapat misalnya **Jonkers**¹²⁷ bahwa hakim tidak diperkenankan menjatuhkan pidana, tetapi ada juga yang berpendapat lain, misalnya **Pompe**¹²⁸ yang menyatakan bahwa hakim harus tetap menjatuhkan pidana, alasannya karena hal kemampuan bertanggung jawab pidana bukanlah bagian inti (*bestanddeel*) dari tindak pidana, tetapi tidak mampu bertanggung jawab itu merupakan dasar peniadaan (penghapus-pen) pidana.

¹²⁶ Keyakinan yang obyektif mengandung arti adanya kesesuaian antara keyakinan yang terbentuk dengan kebenaran materiil (sesungguhnya) tentang keadaan jiwa si pelaku tindak pidana.

¹²⁷ Jonkers. JE, *Hukum Pidana Hindia Belanda (Handboek van het Nederlandsch Indische Strafrecht)*, Opcit., hal. 257

¹²⁸ sebagaimana dikutip oleh Andi Hamzah, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Rineka Cipta, Jakarta, 1991 hal. 124.

Terhadap kedua pendapat di atas penulis lebih sepakat pada pendapat **Jonkers**, karena di dalam praktek, apabila ada keragu-raguan mengenai berbagai hal yang menyangkut kesalahan terdakwa, maka keadaan keraguan itu harus menguntungkan terdakwa, dan tidak boleh merugikan terdakwa, pendapat penulis didasarkan kepada hukum acara pidana Indonesia, dimana pembuktian oleh Jaksa Penuntut Umum disidang pengadilan diarahkan, selain pada unsur-unsur tindak pidana yang didakwakan juga untuk membentuk keyakinan hakim tentang kesalahan terdakwa. Dalam Pasal 183 KUHP tegas dinyatakan bahwa pidana dijatuhkan atas dasar minimal dua alat bukti dan keyakinan tentang kesalahan terdakwa, jadi jika ada keragu-raguan, yang artinya tidak terbentuk keyakinan dari bukti-bukti yang ada, maka hakim tidak boleh menjatuhkan pidana.¹²⁹

Berkaitan dengan hal terdapatnya keadaan jiwa yang cacat dalam pertumbuhannya atau keadaan jiwa yang terganggu karena penyakit, hakim dapat memutus dengan menjatuhkan tindakan (*maatregel*) dengan memerintahkan pelaku tindak pidana untuk dimasukkan kedalam rumah sakit

¹²⁹ Ketentuan ini merupakan asas minimal pembuktian yang tidak boleh dilanggar oleh Hakim sebagaimana tercantum dalam pasal 183 KUHP, selengkapnya berbunyi: "Hakim tidak boleh menjatuhkan pidana kepada seorang dengan *sekurang-kurangnya dua alat bukti yang sah*, ia memperoleh *keyakinan* bahwa suatu tindak pidana benar-benar terjadi dan *bahwa terdakwa yang bersalah melakukannya*" (cetak miring dari penulis) , Redaksi Bumi Aksara, *KUHP lengkap*, Cetakan ketujuh, Bumi Aksara, Jakarta, 2001 hal.77.

jiwa paling lama satu tahun sebagai percobaan, sebagaimana bunyi ketentuan dalam Pasal 44 ayat (2) KUHP. Tindakan ini bukanlah suatu pidana, walaupun dapat dirasakan sebagai pengekangan kebebasan bergerak seperti pada pidana penjara atau kurungan. Pembolehan menjatuhkan tindakan dimaksudkan selain untuk menolong kesembuhannya juga didalamnya ada sifat preventif atas kemungkinan bahaya-bahaya yang ditimbulkannya terhadap masyarakat.

b. Daya Paksa

Alasan penghapusan pidana karena adanya daya paksa (*overmacht*) dirumuskan dalam pasal 48 KUHP, yang menyatakan:

"Barangsiapa yang melakukan perbuatan karena pengaruh daya paksa tidak dipidana"

Undang-Undang tidak memberikan keterangan lebih jauh tentang daya paksa, menurut **Adami Chazawi** dalam *M.v.T.* ada sedikit keterangan mengenai daya paksa yang mengatakan sebagai *"setiap kekuatan, setiap dorongan, setiap paksaan yang tidak dapat dilawan"*. Dari keterangan *M.v.T.* tentang daya paksa, dapatlah diketahui bahwa daya paksa dapat terjadi karena tekanan psikis dan tekanan fisik sehingga dapat dirumuskan sebagai *"suatu keadaan memaksa baik sifatnya fisik maupun psikis yang sedemikian kuatnya menekan seseorang yang tidak dapat dihindarinya sehingga orang tersebut terpaksa"*

melakukan suatu perbuatan yang pada kenyataannya dilarang oleh Undang-Undang¹³⁰. Disisi lain **Sudarto**¹³¹, sebagaimana dikutip oleh **Adami Chazawi** mengatakan bahwa daya paksa sebagaimana yang diatur dalam pasal 48 KUHP adalah daya paksa relatif baik yang bersifat fisik maupun yang bersifat psikis, baik yang karena perbuatan manusia maupun yang bukan karena perbuatan manusia. Daya paksa sebagaimana yang dimaksud oleh Pasal 48 KUHP adalah suatu paksaan yang sedemikian rupa menekan seseorang sehingga ia berada pada suatu keadaan yang serba salah, suatu keadaan mana memaksa ia mengambil suatu sikap dan berbuat lain berhubung dengan resiko dari pilihan perbuatan lain itu lebih besar terhadap dirinya.

Secara singkat dari kedua pendapat di atas, penulis dapat menyimpulkan bahwa prinsip dari daya paksa menurut arti Pasal 48 KUHP adalah mengorbankan kepentingan hukum yang lebih kecil demi untuk melindungi atau mempertahankan kepentingan hukum yang lebih besar, oleh karena sebenarnya paksaan yang terjadi itu dapat ditahan tetapi dari orang yang di dalam paksaan itu tidak dapat diharapkan bahwa ia akan

¹³⁰ Adami Chazawi, *Opcit* hal. 29

¹³¹ menurut Sudarto, yang dimaksud dengan paksaan tersebut bukan paksaan yang mutlak, yang tidak memberikan kesempatan kepada sipembuat menentukan kehendaknya., sedangkan pengertian "tidak dapat ditahan" menunjukkan bahwa menurut akal sehat tak dapat diharapkan dari sipembuat untuk mengadakan perlawanan, Sudarto, *Hukum Pidana I... Opcit*, hal. 140 diperbandingkan dengan Adami Chazawi, *Opcit* hal.32.

mengadakan perlawanan, karena adanya pengaruh dari daya paksa itu.

Menurut **Jonkers**, istilah dorongan (*gedrongen*) menunjuk pada tekanan psikis dan paksaan (*dwang*) menunjuk pada tekanan yang bersifat fisik¹³².

Menurut doktrin hukum mengenai daya paksa ini dibedakan menjadi dua yaitu:

1. Daya paksa absolut (*vis absoluta*), yaitu suatu keadaan dimana paksaan dan tekanan yang sedemikian kuatnya pada diri seseorang, sehingga ia tidak dapat lagi berbuat sesuatu yang lain selain apa yang terpaksa dilakukan atau apa yang terjadi. Contohnya, tangan seseorang dipegang oleh orang lain dan dipukulkan pada kaca sehingga kaca pecah, maka terhadap orang yang pertama tadi tidak dapat dikatakan telah melakukan pengrusakan benda (Pasal 406 KUHP)¹³³.
2. Daya paksa relatif (*vis compulsiva*), yaitu apabila tekanan itu sedemikian kuatnya, sehingga ia berada dalam keadaan yang mengharuskan dia mengambil sikap dan berbuat tertentu yang pada kenyataannya melanggar Undang-

¹³² Jonkers. JE, Hukum Pidana Hindia Belanda (*Handboek van het Nederlandsch Indische Strafrecht*), Opcit, hal 261.

¹³³ Sudarto berpendapat bahwa pada daya paksa yang absolut ini bukan termasuk kedalam pengertian daya paksa menurut Pasal 48 KUHP, karena daya paksa absolut merupakan paksaan yang sama sekali tak dapat ditahan, yang disebabkan oleh kekuatan manusia atau alam. Sudarto, *Hukum Pidana I*, Opcit. Hal 141. (disarikan oleh penulis).

undang, tetapi disamping perbuatan yang telah dilakukannya itu ada pilihan perbuatan lain sebagai alternatifnya, namun perbuatan terakhir ini tidak mungkin dipilihnya berhubung resiko dari perbuatan lain itu adalah lebih besar atau sangat besar, yang menurut akal pikiran orang pada umumnya akan selalu menghindari resiko itu.

Perbedaan daya paksa absolut dengan daya paksa relatif, pada dasarnya terletak pada ada tidaknya alternatif perbuatan yang dapat dipilih. Apabila daya paksa itu sedemikian rupa kuatnya sehingga orang itu sepenuhnya (mutlak) tidak berdaya, artinya perbuatan atau kejadian itu timbul oleh sebab yang sama sekali tidak dapat dikuasainya atau tiada alternatif lain selain harus dan mutlak terwujudnya suatu perbuatan yang pada kenyataannya dilarang undang-undang. Sedangkan pada daya paksa relatif, apabila tekanan itu sedemikian kuatnya sehingga ia berada dalam keadaan yang mengharuskan dia mengambil sikap dan berbuat tertentu yang pada kenyataannya melanggar undang-undang, tetapi disamping perbuatan yang telah dilakukannya itu ada pilihan perbuatan lain sebagai alternatifnya, namun perbuatan terakhir ini tidak mungkin dipilihnya berhubung resiko dari perbuatan lain itu adalah lebih besar atau sangat besar, yang menurut akal pikiran orang pada umumnya akan menghindari resiko itu.

Kriteria tertentu yang dapat digunakan dalam menentukan terhadap pilihan perbuatan itu menjadi pilihan yang dibenarkan sehingga menjadi daya paksa relatif, ialah pada resiko dari pilihan perbuatan lain itu harus seimbang atau lebih di atas resiko dari pilihan perbuatan lain yang dipilihnya. Ukuran seimbang atau lebih sebagaimana dimaksud di atas tercakup ukuran obyektif yang sekaligus subyektif. Ukuran subyektif terletak pada akal manusia, sedangkan ukuran obyektif ialah bagi orang normal pada umumnya. Oleh karenanya hakimlah yang berwenang menilai dan menentukan telah dipenuhinya syarat subyektif maupun obyektif tersebut, dan hakim harus mampu menangkap akal pikiran bagi semua orang terhadap resiko atas suatu pilihan perbuatan tertentu berdasarkan akal budi yang dimilikinya.¹³⁴

Mahkamah Agung RI dalam pertimbangan hukum putusannya (No. 121K/Kr/1960, tanggal 30-05-1961) menyatakan bahwa:

“keberatan yang diajukan oleh terdakwa bahwa pelanggaran itu (mengangkut penumpang melebihi batas maksimum), dikarenakan terpaksa dan terdorong oleh rasa pribadinya, yakni setelah mengangkut penumpang maksimum yang terdiri dari orang-orang biasa, ia membolehkan seorang anggota tentara naik, tentara mana yang ia kenal bertugas didaerah itu dan tentara itu tidak dipungut bayaran tidak dapat dibenarkan, karena keberatan tersebut bukanlah dorongan yang bersandar pada “rasa pribadi penuntut kasasi” dan merupakan “paksaan” termaksud dalam Pasal 48 KUHP, sehingga perbuatan terdakwa tetap merupakan tindak pidana.”

¹³⁴ disarikan dari Adami Chazawi, *Pelajaran Hukum Pidana Bagian 2...Opcit.* Hal. 33-34.

Sedangkan **Jonkers**, membagi daya paksa dalam tiga macam, yaitu :

1. Daya paksa mutlak (*absolute overmacht*), dalam pengertian ini termasuk hal-hal dimana pembuat tidak dapat berbuat lain. Pembuat dalam keadaan demikian tidak dapat melawan, dengan kata lain ia tak dapat mengadakan pilihan lain selain daripada berbuat demikian.
2. Daya paksa relatif (*relatieve overmacht*), kekuasaan, kekuatan dorongan atau paksaan fisik atau psikis terhadap orang bersangkutan bersifat relatif atau nisbi. Misalnya pada perampokan sebuah bank, bankir diancam dengan pistol supaya menyerahkan uang, bila tidak dilakukan maka pistol itu akan ditembakkan oleh perampok dan dapat mengenai dirinya. Bilamana ia tidak melawan dan menuruti kehendak perampok, maka ia tidak dapat dipidana sekalipun ia telah mewujudkan delik.
3. Keadaan darurat (*noodtoestand*), menurut **Jonkers** inisiatif pada keadaan darurat datang dari sipembuat itu sendiri yang memilih melakukan delik, yang dikarenakan hal-hal seperti: adanya pertentangan antara dua kepentingan hukum, adanya pertentangan antara kepentingan hukum dan kewajiban hukum, serta adanya pertentangan antara dua

kewajiban hukum¹³⁵.

Dalam doktrin, mengenai keadaan darurat ini dikenal tiga bentuk:

1. dalam hal terjadi pertentangan antara dua kepentingan hukum; yaitu: apabila terjadi suatu keadaan di mana terjadi konflik antara dua kepentingan hukum yang saling berhadapan, sehingga tidak dapat memenuhi semua kepentingan hukum yang saling berhadapan itu sekaligus, melainkan dengan terpaksa harus mengorbankan salah satunya, maka pihak yang terpaksa mengorbankan atau melanggar kepentingan hukum yang lain tersebut tidak dapat dipidana. Sebagai contoh dapat dikemukakan mengenai *Papan Karneades* dari CICERO, yaitu ketika terjadi kecelakaan di laut mengenai karamnya sebuah kapal, ada dua orang penumpang yang dalam usaha menyelamatkan nyawanya berpegang pada sebuah papan, yang hanya dapat dipakai oleh satu orang saja, maka dalam usaha untuk menyelamatkan diri dari ancaman kematian (karena apabila dipakai untuk dua orang maka keduanya akan tenggelam) salah seorang diantaranya mendorong

¹³⁵ Disarikan oleh penulis dari pendapat Jonkers yang dikutip oleh Andi Zaenal Abidin, *Asas-asas Hukum Pidana Bagian Pertama*, Op Cit. hal 226-234, selain itu menurut Jonkers perbedaan antara *absolute overmacht* dan *relatieve overmacht*, pada *absolute overmacht orang yang memaksa atau mendoronglah yang berbuat secara praktis* sedangkan pada *relatieve overmacht orang yang diancam, dipaksa atau didoronglah yang berbuat, sekalipun ia berbuat karena ancaman dorongan itu.*

orang lain, sehingga orang yang satunya terlepas dari papan dan mati. Maka dalam pandangan hukum perbuatan dari orang tersebut, kehilangan sifat melawan hukumnya sehingga orang tersebut tidak dipidana atas perbuatannya.¹³⁶

2. Dalam hal terjadi pertentangan antara kewajiban hukum dengan kepentingan hukum; yaitu: apabila terdapat suatu keadaan dimana seseorang hendak melaksanakan kewajiban hukumnya namun pada saat yang bersamaan dia harus menegakkan kepentingan hukumnya sendiri, maka bilamana dia memilih perbuatan untuk menegakkan kepentingan hukumnya sendiri dengan melanggar kewajiban hukumnya yang pada kenyataannya melanggar undang-undang, maka ia tidak dapat dipidana.
3. dalam hal terjadinya pertentangan antara dua kewajiban hukum; yaitu: apabila suatu keadaan dimana seseorang diwajibkan untuk menjalankan dua kewajiban hukum sekaligus dalam waktu yang bersamaan, yang tentunya tidak dapat dilakukannya, sehingga ia melaksanakan salah satu

¹³⁶ disarikan dari buku Adami Chazawi, *Pelajaran Hukum Pidana 2*, Opcit. Hal 37. bandingkan dengan hukum Inggris dalam kasus *Mignonette* (± tahun 1884): para pelaut yang selamat dari kapal layar *Mignonette* membunuh dan memakan seorang pelaut lain, Richard Parker, yang sudah menjelang ajal, untuk menghindari ancaman kelaparan. Empat hari setelah drama ini terjadi, para pelaut tersebut diselamatkan, tetapi dihadapkan pada pengadilan Inggris yang menjatuhkan pidana mati. Pembelaan dengan mengajukan alasan *noodtoestand* (anak tersebut sudah menjelang ajal; nyawa pencari nafkah lebih berharga daripada anak tersebut) ditolak. Namun melalui upaya hukum grasi pidana mati tersebut diubah menjadi pidana selama enam bulan, lihat pada Jan Remmelink, *Hukum Pidana....*, Opcit Hal.232-233.

saja dari kewajiban hukum itu, maka atas pelanggaran kewajiban hukum yang lain yang pada kenyataannya melanggar undang-undang tidaklah boleh dipidana.

Tiga macam bentuk keadaan darurat ini dalam praktek masih dipertahankan, misalnya dalam putusan Mahkamah Agung RI tanggal 2 Juli 1969 No. 117K/Kr/1968, yang dalam pertimbangan hukumnya menyatakan sebagai berikut: "Menimbang, bahwa keberatan-keberatan tersebut tidak dapat dibenarkan, karena ditinjau dari sudut *formele* maupun *materieele wederrichttelijkheid* kejahatan-kejahatan yang dilakukan adalah *wederrechtelijk* dan tidak terdapat hal-hal yang merupakan apa yang disebut *strafuitsluitingsgronden*, tegasnya tidak ada *noodtoestand* seperti yang didalilkan oleh penuntut kasasi, sebab tidak terdapat:

1. *Pertentangan antara dua kepentingan hukum;*
2. *pertentangan antara kepentingan hukum dan kewajiban hukum;*
3. *Pertentangan antara dua kewajiban hukum*".¹³⁷

c. Pembelaan Terpaksa

Sudarto¹³⁸, mengistilahkan pembelaan terpaksa sebagai pembelaan darurat, istilah pembelaan darurat ini tidak dikenal

¹³⁷ A. Soemadi Pradja, *Himpunan Putusan-Putusan Mahkamah Agung Disertai Kaidah-Kaidahnya*, Alumni, Bandung, 1977, hal 162, sebagaimana dikutip oleh Adami Chazawi, *Pelajaran Hukum Pidana 2*, Ibid. hal 39.

¹³⁸ Sudarto, *Hukum Pidana I*, Op cit hal. 147.

dalam KUHP, Mengenai pembelaan terpaksa (*noodweer*) ini dirumuskan dalam Pasal 49 ayat (1) KUHP:

“Barangsiapa terpaksa melakukan perbuatan untuk pembelaan, karena ada serangan atau ancaman serangan ketika itu yang melawan hukum, terhadap diri sendiri maupun orang lain, terhadap kehormatan kesusilaan atau harta benda sendiri maupun orang lain, tidak dipidana.”

Selanjutnya menurut **Sudarto**¹³⁹, perbuatan orang yang membela diri itu seolah-olah perbuatan dari seseorang yang main hakim sendiri, tetapi dalam hal dengan syarat-syarat seperti tersebut dalam Pasal 49, maka perbuatannya dianggap tidak melawan hukum. Disini orang seolah-olah mempertahankan haknya sendiri. Tidaklah dapat diharapkan dari seorang warga negara menerima saja suatu perlakuan yang melawan hukum yang ditujukan kepada dirinya. Padahal negara dengan alat-alat perlengkapannya tidak dapat tepat pada waktunya melindungi kepentingan hukum dari orang yang diserang itu, oleh karenanya menurut beliau pembelaan darurat ini merupakan alasan pembenar, karena pembelaan diri yang dilakukan bersifat menghilangkan sifat melawan hukum.

Terhadap pendapat yang dikemukakan oleh **Sudarto** di atas, yang menyatakan bahwa pembelaan terpaksa sebagai alasan pembenar penulis sependapat dengan pendapat yang dikemukakan oleh beliau yang sejalan dengan pendapat dari

¹³⁹ *Ibid.* hal 148.

Jan Rummelink, bahwa tepat apabila pembelaan terpaksa dikualifikasikan sebagai alasan pembenar, namun tidak dalam arti membenarkan tindakan (pelaku)—yang masih dapat dimaafkan mengingat pelanggaran yang mendahului tindakan tersebut, yang sekaligus merupakan suatu provokasi—melainkan dari suatu tindakan yang memang berhak dilakukan. Pembelaan terpaksa adalah upaya membela hak; hak membela diri terhadap ketidakadilan. Oleh karenanya tindakan yang dilakukan dalam konteks *noodweer* (pembelaan terpaksa-pen), sekalipun memenuhi rumusan dan unsur-unsur tindak pidana, dalam dirinya sendiri tidak dapat dianggap suatu tindakan yang layak dikenai pidana—bukan suatu perbuatan yang melawan hukum, tetapi justru diakui dan diterima oleh hukum.¹⁴⁰

Dalam pembelaan terpaksa menurut Sudarto¹⁴¹ ada dua hal yang pokok, yaitu:

1. Adanya serangan, yang memenuhi syarat-syarat: seketika, yang langsung mengancam, melawan hukum dan sengaja ditujukan pada badan, peri-kesopanan dan harta benda.
2. Adanya pembelaan yang perlu diadakan terhadap serangan itu, yang memenuhi syarat-syarat: pembelaan itu harus dan

¹⁴⁰ Lihat pada Jan Rummelink, *Hukum Pidana*. Opcit hal. 239. Rummelink mendasarkan pendapatnya tersebut dengan melihat pada kecenderungan bahwa meskipun istilah *noodweer* tidak ada dalam sejarah perundang-undangan dan adanya kecenderungan digantikannya oleh upaya penegakan hukum oleh penguasa (demi ketertiban umum). Akan tetapi menurut Rummelink negara tidak layak menuntut warga negaranya untuk pasrah membiarkan ketidakadilan menimpa mereka dan ketidakadilan tidak perlu mengalahkan hukum.

¹⁴¹ Sudarto, *Hukum Pidana I...*, Opcit hal. 148.

perlu diadakan, pembelaan harus menyangkut kepentingan-kepentingan yang disebut dalam undang-undang yakni serangan pada badan, peri-kesopanan dan harta benda kepunyaan sendiri atau orang lain.

Sudarto¹⁴² juga mengemukakan perbedaan antara keadaan darurat dan pembelaan darurat (pembelaan terpaksa), yaitu:

1. Dalam **keadaan darurat** dapat dilihat adanya perbenturan antara kepentingan hukum dan kepentingan hukum, kepentingan hukum dan kewajiban hukum serta kewajiban hukum dan kewajiban hukum. Sedangkan dalam **pembelaan darurat** situasi darurat ini ditimbulkan oleh adanya perbuatan melawan hukum yang bisa dihadapi secara sah, dengan perkataan lain dalam keadaan darurat: hak berhadapan dengan hak, sedangkan dalam pembelaan darurat: hak berhadapan dengan bukan hak.
2. Dalam **keadaan darurat** tidak perlu adanya serangan, sedangkan dalam **pembelaan darurat** harus ada serangan.
3. Dalam **keadaan darurat** orang dapat bertindak berdasarkan berbagai kepentingan atau alasan sedang dalam **pembelaan darurat**, pembelaan itu syarat-syaratnya sudah ditentukan secara limitatif (Pasal 49 ayat (1) KUHP).

¹⁴² Sudarto, *Ibid.* hal. 150-151.

4. Sifat dari keadaan darurat tidak ada keseragaman pendapat daripada penulis, yakni ada yang berpendirian sebagai alasan pemaaf dan ada yang berpendirian sebagai alasan pembeda; sedang dalam pembelaan darurat para penulis memandang sebagai alasan pembeda, yaitu penghapusan sifat melawan hukum.

Selain itu dikenal pula istilah *noodwer exces*, yaitu pelanggaran batas pembelaan terpaksa, yang disebabkan oleh suatu tekanan jiwa yang hebat karena adanya serangan orang lain yang mengancam.¹⁴³

Andi Zaenal Abidin¹⁴⁴ mengadakan pembedaan antara pembelaan terpaksa (*noodweer*) dengan *noodweer exces*, yaitu:

1. pada *noodweer*, sifat melawan hukum perbuatan hilang, sedang pada *noodweer exces* perbuatan tetap melawan hukum, tetapi dasar sehingga tidak dapat dipidanya pembuat terletak pada keadaan khusus, dimana pembuat berada, disebabkan oleh karena penyerangan yang mengancam seketika.
2. Pada *noodweer*, tak boleh ditangani atau dipukul lebih dari pada maksud pembelaan yang perlu, sedangkan pada

¹⁴³ Andi Zaenal Abidin, *Asas-Asas Hukum Pidana Bagian Pertama, Opcit.* Hal. 237. Bandingkan dengan pendapat Sudarto, *Opcit* hal 151. Mengartikannya sebagai pelanggaran batas pembelaan darurat, yang memenuhi rumusan Pasal 49 ayat (2) KUHP yang berbunyi: "pembelaan terpaksa yang melampaui batas, yang langsung disebabkan oleh kegoncangan jiwa yang hebat karena serangan atau ancaman serangan itu, tidak dipidana." (KUHP Tim Penterjemah BPHN, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, hal. 34).

¹⁴⁴ Andi Zaenal Abidin, *Ibid.* hal.237.

noodweer exces pembuat melampaui batas-batas pembelaan darurat oleh karena kegoncangan jiwa yang hebat.

3. *Noodweer* adalah suatu dasar (alasan-pen) pembeda, sedangkan *noodweer exces* merupakan dasar (alasan-pen) pemaaf.

Terhadap pendapat di atas, **Sudarto**¹⁴⁵ menyepakatinya dengan menyebutkan *noodweer exces* sebagai alasan penghapus kesalahan (pertanggung-jawab pidana) jadi sebagai alasan pemaaf karena perbuatannya tetap bersifat melawan hukum, dengan menambahkan bahwa ketentuan pada Pasal 49 ayat (1) dan ayat (2) KUHP mempunyai hubungan yang erat, karena syarat pembelaan yang tersebut dalam Pasal 49 ayat (1) disebut juga sebagai syarat dalam Pasal 49 ayat (2), dimana pembelaan itu perlu dan harus diadakan dan tidak ada jalan lain untuk bertindak. Selanjutnya beliau menjelaskan bahwa kegoncangan jiwa yang hebat itu berupa suatu perasaan hati yang sangat panas, termasuk di dalamnya adalah rasa takut, bingung dan mata gelap yang disebabkan oleh adanya serangan dan bukan karena sifat mudah tersinggung dari sipembuat.

¹⁴⁵ lihat Sudarto, *Hukum Pidana I*, Op.cit. Hal 151-152.

Mengenai pembelaan terpaksa yang melampaui batas ini menurut **Remmelink**¹⁴⁶ muncul dalam dua bentuk. Bentuk pertama, pihak (pelaku-pen) menghadapi suatu serangan dan mengalami guncangan batin yang demikian hebat mengubah pembelaan diri menjadi suatu serangan. Jika ini yang terjadi, terdakwa—secara teoritis—memiliki dua macam pembelaan: pertama-tama pada tahap awal *noodweer* (pembelaan terpaksa-pen) dan untuk tahap berikutnya *noodweer exces*. Bentuk kedua adalah pihak yang berhak melakukan bela paksa mengalami guncangan batin yang begitu hebat, sehingga serta merta menggunakan upaya bela diri yang berlebihan atau setidaknya menggunakan upaya drastis untuk membela diri. Kedua bentuk tersebut hanya dapat diterima sebagai *fait d'excuse* (pemaaf) bilamana serangan melawan hukum itu sendiri, dan bukan karakter pelaku, yang patut dianggap keterlaluan.

Pendapat ini senada dengan yang dikemukakan oleh **Sudarto** di atas, sehingga dapatlah disimpulkan oleh penulis bahwa dalam *noodweer exces* alasan tidak dikenakannya pidana bukan terutama tiadanya kesalahan, namun lebih karena pembuat undang-undang menganggap adil jika pelaku yang

¹⁴⁶ Lihat Remmelink, *Hukum Pidana...* Opcit hal. 247.

harus menghadapi serangan demikian tidak dipidana (*Non tam ira, quam causa inte excusat*).

Dilain pihak **Remmelink** dan juga **Sudarto**, mengemukakan pula pembelaan terpaksa putatif¹⁴⁷ yang pada intinya dapat penulis simpulkan pendapat keduanya yang senada, yang mengatakan pembelaan terpaksa putatif ini terjadi karena seseorang menyangka dirinya diserang, padahal dalam kenyataannya serangan itu tidak ada. Menurut keduanya pembelaan terpaksa putatif ini dapat dibenarkan selama kekhilafan yang terjadi dapat dimaafkan sehingga si pelaku dapat berlindung pada taxi atau avas (tidak adanya kesalahan sama sekali) sehingga ia tidak dapat dicela atas perbuatannya.

d. Menjalankan Peraturan Undang-Undang

Pasal 50 KUHP¹⁴⁸ menyatakan:

“Barangsiapa melakukan perbuatan untuk melaksanakan ketentuan undang-undang, tidak dipidana.”

Dari bunyi ketentuan di atas menurut **Sudarto**¹⁴⁹ mula-mula H.R. menafsirkan secara sempit, yaitu undang-undang dalam arti formil, ialah hasil perundang-undangan dari DPR/Raja, tetapi kemudian pendapat H.R. berubah dan

¹⁴⁷ Remmelink memberi istilah *putatieve noodweer* sedangkan Sudarto memberi istilah *alasan penghapus pidana putatief*, (cetak miring dari penulis) lihat pada Remmelink, Ibid hal 248 dan Sudarto, *Hukum Pidana...Opcit* hal. 155. Sudarto mengatakan bahwa alasan penghapus pidana putatif ini dapat terjadi tidak hanya pada seseorang yang mengira telah berbuat dalam daya paksa, tetapi dapat juga dalam pembelaan darurat (pembelaan terpaksa-pen) atau dalam menjalankan undang-undang atau dalam menjalankan perintah jabatan yang sah.

¹⁴⁸ KUHP Tim Penterjemah BPHN, *Opcit*, hal. 34

¹⁴⁹ lihat Sudarto, *Hukum Pidana I*, *Opcit* hal. 152.

diartikan dalam arti materil, yaitu tiap peraturan yang dibuat oleh alat pembentuk undang-undang yang umum. Selanjutnya beliau menyatakan untuk dapat diberlakukannya ketentuan dalam Pasal 50 KUHP ini maka kewajiban/tugas yang diperintahkan oleh peraturan undang-undang harus dilakukan secara patut, wajar dan masuk akal, sehingga ada keseimbangan antara tujuan yang hendak dicapai dengan cara pelaksanaannya. Misalnya petugas Polisi yang menembak mati seorang pengendara sepeda motor yang melanggar peraturan lalulintas karena tidak mau berhenti, tidak dapat berlindung dibawah Pasal 50 KUHP ini, karena kejengkelan pejabat tersebut tidak dapat membenarkan tindakannya, lain halnya dengan seorang penjahat yang sudah terkepung dan mencoba melawan petugas untuk dapat melarikan diri, maka polisi yang menembak si pelaku dapat dibenarkan. Perbuatan orang yang menjalankan peraturan undang-undang tidak bersifat melawan hukum, sehingga Pasal 50 KUHP merupakan alasan pembenar.

e. Menjalankan Perintah Jabatan

Mengenai menjalankan perintah jabatan dibedakan dalam dua hal, yaitu: perintah jabatan yang sah, diatur dalam Pasal 51 ayat (1) KUHP, dan perintah jabatan tidak sah yang diatur dalam Pasal 51 ayat (2) KUHP yang selengkapnya berbunyi:

Pasal 51 KUHP:

- (1) "Barangsiapa melakukan perbuatan untuk melaksanakan perintah jabatan yang diberikan oleh penguasa yang berwenang, tidak dipidana."
- (2) "perintah jabatan tanpa wewenang, tidak menyebabkan hapusnya pidana, kecuali jika yang diperintah, dengan itikad baik mengira bahwa perintah diberikan dengan wewenang dan pelaksanaannya termasuk dalam lingkungan pekerjaannya."

Ketentuan dalam Pasal 51 ayat (1) KUHP sama dengan alasan penghapus pidana karena menjalankan peraturan undang-undang (Pasal 50 KUHP) di atas, dalam arti bahwa pada kedua alasan penghapus pidana ini sama-sama menghapuskan sifat melawan hukumnya perbuatan dan pada keduanya merupakan perbuatan yang boleh dilakukan sepanjang menjalankan kewenangan berdasarkan perintah undang-undang maupun perintah jabatan. Menjalankan perintah jabatan sebagaimana disebutkan dalam ketentuan Pasal 51 ayat (1) KUHP merupakan alasan pembenar.

Perbedaan keduanya menurut **Adami Chazawi**¹⁵⁰, terletak pada menjalankan perintah jabatan ada *hubungan publik* antara orang yang memberi perintah dan orang yang diberi perintah yang *in casu* melakukan suatu perbuatan tertentu. Kewenangan pada menjalankan perintah jabatan

¹⁵⁰ Adami Chazawi, *Pelajaran Hukum Pidana Bagian 2...*, Opcit hal. 58 secara singkat Sudarto memberi pengertian terhadap ketentuan Pasal 51 ayat (1) KUHP ini bahwa orang dapat melaksanakan undang-undang sendiri, akan tetapi juga dapat menyuruh orang lain untuk melaksanakannya. Maka jika seseorang melakukan perintah yang sah ini, maka ia tidak melakukan perbuatan yang melawan hukum. Lihat pada Sudarto, *Hukum Pidana 1*, Opcit hal. 153.

adalah pada perintah yang diberikan berdasarkan undang-undang. Sedangkan pada menjalankan peraturan undang-undang keabsahan menjalankan perintah itu ada pada undang-undangnya.

Kapankah suatu perintah jabatan itu dikatakan sah?

Menurut **Sofjan Sastrawidjaja**¹⁵¹ perintah jabatan itu dikatakan sah, apabila memenuhi syarat-syarat sebagai berikut:

1. Antara orang yang memberikan perintah dengan orang yang diberi perintah harus ada hubungan jabatan dan harus ada hubungan sub ordinasi. Hubungan ini harus bersifat hukum publik. Hubungan yang bersifat hukum keperdataan tidak termasuk ketentuan kedalam Pasal 51 KUHP.¹⁵²
2. Kewenangan orang yang memberikan perintah itu harus sesuai dengan jabatannya yang bersifat hukum publik tersebut.
3. Perintah jabatan yang diberikan itu harus termasuk dalam lingkungan kewenangan jabatannya.

Mengenai ketentuan sebagaimana disebut dalam Pasal 51 ayat (2) KUHP mengenai perintah jabatan yang tidak sah, juga bersifat menghapuskan dapat dipidananya seseorang. Meskipun perbuatan si pelaku tetap bersifat melawan hukum,

¹⁵¹ Sofjan Sastrawidjaja, *Asas Hukum Pidana... .. Opcit.* Hal. 237

¹⁵² Namun menurut pendapat penulis syarat ini tidak selalu mutlak, sebab ada hal-hal yang dapat menyimpanginya, contohnya dalam ketentuan Pasal 525 ayat (1) KUHP yang berbunyi: "barangsiapa ketika ada bahaya umum bagi orang atau barang, atau ketika ada kejahatan tertangkap tangan diminta pertolongan oleh penguasa umum tetapi tidak menolaknya, padahal mampu untuk memberikan pertolongan tersebut tanpa menempatkan diri langsung dalam keadaan yang membahayakan, diancam dengan pidana denda paling banyak tiga ratus tujuh puluh lima rupiah."

Dalam ketentuan Pasal di atas, tampaklah bahwa hubungan jabatan dan hubungan sub ordinasi tidak ada, yang ada hanyalah hubungan pelaksanaan perintah jabatan. Perlindungan terhadap penguasa umum berdasarkan Pasal 50 KUHP, sedangkan perlindungan terhadap perbuatan seseorang yang memberikan pertolongan berdasarkan Pasal 50 ayat (1) KUHP.

tetapi ia tidak dapat dipidana jika memenuhi syarat-syarat sebagai berikut:

1. jika orang diperintah dengan itikad baik mengira bahwa perintah itu sah (diberikan dengan wewenang);
2. pelaksanaan perintah itu termasuk dalam lingkungan pekerjaannya.

Perbuatan seseorang yang melaksanakan perintah jabatan yang tidak sah merupakan alasan pemaaf, karena perbuatannya itu tetap bersifat melawan hukum, tetapi berhubung dengan keadaan pribadinya, maka ia tidak dapat dipidana.

Ketentuan pasal-pasal dalam KUHP sebagaimana tersebut di atas merupakan alasan penghapus pidana umum, selain itu terdapat pula alasan penghapus pidana khusus, yaitu:

1. Pasal 164 dan 165 jo. Pasal 166 KUHP yang pada intinya mengancam pidana terhadap barangsiapa yang tidak pada waktunya menyampaikan permufakatan jahat untuk melakukan atau niat untuk melakukan yang tertera pada pasal-pasal 104, 106, 107,108 dan seterusnya, dan pada saat kejahatan masih dapat dicegah, dengan sengaja tidak memberitahukannya kepada pejabat kehakiman atau kepolisian, atau kepada yang terancam, apabila kejahatan jadi dilakukan. Selanjutnya Pasal 166 KUHP menyatakan,

bahwa ketentuan terhadap kedua pasal tersebut tidak berlaku bagi orang yang dengan memberitahukan itu mungkin mendatangkan bahaya penuntutan pidana bagi dirinya atau keluarga sedarah atau semendanya, suami/istrinya atau bekas suami/istrinya, ataupun bagi orang lain yang jika dituntut, berhubung dengan jabatan atau pekerjaannya, dimungkinkan pembebasan menjadi saksi terhadap orang tersebut. Ketentuan dalam Pasal 166 KUHP tersebut merupakan alasan penghapusan pidana khusus terhadap kejahatan-kejahatan tertentu tersebut (tidak bersifat umum).

2. Pasal 221 ayat (1) ke-1 dan ke-2 KUHP mengancam pidana bagi barangsiapa yang menyembunyikan atau membantu untuk melepaskan diri dari penyidik lanjutan atau penahanan, seseorang yang bersalah atau dituntut karena melakukan kejahatan ataupun menghilangkan jejak kejahatan tersebut dengan maksud untuk menutup kejahatan itu atau untuk mempersulit penyidikan lanjutan perkara itu. Namun pada ayat 2 pasal tersebut dinyatakan bahwa Pasal 221 ayat (1) tidak berlaku bagi mereka yang menyembunyikan atau membantu penjahat tersebut di atas atau menutup perkara atau menghalangi penyidikan, jikalau penjahat itu adalah sanaknyanya atau kerabat semendanya

menurut garis lurus, sanaknya menurut garis samping derajat kedua atau ketiga atau suami/istri ataupun bekas suami/istrinya.

3. Pasal 310 ayat (3) KUHP yang pada intinya menyatakan, bahwa barangsiapa yang mencemarkan nama orang lain, baik lisan, maupun tertulis, tidak dipidana, jikalau ia melakukan demi kepentingan umum atau terpaksa karena membela diri. Perbuatannya dengan demikian dianggap tidak melawan hukum.

Selain itu sebagaimana yang dikemukakan oleh **Sudarto**, diluar Undang-undangpun ada alasan-alasan penghapus pidana, misalnya:

1. hak dari orang tua, guru untuk menertibkan anak-anak atau anak didiknya;
2. hak yang timbul dari pekerjaan seorang dokter, apoteker, bidan dan penyelidik ilmiah;
3. ijin atau persetujuan dari orang yang dirugikan kepada orang lain mengenai suatu perbuatan yang dapat dipidana, apabila dilakukan tanpa ijin atau persetujuan (*consent of the victim*);
4. mewakili urusan orang lain;
5. tidak ada unsur sifat melawan hukum yang materiil;
6. tidak adanya kesalahan sama sekali (*taksi atau avas*)¹⁵³

¹⁵³ Sudarto, Hukum Pidana I, Op cit hal. 155, menurut Sudarto alasan penghapus pidana yang tersebut no. 1-5 merupakan alasan pembenar, sedangkan yang tersebut nomor 6 adalah alasan pemaaf (penghapus kesalahan).

1.3. Perbedaan Antara Alasan Penghapus Pidana dan Alasan Penghapus Penuntutan

Menurut Adami Chazawi dalam bukunya "Pelajaran Hukum Pidana Bagian 2", menjelaskan mengenai kata "*recht*" yang dalam bahasa Belanda mempunyai dua arti, yaitu *recht* yang berarti hukum, dan yang kedua *recht* yang mengandung arti hak, seperti pada istilah *rechteloos* yang artinya kehilangan hak atau istilah *rechtskrenking* artinya pelanggaran hak subyektif¹⁵⁴.

Selanjutnya Adami Chazawi mengatakan dalam pengertian hak ini dikenal juga hukum pidana subyektif, yaitu hak subyektif dalam menegakkan aturan hukum pidana. Sebagai organisasi sosial yang terkuat dan tertinggi, maka hanya negara saja yang memegang hak penegakan hukum pidana, termasuk didalamnya hak untuk menuntut pidana terhadap barangsiapa yang telah diduga melanggar aturan pidana yang telah dibentuk oleh badan pembentuk undang-undang. Demikian pula hanya negara saja yang memegang hak untuk menjalankan pidana terhadap barang siapa yang oleh negara telah dinyatakan bersalah dan dijatuhi pidana atas kesalahan itu.

Pembentuk undang-undang telah membuat sejumlah ketentuan yang bersifat khusus, baik dalam KUHP maupun dalam undang-undang lainnya, dimana pembentuk undang-

¹⁵⁴ Adami Chazawi, *Pelajaran Hukum Pidana Bagian 2*, Op cit hal. 151.

undang itu telah merumuskan suatu keadaan-keadaan , dimana ketentuan-ketentuan pidana yang ada itu dianggap sebagai tidak dapat diberlakukan, hingga penuntut umumpun tidak dapat melakukan penuntutan terhadap seorang pelaku yang telah dituduh melanggar ketentuan-ketentuan pidana dimaksud, maka hakimpun tidak dapat mengadili pelaku tersebut, oleh karena terdapat sejumlah keadaan-keadaan yang telah membuat tindakan dari pelaku itu menjadi tidak bersifat melanggar hukum ataupun yang telah membuat pelakunya itu menjadi tidak dapat dipersalahkan atas tindakan-tindakannya, karena pada diri pelaku tidak terdapat sesuatu unsur *schuld*.¹⁵⁵

Keadaan-keadaan yang membuat penuntut umum tidak dapat melakukan suatu penuntutan terhadap seorang pelaku sebagaimana dimaksud di atas, lazim disebut sebagai "*alasan-alasan penghapus penuntutan*", yang dibedakan dengan "*alasan alasan penghapus pidana*" dimana seorang hakim tidak dapat mengadili seorang pelaku hingga ia tidak dapat menjatuhkan suatu hukuman/pemidanaan terhadap perbuatan pelaku tersebut.

Di dalam praktek seringkali sulit untuk memastikan dan membedakan antara alasan penghapus penuntutan dengan alasan penghapus pidana, oleh karena perkataan-perkataan yang telah dipergunakan oleh pembentuk undang-undang di dalam

¹⁵⁵ P.A.F. Lamintang, Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia, Opcit hal. 385

rumusan-rumusan dari ketentuan-ketentuan pidana yang telah dibentuknya itu tidaklah selalu jelas.

Suatu contoh dari perkataan-perkataan yang tidak jelas yang telah dipergunakan oleh pembentuk undang-undang seperti dimaksud di atas, dapat dijumpai misalnya di dalam rumusan ketentuan Pidana Pasal 163 bis ayat 2 KUHP, yang berbunyi :

“(2) aturan tersebut tidak berlaku, jika tidak mengakibatkan kejahatan atau percobaan kejahatan disebabkan karena kehendaknya sendiri.”

Di dalam Pasal 163 bis ayat (2) KUHP tersebut, menurut penulis pembentuk undang-undang itu sebenarnya bermaksud untuk menjelaskan bahwa ketentuan pidana di dalam perbuatan menggerakkan orang lain yang gagal untuk melakukan suatu tindak pidana seperti yang diatur dalam Pasal 163 ayat (1) bis KUHP itu tidak dapat diberlakukan terhadap pelakunya apabila ia dengan sukarela telah membatalkan niatnya.

Menurut van Bemmelen sebagaimana dikutip oleh P.A.F. Lamintang dalam bukunya “Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia”, dengan membuat rumusan ketentuan pidana seperti dimaksud di dalam Pasal 163 bis ayat (2) KUHP, sebenarnya pembentuk undang-undang telah bermaksud untuk menciptakan suatu *strafuitsluitingsgrond* (alasan penghapusan pidana) dan bukan suatu *vervolgingsluitingsgrond* (alasan penghapusan

penuntutan-pen).¹⁵⁶ Akan tetapi di dalam praktek seringkali rumusan tersebut diartikan bahwa penuntut umum tidak dapat melakukan suatu penuntutan terhadap pelaku tindak pidana yang melanggar ketentuan tersebut, padahal yang dimaksud oleh pembentuk undang-undang sebenarnya adalah untuk memberitahukan kepada hakim, bahwa hakim tidak boleh menjatuhkan hukuman.

Dari penjelasan di atas menurut penulis perbedaan yang paling *essensial* dalam alasan penghapus penuntutan membawa akibat bahwa tindakan-tindakan yang menurut hukum yang berlaku itu sebenarnya adalah terlarang dimana karena tindakan-tindakan semacam itu pelakunya dapat dihukum, kemudian menjadi tidak dapat atau belum dapat dituntut yang berakibat pelakunya tidak dapat atau belum dapat atau menjadi tidak dapat dipidana, sehingga tertutup kemungkinan bagi penuntut umum untuk melakukan suatu penuntutan, dan apabila penuntut umum memaksakan diri untuk melakukan suatu penuntutan, maka tuntutanannya itu oleh hakim akan dinyatakan sebagai tidak dapat diterima atau *niet onvankelijk verklaard*, sedangkan dalam alasan penghapus pidana penuntut umum dapat melakukan penuntutan, akan tetapi apabila hakim mempunyai suatu keragu-raguan, yaitu apakah dalam tindak pidana tersebut terdapat suatu alasan

¹⁵⁶ periksa dalam P.A.F. Lamintang, *Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia*, Ibid hal. 387.

penghapus pidana atau tidak, maka hakim dalam putusannya akan membebaskan terdakwa dari segala tuntutan hukum atau *ontslag van alle rechtsvervolging*.¹⁵⁷

Menurut Lamintang¹⁵⁸, mengenai alasan-alasan yang menghapus penuntutan ini terdapat di dalam buku ke-1 KUHP, yaitu:

1. Di dalam Bab I: Pasal 2 dan 3 KUHP serta Pasal 7 sampai dengan Pasal 9 KUHP yang mengatur tentang ruang lingkup berlakunya undang-undang pidana Indonesia;
2. Di dalam Bab V: Pasal-pasal 61 dan 62 KUHP yang menentukan bahwa penerbit dan pencetak itu tidak dapat dituntut apabila pada cetakan itu tercantum nama serta alamatnya dan pelaku ataupun orang yang telah menyuruh mencetak itu diketahui atau setelah sekali mendapat teguran kemudian telah diberitahukan;
3. Di dalam Bab VII: Pasal 72 KUHP dan selanjutnya yang menentukan bahwa tidak dapat dilakukan suatu penuntutan apabila tidak ada suatu pengaduan;
4. Di dalam Bab VIII: Pasal 82 yang mengatur batalnya hak untuk melakukan penuntutan karena adanya suatu "*afdoening buiten proces*" yakni dengan pembayaran jumlah denda yang

¹⁵⁷ Menurut Lamintang alasan utama tentang sebab pembentuk undang-undang membentuk alasan penghapus penuntutan disamping alasan penghapus pidana adalah bahwa di dalam peristiwa-peristiwa tertentu, pembentuk undang-undang tidak menghendaki untuk dilakukannya sesuatu penuntutan terhadap pelakunya, Ibid hal. 388.

¹⁵⁸ Ibid. hal 387-388.

setinggi-tingginya secara sukarela pada pelanggaran-pelanggaran; Pasal 76 KUHP yang menentukan bahwa tidak seorangpun dapat dituntut untuk kedua kalinya apabila perbuatannya telah mendapat putusan dari hakim Indonesia yang telah mempunyai kekuatan hukum yang tetap; Pasal 77 KUHP yang menentukan bahwa hak untuk melakukan suatu penuntutan itu hapus karena meninggalnya tertuduh; Pasal 78 KUHP yang menentukan bahwa hak untuk melakukan suatu penuntutan itu gugur karena kadaluarsa.

2. Alasan Penghapusan Pidana Dalam Perundang-Undangan Di luar KUHP

2.1. Undang-undang No. 3 tahun 1997 tentang Pengadilan Anak

Dalam Undang-undang No. 3 tahun 1997 tentang Pengadilan Anak, pada bagian pertimbangannya secara singkat dinyatakan bahwa anak adalah bagian dari generasi muda sebagai salah satu sumber daya manusia yang merupakan potensi dan penerus cita-cita perjuangan bangsa, yang memiliki peranan strategis dan mempunyai ciri dan sifat khusus, memerlukan pembinaan dan perlindungan dalam rangka menjalin pertumbuhan dan perkembangan fisik, mental dan sosial secara utuh, serasi, selaras dan seimbang. Sebagai perwujudan dari upaya pembinaan dan perlindungan tersebut, diperlukan dukungan baik yang

menyangkut kelembagaan maupun perangkat hukum yang lebih mantap dan memadai, oleh karenanya penyelenggaraan pengadilan bagi anak perlu dilakukan secara khusus.

Berkaitan dengan usaha pembinaan dan perlindungan terhadap anak tersebut, pada Pasal 5 jo. Pasal 4 dan dijabarkan lebih lanjut dalam ketentuan Pasal 25 ayat (2) dan Pasal 26 ayat (3) dan ayat (4) dari Undang-undang No. 3 tahun 1997 tentang Pengadilan Anak, penulis menemukan ketentuan mengenai alasan penghapus pidana yang dapat dikategorikan sebagai alasan penghapus pidana yang berhubungan dengan batasan usia pertanggungjawaban pidana anak, meskipun tidak secara tegas dinyatakan dalam ketentuan pasal-pasal tersebut, yang selengkapnya berbunyi:

Pasal 4:

- (1) batasan anak nakal yang dapat diajukan ke Sidang Anak adalah sekurang-kurangnya 8 (delapan) tahun tetapi belum mencapai umur 18 (delapan belas) tahun dan belum pernah kawin.
- (2) dalam hal anak melakukan tindak pidana pada batas umur sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dan diajukan kesidang pengadilan setelah anak yang bersangkutan melampaui batas umur tersebut, tetapi belum mencapai umur 21 (dua puluh satu) tahun, tetap diajukan kesidang anak.

Pasal 5:

- (1) dalam hal anak belum mencapai umur 8 (delapan) tahun melakukan atau diduga melakukan tindak pidana, maka terhadap anak tersebut dapat dilakukan pemeriksaan oleh penyidik.
- (2) apabila menurut hasil pemeriksaan, penyidik berpendapat bahwa anak sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) masih

- dapat dibina oleh orang tua, wali, atau orang tua asuhnya, penyidik menyerahkan kembali anak tersebut kepada orang tua, wali atau orang tua asuhnya.
- (3) apabila menurut hasil pemeriksaan, penyidik berpendapat bahwa anak sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) tidak dapat dibina lagi oleh orang tua, wali, atau orang tua asuhnya, penyidik menyerahkan anak tersebut kepada Departemen sosial setelah mendengar pertimbangan dari pembimbing kemasyarakatan.

Pasal 25 ayat (2):

- (2) terhadap anak nakal sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 angka 2 huruf b, hakim menjatuhkan tindakan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 24.¹⁵⁹

Pasal 26 ayat (3) dan (4):

- (3) Apabila anak nakal sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 angka 2 huruf a, belum mencapai umur 12 tahun melakukan tindak pidana yang diancam pidana mati atau pidana penjara seumur hidup, maka terhadap anak nakal tersebut hanya dapat dijatuhkan tindakan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 24 ayat (1) huruf b;¹⁶⁰
- (4) Apabila anak nakal sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 angka 2 huruf a, belum mencapai umur 12 tahun melakukan tindak pidana yang tidak diancam pidana mati atau tidak diancam pidana penjara seumur hidup, maka terhadap anak nakal tersebut dijatuhkan salah satu tindakan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 24.

Dari perumusan pasal-pasal tersebut tampak bahwa di dalam Undang-undang No. 3 tahun 1997 tentang pengadilan anak secara tersirat dengan adanya perumusan tentang usia anak belum mencapai 8 tahun melakukan atau diduga

¹⁵⁹ Secara singkat dapat penulis kemukakan dalam Pasal 1 angka 2 huruf b, memberikan pengertian mengenai anak nakal, yaitu anak yang melakukan perbuatan yang terlarang bagi anak baik menurut hukum tertulis maupun tidak tertulis, sedangkan dalam Pasal 24 dapat penulis simpulkan merumuskan mengenai jenis-jenis sanksi tindakan yang dapat dijatuhkan kepada anak nakal, periksa lebih lanjut dalam Undang-Undang No. 3 tahun 1997 tentang Pengadilan Anak, Sinar Grafika Jakarta, 2000.

¹⁶⁰ *Ibid.* Pasal 1 angka 2 huruf a: anak nakal adalah anak yang melakukan tindak pidana, dan Pasal 24 ayat (1) huruf b menyatakan: tindakan yang dapat dijatuhkan kepada anak nakal ialah:
b. menyerahkan kepada Negara untuk mengikuti pendidikan, pembinaan dan latihan kerja.

melakukan tindak pidana, maka setelah diperiksa oleh penyidik, terhadapnya akan dikembalikan kepada orang tua atau diserahkan kepada Departemen Sosial (Pasal 5).

Kemudian dipertegas dengan adanya perumusan dalam Pasal 25 yang pada intinya menyatakan terhadap anak nakal yang melakukan suatu tindak pidana/melakukan perbuatan perbuatan yang terlarang bagi anak maka hakim menjatuhkan tindakan, dan dalam Pasal 26 ayat (3) dan ayat (4) yang merumuskan kalimat "..... belum mencapai 12 (dua belas) tahun melakukan tindak pidana.....hanya dapat dijatuhi tindakan."

Menurut penulis mengandung pengertian:

- anak yang berusia dibawah 8 tahun tidak dapat dipidana dan diajukan kemuka sidang tetapi dikenai tindakan berupa diserahkan kembali kepada orang tua, wali, atau orang tua asuhnya (Pasal 5 ayat (2)) ataupun diserahkan kepada Departemen Sosial (Pasal 5 ayat (3)),
- sedangkan bagi anak yang berusia 8 tahun tetapi belum mencapai 12 tahun, dapat diajukan kemuka sidang tetapi tidak dapat dijatuhi pidana penjara, terhadapnya dapat dikenai tindakan (Pasal 26 ayat (3) dan ayat (4)).¹⁶¹

¹⁶¹ Dalam penjelasan umum Paragraf ke-6 dari UU No. 3 tahun 1997, lebih lanjut dipertegas dengan pernyataan bahwa "....bagi anak yang masih berumur 8 sampai dengan 12 tahun hanya dikenai tindakan, seperti dikembalikan kepada orang tuanya, ditempatkan pada organisasi social, atau diserahkan kepada negara, sedangkan terhadap anak yang telah mencapai umur di atas 12 tahun sampai 18 tahun dijatuhkan pidana. (garis bawah dari penulis)

Dengan adanya ketentuan di atas, menurut hemat penulis maka secara tidak langsung dalam perundang-undangan pidana kita telah diakui kembali mengenai batas usia pertanggungjawaban pidana, yang selama ini telah dihapuskan dalam KUHP seperti telah penulis jelaskan dalam bagian sebelumnya.

2.2. Undang-undang No. 20 tahun 2001 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi.

Barda Nawawi Arief¹⁶² dalam bukunya "Kapita Selekta Hukum Pidana" menyatakan bahwa semangat dan upaya memberantas korupsi di era reformasi ditandai dengan keluarnya berbagai produk perundang-undangan. Dimulai dengan keluarnya: TAP MPR No. XI/MPR/1998 tentang "Penyelenggara Negara yang Bersih dan Bebas KKN", kemudian Undang-Undang No. 28 tahun 1999 tentang "Penyelenggara Negara yang Bersih dan Bebas dari KKN", Undang-Undang No. 31 tahun 1999 tentang "Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi" yang mengubah dan mengganti Undang-Undang lama (Undang-Undang No. 3 tahun 1971) yang kemudian dirubah dan disempurnakan oleh Undang-Undang No. 20 tahun 2001 tentang "Perubahan atas Undang-Undang No. 31 tahun 1999 Tentang Pemberantasan Tindak pidana Korupsi".

¹⁶² Lihat dalam Barda Nawawi Arief, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Citra Aditya Bakti, Bandung 2003, hal 65-66.

Satu hal yang menarik sebagaimana yang dikemukakan oleh **Barda Nawawi Arief** dalam bukunya tersebut, berkaitan dengan tesis yang sedang penulis susun adalah ketentuan mengenai alasan penghapus pidana yang ada dalam Pasal 12C berkaitan dengan delik pemberian ("*gratification*")¹⁶³, yang selengkapnya berbunyi :

- (1) Ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 12 B ayat (1)¹⁶⁴ tidak berlaku, jika penerima melaporkan gratifikasi yang diterimanya kepada Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi.
- (2) Penyampaian laporan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) wajib dilakukan oleh penerima gratifikasi paling lambat 30 (tiga puluh) hari kerja terhitung sejak tanggal gratifikasi tersebut diterima.
- (3) Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi dalam waktu paling lambat 30 (tiga puluh) hari kerja sejak tanggal menerima laporan wajib menetapkan gratifikasi dapat menjadi milik penerima atau milik negara.
- (4) Ketentuan mengenai tata cara penyampaian laporan sebagaimana dimaksud dalam ayat (2) dan penentuan status gratifikasi sebagaimana dimaksud dalam ayat (3) diatur dalam Undang-undang tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi.

¹⁶³ Delik "pemberian (*gratification*)" sebagaimana diatur dalam Pasal 12B, yang dimaksud dengan "pemberian" dalam ayat ini diartikan luas, yang dalam bahasa Inggris dikenal dengan istilah "*gratification*" yang meliputi pemberian uang, barang, rabat (*discount*), komisi, pinjaman tanpa bunga, tiket perjalanan, penginapan, perjalanan wisata, pengobatan cuma-cuma, dan fasilitas yang lain. Pemberian (*gratification*) sebagaimana ditentukan dalam undang-undang ini adalah pemberian yang diterima di dalam atau diluar negeri, baik dilakukan secara elektronik maupun tanpa menggunakan alat elektronik. Pemberian yang berhubungan dengan jabatan (*in zijn bediening*) dan yang berlawanan dengan kewajiban atau tugasnya (*in strijd met zijn plicht*) baik sebagai pegawai negeri atau penyelenggara negara, dibuktikan dengan pembuktian terbalik, periksa dalam Barda Nawawi Arief, *Kapita Selekta Hukum Pidana.., Ibid.* hal. 74-75.

¹⁶⁴ Pasal 12 B ayat (1) menyebutkan: Setiap gratifikasi kepada pegawai negeri atau penyelenggara negara dianggap pemberian suap, apabila berhubungan dengan jabatannya dan yang berlawanan dengan kewajiban atau tugasnya, dengan ketentuan sebagai berikut:

- a. yang nilainya Rp 10.000.000,00 (sepuluh juta rupiah) atau lebih, pembuktian bahwa gratifikasi tersebut bukan merupakan suap dilakukan oleh penerima gratifikasi;
- b. yang nilainya kurang dari Rp 10.000.000,00 (sepuluh juta rupiah), pembuktian bahwa gratifikasi tersebut suap dilakukan oleh penuntut umum.

Ketentuan sebagaimana disebutkan dalam Pasal 12C ayat (1) Undang-Undang No. 20 tahun 2001 ini menurut beliau merupakan alasan penghapus pidana dengan adanya rumusan "melapor kepada komisi"¹⁶⁵, yang meskipun tidak secara tegas disebutkan di dalam pasal tersebut bahwa ketentuan ini merupakan suatu alasan penghapus pidana, demikian juga di dalam penjelasan atas Pasal 12 C hanya dinyatakan dengan kalimat "cukup jelas".

Terhadap pendapat beliau, penulis menyepakatinya, karena menurut hemat penulis bunyi ketentuan tersebut merupakan alasan pembenar, dalam arti bahwa pelaku/sipelapor tidak dapat dicela (menurut hukum) sehingga ia tidak bersalah atau tidak dapat dipertanggungjawabkan, dengan adanya pelaporan yang dilakukannya, meskipun perbuatannya telah memenuhi unsur tindak pidana. Dengan kata lain bahwa perbuatannya walaupun terbukti melanggar Undang-undang sebagaimana disyaratkan dalam ketentuan Pasal 12 B ayat (1) Undang-Undang No. 20 tahun 2001, yang berarti pada perbuatannya tetap bersifat melawan hukum, namun dengan adanya pelaporan yang dilakukan maka sifat melawan hukumnya perbuatan menjadi hilang atau hapus.

¹⁶⁵ Lihat dalam Barda Nawawi Arief, Ibid. hal 75-76, di dalam bukunya beliau masih mendasarkan tulisannya pada RUU perubahan UU. No. 31 tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi.

B. Kebijakan Formulasi Alasan Penghapus Pidana Dalam Pembaharuan Hukum Pidana di Indonesia.

1. Alasan Penghapus Pidana Dalam Konsep KUHP

Menurut Barda Nawawi Arief¹⁶⁶, penyusunan Konsep KUHP berawal dari Konsep BAS (tim Basaroedin) yang tersusun pada tahun 1977 yang masih membedakan penggolongan jenis tindak pidana yang berupa “kejahatan” dan “pelanggaran”, tetapi kemudian dalam Konsep-Konsep KUHP berikutnya penggolongan kedua jenis tindak pidana itu diiadakan. Kebijakan ini diambil berdasarkan resolusi Seminar Hukum Nasional tahun 1963, khususnya resolusi bidang hukum pidana butir VI yang menyerukan agar di dalam bagian khusus KUHP tidak lagi diadakan penggolongan dalam dua macam delik (kejahatan dan pelanggaran).

Sejalan dengan pemikiran Konsep KUHP di atas, di dalam Konsep KUHP tahun 1999/2000, Konsep memisahkan secara tegas alasan penghapus pidana yang berupa “alasan pembeda” dengan “alasan pemaaf”.

Dalam kelompok “alasan pembeda” terdapat dalam paragraf 6 mulai dari Pasal 40 sampai dengan Pasal 43 Konsep KUHP, yaitu sebagai berikut:

1. Melaksanakan peraturan perundang-undangan;

¹⁶⁶ Lihat dalam Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan... Opcit*, hal. 268-271.

- (Pasal 40: tidak dipidana, setiap orang yang melakukan tindak pidana karena melaksanakan peraturan perundang-undangan);
2. Melaksanakan perintah jabatan oleh penguasa yang berwenang
(Pasal 41: tidak dipidana, setiap orang yang melakukan tindak pidana karena melaksanakan perintah jabatan yang diberikan oleh pejabat yang berwenang);
 3. Keadaan darurat;
(Pasal 42: tidak dipidana, setiap orang yang melakukan tindak pidana karena keadaan darurat);
 4. Pembelaan terpaksa;
(Pasal 43: tidak dipidana setiap orang yang terpaksa melakukan tindak pidana karena pembelaan terhadap serangan seketika atau ancaman serangan segera yang melawan hukum terhadap diri sendiri atau orang lain, kehormatan, kesusilaan, harta benda sendiri atau orang lain).

Selain keempat alasan pembenar itu menurut **Barda Nawawi Arief**, Konsep KUHP juga mengakui alasan kelima yaitu “tidak adanya sifat melawan hukum secara material” yang tersirat dalam Pasal 15 jo. Pasal 16.¹⁶⁷

¹⁶⁷ Periksa dalam Barda Nawawi Arief, *Ibid.* hal 115. dalam bukunya beliau masih mendasarkan pada Konsep KUHP tahun 1991/1992 yaitu ketentuan Pasal 15 jo. Pasal 17 Konsep 1991/1992, yang kemudian oleh penulis disesuaikan dengan ketentuan dalam Konsep KUHP tahun 1999/2000 yang menjadi sumber literatur tesis yang penulis buat.

Dalam kelompok "alasan pemaaf" terdapat pada paragraf 5 mulai Pasal 36 sampai dengan Pasal 39 Konsep KUHP, dimasukkan hal-hal sebagai berikut:

1. Tidak mengetahui keadaan yang merupakan unsur tindak pidana (secara doktriner dikenal dengan istilah "*error facti*");
2. Pembuat berkeyakinan bahwa perbuatannya tidak merupakan tindak pidana (secara doktriner dikenal dengan istilah "*error iuris*");

Mengenai Point 1 dan 2 ini terdapat dalam Pasal 36 ayat (1) Konsep KUHP, yang menyatakan: "tidak dipidana, jika seseorang tidak mengetahui atau sesat mengenai keadaan yang merupakan unsur tindak pidana atau berkeyakinan bahwa perbuatannya tidak merupakan suatu tindak pidana, kecuali ketidaktahuan, kesesatan atau keyakinannya itu patut dipersalahkan padanya."

3. Daya paksa;
(Pasal 37: tidak dipidana, setiap orang yang melakukan tindak pidana karena daya paksa);
4. Pembelaan terpaksa yang melampaui batas;
(Pasal 38 tidak dipidana, setiap orang yang melakukan pembelaan terpaksa yang melampaui batas, yang langsung disebabkan kegoncangan jiwa yang hebat karena serangan seketika atau ancaman segera);

5. melaksanakan perintah jabatan tanpa wenang dengan itikad baik;

(Pasal 39: perintah jabatan yang diberikan tanpa wewenang tidak mengakibatkan hapusnya pidana, kecuali jika orang yang diperintahkan dengan itikad baik mengira bahwa perintah tersebut diberikan dengan wewenang dan pelaksanaannya termasuk dalam lingkungan pekerjaannya).

Selain kelima alasan yang disebutkan secara tegas dalam kategori alasan pemaaf di atas, terdapat dua alasan pemaaf lainnya yang tersebar diluar paragraf 5 Buku 1 Konsep KUHP 1999/2000, yaitu:

1. dalam paragraf 2 Pasal 32 ayat (1), tidak adanya kesalahan (berdasarkan asas “tiada pidana tanpa kesalahan”);
2. dalam buku 1 bagian keempat mengenai pidana dan tindakan bagi anak dalam Pasal 106 ayat (1) Konsep KUHP dinyatakan: anak yang belum mencapai umur 12 (dua belas) tahun melakukan tindak pidana tidak dapat dipertanggungjawabkan;

Dari uraian di atas terlihat beberapa hal baru yang selama ini tidak dirumuskan secara tegas di dalam KUHP sebagai alasan penghapus pidana, yaitu:

1. Keadaan darurat; dalam penjelasan dari Pasal 42 dapat penulis simpulkan bahwa keadaan darurat adalah suatu keadaan dimana suatu kepentingan hukum dalam keadaan bahaya dan

untuk menghindarkan bahaya tersebut terpaksa dilanggar kepentingan hukum yang lain, dalam keadaan darurat ini unsur psikis bukan merupakan pertimbangan yang utama (berbeda dalam daya paksa yang menjadikan unsur psikis/ keadaan jiwa sebagai syarat utama). Dalam keadaan darurat ini yang menjadi pertimbangan utama adalah pembuat tindak pidana lebih mengambil sikap lebih mengutamakan kepentingan hukum, dengan kata lain lebih mengutamakan kewajiban sosial yang diharapkan daripadanya untuk dilakukan. Pertanggungjawaban perbuatan dari pelaku dapat dinilai secara etis dan sosial oleh hakim untuk menyetujui atau menolak adanya alasan suatu keadaan darurat.

2. tidak adanya sifat melawan hukum secara material sebagaimana diatur dalam Pasal 15 jo. Pasal 16. Menurut Penulis tampak dalam Konsep KUHP berpendirian bahwa sifat melawan hukum merupakan unsur mutlak dari tindak pidana. Penulis bersepakat sebagaimana yang dikemukakan oleh **Barda Nawawi Arief**,¹⁶⁸ bahwa walaupun dalam perumusan delik tidak dirumuskan secara tegas adanya unsur melawan hukum, namun suatu perbuatan yang telah dirumuskan sebagai suatu tindak pidana dalam undang-undang harus dilihat sebagai faktor atau ukuran objektif untuk menyatakan suatu perbuatan

¹⁶⁸ Ibid hal 110-111

bersifat melawan hukum. Selanjutnya beliau menyatakan bahwa ukuran formal atau objektif itupun masih harus diuji secara material pada diri si pelaku, apakah ada alasan pembena atau tidak, dan apakah perbuatan itu bertentangan dengan kesadaran hukum masyarakat, sehingga terdapat adanya asas keseimbangan antara patokan formal (kepastian hukum) dan patokan material (nilai keadilan). Yang lebih lanjut ditegaskan dalam Pasal 16 agar hakim lebih mengutamakan nilai keadilan daripada nilai kepastian hukum. Penegasan seperti dirumuskan dalam Pasal 15 dan Pasal 16 Konsep KUHP ini, tidak penulis temukan dalam KUHP yang sekarang berlaku.

3. kesesatan, baik berupa "*error facti*" maupun "*error iuris*".
4. tidak adanya kesalahan sama sekali.¹⁶⁹
5. anak dibawah umur.

Hal yang menarik dari Konsep KUHP tahun 1999/2000 ini adalah mengenai masalah "kemampuan bertanggungjawab" yang dalam Konsep buku II ada dalam bab tersendiri yaitu kedalam Bab II mengenai Tindak Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana yang dipisahkan dari bab mengenai "Pidana, Tindakan dan Pemidanaan" yang terdapat dalam Bab III, kebijakan ini dilakukan berdasarkan kesepakatan pendapat dari Tim Pengkajian Bidang Hukum Pidana dalam seminar "Penelaahan Pembaharuan Hukum Nasional" yang

¹⁶⁹ Mengenai asas ini Barda Nawawi Arief mengatakan bahwa, pengertian dari "tidak adanya kesalahan sama sekali" sama dengan istilah asas "TAKSI", "AVAS" atau "TANPASILA", termasuk di dalam pengertian ini adalah "kesesatan yang dapat dimaafkan", Ibid hal. 116.

diselenggarakan oleh BPHN pada tanggal 14-16 Juni 1982,¹⁷⁰ dipisahkan pasal-pasal mengenai alasan pemaaf dengan alasan pemaaf, disamping pemisahan pasal-pasal mengenai "tindak pidana" dengan pasal-pasal "kesalahan", dimana dalam Konsep KUHP sebelumnya (Konsep 1991/1992) dalam Pasal 38 Konsep 1991/1992 mengenai masalah "tidak mampu bertanggung jawab" masih dianggap sebagai alasan pemaaf, dan Pasal 39 mengenai "kurang mampu bertanggung jawab" sebagai "alasan pengurangan pidana"¹⁷¹, tetapi dalam Konsep 1999/2000 dalam Pasal 34 mengenai tidak mampu bertanggung jawab ini meskipun tetap sebagai alasan penghapus pidana, tetapi terhadap sipelaku dikenai sanksi berupa tindakan, yang kriteria mengenai tindakan yang dilakukan diatur dalam Pasal 94 Konsep KUHP 1999/2000. Adapun mengenai "kurang mampu bertanggung jawab" (Pasal 35 Konsep KUHP) terhadap pidananya dapat dikurangi atau dikenai tindakan.

Dapat penulis kemukakan pula bahwa dalam Konsep KUHP ini dalam penjelasan Pasal 34, ditegaskan bahwa pembuat undang-undang memberikan perumusan Pasal 34 mengenai "tidak mampu bertanggung jawab" ini bersifat deskriptif normatif yaitu menyebutkan sebab-sebab tidak dapat dipertanggungjawabkannya

¹⁷⁰ Periksa dalam Barda Nawawi Arief, *Ibid.* hal. 107

¹⁷¹ *Ibid.*

perbuatan tersebut kepada pembuatnya dan menentukan pula akibatnya yaitu tidak mampu bertanggungjawab.¹⁷²

Selanjutnya dalam penjelasan dijelaskan bahwa yang dimaksud dengan:

1. "gangguan jiwa atau penyakit jiwa" adalah suatu perubahan pada fungsi jiwa yang menyebabkan adanya gangguan pada kesehatan jiwa.
2. "melakukan tindak pidana yang tidak dapat dipertanggungjawabkan" berarti: (a). Tidak mampu memaksudkan suatu tujuan yang sadar; (b). Tidak mampu untuk mengarahkan kemauannya; (c). tidak mampu untuk memahami dan menginsyafi sifat melawan hukum dari tindakannya.
3. retardasi mental adalah suatu keadaan yang memenuhi kriteria: (a). Fungsi intelektual umum berada dibawah rata-rata yang cukup berarti; (b). Tidak memenuhi norma berdikari dan tanggung jawab sosial sesuai dengan usia dan lingkungan budaya; dan (c). mulai timbul dibawah usia 18 tahun.

Selain itu dalam ketentuan Bab XV mengenai Tindak Pidana Kesusilaan, penulis menemukan suatu alasan pembenar dalam Pasal 418 Konsep KUHP, yang menyatakan:

"Tidak dipidana, setiap orang yang melakukan perbuatan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 412, Pasal 414, dan Pasal

¹⁷² Departemen Hukum dan Perundang-undangan, *Rancangan Undang-undang tentang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana, Op.Cit.* hal. 26

416 jika perbuatan tersebut dilakukan dalam rangka pelaksanaan keluarga berencana dan pencegahan penyakit menular”

Ketentuan dalam Pasal 418 Konsep KUHP ini merupakan pengecualian terhadap dapat dipidananya, setiap orang yang menyiarkan, membuat dan sebagainya: tulisan, gambar, benda atau rekaman yang melanggar kesusilaan (Pasal 412), yang patut diduga melanggar kesusilaan (Pasal 114) dan mempertunjukkan, menawarkan atau menunjukkan untuk dapat memperoleh sarana untuk mencegah kehamilan (Pasal 416).

2. Alasan Penghapus Pidana Diberbagai Negara Asing (Sebagai Perbandingan)

a. Negara India (*Indian Penal Code*)¹⁷³

Dalam KUHP India yang berlaku untuk seluruh wilayah India kecuali wilayah negara bagian (*state*) Jammu dan Kashmir yang mempunyai pengaturan sendiri¹⁷⁴, mengenai alasan penghapus pidana di atur mulai *Section 76* sampai dengan *Section 106* KUHP India, yang dimuat dalam Bab IV tentang *General Exceptions*, yang dapat penulis uraikan sebagai berikut:

1. *Section 76* diberi title: *Act done by a person bound, or by mistake of fact believing himself bound, by law* : dari ketentuan *Section 76* dapat disimpulkan bahwa bukan merupakan suatu

¹⁷³ <http://www.vakilno1.com/bareacts/indianpenalcode/s97.htm>

¹⁷⁴ dalam Pasal 1 *Indian Penal Code* menyatakan: *This Act Shall be called the Indian Penal Code, and shall extend to the whole of India except the State of Jammu and Kashmir.*

kejahatan perbuatan yang dilakukan oleh seseorang yang diharuskan oleh Undang-undang melakukannya atau karena kekeliruan mengenai fakta, dan secara jujur percaya ia diharuskan oleh undang-undang untuk melakukannya.

2. *Section 77* diberi title: *Act of Judge when acting judicially*, dalam *Section* ini mengatur mengenai tindakan oleh seorang hakim yang bertindak menurut hukum, berdasarkan kekuasaan yang diberikan kepadanya oleh undang-undang.
3. *Section 78 Act done pursuant to the judgment or order of Court*. Dari *Section 78* secara singkat dapat disimpulkan mengatur mengenai perbuatan yang dilakukan oleh seorang petugas yang menjalankan keputusan atau perintah pengadilan, sepanjang petugas tersebut dengan jujur percaya bahwa pengadilan mempunyai hak hukum dimaksud.
4. *Section 79* diberi title: *Act done by a person justified, or by mistake of fact believing himself justified, by law*, menurut *Section* ini bukan merupakan suatu kejahatan, perbuatan yang dilakukan oleh seseorang yang dibenarkan oleh undang-undang, atau karena kekeliruan mengenai fakta dan bukan karena kekeliruan mengenai undang-undang dan dengan jujur percaya bahwa ia dibenarkan oleh undang-undang melakukannya.

5. *Section 80* diberi title: *Accident in doing a lawful act*, dari ketentuan *Section 80*, dapat disimpulkan bukan merupakan suatu kejahatan, sesuatu kecelakaan atau musibah, tanpa adanya niat kriminal/jahat atau pengetahuan dalam melakukan suatu tindakan yang sah, dengan suatu cara yang sah, dengan sarana yang sah dan dengan ketelitian dan tindakan berhati-hati yang layak.
6. *Section 81* diberi title: *Act likely to cause harm, but done without criminal intent, and to prevent other harm*, *Section 81* menyatakan bukan merupakan suatu kejahatan, perbuatan yang dilakukan dengan pengetahuan bahwa hal itu mungkin menimbulkan kerugian dan dengan jujur untuk tujuan mencegah atau menghindarkan kerugian lain terhadap orang atau harta benda.
7. *Section 82* diberi title: *Act of a child under seven years of age*, dari ketentuan *Section 82*, dapat disimpulkan bahwa anak dibawah usia 7 tahun tidak dipidana (*Nothing is an offence which is done by a child under seven years of age*).
8. *Section 83* diberi title: *Act of a child above seven and under twelve of immature understanding*, dari ketentuan *Section 83*, secara singkat dapat penulis simpulkan bahwa dalam KUHP India ini dianut prinsip *doli incapax* dengan adanya batasan usia seorang anak yang berumur tujuh tahun dan dibawah dua belas

tahun yang belum mencapai kedewasaan pengertian yang cukup (*who has not attained sufficient maturity of understanding*) untuk mempertimbangkan sifat dan akibat-akibat dari tingkah lakunya dalam peristiwa yang dilakukannya. Oleh karenanya menurut ketentuan *Section 83* ini, seorang anak apabila telah berusia di atas 12 tahun dianggap mempunyai kedewasaan pengertian yang cukup (*maturity of understanding*), sehingga terhadapnya dapat dipidana.

9. *Section 84 Act of a person of-unsound mind* (Perbuatan seseorang yang tidak sehat pikirannya), dari *Section 84* ini dapat disimpulkan: bahwa perbuatan yang dilakukan oleh seseorang yang tidak sehat pikirannya (*unsoundness of mind*) tidak dianggap sebagai suatu kejahatan.
10. *Section 85* yang diberi judul *Act of a person incapable of judgment by reason of intoxication caused against his will*, *Section* ini mengatur mengenai tidak dipidananya kemabukan apabila sipelaku tidak memahami sifat alami perbuatannya atau dengan syarat bahwa hal yang membuat dirinya mabuk terjadi kepadanya tanpa pengetahuannya atau berlawanan dengan kehendaknya.
11. *Section 86* diberi title: *Offence requiring a particular intent or knowledge committed by one who is intoxicated* (kejahatan yang menuntut pengetahuan atau tujuan tertentu yang

dilakukan oleh orang yang mabuk), ketentuan dalam *Section* ini merupakan penjabaran lebih lanjut dari *Section* 85, dalam *Section* 86 selengkapnya berbunyi:

"In cases where an act done is not an offence unless done with a particular knowledge or intent, a person who does the act in a state of intoxication shall be liable to be dealt with as if he had the same knowledge as he would have had if he had not been intoxicated, unless the thing which intoxicated him was administered to him without his knowledge or against his will."

(Dalam kasus tertentu dimana suatu tindakan dilaksanakan adalah bukan merupakan suatu kejahatan kecuali jika dilaksanakan dengan tujuan atau pengetahuan tertentu, seseorang yang melakukan suatu perbuatan dalam keadaan mabuk dapat dikenakan untuk dihadapkan seolah-olah ia mempunyai pengetahuan yang sama pada saat ia sebelum berada dalam keadaan mabuk, kecuali jika hal yang membuat dirinya mabuk diberikan kepadanya tanpa pengetahuannya atau berlawanan dengan kehendaknya).

12. *Section* 87 diberi title: *Act not intended and not known to be likely to cause death or grievous hurt, done by consent*, menurut ketentuan *Section* 87, secara singkat dapat penulis kemukakan bahwa bukan merupakan suatu kejahatan, suatu perbuatan yang tidak dimaksudkan untuk menimbulkan kematian atau cedera berat, yang tidak diketahui oleh pelakunya dapat menimbulkan kematian atau cedera berat dari perbuatan tersebut, dengan syarat bahwa perbuatan tersebut dilakukan oleh orang yang berumur di atas delapan belas tahun (baik pelaku maupun korban) yang memberikan persetujuan atas perbuatan yang terjadi. Dalam ilustrasi dari *Section* 87

digambarkan tentang cedera yang ditimbulkan dari permainan olahraga anggar.

13. *Section 88* diberi title: *Act not intended to cause death, done by consent in good faith for person's benefit* (perbuatan yang tidak diniatkan untuk menimbulkan kematian, yang dilakukan dengan persetujuan dengan itikad baik untuk kepentingan seseorang) secara singkat merupakan alasan penghapus pidana yang berkaitan dengan hak yang timbul dari seorang dokter.

14. *Section 89* diberi title: *Act done in good faith for benefit of child or insane person, by or by consent of guardian* (perbuatan yang dilakukan dengan jujur untuk kepentingan seorang anak atau seseorang yang tidak sehat pikiran, oleh atau dengan izin wali dapat disimpulkan merupakan hak dari orang tua atau wali untuk melakukan suatu perbuatan guna kepentingan dari anak dibawah usia 12 tahun atau seseorang yang tidak sehat pikirannya terhadap suatu cedera yang mungkin terjadi, dengan syarat-syarat:

- Pertama: pengecualian ini tidak termasuk penyebab kematian yang disengaja, atau usaha untuk menimbulkan kematian;
- Kedua: pengecualian ini tidak termasuk melakukan sesuatu yang orang melakukannya mengetahui bahwa perbuatan tersebut mungkin menimbulkan kematian untuk suatu tujuan lain dari pencegahan kematian atau cedera berat, atau pengobatan suatu penyakit atau cacat yang berat;
- Ketiga: pengecualian ini tidak termasuk penyebab cedera berat yang disengaja, atau usaha untuk menimbulkan cedera berat, kecuali jika untuk tujuan pencegahan kematian atau cedera berat, atau pengobatan suatu penyakit atau cacat yang berat;

- Keempat: pengecualian ini tidak termasuk pengasutan dilakukannya suatu delik/kejahatan, tidak termasuk dilakukannya kejahatan tersebut.

15. *Section 90 Consent known to be given under fear or misconception* (izin yang diketahui diberikan karena ketakutan atau kesalahfahaman), selengkapnya menyatakan:

"A consent is not such a consent as it intended by any section of this Code, if the consent is given by a person under fear of injury, or under a misconception of fact, and if the person doing the act knows, or has reason to believe, that the consent was given in consequence of such fear or misconception; or

Consent of insane person-

if the consent is given by a person who, from unsoundness of mind, or intoxication, is unable to understand the nature and consequence of that to which he gives his consent; or

Consent of child-

unless the contrary appears from the context, if the consent is given by a person who is under twelve years of age."

(Suatu izin bukanlah suatu izin sebagaimana dimaksudkan oleh suatu pasal undang-undang ini, jika izin itu diberikan oleh seseorang karena ketakutan mendapat cedera, atau karena suatu kesalahfahaman mengenai fakta, dan jika orang yang melakukan perbuatan tersebut mengetahui, atau patut dapat menduga bahwa izin itu diberikan sebagai akibat ketakutan atau kesalahfahaman tersebut, atau jika izin tersebut diberikan oleh seseorang yang karena ketidaksehatan pikiran atau mabuk, tidak dapat memahami sifat dan akibat yang terhadapnya ia memberikan izinnya; atau kecuali jika yang sebaliknya nampak dari konteksnya, jika izin yang diberikan oleh seseorang yang berumur dibawah dua belas tahun).

16. *Section 91* diberi title: *Exclusion of acts which are offences independently of harm caused:*

"The exceptions in sections 87, 88 and 89 do not extend to acts which are offences independently of any harm which they may cause, or be intended to cause, or be known to be likely to cause, to the person giving the consent, or on whose behalf the consent is given."

Ketentuan dalam *Section 91* menyatakan mengenai pengecualian-pengecualian dalam *Sections 87,88 dan 89* tidak termasuk perbuatan-perbuatan yang merupakan delik-delik/kejahatan yang tidak tergantung atas suatu cedera yang mungkin ditimbulkannya atau dimaksudkannya supaya terjadi, atau diketahui mungkin terjadi terhadap orang yang memberikan izin, atau atas namanya izin diberikan.

17. *Section 92 Act done in good faith for benefit of a person without consent* (perbuatan yang dilakukan dengan jujur untuk kepentingan seseorang tanpa izin), secara lengkap menyatakan:

"Nothing is an offence by reason of any harm which it may cause to a person for whose benefit it is done in good faith, even without that person's consent, if the circumstances are such that it is impossible for that person to signify consent, or if that person is incapable of giving consent, and has no guardian or other person in lawful charge of him from whom it is possible to obtain consent in time for the thing to be done with benefit:

Bukan merupakan suatu kejahatan karena suatu cedera yang mungkin terjadi terhadap seseorang untuk kepentingannya dilakukan dengan jujur, walaupun tanpa izin tersebut, jika keadaannya sedemikian rupa sehingga tidak mungkin bagi orang tersebut memberikan izin, atau orang tersebut tidak dapat memberikan izin dan tidak mempunyai wali atau orang lain yang melakukan pemeliharaan yang sah terhadapnya yang darinya mungkin diperoleh izin tepat pada waktunya untuk dilakukan sesuatu untuk kepentingannya dengan syarat:

"First- That this exception shall not extend to the intentional causing of death, or the attempting to cause death" (Pertama: pengecualian ini tidak termasuk menimbulkan kematian yang disengaja, atau usaha untuk menimbulkan kematian)

“Secondly- That this exception shall not extend to the doing of anything which the person doing it knows to be likely to cause death, for any purpose other than the preventing of death or grievous hurt, or the curing of any grievous disease or infirmity.”

(Kedua: Pengecualian ini tidak termasuk sesuatu yang orang yang melakukannya mengetahui mungkin menimbulkan kematian untuk suatu tujuan lain dari mencegah kematian atau cedera berat atau pengobatan penyakit atau cacat berat)

“Thirdly- That this exception shall not extend to the voluntary causing of hurt, or to the attempting to cause hurt, for any purpose other than the preventing of death or hurt.”

(Ketiga: Pengecualian ini tidak termasuk menimbulkan cedera yang disengaja atau usaha menimbulkan cedera, untuk suatu tujuan selain mencegah kematian atau cedera)

“Fourthly- That this exception shall not extend to the abetment of any offence, to the committing of which offence it would not extend.”

(Keempat: pengecualian ini tidak termasuk penghasutan supaya dilakukannya suatu delik/kejahatan, tidak termasuk dilakukannya kejahatan tersebut).

18. *Section 93* diberi title: *Communication made in good faith*

(komunikasi yang diadakan dengan jujur), menyatakan:

“No communication made in good faith is an offence by reason of any harm to the person to whom it is made, if it is made for the benefit of that person.”

(Komunikasi yang diadakan dengan jujur bukan merupakan suatu delik/kejahatan oleh karena cedera terhadap seseorang yang dengan komunikasi itu diadakan, jika komunikasi itu diadakan untuk kepentingan orang tersebut).

19. *Section 94 Act to which a person is compelled by threats*

(perbuatan yang dilakukan oleh seseorang yang terpaksa karena ancaman-ancaman), menurut ketentuan *Section 94* dapat disimpulkan bahwa: bukan merupakan suatu kejahatan perbuatan yang dilakukan oleh seseorang yang di paksa melakukannya karena ancaman yang dapat menimbulkan

kematian bagi dirinya, sehingga dirinya tidak bebas karena adanya paksaan tersebut, dengan pengecualian terhadap pelaku tetap dikenakan pidana jika perbuatannya merupakan pembunuhan dan kejahatan-kejahatan yang diancam dengan pidana mati (*murder, and offences against the State punishable with death*).

20. *Section 95* diberi title: *Act causing slight harm* (perbuatan yang menimbulkan cedera ringan), menyatakan: bukan merupakan suatu kejahatan suatu perbuatan yang menimbulkan atau bermaksud supaya menimbulkan suatu cedera, jika cedera tersebut demikian kecil sehingga tak seorangpun yang mempunyai pengertian atau watak biasa akan mengeluh karena cedera tersebut.

Selain ketentuan-ketentuan di atas hal yang menarik dalam KUHP India adalah bahwa pengaturan mengenai alasan penghapusan pidana mengenai hak pembelaan terpaksa yang diatur secara lengkap dan terinci pada apa yang digolongkan sebagai *Private Defence* mulai *Section 96* sampai dengan *Section 106*.

21. *Section 96* diberi title: "*Things Done In Private Defence*"¹⁷⁵

dinyatakan bahwa bukan merupakan suatu kejahatan sesuatu

¹⁷⁵ Penulis mengartikan *private defence* sebagai pembelaan terpaksa, sebagaimana yang dikemukakan oleh Barda Nawawi Arief ketika mengartikan pengertian *Self Defence* dalam KUHP Korea yang menyatakan pengertian dari *Self Defence* identik dengan pengertian *Noodweer* (pembelaan terpaksa), lihat dalam Barda Nawawi Arief, *Beberapa Masalah Perbandingan Hukum Pidana*, RajaGrafindo, Jakarta, 2003, hal. 111.

(perbuatan) yang dilakukan dalam rangka penggunaan hak pembelaan terpaksa (*Nothing is an offence which is done in the exercise of the right of private defence*).

22. *Section 97* diberi title: "*Right of Private Defence of the Body and of Property*" merupakan hak pembelaan terpaksa atas badan dan hak milik (yang subyeknya dibatasi dalam *Section 99*). *Section 97* ini terdiri dari dua ayat yaitu: dalam ayat (1) dinyatakan bahwa setiap orang mempunyai hak untuk melakukan pembelaan atas dirinya sendiri dan badan/diri orang lain (*his own body and the body of any other person*) terhadap kejahatan yang menimbulkan akibat (merusak) pada tubuh manusia (*affecting the human body*).

Dalam ayat (2) memberi penjelasan tentang hak milik, baik yang bergerak maupun yang tidak bergerak (*the property, whether movable or immovable*) baik milik pribadi atau milik orang lain terhadap kejahatan-kejahatan yang termasuk dalam definisi pencurian (*theft*), perampokan (*robbery*), pengacauan atau penyalahgunaan (*mischief or criminal trespass*) atau percobaan pencurian, perampokan, pengacauan, atau penyalahgunaan (*or which is an attempt to commit theft, robbery, mischief or criminal trespass*).

23. *Section 98* diberi title: "*Right of Private Defence Against the Act of a Person of Unsound Mind, etc.*", dalam *Section 98*

dinyatakan mengenai suatu kejahatan/tindak pidana yang dianggap tidak menjadi kejahatan/tindak pidana berdasarkan alasan-alasan:

- dibawah umur (*by reason of the youth*);
- suatu hal yang membutuhkan pemahaman secara dewasa (*the want of maturity of understanding*);
- tidak sempurna jiwanya (*the unsoundness of mind*);
- pada saat melakukan perbuatan dalam keadaan mabuk (*the intoxication of the person doing that act*);
- karena alasan kesalahfahaman dari orang tersebut (*by reason of any misconception on the part of that person*).

24. *Section 99: "Acts Against Which There is No Right of Private Defence"* (perlawanan bilamana tidak ada hak untuk pembelaan terpaksa), isi pasal ini berkaitan dengan ketentuan *Section 97* dari KUHP India yang telah diuraikan di atas. Dari ketentuan *Section 99*, secara garis besar dapat penulis uraikan bahwa dalam KUHP India ketentuan mengenai hak pembelaan terpaksa ini dibatasi, oleh:

- bahwa tidak ada pembelaan terpaksa apabila tidak ada alasan yang rasional terhadap perbuatan yang mengakibatkan terjadinya kematian atau kecelakaan yang memilukan (*death or of grievous hurt*) yang dilakukan atau dicoba untuk dilakukan oleh a *public servant* (pegawai negeri) dengan itikad baik atas nama jabatannya (*under colour of his office*), meskipun perbuatan tersebut tidak dengan tegas dibenarkan oleh hukum.
- tidak ada hak pembelaan terpaksa, jika dilakukan atau diusahakan dilakukan, dengan pengarahannya seorang pegawai

negeri yang dengan jujur karena jabatannya (*acting in good faith under colour of his office*), meskipun pada hakekatnya perbuatan tersebut tidak dibenarkan oleh undang-undang.

- tidak ada pembelaan terpaksa dalam kasus-kasus yang masih mempunyai waktu/kesempatan untuk meminta perlindungan pada otoritas publik/penguasa negara.
- suatu hak pembelaan terpaksa tidak boleh melebihi dari yang diperlukan untuk tujuan bela diri.

25. *Section 100* diberi title: "*When the Right of Private Defence of the Body Extends to Causing Death*", dalam *Section 100* ini menurut pendapat penulis memberikan deskripsi mengenai hak pembelaan terpaksa yang dapat menyebabkan kematian, terutama hal-hal yang berkaitan dengan pembelaan terpaksa terhadap badan/dirinya sendiri dan diri orang lain, dan terhadap serangan yang menimbulkan akibat (merusak) (*affecting to human body*) pada tubuh manusia sebagaimana disebutkan dalam *Section 97* ayat (1).

26. *Section 101* diberi title: "*When Such Right Extends to Causing Any Harm Other than Death*", secara singkat menyatakan mengenai kapan/bilamana pembelaan terpaksa yang menyebabkan kecelakaan selain kematian, yaitu: jika kejahatan/serangan yang tidak termasuk dalam deskripsi yang telah disebutkan pada *section* sebelumnya (*Section 100*), maka hak pembelaan terpaksa atas tubuh, tidak berlaku pada penyebab kematian (secara sengaja) si penyerang (*does not extend to the voluntary causing of death to the assailant*), tetapi

berlaku dibawah batasan yang disebutkan dalam *Section 99*, terhadap kecelakaan lain selain kematian si penyerang (*to the voluntary causing to the assailant of any harm other than death*).

27. *Section 102 "Commencement and Continuance of the Right of Private Defence of the Body"*, *Section* ini menyatakan mengenai permulaan dan perlanjutan hak pembelaan terpaksa atas badan/diri, yaitu: hak pembelaan terpaksa atas badan/diri bermula segera setelah secara rasional diketahui akan adanya bahaya terhadap badan/diri (*commences as soon as a reasonable apprehension of danger to the body arises*) yang timbul dari ancaman dilakukannya kejahatan, meskipun kejahatan tersebut belum dilaksanakan (*from an attempt or threat to commit the offence though the offence may not have been committed*) dan hak pembelaan terpaksa tersebut berlanjut sepanjang diketahui bahwa bahaya tersebut terus berlangsung (*and it continues as long as apprehension of danger to the body continues*).

28. *Section 103 When the Right of Private Defence of Property Extends to Causing Death*, *Section* ini membahas mengenai kapan/bilamana hak pembelaan terpaksa atas hak milik menyebabkan kematian, sebagaimana ketentuan dalam *Section 100* yang memberi deskripsi tentang serangan

terhadap badan/diri, dalam *Section* 103 ini, memberikan deskripsi pembelaan terpaksa mengenai serangan terhadap hak milik, yaitu:

- (1) perampokan (*Robbery*)
- (2) pembobolan rumah diwaktu malam (*House-breaking by night*);
- (3) pembakaran gedung (*Mischief by fire committed on any building*), tenda atau kapal (*tent or vessel*), yang mana gedung, tenda atau kapal tersebut digunakan sebagai tempat tinggal manusia (*used as a human dwelling*), atau digunakan sebagai tempat untuk penyimpanan hak milik (*a place for the custody of property*);
- (4) pencurian (*Theft*), pengacauan atau penyalahgunaan rumah (*mischief or house-trespass*), dibawah keadaan tertentu yang dapat diketahui secara rasional membawa konsekwensi kematian atau kecelakaan/ luka yang memilukan (*death or grievous hurt*) apabila hak pembelaan terpaksa yang demikian itu tidak dilakukan.

29. *Section* 104 diberi title: "*When Such Right Extends to Causing any Harm Other Than Death*", *Section* 104 secara singkat menyatakan apabila kejahatan/serangan yang dilakukan atau dicoba dilakukan, yang mana dilakukannya pembelaan terpaksa adalah pencurian, pengrusakan atau penyalahgunaan secara melawan hukum (*theft, mischief, or criminal trespass*) bukan termasuk dalam deskripsi yang disebutkan pada *Section* sebelumnya (*Section* 103), maka hak tersebut menjadi tidak berlaku pada akibat kematian (yang disengaja-pen), tetapi berlaku subjek menurut batasan *Section* 99, pada kecelakaan lain selain kematian bagi sipelaku kejahatan (*to the voluntary causing to the wrong-doer of any harm other than death*).

30. Section 105 "*Commencement and Continuance of the Right of Private Defence of Property*", dalam Section 105 secara singkat menyatakan mengenai permulaan dan perlanjutan hak pembelaan terpaksa atas hak milik, yaitu:

- hak pembelaan terpaksa atas hak milik bermula ketika diketahui secara rasional tentang adanya bahaya terhadap hak milik.
- hak pembelaan terpaksa atas hak milik berlanjut sampai pelaku kejahatan menghentikan perbuatannya terhadap hak milik tersebut ataupun sampai pertolongan dari pihak yang berwenang dipenuhi/didapat atau apabila hak milik tersebut telah diperbaiki (*recovered*).
- hak pembelaan terpaksa atas hak milik terhadap perampokan berlangsung selama si pelaku kejahatan menyebabkan atau mencoba untuk menyebabkan matinya atau celaknya seseorang, atau intimidasi/ancaman secara tidak sah/melawan hukum (*wrongful restraint*) atau selama ketakutan akan kematian seketika (*instant death*) atau intimidasi/ancaman pribadi (*instant personal restraint*) yang terus berlangsung.
- hak pembelaan terpaksa atas hak milik terhadap penyalahgunaan atau pengrusakan (*criminal trespass or mischief*) berlangsung selama pelaku terus melakukan penyalahgunaan atau pengrusakan tersebut. Selanjutnya dalam Paragraf 5 dibahas mengenai hak pembelaan terpaksa atas hak milik terhadap pembobolan rumah diwaktu malam (*house-breaking by night*) berlangsung dimulai dari si pelaku masuk tanpa hak sampai pelaksanaan pembobolan rumah masih berlangsung (*continues as long as the house-trespass which has been begun by such house-breaking continues*).

31. Section 106 yang diberi judul "*Right of Private Defence Against a Deadly Assault When There is Risk of Harm to Innocent Person*" dalam Section terakhir dari aturan alasan penghapus pidana dalam KUHP India ini dibahas mengenai pembelaan terpaksa terhadap penyerangan yang mengakibatkan kematian

bilamana ada resiko mencelakakan orang lain yang tidak bersalah. Secara singkat dapat disimpulkan apabila dalam melakukan pembelaan terpaksa tidak dapat dielakkan dapat mengakibatkan timbulnya korban yang tidak bersalah, maka perbuatan orang yang melakukan pembelaan terpaksa tersebut tetap dapat dimaafkan selama dapat dibuktikan kalau resiko tersebut memang sama sekali tidak dapat dielakkan.

Dari uraian di atas mengenai Alasan Penghapusan Pidana dalam KUHP India tersebut di atas, apabila penulis bandingkan dengan KUHP (*W.v.S*) dan Konsep KUHP, maka dapat penulis simpulkan sebagai berikut:

1. dalam ketentuan *Section 76, 77 dan 79* KUHP India menurut penulis identik pengaturannya dengan ketentuan dalam Pasal 50 KUHP atau dalam Pasal 40 Konsep KUHP mengenai menjalankan peraturan perundang-undangan. Hanya saja dalam KUHP India dalam *Section 77*, subyek pelakunya dikhususkan pada tindakan Hakim yang melakukan perbuatan melaksanakan kekuasaan yang diberikan kepadanya oleh Undang-undang.
2. dalam ketentuan *Section 78* KUHP India, identik dengan ketentuan dalam Pasal 51 ayat (1) KUHP mengenai menjalankan perintah jabatan yang sah, atau dalam Pasal 41 Konsep KUHP mengenai menjalankan perintah jabatan, hanya

saja dalam KUHP India dikhususkan pengaturannya pada melaksanakan suatu putusan/perintah pengadilan.

3. dalam ketentuan *Section* 81, 90 dan 92 KUHP India, ketiga *Section* ini identik pengaturannya dengan ketentuan dalam Pasal 48 KUHP mengenai daya paksa dan digolongkan sebagai daya paksa relatif atau Pasal 42 Konsep KUHP mengenai keadaan darurat.
4. dalam ketentuan *Section* 82 dan 83 KUHP India, identik pengaturannya dengan Pasal 106 ayat (1) Konsep KUHP, sedangkan dalam KUHP tidak ditemukan padanannya karena sejak tahun 1905 telah dihapus.¹⁷⁶ Akan tetapi sebagai padanannya dalam hukum positif di Indonesia sekarang, dapat penulis kemukakan ketentuan didalam Undang-Undang No. 3 tahun 1997 tentang Pengadilan Anak, yaitu didalam Pasal 4 dan Pasal 5.
5. dalam ketentuan *Section* 84, 85, dan 86, dari KUHP India menurut penulis identik pengaturannya dengan ketentuan dalam Pasal 44 KUHP mengenai kemampuan bertanggung jawab atau dalam Pasal 34 dan 35 Konsep KUHP, hanya saja menurut penulis dalam KUHP India mengenai masalah kemampuan bertanggung jawab ini diuraikan secara rinci, bukan hanya dikarenakan karena tidak sehat pikirannya/tidak

¹⁷⁶ Periksa dalam Sudarto, *Hukum Pidana I*, Opcit, hal. 138.

sempurna jiwanya (*unsoundness of mind*) tetapi juga berkaitan dengan kemabukan (*intoxication*). Mengenai kemabukan inipun dibatasi dengan adanya syarat bahwa kemabukan yang dialami pelaku adalah berlawanan dengan kehendaknya atau terjadi tanpa sepengetahuannya.

6. dalam *Section* 87, 88, dan 89 KUHP India, ketentuan dalam ketiga *Section* tersebut tidak ada padanannya secara tertulis dalam KUHP maupun Konsep KUHP, hanya saja menurut hemat penulis dengan mengutip pendapat dari **Sudarto**¹⁷⁷ ketiga ketentuan tersebut dapat digolongkan sebagai alasan penghapus pidana di luar undang-undang.
7. dalam *Section* 94 KUHP India, identik dengan ketentuan dalam Pasal 48 KUHP mengenai daya paksa atau dalam ketentuan Pasal 37 Konsep KUHP. Hanya saja dalam KUHP India perbuatannya dibatasi tidak boleh merupakan pembunuhan dan kejahatan-kejahatan yang diancam dengan pidana mati.
8. selain itu, dalam *Section* 96 sampai dengan *Section* 106 dalam KUHP India menurut penulis merupakan pengaturan yang khusus dari pembelaan terpaksa sebagaimana diatur dalam Pasal 49 KUHP atau dalam Pasal 43 Konsep KUHP.

Disamping persamaan-persamaan di atas, penulis juga menemukan beberapa perbedaan mendasar antara KUHP India

¹⁷⁷ Periksa kembali Sudarto, Hukum Pidana I, Ibid, hal. 155.

dengan KUHP dan Konsep KUHP Indonesia, yang dapat penulis uraikan sebagai berikut:

1. dalam KUHP India dikenal prinsip *doli incapax* yaitu dalam *Section 83*, yang menurut hemat penulis dapat dipersamakan dengan prinsip *doli incapax* dalam Hukum Pidana Inggris dulu sebelum diundangkannya *The Crime and Disorder Act. 1998*.¹⁷⁸ Hal ini terlihat dengan adanya batasan anak yang berumur tujuh tahun dan dibawah dua belas tahun yang dianggap belum mempunyai kedewasaan pengertian (*immature understanding*),, disamping pernyataan dalam *Section 82* yang menyatakan bahwa anak dibawah usia 7 tahun tidak di pidana. Praduga *doli incapax* ini tidak dikenal dalam KUHP maupun dalam Konsep KUHP.
2. dalam *Section 84,85,86* yang dijabarkan lebih lanjut dalam *Section 98* mengenai kemampuan bertanggung jawab, ditemukan perbedaan antara KUHP India dengan KUHP Indonesia dan Konsep KUHP, dalam KUHP India menurut penulis mengenai tidak sempurna jiwanya (*the unsoundness of mind*) secara otomatis menghapuskan pertanggungjawaban pidana dari si pelaku, sedangkan dalam KUHP selain tidak dipidana (Pasal 44 ayat (1) KUHP) di dalam Pasal 44 ayat (2)

¹⁷⁸ Sebagai catatan dalam hukum Pidana Inggris berdasarkan *The Crime and Disorder Act. 1998*, dalam *Section 34* telah menghapus praduga *doli incapax* ini, sebagai bagian dari usaha pemerintah melawan kejahatan yang dilakukan oleh anak muda, periksa dalam Chatherine Elliot and Frances Quin, *Criminal Law, Fourth Edition Pearson Education, British Library, 2002*, hal. 260.

KUHP disebutkan pula bahwa hakim dapat memerintahkan supaya orang itu dimasukkan ke dalam rumah sakit jiwa untuk paling lama satu tahun sebagai waktu percobaan.

Sedangkan dalam Konsep KUHP dinyatakan bahwa terhadap pelaku dapat dikenai tindakan (Pasal 34 Konsep KUHP), dan apabila dianggap kurang dapat dipertanggungjawabkan maka terhadap pelaku dikenai pidana akan tetapi pidananya dikurangi atau dikenakan tindakan (Pasal 35 Konsep KUHP).

3. dalam ketentuan *Section* 96 sampai dengan 106, utamanya dalam *Section* 97 mengenai pembelaan terpaksa menurut pendapat penulis terdapat perbedaan dalam ruang lingkup "kepentingan" yang dibela, dalam KUHP India dijelaskan lebih lanjut tentang pengertian hak milik, baik yang bergerak ataupun tidak bergerak sedang dalam KUHP Indonesia dan Konsep KUHP hanya disebutkan sebagai harta benda.

Selain itu pembelaan diri yang tidak dipidana menurut KUHP dan Konsep KUHP adalah pembelaan yang "terpaksa" (yang harus dan perlu). sedangkan di India digunakan istilah pembelaan diri terhadap kejahatan/serangan yang menimbulkan akibat (merusak) pada tubuh manusia (*affecting the human body*), disamping itu juga dalam KUHP India dijelaskan tentang jenis-jenis kejahatan yang menimbulkan pembelaan terpaksa (*Section* 97 ayat (2)), sedangkan dalam

KUHP dan Konsep KUHP Indonesia tidak dikenal kriteria sebagaimana yang disebutkan dalam KUHP India.

b. Negara Jerman (KUHP Republik Federal Jerman)¹⁷⁹

Di dalam KUHP Republik Federal Jerman pada Bagian Umum (*General Part*) yang terbagi atas dua bab (*Section*) yaitu Bab I mengenai Hukum Pidana (*The Criminal Law*) terdiri dari Title I: mengenai ruang lingkup berlakunya (*Area of Applicability*) dan Title II: mengenai Terminologi (*Terminology*) dan Bab II mengenai Perbuatan Pidana (*Criminal Conduct*) terdiri dari Title I: mengenai Dasar Dikenakannya Hukuman Pidana (*Basis for the Imposition of Criminal Punishment*), Title II: mengenai Percobaan (*Attempt*), Title III: Pihak-Pihak Dalam Kejahatan (*Parties to Crime*), Title IV: Pembelaan Terpaksa dan Nesesitas (*Self Defense and Necessity*) serta Title V: (*Parliamentary Privilege*).

Mengenai alasan penghapus pidana di atur dalam Bab II tentang Perbuatan Pidana (*Criminal Conduct*) secara tersebar terdapat dalam Title I: tentang dasar dikenakannya hukuman pidana (*Basis for the Imposition of Criminal Punishment*), yaitu *Section 19* dan *Section 20*, dalam title II: Percobaan (*Attempt*) terdapat dalam *Section 23* ayat (3) dan *Section 24*, dalam Title: III mengenai Pihak-pihak dalam kejahatan (*Parties to Crime*) terdapat dalam *Section 31* serta dalam Title IV mengenai *Self Defense and*

¹⁷⁹ diterjemahkan dari *Penal Code of the Federal Republic of Germany, Translated by Joseph J. Darby, The American Series of Foreign Penal Codes, vol. 28 (Edward M. Wise ed., 1987)* <http://wings.buffalo.edu/law/bcll/web/website/codecomp2.htm>

Necessity terdapat mulai *Section 32* sampai dengan *Section 35*, yang dapat penulis uraikan sebagai berikut:

1. *Section 19: A Child's Lack of Capacity to be Adjudged Guilty*

"Whoever upon commission of the act is under fourteen years of age lacks capacity to be adjudged guilty"

Ketentuan *Section 19* ini merupakan batasan usia pertanggungjawaban pidana, membahas mengenai anak-anak yang tidak mempunyai kapasitas untuk dinyatakan bersalah, dijelaskan bahwa: barangsiapa yang melakukan suatu perbuatan, dibawah empat belas tahun, tidak bisa dinyatakan bersalah.

2. *Section 20: Lack of Capacity to be Adjudged Guilty due to Emotional Disorders:*

"Whoever upon commission of the act is incapable of appreciating the wrongfulness of the act or acting in accordance with such appreciation due to a pathological emotional disorder, profound consciousness disorder, mental defect or any other serious emotional abnormality, acts without guilt."

Section 20 di atas pada intinya menyatakan, pada waktu melakukan suatu perbuatan tidak mampu menilai benar/salahnya suatu perbuatan, atau yang berbuat berdasarkan ketidakwarasan emosi yang patologis (bersifat penyakit), ketidak sadaran yang amat sangat, keterbelakangan mental atau keadaan emosi yang abnormal, tidak dapat dinyatakan bersalah.

Ketentuan dalam *Section 20* ini identik dengan ketentuan dalam Pasal 44 KUHP mengenai pertumbuhan jiwa yang tidak sempurna (jiwanya cacat dalam pertumbuhan) atau terganggu

karena penyakit. Dalam Konsep KUHP diatur dalam Pasal 34 yang menyatakan bahwa setiap orang yang pada waktu melakukan tindak pidana menderita gangguan jiwa, penyakit jiwa atau retardasi mental tidak dapat dipertanggungjawabkan dan dijatuhi pidana, tetapi dapat dikenai tindakan.

Selanjutnya dalam Pasal 35 Konsep KUHP dinyatakan bahwa apabila pada waktu melakukan tindak pidana kurang dapat dipertanggung jawabkan karena menderita gangguan jiwa, penyakit jiwa, atau retardasi mental, pidananya dapat dikurangi atau dikenakan tindakan. Demikian juga halnya dalam KUHP Republik Federal Jerman, mengenai tindakan yang diambil terhadap seseorang yang memenuhi rumusan dalam *Section 20* ini, diatur dalam *Section 63* yang menyebutkan bahwa terhadap pelaku dikenakan tindakan berupa ditempatkan dirumah sakit jiwa (*Placement in a Psychiatric Hospital*).¹⁸⁰

3. *Section 23* ayat (3) :

(3) " If the perpetrator, due to a gross lack of understanding, fails to recognize that the attempt could not possibly lead to completion due to the nature of the object on which, or the means with which it was to be committed, the court may withhold punishment or in its own discretion mitigate the punishment (Section 49 subsection(2))"

¹⁸⁰ Section 63 Placement in a Psychiatric Hospital

If someone committed an unlawful act and at the time lacked capacity to be adjudged guilty (Section 20) or was in a state of diminished capacity (Section 21), the court shall order placement in a psychiatric hospital if a comprehensive evaluation of the perpetrator and his act reveals that, as a result of his condition serious unlawful acts can be expected of him and he therefore presents a danger to the general public

Ketentuan dalam *Section 23* pada pokoknya membicarakan mengenai dapat dipidananya percobaan (*Punishability for an Attempt*), yang diatur dalam ayat (1) mengenai percobaan melakukan tindak pidana berat dan ayat (2) peringanan hukuman terhadap percobaan.

Dalam ayat (3) seperti tersebut di atas, dinyatakan pada intinya bahwa, jika pelaku secara nyata tidak mampu memahami atau gagal untuk mengenali bahwa percobaan tersebut tidak mungkin menyebabkan sempurnanya perbuatan, karena sifat dasar yang melekat pada obyeknya, atau karena alat-alat yang digunakan, pengadilan dapat tidak menjatuhkan hukuman atau berdasarkan diskresinya sendiri mengurangi hukuman berdasarkan ketentuan dalam *Section 49* ayat (2)¹⁸¹.

Ketentuan mengenai percobaan ini dijabarkan lebih lanjut dalam *Section 24*, yaitu:

4. *Section 24 Abandonment* :

- (1) Whoever voluntarily renounces further execution of the act or prevents its completion shall not be punished for an attempt. If the act is not completed due in no part to the contribution of the abandoning party he shall not be punished if he makes voluntary and earnest efforts to prevent its completion.*
- (2) If more than one person participate in the act, whoever voluntarily prevents its completion will not be punished for an attempt. However his voluntary and earnest efforts to prevent the completion of the act shall suffice for exemption from punishment, if the act is not completed due in no part to his*

¹⁸¹ Section 49 (2) If the court may in its discretion mitigate the punishment pursuant to a norm which refers to this provision, then it may reduce the punishment to the statutory minimum or impose a fine instead of imprisonment

contribution or is committed independently of his earlier contribution to the act.

Section 24 ini merupakan pembebasan dari delik percobaan, yang dapat disimpulkan dalam ayat (1) barangsiapa secara sukarela tidak meneruskan perbuatannya lebih lanjut atau mencegah terlaksananya perbuatan tidak akan dihukum karena percobaan. dalam ayat (2) dijelaskan apabila lebih dari satu orang berpartisipasi dalam perbuatan tersebut, maka siapapun yang secara sukarela mencegah selesainya/terlaksananya perbuatan tidak akan dihukum karena percobaan.

Jadi menurut ketentuan ini terhadap pelaku dibebaskan dari ancaman hukuman. Ketentuan dalam *Section 24* ini identik dengan ketentuan dalam Pasal 53 ayat (1) atau Pasal 18 ayat (1) Konsep KUHP, sedangkan didalam KUHP sendiri yang secara eksplisit mengatur mengenai pembebasan pidana hanya terdapat dalam Pasal 54 KUHP tentang mencoba melakukan pelanggaran tidak dipidana, percobaan perkelahian tanding (Pasal 184 ayat (5) KUHP), percobaan penganiayaan ringan terhadap hewan (Pasal 302 ayat (4) KUHP), percobaan penganiayaan biasa (Pasal 351 ayat (5) KUHP), percobaan penganiayaan ringan (Pasal 352 ayat (2) KUHP).

5. *Section 31 Abandonment of Attempted Participation:*

(1) Whoever voluntarily:

1. *renounces the attempt to induce another to commit a serious criminal offense, and averts any existing danger that the other may commit the act;*
 2. *after he has declared his willingness to commit a serious criminal offense, renounces his plan; or*
 3. *after he agrees to commit a serious criminal offense, or accepts the offer of another to commit a serious criminal offense, prevents the commission of the act, shall not be punished under Section 30.*
- (2) *If the act does not take place due in no part to the contribution of the abandoning party, or if it is committed independently of his previous conduct, then his voluntary and earnest efforts to prevent the act suffice for exemption from punishment.*

Section 31, menyatakan tentang pembebasan. Secara singkat dalam ayat (1) dinyatakan barangsiapa secara sukarela:

1. meninggalkan percobaan untuk menghasut orang lain melakukan tindak pidana berat, dan menghindarkan bahaya yang ada yang memungkinkan orang lain untuk melakukan kejahatan tersebut;
2. setelah ia menyatakan kesediaannya untuk melakukan tindak pidana berat tetapi kemudian membatalkan niatnya;
3. setelah ia setuju untuk melakukan tindak pidana berat atau menerima tawaran orang lain untuk melakukan tindak pidana berat, tetapi kemudian dia mencegah dilakukannya kejahatan tersebut, maka terhadapnya tidak akan dikenakan hukuman yang tertera dalam Section 30¹⁸².

Selanjutnya dalam ayat (2) disebutkan bahwa jika perbuatan tidak terjadi bukan karena campur tangan pihak yang membebaskan, atau jika perbuatan tersebut dilakukan secara terpisah dari perbuatan yang dilakukan sebelumnya, maka usaha

¹⁸² Dalam Section 30 terdiri dari 2 ayat secara singkat mengatur mengenai mencoba turut serta melakukan tindak pidana, ayat (1) diperuntukkan bagi orang yang mengajak/menghasut orang lain untuk melakukan tindak pidana berat dan ayat (2) hukuman bagi orang yang menyatakan kesediaan, menerima tawaran untuk melakukan tindak pidana berat tersebut.

sungguh-sungguh dan sukarelanya untuk mencegah perbuatan cukup untuk mengecualikan dirinya dari hukuman.

6. Section 32: Self Defense:

“(1) *Whoever commits an act in self defense does not act unlawfully.*

(2) *Self defense is that defense which is required in order to prevent a present unlawful attack on oneself or on another.”*

Dari ketentuan *Section 32* di atas mengenai pembelaan terpaksa dapat disimpulkan bahwa dalam KUHP Republik Federal Jerman perbuatan untuk membela diri tidak dianggap sebagai suatu perbuatan yang melawan hukum (*unlawfully*), sedangkan dalam ayat 2 diterangkan bahwa pembelaan terpaksa adalah pembelaan yang diperlukan dalam rangka melindungi diri sendiri atau orang lain terhadap serangan melawan hukum.

Ketentuan dalam *Section 32* ini hampir sama dengan ketentuan dalam KUHP Indonesia sebagaimana disebutkan dalam Pasal 49 ayat (1) KUHP hanya saja dalam Pasal 49 ayat (1) lebih diperluas bahwa pembelaan terpaksa ini dapat terjadi bukan hanya karena adanya serangan tetapi juga karena “ancaman yang sangat dekat”,¹⁸³ serta selain untuk melindungi diri sendiri dan orang lain juga terhadap kesusilaan atau harta benda baik milik sendiri ataupun orang lain, demikian juga dalam Pasal 43 Konsep KUHP senada dengan ketentuan dalam Pasal 49 ayat (1) KUHP.

¹⁸³ lihat dalam KUHP, Tim Penterjemah BPHN, *Opcit.* Hal. 34, Satochid Kartanegara mendefenisikan ancaman yang sangat dekat sebagai “mengancam langsung”, sedangkan Moeljatno mengartikan sebagai “ancaman serangan” lihat dalam Adami Chazawi, *Hukum Pidana Bagian 2, Opcit.* Hal. 44.

Menurut pendapat penulis ketentuan dalam KUHP Indonesia, baik dalam KUHP yang sekarang berlaku ataupun dalam Konsep KUHP memberi pengertian yang lebih luas dengan menyebutkan ruang lingkup kepentingan yang disebutkan secara limitatif, yang meliputi: Badan, kehormatan atau kesusilaan dan harta benda apabila dibandingkan dengan ketentuan dalam *Section 32* dari KUHP Republik Federal Jerman yang hanya menekankan pada pembelaan yang diperlukan dalam rangka melindungi diri sendiri atau orang lain terhadap serangan melawan hukum.

7. *Section 33: Exceeding the bounds of self defense:*

"The perpetrator will not be punished if he exceeds the bounds of self defense because of confusion, fear or fright."

Section 33 ini menyatakan tentang pelampauan batas pembelaan terpaksa, yang mendefinisikan bahwa pelaku tidak akan dihukum (dipidana) apabila ia melampaui batas pembelaan terpaksa karena bingung atau karena ketakutan.

Walaupun dalam KUHP di Indonesia tidak diatur secara detail mengenai pembelaan terpaksa yang diakibatkan oleh kebingungan (*confusion*) dan ketakutan (*fear or fright*), namun menurut penulis ketentuan yang sejenis dalam KUHP dapat ditemui dalam Pasal 49 ayat (2) KUHP atau dalam Pasal 38 Konsep KUHP mengenai pembelaan terpaksa melampaui batas (*noodweer exces*). Pada kedua pasal tersebut penyebab dari

adanya pembelaan terpaksa melampaui batas adalah disebabkan “kegoncangan jiwa yang hebat”, yang menurut pendapat Sudarto¹⁸⁴ pengertian “kegoncangan jiwa yang hebat” termasuk di dalamnya rasa takut, bingung dan mata gelap.

8. Section 34 Necessity as Justification

“Whoever commits an act in order to avert an imminent and otherwise unavoidable danger to the life, limb, liberty, honor, property or other legal interest of himself or of another does not act unlawfully if, taking into consideration all the conflicting interests, in particular the legal ones, and the degree of danger involved, the interest protected by him significantly outweighs the interest which he harms. This rule applies only if the act is an appropriate means to avert the danger”.

Dalam Section 34 menyatakan *Necessity*¹⁸⁵ sebagai alasan pembenar, dengan menyatakan:

“barangsiapa melakukan perbuatan dalam rangka untuk menghindari dari bahaya yang mendekat atau malah tidak dapat dihindarkan terhadap nyawa, anggota badan, kebebasan, kehormatan, hak milik atau kepentingan hukum lain pada dirinya atau orang lain tidak dianggap melakukan perbuatan melawan hukum (*unlawful*) jika, dengan mempertimbangkan semua kepentingan yang bertentangan, terutama kepentingan hukum dan tingkat bahaya yang terlibat, kepentingan yang dilindungi olehnya secara mencolok (*significantly*) lebih berat daripada kepentingan yang mencelakakan dirinya. Aturan ini berlaku hanya apabila perbuatan tersebut merupakan tindakan yang tepat untuk menghindari bahaya.”

Ketentuan mengenai *necessity* apabila diartikan sebagai keadaan terpaksa/keadaan darurat, dalam KUHP Indonesia tidak

¹⁸⁴ Lihat Sudarto, *Hukum Pidana I, Op cit.* Hal 151

¹⁸⁵ Barda Nawawi Arief mengartikan *Necessity* sebagai keadaan terpaksa lihat dalam Barda Nawawi Arief, *Perbandingan Hukum Pidana*, Rajagrafindo Persada, 1998, hal. 57, sedangkan Romli Atmasasmita mengartikan *Necessity* sebagai Keadaan Darurat, lihat dalam Romli Atmasasmita, *Perbandingan Hukum Pidana*, Mandar Maju, 2000, hal. 74, hemat penulis pendapat dari kedua Profesor tersebut mempunyai pengertian yang sama.

ada pengaturannya secara khusus dalam suatu pasal, sedangkan dalam Konsep KUHP terdapat dalam Pasal 42¹⁸⁶. Menurut Romli Atmasasmita¹⁸⁷ dalam bukunya "Perbandingan Hukum Pidana" beranggapan *necessity* sama dengan pengaturan mengenai keadaan darurat dalam Pasal 49 KUHP.

Pendapat penulis pengertian mengenai *necessity* ini merupakan perluasan dari *self defence* sebagaimana diuraikan dalam *Section 32* dan *34* dari KUHP Republik Federal Jerman dan *necessity* sebagai keadaan terpaksa/keadaan darurat dalam KUHP Indonesia mempunyai pengertian yang berbeda dengan pembelaan terpaksa sebagaimana telah penulis kemukakan sebelumnya dalam sub bab alasan penghapus pidana dalam KUHP mengenai pembelaan terpaksa.¹⁸⁸

9. Section 35 Necessity as Excuse:

(1) Whoever commits an unlawful act in order to avert an imminent and otherwise unavoidable danger to his own life, limb, or liberty, or to that of a relative or person close to him, acts without guilt. This rule does not apply if under the prevailing circumstances the perpetrator could be expected to have assumed the risk, especially because he was himself the cause of the danger or because he found himself in a special legal relationship. If however, the perpetrator did not have to assume the risk with regard to a special legal relationship, the punishment may be reduced in accordance with the provisions of section 49(I).

¹⁸⁶ Lihat kembali dalam tulisan ini penjelasan dalam sub bab mengenai alasan penghapus pidana dalam Konsep KUHP mengenai keadaan darurat.

¹⁸⁷ Lihat dalam Romli Atmasasmita, Perbandingan Hukum Pidana..., Ibid. hal 69. Romli Atmasasmita menganggap *necessity (Noodtoestand)* dalam artikel 40 *Penal Code* Belanda mempunyai padanan yang sama dalam pasal 49 KUHP Indonesia.

¹⁸⁸ Periksa dalam subbab mengenai pembelaan terpaksa dalam KUHP hal. 105.

(2) *If, in committing the act, the perpetrator assumes the existence of circumstances which under subparagraph (1) would excuse his conduct, he shall be punished only if he could have avoided the error. The punishment shall be reduced in accordance with the provisions of section 49.*

Section 35 menyatakan mengenai *necessity* sebagai alasan pemaaf yang berkaitan dengan ketentuan dalam Section 49 mengenai *Special Statutory Mitigating Circumstances*¹⁸⁹, terdiri dari dua ayat. Dalam Section 35 ayat (1) dan ayat (2) dikatakan bahwa:

- (1) barangsiapa melakukan perbuatan melawan hukum (*unlawful*) dalam rangka menghindarkan diri dari bahaya yang mendekat dan sebaliknya bahaya yang tak terhindarkan terhadap nyawa, anggota tubuh, atau kebebasan sendiri atau sanak keluarganya atau orang yang dekat dengannya, dinyatakan tidak bersalah. Aturan ini tidak berlaku jika dibawah kondisi umum si pelaku dapat memperkirakan resiko yang berhubungan dengan hubungan hukum khusus, jika si pelaku tidak dapat memperkirakan resiko tersebut hukuman dapat dikurangi sesuai dengan ketentuan Section 49 (1).
- (2) jika dalam melakukan perbuatan, pelaku memperkirakan adanya keadaan pada sub paragraf (1) yang menjadi alasan pemaaf bagi perbuatannya, dia dihukum hanya jika ia telah dapat menghindari kekeliruan/kesesatannya itu. Hukuman dapat dikurangi sesuai dengan ketentuan Section 49.

Hal yang menarik dari ketentuan *necessity* sebagai alasan pemaaf menurut KUHP Republik Federal Jerman sebagaimana

¹⁸⁹ *Section 49 Special Statutory Mitigating Circumstances:*

- (1) *If mitigation is prescribed or permitted under this provision, then the following shall apply to such mitigation:*
 1. *Imprisonment for not less than three years shall take the place of imprisonment for life;*
 2. *In cases of imprisonment for a fixed term, at most three-fourths of the maximum term provided may be imposed. In case of a fine the same shall apply to the maximum number of daily rates;*
 3. *An increased minimum term of imprisonment shall be reduced:*
in the case of a minimum term of ten or five years, to two years;
in case of a minimum term of three or two years, to six months;
in case of a minimum term of one year, to three months;
in other cases to the statutory minimum.
- (2) *If the court may in its discretion mitigate the punishment pursuant to a norm which refers to this provision, then it may reduce the punishment to the statutory minimum or impose a fine instead of imprisonment.*

diatur dalam *Section 35* jo. *Section 49*, ternyata *necessity* ini walaupun sebagai alasan penghapusan pidana, tetapi tidak serta merta menghapuskan pidana. karena dalam ketentuan *Section 49* berisi mengenai peringanan hukuman dan bukan penghapusan/peniadaan hukuman/pidana.

Peringanan hukuman ini merupakan kewenangan/diskresi dari pengadilan untuk mengurangi hukuman berdasarkan norma yang dianut dalam ketentuan sebagaimana disebut dalam *Section 49*, maka pengadilan boleh mengurangi menjadi hukuman minimal atau menjatuhkan denda sebagai pengganti pidana penjara. Misalnya dalam ayat (1) butir (1) dari *Section 49* dikatakan bahwa pidana penjara kurang dari tiga tahun dapat menggantikan pidana penjara seumur hidup.

c. Negara Inggris

Sumber utama dari hukum pidana Inggris menurut **Barda Nawawi Arief**¹⁹⁰ ada dua yaitu *common law* dan *statute law*. *Common law*, ialah bagian dari hukum Inggris yang bersumber pada kebiasaan atau adat istiadat masyarakat yang dikembangkan berdasarkan putusan pengadilan. Jadi bersumber dari hukum tidak tertulis dalam memecahkan masalah atau kasus-kasus tertentu yang dikembangkan dan diunifikasikan dalam keputusan-keputusan pengadilan sehingga merupakan suatu *precedent*. Oleh karena itu

¹⁹⁰ Lihat dalam Barda Nawawi Arief, *Perbandingan Hukum Pidana*, 1998 *Opcit* hal. 23.

common law ini sering juga disebut *Case law* atau juga disebut *Hukum Preseden*.

Selanjutnya beliau mengemukakan bahwa dalam hukum Inggris *common law* ini mempunyai *binding authority* (kekuatan mengikat), yang dikenal sebagai asas *stare decisis* atau asas *the binding force of precedents*, yang mewajibkan hakim untuk mengikuti keputusan hakim yang ada sebelumnya. Kekuatan mengikat dari hukum *preseden* ini terletak pada bagian putusan yang disebut *ratio decidendi*, yaitu semua bagian putusan atau pertimbangan hukum yang menjadi dasar dari putusan dalam kasus konkret.¹⁹¹

Sedangkan *statute law* adalah hukum yang berasal dari perundang-undangan dan hanya memuat perumusan tindak pidana (kejahatan) tertentu, yang seperti halnya *common law*, *statute law* juga mempunyai *binding authority* (kekuatan mengikat).¹⁹²

Disamping kedua sumber hukum di atas, ada juga beberapa *text book* yang memuat ajaran/doktrin dari penulis terkenal yang walaupun tidak mempunyai *binding authority*, tetapi beberapa diantaranya mempunyai *persuasive authority*/kekuatan persuasif yang bersifat memberikan keyakinan/dorongan yang kuat.¹⁹³

¹⁹¹Dalam prakteknya sistem preseden ini dapat disimpangi oleh Hakim atau advokat dengan menggunakan *Distinction*, yaitu suatu pembedaan yang ditunjukkan oleh hakim atau advokat bahwa perkara yang sedang dihadapi itu ada perbedaan dengan perkara yang diputus terdahulu, Ibid hal 23-24.

¹⁹² Ibid

¹⁹³ Ibid

Dalam hukum pidana Inggris mensyaratkan bahwa pada prinsipnya setiap orang yang melakukan kejahatan dapat dipertanggungjawabkan atas perbuatannya, kecuali ada sebab-sebab yang meniadakan penghapusan pertanggungjawaban yang bersangkutan atau *exemptions from liability*¹⁹⁴.

Romli Atmasasmita¹⁹⁵ menyatakan dalam hukum pidana Inggris, seseorang tidak dipertanggungjawabkan atas suatu tindak pidana jika:

1. ia memperoleh tekanan (fisik dan psikologis) sedemikian rupa sehingga mengurangi pembelaan diri yang bersangkutan atau membatasi kebebasan pribadinya, yaitu: *insanity* atau gila/sakit jiwa, *automatism* atau gerak refleks, *drunkenness* atau mabuk, *coercion* atau daya paksa, *necessity* atau keadaan darurat (keadaan terpaksa-pen), *mistake or ignorance of fact* atau kekeliruan atas fakta dan *accident* atau kecelakaan;
2. pelaku termasuk kedalam golongan orang-orang yang tunduk pada peraturan khusus, seperti pengusaha atau yang memegang kekuasaan atau raja yang berdaulat, diplomat asing, perkumpulan atau badan usaha secara terbatas dan anak dibawah umur.

Sedangkan Barda Nawawi Arief memberikan batasan yang sedikit berbeda dengan mengadakan pembagian alasan penghapus pidana bersifat umum (*general defences*) artinya dapat diajukan untuk kejahatan atau tindak pidana pada umumnya meliputi: *Mistake* (kesesatan), *Compulsion* (paksaan), *Intoxication* (keracunan/mabuk alkohol), *Automatism* (gerak refleks), *Insanity*

¹⁹⁴ Menurut Barda Nawawi Arief, dalam kepustakaan *Common Law*, istilah *the exemptions from liability* dan *Criminal defence* merupakan istilah-istilah untuk pengertian Alasan Penghapus Pidana, yang pada hakekatnya juga merupakan "*alasan pembelaan*", periksa dalam Barda Nawawi Arief, *Sari Kuliah Perbandingan Hukum Pidana*, RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2002, hal. 165.

¹⁹⁵ Romli Atmasasmita, *Perbandingan Hukum Pidana*, Mandar Maju, Bandung, 2000 hal. 71-72.

(kegilaan/ketidakwarasan), *Infancy* (anak dibawah umur) dan *Consent of Victim* (persetujuan korban) ; dan alasan penghapus pidana bersifat khusus (disebut *special defences*) yang dapat diajukan untuk kejahatan atau tindak pidana tertentu, seperti dalam hal delik abortus (*the Abortion Act 1967*), dan dalam hal menerbitkan atau mempublikasikan tulisan-tulisan cabul, demi kebaikan umum, kepentingan ilmu pengetahuan, seni dan sebagainya (*Obscene Publication Act 1959*).¹⁹⁶

Catherine Elliot dan Frances Quinn dalam bukunya *Criminal Law* mempunyai pendapat yang senada sebagaimana yang dikemukakan oleh Barda Nawawi Arief di atas dengan mengemukakan pembagian yang mereka sebut sebagai *General and Specific Defences* (pembelaan umum dan pembelaan khusus) dan *Complete and Partial Defences* (pembelaan sempurna dan pembelaan sebagian).¹⁹⁷

Termasuk dalam *Complete Defences* semisal pembelaan terpaksa, yang menyebabkan pembebasan dari sipelaku, sedangkan pembelaan yang menyebabkan diperingannya pidana sipelaku, semisal dalam pembelaan (di pengadilan – *pleading*) yang berhasil mengurangi tanggung jawab atau provokasi atas

¹⁹⁶ Dibagian lain Barda Nawawi arief juga mengemukakan pembagian alasan penghapus pidana menurut Peter Gillies, yang membagi *the Criminal Defence* dalam dua kelompok, yaitu: *Informal Defence* dan *Formal Defence*, periksa dalam Barda Nawawi Arief, *Sari Kuliah.. Op cit* hal. 165-169.

¹⁹⁷ Catherine Elliot and Frances Quinn, *Criminal Law, Fourth Edition*, Pearson Education, British Library, 2002, hal. 259.

tuduhan pembunuhan yang membawa pada dakwaan pembunuhan tidak berencana termasuk dalam *Partial Defences*.¹⁹⁸

Berikut ini penulis mencoba menguraikan jenis-jenis alasan penghapus pidana menurut hukum Inggris, dengan merangkum berbagai pendapat sebagaimana yang dikemukakan di atas.

a. *Infancy*

Menurut hukum pidana Inggris, anak-anak di bawah 10 tahun tidak dapat bertanggungjawab secara pidana, bilamana mereka melakukan tindak kejahatan, pihak yang berwenang dapat diberitahu tetapi anak-anak tersebut tidak dapat dituntut.

Seorang anak yang berumur di atas 10 tahun tetapi dibawah 14 tahun, dahulu ada anggapan bahwa anak dalam kelompok usia ini dipandang tidak memiliki *mens rea/doli incapax* (tidak mampu melakukan kejahatan), tetapi anggapan ini dapat dibantah dengan membuktikan adanya "kehendak jahat" (*mischievous discretion*), yaitu ia mengetahui bahwa apa yang dilakukannya adalah salah.

Pada 1998 Parlemen mengundang s. 34, Undang-Undang Kejahatan dan Pelanggaran (*the Crime and Disorder Act. 1998*) yang menghapus praduga *doli incapax*, sebagai bagian dari usaha pemerintah melawan kejahatan yang dilakukan anak muda. *Section 34* berbunyi: "Praduga hukum pidana yang dapat dibantah yang menyatakan bahwa seorang anak berumur 10 tahun atau

¹⁹⁸ Ibid

lebih adalah tidak dapat dituntut melakukan kejahatan dengan ini dihapus.¹⁹⁹

Mengenai batas usia pertanggungjawaban pidana tidak dikenal dalam KUHP Indonesia, sebagaimana telah dikemukakan pada bagian sebelumnya bahwa mengenai batas usia pertanggungjawaban pidana ini sejak tahun 1905 telah dihapus dalam KUHP Indonesia dan KUHP Belanda, sedangkan dalam Konsep KUHP terdapat dalam buku 1 bagian keempat mengenai pidana dan tindakan bagi anak dalam Pasal 106 ayat (1) Konsep KUHP.

b. *Insanity*

Ketidakwarasan/ketidaksehatan jiwa atau gila mempunyai arti yang sangat khusus dalam hukum pidana, yang berbeda dengan pengertian medis, berdasarkan hukum pidana Inggris merupakan suatu pembelaan yang bersifat mutlak atau "*a complete defense*".²⁰⁰

Untuk dapat dinyatakan gila seorang tertuduh harus dapat membuktikan bahwa pada saat terjadinya kejahatan (yang dituduhkan kepadanya) tersebut, tertuduh sedang mengalami cacat akal dan penyakit mental sehingga ia tidak mengetahui sifat dan kualitas dari perbuatannya, atau jika iapun mengetahuinya, ia tidak tahu bahwa perbuatannya salah. Peraturan mengenai *insanity* ini

¹⁹⁹ Ibid. hal. 260

²⁰⁰ Periksa dalam Barda Nawawi Arief, *Perbandingan Hukum Pidana*, Opcit., hal. 57 dan Romli Atmasasmita, *Perbandingan Hukum Pidana*, Opcit., hal 72.

diatur dalam *M'Naughten Rules*, yang berisikan tiga kriteria²⁰¹, yaitu:

1. *Presumption of sanity*, setiap orang dianggap normal/waras dan bertanggung jawab atas kejahatan yang dilakukannya, kecuali dibuktikan sebaliknya dan beban pembuktian terletak pada pihak terdakwa;
2. *Defect of reason*, untuk menetapkan adanya pembelaan berdasarkan *insanity* harus dibuktikan secara jelas, bahwa pada saat melakukan perbuatan terdakwa dalam keadaan *defect of reason* (akal/pertimbangan sehat yang rusak) sehingga ia tidak mengetahui hakikat dari perbuatannya, atau apabila ia tahu tetapi ia tidak menyadari atau tidak mengetahui bahwa apa yang dilakukannya itu salah. Tidak menjadi masalah apakah cacat akal (*defect of reason*) bersifat temporer ataupun permanen. contohnya dalam *R v. Sullivan* (1984), pembela (terdakwa) diperlakukan sebagai menderita cacat akal ketika ia menderita penyakit epilepsi yang merupakan keadaan temporer atau dalam *Clarke* (1972), Mrs. Clarke didakwa mengutil, dan berargumen bahwa dia berbuat tanpa sadar karena ia menderita depresi. Pengadilan menetapkan bahwa dengan adanya bukti ini berarti ia melakukan penyangkalan adanya

²⁰¹ Dirangkum oleh penulis dari buku Barda Nawawi Arief, Ibid. hal. 57-58 serta Catherine Elliot and Frances Quinn, *Criminal Law, Opcit.* Hal. 265.

mens rea daripada melakukan pembelaan dengan alasan ketidakwarasan.

3. *Insane delusion*, apabila seseorang dalam keadaan berkhayal mengenai sesuatu fakta, kemudian ia melakukan tindak pidana sebagai akibat dari khayalannya itu, ia harus dipandang bertanggung jawab dalam situasi yang sama apabila fakta-fakta yang ia khayalkan itu benar-benar ada. Mengenai *insane delusion* ini menurut pendapat penulis dalam hukum pidana Indonesia dapat dipersamakan dengan *taksi/avas*.

Dalam perkembangannya *M'Naughten Rules* banyak mendapat kritik, karena mengabaikan perkembangan ilmu jiwa modern. Di Inggris sering dipersoalkan mengenai masalah *irresistible impulse*, yaitu seseorang mengetahui sifat dan hakikat/kualitas tindak pidana yang ia lakukan dan mengetahui bahwa perbuatan itu salah, tetapi ia tetap melakukan perbuatan itu karena berada dibawah pengaruh dorongan hati (*impulse*) yang tidak dapat ditahan atau ditolak (*irresistible*).²⁰²

Berdasarkan *Homicide Act 1957*, mengenai *irresistible impulse* ini sekarang telah diakui melalui apa yang dikenal dengan istilah *diminished responsibility* (berkurangnya kemampuan bertanggung jawab). *Irresistible impulse* ini bukanlah suatu pembelaan, akan tetapi jika pembelaan tersebut dapat

²⁰² Barda Nawawi Arief, *Ibid*, hal. 58

membuktikan bahwa terdakwa menderita abnormalitas pikiran yang mengakibatkan *diminished responsibility* (berkurangnya kemampuan bertanggung jawab), maka hal ini hanyalah merupakan faktor yang meringankan hukuman dan bukan faktor yang meniadakan hukuman.

Mengenai *Insanity* ini dalam perkembangan terbarunya, melalui *The Criminal Procedure (Insanity and Unfitness to Plead) Act 1991* (Undang-Undang Prosedur Pidana (Ketidakwarasan dan Ketidaksehatan untuk Pembelaan) tahun 1991 telah mengubah situasi dengan memperkenalkan pilihan pembedaan yang bervariasi. Ketika menyangkut kejahatan pembunuhan, pengadilan masih *harus* memerintahkan memasukkan (pelaku) ke rumah sakit jiwa, dalam mana terdakwa dapat ditahan untuk jangka waktu yang tidak terbatas. Sementara untuk kejahatan lain, pengadilan dapat memutuskan:

1. Memerintahkan memasukkan kedalam rumah sakit jiwa dan perintah membatasi pelepasan baik untuk waktu tertentu maupun untuk waktu yang tidak terbatas;
2. Perintah pemberian perlindungan berdasarkan Undang-Undang kesehatan 1983 (*The Mental Health Act 1983*);
3. Perintah pemantauan di bawah *Schedule 2* Undang-Undang 1991;
4. Perintah pembebasan mutlak.²⁰³

Hal yang menarik apabila dikaitkan dengan masalah kemampuan bertanggungjawab dalam KUHP Indonesia tampak bahwa mengenai *Insanity* ini identik dengan ketentuan

²⁰³ Catherene Elliot and Frances Quinn, *Criminal Law, Op cit.* Hal. 271

sebagaimana yang diatur dalam Pasal 44 KUHP dan Pasal 34 dan Pasal 35 Konsep KUHP hanya saja dalam Konsep terhadap pelaku yang menderita gangguan jiwa, penyakit jiwa atau retardasi mental tidak dikenal adanya pembebasan mutlak tetapi terhadap pelaku dapat dikenai tindakan (Pasal 34 Konsep KUHP) dan terhadap pelaku yang kurang dapat dipertanggungjawabkan pidananya dikurangi atau dikenakan tindakan (Pasal 35 Konsep KUHP).

c. Automatism

Didalam bukunya Perbandingan Hukum Pidana, **Barda Nawawi Arief**²⁰⁴ mengemukakan *automatism* atau gerak otomatis/tidak terkontrol adalah setiap perbuatan yang timbul karena gerakan otot yang tidak terkontrol, seperti: kekejangan urat (*spasm*), gerak refleks (*reflex action*), sawan (*convulsion*) atau suatu perbuatan yang dilakukan seseorang yang tidak menyadari apa yang ia lakukan, misalnya karena somnambulisme (*sleepwalking*).

Catherine Elliot dan **Frances Quinn** dalam bukunya *Criminal Law* mengemukakan bahwa *automatism* sering disebut sebagai *non-insane automatism* (gerak otomatis non-tidak waras) sebagai lawan dari *insane automatism* (gerak otomatis karena ketidakwarasan sebagai kata lain untuk *insanity*), yang dalam pembelaannya harus dapat dibuktikan tentang perbuatan secara

²⁰⁴ Barda Nawawi Arief, *Perbandingan Hukum Pidana*, Op cit hal. 56

dengan tidak sukarela disebabkan oleh faktor eksternal (diluar diri sipelaku), yaitu ketidakmampuan mengontrol perbuatan harus disebabkan faktor eksternal, seperti misalnya akibat pukulan dikepala dengan menggunakan palu.²⁰⁵

Menurut pendapat penulis, mengenai pengertian *automatism* ini penulis lebih sependapat dengan apa yang dikemukakan oleh **Barda Nawawi Arief** yang senada dengan kasus yang ditangani oleh *Court Appeal* dalam Perkara ***Bratty v Attorney-General for Northern Ireland*** (1963), dimana **Catherine Elliot** dan **Frances Quinn** sendiri mengakui bahwa perbedaan antara *automatism* yg disebabkan oleh faktor eksternal (*non-insane automatism*) dan faktor internal (*insane automatism*) yang disebabkan oleh penyakit ini sebagai sesuatu yang tidak rasional, karena dalam kenyataannya gerak otomatis yang disebabkan oleh faktor internal (*insane automatism*) lebih sering terjadi daripada gerak otomatis yang disebabkan faktor eksternal. Oleh karenanya dalam perkembangannya perbedaan ini dihapus.²⁰⁶

d. Mistake

Barda Nawawi Arief²⁰⁷ didalam bukunya *Perbandingan Hukum Pidana*, mengemukakan ada beberapa syarat untuk dapat diterimanya pembelaan berdasarkan *mistake* atau kesesatan, yaitu:

²⁰⁵ Periksa dalam Catherine Elliot and Frances Quinn, *Criminal Law, Opcit.* hal. 269

²⁰⁶ Ibid hal. 273.

²⁰⁷ Barda Nawawi Arief, *Perbandingan Hukum Pidana, Opcit.*, hal. 50-51.

- a. Kesesatan itu harus sedemikian rupa, sehingga fakta-fakta sebagaimana yang diyakini oleh terdakwa itu menyebabkan tidak adanya *actus reus* atau *mens rea* yang disyaratkan untuk adanya tindak pidana itu.
- b. kesesatan itu harus beralasan (*reasonable*)
- c. kesesatan itu harus mengenai fakta, bukan mengenai hukum.

Senada dengan yang dikemukakan oleh **Barda Nawawi Arief, Catherine Elliot dan Frances Quinn** menyatakan bahwa masalah kesesatan berhubungan dengan dua hal, yaitu: terdakwa tidak mempunyai *mens rea* atau memutuskan apakah seseorang mempunyai pembelaan lain seperti pembelaan terpaksa (*self defence*). Serta kesesatan itu harus mengenai fakta bukan mengenai hukum dan keyakinan bahwa perbuatan itu tidak melanggar hukum tidak cukup sebagai pembelaan.²⁰⁸

Mengenai kesesatan ini dalam KUHP Indonesia tidak dikenal sedangkan dalam Konsep KUHP identik dengan ketentuan dalam Pasal 36 Konsep KUHP.

e. Intoxication

Alasan mabuk dalam hukum Pidana Inggris dibedakan dalam dua macam, yaitu:

1. *Involuntary drunkenness*, yaitu seseorang mabuk disebabkan karena perbuatan orang lain, misalnya karena dipaksa atau

²⁰⁸ Periksa dalam Catherine Elliot and Frances Quinn, *Criminal Law, Op cit.* Hal. 273.

ditipu orang lain untuk minum-minuman yang mengandung banyak alkohol²⁰⁹. Jika hal tersebut dapat dibuktikan, maka alasan mabuk merupakan suatu pembelaan yang mutlak (*a complete defense*)

2. *Voluntary drunkenness*, pada umumnya tidak diakui sebagai pembelaan yang bersifat mutlak, kecuali: dapat dibuktikan bahwa kemabukan yang disengaja itu menghasilkan atau membuat orang terganggu jiwanya atau gila (*insanity*) atau meniadakan setiap kesengajaan atau bentuk-bentuk lain dari *mens rea* yang disyaratkan untuk kejahatan yang dituduhkan.

Mengenai *intoxication* dalam KUHP dan Konsep KUHP, walaupun tidak ditemukan padanannya secara eksplisit, tetapi hemat penulis dapat diidentikkan dengan ketentuan dalam Pasal 44 KUHP atau dalam Pasal 34 dan 35 Konsep KUHP.

f. *Compulsion*

Barda Nawawi Arief²¹⁰ menyebutkan ada empat macam *Compulsion* (tekanan atau paksaan), yaitu:

- a. *Durres per minas (by threats* tekanan/paksaan oleh orang);

Alasan pembelaan ini didasarkan pada dalih, bahwa seseorang tidak mempunyai kebebasan kehendak dalam melakukan perbuatan karena akibat langsung dari adanya

²⁰⁹ dalam perkembangannya menurut Catherine Elliot and Frances Quinn mengenai *intoxication* ini tidak hanya disebabkan oleh karena pengaruh alkohol saja tetapi dapat juga disebabkan karena alkohol dan atau obat-obatan (*alcohol or drugs or combination of two*), Ibid hal. 275.

²¹⁰ Barda Nawawi Arief, perbandingan Hukum Pidana, Opcit hal. 52.

ancaman orang lain. Alasan pembelaan karena tekanan/ancaman merupakan suatu pembelaan yang diakui secara penuh oleh Pengadilan jika benar-benar terbukti. **Catherine Elliot dan Frances Quinn** menyatakan bahwa *Durres* adalah pembelaan yang diterapkan bilamana seseorang melakukan kejahatan karena dalam ancaman kematian (*under a threat of death*) atau kecelakaan yang serius (*serious personal injury*) untuk diri sendiri atau orang lain²¹¹. Oleh karena itu menurut penulis, dari pendapat **Catherine Elliot dan Frances Quinn** tampak bahwa ancaman/paksaan yang terjadi harus merupakan ancaman yang bersifat fisik, karena ancaman yang mengenai harta benda saja dianggap tidak cukup. Mengenai *Durres* ini, tidak dapat dijadikan sebagai *general defence* dalam perkara pembunuhan (*murder*). Jadi mengenai *durres* identik dengan daya paksa (*overmacht*) dalam KUHP Indonesia, tetapi berlakunya lebih terbatas.

b. *Necessity* (keadaan terpaksa), tekanan dari/oleh keadaan²¹²;

Necessity dapat timbul dalam hal seseorang menghadapi pilihan untuk melakukan suatu kejahatan atau membiarkan berlangsungnya suatu kemalangan yang lebih besar dan ia memilih melakukan tindak pidana (kejahatan) itu. Untuk dapat dikatakan ada *Necessity*, perbuatan orang itu harus merupakan kejahatan

²¹¹ Catherine Elliot dan Frances Quinn, *Opcit.* Hal. 290.

²¹² Mengenai *Necessity* dalam hukum Inggris ini, Romli Atmasasmita mengelompokkannya dalam kelompok tersendiri diluar kelompok *Durres*, Romli Atmasasmita, *Perbandingan Hukum Pidana*, *Opcit* hal. 74-75.

atau kemalangan yang lebih kecil (*a lesser evil*) daripada kemalangan yang ingin dihindari dengan melakukan perbuatan itu; serta kemalangan yang lebih besar itu tidak mungkin dihindari selain dengan perbuatan itu atau dengan kata lain *necessity* dapat menjadi suatu bela diri yang bersifat mutlak dalam hal: (a). Kasus *self defence* asal beralasan menurut keadaan tertentu; (b). Untuk mencegah kejahatan dengan kekerasan²¹³.

c. *Obedience to order* (mematuhi perintah), tekanan dari/oleh atasan;

Obedience to order dapat merupakan alasan pembelaan, apabila dengan adanya perintah atasan ini menyebabkan adanya *mistake of fact*, artinya si pelaku merasa yakin bahwa perbuatan yang ia lakukan itu tidak melawan hukum dan keyakinan itu cukup beralasan (*reasonable*). Mengenai *Obedience to order* ini menurut penulis identik dengan ketentuan dalam Pasal 51 ayat (2) KUHP atau identik dengan ketentuan Pasal 39 Konsep KUHP.

d. *Marital coercion* (paksaan dalam perkawinan), tekanan dari pihak suami terhadap istri

Marital coercion berdasarkan *Criminal Justice Act 1925* Pasal 47 menyatakan bahwa: "setiap anggapan hukum bahwa tindak pidana yang dilakukan seorang istri dihadapan (dengan

²¹³ Pendapat dari Barda Nawawi Arief dan Romli Atmasasmita diperbandingkan oleh penulis.

hadirnya) suami berarti dilakukan dibawah paksaan suami, dengan ini dihapuskan.....”

Mengenai *marital coercion* atau alasan daya paksa yang timbul oleh satu pihak yang terikat dalam suatu perkawinan walaupun anggapan menurut common law telah dihapuskan, tetapi pembelaan seperti itu tetap ada, kecuali untuk penghianatan (*treason*) atau pembunuhan berencana (*murder*). *Marital coercion* merupakan bela diri yang lengkap apabila terbukti seorang istri melakukan kejahatan dibawah paksaan suaminya. Mengenai hal ini dalam hukum pidana Inggris yang penting harus ada kesinambungan atau *continuity* dari suatu ancaman yang terus dilakukan selama terjadinya suatu tindak pidana.

g. *Consent of the Victim*

Untuk kejahatan terhadap individual, seperti pada pencurian, adanya persetujuan dari korban dapat digunakan sebagai alasan pembelaan (*defence*). Sedangkan untuk bentuk-bentuk tindak pidana yang mempunyai pengaruh yang luas kepada masyarakat, persetujuan dari orang yang terlibat dalam tindak pidana itu dapat digunakan sebagai alasan penghapus pidana.²¹⁴

Selanjutnya **Barda Nawawi Arief** mengemukakan ada empat syarat untuk mengajukan pembelaan berdasarkan alasan *consent* ini, yaitu:

²¹⁴ Ibid. hal. 61

1. orang yang memberi persetujuan harus orang yang mampu memberikan persetujuan;
2. tindak pidana yang dilakukan harus merupakan jenis tindak pidana yang memang persetujuan dapat diberikan (merupakan *consentable crime*);
3. persetujuan itu tidak dapat diperoleh karena penipuan atau ancaman;
4. persetujuan itu harus diberikan oleh orang yang mempunyai kewenangan untuk menyetujui;

Catherine Elliot dan Frances Quinn menambahkan bahwa selain keempat hal di atas, maka persetujuan itu harus bersifat otentik, artinya korban mengetahui secara pasti sifat dasar dan kualitas perbuatan yang dilakukan oleh pembela (terdakwa) sehingga korban menyetujuinya. Tetapi *consent* ini tidak berlaku bagi *euthanasia* (*euthanasia* muncul ketika seseorang setuju untuk mengambil nyawa seseorang/pasien yang sakit parah yang tidak bisa disembuhkan atau dalam kesakitan yang amat sangat, sehingga kematian dianggap merupakan jalan terbaik bagi korban).²¹⁵

²¹⁵ disarikan dari pendapat Catherine Elliot dan Frances Quinn, *Opcit.* hal. 309-311.

3. Formulasi Alasan Penghapus Pidana Dalam KUHP Nasional di Masa Depan

Pembaharuan hukum pidana dalam arti luas meliputi tiga hal pokok, yaitu: pembaharuan peraturan-peraturan hukum pidana atau sering disebut sebagai pembaharuan hukum pidana material/substantif, pembaharuan prosedur hukum pidana atau hukum pidana formal/hukum acara pidana dan pembaharuan hukum pelaksanaan pidana. Dalam pelaksanaan pembaharuan hukum pidana, maka ketiga bidang itu seyogyanya harus secara bersama-sama diperbaharui, karena apabila hanya salah satu bidang saja yang diperbaharui, akan menimbulkan kesulitan didalam pelaksanaannya, sehingga tujuan utama dari pembaharuan hukum pidana, yaitu penanggulangan kejahatan, tidak akan dapat dicapai secara maksimal.

Makna dan hakekat dari pembaharuan hukum pidana menurut **Barda Nawawi Arief** mengandung suatu upaya untuk melakukan reorientasi dan reformasi hukum pidana yang sesuai dengan nilai-nilai sentral sosio-politik, sosio-filosofik dan sosio-kultural masyarakat Indonesia yang melandasi kebijakan sosial, kebijakan kriminal dan kebijakan penegakan hukum di Indonesia.²¹⁶

Lebih lanjut beliau menyatakan bahwa secara singkat dapat dikatakan bahwa pembaharuan hukum pidana pada

²¹⁶ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan..*, Opcit hal 30.

hakekatnya harus ditempuh dengan pendekatan yang berorientasi pada kebijakan (*policy-oriented approach*) dan sekaligus pendekatan yang berorientasi pada nilai (*value-oriented approach*). Oleh karenanya Pembaharuan hukum pidana harus dilakukan dengan pendekatan kebijakan, karena memang pada hakikatnya pembaharuan hukum pidana hanya merupakan bagian dari suatu langkah kebijakan atau "*policy*"²¹⁷ pada umumnya dan khususnya bagian dari politik hukum pidana.

Berkaitan dengan pembaharuan hukum pidana material/ substantif, maka pembaharuan KUHP merupakan bagian dari pembaharuan hukum pidana material tersebut. Oleh karenanya menurut penulis, hakekat pembaharuan hukum pidana secara material berpusat pada pembaharuan KUHP karena KUHP merupakan kodifikasi hukum pidana. Selain itu KUHP memuat ketentuan-ketentuan umum yang juga berlaku untuk tindak pidana yang dirumuskan dalam peraturan-peraturan pidana di luar KUHP, kecuali ditentukan lain dalam peraturan perundang-undangan tersebut.

Sebagaimana pembahasan pada bagian sebelumnya, penulis telah jelaskan bahwa pada hakekatnya alasan penghapusan pidana merupakan salah satu bentuk keadaan khusus yang

²¹⁷. Lebih lanjut Barda Nawawi Arief mengemukakan bahwa termasuk dalam pengertian *Policy* yaitu bagian dari politik/penegakan hukum, politik hukum pidana, politik kriminal dan politik sosial. Dimana dalam setiap kebijakan (*policy*) terkandung pula pertimbangan nilai. Lihat dalam Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan.., Ibid* hal 31.

diharus dikemukakan oleh terdakwa sebagai pembelaan terhadap tindak pidana yang dilakukannya yang telah memenuhi rumusan delik, sehingga apabila dapat menimbulkan keyakinan pada hakim, maka dirinya dapat dibebaskan dari pidana yang seharusnya dikenakan padanya atau secara singkat dapat dirumuskan sebagai alasan-alasan yang memungkinkan seseorang yang melakukan perbuatan yang memenuhi rumusan tindak pidana, tetapi tidak dapat dipidana. Dan juga penulis telah jelaskan mengenai alasan penghapus pidana diberbagai negara, maka pada bagian ini penulis mencoba merumuskan suatu formulasi alasan penghapus pidana dimasa depan sebagai hasil perbandingan antara Konsep KUHP dengan KUHP yang sekarang berlaku dan pengaturan alasan penghapus pidana dinegara lainnya.

Dalam Konsep KUHP, adanya pemisahan secara tegas antara alasan pemaaf dengan alasan pembenar mengenai alasan penghapus pidana yang selama ini tidak dikenal dalam KUHP (*W.v.S*), didasarkan pada pokok pemikiran:

- KUHP yang direncanakan bertolak dari ide pemikiran keseimbangan mono-dualistik, dalam arti memperhatikan keseimbangan dua kepentingan antara kepentingan masyarakat dan kepentingan individu;
- Bertolak dari prinsip keseimbangan mono-dualistik tersebut, Konsep KUHP mempertahankan dan merumuskan secara

eksplisit didalam pasal 1 dan Pasal 35 tentang dua asas fundamental dalam hukum pidana, yaitu asas legalitas dan asas kesalahan/culpabilitas.²¹⁸

Sehubungan dengan pandangan mono-dualistik ini maka dikenal istilah "*daad-dader strafrecht*" yaitu hukum pidana yang memperhatikan segi-segi objektif dari "perbuatan" (*daad*) dan juga segi-segi subjektif dari "orang/pembuat" (*dader*). Yang apabila dikaitkan pemisahan secara tegas dari alasan penghapus pidana menjadi alasan pemaaf dan alasan pembenar, menurut penulis maka tampak dalam Konsep telah mengakomodir dua asas yang paling fundamental dalam hukum pidana yaitu *asas kemasyarakatan* (sering disebut sebagai *asas legalitas*) dan *asas kemanusiaan* yang dikenal sebagai *asas culpabilitas* atau *asas kesalahan*. Pengakomodiran dari kedua asas ini didalam Konsep KUHP tampak pada diperluasnya perumusan asas legalitas dibandingkan dengan KUHP yang sekarang berlaku, dimana didalam Konsep KUHP memperluas perumusannya dengan mengakui eksistensi berlakunya hukum yang hidup (hukum tidak tertulis/hukum adat) sebagai dasar patut dipidanya suatu perbuatan sepanjang perbuatan itu tidak ada persamaannya atau tidak diatur dalam undang-undang.²¹⁹

²¹⁸ Ibid. hal. 107-108.

²¹⁹ Periksa juga dalam Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan.....*, Ibid hal.108-109.

Dari diakomodirnya keseimbangan mono-dualistik tersebut tampak bahwa pertanggungjawaban pidana berdasarkan kesalahan terutama dibatasi pada perbuatan yang dilakukan dengan sengaja (*dolus*), walaupun unsur sengaja tidak dirumuskan secara eksplisit dalam perumusan tindak pidana, hal ini dikarenakan menurut Konsep KUHP "*sengaja*" pada dasarnya adalah unsur pertanggungjawaban pidana. Dapat dipidanya delik kealpaan (*culpa*) hanya bersifat perkecualian (eksepsional) apabila secara tegas ditentukan oleh undang-undang.

Dari uraian di atas berkaitan dengan Kriteria kemampuan bertanggung jawab sebagaimana dirumuskan dalam Pasal 34-35 Konsep KUHP Tahun 1999/2000, yaitu : orang-orang yang menderita gangguan jiwa atau berpenyakit jiwa atau mempunyai retardasi mental, hendaknya juga diperluas dengan memasukkan ketentuan mengenai kemabukan dan keracunan yang tidak disengaja akibat pengaruh obat-obatan/narkotika atau alkohol yang disebabkan oleh perbuatan orang.

Hal ini penulis kemukakan karena dalam perkembangan kejahatan saat ini, banyak peristiwa kejahatan dimana seseorang tanpa sepengetahuan dirinya ataupun secara sengaja dipaksa oleh orang lain untuk meminum-minuman keras atau obat-obatan terlarang, menyebabkan kesadaran dirinya terganggu untuk sementara waktu dan diluar kesadarannya melakukan suatu tindak

pidana, kemabukan yang tidak disengaja ini menurut penulis dapat dijadikan sebagai alasan pembelaan dari pelaku terhadap ancaman pidana yang dituduhkan kepadanya.

Disamping itu dengan dicantulkannya dalam rumusan pasal mengenai kemabukan atau keracunan yang tidak disengaja, menurut penulis telah mengakomodir makna dari asas kesalahan atau asas culpabilitas bahwa pertanggungjawaban pidana dalam arti pemberian pidana, hanya dapat dikenakan kepada orang-orang yang benar-benar mempunyai kesalahan atas perbuatan yang dilakukannya. Oleh karenanya pelaku tindak pidana yang diakibatkan karena kemabukan/keracunan yang tidak disengaja dapat dibebaskan dari ancaman hukuman yang mungkin menimpanya.

Demikian juga halnya berkaitan dengan ketentuan mengenai asas kesalahan atau asas culpabilitas (tidak adanya kesalahan berdasarkan asas "tiada pidana tanpa kesalahan"), telah terjadi perubahan perumusan dari semula dalam Konsep KUHP tahun 1991/1992 dalam Pasal 35 berbunyi:

"tiada pidana tanpa kesalahan adalah asas fundamental dalam mempertanggungjawabkan pembuat karena telah melakukan tindak pidana"

Akan tetapi perumusan tersebut mengalami perubahan menjadi " tidak seorangpun dapat dipidana tanpa kesalahan" sebagaimana disebutkan dalam Pasal 32 ayat (1) Konsep KUHP

1999/2000. Hemat penulis rumusan yang terdapat dalam Konsep KUHP 1991/1992 seyogyanya tidak perlu mengalami penyederhanaan, dikarenakan perumusannya lebih bersifat eksplisit/ dirumuskan secara lebih tegas sehingga menunjukkan suatu hal/aspek baru dalam pertanggungjawaban pembuat karena telah melakukan tindak pidana.

Disamping itu dengan dicantumkan dalam rumusan pasal mengenai pengakuan asas kesalahan, sebagai suatu asas yang fundamental menurut **Barda Nawawi Arief**, mengandung makna bahwa pertanggungjawaban pidana dalam arti pemberian pidana, hanya dapat dikenakan kepada orang-orang yang benar-benar mempunyai kesalahan atas perbuatan yang dilakukannya. Dengan perkataan lain, pertanggungjawaban pidana hanya dikenakan kepada seseorang yang melakukan tindak pidana, apabila perbuatannya itu didukung oleh sikap batin jahat atau tercela (*mens rea* atau *guilty mind*).²²⁰

Hal lain adalah dalam ketentuan Pasal 37 Konsep KUHP mengenai daya paksa, yang perumusan pasal mengenai daya paksa ini masih sama dengan perumusan dalam KUHP yang sekarang berlaku, sehingga tidaklah cukup untuk menggambarkan arti yang sebenarnya, walaupun dengan adanya rumusan atau batasan mengenai daya paksa tidak menjamin bahwa dengan

²²⁰ Barda Nawawi Arief, *Hukum Pidana I, Opcit*, hal.63-64.

rumusan itu akan tercakup pengertian yang sempurna tentang daya paksa, tetapi setidaknya ada sedikit pegangan didalam kita mempelajarinya atau bagi hakim mempunyai rumusan yang baku didalam menjatuhkan suatu putusan nantinya, dikarenakan sebagaimana diketahui suatu daya paksa itu dapat terjadi karena tekanan psikis dan juga tekanan fisik sehingga ada hubungan *causa* yang sangat erat antara paksaan (fisik atau psikis) terhadap perbuatan yang dilakukan.

Demikian juga berkaitan dengan batas usia pertanggung jawaban pidana anak, penulis menemukan tidak adanya kesesuaian antara batas usia pertanggungjawaban pidana anak menurut Undang-undang No. 3 tahun 1997 tentang Pengadilan Anak dengan pengaturan batas usia pertanggungjawaban pidana anak menurut Konsep KUHP.

Didalam rumusan Pasal 4 ayat (1) dan Pasal 5 Undang-undang No. 3 tahun 1997 tentang Pengadilan Anak menyatakan:

- Pasal 4:

- (1) batasan anak nakal yang dapat diajukan ke Sidang Anak adalah sekurang-kurangnya 8 (delapan) tahun tetapi belum mencapai umur 18 (delapan belas) tahun dan belum pernah kawin.
- (2) dalam hal anak melakukan tindak pidana pada batas umur sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dan diajukan kesidang pengadilan setelah anak yang bersangkutan melampaui batas umur tersebut, tetapi belum mencapai umur 21 (dua puluh satu) tahun, tetap diajukan kesidang anak.

- Pasal 5:

- (1) dalam hal anak belum mencapai umur 8 (delapan) tahun melakukan atau diduga melakukan tindak pidana, maka terhadap anak tersebut dapat dilakukan pemeriksaan oleh penyidik.
- (2) apabila menurut hasil pemeriksaan, penyidik berpendapat bahwa anak sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) masih dapat dibina oleh orang tua, wali, atau orang tua asuhnya, penyidik menyerahkan kembali anak tersebut kepada orang tua, wali atau orang tua asuhnya.
- (3) apabila menurut hasil pemeriksaan, penyidik berpendapat bahwa anak sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) tidak dapat dibina lagi oleh orang tua, wali, atau orang tua asuhnya, penyidik menyerahkan anak tersebut kepada Departemen sosial setelah mendengar pertimbangan dari pembimbing kemasyarakatan.

Sedangkan dalam Konsep KUHP sebagaimana telah dijelaskan sebelumnya, pengaturannya diatur dalam Pasal 106 Konsep KUHP, yang menyebutkan:

Pasal 106:

- (1) Anak yang belum mencapai umur 12 (dua belas) tahun melakukan tindak pidana tidak dapat dipertanggungjawabkan.
- (2) Pidana dan tindakan bagi anak hanya berlaku bagi orang yang berumur antara 12 (duabelas) tahun dan 18 (delapan belas) tahun yang melakukan tindak pidana.

Dari bunyi dua ketentuan di atas tampak bahwa disatu sisi, menurut Undang-undang No. 3 tahun 1997, batas usia seorang anak yang tidak dikenai pidana dan tidak dimajukan kesidang anak adalah belum mencapai usia 8 (delapan) tahun, sedangkan bagi anak yang telah berusia 8 tahun tetapi dibawah 12 tahun terhadapnya dimajukan kesidang anak tetapi tidak dikenai pidana hanya diberikan sanksi tindakan sebagaimana diatur dalam Pasal 26 ayat (3) dan ayat (4) dari Undang-undang No. 3 tahun 1997.,

Tetapi di lain pihak, Konsep KUHP dalam Pasal 106 menyatakan bahwa batas usia seorang anak yang tidak dikenai pidana adalah belum mencapai usia 12 (dua belas) tahun.²²¹

Terhadap permasalahan ini apabila penulis bandingkan dengan ketentuan dalam KUHP asing lainnya, misalnya KUHP India dalam *Section* 83 memberikan batasan usia di atas 7 tahun dan dibawah 12 tahun, sedangkan dalam KUHP Republik Federal Jerman dalam *Section* 19 memberikan batasan usia dibawah 14 tahun, sedangkan menurut hukum pidana Inggris memberikan batasan usia di atas 10 tahun tetapi dibawah 14 tahun, dari perbandingan tersebut tampak bahwa dalam Konsep KUHP lebih relevan dibandingkan batas usia pertanggungjawaban yang diatur oleh Undang-undang No. 3 tahun 1997 tentang Pengadilan Anak.

Selain itu berkaitan dengan jenis-jenis (ruang lingkup) alasan penghapus pidana berdasarkan perbandingan yang telah penulis lakukan, terdapat beberapa hal mengenai Jenis-jenis Alasan Penghapus Pidana di negara lain yang tidak ditemukan pengaturannya secara tegas dalam Konsep KUHP, yang dapat penulis uraikan dalam tabel sebagai berikut:

²²¹ Barda Nawawi Arief, didalam bukunya, *Beberapa Masalah Perbandingan Hukum Pidana, Op cit.* Hal. 104, menyayangkan bahwa batas usia pertanggungjawaban pidana anak dalam UU No. 3 tahun 1997 tidak dirumuskan secara eksplisit dalam UU, tetapi hanya dalam penjelasan umum, beliau menyatakan bahwa didalam Penjelasan Umum dari UU No. 3 tahun 1997, dikemukakan bahwa anak berusia 8-12 tahun hanya dikenai tindakan, sedangkan yang berusia 12-18 tahun, dijatuhi pidana. Jadi anak dibawah usia 12 tahun tidak dipidana.

Tabel : Pengaturan Alasan Penghapus Pidana dalam KUHP Asing/Negara Lain yang tidak diatur Dalam Konsep KUHP

No.	Negara	Ruang Lingkup Alasan Penghapus Pidana yang tidak diatur Dalam Konsep KUHP
1.	India	<ol style="list-style-type: none"> 1. Prinsip <i>doli Incapax</i> (Section 83); 2. <i>Intoxication</i> atau kemabukan (Section 85) 3. <i>Medical Doctor</i> (Section 88); 4. Perbuatan dari orangtua/wali untuk mewakili kepentingan anaknya/orang yang tidak sehat pikirannya (Section 89); 5. Perbuatan yang dilakukan dengan jujur untuk kepentingan seseorang tanpa ijin (Section 92); 6. Komunikasi yang diadakan dengan jujur (Section 93); 7. Perbuatan yang menimbulkan cedera ringan (Section 95); 8. Jenis-jenis kejahatan yang menimbulkan pembelaan terpaksa (Section 97).
2.	Republik Federal Jerman	Tidak ditemukan jenis-jenis alasan penghapus pidana yang secara spesifik berbeda dengan Konsep KUHP.
3.	Inggris	<ol style="list-style-type: none"> 1. <i>Intoxication</i> (Kemabukan); 2. <i>Marital Coercion</i>; 3. <i>Consent of victim</i>.

Berdasarkan Tabel di atas, penulis berpendapat secara garis besar ada tiga jenis alasan penghapus pidana dari perbandingan dengan negara lain yang layak untuk dipertimbangkan agar dapat dimasukkan kedalam rancangan Konsep KUHP, yaitu:

1. mengenai tindakan yang dilakukan oleh orang tua/wali untuk mewakili kepentingan anaknya/orang yang tidak sehat pikirannya, sebagaimana dikemukakan dalam *Section 89* dari KUHP India.

2. mengenai perbuatan yang dilakukan dengan jujur untuk kepentingan seseorang tanpa izin dari korban (*Section 92 KUHP India*)
3. mengenai *Intoxication* (keracunan/kemabukan), dalam KUHP India dan hukum pidana Inggris.

Ketentuan sebagaimana disebutkan dalam point 1 dan 2 menurut hemat penulis merupakan ketentuan yang sejenis, oleh karenanya dapat dirumuskan dalam satu ketentuan dalam Konsep KUHP nantinya. Sedangkan mengenai *Intoxication*, mengenai perumusannya seperti penulis telah kemukakan sebelumnya, dapat dimasukkan kedalam perumusan Pasal 34-35 mengenai kemampuan bertanggung jawab.

Adapun mengenai perbedaan lainnya seperti, *consent of victim* dalam hukum Inggris, ataupun mengenai *medical doctor* sebagaimana diatur dalam *Section 88 KUHP India*, hemat penulis tidak memerlukan perumusan secara tegas dalam Konsep KUHP, karena selama ini keduanya dalam hukum pidana Indonesia telah dikategorikan sebagai alasan penghapus pidana di luar undang-undang.²²²

²²² Sudarto menggolongkan *medical doctor* sebagai hak yang timbul dari pekerjaan (*beroepsrecht*), disisi lain Bambang Purnomo menganggap *consent of victim* sebagai *toestemming* (persetujuan antara pihak), dengan mengambil contoh ketentuan dalam Pasal 406 KUHP tidak dapat dilakukan penuntutan sepanjang mendapat persetujuan pemilik. Periksa dalam Sudarto, Hukum Pidana I, Opcit, hal. 155, diperbandingkan dengan pendapat Bambang Purnomo, Asas-Asas Hukum Pidana, Ghalia Indonesia, 1994, hal. 204.

Dari semua yang telah diuraikan secara keseluruhan di atas, diperoleh kesimpulan bahwa secara garis besar formulasi alasan penghapus pidana dalam KUHP Nasional dimasa depan sebagaimana yang kini tertuang dalam rancangan Konsep KUHP telah sesuai dengan ide dasar mengenai penyusunan KUHP Nasional yang mencerminkan nilai-nilai yang selama ini berkembang dalam masyarakat Indonesia dan tujuan pembentukan hukum pidana yang integratif.

Akan tetapi penulis menemukan masih terdapat beberapa ketentuan yang seyogyanya dapat dirumuskan secara lebih baik sebagaimana telah penulis uraikan sebelumnya, berkaitan dengan ketentuan-ketentuan tersebut penulis mengajukan usulan perumusan sebagai berikut:

1. terhadap ketentuan Pasal 34-35 Konsep KUHP, sebaiknya didalam perumusannya dimasukkan mengenai kemabukan/keracunan yang tidak disengaja yang mengakibatkan kehilangan kesadaran sementara terhadap diri sipelaku/pembuat, sehingga rumusan Pasal 34-35 tersebut menjadi:

Pasal 34 :

“Setiap orang yang pada waktu melakukan tindak pidana menderita gangguan jiwa, penyakit jiwa atau retardasi mental, atau mengalami kemabukan/keracunan yang tidak disengaja, tidak dapat dipertanggungjawabkan dan dijatuhi pidana, tetapi dapat dikenakan tindakan.”

Pasal 35:

“Setiap orang yang pada waktu melakukan tindak pidana kurang dapat dipertanggungjawabkan karena menderita gangguan jiwa, penyakit jiwa atau retardasi mental, atau mengalami kemabukan/keracunan yang tidak disengaja, pidananya dapat dikurangi atau dikenakan tindakan.”

2. Dalam ketentuan Pasal 32 ayat (1) yang memuat rumusan asas tiada pidana tanpa kesalahan, seyogyanya didalam perumusan pasal tersebut tidak dipersingkat dan tetap mengacu pada rumusan sebagaimana dalam perumusan Konsep KUHP tahun 1991/1992 Pasal 35, yang perumusannya menurut hemat penulis lebih lengkap dan tegas.
3. Agar mengenai perumusan dalam Pasal 37 Konsep KUHP mengenai daya paksa diberikan perumusan yang lebih lengkap dan terinci, sehingga didapat arti yang jelas mengenai pengertian dari daya paksa itu. Sebagaimana diketahui, perumusan daya paksa menurut Pasal 37 Konsep KUHP sama dengan perumusan daya paksa menurut Pasal 48 KUHP (W.v.S). Diakui oleh Tim Perumus Konsep KUHP, dalam penjelasan Pasal 42, bahwa secara teoritis antara pengertian daya paksa dan keadaan darurat ada yang tumpang tindih dan dalam praktek sulit untuk dibedakan dan dipisahkan.²²³ Untuk itu penulis mengajukan usulan perumusan berupa:

“tidak dipidana, setiap orang yang melakukan tindak pidana karena pengaruh daya paksa yang tidak dapat ia hindari atau ia lawan berdasarkan tekanan kejiwaan dari luar.”

²²³ Direktorat Perundang-undangan, Dirjenkundang, *Penjelasan RUU KUHP*, Op.cit hal.30.

Perumusan ini penulis kemukakan agar didalam praktek dapat dibedakan dengan jelas antara perumusan mengenai daya paksa dan perumusan mengenai keadaan darurat, dimana dalam keadaan darurat unsur psikis (tekanan dari luar) bukan merupakan pertimbangan utama dikarenakan dalam keadaan darurat, pelaku lebih mengutamakan kepentingan hukum.

4. dari hasil perbandingan ruang lingkup alasan penghapus pidana di negara asing yang telah penulis lakukan, penulis mencoba memberikan perumusan berkaitan dengan perbuatan tanpa izin yang dilakukan oleh orang tua/wali atau orang lain guna kepentingan anaknya/korban, yaitu:

“Tidak dipidana, orang tua atau wali atau setiap orang yang karena jabatannya tanpa izin melakukan suatu perbuatan untuk kepentingan anaknya atau orang yang tidak sehat pikirannya, kecuali ditentukan lain oleh undang-undang.”

Dari semua yang telah diuraikan secara keseluruhan di atas, tampak bahwa kebijakan formulasi alasan penghapus pidana sebagaimana diatur dalam Konsep KUHP tahun 1999/2000 telah mencerminkan suatu Konsep KUHP yang diarahkan pada perlindungan masyarakat dan didalamnya terpenuhi unsur-unsur yang bersifat:

1. Kemanusiaan, yang menjunjung tinggi harkat dan martabat seseorang;
2. Edukatif, bahwa didalam konsep pembedaannya mampu membuat orang sadar sepenuhnya atas perbuatan yang

dilakukan dan menyebabkan ia mempunyai sikap jiwa yang positif dan konstruktif dalam penanggulangan kejahatan.

3. Keadilan, dalam arti bahwa pembedaan tersebut dirasakan adil (baik oleh terdakwa maupun oleh korban ataupun oleh masyarakat)

BAB IV

PENUTUP

A. KESIMPULAN

Berdasarkan hasil penelitian dan pembahasan terhadap dua pokok permasalahan, yaitu: 1) apakah kebijakan formulasi alasan penghapus pidana saat ini telah menunjang pembaharuan hukum pidana di Indonesia, dan 2) bagaimanakah kebijakan formulasi alasan penghapus pidana dimasa mendatang dalam rangka pembaharuan hukum pidana di Indonesia, maka penulis berkesimpulan:

Dari permasalahan pertama, diperoleh kesimpulan sebagai berikut:

1. Kebijakan formulasi alasan penghapus pidana dalam hukum positif Indonesia, belum sepenuhnya menunjang pembaharuan hukum pidana di Indonesia. Khususnya dalam KUHP yang sekarang berlaku belum secara tegas diatur mengenai ruang lingkup pembagian alasan penghapus pidana ke dalam alasan pembeda atau alasan pemaaf, sehingga timbul beragam penafsiran alasan penghapus pidana itu sendiri.
2. Karena tidak jelasnya istilah yang dipakai dalam KUHP, di dalam praktek kadangkala sulit membedakan antara alasan penghapus pidana dan alasan penghapus penuntutan.

3. Dalam perundang-undangan di luar KUHP ada alasan penghapus pidana khusus, walaupun tidak dirumuskan secara tegas, yaitu:
 - a. Dalam Undang-Undang No. 3 tahun 1997, secara implisit termuat dalam Pasal 25 ayat (2) dan Pasal 26 ayat (3) dan ayat (4), bahwa anak nakal yang belum mencapai usia 12 tahun melakukan tindak pidana/melakukan perbuatan terlarang bagi anak, tidak dipidana.
 - b. Dalam Undang-Undang No. 31 tahun 1999 jo. Undang-undang No. 20 Tahun 2001 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, Pasal 12C secara singkat menyatakan ketentuan mengenai gratifikasi tidak berlaku, jika penerima melaporkan gratifikasi yang diterimanya paling lambat 30 hari sejak tanggal gratifikasi diterima.

Dari permasalahan kedua, diperoleh kesimpulan sebagai berikut:

1. Kebijakan formulasi alasan penghapus pidana Indonesia di masa datang yang tertuang dalam Konsep KUHP telah mencerminkan suatu konsep pembentukan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana yang sesuai dengan ide dasar dari tujuan pemidanaan yang integratif yang tidak saja mencakup perlindungan terhadap masyarakat, tetapi juga terhadap pelaku dan korban itu sendiri. Hal ini tampak dari adanya pengaturan secara tegas mengenai alasan

pemaaf dan alasan pembenar serta dengan dirumuskannya secara tegas beberapa hal baru sebagai alasan penghapus pidana, yaitu:

- a. Keadaan darurat (Pasal 42 Konsep KUHP);
 - b. tidak adanya sifat melawan hukum secara material, diatur dalam Pasal 15 jo. Pasal 16 Konsep KUHP;
 - c. kesesatan, baik berupa "*error facti*" maupun "*error iuris*";
 - d. tidak adanya kesalahan sama sekali;
 - e. anak dibawah umur.
2. Sebagai upaya pembaharuan hukum pidana di Indonesia, kebijakan formulasi alasan penghapus pidana Indonesia dimasa yang akan datang, yang tertuang dalam Konsep KUHP, seyogyanya memperhatikan hal-hal sebagai berikut:
- a. Agar perumusan dalam Pasal 37 Konsep KUHP mengenai daya paksa diberikan perumusan yang lebih lengkap dan terinci, sehingga didapat arti yang jelas mengenai pengertian dari daya paksa itu, karena perumusan daya paksa menurut Pasal 37 Konsep KUHP sama dengan perumusan daya paksa menurut Pasal 48 KUHP (*W.v.S*).
 - b. Dari Kajian perbandingan mengenai alasan penghapus pidana antara Konsep KUHP dan KUHP Negara Asing, hendaknya formulasi alasan penghapus pidana dalam Konsep KUHP mengenai perumusan pasal yang berhubungan dengan sifat melawan hukum materiil dapat dirinci perumusannya secara lebih konkrit.

B. SARAN

1. Pengaturan mengenai alasan penghapus pidana hendaknya, tidak hanya terbatas kepada alasan penghapus pidana yang tertuang di dalam perundang-undangan saja, tetapi juga dapat mengakomodir alasan penghapus pidana yang tertuang dalam hukum yang tidak tertulis atau hukum yang hidup dimasyarakat, hal ini sejalan dengan pemikiran asas legalitas dalam Konsep KUHP, yang memperluas perumusannya dengan mengakui eksistensi berlakunya hukum yang hidup (hukum tidak tertulis/hukum adat) sebagai dasar patut dipidananya suatu perbuatan.
2. Kriteria mengenai orang-orang tertentu yang dianggap atau kurang mampu untuk bertanggungjawab sebagaimana diatur dalam Pasal 34-35 Konsep KUHP Nasional Tahun 1999/2000, yaitu: orang-orang yang menderita gangguan jiwa atau berpenyakit jiwa atau mempunyai retardasi mental, hendaknya juga diperluas dengan memasukan ketentuan mengenai keracunan dan kemabukan akibat pengaruh obat-obatan/narkotika atau alkohol yang disebabkan oleh perbuatan orang lain, mengingat peristiwa tersebut bukan tidak mungkin terjadi pada saat sekarang ini.
3. Dari hasil kajian perbandingan mengenai alasan penghapus pidana dengan KUHP Asing, hendaknya juga dirumuskan mengenai perbuatan tanpa izin yang dilakukan oleh orangtua/wali atau orang lain yang karena jabatannya guna kepentingan anaknya/korban.

Daftar Pustaka

- Arief, Barda Nawawi, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1996.
- , *Kebijakan Legislatif dalam Penanggulangan Kejahatan dengan Pidana Penjara*, Badan Penerbit Undip, Semarang, Cetakan ke III, 2000.
- , *Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan Pengembangan Hukum Pidana*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1998.
- , *Kebijaksanaan Legislatif Dalam Penanggulangan Kejahatan Pidana Penjara*, Badan Penerbit UNDIP, Semarang, 2000.
- , *Sari Kuliah Perbandingan Hukum Pidana*, Rajawali Pers, Jakarta, 2002.
- , *Beberapa Masalah Perbandingan Hukum Pidana*, Rajawali Pers, Jakarta, 2003.
- , *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2003.
- , *Masalah Penegakan Hukum & Kebijakan Penanggulangan Kejahatan*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2001.
- , *Sari Kuliah Hukum Pidana II*, Badan Penyediaan Bahan Kuliah FH Undip, Semarang, 1993.
- , *Pelengkap Bahan Kuliah Hukum Pidana I*, Yayasan Sudarto d/a FH Undip, Semarang, 1990
- Abidin, Andi Zaenal, *Asas-Asas Hukum Pidana Bagian Pertama*, Alumni, Bandung, 1987.
- Abidin, Andi Zaenal & Hamzah Andi, *Bentuk-Bentuk Khusus Perwujudan Delik dan Hukum Penitensier*, Sumber Ilmu Jaya, Jakarta, 2002.

- Atmasasmita, Romli**, *Perbandingan Hukum Pidana*, Mandar Maju, Bandung, 2000.
- , *Kapita Selekta Hukum Pidana dan Kriminologi*, Mandar Maju, Bandung 1995.
- , *Strategi Pembinaan Pelanggar Hukum dalam Konteks Penegakan Hukum di Indonesia*, Alumni, Bandung, 1982.
- , *Asas Asas Perbandingan Hukum Pidana*, yayasan Lembaga Bantuan Hukum Indonesia, Jakarta, 1989.
- , *Sistem Peradilan Pidana, Perspektif Eksistensialisme dan Abolisionisme*, Putra Abadi, Bandung, 1996.
- Budiarjo, Mirian**, *Dasar-Dasar Ilmu Politik*, Gramedia, Jakarta, 1991.
- Budiarti**, *Masalah Peradilan Anak di Indonesia*, Makalah, Seminar Masalah Hukum Perlindungan Anak, BPHN, Jakarta, 1993
- Charles O. Jones**, *Pengantar Kebijakan Publik*, Grafindo, Jakarta.
- Amirin, Tatang M.**, *Menyusun Rencana Penelitian*, Rajawali, Jakarta, 1986
- Chazawi, Adami**, *Pelajaran Hukum Pidana Bagian I (Stelsel Pidana, Tindak Pidana, Teori-Teori Pemidanaan & Batas Berlakunya Hukum Pidana)*, RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2002.
- , *Pelajaran Hukum Pidana Bagian II (Penafsiran Hukum Pidana, Dasar Peniadaan, Pemberatan & Peringatan Pidana, Kejahatan Aduan, Perbarengan & Ajaran Kausalitas)*, RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2002.
- , *Kejahatan Terhadap Tubuh dan Nyawa*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2001.
- Elliot, Catherine and Quinn, Frances**, *Criminal Law, Fourth Edition*, Pearson Education, British Library, 2002.
- Effendi, Rusli & Farid Abidin ZA**, *Masalah Kriminalisasi dan Dekriminalisasi dalam Rangka Pembaharuan Hukum Pidana*, BPHN-Depkeh, Jakarta, 1980
- Hamzah, Andi**, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Rineka Cipta, Jakarta, 1994.

- , *Sistem Pidana dan Pemidanaan di Indonesia*, Pradnya Paramita, Jakarta, 1993.
- , *Perbandingan Hukum Pidana Beberapa Negara*, Sinar Grafika, Jakarta, 1995.
- , *Sistem Pidana dan Pemidanaan Indonesia, dari Retribusi ke Reformasi*, Pradnya Paramita, Jakarta 1986.
- , *Perbandingan Hukum Pidana di Beberapa Negara*, Sinar Grafika, Jakarta, 1995.
- Hadisuprpto, Paulus**, *Pemberian Malu Reintegratif sebagai sarana Non Penal Penanggulangan Perilaku Delikueni Anak (Studi Kasus Di Semarang dan Surakarta)*, Disertasi, UNDIP, Semarang, 2003.
- Hartono, Sunaryati**, *Penelitian Hukum di Indonesia Pada Akhir Abad ke-20*, Alumni, Bandung, 1994.
- , *Politik Hukum Menuju Satu Sistem Hukum Nasional*, Alumni, Bandung, 1991.
- , *Asas-Asas Hukum dalam Pembentukan Peraturan perundang-undangan*, Majalah Hukum Nasional, BPHN, Jakarta, 1988.
- Jonkers, J.E.**, *Buku Pedoman Hukum Pidana Hindia Belanda*, Bina Aksara, Jakarta, 1987
- Kontjaraningrat**, *Metode-Metode Penelitian Masyarakat*, Gramedia Jakarta, 1991.
- Kartanegara, Satochid**, *Hukum Pidana I, Kumpulan Kuliah*, Balai Lektor Mahasiswa, tt.
- Kanter, EY & Sianturi**, *Asas-Asas Hukum Pidana dan Penerapannya*, Alumni AHM-PTHM, Jakarta, 1982
- Lokollo, J.E.**, *Pidana Denda Dalam KUHP Baru, Lokakarya Bab-bab Kodifikasi Hukum Pidana Tentang Sanksi Pidana*, BPHN, Jakarta 1986.
- Loqman, Loebby**, *Pidana dan Pemidanaan*, datacom, Jakarta, 2002

- Lamintang, P.A.F.**, *Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1997.
- , *Hukum Penitensier Indonesia*, Armico, Bandung, 1984.
- Moeljatno**, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Rineka Cipta, Jakarta, 1993.
- , *Kitab Undang-undang Hukum Pidana*, Bina Aksara, Yogyakarta, 1985.
- , *Membangun Hukum Pidana*, Bina Aksara, Jakarta, 1985
- Muladi**, *Kapita Selekta Sistem Peradilan Pidana*, Badan Penerbit Universitas Diponegoro, Semarang Cetakan I, 1995.
- , *Lembaga Pidana Bersyarat*, Alumni, Bandung 1985.
- , *Hak Asasi Manusia, Politik dan Sistem Peradilan Pidana*, Badan Penerbit Undip, Semarang, 1997.
- Muladi & Arief Barda Nawawi**, *Teori-Teori dan Kebijakan Pidana*, Alumni, Bandung, Cetakan II, 1998.
- , *Bunga Rampai Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, Cetakan I, 1992.
- Marpaung, Leden**, *Unsur-unsur Perbuatan yang dapat Dihukum*, Sinar Grafika, Jakarta, 1991.
- Moleong, Lexy, J.**, *Metodologi Penelitian Kualitatif*, Remaja Rosdakarya, Bandung, 2000.
- Poernomo, Bambang**, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1994.
- , *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Liberty, Yogyakarta, 1988.
- Prodjodikoro, Wirjono**, *Asas-Asas Hukum Pidana di Indonesia*, Eresco, Bandung, V, 1986.
- Putra Jaya, Nyoman Serikat**, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Badan Penerbit Undip, Semarang, 2001.
- Rahardjo, Satjipto**, *Ilmu Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2000.
- , *Hukum dan Masyarakat*, Angkasa, Bandung, 1980.

- Remmelink, Jan**, *Hukum Pidana, Komentor atas Pasal-Pasal Terpenting dari KUHP Belanda dan Padanannya dalam KUHP Indonesia*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2003.
- Sholehuddin, M**, *Sistem Sanksi Dalam Hukum Pidana (Ide Dasar Double Track System dan Implementasinya)*, RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2003.
- Scharavendijk, H.J.**, *Buku Pelajaran tentang Hukum Pidana Indonesia*, J.B.Wolters, Jakarta-Gronigen, 1955.
- Sudarto**, *Hukum dan Hukum Pidana*, Alumni Bandung, 1982.
- , *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, 1986.
- , *Hukum Pidana I*, Cetakan ke II, Yayasan Sudarto d/a Fakultas Hukum UNDIP, Semarang, 1990.
- , *Hukum Pidana dan Perkembangan Masyarakat*, Sinar Baru, Bandung, tt.
- Scaffmeister, D, N, Keijzer, Sitorius PH**, *Hukum Pidana*, editor Penterjemah: **Sahetappy, J.E.**, Liberty Yogyakarta, 1995.
- Soemitro, Ronny Hanitijo**, *Metodelogi Penelitian Hukum dan Jurimetri*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1990.
- , *Bahan Kuliah Metodologi Penelitian Hukum*, Undip, Semarang, 2001.
- , *Suplemen Bahan Kuliah Metodologi Penelitian Hukum*, Undip, Semarang, 2001.
- , *Permasalahan Hukum di Dalam Masyarakat*, Alumni, Bandung, 1984.
- Saleh, Roeslan**, *Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana*, Aksara Baru, Jakarta 1983.
- , *Stelsel Pidana Indonesia*, Aksara Baru, Jakarta, 1983.
- , *Tentang Tindak Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana*, Lokakarya Masalah Pembaharuan Hukum Pidana Nasional, BPHN-Depkeh, Jakarta, 1982.
- Saleh, Wantjik**, *Pelengkap KUHP*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1985.

- Sahetappy, J.E.**, *Suatu Study Khusus Mengenai Ancaman Pidana Mati terhadap Pembunuhan Berencana*, CV. Rajawali, Jakarta, 1982.
- Sastrawidjaja, Sofjan**, *Hukum Pidana: Asas Hukum Pidana Sampai Dengan Alasan Peniadaan Pidana*, Armico, Bandung, 1995.
- Soekanto, Soerjono**, *Pengantar Penelitian Hukum*, Jakarta, UI-Press, 1986.
- Soekanto, Soerjono dan Sri Mamuji**, *Penelitian Hukum Normatif*, Rajawali Pers, Jakarta, 1985.
- Sianturi, S.R.**, *Hukum Pidana Perbandingan*, Alumni AHM-PTHM, Jakarta, 1982-1983.
- Sukidjo, Aruan & Poernomo, Bambang**, *Hukum Pidana dasar AturanUmum, Hukum Pidana Kodifikasi*, Ghalia Indonesia Jakarta, 1990.
- Tresna, R.**, *Azas-azas Hukum Pidana*, Tiara, Jakarta, 1959.
- Utrecht, E.**, *Rangkaian Sari Kuliah Hukum Pidana I*, Pustaka Tinta Mas, Surabaya, 1986.
- Van Bemmelen J.M.**, *Hukum Pidana I, Hukum Pidana Materiel Baian Umum*, Bina Cipta, Jakarta, 1984
- Walker, Nigel**, *Sentencing in a Rational Society*, Basic Books Inc. Publishers, New York, 1971.
- Wise Edward M. ed.**, *1987 Penal Code of the Federal Republic of Germany, Translated by Joseph J. Darby, The American Series of Foreign Penal Codes, vol. 28*
<http://wings.buffalo.edu/law/bclc/web/website/codecomp2.htm>.
- The Indian Penal Code**, [http : // www. vakilno1.com / bareacts/ indianpenalcode/s97.htm](http://www.vakilno1.com/bareacts/indianpenalcode/s97.htm)
- Ringkasan Undang-Undang No. 3 tahun 1997 tentang Pengadilan Anak**,
<http://www.indoregulation.com> is Beta Release

Hukumonline.com, Kriteria Penjatuhan Hukuman, Alasan-Alasan Penjatuhan Hukuman, 31 Maret 2001, <http://hukumonline.com/detail.asp?id=9690&cl=Berita>

-----, *MA Keliru Terapkan Alasan Pembenaar untuk Perbuatan Akbar*, 20 Februari, 2004,

Perundang-undangan :

Badan Pembinaan Hukum Nasional, *Kitab Undang-Undang Hukum Pidana*, 1992.

-----, *Kitab Undang-undang Hukum Acara pidana*, 1998

Departemen Hukum dan Perundang-undangan, *Rancangan Undang-Undang tentang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana*, 1999-2000.

Undang-Undang No. 20 tahun 2001 tentang *Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi*, Sinar Grafika, Jakarta, 2002.

Undang-Undang No. 13 tahun 1997 tentang *Pengadilan Anak* , Sinar Grafika, Jakarta, 2000.