

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

2.1. Negara Hukum

Negara Hukum menurut Abdul Aziz Hakim adalah “Negara berlandaskan atas hukum dan keadilan bagi warganya. Artinya adalah segala kewenangan dan tindakan alat-alat perlengkapan negara atau penguasa, semata-mata berdasarkan hukum atau dengan kata lain diatur oleh hukum sehingga dapat mencerminkan keadilan bagi pergaulan hidup warganya¹³”. Pengertian lain negara hukum secara umum ialah bahwasanya kekuasaan negara dibatasi oleh hukum yang berarti segala sikap, tingkah laku dan perbuatan baik dilakukan oleh penguasa atau aparatur negara maupun dilakukan oleh para warga negara harus berdasarkan atas hukum.

Wirjono Projadikoro menyatakan bahwa:

Penggabungan kata-kata Negara dan Hukum, yaitu istilah “Negara Hukum” berarti suatu negara yang di dalam wilayahnya meliputi:

- 1) Semua alat-alat perlengkapan negara, khususnya alat perlengkapan dari pemerintah dalam tindakan-tindakannya baik terhadap para warga negara maupun dalam saling berhubungan masing-masing tidak boleh sewenang-wenang, melainkan harus memperhatikan peraturan-peraturan hukum yang berlaku; dan
- 2) Semua orang dalam hubungan kemasyarakatan harus tunduk pada peraturan-peraturan hukum yang berlaku¹⁴.

Sementara itu, Sudargo Gautama sebagaimana yang telah di kutip oleh Andi Hamzah dalam bukunya berpendapat:

Ada tiga ciri atau unsur-unsur Negara Hukum, yakni:

- a. terdapat pembatasan kekuatan negara terhadap perorangan, maksudnya adalah negara tidak dapat bertindak sewenang-wenang, tindakan negara dibatasi oleh hukum, individu mempunyai hak terhadap negara atau rakyat mempunyai hak terhadap penguasa.
- b. Asas Legalitas
Setiap tindakan negara harus berdasarkan hukum yang telah diadakan terlebih dahulu yang harus ditaati juga oleh pemerintah atau aparatnya.
- c. Pemisahan Kekuasaan¹⁵.

Pendapat diatas diperkuat pula oleh F.J. Stahl yang mengemukakan “elemen dari negara hukum antara lain: adanya jaminan atau hak dasar manusia;

¹³Abdul Aziz Hakim, *Negara Hukum dan Demokrasi Di Indonesia*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2011, h. 8.

¹⁴*Ibid.* h. 9.

¹⁵*Ibid.*

Adanya pembagian kekuasaan; Pemerintah berdasarkan peraturan hukum; dan Adanya peradilan administrasi negara¹⁶”. Konsep Negara Hukum dalam *Anglo Saxon*, dikemukakan Albert Van Dicey salah seorang pemikir Inggris yang juga seorang penulis buku. Menurut Albert Van Divey:

ada tiga (3) unsur utama *the rule of law*, yakni;

1. *Supremacy of law* adalah yang mempunyai kekuasaan tertinggi dalam suatu negara ialah hukum (kedaulatan hukum).
2. *Equality before the law* ; kesamaan bagi kedudukan di depan hukum untuk semua warga negara, baik selaku pribadi maupun sebagai pejabat negara.
3. *Constitution based on individual right*; konstitusi itu tidak merupakan sumber dari hak asasi manusia dan jika hak asasi manusia diletakan dalam konstitusi itu hanyalah sebagai penegasan bahwa hak asasi manusia itu harus dilindungi¹⁷.

Selain disebutkan di atas, terdapat pula konsep Negara Hukum yang berasal dari pemikiran Benua Eropa (*Eropa Continental*), dikemukakan oleh Frederich Julius Stahl berupa unsur-unsur utamanya yaitu;

Mengakui dan melindungi hak-hak asasi manusia, Untuk melindungi hak-hak asasi manusia, maka penyelenggaraan Negara haruslah berdasarkan *theory* atau konsep *trias politica*. Dalam melaksanakan tugasnya, pemerintah dibatasi oleh undang-undang. Apabila dalam melaksanakan tugas pemerintah masih melanggar hak asasi, maka ada pengadilan administrasi yang mengadilinya¹⁸.

Berdasarkan konsep Stahl, dapat diperoleh kesimpulan bahwa negara hukum bertujuan untuk melindungi hak asasi manusia dan membatasi kekuasaan terhadapnya. Namun, konsep ini hanya mendahulukan aspek formal yang hasilnya membawa persamaan pada aspek politik dan sosial saja, tetapi penyelenggaraan ekonomi dan kesejahteraan rakyat memberi kesempatan bersaing secara bebas, artinya yang terkuat dialah pemilik keuntungan sebesar-besarnya.

2.2. Kewenangan

Dalam literatur ilmu politik, ilmu pemerintahan, dan ilmu hukum sering ditemukan istilah kekuasaan, kewenangan, dan wewenang. Menurut Miriam Budiarto:

Kekuasaan sering disamakan begitu saja dengan kewenangan, dan kekuasaan sering dipertukarkan dengan istilah kewenangan, demikian pula sebaliknya. Bahkan kewenangan sering disamakan juga dengan wewenang. Kekuasaan

¹⁶*Ibid.*, h. 10.

¹⁷*Ibid.*, h. 13.

¹⁸*Ibid*

biasanya berbentuk hubungan dalam arti bahwa ada satu pihak yang memerintah dan pihak lain yang diperintah (*the rule and the ruled*)¹⁹.

Berdasarkan pengertian tersebut di atas, dapat terjadi kekuasaan yang tidak berkaitan dengan hukum. Kekuasaan yang tidak berkaitan dengan hukum oleh Henc van Maarseven disebut sebagai *blote match*, sedangkan kekuasaan yang berkaitan dengan hukum Max Weber menyebutkan “sebagai wewenang rasional atau legal, yakni wewenang yang berdasarkan suatu sistem hukum ini dipahami sebagai suatu kaidah-kaidah yang telah diakui serta dipatuhi oleh masyarakat dan bahkan diperkuat oleh Negara²⁰”.

Dalam hukum publik, wewenang berkaitan dengan kekuasaan. Kekuasaan memiliki makna yang sama dengan wewenang karena kekuasaan yang dimiliki oleh Eksekutif, Legislatif dan Yudisial adalah kekuasaan formal. Kekuasaan merupakan unsur esensial dari suatu Negara dalam proses penyelenggaraan pemerintahan di samping unsur-unsur lainnya, yaitu:

- a) hukum
- b) kewenangan (wewenang)
- c) keadilan
- d) kejujuran
- e) kebijakbestarian, dan
- f) kebijakan.

Kekuasaan merupakan inti dari penyelenggaraan Negara agar Negara dalam keadaan bergerak (*de staat in beweging*) sehingga Negara itu dapat berkibrah, bekerja, berkapasitas, berprestasi, dan berkinerja melayani warganya. Oleh karena itu Negara harus diberi kekuasaan. Selain itu Miriam Budiardjo juga menyebutkan pengertian tentang kekuasaan. Kekuasaan menurut Miriam Budiardjo adalah: “Kemampuan seseorang atau sekelompok orang manusia untuk mempengaruhi tingkah laku seseorang atau kelompok lain sedemikian rupa sehingga tingkah laku itu sesuai dengan keinginan dan tujuan dari orang atau Negara²¹”. Kewajiban tertentu berdasarkan konstruksi subyek-kewajiban. Dengan demikian kekuasaan mempunyai dua aspek, yaitu aspek politik dan aspek hukum, sedangkan kewenangan hanya beraspek hukum semata yang artinya; kekuasaan itu dapat bersumber dari konstitusi, juga dapat bersumber dari luar konstitusi

¹⁹Miriam Budiardjo, *Dasar-Dasar Ilmu Politik*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 1998, h. 35-36.

²⁰Suwoto Mulyosudarmo, *Kekuasaan dan Tanggung Jawab Presiden Republik Indonesia*, Suatu Penelitian Segi-Segi Teoritik dan Yuridis Pertanggungjawaban Kekuasaan, Universitas Airlangga, Surabaya, 1990, h. 30.

²¹Miriam Budiardjo, *Op.Cit*, h. 35.

(*inkonstitusional*), misalnya melalui kudeta atau perang, sedangkan kewenangan jelas bersumber dari konstitusi. Menurut Philipus M Hadjon:

kewenangan sering disejajarkan dengan istilah wewenang. Istilah wewenang digunakan dalam bentuk kata benda dan sering disejajarkan dengan istilah *bevoegheid* dalam istilah hukum Belanda. Jika dicermati ada sedikit perbedaan antara istilah kewenangan dengan istilah *bevoegheid*. Perbedaan tersebut terletak pada karakter hukumnya. Istilah *bevoegheid* digunakan dalam konsep hukum publik maupun dalam hukum privat. Dalam konsep hukum kita istilah kewenangan atau wewenang seharusnya digunakan dalam konsep hukum publik²².

2.2.1. Pengertian Kewenangan

Kata kewenangan berasal dari kata dasar wenang yang diartikan sebagai hal berwenang, hak dan kekuasaan yang dipunyai untuk melakukan sesuatu. Kewenangan adalah apa yang disebut kekuasaan formal, kekuasaan yang berasal dari kekuasaan legislatif (diberi oleh undang-undang) atau dari kekuasaan eksekutif administratif. Kewenangan yang biasanya terdiri dari beberapa wewenang adalah kekuasaan terhadap segolongan orang tertentu atau kekuasaan terhadap suatu bidang pemerintahan.

Menurut Ateng Syafrudin, ada perbedaan antara pengertian kewenangan dan wewenang sebagaimana dijelaskannya berikut ini,

Kita harus membedakan antara kewenangan (*authority, gezag*) dengan wewenang (*competence, bevoegheid*). Kewenangan adalah apa yang disebut kekuasaan formal, kekuasaan yang berasal dari kekuasaan yang diberikan oleh undang-undang, sedangkan wewenang hanya mengenai suatu "*onderdeel*" (bagian) tertentu saja dari kewenangan. Di dalam kewenangan terdapat wewenang-wewenang (*rechtsbevoegdheden*). Wewenang merupakan lingkup tindakan hukum publik, lingkup wewenang pemerintahan, tidak hanya meliputi wewenang membuat keputusan pemerintah (*bestuur*), tetapi meliputi wewenang dalam rangka pelaksanaan tugas, dan memberikan wewenang serta distribusi wewenang utamanya ditetapkan dalam peraturan perundang-undangan. Secara yuridis, pengertian wewenang adalah kemampuan yang diberikan oleh peraturan perundang-undangan untuk menimbulkan akibat-akibat hukum²³.

Pengertian wewenang menurut H.D. Stoud adalah "*Bevoegheid wet kan worden omscreven als het geheel van bestuurechtelijke bevoegdheden door*

²²Philipus M Hadjon, *Tentang Wewenang*, Yuridika No 5 & 6 Tahun XII, Universitas Airlangga, Surabaya, 1997, hal. 1

²³Ateng Syafrudin, *Menuju Penyelenggaraan Pemerintahan Negara yang Bersih dan Bertanggung Jawab*, Jurnal Pro Justisia Edisi IV, Universitas Parahyangan, Bandung, 2000, h. 22.

*publiekrechtelijke rechtssubjecten in het bestuurechtelijke rechtsverkeer*²⁴. (Terjemahan bebas: wewenang dapat dijelaskan sebagai keseluruhan aturan-aturan yang berkenaan dengan perolehan dan penggunaan wewenang pemerintah oleh subjek hukum publik dalam hukum publik). Dari berbagai pengertian kewenangan sebagaimana tersebut di atas, maka kesimpulan bahwa kewenangan (*authority*) memiliki pengertian yang berbeda dengan wewenang (*competence*). Kewenangan merupakan kekuasaan formal yang berasal dari undang-undang, sedangkan wewenang adalah suatu spesifikasi dari kewenangan, artinya barang siapa (subyek hukum) yang diberikan kewenangan oleh undang-undang, maka ia berwenang untuk melakukan sesuatu yang tersebut dalam kewenangan itu.

Kewenangan yang dimiliki oleh organ (institusi) pemerintahan dalam melakukan perbuatan nyata (*riil*), mengadakan pengaturan atau mengeluarkan keputusan selalu dilandasi oleh kewenangan yang diperoleh dari konstitusi secara atribusi, delegasi, maupun mandat. Suatu atribusi menunjuk pada kewenangan yang asli atas dasar konstitusi (UUD). Pada kewenangan delegasi, harus ditegaskan suatu pelimpahan wewenang kepada organ pemerintahan yang lain. Pada mandat tidak terjadi pelimpahan apapun dalam arti pemberian wewenang, akan tetapi, yang diberi mandat bertindak atas nama pemberi mandat. Dalam pemberian mandat, pejabat yang diberi mandat menunjuk pejabat lain untuk bertindak atas nama mandator (pemberi mandat).

Menurut Bagir Manan:

Wewenang dalam bahasa hukum tidak sama dengan kekuasaan (*macht*). Kekuasaan hanya menggambarkan hak untuk berbuat atau tidak berbuat. Di dalam hukum, wewenang sekaligus berarti hak dan kewajiban (*rechten en plichten*). Di dalam kaitan dengan otonomi daerah, hak mengandung pengertian kekuasaan untuk mengatur sendiri (*zelfregelen*), sedangkan kewajiban secara horizontal berarti kekuasaan untuk menyelenggarakan pemerintahan sebagaimana mestinya. Vertikal berarti kekuasaan untuk menjalankan pemerintahan dalam suatu tertib ikatan pemerintahan negara secara keseluruhan²⁵.

Atribusi merupakan kewenangan yang diberikan kepada suatu organ (institusi) pemerintahan atau lembaga Negara oleh suatu badan legislatif yang independen. Kewenangan ini adalah asli, yang tidak diambil dari kewenangan yang ada sebelumnya. Badan legislatif menciptakan kewenangan mandiri dan bukan perluasan kewenangan sebelumnya dan memberikan kepada organ yang

²⁴Irfan Fachruddin, *Pengawasan Peradilan Administrasi terhadap Tindakan Pemerintah*, Alumni, Bandung, 2004, h. 4.

²⁵Bagir manan, *Wewenang Provinsi, Kabupaten dan Kota dalam Rangka Otonomi Daerah*, Makalah dalam Seminar Nasional, Fakultas Hukum UNPAD, 2000, h. 1- 2.

berkompeten. Delegasi adalah kewenangan yang dialihkan dari kewenangan atribusi dari suatu organ (institusi) pemerintahan kepada organ lainnya sehingga delegator (organ yang telah memberi kewenangan) dapat menguji kewenangan tersebut atas namanya, sedangkan pada Mandat, tidak terdapat suatu pemindahan kewenangan tetapi pemberi mandat (*mandator*) memberikan kewenangan kepada organ lain (*mandataris*) untuk membuat keputusan atau mengambil suatu tindakan atas namanya. Ada perbedaan mendasar antara kewenangan atribusi dan delegasi. Pada atribusi, kewenangan yang ada siap dilimpahkan, tetapi tidak demikian pada delegasi. Berkaitan dengan asas legalitas, kewenangan tidak dapat didelegasikan secara besar-besaran, tetapi hanya mungkin dibawah kondisi bahwa peraturan hukum menentukan mengenai kemungkinan delegasi tersebut.

Menurut Philipus M. Hadjon, delegasi harus memenuhi syarat-syarat sebagai berikut:

- a. Delegasi harus definitif, artinya delegasi tidak dapat lagi menggunakan sendiri wewenang yang telah dilimpahkan itu;
- b. Delegasi harus berdasarkan ketentuan perundang-undangan, artinya delegasi hanya dimungkinkan jika ada ketentuan yang memungkinkan untuk itu dalam peraturan perundang-undangan;
- c. Delegasi tidak kepada bawahan, artinya dalam hierarki kepegawaian tidak diperkenankan adanya delegasi;
- d. Kewajiban memberi keterangan (penjelasan), artinya delegans berwenang untuk meminta penjelasan tentang pelaksanaan wewenang tersebut²⁶.

Peraturan kebijakan (*beleidsregel*), artinya delegans memberikan instruksi (petunjuk) tentang penggunaan wewenang tersebut.

Menurut Abdul Rasyid:

Kewenangan harus dilandasi oleh ketentuan hukum yang ada (konstitusi), sehingga kewenangan tersebut merupakan kewenangan yang sah. Dengan demikian, pejabat (organ) dalam mengeluarkan keputusan didukung oleh sumber kewenangan tersebut. Sumber kewenangan dapat diperoleh bagi pejabat atau organ (institusi) pemerintahan dengan cara atribusi, delegasi dan mandat. Kewenangan organ (institusi) pemerintah adalah suatu kewenangan yang dikuatkan oleh hukum positif guna mengatur dan mempertahankannya. Tanpa kewenangan tidak dapat dikeluarkan suatu keputusan yuridis yang benar²⁷.

2.2.2. Sifat Kewenangan

²⁶Philipus M. Hadjon, *Op. Cit*, h. 5.

²⁷Abdul Rasyid Thalib, *Wewenang Mahkamah Konstitusi dan Aplikasinya dalam Sistem Ketatanegaraan Republik Indonesia*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2006, h. 219.

Mengenai sifat kewenangan pemerintahan yaitu yang bersifat terikat, fakultatif, dan bebas, terutama dalam kaitannya dalam kewenangan kewenangan pembuatan dan penerbitan keputusan-keputusan (*besluiten*) dan ketetapan-ketetapan (*beschikkingen*) oleh organ pemerintahan, sehingga dikenal ada keputusan yang bersifat terikat dan bebas. Pertama, pada wewenang yang bersifat terikat, yakni terjadi apabila peraturan dasarnya menentukan kapan dan dalam keadaan yang bagaimana wewenang tersebut dapat digunakan atau peraturan dasarnya sedikit banyak menentukan tentang isi dan keputusan yang harus diambil, kedua, wewenang fakultatif terjadi dalam hal badan atau pejabat tata usaha negara yang bersangkutan tidak wajib menerapkan wewenangnya atau sedikit banyak masih ada pilihan, sekalipun pilihan itu hanya dapat dilakukan dalam hal-hal atau keadaan tertentu sebagaimana ditentukan dalam peraturan dasarnya: ketiga, wewenang bebas, yakni terjadi ketika peraturan dasarnya memberikan kebebasan kepada badan atau pejabat tata usaha negara untuk menentukan sendiri mengenai isi dari keputusan yang akan dikeluarkannya atau peraturan dasarnya memberi ruang lingkup kebebasan kepada pejabat tata usaha negara yang bersangkutan. Philipus Mandiri Hadjon mengutip pendapat N. M. Spelt dan Ten Berge, membagi kewenangan bebas dalam dua kategori yaitu: “kebebasan kebijaksanaan (*beleidsvrijheid*) dan kebebasan penilaian (*beoordelingsvrijheid*) yang selanjutnya disimpulkan bahwa ada dua jenis kekuasaan bebas yaitu : pertama, kewenangan untuk memutuskan mandiri; kedua, kewenangan interpretasi terhadap norma-norma tersamar (*verge norm*)²⁸”.

2.2.3. Sumber Kewenangan

Di dalam negara hukum dikenal asas legalitas yang menjadi pilar utamanya dan merupakan salah satu prinsip utama yang dijadikan dasar dalam setiap penyelenggaraan pemerintahan dan kenegaraan di setiap negara hukum terutama bagi negara-negara hukum dan sistem kontinental. Philipus M. Hadjon mengemukakan bahwa “kewenangan diperoleh melalui tiga sumber yaitu; atribusi, delegasi, mandat. Kewenangan atribusi lasimnya digariskan melalui pembagian kekuasaan negara oleh Undang-Undang Dasar, kewenangan delegasi dan Mandat adalah kewenangan yang berasal dari pelimpahan”²⁹. Bedanya kewenangan delegasi terdapat adanya pemindahan atau pengalihan kewenangan yang ada, atau dengan kata lain pemindahan kewenangan atribusi kepada pejabat dibawahnya dengan dibarengi pemindahan tanggung jawab. Sedangkan pada kewenangan mandat yaitu dalam hal ini tidak ada sama sekali pengakuan kewenangan atau

²⁸Philipus M. Hadjon, *Op.Cit*, h. 112.

²⁹*Op. Cit.*, h. 112.

pengalih-tanganan kewenangan, yang ada hanya janji-janji kerja intern antara penguasa dan pegawai (tidak adanya pemindahan tanggung jawab atau tanggung jawab tetap pada yang memberi mandat). Setiap kewenangan dibatasi oleh isi atau materi, wilayah dan waktu. Cacat dalam aspek-aspek tersebut menimbulkan cacat kewenangan (*onbevoegdheid*) yang menyangkut cacat isi, cacat wilayah, dan cacat waktu.

2.3. Asas-Asas Umum Pemerintahan Yang Baik

Pergeseran konsepsi *nachtwachtersstaat* (negara peronda) ke konsepsi *welfare state* membawa pergeseran pada peranan dan aktivitas pemerintah. Pada konsepsi *nachtwachtersstaat* berlaku prinsip *staatsonthouding*, yaitu pembatasan negara dan pemerintah dari keshidupan sosial ekonomi masyarakat. Pemerintah bersifat pasif, hanya sebagai penjaga ketertiban dan keamanan masyarakat. Sementara pada konsepsi *welfare state*, pemerintah diberi kewajiban untuk mewujudkan *bestuurszorg* (kesejahteraan umum), yang untuk itu kepada pemerintah diberikan kewenangan untuk campur tangan (*staatsbemoienis*) dalam segala lapangan kehidupan masyarakat. Artinya pemerintah dituntut untuk bertindak aktif ditengah dinamika kehidupan masyarakat. Keberadaan konsep negara kesejahteraan dengan tujuannya untuk memberikan kesejahteraan bagi seluruh warga negara, adalah dalam rangka untuk melengkapi asas legalitas yang mana semua aktivitas pemerintahan harus mendasarkan kepada peraturan perundangan. Sementara itu, dengan berkembangnya ilmu pengetahuan dan teknologi, maka sangat mungkin mempengaruhi pula terhadap dinamika perkembangan masyarakat dengan berbagai aktivitasnya, yang mana sangat mungkin terjadi untuk menangani masalah yang timbul, belum ada peraturannya.

Setiap bentuk campur tangan pemerintah harus didasarkan pada peraturan perundang-undangan yang berlaku sebagai perwujudan dari asas legalitas, yang menjadi sendi utama negara hukum. Sejak dianutnya konsepsi *welfare state*, yang menempatkan pemerintah sebagai pihak yang bertanggung jawab terhadap kesejahteraan umum warga negara dan untuk mewujudkan kesejahteraan ini pemerintah diberi wewenang untuk campur tangan dalam segala lapangan kehidupan masyarakat, yang dalam campur tangan ini tidak saja berdasarkan pada peraturan perundang-undangan, tetapi dalam keadaan tertentu dapat bertindak tanpa bersandar pada peraturan perundang-undangan, tetapi berdasar pada inisiatif sendiri. Namun, disatu sisi keaktifan pemerintah dalam mengupayakan kesejahteraan umum haruslah senantiasa berdasarkan pada asas-asas umum

pemerintahan yang baik (selanjutnya disebut AAUPB)³⁰. Fungsi asas-asas umum pemerintahan yang baik dalam penyelenggaraan pemerintahan adalah sebagai pedoman atau penuntun bagi pemerintah atau pejabat administrasi negara dalam rangka pemerintahan yang baik. Dalam hubungan ini, Muin Fahmal mengemukakan bahwa asas umum pemerintahan yang layak sesungguhnya adalah rambu-rambu bagi para penyelenggara negara dalam menjalankan tugasnya. Rambu-rambu tersebut diperlukan agar tindakan-tindakan tetap sesuai dengan tujuan hukum yang sesungguhnya.

2.4. Pidanaan

Pada dasarnya tindak pidana merupakan suatu pengertian dasar dalam hukum pidana. Tindak pidana adalah suatu pengertian yuridis seperti halnya untuk memberikan definisi atau pengertian terhadap istilah hukum, maka bukanlah hal yang mudah untuk memberikan definisi atau pengertian terhadap istilah tindak pidana. Pembahasan hukum pidana dimaksudkan untuk memahami pengertian pidana sebagai sanksi atas delik, sedangkan pidanaan berkaitan dengan dasar-dasar pembenaran pengenaan pidana serta teori-teori tentang tujuan pidanaan. Moeljatno berpendapat bahwa: “pidana adalah merupakan suatu istilah yuridis yang mempunyai arti khusus sebagai terjemahan dari bahasa Belanda *straf* yang dapat diartikan sebagai hukuman³¹”. Tindak pidana adalah suatu pengertian yuridis, lain halnya dengan istilah perbuatan jahat atau kejahatan (*crime* atau *Verbrechen* atau *misdaad*) yang diartikan secara kriminologis dan psikologis. Mengenai isi dari pengertian tindak pidana tidak ada kesatuan pendapat di antara para sarjana.

Sebagai gambaran umum pengertian kejahatan atau tindak pidana yang dikemukakan oleh Djoko Prakoso bahwa secara yuridis pengertian kejahatan atau tindak pidana adalah:

Perbuatan yang dilarang oleh undang-undang dan pelanggarannya dikenakan sanksi, secara kriminologis kejahatan atau tindak pidana adalah perbuatan yang melanggar norma-norma yang berlaku dalam masyarakat dan mendapatkan reaksi negatif dari masyarakat, dan secara psikologis kejahatan atau tindak pidana adalah “perbuatan manusia yang abnormal yang bersifat melanggar hukum, yang disebabkan oleh faktor-faktor kejiwaan dari si pelaku perbuatan tersebut³²”.

³⁰Ridwan HR, *Hukum Administrasi Negara*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2014, h. 15.

³¹Moeljatno, *Asas-asas Hukum Pidana*, Bina Aksara, Jakarta, 1987, h. 37.

³²Djoko Prakoso dan Agus Imunarso, *Hak Asasi Tersangka dan Peranan Psikologi dalam Konteks KUHAP*, Bina Aksara, Jakarta, 1987, h. 137.

Pembentuk undang-undang telah menggunakan perkataan "*strafbaarfeit*" untuk mengganti istilah tindak pidana di dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) tanpa memberikan penjelasan tentang apa yang dimaksud dengan perkataan *strafbaarfeit*, sehingga timbullah di dalam doktrin berbagai pendapat tentang apa yang sebenarnya yang dimaksud dengan *strafbaarfeit* tersebut, seperti yang dikemukakan oleh Hamel dan Pompe. Hamel mengatakan bahwa: "*Strafbaarfeit* adalah kelakuan orang (*menselijke gedraging*) yang dirumuskan dalam *wet*, yang bersifat melawan hukum, yang patut dipidana (*strafwaardig*) dan dilakukan dengan kesalahan³³". Sedangkan pendapat Pompe mengenai *Strafbaarfeit* adalah sebagai berikut: "*Strafbaarfeit* itu dapat dirumuskan sebagai suatu pelanggaran norma yang sengaja atau tidak sengaja dilakukan oleh pelaku³⁴".

Istilah hukuman yang berasal dari perkataan *wordt gestraft*, adalah merupakan istilah konvensional. Moeljatno tidak setuju dengan istilah-istilah yang inkonvensional, yaitu pidana untuk menggantikan kata *wordt gestraft*. Jika *straf* diartikan hukuman maka *strafrecht* seharusnya diartikan dengan hukuman-hukuman. Selanjutnya dikatakan Moeljatno bahwa: "Kata 'dihukum' berarti 'diterapi hukuman' baik hukum pidana maupun hukum perdata. Hukuman adalah hasil atau akibat dari penerapan hukum tadi yang maknanya lebih luas daripada pidana, sebab mencakup juga keputusan hakim dalam lapangan hukum perdata³⁵".

Selain Moeljatno, Sudarto juga berpendapat bahwa:

'penghukuman' berasal dari kata 'hukum', sehingga dapat diartikan sebagai 'menetapkan hukum' atau 'memutuskan tentang hukum' (*berechten*). Menetapkan hukum untuk suatu peristiwa tidak hanya menyangkut bidang hukum apa saja, akan tetapi juga hukum perdata. Menurut Sudarto yang dimaksud dengan pidana adalah penderitaan yang sengaja dibebankan kepada orang yang melakukan perbuatan yang memenuhi syarat-syarat tertentu. Sedangkan menurut Roeslan Saleh mengatakan bahwa pidana adalah reaksi atas delik, dan ini berujud suatu nestapa yang dengan sengaja ditimpakan negara kepada pembuat delik itu. Sir Rupert Cross (dalam bukunya Muladi) mengatakan bahwa pidana berarti pengenaan penderitaan oleh negara kepada seseorang yang telah dipidana karena suatu kejahatan³⁶.

2.4.1. Unsur-Unsur Tindak Pidana

³³Moeljatno, *Op. Cit*, h. 38.

³⁴Lamintang, *Dasar-dasar Hukum Pidana Indonesia*, Sinar Baru, Bandung, 1984, h. 173-174.

³⁵Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Teori-Teori dan Kebijakan Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, 2005, h. 1.

³⁶Muladi, *Lembaga Pidana Bersyarat*, Alumni, Bandung, 1985, h. 22.

Untuk mengenakan pidana itu harus dipenuhi syarat-syarat tertentu. Syarat-syarat tertentu ini lazimnya disebut dengan unsur-unsur tindak pidana. Jadi seseorang dapat dikenakan pidana apabila perbuatan yang dilakukan memenuhi syarat-syarat tindak pidana (*strafbaarfeit*).

Menurut Sudarto:

pengertian unsur tindak pidana hendaknya dibedakan dari pengertian unsur-unsur tindak pidana sebagaimana tersebut dalam rumusan undang-undang. Pengertian yang pertama (unsur) ialah lebih luas dari pada kedua (unsur-unsur). Misalnya unsur-unsur (dalam arti sempit) dari tindak pidana pencurian biasa, ialah yang tercantum dalam Pasal 362 KUHP³⁷.

Menurut Lamintang:

Setiap tindak pidana dalam KUHP pada umumnya dapat dijabarkan unsur-unsurnya menjadi dua macam, yaitu unsur-unsur subyektif dan obyektif. Yang dimaksud dengan unsur-unsur "subyektif" adalah unsur-unsur yang melekat pada diri si pelaku atau yang berhubungan dengan diri si pelaku dan termasuk kedalamnya yaitu segala sesuatu yang terkandung di dalam hatinya. Sedangkan yang dimaksud dengan unsur "obyektif" itu adalah unsur-unsur yang ada hubungannya dengan keadaan-keadaan, yaitu keadaan-keadaan di mana tindakan dari si pelaku itu harus dilakukan³⁸.

Unsur-unsur subyektif dari suatu tindak pidana itu adalah :

- a. Kesengajaan atau ketidaksengajaan (*culpa/dolus*);
- b. Maksud atau *voornemen* pada suatu percobaan atau *pogging* seperti dimaksud dalam Pasal 53 ayat (1) KUHP;
- c. Macam- macam maksud atau *oogmerk* seperti yang terdapat misalnya di dalam kejahatan – kejahatan pencurian, penipuan, pemerasan, pemalsuan dan lain-lain;
- d. Merencanakan terlebih dahulu atau *voorbedachte raad* seperti misalnya terdapat di dalam kejahatan pembunuhan menurut Pasal 340 KUHP;
- e. Perasaan takut atau *vress* seperti yang antara lain terdapat di dalam rumusan tindak pidana menurut Pasal 308 KUHP.

Unsur-unsur dari suatu tindak pidana adalah :

- a. Sifat melanggar hukum;
- b. Kualitas si pelaku; dan
- c. Kausalitas, yakni hubungan antara sesuatu tindakan sebagai penyebab dengan sesuatu kenyataan sebagai akibat.

³⁷Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Op. Cit*, 1992, h. 4.

³⁸Lamintang, *Op. Cit*, 1984, h. 183.

Berkaitan dengan pengertian unsur-unsur tindak pidana (*strafbaarfeit*) ada beberapa pendapat para sarjana mengenai pengertian unsur-unsur tindak pidana menurut aliran monistis dan menurut aliran *dualistis*.

Para sarjana yang berpandangan aliran *monistis*, yaitu :

- a. D. Simons, sebagai menganut pandangan *monistis* Simons mengatakan bahwa:

pengertian tindak pidana (*strafbaarfeit*) adalah *Een strafbaar gestelde, onrechtmatige, met schuld verband staande handeling van een toerekeningsvatbaar persoon*. Atas dasar pandangan tentang tindak pidana tersebut di atas, unsur-unsur tindak pidana menurut Simons adalah :

- 1) Perbuatan manusia (positif atau negatif, berbuat atau tidak berbuat atau membiarkan);
- 2) Diancam dengan pidana (strafbaar gesteld);
- 3) Melawan hukum (onrechtmatig);
- 4) Dilakukan dengan kesalahan (met schuld in verband staad);
- 5) Oleh orang yang mampu bertanggung jawab (toerekeningsvatbaar persoon)³⁹.

Dari unsur-unsur tindak pidana tersebut Simons membedakan adanya unsur obyektif dan unsur subyektif dari *strafbaarfeit*. Yang dimaksud dengan unsur subyektif ialah perbuatan orang. Akibat yang kelihatan dari perbuatan itu mungkin ada keadaan tertentu yang menyertai perbuatan-perbuatan itu seperti dalam Pasal 281 KUHP sifat *openbaar* atau dimuka umum. Selanjutnya unsur subyektif dari *strafbaarfeit* menurut Simons adalah: “Orangnya mampu bertanggung jawab dan Adanya kesalahan (*dolus* atau *culpa*). Perbuatan harus dilakukan dari perbuatan atau dengan keadaan-keadaan mana perbuatan itu dilakukan⁴⁰”.

- b. Van Hamel, menyatakan

Stafbaarfeit adalah *een weterlijk omschre en mensschelijke gedraging onrechmatig, strafwardig en aan schuld te wijten*. Jadi menurut Van Hamel unsur-unsur tindak pidana adalah :

- 1) Perbuatan manusia yang dirumuskan dalam undang-undang;
- 2) Bersifat melawan hukum;
- 3) Dilakukan dengan kesalahan dan
- 4) Patut dipidana⁴¹.

- c. E. Mezger menyatakan tindak pidana adalah keseluruhan syarat untuk adanya pidana, dengan demikian usnur-unsurnya yaitu : “Perbuatan dalam

³⁹Sudarto, *Hukum Pidana IA- IB*, Fakultas Hukum Universitas Jenderal Soedirman, Purwokerto, 1991, h. 3.

⁴⁰*Ibid*

⁴¹*Ibid*, h. 33

arti yang luas dari manusia (aktif atau membiarkan), Sifat melawan hukum (baik bersifat obyektif maupun bersifat subyektif), Dapat dipertanggungjawabkan kepada seseorang; dan Diancam dengan pidana⁴²”.

- d. J. Baumman, menyatakan bahwa: “unsur-unsur tindak pidana adalah perbuatan yang memenuhi rumusan delik bersifat melawan hukum; dan dilakukan dengan kesalahan⁴³”.

Dari pendapat para sarjana yang beraliran monistis tersebut dapat disimpulkan bahwa tidak adanya pemisahan antara criminal act dan criminal responsibility. Sudarto kembali mengutip pendapat dari para sarjana yang beraliran dualitis. Lebih lanjut mengenai unsur-unsur tindak pidana menurut pendapat para sarjana yang berpandangan dualistis yang dikutip oleh Sudarto dalam bukunya adalah sebagai berikut :

- a. H.B. Vos, menyebutkan: “*Strafbaarfeit* hanya berunsurkan kelakuan manusia dan diancam pidana dengan undang-undang”;
- b. W.P.J. Pompe, menyatakan: “Menurut hukum positif *strafbaarfeit* adalah tidak lain dari *feit*, yang diancam pidana dalam ketentuan undang-undang, jadi perbuatan itu adalah perbuatan yang bersifat melawan hukum, dilakukan dengan kesalahan dan diancam pidana”;
- c. Moeljatno, memberikan arti tentang *strafbaarfeit*, yaitu:

Sebagai perbuatan yang diancam dengan pidana, barangsiapa melanggar larangan tersebut. Untuk adanya perbuatan pidana harus ada unsur-unsur :

- 1) Perbuatan (manusia);
- 2) Yang memenuhi rumusan dalam undang-undang (ini merupakan syarat formil); dan
- 3) Syarat formil itu harus ada karena keberadaan asas legalitas yang tersimpul dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP. Syarat materiil pun harus ada pula, karena perbuatan itu harus pula betul-betul dirasakan oleh masyarakat sebagai perbuatan yang tidak boleh atau tidak patut dilakukan, oleh karena itu bertentangan dengan atau menghambat tercapainya tata dalam pergaulan masyarakat yang dicita-citakan oleh masyarakat. Dengan demikian pandangan sarjana yang beraliran *dualistis* ini ada pemisahan antara *criminal act dan criminal responsibility*⁴⁴.

Baik aliran *monistis* maupun *dualistis*, tidak mempunyai perbedaan yang prinsipil dalam menentukan adanya pidana. Apabila orang menganut pendirian

⁴²*Ibid*

⁴³*Ibid*

⁴⁴*Ibid*, h. 3.

yang satu, hendaknya memegang pendirian itu secara konsekuen, agar tidak terjadi kekacauan pengertian. Bagi orang yang berpandangan *monistis*, seseorang yang melakukan tindak pidana sudah dapat dipidana, sedangkan bagi yang berpandangan *dualistis*, sama sekali belum mencukupi syarat untuk dipidana karena masih harus disertai syarat pertanggungjawaban pidana yang harus ada pada si pembuat atau pelaku pidana. Jadi menurut pandangan *dualistis* semua syarat yang diperlukan untuk penganan pidana harus lengkap adanya.