

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

2.1. Negara Hukum

Pada dasarnya konsep negara hukum tidak terpisahkan dari pilarnya sendiri yaitu paham kedaulatan hukum. Paham ini adalah ajaran yang mengatakan bahwa kekuasaan tertinggi terletak ada hukum atau tidak ada kekuasaan lain apapun, kecuali hukum semata. Banyak rumusan yang diberikan terhadap pengertian negara hukum tetapi sulit untuk mencari rumusan yang sama, baik itu disebabkan karena perbedaan asas negara hukum yang dianut maupun karena kondisi masyarakat dan zaman saat perumusan negara hukum itu muncul.

Arti negara hukum itu sendiri pada hakikatnya berakar dari konsep dan teori kedaulatan hukum yang pada prinsipnya menyatakan bahwa kekuasaan tertinggi di dalam suatu negara adalah hukum, oleh sebab itu seluruh alat perlengkapan negara apapun namanya termasuk warga negara harus tunduk dan patuh serta menjung tinggi hukum tanpa terkecuali.¹ Negara sebagai pencipta dan penegak hukum di dalam segala kegiatannya harus tunduk pada hukum yang berlaku. Dalam arti ini hukum membawahi negara. Berdasarkan pengertian hukum itu bersumber dari kesadaran hukum rakyat, jadi hukum mempunyai wibawa yang tidak berkaitan dengan seseorang.

Negara hukum merupakan istilah yang meskipun kelihatan sederhana, namun mengandung muatan sejarah pemikiran yang relatif panjang.² Sejarah timbulnya pemikiran atau cita negara hukum itu sendiri sebenarnya sudah sangat tua, jauh lebih tua dari usia ilmu negara atau pun ilmu kenegaraan. Timbulnya pemikiran negara hukum itu merupakan reaksi terhadap kesewenangan-wenangan di masa lampau. Cita negara hukum itu untuk pertama kalinya dikemukakan oleh Plato dan kemudian pemikiran tersebut di pertegas oleh Aristoteles.³ Plato memiliki konsep bahwa “penyelenggaraan negara yang baik didasarkan

¹ B. Hestu Cipto Handoyo, *Hukum Tata Negara Indonesia “Menuju Konsolidasi Sistem Demokrasi”*, Universitas Atma Jaya, Jakarta, 2009, h. 17.

² Majda El. Muhtaj, *Hak Asasi Manusia dalam Konstitusi Indonesia*, Kencana, Jakarta, 2005, h. 1.

³ Ni'matul Huda, *Negara Hukum, Demokrasi dan Judicial Review*, UII Press, Yogyakarta, 2005, h. 1

pada pengaturan (hukum) yang baik yang disebut dengan istilah *nomoi*. Kemudian ide negara hukum populer kembali pada abad ke-17 sebagai akibat dari situasi politik di Eropa yang didominasi oleh absolutisme.⁴

Gagasan negara hukum bermula dari Plato, ketika mengintroduksi konsep *nomoi*, sebagai karya tulis ketiga yang dibuat di usia tuanya. Gagasan Plato ini didukung oleh Aristoteles dalam bukunya *Politica*. Pengertian negara hukum menurut Aristoteles dikaitkan dengan arti dan perumusan yang masih melekat kepada *Polis*. Dalam polis segala urusan negara dilakukan dengan musyawarah (*ecclesia*), dimana seluruh warga negaranya ikut serta ambil bagian dalam urusan penyelenggaraan negara.⁵

Aristoteles menyatakan bahwa suatu negara yang baik ialah negara yang diperintahkan dengan konstitusi dan berkedaulatan hukum. Ada tiga unsur dari pemerintahan yang berkonstitusi yaitu pertama, pemerintahan dilaksanakan untuk kepentingan umum; kedua, pemerintahan dilaksanakan menurut hukum yang berdasarkan pada ketentuan-ketentuan umum, bukan hukum yang dibuat secara sewenang-wenang yang menyampingkan konvensi dan konstitusi; ketiga, pemerintah berkonstitusi berarti pemerintahan yang dilaksanakan atas kehendak rakyat, bukan berupa paksaan-tekanan yang dilaksanakan pemerintahan despotik.⁶

Ide negara hukum menurut Aristoteles sangat erat dengan “keadilan”, bahkan negara dapat dikatakan sebagai negara hukum apabila keadilan telah tercapai. Artinya bahwa, konsepsi pemikiran tersebut mengarah pada bentuk negara hukum dalam arti “ethis” dan sempit. Dikarenakan tujuan negara hanya semata-mata untuk mencapai keadilan. Teori-teori yang mengajarkan hal tersebut dinamakan teori *ethis*, sebab menurut teori ini, isi hukum semata-mata harus ditentukan oleh kesadaran *ethis* kita mengenai apa yang adil dan apa yang tidak adil.⁷ Paham negara hukum berdasarkan keyakinan bahwa kekuasaan negara harus dijalankan atas dasar hukum yang baik dan adil. Jadi ada dua unsur dalam paham negara hukum: pertama, bahwa hubungan antara yang memerintah dan yang diperintah

⁴ Zahermann Armandz Muabezi, *Negara Berdasarkan Hukum (Rechtsstaats) Bukan Kekuasaan (Machtsstaat)*, Jurnal Hukum dan Peradilan, Volume 6 Nomor 3, November 2017, Jakarta, h. 423.

⁵ *Ibid.*

⁶ Ridwan HR, *Hukum Administrasi Negara*, Rajawali Press, Jakarta, 2014, h. 2.

⁷ L.J Van Apeldoorn, *Pengantar Ilmu Hukum*, Terjemahan Mr. Oetarid Sadino, Pradnja Paramita, Jakarta, 1983, h. 24

tidak berdasarkan kekuasaan, melainkan berdasarkan suatu norma objektif yang juga mengikat pihak yang memerintah. Dan kedua, bahwa norma objektif itu, hukum, memenuhi syarat bukan hanya secara formal, melainkan juga dapat dipertahankan berhadapan dengan *idea* hukum. Hukum menjadi landasan segenap tindakan negara; dan hukum itu sendiri harus baik dan adil. Baik karena sesuai dengan apa yang diharapkan masyarakat dari hukum, dan adil karena maksud dasar segenap hukum adalah keadilan.⁸

Dari segi moral politik, ada empat alasan utama untuk menuntut agar negara diselenggarakan dan menjalankan tugasnya berdasarkan hukum: (1) kepastian hukum, (2) tuntutan perlakuan yang sama, (3) legitimasi demokratis, dan (4) tuntutan akal budi.⁹ Kemudian berkaitan dengan etis tuntutan agar negara selalu bergerak atas landasan hukum yang baik dan adil. Maka yang jadi pertanyaan adalah bagaimana ciri-ciri negara hukum? Menurut Franz Magnis-Suseno menyatakan bahwa ada empat ciri negara hukum yang secara etis juga relevan: (1) kekuasaan dijalankan sesuai dengan hukum positif yang berlaku, (2) kegiatan negara berada di bawah kontrol kekuasaan kehakiman yang efektif dan (3) berdasarkan sebuah undang-undang dasar yang menjamin hak-hak asasi manusia, (4) menurut pembagian kekuasaan.¹⁰

Konsep negara hukum berakar dari paham kedaulatan hukum yang pada hakikatnya berprinsip bahwa kekuasaan tertinggi di dalam suatu negara adalah berdasarkan atas hukum. Negara hukum merupakan substansi dasar dari kontrak sosial setiap negara hukum.¹¹ Dalam kontrak tersebut tercantum kewajiban-kewajiban terhadap hukum (negara) untuk memelihara, mematuhi dan mengembangkannya dalam konteks pembangunan hukum. Pemikiran mengenai negara hukum sebenarnya sudah sangat tua, jauh lebih tua dari usia ilmu negara itu sendiri, gagasan itu merupakan gagasan modern yang multi perspektif dan selalu aktual. Apabila melihat sejarah perkembangan pemikiran filsafat mengenai negara hukum dimulai sejak tahun 1800 Sebelum Masehi. Perkembangannya terjadi sekitar

⁸ Frans Magnis-Suseno, *Etika Politik (Prinsip-Prinsip Dasar Kenegaraan Modern)*, Gramedia, Jakarta, 2016, h. 376.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.* h. 380.

¹¹ Jazim Hamidi dan Mustafa Lutfi, *Hukum Lembaga Kepresidenan Indonesia*, Alumni, Malang, 2009, h. 9.

abad XIX sampai dengan abad XX. Gagasan pemikiran mengenai negara hukum berkembang dari tradisi Yunani Kuno.

Konsep negara hukum kesejahteraan menjadi landasan kedudukan dan fungsi pemerintah (*bestuurfunctie*) dalam negara-negara modern. Negara kesejahteraan merupakan antitesis dari konsep negara hukum formal (klasik), yang didasari oleh pemikiran untuk melakukan pengawasan yang ketat terhadap penyelenggara kekuasaan negara.¹² Konsep fungsi negara yang demikian tersebut menjadikan negara mempunyai sifat intervensionis, artinya bahwa negara selalu akan ambil bagian dalam setiap gerak dan langkah masyarakat dengan alasan untuk meningkatkan kesejahteraan umum. Oleh karenanya tugas negara menjadi sangatlah luas dan menjangkau setiap aspek kehidupan masyarakat dalam segala bidang mulai dari sosial budaya, politik, agama, teknologi, pertahanan keamanan, bahkan kalau perlu masuk kedalam kehidupan privat warga negaranya.

Demi menghindari penyimpangan dan penyalahgunaan wewenang maka tetap diperlukan prinsip-prinsip dasar dalam pelaksanaan negara hukum modern, adapun unsur-unsur terpenting dalam negara hukum kesejahteraan, antara lain :¹³

- a. Jaminan terhadap hak-hak asasi manusia;
- b. Pemisahan/pembagian kekuasaan;
- c. Legalitas Pemerintahan;
- d. Peradilan Administrasi yang bebas dan tidak memihak; dan
- e. Terwujudnya kesejahteraan umum warga negara.

Berdasarkan pada penjabaran negara hukum materiil atau negara kesejahteraan sesuai dengan tujuan negara, maka pemerintahan Indonesia diarahkan untuk mencapai kesejahteraan masyarakat, melalui penyelenggaraan kepentingan umum (*social service* atau *public service*). Dalam rangka mewujudkan tujuan negara tersebut, pemerintah dituntut untuk melakukan berbagai macam fungsi dan tugas, yang pada umumnya terdiri dari tugas mengatur dan tugas mengurus, yang muaranya adalah perwujudan kesejahteraan seluruh masyarakat. Eksistensi bangsa dan negara Indonesia memiliki tantangan besar dalam hal perwujudan kesejahteraan segenap bangsa Indonesia. Bukan hanya karena Indonesia

¹² W. Riawan Tjandra, *Hukum Sarana Pemerintahan*, Cahaya Atma Pustaka, Jakarta, 2014, h. 1.

¹³ B. Hestu Cipto Handoyo, *Op. Cit.*, h. 21.

menganut paham negara hukum kesejahteraan, namun juga dikarenakan janji kemerdekaan bangsa Indonesia sebagai kontrak sosial tertinggi telah tercantum dalam konstitusi dan hal tersebut haruslah dilunasi demi terwujudnya cita-cita para pendiri bangsa.

Meskipun prinsip-prinsip yang ditegaskan doktrin negara hukum sudah jelas dijadikan landasan bersama oleh setiap negara yang menganut paham *rechtsstaat* dan *rule of law*, namun tidak mudah dilaksanakan oleh pelaksana kebijakan. Oleh karena itu, diperlukan adanya ukuran untuk menilai sejauh mana negara-negara mematuhi peraturan hukum dalam praktik. Doktrin negara hukum banyak berasal dari teori mengenai gagasan tentang aturan hukum, teori ini melampaui prinsip-prinsip umum dan mengeksplorasi bahan-bahan aturan hukum dalam hal hasil spesifik yang informatif sejauh mana prinsip-prinsip terlaksana.

Ukuran suatu negara yang menganut paham negara hukum paling tidak mempunyai sembilan konsep dasar, yaitu:¹⁴

1. faktor-faktor yang membatasi kekuasaan pemerintah;
2. tidak adanya korupsi;
3. ketertiban dan keamanan;
4. hak dasar;
5. pemerintahan terbuka;
6. penegakan peraturan yang efektif;
7. akses terhadap keadilan sipil;
8. peradilan pidana yang efektif; dan
9. keadilan informal.

Perkembangan teori (konsepsi) negara hukum dari Juan C. Botero dan Alejandro Ponce merupakan evolusi dari teori negara hukum yang dianut oleh negara Eropa Kontinental, *Anglo Saxon* dan *International Commission of Jurist* di Athena tahun 1955 dan *International Congress of Jurist* di Bangkok tahun 1965 yang telah mengalami perubahan sesuai dengan tuntutan zaman. Teori negara hukum Juan C. Botero dan

¹⁴ Juan C. Botero and Alejandro Ponce dikutip Zahermann Armandz Muabezi, *Op. Cit.*, h. 431.

Alejandro Ponce merupakan penggabungan dan penyederhanaan dari ketiga teori negara hukum eropa Kontinental, *Anglo Saxon*, dan Juris Internasional.¹⁵

Sebagai buah dari reformasi tahun 1998 salah satunya adalah telah dilakukan perubahan empat kali atas UUD NRI Tahun 1945. Perubahan UUD NRI Tahun 1945 dilakukan karena sebelum perubahan, kekuasaan Presiden begitu besar dimana Presiden menjadi *one man show* dalam penyelenggaraan pemerintahan negara. Pasal 1 ayat (3) UUD NRI Tahun 1945 menentukan bahwa “Negara Indonesia adalah negara Hukum”. Ketentuan Pasal 1 ayat (3) telah memberikan kepastian dan jaminan kepada setiap rakyat Indonesia dalam menyuarkan aspirasinya atas setiap kebijakan publik yang dilakukan oleh pemerintah. Guna menegaskan Pasal 1 ayat (3) UUD NRI Tahun 1945 maka telah dicantumkan pengaturan dalam Pasal 28A sampai dengan Pasal 28J tentang jaminan hak asasi manusia rakyat Indonesia berdasarkan perubahan Kedua UUD NRI Tahun 1945. Untuk memastikan tidak adanya pelanggaran UUD NRI Tahun 1945 maka dibentuk Mahkamah Konstitusi sebagai pengawal dan penerjemah UUD NRI Tahun 1945 (Konstitusi) berdasarkan Perubahan Ketiga UUD NRI Tahun 1945. Kehadiran Mahkamah Konstitusi telah memberikan warna baru Indonesia sebagai negara hukum dimana setiap adanya hak-hak rakyat yang berpotensi dilanggar oleh penyelenggara negara yang diatur dalam undang-undang maka dapat diajukan uji materiil kepada Mahkamah Konstitusi. Sedangkan adanya hak-hak rakyat yang berpotensi dilanggar oleh penyelenggara negara yang diatur di bawah undang-undang maka uji materinya diajukan kepada Mahkamah Agung.

Pada prinsipnya *rechtsstaats* atau *rule of law* bertujuan untuk membatasi penguasa (pemerintah dalam artian luas) dalam setiap bersikap dan bertindak yang didasarkan kepada peraturan perundang-undangan yang berlaku pada suatu tempat dan waktu tertentu atas rakyatnya. Doktrin *rechtsstaats* atau *rule of law* hanya bisa tumbuh di negara yang menganut demokrasi karena tanpa negara hukum dan demokrasi yang hadir hanya paham totaliter, fasis, absolut dan represif dan politik jadi panglima, serta dimana hukum menjadi alat mempertahankan kekuasaan yang tidak sejalan dengan pemerintah. Wujud seperti inilah yang dinamakan negara kekuasaan (*machtsstaat*).

¹⁵ *Ibid.*

Utrecht membedakan antara Negara Hukum Formil atau Negara Hukum Klasik, dan Negara Hukum Materiel atau Negara Hukum Modern.¹⁶ Negara Hukum Formil menyangkut pengertian hukum yang bersifat formil dan sempit, yaitu dalam arti peraturan perundang-undangan tertulis. Sedangkan yang kedua, yaitu Negara Hukum Materiel yang lebih mutakhir mencakup pula pengertian keadilan di dalamnya. Perbedaan ini dimaksudkan untuk menegaskan bahwa dalam konsepsi negara hukum itu, keadilan tidak serta-merta akan terwujud secara substantif, terutama karena pengertian orang mengenai hukum itu sendiri dapat dipengaruhi oleh aliran pengertian hukum formil dan dapat pula dipengaruhi oleh aliran pikiran hukum materiel. Jika hukum dipahami secara kaku dan sempit dalam arti peraturan perundang-undangan semata, niscaya pengertian negara hukum yang dikembangkan juga bersifat sempit dan terbatas serta belum tentu menjamin keadilan substantive.

Namun demikian, terlepas dari perkembangan pengertian tersebut di atas, konsepsi tentang Negara Hukum di kalangan kebanyakan ahli hukum masih sering terpaku kepada unsur-unsur pengertian sebagaimana dikembangkan pada abad ke-19 dan abad ke-20. Sebagai contoh, tatkala merinci unsur-unsur pengertian Negara Hukum (*Rechtsstaat*), para ahli selalu saja mengemukakan empat unsur *rechtsstaat*, dimana unurnya yang keempat adalah adanya *administratieve rechtspraak* atau peradilan tata usaha Negara sebagai ciri pokok Negara Hukum. Tidak ada yang mengaitkan unsur pengertian Negara Hukum Modern itu dengan keharusan adanya kelembagaan atau setidaknya-tidaknya fungsi Mahkamah Konstitusi sebagai lembaga pengadilan tata Negara. Konsepsi Negara Hukum (*Rechtsstaat*) sebagaimana banyak dibahas oleh para ahli sampai sekarang adalah hasil inovasi intelektual hukum pada abad ke 19 ketika Pengadilan Administrasi Negara itu sendiri pada mulanya dikembangkan; sedangkan Mahkamah Konstitusi baru dikembangkan sebagai lembaga tersendiri di samping Mahkamah Agung atas jasa Professor Hans Kelsen pada tahun 1919, dan baru dibentuk pertama kali di Austria pada tahun 1920. Oleh karena itu, jika pengadilan tata usaha Negara merupakan fenomena abad ke-19, maka pengadilan tata negara adalah fenomena abad ke-20 yang belum dipertimbangkan menjadi salah satu ciri utama Negara Hukum kontemporer. Oleh karena itu, patut kiranya dipertimbangkan kembali untuk

¹⁶ Utrecht, Hukum Administrasi Negara, Sinar Harapan, Jakarta, 1990, h. 9.

merumuskan secara baru konsepsi Negara Hukum modern itu sendiri untuk kebutuhan praktek ketatanegaraan pada abad ke-21 sekarang ini.

Menurut Scheltema, tentang unsur-unsur dan asas-asas Negara Hukum itu secara baru, yaitu meliputi 5 (lima) hal sebagai berikut:¹⁷

1. Pengakuan, penghormatan, dan perlindungan Hak Asasi Manusia yang berakar dalam penghormatan atas martabat manusia (*human dignity*).
2. Berlakunya asas kepastian hukum. Negara Hukum untuk bertujuan menjamin bahwa kepastian hukum terwujud dalam masyarakat. Hukum bertujuan untuk mewujudkan kepastian hukum dan prediktabilitas yang tinggi, sehingga dinamika kehidupan bersama dalam masyarakat bersifat *predictable*. Asas-asas yang terkandung dalam atau terkait dengan asas kepastian hukum itu adalah:
 - a. Asas legalitas, konstitusionalitas, dan supremasi hukum;
 - b. Asas undang-undang menetapkan berbagai perangkat peraturan tentang cara pemerintah dan para pejabatnya melakukan tindakan pemerintahan;
 - c. Asas non-retroaktif perundang-undangan, sebelum mengikat undang-undang harus lebih dulu diundangkan dan diumumkan secara layak;
 - d. Asas peradilan bebas, independen, imparial, dan objektif, rasional, adil dan manusiawi;
 - e. Asas *non-liquet*, hakim tidak boleh menolak perkara karena alasan undang-undangnya tidak ada atau tidak jelas;
 - f. Hak asasi manusia harus dirumuskan dan dijamin perlindungannya dalam undang-undang atau UUD.
3. Berlakunya Persamaan (*Similia Similius* atau *Equality before the Law*) Dalam Negara Hukum, Pemerintah tidak boleh mengistimewakan orang atau kelompok orang tertentu, atau memdiskriminasikan orang atau kelompok orang tertentu. Di dalam prinsip ini, terkandung (a) adanya jaminan persamaan bagi semua orang di

¹⁷ B. Arief Sidharta, *Kajian Kefilsafatan tentang Negara Hukum*, Jentera (Jurnal Hukum), Pusat Studi Hukum dan Kebijakan (PSHK), Jakarta, edisi 3 Tahun II, November 2004, h. 124-125.

hadapan hukum dan pemerintahan, dan (b) tersedianya mekanisme untuk menuntut perlakuan yang sama bagi semua warga Negara.

4. Asas demokrasi dimana setiap orang mempunyai hak dan kesempatan yang sama untuk turut serta dalam pemerintahan atau untuk mempengaruhi tindakan-tindakan pemerintahan. Untuk itu asas demokrasi itu diwujudkan melalui beberapa prinsip, yaitu:
 - a. Adanya mekanisme pemilihan pejabat-pejabat publik tertentu yang bersifat langsung, umum, bebas, rahasia, jujur dan adil yang diselenggarakan secara berkala;
 - b. Pemerintah bertanggungjawab dan dapat dimintai pertanggungjawaban oleh badan perwakilan rakyat;
 - c. Semua warga Negara memiliki kemungkinan dan kesempatan yang sama untuk berpartisipasi dalam proses pengambilan keputusan politik dan mengontrol pemerintah;
 - d. Semua tindakan pemerintahan terbuka bagi kritik dan kajian rasional oleh semua pihak;
 - e. Kebebasan berpendapat/berkeyakinan dan menyatakan pendapat;
 - f. Kebebasan pers dan lalu lintas informasi;
 - g. Rancangan undang-undang harus dipublikasikan untuk memungkinkan partisipasi rakyat secara efektif.
5. Pemerintah dan Pejabat mengemban amanat sebagai pelayan masyarakat dalam rangka mewujudkan kesejahteraan masyarakat sesuai dengan tujuan bernegara yang bersangkutan. Dalam asas ini terkandung hal-hal sebagai berikut:
 - a. Asas-asas umum pemerintahan yang layak;
 - b. Syarat-syarat fundamental bagi keberadaan manusia yang bermartabat manusiawi dijamin dan dirumuskan dalam aturan perundang-undangan, khususnya dalam konstitusi;
 - c. Pemerintah harus secara rasional menata tiap tindakannya, memiliki tujuan yang jelas dan berhasil guna (doelmatig). Artinya, pemerintahan itu harus diselenggarakan secara efektif dan efisien.

Walaupun pada dasarnya konsep negara hukum bukan merupakan konsep asli yang tumbuh di Indonesia, namun konsep negara hukum merupakan konsep yang penting harus diterapkan di negara modern dewasa ini, dan negara Indonesia memiliki sebuah pandangan sebagai Negara Hukum dengan karakteristik yang khas, yaitu negara hukum Pancasila. Negara hukum Pancasila merupakan negara hukum yang berasaskan kepada nilai-nilai Pancasila. Sehingga kehadiran Pancasila di dalam negara hukum Indonesia tentunya sebagai pemersatu dan pandangan hidup bangsa Indonesia, dimana hal tersebut sesuai dengan masyarakat Indonesia yang lebih mengutamakan kehidupan yang keharmonisan, penuh keselarasan, dan suasana kekeluargaan, diatas suatu konflik.

Menurut Oemar Seno Adji; negara hukum Indonesia memiliki ciri-ciri khas Indonesia. Salah satu ciri pokok dalam negara hukum pancasila adanya jaminan terhadap kebebasan beragama. Tetapi kebebasan yang positif, artinya tidak ada tempat bagi ateisme atau propaganda anti agama di bumi Indonesia. Ciri-Ciri negara Hukum Pancasila :¹⁸

- a. Hubungan yang erat antara agama dan negara
- b. Bertumpu pada Ketuhanan yang Maha Esa.
- c. Kebebasan beragama dalam arti positif
- d. Ateisme tidak dibenarkan.
- e. Komunisme dilarang.
- f. Asas Kekeluargaan dan Kerukunan

Kemudian menurut Jimly Asshiddiqie; Dalam penerapan konsepsi Negara Hukum di Indonesia dalam situasi dewasa ini, terdapat 13 prinsip pokok Negara Hukum yang menyangga berdiri tegaknya satu Negara modern sehingga dapat disebut sebagai Negara hukum dalam arti yang sebenarnya. Yang menurut Jimly Asshiddiqie ketiga belas prinsip pokok Negara hukum tersebut adalah:¹⁹

- a. Supremasi Hukum (Supremacy of Law) ;
- b. Persamaan dalam Hukum (Equality Before the Law) ;
- c. Asas Legalitas (Due Process of Law) ;

¹⁸ Arizona, Yance, 2010, Negara Hukum Bernurani, Gagasan Satjipto Rahardjo tentang Negara Hukum Indonesia, Lombok, IILS, h. 19

¹⁹ Jimly Asshiddiqie, *Loc. Cit.*

- d. Pembatasan Kekuasaan ;
- e. Organ-Organ Eksekutif Independen ;
- f. Peradilan Bebas dan Tidak Memihak ;
- g. Peradilan Tata Usaha Negara;
- h. Peradilan Tata Negara (Constitutional Court) ;
- i. Perlindungan Hak Asasi Manusia ;
- j. Bersifat Demokratis (Democratische reshtsstaat);
- k. Berfungsi sebagai Sarana Mewujudkan Tujuan Bernegara (Welfare Rechtsstaat) ;
- l. Transparansi dan Kontrol Sosial ;
- m. Ber-ketuhanan Yang Maha Esa.

2.2. Tindak Pidana

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 pembedaan berkaitan dengan dasar-dasar pembedaan penerapan pidana serta teori-teori tentang tujuan pembedaan. Perlu disampaikan di sini bahwa, pidana adalah merupakan suatu istilah yuridis yang mempunyai arti khusus sebagai terjemahan dari bahasa Belanda *straf* yang dapat diartikan sebagai hukuman.²⁰

Istilah “pidana” merupakan istilah yang lebih khusus, yaitu menunjukkan sanksi dalam hukum pidana.²¹ Pidana adalah sebuah konsep dalam bidang hukum pidana yang masih perlu penjelasan lebih lanjut untuk dapat memahami arti dan hakekatnya. Menurut Roeslan Saleh “pidana adalah reaksi atas delik, dan ini berwujud suatu nestapa yang dengan sengaja ditimpakan negara kepada pembuat delik itu”.²²

²⁰ Moeljatno, *Op. Cit.*, h. 37.

²¹ Romli Atmasasmita, *Strategi Pembinaan Pelanggar Hukum Dalam Konteks Penegakan Hukum Di Indonesia*, Alumni, Bandung, 1982, h. 23.

²² Roeslan Saleh, *Stelsel Pidana Indonesia*, Aksara Baru, Jakarta, 1983, h. 9.

Muladi dan Barda Nawawi berpendapat bahwa unsur pengertian pidana, meliputi:²³

- a. Pidana itu pada hakekatnya merupakan suatu pengenaan penderitaan atau nestapa atau akibat-akibat lain yang tidak menyenangkan;
- b. Pidana itu diberikan dengan sengaja oleh orang atau badan yang mempunyai kekuasaan (oleh yang berwenang);
- c. Pidana itu dikenakan pada seseorang yang telah melakukan tindak pidana menurut undang-undang.

Menurut Moeljatno, tindak pidana adalah suatu perbuatan yang memiliki unsur dan dua sifat yang berkaitan, unsur-unsur yang dapat dibagi menjadi dua macam yaitu :²⁴

- a. Subyektif adalah berhubungan dengan diri sipelaku dan termasuk ke dalamnya yaitu segala sesuatu yang terkandung dihatinya.
- b. Obyektif adalah unsur-unsur yang melekat pada diri sipelaku atau yang ada hubungannya dengan keadaan-keadaannya, yaitu dalam keadaan-keadaan mana tindakan-tindakan dari sipelaku itu harus dilakukan.

Berdasarkan beberapa pengertian di atas, dapat diketahui tindak pidana adalah perbuatan melakukan atau tidak melakukan sesuatu yang memiliki unsur kesalahan sebagai perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana, dimana penjatuhan pidana terhadap pelaku adalah demi terpeliharanya tertib hukum dan terjaminnya kepentingan umum

Tindak pidana merupakan pengertian dasar dalam hukum pidana. Tindak pidana merupakan suatu pengertian yuridis, lain halnya dengan istilah perbuatan jahat atau kejahatan. Secara yuridis formal, tindak kejahatan merupakan bentuk tingkah laku yang melanggar undang-undang pidana. Oleh sebab itu setiap perbuatan yang dilarang oleh undang-undang harus dihindari dan barang siapa melanggarnya maka akan dikenakan pidana. Jadi larangan-larangan dan kewajiban-kewajiban tertentu yang harus ditaati oleh setiap warga Negara wajib dicantumkan dalam undang-undang maupun peraturan-peraturan pemerintah, baik di tingkat pusat maupun daerah.²⁵

²³ *Ibid.* h. 4.

²⁴ Moeljatno. *Op. Cit.*, h. 69.

²⁵ Lamintang, *Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1996, h. 7.

Menurut Moeljatno, jenis-jenis tindak pidana dibedakan atas dasar-dasar tertentu, antara lain sebagai berikut:²⁶

- a. Menurut Kitab Undang-Undang Pidana (KUHP) dibedakan antara lain kejahatan yang dimuat dalam Buku II dan Pelanggaran yang dimuat dalam Buku III. Pembagian tindak pidana menjadi “kejahatan” dan “pelanggaran” itu bukan hanya merupakan dasar bagi pembagian KUHP kita menjadi Buku ke II dan Buku III melainkan juga merupakan dasar bagi seluruh sistem hukum pidana di dalam PerUndang-Undangan secara keseluruhan.
- b. Cara merumuskannya, dibedakan dalam tindak pidana formil (*Formeel Delicten*) dan tindak pidana materil (*Materiil Delicten*). Tindak pidana formil adalah tindak pidana yang dirumuskan bahwa larangan yang dirumuskan itu adalah melakukan perbuatan tertentu. Misalnya Pasal 351 KUHP yaitu tentang penganiayaan. Tindak pidana materil inti larangannya adalah pada menimbulkan akibat yang dilarang, karena itu siapa yang menimbulkan akibat yang dilarang itulah yang dipertanggung jawabkan dan dipidana.
- c. Dilihat dari bentuk kesalahan, tindak pidana dibedakan menjadi tindak pidana sengaja (*dolus delicten*) dan tindak pidana tidak sengaja (*culpose delicten*). Contoh tindak pidana kesengajaan (*dolus*) yang diatur di dalam KUHP antara lain sebagai berikut: Pasal 310 KUHP (penghinaan) yaitu sengaja menyerang kehormatan atau nama baik seorang, Pasal 322 KUHP (membuka rahasia) yaitu dengan sengaja membuka rahasia yang wajib disimpannya karena jabatan atau pencariannya. Pada delik kelalaian (*culpa*) orang juga dapat dipidana jika ada kesalahan, misalnya Pasal 360 Ayat 2 KUHP yang menyebabkan orang lain luka-luka.
- d. Berdasarkan macam perbuatannya, tindak pidana aktif (positif), perbuatan aktif juga disebut perbuatan materil adalah perbuatan untuk mewujudkannya diisyaratkan dengan adanya gerakan tubuh orang yang berbuat, misalnya Pencurian (Pasal 362 KUHP) dan penipuan (Pasal 378 KUHP). Tindak pidana dibedakan menjadi dua yaitu :
 - 1) Tindak pidana murni adalah tindak pidana yang dirumuskan secara formil atau tindak pidana yang pada dasarnya unsur perbuatannya berupa perbuatan pasif, misalnya diatur dalam Pasal 224,304 dan 552 KUHP.

²⁶ *Ibid.* h. 47.

- 2) Tindak pidana tidak murni adalah tindak pidana yang pada dasarnya berupa tindak pidana positif, tetapi dapat dilakukan secara tidak aktif atau tindak pidana yang mengandung unsur terlarang tetapi dilakukan dengan tidak berbuat, misalnya diatur dalam Pasal 338 KUHP, ibu tidak menyusui bayinya sehingga bayi tersebut meninggal.

Berdasarkan hal tersebut di atas, dapat diketahui bahwa jenis-jenis tindak pidana terdiri dari tindak pidana kejahatan dan tindak pidana pelanggaran, tindak pidana formil dan tindak pidana materil, tindak pidana sengaja dan tindak pidana tidak sengaja serta tindak pidana aktif dan tindak pidana pasif.

Klasifikasi tindak pidana menurut system KUHP dibagi menjadi dua bagian, kejahatan (*minsdrifven*) yang diatur Dalam Buku II KUHP dan pelanggaran *overtredigen* yang diatur dalam Buku III KUHP. Pembagian perbedaan kejahatan dan pelanggaran didasarkan atas perbedaan prinsipil, yaitu :

- a. Kejahatan adalah *rechtsdelict*, artinya perbuatan-perbuatan yang bertentangan dengan keadilan. Pertentangan ini terlepas perbuatan itu diancam pidana dalam suatu Perundang-undangan atau tidak. Jadi, perbuatan itu benar-benar dirasakan masyarakat sebagai bertentangan dengan keadilan.
- b. Pelanggaran adalah *wetsdelict*, artinya perbuatan-perbuatan yang didasari oleh masyarakat sebagai suatu tindak pidana karena undang-undang menyebutkan sebagai delik.²⁷

Dua macam cara menentukan perbedaan antara golongan tindak pidana kejahatan dan pelanggaran, yaitu :

- 1) Meneliti dari sifat pembentuk undang-undang.
- 2) Meneliti sifat-sifat yang berbeda antara tindak-tindak pidana yang termuat dalam Buku II KUHP di satu pihak dan tindak-tindak pidana yang termuat dalam Buku III KUHP di pihak lain.

Pengertian tindak pidana yang dimuat di dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) oleh pembentuk undang-undang sering disebut dengan *strafbaar feit*. Para

²⁷ Tri Andrisman, *Hukum Pidana*, Universitas Lampung, Bandar Lampung, 2007, h. 86.

pembentuk undang-undang tersebut tidak memberikan penjelasan lebih lanjut mengenai *strafbaarfeit* itu, maka dari itu terhadap maksud dan tujuan mengenai *strafbaarfeit* tersebut sering digunakan oleh pakar hukum pidana dengan istilah tindak pidana, perbuatan pidana, peristiwa pidana, serta delik.

Istilah *strafbaarfeit* sendiri yang merupakan bahasa Belanda tersebut terdiri atas tiga kata, yaitu *straf* yang berarti hukuman (pidana), *baar* yang berarti dapat (boleh), dan *feit* yang berarti tindak, peristiwa, pelanggaran dan perbuatan. Jadi istilah *strafbaarfeit* adalah peristiwa yang dapat dipidana atau perbuatan yang dapat dipidana.²⁸

Menurut Pompe yang dikutip Bambang Poernomo, pengertian *Strafbaar feit* dibedakan menjadi :²⁹

- a. Definisi menurut teori adalah suatu pelanggaran terhadap norma yang dilakukan karena kesalahan si pelanggar dan diancam dengan pidana untuk mempertahankan tata hukum dan menyelamatkan kesejahteraan umum.
- b. Definisi menurut hukum positif adalah suatu kejadian/*feit* yang diancam pidana.

Beberapa pendapat pakar hukum dari barat (Eropa) mengenai pengertian *strafbaar feit*, antara lain sebagai berikut:

1. Simons, memberi batasan pengertian *strafbaar feit* adalah suatu tindakan melanggar hukum yang telah dilakukan dengan sengaja oleh seseorang yang dapat dipertanggungjawabkan atas tindakannya dan yang oleh undang-undang telah dinyatakan sebagai suatu tindakan yang dapat dihukum.³⁰
2. Pompe, *strafbaar feit* adalah suatu pelanggaran norma (gangguan terhadap tertib hukum) yang dengan sengaja ataupun dengan tidak sengaja telah dilakukan oleh seorang pelaku, dimana penjatuhan hukuman terhadap pelaku tersebut adalah perlu demi terpeliharanya tertib hukum.³¹
3. Hasewinkel Suringa, *strafbaar feit* yang bersifat umum yakni suatu perilaku manumur yang pada suatu saat tertentu telah ditolak di dalam suatu pergaulan

²⁸ I Made Widnyana, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Fikahati Aneska, Jakarta, 2010, h.32.

²⁹ Bambang Poernomo, *Pertumbuhan Hukum Penyimpangan di luar Kodifikasi Hukum Pidana*, Bina Aksara, Jakarta, 1997, h.86.

³⁰ Lamintang, *Op. Cit.*, h. 34.

³¹ *Ibid.*

hidup tertentu dan dianggap sebagai perilaku yang harus ditiadakan oleh hukum pidana dengan menggunakan sarana- sarana yang bersifat memaksa yang terdapat didalam undang-undang.³²

Beberapa pendapat pakar hukum Indonesia mengenai *Strafbaar feit*, antara lain sebagai berikut:

1. Moeljatno menerjemahkan istilah *strafbaar feit* dengan perbuatan pidana. Perbuatan pidana adalah perbuatan yang dilarang oleh suatu aturan hukum larangan mana disertai ancaman (sanksi) yang berupa pidana tertentu, bagi barangsiapa yang melanggar larangan tersebut.
2. Teguh Prasetyo menyatakan bahwa, Tindak pidana adalah perbuatan yang oleh aturan hukum dilarang dan diancam dengan pidana. Pengertian perbuatan di sini selain perbuatan yang bersifat aktif (melakukan sesuatu yang sebenarnya dilarang oleh hukum) dan perbuatan yang bersifat pasif (tidak berbuat sesuatu yang sebenarnya diharuskan oleh hukum).
3. Wirjono Prodjodikoro mempergunakan istilah tindak pidana adalah tetap dipergunakan dengan istilah tindak pidana atau dalam Bahasa Belanda *Strafbaar feit* yaitu suatu perbuatan yang pelakunya dapat dikenakan hukuman pidana dan pelakunya ini dapat dikatakan merupakan "subyek" tindak pidana.³³
4. Andi Hamzah menyatakan bahwa yang dimaksud dengan Tindak pidana adalah kelakuan manusia yang dirumuskan dalam undang-undang, melawan hukum, yang patut dipidana dan dilakukan dengan kesalahan. Orang yang melakukan perbuatan pidana akan mempertanggungjawabkan perbuatan dengan pidana apabila ia mempunyai kesalahan, seseorang mempunyai kesalahan apabila pada waktu melakukan perbuatan dilihat dari segi masyarakat menunjukkan pandangan normatif mengenai kesalahan yang dilakukan.³⁴

Tindak pidana merupakan suatu pengertian dasar dalam hukum pidana, tindak pidana adalah pengertian yuridis, lain halnya dengan istilah perbuatan atau kejahatan yang

³² *Ibid.*

³³ Wiryono Projodikoro, *Azas- azas Hukum Pidana di Indonesia*, Eresco, Bandung, 1986, h. 55.

³⁴ Andi Hamzah, *Bunga Rampai Hukum Pidana dan Acara Pidana*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 2001, h. 22.

diartikan secara yuridis atau secara kriminologis. Tindak pidana secara umum dapat diartikan sebagai perbuatan yang melawan hukum baik secara formal maupun secara materiil.

Dikemukakan oleh Moeljatno bahwa istilah hukuman yang berasal dari kata *straf* ini dan istilah dihukum yang berasal dari perkataan *wordt gestraft*, adalah merupakan istilah konvensional. Moeljatno tidak setuju dengan istilah-istilah itu dan menggunakan istilah-istilah yang inkonvensional, yaitu pidana untuk menggantikan kata *wordt gestraft*. Jika *straf* diartikan hukuman maka *strafrecht* seharusnya diartikan dengan hukuman-hukuman. Selanjutnya dikatakan oleh Moeljatno bahwa 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 perdata.³⁵

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*). 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 KUHP.

Bahwa 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 dilakukan.³⁶

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

³⁶ Lamintang, *Op. Cit.*, h. 183.

Unsur subjektif adalah unsur-unsur yang melekat pada diri si pelaku atau yang berhubungan dengan diri si pelaku, dan termasuk ke dalamnya yaitu segala sesuatu yang terkandung di dalam hatinya. Sedangkan unsur objektif adalah unsur-unsur yang ada hubungannya dengan keadaan-keadaan, yaitu di dalam keadaan-keadaan mana tindakan-tindakan dari si pelaku itu harus di lakukan.³⁷ Unsur subjektif dari suatu tindak pidana itu adalah:

1. Kesengajaan atau ketidaksengajaan (*dolus* atau *culpa*);
2. Maksud atau *Voornemen* pada suatu percobaan atau *pogging* seperti yang dimaksud dalam Pasal 53 ayat 1 KUHP;
3. Macam-macam maksud atau *oogmerk* seperti yang terdapat misalnya di dalam kejahatan-kejahatan pencurian, penipuan, pemerasan, pemalsuan dan lain-lain;
4. Merencanakan terlebih dahulu atau *voorbedachte raad* seperti yang terdapat di dalam kejahatan pembunuhan menurut Pasal 340 KUHP;
5. Perasaan takut yang antara lain terdapat di dalam rumusan tindak pidana menurut Pasal 308 KUHP.

Unsur objektif dari suatu tindak pidana itu adalah :

1. Sifat melanggar hukum atau *wederrechtelijkheid*;
2. Kualitas dari si pelaku, misalnya keadaan sebagai seorang pegawai negeri di dalam kejahatan jabatan menurut Pasal 415 KUHP atau keadaan sebagai pengurus atau komisararis dari suatu Perseroan Terbatas di dalam kejahatan menurut Pasal 398 KUHP.
3. Kausalitas yakni hubungan antara suatu tindak pidana sebagai penyebab dengan sesuatu kenyataan sebagai akibat.

Menurut Prof. Moeljatno unsur tindak pidana yaitu sebagai berikut, yakni :³⁸

- a. Perbuatan;
- b. Yang dilarang (oleh aturan hukum); dan

³⁷ *Ibid.*, h. 193.

³⁸ Adami Chazawi, *Pelajaran Hukum Pidana (Stelsel Tindak Pidana, Teori-Teori Pemidanaan & Batas Berlakunya Hukum Pidana)*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2002, h. 79

- c. Ancaman pidana (yang melanggar larangan).

Menurut R. Tresna tindak pidana terdiri dari unsur-unsur yaitu sebagai berikut :³⁹

- a. Perbuatan/rangkaian perbuatan;
- b. Yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan; dan
- c. Diadakan tindakan penghukuman.

Meskipun rumusan di atas terlihat berbeda namun pada hakikatnya ada persamaan, yaitu tidak memisahkan antara unsur-unsur mengenai perbuatannya maupun mengenai diri orang lain.

Salah satu unsur dalam perbuatan pidana adalah unsur melawan hukum. Apabila dalam suatu perbuatan terdapat unsur melawan hukum seperti yang terkandung dalam peraturan perundang-undangan pidana, maka perbuatan tersebut disebut perbuatan pidana. Moeljatno mendefinisikan suatu perbuatan pidana sebagai perbuatan yang dilarang oleh suatu aturan hukum, dan larangan disertai ancaman (sanksi) yang berupa pidana tertentu bagi barang siapa yang melanggar larangan tersebut. Larangan ditujukan kepada perbuatan (suatu keadaan atau kejadian yang ditimbulkan oleh perbuatan orang). Sedangkan ancaman pidana ditujukan kepada orang yang melakukan perbuatan itu.⁴⁰

Dari penjelasan tersebut dapat diartikan bahwa suatu perbuatan disebut perbuatan pidana apabila perbuatan tersebut yang dilarang oleh aturan dalam hukum pidana. Moeljatno juga menegaskan bahwa terdapat unsur-unsur atau syarat yang harus ada dalam suatu perbuatan pidana. Unsur atau syarat tersebut adalah sebagai berikut:⁴¹

- b. Kelakuan dan akibat (perbuatan);
- c. Hal atau keadaan yang menyertai perbuatan;
- d. Keadaan tambahan yang memberatkan pidana;
- e. Unsur melawan hukum yang objektif;
- f. Unsur melawan hukum yang subjektif.

Maksud dan tujuan diadakannya istilah tindak pidana, perbuatan pidana, maupun peristiwa hukum dan sebagainya itu adalah untuk mengalihkan bahasa dari istilah asing

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ Moeljatno, *Op. Cit.*, h. 54.

⁴¹ *Ibid.*, h. 63.

stafbaar feit namun belum jelas apakah disamping mengalihkan bahasa dari istilah *sratfbaar feit* dimaksudkan untuk mengalihkan makna dan pengertiannya, juga oleh karena sebagian besar kalangan ahli hukum belum jelas dan terperinci menerangkan pengertian istilah, ataukah sekedar mengalihkan bahasanya, hal ini yang merupakan pokok perbedaan pandangan, selain itu juga ditengah-tengah masyarakat juga dikenal istilah kejahatan yang menunjukkan pengertian perbuatan melanggar norma dengan mendapat reaksi masyarakat melalui putusan hakim agar dijatuhi pidana.

Tindak pidana juga diartikan sebagai suatu dasar yang pokok dalam menjatuhi pidana pada orang yang telah melakukan perbuatan pidana atas dasar pertanggungjawaban seseorang atas perbuatan yang telah dilakukannya, tapi sebelum itu mengenai dilarang dan diancamnya suatu perbuatan yaitu mengenai perbuatan pidanya sendiri, yaitu berdasarkan asas legalitas (*Principle of legality*) asas yang menentukan bahwa tidak ada perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana jika tidak ditentukan terlebih dahulu dalam perundang-undangan, biasanya ini lebih dikenal dalam bahasa latin sebagai *Nullum delictum nulla poena sine praevia lege* (tidak ada delik, tidak ada pidana tanpa peraturan lebih dahulu).

Tindak pidana merupakan bagian dasar dari pada suatu kesalahan yang dilakukan terhadap seseorang dalam melakukan suatu kejahatan. Jadi untuk adanya kesalahan hubungan antara keadaan dengan perbuatannya yang menimbulkan celaan harus berupa kesengajaan atau kelapaaan. Dikatakan bahwa kesengajaan (*dolus*) dan kealpaan (*culpa*) adalah bentuk-bentuk kesalahan sedangkan istilah dari pengertian kesalahan (*schuld*) yang dapat menyebabkan terjadinya suatu tindak pidana adalah karena seseorang tersebut telah melakukan suatu perbuatan yang bersifat melawan hukum sehingga atas`perbuatannya tersebut maka dia harus bertanggungjawabkan atas segala bentuk tindak pidana yang telah dilakukannya untuk dapat diadili dan bilamana telah terbukti benar telah terjadinya suatu tindak pidana yang dilakukannya, maka dengan begitu dapat dijatuhi hukuman pidana sesuai dengan Pasal yang mengaturnya.⁴²

⁴² Amir Ilyas, *Op. Cit.*, h. 28.

Setiap perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana oleh peraturan hukum pidana itu harus bersifat melawan hukum. adapun sifat perbuatan melawan hukum suatu perbuatan ada 2 (dua) macam, yakni:⁴³

1) Sifat melawan hukum formil (*Formale wedderrechtelijk*)

Menurut pendapat ini, yang dimaksud dengan perbuatan bersifat melawan hukum adalah perbuatan yang memenuhi rumusan undang-undang, kecuali jika diadakan pengecualian-pengecualian yang telah ditentukan dalam undang-undang, bagi pendapat ini melawan hukum berarti melawan undang-undang, sebab hukum adalah undang-undang.

2) Sifat melawan hukum materil (*materielewederrechtelijk*).

Menurut pendapat ini belum tentu perbuatan yang yang memenuhi rumusan undang-undangitu bersifat melawan hukum. Bagi pendapat ini yang dinamakan hukum itu bukan hanya undang-undang saja (hukum yang tertulis), tetapi juga meliputi hukum yang tidak tertulis, yakni kaidah-kaidah atau kenyataan-kenyataan yang berlaku di masyarakat.

Perbedaan yang pokok antara kedua pendapat tersebut di atas, adalah:

1. Pendapat yang formil hanya mengakui adanya pengecualian (peniadaan) sifat melawan hukum dari perbuatan yang terdapat dalam undang-undang (hukum tertulis). Seperti:

- a. Pasal 48 KUHP (daya paksa/*overmacht*);
- b. Pasal 49 ayat (1) KUHP (bela paksa/*noodweer*);
- c. Pasal 50 KUHP (melaksanakan ketentuan undang-undang);
- d. Pasal 51 ayat (1) KUHP (perintah jabatan yang sah).

Sedangkan pendapat material, mengakui adanya pengecualian (peniadaan) tersebut, selain daripada yang terdapat dalam undang-undang (hukum tertulis) juga terdapat dalam hukum yang tidak tertulis.

2. Perbedaan selanjutnya, menurut pendapat yang formil sifat melawan hukum tidak selalu menjadi unsur tindak pidana, hanya apabila dinyatakan dengan tegas dalam rumusan tindak pidana barulah menjadi unsur tindak pidana. Sedangkan

⁴³ *Ibid.* h. 53

menurut pendapat yang material sifat melawan hukum adalah unsur mutlak dari setiap tindak pidana, juga bagi tindak pidana yang dalam rumusannya tidak dinyatakan dengan tegas.

2.3. Tindak Pidana Pencemaran Nama Baik

Kemerdekaan menyatakan pikiran dan pendapat secara lisan dan tulisan adalah milik seluruh rakyat Indonesia. Demikian pula sebagai Negara yang berkedaulatan rakyat dan berdasarkan hukum (*rechstaat*), dan bukan berdasar atas kekuasaan belaka (*machstaat*), Indonesia mengakui bahwa kemerdekaan menyatakan pikiran dan pendapat secara lisan dan tulisan, kebebasan berekspresi, dan kemerdekaan pers merupakan hak-hak dasar yang harus dapat dinikmati oleh seluruh lapisan masyarakat dan sekaligus sebagai dasar dari tegaknya pilar demokrasi.

Tanpa adanya kebebasan berbicara, masyarakat tidak dapat menyampaikan gagasan-gagasan dan tidak bisa mengkritisi pemerintah. Dengan demikian tidak akan ada demokrasi. Pencemaran nama baik merupakan salah satu bentuk khusus dari perbuatan melawan hukum. Istilah yang dipakai mengenai bentuk perbuatan melawan hukum ini ada yang mengatakan pencemaran nama baik, namun ada pula yang mengatakan sebagai penghinaan. Sebenarnya yang menjadi ukuran suatu perbuatan dapat dikategorikan sebagai pencemaran nama baik orang lain masih belum jelas karena banyak faktor yang harus dikaji. Dalam hal pencemaran nama baik atau penghinaan ini yang hendak dilindungi adalah kewajiban setiap orang untuk menghormati orang lain dari sudut kehormatannya dan nama baiknya dimata orang lain meskipun orang tersebut telah melakukan kejahatan yang berat.

Adanya hubungan antara kehormatan dan nama baik dalam hal pencemaran nama baik tersebut, maka dapat dilihat dahulu pengertiannya masing-masing. Kehormatan adalah perasaan terhormat seseorang dimata masyarakat, dimana setiap orang memiliki hak untuk diperlakukan sebagai anggota masyarakat yang terhormat. Menyerang kehormatan berarti melakukan perbuatan menurut penilaian secara umum menyerang kehormatan seseorang.

Rasa hormat dan perbuatan yang termasuk kategori menyerang kehormatan seseorang ditentukan menurut lingkungan masyarakat pada tempat perbuatan tersebut dilakukan.⁴⁴

Rasa kehormatan ini harus diobjektifkan sedemikian rupa dan harus ditinjau dengan suatu perbuatan tertentu, seseorang pada umumnya akan merasa tersinggung atau tidak. Dapat dikatakan pula bahwa seorang anak yang masih sangat muda belum dapat merasakan tersinggung ini, dan bahwa seorang yang sangat gila tidak dapat merasa tersinggung itu. Maka, tidak ada tindak pidana penghinaan terhadap kedua jenis orang tadi.⁴⁵

Nama baik adalah penilaian baik menurut anggapan umum tentang perilaku atau kepribadian seseorang dari sudut moralnya. Nama baik seseorang selalu dilihat dari sudut orang lain, yakni moral atau kepribadian yang baik, sehingga ukurannya ditentukan berdasarkan penilaian secara umum dalam suatu masyarakat tertentu di tempat mana perbuatan tersebut dilakukan dan konteks perbuatannya.⁴⁶

Pencemaran nama baik dikenal juga istilah penghinaan, yang pada dasarnya adalah menyerang nama baik dan kehormatan seseorang yang bukan dalam arti seksual sehingga orang itu merasa dirugikan. Kehormatan dan nama baik memiliki pengertian yang berbeda, tetapi keduanya tidak dapat dipisahkan satu dengan yang lain, karena menyerang kehormatan akan berakibat kehormatan dan nama baiknya tercemar, demikian juga menyerang nama baik akan berakibat nama baik dan kehormatan seseorang dapat tercemar. Oleh sebab itu, menyerang salah satu diantara kehormatan atau nama baik sudah cukup dijadikan alasan untuk menuduh seseorang telah melakukan penghinaan.

Pencemaran nama baik terlihat dari 2 macam, yaitu pencemaran nama baik secara lisan, dan pencemaran nama baik secara tertulis. Menurut Oemar Seno Adji pencemaran nama baik dikenal dengan istilah penghinaan, dimana dibagi menjadi sebagai berikut:⁴⁷

1. Penghinaan materiil

Penghinaan yang terdiri dari suatu kenyataan yang meliputi pernyataan yang objektif dalam kata-kata secara lisan maupun secara tertulis, maka yang menjadi

⁴⁴ Mudzakir, *Delik Penghinaan dalam Pemberitaan Pers Mengenai Pejabat Publik*, Dictum 3, Jakarta, 2004, h. 17.

⁴⁵ Wiryono Prodjodikoro, *Tindak-tindak Pidana Tertentu Di Indonesia*, Refika Aditama, Bandung, 2003, h. 98.

⁴⁶ Mudzakir, *Loc. Cit.*

⁴⁷ Oemar Seno Adji, *Perkembangan Delik Pers di Indonesia*, Erlangga, Jakarta, 1990, h. 37-38.

faktor menentukan adalah isi dari pernyataan baik yang digunakan secara tertulis maupun lisan. Masih ada kemungkinan untuk membuktikan bahwa tuduhan tersebut dilakukan demi kepentingan umum.

2. Penghinaan formil

Dalam hal ini tidak ditemukan apa isi dari penghinaan, melainkan bagaimana pernyataan yang bersangkutan itu dikeluarkan. Bentuk dan caranya yang merupakan faktor menentukan. Pada umumnya cara menyatakan adalah dengan cara-cara kasar dan tidak objektif. Kemungkinan untuk membuktikan kebenaran dari tuduhan tidak ada dan dapat dikatakan bahwa kemungkinan tersebut adalah ditutup.

Saat ini ketentuan hukum mengenai penghinaan tersebar di beberapa peraturan. Jika dilihat dari sejarahnya, pengaturan terhadap penghinaan di Indonesia pertama kali ditemukan pada KUHP dan juga KUHPerdata yang merupakan warisan dari sistem hukum yang berlaku pada masa Hindia Belanda.⁴⁸ Selain itu, beberapa undang-undang organik juga mengatur mengenai penghinaan dan ancaman hukuman terhadap pelakunya.

Pengaturan tentang penghinaan pada dasarnya berupa batasan atas hak kebebasan berekspresi yang diwujudkan dengan cara menuduh seseorang telah melakukan perbuatan tertentu. Namun demikian, pengertian penghinaan dan perbuatan turuannya belum bisa ditemukan pengaturannya di Indonesia secara definitif. Sehingga, untuk memahami penghinaan, kita hanya dapat merujuk pada perumusan delik-delik pidana pada Bab Penghinaan di KUHP.

Sebelum membahas tentang pengaturan penghinaan di lingkup nasional, perlu juga dibahas mengenai konsep pembatasan kebebasan berekspresi yang terdapat pada Kovenan Hak Sipil dan Politik. Dalam praktiknya, pelaksanaan dari suatu jaminan perlindungan hak memang kerap melahirkan ketegangan. Secara khusus pada kasus ini ialah antara ketentuan Pasal 19 ICCPR yang melindungi setiap bentuk opini dan ekspresi, dengan ketentuan Pasal 17 ICCPR yang memberikan perlindungan bagi privasi seseorang termasuk reputasinya.

⁴⁸ Supriyadi Edi W, *et. al.*, Analisis Terhadap Situasi Hukum Penghinaan Di Indonesia, ICJR, Jakarta, 2012, h. 24

Dalam rangka menyeimbangkan ketegangan itu dilahirkanlah prinsip pembatasan, termasuk dalam pelaksanaan hak atas kebebasan berekspresi.

Dengan alasan itu pula, kemudian menjadi pembenar bagi eksisnya hukum pencemaran nama baik. Tujuan utama hadirnya hukum pencemaran nama baik adalah untuk menjaga dan melindungi reputasi serta privasi seseorang. Kendati begitu, jika diterapkan dengan tidak hati-hati justru akan menghambat penikmatan hak atas kebebasan berekspresi dan berpendapat, juga menghambat akses pihak lain untuk menerima informasi. Oleh karena itu, dalam konteks pembatasan berekspresi dikenal pengujian tiga bagian, yaitu:⁴⁹

- i. Pembatasan tersebut harus memenuhi salah satu tujuan yang diatur pada Pasal 19 ayat (3) Kovenan Hak Sipil dan Politik yaitu:
 - 1) melindungi hak-hak dan reputasi orang lain,
 - 2) untuk melindungi keamanan nasional atau ketertiban umum, atau kesehatan, atau moral publik. Pembatasan tersebut harus ditujukan untuk perlindungan kepentingan yang sah dan lebih penting dari kebebasan tersebut.
- ii. Pembatasan itu harus dapat dibuktikan bahwa penting dilakukan dan cara- cara pembatasan seminimal mungkin diperlukan untuk mencapai tujuan utama (prinsip-prinsip kepentingan dan keberimbangan/proposionalitas)

Di Indonesia, ketentuan mengenai pembatasan kebebasan berekspresi diatur dan diancam pidana sebagaimana diatur dalam KUHP. Namun demikian, KUHP tidak mendefinisikan penghinaan dalam penjelasan pengertian sebagaimana diatur dalam Pasal 86 sampai dengan 102 KUHP yang memuat definisi beberapa istilah yang dipakai. Penghinaan diatur secara tersendiri dalam Bab Penghinaan Pasal 310-321 KUHP.

KUHP mengartikan penghinaan didalam Pasal 310 ayat (1) dan (2), yang isinya:

Pasal 310 ayat (1) :

“Barang siapa sengaja merusak kehormatan atau nama baik seseorang dengan jalan menuduh dia melakukan sesuatu perbuatan dengan maksud nyata akan tersiarnya tuduhan itu, dihukum dengan menista, dengan hukuman penjara selama-lamanya Sembilan bulan atau denda sebanyak-banyaknya Rp. 4500,-”

⁴⁹ Tim Elsam, *Buku Saku Kebebasan Berekspresi Di Internet*, ELSAM, Jakarta, 2013, h. 34- 35.

Pasal 310 ayat (2) :

“Kalau hal ini dilakukan dengan tulisan atau gambar yang disiarkan, dipertunjukkan pada umum atau ditempelkan, maka yang berbuat itu dihukum karena menista dengan tulisan dengan hukuman penjara selama-lamanya satu tahun empat bulan atau denda sebanyak-banyaknya Rp. 4500,-.”

Hukum pidana mengatur penghinaan dalam KUHP pada BAB XVI, Pasal 310 sampai dengan Pasal 321, penghinaan dalam bab ini meliputi 6 macam penghinaan yaitu:

1. Pasal 310 ayat (1) mengenai menista (penghinaan)
2. Pasal 310 ayat (2) mengenai menista (penghinaan) dengan surat
3. Pasal 311 mengenai memfitnah;

“jika yang melakukan kejahatan pencemaran atau pencemaran tertulis, dalam hal diperbolehkan untuk membuktikan bahwa apa yang dituduhkan itu benartidak membuhtikannya dan tuduhan dilakukan bertentangan dengan apa yang diketahui, maka dia diancam karena melakukan fitnah, dengan pidana penjara paling lama empat tahun”
4. Pasal 315 mengenai penghinaan ringan;

“Tiap-tiap penghinaan dengan sengaja yang tidak bersifat pencemaran atau pencemaran tertulis, yang dilakukan terhadap seorang, baik dimuka umum dengan lisan atau tulisan, maupun di muka orang itu sendiri degan lisan atau perbuatan, atau dengan surat yag dikirimkan atau diterimakan kepadanya, diancam
5. Pasal 317 mengenai mengadu secara memfitnah;

“barangsiapa dengan sengaja mengajukan pengaduan atau pemberitahuan palsu kepada penguasa, bak secara tertulis maupun untuk dituliskan, tentang seseorang sehingga kehormatan atau nama baiknya terserang, diancam karena pengaduan fitnah dengan.....”
6. Pasal 318 mengenai tuduhan secara memfitnah;

“barang siapa dengan sesuatu perbuatan sengaja menimbulkan secara palsu persangkaan terhadap seseorang bahwa dia melakukan sesuatu perbuatan pidana diancam karena menimbulkan persangkaan palsu dengan.....”

Sedangkan yang di luar KUHP, antara lain pada Pasal 27 Ayat (3) Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 Tentang Informasi dan Transaksi Elektronik, yang menyatakan: “Setiap orang dengan sengaja dan tanpa hak mendistribusikan dan/atau mentransmisikan dan/atau membuat dapat diaksesnya Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik yang memiliki muatan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik.”

Melalui tafsir sistematis, dapat dirumuskan bahwa pengertian umum perbuatan pidana penghinaan adalah penyerangan terhadap kehormatan atau nama baik seseorang.⁵⁰ Hal ini dapat dilihat dengan melihat pada tiga ketentuan umum yang mendasari delik-delik penipuan di KUHP, yaitu ketentuan Pasal 310 (1) dan (2) KUHP serta Pasal 315 KUHP. Sedangkan, sifat khusus dari penghinaan atau bentuk-bentuk penghinaan dapat berupa: pencemaran (Pasal 310 ayat(1)); pencemaran tertulis (Pasal 310 ayat (2)); fitnah (Pasal 311); penghinaan ringan (Pasal 315); pengaduan fitnah (Pasal 317); persangkaan palsu (Pasal 318); dan penghinaan terhadap orang yang sudah mati (Pasal 320-321). Dengan demikian dapat dilihat bahwa tiga peraturan yang pertama merupakan pengertian dasar (genus) delik penghinaan dan unsur-unsur tambahan yang memberi kualifikasi khusus menjadi bentuk delik penghinaan. Jadi, nilai hukum yang hendak dilindungi atau ditegakkan dalam Pasal- Pasal penghinaan yang diatur dalam Buku II Bab XVI KUHP adalah “kehormatan dan nama baik orang di mata umum/publik”.⁵¹

Semua penghinaan ini hanya dapat dituntut apabila ada pengaduan dari orang atau korban, yang dikenal dengan delik aduan, kecuali bila penghinaan ini dilakukan terhadap seseorang pegawai negeri pada waktu sedang menjalankan tugasnya secara sah. Dan pada KUHP merupakan delik formil dan delik materiil, sedangkan pada UU ITE merupakan delik materiil saja.

Objek dari penghinaan-penghinaan diatas haruslah manusia perorangan, maksudnya bukan instansi pemerintah, pengurus suatu organisasi, segolongan penduduk, dan

⁵⁰ R Soesilo, *Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) Serta Komentar- Komentarnya Lengkap Pasal Demi Pasal*, Politeia, Bogor, 1996, h.225.

⁵¹ Pertimbangan Hakim, Lihat Putusan MK No. 14/PUU-VI/2008, h. 163

sebagainya.⁵² Supaya dapat dihukum dengan Pasal menista atau pencemaran nama baik, maka penghinaan harus dilakukan dengan cara menuduh seseorang telah melakukan perbuatan yang tertentu dengan maksud tuduhan itu akan diketahui oleh banyak orang baik secara lisan maupun tertulis, atau kejahatan menista ini tidak perlu dilakukan di muka umum, sudah cukup bila dapat dibuktikan bahwa terdakwa bermaksud menyiarkan tuduhan itu.

Menurut Pasal 310 ayat (3) KUHP, perbuatan menista atau menista dengan tulisan tidak dihukum apabila dilakukan untuk membela kepentingan umum atau terpaksa dilakukan untuk membela diri. Patut atau tidaknya alasan pembelaan diri atau kepentingan umum terletak pada pertimbangan hakim, sehingga apabila oleh hakim dinyatakan bahwa penghinaan tersebut benar-benar untuk membela kepentingan umum atau membela diri maka pelaku tidak dihukum. Tetapi bila oleh hakim penghinaan tersebut bukan untuk kepentingan umum atau membela diri, pelaku dikenakan hukuman Pasal 310 ayat (1) dan (2) KUHP, dan apabila yang dituduhkan oleh si pelaku tidak benar adanya, maka si pelaku dihukum dengan Pasal 311 KUHP, yaitu memfitnah.⁵³

Sebagian besar muatan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) merupakan duplikasi *Wetboek van Strafrecht voor Nederland Indie* yang pada dasarnya sama dengan KUHP Belanda (WvS). KUHP Belanda yang diberlakukan sejak 1 September 1886, merupakan kitab undang-undang yang cenderung meniru pandangan Code Penal Perancis yang sangat banyak dipengaruhi sistem hukum romawi. Menurut KUHP setidaknya dikenal tiga jenis tindak pidana terkait dengan penghinaan, yaitu pencemaran sebagaimana diatur dalam Pasal 310 KUHP, fitnah diatur dalam Pasal 311 KUHP, dan penghinaan ringan dirumuskan dalam Pasal 315 KUHP. Setidaknya ada tiga unsur agar tindak pidana penghinaan terpenuhi yaitu menyerang nama baik, adanya unsur kesengajaan, dan di depan umum. Sedangkan menurut doktrin dan yurisprudensi, penghinaan pada umumnya menggunakan ukuran pandangan masyarakat atau ukuran objektif. Penghinaan harus merupakan penghinaan dalam anggapan masyarakat dimana penghinaan itu dilakukan.

⁵² R. Soesilo, *Loc. Cit.*

⁵³ *Ibid.*

Penghinaan menurut Pasal 310 ayat (1) dan (2) dapat dikecualikan (tidak dapat dihukum) apabila tuduhan atau penghinaan itu dilakukan untuk membela “kepentingan umum” atau terpaksa untuk “membela diri”. Patut atau tidaknya pembelaan kepentingan umum dan pembelaan diri yang diajukan oleh tersangka terletak pada pertimbangan hakim. Menurut Muladi, yang bisa melaporkan pencemaran nama baik seperti yang tercantum dalam Pasal 310 dan 311 KUHP adalah pihak yang diserang kehormatannya, direndahkan martabatnya, sehingga namanya menjadi tercela di depan umum. Namun, tetap ada pembelaan bagi pihak yang dituduh melakukan pecemaran nama baik apabila menyampaikan suatu informasi ke publik. Pertama, penyampaian informasi itu ditujukan untuk kepentingan umum. Kedua, untuk membela diri. Ketiga, untuk mengungkapkan kebenaran. Sehingga orang yang menyampaikan informasi, secara lisan ataupun tertulis diberi kesempatan untuk membuktikan bahwa tujuannya itu benar. Kalau tidak bisa membuktikan kebenarannya, itu namanya penistaan atau fitnah.⁵⁴

Belum ada definisi hukum yang tepat dalam sistem hukum di Indonesia tentang apa yang disebut pencemaran nama baik. Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) yang selama ini diberlakukan merupakan duplikasi *Wetboek van Strafrecht voor Nederland Indie* yang pada dasarnya sama dengan KUHP Belanda (WvS). Pasal-Pasal dalam KUHP yang mengatur pencemaran nama baik atau penghinaan sebagai aturan pembatasan dalam kebebasan berekspresi dan kemerdekaan berpendapat, khususnya bagi kalangan pers yang seringkali tak jelas dan lebih dimotivasi keinginan dari pembuat undang-undang untuk membatasi akses masyarakat terhadap informasi, terutama terhadap beragam informasi yang mempunyai dampak terhadap kehidupan masyarakat.

Saat ini, penggunaan internet berkembang sangat pesat tetapi kemajuan Teknologi Informasi justru menjadi pedang bermata dua karena selain memberikan kontribusi bagi peningkatan kesejahteraan, kemajuan, dan peradaban manusia, sekaligus dapat menjadi sarana efektif perbuatan melawan hukum. Seiring perkembangan zaman, variasi pengaturan terhadap penghinaan tidak hanya dilakukan berdasarkan bentuknya saja, tapi juga terhadap media yang digunakan. Dengan diberlakukannya UU ITE, maka bentuk-bentuk aktivitas di

⁵⁴ M. Halim, *Mengugat Pasal-Pasal Pencemaran Nama Baik*, LBH Press, Jakarta, 2009, h. 25.

media maya juga dapat dikenakan ancaman pidana termasuk penghinaan dan/atau pencemaran nama baik.

Khusus untuk pengguna internet, ancaman pidana terhadap pelaku penghinaan dirumuskan melalui Pasal 27 ayat (3) jo Pasal 45 ayat (1) UU ITE. Ketentuan ini memungkinkan pengguna internet untuk dikriminalisasi dalam hal yang bersangkutan terbukti melakukan penghinaan di media online dengan cara mendistribusikan dan/atau mentransmisikan, dan/atau membuat dapat diakses Informasi Elektronik dan Dokumen Elektronik yang memiliki muatan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik. Ketentuan ini juga tidak secara definitif menjelaskan mengenai pengertian Penghinaan dan/atau Pencemaran Nama Baik.

Dengan demikian, Pasal 27 ayat (3) UU ITE tidak mengatur norma hukum pidana baru, melainkan hanya mempertegas berlakunya norma hukum pidana penghinaan dalam KUHP ke dalam Undang-Undang baru karena terdapat unsur tambahan yang khusus karena terdapat perkembangan hukum di bidang teknologi informasi/siber.