PENGHAPUSAN SIFAT MELAWAN HUKUM MATERIIL TINDAK PIDANA KARENA MERUPAKAN KASUS PERDATA (STUDI TERHADAP PUTUSAN MAHKAMAH AGUNG RI)

OLEH

HERU IRIANI
NPM. 03932007

DISERTASI

PROGRAM DOKTOR (S-3) ILMU HUKUM
PROGRAM PASCASARJANA FAKULTAS HUKUM
UNIVERSITAS ISLAM INDONESIA
YOGYAKARTA
2010

PENGHAPUSAN SIFAT MELAWAN HUKUM MATERIIL TINDAK PIDANA KARENA MERUPAKAN KASUS PERDATA (STUDI TERHADAP PUTUSAN MAHKAMAH AGUNG RI)

Oleh :

Heru Iriani
NPM. 03932007

DISERTASI

Diajukan kepada Dewan Penguji dalam Ujian Terbuka Disertasi (Promosi Doktor) sebagai Salah Satu Syarat untuk Memperoleh Gelar Doktor dalam Bidang Ilmu Hukum pada Program Doktor (S-3) Ilmu Hukum di Lingkungan Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia

PROGRAM DOKTOR (S-3) ILMU HUKUM
PROGRAM PASCASARJANA FAKULTAS HUKUM
UNIVERSITAS ISLAM INDONESIA
YOGYAKARTA
2010

PENGHAPUSAN SIFAT MELAWAN HUKUM MATERIIL TINDAK PIDANA KARENA MERUPAKAN KASUS PERDATA
(STUDI TERHADAP PUTUSAN MAHKAMAH AGUNG RI)

Oleh :

Heru Iriani
NPM. 03932007

Disertasi

Telah Diperiksa dengan Cermat dan Dinyatakan Layak untuk Diajukan pada Ujian Terbuka Disertasi (Promosi Doktor) sebagai Salah Satu Syarat untuk Memperoleh Gelar Doktor dalam Bidang Ilmu Hukum pada Program Doktor (S-3) Ilmu Hukum di Lingkungan Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia

Prof. Dr. Bambang Poernomo, S.H.
Promotor

Prof. Dr. Nyoman Serikat Putra Jaya, S.H., M.H.
Co Promotor

Prof. Dr. Ridwan Khairandy, S.H., M.H.
Co Promotor

PENGHAPUSAN SIFAT MELAWAN HUKUM MATERIIL TINDAK PIDANA KARENA MERUPAKAN KASUS PERDATA (STUDI TERHADAP PUTUSAN MAHKAMAH AGUNG RI)

Oleh :

Heru Iriani
NPM. 03932007

Disertasi

Telah Diperiksa dengan Cermat dan Dinyatakan Layak untuk Diajukan pada Ujian Terbuka Disertasi (Promosi Doktor) sebagai Salah Satu Syarat untuk Memperoleh Gelar Doktor dalam Bidang Ilmu Hukum pada Program Doktor (S-3) Ilmu Hukum di Lingkungan Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia

DEWAN PENGUJI

Prof. Dr. Iswanto, S.H. ( ) (/ /)

Prof. Dr. Setiono, S.H., M.S. ( )

Prof. Dr. M Arief Amrullah, S.H., M.Hum. ( )

Dr. Rusli Muhammad, S.H., M.H. ( ) (/ /)

PENGHAPUSAN SIFAT MELAWAN HUKUM MATERIIL TINDAK PIDANA KARENA MERUPAKAN KASUS PERDATA (STUDI TERHADAP PUTUSAN MAHKAMAH AGUNG RI)

Oleh :

Heru Iriani
NPM. 03932007

Disertasi

Telah Diterima dan Diperiksa dengan Cermat serta Dinyatakan Layak untuk Diajukan pada Ujian Terbuka Disertasi (Promosi Doktor) sebagai Salah Satu Syarat untuk Memperoleh Gelar Doktor dalam Bidang Ilmu Hukum pada Program Doktor (S-3) Ilmu Hukum di Lingkungan Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia

Yogyakarta, ...

Mengetahui/Mengesahkan
Ketua Program Pascasarjana Fakultas Hukum
Universitas Islam Indonesia

Dr. Ni'matul Huda, S.H., M.Hum.

DEWAN PENGUJI UJIAN TERBUKA (PROMOSI DOKTOR)

1.	PROF. DR. EDY SUANDI HAMID, M.EC.	(KETUA SIDANG-REKTOR)
2.	PROF. DR. BAMBANG POERNOMO, S.H.	(PROMOTOR)
3.	PROF. DR. NYOMAN SERIKAT P.J, S.H., M.H.	(CO PROMOTOR)
4.	PROF. DR. RIDWAN KHAIRANDY, S.H., M.H.	(CO PROMOTOR)
5.	PROF. DR. ISWANTO, S.H.	(ANGGOTA)
6.	PROF. DR. SETIONO, S.H., M.S.	(ANGGOTA)
7.	PROF. DR. M. ARIEF AMRULLAH, S.H., M.HUM.	(ANGGOTA)
8.	DR. RUSLI MUHAMMAD, S.H., M.H.	(ANGGOTA)

KATA PENGANTAR

Segala puji dan syukur dipanjatkan ke hadirat Allah Subhanahu Wa Taala yang telah memberikan bimbingan rahmat dan hidayahNya, sehingga disertasi ini dapat diselesaikan.

Disertasi ini dapat diselesaikan berkat kontribusi dari berbagai pihak baik sumbangan pemikiran maupun dukungan moril/motivasi maupun bantuan lainnya yang tak ternilai harganya. Karenanya penulis menghaturkan penghargaan dan ucapan terima kasih kepada semua pihak yang tidak dapat penulis sebutkan satu persatu dalam tulisan ini. Dengan tidak mengurangi sedikitpun rasa simpatik dan hormat kepada mereka yang tidak sempat disebutkan, penulis secara khusus menghaturkan penghargaan dan ucapan terima kasih kepada promotor penulis yaitu Prof. Dr. Bambang Poernomo, S.H., dan co promotor Prof. Dr. Nyoman Serikat Putrajaya, S.H., M.H, serta Prof. Dr Ridwan Khairandy, S.H., M.H yang selalu menerima dengan familiar setiap penulis datang untuk berkonsultasi baik di kantor maupun di rumah, dan berkenan mendorong, mengarahkan serta mengembangkan kerangka gagasan dalam menemukan alur pikir serta hal-hal yang perlu dicermati, dipahami, dibaca ulang terkait dengan permasalahan dalam penulisan.

Selain kepada kedua beliau (promotor dan co promotor) penulis sampaikan terima kasih kepada Dewan Penguji yaitu kepada : Prof. Dr. Iswanto, S.H., Prof. Dr. Setion, S.H.M.S, Prof. Dr. Arief Amrullah, S.H.M.Hum., Dr. Rusli Muhammad, S.H.,M.H. yang telah memberikan kritik dan saran serta menunjukkan titik lemah

yang semula penulis buat yang kemudian telah penulis coba usahakan untuk diperbaiki dalam penulisan ini.

Penulis sampaikan rasa hormat dan terima kasih pula kepada :

1. Rektor Universitas Islam Indonesia (UII) Yogyakarta Bapak Prof. Dr. H. Edy Suandi Hamid, M.Ec. yang telah memberikan kesempatan kepada penulis untuk mengikuti Program Doktor (S-3) Ilmu Hukum UII Yogyakarta.
2. Dekan Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia (UII) Bapak Dr. Rusli Muhammad, S.H., M.H.
3. Ketua Program Pascasarjana Fakultas Hukum UII Yogyakarta Ibu Dr. Ni'matul Huda, S.H.,M.Hum.
4. Seluruh dosen dan guru besar yang telah banyak memberikan ilmunya kepada penulis.
5. Rekan-rekan penulis di Program Doktor (S-3) Ilmu Hukum UII yang telah memberikan semangat.
6. Seluruh staf administrasi Pascasarjana FH.UII : Mas Yusri, SE., Mbak Nanik, Mas Zuri, Mas Sutik, Mbak Elmi, Mbak Desi, Mbak Ika, Mas Bambang, Mas Ashary, Mas Ismanto yang ikut membantu penulis memberikan pelayanan administrasi terbaik selama penulis mengikuti pendidikan di UII.

Selain pihak-pihak tersebut di atas penulis ucapkan terima kasih kepada suami (Mulyoto) yang selalu memberikan semangat dan dorongan, anak-anak penulis (Prita Farinia, Avisena Dyatmaka, Alfaris Gifari) dan menantu (Purnawan Adi Wicaksono, Desy Novi) yang telah membantu dan mendampingi penulisan, serta cucu-cucu

(Ammar Fayiz, Aurel Norinia Azzahra, L. Khadzini Dyanov) yang menjadi penghibur penulis, demikian juga kepada Mbak Gati yang membantu pengetikan. Penulis memohon kepada Allah SWT agar memberikan balasan dan pahala ibadah yang setimpal atas semua bantuan yang telah diberikan kepada penulis, Amin.

Yogyakarta, Juli 2010

HERU IRIANI

DAFTAR ISI

HALAMAN JUDUL.....i

HALAMAN PENGAJUAN UJIAN TERBUKA.....ii

HALAMAN PENGESAHAN PROMOTOR DAN CO PROMOTOR.....iii

HALAMAN PENGESAHAN DEWAN PENGUJI UJIAN TERBUKA iv

HALAMAN PENGESAHAN PASCA SARJANA v

HALAMAN DEWAN PENGUJI UJIAN TERBUKA vi

KATA PENGANTAR vii

DAFTAR ISI x

ABSTRAK xiv

ABSTRACT.....xv

BAB I PENDAHULUAN.

A. Latar Belakang Masalah 1

B. Rumusan Masalah 21

C. Tujuan dan Kegunaan Penelitian 21

D. Landasan Teori..... 22

BAB II KONSEP MELAWAN HUKUM.

A. Melawan Hukum dalam Hukum Pidana

1. Perbuatan Melawan Hukum dalam Hukum Pidana 53

2. Melawan Hukum dalam Tindak Pidana 70

3. Perkembangan Sifat Melawam Hukum Materiil dalam Yurisprudensi Hukum Pidana 124
4. Pertanggungjawaban dalam Hukum Pidana 132
5. Penyelesaian kasus Perbuatan Melawan Hukum dalam Hukum Pidana (Tindak Pidana) di Pengadilan 143
B. Melawan Hukum dalam Hukum Perdata 165
1. Perikatan 165
2. Wanprestasi 171
3 .Perbuatan Melawan Hukum 175
a. Melawan Hukum Menurut Doktrin Hukum Perdata..... 179
b. Melawan Hukum dalam Yurispundensi Hukum Perdata..... 185
c. Kriteria Perbuatan Melawan Hukum dalam Hukum Perdata 195
1). Unsur-unsur Perbuatan Melawan Hukum 195
2). Alasan Pembenar 197
3). Kesalahan dalam Perbuatan Melawan Hukum 199
4. Pertanggungjawaban dalam Hukum Perdata.....205
5. Penyelesaian Kasus Perbuatan Melawan Hukum Perdata/Kasus Perdata di Pengadilan 224
C. Hubungan Melawan Hukum Perdata dan Melawan Hukum Pidana 236
1. Arti Melawan Hukum 236
2. Alasan Pembenar 245

3. Kesalahan *(schuld)*. 248

4. Ciri-ciri *Onrechtmatigeheid* dan *Wederrechtelijkeheid* 250

BAB III METODE PENELITIAN.....255

A. Tipologi Penelitian 256

B. Jenis Penelitian 256

C. Objek/Bahan atau Materi Penelitian.....257

D. Tehnik Pengumpulan dan Pengambilan Bahan Hukum 259

E. Pengolahan Bahan Hukum 259

F. Analisis Penelitian 260

BAB IV SIFAT MELAWAN HUKUM MATERIIL SUATU TINDAK PIDANA HUBUNGANNYA DENGAN KASUS PERDATA 262

A. Mengapa Suatu Perbuatan Dalam Bidang Hukum Perdata Tidak Dapat Dikualifikasi Sebagai Suatu Tindak Pidana 273

B. Tolok Ukur Penentuan Suatu Perbuatan Dalam Bidang Hukum Perdata Yang Dapat Dikualifikasi Sebagai Suatu Tindak Pidana ... 344

BAB V KESIMPULAN DAN REKOMENDASI

A. Kesimpulan 368

B. Rekomendasi/Saran 369

DAFTAR PUSTAKA 372

ABSTRAK

Disertasi ini merupakan penelitian terhadap putusan Mahkamah Agung RI. Permasalahan pertama mengenai mengapa suatu perbuatan dalam bidang hukum perdata (kasus perdata) tidak dapat dinyatakan sebagai suatu tindak pidana. Permasalahan ke dua mencari kriteria (tolok ukur) dari suatu perbuatan dalam bidang hukum perdata yang bagaimana yang dapat dikualifikasi sebagai suatu tindak pidana. Penelitian ini merupakan penelitian hukum normatif, metode pendekatan yang dipakai adalah pendekatan yuridis normatif, analisis dilakukan secara komprehensif dan lengkap, metode berfikir yang digunakan adalah metode deduktif. Hasil penelitian disertasi ini menemukan, bahwa suatu perbuatan dalam bidang hukum perdata tidak dapat dinyatakan sebagai tindak pidana karena dengan alasan perbuatan yang dilakukan merupakan perbuatan (melawan hukum) dalam bidang hukum perdata, dapat menghapuskan sifat melawan hukum (materiil) dari suatu perbuatan sehingga perbuatan tersebut tidak dapat dikualifikasi sebagai suatau tindak pidana. Alasan bahwa perbuatan yang dilakukan merupakan perbuatan dalam lingkup hukum perdata, menjadi alasan pembenar yang menghapuskan sifat melawan hukum (pidana) dari perbuatan terdakwa. Disertasi ini juga menghasilkan ciri-ciri perbuatan melawan hukum dalam bidang hukum perdata yang dapat dikualifikasi sebagai suatu tindak pidana.

Kata kunci: sifat melawan hukum materiil, alasan pembenar.

ABSTRACT

THE REPUDIATION OF MATERIAL LAW INFRINGING CHARACTER OF A CRIME SINCE THE CASE IS A CIVIL LAW

This dissertation is a research about Indonesian Supreme Court Decision. The first problem is why an act in civil law is not declared as a criminal one. The second problem is to seek criteria from an act in a civil law which can be qualified as a criminal law.

This dissertation comprises a normative legal research where a normative jurudical approach is used and analyses are done comprehensively and completely, and the thinking method is a deductive method.

The result of this research finds that an act in a civil law is not declared as a criminal law because it is done againts law in a civil case so that it lose its (material) law infringement cause it can not be qualified as criminal law. The reason that an act was done in the field of civil law can be the justification to repudiate the law infringement character of the defendant act. The dissertation also produces the character of the tort in tort in the field of civil law that can be qualified as a crime.

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Hukum merupakan bagian dari norma-norma yang ada dan berlaku dalam masyarakat yang bertugas menentukan prosedur-prosedur yang harus dilaksanakan dalam hubungan antara satu orang dengan orang lain, yang memasuki hubungan antar manusia tidak bisa hanya mengharap hubungan itu dari segi ketertibannya saja, melainkan juga dari segi keadilan dan kegunaan.

Dalam kehidupan bermasyarakat besar kemungkinan timbul benturan dan perselisihan antara warga masyarakat mengingat beragam kebutuhan kepentingan manusia yang sama-sama menginginkan terpenuhinya kebutuhan dan kepentingan mereka. Lebih-lebih mengingat manusia sebagai makhluk individu yang lebih mementingkan kepentingan sendiri daripada kepentingan orang lain, maka besar kemungkinan akan terjadi pelanggaran hukum terhadap hak orang lain.

Pengadilan merupakan salah satu pelaksana hukum dalam hal ada tuntutan hak yang konkrit sebagai akibat pelanggaran hak, baik dalam hukum pidana maupun hukum perdata. Apabila ada pelanggaran terhadap ketentuan hukum dan ada pihak lain yang dirugikan (baik perseorangan, badan hukum, maupun negara), kemudian pihak lain ini mengajukan tuntutan hukum melalui pengadilan, maka hakim berkewajiban memeriksa perkara tuntutan hak tersebut dan memberikan putusan.

Semua hukum berfungsi mengatur dan memaksa tingkah laku setiap orang untuk menjaga keselarasan hidup bersama dan menyelesaikan konflik kepentingan di tengah masyarakat. Hukum juga memberikan sanksi agar supaya norma hukum dipatuhi. Terciptanya ketertiban di dalam hidup bermasyarakat, karena terdapat keseimbangan, di mana tiap orang mendapatkan hak dan tiap orang melaksanakan kewajibannya. Keadaan yang demikian dapat berubah karena ada pelanggaran hukum yang berupa:

1. Perbuatan pidana/tindak pidana/perbuatan melawan hukum pidana (kejahatan dan atau pelanggaran) atau
2. Perbuatan melawan hak/perbuatan melanggar hukum perdata/hukum lain selain hukum pidana.

Pelanggaran dapat dilakukan oleh seseorang atau beberapa orang warga masyarakat (termasuk dalam pengertian ini juga badan hukum) yang merugikan orangpihak lain.

Kedua perbuatan tersebut terdapat kesamaan baik pelaku perbuatan melawan hukum di bidang hukum perdata maupun tindak pidana sama-sama bertindak bertentangan dengan larangan atau keharusan, yang mengandung muatan unsur yang "bersifat melawan hukum". Suatu tindak pidana adalah sama dengan perbuatan melawan hukum, akan tetapi sebaliknya tidak setiap perbuatan melawan hukum merupakan tindak pidana[1]. Hal tersebut disebabkan adagium *nula puna sine praevia lege poenali* sebagaimana yang ditentukan dalam Pasal 1 ayat (1) KUHPidana. Pasal ini menentukan bahwa tiada suatu perbuatan yang

[1] Moegni Djojodirjo, *Perbuatan Melawan Hukum*, Pradnya Paramita, Jakarta, 1982, hlm. 31

boleh dihukum (dijatuhi pidana), melainkan atas kekuatan aturan pidana dalam undang-undang yang ditentukan pada sebelum perbuatan itu dilakukan (asas legalitas). Perbuatan melawan hukum yang tidak dilarang dan diancam pidana oleh undang-undang, bukan merupakan tindak pidana.

Menurut Wirjono Prodjodikoro, tindak pidana merupakan perumusan dari hukum pidana yang memuat ancaman hukuman pidana atas pelanggaran norma-norma hukum yang ada di bidang hukum lainnya, seperti hukum perdata, hukum tata negara, dan hukum tata usaha negara[2]. Norma-norma yang ada pada salah satu bidang hukum lain tersebut, biasanya sudah mempunyai sanksi sendiri, kemudian diberikan sanksi pidana. Dengan adanya sanksi pidana ini norma-norma tersebut menjadi peraturan hukum pidana[3]. Hukum pidana memaksa supaya norma-norma hukum lain ditaati sampai pada tujuan ideal masyarakat.

Dengan demikian, pelanggaran-pelanggaran di bidang hukum lain tersebut bila tidak dirumuskan sebagai tindak pidana (yang memuat ancaman pidana) maka bukan merupakan tindak pidana, dan dengan demikian tidak dipertanggungjawabkan secara pidana.

Kedua perbuatan tersebut juga mempunyai akibat hukum yang berbeda. Tindak pidana berakibat tuntutan pidana, sedangkan perbuatan melawan hukum di bidang hukum lain bila merugikan pihak lain akan berakibat gugatan secara perdata. Pelaksanaan tuntutan secara pidana melalui ketentuan hukum acara pidana yang apabila terbukti dapat berakibat hukuman pidana. Pelaksanaan

---

[2] Wirjono Projodikoro, *Asas-asas Hukum Pidana di Indonesia,* edisi ke tiga, Bandung, Reflika Aditama, 2003, hlm .64

[3] *Ibid,* hlm. 14

gugatan secara perdata melalui ketentuan hukum acara perdata yang apabila terbukti dapat berakibat hukuman perdata, antara lain untuk mengganti kerugian. Demikian pula tindak pidanapun apabila korban tindak pidana merasa dirugikan dapat juga mengajukaan gugatan ganti rugi kepada pelaku yang bersalah, sehingga pelaku juga dapat digugat secara perdata dan dihukum untuk mengganti kerugian.

Dalam sistem penegakan hukum dapat dibedakan adanya tiga sistem penegakan hukum, yaitu sistem penegakan hukum perdata, sistem penegakan hukum pidana dan sistem penegan hukum administrasi. Sejalan dengan itu terdapat berturut-turut sistem sanksi hukum perdata, sistem sanksi hukum pidana dan sistem sanksi hukum administrasi (tata usaha negara). Ketiga sistem penegakan hukum tersebut masing-masing didukung dan dilaksanakan oleh alat perlengkapan negara (alat penegak hukum) yang mempunyai aturan sendiri-sendiri pula[4].

Di media cetak dan elektronik banyak diberitakan tentang tindakan penyelesaian hukum oleh penegak hukum yang dipandang sebagai suatu perlakuan ketidakadilan terhadap pencari keadilan. Reaksi penegak hukum dapat berbeda terhadap seseorang dan seorang lainnya, walaupun dari pandangan masyarakat awam, seseorang telah melakukan perbuatan tercela atau perbuatan yang dilarang oleh undang-undang. Demikian pula perbuatan tercela ditafsirkan oleh penegak hukum tirani dengan cara dipaksakan memperkosa asas praduga tak bersalah (*presumtion of innosence)* dan menjadikan korban hukum (*victimization).*

[4] Sudarto, *Kapita Selekta Hukum Pidana,* Bandung, Peberbit Alumni, 1981, hlm 111.

Masyarakat dapat melihat bahwa mereka yang menurut pandangan tradisional dari masyarakat awam dan menurut definisi termasuk melanggar hukum ternyata tidak ada tindakan hukum kepada mereka, namun di sisi lain sebagian masyarakat berpikir dengan kesesatan hukum, bahwa apabila seseorang telah melakukan perbuatan tercela secara otomatis ia harus dijatuhi pidana.

Ada perbedaan cara penyelesaian antara perkara/kasus pidana dengan perkara atu kasus perdata. Sebagai contoh bila seseorang melanggar janji dan belum bisa atau tidak bisa membayar utangnya, menurut masyarakat awam hal tersebut merupakan perbuatan tercela dan melanggar hukum, sehingga sudah sepatutnya untuk dihukum (dipidana). Dalam praktik seringkali tidak dipedulikan bahwa perbuatan tersebut adalah merupakan perkara atau kasus perdata yang penyelesaiannya berbeda dengan perkara/kasus pidana.

Sebagian orang merasa lega hati karena hukum pidana dapat membalas dengan penerapan sanksi pidana kepada orang yang dinyatakan melanggar perundang-undangan hukum pidana oleh pihak yang berwenang. Sebagian yang lain merasa kecewa karena hukum pidana diterapkan dengan tidak tepat. Seringkali keputusan pengadilan kurang adil dan ada pula yang keliru. Bahkan, sebagian orang sangat kecewa karena hukum pidana berubah menjadi kekuasaan yang mudah disalahgunakan[5]. Hukum mengandung karakter ambivalensi, yang di perkirakan tindakan hukum itu banyak gunanya, ternyata hasil guna hukum sangat

[5] Bambang Poernomo, "Manfaat Telaah Ilmu Hukum Pidana Dalam Membangun Model Penegakan Hukum di Indonesia", *Pidato Pengukuhan Guru Besar Universitas Gadjah Mada*, Yogyakarta, 1989, hlm. 3

menyesatkan tidak tepat guna malahan sarana hukum membawa korban hukum dan hukum berpotensi *abuse of power authority*[6].

Salah satu persoalan mendasar dalam hukum pidana adalah penegakan hukum pidana. Kriteria apakah bahwa seseorang dinyatakan bersalah dan kapan dinyatakan tidak bersalah sehingga pantas atau tidak pantas dicela. Kriteria yang masih harus dicari dan diketemukan tersebut sering disalah gunakan dan menimbulkan *abuse of power.*

Pantas dicela adalah bertentangan dengan rasa keadilan atau norma-norma kehidupan sosial dalam masyarakat, bertentangan dengan hukum tidak tertulis. Hal tersebut merupakan ukuran yang tidak pasti, sehingga dapat disalahgunakan oleh oknum penegak hukum korup, dengan menggunakan kekuasaannya menafsirkan sendiri norma-norma tersebut untuk dapat mencapai kepentingan pribadinya.

Menurut Packer[7] *the criminal sanction is at once prime guarantor and humanely, it is guarantor, used indiscriminately and coercively, it is threatener,* sanksi pidana suatu ketika menjadi penjamin utama, suatu ketika menjadi pengancam utama dari kebebasan manusia; dia akan menjadi penjamin bila digunakan secara cermat dan hemat serta manusiawi; dia akan menjadi pengancam bila digunakan secara sembarangan dan secara paksa.

Penyelesaian sengketa perdata antara kedua pihak, seharusnya dapat hanya diselesaikan antara dua pihak yang bersengketa, tetapi ternyata bisa memerlukan

---

[6] Bambang Poernomo, "Hukum Keuangan Publik Dalam Perspektif Aspek Pidana", *Makalah*, hlm.8

[7] Hebert L Packer, *The Limits of The Criminal Sanction*, Stanford University Press, California, 1968, hlm. 366.

prosedur hukum yang berbelit-belit dan memerlukan waktu yang relatif lebih lama.

Hal tersebut membuat sebagian masyarakat sering menggunakan jalur perkara pidana yaitu dengan melaporkan suatu kasus yang sebetulnya perkara atau kasus perdata kepada polisi, tidak menggunakan jalur gugatan perdata ke pengadilan negeri. Banyak kasus utang piutang yang dilaporkan ke polisi dengan dalih telah melakukan penipuan. Sebagian kasus tersebut tak pernah sampai ke pengadilan karena orang yang berutang telah ketakutan ketika dipanggil polisi dan dengan segala cara berusaha membayar utang. Dalam kasus ini seolah-olah polisi telah berlaku sebagai penagih utang. Apabila ada kasus semacam ini sampai ke pengadilan, dalam sebagian perkara, terdakwa dinyatakan bersalah dan dijatuhi pidana, dalam perkara yang lain terdakwa dibebaskan karena hakim menilai kasus tersebut termasuk perbuatan melawan hukum di bidang hukum perdata dan bukan merupakan tindak pidana. Dalam perkara yang lain, terdakwa dilepaskan dari tuntutan hukum karena walaupun perbuatan terdakwa memenuhi rumusan delik, tetapi ada alasan pembenar yang menghilangkan sifat melawan hukumnya perbuatan tersebut, karena perbuatan tersebut merupakan perbuatan melawan hukum di bidang hukum perdata, atau karena ada kasus perdata yang harus diselesaikan lebih dulu.

Selain kasus utang piutang, masih banyak lagi kasus yang dilaporkan ke polisi yang sebetulnya kasus itu harus diselesaikan secara perdata, sebagai contoh :

1. Kasus menempati rumah secara tidak sah, melanggar Pasal 12 ayat (1) jo. Pasal 36 ayat (4) Undang-Undang No. 4 Tahun 1992 tentang Perumahan dan Pemukiman. Semula A menggadaikan secara dibawah tangan sertifikat rumah miliknya kepada B. Setelah jatuh tempo A belum dapat melunasi/membayar utangnya. Beberapa waktu kemudian ternyata sertifikat tersebut sudah menjadi atas nama B. B kemudian melaporkan A kepada Polisi atas dasar bahwa A menempati rumah tidak sah karena rumah sudah menjadi milik B. Selanjutnya A ditangkap dan diperiksa polisi dengan alasan melanggar Pasal 12 ayat (1) UU No. 4 Tahun 1992 yang berbunyi: "Penghunian rumah oleh bukan pemilik hanya sah apabila ada persetujuan atau izin pemilik". Pasal 36 ayat (4): "Setiap orang atau badan dengan sengaja melanggar ketentuan dalam Pasal 12 ayat (1) dipidana dengan pidana penjara selama-lamanya 2 (dua) tahun danatau denda setinggi-tingginya Rp. 20.000.000,00 (dua puluh juta rupiah). Contoh aktual tentang menempati rumah secara tidak sah adalah kasus yang ramai diberitakan di media akhir-akhir ini, yang dialami para janda pahlawan yang tetap menempati rumah dinas walaupun suaminya telah lama meninggal dunia. Para janda ini kemudian dilaporkan kepada polisi dan kemudian diajukan sebagai terdakwa di pengadilan pidana. Apakah sudah tepat bila nantinya para janda ini dijatuhi pidana penjara ? Apakah tepat menggunakan sarana hukum pidana dalam menyelesaikan permasalahan tersebut?
2. Kasus penyerobotan tanah, melanggar Pasal 2 jo Pasal 6 ayat (1) huruf a Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang No. 51 tahun 1960. Semula A membeli tanah sawah dari B secara dibawah tangan dan karena sudah saling

percaya, jual beli tersebut belum dibalik nama, tetapi tanah langsung diserahkan kepada A dan oleh A sawah tersebut langsung dikuasai dan digarap. Bertahun-tahun kemudian ketika si B telah meninggal dunia anak si B meminta kembali tanah sawah tersebut. Tentu saja A tidak mau menyerahkan karena merasa sudah membeli dari B. Kemudian anak B ini melaporkannya kepada Polisi atas dasar penyerobotan tanah, melanggar Pasal 2 Perpu No. 51 Tahun 1960 yang menyatakan bahwa dilarang memakai tanah tanpa izin yang berhak atau kuasanya yang sah. Pasal 6 ayat (1) huruf a : " . . . dipidana dengan hukuman kurungan selama-lamanya 3 (tiga) bulan dan/atau denda sebanyak-banyaknya Rp. 5.000,00 (lima ribu rupiah) : a barang siapa memakai tanah tanpa izin yang berhak atau kuasanya yang sah . . ."

3. Kasus penggelapan jabatan, melanggar Pasal 374 KUHPidana. Kronologi kasusnya, bahwa si A pegawai PT. Telkomindo yang bergerak di bidang penjualan pulsa (dalam bentuk kartu) untuk telepon seluler. Tugas A menjual pulsa (dalam bentuk kartu) tersebut. Urutan tugas A, pagi hari ia mengambil kartu-pulsa di kantor dan kemudian pergi berkeliling ke toko-toko penjual telepin seluler untuk menjual kartu-pulsa tersebut. Sore hari kembali ke kantor dan melaporkan hasil penjualan hari itu, sekaligus menyetorkan uang harga kartu-pulsa yang terjual hari itu. Selama 2 (dua) tahun lebih A bertugas menjual kartu-pulsa dan hasil penjualannya selalu bagus, A selalu menyetor uang dengan tertib. Pada suatu hari seperti biasa pagi hari A mengambil kartu-pulsa dari kantor dan pergi berkeliling ke toko-toko penjual telepon seluler langganan untuk menjualnya. Salah seorang pelanggan yaitu B seperti biasa mengambil kartu pulsa dan berjanji, sore hari ketika si A selesai

berkeliling dan akan kembali ke kantor supaya mengambil uang harga kartu-pulsa tersebut. Karena sudah langganan dan biasanya pembayaran B tersebut juga lancar, A percaya. Sore hari ketika A akan mengambil uang, ternyata B sudah tidak ada, melarikan diri dengan membawa kartu-pulsa senilai Rp. 5.000.000,00 (lima juta rupiah). Kejadian itu membuat A tidak dapat menyetorkan hasil penjualan kartu pulsa yang dilarikan oleh B ke PT Telkomindo. A diharuskan mengganti harga kartu-pulsa tersebut. A menyanggupi dan minta waktu untuk digunakan mencari pinjaman uang. Sampai waktu yang diberikan A belum dapat mengganti uang tersebut. Selanjutnya PT. Telkomindo melaporkan A kepada Polisi atas dasar "penggelapan" kartu-pulsa.

Sebaliknya, ada kasus-kasus yang apabila dipandang dari sudut hukum pidana, terdakwa dapat diputus bersalah telah melakukan tindak pidana. Kenyataannya oleh hakim dibebaskan atau dilepaskan dari tuntutan hukum dengan alasan perbuatan terdakwa bukan merupakan tindak pidana. Hal tersebut didasarkan pada pertimbangan karena perbuatan terdakwa tidak melawan hukum atau dengan alasan perbuatan terdakwa merupakan perbuatan di bidang keperdataan sehingga kasus tersebut merupakan kasus perdata dan bukan kasus pidana. Contoh aktual mengenai hal ini adalah kasus "korupsi" dengan terdakwa Sudjiono Timan alias Yujin mantan Direktur Utama PT. Bahana Pembina Usaha Indonesia. Putusan hakim Pengadilan Negeri Jakarta Selatan menyatakan bahwa perbuatan terdakwa tersebut "bukan merupakan tindak pidana korupsi melainkan kasus perdata". Namun, Mahkamah Agung berpendapat lain dengan menyatakan terdakwa terbukti melakukan tindak pidana korupsi dan dihukum 15 (limabelas)

tahun penjara. Demikian pula dalam beberapa kasus BLBI, ternyata terdakwa diputus bebas atau lepas dengan alasan merupakan perkara perdata. Misalnya, contoh terdakwa Samadikun Hartono presiden komisaris PT. Bank Modern Tbk. oleh Pengadilan Negeri Jakarta Pusat dinyatakan bebas karena salah satu unsur tindak pidana yang didakwakan yaitu unsur" dengan melawan hukum" tidak terbukti.

Hal-hal tersebut di atas telah menjadikan pidana sebagai alat dan diperalat untuk kepentingan di luar hakekat hukum di bidang hukum pidana. Tentu saja hal ini merupakan kesesatan hukum dan kesalahan prosedur yang dapat menimbulkan ketidakadilan bagi yang terkena, bahkan dapat disalahgunakan oleh oknum pejabat penegak hukum yang tidak bertanggung jawab, seperti telah disinyalir dalam laporan kongres PBB tersebut di atas bahwa : "ketiadaan konsistensi antara undang-undang dengan kenyataan merupakan faktor kriminogen".[8] Sehubungan dengan hal tersebut Bambang Poernomo, berpendapat :

> "Perkembangan ilmu pengetahuan hukum tumbuh kecenderungan berfikir maju yang antara lain telah membedakan dengan tajam antara institusi peradilan pidana dan institusi pengadilan yang akan memutus perkara pidana. Proses perkara pidana terdapat kecenderungan dapat diputus dan berakhir pada tingkat peradilan pidana hanya sampai tahap penyelesaian di kepolisian atau kejaksaan apabila perkembangan penegakan hukumnya telah mengikuti fungsi "kontrol negatif" bagi perkara pidana tertentu berdasarkan pertimbangan "*utility*" untuk kemanfaatan hukum yang efektif, praktis dan rasional"[9].

Di dalam beberapa peraturan perundang-undangan, ada beberapa perbuatan melanggar hukum yang dapat diselesaikan dengan hukum pidana tetapi

---

[8] Barda Nawawi Arief, "Pokok-Pokok Pemikiran (Ide Dasar) Asas-Asas Hukum Pidana Nasional", *Makalah* disampaikan pada Seminar tentang *Asas-Asas Hukum Pidana Nasional*, BPHN dan Fakultas Hukum Undip, Semarang, April 2004, hlm 9

[9] Bambang Poernomo, "Proses Pengambilan Keputusan dalam Perkara Pidana di Pengadilan", Makalah pada *Rapat Kerja Nasional Mahkamah Agung RI dengan Para Ketua Pengadilan tingkat Banding,* Yogyakarta, September, 2001, hlm.4

juga dapat diselesaikan dengan hukum perdata dan atau hukum administrasi, seperti menurut ketentuan norma undang-undang lingkungan hidup, undang-undang HAKI, undang-undang Perlindungan Konsumen. Sehubungan dengan hal tersebut Wirjono Prodjodikoro, berpendapat:

> "Memang ada perbuatan-perbuatan yang hanya bersifat perdata atau sipil, dan ada perbuatan yang tidak hanya bersifat perdata atau sipil tetapi juga bersifat pidana atau kriminal (selain tentu saja ada perbuatan yang memang murni bersifat pidana). Dimana letak perbatasannya, hal ini merupakan persoalan yang tidak selalu mudah dan sering merupakan persoalan yang sulit dapat dipecahkan"[10].

Seseorang yang diduga melakukan tindak pidana, ada kemungkinan unsur-unsur tindak pidana tersebut juga merupakan unsur-unsur perbuatan melawan hukum (tidak termasuk unsur pidana). Menurut Munir Fuady antara perbuatan melawan hukum dan tindak pidana, ada beberapa konsekuensi penyelesaian hukum yaitu[11] :

1. Tindakan tersebut merupakan perbuatan melawan hukum dan sekaligus juga merupakan tindak pidana
2. Tindakan tersebut bukan merupakan perbuatan melawan hukum dan bukan juga merupakan tindak pidana
3. Tindakan tersebut merupakan perbuatan melawan hukum tetapi bukan merupakan tindak pidana
4. Tindakan tersebut bukan merupakan perbuatan melawan hukum tetapi merupakan tindak pidana

Perbuatan yang dilakukan seseorang dapat menjadi empat kemungkinan. Kemungkinan pertama perbuatan tersebut mengandung unsur melawan hukum perdata (*onrechtmatigedaad)* sekaligus juga mengandung unsur melawan hukum pidana (*wederrectelijke).* Kemungkinan ke dua perbuatan tersebut tidak

---

[10] Wirjono Prodjodikoro, *Tindak-Tindak Pidana Tertentu di Indonesia,* Bandung, Refika Aditama, edisi ke-3, 2003, hlm. 11

[11] Munir Fuady, *Perbuatan Melawan Hukum, Pendekatan Kontemporer.* Bandung Citra Aditya Bakti, 2002, hlm. 21

mengandung unsur melawan hukum perdata maupun unsur melawan hukum pidana. Kemungkinan ke tiga perbuatan tersebut mengandung unsur melawan hukum perdata saja. Kemungkinan ke empat perbuatan tersebut hanya mengandung unsur melawan hukum pidana.

Perbuatan melawan hukum yang tidak dilarang dan tidak diancam oleh undang-undang dengan pidana (tidak dirumuskan sebagai tindak pidana), tidak merupakan tindak pidana, melainkan hanya memungkinkan orang lain yang menderita yang terkena oleh perbuatan melawan hukum itu, untuk menuntut penggantian kerugian dalam lapangan hukum perdata. Misalnya, seseorang yang telah melakukan wanprestasi terhadap perjanjian yang dibuatnya, oleh karena wanprestasi tersebut tidak dirumuskan sebagai tindak pidana, ia tidak dapat dituntut secara pidana, tapi orang yang dirugikan oleh wanprestasi yang dilakukannya dapat menuntut ganti kerugian secara perdata.

Namun demikian, perbuatan melawan hukum yang tidak secara nyata dirumuskan sebagai tindak pidana, seringkali dipaksakan untuk dapat masuk dalam rumusan tindak pidana tertentu. Oleh karena itu, seringkali muncul problem dalam penafsiran untuk menentukan apakah suatu perbuatan melawan hukum di lapangan hukum perdata dapat dikualifikasi sebagai suatu tindak pidana. Sejauh mana perbuatan melawan hukum di lapangan hukum perdata ini mempengaruhi penafsiran hakim dalam menentukan apakah perbuatan tersebut tindak pidana atau bukan.

Hukum pidana sebegitu jauh menunjukkan persamaan dengan bagian hukum yang lain, karena seluruh bagian hukum menentukan peraturan untuk

menegakkan norma-norma yang diakui sebagai hukum, namun dalam satu segi, hukum pidana menyimpang dari bagian lain dari hukum, yaitu bahwa dalam hukum pidana memuat substansi "penambahan penderitaan dengan sengaja" dalam bentuk sanksi pidana, walaupun sanksi pidana itu mempunyai fungsi yang lain dari berbagai teori tujuan pidana.

Perangkat hukum pidana sebagai salah satu bagian dari hukum yang mengandung norma imperatif, dengan sifat-sifatnya yang khas dan unik dibandingkan dari bidang hukum lainnya, yang harus pula dipahami mengandung aspek kemanfaatan bagi manusia disamping mengandung pula kelemahan yaitu aspek membahayakan bagi manusia[12].

Tujuan utama semua bagian hukum ialah menjaga ketertiban, ketenangan, kesejahteraan, dan kedamaian dalam masyarakat, tanpa dengan sengaja menimbulkan penderitaan. Namun demikian, untuk menegakkan berbagai peraturan hukum, tak dapat dihindari bahwa beberapa orang akan mengalami penderitaan karena penerapan hukum oleh hakim. Dalam rangka penyelesaian pertikaian antara dua pihak dalam hukum perdata dan hukum administrasi, tak dapat dihindari, bahwa pihak yang dinyatakan bersalah akan mengalami penderitaan, demikian pula dalam penegakan hukum pidana seseorang yang dinyatakan bersalah akan dijatuhi pidana yang merupakan penderitaan baginya.

Penderitaan yang diterima sebagai akibat penerapan hukum perdata dan hukum administrasi, lain dengan penderitaan yang diterima sebagai akibat penerapan hukum pidana terutama cap kriminal dari masyarakat. Lebih-lebih jika

[12] Bambang Poernomo, "Reaksi Sosial Terhadap Norma Imperaktif di Bidang Hukum Pidana", Pidato Ilmiah dalam rangka *Acara Pembukaan Kuliah Pasca Sarjana Semester I.* 19921993 Universitas Gadjah Mada, September, 1992, hlm. 2-3

benar bahwa hukum pidana, acara pidana dan pelaksanaan dari pidana itu sendiri adalah justru menjadi sumber dari kriminalitas[13]. Demikian pula seperti yang dikemukakan oleh Bambang Poernomo bahwa hukum pidana banyak mengandung segi-segi yang rawan karena seringkali menampakkan diri sebagai suatu problem yang tidak mudah pemecahannya, bahkan dapat menjadi suatu dilema dalam ilmu pengetahuan hukum[14].

Perbedaan yang besar antara hukum pidana dan bagian hukum yang lain menjadi alasan para ahli hukum berbeda pandangan untuk menganggap hukum pidana yaitu disatu pihak berpandangan bahwa hukum pidana harus dianggap berkarakter *primum remedium*, namun dipihak lain karena kemajuan pandangan ilmu pengetahuan dan peningkatan peradaban manusia dikembangkan hukum pidana berkarakter *ultimum remedium*, yaitu sedapat mungkin dibatasi[15].

Senada dengan itu Jeremy Bentham mengatakan, janganlah hukum pidana dikenakan digunakan apabila *groundless, unprofitable or inefficacious*[16]

Penegakan hukum pidana pada asasnya *ultimum remedium,* merupakan senjata pamungkas, hukum pidana baru digunakan bila fungsi-fungsi hukum yang lain tidak dapat difungsikan.

Menurut Wirjono Prodjodikoro, norma-norma atau kaidah-kaidah dalam bidang hukum tata negara dan hukum tata usaha negara harus pertama-tama ditanggapi dengan sanksi administrasi, begitu pula norma-norma dalam bidang

---

[13] Roeslan Saleh, *Dari Lembaran Kepustakaan Hukum Pidana,* Sinar Grafika, Jakarta, 1988, hlm 36

[14] Bambang Poernomo, *Reaksi Sosial ..., op.cit,* hlm. 8

[15] JM van Bemmelen, *Hukum Pidana I, Hukum Pidana Material bagian umum,* terjemahan oleh Hasnan, Binacipta, 1984, hlm 14.

[16] Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebujakan Pidana,* Bandung, Citra Aditya Bakti, 1996, hlm 39.

hukum perdata pertama-tama harus ditanggapi dengan sanksi perdata, hanya apabila sanksi administrasi dan sanksi perdata belum mencukupi untuk mencapai tujuan meluruskan neraca kemasyarakatan, maka baru diadakan juga sanksi pidana sebagai pamungkas (terakhir) atau *ultimum remedium*[17].

Sehubungan dengan sifat hukum pidana yang demikian, menurut pandangan para ahli, dimungkinkan pelaksanaan hukum pidana dalam kenyataan dapat diselenggarakan *ius operatum* tidak sepenuhnya sesuai dengan *ius constitutum* sebagai kebutuhan praktek hukum, misalnya polisi menghentikan penyidikan, jaksa tidak melakukan penuntutan sebagai upaya asas oportunitas atau penutupan perkara demi kepentingan hukum, dan hakim menggunakan alasan pemaaf atau menggunakan alasan pembenar dari sifat melawan hukum. Hal tersebut sesuai dengan standar penegakan hukum di peradilan pidana yang menurut Bambang Poernomo[18], standar penegakan hukum di peradilan pidana memuat rekomendasi bahwa *total crime* pada dasarnya tidak mungkin sama dengan *full enforcement,* karena dalam konsep ini terdapat tiga wilayah penegakan hukum yang nyata-nyata terjadi yaitu :

1. *The area of no enforcement*
2. *The area of dicission not to enforce*
3. *The area of actual to enforcement*

---

[17] Wirjono Prodjodikoro, *Asas-asas Hukum Pidana di Indonesia,* Bandung, Refika Aditama, 2003, hlm 17.

[18] Bambang Poernomo, "Perkembangan Standar Penegakan Hukum Memerlukan Pengertian Kemanfaatan terhadap Hukum Berkekuatan Tidak Tak Terbatas", Makalah pada *Rapat Kerja Nasional Terbatas Mahkamah Agung RI dengan para Ketua Pengadilan Tingkat Banding,* Yogyakarta, September 2001.

Di mana *the area of no enforcement* adalah area yang tidak terjamah oleh penerapan hukum karena pembatasan secara ketat oleh hukum acara pidana yang mencakup aturan atau tata cara penangkapan, penggeledahan, penahanan, penyitaan sampai pada tahap pemeriksaan pendahuluan atau mungkin juga pembatasan oleh hukum pidana materiil itu sendiri.

Apabila area penegakan hukum *total law enforcement* dikurangi dengan *area of no enforcement,* maka muncullah area yang disebut *full enforcement* di mana para penegak hukum diharapkan menegakkan hukum secara maksimal. Penegakan hukum secara *full enforcement*, menurut Joseph Goldstein merupakan harapan yang tidak realistis (*non a realistic expectation),* karena terdapat kendala-kendala dalam pelaksanaannya berupa keterbatasan waktu, personal, alat investigasi, dana, dan sebagainya sehingga mengharuskan ada diskresi. Dengan demikian, yang tersisa hanyalah *the area of actual enforcement* yaitu sebagai hasil dari *total enforcement* dikurangi *area of no enforcement* menghasilkan *full enforcement*, dikurangi lagi dengan adanya diskresi menghasilkan area penegakan hukum yang konkret[19].

Membaca undang-undang, orang dapat melihat apa yang menjadi tujuan hukum, dapat melihat kepentingan-kepentingan yang hendak dilindungi oleh pembuat undang-undang, dapat melihat apa yang boleh dan tidak boleh dilakukan, dan dapat melihat sanksi-sanksi sebagai akibat dari perbuatan yang melanggar undang-undang itu.

---

[19] Nyoman Serikat Putra Jaya, *Kapita Selekta Hukum Pidana,* Badan Penerbit Universitas Diponegoro, Semarang, 2001, hlm. 52.

Berpegang kepada undang-undang saja ternyata tidak memuaskan semua pihak, banyak aturan yang diundangkan ternyata kurang berhasil, aturan-aturan itu tidak didukung apabila ternyata bertentangan atau tidak sejalan dengan norma-norma yang berlaku dalam masyarakat sekalipun tidak diundangkan.

Dalam kerangka pelayanan hukum dari hukum pidana, legitimasi memang diperlukan karena merupakan garansi bagi pelaksanaan kekuasaan negara untuk memelihara ketertiban, akan tetapi legitimasi pelaksanaan kekuasaan negara dengan asas legalitas harus diartikan sebagai memberikan kepastian hukum, bukan sebagai kepastian undang-undang. Yang harus dillaksanakan sesuai dengan kalimat undang-undang yang sudah pasti.

Tidak dapat dipungkiri bahwa undang-undang sangat perlu untuk memberikan kepastian hukum, tetapi kepastian hukum tidak selalu memberikan keadilan, dan juga tidak selamanya undang-undang sesuai dengan tuntutan keadilan, dengan demikian kepastian hukum itu relatif[20].

Sifat mengagungkan undang-undang terlihat pada ajaran sifat melawan hukum formil *(formeel wederrechtelijk),* yaitu suatu ajaran yang menyatakan bahwa suatu tindak pidana telah terjadi apabila telah terpenuhi unsur-unsur seperti yang termuat dalam rumusan tindak pidana (telah memenuhi rumusan tindak pidana). Dengan kata lain, pengertian "melawan hukum" adalah sama dengan

[20] Menurut Sudikno Mertokusumo, kepastian hukum artinya, jaminan bahwa hukum dijalankan, bahwa yang berhak menurut hukum dapat memperoleh haknya dan bahwa putusan hakim dapat dilaksanakan, bahwa perkara kasus yang serupa harus diputus serupa pula. Keadilan adalah penilaian terhadap perbuatan atau perlakuan seseorang terhadap orang lain dan lazimnya hanya dilihat dari sudut orang yang terkena perlakuan itu. Bicara tentang keadilan berarti juga bicara tentang perlindungan kepentingan. Tidak jarang terjadi kepastian hukum bertentangan dengan keadilan. Hukumnya demikian bunyinya, maka harus dijalankan (kepastian hukum), tetapi kalau dijalankan dalam keadaan tertentu akan dirasakan tidak adil. Apabila terjadi konflik antara kepastian hukum dan keadilan, maka keadilan harus didahulukan (Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum,* Liberty, Yogyakarta, 2000, hlm. 18).

bertentangan dengan undang-undang dan tidak ada alasan yang dapat menghapus sifat melawan hukum ini kecuali apabila ditentukan pula oleh undang-undang.

Guna mengimbangi ajaran sifat melawan hukum formil tersebut, ajaran sifat melawan hukum materiil (*materiele wederechtelijkeheid)* telah mengembangkan pendapat, bahwa meskipun suatu perbuatan telah cocok dengan perumusan tindak pidana, si pelaku tidak selalu dapat dihukum apabila memang benar ada suatu perkecualian berdasarkan alasan-alasan dari hukum tidak tertulis.

Perkembangan baru dari ajaran sifat melawan hukum materiil para ahli hukum dari kalangan akademisi maupun praktisi, dapat menerima tentang ajaran sifat melawan hukum materiil hanyalah terbatas digunakan dalam fungsi negatifnya (mengingat adanya asas legalitas sebagai ciri khas tetap dari negara hukum) dan agar ajaran sifat melawan hukum materiil tidak dapat dipergunakan dalam fungsi positifnya.

Dalam praktik perkembangan hukum pidana, terdapat perbuatan-perbuatan yang hilang sifat melawan hukumnya atas dasar alasan pembenar yang tidak mungkin ditemukan dalam undang-undang (tertulis). Alasan-alasan pembenar ini diterima oleh hakim berdasarkan ungkapan kasus di pengadilan (yurisprudensi) maupun pandangan ahli hukum pidana (doktrin) yang terus berkembang, antara lain *tuchrecht* (hak mengawasi dan mendidik dari orang tua, wali, guru), *beroeprecht* (hak jabatan para dokter, juru obat, bidan dsb.), *toestemming* (persetujuan antara pihak), serta hilangnya sifat melawan hukum materiil. Alasan-alasan pembenar ini terus mengalami perkembangan penafsiran baru.

Praktik perkembangan yurisprudensi perkara pidana maupun doktrin, hilangnya sifat melawan hukum dari suatu perbuatan dalam tindak pidana dapat dibenarkan berdasarkan alasan penghapus pidana di luar undang-undang, meskipun pengecualian ini memiliki kriteria yang bernuansa *restriktif* dan *limitatif* sifatnya untuk menghindari penyalahgunaan ajaran sifat melawan hukum materiil.

Penelitian ini bertujuan meneliti interpretasi tentang perbuatan melawan hukum di bidang hukum perdata *(on rechtmatigedaad)* apakah dapat dikualifikasi menjadi melawan hukum pada tindak pidana *(wederrechtelijkheid),* apakah perbuatan melawan hukum di bidang hukum perdata dapat dijadikan alasan untuk menghilangkan sifat melawan hukum (materiil) dari suatu tindak pidana, dengan menggunakan adagium "tiada pidana tanpa adanya sifat melawan hukum" (yang sejajar dengan asas "tiada pidana tanpa kesalahan"). Penelitian tersebut dilakukan dengan meneliti putusan-putusan perkara pidana pengadilan Indonesia (yurisprudensi). Putusan tersebut diteliti mengenai pertimbangan hukum dari hakim dalam memutus perkara tersebut, apa dasar hukumnya, interpretasi hakim terhadap suatu pasal dan sebagainya, untuk kemudian dianalisa. Selanjutnya dari pertimbangan hukum tersebut juga dicari untuk kemudian disimpulkan kriteria bagaimana suatu perkara/kasus yang merupakan sengketa perdata dapat dikualifikasi sebagai suatu tindak pidana.

B. Rumusan Masalah

1. Mengapa suatu perbuatan dalam bidang hukum perdata tidak dapat dikualifikasi sebagai suatu tindak pidana ?

2. Apa tolok ukur untuk menentukan agar suatu perbuatan dalam bidang hukum perdata dapat dikualifikasi sebagai suatu tindak pidana ?

C. Tujuan dan Kegunaan Penelitian

1. Tujuan Penelitian

1. Untuk mengetahui mengapa suatu perbuatan yang merupakan perbuatan di bidang hukum perdata atau perbuatan melawan hukum di bidang hukum perdata yang merupakan suatu kasus perdata tidak dinyatakan dikualifikasi sebagai suatu tindak pidana.
2. Untuk mengidentifikasi kriteria-kriteria perbuatan di bidang hukum perdata yang dapat dikualifikasi sebagai suatu tindak pidana.

2. Kegunaan Penelitian

Kegunaan penelitian secara teoritis untuk mengetahui apakah dengan alasan bahwa perbuatan merupakan perbuatan di bidang hukum perdata dapat menjadi alasan pembenar yang dapat menghapuskan sifat melawan hukum materiil suatu perbuatan sehingga perbuatan tersebut tidak dapat dinyatakan sebagai suatu tindak pidana, dan untuk menemukan kriteria-kriteria perbuatan di bidang hukum perdata yang bagaimana yang dapat dinyatakan sebagai suatu tindak pidana. Dengan demikian hasil penelitian ini diharapkan dapat menambah teori mengenai alasan pembenar dan teori mengenai sifat melawan hukum.

Kegunaan penelitian secara praktis, hasil penelitian diharapkan dapat memberikan masukan guna kebijakan penegakan hukum (pidana), dan selanjutnya

tidak ditemukan lagi penyalahgunaan hukum dalam rangka penegakan hukum pidana sehubungan dengan permasalahan tersebut.

D. Landasan Teori

Kajian dalam penelitian ini pada pokoknya mengenai perbuatan melawan hukum dalam hukum pidana dikaitkan dengan perbuatan melawan hukum dalam bidang hukum perdata, dikaitkan pula dengan penggunaan upaya hukum pidana untuk mengatasi permasalahan yang timbul di masyarakat.

Perbuatan melawan hukum dalam bidang hukum pidana berupa suatu tindak pidana, sedangkan perbuatan melawan hukum dalam bidang hukum perdata lazim disebut dengan perbuatan melawan hukum (*onrechtmatigedaad).*

Teori-teori yang akan digunakan dalam kajian penelitian ini adalah teori-teori mengenai tindak pidana (*strafbaarfeit*) dan seluruh teori dan asas yang berhubungan dengan hal itu, yang dihubungkan dengan teori-teori perbuatan melawan hukum dan selanjutnya dihubungkan dengan penggunaan upaya hukum pidana dalam menyelesaikan permasalahan perbuatan melawan hukum.

Dalam teori-teori mengenai *strafbaarfeit*/tindak pidana, ada dua faham yang berbeda yaitu faham yang menyatukan antara "perbuatan" dan "pertanggungjawaban pidana" (lazim disebut dengan "teori monoistis") dan faham yang memisahkan "perbuatan" dari "pertanggungjawaban pidana". Teori yang memisahkan perbuatan dari pertanggungjawaban pidana yang lazim dikenal dengan sebutan teori dualistis, tindak pidana hanya menyangkut masalah perbuatan, sedangkan pertanggungjawaban pidana menyangkut masalah pembuat/

pelaku dari tindak pidana. Dipisahkannya tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana menyebabkan "kesalahan" dikeluarkan dari unsur tindak pidana dan ditempatkan sebagai faktor yang menentukan dalam pertanggungjawaban pidana[21]. Penelitian ini menggunakan teori dualistis. Penggunaan teori dualistis selain karena penulis mengikuti ajaran dualistis, adalah karena penelitian ini merupakan penelitian tentang sifat melawan hukum-nya suatu "perbuatan". Fokus yang diteliti adalah mengenai "perbuatan", bukan mengenai "pembuat/pelaku". Teori dualiatis memisahkan antara "perbuatan" dan "pertanggungjawaban". Sifat melawan hukum hanya berkaitan langsung dengan "perbuatan", tidak berkaitan langsung dengan "pertanggungjawaban". Pertanggungjawaban berkaitan dengan "pembuat/pelaku", sedangkan teori monoistis menyatukan antara perbuatan dan pertanggungjawaban, sehingga penelitian mengenai perbuatan tidak dapat dipisahkan dari penelitian mengenai pembuat/pelaku, sehingga teori monoistis tidak tepat bila digunakan dalam penelitian ini.

Salah satu unsur esensial dari tindak pidana adalah unsur "sifat melawan hukum" *(wederrechtelijkheid),* maka selanjutnya juga akan digunakan teori-teori mengenai sifat melawan hukumnya perbuatan. Sifat melawan hukum ada dua macam, "sifat melawan hukum formil" dan "sifat melawan hukum materiil". Mengenai sifat melawan hukum materiil dalam penerapannya dikenal dalam dua fungsi, yaitu dalam fungsi positif dan dalam fungsi negatif.

---

[21] Chairul Huda, *Dari Tiada Pidana Tanpa Kesalah menuju kepada Tiada Pertanggungjawaban Pidana Tanpa Kesalahan,* Kencana Prenada Media, Jakarta, 2006, hlm 6.

Penerapan sifat melawan hukum dalam fungsi negatif dikaitkan dengan "alasan pembenar", oleh karena itu penelitian ini juga menggunakan teori-teori yang berkaitan dengan alasan pembenar.

Selanjutnya penelitian ini juga menggunakan asas legalitas sebagai alat untuk alat penelaahan. Asas legalitas yang pada intinya menetapkan bahwa tiada suatu perbuatan pun yang boleh dihukum, melainkan atas kekuatan aturan pidana dalam undang-undang yang ditentukan pada sebelum perbuatan dilakukan. Penggunaan hukum pidana hanya boleh dilakukan terhadap perbuatan-perbuatan yang sudah ditetapkan sebagai suatu tindak pidana dan diancam dengan hukuman pidana dalam suatu peraturan perundang-undangan. Perbuatan-perbuatan yang belum atau tidak ditetapkan sebagai suatu tindak pidana dan diancam dengan hukuman pidana dalam suatu peraturan perundang-undangan, berarti perbuatan tersebut bukan suatu tindak pidana, oleh karena itu terhadap perbuatan tersebut tidak boleh menggunakan hukum pidana.

Perbuatan-perbuatan dalam bidang hukum perdata (yang merupakan suatu kasus perdata) yang tidak ditetapkan sebagai suatu tindak pidana, sudah barang tentu juga harus diperlakukan demikian. Perbuatan melawan hukum dalam bidang hukum perdata tidak sama dengan perbuatan melawan hukum dalam bidang hukum pidana. Perbuatan melawan hukum dalam bidang hukum pidana adalah suatu tindak pidana. Perbuatan melawan hukum dan suatu tindak pidana sama-sama mengandung unsur sifat melawan hukum, tetapi tidak semua perbuatan melawan hukum merupakan suatu tindak pidana. Tindak pidana merupakan

perbuatan melawan hukum tetapi tidak semua perbuatan melawan hukum merupakan tindak pidana.

Perumusan suatu tindak pidana dalam peraturan perundang-undangan pidana harus jelas dan rinci mengenai unsur-unsurnya, sehingga mudah untuk menetapkan apakah suatu perbuatan yang dilakukan seseorang memenuhi unsur-unsur tindak pidana tersebut. Salah satu unsur yang harus ada dalam suatu tindak pidana adalah unsur "sifat melawan hukum". Apabila unsur sifat melawan hukum tidak adatidak ditemukan dari perbuatan yang dilakukan oleh seseorang, maka orang tersebut tidak dapat dikatakan telah melakukan suatu tindak pidana. Oleh karena itu penelitian ini juga menggunakan ajaran sifat melawan hukum sebagai alat analisis berikutnya.

Sifat melawan hukum suatu perbuatan dapat hilang atau hapus apabila ada "alasan pembenar". Beberapa alasan pembenar dapat ditemukan dalam perundangan-undangan tertulis. Doktrin menyebutkan macam-macam alasan pembenar di luar ketentuan perundang-undangan (dari hukum tidak tertulis) yang selama ini telah diakui adalah *tuchtrecht* oleh orang tua/guru/wali, *beroepsrecht* oleh dokter tenaga kesehatan dan *toesteming.* Kemudian diakui pula alasan pembenar yang berasal dari hukum tidak tertulis yaitu dari ajaran sifat melawan hukum materiil, berupa hilangnya atau hapusnya sifat melawan hukum materiil.

Alasan pembenar berbeda dengan "alasan pemaaf". Alasan pemaaf berkaitan dengan "kesalahan" sehingga berkaitan dengan asas yang sudah baku yaitu *geen straf zonder schuld* (tiada pidana atau hukuman tanpa adanya kesalahan), alasan pembenar berkaitan dengan asas baru yang mulai dipopulerkan

oleh Hasewinkel Suringa dan Jan Remmelink (yang memisahkan antara alasan pembenar dan alasan pemaaf) yaitu asas tiada hukuman tanpa adanya melawan hukum secara materiil[22].

Penerapan hukum pidana, tetapi disisi lain bertujuan melindungi kepentingan manusia, tetapi di sisi lain mengakibatkan pelanggaran hak asasi manusia (pelaku kejahatan). Dengan kata lain, di satu sisi hukum pidana dan pelaksanaannya dibutuhkan sebagai sarana menanggulangi kejahatan, tetapi di sisi lain hukum pidana dan pelaksanaannya dapat merugikan individu maupun masyarakat luas bila penerapannya tidak tepat guna dan hasil guna dalam masyarakat karena pidana mengandung unsur kontradiktif.

Penggunaan hukum pidana untuk mengatur masyarakat mengenai aktivitas tertentu bukan suatu keharusan, melainkan hanya salah satu alternatif dari instrument-instrument pengaturan yang tersedia. Hukum pidana diterapkan sebagai obat yang terakhir bila bidang hukum lain sudah tidak mampu mengatasi.

Hukum pidana hendaknya jangan ditempatkan sebagai instrumen pertama *(primum remedium)* untuk mengatur kehidupan masyarakat, melainkan sebagai instrument terakhir *(ultimum remedium)* untuk mengontrol tingkah laku individu dalam kehidupan bersama.

Hukum pidana hendaknya didaya gunakan apabila sanksi bidang hukum lain seperti sanksi administratif dan sanksi perdata tidak efektiftidak bisa mengatasi masalah (asas subsidiaritas).

---

[22] Lihat Indiyanto Seno Adji, "Asas Perbuatan Melawan Hukum Materiil dan Masalahnya Dalam Perspektif Hukum Pidana di Indonesia", Makalah disampaikan pada *Seminar tentang Asas-asas Hukum Pidan Nasional,* di fakultas hukum Universitas Diponegoro, April 2004, hlm. 4.

Mengutip Bambang Poernomo dalam kuliahnya, setelah makin memudarnya teori kepastian hukum dan keadilan, maka tumbuh perkembangan teori kegunaan hukum, jadi dengan demikian kepastian hukum dan keadilan harus ditambah kegunaan hukum. Kegunaan dapat disamakan dengan "kemanfaatan" .

Penelitian ini berusaha menjawab apakah suatu perbuatan yang merupakan perbuatan dalam bidang hukum perdata atau perbuatan melawan hukum dalam bidang hukum perdata atau perbuatan yang merupakan kasus perdata dapat menjadi alasan pembenar yang berasal dari hukum tidak tertulis. Dengan demikian, penelitian ini mencoba untuk lebih mempopulerkan asas "tiada hukuman tanpa adanya melawan hukum secara materiil", sekaligus mencoba menjawab apakah dengan alasan bahwa perbuatan yang dilakukan merupakan perbuatan melawan hukum dalam bidang hukum perdata atau perbuatan yang merupakan kasus perdata dapat memperluas penafsiran melawan hukum secara meteriil dalam kasus tersebut dan dapat masuk dalam pengertian melawan hukum secara meteriil dalam asas tersebut. Apabila dapat masuk dalam pengertian melawan hukum secara materiil dalam asas tersebut, maka hal itu akan menambah macam-macam alasan pembenar dari hukum tidak tertulis yang selama ini sudah diakui yaitu *beroepsrecht, tuchtrecht, toesteming* dan hapusnya sifat melawan hukum materiil.

Selanjutnya Pasal 191 ayat (2) KUHAP menentukan "jika pengadilan berpendapat bahwa perbuatan yang didakwakan kepada terdakwa terbukti tetapi perbuatan itu tidak merupakan suatu tindak pidana, maka terdakwa diputus lepas

dari segala tuntutan hukum", juga digunakan untuk menelaah permasalahan dalam penelitian ini.

Semua perbuatan manusia merupakan suatu kehendak yang dapat dipertanggung jawabkan dalam kehidupan hukum, berfungsi sebagai perbuatan yang bersifat hukum atau perbuatan yang bersifat tidak hukum. Hal tersebut bergantung kepada apakah perbuatan tersebut sesuai atau tidak sesuai dengan norma hukum.

Norma hukum mempunyai alat pendorong agar norma tersebut ditaati, yaitu berupa sanksi. Sanksi pada umumnya adalah alat pemaksa agar seseorng mentaati norma-norma yang berlaku. Sanksi untuk pelanggaran norma hukum, pelaksanaannya ada pada penguasa/Negara.

Sanksi terhadap pelanggaran norma hukum administrasi berupa sanksi administrasi seperti penundaan kenaikan pangkat, pencopotan jabatan, pemecatan. Sanksi terhadap pelanggaran norma hukum perdata berupa sanksi perdata seperti membayar ganti rugi, batalnya perjanjian. Pelanggaran norma hukum pidana berupa sanksi pidana seperti pidana mati, pidana penjara, pidana kurungan, pidana denda [23] . Pengenaan sanksi pidana didasarkan pada apabila benar-benar diperlukan, sebagai alat pamungkas (*ultimum remedium),* walaupun pada kasus

[23] Bagi korban tindak pidana, dapat mengajukan gugatan secara perdata untuk menuntut ganti kerugian kepada terdakwa apabila terdakwa telah dinyatakan bersalah melakukan tindak pidana yang merugikan korban.

tertentu seperti pada kasus tetorisme penggunaan hukum pidana harus diutamakan (*primum remedium)*[24].

Tujuan hukum pidana pada umumnya adalah untuk melindungi kepentingan orang peseorangan (individu) atau hak-hak asasi manusia dan melindungi kepentingan-kepentingan masyarakat dan negara dengan pertimbangan yang serasi dari kejahatan/tindakan tercela di satu pihak dan dari tindakan penguasa yang sewenag-wenang dilain pihak[25]. Menurut Wirjono, tujuan dari hukum pidana adalah untuk memenuhi rasa keadilan[26].

Sifat tidak hukum atau melawan hukum dalam arti umum dimaksudkan disini dapat dirumuskan sebagai suatu perbuatan hukum subjektif yang secara yuridis adalah bertentangan dengan norma hukum yang berlaku dan karenanya dapat dicela.

Istilah "melawan hukum" atau "melanggar hukum" dapat diartikan dengan bermacam-macam pengertian. Di dalam peraturan perundang-undangan tidak terdapat perumusan yang pasti mengenai pengertian "melawan hukum". Secara

---

[24] Muladi menyatakan bahwa delik-delik yang dipandang sangat merugikan, membahayakan atau meresahkan masyarakat, delik-delik yang dikualifisir atau diperberat oleh akibatnya, utamanya yang berpotensi mengancam sendi-sendi kehidupan negara, maka hukum pidana harus tampil sebagai *primum remedium* (lihat Muladi, Proyeksi hukum pidana materiil Indonesia di masa datang, *Pidato Pengukuhan Guru Besar,* Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, Semarang, 1990, hlm. 28). Selanjutnya menurut H.G. De Biint, hukum pidana berperan sebagai *primum remedium* apabila korban sangat besar, terdakwa residivis dan kerugian tidak dapat dipulihkan (*irreparable*) (lihat sebagaimana dikutip Romli Atmasasmita, dalam *Pengantar Hukum Kejahatan Bisnis,* Bogor, Kencana, 2003, hlm. 77), dan menurut Romli Atmasasmita sendiri dalam buku yang sama, penggunaan hukum pidana sebagai *primum remedium* hanya diterapkan pada delik-delik tertentu yang memerlukan cara yang luar biasa untuk mencegah dan mengatasinya.

[25] S.R.Siaturi, *Asas-asas Hukum Pidana di Indonesia dan Penerapannya,* Jakarta, Alumni AHAEM-PETEHAEM, 1996, hlm. 54.

[26] Wirjono Prodjodikoro, *Asas-asas Hukum Pidana di Indonesia,* ed. ke tiga, Bandung, Refika Aditama, 2003, hlm. 19.

umum dapat dikatakan bahwa arti "melawan hukum" adalah tanpa kewenangan yang melekat padanya atau tanpa dia berhak melakukan demikian. [27]

Perbuatan subjek hukum dibedakan ke dalam "perbuatan hukum" dan "bukan perbuatan hukum". Perbuatan hukum (*recht handeling*) adalah perbuatan subjek hukum yang diberi akibat hukum oleh kaidah hukum tertentu, dan timbulnya akibat hukum ini memang dikehendaki oleh subjek hukum pelaku perbuatan tersebut.

Perbuatan subjek hukum yang "bukan perbuatan hukum" adalah perbuatan yang dilakukan subjek hukum yang menimbulkan akibat hukum tertentu dan akibat hukum ini "tidak" dikehendaki atau "tidak" diniatkan oleh subjek hukum pelaku perbuatan tersebut. Yang "bukan perbuatan hukum" ini dibedakan lagi dengan yang "tidak melawan hukum" dan yang "melawan hukum" .

Ketertiban di dalam hidup bermasyarakat adalah karena terdapat neraca keseimbangan, dimana setiap orang mendapatkan haknya dan setiap orang melaksanakan kewajibannya.

Perbuatan yang melawan atau melanggar hukum mengakibatkan kegoncangan dalam neraca keseimbangan tersebut, oleh karena itu diperlukan suatu tindakan untuk memulihkan keadaan. Perbuatan yang melawan hukum itu sendiri ada dua macam, yaitu:

1. Perbuatan yang melawan hukum di bidang hukum pidana (perbuatan atau tindak pidana)

[27] Moeljatno , *Asas-asas Hukum Pidana*, cet ke 7, Jakarta, Rineka Cipta, 2002, hlm. 15

2. Perbuatan yang melawan hukum di bidang hukum perdata/hukum lain selain hukum pidana (perbuatan melawan hukum)

Kedua perbuatan tersebut terdapat kesamaan yaitu bahwa baik pelaku perbuatan tindak pidana maupun pelaku perbuatan melawan hukum, sama-sama bertindak atau berbuat bertentangan dengan larangan atau keharusan, keduanya mengandung muatan unsur bersifat melawan hukum. Karenanya dapat dikatakan suatu tindak pidana adalah sama dengan perbuatan melawan hukum, akan tetapi sebaliknya, tidak setiap perbuatan melawan hukum adalah merupakan suatu tindak pidana. Pembatasnya adalah adagium *nullum delictum, nula poena sine praevia lege poenali* [28], yang dikenal sebagai asas legalitas.

Untuk mengenakan pidana diperlukan undang-undang (pidana) terlebih dahulu. Petunjuk undang-undang yang menetapkan peraturan tentang pidananya tidak hanya mengatur tentang *crimen* atau *delictum*nya semata, tetapi juga mengatur tentang perbuatan yang dapat dikenakan pidana[29].

Perbuatan/tindak pidana diatur dalam suatu aturan pidana (diancam dengan sanksi pidana), penanganannya dengan menggunakan hukum pidana (dipertanggungjawabkan secara pidana). Perbuatan melawan hukum yang merugikan pihak lain, maka pihak lain tersebut dapat menuntut (menggugat) si pelaku secara perdata (dipertanggungjawabkan secara perdata).

Untuk dapat lebih memperjelas hal tersebut dapat dilihat pada bagan sebagai berikut:

---

[28] Adagium ini dikenal sebagai "*Asas legalitas*" yang dalam Kitab Undag-Undang Hukum Pidana tercantum dalam Pasal 1 ayat (1): " Tiada suatu perbuatan boleh dihukum, melainkan atas kekuatan ketentuan pidana dalam undang-undang, yang ada terdahulu daripada perbuatan itu."

[29] Soedarto; *Hukum dan Hukum Pidana*, Bandung, Alumni, 1983, hlm 50

PERBUATAN MELAWAN HUKUM

PIDANA	PERDATA
Perbuatan melawan hukum dalam bidang Hukum Pidana, lazim disebut "Tindak Pidana"	Perbuatan melawan hukum dalam bidang hukum perdata ada 2 macam: a. Perbuatan melawan hukum (*onrechtmatigedaad)* b. Wanprestasi
Pengertian : Perbuatan melakukan atau tidak melakukan sesuatu yang oleh peraturan perundang-undangan dinyatakan sebagai perbuatan yang dilarang dan diancam dengan hukuman pidana.	**Pengertian :** a. Perbuatan melawan hukum adalah perbuatan yang merugikan orang lain yang dapat berupa perbuatan yang : 1. bertentangan dengan kewajiban hukum pelaku, atau 2. melanggar hak subjektif orang lain, atau 3. melanggar kaidah tata susila, atau 4. bertentangan dengan asas kepatutan, ketertiban, dan sikap hati-hati terhadap diri atau harta benda orang lain. b. Wanprestasi, adalah perbuatan yang

	melanggar perjanjian
Pengaturan : Setiap/masing-masing tindak pidana dirumuskan dalam peraturan perundang-undangan secara jelas dan rinci/teliti, sehingga dapat diketahui dengan pasti unsur-unsur dari setiap tindak pidana tersebut beserta ancaman hukuman pidananya dan berlaku untuk masing-masing tindak pidana yang bersangkutan (asas legalitas).	**Pengaturan :** Hanya ada satu ketentuan yang mengatur perbuatan melawan hukum (*onrechtmatigedaad)* yaitu dalam Pasal 1365 KUHPdt : "Tiap perbuatan melawan hukum yang membawa kerugian pada orang lain, mewajibkan orang yang karena salahnya menerbitkan kerugian itu mengganti kerugian".
Sanksi : Sanksi berupa hukuman pidana, seperti pidana mati, pidana penjara, pidana kurungan, pidana denda. Tujuan : pemidanaan pelaku	**Sanksi :** Sanksi berupa membayar ganti rugi atau sanksi perdata lain seperti : pembatalan perjanjian; untuk melakukan/tidak melakukan suatu perbuatan dan sebagainya. Tujuan : memberi ganti kerugian
Kepentingan: Menyangkut kepentingan masyarakat	**Kepentingan:** Menyangkut kepentingan individu
Pelaku meninggal, perkara pidananya gugur.	Pelaku meninggal, tanggung jawab keperdataan beralih kepada ahli warisnya.

Hukum pidana sebegitu jauh menunjukkan persamaan dengan bagian hukum yang lain, karena seluruh bagian hukum menentukan peraturan untuk

menegakkan norma-norma yang diakui sebagai hukum. Akan tetapi dalam satu segi, hukum pidana menyimpang dari bagian lain dari hukum, yaitu bahwa hukum pidana memuat substansi "penambahan penderitaan dengan sengaja" dalam bentuk sanksi pidana.

Secara tradisional pidana didefinisikan sebagai nestapa yang dikenakan oleh negara kepada seseorang yang melakukan pelanggaran terhadap ketentuan undang-undang, sengaja agar dirasakan sebagai nestapa[30]. Sedangkan menurut Fitzgerald, pidana adalah penderitaan dari yang berwenang terhadap sebuah pelanggaran[31]. Menurut Ted Honderich, pidana adalah hukuman dari pihak yang berwenang (sesuatu yang meliputi pencabutan atau penderitaan) terhadap seorang pelanggar akibat dari sebuah pelanggaran[32].

Sanksi pidana lebih menekankan untuk pembalasan, ia merupakan penderitaan yang sengaja dibebankan kepada pelaku. Sanksi pidana bertujuan memberi penderitaan istimewa (*bijzonder leed*) kepada pelaku supaya ia merasakan akibat perbuatannya. Selain ditujukan pada pengenaan penderitaan terhadap pelaku, sanksi pidana juga merupakan bentuk pernyataan "pencelaan" terhadap perbuatan pelaku.

Pidana penjara adalah salah satu sanksi pidana yang diancamkan terhadap pelaku tindak pidana. Di Indonesia, pidana penjara merupakan pidana yang paling sering digunakan sebagai sarana untuk menanggulangi kejahatan.

---

[30] Sudarto, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Bandung, Alumni, 1986, hlm. 109

[31] Muladi dan Barda Nawawi Arief : *Teori-teori Kebijakan Pidana*, Bandung, Alumni, 1992, hlm. 2

[32] *Ibid.*

Sanksi pidana yang berupa pidana penjara dan pidana kurungan selain merupakan hukuman fisik atau badan secara tidak langsung juga merupakan hukuman psikis atau batin. Selain itu pidana penjara dan kurungan juga dapat berimbas pada keluarga terhukum. Demikian pula cap kriminal dari masyarakat menambah penderitaan bagi terhukum dan keluarganya.

Bahkan, disebutkan dalam satu laporan Kongres PBB ke lima tahun 1975, bahwa mekanisme kepenjaraan mempunyai pengaruh yang kondusif untuk timbulnya kejahatan dan bahkan hal-hal tertentu betul-betul menciptakan karir penjahat [33] atau dengan kata lain pidana penjara tidak hanya mengakibatkan perampasan kemerdekaan tetapi juga menimbulkan akibat negatif terhadap hal-hal yang berhubungan dengan dirampasnya kemerdekaan[34]. Sanksi hukum pidana merupakan remedium yang mengandung sifat kontradiktif atau paradoksal dan mengandung unsur-unsur serta efek sampingan yang negatif[35].

Dalam perkembangannya pidana penjara yang telah menjadi pidana di dunia (terdapat di seluruh dunia), banyak dipersoalkan kembali. Hal ini berkaitan dengan efektifitas pidana penjara itu sendiri, apakah telah efektif atau bermanfaat sebagai sarana untuk menanggulangi kejahatan di masyarakat[36]. Keterbatasan kemampuan hukum pidana dalam menanggulangi kejahatan telah banyak diungkapkan para ahli.

---

[33] M. Taufik Makarao, *Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia, Study tentang Bentuk-bentuk Pidana Khususnya Pidana Cambuk sebagai Suatu Bentuk Pemidanaan*, Yogyakarta, Kreasi Wacana, 2005, hlm. 149.

[34] Barda Nawawi Arief, *Kebijaksanaan Legislatif*, hlm. 48.

[35] Barda Nawawi Arief, *Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan Pengembangan Hukum Pidana*, Bandung, PT. Citra Aditya Bakti, 1998, hlm. 47.

[36] Barda Nawawi Arief , *Kebijaksanaan Legislatif", loc. cit.*

Efektifitas penggunaan hukum pidana dalam penanggulangan kejahatan atau perbuatan-perbuatan yang merugikan, perlu dipertanyakan. Apakah tujuan-tujuan yang ingin dicapai dengan menggunakan hukum pidana itu dapat dicapai juga dengan menggunakan hukum selain hukum pidana. Apabila penggunaan sarana hukum lain selain hukum pidana lebih efektif, lebih bermanfaat serta tidak menimbulkan akibat-akibat negatif maka lebih baik jangan menggunakan hukum pidana (asas subsidiaritas).

Kemampuan hukum pidana sebagai sarana penanggulangan kejahatan memiliki keterbatasan. Keterbatasan itu disebabkan oleh faktor-faktor penyebab kejahatan yang sangat kompleks yang berada di luar jangkauan hukum pidana. Kemampuan hukum pidana, menurut Soedarto, terbatas untuk menanggulangi gejala-gejala kejahatan, namun tidak mampu menghilangkan faktor-faktor penyebabnya. Disamping itu, keterbatasan kemampuan hukum pidana disebabkan oleh sifat, hakikat, dan fungsi hukum pidana itu sendiri. Sanksi pidana bukanlah obat (remedium) untuk mengatasi sebab-sebab kejahatan, tapi sekedar mengatasi akibat kejahatan. Dengan kata lain, sanksi pidana bukan " pengobatan kausatif " tapi sekedar " pengobatan simptomatif "[37].

Menurut Packer, usaha pengendalian perbuatan antisosial dengan mengenakan pidana pada seseorang yang bersalah melanggar peraturan pidana merupakan suatu problem sosial yang mempunyai dimensi hukum yang penting[38].

Penggunaan upaya hukum, termasuk hukum pidana sebagai salah satu upaya untuk mengatasi masalah sosial, termasuk dalam bidang penegakan hukum.

[37] Soedarto, seperti dikutip Barda Nawawi Arief dalam, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, cet kedua, ed. revisi, Bandung, Citra Aditya Bhakti, 2002, hlm. 6

[38] Hebert L. Packer, *op. cit.* , hlm. 3.

Sebagai suatu masalah kebijakan, maka penggunaan (hukum) pidana sebenarnya tidak merupakan suatu keharusan. Ada sementara pendapat bahwa terhadap pelaku kejahatan atau para pelanggar hukum pada umumnya tidak perlu dikenakan pidana[39].

Pemidanaan bukan merupakan hal yang menyenangkan bagi seseorang yang dipidana. Pemidanaan juga menghabiskan biaya yang relatif banyak, misalnya untuk biaya proses dalam pengadilan, penjara, pembebasan bersyarat (*probation*), pusat-pusat konsultasi yang harus dihadiri dan pengumpulan denda. Menurut teori *utilitarian* yang dikemukakan oleh Bentham, pemidanaan merupakan kejahatan (*mischief*) yang hanya dijustifikasi jika pemidanaan tersebut mampu mencegah terjadinya kejahatan yang lebih besar dibandingkan dengan pemidanaan bagi pelaku kejahatan[40].

Bentham, juga mengemukakan bahwa selain pembalasan, sifat-sifat penting dari pemidanaan harus bermanfaat. Ada tiga kemanfaatan dari pemidanaan, *pertama,* pemidanaan akan sangat bermanfaat jika hal itu dapat meningkatkan perbaikan diri pada sipelaku kejahatan. *Kedua,* pemidanaan harus menghilangkan kemampuan sipelaku kejahatan untuk melakukan kejahatan. *Ketiga,* pemidanaan harus memberikan ganti rugi kepada pihak yang dirugikan[41].

Dari perspektif *utilitarianisme* yang dipelopori Jeremy Bentham dan John Stuart Mill, pidana sama sekali tidak memiliki nilai pembenaran apapun bila

---

[39] Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Teori-teori . . . , op. cit.* hlm. 150.

[40] Barbara A Hudson *Understanding Justice : an Introduction o Ideas*, Perspectives and Controversies in Modern Penal Theory, second ed, great Britain, Open University Press, 2003, hlm. 17-18

[41] Jeremy Bentham, *Teori Perundang-undangan : Prinsip-prinsip legislasi, Hukum Perdata dan Hukum Pidana*, terjemahan oleh Nurhadi, Bandung, Nuansa, 2006, hlm. 378.

semata-mata dijatuhkan untuk sekedar menambah lebih banyak penderitaan atau kerugian masyarakat[42].

Sebagian ahli berpendapat bahwa tidak semua masalah rumit di dalam masyarakat kita ini harus diserahkan kepada hukum pidana untuk memecahkannya, biarkanlah bidang hukum yang lain yang memecahkannya lebih dahulu. Pendapat yang demikian ini kurang lebih sejajar dengan pendapat yang menyatakan bahwa hukum pidana itu hendaknya menjadi *ultimum remedium.* Menurut Oemar Seno Adji pendapat itu memang benar jika melihat hukum pidana itu sebagai hukum sanksi istimewa, sebagai hukum yang tidak mempunyai norma sendiri, yang normanya sudah diatur oleh bidang hukum lain, seperti perdata, administratif, dan lain-lain, terlebih jika kita perhatikan pidana penjara sebagai primadona sanksi dalam hukum pidana bahkan dalam perundang-undangan. Van Kan mengemukakan bahwa hukum pidana merupakan hukum sanksi istimewa[43].

Pada mulanya hanya ada sanksi pidana, kemudian sanksi lain, seperti perdata, ganti rugi sebagai akibat perbuatan melawan hukum. Jadi hukum perdata tumbuh disamping hukum pidana. Jika sanksi hukum pidana ditujukan kepada retribusi atau pencegahan, maka sanksi perdata ditujukan kepada ganti rugi[44].

Harold Garfunkel mengatakan bahwa proses peradilan pidana sebagai *status degradation ceremony*, artinya proses peradilan pidana merupakan rangkaian seremoni untuk mendegradasikan status pelaku kejahatan. Dalam

---

[42] Harkristuti Harkrisnowo, "Rekonstruksi Konsep Pemidanaan, suatu gugatan terhadap Proses Legislasi dan pemidanaan di Indonesia", *Pidato Pengukuhan Guru Besar Tetap dalam Ilmu Hukum Pidana*, Fakultas Hukum Universitas Indoesia, Depok, 8 Mret 2003, hlm. 8

[43] Loebby Loeqman,: *Delik Politik di Indonesia,* hlm. 2

[44] Hans Kelsen, *Teori Umum Hukum dan Negara, Dasar-dasar Ilmu Hukum Normatif sebagai Ilmu Hukum Deskriptif-Empirik*, Alih bahasa : Soemardi, Jakarta, Bee Media Indonesia, 2007, hlm. 61-62.

pemeriksaan mulai dari tahap penyelidikan dan penyidikan di kepolisian, penuntutan oleh kejaksaan, sampai dengan proses peradilan di pengadilan, pelaku kejahatan sering diperlakukan sebagai orang bersalah, meskipun kesalahannya belum terbukti[45].

Bahkan, G Peter Hoefnagels mengatakan, keseluruhan proses pidana itu sendiri (sejak penahanan, pemeriksaan sampai vonis dijatuhkan) merupakan suatu pidana[46].

Senada dengan itu, Jeremy Bentham menyatakan bahwa janganlah pidana dikenakan atau digunakan apabila "*groundless, needless, unprofitable or inefficacious* [47] . Demikian pula Herbert L. Packer mengingatkan bahwa penggunaan sanksi pidana secara sembarangan atau tidak pandang bulu atau menyamaratakan (*indiscriminately)* dan digunakan secara paksa (*coercively*) akan menyebabkan sarana pidana itu menjadi suatu pengancam yang utama *(prime threatener)*[48]

Perbedaan yang besar antara hukum pidana dan bagian hukum yang lain, menjadi alasan para ahli hukum berbeda pandangan untuk menganggap hukum pidana yaitu disatu pihak berpandangan bahwa hukum pidana harus diberlakukan sebagai "*primum remedium*", namun di pihak lain karena kemajuan pandangan ilmu pengetahuan dan peningkatan peradaban manusia, dikembangkan pendapat bahwa hukum pidana diberlakukan "*ultimum remedium*".

---

[45] Sue Titus Reid, *Criminal Law*, Third ed, Prentice Hall, New Jersey, 1955, hlm. 51.

[46] G. P. Hoefnagels, seperti dikutip Muladi dan Barda Nawawi Arief: *Teori-teori dan . . . , op. cit.*, hlm. 9.

[47] Jeremy Bentham, seperti dikutip oleh Barda Nawawi Arief dalam *Beberapa Aspek Kebijakan . . . , op. cit.*, hlm. 48.

[48] Herbert L. Packer, *op. cit.*, hlm. 366.

Hukum pidana tidak boleh ditempatkan sebagai instrumen pertama (*primum remedium*) untuk mengatur kehidupan masyarakat, melainkan sebagai instrument terakhir (*ultimum remedium*) untuk mengontrol tingkah laku individu dalam kehidupan bersama. Oleh karena itu, penggunaan hukum pidana untuk mengatur masyarakat mengenai aktivitas tertentu bukan suatu keharusan, melainkan hanya salah satu alternatif dari instrumen-instrumen pengaturan yang tersedia[49].

Van de Bunt mengemukakan bahwa hukum pidana sebagai *ultimum remedium* artinya tiga macam. Pertama, penerapan hukum pidana hanya terhadap orang yang melanggar hukum secara etis sangat berat. Kedua, hukum pidana sebagai *ultimum remedium* karena sanksi hukum pidana lebih berat dan lebih keras daripada sanksi bidang hukum yang lain, bahkan sering membawa dampak sampingan, maka hendaknya diterapkan jika sanksi bidang hukum yang lain tidak mampu menyelesaikan masalah pelanggaran hukum. Jadi, disini hukum pidana benar-benar diterapkan sebagai obat yang terakhir, artinya kalau bidang hukum yang lain sudah tidak mampu mengatasi barulah hukum pidana diterapkan. Ketiga, hukum pidana sebagai *ultimum remedium* karena pejabat administrasilah yang lebih dulu mengetahui terjadinya pelanggaran. Jadi, mereka mendapat prioritas untuk mengambil langkah-langkah dan tindakan daripada penegak hukum pidana[50].

---

[49] Salman Luthan, "Kebijakan Penal mengenai Kriminalisasi Di bidang Keuangan (studi terhadap Pengaturan Tindak Pidana dan Sanksi Pidana dalam undang-undang Perbankan, Perpajakan, Pasar Modal dan Pencucian Uang)", *Disertasi*, Jakarta, Universitas Indonesia, 2007, hlm. 10.

[50] Andi Hamzah, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Mengenang Alm. Oemar Seno Adji, Jakarta Ghalia Indonesia, 1995, halaman 224, yang mengutip HG Van de Bunt, Bestuurlijke Verwachtingen en Ervaringen Omtrent de Strafrechtelijke Landhaving Van Milienrecht, 1989, hlm. 13.

Hukum pidana harus digunakan secara hemat karena sanksi pidana merupakan sanksi yang paling keras dan dapat menimbulkan stigma bagi orang yang dijatuhi sanksi tersebut. Penggunaan hukum pidana untuk mengatur aktivitas masyarakat menunjukkan kecenderungan berlebihan di negara-negara totaliter dan relatif hemat di negara-negara demokrasi. Hukum pidana harus digunakan secara hemat bila tertib sosial berjalan secara baik, dan dapat digunakan secara berlebihan bila kondisi sosial tidak tertib[51]. Penggunaan hukum pidana sedapat mungkin dibatasi[52]

Menurut Packer[53] *The Criminal sanction is at once prime guarantor and prime threatener of human freedom. Used providently and humanely, it is guarantor; Used indiscriminately and coercively, it is threatener.* Sanksi pidana suatu ketika menjadi penjamin utama, suatu ketika menjadi pengancam utama dari kebebasan manusia. Dia akan menjadi penjamin bila digunakan secara cermat dan hemat serta manusiawi. Dia akan menjadi pengancam bila digunakan secara sembarangan dan secara paksa.

Pendapat ekstrim dikemukakan oleh Filippo Gramatica, menurutnya "hukum perlindungan sosial" harus menggantikan hukum pidana yang ada sekarang. Tujuan utama dari hukum perlindungan sosial adalah mengintegrasikan individu ke dalam tertib sosial dan bukan pemidanaan terhadap perbuatannya. Hukum perlindungan sosial mensyaratkan penghapusan pertanggungjawaban

[51] Salman Luthan, *loc. cit.*
[52] J.M. Van Bemmelen, *Hukum Pidana I*, Bandung, Binacipta, 1984, hlm. 14.
[53] Herbert L. Packer. *loc.cit*

pidana (kesalahan) dan digantikan tempatnya oleh pandangan tentang perbuatan anti sosial[54].

Gramatika, mendirikan suatu gerakan yang dinamakan *la devence sociale*. gerakan ini mendapatkan perhatian oleh Marc Ancel dan para ahli lainnya yang menyarankan agar bersikap menahan diri disamping teliti dalam menggunakan hukum pidana[55].

Bismar Siregar dalam kertas kerjanya yang berjudul "tentang pemberian pidana" menyatakan antara lain ... yang pertama patut diperhatikan dalam pemberian pidana, bagaimana caranya agar hukuman badaniah mencapai sasaran, mengembalikan keseimbangan yang telah terganggu akibat perbuatan si tertuduh, karena tujuan penghukuman tiada lain mewujudkan kedamaian dalam kehidupan manusia[56].

Fakta seseorang telah dinyatakan bersalah dan dihukum karena mencuri, maka orang tersebut telah mendapatkan cap kriminal seumur hidupnya. Label "penjahat" adalah stigma (aib). Hukum pidana menggunakan istilah "bersalah" atau "tidak bersalah" pada para pelaku. Konsep "penghukuman" yang menyiratkan "kesalahan" dan "pertanggung jawaban" memiliki konotasi moral yang sangat kuat yang terkait dengan hukum pidana. Label-label stigmatis itu

---

[54] Lihat Muladi dan Bardanawawi Arief,*op.cit*, hlm. 35-36

[55] Lihat Roeslan Saleh, *Dari Lembaran Kepustakaan Hukum Pidana*, Jakarta, Sinar Grafika, 1988, hlm. 38 – 39.

[56] Bismar Siregar, "Tentang Pemberian Pidana", kertas kerja pada *Simposium Pembaharuan Hukum Pidana Nasional* di Semarang, 1980.

tidak diberikan kepada orang yang melanggar perjanjian atau melakukan perbuatan-perbuatan lain yang hanya memerlukan sanksi perdata[57].

Nigel Walker mengingatkan adanya prinsip-prinsip pembatas *(the limiting principles)* dalam menggunakan sarana pidana yang sepatutnya mendapat perhatian, antara lain :[58]

1. jangan hukum pidana digunakan semata-mata untuk tujuan pembalasan.
2. jangan menggunakan hukum pidana untuk memidana perbuatan yang tidak merugikan/membahayakan.
3. jangan menggunakan hukum pidana untuk mencapai suatu tujuan yang dapat dicapai secara lebih efektif dengan sarana-sarana lain yang lebih ringan.
4. jangan menggunakan hukum pidana apabila kerugian/bahaya yang timbul dari pidana lebih besar dari pada kerugian/bahaya dari perbuatan/tindak pidana itu sendiri.
5. larangan-larangan hukum pidana jangan mengandung sifat lebih berbahaya dari pada perbuatan yang akan dicegah.
6. hukum pidana jangan memuat larangan-larangan yang tidak mendapat dukungan kuat dari publik.

Penggunaan pidana hanya mungkin dilakukan jika terjadi perbuatan yang diancam dengan pidana oleh undang-undang *(noella poena sine crimine).* Perbuatan yang diancam dengan pidana menurut undang-undang membawa akibat hukum, bahwa pidana yang diancamkan oleh undang-undanglah yang dijatuhkan *(nullum crimen sine poena legali)*[59].

Hukum pidana (sanksi pidana) tidak perlu digunakan apabila memang terbukti bahwa perbuatan pelaku (pembuat) memang bukan merupakan tindak pidana, atau perbuatan pelaku tersebut masih dalam ruang lingkup perbuatan yang dapat diselesaikan dengan menggunakan hukum perdata. Penyelesaian perkara

---

[57] Salman Luthan, *op. cit*, hlm. 158. yang mengutip Peter W. Low, dkk: *Criminal Law Cases and Material*, New York, The Foundation Press, Inc, 1986, hlm. 5.

[58] Barda Nawawi Arief, *Beberapa Aspek . . .op.cit.*, hlm 48.

[59] J. M. Van Bemmelen, *op.cit*, hlm. 50-51

yang murni perbuatan melawan hukum dalam bidang hukum perdata (perkara perdata) jangan dipaksakan diselesaikan menggunakan hukum pidana.

Tujuan pidana adalah pencegahan, pencegahan sebagai sarana untuk tujuan yang lebih tinggi yaitu kesejahteraan masyarakat. Aspek lain dari perlindungan masyarakat adalah perlindungan korban dan pemulihan neraca keseimbangan di masyarakat yang terganggu. Pidana sama sekali tidak memiliki nilai pembenaran apapun bila semata-mata dijatuhkan untuk sekedar menambah lebih banyak penderitaan atau kerugian masyarakat. Janganlah pidana dikenakan akan digunakan bila *groundless, needless , unprofitable or inefficacious.*

Hukum pidana hendaknya dipakai sebagai instrument terakhir (*ultimum remedium*) untuk mengontrol tingkah laku individu dalam kehidupan bersama. Hukum pidana diterapkan sebagai obat yang terakhir, kalau bidang hukum lain sudah tidak mampu mengatasi.

Dihubungkan dengan disertasi ini, maka berarti bahwa apabila dapat diselesaikan dengan menggunakan hukum perdata, hukum pidana tak perlu digunakan. Penyelesaian kasus perdata dengan menggunakan hukum perdata tentu akan lebih bermanfaat, karena seluruh permasalahan hukum yang terkandung di dalam kasus tersebut akan lebih jelas terlihat dan sekaligus akan diputuskan oleh hakim dalam putusannya, sehinga dengan demikian aspek perlindungan korban[60]

[60] Dalam hukum pidana juga dikenal aspek perlindungan korban kejahatan, salah satunya dikenal dalam KUHAP (Pasal 98), yaitu penggabungan perkara pidana dengan gugatan ganti kerugian yang dimaksudkanuntuk mempercepat realisasi pemberian ganti rugi kepada korban. Upaya perlindungan korban kejahatan juga direalisasikan dengan dikeluarkannya Undang-Undang nomor 13 tahun 2006 tentang Perlindungan Saksi dan Korban. Dalam undang-undang ini korban berhak memperoleh perlindungan atas keamanan pribadi, keluarga dan harta benda serta berhak untuk mendapat bantuan medis dan rehabilitasi psikososial, kompensasi bila kasusnya pelanggaran HAM berat, serta mendapat restitusi atau ganti kerugian yang menjadi tanggungjawab pelaku tindak pidana.

dan pemulihan neraca keseimbangan dalam masyarakat yang terganggu dapat tercapai. Hakim perkara pidana tidak berwenang memutuskan permasalahan hukum yang bersifat sengketa perdata.

Selanjutnya bagaimana kerangka pemikiran untuk menyelesaikan perkara yang sebetulnya merupakan perkara yang murni perbuatan melawan hukum dalam bidang hukum perdata atau perkara yang murni perkara perdata, tetapi perkara tersebut sudah terlanjur diajukan ke pengadilan secara pidana (pelaku didakwa melakukan suatu tindak pidana).

Perbuatan yang dirumuskan dalam suatu aturan perundang-undangan dan diancam dengan sanksi pidana itulah yang disebut dengan "tindak pidana". Pelaku tindak pidana, mempertanggung jawabkan perbuatannya menurut aturan hukum pidana. Pelaku perbuatan yang bukan merupakan tindak pidana, tidak perlu mempertanggung jawabkan perbuatannya dengan hukum pidana.

Tindak pidana merupakan perumusan dari hukum pidana yang memuat ancaman hukuman pidana atas pelanggaran norma-norma hukum yang ada di bidang hukum lainnya, yaitu hukum perdata, hukum tata negara, dan hukum tata usaha negara[61].

Norma-norma yang ada pada salah satu bidang hukum lain tersebut, biasanya sudah mempunyai sanksi sendiri, kemudian diberikan sanksi pidana. Dengan adanya sanksi pidana ini, norma-norma tersebut menjadi peraturan hukum pidana[62]. Sanksi dalam bidang hukum tata negara dan bidang hukum tata usaha negara berupa sanksi administrasi, sanksi perdata dalam bidang hukum perdata,

---

[61] Wirjono Prodjodikoro, *Azas-Azas Hukum Pidana di Indonesia*, edisi ketiga, Bandung, Refika Aditama, 2003, hlm. 64.

[62] *Ibid*, hlm. 14.

sanksi pidana dalam bidang hukum pidana. Dengan demikian, norma-norma dalam bidang hukum lain tersebut, apabila tidak diberikan sanksi pidana dalam suatu aturan perundang-undangan, maka norma-norma tersebut bukan merupakan norma dalam hukum pidana, bukan merupakan suatu tindak pidana.

Menurut Wirjono Prodjodikoro[63], rasa keadilanlah yang menjadi ukuran, sampai dimana *in concreto* harus diadakan tiga macam sanksi tersebut, baik bersama maupun salah satu atau dua dari tiga macam sanksi itu. Norma-norma dalam bidang hukum tata negara dan hukum tata usaha negara harus pertama-tama ditanggapi dengan sanksi administrasi, begitu pula norma-norma dalam bidang hukum perdata pertama-tama harus ditanggapi dengan sanksi perdata. Hanya apabila sanksi administrasi dan sanksi perdata ini belum mencukupi untuk mencapai tujuan meluruskan neraca kemasyarakatan, maka baru diadakan juga sanksi pidana sebagai pamungkas (terakhir) atau *ultimum remedium.*

Pertanyaan yang timbul adalah, kapan harus ada sanksi pidana, disamping sanksi administrasi dan sanksi perdata. Untuk menjawab pertanyaan ini, Wirjono Prodjodikoro[64] mengutip pendapat dari :

1. Prof. Mr. D. Hazewinakel Suringa : *Nooit is met nauwkeurigheid aan te geven, waar de grens ligt Anssen strafrecht en civiel recht, tussen strafrecht en tuchrecht, tussen strafrecht en administratief recht.* (tidak pernah dapat dikatakan secara tepat, dimana letak batas antara hukum pidana dan hukum perdata, antara hukum pidana dan hukum pendidikan, antara hukum pidana dan hukum administrasi.
2. Prof. Van Hamel : *Het is de fout geweest van vele natuurrechts philosopen, dat zij de juristen en moralisten hebben willen uitzenden als landmeters on voorgoed de grenspalem te stellen.* (adalah kekeliruan dari banyak ahli falsafah hukum alam bahwa mereka ingin mengirimkan para sarjana hukum dan para ahli kesusilaan sebagai tukang ukur untuk menetapkan tanda batas antara masing-masing bidang).

[63] *Ibid.*
[64] *Ibid*, hlm. 17-18

3. Leo Polak : *het strafrecht is het ongelukkigste deel van het recht, want....het kent noch zejn grens, noch zejn doel, noch zejn maatstaf.....de grondvraag van het strafrecht, die naar zim, doel en maat van het verdiends stafleed, is een onopgelost problem.* (hukum pidana adalah bagian yang paling tidak berbahagia dari hukum oleh karena . . . tidak memperkenalkan dasarnya, batasnya, tujuannya, ukurannya . . . persoalan pokok dari hukum pidana, yaitu tentang arti, tujuan, dan ukuran dari hukuman pidana yang tepat, tidak mendapat penyelesaian.

Wirjono Prodjodikoro mencoba mengemukakan pembatasan antara hukum perdata di satu pihak dan hukum publik yang meliputi hukum pidana di pihak lain yaitu apabila dalam suatu hubungan hukum, titik berat berada pada kepentingan orang per orang (individu), maka kita masih ada di bidang hukum perdata. Apabila dalam suatu hubungan hukum itu titik berat pada kepentingan orang-orang sebagai kumpulan orang banyak, maka kita mulai menginjak bidang hukum publik, dimana kita ada kemungkinan menginjak pula pada bidang hukum pidana[65]. Demikian pembatasan yang dikemukakan, walaupun beliau sendiri mengakui bahwa pembatasan tersebut masih sangat kabur. Tiga unsur dari tindak pidana adalah :

1. perbuatan yang dilarang
2. akibat dari perbuatan itu yang menjadi dasar-alasan mengapa perbuatan itu dilarang
3. sifat melanggar atau melawan hukum dalam rangkaian sebab akibat itu.

Sifat melawan hukum atau sifat tidak hukum dalam arti umum dapat dirumuskan sebagai suatu perbuatan hukum subjektif yang secara yuridis adalah bertentangan dengan norma hukum yang berlaku dan karenanya dapat dicela.

---

[65] Wirjono Projodikoro, *Asas Hukum Perdata*, Jakarta, Sumur Bandung, cet VII, 1970, hlm 17.

Bersifat melawan hukum atau bersifat tidak hukum dalam arti umum ini merupakan dasar bagi bersifat melawan hukum dalam hukum pidana. Bersifat melawan hukum dalam hukum pidana adalah bertentangan dengan aturan perundang-undangan pidana[66].

Unsur sifat melawan hukum dapat dijumpai baik dalam tindak pidana maupun dalam perbuatan melawan hukum (perdata), akan tetapi keduanya memperlihatkan adanya perbedaan konsep hukum. Perbedaan yang pokok bahwa hukum pidana mengenai kepentingan umum, sedangkan ketentuan dari perbuatan melawan hukum untuk melindungi kepentingan individu. Hukum pidana ditujukan pada pemidanaan pelaku, sedangkan ketentuan hukum yang bersangkutan dengan perbuatan melawan hukum bertujuan memberikan ganti kerugian kepada korban[67].

Sejak adanya putusan *Hoge Raad* 1919 dalam perkara Lindenbaum melawan Cohen, pada suatu perbuatan (dalam bidang hukum perdata) dikatakan mengandung unsur sifat melawan hukum (*onrechtmatigedaad)* apabila perbuatan tersebut [68]:

1. bertentangan dengan kewajiban hukum si pelaku, atau
2. melanggar hak subjektif orang lain, atau
3. melanggar kaidah tata susila, atau
4. bertentangan dengan asas kepatutan, ketelitian serta sikap hati-hati yang seharusnya dimiliki seseorang terhadap diri atau harta benda orang lain

---

[66] Roeslan Saleh, *Sifat Melawan Hukum Perbuatan Pidana*, Jakarta, Aksara Baru, 1987, hlm. 23.

[67] Moegni Djojodirjo, *Perbuatan Melawan Hukum*, Pradnya Paramita, Jakarta, 1982, hlm. 31.

[68] *Ibid,* hlm. 26

Kriteria pertama dan ke dua berhubungan dengan hukum tertulis, sedangkan kriteria ke tiga dan ke empat berhubungan dengan hukum tidak tertulis.

Vos dan Pompe mengatakan bahwa putusan Hoge Raad mengenai *onrechtmatigedaad* tersebut cocok untuk merumuskan *wederrechtelijkeheid*, interpretasi tentang *wederrechtelijkeheid* (dalam arti bertentangan dengan hukum objektif) adalah yang paling mendekati dari apa yang diartikan oleh hukum perdata mengenai *onrechtmatigedaad*[69]. Van Bemellen bahkan mengatakan arti melawan hukum di bidang hukum pidana tidak ada bedanya dengan arti melawan hukum di bidang hukum perdata , perkembangan dalam bidang hukum perdata sangat besar pengaruhnya bagi hukum pidana[70] .

Rutten juga mengakui bahwa pengertian melawan hukum dalam kedua bidang hukum ini sering bersamaan, tetapi bidang perbuatan melawan hukum (perdata) lebih diperluas. Hal ini disebabkan karena arti melawan hukum dalam bidang hukum pidana dibatasi oleh Pasal 1 ayat (1) S R (asas legalitas, Pasal 1 ayat (1) KUHPidana)[71].

Asas legalitas juga masih dimuat dalam Pasal 1 ayat (1) Rancangan Undang-undang tentang Kitab Undang-undang Hukum Pidana 2008 (selanjutnya disebut RUU-KUHP 2008)[72], rupanya asas ini masih akan tetap dipertahankan dalam sistem hukum di Indonesia di masa yang akan datang.

Pada umumnya para ahli bersepakat bahwa setiap tindak pidana selalu mengandung sifat melawan hukum (sifat melawan hukum pidana

---

[69] Indriyanto Seno Adji, *op.cit.*, hlm2.

[70] lihat Komariah Emong Sapardjaja, *Ajaran Sifat Melawan Hukum Materiil dalam Hukum Pidana Indonesia,* Bandung, Penerbit Alumni, 2002, hlm 33.

[71] *Ibid,* hlm 48-49

[72] lihat RUU-KUHP 2008.

wederrechtelijke). Untuk dapat dikenakan pidana terhadap pelaku perbuatan, maka perbuatan yang dilakukan adalah perbuatan yang dilarang dalam suatu aturan pidana (asas legalitas), tetapi juga perbuatan itu harus mengandung sifat melawan hukum (*wederrechelijke*). Dengan kata lain apabila perbuatan yang dilakukan tidak mengandung sifat melawan hukum, maka pelaku tidak dapat dikatakan telah melakukan suatu tindak pidana, dan oleh karenanya pelaku tidak dapat dikenai pidana.

Menurut Jan Remmelink, melakukan tindak pidana berarti melakukan suatu perbuatan yang memenuhi rumusan delik, bersifat melawan hukum dan dapat diperhitungkan pada pelaku. Ini berarti bahwa terpenuhinya semua unsur delik tidaklah seketika membuktikan adanya tindak pidana, adanya unsur melawan hukum juga harus dibuktikan [73] dengan demikian untuk menentukan apakah suatu perbuatan merupakan suatu tindak pidana, harus ditelusuri :

1. apakah perbuatan itu memenuhi rumusan delik tindak pidana
2. apakah perbuatan itu melawan hukum (*wederrechelijke*)

Sifat melawan hukum suatu perbuatan terdapat 2 (dua) ukuran yaitu sifat melawan hukum yang formal *(formele wederrechtelijke)* dan sifat melawan hukum yang materiil *(materiele wederrechtelijke)*[74].

Menurut ajaran sifat melawan hukum yang formil, perbuatan bersifat melawan hukum bilamana telah dipenuhi semua unsur yang disebut dalam rumusan delik. Jika telah dipenuhi unsur yang disebutkan maka tidak perlu

---

[73] Jan Remmelink, *Hukum Pidana, Komentar atas Pasal-Pasal Terpenting dari Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Belanda dan Padanannya dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Indonesia,* Jakarta, Gramedia Pustaka Utama, 2003, hlm. 192

[74] Bambang Poernomo, *Asas-asas Hukum Pidana*, terbitan ke lima, Ghalia Indonesia, 1985, hlm. 115.

diselidiki lagi apakah perbuatan itu menurut masyarakat benar-benar telah dirasakan tidak patut. Jika akan ada alasan pembenarnya, yaitu alasan-alasan yang menghapuskan sifat melawan hukumnya perbuatan, undang-undang pulalah yang harus menyebutkan tentang ini dengan tegas[75].

Ajaran sifat melawan hukum yang materiil menyatakan bahwa disamping memenuhi syarat formil, yaitu mencocoki semua unsur yang tercantum dalam rumusan delik, perbuatan itu harus benar-benar dirasakan oleh masyarakat sebagai perbuatan yang tidak patut atau tercela. Karena itu ajaran ini mengakui alasan-alasan pembenar di luar undang-undang, dengan perkataan lain, alasan pembenar dapat berada pada hukum yang tidak tertulis[76].

Dengan demikian apabila suatu perbuatan telah memenuhi rumusan delik, maka merupakan tanda atau indikasi bahwa perbuatan itu melawan hukum, tetapi sifat melawan hukum itu dapat hapus atau hilang apabila ada alasan pembenar. Bagi penganut ajaran sifat melawan hukum formil alasan pembenar itu harus diambil dari alasan pembenar yang telah dirumuskan dalam hukum tertulis, sedangkan bagi penganut ajaran melawan hukum materiil, alasan pembenar boleh diambil dari hukum yang tidak tertulis.

Dengan adanya alasan pembenar, maka perbuatan pelaku telah kehilangan sifat melawan hukum, sehingga merupakan perbuatan yang dapat dibenarkan dan meniadakan pula pertanggung jawaban pelaku. Alasan pembenar dalam hukum pidana merupakan alasan penghapus pidana.

---

[75] Roeslan Saleh, *op. cit.*, hlm. 8

[76] Komariah Emong Sapardjaja. *op.cit*, hlm. 25

Asas yang harus digunakan bila berkaitan dengan "kesalahan" adalah asas *geen srtaf zonder schuld* (tiada pidana tanpa kesalahan), sedangkan bila berkaitan dengan "sifat melawan hukum" adalah asas tiada pidana atau hukuman tanpa adanya sifat melawan hukum materiil, yang secara tersirat dalam RUU-KUHP 2008 sudah dimuat dalam penjelasan Pasal 31 RUU-KUHP 2008 bahwa, dengan tidak adanya sifat melawan hukum, maka walaupun perbuatan yang dilakukan formal sesuai dengan rumusan tindak pidana, perbuatan tersebut tidak merupakan suatu tindak pidana ..., hal ini sesuai dengan asas untuk dapat dipidana, selain perbuatan yang dituduhkan adalah perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan, perbuatan tersebut harus juga bertentangan dengan hukum".

BAB II

KONSEP MELAWAN HUKUM

A. Melawan Hukum Dalam Hukum Pidana

1. Perbuatan Melawan Hukum Dalam Hukum Pidana

Perbuatan melawan hukum dalam hukum pidana merupakan suatu "tindak pidana". Di dalam kepustakaan hukum bahwa baik pelaku tindak pidana maupun pelaku perbuatan melawan hukum (selain hukum pidana) sama-sama bertindak bertentangan dengan larangan atau keharusan. Keduanya mengandung "sifat melawan hukum", atau dapat dikatakan suatu tindak pidana adalah sama dengan perbuatan melawan hukum. Sebaliknya, "tidak setiap perbuatan melawan hukum merupakan tindak pidana"[77]. Hal tersebut disebabkan adanya adagium *nulla poena sine praevia lege poenali* sebagaimana yang ditentukan dalam Pasal 1 KUHPidana ayat (1) yang menentukan bahwa tiada suatu perbuatan yang boleh dihukum, melainkan atas kekuatan aturan pidana dalam Undang-Undang yang ditentukan pada sebelum perbuatan ini dilakukan. Pokok pikiran tersebut dikenal sebagai asas legalitas oleh karena itu kedua pengertian perbuatan tersebut harus dipisahkan[78].

Asas legalitas diciptakan Paul Johan Anslem Von Feuerbach (1775-1833), seorang sarjana hukum pidana jerman dalam bukunya *Lehrbuch des pelincher recht* pada tahun 1801. Menurut Bambang Poernomo, apa yang dirumuskan oleh Feuerbach mengandung arti yang sangat mendalam, yang dalam bahasa latin berbunyi: *nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine, nullum crimen sine poena legali.* Ketiga bahasa tersebut kemudian dikembangkan oleh

---

[77] Moegni Djojodirjo, *loc. cit.*

[78] Rutten seperti dikutip Moegni Djojodirjo, *ibid.*

Feuerbach menjadi adagium *nullum delictum, nulla poena sine praevia lege poenali*[79].

Menurut Groenhuijsen[80], ada empat makna yang terkandung dalam asas legalitas, dua yang pertama ditujukan kepada pembuat undang-undang dan dua yang lainnya merupakan pedoman bagi hakim yaitu :

a). Pembuat undang-undang tidak boleh memperlakukan suatu ketentuan pidana berlaku mundur .
b). Semua perbuatan yang dilarang harus dimuat dalam rumusan delik sejals-jelasnya .
c). Hakim dilarang menyatakan bahwa terdakwa melakukan perbuatan pidana didasarkan pada hukum tidak tertulis atau hukum kebiasan.
d). Terhadap peraturan hukum pidana dilarang diterapkan analogi.

Makna yang terkandung dalam "Asas Legalitas" secara rinci dikemukakan oleh Schaffmeister, Keijzer dan Sutorius yang menegaskan adanya tujuh aspek dari asas legalitas yaitu [81]:

a) Seseorang tidak dapat dipidana kecuali berdasarkan ketentuan pidana menurut undang-undang.
b) Tidak ada penerapan undang-undang pidana berdasarkan analogi.
c) Seseorang tidak dapat dipidana hanya berdasarkan kebiasaan, artinya pelanggaran atas kaidah kebiasaan dengan sendirinya belum tentu menghasilkan suatu perbuatan (tindak) pidana.
d) Tidak boleh ada perumusan yang kurang jelas (asas *lex certa).*
e) Tidak ada kekuatan surut dari ketentuan pidana (prinsip *non retroaktif).*
f) Tidak ada pidana lain kecuali yang ditentukan oleh undang-undang. Hakim tidak boleh menjatuhkan pidana selain dari yang telah dtentukan dalam ketentuan undang-undang.
g) Penuntutan pidana hanya boleh dilakukan menurut cara yang ditentukan oleh undang-undang. Artinya seluruh proses pidana, mulai dari penyelidikan sampai pelaksanaan putusan haruslah didasarkan pada undang-undang.

---

[79] Eddy O.S. Hiariej, *Asas Legalitas dan Penemuan Hukum dalam Hukum Pidana,* Jakarta, Penerbit Erlangga, 2009, hlm 7

[80] Seperti dikutip Komariah Emong Sapardjaja, *op.cit.*, hlm. 6

[81] D. Schaffmeistr, et.al, *Hukum Pidana*, Terjemahan oleh J.E.Sahetapy, Liberty, 1995, hlm. 6-14.

Menurut Eddy O.S Hiariej yang berdasarkan dari apa yang dikemukakan oleh Machiteld Boot, ada beberapa hal yang berkaitan dengan asas legalitas.

> "Pertama, Prinsip *nullum crimen, noela poena sine lege praevia,* tidak ada perbuatan pidana, tidak ada pidana tanpa undana-undang sebelumnya. Konsekuensi dari makna ini adalah tidak boleh berlaku surutnya ketentuan hukum pidana. Kedua, Prinsip *nullum crimen, noela poena sine lege scripta,* tidak ada perbuatan pidana tidak ada pidana tanpa undang-undang tertulis. Konsekuensi dari makna ini adalah harus tertulisnya semua ketentuan pidana, dengan kata lain perbuatan yang dilarang maupun pidana yang diancamkan terhadap perbuatan yang dilarang harus tertulis secara *expresiv verbis* dalam undang-undang . Ketiga, Prinsip *nullum crimen, noela poena sine lege certa,* tidak ada perbuatan pidana, tidak ada pidana tanpa aturan undang-undang yang jelas. Konsekuensi dari makna ini adalah bahwa rumusan pidana harus jelas, agar tidak bersifat multitafsir sehingga dapat membahayakan kepastian hukum. Demikian pula dalam hal penuntutan, dengan rumusan yang jelas, penuntut umum akan dapat dengan mudah menentukan mana perbuatan-perbuatan yang dikualifikasikan sebagai perbuatan pidana dan mana yang bukan. Keempat, Prinsip *nullum crimen, noela poena sine lege stricta,* tidak ada perbuatan pidana tidak ada pidana, tanpa undang-undang yang ketat. Konsekuensi dari makna ini secara inplisit adalah tidak diperbolehkannya analogi ketentuan pidana harus ditafsirkan secara ketat, agar tidak menimbulkan perbuatan pidana baru"[82].

Mengutip perkataan Beccaria, hanya undang-undang yang boleh menentukan perbuatan mana saja yang dapat dipidana, sanksi-sanksi apa dan atas perbuatan mana pidana dapat dijatuhkan, dan bagaimanakah tepatnya peradilan pidana harus terjadi[83]. Jadi untuk menentukan ada atau tidak ada tindak pidana ditentukan oleh peraturan perundang-undangan. Senada dengan hal itu, dikatakan oleh Choirul Huda :

> "Ada tidaknya suatu tindak pidana, tidak tergantung pada apakah ada orang melakukan perbuatan tersebut. Dengan demikian tidak tergantung dari adanya pertanggungjawaban pidana pembuat,

---

[82] Eddy O.S.Hiariej, *op. cit,* hlm 4 - 5

[83] Roeslan Saleh, , *Beberapa Asas Hukum Pidana dalam Perspektif,* Jakarta, Aksara Baru, 1983, hlm.27

melainkan tergantung pada apakah ada larangan peraturan perundang-undangan yang disertai ancaman pidana terhadap suatu perbuatan"[84].

Setiap pidana yang dijatuhkan oleh hakim seharusnya sesuai dengan hukum suatu undang-undang. Undang-undang harus mengancam pelanggar hukum dengan penderitaan yang dapat dirasakan yakni setiap penggunaan pidana hanya dapat dilakukan berdasarkan hukum pidana (*noela poena sine lege*). Penggunaan pidana hanya mungkin dilakukan jika terjadi perbuatan yang diancam dengan pidana oleh undang-undang (*noela poena sine crimine*). Perbuatan yang diancam dengan pidana menurut undang-undang membawa akibat hukum bahwa pidana yang diancamkan oleh undang-undanglah yang dijatuhkan (*nullum crimen sine poena legali*)[85].

Konsekuensi dari adanya legalitas ini hakim dilarang mengisi kekosongan undang-undang, sehingga hakim dilarang menciptakan peraturan yang berlaku dan mengikat secara umum[86].

Asas legalitas mengandung perlindungan, yang secara historis merupakan reaksi terhadap kesewenang-wenangan penguasa di masa lalu serta jawaban atas kebutuhan fungsional terhadap kepastian hukum yang menjadi keharusan didalam suatu negara hukum. Dalam perkembangannya kemudian muncul pertanyaan apakah asas legalitas masih harus tetap dipertahankan dalam hukum pidana dan

---

[84] Chairul Huda, *Dari Tiada Pidana Tanpa Kesalahan menuju kepada Tiada Pertanggung-jawaban Pidana Tanpa Kesalahan*, Kencana Prenada Media, 2006, hlm.20

[85] Van Bemmelen, *op. cit.*, hlm. 52.

[86] Menurut Sudikno Mertokusumo dalam kata pengantar buku Eddy O.S.Hiariej yang berjudul Asal Legalitas dan Penemuan Hukum dalam Hukum Pidana: "dalam hukum pidana dengan adanya asas legalitas, penemuan hukum dibatasi sehingga hakim pidana tidak sebebas hakim perdata dalam melakukan penemuan hukum. Hakim dilarang menerapkan penafsiran *argumentum a contrario*dan *argumentum peranalogiam*, yang berakibat pengisian kekosongan undang-undang.

apakah asas legalitas masih dapat menjamin pelaksanaan kekuasaan yang tidak berlebihan dari pemerintah.

Menurut Heijder [87], dalam kenyataan prinsip legalitas dibentuk oleh artikulasi proses aktualisasi dan pembatalan, karena dengan berpegang pada prinsip klasik tidak akan diperoleh penjelasan secara tepat tentang kenyataan hukum sekarang. Hal tersebut tidak berarti bahwa prinsip *nullum crimen* tiba-tiba tidak ada nilainya sama sekali. Pada beberapa bagian dari hukum pidana, Prinsip tersebut masih dapat melaksanakan fungsinya yang lama, tetapi dalam beberapa bagian lain prinsip perlindungan hukumnya telah dikompensasikan dengan prinsip-prinsip lain seperti asas *geen straf zonder schuld* atau oleh prinsip-prinsip umum beracara yang baik, dan dengan lebih banyak menggunakan aturan-aturan prosedural.

Groenhuijsen mengatakan bahwa, dalam perkembangan sekarang, asas legalitas lebih cenderung dipergunakan sebagai legitimasi dari intervensi negara secara sah berdasarkan undang-undang. Legitimasi pelaksanaan kekuasaan negara dalam kerangka pelayanan hukum pidana, dengan adanya asas legalitas harus diartikan sebagai memberikan kepastian hukum, bukan sebagai kepastian undang-undang sebagai alat kontrol terhadap intervensi negara dalam pelayanan hukum pidana, dalam praktek sehari-hari asas ini harus diujikan terhadap asas-asas lain dalam kehidupan bernegara seperti asas *algemene beginselen van behoorlijk*

[87] J.E.Sahetapy, *Ancaman Pidana Mati Terhadap Pembunuhan Bencana,* disertasi, Bandung, Alumni, 1979, hlm. 45

bestuur, beginselen van een goede procesorde, atau ed ongeschereven beginselen van subsidioritit proportionalitit[88].

Lebih jauh Groenhuijsen, asas legalitas tetap dapat dipertahankan dalam aktualisasi hukum pidana, sebab konsep hukum otonom meletakkan batas-batas kemungkinan sumbangan dari pendapat publik, sedangkan konsep hukum reponsif, dalam hubungannya dengan hukum pidana pada prinsipnya tidak memberi kuasa kepada negara untuk mempertajam aksi represifnya, sehingga konsep hukum otonom dan konsep hukum renponsif merupakan dua hal yang tidak boleh dipisahkan.

Sebagaimana telah dimaklumi, asas legalitas dalam KUHPidana bertolak dari ide dasar "kepastian hukum". Namun dalam kenyataannya, asas legalitas mengalami berbagai bentuk pelunakan penghalusan atau pergeseran perluasan dan menghadapi berbagai tantangan, antara lain sebagai berikut[89]:

a. Bentuk pelunakan penghalusan pertama terdapat di dalam KUHP sendiri, yaitu dengan adanya Pasal 1 ayat (2) KUHP;
b. Dalam praktek yurisprudensi dan perkembangan teori, dikenal adanya ajaran sifat melawan hukum yang meteriel;
c. Dalam hukum positif dan perkembangannya di Indonesia (dalam Undang-Undang Dasar Sementara 1950; Undang-Undang Nomor 1 Drt. 1951; Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970 jo. Undang-Undang Nomor 35 Tahun 1999; dan Konsep KUHP Baru), asas legalitas tidak semata-mata diartikan sebagai *"nullum delictum sine lege"*, tetapi juga sebagai *"nullum delictum sine ius"*, atau tidak semata-mata dilihat sebagai asas legalitas formal, tetapi juga legalitas materiel, yaitu dengan mengakui hukum pidana adat, hukum yang hidup atau hukum yang tidak tertulis sebagai sumber hukum;
d. Dalam dokumen internasional dan KUHPidana negara lain juga terlihat perkembanganpengakuan ke arah asas legalitas materiil.

---

[88] Groenhnijsen, *Straf en Wet*, hlm. 58, seperti dikutip Komariah Emong Supradja, *op.cit.* hlm. 11-12

[89] Barda Nawawi Arief, *Kapita Selekta Hukum Pidana,* Bandung, Citra Aditya Bakti, 2003, hlm. 9-10.

e. Di beberapa KUHPidana negara lain ada ketentuan mengenai "pemaafan pengampunan hakim" (dikenal dengan berbagai istilah, antara lain *Rechterlijk pardon, Judiciel pardon, Dispensa de pena* atau *Nonimposing of penally*) yang merupakan bentuk *judicial corrective to the legality principle*.
f. Perkembangan perubahan yang sangat cepat dan sulit dintisipasi dari *cyber crime* merupakan tantangan cukup besar bagi berlakunya asas *lex certa*, karena dunia maya (*cyber space*) bukan dunia riil realita nyata pasti.

Asas legalitas dalam RUU-KUHP 2008 termuat pada Pasal 1 yang lengkapnya sebagi berikut:

(1). Tiada seorang pun dapat dipidana atau dikenakan tindakan, kecuali perbuatan yang dilakukan telah ditetapkan sebagi tindak pidana dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku pada saat perbuatan itu dilakukan.
(2). Dalam menetapkan adanya tindak pidana dilarang menggunakan analogi.
(3). Ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) tidak mengurangi berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat yang menentukan bahwa seseorang patut dipidana walaupun perbuatan tersebut tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan.
(4). Berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat sebagaimana dimaksud pada ayat (3) sepanjang sesuai dengan nilai-nilai Pancasila danatau prinsip-prinsip hukum umum yang diakui oleh masyarakat bangsa-bangsa.

Membaca ketentuan ayat (3) yang mengakui berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat (hukum tidak tertulis), RUU-KUHP 2008 tidak memperlakukan asas legalitas secara absolut karena ayat (3) memungkinkan seseorang dapat dipidana meskipun perbuatannya tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan. Pelarangan menggunakan analogi di ayat (2) menjadi kontradiksi apabila dihubungkan dengan ayat (3), karena hakim untuk memidana suatu perbuatan yang tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan mau tidak mau harus menggunakan analogi atau setidak-tidaknya penafsiran ekstensif.

Pada ayat (4) RUU-KUHP 2008 mengakui berlakunya hukum tidak tertulis tidak saja yang berasal dari masyarakat Indonesia tapi juga prinsip-prinsip hukum umum yang diakui masyarakat bangsa-bangsamasyarakat internasional.

Adanya ketentuan ayat (3) dan (4) tersebut merupakan bentuk pelunakan pergeseran dari asas legalitas.

Pembatasan terhadap asas legalitas tersebut menunjukkan RUU-KUHP 2008 mengakui ajaran sifat melawan hukum dalam fungsi yang positif dan jika RUU-KUHP 2008 tersebut di masa depan diberlakukan, hal tersebut telah cukup menunjukkan bahwa hukum pidana di Indonesia telah pula mengakui ajaran sifat melawan hukum materiil dalam fungsi positif.

Tindak pidana merupakan suatu istilah yang mengandung suatu pengertian dasar dari ilmu hukum pidana yang mempunyai pengertian abstrak dari peristiwa konkrit dalam lapangan hukum pidana, sehingga harus diberikan arti yang bersifat ilmiah dan ditentukan dengan jelas, untuk dapat dibedakan dengan istilah yang dipakai dalam kehidupan masyarakat.

Mengenai istilah tindak pidana, para ahli berbeda pendapat, ada yang lebih senang menggunakan istilah "perbuatan pidana", "tindak pidana", "pelanggaran pidana", "peristiwa pidana", "perbuatan yang boleh dihukum" dsb, yang masing-masing dengan alasannya sendiri, namun di dalam ilmu pengetahuan hukum, secara universal dikenal dengan istilah "delik".

Mengenai definisi tindak pidana tidak dapat ditemukan dalam peraturan perundang-undangan di Indonesia. Definisi dan pengertian mengenai apa itu tindak pidana hanya diperoleh dari doktrin atau pendapat para ahli dengan versi

masing-masing. Di dalam RUU-KUHP 2008 Pasal 11 ayat (1) disebutkan tentang definisi tindak pidana, yaitu: "Tindak pidana adalah perbuatan melakukan atau tidak melakukan sesuatu yang oleh peraturan perundang-undangan dinyatakan sebagai perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana"[90].

Para ahli hukum pidana umumnya masih memasukkan "kesalahan" sebagai bagian dari pengertian tindak pidana[91].

Menurut Simons, *strafbaarfeit* (tindak pidana) adalah kelakuan yang diancam dengan pidana, bersifat melawan hukum dan berhubungan dengan kesalahan yang dilakukan oleh orang yang mampu bertanggung jawab, sedangkan menurut Van Hamel, *strafbaarfeit* adalah kelakuan orang yang dirumuskan dalam undang-undang, bersifat melawan hukum, patut dipidana dan dilakukan dengan kesalahan[92].

Sementara itu Schaffmeister mengatakan bahwa perbuatan pidana adalah perbuatan manusia yang termasuk dalam ruang lingkup rumusan delik, bersifat melawan hukum dan dapat dicela[93]. Walaupun tidak menggunakan istilah kesalahan, namun "dapat dicela" dapat dipahami bermakna "kesalahan".

Pendapat ahli hukum pidana Belanda berpengaruh pada pendapat para ahli hukum pidana di Indonesia, seperti Komariah Emong Sapardjaja yang mengatakan, tindak pidana adalah suatu perbuatan manusia yang memenuhi perumusan delik, melawan hukum dan si pembuat bersalah melakukan perbuatan

---

[90] lihat *Rancangan Undang-Undang Tentang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (2008).*

[91] Chairul Huda, *op.cit,* hlm. 25

[92] S.R.Sianturi, *Asas-Asas Pidana di Indonesia dan Penerapannya,* Jakarta, Alumni AHAEM-PTHAEM, 1986, hlm.205

[93] D. Schaffmeister, N. Keijzer, E.P.H Sutorius, *op. cit.*, hlm.27

itu[94]. Demikian pula Indriyanto Seno Adji mengatakan bahwa tindak pidana adalah perbuatan seseorang yang diancam pidana, perbuatannya bersifat melawan hukum, terdapat suatu kesalahan dan bagi pelakunya dapat dipertanggungjawabkan atas perbuatan itu[95]. Pendapat para ahli tersebut lazim disebut dengan "ajaran monoistis". Ajaran ini memasukkan kesalahan sebagai bagian dari perbuatan tindak pidana yang melawan hukum, memandang bahwa kesalahan merupakan bagian dari sifat melawan hukum. Hal ini berarti pembuktian adanya kesalahan dipandang dengan sendirinya sebagai pembuktian adanya tindak pidana.

Berbeda dengan pendapat tersebut, Pompe berpendapat bahwa tindak pidana (*strafbaarfeit)* adalah tidak lain dari pada *feit* yang ditentukan *strafbaar* dalam suatu ketentuan *wet* [96].

Senada dengan pendapat Pompe tersebut di atas, Moeljatno mengatakan bahwa, perbuatan pidana adalah "perbuatan yang dilarang dan diancam pidana, barang siapa melanggar larangan tersebut". Pokok pengertian tetap pada perbuatan, tapi apakah kemudian inkonkreto yang melakukan perbuatan tadi sungguh-sungguh dijatuhi pidana atau tidak, sudah di luar arti perbuatan pidana[97].

Pandangan tersebut senada dengan pandangan Vos, yang mengatakan *strafbaarfeit* adalah suatu kelakuan manusia yang diancam pidana oleh peraturan

---

[94] Komariah E Sapardjaja, *op.cit,* hlm.22

[95] Indriyanto Seno Adji, *Korupsi dan Hukum Pidana,* Jakarta, Kantor Pengacara dan Konsultan Hukum Prof Oemar Seno Adji & Rekan, 2002, hlm.155

[96] Moeljatno, "Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban dalam Hukum Pidana", Pidato pada *Dies Natalis Universitas Gadjah Mada 1955,* Jakarta, Bina Aksara, 1984, hlm. 14

[97] *Ibid,* hlm. 11

undang-undang, jadi suatu kelakuan yang pada umumnya dilarang dengan ancaman pidana. Demikian pula Jonkers.

Konsekuensi dari rumusan *strafbaarfeit* menurut Pompe, Jonkers dan Vos telah tumbuh pemikiran baru yang membuat pemisahan antara "*de strafbaarheit van het veit*" dan *de straafbaarheid van de dader*", yaitu pemisahan antara "perbuatan yang dilarang dengan ancaman pidana" dan "orang yang melanggar larangan yang dapat dipidana", jadi di satu pihak tentang "perbuatan pidana" dan di lain pihak tentang "kesalahan"[98]

Kesalahan sebagai faktor penentu pertanggungjawaban pidana, tidak menjadi bagian definisi tindak pidana. Apakah orang yang melakukan tindak pidana tersebut kemudian dipertanggungjawabkan atas perbuatannya, sudah di luar konteks pengertian tindak pidana.

Rumusan tersebut, memisahkan antara "tindak pidana" dan "pertanggungjawaban pidana". Tindak pidana hanya menyangkut persoalan "perbuatan", sedangkan apakah orang yang melakukan kemudian dipertanggungjawabkan, adalah persoalan lain. Dengan kata lain, walaupun telah melakukan tindak pidana, orang yang melakukan tindak pidana belum tentu dapat dipertanggungjawabkan. Pertanggungjawaban pidana hanya dapat dituntut ketika tindak pidana dilakukan dengan kesalahan[99].

Kedudukan terpisah antara tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana menyebabkan "kesalahan" dikeluarkan dari unsur tindak pidana dan ditempatkan sebagai faktor yang menentukan dalam pertanggungjawaban pidana.

[98] Bambang Poernomo, *Asas-asas . . . , op.cit,* hlm. 126-129

[99] Roeslan Saleh, *Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana. Dua pengertian dasar dalam Hukum Pidana*, Jakarta, Aksara Baru, 1983, hlm. 89

Pertanggungjawaban pidana ditentukan berdasar pada kesalahan pelaku (*liability based on fault),* dan bukan hanya dengan dipenuhinya seluruh unsur suatu tindak pidana.

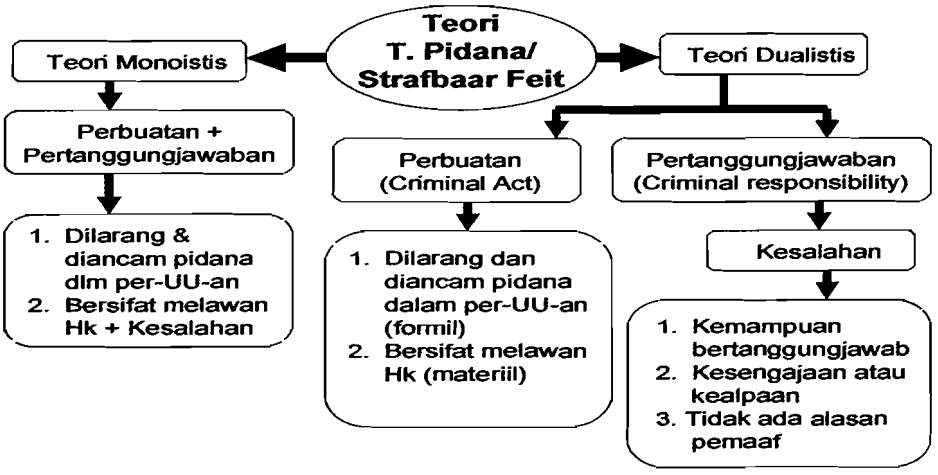
Moeljatno mengemukakan suatu pandangan yang dalam hukum pidana Indonesia dikenal dengan ajaran dualistis[100].

Jadi menurut teori "Pemisahan Tindak Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana", tindak pidana pada hakekatnya adalah "perbuatan" saja. Perbuatan ini berisi kelakuan dan kejadian yang ditimbulkan oleh kelakuan atau kelakuan dan akibat[101]. Rumusan aturan mengenai tindak pidana mestinya sebatas menentukan tentang perbuatan yang dilarang dilakukan. Aturan tersebut menentukan perbuatan yang boleh dan yang tidak boleh dilakukan, merupakan pedoman bertingkah laku bagi masyarakat. Aturan hukum mengenai pertanggungjawaban pidana berfungsi sebagai penentu syarat-syarat yang harus ada pada diri seseorang sehingga sah jika dijatuhi pidana.

Dari uraian tersebut di atas dapat disimpulkan bahwa diantara para ahli tersebut terdapat dua pandangan yang berbeda, yang pertama tidak memisahakan antara perbuatan dan pertanggungjawaban pidana (teori/ajaran monoistis) dan yang ke dua memisahkan antara perbuatan dan pertanggungjawaban pidana (teori/ajaran dualistis). Kedua teori tersebut dapat dijelaskan dalam bentuk bagan sebagai berikut :

---

[100] Moeljatno, *Perbuatan Pidana dan . . ., loc.cit.*
[101] Moeljatno, *Asas-asas . . . , op. cit.*, hlm. 155



RUU-KUHP 2008 rupanya mengikuti teori pemisahan, yang terlihat dari rumusan Pasal 11, Pasal 36 dan Pasal 37 yang selengkapnya[102]:

Pasal 11 ayat (1) :Tindak pidana adalah perbuatan melakukan atau tidak melakukan sesuatu yang oleh peraturan perundang-undangan dinyatakan sebagai perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana.

(2) :Untuk dinyatakan sebagai tindak pidana, selain perbuatan tersebut dilarang dan diancam pidana oleh peraturan perundang-undangan, harus juga bersifat melawan hukum atau bertentangan dengan hukum yang hidup dalam masyarakat.

(3) :Setiap tindak pidana selalu dipandang bersifat melawan hukum kecuali ada alasan pembenar.

Penjelasan Pasal 11 : Hukum pidana Indonesia didasarkan pada perbuatan dan pembuat tindak pidana (*daad-dader straafrecht)* dan atas dasar inilah dibangun asas legalitas dan asas kesalahan. Dengan demikian maka tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana memperoleh kontur yang jelas . . . dst.

Pasal 36 : Pertanggungjawaban pidana ialah diteruskannya celaan yang objektif yang ada pada tindak pidana dan secara subjektif kepada seseorang yang memenuhi syarat untuk dapat dijatuhi pidana karena perbuatannya itu.

Pasal 37 ayat (1) : Tidak seorangpun yang melakukan tindak pidana dipidana tanpa kesalahan

[102] Rancangan Undang-Undang tentang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (2008)

(2) : Kesalahan terdiri dari kemampuan bertanggung jawab, kesengajaan, kealpaan dan tidak ada alasan pemaaf.

Menurut Bambang Poernomo, rumusan lengkap mengenai definisi, "Perbuatan Pidana" adalah suatu perbuatan yang oleh aturan hukum pidana dilarang dan diancam dengan pidana bagi siapa yang melanggar larangan tersebut. Selanjutnya dikatakan beliau bahwa perumusan dengan mengandung kalimat "oleh aturan hukum pidana", disitu akan memenuhi keadaan hukum di Indonesia yang masih mengenal kehidupan hukum tertulis maupun tidak tertulis[103].

Menurut Wirjono Prodjodikoro, perbuatan pidana merupakan perumusan dari hukum pidana yang memuat ancaman hukuman pidana atas pelanggaran norma-norma hukum yang ada di bidang hukum lainnya, yaitu hukum perdata, hukum tata negara, dan hukum tata usaha negara[104]. Norma-norma yang ada pada salah satu bidang hukum lain tersebut, biasanya sudah mempunyai sanksi sendiri, kemudian diberikan sanksi pidana. Dengan pemberian sanksi pidana ini, norma-norma tersebut menjadi peraturan hukum pidana[105].

Menurut Moeljatno, perbuatan pidana (tindak pidana) terdiri dari[106] :

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

---

[103] Bambang Purnomo, *Asas-asas . . . , op. cit.*, hlm. 130

[104] Wirjono Prodjodikoro, *Asas-Asas Hukum Pidana di Indonesia*, edisi ketiga, Bandung, Refika Aditama, 2003, hlm 64

[105] *Ibid*, hlm. 14

[106] Moeljatno, *Asas-asas . . . , op. cit.*, hlm. 63

Perbuatan pidana adalah perbuatan yang oleh suatu aturan hukum (pidana) dilarang dan larangan tersebut disertai sanksi yang berupa pidana tertentu, larangan ditujukan kepada "perbuatan", sedangkan "ancaman pidana" ditujukan kepada orang yang melakukanmenimbulkan perbuatan itu (pelaku pembuat). Apakah kemudian si pelaku tersebut benar-benar dipidana seperti yang sudah diancamkan, tergantung pada sifat melawan hukum dari perbuatan tersebut. Sifat melawan hukum dapat menunjuk pada keadaan lahir (objektif) yang menyertai perbuatan (melawan hukum yang objektif). Ada kalanya sifat melawan hukumnya perbuatan tidak terletak pada keadaan objektif tetapi pada keadaan subjektif pelaku[107] (melawan hukum yang subjektif).

Ancaman pidana tidak ditujukan terhadap perbuatan terlarang, melainkan ditujukan terhadap orang yang melakukannya, berdasar pada pandangan bahwa hanya orang yang dapat memiliki kesalahan. Kesalahan itu sifat orang, dan bukan sifat dari suatu perbuatan.

Asas tiada pidana tanpa kesalahan, berarti tiada pemidanaan tanpa kesalahan. Pemidanaan ditimpakan terhadap orang dan bukan terhadap perbuatan[108].

Seperti telah disebutkan di muka bahwa sesuai dengan Pasal 1 ayat (1) KUHPidana (tiada suatu perbuatan dapat dipidana kecuali atas kekuatan suatu aturan pidana yang dituangkan dalam perundang-undangan sebelum perbuatan dilakukan), yang merupakan adagium *nulla puna sine pravia lege poenali,* maka

[107] Lihat *Ibid,* hlm 54-63
[108] Chairul Huda, *op.cit,* hlm. 35

sebelum dinyatakan dengan suatu aturan perundang-undangan pidana, maka suatu perbuatan belum dapat dikatakan sebagai tindak pidana.

Proses penetetapan suatu perbuatan yang semula bukan tindak pidana, tetapi kemudian diancam dengan pidana, dalam suatu peraturan perundang-undangan, disebut sebagai proses kriminalisasi dan proses sebaliknya yaitu perbuatan yang semula dilarang dalam suatu ketentuan perundang-undangan kemudian menjadi tidak dilarang, disebut sebagai proses *dekriminalisasi.* Dengan kriminalisasi dimaksudkan proses penetapan suatu perbuatan orang sebagai perbuatan yang dapat dipidana, proses ini diakhiri dengan pembentukan undang-undang dimana perbuatan tersebut diancam dengan suatu sanksi yang berupa pidana.

Proses kriminalisasi merupakan bagian dari upaya perlindungan bagi masyarakat melalui pencegahan dan pengendalian kejahatan (*crime prevention* dan *crime control*), dimana yang termasuk dalam *political criminal* yang harus dijalankan oleh penguasa termasuk pembentuk undang-undang, kepolisian, kejaksaan, pengadilan[109].

Keputusan untuk menentukan bahwa suatu perbuatan dilarang dalam hukum pidana (kriminalisasi), maupun dekriminalisasi didasarkan pada mempertimbangkan bermacam-macam faktor pertimbangan.

Dalam laporan Simposium Pembaharuan Hukum Pidana Nasional tahun 1980 di Semarang antara lain dinyatakan bahwa[110] :

---

[109] Soedarto, *Hukum Pidana dan Perkembangan Masyarakat,* Bandung, Sinar Baru, 1983, hlm 57

[110] Barda Nawawi Arif, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana,* Cetakan kedua, edisi Revisi, Bandung, Citra Aditya Bakti, 2002, hlm. 31

"Masalah kriminalisasi dan dekriminalisasi atas suatu perbuatan haruslah sesuai dengan politik kriminal yang dianut oleh bangsa Indonesia, yaitu sejauh mana perbuatan tersebut bertentangan dengan nilai-nilai fundamental yang berlaku dalam masyarakat dan oleh masyarakat dianggap patut atau tidak patut dihukum dalam rangka menyelenggarakan kesejahteraan masyarakat".

Laporan simposium kriteria kriminalisasi dan dekriminalisasi, itu menyatakan bahwa, untuk menetapkan suatu perbuatan itu sebagai tindak kriminal, perlu memperhatikan kriteria umum sebagai berikut[111] :

a) Apakah perbuatan itu tidak disukai atau dibenci oleh masyarakat karena merugikan atau dapat merugikan, mendatangkan korban atau dapat mendatangkan korban;
b) Apakah biaya mengkriminalisasi seimbang dengan hasilnya yang akan dicapai, artinya cara pembuatan Undang-Undang pengawasan dan penegakan hukum, serta beban yang dipikul oleh korban, pelaku dan pelaku kejahatan itu sendiri harus seimbang dengan siatuasi tertib hukum yang akan dicapai;
c) Apakah akan makin menambah beban aparat penegak hukum yang tidak seimbang atau nyata-nyata tidak dapat diemban oleh kemampuan yang dimilikinya;
d) Apakah perbuatan-perbuatan itu menghambat atau menghalangi cita-cita bangsa, sehingga merupakan bahaya bagi keseluruhan masyarakat.

Disamping kriteria umum tersebut, simposium memandang perlu pula untuk memperhatikan "sikap dan pandangan masyarakat mengenai patut atau tercelanya suatu perbuatan tertentu dengan melakukan penelitian yang berhubungan dengan kemajuan dan perubahan tehnologi social.

Perkembangan masyarakat, termasuk ciri-ciri dalam wujud perkembangan pesat dalam dunia tehnologi dan komunikasi, mewarnai perkembangan pola-pola kriminalitas, membawa pengaruh terhadap penerapan hukum pidana. Pandangan masyarakat terhadap suatu perbuatan dan terhadap suatu ketentuan hukum pidana pada suatu saat dapat berubah. Suatu perbuatan yang semula menurut ketentuan

[111] *Ibid*, hlm. 32

hukum pidana belum atau tidak dilarang (tidak melawan hukum), pada suatu saat masyarakat menilai bahwa perbuatan tersebut sudah sedemikian melukai perasaan masyarakat sehingga dilarang, sebaliknya ada suatu perbuatan yang dilarang oleh ketentuan hukum pidana, pada suatu saat masyarakat menilai sudah tidak perlu dilarang, masyarakat menilai bahwa perbuatan tersebut sudah tidak lagi melawan hukum masyarakat, tidak lagi bertentangan dengan nilai-nilai yang berkembang di masyarakat. Petugas kesehatan yang sekarang ini bebas mempertunjukkan, memperagakan, menyebarluaskan alat-alat pencegah kehamilan dalam rangka kampanye Keluarga Berencana merupakan contoh mengenai hal itu, padahal dalam Pasal 283 KUHPidana perbuatan itu masih dilarang,

2. Melawan Hukum dalam Tindak Pidana

Semua perbuatan manusia yang merupakan suatu kehendak yang dapat dipertanggungjawabkan dalam kehidupan hukum berfungsi sebagai perbuatan yang bersifat hukum atau perbuatan yang bersifat tidak hukum. Hal tersebut bergantung kepada apakah perbuatan tersebut sesuai atau tidak sesuai dengan norma hukum.

Sifat tidak hukum atau melawan hukum dalam arti umum dimaksudkan dan dapat pula dirumuskan sebagai suatu perbuatan hukum subjektif yang secara yuridis adalah bertentangan dengan norma hukum yang berlaku dan oleh karena itu dapat dicela.

Bersifat melawan hukum atau bersifat tidak hukum dalam arti yang umum ini merupakan dasar bagi bersifat melawan hukum dalam hukum pidana, dan dalam kerangka hukum pidana mendapat sifat khas yang selanjutnya merupakan

sifat dari tindak pidana, adalah bertentangan dengan suatu aturan perundang-undangan pidana karena merusak kepentingan hukum yang bersifat publik, yang justru dilindungi oleh aturan perundang-undangan pidana. Jadi bersifat melawan hukum dalam hukum pidana adalah bertentangan dengan aturan perundang-undangan pidana[112].

Unsur sifat melawan hukum dapat dijumpai baik dalam perbuatan pidana maupun dalam perbuatan melawan hukum (perdata), akan tetapi keduanya memperlihatkan ada perbedaan konsep hukum. Perbedaan yang pokok bahwa hukum pidana mengenai kepentingan umum, sedangkan ketentuan dari perbuatan melawan hukum untuk melindungi kepentingan individu. Hukum pidana ditujukan pada pemidanaan pelaku, sedangkan ketentuan hukum yang bersangkutan dengan perbuatan melawan hukum bertujuan memberikan ganti kerugian pada korban[113].

Di dalam perundang-undangan pidana tidak terdapat perumusan yang pasti mengenai pengertian "melawan hukum" dan istilah lain yang dipakai misalnya "tanpa wenang", "tanpa ijin", "melampaui batas wewenang", dan sebagainya, sehingga mempunyai banyak pengertian.

Menurut Van Bemmelen, arti melawan hukum di bidang hukum pidana tidak berbeda dengan arti melawan hukum di bidang hukum perdata. Perkembangan dalam bidang hukum perdata sangat berpengaruh bagi hukum pidana[114], tetapi orang tetap mengadakan pembedaan antara hukum perdata dan publik, dimana hukum pidana merupakan bagian dari hukum publik. Hukum

[112] Roeslan Saleh, *Sifat Melawan Hukum . . . , op. cit.,* hlm. 23.
[113] Moegni Djojodirjo, *op.cit,* hlm.31
[114] Komariah Emong Sapardjaja, *op.cit,* hlm 33

pidana dibedakan dengan tajam dari hukum perdata karena cirinya yang khusus, yaitu bahwa hukum pidana sebagai hukum sanksi.

Hukum pidana merupakan bagian hukum publik, yang mengandung konsekuensi bahwa penentuan norma dalam hukum pidana harus lebih teliti daripada dalam hukum perdata. Dan ini berarti diharapkan dari pembuat undang-undang pidana adanya katalog terperinci tentang perbuatan melawan hukum pidana[115].

Perbedaan yang hakiki bahwa hukum pidana langsung mengenai pemerintah, sedangkan pengaturan tentang perbuatan melawan hukum pertama-tama bertujuan melindungi kepentingan individu dan hanya sejauh mengenai ketertiban umum[116].

Dalam hukum pidana, apabila terjadi suatu perbuatan melawan hukum (pidana), dua kutub yang saling berhadapan adalah jaksa yang bertindak untuk dan atas nama negara serta mewakili kepentingan korban di satu pihak, dengan terdakwa atau terdakwa-terdakwa yang didakwa melakukan perbuatan melawan hukum (pidana) di pihak lain.

Di dalam KUHPidana ternyata dijumpai beberapa pengertian melawan hukum, seperti dalam Pasal 406 mengandung arti *zonder eigen recht* (tanpa hak sendiri), dalam Pasal 333 mengandung arti *tegen het objective recht* (bertentangan dengan hukum objektif), dalam Pasal 167, 378, 522 mengandung arti *strijdig met het recht* (bertentangan dengan hukum pada umumnya), bahkan kadang-kadang

---

[115] M. S. Groenhuijsen, seperti dikutip Komariah Emong Sapardjaja, dalam *ibid*, hlm 45

[116] Asser's-Rutten, seperti yang dikutip Komariah Emong Sapardjaja, dalam *ibid*, hlm 48

sesuatu pasal dapat mempunyai arti lebih dari satu misalnya Pasal 167 dan 378 tergantung kepada interpretasi setiap kasus[117].

Selain dengan perkataan "melawan hukum", dalam KUHPidana juga digunakan lain-lain istilah yang sama maksudnya, seperti dengan perkataan "dengan tidak berhak" (lihat Pasal 303, 538, 559), atau "dengan melampaui batas wewenangnya" (lihat Pasal 430), "dengan tidak memperhatikan cara-cara tertentu menurut perundang-undangan" (lihat Pasal 429), "tanpa mendapat ijin" (lihat pasal 303), "tanpa wenang" (lihat pasal 507, 548, 549, 551), "tanpa tujuan yg patut" (lihat pasal 302), "tanpa ijin" (lihat pasal 450, 496, 500, 502, 507, 509, 510, 518), "tidak menurut kebiasaan" (lihat pasal 494), dsb.

Istilah melawan hukum, dalam bahasa asing ada yang menggunakan istilah *wederrechtlijkheid,* dan ada yang menggunakan istilah *onrecht-matigheid,* Kedua istilah asing tersebut mempunyai kesamaan arti, namun bagi sarjana yang menguraikan hukum secara umum lebih cenderung menggunakan *onrechtmatigeheid* dan yang mengkhususkan menguraikan tentang masalah hukum pidana lebih sering menggunakan istilah *wederrechtelijkheid,* sekalipun kadang-kadang istilah-istilah tersebut digunakan bersama-sama[118].

Beberapa sarjana ada yang menggunakan istilah "melanggar" dan ada yang menggunakan istilah "melawan" dengan alasan masing-masing. Pengguna istilah "melawan hukum" pada umumnya berpendapat bahwa dalam kata "melawan" melekat sifat aktif dan pasif[119], atau ada yang menyebut sifat positif dan negatif mencakup substansi yang lebih luas, baik perbuatan yang didasarkan pada "kesengajaan" maupun "kelalaian"[120].

---

[117] *Ibid,* hlm. 115
[118] Bambang Purnomo, *Asas-asas . . . , op. cit., hlm.* 114
[119] Moegni Djojodirjo, *op.cit,* hlm. 126
[120] Mariam Darus Badrulzaman, *op. cit,* hlm. 146

Di dalam hukum pidana, penyebutan sifat melanggar hukum (melawan hukum) dalam pasal-pasal tertentu (kata "melawan hukum" tercantum dalam pasal) menimbulkan tiga pendapat tentang arti melawan hukum yaitu[121] :

a. Bertentangan dengan hukum objektif;
b. Bertentangan dengan hak subjektif orang lain
c. Tanpa hak.

Menurut Wirjono Prodjodikoro, ada perbedaan antara ketiga pendapat tersebut, yaitu apabila suatu perbuatan bertentangan dengan suatu peraturan hukum tertentu (objektif), belum tentu dengan perbuatan itu terlanggar suatu hak (subjektif) orang lain, misal bila peraturan yang terlanggar hanya mengenai tata tertib tanpa menyinggung hak orang lain. Arti melawan hukum dalam suatu pasal tidak selalu sama dengan arti melawan hukum dalam pasal lain. Perbedaan arti tersebut praktis bergantung kepada[122] :

a. Apa yang dibayangkan oleh pembentuk Undang-Undang
b. Apa yang dirasakan oleh para pelaksana hukum sebagai hal yang terbaik dalam situasi tertentu.

Menurut Jan Remmelink, memang sebaiknya dipilih solusi yang ditawarkan oleh Profesor Van Veen yang menetapkan pengertian tersebut satu persatu bagi tiap delik, oleh arti setiap kali harus ditetapkan kembali dengan merujuk pada maksud dan tujuan ketentuan tersebut, sejarah pembentukannya, dan lain-lain. Dengan cara demikian kiranya dapat dipastikan bahwa hasil

[121] Wiryono Projodikoro, *Tindak-tindak Pidana Tertentu di Indonesia,* edisi ketiga, Refika Aditama, Bandung, 2003, hlm. 2
[122] *Ibid*, hlm.13

akhirnya adalah kesimpulaan *zonder recht* (tanpa hak), tentu dengan catatan bahwa pengecualian akan selalu ada[123].

Memang demikianlah seharusnya bahwa pengertian melawan hukum pada setiap deliktindak pidana tentu berbeda-beda tergantung dari rumusan, maksud, dan tujuan dari ketentuan delik tersebut, dengan demikian pengertian melawan hukum menjadi passesuai dengan rumusan, maksud, dan tujuan dari ketentuan delik tersebut.

Dalam hukum pidana, kedudukan sifat melawan hukum sangat penting. Para ahli telah sepaham dalam melihat sifat melawan hukum apabila dihubungkan dengan tindak pidana. Bersifat melawan hukum mutlak untuk setiap tindak pidana.

Menurut Roeslan Saleh, memidanakan sesuatu yang tidak melawan hukum tidak ada artinya[124]. Demikian pula Andi Zainal Abidin, mengatakan salah satu unsur esensial delik ialah sifat melawan hukum (*wederrechtelijkheid)* dinyatakan dengan tegas atau tidak di dalam suatu pasal undang-undang pidana, karena alangkah janggalnya kalau seseorang dipidana karena melakukan perbuatan yang tidak melawan hukum[125].

Persoalan melawan hukum memegang peranan penting, bahkan menentukan, untuk menentukan ada atau tidak ada tindak pidana, sehingga dalam hal melawan hukum tidak secara nyata disebutkan dalam perumusan delik, unsur

---

[123] Jan Remmelink, *op. cit.*,hlm. 189

[124] Roeslan Saleh, *Sifat Melawan Hukum dari Perbuatan Pidana,* Jakarta, Penerbit Aksara Baru, 1987, hlm.1

[125] Andi Zaenal Abidin, *Hukum Pidana I,* Jakarta, Sinar Grafika, 1993, hlm. 47

tersebut dianggap diam-diam ada, menurut Wirjono Prodjodikoro, dalam tiap tindak pidana harus ada sifat melanggar hukum[126].

Menurut Jan Remmelink, bahwa melakukan tindak pidana berarti melakukan suatu tindakan yang memenuhi rumusan delik yang bersifat melawan hukum dan dapat diperhitungkan pada pelaku. Hal ini berarti bahwa jika semua unsur delik telah terpenuhi, tidak seketika membuktikan ada tindak pidana, tetapi adanya unsur melawan hukum berarti juga harus dibuktikan[127].

Menurut Roeslan Saleh, apabila suatu perbuatan telah dinyatakan dapat dipidana, maka pembentuk undang-undang memandang bahwa perbuatan tersebut bersifat melawan hukum. Sifat melawan hukum adalah unsur mutlak perbuatan pidana [128]. Walaupun tidak disebutkan dalam rumusan delik beliau tetap berpendapat bahwa melawan hukum selalu menjadi unsur perbuatan pidana. Kelakuan yang bersifat hukum pidana merupakan kelakuan yang di dalamnya ada sifat melawan hukum menurut hukum pidana, hal ini berarti dalam hukum pidana pengujudan rumusan delik tidak pernah dilepaskan dari sifat melawan hukum[129]

Namun demikian tidak semua ahli hukum sependapat bahwa melawan hukum sebagai unsur mutlak setiap tindak pidana. Hazewinkel Suringa menyatakan bahwa unsur melawan hukum hanya merupakan unsur mutlak suatu perbuatan pidana jika undang-undang menyebutkan dengan tegas sebagai unsur perbuatan yang bersangkutan[130]. Demikian pula Pompe juga berpendapat bahwa melawan hukum bukan unsur mutlak tindak pidana, akan tetapi melawan hukum

---

[126] Wirjono Projodikoro, ,*op.cit,* hlm. 64
[127] Jan Remmelink, *op.cit,* hlm. 192
[128] Roeslan Saleh, *Sifat Melawan Hukum . . . , op. cit.,* hlm. 3
[129] *Ibid,* hlm. 30
[130] *Ibid,* hlm. 4

merupakan unsur mutlak bila disebutkan secara tegas dalam ketentuan pidana tersebut. Sungguhpun demikian, walaupun melawan hukum tidak merupakan unsur mutlak, namun adanya hal-hal yang menghapuskan unsur melawan hukum akan menghapuskan pula pidana, artinya hal dapat dipidananya pelaku perbuatan pidana akan dihapuskan[131].

Penulis sependapat dengan Roeslan Saleh, Zaenal Abidin, Wirdjono, Pompe, bahwa unsur melawan hukum selalu ada dalam setiap delik, karena bila tidak melawan hukum tentu perbuatan tersebut tidak akan ditetapkan sebagi suatu tindak pidana/delik.

Menurut Simons, apabila dalam suatu perumusan tindak pidana tidak disebutkan secara tegas unsur melawan hukum, maka sifat melawan hukum "bukan sebagai unsur" perbuatan pidana dan dalam hal ini tidak perlu dibuktikan. Menurut Van Hamel, apabila dalam suatu perumusan tindak pidana tidak dinyatakan dengan tegas unsur melawan hukum, maka sifat melawan hukum harus dianggap "tetap sebagai unsur" tindak pidana dan harus dibuktikan[132].

Menurut Roeslan Saleh ada beberapa konsekuensi jika berpendapat bahwa melawan hukum adalah unsur mutlak setiap perbuatan pidana yaitu[133]:

a. Jika unsur melawan hukum tidak disebut dalam rumusan perbuatan pidana, maka unsur itu secara diam-diam "dianggap ada", kecuali dapat dibuktikan sebaliknya oleh terdakwa;
b. Jika hakim ragu-ragu dalam menentukan apakah unsur melawan hukum ada atau tidak, maka hakim "tidak boleh" menetapkan adanya perbuatan pidana dan oleh karenanya tidak boleh pula menjatuhkan pidana.

---

[131] *Ibid*, hlm. 5
[132] *Ibid*, hlm. 119
[133] Roeslan Saleh, *op.cit*, hlm. 5

Hazewinkel Suringa menyatakan bahwa, apabila melawan hukum sebagai unsur mutlak tiap-tiap perbuatan pidana (delik) maka hal tersebut akan memberatkan Penuntut Umum, karena Penuntut Umum harus selalu membuktikan tentang melawan hukumnya tiap-tiap perbuatan pidana. Hal ini akan mengakibatkan sesuatu yang negatif, yaitu pembuktian yang sukar mengenai tidak adanya sesuatu alasan pembenar, misalnya tidak adanya keadaan darurat, tidak adanya perintah jabatan dan sebagainya [134].

Menurut Bambang Poernomo (yang memakai istilah elemen untuk unsur tindak pidana), pandangan yang menyatakan sifat melawan hukum itu dianggap tetap sebagai elemen delik atau diam-diam dianggap sebagai elemen delik berarti mempunyai alam pikiran yang luas, yaitu :

a. Lebih mudah menerima pandangan sifat melawan hukum yang materiil (*materiele wederrechtelijkheid)* (catatan : tentang melawan hukum materiil ini akan dibahas dalam bab tersendiri);
b. Sifat melawan hukum merupakan elemen tetap dari tiap-tiap delik sekalipun tidak disebut dalam rumusan;
c. Dapat mengakui pengecualian sebagai penghapusan sifat melawan hukum di luar Undang-Undang atau hukum positif tidak tertulis;
d. Untuk mengadakan pembuktian elemen melawan hukum oleh penuntut umum, hanyalah apabila dalam suatu delik dirumuskan dengan tegas;
e. Apabila elemen melawan hukum tidak dirumuskan dalam suatu delik maka tidak perlu dibuktikan, kecuali menurut pendapat Hakim ada keragu-raguan tentang elemen melawan hukum itu sehingga di dalam sidang atas inisiatif pimpinan dicari pembuktiannya.

Konsekuensi bagi pandangan yang menyatakan sifat melawan hukum tidak selalu sebagai elemen delik, akan mempunyai alam pikiran yang sempit[135].

---

[134] *Ibid*, hlm.4
[135] Bambang Poernomo, *Asas-asas . . . , op. cit.*, hlm 120

Pasal 11 ayat (2) RUU-KUHP 2008 menentukan bahwa untuk dinyatakan sebagai tindak pidana, selain perbuatan tersebut dilarang, dan diancam pidana oleh peraturan perundang-undangan, harus juga bersifat melawan hukum atau bertentangan dengan hukum yang hidup dalam masyarakat.

Penjelasan Pasal 11 RUU-KUHP 2008 antara lain menyatakan :

> ". . . Yang dimaksud dengan "perbuatan yang bertentangan dengan hukum" adalah perbuatan yang dinilai oleh masyarakat sebagai perbuatan yang tidak patut dilakukan. Ditentukannya syarat bertentangan dengan hukum, didasarkan pada pertimbangan bahwa menjatuhkan pidana pada seseorang yang melakukan suatu perbuatan yang tidak bersifat melawan hukum dinilai tidak adil. Oleh karena itu untuk dapat menjatuhkan pidana, hakim selain harus menentukan apakah perbuatan yang dilakukan itu secara formil dilarang oleh peraturan perundang-undangan dan apakah perbuatan tersebut secara materiil juga bertentangan dengan hukum, dalam arti kesadaran hukum masyarakat. Hal ini wajib dipertimbangkan dalam putusan . . ."

Dari penjelasan RUU-KUHP 2008 tersebut, apabila kelak diberlakukan, perbedaan pendapat diantara para ahli mengenai apakah "melawan hukum" merupakan unsur atau bukan, telah terjawab yaitu bahwa "melawan hukum" merupakan unsur yang harus dibuktikan dan dipertimbangkan dalam putusan hakim untuk sampai kepada keputusan menjatuhkan pidana kepada seseorang yang melakukan tindak pidana.

RUU-KUHP 2008 ini menentukan dengan pasti bahwa untuk dinyatakan sebagai tindak pidana, perbuatan harus dilarang dan diancam pidana oleh peraturan perundang-undangan, dengan demikian perbuatan tersebut, formil harus telah dilarang dalam suatu peraturan perundang-undangan pidana yang memuat ancaman pidana (melawan hukum formil).

RUU-KUHP 2008 ini juga mengakui berlakunya hukum tidak tertulis, dengan ketentuan bahwa bersifat melawan hukum berarti bertentangan dengan hukum yang hidup dalam masyarakat, perbuatan yang dilakukan merupakan perbuatan yang dinilai oleh masyarakat sebagai perbuatan yang tidak patut dilakukan (melawan hukum materiil).

Ketentuan ini menurut pendapat penulis justru menimbulkan ketidakjelasan mengenai kriteria apa yang dipakai untuk menentukan, bahwa suatu perbuatan bertentangan dengan hukum yang hidup dalam masyarakat.

Dengan demikian menurut RUU-KUHP 2008 ini untuk sampai pada putusan menjatuhkan pidana, maka hakim harus mempertimbangkan :

a) Pembuat telah melakukan perbuatan yang secara formil telah dilarang oleh suatu aturan perundang-udangan dengan ancaman pidana.
b) Perbuatan tersebut secara materiil juga bertentangan dengan hukum yang hidup dalam masyarakat.

Pendapat tentang apakah melawan hukum harus dicantumkan atau tidak dalam setiap rumusan delik, mempunyai hubungan dengan ajaran tentang sifat melawan hukum yang sampai sekarang masih dipersoalkan, ajaran itu adalah "ajaran yang formil" dan "ajaran yang materiil"[136].

Pada kenyataannya pada rumusan tindak pidana (delik) tidak selalu dicantumkan unsur melawan hukum(*wederrechtelijk).* Dalam rumusan tindak pidana dalam KUHPidana yang berlaku sekarang, perkataan "melawan hukum" kadang-kadang disebutkan, kadang-kadang tidak. Hal tersebut dilakukan dengan

[136] Komariah Emong Sapardjaja, *op.cit,* hlm. 24

sengaja, karena apa yang dilarang dilakukan orang dan diancam dengan pidana, dalam tertib hukum merupakan perbuatan yang dilarang, dan itu dengan sendirinya *wederrechtelijk* (melawan hukum). Jadi walaupun dalam rumusan perbuatan pidana tidak disebutkan secara tegas unsur melawan hukum, tidak berarti bahwa perbuatan tersebut tidak bersifat melawan hukum, tetapi perbuatan tersebut sudah sedemikian wajar bersifat melawan hukumnya, sehingga tidak perlu untuk dinyatakan tersendiri.

Apakah yang mendorong pembentuk undang-undang untuk mencantumkan unsur "melawan hukum", itu padahal setiap larangan ataupun keharusan yang ditentukan dalam undang-undang pidana ditujukan terhadap setiap kelakuan yang tidak diperkenankan, dalam arti perbuatan itu memang sudah melawan hukum. Alasan yang dikemukakan adalah :

> "Bahwa tanpa dicantumkannya kata *wederrechtelijk* dikhawatirkan adanya bahaya bahwa seorang yang mempergunakan haknya tanpa untuk itu melaksanakan peraturan perundang-undangan, akan dinyatakan sebagai telah melakukan pelanggaran dari undang-undang pidana. Untuk mencegah hal demikian, maka pembentuk undang-undang akan lebih mudah untuk mencantumkan *melawan hukum* dalam setiap rumusan tindak pidana/delik"[137].

Menurut Schaffmeister, tambahan kata melawan hukum sebagai salah satu unsur dalam rumusan delik dimaksudkan untuk membatasi ruang lingkup rumusan delik yang (telah) dibuat terlalu luas[138]. Demikian pula Roeslan Saleh mengatakan, bahwa tanpa ditambahkan perkataan melawan hukum mungkin

---

[137] Achmad S. Soemadipraja, *Pengertian Serta Sifatnya Melawan Hukum Bagi Terjadinya Tindak Pidana,* Amico, Bandung, 1983, hlm 19

[138] Schaffmeister et. al., . . . , *op. cit.*, hlm. 81

timbul bahaya, bahwa mereka yang menggunakan haknya akan ditafsirkan termasuk ke dalam ketentuan undang-undang pidana[139].

Dengan kata lain Jan Remmelink mengatakan bahwa dengan merajut pengertian melawan hukum ke dalam rumusan delik, pembuat undang-undang sebenarnya hendak mencegah agar mereka yang menggunakan hak atau kewenangan mereka sejalan dengan hukum yang berlaku tidak serta merta terancam penjatuhan sanksi pidana karena alasan (umum) yang meniadakan pidana sebagaimana yang berlaku bagi mereka tidak mencukupi. Siapa yang bertindak di luar kewenangan sudah tentu bertindak bertentangan *(weder : tegen)* dengan hukum[140].

Pada bagian melawan hukum perdata, diuraikan bahwa ada teori *schutznorm* yang semula berkembang di bidang hukum perdata, yang secara ringkas teori ini mengatakan bahwa meskipun perbuatan melawan hukum dari seseorang menimbulkan kerugian pada orang lain, pelaku perbuatan melawan hukum hanya diwajibkan mengganti kerugian apabila norma yang dilanggar khusus ditujukan untuk melindungi kepentingan hukum orang yang menderita kerugian tersebut. Teori ini merupakan pembatasan dari ajaran luas perbuatan melawan hukum, bertujuan untuk mencegah jangan sampai pertanggungan gugat berdasar pasal 1365 KUHPerdata akan diperluas secara tidak wajar.

Dalam rangka penerapan teori *schutzorm* dalam hukum pidana timbul pertanyaan kepentingan hukum apa yang hendak dilindungi oleh hukum pidana.

---

[139] Roeslan Saleh, *op. cit*, hlm.3
[140] Jan Remmelink, *op.cit*, hlm. 187

Menurut Remmelink[141] yang dimaksud dengan kepentingan hukum atau kebendaan hukum adalah nilai-nilai yang oleh pembuat undang-undang hendak dilindungi, baik terhadap pelanggaran maupun ancaman bahaya (risiko) dengan cara merumuskan suatu ketentuan pidana. Jelas bahwa dalam penafsiran tentang ketentuan pidana seperti ini, tujuan pembuat undang-undang harus selalu diperhatikan.

Selanjutnya dikatakan oleh beliau bahwa tidak selamanya hanya kepentingan hukum yang relevan dalam menjelaskan fenomena tersebut. Pada saat sama kepentingan hukum itu tidak boleh dipandang sebagai tidak boleh diganggu gugat dalam artian absolut. Semua kepentingan yang ditemukan dalam masyarakat, semua kepentingan hukum itu tentu dapat dipertanyakan, terbuka terhadap berbagai risiko dan juga dapat dikorbankan demi kepentingan lain yang lebih tinggi atau bernilai. Namun harus diakui bahwa kepentingan hukum dalam semua itu tetap merupakan faktor intrinsik yang sangat berpengaruh.

Komariah Emong Sapardjaja yang menyimpulkan dari teori-teori yang dikemukakan beberapa ahli menyatakan bahwa letak kepentingan hukum yang dilindungi harus jelas terlihat dalam perumusan undang-undang, karena bagi undang-undang pidana menimbulkan akibat yang sangat penting karena akan menimbulkan persoalan bagi penentuan sifat melawan hukumnya[142]. Dengan kata lain, untuk menetapkan adanya sifat melawan hukum bertitik tolak pada

[141] *Ibid.*, hlm. 13-14
[142] Komariah Emong Supardjaja, *op.cit.*, hlm. 88

kepentingan hukum yang hendak dilindungi pada saat suatu undang-undang ditetapkan[143].

Selanjutnya dikatakan bahwa persoalan tersebut akan menimbulkan dua model perumusan delik.

Model pertama, apabila kepentingan hukum yang dilindungi itu harus secara tegas dicantumkan dalam perumusan undang-undang, maka tentang alasan pembenar apabila terjadi pelanggaran terhadap kepentingan hukum, juga harus secara jelas dimuat dalam ketentuan undang-undang yang bersangkutan, setidak-tidaknya secara terpisah.

Model kedua, apabila kepentingan hukum yang hendak dilindungi hanya secara eksplisit saja, maka hal tersebut setidak-tidaknya dapat dimuat dalam bagian umum(*algemene deel)* dari undang-undang tersebut.

Komariah juga mengutip Heijder dan Schaffmeister yang mengatakan : ... *een gedrag dat niet het door de norm beschemde belang schendt valt buiten de delicts omschrijiring en kan der helve ook geen strafrechtelijke wederrechtelykheid apleveren* (... Suatu perbuatan yang tidak dilindungi oleh norma kepentingan hukum yang dilanggar berada di luar perumusan delik, akan berarti juga tidak memenuhi sifat melawan hukum dari segi hukum pidananya), yang menurut catatan Remmelink merupakan jalan keluar penerapan teori *schutznorm* dalam hukum pidana.[144]

Menurut Komariah teori *schutznorm* ini belum mendapat perhatian di Indonesia, disebabkan karena perumusan kata-kata yang dapat ditafsirkan secara

---

[143] *Ibid,* hlm. 205
[144] *Ibid,* hlm. 88-89

sangat luas dan ganda. Selain itu mungkin juga disebabkan karena hakim tidak menguasai perundang-undangan, satu dan lain hal karena sistem perundang-undangan yang masih agak kacau dan terkesan tumpang tindih, sisa-sisa undang-undang dari zaman Hindia Belanda yang masih ditulis dalam teks bahasa aslinya, ataupun karena sistem pendokumentasiannya.

Dari uraian tersebut di atas, penyebutan kata melawan hukum dalam rumusan tindak pidana berpengaruh dalam lapangan hukum acara (pembuktian) yang menimbulkan perbedaan pandangan mengenai beban pembuktian. Sebagian penulis berpendapat bahwa pembuktian sifat melawan hukum diperlukan jika hal itu menjadi bagian inti rumusan tindak pidana, sehingga sebaliknya tidak perlu dibuktikan jika menjadi unsur diam-diam. Pendapat yang lain, jika berpandangan suatu tindak pidana mutlak harus bersifat melawan hukum, maka apakah disebutkan atau tidak hal itu harus dibuktikan. Pembuktian ada tidaknya sifat melawan hukum, berarti pembuktian ada tidaknya alasan pembenar.

Menurut Moeljatno, dalam teori hukum pidana, alasan pembenar adalah alasan yang menghapuskan sifat melawan hukumnya perbuatan sehingga apa yang dilakukan oleh terdakwa lalu menjadi perbuatan yang patut dan benar[145]. Karena tidak bersifat melawan hukum dan dibenarkan oleh hukum, maka sendirinya tidak mungkin dipidana. Jadi dengan demikian alasan pembenar merupakan alasan yang menghapuskan sifat melawan hukumnya perbuatan sehingga merupakan alasan penghapus pidana (alasan yang meniadakan pidana), disamping ada alasan penghapus pidana karena alasan pemaaf.

---

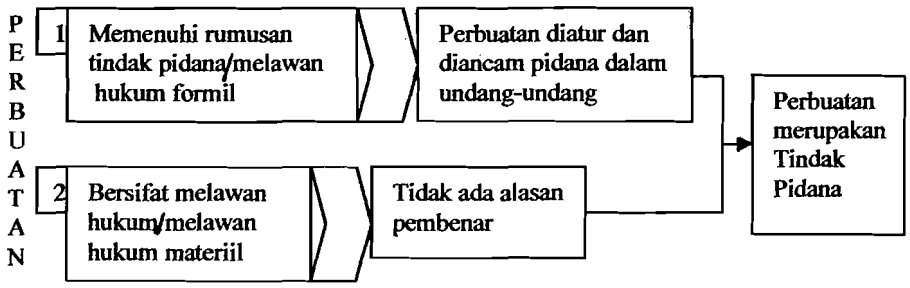
[145] Moeljatno, *Asas-asas . . . , op. cit.*, hlm. 137

Alasan pembenar (*rechtvaardigingsgronden)* adalah merupakan *feits justificatifs,* yang dapat menghapuskan sifat melawan hukumnya perbuatan sehingga perbuatan itu dibenarkan[146].

Seperti telah disebutkan di muka bahwa alasan pembenar adalah alasan yang menghapuskan sifat melawan hukumnya perbuatan, sehingga apa yang dilakukan oleh terdakwa menjadi perbuatan yang patut dan benar.

Dapat disimpulkan, dalam hukum acara, pembuktian mengenai ada atau tidak adanya alasan pembenar adalah pada saat semua unsur tindak pidana yang didakwakan telah terbukti. Apabila ternyata terbukti ada alasan pembenar maka hal tersebut menghapuskan sifat melawan hukumnya perbuatan, sehingga berlanjut meniadakan pertanggungan jawab (secara pidana) dari pembuatpelaku dan oleh karenanya tidak dapat dijatuhi pidana. Dengan demikian, dapat disimpulkan bahwa untuk menentukan apakah suatu perbuatan merupakan suatu tindak pidana, harus ditelusuri :

a) Apakah perbuatan itu memenuhi rumusan deliktindak pidana.
b) Apakah perbuatan itu melawan hukum*wederrechtelijke* (tidak ada alasan pembenar).



[146] Bambang Poernomo, *Asas-asas . . . , op. cit.,* hlm. 192

Dalam RUU-KUHP 2008 disebutkan dengan tegas bahwa setiap tindak pidana selalu dipandang bersifat melawan hukum, kecuali ada alasan pembenar (Pasal 11 ayat (3)). Menurut Chairul Huda ketentuan ini cenderung dapat ditafsirkan bahwa melawan hukum tidak perlu dibuktikan kecuali terdakwa atau penasehat hukumnya dapat membuktikan bahwa ada alasan pembenar dari perbuatannya. Memang hanya apa yang ditentukan dalam rumusan tindak pidana yang seharusnya dibuktikan[147].

Alasan pembenar *(rechtvaardigings gronden)* merupakan alasan yang menghapuskan sifat melawan hukum perbuatan, sehingga apa yang dilakukan oleh terdakwa lalu menjadi perbuatan yang patut dan benar . Dengan kata lain alasan pembenar menghapuskan sifat *wederrechtelijke* dari perbuatan yang memenuhi rumusan tindak pidana sehingga tidak merupakan tindak pidana.

Berbeda dengan dasar pemikiran alasan pemaaf (*schulduitsluiting-grondenalasan* penghapus kesalahan *exusing of liability),* perbuatan seseorang tetap sebagai perbuatan melawan hukum yang karena alasan tertentu perbuatan tersebut tidak dapat dipertanggungjawabkan kepada pembuat sehingga kesalahan pembuat dihapuskan (dimaafkan) [148] . Alasan pemaaf menghapuskan pidana dengan memaafkan pembuat dari kesalahannya, merupakan *faits d' excuse,* yang menghapuskan pertanggungan jawab si pembuat sehingga tidak dipidana, tetapi perbuatannya tetap *wederrechtelijke.*

Alasan pemaaf dikaitkan dengan asas tiada pidana (hukuman) tanpa kesalahan *(geen straf zonder schuld).*

---

[147] Chairul Huda, *op.cit,* hlm. 50

[148] Bambang Poernomo, *Asas-asas ..., op.cit,* hlm.82

Alasan pembenar berbeda dengan alasan pemaaf karena keduanya mempunyai fungsi berbeda. Alasan pembenar berujung pada pembenaran atas tindak pidana yang sepintas lalu melawan hukum, sedangkan alasan pemaaf berakibat pada pemaafan pembuatnya sekalipun telah melakukan tindak pidana yang melawan hukum.

Menurut Simons, "kesalahan" adalah keadaan psychis yang tertentu pada orang yang melakukan tindak pidana dan hubungan antara keadaan tersebut dengan perbuatan yang dilakukan yang sedemikian rupa, hingga orang itu dapat dicela karena melakukan perbuatan tadi[149] (Simons termasuk para ahli yang berpendapat bahwa kesalahan sebagai bagian dari tindak pidana). Menurut Vos pengertian "kesalahan" mempunyai tiga tanda[150]:

a. Kemampuan bertanggungjawab dari orang yang melakukan perbuatan
b. Hubungan batin tertentu dari orang yang berbuat, yang perbuatannya itu dapat berupa kesengajaan atau kealpaan
c. Tidak terdapat dasar alasan yang menghapus pertanggung jawaban bagi si pembuat atas perbuatannya itu.

Dalam buku-buku Belanda yang pada umumnya tidak mengadakan pemisahan antara dilarangnya perbuatan dan dipidanya orang yang melakukan perbuatan tersebut (*strafbaar heid van het feitstrafbaar heid van de persoon),* dalam pengertian *strafbaar feit,* terhadap hubungan antara tindak pidana dan kesalahan dinyatakan dengan hubungan antara sifat melawan hukum perbuatan (*wederrechtelijkeheid)* dan kesalahan (*schuld*), dalam arti bahwa *schuld* tidak dapat dimengerti tanpa ada *wederrechtelijkheid*, tetapi *wederrechtelijkheid* mungkin ada tanpa adanya kesalahan. Bagi Moeljatno hal tersebut berarti, orang

[149] Moeljatno, *Asas-asas . . ,. op.cit,* hlm.158
[150] Bambang Poernomo, *Asas-asas . . . , op.cit,* hlm. 136

tidak mungkin dipertanggungjawabkan (dijatuhi pidana) kalau tidak melakukan perbuatan pidana. Meskipun melakukan perbuatan pidana, tidak selalu dapat dipidana[151].

Apabila mengikuti teori pemisahan antara tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana, maka kesalahan sebagai faktor penentu adanya pertanggungjawaban pidana, harus dikeluarkan dari pengertian tindak pidana.

Hubungan antara melawan hukum dan kesalahan selalu diperdebatkan, apakah kesalahan merupakan bagian dari melawan hukum ataukah melawan hukum merupakan bagian dari kesalahan.

Aliran yang memasukkan kesalahan (kesengajaan) sebagai bagian dari perbuatan tindak pidana yang melawan hukum, memandang bahwa kesalahan merupakan bagian dari sifat melawan hukum. Hal ini berarti pembuktian adanya tindak pidana dipandang dengan sendirinya sebagai pembuktian adanya kesalahan[152].

Berbeda dengan aliran yang mengikuti teori pemisahan tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana. Seseorang dapat dikatakan mempunyai kesalahan, jika telah terbukti melakukan tindak pidana yang bersifat melawan hukum. Pertanggungjawaban pidana tergantung pada apakah pembuat telah melakukan tindak pidana[153]. Dengan demikian adanya kesalahan terdakwa baru dipikirkan setelah terdakwa terbukti melakukan tindak pidana yang bersifat melawan hukum, sebaliknya jika tidak dapat dibuktikan bahwa terdakwa telah melakukan tindak

---

[151] Moeljatno, *Asas – asas ..., op.cit,* hlm.155
[152] Chairul Huda, *op.cit,* hlm.54
[153] *Ibid*

pidana yang bersifat melawan hukum, maka kesalahan terdakwa tidak perlu dipikirkan lagi.

Dalam lapangan hukum acara, pembuktian tentang ada atau tidak ada alasan pembenar dan alasan pemaaf adalah pada saat semua unsur tindak pidana yang dilakukan telah terbukti. Setelah semua unsur tindak pidana terbukti, maka baru masuk ke dalam pembuktian apakah ada alasan pembenar, dan jika tidak terbukti adanya alasan pembenar, baru kemudian dibuktikan ada tidaknya alasan pemaaf.

Alasan pembenar *(rechtvaardigingsgronden)* dan alasan pemaaf *(schulduitsluitingsgronden),* merupakan alasan penghapuspeniadaan pidana (*strafuitsluitingsgrondenr),* yaitu keadaan yang mengakibatkan seseorang yang melakukan perbuatan yang memenuhi perumusan tindak pidana tidak dapat dipidana. Menurut doktrin *strafuitsluitingsgronden* ini diperinci menjadi[154] :

a) *rechtvaardigingsgronden*, atau alasan pembenar yaitu alasan yang menghapuskan sifat *wederrechttelijke*, daripada perbuatan yang memenuhi ketentuan pidana, sehingga tidak merupakan tindak pidana
b) *schuld opheffingsgronden/schuld uitsluitingsgronden* atau alasan pemaaf yaitu alasan yang menghilangkan kesalahan seseorang yang seharusnya bertanggungjawab atas tindak pidana sehinggga ia tidak dipidana, tetapi perbutannya tetap *wederrechttelijke*.

KUHPidana tidak menggunakan perincian menurut doktrin tersebut, tetapi M v T (*Memorie van Toelichting*) mengadakan perincian[155]:

a. *Inwendige gronden van ontoerekenbaarheid* (karena keadaan yang terdapat dalam pribadi penanggungjawab).
b. *Uitwendige gronden van ontoerekenbaarheid* (karena keadaan di luar pribadi penanggungjawab).

---

[154] Mustafa Abdullah dan Ruben Ahmad : *Intisari Hukum Pidana*, Galia Indonesia, 1983, hlm. 68.

[155] *Ibid.*, hlm. 69.

Bentuk alasan Peniadaan Pidana di dalam KUHPidana, terdiri dari [156]:

a) *Ontoerekeningsvatbaarheid* (pasal 44 KUHPidana) ketidakmampuan bertangggungjawab
b) *Overmacht* (pasal 48KUHPidana)
c) *Noodweer* (pasal 49 KUHPidana)
d) *Wettelijk* voorschrift (pasal 50 KUHPidana)
e) *Ambtelijke bevel* (pasal 51 KUHPidana)

Walaupun KUHPidana tidak menggunakan perincian menurut doktrin yang memerinci alasan peniadaan pidana menjadi alasan pembenar dan alasan pemaaf, bentuk alasan peniadaan pidana yang ada dalam KUHPidana bila dirinci adalah sebagi berikut, yang termasuk alasan pembenar :

a). Daya paksa relatif (daya paksa dalam arti terpaksa memilih antara kewajiban-kewajiban yang bertentangan) dan keadaan darurat (Pasal 48)

b). Pembelaan terpaksa (Pasal 49 ayat (1))

c). Menjalankan perintah undang-undang (Pasal 50)

d). Menjalankan perintah jabatan yang sah (Pasal 51)

Yang termasuk alasan pemaaf :

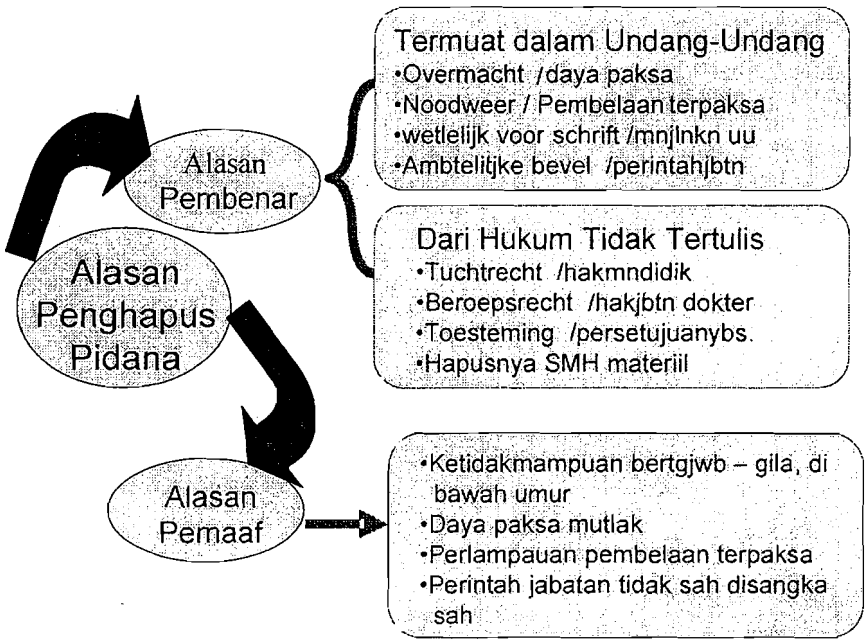
a). Ketidakmampuan bertanggungjawab (Pasal 44)

b). Daya paksa mutlak dan perlampauan keadaan darurat (daya paksa karena dorongan psikis) (Pasal 48)

c). Perlampauan pembelaan terpaksa (Pasal 49 ayat (2))

d). Perintah jabatan yang tidak sah tetapi oleh terdakwah disangka sah (Pasal 51 ayat (2)).

[156] *Ibid.*



RUU-KUHP 2008 memerinci dan membedakan dengan jelas antara alasan pembenar dan alasan pemaaf. Alasan pembenar dimuat pada bagian ke satu yang mengatur mengenai " Tindak Pidana", yaitu pada Pasal 31, 32, 33, 34, dan 35, bahwa tidak dipidana setiap orang yang melakukan tindak pidana karena:

Pasal 31 : melaksanakan peraturan perundang-undangan.

Pasal 32 : melaksanakan perintah jabatan yang diberikan oleh pejabat yang berwenang.

Pasal 33 : keadaan darurat

Pasal 34 : terpaksa melakukan tindak pidana karena pembelaan terhadap serangan seketika atau ancaman segera yangn melawan hukum terhadap diri sendiri atau orang lain, kehormatan kesusilaan, harta benda sendiri atau orang lain.

Pasal 35 : termasuk alasan pembenar ialah tidak adanya sifat melawan hukum sebagaimana dimaksud dalam Pasal 11 ayat (2)

(Pasal 11 ayat (2) : untuk dinyatakan sebagai tindak pidana, selain perbuatan tersebut dilarang dan diancam pidana oleh peraturan perundang-undangan, harus juga bersifat melawan hukum atau bertentangan dengan hukum yang hidup dalam masyarakat).

Sedangkan alasan pemaaf dimuat pada bagian ke dua yang mengatur mengenai "pertanggungjawaban pidana" yaitu pada Pasal 42, 43, 44, 45, dan 46, bahwa tidak dipidana jika :

Pasal 42 : seseorang tidak mengetahui atau sesat mengenai keadaan yang merupakan unsur tindak pidana atau berkeyakinan bahwa perbuatannya tidak merupakan suatu tindak pidana, kecuali ketidaktahuan, kesesatan atau keyakinannya itu patut dipersalahkan kepadanya.

Pasal 43 : melakukan tindak pidana karena (a). dipaksa oleh kekuatan yang tidak dapat ditahan atau (b). dipaksa oleh adanya ancaman, tekanan atau kekuatan yang tidak dapat dihindari.

Pasal 44 : melakukan pembelaan terpaksa yang melampaui batas, yang langsung disebabkan kegoncangan jiwa yang hebat karena serangan seketika atau ancaman serangan yang segera.

Pasal 45 : melakukan perintah jabatan tanpa wewenang tapi orang yang diperintah dengan itikad baik mengira bahwa perintah tersebut diberikan dengan wewenang dan pelaksanaannya termasuk dalam lingkungan pekerjaan.

Pasal 46 : termasuk alasan pemaaf ialah :

a. tidak ada kesalahan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 37 ayat (1) tersebut

b. pada waktu melakukan tindak pidana menderita gangguan jiwa, penyakit, atau retardasi mental sebagaimana dimaksudddalam Pasal 40; atau

c. belum mencapai umur 12 (dua belas) sebagaimana dimaksud dalam Pasal 113 ayat (1).

Alasan-alasan pembenar tersebut di atas merupakan alasan pembenar yang berasal dari hukum formil (tertulis), alasan-alasan tersebut meniadakan sifat melawan hukum formil, namun demikian menurut Simons, alasan-alasan pembenar yang meniadakan sifat melawan hukum formil itu tidaklah hanya atas dasar pengaturan oleh hukum pidana yang merupakan alasan-alasan pembenar yang bersifat umum dan khusus, tetapi harus ditetapkan atas dasar aturan dalam keseluruhan, jadi harus pula dengan memperhatikan aturan norma-norma dalam hukum perdata dan norma-norma lain yang menyebabkan perbuatan tertentu itu menjadi dibenarkan.[157].

Seperti telah disebutkan dimuka bahwa dalam setiap tindak pidana harus selalu ada sifat melawan hukum dari perbuatan tersebut. Menurut van Bemmelen, posisi sifat melawan hukum *wedderechtelijkheid* merupakan elemen yang objektif yang "bertentangan dengan hukum" dan dipandang dari "pergaulan masyarakat" merupakan perbuatan yang tidak patut[158]. Penjelasan lebih lanjut menurut Bambang Poernomo, sifat melawan hukum suatu perbuatan terdapat 2 (dua) ukuran yaitu sifat melawan hukum yang formil (*formele wederrechtelijkheid)* dan sifat melawan hukum materiil (*materiele wederrechtelijkheid,)*[159]. Melawan hukum dapat diartikan sebagai melawan undang-undang, pandangan ini disebut

---

[157] Roeslan Saleh, *Sifat Melawan . . . , op. cit.*, hlm. 24

[158] J.M. van Bemmelen, *Hukum Pidana I, Hukum Pidana Materiil bagian Umum,* terjemahan oleh Hasnan, Binacipta, 1984, hlm. 148.

[159] Bambang Poernomo, *Asas-asas ..., op.cit,* hlm. 115

sifat melawan hukum yang formil. Perbuatan melawan hukum tidak selalu bertentangan dengan peraturan perundang-undangan, sehingga dapat dikecualikan sebagai perbuatan yang tidak melawan hukum. Melawan hukum dapat pula diartikan sebagai melawan hukum dengan dasar pandangan bahwa melawan hukum di luar undang-undang (melawan hukum materiil). Konsep hukum yang demikian berarti *formele wederrechtelijkheid* merupakan perbuatan yang bertentangan dengan hukum positiftertulis, sedangkan *materiele wederrechtlijkheid* adalah perbuatan yang bertentangan dengan asas-asas norma hukum tidak tertulis.

Van Hattum menyatakan pendapat yang sama, bahwa menurut ajaran *wederechtelijkheid* dalam arti formal, suatu perbuatan hanya dapat dipandang sebagai bersifat *wederrechtelijk* apabila perbuatan tersebut memenuhi semua unsur yang terdapat di dalam rumusan suatu delik menurut undang-undang, sedangkan menurut ajaran *wederrechtelijkheid* dalam arti materiil, apakah suatu perbuatan dapat dipandang sebagai bersifat *wederrechtelijk* atau tidak, masalahnya bukan saja harus ditinjau sesuai dengan ketentuan hukum yang tertulis, melainkan juga harus ditinjau menurut asas-asas hukum umum dari hukum yang tidak tertulis[160].

Menurut Moeljatno yang setuju dengan ajaran materiil, untuk menentukan adanya sifat melawan hukum dari suatu perbuatan, lebih panjang jalan yang harus ditempuh, karena justru sifat melawan hukum dalam bidang hukum pidana lebih sempit dibandingkan dengan bidang hukum lain, sebab dalam bidang hukum

[160] P.A.F. Lumintang, *Dasar-dasar Hukum Pidana Indonesia*, Bandung, Citra Aditya Bakti, cet.III, 1997, hlm.351

pidana sifat melawan hukumnya perbuatan *(wederrechtelijkheid der gedraging)* bukan saja hanya ditinjau dari sudut perundang-undangan akan tetapi juga dari sudut yang lebih dalam, yang meteriil[161].

Selanjutnya dikatakan pula oleh beliau bahwa tinjauan dari segi formil diperlukan berhubung dengan asas legalitas, sedangkan tinjauan dari segi materiil sebaliknya diperlukan oleh karena baru dengan adanya hal ini aturan hukum mempunyai isi atau mendapat arti[162].

Suatu tindak pidana dikatakan bersifat melawan hukum bukan saja karena secara formal telah *taat bestand* dengan isi rumusan tindak pidana dalam undang-undang tetapi juga perbuatan tersebut dirasakan oleh masyarakat sebagai perbuatan yang tidak patut, dengan kata lain bertentangan dengan kesadaran hukum masyarakat (melawan hukum materiil). Jadi diterimanya ajaran sifat melawan hukum materiil tidak berarti suatu tindak pidana melawan hukum semata-mata karena bertentangan dengan kesadaran hukum masyarakat melainkan juga sebelumnya bertentangan dengan undang-undang.[163]

Dua ajaran ini berbeda mengenai luas batas unsur melawan hukum, karena menurut ajaran melawan hukum materiil yang disebut melawan hukum tidak hanya sekedar bertentangan dengan hukum tertulis, tetapi juga bertentangan dengan hukum tidak tertulis. Sebaliknya ajaran melawan hukum formil berpendapat bahwa melawan hukum adalah bertentangan dengan hukum tertulis saja. Jadi menurut ajaran materiil, disamping memenuhi syarat-syarat formal yaitu memenuhi semua unsur yang disebut dalam rumusan perbuatan pidana (delik),

[161] Moeljatno , *Perbuatan Pidana dan . . . , op.cit.* hlm. 19
[162] *Ibid*, hlm.18
[163] Chairul Huda, *op.cit.*, hlm 55

perbuatan harus benar-benar dirasakan masyarakat sebagai perbuatan yang tidak patut dilakukan[164].

Menurut ajaran melawan hukum yang formil, perbuatan bersifat melawan hukum bilamana telah dipenuhi semua unsur yang disebut dalam rumusan delik, maka tidak perlu diselidiki lagi apakah perbuatan itu menurut masyarakat benar-benar telah dirasakan tidak patut. apabila tokoh akan ada alasan pembenarnya, yaitu alasan-alasan yang menghapuskan sifat melawan hukumnya, maka undang-undang pula yang harus menyebutkan tentang ini dengan tegas[165].

Menurut Schaffmeister et.al[166], dalam dogmatika hukum pidana, istilah "sifat melawan hukum" tidak selalu berarti sama, ada empat makna yang berbeda-beda yaitu :

a) Sifat melawan hukum umum, yaitu sebagai syarat umum untuk dapat dipidana (cat : lihat rumusan pengertian perbuatan pidana yaitu perbuatan manusia yang termasuk dalam rumusan delik, "bersifat melawan hukum" dan dapat dicela);
b) Sifat melawan hukum khusus, yaitu sebagai syarat "tertulis untuk dapat dipidana (Sifat melawan hukum yang menjadi bagian tertulis dari rumusan delik, dinamakan juga sifat melawan hukum faset);
c) Sifat melawan hukum formal, yang berarti bahwa semua bagian yang tertulis dari rumusan delik telah terpenuhi (jadi semua syarat tertulis untuk dapat dipidana);
d) Sifat melawan hukum materiil, yang berarti melanggar atau membahayakan kepentingan hukum yang hendak dilindungi oleh pembentuk Undang-Undang dalam rumusan delik tertentu.

Dijelaskan pula bahwa dipenuhinya sifat melawan hukum formil (dipenuhinya rumusaan delik) tidak begitu saja dapat disimpulkan dari dipenuhinya bunyi rumusan delik. Kerapkali diperlukan penafsiran terhadap

[164] Roeslan Saleh, *op.cit,* hlm 7
[165] *Ibid,* hlm. 8
[166] Schaffmeister et. al., *op.cit,* hlm 39

bagian-bagian dari rumusan delik dengan mengingat norma sosial atau kepentingan hukum yang hendak dilindungi oleh pembuat undang-undang dengan rumusan delik tersebut. Dengan demikian penafsiran sifat melawan hukum formil mendekati sifat melawan hukum materiil[167].

Penganut ajaran sifat melawan hukum tersebut berpendapat sebagai berikut: [168]

> Penganut ajaran sifat melawan hukum formil :
>
> Penganut ajaran ini mengatakan bahwa suatu perbuatan itu bersifat melawan hukum apabila perbuatan itu diancam pidana dirumuskan sebagai delik dalam undang-undang. Jadi, menurut ajaran ini melawan hukum sama dengan melawan atau bertentangan dengan undang-undang atau hukum tertulis;
>
> Penganut Ajaran Sifat Melawan Hukum Materiil :
>
> Penganut ajaran ini berpendapat bahwa suatu perbuatan itu melawan hukum atau tidak, tidak hanya yang terdapat dalam undang-undang atau hukum tertulis saja, tetapi harus dilihat berlakunya asas-asas hukum yang tidak tertulis. Sifat melawan hukumnya perbuatan yang nyata-nyata masuk dalam rumusan delik itu dapat hapus berdasarkan ketentuan undang-undang dan juga berdasarkan aturan-aturan yang tidak tertulis. Jadi, menurut ajaran ini melawan hukum sama dengan bertentangan dengan hukum tidak tertulis termasuk tata susila

J. M. van Bemmelen mengemukakan dua pendapat mengenai, kapan suatu perbuatan dapat dikatakan melawan hukum, yaitu[169] :

1. Perbuatan adalah melawan hukum jika suatu tindakanperbuatan memenuhi syarat-syarat uraian delik. Pengertian ini semata-mata dianggap sebagai formal menurut bentuk. Pengertian ini dipakai antara lain oleh Simons, dengan mengatakan : "Untuk dapat dipidana, perbuataan yang dilakukan harus jatuh dalam uraian (menurut undang-undang), sesuai dengan isi delik menurut aturan pidana yang sah. Jika memang demikian, biasanya pemeriksaan lebih lanjut terhadap hal melawan hukum tidak pada tempatnya lagi". Tetapi undang-undang mengenal beberapa dasar pembenaran. Jadi tidak setiap perwujudan dari suatu uraian delik harus mengakibatkan suatu perbuatan pidana,

---

[167] Schaffmeister et. al., *op.cit,* hlm. 39-42

[168] Sudarto, *Hukum Pidana I,* Semarang, Yayasan Sudarto, 1990, hlm. 78

[169] J.M. van Bemmelen, *op.cit,* hal 101-104

apabila ada pembenarannya yang tercantum dalam Undang-Undang (misal Pasal 49, 54 KUHPidana). Ajaran yang dianut Simons ini mengandung arti, bahwa setiap perbuatan, yang semata-mata karena memenuhi syarat uraian delik, tanpa adanya pembenaran yang sah, "biasanya" melawan hukum.

2. Pendapat kedua menyamakan begitu saja hal " melawan hukum" dengan pelanggaran aturan pidana yang sah. Pengertian melawan hukum di sini dianggap meteriil, menurut isinya (Pengertian melawan hukum materiil). Tindakan yang bertentangan dengan undang-undang tanpa dasar pembenaran yang sah, dapat juga dibenarkan (Ares-dokter hewan). Jika oleh terdakwa dikemukakan alasan "tidak adanya hal melawan hukum materiil", setidak-tidaknya hakim harus memeriksa apakah pelaksanaan rumusan delik saja cukup sebagai alasan bagi hal melawan hukum.

Menurut Tresna R. perbedaan diantara dua pendapat yang berlawanan itu adalah:

> " penganut ajaran formil berpendapat bahwa unsur "melawan hukum" itu meskipun betul merupakan bagian atau syarat dari peristiwa pidana (Mr. R. Tresna menggunakan istilah "peristiwa pidana" untuk "tindak pidana"), akan tetapi tidaklah merupakan suatu unsur yang berdiri sendiri, kecuali jika memang dimuat dengan tegas di dalam pasal yang bersangkutan. Sebaliknya penganut ajaran materiil berpendapat bahwa unsur "melawan hukum" itu adalah unsur yang berdiri sendiri tidak peduli apakah unsur itu secara tegas disebut di dalam pasalnya atau tidak, mereka ini berpendirian bahwa, diluar ketegasan di dalam undang-undang, unsur "melawan hukum" itu tidak dapat dilepaskan sama sekali. Sebabnya adalah, perbuatan yang merupakan peristiwa pidana itu baru dapat dikenakan hukuman bila ternyata secara objektif perbuatan itu merupakan suatu hal yang tidak dapat dibenarkan, baik dilihat dari sudut kepentingan masyarakat maupun dilihat dari sudut kepentingan yang dilindungi oleh hukum (Penganut ajaran formil antara lain Simons, sedang penganut ajaran materiil antara lain Van Hamel, Vos dan Jonkers)"[170].

Perbedaan antara dua ajaran melawan hukum juga nampak dari pendirian masing-masing mengenai alasan untuk mengelakkan sanksi atas perbuatan terlarang[171]. Simons dengan paham formil berpendirian bahwa, suatu tindak pidana hanyalah dapat dianggap tidak melawan hukum dan oleh karenanya

---

[170] R. Tresna, *Asas-asas Hukum Pidana,* Januari 1959, Tanpa penerbit, lihat hlm 71-72

[171] *Ibid,* hlm. 72

pelaku dapat dilepaskan dari sanksi apabila di dalam undang-undang tersedia alasan yang dapat melepaskan pelaku dari sanksi tersebut.

Apabila tidak terdapat pengecualian di dalam undang-undang terhadap berlakunya sanksi atas perbuatan itu maka menurut Simons hakim tidak boleh tidak harus menghukum pelaku[172].

Van Hamel yang menganut faham materiil berpendirian, apabila hakim merasa ragu-ragu apakah tidak ada hal-hal yang dapat membuktikan bahwa perbuatan terdakwa sungguh tidak melawan hukum, maka hakim berkewajiban menyelidiki hal itu. Apabila setelah mengadakan penyelidikan tetap tidak mempunyai keyakinan bahwa perbuatan terdakwa melawan hukum, maka menurut van Hamel, hakim tidak boleh menjatuhkan hukuman[173].

Secara singkat Komariah Emong Sapardjaja mendefinisikan ajaran sifat melawan hukum yang formil dan ajaran sifat melawan hukum yang materiil adalah sebagai berikut[174] :

a. Ajaran sifat melawan hukum yang formil mengatakan bahwa apabila suatu perbuatan telah mencocoki semua unsur yang termuat dalam rumusan tindak pidana (delik), perbuatan tersebut adalah tindak pidana. Jika ada alasan-alasan pembenar, maka alasan-alasan tersebut harus juga disebutkan secara tegas dalam undang-undang.
b. Ajaran sifat melawan hukum yang materiil mengatakan bahwa disamping memenuhi syarat formil, yaitu mencocoki semua unsur yang tercantum dalam rumusan delik, perbuatan itu harus benar-benar dirasakan oleh masyarakat sebagai perbuatan yang tidak patut atau tercela. Karena itu ajaran ini mengakui alasan-alasan pembenar di luar undang-undang. Dengan perkataan lain, **alasan pembenar dapat berada pada hukum yang tidak tertulis.**

---

[172] *Ibid*
[173] *Ibid*
[174] Komariah Emong Sapardjaja, *op.cit,* hlm. 25

Dari uraian tersebut di atas dapat disimpulkan mengenai persoalan melawan hukumnya perbuatan, bahwa apabila perbuatan itu memenuhi rumusan delik, maka merupakan tandaindikasi bahwa perbuatan itu melawan hukum. Sifat melawan hukum itu dapat hapus/hilang apabila ada alasan pembenar. Bagi penganut ajaran sifat melawan hukum formil alasan pembenar itu harus diambil dari alasan pembenar yang telah dirumuskan dalam hukum tertulis, sedangkan bagi penganut ajaran melawan hukum materiil, alasan pembenar boleh diambil dari hukum yang tidak tertulis.

Sifat mengagungkan undang-undang terlihat pada ajaran sifat melawan hukum formil *(formele wederrechtelijk),* yang menyatakan bahwa suatu tindak pidana telah terjadi apabila telah terpenuhi unsur-unsur seperti yang termuat dalam rumusan delik (telah mencocoki rumusan delik) dan atau disertai akibat-akibat yang menyertai. Dengan kata lain pengertian melawan hukum sama dengan bertentangan dengan undang-undang dan tidak ada alasan yang dapat menghapus sifat melawan hukum tersebut kecuali apabila ditentukan pula oleh undang-undang.

Mengimbangi ajaran sifat melawan hukum formil tersebut, ajaran sifat melawan hukum materiil *(materiele wederechtelijkheid)* telah mengembangkan pendapat, bahwa meskipun suatu perbuatan telah cocok dengan perumusan delik, maka si pelaku tidak selalu dapat dihukum apabila memang benar ada suatu perkecualian berdasarkan alasan-alasan dari hukum tidak tertulis.

Dalam ilmu hukum maupun yurisprudensi di Indonesia, keberadaan adanya *materiele wederrechtelijkheid,* dalam hubungan dengan unsur sifat

melawan hukum, yang mempunyai makna formil maupun materiil. Tidak adanya unsur melawan hukum yang materiil diakui sebagai alasan penghapusan pidana[175].

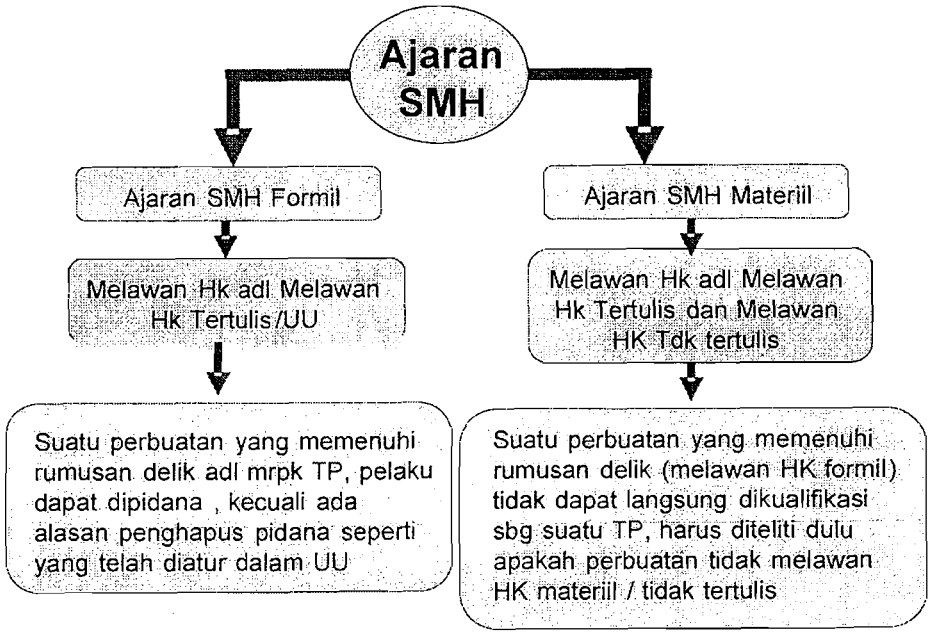
Barda Nawawi Arief memberikan penjelasan yang lebih rinci mengenai makna materiil dalam istilah sifat melawan hukum materiil", yang dari berbagai pendapat para ahli dapat diidentifikasikandikategorikan adanya dua pandangan sebagai berikut[176] :

1. Pandangan pertama, mengaitkan atau melihat makna materiil dari sifat/ hakikat perbuatan terlarang dalam undang-undang (perumusan delik tertentu). Jadi, yang dilihat/dinilai secara meteriil adalah "perbuatan"-nya (seperti yang dikemukakan Schaffmeister dkk tersebut diatas).
2. Pandangan kedua, mengaitkan atau melihat makna materiil dari sudut sumber hukum. Jadi, yang dilihat/dinilai secara materiil adalah "sumber hukum"-nya. Menurut pandangan kedua ini, makna atau pengertian sifat melawan hukum formal dan sifat melawan hukum materiil sebagai berikut :
   a. Sifat melawan hukum formil : identik dengan melawan/bertentangan dengan undang-undang atau kepentingan hukum (perbuatan maupun akibat) yang disebut dalam undang-undang (hukum tertulis atau sumber hukum formal). Jadi, "hukum" diartikan sama dengan undang-undang *(wet).* Oleh karena itu sifat melawan hukum formal identik dengan *"onwetmatige daad".*
   b. Sifat melawan hukum materiil : identik dengan melawan bertentangan dengan hukum tidak tertulis atau hukum yang hidup *(unwritten law/the living law),* bertentangan dengan asas-asas kepatutan atau nilai-nilai (dan norma) kehidupan social dalam masyarakat (termasuk tata susila dan hukum kebiasaan/adat). Jadi singkatnya hukum tidak dimaknai secara formal sebagai *wet,* tetapi dimaknai secara materiil sebagai *recht.* Oleh karena itu sifat melawan hukum materiil identik dengan *"onrechtmatige daad".*

---

[175] Nyoman Serikat Putra Jaya, *Tindak Pidana Korupsi, Kolusi dan Nepotismedi Indonesia,* Badan Penerbit Universitas Diponegoro, 2006, hlm. 70.

[176] Barda Nawawi Arief, *Pembaharuan Hukum Pidana-Dalam Perspektif Kajian Perbandingan,* Citra Aditya Bakti, Bandung, 2005, hlm. 26-28.



Dalam pandangan yang kedua, pengertian sifat melawan hukum materiil, biasanya dibedakan dalam fungsi yang negatif dan dalam fungsi yang positif[177].

Memang telah terjadi perbedaan pendapat mengenai hal ini. Perbedaan pendapat berkisar apakah melawan hukum materiil ini hanya dapat digunakan dalam fungsinya yang negatif atau justru penggunaan dalam fungsinya yang positif dapat digunakan secara terbatas, dalam artian apakah melawan hukum materiil digunakan sebagai alasan penghapus pidana di luar undang-undang, atau justru digunakan untuk mengkriminalisasi suatu perbuatan yang secara formal bukan suatu tindak pidana[178].

[177] *Ibid*
[178] Chairul Huda, *op.cit*, hlm.56

Mengenai penerapan doktrin sifat melawan hukum meteriil, para ahli membedakan dalam dua pandangan yaitu :

a. Dalam fungsinya yang "negatif" dan

b. Dalam fungsinya yang "positif"

a. Fungsi Negatif

Sebagian besar pendapat para ahli hukum pidana menghendaki agar penerapan ajaran sifat melawan hukum materiil ini hanya dalam kaitan dengan alasan penghapusan pidana di luar undang-undang dan bukan digunakan dalam rangka suatu tujuan pemidanaan, sehingga masih terbatas pada fungsi negatif, mengingat keberadaan Asas Legalitas sebagai salah satu ciri khas tetap dari negara hukum.

Penerapan ajaran sifat melawan hukum materiil dalam fungsi negatif hanya mempunyai arti dalam memperkecualikan perbuatan yang meskipun termasuk dalam rumusan undang-undang dan karenanya dianggap sebagai tindak pidana (suatu perbuatan yang dilarang oleh undang-undang), dapat dikecualikan oleh aturan hukum tidak tertulis sehingga tidak menjadi tindak pidana[179]. Dengan kata lain, suatu perbuatan dapat hilang sifat melawan hukumnya apabila secara materiil perbuatan itu tidak bertentangan dengan hukum [180], atau hanya mempunyai arti dalam memperkecualikan tindak yang meskipun masuk dalam perumusan undang-undang, tetapi tidak merupakan perbuatan pidana[181].

Ajaran sifat melawan hukum materiil dalam fungsinya yang negatif mengakui hal-hal yang ada di luar undang-undang dapat menghapus sifat

[179] Roeslan Saleh, *op.cit,* hlm. 18
[180] Komariah E. Sapardjaja , *op. cit.*, hlm. 26
[181] Moeljatno, *Asas-asas...*, hlm. 133

melawan hukum perbuatan yang memenuhi rumusan undang-undang. Hal-hal di luar undang-undang sebagai alasan penghapus sifat melawan hukum atau sebagai alasan pembenar dimungkinkan[182], atau hanya terbatas atau dikaitkan dengan persoalan mengenai alasan penghapusan pidana di luar perundang-undangan (tertulis) saja, bukan dipergunakan dalam rangka suatu tujuan pemidanaan[183].

Sumber hukum materiil dapat digunakan sebagai alasan untuk meniadakan/menghapuskan (menegatifkan) sifat melawan hukumnya perbuatan, sehingga tidak adanya sifat melawan hukum materiil dapat digunakan sebagai alasan pembenar[184].

Menurut Wirjono Projodikoro, oleh karena yang dihilangkan itu sifat melanggar hukum atau *wederrechtelijkheid,* perbuatan pelaku menjadi diperbolehkan atau *rechtmatig,* maka alasan menghilangkan sifat tindak pidana *(strafuitsluitings-grond)* juga dikatakan "alasan pembenar" dengan menghalalkan perbuatan yang pada umumnya merupakan tindak pidana *(rechtvaardigings grond)*[185].

Namun menurut Roeslan Saleh, jika sifat melawan hukum menurut hukum pidana harus dipandang dalam arti yang materiil yuridis, maka pertanyaan apakah suatu kelakuan memenuhi rumusan delik dari aturan perundang-undangan pidana *(tatbestandsmassigkeit)*, hanya dapat dijawab dengan menggunakan ukuran tentang tidak hukumnya suatu kelakuan dilihat secara materiil yuridis. Lebih jauh hal ini berarti bahwa pertanyaan tentang sifat melawan hukum materiil tidak dapat

---

[182] Nyoman Serikat Putra Jaya, *Relevansi Hukum Pidana Adat dalam pembaharuan Hukum Pidana Nasional,* Bandung, Citra Aditya Bakti, 2005, hlm 49

[183] Indriyanto Seno Adji, *op.cit,* hlm. 24

[184] Barda Nawawi Arief, *op.cit,* hlm. 28

[185] Wirjono Prodjodikoro, *Asas-Asas ... op.cit,* hlm.82

dipecahkan dalam kerangka alasan pembenar[186]. Pembedaan antara gugurnya sifat melawan hukum materiil dan alasan-alasan pembenar dalam hukum pidana ada dalam hal :

a. gugurnya sifat melawan hukum materiil dari kelakuan, secara khusus ketentuan delik dalam perundang-undangan itu tidaklah ditulis untuk kelakuan tersebut, walaupun pada umumnya kelakuan demikian adalah bersifat melawan hukum.
b. adanya alasan pembenar, secara umum ketentuan delik dalam perundang-undangan itu tidaklah ditulis untuk kelakuan demikian, walaupun pada umumnya kelakuan demikian itu bersifat melawan hukum.

Melawan hukum secara materiil harus digunakan secara negatif dikatakan pula oleh Loebby Loqman[187] :

> "Melawan hukum secara materiil haruslah dipergunakan secara negatif, ini berarti bahwa apabila terdapat suatu perbuatan nyata-nyata merupakan hal yang melawan hukum secara formil, sedangkan di dalam masyarakat perbuatan tersebut tidak tercela, jadi secara materiil tidak melawan hukum, perbuatan tersebut seyogyanya tidak dijatuhi pidana".

Pandangan tersebut diakui pula oleh Hasewinkel Suringa dan Jan Remmelink yang telah mengadakan "pemisahan" antara "alasan pembenar" dan "alasan pemaaf" dengan mengkaitkannya dengan suatu asas baru tiada hukuman tanpa adanya melawan hukum secara materiil[188]".

RUU-KUHP 2008 menganut ajaran melawan hukum materiil dalam fungsinya yang negatif, hal itu terlihat dari Pasal 11 yang dihubungkan dengan Pasal 35, dimana pasal 35 menyatakan : "Termasuk alasan pembenar ialah tidak adanya sifat melawan hukum sebagaimana dimaksud dalam Pasal 11 ayat (2)".

---

[186] Roeslan Saleh, *Sifat Melawan Hukum* ..., hlm. 31

[187] Loebby Loqman, *Beberapa Ikhwal di dalam Undang-Undang No. 3 Tahun 1971 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi,* Datacom, 1991, hlm. 31

[188] Indriyanto Seno Adji, *op.cit,* hlm. 4

RUU-KUHP 2008 Pasal 11 ayat (2) : untuk dinyatakan sebagai tindak pidana, selain perbuatan tersebut dilarang dan diancam pidana oleh peraturan perundang-undangan, harus juga bersifat melawan hukum atau bertentangan dengan hukum yang hidup dalam masyarakat, ayat (3): setiap tindak pidana selalu dipandang bersifat melawan hukum, kecuali ada alasan pembenar.

Alasan pembenar yang disebutkan secara tegas dalam undang-undang ada dalam KUHPidana diatur pada Pasal-pasal 48, 49, 50 dan 51 yaitu "keadaan memaksa" (*overmacht*), "pembelaan terpaksa" (*noodweer*), "melaksanakan ketentuan dalam undang-undang " (*wettelijk voor schift*), dan "perintah jabatan" (*ambtelijkebevel*).

Namun Pasal 35 RUU-KUHP 2008 mengatakan bahwa termasuk alasan pembenar ialah tidak adanya sifat melawan hukum dimaksud dalam pasal 11 ayat (2), sehingga dapat disimpulkan bahwa yang dimaksud "melawan hukum" adalah bertentangan dengan hukum yang hidup dalam masyarakat (melawan hukum materiil), sehingga pasal 35 tersebut mengatakan" tidak adanya sifat melawan hukum materiil" termasuk alasan pembenar .

Demikian pula menurut M.A Belanda bahwa "hilangnya sifat melawan hukum materiil" termasuk alasan pembenar tidak tertulis selain *medische exeptie, beroeprecht, tuchtrecht, toestemming,*

b. Fungsi Positif

Penerapan ajaran sifat melawan hukum materiil dalam fungsi positif yaitu walaupun tidak dilarang undang-undang tetapi oleh masyarakat perbuatan itu

dipandang tercela dan dengan itu perlu menjadikannya perbuatan pidana[189]. Jadi meskipun perbuatan tersebut tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan secara formil yaitu dalam pengertian yang *onwetmatig,* namun apabila menurut ukuran yang dianut dalam masyarakat, yaitu norma sosial memandang sesuatu perbuatan sebagai perbuatan tercela, dimana perbuatan tersebut dipandang telah melanggar kepatutan, kehati-hatian, dan keharusan yang dianut dalam hubungan orang perorang dalam masyarakat maka dipandang bahwa perbuatan tersebut telah memenuhi unsur melawan hukum *(wederrchtelijk)*, dalam arti perbuatan tersebut tidak dilarang oleh undang-undang, tetapi oleh masyarakat perbuatan itu dianggap keliru[190]. Suatu perbuatan tetap dianggap sebagai delik (tindak pidana) meskipun tidak secara tegas dan nyata diancam dengan pidana dalam undang-undang, apabila bertentangan dengan hukum atau aturan lain yang ada di luar undang-undang. Di sini diakui hukum yang tidak tertulis sebagai sumber hukum yang positif[191] . Dengan demikian ruang lingkup hukum pidana diperluas dengan rujukan pada unsur melawan hukum materiil, sehingga lebih banyak tindakan yang tidak disebutkan di dalam undang-undang dapat dinyatakan sebagai tindak pidana [192].

Menurut ajaran sifat melawan hukum materiil dalam fungsi yang positif, sumber hukum materiil (hal-hal/criteria/norma di luar undang-undang) dapat digunakan untuk menyatakan bahwa suatu perbuatan tetap dianggap sebagai tindak pidana (perbuatan melawan hukum) walaupun menurut undang-undang

[189] Roeslan Saleh, *op.cit,* hlm. 18
[190] Moeljatno, *loc.cit*
[191] Nyoman Serikat Putra Jaya, *Relevansi ..., loc.cit.*
[192] Jan Remmelink, *op.cit,* hlm. 263

tidak merupakan tindak pidana[193]. Sumber hukum materiil digunakan untuk mengkriminalisasi suatu perbuatan yang secara formal sebenarnya bukan merupakan suatu tindak pidana.

Masih ada perbedaan pendapat di antara para ahli mengenai sifat melawan hukum materiil dalam fungsi yang positif ini. Sebagian para ahli berpendapat bahwa , ajaran perbuatan melawan hukum materiil tidak dapat digunakan dalam fungsi yang positif, artinya apabila perbuatan dari pelaku ternyata tidak memenuhi rumusan delik atau tidak ada pelanggaran terhadap peraturan tertulisnya atau apabila perbuatan tersebut tidak diatur dalam undang-undang, sehingga "formil" perbuatan tersebut tidak *wederrechtelijk,* meskipun perbuatan tersebut adalah melawan hukum yang dipandang tercela, maka terhadap pelaku tidak dapat dikenakan atau dijatuhkan pidana mengingat berlakunya asas legalitas[194]. Penggunaan dalam fungsi positif tidak mungkin dilakukan menurut sistem hukum Indonesia mengingat Pasal 1 ayat (1) KUHPidana[195].

Menurut Barda Nawawi Arief, dengan adanya perumusan asas legalitas yang formal di dalam Pasal 1 KUHPidana, hukum tidak tertulis yang hidup di dalam masyarakat, sama sekali tidak mempunyai tempat sebagai sumber hukum yang positif, seolah-olah hukum pidana tidak tertulis yang hidup atau pernah ada di masyarakat, sering ditidurkan atau dimatikan[196].

---

[193] Barda Nawawi Arief, *op.cit,* hlm. 28

[194] Indriyanto Seno Adji, *loc.cit*

[195] Roeslan Saleh, *op.cit,*hlm. 19

[196] Barda Nawawi Arief, "Beberapa Aspek Pengembangan Ilmu Hukum Pidana (Menyongsong Generasi Baru Hukum Pidana Indonesia)", Pidato *Pengukuhan Guru Besar,* (Semarang, Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, 1994), hlm. 25

Padahal Pasal 1 ayat (2) Ketetapan MPR – RI No. III/MPR/2000 tentang Sumber Hukum dan Tata Urutan Peraturan Perundang-ndangan menentukan bahwa sumber hukum terdiri atas sumber hukum tertulis dan tidak tertulis. Salah satu kesimpulan Seminar Hukum Nasional III tahun 1974 juga menyatakan bahwa Pembinaan Hukum Nasional harus memperhatikan hukum adat yang merupakan hukum yang hidup dalam masyarakat (*the living law*).

Demikian pula Seminar Hukum Nasional IV tahun 1979 menghendaki bahwa sistem hukum nasional harus sesuai dengan kebutuhan dan kesadaran hukum rakyat. Hasil seminar Hukum Nasional VI tahun 1994 mengatakan hukum tertulis dan hukum tidak tertulis hendaknya bersifat komplementer dan pembentukan hukum tidak tertulis lebih luwes dari pada pembentukan hukum tertulis, karena bisa mengatasi kesenjangan antara efektifitas dan keabsahan hukum, dan sehingga dengan demikian, pengembangan hukum nasional bersumber dan digali dari nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat supaya hukum nasional mencerminkan nilai sosial, budaya dan struktural masyarakat Indonesia[197].

Menurut Indriyanto Seno Adji, rancangan KUHPidana Nasional (19911992) sebenarnya telah membuka kemungkinan suatu pergeseran terhadap penerapan ajaran perbuatan melawan hukum materiil dalam fungsi positif yaitu ketika pada Pasal 18 dinyatakan :

> "Keadilan dan kepastian sebagai tujuan hukum mungkin saling mendesak dalam penerapan pada kejadian-kejadian nyata. Dengan mendasari hal tersebut, maka dalam mempertimbangkan hukum yang akan

[197] Lihat Nyoman Serikat Putra Jaya, *Relevansi...., op.cit,* hlm. 5-7

diterapkannya, hakim sejauh mungkin menggunakan keadilan di atas kepastian hukum".

Dua tujuan hukum keadilan dan kepastian hukum dalam praktik seringkali tidak sejalan dan sulit dihindarkan. Ketidaksempurnaan peraturan hukum dalam praktik dapat diatasi dengan jalan memberikan kewenangaan penafsiran atas peraturan hukum kepada hakim dalam penerapan peraturan hukum pada kejadian konkret, dengan demikian dapat dilunakkan atau ditiadakan kekurangan yang melekat pada peraturan hukum itu, demikian penjelasan pasal tersebut[198].

Pasal 18 RUU-KUHP(1991/1992) tersebut dalam RUU-KUHP 2008 tercantum dalam Pasal 12 bahwa dalam mempertimbangkan hukum yang akan diterapkan, hakim sejauh mungkin mengutamakan keadilan di atas kepastian hukum, dengan bunyi penjelasan yang kurang lebih sama.

RUU-KUHP 2008 juga membuka kemungkinan penerapan ajaran perbuatan melawan hukum materiil dalam fungsi positif, yang bertuang dalam Pasal 1 ayat (3) sebagai berikut[199] :

a. Tidak seorangpun dapat dipidana atau dikenakan tindakan, kecuali perbuatan yang dilakukan telah ditetapkan sebagai tindak pidana dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku pada saat perbuatan itu dilakukan.
b. Dalam menetapkan adanya tindak pidana dilarang menggunakan analogi
c. Ketentuan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) tidak mengurangi berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat yang menentukan bahwa seseorang patut dipidana walaupun perbuatan tersebut tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan.
d. Berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat sebagaimana dimaksud dalam ayat (3) sepanjang sesuai dengan nilai-nilai Pancasila dan atau prinsip-prinsip hukum umum yang diakui oleh masyarakat bangsa-bangsa.

[198] Indriyanto Seno Adji, *op.cit,* hlm. 31
[199] Rancangan Undang-Undang tentang KUHP

Namun demikian fungsi positif hanya terbatas pada hukum pidana adat tertentu dan berlaku di daerah tertentu dimana hukum adat tersebut masih hidup di masyarakat, disimpulkan dari penjelasan umum buku ke satu poin 3 antara lain :

> " . . . Dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana baru ini diakui pula adanya tindak pidana atas dasar hukum yang hidup dalam masyarakat atau sebelumnya dikenal sebagai tindak pidana adat untuk lebih memenuhi rasa keadilan yang hidup di dalam masyarakat. Adalah suatu kenyataan bahwa di beberapa daerah di tanah air, masih terdapat ketentuan-ketentuan hukum yang tidak tertulis, yang hidup dan diakui sebagai hukum di daerah yang menentukan bahwa pelanggaran atas hukum itu patut dipidana. Dalam hal ini hakim dapat menetapkan sanksi berupa "Pemenuhan Kewajiban Adat" setempat yang harus dilaksanakan oleh pembuat tindak pidana . . . dst . . .

Serta dari penjelasan Pasal 1 ayat (3):

> "Adalah suatu kenyataan bahwa dalam beberapa daerah tertentu di Indonesia masih terdapat ketentuan hukum yang tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat dan berlaku sebagai hukum di daerah tersebut. Hal yang demikian terdapat juga dalam lapangan hukum pidana yaitu yang biasanya disebut dengan tindak pidana adat. Untuk memberikan dasar hukum yang mantap mengenai berlakunya hukum adat, maka hal tersebut mendapat pengaturan secara tegas dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana ini. Ketentuan pada ayat ini merupakan pengecualian dari asas bahwa ketentuan pidana diatur dalam perundang-undangan. Diakuinya tindak pidana adat tersebut untuk lebih memenuhi rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat tertentu".

dan hal itu menurut pendapat penulis agak konrtadiksi dengan ayat (4) yang selain berorentasi pada nilai nasional tapi juga nilai internasional.

Namun demikian sampai sekarang RUU-KUHPidana ternyata belum berlaku, tetapi yang berlaku masih KUHPidana lama warisan Belanda yang dalam Pasal 1 masih tercantum asas legalitas. Menurut Nyoman Serikat Putra Jaya, suatu negara yang mengakui asas, *nullum delictum nulla poena sine praevia*

lege poenali dalam arti sebenarnya, tidak mungkin menganut ajaran sifat melawan hukum materiil dalam fungsi yang positif[200].

Pasal 1 RUU-KUHP 2008 sejatinya juga mengandung asas legalitas, dalam ayat (1) dan ayat (2) larangan penggunaan penafsiran analogi dalam menetapkan adanya tindak pidana merupakan konsekuensi dari penggunaan asas legalitas. Namun demikian di ayat (3) ditentukan ada pengecualian terhadap asas legalitas, yaitu untuk dapat diberlakukannya tindak pidana adat yang masih hidup dalam masyarakat tertentu walaupun tindak pidana adat tersebut tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan (tertulis).

Pencantuman asas legalitas dalam KUHPidana yang saat ini masih berlaku, bertolak dari nilai dasar kepastian hukum. Kemudian dalam perkembangan jaman, perubahan situasi dan kondisi, menghadapi berbagai tantangan sehingga mengalami berbagai bentuk penghalusan atau perluasan. Tantangan yang utama adalah mengenai ide keadilan, yang dalam praktek dua tujuan hukum ini seringkali tidak sejalan dan sering menimbulkan pertentangan pendapat, manakah yang harus didahulukan, kepastian hukum atau keadilan.

Di lain pihak untuk menerapkan ajaran melawan hukum materiil dalam fungsi yang positif ini tidak mudah. Seperti telah dikemukakan, penerapan ajaran melawan hukum materiil dalam fungsi yang positif ini bahwa walaupun tidak dilarang di dalam suatu peraturan perundang-undangan pidana, suatu perbuatan dapat ditetapkan sebagai tindak pidana dan kepada pelaku dapat dijatuhi sanksi pidana, apabila perbuatan tersebut dipandang tercela/keliru oleh masyarakat. Yang

[200] Nyoman Serikat Putra Jaya, *Relevansi ... op.cit,* hlm. *50*

menjadi masalah adalah ukurankriteria apa yang dapat dipakai untuk menyatakan bahwa suatu perbuatan merupakan perbuatan yang tercela keliru menurut masyarakat. Perbuatan yang bagaimana. Masyarakat yang mana.

Konsep melawan hukum materiil yang merujuk pada hukum tidak tertulis yaitu tercela/keliru dalam ukuran kepatutan, kehati-hatian dan kecermatan yang hidup dalam masyarakat, sebagai suatu norma keadilan, merupakan ukuran yang tidak pasti dan berbeda-beda dari satu lingkungan masyarakat tertentu ke lingkungan masyarakat yang lain.

Penerapan hukum yang diambil dari norma hukum tidak tertulis, dalam kehidupan hukum di Indonesia yang tidak saja mengenal pengertian hukum tertulis, tetapi mengakui pula norma hukum tidak tertulis yang masih hidup dalam masyarakat (adat), maka keberadaan hukum adat masih memegang peranan penting.

Dengan masih diakuinya keberadaan dan berlakunya hukum adat, penerapan melawan hukum materiil dalam fungsi yang positif mendapatkan jalan keluar dengan Undang-Undang Darurat No. 1/Drt/1951 tentang Tindakan-tindakan Sementara untuk Menyelenggarakan Kesatuan Susunan, Kekuasaan Pengadilan–Pengadilan Sipil.

Pasal 5 ayat (3) sub b. Undang-Undang Darurat No. 1/Drt/1951 menyatakan:

> ". . .bahwa suatu perbuataan yang menurut hukum yang hidup harus dianggap perbuatan pidana, akan tetapi tiada bandingnya dalam KUHPidana sipil, maka dianggap diancam dengan hukuman yang tidak lebih dari 3 (tiga) bulan penjara danatau denda lima ratus rupiah, yaitu sebagai hukuman pengganti bilamana hukuman adat yang dijatuhkan

tidak diikuti oleh terhukum dan penggantian yang dimaksud dianggap sepadan oleh hakim dengan besar kesalahan terhukum . . ."

Undang-Undang Darurat No. 1/Dr/1951 telah dinyatakan dicabut dalam Undang-Undang No. 8 Tahun 1981 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHAP). Namun demikian menurut Indriyanto Seno Adji, pencabutan tersebut hanya sepanjang mengenai ketentuan proseduralnya saja, tidak substansinya, sehingga dengan eksistensi hukum adat Indonesia, termasuk tindak pidana adat (delik adat), suatu perbuatan yang dipandang tercela (melawan hukum materiil) menurut masyarakat adat setempat, meskipun perbuatan pelaku adalah formil tidak *wederrechtelijk,* tidaklah dengan begitu saja pelaku dapat dikatakan tidak dapat dipidana[201].

Dari Pasal 5 ayat (3) sub b. Undang-Undang Darurat No. 1/Drt/1951, Indriyanto Seno Adji mencatat 3 hal pokok yang menjadi substansi yaitu[202] :

a. Terhadap suatu perbuatan yang dianggap sebagai tindak pidana adat, namun "tidak ada" ekuivalensinya dengan perbuatan yang diatur dalam KUHPidana, maka hakim dapat menjatuhkan hukuman dengan maksimum penjara 3 (tiga) bulan dan/atau denda Rp. 500,00.
b. Apabila perbuatan itu (yang tidak ada ekuivalensinya dengan perbuatan yang diatur dalam KUHPidana) mempunyai sanski adat yang justru lebih tinggi dari pada yang ditentukan (lebih tinggi dari sekedar hukuman 3 bulan penjara dan/atau denda Rp. 500,00), maka hakim (Pengadilan) dapat menjatuhkan pelaku pidana adat dengan ancaman maksimum 10 (sepuluh) tahun penjara.
c. Terhadap suatu perbuatan yang dianggap sebagai tindak pidana adat namun "ada" ekuivalensinya dengan perbuatan yang diatur dalam KUHPidana, maka pelaku tindak pidana adat dapat dikenakan hukuman yang mirip pengaturannya dalam KUHPidana.

Dalam undang-undang darurat tersebut jelas terlihat pengecualian terhadap penerapan asas legalitas sebagai pengakuan pada legislative mengingat eksistensi

[201] Indriyanto Seno Adji, *op.cit,* hlm. 11
[202] *Ibid,* hlm. 12-13

hukum adat yang berlaku dan bertujuan untuk memenuhi rasa keadilan masyarakat (adat). Dengan demikian juga memberlakukan sifat melawan hukum materiil dalam fungsi positif dalam hukum pidana di Indonesia, walaupun dalam lingkup tindak pidana adat yang bersifat restriktif.

Apabila RUU-KUHP 2008 diberlakukan, maka ketentuan mengenai tindak pidana adat sudah mendapatkan jalan keluar dengan adanya Pasal 1 ayat (3) tersebut di atas, yang menentukan bahwa ketentuan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) tidak mengurangi berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat yang menentukan bahwa seseorang patut dipidana walaupun perbuatan tersebut tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan.

Sehubungan dengan tindak pidana adat yang disebutkan dalam RUU-KUHPidana tersebut, Muladi berpendapat :

> "Disamping dapat menjadi sumber hukum yang bersifat positif, nilai-nilai yang bersumber pada hukum adat dan hukum yang hidup dalam masyarakat dapat berfungsi sebagai sumber hukum yang bersifat negatif, dalam arti bahwa nilai-nilai tersebut dapat dijadikan alasan pembenar *(rechtsvaardigingsgrond)* yang menghapuskan sifat melawan hukumnya perbuatan, atau dapat berfungsi sebagi alasan-alasan yang memperingan pemidanaan *(minimasing circumstance)*, dan sebaliknya mungkin justru menjadi alasan yang memberatkan pemidanaan *(aggravating circumstance)*. Didalam kondisi yang sangat pluralistik dan sebagian penduduk masih hidup di daerah pedesaan, kiranya sangat bijaksana untuk menerapkan ajaran sifat melawan hukum materiil dan menempatkan asas-asas keadilan yang bersifat umum sebagai pasangan dari kepastian hukum"[203].

Penerapan ajaran melawan hukum materiil dalam fungsi positif juga diakui dalam Undang-Undang No. 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang No. 20 Tahun

[203] Muladi, "Proyeksi Hukum Pidana Materiil Indonesia di Masa Datang", Pidato *Pengukuhan Guru Besar* dalam mata pelajaran Ilmu Hukum Pidana pada Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, Semarang, 24 Februari 1990. hlm.17

2001 tentang Perubahan Atas Undang-Undang No. 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (selanjutnya disebut UU PTPK).

Penjelasan Pasal 2 ayat (1) UU PTPK tersebut:

> "Yang dimaksud dengan "secara melawan hukum" dalam pasal ini mencakup perbuatan melawan hukum dalam arti formil maupun dalam arti materiil, yakni meskipun perbuatan tersebut tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan, namun apabila perbuatan tersebut dianggap tercela karena tidak sesuai dengan rasa keadilan atau norma-norma kehidupan social dalam masyarakat, maka perbuatan tersebut dapat dipidana.

Dari penjelasan tersebut dapat disimpulkan bahwa UU PTPK mengakuimenerapkan ajaran sifat melawan hukum materiil dalam fungsi positif, namun demikian terhadap UU PTPK tersebut telah diajukan Permohonan Pengujian kepada Mahkamah Konstitusi.

Mahkamah Konstitusi telah memberikan putusan No. 003/PUU-IV/2006 tanggal 25 Juli 2006, yang pada pokoknya mengatakan bahwa[204] :

a. Penjelasan Pasal 2 ayat (1) UU PTPK, sepanjang frasa yang berbunyi, "Yang dimaksud dengan secara melawan hukum dalam pasal ini mencakup perbuatan melawan hukum dalam arti formil maupun dalam arti materiil yakni meskipun perbuatan tersebut tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan, namun apabila perbuatan tersebut dianggap tercela karena tidak sesuai dengan rasa keadilan atau norma-norma kehidupan sosial dalam masyarakat, maka perbuatan tersebut dapat dipidana", bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.
b. Menyatakan Penjelasan Pasal 2 ayat (1) UU PTPK tersebut tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.

Mahkamah Konstitusi untuk sampai pada putusan tersebut, dengan pertimbangan-pertimbangan yang pada pokoknya dapat disimpulkan sebagai berikut[205] :

---

[204] *Ibid.*

[205] Periksa Putusan Mahkamah Konstitusi tanggal 25 Juli 2006, No. 003PUU-IV2006

a. Sifat melawan hukum materiil bertentangan dengan Pasal 28 D ayat (1) UUD 1945 yang dalam bidang hukum pidana diterjemahkan sebagai asas legalitas yang dimuat dalam Pasal 1 ayat (1) KUHPidana, dimana asas tersebut merupakan suatu tuntutan akan kepastian hukum.
b. Penjelasan Pasal 2 ayat (1) tersebut sesungguhnya bukan hanya menjelaskan tentang unsur melawan hukum, melainkan telah melahirkan norma baru, yang memuat digunakannya ukuran-ukuran yang tidak tertulis dalam undang-undang secara formal untuk menentukan perbuatan yang dapat dipidana. Penjelasan yang demikian telah menyebabkan kriteria perbuatan melawan hukum (Pasal 1365 KUHPerdata) yang dikenal dalam hukum perdata yang dikembangkan sebagai yurisprudensi mengenai perbuatan melawan hukum (*onrechtmatigedaad)*, seolah-olah telah diterima menjadi satu ukuran melawan hukum dalam hukum pidana *(wedderechtelijkheid)* (Penjelasan yang melahirkan norma baru dilarang dalam Undang-Undang No. 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan).
c. Konsep melawan hukum materiil (*materiele wederrechtelijk),* yang merujuk pada hukum tidak tertulis dalam ukuran kepatutan, kehati-hatian dan kecermatan yang hidup dalam masyarakat, sebagai suatu norma keadilan adalah merupakan ukuran yang tidak pasti, dan berbeda-beda dari satu lingkungan masyarakat tertentu ke lingkungan masyarakat lainnya, sehingga apa yang melawan hukum di suatu tempat, mungkin di tempat lain diterima dan diakui sebagai suatu yang sah dan tidak melawan hukum, menurut ukuran yang dikenal dalam kehidupan masyarakat setempat.

Dari pertimbangan Mahkamah Konstitusi tersebut dapat disimpulkan bahwa jika dihubungkan dengan ajaran tentang sifat melawan hukum dalam fungsi negatif dan fungsi positif, maka yang dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat adalah hanya melawan hukum materiil dalam fungsi positif.

Pertimbangan Mahkamah Konstitusi tersebut terlihat sangat mengedepankan kepastian hukum sebagai tujuan utama dari hukum. (Seperti telah dikemukakan bahwa sering terjadi pertentangan pendapat manakah yang didahulukan antara kepastian hukum dan keadilan).

Dari pertimbangan Mahkamah Konstitusi tersebut juga terlihat bahwa Mahkamah Konstitusi tidak menghendaki kriteria perbuatan melawan hukum dalam hukum perdata *(onrechtmatigedaad)* diterima menjadi satu ukuran melawan hukum dalam hukum pidana *(wederrechtelijkheid),* dengan kata lain Mahkamah Konstitusi menghendaki garis pemisah antara kriteria perbuatan melawan hukum *(onrechtmatigedaad)* dalam hukum perdata dengan melawan hukum *(wederrechtelijkke)* dalam hukum pidana, pengertian *onrechtmatigedaad* lebih luas, karena dalam *wederrechtelijkheid,* kepatutan dan keadilan bukanlah suatu ukuran.

Mengenai kepatutan, Komariah Emong Sapardjaja berpendapat lain, yaitu bahwa pada awalnya masalah kepatutan tidak boleh diterapkan dalam hukum pidana, namun ketika hukum perdata memasukkan "perbuatan tidak patut' sebagai unsur melawan hukum, pakar hukum pidana Belanda mengatakan bahwa melawan hukum dalam bidang pidana tidak berbeda lagi dengan bidang hukum perdata seperti termuat dalam Pasal 1365 KUHPerdata. Berarti perbuatan tidak patut itu juga diadopsi di bidang hukum pidana[206].

Dengan adanya putusan Mahkamah Konstitussi No. 003/PUU-IV/2006 tanggal 26 Juli 2006 tersebut, walaupun putusan tersebut dikeluarkan dalam rangka UU PTPK, tetapi dapat dipedomani tidak hanya untuk perkara-perkara korupsi saja, bahwa penerapan sifat melawan hukum materiil dalam fungssi positif adalah bertentangan dengan UUD 1945.

---

[206] Komariah Emong Sapardjaja, *Hukumonline.com,* tgl. 27 Juli 2006

Penerapan sifat melawan hukum dalam fungsi positif ini bagi para hakim menimbulkan dilema, karena :

a. Apabila para hakim tidak menerapkan putusan Mahkamah Konstitusi tersebut, maka para hakim telah melakukan perbuatan yang bertentangan dengan Konstitusi (UUD 1945).
b. Apabila para hakim mengikuti putusan Mahkamah Konstitusi tersebut, dapat dikatakan bahwa hakim telah mengesampingkan keadilan dan kemanfaatan.
c. Sesuai Pasal 5 UU No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, Hakim wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.

Namun demikian walaupun dapat dikatakan penerapan melawan hukum meteriil menjadi mati suri oleh putusan mahkamah konstitusi, akan tetapi ternyata dari praktik peradilan khususnya tindak pidana korupsi dalam beberapa putusan Mahkamah Agung RI pasca putusan mahkamah konstitusi, masih tetap menerapkan melawan hukum materiil sebagaimana norma yang diatur dalam penjelasan Pasal 2 ayat (1) UU PTPK .

Dalam menghadapi dilema tersebut, penulis berpendapat bahwa hendaknya para hakim tetap wajib melakukan penemuan hukum dengan memperhatikan ketentuan Pasal 5 UU no 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, yaitu hakim wajib menggali mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat dalam mencari makna melawan hukum. Oleh karena itu, harus tetap menggunakan hati nurani dan tetap

mengedepankan rasa keadilan dari pada kepastian hukum, dan kemudian perlu juga dipertimbangkan mengenai manfaat dari putusan yang akan dijatuhkan.

Akibat dari putusan Mahkamah Konstitusi tersebut, pintu masuk penerapan sifat melawan hukum materiil dalam fungsi positif, seolah-olah telah tertutup, akan tetapi masih terdapat sedikit celah yaitu menunggu diberlakukannya RUU-KUHP.

Menurut Lilik Mulyadi[207], apabila dikaji dari perspektif teoretis dan normatif ada beberapa implikasi tentang dimensi perbuatan melawan hukum materiil Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 003/PUU-IV/2006 tanggal 25 Juli 2006 khususnya terhadap eksistensi ketentuan Pasal 2 ayat (1) UU Nomor 31 Tahun 1999 jo UU Nomor 20 Tahun 2001, yaitu:

a. Pasca putusan Mahkamah Konstitusi yang menentukan penjelasan Pasal 2 ayat (1) UU Nomor 31 Tahun 1999 jo UU Nomor 20 Tahun 2001 mengakibatkan perbuatan melawan hukum materiil tidak diatur dan mempunyai landasan pijakan sebagai payung hukumnya. Konsekuensi dan implikasi demikian akan mengakibatkan secara normatif pengertian ketentuan Pasal 2 ayat (1) UU Nomor 31 Tahun 1999 jo UU Nomor 20 Tahun 2001 menjadi tidak jelas secara normatif dan implementasinya. Tegasnya, di satu sisi perbuatan melawan hukum materiil dalam perkara tindak pidana korupsi ada dalam kenyataan di masyarakat, akan tetapi disisi lain secara normatif tidak diatur dalam perundang-undangan oleh karena payung hukum perbuatan melawan hukum materiil sebagaimana penjelasan ketentuan Pasal 2 ayat (1) UU Nomor 31 Tahun 1999 jo UU Nomor 20 Tahun 2001 oleh putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 003/PUU-IV/2006 tanggal 25 Juli 2006 sudah "diamputasi" karena dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.
b. Dalam yurisprudensi tetap (*vaste jurisprudentie)* yang dianut sejak lama dalam praktik peradilan ternyata Mahkamah Agung RI telah menerapkan adanya perbuatan melawan hukum material baik dalam fungsi negatif (Putusan Mahkamah Agung RI Nomor: 42/K/Kr/1965 tanggal 8 Januari 1966, Putusan Mahkamah Agung Nomor: 71/K/1970 tanggal 27 Mei 1972, Putusan Mahkamah Agung Nomor: 81/K/Kr/1973 tanggal 31 Mei 1977)

[207] Lilik Mulyadi, *Dimensi dan Implementasi Perbuatan Melawan Hukum Materiil dalam Tindak Pidana Korupsi pada Putusan Mahkamah Agung Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi,* Makalah Internet, hlm. 9.

maupun fungsi positif (Putusan Mahkamah Agung Nomor: 275/K/Pid1983 tanggal 29 Desember 1983, Putusan Mahkamah Agung Nomor: 2477/ K/pid/1988 tanggal 23 Juli 1993, Putusan Mahkamah Agung Nomor: 1571/ K/Pid/1993 tanggal 18 Januari 1995). Konsekuensi logis dimensi demikian membawa suatu polarisasi pemikiran bahwa Mahkamah Agung ingin menjatuhkan hukuman sesuai nuansa dan paradigma asas keadilan yang walaupun diatur dalam UU akan tetapi karena praktik di masyarakat dianggap sebagai sebuah perbuatan tercela, maka aspek demikian tidak dapat dibiarkan dan pelakunya harus dijatuhi hukuman sesuai norma yang hidup dalam masyarakat (*living law)*dengan tetap mempergunakan parameter keadilan.

c. Dikaji dari perspektif kebijakan pidana maka hakim selaku pemegang kebijakan aplikatif harus menerapkan peraturan perundang-undangan. Oleh karena dimensi demikian maka hakim tidaklah harus menjadi penyambung lidah atau corong UU (*bousche de la loi mouth of the laws)* akan tetapi hakim harus dapat menerapkan, sebagai filter dan mengimplementasikan peraturan tersebut yang masih bersifat abstrak terhadap kasus konkrit. Konsekuensi logis dimensi demikian hakim dihadapkan kepadan pilihan keadilan, kepastian dan kemanfaatan. Di satu sisi perbuatan korupsi secara formal (perbuatan melawan hukum secara formal) tidak ada, akan tetapi di sisi lainnya secara materiil (perbuatan melawan hukum materiil) ada maka hakim sebagai kebijakan aplikasi harus menggali, memahami dan menghayati normas-norma hukum yang hidup dalam masyarakat. Apabila dijabarkan lebih jauh paradigma konteks di atas dikarenakan hakim hidup di masyarakat, peraturan dibuat untuk suatu masyarakat dan juga tentu harus menjatuhkan hukuman sesuai dengan dimensi keadilan kepad masyarakat pendukungnya di mana hukum itu hidup *(living law)*. Dalam paradigma modern sekaranng dapat disebutkan dengan paradigma bahwa hakim tidak hidup dalam menara gading .

Konsepsi sifat melawan hukum materiil ternyata tidak hanya dijumpai dalam teoridoktrinkepustakaan dan yurisprudensi di Indonesia, Barda Nawawi Arief menemukannya dalam kebijakan formulasi KUHPidana asing dan dokumen internasional [208] antara lain :

a. Pasal 20 KUHPidana Korea merumuskan :
   "Conduct in accordance with law or pursuant to accepted business practices, or other conduct which does not violate the social mores shall not be punishable"
   Yang pada intinya mengandung 2 (dua) alasan penghapus pidana yaitu :
   (1) tidak dipidana perbuatan yang sesuai dengan undang-undang (tidak

[208] Barda Nawawi Arief, *Pembaharuan Hukum Pidana . . .op. cit.*, hlm 30-33.

melawan hukum secara formal)
(2) tidak dipidana perbuatan yang sesuai dengan praktik bisnis yang sudah lazim/diterima (tidak melawan hukum secara materiil)
(3) tidak dipidana perbuatan lain yang tidak melanggar norma/kebiasaan masyarakat (tidak melawan hukum secara materiil).

b. Pasal 15 *International Covenant on Civil and Political Right (ICCPR)* menegaskan :
   (1) Tidak seorangpun dapat dipertangggungjawabkan untuk suatu perbuatan (atau tidak berbuat) yang tidak merupakan tindak pidana menurut hukum nasional atau hukum internasional yang ada/berlaku pada saat perbuatan itu dilakukan.
   (2) Tidak sesuatupun dalam pasal ini yang akan menghambat/merugikan (mengurangi hak) peradilan dan pemidanaan terhadap seseorang atas perbuatan (atau tidak berbuat) yang pada saat dilakukan merupakan kejahatan menurut prinsip-prinsip hukum umum yang diakui oleh masyarakat bangsa-bangsa.

c. Pasal 7 (3.76) KUHPidan Kanada tentang *Crime Against Humanity*, menyatakan :
   Kejahatan terhadap kemanusian ialah pembunuhan, pemusnahan, perbudakan, pengusiran/pemindahan, penganiayaan, atau perbuatan tidak manusiawi lainnya yang dilakukan terhadap penduduk sipil atau kelompok orang, apakah perbuatan itu merupakan atau tidak merupakan pelanggaran terhadap undang-undang yang berlaku pada saat itu dan di tempat perbuatan itu dilakukan, dan bahwa perbuatan-perbuatan itu pada saat dan di tempat itu merupakan pelanggaran terhadap hukum kebiasan internasional atau konvensi hukum internasional atau merupakan kejahatan menurut prinsip-prinsip hukum umum yang diakui oleh masyarakat bangsa-bangsa.

Berbeda dengan hal tersebut, Amerika Serikat yang sangat terkenal dengan *case law*-nya tidak mengenal ajaran sifat melawan hukum materiil, karena itu tidak pernah pula mengenal hilangnya sifat melawan hukum materiil sebagai alasan pembenar. Suatu perbuatan disebut bersifat melawan hukum, ditetapkan secara sangat kasuistis. Selain karena sistem hukum yang berbeda persoalan ada atau tidaknya sifat melawan hukum dari suatu perbuatan yang didakwakan kepada

seseorang ditentukan oleh tatacara pembuktian menurut hukum acara pidana dalam sistem peradilannya itu sendiri[209].

3. Perkembangan Sifat Melawan Hukum Materiil dalam Yurisprudensi Hukum Pidana

Mengenai alasan pembenar yang dibedakan dengan alasan pemaaf, perbedaan seperti itu tidak dikenal dalam KUHPidana. Perbedaan ini berkembang dalam doktrinilmu dan yurisprudensi dimana alasan pembenar akan menghasilkan tidak dapat dipidananya perbuatan, sedangkan alasan pemaaf (alasan meniadakan kesalahan) akan menghasilkan tidak dapat dipidananya pelaku.

Dalam ajaran sifat melawan hukum formil, sifat melawan hukum dapat hapushilang hanya apabila ada alasan pembenar yang dengan tegas telah disebutkan dalam undang-undang, sedangkan ajaran sifat melawan hukum materiil selain menerima dan mengakui alasan pembenar yang nyata-nyata disebut dalam undang-undang juga menerima dan mengakui alasan pembenar berdasarkan alasan-alasan dari hukum tidak tertulis.

Alasan pembenar yang disebutkan secara tegas dalam undang-undang dalam KUHPidana diatur dalam Pasal-pasal 48, 49, 50 dan 51 yaitu keadaan memaksa (*overmacht)*, pembelaan terpaksa (*noodweer),* menjalankan ketentuan undang-undang (*wettelijk voor schift)* dan perintah jabatan (*ambtelijkebevel).* Dalam praktik perkembangan hukum pidana, terdapat perbuatan-perbuatan yang hilang sifat melawan hukumnya atas dasar alasan pembenar yang tidak mungkin

[209] Komariah Emong Sapardjaya, *op. cit.*, hlm. 185-186.

ditemukan dalam undang-undang (tertulis) yang ada. Alasan pembenar tidak tertulis yang berdasarkan ungkapan kasus di Pengadilan maupun pandangan ahli hukum pidana (doktrin) yang terus berkembang, yaitu[210] :

a. *Tuchtrecht,* yaitu hak mengawasi dan mendidik dari orang tua, wali, guru terhadap anak-anakmurid-murid mereka.
b. *Beroeprecht,* yaitu hak jabatan para dokter (juru obat, bidan)
c. *Toestemming,* persetujuan antara pihak, yaitu ijin dari orang yang merasa dirugikan.

Dikatakan ada alasan pembenar jika, ada dua kewajiban hukum yang saling bertentangan, sedang salah satu telah dipenuhi, atau jika kewajiban hukum tidak dapat dipenuhi karena terpaksa oleh keadaan, atau apabila perbuatan tersebut dilakukan untuk memenuhi norma-norma hukum yang lebih penting dari pada yang ada dalam ketentuan pidana[211].

Ketentuan Pasal 50 dan 51 ayat (1) KUHPidana merupakan alasan pembenar yang timbul karena berbenturannya dua kewajiban hukum, dimana salah satu telah dipenuhi, sementara alasan pembenar yang berasal dari hukum tidak tertulis (sumber hukum materiil) misalnya *beroeprecht.* Sedangkan ketentuan Pasal 49 ayat (1) KUHPidana merupakan alasan pembenar yang timbul karena norma hukum pidana tidak dapat dipenuhi disebabkan terpaksa oleh keadaan. Sementara itu, *tuchtrecht* merupakan bentuk alasan pembenar yang

---

[210] Indriyanto Seno Adji, *op.cit,* hlm. 24

[211] Roeslan Saleh, *Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana, Dua Pengertian Dasar dalam Hukum Pidana,* Jakarta, Aksara Baru, 1983, hlm. 72

berupa upaya untuk memenuhi norma hukum yang lebih tinggi dari pada sekedar menaati norma hukum pidana[212].

Menurut van Bemmelen, selain, (1). hak mengawasi dan mendidik dari orang tua, wali, guru terhadap anak-anak dan murid-murid mereka, (2). hak jabatan para dokter, juru obat, bidang dan penyelidik alam, dan (3). izin dari orang yang kepentingannya terlanggar tersebut di atas masih ada alasan atau dasar penghapusan pidana (alasan pembenar) yaitu : (4). mewakili orang lain serta ada lagi dua dasar penghapusan pidana (alasan pembenar) di luar undang-undang yang diterima yurisprudensi, yang mempunyai kekuatan umum :

a. tidak ada pelanggaran hukum material
b. tidak ada kesalahan sama sekali[213].

Hilangnya sifat melawan hukum materiil termasuk alasan pembenar tidak tertulis selain *medische exeptie, beroeps recht, tuchtrecht, toestemming,* demikian menurut Mahkamah Agung Belanda[214].

Orang tua, para guru, dan orang-orang yang bertugas mendidik, dalam batas tertentu berhak misalnya melarang keluar kamar, menyuruh tetap tinggal di kelas walau pelajaran telah selesai, menghukum anak dalam keadaan tertentu asal dijalankan secara mendidik. Demikian pula seorang dokter diperbolehkan misalnya melakukan aborsi bila memang alasan berdasarkan ilmu kedokteran tindakan tersebut harus dilakukan untuk menyelamatkan jiwa ibu. Dalam beberapa peristiwa tertentu izin dari orang yang dirugikan dapat menjadi alasan

[212] Chairul Huda, *op.cit,* hlm. 58
[213] Bemmelen, *op.cit,* hlm. 200-201

[214] Komariah Emong Sapardjaja, *op.cit,* hlm. 182

pembenar, misalnya dalam hal penganiayaan dalam olah raga tinju. Juga pengurusan kepentingan orang lain sekali-sekali merupakan dasar penghapusaan pidana misalnya jika petugas pemadam kebakaran memaksa masuk ke rumah orang untuk memadamkan api supaya kebakaran tidak menjalar lebih luas.

Telah dapat diinsafi, untuk dapat dikenakan pidana suatu perbuatan dan si pelaku, tidak hanya disyaratkan bahwa perbuatan itu dilarang menurut undang-undang dan diancam dengan pidana, akan tetapi juga bahwa perbuataan itu harus melawan hukum (melanggar hukum) materiil dan bahwa perbuatan tersebut dapat dipertanggung jawabkan kepada si pelaku.

Putusan HR (Hoge Raad) 20 Februari 1933 yang terkenal dengan nama *Vee-arts arrest* (arest dokter hewan) adalah putusan pertama yang menerapkan hilangnya/hapusnya sifat melawan hukum materiil sebagai alasan pembenar. Dalam pertimbangannya HR menyatakan pembebasan bagi dokter hewan itu karena sifat melawan hukum dari perbuatannya menjadi hilang dengan alasan bahwa, walaupun dokter hewan itu melanggar Pasal 82 *Vee wet,* tidak dapat diterima jika ia harus dihukum, karena dia menurut pedoman secara ilmiah benar dan memperbaiki kesehatan ternak.

Pernyataan menurut pedoman-pedoman secara ilmiah benar, dapat disimpulkan bahwa HR telah menerapkan ajaran sifat melawan hukum materiil sebagai alasan pembenar sebab alasan tersebut tidak terdapat dalam WvS (Wet book van Straffrechts), jadi berada di luar Bab 3 buku I[215].

[215] Komariah Emong Sapardjaja, *op.cit,* hlm.95

Putusan tentang dokter hewan ini merupakan satu-satunya putusan yang dikatakan telah menerapkan hilangnya/hapusnya sifat melawan hukum sebagai alasan pembenar, tetapi ternyata masih terdapat keberatan yang diajukan oleh para pakar hukum pidana Belanda, bahwa putusan tersebut bukanlah menerapkan ajaran sifat melawan hukum materiil sebagai alasan pembenar. Di antara yang berkeberatan Hazewinkel Suringa yang mengatakan bahwa "mungkin orang akan berpendapat bahwa dokter hewan itu menjalankan kewajiban sesuai dengan peraturan perundang-undangan, van Bemmelen mengatakan bahwa tindakan dokter hewan itu juga dapat diuraikan sebagai suatu tindakan yang "tidak bertentangan dengan ketelitian yang sesuai dengan pandangan masyarakat terhadap orang lain dan hak milik orang lain". Van Veen berpendapat, tidak benar ada hilangnya sifat melawan hukum materiil dibicarakan disini, tetapi suatu eksepsi karena menjalankan pekerjaannya, sedangkan Schaffmeister dan Heijder mengatakan, bahwa dalam perkara ini kepentingan hukum yang dilindungi tidak dilanggar, malah dilayani[216].

Dalam arest dokter hewan, merupakan contoh tidak adanya pelanggaran hukum material (hilangnyatidak adanya sifat melawan hukum materiil) sehingga menghasilkan penghapusan pidana.

Selain dengan alasan-alasan pembenar tidak tertulis yang berdasarkan ungkapan kasus di Pengadilan tersebut di atas, memang sulit bagi hakim untuk menentukan, atas dasar kriteria apa hakim akan dapat menerima bahwa tidak ada hal melawan hukum materiil pada perbuatan terdakwa.

---

[216] lihat *Ibid*, hlm. 95-96

Van Bemmelen yang sependapat dengan Langemeijer menyatakan bahwa tidak adanya hal melawan hukum materiil hanya boleh diterima jika suatu tingkah laku yang termasuk dalam rumusan delik (tindak pidana), dipandang dari sudut tata hukum menghasilkan keuntungan yang sedemikian rupa dapat dirasakan, sehingga keuntungan ini seimbang (Van Bemmelen : "lebih dari cukup simbang") dengan kerugian yang disebabkan oleh tindakan yang bertentangan dengan undang-undang[217].

Th. W. Van Veen[218] memperingatkan bahwa hakim harus berhati-hati sekali sebelum mengambil keputusan pembebasan dari tuntutan hukum berdasarkan tidak adanya hal melawan hukum materiil. Menerima tidak ada hal melawan hukum materiil dalam suatu peristiwa tertentu, berarti hakim lebih mengesampingkan undang-undang dan dengan itu hakim telah mengambil tempat pembuat undang-undang. Hakim hanya boleh melakukan hal tersebut jika ia berpendapat :

a. Kalau pembuat Undang-Undang sendiri menghadapi persoalan ini sudah pasti akan membuat kekecualian, atau
b. Terdakwa dengan perbuatannya berkehendak untuk mencapai suatu tujuan yang oleh setiap orang dipandang sebagai suatu tujuaan yang baik sehingga dapat dipertanggungjawabkan dikesampingkannya kepentingan pembuat Undang-Undang yang membuat peraturan pidana dengan tujuan memberikan perlindungan

Hal itulah yang menyebabkan mengapa Mahkamah Agung Belanda hanya pernah menggunakan "hilangnya sifat melawan hukum materiil" dalam kasus

[217] *Ibid*, hlm. 104
[218] *Ibid*

Veearts Arrest yaitu karena sikap hakim Belanda yang tidak hendak menginjakkan kakinya pada daerah wewenang pembuat undang-undang.

Berbeda dengan di Indonesia, sejak putusan Mahkamah Agung tanggal Januari 1966 No. 42/K/Ka/1965 dalam kasus Penyalahgunaan DO gula di Kalimantan Selatan, ajaran sifat melawan hukum materiil sebagai alasan pembenar telah dipakai berulang-ulang dalam berbagai kasus. Oleh karena itu, Komariah Emong Sapardjaja menduga, Mahkamah Agung Indonesia mempunyai pendapat bahwa alasan pembenar yang tidak tertulis, hanyalah sifat melawan hukum materiil, sehingga ia berpendapat bahwa Mahkamah Agung telah menggunakan penafsiran yang luas (*extensive interpretatie)*[219].

Menurut Komariah untuk membatasi penafsiran ekstensif tentang arti sifat melawan hukum, setidak-tidaknya untuk menetapkan hilangnya sifat melawan hukum sebagai alasan pembenar, secara umum harus dilihat apakah perbuatan terdakwa[220] :

a. Mempunyai tujuan nyata yang memberikan manfaat terhadap kepentingan yang hendak dilindungi oleh pembuat Undang-Undang
b. Melindungi suatu kepentingan hukum yang lebih tinggi dibandingkan kepentingan hukum yang dituju oleh perumusan tindak pidana yang dilanggarnya
c. Mempunyai nilai yang lebih besaar bagi kepentingan masyarakat dibandingkan dengan kepentingan dirinya sendiri.

Selanjutnya juga dikatakan, bahwa untuk hilangnya sifat melawan hukum materiil tidak terbatas pada asas-asas hukum umum dari hukum adat saja. Hukum adat hanya sebagian kecil dari hukum tidak tertulis kita yang masih berlaku. Kini, terutama dibidang hukum perdata, hukum dagang khususnya, kebiasaan dalam

[219] Komariah Emong Sapardjaja, *op.cit,* hlm. 206-207
[220] *Ibid,* hlm. 226

perdagangan telah berkembang menjadi hukum kebiasaan yang juga tidak tertulis[221].

Disamping dapat menjadi sumber hukum yang bersifat positif, nilai-nilai yang bersumber pada hukum adat dan hukum yang hidup dalam masyarakat dapat berfungsi sebagai sumber hukum yang bersifat negatif, dalam arti bahwa nilai-nilai tersebut dapat dijadikan alasan pembenar *(rechtsvaardigingsgrond)* yang menghapuskan sifat melawan hukumnya perbuatan, atau dapat berfungsi sebagai alasan-alasan yang memperingan pemidanaan *(minimasing circumstance).* Di dalam kondisi yang sangat pluralistic dan sebagian penduduk masih hidup di daerah pedesaan, sangat bijaksana untuk menempatkan asas-asas keadilan yang bersifat umum sebagai pasangan dari kepastian hukum.[222]

Perlu pula disimak yurisprudensi klasik tentang hal itu, yaitu putusan Mahkamah Agung R.I tanggal 20 Maret 1977 No. 81/K/Kr/1973, kasus tindak pidana korupsi Ir. Otjo Danaatmadja. Putusan tersebut, salah satu pertimbangannya bahwa, untuk meniadakan sifat melawan hukum materiil walaupun formil perbuatannya termasuk *wederrechtelijk,* Mahkamah Agung melihat ada keuntungan yang jauh lebih cukup seimbang dari perbuatan pelaku yang memenuhi rumusan delik dengan kerugian sebagai akibatnya, sehingga perbuatan pelaku ternyata tidak untuk menguntungkan diri sendiri, kepentingan umum terlayani, dan negara tidak dirugikan[223].

---

[221] *Ibid,* hlm. 191
[222] Muladi, *Proyeksi Hukum Pidana ... ,op.cit.*, hlm. 17.
[223] Indriyanto Seno Adji, *op.cit,* hlm. 25

Alasan-alasan pembenar tidak tertulis yang berdasarkan ungkapan kasus di pengadilan dengan cara penafsiran dan penilaian terhadap fakta yang terungkap di muka sidang pengadilan, semakin cermat meneliti fakta konkret yang terbukti atau tidak terbukti, semakin besar peluang untuk memperoleh alasan pembenar di luar undang-undang (alasan pembenar tidak tertulis) dan hal ini menunjukkan kerelatifan arti dari sifat melawan hukum.

Melihat praktik perkembangan yurisprudensi perkara pidana maupun doktrin para ahli, hilangnya/hapusnya sifat melawan hukum dari suatu perbuatan pidana dapat dibenarkan berdasarkan alasan-alasan penghapus pidana yang terdapat di luar undang-undang, meskipun demikian pengecualian ini memiliki kriteria yang bernuansa *restriktif* dan *limitatif* sifatnya, untuk menghindari penyalahgunaan ajaran sifat melawan hukum materiil ini.

Uraian di atas menunjukkan bahwa walaupun para ahli/doktrin menyetujui penerapan ajaran sifat melawan hukum dalam fungsi negatif (hanya dalam kaitan dengan alasan-alasan penghapusan pidana di luar undang-undang/hukum tertulis), namun tetap dengan persyaratan/kriteria yang tidak mudah, yang sampai sekarangpun belum dapat ditentukan kriteria yang sudah bakupasti.

4. Pertanggungjawaban dalam Hukum Pidana

Wujud pertanggungjawaban pelaku perbuatan melawan hukum (perdata) berupa mengganti kerugian, sedangkan wujud pertanggungjawaban pelaku tindak pidana berupa hukuman pidana.

Tindak pidana hanya menunjuk kepada dilarang dan diancamnya perbuatan dengan suatu pidana. Apakah orang yang melakukan perbuatan kemudian juga dijatuhi pidana sebagaimana telah diancamkan. Hal ini bergantung dari soal apakah dalam melakukan perbuatan ini dia mempunyai kesalahan. Asas yang berlaku dalam pertanggungjawaban dalam hukum pidana adalah *geen straf zonder schuld, actus non facit reum nisi mens sit rea* (tidak dipidana jika tidak ada kesalahan)[224].

Penegasan bahwa tiada pidana tanpa kesalahan menjadi asas yang harus diterapkan adalah sejak adanya putusan *Hoge Raad* tanggal 14 Februari 1916 dalam kasus *Water en Melk (Water en Melk arrest/ Melkboer arrest),* bahwa dalam menjatuhkan pidana diperlukan kesalahan (*dolus* atau *culpa). Hoge Raad* dalam *arrest* tersebut menyatakan bahwa terdakwa tidak ada kesalahan (*afwezifheid van alle schuld)* yang merupakan alasan penghapus pidana atas dasar pidana tanpa kesalahan [225].

Istilah *schuld* di dalam bahasa Belanda dapat berwayuh arti, dalam arti sempit menunjuk kealpaan/*culpa*, dan dalam arti luas menunjuk kesalahan[226]. Mengenai pengertian kesalahan ada dua pendapat yang berbeda, yang pertama dalam kesalahan terselip unsur melawan hukum, pendapat yang kedua pengertian kesalahan tanpa mencampur adukkan dengan melawan hukum.

Pendapat yang pertama seperti Jonkers mengatakan pengertian kesalahan terdiri atas kesengajaan atau kealpaan, meliputi juga sifat melawan hukum dan kemampuan bertanggungjawab. Demikian pula Pompe mengatakan bahwa

---

[224] Moeljatno, *Asas asas ... , op.cit*, halaman 153
[225] Bambang Poernomo, *Asas-asas ... ,op. cit*, hlm. 178.
[226] *Ibid.*, hlm 135.

pengertian kesalahan mempunyai tanda sebagai hal yang tercela yang pada hakikatnya tidak mencegah kelakuan yang bersifat melawan hukum, yang berarti mempunyai kesengajaan dan kealpaan yang mengarah kepada sifat melawaan hukum dan kemampuan bertanggungjawab.

Pendapat yang kedua seperti Vos memandang kesalahan mempunyai tiga tanda khusus yaitu (1) kemampuan bertanggungjawab, (2) hubungan batin tertentu dengan orang yang berbuat yang dapat berupa kesengajaan atau kealpaan, dan (3) tidak terdapat alasan yang menghapus pertanggungjawaban pembuat. Doktrin para ahli menyebutkan bahwa kesalahan sebagai elemen subjektif dari *strafbaar feit* oleh karena menunjuk pada keadaan si pembuat sebagai subjek dari perbuatan yang dilakukan menurut rumusan delik. Kesalahan menunjuk tentang keadaan sikap batin si pembuat sebagai kejiwaan yang terdapat di dalam rumusan delik, antara lain oleh pembentuk undang-undang disebutkan mengenai kejahatan dengan sengaja atau dengan alpa [227].

Walaupun kesalahan telah diterima sebagai unsur yang menentukan untuk adanya petanggungjawaban pembuat tindak pidana, tetapi pemahaman mengenai makna kesalahan masih terdapat perbedaan dikalangan para ahli.

Pada awalnya, doktrin para ahli hukum pidana memandang kesalahan semata-mata sebagai masalah keadaan psikologis seseorang ketika melakukan tindak pidana. pertama-tama secara sempit kesalahan dipandang sama dengan kealpaan atau diartikan sebagai sifat tidak berhati-hati. Kemudian istilah kesalahan juga berarti kesengajaan dan kealpaan[228].

---

[227] *Ibid*, hlm. 137.
[228] JM. van Bemellen, *op.cit.*, hlm. 109.

Teori psikologis tentang kesalahan tersebut kemudian mulai diragukan orang ketika timbul persoalan dalam praktik hukum yang dipicu oleh ketiadaan unsur dengan sengaja atau karena kealpaan dalam rumusan tindak pidana pelanggaran dalam KUHPidana, yang menimbulkan pertanyaan apakah pembuat tindak pidana pelanggaran dapat dipidana walaupun tidak ada salah satu dari kedua bentuk kesalahan tersebut. Persoalan ini menyebabkan adanya keraguraguan atas kemampuan teori psikologis untuk menjelaskan masalah kesalahan. Keraguan seperti itu juga muncul dalam kasus *water en melk* tersebut diatas.

Dalam perkembangan selanjutnya muncul ajaran kesalahan normatif. Kesalahan dalam hal ini cenderung bersifat evaluatif. Kesalahan merupukan penilaian normatif terhadap tindak pidana, pembuatnya dan hubungan keduanya, yang dari situ dapat disimpulkan bahwa pembuatnya dapa dicela, karena sebenarnya dapat berbuat lain, jika tidak ingin melakukan tindak pidana. Setara dengan dapat berbuat lain adalah telah berbuat yang tidak diharapkan dan berbuat sesuatu yang sebenarnya dapat dihindari[229].

Pandangan normatif membuka pemahaman yang sempit mengenai kesalahan, kesalahan bukan hanya dipandang sebagai masalah psikologis pembuat. Akibatnya kesengajaan dan kealpaan kemudian hanya dipandang sebagai pertanda adanya kesalahan[230]. Konsekuensinya, dalam perumusan tindak pidana tidak harus ditegaskan dengan sengaja atau karena kealpaan sebagai unsur tindak pidana. Kata dengan sengaja dalam rumusan delik merupakan alat bantu dalam menafsirkan ketentuan delik yang sewaktu-waktu dapat saja dikeluarkan

[229] Chairul Huda, *op.cit.*, hlm 78
[230] *Ibid*, hlm. 82

dari rumusan delik dan ditempatkan dalam aturan umum, demikian pula dengan kealpaan[231] dengan demikian menurut teori normatif, terbuka kemungkinan untuk mengakui indicator lain untuk menentukan adanya kesalahan selain psikologis pembuat[232].

Selanjutnya Chairul Huda[233] menyimpulkan teori kesalahan normatif menyebabkan *strict liability* dapat diterima sebagai bentuk pertanggungjawaban pidana berdasar kesalahan. Kesengajaan dan kealpaan hanya merupakan pertanda adanya kesalahan, sehingga bukan kesalahan itu sendiri, kesalahan ada jika kelakuan tidak sesuai dengan norma yang harus diterapkan. Apabila undang-undang menetapkan suatu tindak pidana dipertanggungjawabkan secara *strict,* maka pada pembuatnya tetap dipandang memiliki kesalahan, sekalipun tidak ditinjau lebih jauh apakah ada kesengajaan atau kealpaan yang meliputi batinnya.

Asas tiada pidana tanpa kesalahan dalam RUU- KUHP 2008 termuat dalam Pasal 37, sebagai berikut :

(1). Tidak seorangpun yang melakukan tindak pidana dipidana tanpa kesalahan
(2). Kesalahan terdiri dari kemampuan bertanggungjawab, kesengajaan, kealpaan dan tidak ada alasan pemaaf.

Ditegaskan dalam penjelasan pasal tersebut bahwa yang dimaksud dengan "kesalahan" adalah keadaan jiwa seseorang yang melakukan perbuatan dan perbuatan yang dilakukan itu sedemikian rupa, sehingga orang itu patut dicela. Apabila pembuat tindak pidana tidak mempunyai kesalahan, ia tidak akan

---

[231] Roeslan Saleh, *Masih saja tentang Kesalahan,* Karya Dunia Fikir, Jakarta 1994, hlm. 60

[232] *op.cit.*, hlm 82

[233] *Ibid,* hlm. 82-83

dipidana walaupun telah melakukan perbuatan yang dilarang dan perbuatan tersebut diancam dengan pidana.

Ketentuan tersebut ada pengecualiannya yang termuat dalam Pasal 38 ayat (1), bahwa bagi tindak pidana tertentu, undang-undang dapat menentukan bahwa seseorang dapat dipidana semata-mata karena telah dipenuhinya unsur-unsur tindak pidana "tanpa memperhatikan adanya kesalahan", yang dikenal sebagai asas pertanggungjawaban mutlak *(strict liability).* Anak kalimat "tanpa memperhatikan kesalahan" bukan berarti *strict liability* pertanggungjawaban pidana dilakukan dengan mengabaikan kesalahan pembuat. Sebaliknya kesalahan dipandang ada sekalipun tidak tanpa bentuknya. Hal tersebut membawa konsekuensi pada pelaksanaan tugas hakim dalam mempertimbangkan kesalahan pembuat untuk menentukan pertanggungjawabannya atas tindak pidana yang ditentukan secara *strict,* hakim cukup mempertimbangkan apakah seluruh unsur tindak pidana telah terpenuhi, tanpa memperhatikan apakah ada unsur-unsur pertanggungjawaban pidananya[234].

Asas tiada pidana tanpa kesalahan dihubungkan dengan alasan pemaaf *(schulduitsluitinggronden)* alasan penghapus kesalahan *(exusing of liability),* alasan yang menghapuskan kasalahan terdakwa/pelaku, merupakan *faits d'excus,* yang artinya dihapuskan dari pertanggungjawaban pelaku atau dihapuskan kesalahan pelaku sehingga tidak dipidana. Alasan penghapus kesalahan ini terletak pada bagian subjektif di dalam *strafbaar feit,* menunjuk pada keadan si pelaku sebagai subjek dari perbuatan yang dilakukan menurut rumusan delik

[234] *Ibid,* hlm. 84-85

(tindak pidana). Biasanya kesalahan itu menunjuk pada keadaan sikap batin si pelaku.

Konsekuensi daripada pandangan bahwa kesalahan merupakan elemen subjektif dari *strafbaar feit,* maka kesalahan mengandung segi psikologis dan segi yuridis. Segi psikologis merupakan dasar bagi segi yuridis, segi psikologis merupakan dasar untuk mengadakan pencelaan yang harus ada terlebih dahulu, baru kemudian segi yuridis untuk dipertanggungjawabkan dalam hukum pidana[235].

Dalam buku-buku Belanda yang pada umumnya tidak mengadakan pemisahan antara dilarangnya perbuatan dan dipidananya pelaku perbuatan (*strafbaar heid van het fei/tstrafbaar heid van de persoon*), hubungan antara tindak pidana dan kesalahan dinyatakan dengan hubungan antara sifat melawan hukumnya perbuatan (*wederrechtelijkheid*) dan kesalahan (*schuld*). Schuld tidak dapat dimengerti tanpa adanya *wedeerchtelijkheid*, tapi sebaliknya *wederrechtelijkheid* mungkin ada tanpa adanya kesalahan[236]. Seorang terdakwa akan dapat dinyatakan mempunyai kesalahan apabila menurut konstruksi yuridis telah ternyata lebih dahulu melakukan tindak pidana dengan unsur pokoknya bersifat melawan hukum, dan mempunyai kemampuan bertanggung jawab, atau mempunyai bentuk kesengajaan/kealpaan dan tidak ada alasan pemaaf[237]

Dengan perkataan lain Moeljatno mengatakan bahawa orang tidak mungkin dipertanggungjawabkan (dijatuhi pidana) kalau dia tidak melakukan tindak pidana. Tapi meskipun melakukan tindak pidana, tidak selalu dia dapat

[235] *op. cit.,* hlm. 136-`137
[236] Moeljatno mengutip Pompe dan Vos, dalam *Asas-asas . . . , op.cit,* hlm. 155
[237] Bambang Poernomo, *op. cit.,* hlm140

dipidana. Untuk dapat dijatuhi pidana, yaitu untuk dapat dipertanggungjawabkan menurut hukum pidana adalah tidak mungkin selama dia tidak melanggar larangan pidana[238]

Pertanggungjawaban pidana tergantung pada apakah pembuat (pelaku) telah melakukan tindak pidana. Lebih jauh lagi, pertanggungjawaban pidana itu baru dapat dipikirkan setelah terdakwa terbukti melakukan tindak pidana yang bersifat melawan hukum[239]

Doktrin para ahli sepakat bahwa bersifat melawan hukum adalah mutlak untuk setiap tindak pidana. Untuk dapat dikatakan seseorang melakukan tindak pidana, perbuatannya harus melawan hukum. Hubungan antara melawan hukum dan kesalahan selalu diperdebatkan, apakah kesalahan merupakan bagian dari melawan hukum ataukah melawan hukum adalah bagian dari kesalahan.

Bagi yang berpendapat bahwa kesalahan (kesengajaan) sebagai bagian dari tindak pidana yang melawan hukum (memandang bahwa kesalahan sebagai bagian dari sifat melawan hukum), pembuktian adanya tindak pidana dipandang dengan sendirinya sebagai pembuktian adanya kesalahan.

Bagi yang mengikuti teori pemisahan tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana, untuk dapat dikatakan seseorang mempunyai kesalahan, maka sebelumnya ia harus telah terbukti melakukan tindak pidana yang bersifat melawan hukum. Jadi pertanggungjawaban pidana tergantung pada apakah pelaku telah melakukan tindak pidana.

---

[238] Moeljatno, *loc. cit.*
[239] Chairul Huda, *op.cit*, hlm. 54

Dengan demikian adanya kesalahan pelaku baru dipikirkan setelah pelaku terbukti melakukan tindak pidana yang bersifat melawan hukum, sehingga jika tidak dapat dibutktikan bahwa pelaku telah melakukan tindak pidana yang bersifat melawan hukum, maka kesalahan pelaku tidak perlu dipikirkan lagi.

Sifat melawan hukum suatu tindak pidana dapat hilang/hapus. "Alasan pembenar" (*rechtvaardigingsgronden*) adalah alasan yang dapat menghapuskan sifat melawan hukumnya suatu perbuatan, sehingga apa yang dilakukan lalu menjadi perbuatan yang patut dan benar. Alasan pembenar menghapuskan sifat melawan hukum (*wederrechelijke*) dari perbuatan yang memenuhi rumusan tindak pidana,sehingga perbuatan tersebut tidak dapat dikatakan sebagai suatu tindak pidana.

Adanya alasan pembenar berakibat pada pembenaran atas tindak pidana yang (sepintas lalu) melawan hukum, sedangkan adanya alasan pemaaf berakibat pada pemaafan pelaku sekalipun telah melakukan tindak pidana yang melawan hukum.

Dirangkum secara singkat oleh Schafmeister, alasan pembenar menghapuskan dapat dipidananya perbuatan,alasan pemaaf menghapuskan dapat dipidananya pembuat[240]. Kalau ada alasan pembenar, maka perbuatannya tidak dapat dipidana, kalau ada alasan pemaaf, pelakunya tidak dapat dipidana[241].

Adanya alasan pembenar (*rechtvaardigingsgronden*) atau adanya alasan pemaaf (*schulduitsluitingsgronden*), keduanya berujung pada tidak dipidananya pelaku perbuatan, keduanya merupakan alasan penghapuspeniadaan pidana

[240] Schaffmeister et. al., *op.cit*, hlm. 57
[241] *Ibid*, hlm. 74

(*straftsluitingsgronden*), yaitu halkeadaan yang mengakibatkan pelaku perbuatan yang memenuhi perumusan tindak pidana, tidak dapat dipidana.

Dengan demikian dapat disimpulkan bahwa "tiada pidana tanpa adanya unsur melawan hukum" dapat disejajarkan dengan asas "tiada pidana tanpa kesalahan"[242].

Dari uraian tersebut di atas dapat disimpulkan supaya pelaku dapat dipertanggungjawabkan secara pidana (dapat dijatuhi pidana) maka harus dilihat apakah perbuatan pelaku tersebut:

a. memenuhi rumusan delik/tindak pidana (memenuhi semua unsur yang terkandung dalam rumusan delik)
b. melawan hukum (tidak ada alasan pembenar)
c. tidak ada alasan pemaaf.

Dalam syariat Islam, pertanggungjawaban pidana didasarkan kepada tiga hal yaitu[243] :

a) adanya perbuatan yang dilarang
b) perbuatan itu dikerjakan dengan kemauan sendiri
c) pelaku mengetahui akibat perbuatannya

Apabila terdapat tiga hal tersebut maka terdapat pula pertanggungjawaban, apabila tidak terdapat maka tidak terdapat pertanggungjawaban. Dengan demikian orang gila, anak di bawah umur, orang yang dipaksa dan terpaksa tidak dibebani pertanggungjawaban, karena dasar pertanggungjawaban pada mereka tidak ada.

Menurut syariat Islam pertanggungjawaban pidana dapat hapus karena bertalian dengan perbuatan atau karena hal-hal yang bertalian dengan keadaan

[242] lihat Indriyanto Seno Adji, *op. cit.*, hlm 4; SR.Sianturi, *op.cit.*, hlm 247.
[243] Ahmad Wardi Muslich : *Pengantar dan Asas Hukum Pidana Islam*, Fikih Jinayah; Jakarta, Sinar Grafika, 2004, hlm. 74.

pelaku. Dalam keadaan yang pertama perbuatan yang dilakukan adalah mubah (tidak dilarang), sedangkan dalam keadaan yang kedua perbuatan yng dilakukan tetap dilarang tetapi pelakunya tidak dijatuhi hukuman. Sebab-sebab yang berkaitan dengan perbuatan disebut *asbab al ibahah* atau sebab dibolehkannya perbuatan yang dilarang, sedangkan sebab-sebab yang berkaitan dengan keadaan pelaku disebut *asbab raf'i al uqubah* atau sebab hapusnya hukuman[244].

Asbab al-ibahah (sebab dibolehkannya perbuatan yang dilarang) pada umumnya berkaitan dengan pelaksanaan hak dan kewajiban. Perbuatan-perbuatan yang bagi masyarakat pada umumnya dilarang, kadang-kadang untuk orang tertentu dibolehkan karena hal itu dilakukan dalam rangka pelaksanaan hak dan kewajiban.

Menurut Abdul Qadir Audah, sebab dibolehkannya perbuatan yang dilarang ada 6 macam yaitu[245] :

a) pembelaan yang sah
b) pendidikan dan pengajaran
c) pengobatan
d) permainan olah raga
e) hapusnya jaminan keselamatan
f) menggunakan wewenang dan melaksanakan kewajiban bagi pihak yang berwajib

Asbab raf'i al-uqubah (sebab hapusnya hukuman) tidak mengakibatkan perbuatan yang dilakukan itu dibolehkan, melainkan tetap pada asalnya yaitu "dilarang". Hanya saja oleh karena keadaan pelaku tidak memungkinkan

[244] *Ibid,* hlm 85

[245] Abdul Qadir Audah, *At Tasyru' Al Jima'iy Al Islamy*, Dar Al Kitab al'Araby, Beirut, tt, hlm 405

dilaksanakannya hukuman, ia dibebaskan dari hukuman. Sebab-sebab hapusnya hukuman ini ada 4 macam yaitu[246]:

a) paksaan
b) mabuk
c) gila
d) dibawah umur

Asbab al-ibahah dapat disamakan dengan alasan pembenar dan *asbab raf'i al uqubah* dapat disamakan dengan alasan pemaaf, dengan demikian sistem pertanggungjawaban dalam hukum pidana Indonesia sejalan dengan aturan syariat Islam.

5. Penyelesaian Kasus Perbuatan Melawan Hukum Dalam Hukum Pidana Di Pengadilan.

Hukum acara yang berlaku untuk pemeriksaan perkara pidana pada pengadilan (baik dari Pengadilan Negeri sebagai pengadilan tingkat pertama, Pengadilan Tinggi sebagai pengadilan tingkat banding sampai dengan Mahkamah Agung sebagai pengadilan tingkat kasasi dan peninjauan kembali) berlaku Undang-Undang No. 8 tahun 1981 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHAP).

Di dalam perkara pidana tersangkut kepentingan individu pada satu pihak dan kepentingan masyarakat pada lain pihak. Individu dan masyarakat atau negara sama-sama mempunyai kepentingan yang seimbang untuk terciptanya tertib hukum, dan kebenaran yang harus ditegakkan harus kebenaran yang "sejati".

---

[246] *Ibid.*

Proses pembuktian merupakan bagian yang memegang peranan dalam proses pemeriksaan sidang pengadilan. Melalui pembuktian ditentukan nasib terdakwa. Apabila hasil pembuktian dengan alat-alat bukti yang ditentukan undang-undang, "tidak cukup" membuktikan bahwa perbuatan yang dilakukan terdakwa melawan hukum *(wederrechtelijike)* dan tidak cukup membuktikan kesalahan yang didakwakan kepada terdakwa, terdakwa "dibebaskan" dari hukuman. Sebaliknya, kalau kesalahan terdakwa dapat dibuktikan dengan alat-alat bukti yang disebut dalam Pasal 184 KUHAP, terdakwa dinyatakan "bersalah". Kepadanya akan dijatuhkan hukuman, oleh karena itu hakim harus hati-hati, cermat, dan matang menilai dan mempertimbangkan nilai pembuktian. Meneliti sampai di mana batas minimum "kekuatan pembuktian" atau *bewijs kracht* dari setiap alat bukti yang disebut dalam Pasal 184 KUHAP[247].

Pembuktian merupakan titik sentral pemeriksaan perkara dalam sidang pengadilan. Pembuktian mengenai apakah perbuatan terdakwa bersifat melawan hukum *(wederrechtelijike)* harus dilakukan lebih dulu sebelum kemudian membuktikan "kesalahan" terdakwa. Proses pembuktian harus dilakukan dalam batas-batas yang dibenarkan undang-undang

Menurut Yahya Harahap[248] ada beberapa ajaran yang berkembang dengan sistem pembuktian, yaitu :

a. *Convictio-in Time,* dalam menentukan salah tidaknya terdakwa semata-mata ditentukan oleh penilaian, "keyakinan hakim". Dari mana hakim menarik dan menyimpulkan keyakinannya, tidak menjadi masalah dalam sistem ini.

---

[247] M. Yahya Harahap, *Pembahasan Permasalahan dan Penerapan KUHAP, Pemeriksaan Sidang Pengadilan, Banding Kasasi dan Peninjauan Kembali,* ed.2, cet. 8, Jakarta, Sinar Grafika, 2006, hlm.273

[248] lihat *Ibid,* hlm. 277-282

b. *Conviction-Raisonee,* dalam menentukan salah tidaknya terdakwa, keyakinan hakim tetap memegang peranan penting, akan tetapi keyakinan tersebut harus didukung dengan alasan-alasan yang jelas, harus dilandasi reasoning yang *reasonable,* yakni berdasarkan alasan yang dapat diterima, logis dan benar – benar dapat diterima akal.
c. Pembuktian menurut undang-undang secara positif.
Sistem pembuktian ini merupakan pembuktian yang bertolak belakang dengan sistem pembuktian menurut keyakinan atau *conviction in time.* Dalam sistem ini, keyakinan hakim tidak ikut ambil bagiantidak ikut menentukan dalam membuktikan kesalahan terdakwa. Sistem ini berpedoman pada prinsip pembuktian dengan alat-alat bukti yang ditentukan undang-undang. Keyakinan hakim tidak ikut menentukan kesalahan terdakwa, hakim seolah-olah hanya robot pelaksana undang-undang yang tidak memiliki hati nurani.
d. Pembuktian menurut undang-undang secara negatif
Sistem ini merupakan teori antara sistem pembuktian menurut undang-undang secara positif dengan sistem pembuktian menurut keyakinan atau *conviction-in time.* Salah tidaknya seseorang terdakwa ditentukan oleh keyakinan hakim yang didasarkan kepada cara dan dengan alat-alat bukti yang sah menurut undang-undang. Dengan demikian sistem ini memadukan unsur "objektif" dan "subjektif" dalam menentukan salah atau tidaknya terdakwa.

Sistem pembuktian yang dianut KUHAP adalah sistem pembuktian menurut undang-undang secara negatif. Hal tersebut dapat disimpulkan dari Pasal 183 KUHAP[249], yang mengandung dua asas, yaitu :

a. Asas pembuktian menurut undang-undang secara negatif, yang mengajarkan prinsip hukum pembuktian disamping kesalahan terdakwa cukup terbukti, harus pula dibarengi dengan keyakinan hakim akan kebenaran kesalahan terdakwa
b. Asas batas minimum pembuktian, yang mengajarkan bahwa yang dianggap cukup untuk membuktikan kesalahan terdakwa harus dengan sekurang-kurangnya dua alat bukti yang sah.

[249] Pasal 183 KUHAP: Hakim tidak boleh menjatuhkan pidana kepada seseorang kecuali apabila dengan sekurang-kurangnya dua alat bukti yang sah, ia memperoleh keyakinan bahwa suatu tindak pidana benar-benar terjadi dan bahwa terdakwalah yang bersalah melakukannya.

Dengan demikian Pasal 183 KUHAP menghendaki bahwa untuk menentukan salah atau tidaknya terdakwa dan untuk menjatuhkan pidana kepada terdakwa harus :

a. kesalahan terdakwa terbukti dengan sekurang-kurangnya dua alat bukti yang sah.
b. atas terbuktinya kesalahan terdakwa dengan sekurang-kurangnya dua alat bukti yang sah tersebut, hakim juga "memperoleh keyakinan" bahwa tindak pidana benar-benar terjadi dan bahwa terdakwalah yang bersalah melakukannya.

Pasal 184 ayat (1) KUHAP menyebutkan secara limitatif alat bukti yang sah menurut undang-undang yaitu :

a. Keterangan saksi
b. Keterangan ahli
c. Surat
d. Petunjuk
b. Keterangan terdakwa

Ketentuan Pasal 183 jika dihubungkan dengan ketentuan Pasal 184 ayat (1) tersebut, minimum pembuktian yang dapat dinilai cukup memadai untuk membuktikan kesalahan terdakwa (batas minimum pembuktian), sekurang-kurangnya dibuktikan dengan "dua" alat bukti yang sah, maka untuk membuktikan kesalahan terdakwa harus merupakan[250] :

a. Penjumlahan dari sekurang-kurangnya seorang saksi ditambah dengan seorang ahli atau surat maupun petunjuk, dengan ketentuan penjumlahan

[250] *Ibid*, hlm. 283-284

kedua alat bukti tersebut harus "saling bersesuaian, saling menguatkan" dan tidak saling bertentangan antara satu dengan yang lain

b. Atau bisa juga, penjumlahan dua alat bukti itu berupa keterangan dua orang saksi yang saling bersesuaian dan saling menguatkan, maupun penggabungan antara keterangan saksi dengan keterangan terdakwa, asal keterangan saksi dengan keterangan terdakwa jelas terdapat saling persesuaian.

Menurut Komariah dalam ajaran tentang pemisahan tindak pidana dan pertanggungjawab pidana, sifat melawan hukum adalah bagian dari perbuatan seseorang yang melakukan tindak pidana. Apabila ajaran tersebut diikuti, mengandung konsekuensi dalam bidang hukum acara pidana, khususnya hukum pembuktian, yaitu harus terlebih dahulu dibuktikan tentang ada atau tidak ada tindak pidana yang didakwakan. Hal itu berarti pula harus dibuktikan mengenai ada atau tidak ada sifat melawan hukum, dan baru kemudian pembuktian mengenai kesalahan terdakwa[251].

Dalam teori pemisahan tindak pidana dan pertanggung jawaban pidana, alasan pembenar dan alasan pemaaf berada dalam konsep pembuktian mengenai pertanggungjawaban pidana, sehingga pembuktian tentang adanya alasan pembenar dan alasan pemaaf adalah pada saat semua unsur tindak pidana yang didakwakan terbukti. Dengan terbuktinya semua unsur tindak pidana, maka barulah masuk ke dalam pembuktian kehendak apakah pembuatpelaku dapat dipertanggungjawabkan atas segala perbuatannya.

Menurut Komariah hukum acara pidana kita yang termuat dalam KUHAP (Undang-undang no 8 tahun 1981), tidak menganut sistem pembuktian menurut ajaran hukum tadi[252].

---

[251] Komariah Emong Saparjaya, *op.cit,* hlm. 226

[252] *Ibid*

Selanjutnya putusan yang akan dijatuhkan pengadilan (hakim), harus bertitik tolak dari surat dakwaan Jaksa Penuntut Umum, dihubungkan dengan segala sesuatu yang terbukti dalam pemeriksaan di sidang pengadilan.

a. Interpretasi Sebagai Metode Penemuan Hukum

Untuk sampai pada sebuah putusan, surat dakwaan Jaksa Penuntut Umum yang berisi bahwa terdakwa didakwa telah melanggar suatu ketentuan perundang-undangan tertentu, oleh hakim akan diterapkan pada peristiwa konkret yang terungkap di persidangan.

Ketentuan Undang-undang tidak dapat diterapkan begitu saja secara langsung pada peristiwa konkret. Untuk dapat menerapkan ketentuan undang-undang yang berlaku umum dan abstrak sifatnya itu pada peristiwa yang konkret dan khusus sifatnya, ketentuan undang-undang itu harus diberi arti, dijelaskan atau ditafsirkan dan diarahkan atau disesuaikan dengan peristiwanya. Peristiwa hukumnya harus dicari lebih dahulu dari peristiwa konkretnya, kemudian undang-undangnya ditafsirkan untuk dapat diterapkan[253].

Pada umumnya diterima pendapat bahwa tidak ada satupun undang-undang yang mampu mengatur sejelas-jelasnya[254], bahwa undang-undang itu tidak sempurna dan banyak kekurangannya, sekalipun dilengkapi dengan penjelasannya, seringkali terjadi bahwa penjelasan itu tidak memberi kejelasan dan kalaupun undang-undang itu jelas, tidak mungkin undang-undang itu lengkap dan tuntas[255]. Undang-undang sebagai bagian dari hukum positif, bersifat statis dan tidak dapat mengikuti perkembangan kemasyarakatan[256], sekalipun rangkaian

---

[253] Sudikno Mertokusumo, *Bab-bab tentang Penemuan Hukum,* Citra Aditya Bakti, 1993, hlm. 12

[254] Enshede & Heijder, seperti dikutip Andi Zainal Abidin dalam *Asas-asas Hukum Pidana,* bagian pertama, Bandung, Alumni, 1987, hm.143

[255] Sudikno Mertokusumo, *op. cit,* hlm. 11-12

[256] Logeman, seperti yang dikutip Andi Zainal Abidin, *op.cit,* hlm. 145

kata-kata yang di temukan dalam perundang-undangan hukum pidana diberi bobot lebih berat dibandingkan dalam hukum keperdataan dan penerapan analogis tidak diterima dalam hukum pidana, pakar hukum pidana terutama hakim pidana tidak mungkin menerapkan perundang-undangan pidana tanpa menggunakan penafsiran[257]. Penafsiran atau *interpretasi* itu perlu sekaligus sangat bermanfaat, karena dengan interpretasi, dimungkinkan untuk menyesuaikan peraturan perundang-undagan yang tidak mungkin diubah setiap hari dengan dinamika kehidupan masyarakat yang begitu cepat berubah[258].

Demikian pula yang dikatakan oleh Lie Oen Hock, bahwa[259] :

> Apabila kita memperhatikan undang-undang, ternyata bagi kita bahwa undang-undang tidak saja menunjukkan banyak kekurangan-kekurangan tapi seringkali juga tidak jelas. Walaupun demikian hakim harus melakukan peradilan.
> Teranglah bahwa dalam hal sedemikian undang-undang memberi kuasa kepada hakim untuk menetapkan sendiri maknanya ketentuan undang-undang itu atau artinya suatu kata yang tidak jelas dalam suatu ketentuan undang-undang. Dan hakim boleh menafsir suatu ketentuan undang-undang secara gramatikal atau histories, baik *"rechts"* maupun *"wetshistoris"*.

Interpretasi sebagai salah satu instrument cara berfikir kefilsafatan sangat membantu hakim dalam memahami *ontology, epistomologi* dan *aksiologi* undang-undang dalam konteks peristiwa konkrit yang ditemukan di persidangan.

Dalam ilmu pengetahuan (hukum) timbul doktrin tentang *asas penafsiran* bahwa undang-undang harus ditafsirkan melalui undang-undang itu sendiri. Apabila kata-kata yang dipakai oleh undang-undang itu sudah jelas, harus ditafsirkan berdasarkan kata-kata itu sendiri, yang harus dituruti, meskipun

---

[257] Jan Remmelink, *op.cit,* hlm. 45

[258] *Ibid,* hlm. 56

[259] Lie Oen Hock, "Jurisprudensi sebagai sumber hukum", Pidato diucapkan pada *peresmian Jabatan Guru Besar Luar Biasa* dalam ilmu Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Indonesia pada Fakultas Hukum dan Pengetahuan Masyarakat, Universitas Indonesia, di Jakarta 19 September 1959, hlm. 11

kemungkinan ada maksud lain dari pembentuk undang-undang Apabila kata-kata di dalam undang-undang tidak jelas, oleh ilmu pengetahuan dan praktik dapat dipergunakan penafsiran dari luar undang-undang hukum pidana[260].

KUHPidana tidak memuat asas umum penafsiran, namun dalam title IX buku ke satu KUHPidana terdapat Pasal-pasal yang menerangkan arti beberapa istilah sebagai *"authentike interpretatie"*. Seperti misalnya apa yang disebut kejahatan, pejabat, hari, bulan, malam hari, dan lain sebagainya. Juga di dalam setiap undang-undang memuat pasal-pasal yang menerangkan arti beberapa istilah yang ada di dalam undang-undang tersebut sebagai a*uthentike interpretasi* yang sudah pasti dan tidak dapat disimpangi.

Meskipun KUHPidana tidak memuat asas umum penafsiran, tapi menurut Jonkers asas-asas penafsiran dari dalam Kitab Undang-undang Hukum Perdata yang disebut di dalam Pasal 885-887, 1342-1352, merupakan asas umum yang sampai pada batas-batas tertentu tiada alasan untuk tidak diterima bagi penerapan hukum pidana[261]. Adapun ketentuan yang diberikan KUHPerdata dalam membuat penafsiran sebagai berikut :

1) Apabila kata-kata/istilah yang bersangkutan cukup jelas, maka tidak diperkenankan menyimpanginya.
2) Apabila kata-kata/istilah yang bersangkutan tidak jelas, akan tetapi terdapat bermacam-macam penjelasan, maka yang lebih diutamakan adalah maksud yang terdekat dari kata-kata/istilah yang bersangkutan.
3) Apabila kata-kataistilah yang bersangkutan itu mempunyai dua mcam pengertian, maka yang dipakai adalah pengertian yang sedemikian rupa atau yang selaras untuk memungkinkan peraturan itu dapat dijalankan.
4) Apabila kata-kata/istilah yang bersangkutan sulit diartikan atau meragukan maka diartikan menurut apa yang menjadi kebiasaan setempat.

---

[260] Bambang Purnomo , *Asas-asas .. op. cit.,* hlm.44

[261] J.E. Jonkers, seperti yang dikutip Bambang Purnomo, dalam *Ibid*

Asas penafsiran umum tersebut di atas dan *authentike interpretatie* yang terdapat dalam undang-undang hukum pidana yang memuat peraturan hukum pidana khusus, belum cukup untuk menjelaskan seluruh isi peraturan yang terdapat di dalamnya, dan untuk dapat menjelaskan dan kemudian menerapkannya pada peristiwa konkret yang terjadi, ada hal-hal yang perlu mendapat perhatian serta memerlukan metode penafsiran yang dikenal dalam ilmu pengetahuan hukum pidana.

Menurut Remmelink ada asas-asas atau pedoman yang harus diikuti oleh hakim ketika melakukan penafsiran yang tidak berdasarkan teks undang-undang[262].

1) Dua prinsip regulatif yang saling terkait erat, yaitu *proporsionalitas* dan *subsidiaritas.* Proporsionalitas, mensyaratkan keseimbangan antara cara dan tujuan (misal tidak perlu membakar rumah untuk memanggang daging). Subsidaritas, mensyaratkan bahwa jika suatu persoalan sulit, memunculkan beberapa alternatif pemecahan, maka harus dipilih pemecahan yang paling sedikit menimbulkan kerugian.
2) Prinsip Relevansi keberlakuan hukum pidana, yaitu bahwa hukum pidana hanya menyoal penyimpangan perilaku social yang patut mendapat reaksi atau koreksi dari sudut pandang hukum pidana. Prinsip ini berperan misalnya dalam penetapan batas-batas keberlakuan pranata hukum pidana seperti percobaan *(poging)* dan penyertaan *(doelneming)* atau misalnya bila sepintas tampaknya ada dua peraturan yang berlaku (relevan) terhadap satu kasus yang sama, maka hakim harus mencari pemecahan dengan bantuan asas lain yakni *lexposterior derogate leg priori* (undang-undang yang muncul belakangan akan mengesampingkan undang-undang yang muncul lebih dulu) dan *lex specialis derogate legi generali* (undang-undang khusus akan mengesampingkan undang-undang yang berlaku umum).
3) Nalar Yuridis harus berupaya mencapai suatu tingkat kesahihan dan harus konsisten secara formal, dan bahwa kepatutanlah yang harus menguji penalaran logika yuridis.
4) Asas *in dubio pro reo,* dalam keraguan maka harus dipilih ketentuan atau penjelasan yang paling menguntungkan terdakwa.
5) Bila penyimpangan (terhadap aturan umum) dilakukan, penyimpangan tersebut harus diinterpretasikan secara sempit.

[262] Jan Remmelink, *op.cit,* 56-48

6) *Titulus est lex* (judul perundang-undanganlah yang menentukan) dan *Rubrica est lex* (Rubrik atau bagian perundang-undangan lah yang menentukan), missal ketentuan pidana tentang abortus dulu dirumuskan dalam ketentuan pasal 346 KUHP dibawah judul "kejahatan yang ditujukan terhadp nyawa", karena itu tindakan abortus harus ditujukan terhadap buah kandungan yang sudah bernyawa dan bahwa buah kandungan tersebut sudah bernyawa haruslah dibuktikan.
7) Pada prinsipnya, dalam hukum pidana, interpretasi harus dilakukan secara ketat (terbatas), secara sempit tidak secara luas.

Selain hal-hal tersebut, dalam melakukan interpretasi atas ketentuan perundang-undangan, hakim juga harus memperhatikan asas-asas hukum materiil, sepanjang asas tersebut memang diakui dalam dunia hukum, antara lain[263] :

1) Tiada pidana tanpa kesalahan (*geen straf zonder schuld)*
2) Setiap orang berhak atas proses peradilan yang layak
3) Asas persamaan atau keseimbangan
4) Asas *Nullapoena* dan *lex certa* (ketentuan pidana harus dirumuskan secara jelas dan pasti). Tiada suatu perbuatan dapat dipidana kecuali atas dasar kekuatan ketentuan pidana yang telah ditetapkan sebelumnya.

Metode penafsiran yang dikenal dalam doktrin dan ilmu pengetahuan dan sering digunakan oleh hakim adalah[264] :

1) Penafsiran/interpretasi gramatika/menurut bahasa, yaitu makna undang-undang dijelaskan menurut bahasa sehari-hari,
2) Penafsiran/interpretasi teleologis dan sisiologis, yaitu apabila makna undang-undang ditetapkan berdasarkan tujuan kemasyarakatan, atau tujuan apa yang dikehendaki oleh pembentuk undang-undang ketika membuat undang-undang itu.
3) Penafsiran/interpretasi sistematis, yaitu menafsirkan undang-undang sebagai bagian dari keseluruhan sistem perundang-undangan, ada yang menyebut metode/penafsiran itu dengan metode penafsiran logika/ interpretasi logis yaitu menyandarkan pada akal pikiran yang objektif yang biasanya dengan cara mencari perbandingan di antara beberapa undang-undang.
4) Penafsiran interpretasi histories/sejarah,yang dibagi menjadi dua yaitu:
   a) Penafsiran berdasarkan sejarah pertumbuhan hukum yang diatur dalam undang-undang (*rechtshistorische interpretatie)*

---

[263] *Ibid*, hlm. 49-5

[264] Sudikno Mertokusumo, *op.cit.*, hlm. 14-20 dan lihat juga Bambang Purnomo, *Asas-asas Hukum Pidana", op cit.*, hlm.45

b) Penafsiran berdasarkan sejarah pembentuk undang-undang untuk mengetahui yang dimaksud oleh pembentukan undang-undang *(wethistorische interpretatie)*

5) Interpretasi komparatif, yaitu dengan jalan perbandingan hukum
6) Interpretasi futuristik, bersifat antisipasi, berpedoman pada undang-undang yang belum mempunyai kekuatan hukum.

Interpretasi komparatif adalah penafsiran dengan membandingkan ketentuan undang-undang diberbagai negara, terutama bagi hukum yang timbul dari perjanjian internasional, sedangkan interpretasi *antisipatif* atau interpretasi *futuristik* adalah penafsiran dengan menggunakan peraturan-peraturan yang belum mempunyai kekuatan berlaku karena masih dalam bentuk rancangan undang-undang[265].

Dilihat dari hasil penemuan hukum, dibedakan antara *interpretasi restriktif* dan *interpretasi ekstensif*, yaitu [266]:

1. Interpretasi restriktif : adalah penjelasan atau penafsiran yang bersifat membatasi (ruang lingkup suatu ketentuan dibatasi)
2. 2) Interpretasi ekstensif : penafsiran yang melampaui batas-batas yang ditetapkan oleh interpretasi gramatika dengan cara memperluas peraturan yang termasuk dalam suatu undang-undang.

Apabila merujuk berbagai prinsip penafsiran dalam hukum pidana, terdapat beberapa pertentangan antara prinsip yang satju dengan prinsip yang lain, namun mengenai hal ini, menurut Remmelink harus dilakukan harmonisasi atau penyelarasan[267]. Selanjutnya Remmelink juga menyatakan, berkaitan dengan perubahan waktu, arti suatu kata atau pengertian dalam perundang-undangan mengalami perubahan seiring berlalunya waktu. Perbuatan yang dulu tidak tercakup dalam ruang lingkup rumusan delik tertentu, sekarang justru masuk.

---

[265] *Ibid.* hlm. 61-62
[266] *Ibid.* hlm 45
[267] Jan Remmelink, *op. cit.*, hlm. 50

Seorang hakim dapat memberikan putusan yang sepenuhnya memperhatikan keyakinan masyarakat tentang sifat dapat dipidananya suatu perbuatan atau tindakan. Dalam kaitan sdengan norma-norma yang kabur, apa saja perbuatan yang tidak pantas atau asusila dalam praktiknya ditentukan oleh kebiasaan masyarakat[268].

Dalam hukum pidana terdapat kecenderungan bahwa interpretasi dilakukan secara ketat, hukum pidana harus ditafsirkan secara sempit. Hal ini berbeda dengan hukum perdata yang memiliki cakupan yang lebih luas, sehingga penemuan hukum (perdata) baik dengan jalan interpretasi, analogi, maupun penghalusan hukum sangatlah dimungkinkan[269].

Mengenai hal itu, seperti telah diuraikan di muka ternyata Jonkers berpendapat lain, yaitu bahwa prinsip-prinsip penafsiran dalam hukum perdata sebagaimana disebutkan dalam KUHPerdata Pasal 1342-1350 juga dapat diterapkan dalam hukum pidana.

b. Metode Selain Interpretasi.

Interpretasi adalah metode penemuan hukum dalam hal peraturan ada tetapi tidak jelas untuk dapat diterapkan pada peristiwa konkrit, sebaliknya dapat terjadi hakim harus memeriksa dan mengadili perkara yang tidak ada peraturan yang khusus. Menghadapi kekosongan atau ketidaklengkapan undang-undang tersebut maka hakim dapat menggunakan metode berfikir *analogi,* metode *penyempitan hukum* dan *a contrario*[270] .

1) *Analogi* (*argumentum peranalogian*)
   Peraturan yang ada diperlakukan terhadap perbuatan yang tidak diatur dengan tegas dalam undang-undang tersebut, jadi suatu peraturan perundang-undangan diterapkan terhadap suatu peristiwa tertentu yang

[268] *Ibid,* hlm.56-58
[269] Eddy O.S. Hiariej, *op.cit.,* hlm. 63
[270] *Ibid,* hlm.21

tidak diatur dalam undang-undang tersebut, tetapi peristiwa itu mirip atau serupa dengan peristiwa yang diatur dalam undang-undang itu.
Catatan : Sebagian para ahli hukum dan yurisprudensi telah menolak analogi di dalam hukum pidana (analogi dilarang dalam hukum pidana), tetapi sepanjang perkembangan hukum pidana dan praktek hukum telah banyak pendukung untuk menerima penafsiran analogi. Perkembangan jalan pikiran para ahli hukum pidana tentang penafsiran analogi adalah sebagai berikut[271] :

a). Interpretasi analogi untuk menentukan suatu perbuatan pidana baru, banyak menimbulkan keberatan sepenuhnya karena bertentangan dengan Pasal 1 ayat (1) KUHP *(asas noela poena)*
b). Interpretasi analogi untuk menentukan pemberatan pidana, tidak ada keberatan
c). Interpretasi analogi untuk menentukan penghapusan pidana sehingga menguntungkan terdakwa, tidak akan bertentangan dengan dasar-dasar terdapat dalam asas hukum pidana.
d). Interpretasi analogi untuk menentukan perluasan penuntutan, juga tidak ada larangan secara tegas.

2). Penyempitan hukum
Dalam metode menyempitkan hukum dibentuk pengecualian-pengecualian atau penyimpangan-penyimpangan baru dari peraturan yang sifatnya umum diterapkan terhadap peristiwa atau hubungan hukum yang khusus dengan penjelasan atau konstruksi dengan memberi ciri-ciri.

3). a *contrario* (*argumentum a contrario)*
Ada kalaya suatu peristiwa tidak secara khusus diatur oleh undang-undang, tetapi kebalikan dari peristiwa tersebut diatur oleh undang-undang. Metode argumentum a contrario ini merupakan cara penafsiran atau menjelaskan undang-undang yang didasarkan pada perlawanan pengertian antara peristiwa konkrit yang dihadapi dan peristiwa yang diatur dalam undang-undang.

Baik *argumentum peranalogian* maupun *argumentum a contrario* berakar pada postulat keadilan yaitu bahwa : peristiwa yang sama diperlakukan sama (*analogi*), peristiwa yang tidak sama tidak diperlakukan sama (a *contrario*)[272].

Memang dibidang penafsiran tersedia seperangkat metode penafsiran yang dapat digunakan oleh hakim, akan tetapi menurut Komariah, bagi hakim pidana

[271] Bambang Poernomo, , *Asas-asas... , op.cit.*, hlm. 47
[272] Sudikno Mertokusumo, *op.cit,* hlm.28

lapangan penafsiran yang boleh digunakan jauh lebih sempit dari pada hakim perdata.

Penafsiran *analogi* oleh doktrin disimpulkan sebagai dilarang oleh adanya Pasal 1 ayat 1 KUHPidana, sedangkan terhadap penggunaan penafsiran *ekstensif,* seringkali pula dituduhkan "perselubungan dari penafsiran *analogi*"[273].

Batasan penggunaan metode analogi adalah tidak boleh bertentangan dengan asas legalitas. Artinya penerapan analogi tidak boleh sampai menciptakan delik-delik baru atau memperluas suatu rumusan delik. Penciptaan delik baru atau perluasan rumusan delik secara tidak terbatas akan mengarah pada ketidakpastian hukum, padahal kepastian hukum adalah salah satu pilar hukum pidana sebagaimana termaktub dalam asas legalitas. Penggunaan metode analogi harus dalam koridor antara pembaruan konstruksi yuridis dalam rangka menjangkau rasa keadilan yang harus senantiasa berkembang menurut ruang dan waktu, sementara di sisi lain harus tetap bisa memberi jaminan kepastian hukum bagi masyarakat sebagaimana yang ditekankan asas legalitas yang masih dianut di negara kita[274]

Setelah dikemukakan beberapa teori interpretasi seperti tersebut diatas, pasti kemudian timbul pertanyaan metode yang mana yang harus dipilih. Tidak ada peraturan umum mengenai pertanyaan, metode interpretasi mana yang harus digunakan untuk diterapkan pada suatu peristiwa konkrit tertentu. Hakim (yang melakukan interpretasi), akhirnya hanya akan menjatuhkan pilihan berdasarkan

---

[273] Komariah Emong Supardjaja, *op.cit.* hlm.59

[274] Maskur Hidayat, "Argumentum Per Analogiam: Dilema antara Pembaruan Konstuksi Yuridis dan Kepastian Hukum", *Majalah Varia Peradilan,* tahun XXIV No. 279 Februari 2009, hlm. 38

pertimbangan metode manakah yang paling menyakinkan dan yang hasilnya paling memuaskan. Pemilihan mengenai metode interpretasi tidak pernah dijumpai dalam yurisprudensi[275]. Memang demikianlah yang dilaksanakan dalam praktik, hakim tidak terikat mengenai metode penafsiran tertentu, hakim akan menggunakan metode penafsiran disesuaikan dengan kasus yang dihadapi, metode mana yang paling cocok dan yang hasilnya paling memuaskan.

c. Penilaian Hakim

Penerapan ketentuan pasal perundang-undangan yang didakwakan pada peristiwa konkretnya dengan jalan interpretasi tersebut di atas, dimulai dengan penentuan unsur-unsur apa saja yang terkandung dalam ketentuan pasal perundang-undangan yang didakwakan, kemudian satu persatu unsur yang terkandung dalam pasal tersebut diterapkan pada fakta hukum yang ditemukan dari peristiwa konkret yang terungkap selama persidangan perkara yang bersangkutan.

Hakim menilai apakah fakta-fakta hukum yang ditemukan memenuhi unsur-unsur yang terkandung dalam ketentuan perundang-undangan yang didakwakan.

Beberapa kemungkinan hasil penilaian hakim, (1). apa yang didakwakan dalam surat dakwaan terbukti, (2). apa yang didakwakan memang benar terbukti, tetapi apa yang didakwakan bukan merupakan tindak pidana tetapi termasuk ruang lingkup perkara perdata atau termasuk ruang ruang lingkup tindak pidana aduan (*klacht delik),* atau (3). tindak pidana yang didakwakan tidak terbukti sama

[275] Sudikno Mertokusumo, *op.cit,* hlm.20

sekali. Dakwaan yang dinyatakan terbukti, perbuatan terdakwa harus memenuhi semua unsur yang terkandung dalam ketentuan perundang-undangan yang didakwakan dalam surat dakwaan Jaksa Penuntut Umum.

Bertitik tolak dari kemungkinan hasil penilaian hakim, putusan yang akan dijatuhkan pengadilan (hakim) mengenai suatu perkara pidana, bisa berbentuk sebagai berikut[276] :

1). Putusan Bebas

Apabila dari fakta-fakta hukum yang terungkap dalam persidangan, salah satu unsur saja dari unsur-unsur yang terkandung dalam ketentuan perundang-undangan yang didakwakan tidak terbukti, berarti tidak semua unsur yang terkandung dalam ketentuan perundang-undangan yang didakwakan terpenuhi dari fakta hukum yang terungkap dalam persidangan, maka terdakwa harus dinyatakan "bebas".

Putusan bebas berarti terdakwa dijatuhi putusan bebas, atau dinyatakan bebas dari tuntutan hukum (*vrij spraak),* dalam arti dibebaskan dari pemidanaan.

Sesuai Pasal 191 ayat (1) KUHAP [277] yang dihubungkan dengan Pasal 183 KUHAP[278] tersebut di muka maka putusan bebas adalah putusan yang dinilai oleh hakim :

a) tidak memenuhi asas pembuktian menurut undang-undang secara negatif.

b) tidak memenuhi asas batas minimum pembuktian.

---

[276] lihat Yahya Harahap, op. cit, hlm 347-354

[277] Pasal 191 ayat (1) KUHAP: Jika pengadilan berendapat bahwa dari hasil pemeriksaan di sidang, kesalahan terdakwa atas perbuatan yang didakwakan kepadanya tidak terbukti secara sah dan meyakinkan, maka terdakwadiputus bebas.

[278] Pasal 183 KUHAP: Hakim tidak boleh menjatuhkan pidana kepada seseorang kecuali apabila dengan sekurang-kurangnya dua alat bukti yang sah ia memperoleh keyakinan bahwa suatu tindak pidana benar-benar terjadi dan bahwa terdakwalah yang bersalah melakukannya.

Menurut Andi Zainal Abidin[279]:

> Pasal 191 (1) KUHAP mengandung kekeliruan, dalam pasal tersebut "kesalahan" yang didahulukan, padahal "perbuatan" lah yang lebih dahulu harus dibuktikan, dan sesudahnya barulah hakim melangkah untuk meneliti tentang kemampuan bertanggung jawab dan kesalahan terdakwa, agar dapat menyimpulkan dipenuhi atau tidaknya syarat-syarat pemidanaan.

Selain yang diatur dalam Pasal 191 KUHAP, dalam KUHPidana buku ke satu Bab III terdapat beberapa pasal yang mengatur tentang hal-hal yang menghapuskan pemidanaan terhadap diri terdakwa jika terdapat hal-hal atau keadaan yang ditentukan dalam pasal-pasal KUHPidana tentang alasan membebaskan terdakwa dari pemidanaan yang dikenal dengan "alasan penghapus pidana", yang terdiri dari "alasan pembenar" dan "alasan pemaaf". Alasan pembenar juga dapat berasal dari hukum yang tidak tertulis seperti *tuchtrecht, beroepsrecht, toestemming* dan hilangnya sifat melawan hukum materiil.

2) Putusan Pelepasan dari segala tuntutan hukum

Rumusan Pasal 191 ayat (2): "Jika pengadilan berpendapat bahwa perbuatan yang didakwakan kepada terdakwa terbukti tetapi perbuatan itu tidak merupakan suatu tindak pidana, maka terdakwa diputus lepas dari segala tuntutan hukum". Menurut Yahya Harahap[280] mengandung arti :

a) Apa yang didakwakan kepada terdakwa memang terbukti secara sah dalam meyakinkan.
b) Tetapi sekalipun terbukti, hakim berpendapat bahwa perbuatan yang didakwakan tidak merupakan tindak pidana.
   Hal yang melandasi putusan pelepasan terletak pada kenyataan apa yang didakwakan dan yang telah terbukti tersebut tidak merupakan tindak pidana, tetapi termasuk ruang lingkup hukum perdata atau hukum adat.

---

[279] Andi Zainal Abidin, *Asas-asas Hukum Pidana*, Penerbit Alumni, Bandung, 1987, hlm. 264

[280] M. Yahya Harahap, *op.cit*, hlm.352

Pada putusan pembebasan, perbuatan pidana yang didakwakan kepada terdakwa "tidak terbukti" secara sah dan meyakinkan. Lain halnya dengan putusan pelepasan dari segala tuntutan hukum, apa yang didakwakan kepada terdakwa cukup terbukti secara sah baik dinilai segi pembuktian menurut undang-undang maupun dari segi batas minimum pembuktian yang diatur dalam Pasal 183 KUHAP, akan tetapi perbuatan yang terbukti itu, hakim berpendapat "tidak merupakan tindak pidana". Tegasnya perbuatan yang didakwakan dan telah terbukti itu, tidak ada diatur dan tidak termasuk ruang lingkup hukum pidana, tetapi mungkin termasuk ruang lingkup hukum perdata, hukum administrasi, hukum dagang atau hukum adat.

Pada hakikatnya apa yang didakwakan kepada terdakwa bukan merupakan perbuatan pidana, barangkali hanya berupa quasi perbuatan pidana, seolah-olah penyidik dan penuntut umum melihatnya sebagai perbuatan pidana.[281]

Mengenai rumusan Pasal 191 ayat (2) KUHAP ini Adami Chazawi[282] berpendapat, ada dua hal yang tidak jelas dalam rumusan itu :

a) Apakah yang dimaksud dengan istilah "perbuatan" dalam rumusan itu, apakah perbuatan materiil yang menjadi unsur tindak pidana, ataukah perbuatan pidana (tindak pidana atau delik)?
b) Mengenai kalimat "tidak merupakan tindak pidana", apakah artinya sama dengan "tindak pidana yang didakwakan tidak terbukti"?

Dilihat dari sumbernya, menurut Adami Chazawi, ada tiga sumber alasan hukum yang dapat digunakan sebagai alasan putusan "pelepasan dari tuntutan hukum", yaitu[283] :

a) Pasal 191 ayat (2) KUHAP
b) Menurut doktrin

---

[281] *Ibid*, hlm. 353.
[282] Adami Chazawi,: *Kemahiran dan Keterampilan Praktik Hukum Pidana,* ed pertama, Malang, Bayumedia Publishing, hlm. 238.
[283] *Ibid.*

Putusan pelepasan dari tuntutan hukum dijatuhkan pada terdakwa apabila tindak pidana yang didakwakan terbukti dalam persidangan, akan tetapi ada alasan peniadaan pidana dalam kasus tersebut, baik alasan peniadaan pidana menurut undang-undang maupun di luar undang-undang.

a. Adanya alasan peniadaan pidana menurut Undang-undang yaitu :
   1) Yang bersifat umum, yaitu daya paksa (pasal 48 KUHP), pembelaan terpaksa (pasal 49 KUHP), melaksanakan ketentuan undang-undang (pasal 50 KUHP), melaksanakan perintah jabatan (pasal 51 ayat 2 KUHP).
   2) Yang bersifat khusus, yaitu yang tersebut dalam rumusan tindak pidana itu sendiri (missal pasal 310 ayat 3 KUHP, demi kepentingan umum).
b. Adanya alasan peniadaan pidana di luar undang-undang, yang selama ini dianut dalam praktik, yaitu "hapusnya sifat melawan hukum (materiil) perbuatan" dan "tiadanya kesalahan pada diri pembuat".

c). Menurut Mahkamah Agung .

Dalam buku Pedoman Pelaksanaan Tugas dan Administrasi Pengadilan Buku edisi Revisi cetakan ke 2, yang dikeluarkan Mahkamah Agung RI[284], terdapat petunjuk mengenai syarat dijatuhkannya putusan "pelepasan dari tuntutan hukum", bunyi petunjuk Mahkamah Agung tersebut selengkapnya sebagai berikut

37. Petunjuk Mahkamah Agung tentang bunyi diktum apabila bagian-bagian esensial dalam rumusan tindak pidana dianggap tidak terbukti.
   37. 1. Pada hakekatnya perumusan suatu tindak pidana dalam kaedah hukum terdiri atas :
      a. Perumusan tentang perbuatan yang dilarang dan karenanya dapat dipidana (tindak pidanadelik yang sebenarnya).
      b. Perumusan tentang keadaan yang meliputi perbuatan yang dilarang tersebut.
   37. 2. Yang disebut pada butir a diatas, merupakan bagian-bagian esensial dari suatu perumusan tindak pidana yang harus secara nyata-nyata/factual diuraikan dalam suatu dakwaan, sehingga kalau bagian esensial tersebut tidak terbukti maka putusan akan berbunyi : "dibebaskan dari dakwaan" (bebas murni).
   37. 3. Sedangkan yang disebut pada butir b diatas, merupakan suatu "elemen" (unsur, tetapi bukan merupakan bagian/

[284] Mahkamah Agung RI , *Pedoman Pelaksanaan Tugas dan Administrasi Pengadilan Buku II,* edisi Revisi, cetakan ke 2, 1997. hlm 206 - 207

bestanddeel) dari tindak pidana atau merupakan syarat suatu perumusan tindak pidana, namun syarat-syarat itu diatur dalam bagian umum dari KUHP atau undang-undang lain tentang tindak pidana, atau syarat tersebut timbul berdasarkan asas-asas umum tentang hukum dan keadilan seperti umpamanya hal pertanggungjawaban *(toerekeningsvatbaarheid)* kesalahan, dan bertentangan dengan hukum.

37. 4. Meskipun elemen/unsur tersebut harus ada (merupakan syarat) namun karena bukan merupakan bagian esensial dari suatu tindak pidana, maka kalau hal tersebut tidak terbukti, amar putusan akan berbunyi "lepas dari segala tuntutan hukum" *(ontslag van alle rechtsvervolging).*

Kalimat dalam pasal 191 ayat (2) KUHAP '... perbuatan yang didakwakan kepada terdakwa terbukti tetapi perbuatan itu tidak merupakan tindak pidana, maka ... ", bila dihubungkan dengan teori mengenai "alasan pembenar" yang telah diuraikan di muka maka dapat disimpulkan diperoleh suatu konstruksi sebagai berikut :

a) alasan pembenar adalah alasan yang menghilangkanmenghapus sifat melawan hukumnya perbuatan sehingga perbuatan tersebut menjadi perbuatan yang patut dan benar.
b) suatu perbuatan yang hilang/hapus sifat melawan hukumnya maka perbuatan tersebut menjadi tidak melawan hukum, walaupun perbuatan tersebut telah dilakukan.
c) perbuatan yang tidak melawan hukum (pidana) tentu saja tidak dapat dimasukkan dalam kriteria "tindak pidana", atau dengan kata lain "tidak merupakan tindak pidana".
d) oleh karena itu "tidak merupakan tindak pidana" dalam Pasal 191 ayat (2) KUHAP ini adalah karena adanya "alasan pembenar".

Putusan bebas dan putusan pelepasan dari segala tuntutan hukum, seolah-olah sama, sama-sama tidak menimpakan hukuman pidana kepada terdakwa, akan

tetapi dari segi yuridis, terdapat perbedaan di antara kedua putusan itu. Pada putusan pelepasan dari segala tuntutan hukum masih memberi kemungkinan untuk mengajukan kasus tersebut dalam peradilan perdata, antara lain dengan perbuatan melawan hukum apabila korban merasa dirugikan atas perbuatan yang dilakukan terdakwa.

Mengenai putusan "bebas" dan putusan "pelepasan dari segala tuntutan hukum", apabila dihubungkan dengan "melawan hukum", di dalam praktik peradilan pidana saat ini:

a). Jika yang tidak terbukti adalah "melawan hukum" yang disebutkan dalam rumusan tindak pidana maka putusannya adalah putusan "bebas" (*vrijspraak)*

b). Jika "melawan hukum" tidak disebutkan dalam rumusan tindak pidana" tidak terbuktinya melawan hukum menghasilkan putusan "lepas dari segala tuntutan hukum".

Menurut Chairul Huda[285], praktik peradilan pidana tersebut, tidak lagi dapat dipertahankan, terutama dilihat dari teori pemisahan tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana. Dalam teori ini, tidak terbukti melakukan tindak pidana menyebabkan terdakwa diputus bebas, baik ketika salah satu unsur tindak pidana yang didakwakan (termasuk "melawan hukum" yang disebutkan secara tegas dalam rumusan tindak pidana) tidak terbukti, maupun ketika tindak pidana yang didakwakan terbukti tetapi dipandang tidak bersifat melawan hukum ("melawan hukum" menjadi unsur diam-diam). Sebab menurut teori ini, suatu perbuatan sekalipun mencocoki rumusan tindak pidana tetapi tidak bersifat melawan hukum, tidak dapat dikatakan sebagai tindak pidana atau bukan merupakan tindak pidana, oleh karena itu terdakwa yang melakukan perbuatan

[285] Chairul Huda, *op.cit,* hlm. 52

yang bukan merupakan tindak pidana, lebih tepat bila terdakwa dibebaskan. Dengan kata lain, termasuk diputus bebas jika sifat melawan hukum suatu tindak pidana (yang menjadi unsur diam-diam) tidak terbukti.

Pendapat tersebut menurut Chairul Huda juga dapat dikaitkan dengan ketentuan tentang surat dakwaan. Tidak terbukti melakukan tindak pidana berarti tidak terbukti melakukan perbuatan yang didakwakan. Mengingat syarat materiil Surat Dakwaan menurut Pasal 143 ayat (2) huruf b KUHAP adalah bahwa, uraian secara cermat, jelas dan lengkap mengenai tindak pidana yang didakwakan. Dengan demikian pasal yang didakwakan adalah suatu "tindak pidana", bukan sekedar suatu "perbuatan". Dapat dikatakan tindak pidana itu tidak terbukti jika suatu tindak pidana yang dilakukan terdakwa dipandang tidak bersifat melawan hukum.

3). Putusan Pemidanaan

Pasal 193 ayat (1) menyatakan : "Jika Pengadilan berpendapat bahwa terdakwa bersalah melakukan tindak pidana yang didakwakan kepadanya, maka pengadilan menjatuhkan pidana".

Apabila menurut pendapat dan penilaian pengadilan terdakwa telah terbukti secara sah dan meyakinkan bersalah melakukan perbuatan pidana yang didakwakan kepadanya sesuai dengan sistem pembuktian dan asas batas minimum pembuktian yang ditentukan dalam Pasal 183 KUHAP, maka kepada terdakwa dijatuhi hukuman pidana.

Hal ini berarti bahwa dari fakta-fakta hukum yang ditemukan dari peristiwa konkrit yang terungkap di persidangan dapat disimpulkan semua unsur yang terkandung dalam ketentuan perundang-undangan yang didakwakan Jaksa Penuntut Umum telah terbukti. Dengan kata lain perbuatan terdakwa telah

memenuhi semua unsur dari ketentuan perundang-undanganpasal yang didakwakan, dan tidak terbukti adanya alasan pembenar maupun alasan pemaaf.

B. Melawan Hukum dalam Hukum Perdata

Pada umumnya kasus/perkara perdata di pengadilan bermula dari suatu pihak yang merasa bahwa hak/kepentingannya dilanggar/diabaikan oleh pihak lain. Oleh karena merasa dirugikan ia mengajukan gugatan/tuntutan secara perdata ke pengadilan. Gugatan harus diajukan karena adanya hubungan hukum.

1. Perikatan

Perikatan adalah hubungan hukum yang terjadi antara orang yang satu dengan orang yang lain karena perbuatan, peristiwa atau keadaan [286]. Hubungan tersebut merupakan hubungan dalam lapangan hukum harta kekayaan (*vermogen recht)* antara dua orang atau lebih, yang memberi hak kepada salah satu pihak (*schuldeiser*/kreditor) dan memberi kewajiban kepada pihak yang lain (*schuldenaar*/debitor) atas suatu prestasi[287]. Menurut Pitlo, perikatan adalah suatu hubungan hukum yang bersifat harta kekayaan antara dua orang atau lebih, atas dasar mana pihak yang satu berhak (kreditor) dan pihak lain berkewajiban (debitor) atas suatu prestasi [288].

Perikatan merupakan hubungan hukum mengenai harta kekayaan yang terjadi antara debitor dan kreditor. Dalam hubungan hukum tiap pihak mempunyai hak dan kewajiban secara timbal balik. Pihak yang satu mempunyai hak untuk

---

[286] Abdulkadir Muhammad, *Hukum Perikatan,* Bandung, Citra Aditya Bakti, 1992, hlm 1

[287] R. Setiawan, *Pokok-pokok Hukum Perikatan,* Bandung, Bina Cipta, 1997, hlm 1-2

[288] A. Pitlo, *Het Verbintenissenrecht naarhe Nederland Burgelijk wetboek,* H.D Tjeenk dan Zoon, N.V. Harlem, 1952, hlm 2 , seperti dikutip Setiawan.

menuntut sesuatu dari pihak yang lain, pihak yang lain wajib memenuhi tuntutan itu dan sebaliknya. Sesuatu yang dituntut disebut prestasi[289]. Prestasi adalah sesuatu yang wajib dipenuhi oleh debitor dalam setiap perikatan.

Kesimpulan dari berbagai rumusan tersebut, ada 4 (empat) unsur perikatan, yaitu [290]:

a) Hubungan hukum

Hubungan hukum ialah hubungan yang terhadapnya hukum melekatkan hak kepada satu pihak dan melekatkan kewajiban kepada pihak lainnya. Apabila salah satu tidak mengindahkan atau melanggar hubungan tadi, hukum memaksakan supaya hubungan tersebut dipenuhi ataupun dipulihkan kembali.

b) Kekayaan

Objek hubungan hukum itu adalah harta kekayaan yang dapat dinilai dengan uang. Kriteria ini semakin lama sukar untuk dipertahankan, karena di masyarakat terdapat pula hubungan hukum yang tidak dapat dinilai dengan uang, oleh karena itu saat ini ditentukan bahwa sekalipun suatu hubungan itu tidak dapat dinilai dengan uang, tetapi jika masyarakat atau rasa keadilan menghendaki agar suatu hubungan diberi akibat hukum, maka hukumpun akan melekatkan akibat hukum pada hubungan tadi sebagai suatu perikatan.

c) Pihak-Pihak (Subjek Perikatan)

---

[289] Abdul kadir Muhammad, *Hukum Perdata Indonesia,* Bandung, Citra Aditya Bakti, 2000, hlm 199

[290] Mariam Darus Badrulzaman dkk., *Kompilasi Hukum Perikatan,* Bandung, Citra Aditya Bakti, 2001, hlm 1-6 dan Abdulkadir Muhammad, *Hukum Perdata . . ., op.cit.* hlm 199

Pihak yang berhak atas prestasi, pihak yang aktif adalah kreditor atau yang berpiutang dan pihak yang wajib memenuhi prestasi, pihak yang pasif adalah debitor atau yang berutang. Pihak-pihak inilah yang disebut sebagai subjek perikatan.

d) Prestasi (Objek Perikatan)

Prestasi adalah sesuatu yang wajib dipenuhi oleh debitor terhadap kreditor. Menurut Pasal 1234 KUHPerdata, prestasi dapat berupa (1) memberikan sesuatu, (2) berbuat sesuatu, (3) tidak berbuat sesuatu.

Sesuai Pasal 1233 KUHPerdata, sumber perikatan ada dua, perjanjian dan undang-undang. [291]. Perikatan atas dasar perjanjian dibagi menjadi dua yaitu (1) perikatan yang dipenuhi dan (2) perikatan yang tidak dipenuhi (wanprestasi). Perikatan yang timbul karena undang-undang dibedakan menjadi dua macam yaitu :

a. karena undang-undang saja, merupakan perikatan yang timbul oleh hubungan kekeluargaan , yang terdapat dalam Buku I KUHPerdata (misal, kewajiban alimentasi/biaya hidup).
b. karena perbuatan manusia, yang dibedakan menjadi dua yaitu (a) perbuatan yang menurut hukum, dan (b) perbuatan yang melawan hukum.

Dalam perikatan yang timbul karena perjanjian/persetujuan, kedua pihak debitor dan kreditor dengan sengaja bersepakat saling mengikatkan diri, dalam perikatan mana kedua pihak mempunyai hak dan kewajiban yang harus dipenuhi,

[291] Pasal 1233 KUHPerdata : Tiap-tiap Perikatan dilahirkan baik karena persetujuan, baik karena undang-undang.

pihak debitor wajib memenuhi prestasi dan pihak kreditor berhak atas prestasi [292]. Tentang perikatan yang timbul karena perjanjian, diatur di dalam KUHPerdata pada bab ke II Buku III.

Perjanjian adalah suatu peristiwa dimana seseorang atau lebih berjanji kepada orang lain/pihak lain atau dimana dua orang/pihak saling berjanji untuk melaksanakan suatu hal, dan dari peristiwa tersebut terbitlah suatu hubungan hukum diantara para pihak tersebut, hubungan hukum inilah yang disebut perikatan. Perjanjian merupakan sumber perikatan yang terpenting, karena perikatan yang timbul karena perjanjian merupakan yang paling banyak terjadi dalam kehidupan masyarakat.

Para pihak yang mengadakan perjanjian secara sukarela mengikatkan diri untuk menyerahkan sesuatu, berbuat sesuatu atau untuk tidak berbuat sesuatu guna kepentingan dan keuntungan dari pihak terhadap siapa ia telah berjanji atau mengikatkan diri. Dengan sifat sukarela, perjanjian harus lahir dari kehendak dan harus dilaksanakan sesuai dengan maksud dari pihak yang membuat perjanjian. Pernyataan sukarela menunjukkan bahwa perikatan yang bersumber dari perjanjian tidak mungkin terjadi tanpa dikehendaki oleh para pihak yang terlibat atau membuat perjanjian tersebut[293].

Berbeda dengan perikatan yang timbul karena perjanjian, dalam perikatan yang timbul karena undang-undang, undang-undanglah yang menerbitkan kewajiban bagi salah satu pihak dalam perikatan tersebut, meskipun

---

[292] Abdulkadir Muhammad, *Hukum Perdata . . .*, op. cit., hlm 201.

[293] Kartini Muljadi & Gunawan Widjaja, *Perikatan yang lahir dari Perjanjian,* Jakarta, Raja Grafindo Persada, 2008, hlm. 2-3.

sesungguhnya para pihak tidak menghendakinya[294], hak dan kewajiban debitor maupun kreditor ditetapkan oleh undang-undang. Pihak debitor dan kreditor wajib memenuhi ketentuan undang-undang. Undang-undanglah yang mewajibkan debitor berprestasi dan kreditor berhak atas prestasi. Kewajiban ini disebut kewajiban undang-undang, jika kewajiban tidak dipenuhi berarti pelanggaran undang-undang[295].

Perikatan yang timbul karena undang-undang merupakan perikatan yang dengan terjadinya peristiwa hukum tertentu, ditetapkan melahirkan suatu hubungan hukum diantara pihak-pihak yang bersangkutan, terlepas dari kemauan pihak-pihak tersebut[296]. Perikatan karena undang-undang ini dapat dibagi atas (1) yang lahir dari undang-undang saja, yaitu perikatan-perikatan yang timbul oleh hubungan kekeluargaan, (2) yang lahir dari undang-undang sebagai akibat perbuatan orang yang maksudnya bahwa dengan dilakukannya serangkaian tingkah laku seseorang, undang-undang melekatkan akibat hukum berupa perikatan terhadap orang tersebut. Tingkah laku seseorang tadi mungkin merupakan perbuatan yang menurut hukum (dibolehkan undang-undang) atau mungkin pula merupakan perbuatan yang tidak dibolehkan undang-undang (melawan hukum) [297].

Perikatan yang timbul karena undang-undang sebagai akibat perbuatan orang yang menurut hukum (dibolehkan undang-undang) ada 2 (dua) yaitu

---

[294] *Ibid.*

[295] Abdulkadir Muhammad, *Hukum Perdata . . . , loc. cit.*

[296] Rosa Agustina, *Perbuatan Melawan Hukum,* Jakarta, Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2003, hlm 42.

[297] Mariam Darus Badrulzaman, *KUHPerdata Buku III Hukum Perikatan dengan Penjelasan,* Bandung, Alumni, ed. kedua, 1996, hlm 8

penyelenggaraan kepentingan *(zaakwaarneming)* diatur dalam Pasal 1354 s.d. 1358 KUHPerdata, pembayaran tanpa hutang *(onverschuldigde betaling)* diatur dalam Pasal 1359 s.d. 1364 KUHPerdata.

Perikatan yang timbul karena undang-undang sebagai akibat perbuatan orang yang melawan hukum, diatur dalam Pasal 1365 s.d. 1380 KUHPerdata. Perbuatan melawan hukum tersebut dapat ditujukan kepada harta kekayaan orang lain dan dapat ditujukan kepada diri orang lain, perbuatan mana mengakibatkan kerugian bagi orang lain itu.

Kewajiban yang harus dipenuhi oleh pihak debitor dalam setiap perikatan, baik perikatan yang timbul karena perjanjian maupun perikatan yang timbul karena undang-undang disebut sebagai "prestasi". Pemenuhan prestasi adalah hakikat dari perikatan. Kewajiban memenuhi prestasi dari debitor selalu disertai dengan tanggungjawab *(liability),* artinya debitor mempertaruhkan harta kekayaannya sebagai jaminan terhadap kreditor [298].

Prestasi adalah sesuatu yang wajib dipenuhi oleh debitor dalam setiap perikatan. Prestasi adalah objek perikatan. Apabila debitor tidak memenuhi prestasinya (wanprestasi) berarti ia telah berbuat melawan hukum.

Menurut ketentuan Pasal 1234 KUHPerdata, ada 3 (tiga) kemungkinan wujud prestasi, yaitu (1) memberikan sesuatu, (2) berbuat sesuatu, (3) tidak berbuat sesuatu.

---

[298] Abdulkadir Muhammad, *Hukum Perikatan, op.cit.*, hlm. 17

2. Wanprestasi

Wanprestasi berasal dari istilah aslinya dalam bahasa Belanda *Wanprestatie. Wan* berarti buruk/jelek dan *prestatie* berarti kewajiban yang harus dipenuhi oleh debitor dalam setiap perikatan. Wanprestasi dengan demikian adalah prestasi yang buruk/jelek. Secara umun artinya tidak memenuhi kewajiban yang telah ditetapkan dalam perikatan, baik perikatan yang timbul karena perjanjian maupun perikatan yang timbul karena undang-undang[299].

Tidak dipenuhinya kewajiban oleh debitor disebabkan oleh dua kemungkinan alasan[300]: (1) karena kesalahan debitor, baik dengan sengaja maupun karena kelalaian, (2) karena keadaan memaksa *(overmacht), force majeure,* jadi di luar kemampuan debitor, debitor tidak bersalah.

Menurut Gunawan Widjaja dan Kartini Muljadi[301]:

> "Wanprestasi memiliki pengertian yang jauh lebih luas dari sekedar cidera janji, oleh karena cidera janji hanya berbicara atau berhubungan dengan kelalaian atau ketiadalaksanaan suatu prestasi yang merupakan perikatan yang lahir dari perjanjian, sedangkan wanprestasi itu sendiri berbicara soal pelaksanaan prestasi yang buruk, yang tidak sesuai, yang tidak hanya lahir dari perjanjian semata-mata, melainkan juga terhadap perikatan yang lahir dari undang-undang sebagaimana digariskan dalam Pasal 1233 KUHPerdata"

Dengan kata lain Gunawan Widjaja dan Kartini Muljadi hendak mengatakan bahwa kelalaian atau ketiadalaksanaan (tidak terlaksananya) suatu prestasi dari perikatan yang timbul karena perjanjian disebut dengan "cedera janji", dengan demikian pengertiannya lebih sempit dari wanprestasi.

---

[299] *Ibid., hlm 20*

[300] Abdulkadir Muhammad, *Hukum Perdata . . . , op. cit., hlm 203*

[301] Gunawan Widjaja dan Kartini Mulyadi,*Perikatan yang Lahir dariUndang-undang,* Jakarta, Raja Grafindo Persada, ed 1,cet 1, 2003, hlm 90.

Rumusan wanprestasi tersebut serupa dengan istilah *"default"* dalam bahasa Inggris, yang menurut Black's Law Dictionary, yang dimaksud *"default"* adalah [302]:

> *By its derivation, a failure. An omission of that which ought to be done?. Specificically, the omission or failure to perform a legal or contractual duty ?; to observe a promise or discharge an obligation?. Or to perform an agreement. The term also embreces the idea of dishonesty, and of wrongful act?*

Dari pengertian tersebut, default memang tidak spesifik menunjuk hanya pada cedera janji melainkan pada wanprestasi, atau tidak dipenuhinya suatu kewajiban hukum, yang juga memberikan arti kepada suatu tindakan yang melawan hukum. Jadi ini berarti wanprestasi merupakan suatu pengertian yang sangat luas, yang tidak hanya meliputi cedera janji atau tidak melaksanakan perikatan yang lain dari perjanjian, tetapi juga meliputi segala macam kewajiban (dalam hal ini kewjiban dalam lapangan harta kekayaan, perikatan) yang dibebankan oleh hukum.

Rutten [303] menyatakan bahwa wanprestasi merupakan *species* dari *genus* perbuatan yang melawan hukum yaitu mengenai pelanggaran terhadap hak subjektif, dengan perkataan lain, wanprestasi dan perbuatan melawan hukum adalah merupakan *lex specialis derogat legi generali.*

Dilihat sepintas lalu memang wanprestasi juga termasuk perbuatan melawan hukum karena bagaimanapun juga telah memenuhi unsur-unsur dari perbuatan melawan hukum, namun apabila dilihat dari sumber perikatan dan

---

[302] *Ibid.*

[303] Rutten, seperti dikutip Rosa Agustina, *op.cit.*, hlm 45

akibatnya akan tampak berbeda. wanprestasi bersumber dari perjanjian sedangkan perbuatan melawan hukum bersumber dari undang-undang.

Pengertian tentang wanprestasi yang berkembang dan sudah menjadi pengertian umum dan lazim digunakan dalam praktik adalah bahwa wanprestasi diartikan sama dengan cedera janji, yaitu tidak dipenuhinya prestasi seperti yang telah dijanjikan dalam perikatan yang berupa perjanjian.

Di dalam suatu perjanjian, para pihak saling mengikatkan diri (membuat perikatan yang berupa perjanjian), dan di dalam perjanjian tersebut disepakati prestasi apa yang harus dipenuhi oleh debitor kepada kreditor atau prestasi apa yang harus dipenuhi oleh para pihak. Apabila salah satu pihak tidak melaksanakan/tidak memenuhi prestasi yang telah disepakati dalam perjanjian, maka ia telah melanggar (melawan) hukum yang telah dibuatnya sendiri, istilah yang telah lazim dipakai dalam lalu lintas hukum ia telah "wanprestasi"

Menurut Ahmadi Miru, wanprestasi atau tidak dipenuhinya janji dapat berupa (1) sama sekali tidak memenuhi prestasi, (2) prestasi yang dilakukan tidak sempurna, (3) terlambat memenuhi prestasi, (4) melakukan apa yang dalam janji dilarang untuk dilakukan[304].

Suatu perjanjian berlaku sebagai hukum bagi yang membuatnya. Seseorang yang melanggar perjanjian yang telah dibuatnya sendiri berarti ia telah berbuat melawan hukum. Wanprestasi artinya tidak memenuhi (melanggar) sesuatu yang diwajibkan seperti yang telah ditentukan dalam perjanjian.

---

[304] Ahmadi Miru, *Hukum Kontrak dan Perancangan Kontrak*, Jakarta, Raja Grafindo Persada, 2007, hlm 74.

Untuk adanya kewajiban ganti rugi bagi debitor, undang-undang menetukan bahwa debitor harus terlebih dahulu dinyatakan berada dalam keadaan lalai. Seorang debitor baru dapat dikatakan lalai/cedera janji/wanprestasi apabila ia telah diberikan peringatan (somasi) oleh kreditor atau jurusita. Apabila peringatan tidak diindahkan, debitor dinyatakan lalai, maka kreditor berhak membawa persoalan itu ke pengadilan dalam suatu gugatan perdata. Lembaga "pernyataan lalai" ini adalah merupakan upaya hukum untuk sampai kepada suatu fase dimana debitor dinyatakan ingkar janji (wanprestasi). Berada dalam keadaan lalai maksudnya ialah peringatan atau pernyataan dari kreditor tentang "saat" selambat-lambatnya debitor wajib memenuhi prestasi. Apabila "saat" ini terlampaui, maka debitor dapat dinyatakan ingkar janji[305] (Lihat Pasal 1243 KUHPerdata[306]). Setelah dibawa ke pengadilan dalam suatu gugatan perdata, pengadilan yang akan menentukan apakah debitor wanprestasi atau tidak.

Bentuk pernyataan lalai menurut Pasal 1238 KUHPerdata adalah : "si berutang adalah lalai, apabila ia dengan surat perintah atau dengan akta sejenis itu telah dinyatakan lalai, atau demi perikatannya sendiri, ialah jika ini menetapkan, bahwa si berutang akan harus dianggap lalai dengan lewatnya waktu yang ditentukan".

Pernyataan lalai diperlukan dalam hal :

a. Kreditor berkehendak menuntut ganti rugi.

---

[305] Mariam Darus Badrulzaman et. al. , *Kompilasi Hukum Perikatan,* Bandung, Citra Aditya Bakti, 2001, hlm 19.

[306] Pasal 1243 KUHPerdata : Penggantian biaya, rugidan bunga karena tidak dipenuhinya suatu perikatan, barulah mulai diwajibkan apabila debitor setelah dinyatakan lalai memenuhi perikatannya, tetap melalaikannya, atau jika sesuatu yang harus diberikan atau dibuatnya dalam tenggang waktu tertentu telah dilampauinya.

b. Kreditor berkehendak meminta pemutusan perikatan.

c. Debitor keliru melakukan prestasi dengan itikad baik.

d. Perikatan tidak dipenuhi pada waktunya, disini debitor masih dianggap bersedia memenuhi prestasi, hanya saja terlambat, dengan lembaga ini debitor masih diberi kesempatan untuk memenuhi perikatan.

Pernyataan lalai tidak diperlukan dalam hal :

a. Kreditor hanya menuntut adanya pemenuhan, lembaga pernyataan lalai tak diperlukan karena hak untuk mendapatkan pemenuhan sudah ada dalam perikatan itu sendiri.

b. Debitur keliru melakukan prestasi dengan itikad burukjahat.

c. Perikatan diadakan untuk jangka waktu tertentu, dengan dilampauinya jangka waktu tertentu itu, maka debitor telah tidak memenuhi perikatan[307].

3. Perbuatan Melawan Hukum

Seperti telah diuraikan di muka, bahwa perikatan yang timbul karena undang-undang merupakan perikatan yang dengan terjadinya peristiwa hukum tertentu, ditetapkan melahirkan suatu hubungan hukum diantara pihak-pihak yang bersangkutan, terlepas dari kemauan pihak-pihak tersebut. Perikatan yang timbul karena undang-undang dibedakan menjadi dua yaitu yang timbul karena undang undang saja dan yang timbul dari undang-undang sebagai akibat perbuatan orang, yang maksudnya bahwa akibat perbuatan orang tersebut undang-undang

[307] Mariam Darus Badrulzaman, *Hukum Perikatan, op.cit,* hlm 19-21

melekatkan akibat hukum berupa perikatan terhadap orang tersebut. Apabila salah satu pihak dalam perikatan tersebut tidak memenuhi prestasi yang menjadi kewajibannya maka ia telah melakukan wanprestasi.

Perikatan yang timbul karena undang-undang sebagai akibat perbuatan orang yang melawan hukum yang lazim dikenal dengan istilah "perbuatan melawan hukum" *(onrechtmatigedaad)*, urutan kejadiannya dapat dikonstruksikan sebagai berikut :

a). Seseorang melakukan suatu perbuatan yang melawan hukum.

b). Perbuatan tersebut mengakibatkan orang lain menderita kerugian.

c). Karena mengakibatkan kerugian terhadap orang lain, maka undang-undang menetapkan bahwa antara pelaku perbuatan melawan hukum dan orang lain yang dirugikan tersebut terjadi suatu perikatan dimana si pelaku perbuatan melawan hukum harus memenuhi suatu prestasi yang berupa mengganti kerugian kepada orang yang dirugikan (lihat Pasal 1365 dan 1366 KUHPerdata). Dengan terjadinya perikatan tersebut maka si pelaku perbuatan yang melawan hukum menjadi debitor yang wajib melaksanakan prestasi dan orang yang dirugikan menjadi kreditor yang berhak atas prestasi. Apabila pelaku perbuatan melawan hukum tidak memenuhi prestasi (yang berupa mengganti kerugian) maka sejatinya ia juga telah wanprestasi.

Pelaku perbuatan yang melawan hukum yang tidak memenuhi prestasinya (wanprestasi) inilah yang lazim digugat di pengadilan atas dasar Perbuatan Melawan Hukum.

Menurut Gunawan Widjaja dan Kartini Mulyadi, Perbuatan melawan hukum memiliki dua makna [308]:

a. Perbuatan melawan hukum dalam arti luas, yang meliputi segala macam bentuk wanprestasi terhadap setiap bentuk perikatan atau kewajiban yang dibebankan dalam setiap ketentuan perundang-undangan yang berlaku, yaitu sebagaimana yang diberikan dalam Pasal-Pasal 1236, 1239,1240, 1242 KUHPerdata.
b. Perbuatan melawan hukum dalam arti sempit, yaitu yang diatur dalam Pasal 1365-1380 KUHPerdata.

Pasal 1365 KUHPerdata masih tetap berlaku dan dapat dipedomani, apalagi Hukum Adat Indonesia juga mengenal hakekat hukum seperti yang tercantum dalam pasal 1365 KUHPerdata yaitu: "Tiap perbuatan melanggar hukum, yang membawa kerugian pada orang lain, mewajibkan orang yang karena salahnya menerbitkan kerugian itu, mengganti kerugian tersebut", merupakan aturan pokok yang dipedomani untuk mengatur tentang segala sesuatu yang berkaitan dengan perbuatan melawan hukum.

Membaca Pasal 1365 KUHPerdata jelas bahwa tidak terdapat perumusan mengenai pengertian perbuatan melawan hukum. Tetapi hanya mengatur bilamana seseorang yang mengalami kerugian karena perbuatan melawan hukum yang dilakukan orang lain terhadap dirinya, dapat mengajukan tuntutan ganti kerugian. Jadi bukan perbuatan melawan hukum yang diatur tetapi syarat-syarat yang harus dipenuhi untuk dapat menuntut ganti kerugian karena perbuatan melawan hukum.

Pasal-pasal selanjutnya dari Pasal 1365 KUHPerdata tersebut yang merupakan rangkaian pasal-pasal yang mengatur tentang perbuatan melawan

[308] Gunawan Widjaja dan Kartini Mulyadi, *loc.,cit.*

hukum juga tidak terdapat perumusan mengenai apa dan bagaimana perbuatan melawan hukum itu.

Selain hal itu pasal-pasal dalam KUHPerdata yang mengatur mengenai perbuatan melawan hukum tersebut juga tidak menyatakan batasan apapun bahwa setiap orang yang menderita kerugian karena perbuatan melawan hukum yang dilakukan orang lain dapat menuntut ganti rugi.

Hal tersebut berbeda dengan sistem yang dianut oleh ketentuan di dalam *Niew BW* Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Baru di Belanda, dimana dalam Pasal 6.3.1.2 ditentukan bahwa tidak ada kewajiban untuk membayar ganti rugi apabila kaidah yang dilanggar tidak dimaksudkan untuk melindungi kerugian yang diderita oleh orang yang dirugikan[309].

Di dalam *Niew B W* tersebut pada ketentuan pasal 6.3.1.1 disebutkan juga secara eksplisit sebagai berikut : "Perbuatan Melanggar Hukum adalah perbuatan yang melanggar hak (subjektif) orang lain ataupun berbuat (atau tidak berbuat) bertentangan dengan kewajiban menurut Undang-Undang atau bertentangan dengan apa yang menurut hukum tidak tertulis, seharusnya dijalankan oleh seseorang dalam pergaulan dengan sesama warga masyarakat, satu dan lain mengingat adanya alasan pembenar menurut hukum"[310].

Syarat "tidak adanya alasan pembenar menurut hukum" tidak disebut secara eksplisit oleh ketentuan dalam pasal-pasal KUHPerdata. Hal itu dianggap secara implisit sudah tersimpul dari makna perbuatan melawan hukum itu sendiri.

---

[309] Setiawan, *Empat Kriteria Perbuatan Melanggar Hukum dan Perkembangan dalam Yurisprudensi*, Majalah Varia Peradilan, Tahun II, No. 16, Januari 1987, hlm. 173.

[310] *Ibid*, hlm. 171

Tidak adanya alasan pembenar menurut hukum, berkaitan dengan sifat melawan hukumnya perbuatan. Apabila terjadi suatu perbuatan melawan hukum, masih dapat diajukan pertanyaan, apakah benar dan nyata perbuatan konkret itu merupakan perbuatan melawan hukum. Jawaban atas pertanyaan itu tergantung pada masalah apakah dalam kasus konkrit tadi terdapat alasan pembenar menurut hukum ataukah tidak. Selanjutnya masalah pertanggungjawaban baru dipersoalkan setelah dapat ditentukan adanya suatu perbuatan melawan hukum dalam situasi yang konkret. Alasan pembenar merupakan keadaan yang dapat meniadakan sifat melawan hukumnya perbuatan.

Selanjutnya apabila memang benar si pelaku perbuatan (tergugat) telah melakukan perbuatan melawan hukum dan tidak ada alasan pembenar menurut hukum, apakah hakim dapat langsung menghukumnya untuk membayar ganti kerugian. Hal tersebut tentu saja bergantung dari kesalahannya atau hal-hal yang dapat menghapuskan kesalahan pelaku.

a. Melawan Hukum Menurut Doktrin Hukum Perdata

Pengertian "perbuatan melawan hukum", di Indonesia diterjemahkan dari istilah belanda: *onrechtmatige daad,* yang secara normatif selalu merujuk pada ketentuan Pasal 1365 KUHPerdata. Pasal ini sama sekali tidak memberikan pengertian/rumusan/definisi dari apa yang dimaksud perbuatan melawan hukum. Rumusan norma dalam Pasal 1365 KUHPerdata, lebih merupakan struktur norma dari pada substansi ketentuan hukum yang sudah lengkap, oleh karenanya

substansi ketentuan pasal ini senantiasa memerlukan materialisasi di luar KUHPerdata[311].

Pasal 1365 KUHPerdata menentukan bahwa tiap perbuatan melawan hukum yang mengakibatkan kerugian pada orang lain, mewajibkan orang yang karena salahnya menimbulkan kerugiaan tersebut untuk mengganti kerugian[312], sehingga pasal ini tidak memberikan definisi melainkan hanya mengatur bila seseorang mengalami kerugian karena perbuatan melawan hukum yang dilakukan oleh orang lain, dapat mengajukan tuntutan ganti kerugian.

Beberapa definisi dari "perbuatan melawan hukum" yang pernah diberikan oleh para ahli antara lain sebagai berikut[313] :

1) Tidak memenuhi sesuatu yang menjadi kewajibannya selain dari kewajiban kontraktual atau kewajiban *quasi contractual* yang menerbitkan hak untuk meminta ganti rugi.
2) Suatu perbuatan atau tidak berbuat sesuatu yang mengakibatkan timbulnya kerugian bagi orang lain tanpa sebelumnya ada suatu hubungan hukum, dimana perbuatan atau tidak berbuat tersebut baik merupakan suatu perbuatan biasa maupun bisa juga merupakan suatu kecelakaan.
3) Tidak memenuhi suatu kewajiban yang dibebankan oleh hukum, kewajiban mana ditujukan terhadap setiap orang pada umumnya, dan dengan tidak memenuhi kewajibannya tersebut dapat dimintakan suatu ganti rugi.
4) Suatu kesalahan perdata *(civil wrong)* terhadap mana suatu ganti kerugian dapat dituntut yang bukan merupakan wanprestasi terhadap kontrak atau wanprestassi terhadap kewajiban *trust* ataupun wanprestasi terhadap kewajiban *equity* lainnya.
5) Suatu kerugian yang tidak disebabkan oleh wanprestasi terhadap kontrak, atau lebih tepatnya, merupakan suatu perbuatan yang merugikan hak-hak orang lain yang diciptakan oleh hukum yang tidak terbit dari hubungan kontraktual.

Perbuatan melawan hukum yang merupakan terjemahan dari *onrechtmatigedaad* ini diatur dalam KUHPerdata Buku III tentang Perikatan,

---

[311] Rossa Agustina, *op.cit.*, hlm. 3

[312] Subekti, dan Tjitrosudibio, *loc.cit*

[313] Munir Fuady, *Perbuatan Melawan Hukum, Pendekatan Kontemporer,* Bandung, Citra Aditya Bakti, 2002, hlm. 4

Pasal 1365 sampai dengan Pasal 1380. Mengenai istilah perbuatan melawan hukum ini, beberapa sarjana ada yang menggunakan istilah "melawan" dan ada yang menggunakan istilah "melanggar" dengan alasan masing-masing. Penggunaan istilah "melawan hukum" pada umumnya berpendapat bahwa dalam kata "melawan" melekat sifat aktif dan pasif[314], atau ada yang menyebut sifat positif dan negatif, mencakup substansi yang lebih luas yaitu baik perbuatan yang didasarkan pada "kesengajaan" maupun "kelalaian"[315].

Istilah *onrechtmatigedaad* dalam bahasa Inggris disebut dengan *tort.* Kata *tort* itu sendiri sebenarnya hanya berarti "salah" (*wrong).* Dalam *Common Law,* kata *tort* berkembang sedemikian rupa sehingga berarti kesalahan perdata yang bukan berasal dari wanprestasi kontrak[316], serupa dengan pengertian perbuatan melawan hukum (*onrechtmatigedaad).*

Dalam *Law of Tort,* hampir tidak ada sumber hukum tertulis yang dengan tegas mengatur sebagaimana KUHPerdata. Pengertian *Law of Tort* tumbuh dan berkembang bersumber dari keputusan hakim yang wajib selalu diikuti oleh para hakim sehingga membentuk suatu kaidah yang tidak terkodifikasi secara khusus (*judge make law*)[317]. Di Inggris, *Tort Law* memberikan perlindungan hukum terhadap berbagai kepentingan, seperti keamanan pribadi, harta benda, dan kepentingan ekonomi. Perlindungan tersebut diberikan melalui sistem kompensasi berupa ganti rugi secara perdata dan dapat juga dalam bentuk pencegahan

---

[314] Moegni Djojodirjo, *op.cit,* hlm. 126

[315] Mariam Darus Badrulzaman, *KUHPerdata Buku III, Hukum Perikatan dengan Penjelasan,* Bandung, Alumni, 1983, hlm. 146

[316] Munir Fuady, *op.cit,* hlm. 2

[317] Michele Adams, *Causation and Responsibility and Tort and Affirmative Action,* Texas Law Review volt 179, Februari 2001, hlm. 19

(injunction) [318] . Seseorang yang akan menggugat berdasarkan *tort,* harus didasarkan pada suatu bentuk *tort* tertentu yang telah diakui oleh pengadilan atau mempunyai bentuk baru yang diadakan untuk itu [319].

Bentuk-bentuk *tort* yang telah diakui pengadilan Inggris secara garis besar meliputi : *negligence, defamation, nuisance, injurious falsehood, injurious to domestic relation, injurious to economic and contractual relations, deceit* dan *malicious prosecution.* Berbeda dengan perbuatan melawan hukum yang tidak dikenal bentuk khusus semacam itu. Bentuk-bentuk perbuatan melawan hukum dapat ditafsirkan seluas-luasnya karena berdasar pasal 1365 KUHPerdata yang bersifat pengertian umum.

Pada *tort,* lebih mementingkan akibat daripada tingkah dan motif didalamnya, artinya maksud yang buruk atau motif pada umumnya tidak diperhatikan. Suatu perbuatan yang dilakukan dengan motif atau maksud buruk, tidak menjadikan suatu perbuatan yang adalah sah menurut hukum menjadi bertentangan dengan hukum *(the presence of malice make an lawful act unlawful)*[320].

Perbedaan antara perbuatan melawan hukum dan *tort* adalah [321]:

1) Pengertian

   a) Pengertian perbuatan melawan hukum dalam Pasal 1365 KUHPerdata lebih luas, karena dirumuskan dan meliputi pelanggaran hak subjektif orang lain, atau melanggar kewajiban

[318] Rosa Agustina, *op.cit.,* hlm. 104-105.

[319] P.W.D. Redmond, *General Principles of English Law,* Playmouth, Mac Donald and Evans, 1974, hlm 3.

[320] *Ibid.*

[321] lihat Rosa Agustina, *op.cit.,* hlm165-171.

hukum pelaku, atau bertentangan dengan kesusilaan, atau bertentangan dengan kepatutan dalam pergaulan masyarakat. *Tort* meliputi bentuk-bentuk yang terbatas, dalam arti telah diakui pengadilan yang secara garis besar meliputi *negligence, defamation, nuisance, trespass, injurious falsehood, injurious to domestice relations, injuriuos to economic and contractual relations, deceit dan malicious prosecution.*

b). Dalam KUHPerdata telah terdapat rumusan pengertian dalam penafsiran luas mengenai perbuatan melawan hukum. Dalam *Common Law* tidak terdapat rumusan dalam undang-undang mengenai *tort. Tort* dirumuskan oleh para ahli hukum, antara lain melalui putusan-putusan pengadilan.

2). Unsur Kesalahan

Pada Pasal 1365 KUHPerdata memerlukan adanya unsur kesalahan yang harus dibuktikan yang juga diatur dalam Pasal 1865 KUHPerdata. Sebaliknya dalam *tort*, seseorang dapat saja dipertanggungjawabkan terhadap kerugian yang timbul tanpa perlu dibuktikan unsur kesalahan, jadi tidak perlu diperhatikan apakah seseorang berbuat sengaja atau lalai.

3). Unsur Kerugian.

Unsur kerugian dalam perbuatan melawan hukum haruslah dibuktikan, sedangkan dalam *tort* tertentu, umpamanya dalam *trespass to land* dan *libel,* unsur kerugian tidak perlu dibuktikan.

Kerugian dalam perbuatan melawan hukum dapat berupa kerugian materiil dan idiil, sedangkan dalam *tort* kerugian dapat berupa *compensatory damages, nominal damages* dan *exemplary damages.*

4). Unsur Kausalitas.

Pada *tort* umumnya, unsur maksud buruk *(malice)* tidak dipertimbangkan, dalam *tort* tertentu unsur tersebutr perlu dibuktikan agar gugatan dapat berhasil, misal dalam *deceit, malicious prosecution, nuisance, conspiracy,* dan *injurious falsehood* dan *defamation* [322].

Menurut Rosa Agustina, perumusan norma dalam Pasal 1365 KUHPerdata yang lebih merupakan struktur dari pada substansi, dalam praktiknya membawa implikasi pada berbagai hal, setidaknya implikasi itu bergerak dalam dua persepsi secara bersamaan :

Pertama, Pasal 1365 KUHPerdata merupakan ketentuan *all cathes* atau dalam bahasa sarkastis disebut sebagai pasal "keranjang sampah".

Kedua, Pasal 1365 KUHPerdata justru merupakan stimulans untuk terjadinya penemuan hukum *(rechtvinding)* secara terus menerus[323].

Mariam Darus Badrulzaman dalam Rancangan Undang-Undang (RUU) Perikatan, berusaha merumuskan arti perbuatan melawan hukum secara lengkap sebagai berikut[324] :

---

[322] R.F.V. Heuston, *Salmond on the Law of tort,* London, Sweet & Maxweel, 1993, hlm. 174

[323] Rosa Agustina *op.cit.*, hlm. 1

[324] St. Remmy Sjahdeni, et. al. , *Naskah Akademis Peraturan Perundang-undangan tentang Perbuatan Melawan Hukum,* Jakarta, Badan Pembinaan Hukum Nasional Departement Kehakiman RI, 1993 1994, hlm.18

1) Suatu perbuatan melawan hukum yang mengakibatkan kerugian kepada orang lain mewajibkan orang yang karena kesalahan atau kelalaiannya menerbitkan kerugian itu mengganti kerugian tersebut.
2) Melanggar hukum adalah tiap perbuatan yang melanggar hak orang lain atau bertentangan dengan kepatutan yang harus diindahkan dalam pergaulan kemasyarakatan terhadap pribadi atau harta benda orang lain
3) Seorang yang sengaja tidak melakukan suatu perbuatan yang wajib dilakukannya, disamakan dengan seorang yang melakukan suatu perbuatan terlarang dan karenanya melanggar hukum.

Rumusan norma dalam konsep Mariam Darus Badrulzaman ini telah mengabsorbsi perkembangan pemikiran yang baru mengenai perbuatan melawan hukum. Dalam konsep tersebut melawan undang-undang (hukum tertulis) tapi juga bertentangan dengan kepatutan yang harus diindahkan dalam pergaulan masyarakat (hukum tidak tertulis).

Perbuatan melawan hukum dalam Pasal 1365 KUHPerdata pada awalnya memang mengandung pengertian yang sempit, yaitu bahwa perbuatan melawan hukum merupakan perbuatan yang bertentangan dengan hak dan kewajiban hukum menurut undang-undang. Dengan kata lain bahwa perbuatan melawan hukum *(onrechtmatigedaad)* sama dengan perbuatan melawan undang-undang *(onwetmatigedaad)*. Dalam perkembangan kemudian, pengertian tersebut mencakup substansi yang lebih luas. Menurut Wirjono Projodikoro, kini istilah Perbuatan Melanggar Hukum ditujukan kepada hukum yang pada umumnya berlaku di Indonesia dan yang sebagian besar merupakan hukum adat[325].

b. Melawan Hukum dalam Yurisprudensi Hukum Perdata

Seperti telah disebutkan bahwa semula pengertian perbuatan melawan hukum mengandung pengertian yang sempit, bahwa perbuatan melawan hukum

[325] Wirjono Projodikoro, *Perbuatan Melanggar Hukum,* Bandung, Sumur Bandung, 1993, hlm.7.

(*onrechtmatige daad)* sama dengan perbuatan melawan undang-undang (*onwetmatige daad).*

Pasal 1365 KUHPerdata jelas terlihat bahwa tujuan dari aturan tersebut adalah untuk memberikan ganti kerugian, dengan tujuan tersebut maka keadilan yang dituju merupakan suatu keadilan *corrective* (keadilan *corrective* mencari untuk mengganti atau memperbaiki kerugian[326]).

Perkembangan pengertian perbuatan melawan hukum dapat diikuti dengan menelusuri perkembangan pengertiannya sebelum dan sesudah tahun 1919 melalui yurisprudensi di Belanda.

Pendapat *Hoge Raad* sebelum tahun 1919 berpendapat dan menafsirkan perbuatan melawan hukum secara sempit, dimana perbuatan melawan hukum ditafsirkan sebagai berbuat atau tidak berbuat sesuatu yang melanggar hak orang lain atau bertentangan dengan kewajiban hukum pelaku yang telah diatur oleh undang-undang.

Moegni Djojodirjo membagi perkembangan pengertian perbuatan melawan hukum menjadi 3 masa sebagai berikut[327] :

1). Masa antara tahun 1838-1883

Pada waktu ini dianut pendirian bahwa *onrechtmatig* adalah *onwetmatig,* yang berarti bahwa suatu perbuatan baru dianggap melawan hukum

---

[326] J. Djohansyah, "Legal Justice, Social Justice dan Moral Justice Dalam Praktek", *Makalah Pembanding* untuk *Panel Diskusi* Bagi Hakim Tingkat Banding dan Hakim Tingkat Pertama Se Wilayah Pengadilan Tinggi DKI Jakarta, 6 November 2000, Pusdiklat Mahkamah Agung RI, 2004, hlm 14.

[327] Moegni Djojodirjo, *op.cit,* hlm. 28-31 dan lihat hlm. 24-26

(onrechtmatige) bilamana perbuatan tersebut bertentangan dengan ketentuan undang-undang yang bersangkutan.

2). Masa antara 1883-1919

Dalam tahun 1883 *Hoge Raad* menerapkan ajaran, bahwa Pasal 1366 yang tidak lain adalah pelengkap daripada Pasal 1365 merupakan ketentuan lanjutan dari istilah *daad* (Perbuatan), yang digunakan dalam Pasal 1365 sehingga untuk kedua pasal tersebut harus dipenuhi syarat sifat melawan hukum *(onrechtmatige heid)* sekaligus pengertian *onrechtmatig* secara tegas diperluas, bahwa tidak hanya pelanggaran suatu kewajiban menurut undang-undang *(wetelijke plicht)* melainkan juga dalam hal terjadi pelanggaran atas suatu hak *(subjektif recht)* dapat diterapkan Pasal 1365 dan 1366 KUHPerdata.

3). Masa sesudah 1919

Pada tahun 1919 dalam arrest yang sangat terkenal yaitu dalam perkara Lindenbaum melawan Cohen, dengan keputusannya tanggal 31 Januari 1919, Hoge Raad telah memberikan perumusan tentang *onrechtmatige daad* sama dengan yang dicantumkan dalam rancangan Undang-Undang 1913 yang telah dirubah, dimana rumusan tentang perbuatan melawan hukum adalah: perbuatan melawan hukum adalah merupakan suatu perbuatan atau suatu kealpaan berbuat, yang melanggar hak orang lain, atau bertentangan dengan kewajiban hukum si pelaku (orang yang melakukan perbuatan) atau melanggar baik kesusilaan, ataupun bertentangan dengan keharusan yang harus diindahkan dalam pergaulan

masyarakat tentang orang lain atau barang. Setelah putusan tersebut maka dipakailah pengertian luas perbuatan melawan hukum. Kaidah yang ditarik dari arest inilah yang sampai sekarang dipakai dan selalu dirujuk untuk menerangkan arti melawan hukum.

Namun demikian arest ini tetap menimbulkan pertanyaan tentang bilamanakah perbuatan itu melanggar hak subjektif orang lain, bertentangan dengan kewajiban hukum orang yang berbuat, bertentangan dengan kesusilaan, bertentangan dengan kecermatan yang patut dalam lalu lintas pergaulan masyarakat tentang orang lain maupun barang.

Sejak putusan *Hoge Raad* dalam perkara Lindenbaum melawan Cohen pada tahun 1919 tersebut, terdapat 4 kriteria perbuatan melawan hukum[328] :

1) Bertentangan dengan kewajiban hukum si pelaku
2) Melanggar hak subjektif orang lain
3) Melanggar kaidah tata susila
4) Bertentangan dengan asas kepatutan, ketelitiaan serta sikap hati-hati yang seharusnya dimiliki seseorang dalam pergaulan dengan sesama warga masyarakat atau terhadap harta benda orang lain.

Kriteria pertama dan kedua berhubungan dengan hukum tertulis, sedangkan kriteria ke tiga dan keempat berhubungan dengan hukum tidak tertulis.

Putusan *Hoge Raad* mempergunakan kata-kata "ataukah". . . "atau", dengan demikian untuk adanya suatu perbuatan melawan hukum tidak disyaratkan keempat kriteria secara komulatif. Cukup dengan salah satu kriteria tersebut, secara alternatif, telah terpenuhi pula syarat untuk suatu perbuatan melawan hukum[329].

---

[328] Setiawan, "Empat Kriteria Perbuatan Melawan Hukum Dan Perkembangan Dalam Yurisprudensi", *Majalah Varia Peradilan* No. 16 tahun II (Januari 1987), hlm. 171

[329] *Ibid*

ad. 1). Bertentangan dengan kewajiban hukum si pelaku

Kriteria pertama ini memandang masalah perbuatan melawan hukum dari segi si pelaku.

Apakah yang dimaksud dengan kewajiban hukum (*rechtsplicht)* itu ?

Rechtsplicht merupakan kewajiban yang berdasar atas hukum, mencakup keseluruhan norma-norma baik tertulis maupun tidak tertulis. Termasuk dalam arti ini, perbuatan pidana pencurian, penggelapan, penipuan dan pengrusakan [330] . Bertentangan dengan *rechtsplicht* adalah perbuatan seseorang yang melakukan perbuatan yang bertentangan dengan keharusan atau larangan. Dalam hal ini termasuk pula pelanggaran terhadap ketentuan hukum pidana[331], dengan demikian maka pelanggaran terhadap ketentuan hukum pidana tidak hanya bersifat melawan hukum (*wederrechtelijke* dalam pengertian hukum pidana), akan tetapi dalam keadaan tertentu dapat juga bersifat melanggar hukum (*onrechtmatig* dalam pengertian hukum perdata)[332].

Setiap ketentuan umum yang bersifat mengikat termasuk dalam pengertian "kewajiban hukum". Apabila seseorang menimbulkan kerugian bagi orang lain dengan cara melanggar suatu ketentuan undang-undang (baik dalam artian formil maupun materiil), maka ia melakukan suatu perbuatan melawan hukum, yakni bertindak secara bertentangan dengan kewajiban hukumnya.

---

[330] Djuhaendah Hasan, *Istilah Dan Pengertian Perbuatan Melawan Hukum Dalam Laporan Akhir Kopendium Bidang Perbuatan Melawan Hukum,* Jakarta, Badan Pembinaan Hukum Nasional Departemen Kehakiman R.I, 1996 1997, hlm. 24

[331] Moegni Djojodirjo, *op.cit,* hlm. 44

[332] Setiawan, *op.cit,* hlm. 172

Menurut Setiawan, dari yurisprudensi di negeri Belanda, dewasa ini, suatu perbuatan yang bertentangan dengan kewajiban hukum si pelaku, tidak begitu saja merupakan perbuatan melanggar hukum, untuk itu masih disyaratkan[333]:

1) Bahwa kepentingan penggugat terkena atau terancam oleh pelanggaran hukum itu
2) Bahwa kepentingan penggugat dilindungi oleh kaidah yang dilanggar
3) Bahwa kepentingan itu termasuk dalam ruang lingkup kepentingan yang dimaksudkan untuk dilindungi oleh ketentuan Pasal 1365 KUHPerdata
4) Bahwa pelanggaran kaidah itu bertentangan dengan kepatutan terhadap penggugat, satu dan lain hal dengan memperhatikan sikap dan kelakuan si penggugat itu sendiri
5) Bahwa tidak terdapat alasan pembenar menurut hukum

Apabila semua persyaratan tersebut telah dipenuhi, baik secara eksplisit maupun implisit, maka dapat dikatakan bahwa perbuatan si pelaku yang bertentangan dengan kewajiban hukumnya tersebut, bersifat melanggar hukum terhadap penggugat.

ad. 2). Melanggar hak subjektif orang lain

Kriteria kedua melihat masalah perbuatan melawan hukum dari posisi korban.

Sifat hakekat "subjektif" recht menurut Meyers adalah wewenang khusus yang diberikan oleh hukum kepada seseorang, yang memperoleh demi kepentingannya[334].

Yurisprudensi memberi arti hak subjektif sebagai berikut[335] :

a) Hak-hak perorangan, seperti kebebasan, kehormatan, nama baik;

[333] *Ibid*
[334] Meyers, E.M., seperti yang dikutip Moegni Djojodirjo, *op.cit,* hlm. 36
[335] Djuhaendah Hasan, *op. cit,* hlm. 24

b) Hak atas harta kekayaan, hak kebendaan dan hak mutlak lainnya.

Menurut Setiawan, hak-hak yang diakui sebagai hak subjektif oleh yurisprudensi adalah[336] :

a) Hak-hak kebendaan serta hak-hak absolut lainnya (*eigendom*, *erpacht*, hak *oktroi* dsb)
b) Hak-hak pribadi (hak atas integritas pribadi dan integritas badaniah, kehormatan serta nama baik dsb.)
c) Hak-hak khusus, seperti hak penghunian yang dimiliki seorang penyewa

Suatu pelanggaran terhadap hak subjektif orang lain tidak dengan begitu saja merupakan perbuatan melawan hukum, berdasar pandangan dan pendapat dewasa ini masih disyaratkan[337] :

a) Terjadinya pelanggaran terhadap kaidah tingkah laku, baik tertulis maupun tidak tertulis, yang seharusnya tidak dilanggar oleh si pelaku;
b) Tidak terdapat alasan pembenar menurut hukum.

Penilaian apakah suatu perbuatan bersifat melawan hukum atau tidak, tidak dapat didasarkan hanya pada kelakuan ataupun hanya pada akibat yang ditimbulkan, akan tetapi harus meliputi baik kelakuan maupun akibatnya.

ad. 3). Melanggar kaidah tata susila

Kaidah tata susila merupakan norma-norma kesusilaan yang oleh pergaulan hidup diterima sebagai aturan hukum yang tidak tertulis.

Menurut Utrecht, kesusilaan adalah semua norma yang ada di dalam kemasyarakatan, yang tidak merupakan hukum, kebiasaan atau agama, sedangkan Van Apeldoorn membedakan dengan tegas antara susila

[336] Setiawan, *op.cit*, hlm. 176
[337] *Ibid*, hlm. 177

(zeden) dengan moral, bahwa moral hanya menunjukkan norma-norma kepada manusia sebagai makhluk susila makna susila, hendak mengajar manusia supaya menjadi anggota masyarakat yang baik. Susila telah merasa puas bila manusia sebagai anggota masyarakat berkelakuan baik dan tidak peduli batin manusia baik atau tidak. Jadi susila mengenai kulit, dan moral mengenai isi[338]. Berbohong, melanggar janji, secara moral adalah salah dan tidak etis, namun secara hukum berbohong baru disalahkan bila menimbulkan kerugian orang lain, dan hukum baru mengatakan salah bila orang melanggar janji yang tertuang dalam kontrak. Dalam Pasal 1335 dan 1337 KUHPerdata ditentukan bahwa perjanjian yang bertentangan dengan kaidah tata susila tidak diperkenankan dan tidak mempunyai kekuatan hukum. Ajaran tentang perbuatan melawan hukum menentukan bahwa suatu perbuatan (ataupun tidak berbuat) yang bertentangan dengan kesusilaan adalah perbuatan melawan hukum.

ad. 4). Bertentangan dengan asas kepatutan, ketelitian atau sikap hati-hati

Kriteria keempat ini apabila dirumuskan secara lengkap adalah : "Bertentangan dengan kepatutan, ketelitian serta sikap hati-hati yang seharusnya dimiliki seseorang dalam pergaulannya dengan sesama warga masyarakat atau terhadap barang milik orang lain". Jelas terlihat bahwa perumusan kriteria keempat bersumber pada hukum tidak tertulis.

Kriteria kepatutan, ketelitian serta sikap hati-hati adalah kriteria yang tidak jelas/tidak pasti/samar-samar perbuatan seperti apa dan bagaimana yang

[338] Seperti yang dikutip Rosa Agustina, *op.cit,* hlm. 54-55

termasuk dalam kriteria tersebut. Menurut Setiawan dalam menghadapi masalah yang harus diuji dengan kriteria ini hakim mengambil langkah-langkah[339] :

a) Menentukan suatu kriteria umum;
b) Berdasarkan kriteria umum tadi hakim dapat menetapkan suatu kaidah tidak tertulis untuk suatu situasi konkrit tertentu
c) Kaidah tidak tertulis tadi digunakan sebagai batu ujian bagi suatu situasi konkrit tertentu, contoh : kaidah yang berbunyi : "Kau tidak boleh mengambil manfaat dari kesalahan orang lain".

Rachmat Setiawan memberikan batasan yang termasuk dalam kategori bertentangan dengan "kepatutan" adalah[340] :

a) Perbuatan yang merugikam orang lain tanpa kepentingan yang layak
b) Perbuatan yang tidak berguna yang menimbulkan bahaya bagi orang lain, yang berdasarkan pemikiran yang normal perlu diperhatikan.

Mencermati keempat kriteria perbuatan melawan hukum tersebut, apakah "penyalahgunaan hak" *(misbruik van recht)* dapat digolongkan sebagai perbuatan melawan hukum dan bahkan ada yang berpendapat bahwa penyalahgunaan hak dapat dijadikan kriteria yang kelima.

Hingga sekarang belum dapat diketengahkan perumusan yang memuaskan yang dapat diterapkan pada semua persoalan untuk memberi pembatasan pada pengertian *misbruik van recht* tersebut. Apabila orang menggunakan haknya sedemikian rupa, sehingga mendatangkan kerugian bagi orang lain, sedang orang tersebut tidak mempunyai kepentingan yang layak (ketika menggunakan hak tersebut), terjadilah penyalahgunaan hak.

---

[339] Setiawan, *op.cit,* hlm. 180

[340] Rachmat Setiawan, *Pokok-pokok Hukum Perikatan,* Bandung, Bina Cipta, 1979, hlm. 82-83

Pitlo memberikan rumusan mengenai *misbruik van recht* sebagai berikut[341]

> Suatu perbuatan dapat merupakan misbruik van recht bahkan sekalipun tidak ada tujuan yang layak dan tidak bertujuan untuk merugikan orang lain, asal saja kerugian yang diderita oleh orang lain tersebut lebih besar daripada keuntungan yang dicapai oleh pelaku.

Mengenai penyalahgunaan hak, apakah dapat digolongkan sebagai perbuatan melawan hukum atau tidak, tidak perlu diperdebatkan, karena tiap penyalahgunaan hak dapat mengakibatkan bahwa si pelaku harus mengganti kerugian berdasarkan ketentuan Pasal 1365 KUHPerdata apabila memang merugikan pihak lain.

Sejak putusan *Hoge Raad* 1919 tersebut, pengertian "melawan hukum" diartikan dalam arti yang luas yang menurut Munir Fuady meliputi hal-hal sebagai berikut[342] :

a) Perbuatan yang melanggar Undang-Undang yang berlaku
b) Perbuatan yang melanggar hak orang lain yang dijamin oleh hukum, atau
c) Perbuatan yang bertentangan dengan kewajiban hukum si pelaku, atau
d) Perbuatan yang bertentangan dengan kesusilaan (*goede zeden*), atau
e) Perbuatan yang bertentangan dengan sikap yang baik dalam bermasyarakat untuk memperhatikan kepentingan orang lain

Dengan putusan *Hoge Raad* 1919 tersebut, pengertian melawan hukum yang semula ditafsirkan secara sempit, mengalami perubahan. Kaidah/nilai yang terkandung dalam Pasal 1365 KUHPerdata yaitu mengenai pengertian perbuatan melawan hukum mengalami perkembangan walaupun bunyi pasal tersebut tidak mengalami perubahan.

---

[341] A. Pitlo, *Het Verbintenissen Recht,* hlm. 222, seperti yang dikutip Moegni Djojodirjo, *op. cit,* hlm. 49

[342] Munir Fuady, *op.cit,* hlm. 11

c. Kriteria Perbuatan Melawan Hukum Dalam Hukum Perdata

1). Unsur-Unsur Perbuatan Melawan Hukum

Unsur-unsur dari perbuatan melawan hukum pidana (tindak pidana) dapat disimpulkan dari pasal tindak pidana yang bersangkutan, misalnya unsur-unsur dari tindak pidana "pencurian" dapat disimpulkan dari Pasal 362 KUHPidana. Berbeda dengan unsur-unsur dari tindak pidana, unsur-unsur dari perbuatan melawan hukum (perdata) secara umum dapat disimpulkan dari bunyi Pasal 1365 KUHPerdata yang berbunyi:

> "Tiap perbuatan melawan hukum, yang membawa kerugian kepada seorang lain, mewajibkan orang yang karena salahnya menerbitkan kerugian itu, mengganti kerugian tersebut".

Menurut Hoffman[343], untuk adanya suatu perbuatan melawan hukum harus dipenuhi empat unsur yaitu :

a) *Er moet een daad zejn verricht* (harus ada yang melakukan perbuatan)
b) *Die daad moet onrechtmatig zijn* (perbuatan itu harus melawan hukum)
c) *De daad moet aan een ander schade heb ben toegebracht* (perbuatan itu menimbulkan kerugian pada orang lain)
d) *De daad moet aan schuld zijn te wijten* (perbuatan itu karena kesalahan yang dapat dicelakan kepadanya)

Perbuatan yang dimaksud dalam unsur pertama, dimaksudkan baik dalam arti aktif (berbuat sesuatu) maupun dalam arti pasif (tidak berbuat sesuatu sesuai dengan hukum yang berlaku).

Unsur kedua bahwa perbuatan tersebut harus suatu perbuatan melawan hukum, pengertian perbuatan melawan hukum ini mengalami perkembangan sebelum akhirnya sampai pada pengertian yang saat ini berlaku.

---

[343] LC Hoffman, seperti yang dikutip Komariah Emong Sapardjaja, *op. cit.*, hlm 34.

Mengenai unsur "kesalahan" dari pihak pelaku, Pasal 1365 KUHPerdata dengan tegas mensyaratkan adanya kesalahan, sehingga membedakan dengan tegas pengertian kesalahan (*schuld)* dari pengertian "melawan hukum". Hanya perbuatan yang melawan hukum, sedang kesalahan hanya pada si pelaku, sehingga si pelaku perbuatan melawan hukum hanya bertanggung jawab atas kerugian yang ditimbulkan, bilamana perbuatan tersebut dapat dipersalahkan kepadanya. Kalau dahulu terdapat perbedaan pendapat antara harus dibedakannya pengertian *schuld* dan pengertian "sifat melawan hukum" (*onrechtmatigeheid),* maka kemudian, sejak 1919 kedua pengertian tersebut harus dibedakan secara tegas[344]. Garis pemisah antara pengertian kesalahan (*schuld*) dan sifat melawan hukum adalah, bahwa sifat melawan hukum mengenai tercelanya perbuatan, sedang kesalahan mengenai tercelanya si pelaku[345].

Yurisprudensi *Hoge Raad* secara tetap membedakan antara sifat melawan hukum dan kesalahan[346]. Syarat kesalahan yang dicantumkan dalam Pasal 1365 harus diartikan dalam arti subjektifnya, yakni bahwa seorang pelaku akan diteliti, apakah perbuatan yang dilakukannya dapat dipersalahkan kepadanya (kesalahan subjektif).

Keadaan subjektif si pelaku yang dapat meniadakan kesalahannya antara lain pelaku dalam keadaan sakit jiwa/gila, anak dibawah umur, pingsan dan sebagainya. Hal-hal tersebut merupakan alasan penghapus kesalahan (*schuld uitsluitingsgronden).*

Alasan penghapus kesalahan ini harus benar-benar dibedakan dari alasan pembenar (*rechtvaardigingsgronden).* Alasan penghapus kesalahan adalah sesuatu

---

[344] Moegni Djojodirjo, *op.cit,* hlm. 68
[345] *Ibid,* hlm. 73
[346] *Ibid,* hlm. 70

yang berakibat tidak ada kesalahan pada si pelaku, tetapi perbuatannya sendiri tetap bersifat melawan hukum.

Alasan pembenar, meniadakan sifat melawan hukum dari suatu perbuatan yang merupakan perbuatan melawan hukum, jadi alasan pembenar merupakan sesuatu yang menghilangkan/menghapuskan sifat melawan hukumnya perbuatan[347].

Dalam bidang hukum pidana tidak diatur secara tegas mengenai syarat "kesalahan" di dalam undang-undang. Bila dalam bidang hukum pidana ada adagium"tiada hukuman tanpa kesalahan" (*geen straf zonder schuld),* maka Rutten telah berusaha menerapkan adagium tersebut dalam bidang perdata dengan mengemukakan adagium "tiada pertanggungan-gugat atas akibat dari perbuatan yang melawan hukum tanpa kesalahan", atau sebagaimana yang dikemukakan oleh Meyers : "perbuatan melawan hukum mengharuskan adanya kesalahan" (*een onrechtmatige daad verlangt schuld*[348]).

Unsur "kerugian" bagi korban juga harus dipenuhi agar gugatan berdasar Pasal 1365 KUHPerdata dapat digunakan. Berbeda dengan kerugian karena wanprestasi yang hanya mengenal kerugian materiil, maka kerugiaan karena perbuatan melawan hukum, disamping kerugian materiil, yurisprudensi juga mengakui konsep kerugian im materiil yang juga akan dinilai dengan uang[349].

2). Alasan Pembenar

Suatu perbuatan yang melawan hukum, ada kalanya dapat lenyap/hilang/ hapus sifat melawan hukumnya. Perbuatan tersebut yang menurut satu atau lebih

---

[347] *Ibid,* hlm. 72
[348] Seperti yang dikutip Moegni Djojodirjo dalam *Ibid,* hlm. 68
[349] Munir Fuady, *op.cit,* hlm. 13

kriterium adalah perbuatan melawan hukum, menjadi tidak melawan hukum karena ada hal-hal yang membenarkan perbuatan tersebut.

Hal-hal khusus yang meniadakan sifat melawan hukumnya suatu perbuatan yang disebut dasar-dasar/alasan-alasan pembenar, selalu mengandung sifat eksepsional dan karenanya hanyalah sebagai pengecualian membenarkan penyimpangan terhadap norma umum yang melarang perbuatan tersebut[350].

Menurut Moegni Djojodirjo, dasar/alasan yang walupun tidak diatur dalam undang-undang (perdata), namun secara umum diakui dan dapat diterapkan sebagai alasan pembenar (*rechtvaardigingsgrond)* adalah[351] :

a) Keadaan memaksa (*overmacht)*
b) Pembelaan terpaksa (*noodweer)*
c) Ketentuan undang-undang (*wettelijk voorschrift)*
d) Perintah jabatan (*ambtelijk bevel)*

Dasar-dasar pembenar tersebut rupanya diambil dari pasal-pasaal 48, 49, 50 dan 51 KUHPidana[352].

Alasan pembenar meniadakan sifat melawan hukumnya perbuatan, sehingga perbuatan menjadi perbuatan yang dapat dibenarkaan dan tidak tercela, sehingga meniadakan pula pertanggungjawaban si pelaku.

---

[350] Moegni Djojodirjo , *op.cit,* hlm. 58

[351] *Ibid*

[352] Kitab Undang-Undang Hukum Pidana:

Pasal 48 : Barang siapa melakukan perbuatan karena pengaruh daya paksa tidak dipidana.

Pasal 49 : (1) Tidak dipidana barang siapa melakukan perbuatan pembelaan terpaksa untuk diri sendiri maupun untuk orang lain, kehormatan, kesusilaan atau harta benda sendiri maupun orang lain, karena ada serangan atau ancaman serangan yang sangat dekat pada saat itu yang melawan hukum.

(2) Pembelaan terpaksa yang melampaui batas, yang langsung disebabkan oleh kegoncangan jiwa yang hebat karena serangan atau ancaman serangan itu, tidak dipidana.

Pasal 50 : Barangsiapa melakukan perbuatan untuk melaksanakan ketentuan undang-undang, tidak dipidana.

Pasal 51 : (1) Barangsiapa melakukan perbuatan untuk melaksanakan perintah jabatan yang diberikan oleh penguasa yang berwenang, tidak dipidana.

(2) Perintah jabatan tanpa wewenang, tidak menyebabkan hapusnya pidana, kecuali jika yang diperintah, dengan itikad baik mengira bahwa perintah diberikan dengan wewenang dan pelaksanaannya termasuk dalam lingkungan pekerjaannya.

Rutten seperti yang dikutip Moegni Djojodirjo menyatakan bahwa selain keempat jenis dasar pembenar yang berasal dari undang-undang (pidana) tersebut masih terdapat pula lain-lain dasar pembenar yang berasal dari hukum tidak tertulis[353]. Sebagai contoh dikemukakan oleh Rutten, bahwa kewenangan menurut undang-undang (*wettelijke bevoegdheid)* merupakan alasan pembenar tidak tertulis. Demikian pula wewenang untuk melanggar hak orang lain atas persetujuan orang yang berhak. Alasan pembenar tidak tertulis ini dapat berupa alasan pembenar yang berasal dari undang-undang, sehingga sekalipun merupakan alasan pembenar tidak tertulis, namun ada hubungan yang erat dengan undang-undang[354].

3). "Kesalahan" dalam Perbuatan Melawan Hukum

Tiap perbuatan melawan hukum yang mengakibatkan kerugian bagi orang lain, mewajibkan orang yang karena kesalahannya menimbulkan kerugian itu, mengganti kerugian tersebut, demikian pasal 1365 KUH Perdata. Unsur kesalahan termuat dalam anak kalimat yang berbunyi: "orang yang karena salahnya menimbulkan kerugian itu". Syarat kesalahan tersebut, pembuat undang-undang berkehendak menekankan bahwa si pelaku perbuatan melawan hukum hanya bertanggungjawab atas kerugian yang ditimbulkan bilamana perbuatan tersebut dapat dipersalahkan kepadanya. Sebagaimana telah diuraikan, ketentuan pasal 1365 KUHPerdata sendiri tidak memberikan ukuran tentang perbuatan yang bagaimanakah yang dapat dikatakan sebagai perbuatan melawan hukum, namun

[353] L.E. Rutten, dalam *Verbintenissen recht,* seperti yang dikutip Moegni Djojodirjo, *op.cit,* hlm. 60.

[354] Moegni Djojodirjo, *op.cit,* hlm. 59

sejak putusan *Hoge Raad* pada tahun 1919 dalam perkara *Lindenbaum-Cohen*, dikenal 4 (empat) kriteria perbuatan melawan hukum. Keempat kriteria tersebut dipergunakan untuk menilai sifat melawan hukum suatu perbuatan. Sedangkan ukuran tentang "kesalahan" dipergunakan untuk menilai ada atau tidak ada kesalahan pada diri si pelaku, dapatkah perbuatan tersebut dipersalahkan kepadanya.

Istilah kesalahan *(schuld)* juga digunakan dalam arti "kealpaan" *(onachtzaamheid)* sebagai lawan dari "kesengajaan". Kesalahan mencakup dua pengertian, yakni kesalahan dalam arti luas dan kesalahan dalam arti sempit. Kesalahan dalam arti luas, bila terdapat kealpaan dan kesengajaan, sementara kesalahan dalam arti sempit hanya berupa kealpaan. Menurut pengertian umum soal kesalahan ini terletak pada suatu perhubungan kerohanian *(psychisch verband)* antara alam pikiran dan perasaan di subjek dan suatu perkosaan kepentingan tertentu[355].

Dalam bahasa Belanda, semula harus diartikan sebagai kealpaan dalam bahasa Indonesia *schuld* berarti kealpaan dan kesengajaan.Unsur kesalahan mengikuti sifat melawan hukumnya suatu perbuatan, akan tetapi dalam praktek tidak selalu demikian; Tidak mudah untuk menentukan apakah pada diri si pelaku terdapat unsur kesalahan dan karenanya dapat dipersalahkan ataukah tidak.

Pengertian kesalahan *(schuld)* dikenal, baik dalam hukum perdata maupun dalam hukum pidana. Dalam hal terdapat pelanggaran terhadap suatu ketentuan hukum, baik dalam artian pidana maupun perdata, maka dapat dikatakan telah

[355] Wirjono Prodjodikoro, *Perbuatan Melanggar Hukum Dipandang dari Sudut Hukum Perdata*, Mandar Maju, Bandung, 2000, hlm. 22.

terjadi suatu perbuatan melawan hukum. Untuk menentukan apakah suatu perbuatan merupakan perbuatan melawan hukum ataukah tidak, pada umumnya ditanyakan apakah perbuatan itu dapat diterima ataukah tidak dalam tertib hukum yang berlaku.

Tentang diri si pelaku dipersoalkan pada saat meneliti fakta tentang ada atau tidaknya unsur kesalahan pada diri si pelaku. Ada perbedaan penting antara pendekatan yang dilakukan oleh hukum pidana dan pendekatan hukum perdata. Pendekatan hukum pidana, perhatian lebih banyak ditujukan pada diri si pelaku, dengan pendekatan kesalahan secara subjektif, sedangkan dalam hukum perdata, sedikit banyak ditempuh pendekatan kesalahan secara objektif[356].

Penerapan pendekatan kesalahan secara subjektif pada diri pelaku diteliti apakah keadaan jiwanya sedemikian rupa, sehingga dia dapat menyadari maksud dan arti perbuatannya, dengan demikian diteliti apakah perbuatannya dapat dipertanggungjawabkan kepadanya. Adapun mengenai pendekatan kesalahan secara objektif, yang dipersoalkan apakah pelaku dapat dipersalahkan mengenai suatu perbuatan tertentu, dalam arti bahwa ia harus dapat mencegah timbulnya akibat-akibat daripada perbuatannya yang konkrit. Artinya bilamana si pelaku seharusnya melakukan perbuatan secara lain daripada yang telah dilakukannya, maka si pelaku dapat dipersalahkan, dengan demikian unsur kesalahan dipisahkan dari keadaan-keadaan yang meliputi diri si pelaku (seperti misalnya umur, jenis kelamin, pekerjaan, kesehatan, kondisi kejiwaan, kelelahan, nervositas, kecakapan

[356] Setiawan, "Perbuatan Melanggar Hukum, Masalah Kesalahan, Schuld, Negligence", *Majalah Varia Peradilan*, Tahun II No. 21, Juni 1987, hlm. 110-111.

untuk melakukan sesuatu, dan sebagainya), maka unsur kesalahan banyak kehilangan arti serta maknanya.

Syarat bahwa pelaku tidak saja harus memahami kaidah yang dilanggar, akan tetapi disyaratkan juga bahwa sebenarnya pelaku dapat mentaati ukuran ukuran yang terdapat dalam kaidah tersebut hal demikian diperlukan agar supaya dapat dipertanggung jawabkan kepadanya.

Menurut G.H.A. Schut [357], kewajiban untuk menghindarkan perbuatan yang bertentangan dengan hukum, mengandung dua unsur, yaitu :

1. Unsur penghati-hati dari dalam *(innerlijke zorg)*, unsur ini meliputi usaha untuk melihat ruang lingkup suatu perbuatan berikut resiko yang terkandung di dalamnya sebagaimana termuat dalam ungkapan "hendaklah anda berpikir sebelum anda berbuat".
2. Unsur penghati-hati dari luar *(interlijke zorg)*, yakni berusaha untuk menghindarkan terjadinya akibat yang tidak diinginkan, seperti umpamanya :
   a. Tidak melakukan perbuatan-perbuatan yang berbahaya (termasuk di dalamnya perbuatan-perbuatan yang mensyaratkan adanya kecakapan tertentu, apabila seseorang tidak memiliki kecakapan itu);
   b. Bertindak hati-hati dalam situasi berbahaya;
   c. Mengadakan persiapan yang baik untuk melakukan suatu perbuatan termasuk di dalamnya berusaha memperoleh informasi yang diperlukan.

Keberadaan unsur kesalahan pada si pelaku, dapat diketahui apabila ia tidak memiliki sikap waspada serta hati-hati secara patut, dalam memperkirakan serta mencegah terjadinya peristiwa yang menimbulkan kerugian.

[357] G. H. A Schut, seperti yang dikutip Setiawan dalam *Ibid.*, hlm. 113.

Kesalahan *(schuld)* yang dimaksud pasal 1365 KUHPerdata adalah "kesalahan" dalam arti luas, mencakup "kealpaan" dan "kesengajaan"; maka apakah suatu perbuatan dilakukan dengan sengaja ataukah dilakukan karena kealpaan, akibat hukumnya sama, yakni bahwa si pelaku bertanggungjawab untuk membayar ganti kerugian yang diderita orang lain yang disebabkan oleh perbuatan melawan hukum yang dilakukan karena kesalahan pelaku.

Kesalahan yang disyaratkan oleh hukum dalam perbuatan melawan hukum, meliputi baik kesalahan dalam arti "kesalahan hukum" maupun "kesalahan sosial". Hukum menafsirkan kesalahan dalam perbuatan melawan hukum sebagai suatu kegagalan seseorang untuk hidup dengan sikap yang ideal, yakni sikap yang biasa dan normal dalam suatu pergaulan masyarakat. Sikap yang demikian kemudian mengkristal dalam istilah hukum yang disebut dengan standar manusia yang normal dan wajar *(Reasonable Man)* [358]

Dalam sistem *Common Law (Anglo Saxon)* dimana perbuatan melawan hukum *(onrechtmatigedaad)* dikenal dengan istilah *tort*, masalah kesalahan dibahas dalam ajaran tentang *negligence.* Istilah *Negligence,* dalam artian sempit dapat diartikan sebagai suatu *Standard of Conduct*, suatu ukuran tentang tingkah laku, sikap atau tindakan yang kurang cermat, kurang hati-hati, suatu *carelessness.* Alasan *negligence,* dapat dipakai oleh untuk mengajukan seseorang suatu tuntutan ganti rugi atas dasar perbuatan melawan hukum, yang di dalam sistem hukum *anglo saxon* dikenal dengan nama *law of tort. Negligence,* dengan demikian merupakan unsur perbuatan melawan hukum sebagaimana unsur *schuld* (kesalahan, kealpaan)[359].

---

[358] Munir Fuady, *Perbuatan Melawan Hukum, ... , op.cit.*, hlm. 77
[359] Setiawan, *Perbuatan Melanggar Hukum, Masalah . . . , op.,cit.*,hlm. 114

Dalam literatur *anglo saxon,* suatu ukuran standar tingkah laku tertentu yang harus dipenuhi, selalu dikaitkan dengan tokoh fiktif yang dikenal dengan nama *The Reasonable Man,* seorang manusia yang bertindak sesuai dengan nalar, yang bertindak sesuai dengan akal sehat[360].

Si pelaku menurut pasal 1365 KUHPerdata dibebaskan dari pertanggungjawaban kalau ia tidak bersalah, dengan demikian dalam hukum perdata tidak perlu dibedakan antara kealpaan dan kesengajaan, karena pertanggungan gugatnya adalah sama[361].

Demikian pula Wirjono Prodjodikoro, bahwa pasal 1365 KUHPerdata tidak membedakan hal kesengajaan dari hal kurang berhati-hati, sehingga tidak perlu sangat dihiraukan, apakah ada kesengajaan atau kurang berhati-hati[362] (kealpaan).

Menurut Moegni Djojodirjo, dapat dipertanggungjawabkan *(toerekenings vatbaarheid)* selalu diperlukan untuk menentukan adanya kesalahan[363]. Syarat adanya kesalahan dalam pasal 1365 KUH Perdata tersebut menurut Munir Fuady, perlu diketahui bagaimanakah cakupan dari unsur kesalahan tersebut. Suatu perbuatan dianggap oleh hukum mengandung unsur kesalahan sehingga dapat dimintakan tanggungjawab secara hukum jika dipenuhi unsur-unsur sebagai berikut[364]:

a) Ada unsur kesengajaan, atau
b) Ada unsur kelalaian *(negligence, culpa)*, dan
c) Tidak ada alasan pembenar atau alasan pemaaf.

---

[360] *Ibid,* hlm. 116.
[361] Moegni Djojodirjo, *op.cit.,* hlm 69.
[362] Wirjono Prodjodikoro, *Perbuatan Melanggar Hukum, Dipandang ... , op.cit.,* hlm. 24
[363] *Op.cit.*, hlm 67.
[364] Munir Fuady , *op.cit.,* hlm 12.

Pasal 1365 KUHPerdata mengandung prinsip *"liability based on fault"* dengan beban pembuktian pada penderita. Hal tersebut sejalan dengan pasal 1865 KUHPerdata yang menentukan bahwa setiap orang yang mendalilkan bahwa ia mempunyai sesuatu hak, atau guna meneguhkan haknya sendiri maupun membantah suatu hak orang lain, menunjuk pada suatu peristiwa, diwajibkan membuktikan adanya hak atau peristiwa tersebut.

Dengan berkembangnya industri yang makin menghasilkan resiko yang bertambah besar dan makin rumitnya hubungan sebab akibat maka teori hukum telah meninggalkan konsep kesalahan dan berpaling ke konsep resiko[365]. Konsep resiko ini melahirkan ajaran tentang *stright liability* (prinsip tanggunjawab mutlak), yang mengharuskan si pelaku tetap bertanggungjawab atas kerugian yang ditimbulkannya walaupun tidak ada kesalahan padanya[366].

4. Pertanggungjawaban dalam Hukum Perdata

Wujud pertanggungjawaban dari pelaku perbuatan melawan hukum (perdata) berupa mengganti kerugian. KUHPerdata memberikan serangkaian ketentuan mengenai ganti rugi atas dasar wanprestasi dalam Pasal 1243 – 1248 KUHPerdata, dimana pada pasal-pasal tersebut diatur tentang[367] :

---

[365] Sri Setianingsih Suardi, *Perbuatan Melawan Hukum secara Khusus, Laporan Akhir Kompendium Bidang Perbuatan Hukum*, BPHN, 1996-1997.

[366] Rosa Agustina, *op.cit.*, hlm. 68-69.

[367] Subekti R dan Tjitrosudibio, R., *Kitab Undang-Undang Hukum Perdata*, edisi revisi, cet 28, Pradnya Paramita, 1996, hlm.324-326

Pasal 1243 : Penggantian biaya, rugi dan bunga karena tak dipenuhinya suatu perikatan, barulah mulai diwajibkan, apabila si berutang, setelah dinyatakan lalai memenuhi perikatannya, tetap melalaikannya, atau jika sesuatu yang harus diberikan atau dibuatnya, hanya dapat diberikan atau dibuat dalam tenggang waktu yang telah dilampaukan.

a. Mulainya kewajiban ganti rugi, dalam Pasal 1243, 1249, 1250, 1251, dan 1252 KUHPerdata .
b. Syarat untuk dapat dipertanggungjawabkannya suatu kewajiban ganti rugi, dalam Pasal 1244 dan 1245 KUHPerdata
c. Ganti rugi yang boleh dituntut, dalam Pasal 1246, 1247, 1248.

Akibat hukum bagi debitor yang telah melakukan wanprestasi adalah sanksi sebagai berikut [368]:

a. Debitor diwajibkan membayar ganti kerugian yang telah diderita oleh kreditor (pasal 1234 KUHPerdata).

Pasal 1244 : Jika ada alasan untuk itu, si berutang harus dihukum mengganti biaya, rugi dan bunga apabila ia tak dapat membuktikan, bahwa hal tidak atau tidak pada waktu yang tepat dilaksanakannya perikatan itu, disebabkan suatu hal yang tak terduga, pun tak dapat dipertanggugjawabkan padanya, kesemuannya itu pun itikad buruk tidaklah ada pada pihaknya.

Pasal 1245 : Tidaklah biaya rugi dan bunga, harus digantinya, apabila lantaran keadaan memaksa atau lantaran suatu kejadian tak disengaja si berutang beralangan memberikan atau berbuat sesuatu yang diwajibkan, atau lantaran hal-hal yang sama telah melakukan perbuatan yang terlarang.

Pasal 1246 : Biaya, rugi dan bunga yang oleh si berpiutang boleh dituntut akan penggantiannya, terdirilah pada umumnya atas rugi yang telah dideritannya dan untung yang sedianya harus dapat dinikmatinya, dengan tak mengurangi pengecualian-pengecualian serta perubahan-perubahan yang akan disebut di bawah ini.

Pasal 1247 : Si berutang hanya diwajibkan mengganti biaya, rugi dan bunga yang nyata telah, atau sedianya harus dapat diduganya sewaktu perikatan dilahirkan, kecuali jika hal tipu-daya yang dilakukan olehnya.

Pasal 1248 : Bahkan jika hal tidak dipenuhinya perikatan itu disebabkan tipu-daya si berutang, penggantian biaya, rugi dan bunga sekadar mengenai kerugian yang dideritanya oleh si berpiutang da keuntungan yang terhilang baginya, hanyalah terdiri atas apa yang merupakan akibat langsung dari tak dipenuhinya perikatan.

Pasal 1249 : Jika dalam suatu perikatan ditentukannya, bahwa si yang lalai memenuhinya sebagai ganti rugi harus membayar suatu jumlah uang tertentu, maka kepada pihak yang lain tak boleh diberikan suatu jumlah yang lebih maupun yang kurang dari pada jumlah itu.

Pasal 1250 : Dalam tiap-tiap perikatan yang semata-mata berhubungan dengan pembayaran sejumlah uang, penggantian biaya, rugi dan bunga sekadar disebabkan terlambatnya pelaksanaan, hanya terdiri atas bunga yang ditentukan oleh undang-undang, dengan tidak mengurangi peraturan-peraturan undang-undang khusus.

Penggantian biaya, rugi dan bunga tersebut wajib dibayar, dengan tidak usah dibuktikannya sesuatu kerugian oleh si berpiutang.

Penggantian biaya, rugi dan bunga itu hanya harus dibayar terhitung mulai dari ia diminta di muka Pengadilan, kecuali dalam hal-hal dimana undang-undang menetapkan bahwa ia berlaku demi hukum.

Pasal 1251 : Bunga dari uang pokok yang dapat ditagih dapat pula mengahsilkan bunga, baik karena sesuatu permntaan di muka Pengadilan, maupun karena suatu persetujuan khusus, asal saja permintaan atau persetujuan tersebut mewngenai bunga yang harus bibayar untuk satu tahun,

Pasal 1252 : Meskipun demikian penghasilan-penghasilan yang dpat ditagih, sepertinya uang gadai dan uang sewa, bunga badi atau bunga yang selama hidupnya seorang, menghasilkan bunga mulai hari dilakukanya pununtutan atau dibuatnya perjanjian .

Peraturan yang sama berlaku terhadap pengembalian penghasilan-penghasilan dan bunga yang dibayar seorang pihak ke tiga kepada si berpiutang, untuk pembebasan si berutang.

[368] Abdulkadir Muhammad, *Hukum Perdata . . . , op.cit.,* hlm 204 – 205

b. Apabila perikatan itu ditimbal balik, kreditor dapat menuntut pemutusan/pembatalan perikatan melalui Hakim (pasal 1266 KUHPerdata).
c. Dalam perikatan untuk memberikan sesuatu, resiko beralih kepada debitor sejak terjadi wanprestasi (pasal 1237 ayat 2).
d. Debitor diwajibkan memenuhi perikatan jika masih dapat dilakukan, atau pembatalan disertai pembayaran ganti kerugian (pasal 1267 KUHPerdata).
e. Debitor wajib membayar biaya perkara jika diperkarakan di muka Pengadilan Negeri, dan debitor dinyatakan bersalah.

Menurut Subekti yang dapat dituntut dari pihak yang wanprestasi[369] :

a. Meminta pelaksanaan perjanian meskipun terlambat;
b. Meminta penggantian kerugian saja;
c. Menuntut pelaksanaan perjanjian disertai dengan penggantian kerugian;
d. Dalam hal suatu perjanjian yang meletakkan kewajiban timbal balik, kelalaian salah satu pihak memberikan hak kepada pihak yang lain untuk meminta kepada hakim supaya perjanjian dibatalkan disertai penggantian kerugian.

Tuntutan apa yang harus ditanggung oleh pihak yang wanprestasi, tergantung pada jenis tuntutan yang dipilih oleh pihak yang dirugikan. Bahkan apabila tuntutan dilakukan melalui gugatan di pengadilan, pihak yang wanprestasi juga dibebani membayar biaya perkara.

Sesuai KUHPerdata, anasir-anasir dari ganti rugi adalah biaya, rugi dan bunga. Rugi (*schade*) merupakan kerugian nyata (*feitelijknadee*) yang dapat diduga atau diperkirakan pada saat perjanjian dibuat dan yang sungguh dapat dianggap sebagai suatu akibat langsung dari kelalaian pihak yang wanprestasi[370]. Jumlahnya ditentukan dengan suatu perbandingan antara kekayaan sesudah terjadinya wanprestasi dan keadaan kekayaan seandainya tidak terjadi wanprestasi[371].

---

[369] Subekti, *op. cit.*, hlm. 147 – 148.
[370] *Ibid.*, hlm 149
[371] Mariam Darus Badrulzaman et. al. , *op. cit.*, hlm. 21.

Kerugian yang dapat dimintakan penggantian tidak hanya biaya-biaya yang sungguh-sungguh dikeluarkan (*kosten*), atau kerugian yang sungguh-sungguh menimpa harta benda si berpiutang (*schaden*), tetapi juga yang berupa kehilangan keuntungan (*interessen*) yaitu keuntungan yang akan didapat seandainya si berhutang tidak lalai (*winstderving*)[372].

KUHPerdata hanya mengatur tentang ganti rugi dari kerugian yang bersifat materiil (berwujud) yang dapat dinilai dengan uang, dan tidak mengatur ganti rugi dari kerugian yang bersifat im materiil. Sebagian para ahli hukum perdata dan yurisprudensi menyetujui diberikannya ganti rugi terhadap kerugian immateriil[373].

Pengertian kerugian menurut Nieuwenhuis adalah berkuragnya harta kekayaan pihak yang satu yang disebabkan oleh perbuatan (melakukan atau membiarkan) yang melanggar norma oleh pihak lain[374].

Keadaan memaksa (*overmacht* atau *force majeur*) dapat membebaskan pihak yang wanprestasi dari kewajiban mengganti kerugian (pasal 1244 dan 1245 KUHPerdata), karena menurut pembentuk undang-undang, keadaan memaksa merupakan suatu alasan pembenar (*rechtvaardigingsgronden*)[375].

KUHPerdata memberikan serangkaian ketentuan ganti rugi atas dasar perbuatan melawan hukum dalam Pasal 1365-1380 KUHPerdata. Pada pasal-pasal tersebut diatur tentang[376] :

---

[372] Subekti, *op. cit.*, hlm. 148.

[373] Mariam Darus Badrulzaman *op. cit.* hlm 23.

[374] Nieuwenhuis, seperti dikutip Ahmadi Miru, *op. cit.*, hlm 80

[375] Mariam Darus Badrulzaman et. al., *op. cit.*, hlm. 25.

[376] Subekti R dan Tjitrosudibio, R., *op. cit.*, hlm.346.

Pasal 1367 : Seorang tidak saja bertanggung jawab unuk kerugian yang disebabkan kerugiannya sendiri, tetapi juga untuk kerugian yang disebabkan perbuatan orang-orang yang menjadi tanggungannya atau disebabkan oleh barang-barang yang berada di bawah pengawasannya.

Orang tua dan wali bertanggung jawab tentang kerugian, yang disebabkan oleh anak-anak belum dewasa, yang tinggal pada mereka dan terhadap siapa mereka melakukan kekuasan orang tua atau wali.

Majikan-majikan dan mereka yang mengangkat orang-orang untuk mewakili urusan-urusan mereka, adalah bertanggung jawab tentang kerugian yang diterbitkan oleh pelayan-pelayan atau bawah-bawahan mereka didalam melakukan pekerjaan untuk mana orang-orang ini dipakainya.

Guru-guru sekolah dan kepala-kepala tukang bertanggung jawab tentang kerugian yang diterbitkan oleh murid-murid dan tukang-tukang mereka selama waktu orang-orang ini berada di bawah pengawasan mereka.

Tanggung jawab yang disebutkan diatas berakhir, jika orang tua-orang tua, wali-wali, guru-guru sekolah dan kepala-kepala tukang itu membuktikan bahwa mereka tidak dapat mencegah perbuatan untuk mana mereka seharusnya bertanggung jawab itu.

Pasal 1368 : Pemilik seekor binatang, atau siapa yang memakainya, adalah selama binatang itu dipakainya, bertanggung jawab tentang kerugian yang diterbitkan oleh binatang tersebut, baik binatang itu ada di bawah pengawasannya, maupun tersesat atau terlepas dari pengawasannya.

Pasal 1369 : Pemilik sebuah gedung adalah bertanggung jawab tentang kerugian yang disebabkan ambruknya gedung itu untuk seluruhnya atau sebagian, jika ini terjadi karena kelalaian dan pemeliharaannya, atau karena sesuatu cacat dalam pembangunan maupun tataannya.

Pasal 1370: Dalam hal suatu pembuuhan dengan sengaja atau karena kurang hati-hatinya seorang, maka suami atau istri yang ditinggalkan, anak atau orang tua si korban, yang lazimnya mendapat nafkah dari pekerjaan si korban, mempunyai hak menuntut suatu ganti rugi, yang harus dinilai menurut kedudukan dan kekayaan kedua belah pihak, serta menurut keadaan.

Pasal 1371 : Penyebab luka atau cacatnya sesuatu anggota badan dengan sengaja atau karena kurang hati-hati memberikan hak kepada si korban untuk, selain penggantian biaya-biaya penyembuhan, menuntut penggantian kerugian yang disebabkan oleh luka atau cacat tersebut.

Juga penggantian kerugian ini dinilai menurut kedudukan dan kemampuan kedua belah pihak, dan menurut keadaan.

Ketentuan paling akhir ini pada umumnya berlaku dalam hal menilaikan kerugian, yang diterbitkan dari sesuatu kejahatan terhadap pribadi seorang.

Pasal 1372 : Tuntutan perdata tentang hal penghinaan adalah bertujuan mendapat penggantian kerugian serta pemulihan kehormatan dan nama baik.

dalam menilai satu dan lain, Hakim harus memperhatiakan berat-ringannya penghinaan, begitu pula pngkat, kedudukan dan kemampuan kedua belah pihak, dan pada keadaan.

Pasal 1373 : selain daripada itu, si terhina dapat menuntut supaya dalam putusan itu juga dinyatakan, bahwa perbuatan yang elah dilakukan adalah memfitnah atau menghina.

Jika ia menuntut pernyataan, bahwa perbuatan yang telah dilakukan bersifat memfitnah, maka berlakulah ketentuan-ketentuan dalam pasal 314 Kitab Undang-undang Hukum Pidana untuk penuntutan tentang memfitnah.

Jika diminta oleh si terhina, putusan akan ditempelkan ditempat umum, dengan sebegitu banyak lembar dan di tempat-tempat sebagaimana akan diperintahkan oleh Hakim, atas biaya si terhukum.

Pasal 1374 : Dengan tidak mengurangi kewajibannya untuk memberikan ganti-rugi, si tergugat dapat mencegah pengabulan tuntutan yang disebutkan dalam pasal yag lalu, dengan menwarkan dan sungguh-sumgguh melakukan di muka umum dihadapan Hakim suatu pernyataan yang berbunyi bahwa ia menyesal akan perbuatan yang ia telah lakukan;bahwa ia meminta maaf karenanya, dan menganggap si terhina seorang yang terhormat.

Pasal 1375 : Tuntutan yang disebutkan dalam ketiga pasal yang lalu diberikan kepada suami atau istri, orang tua, kakek-nenek, anak dan cucu karena penghinaan yang dilakukan terhadap istri, atau suami, anak, cucu, orang tua dan kakeek-nenek mereka, setelah orang-orang ini meninggal.

Pasal 1376 : Tuntutan perdata tentang penghinaan, tak dapat dikabulkan jika tidak ternyata adanya maksud untuk menghina. Maksud untuk menghina itu tidak dianggap ada, jika si

a. Pihak yang harus bertanggung jawab terhadap kerugian, dalam Pasal 1365 dan 1366 KUHPerdata.
b. Ruang lingkup tanggung jawab, dalam Pasal 1367, 1368 dan 1369 KUHPerdata
c. Bentuk dan besarnya ganti rugi, dalam Pasal 1365, 1372 dan 1373 KUHPerdata.
d. Yang berhak atas ganti rugi, dalam Pasal 1365, 1370, 1370, 1375 dan 1379 KUHPerdata.

Perbuatan Melawan Hukum menimbulkan kerugian bagi korban, yang harus diganti oleh orang yang oleh hukum dibebani mengganti kerugian tersebut. Pertanggungjawaban pelaku perbuatan melawan hukum berupa mengganti kerugian, sedangkan pertanggungjawaban pelaku tindak pidana adalah berupa hukuman pidana.

Ganti rugi merupakan sanksi pokok dalam perbuatan melawan hukum, namun seperti halnya tentang perbuatan melawan hukum itu sendiri, pasal 1365 KUHPerdata tidak memberikan definisi tentang kerugian dan ganti rugi, serta

---

pembuat nyata-nyata telah berbuat untuk kepentingan umum atau untuk pembelan darurat terhadap dirinya.

Pasal 1377 : Begitu piula tuntutan perdata itu tidak dapat dikabulkan, jika si terhina dengan suatu putusan Hakim yang telah memperoleh kekuatan mutlak telah dipersalahkan tentang melakukan perbuatan yang dituduhkan padanya itu.

Tetapi barang siapa yang nyata-nyata dengan maksud semata-mata untuk menghina, juga setelah kebenaran tuduhan ternyata dari suatu putusan yang memperoleh kekuatan mutlak atau dari sepucuk akta otentik, terus-menerus melancarkan penghinaan-penghinaan terhadap seorang, diwajibkan memberikan kepada orang tersebut penggantian kerugian yang dideritanya.

Pasal 1378 : Segala tuntutan, yang diatur dalam keenam pasal yang lalu, gugur dengan pembebasan yang dinyatakan dengan tegas atau secara diam-diam, jika, setelah terjadinya penghinaan dan dikethuinya oleh si terhina, oleh orang ini dilakukan perbuatan-perbuatan yang menyatakan tentang adanya perdamaian atau pengampunan, yang bertentangan dengan maksud untuk menuntut ganti rugi atau pemulihan kehormatan.

Pasal 1379 : hak untuk menuntut ganti rugu sebagaimana disebutkan dalam pasal 1372, tidak hilang dengan meninggalnya orang yang menghina, maupun meninggalnnya orang yang di hina.

Pasal 1380 : Tuntutan dalam perkara penghinaan gugur dengan lewatnya waktu satu tahun, terhitung mulai hari dilakukannya perbuatan dan diketahuinya perbuatan itu oleh si penggugat.

pengaturan lebih lanjut mengenai ganti kerugian tersebut. Di dalam KUHPerdata tidak ada patokan yang dapat dipakai untuk mengukur apa yang dinamakan ganti rugi, apa unsur-unsur dan jumlah ganti rugi. Orang biasanya akan menerapkan secara analogi ketentuan tentang ganti rugi yang ada dalam Bab I Buku III KUHPerdata[377].

Beberapa penulis memberikan definisi yang berbeda-beda tentang kerugian antara lain[378] :

a. Menurut Asser-Rutten, kerugian adalah "segi yang tidak menguntungkan" yang diderita oleh seseorang sebagai akibat suatu kejadian tertentu.

b. Menurut Slagter, kerugian adalah berkurangnya pemenuhan kebutuhan

c. Menurut Schunt, kerugian dalam arti yuridis adalah kerugian secara abstracto (dapat) memperoleh penggantian : yang diderita dalam suatu kepentingan yang dilindungi oleh hukum.

d. Menurut Hoffman-Drion, membedakan tiga macam kerugian :
   1) Kerugian sebagai perusakan terhadap kebendaan berwujud si penderita memiliki kepentingan.
   2) Kerugian im-materiil yang menimbulkan perasaan tidak Kerugian sebagai pengurangan harta kekayaan
   3) mengenakkan bagi seseorang.

Di lapangan hukum perdata dapat dipersoalkan, apakah ada perbedaan pengertian antara kerugian sebagai akibat suatu perbuatan melawan hukum di satu pihak dengan kerugian sebagai akibat dari tidak dilaksanakannya suatu perjanjian (wanprestasi). Pasal 1365 KUHPerdata menamakan kerugian akibat perbuatan melawan hukum dengan *schade* saja, sedang kerugian akibat wanprestasi oleh

[377] J Satrio, *Gugat Perdata atas Dasar Penghinaan sebagai Tindakan Melawan Hukum*, Bandung, Citra Aditya Bakti, 2005, hlm. 142

[378] Setiawan, "Masalah Ganti Rugi dalam Perbuatan Melawan Hukum oleh Pengacara",, *Majalah Varia Peradilan*, Tahun IV No. 45, Juni 1989, hlm. 128.

Pasal 1246 KUHPerdata dinamakan kosten, *schaden en interessen* (biaya), kerugian dan bunga uang[379]. Beberapa penulis merumuskan *schade* sebagai penyusutan daripada pemuas kebutuhan[380].

Menurut Hoffmann-Drion, ganti rugi dapat memiliki bermacam-macam arti[381]:

a. Penggantian dalam bentuk uang, terhadap berkurangnya kekayaan karena adanya perbuatan melawan hukum. Bentuk ganti rugi ini paling banyak dijumpai dalam praktek.
b. Pemulihan dalam keadaan semula, yakni keadaan sebelum terjadinya perbuatan melawan hukum *(hersted in natura-restatio in integrum)*.
c. Penggantian biaya-biaya diperlukan untuk memulihkan keadaan pada keadaan semula sebelum terjadinya perbuatan melawan hukum.
d. Penggantian dalam bentuk uang terhadap penderitaan orang yang ditimbulkan oleh orang lain karena suatu perbuatan melawan hukum.

Bentuk ganti rugi terhadap perbuatan melawan hukum yang dikenalkan oleh hukum sebagai berikut[382]:

a. Ganti Rugi Nominal; sejumlah uang tertentu yang diberikan kepada korban perbuatan melawan hukum, sesuai dengan rasa keadilan, tanpa menghitung berapa sebenarnya kerugian tersebut.

b. Ganti Rugi Kompensasi *(Compensatory Damage)*; pembayaran kepada korban atas dan sebesar kerugian yang benar telah dialami korban dari suatu perbuatan melawan hukum, misalnya ganti rugi atas segala biaya yang dikeluarkan oleh korban, kehilangan, keuntungangaji, sakit dan penderitaan, stres, malu, jatuh nama baik, dan lain-lain.

Suatu perbuatan tidak hanya timbul karena ada suatu perjanjian, tapi dapat juga timbul karena undang-undang (pasal 1233 KUHPerdata). Dalam hal terjadi suatu perbuatan melawan hukum, maka terjadilah suatu perikatan berdasarkan undang-undang, sedangkan tidak dipenuhinya suatu perikatan yang timbul

[379] Wirjono Prodjodikoro, , *op.cit.*, hlm. 38.
[380] Moegni Djojodirjo, *op.cit.*, hlm. 76, Rosa Agustina, *op. cit.*, hlm 75.
[381] Hoffmann-Drion, seperti yang dikutip Setiawan dalam *Masalah Ganti . . . , loc. cit.*
[382] Munir Fuady, *op. cit.*, hlm. 134-135.

berdasarkan perjanjian menyebabkan terjadi suatu "wanprestasi". Denga demikian konsep ganti rugi dalam hukum ada 2 macam :

a. Ganti rugi karena wanprestasi terhadap perjanjiankontrak
b. Ganti rugi karena perikatan berdasarkan undang-undang, termasuk ganti rugi karena perbuatan melawan hukum.

Akibat dari tidak dipenuhinya suatu perikatan yang timbul karena suatu perjanjian (wanprestasi), diatur dalam Pasal 1246-1248 KUHPerdata. Timbul pertanyaan apakah ketentuan pasal tersebut berlaku juga dalam hal perbuatan melawan hukum, karena KUHPerdata tidak memberikan pengaturannya.

Pada umumnya dianut pendirian bahwa ketentuan Pasal 1246 - 1248 KUHPerdata tidak langsung begitu saja berlaku dalam hal terjadinya perbuatan melawan hukum[383].

Menurut ketentuan dalam Pasal 1246 KUHPerdata, kerugian yang disebabkan karena tidak dipenuhinya perikatan harus diganti dengan kerugian yang dialami oleh korban dan juga dengan keuntungan yang diperkirakan dapat diharapkan.

Hoge Raad tidak menaruh keberatan atas penerapan pasal tersebut secara analogis, maka pada umumnya dianut pendapat bahwa pelaku perbuatan melawan hukum harus mengganti baik kerugian yang ditimbulkan, maupun *winstderving* (keuntungan yang diharapkan dapat diterima)[384], penggantian juga meliputi

[383] Setiawan, *Masalah Ganti rugi . . . , op. cit.*, hlm 126.
[384] Moegni Djojodirjo, *op. cit.* hlm 73.

kerugian dan keuntungan yang sedianya akan diperoleh, sehingga meskipun pasal 1246 KUHPerdata tidak secara nyata dinyatakan berlaku dalam hal perbuatan melawan hukum, tetapi dapat diberlakukan .

Moegni Djojodirjo menyatakan bahwa penentuan ganti kerugian berdasarkan Pasal 1365 KUHPerdata menunjukan segi-segi persamaan dengan penentuan ganti kerugian karena wanprestasi, tapi juga dalam beberapa hal berbeda. Dalam undang-undang tidak diatur tentang ganti kerugian yang harus dibayar karena perbuatan melawan hukum, sedang Pasal 1243 KUHPerdata memuat ketentuan tentang ganti kerugian yang harus dibayar karena wanprestasi. Untuk penentuan ganti kerugian karena perbuatan melawan hukum dapat diterapkan ketentuan yang sama dengan ketentuan tentang ganti kerugian karena wanprestasi. Tentang hal tersebut Pittlo menyatakan bahwa biasanya dalam menentukan besarnya ganti kerugian karena perbuatan melawan hukum, tidak diterapkan ketentuan Pasal 1243 KUH Perdata, melainkan paling tinggi ketentuan dalam pasal tersebut diterapkan secara analogis[385].

Pada umumnya diterima pendapat bahwa Pasal 1247 KUHPerdata tidak dapat diterapkan dalam hal perbuatan melawan hukum, karena bahwa si debitur hanya diwajibkan mengganti biaya, kerugian dan bunga yang nyata telah, atau seharusnya dapat diduga sewaktu perikatan dilahirkan, kecuali apabila tidak dipenuhinya perikatan disebabkan karena suatu tipu daya yang dilakukan, maka jadi hanya berlaku untuk perikatan yang dilahirkan karena persetujuan.

---

[385] *Ibid.* Hlm. 77

Berdasarkan ajaran *adekuasi (adequatreleer)*, kerugian dalam perbuatan melawan hukum harus juga merupakan kerugian yang seharusnya diduga atau dapat diharapkan terjadi, pada saat perbuatan melawan hukum itu terjadi, sedangkan dalam hal wanprestasi kerugian itu harus dapat diduga pada saat perjanjian dibuat[386].

Ajaran adekuasi ini merupakan reaksi terhadap ajaran tentang *conditio sine qua non* dari Von Buri. Dimana semua"sebab" dapat menimbulkan sesuatu akibat tertentu, maka pertanggungjawaban Pasal 1365 KUH Perdata (dimana harus terdapat hubungan kausal antara perbuatan dengan kerugian), akan sangat diperluas. Hal tersebut tentu saja dirasakan tidak memenuhi rasa keadilan, oleh karena itu perluasan ruang lingkup pertanggungjawaban terhadap kerugian harus dipersempit.

Ajaran tentang adekuasi ini mengajarkan bahwa seseorang yang melakukan perbuatan melawan hukum hanya bertanggungjawab terhadap kerugian yang timbul apabila menurut akal sehat merupakan akibat dari perbuatannya.

Sejak dasawarsa tujuh puluhan timbul ajaran baru yang dikenal dengan nama *toerekening naar redelijkheid*, pertanggungjawaban berdasarkan kepatutan dan keadilan. Seseorang yang melakukan perbuatan melawan hukum, bertanggungjawab terhadap kerugian yang ditimbulkan, apabila dengan

[386] Setiawan, *Masalah Ganti rugi . . . , op. cit.*, hlm. 126.

memperhatikan keadaan yang meliputi kejadian itu, menurut kepatutan dan keadilan, dapat dipertanggunganjawabkan kepadanya[387].

Tiap perbuatan melawan hukum tidak hanya mengakibatkan kerugian uang saja, tapi juga dapat menimbulkan kerugian moril atau idiil, seperti ketakutan, terkejut, sakit, kehilangan kesenangan hidup, dan sebagainya. Di dalam praktek peradilan, timbul pertanyaan sehubungan dengan ganti rugi ini, "Apakah suatu kerugian idiil (im-materiil) dapat diberikan penggantian?", "Apakah ganti rugi dapat diberikan terhadap suatu kepentingan yang tidak dilindungi oleh hukum?".

Pendirian yang telah diterima menyatakan bahwa dalam pengertian kerugian sebagaimana dimaksud oleh Pasal 1365 KUHPerdata tidak termasuk kerugian dalam suatu kepentingan yang tidak dilindungi oleh hukum[388].

Kerugian idiil (im-materiil) merupakan kerugian yang bukan mengenai suatu benda (dalam arti hukum), yang tidak mempunyai nilai uang, kerugian yang tidak dapat diukur dengan uang, bersifat tidak ekonomis, dan berciri tidak berkurangnya harta kekayaan. Kerugian materiil merupakan kerugian yang bisa dinilai dalam sejumlah uang tertentu, merupakan kerugian yang menimpa "kekayaan" seseorang, yakni kerugian atas benda (dalam arti hukum) milik korban yang bisa dijabarkan dalam sejumlah uang tertentu[389].

---

[387] *Ibid.*
[388] *Ibid*, hlm. 129
[389] J. Satrio, *op.cit*, hlm. 145 - 146

Undang-undang menentukan apakah akan diberikan penggantian terhadap suatu kerugian ataukah tidak. Ketentuan Pasal 1371 KUHPerdata memberikan penggantian kerugian im-materiil yang diderita korban, demikian juga dalam Pasal 1372 KUHPerdata dalam hal penghinaan, korban mendapatkan penggantian kerugian serta pemulihan kehormatan dan nama baik, tapi dalam pasal 1370 KUHPerdata menentukan penggantian atas kerugian idiil tidak diberikan dalam hal pembunuhan.

Penggantian kerugian idiil karena perbuatan melawan hukum, dimungkinkan [390] , demikian juga menurut pendapat Rutten bahwa dalam menerapkan Pasal 1365 KUH Perdata juga dapat dituntut penggantian kerugian idiil[391].

Menurut KUHPerdata ketentuan tentang ganti rugi akibat dari perbuatan melawan hukum tidak jauh berbeda dengan ganti rugi karena wanprestasi terhadap kontrak. Persyaratan terhadap ganti rugi menurut KUH Perdata, khususnya ganti rugi karena perbuatan melawan hukum sebagai berikut [392]:

a. Komponen kerugian, yang terdiri dari : biaya, rugi dan bunga.

b. *Starting Point* dari ganti rugi, yaitu saat mulainya dihitung adanya ganti rugi adalah sebagai berikut :

    1) pada saat dinyatakan wanprestasi, debitur tetap melalaikan kewajibannya, atau

[390] Moegni Djojodirjo, *op.cit.*, hlm. 40, lihat juga hlm 76
[391] *Ibid*, hlm 77.
[392] Munir Fuady, *op. cit.*, hlm 139-140.

2) jika prestasinya adalah sesuatu yang harus diberikan sejak saat dilampuainya tenggang waktu dimana sebenarnya debitur sudah dapat membuat atau memberikan prestasi tersebut.

c. Bukan karena alasan *Force Majeure*, ganti rugi baru di dapat diberikan kepada pihak korban jika kejadian yang menimbulkan kerugian tersebut tidak tergolong ke dalam tindakan *Force Majeure*.

d. Saat terjadinya kerugian, suatu ganti rugi hanya dapat diberikan terhadap kerugian yang telah benar-benar diderita, terhadap kerugian karena kehilangan keuntungan atau pendapatan yang sedianya dapat dinikmati oleh korban.

e. Kerugiannya dapat diduga, maksudnya adalah bahwa kerugian yang timbul tersebut haruslah diharapkan akan terjadi, atau patut diduga akan terjadi, dugaan mana sudah ada pada saat dilakukannya perbuatan melawan hukum tersebut.

Dalam hal ganti rugi juga berlaku doktrin mitigasi yang mengajarkan bahwa pihak korban dari perbuatan melawan hukum (dan juga dalam kontrak) mempunyai kewajiban untuk menghindari, atau mengurangi atau menghilangkan kewajiban ganti rugi jika dia dapat dan mampu untuk melaksanakannya[393].

Seorang pengendara sepeda motor yang tidak memakai helm kemudian ditabrak sehingga menyebabkan fatal, kerugian tidak dapat dibebankan secara penuh kepada pihak penabrak, karena andai korban memakai helm kondisinya tidak separah itu. Dalam kasus tersebut pihak korban tidak melakukan tugasnya untuk ikut memitigasi (mengurangi) kerugian tersebut. Begitu juga apabila korban tabrakan sebenarnya dapat sembuh total jika dioperasi, tetapi korban sendiri tidak mau dioperasi sehingga dia cacat seumur hidup, maka berarti korban sendiri tidak melakukan mitigasi (pencegahan) supaya dideritanya tidak menjadi lebih serius, oleh karena itu pihak penabrak tidak pantas untuk dibebani krugian secara penuh.

[393] *Ibid*, hlm. 140

Hakim tidak terikat pada peraturan undang-undang ketika menetukan berapa jumlah ganti kerugian. Yurisprudensi tetap Mahkamah Agung menyatakan bahwa hakim dalam menetapkan berapa jumlah ganti kerugian harus menetapkan menurut keadilan *(ex aequo et bono)* (putusan MA Indonesia tgl 23 Mei 1970 No. 610/K/Sip/1968)[394].

Bentuk ganti rugi karena perbuatan melawan hukum menurut Mariam Darus Badrulzaman, dapat berupa[395] :

a. Pemulihan pada keadaan semula (dapat dengan uang pemaksa)
b. Larangan untuk mengulangi perbuatan itu lagi (dengan uang pemaksa)
c. Pernyataan bahwa perbuatannya adalah bersifat melawan hukum
d. Uang dan dapat dengan uang pemaksa.

Pada sistem *Common law,* dimana perbuatan melawan hukum dikenal dengan istilah *tort,* berdasarkan teori klasik *Tort Law,* ganti rugi diberikan untuk mengembalikan penggugat pada posisi ketika perbuatan melawan hukum belum terjadi. Berbeda dengan tuntutan ganti rugi berdasarkan hubungan kontraktual, penggugat dapat menuntut kehilangan keuntungan yang diharapkan atau *expectation loss*[396]. Dalam hal *tort,* kerugian ekonomis seperti kehilangan keuntungan yang diharapkan tidak dapat diberikan, karena dalam sistem *common law* antara para pihak harus ada *consideration* atau kontra prestasi[397].

Pengertian melawan hukum menimbulkan penafsiran yang relatif dan luas yang menjadi sebab timbulnya ajaran relatifitas *(relativiteitsleer)*, atau ajaran

---

[394] Yurisprudensi Indonesia 1970, Mahkamah Agung, hlm. 65
[395] Mariam Darus Badrulzaman, et. al., *Kompilasi . . ., op. cit.*, hlm. 148
[396] Rosa Agustina, *op.cit,* hlm. 105
[397] *Ibid,* hlm. 141

kepentingan yang hendak dilindungi *(schutzsnorm theorie)*, atau *de leer der berschermde belang.*

Pada bab terdahulu telah dikemukakan, pendirian yang menyatakan bahwa dalam pengertian sebagaimana dimaksud oleh Pasal 1365 KUHPerdata (perbuatan melawan hukum), tidak termasuk kerugian dalam suatu kepentingan yang tidak dilindungi oleh hukum.

Teori relativitas/*schutznormtheorie* merupakan pembatasan dari pengertian luas perbuatan melawan hukum[398], atau dengan kata lain ajaran ini bertujuan untuk mencegah jangan sampai pertanggungan gugat berdasarkan Pasal 1365 KUHPerdata akan diperluas secara tidak wajar[399]. Jika orang hanya harus meneliti apakah syarat yang diatur dalam Pasal 1365 telah terpenuhi, maka akan timbul bahaya, bahwa tuntutan ganti kerugian akan dikabulkan untuk hal-hal yang salah, yakni dalam hal dimana memang benar terdapat hubungan kausal antara perbuatan dengan kerugian, akan tetapi secara kebetulan hanya terdapat hubungan antara sifat melawan hukum dan kerugian, jadi hanya terdapat hubungan normatif secara kebetulan saja.

Schutznorm theorie mengajarkan bahwa perbuatan yang bertentangan dengan kaidah hukum dan melawan hukum, akan menyebabkan si pelaku dapat dipertanggungjawabkan atas kerugian yang disebabkan oleh perbuatan tersebut, bilamana norma yang dilanggar itu dimaksudkan untuk melindungi penderita[400].

Dengan kalimat lain, agar seseorang dapat diminta tanggung jawab karena telah melakukan perbuatan melawan hukum vide Pasal 1365 KUHPerdata, maka

---

[398] *Ibid*, hlm. 57
[399] Moegni Djojodirjo, *op.cit*, hlm. 110
[400] *Ibid*, hlm. 106

tidak cukup hanya menunjukkan adanya hubungan kausal antara perbuataan yang dilakukan dengan kerugian yang timbul, akan tetapi perlu juga ditunjukkan bahwa norma atau peraturan yang dilanggar memang dibuat untuk melindungi *(schutz)* kepentingan korban yang dilanggar[401].

Para penganut ajaran *schutznorm theorie* berpendapat bahwa selain harus ada hubungan kausal antara perbuatan dan kerugian, juga harus ada hubungan antara sifat melawan hukum dari perbuatan dan kerugian. Sifat melawan hukum bukan peristiwa tetapi merupakan kualitas maka hubungan yang terakhir ini tidak merupakan hubungan kausal. Hubungan antara sifat melawan hukum daripada perbuatannya dan kerugian tersebut merupakan hubungan normatif.

Hubungan kausal antara sifat melawan hukum perbuatan dan kerugian tersebut bukan hubungan karena akibat, sebab sifat melawan hukum bukan fakta tapi suatu kualifikasi. Dengan kata lain dituntut suatu hubungan antara norma yang dilanggar dengan kepentingan yang dilanggar.

Secara ringkas dapat dikatakan teori *schutznorm* menghendaki bahwa meskipun perbuatan melawan hukum dari seseorang menimbulkan kerugian pada orang lain, namun orang yang melakukan perbuatan melawan hukum itu hanya diwajibkan untuk mengganti kerugian apabila norma yang dilanggar khusus ditujukan untuk melindungi kepentingan hukum orang lain yang terlanggar itu.

Dengan demikian menurut ajaran ini harus diteliti lebih dahulu untuk perlindungan kepentingan siapakah aturan perundang-undangan atau norma (hukum tidak tertulis) yang dilanggar tersebut dimaksudkan.

---

[401] Munir Fuady, *op.cit,* hlm. 14

Putusan *Hoge Raad* 17 Januari 1958 tentang seseorang yang telah melakukan praktek kedokteran padahal ia bukan dokter sehingga tidak berwenang untuk itu. Para dokter yang bertempat tinggal di sekitarnya mengalami penyusutan praktek, sehingga menuntut ganti kerugian. *Hoge Raad* tidak mengabulkan tuntutan ganti rugi para dokter tersebut, karena walaupun memang betul seseorang tersebut telah melanggar larangan praktek dokter, tapi aturan yang dilanggar tersebut bukan dimaksudkan untuk melindungi para dokter dari kerugian tetapi aturan larangan praktek bagi yang bukan dokter tersebut dimaksudkan untuk melindungi kesehatan masyarakat.

Menurut Rutten, teori ini berangkat dari relativitas sifat melawan hukum, dalam arti bahwa perbuatan A melanggar hak B, tetapi tanpa melanggar hak C, atau perbuatan A hanya melawan hukum dilihat dari kepentingan B saja. Ada kemungkinan bahwa C menderita kerugian akibat perbuatan A tadi, karena itu C dapat menuntut kerugian itu terhadap A walaupun perbuatan A tersebut hanya bersifat melawan hukum terhadap B dan tidak terhadap C[402]. Teori *schutznorm* ini bertujuan membatasi ajaran relativitas tersebut.

Para ahli hukum berbeda pendapat mengenai penerapan teori ini, ada yang mendukung dan ada yang menentang. Namun demikian penerapan teori *schutznorm* ini, dalam kasus-kasus tertentu sangat bermanfaat karena alasan-alasan sebagai berikut[403] :

a. Agar tanggung gugat berdasarkan Pasal 1365 KUHPerdata tidak diperluas secara tidak wajar.

---

[402] Komariah Emong Sapardjaja, *op.cit.*, hlm. 72-73
[403] Munir Fuady, *op. cit.*, hlm. 15-16

b. Untuk menghindari pemberian ganti rugi terhadap kasus dimana hubungan antara perbuatan dengan ganti rugi hanya bersifat normatif dan kebetulan saja
c. Untuk memperkuat berlakunya unsur "dapat dibayangkan" *(forsee-ability)* terhadap hubungan sebab akibat yang bersifat kira-kira (*proximate causation).*

Namun menurut Munir Fuady, karena KUHPerdata tidak memberikan indikasi tentang berlaku atau tidaknya teori *schutznorm* ini, maka hakim :

> tidak harus bahkan tidak selamanya layak untuk menerapkan teori ini. Paling banter, hakim hanya cocok untuk menggunakan teori ini kasus-perkasus dan menjadi pedoman bagi hakim serta menjadi salah satu dari sekian banyak alat penolong, dalam mewadahi eksistensi unsur "keadilan" dalam putusannya yang menyangkut perbuatan melawan hukum.

Penerapan teori *schutznorm* ini juga menimbulkan pertanyaan sekitar kepentingan mana yang dilindungi oleh norma tertentu. Menurut pendapat *Langemeijer* bahwa kepentingan yang dilindungi tersebut adalah *rechtstreeks in zijn belang getroffen* (langsung terkena pada kepentingannya), dalam arti *dat een belang ook reds als door een bepaalde norm beschermd geldt, wanneer met overtreding der norm krenking van belang onafscheiddelijk is verbornden* (bahwa suatu kepentingan sudah dianggap sebagai dilindungi oleh norma tertentu, jika dengan pelanggaran norma tersebut kerusakan norma yang terikat tidak terpisahkan)[404].

Suatu perbuatan seringkali bertentangan dengan beberapa atau bermacam-macam norma, karena itu untuk menerapkan teori *schutznorm* orang harus berhati-hati.

Penentang teori *schutznorm* menganggap bahwa teori ini berlebihan, dan sebagai keberatan praktis dikemukakan bahwa teori *schutznorm* tak dapat

[404] Lihat Komariah Emong Sapardjaja, , *op. cit.* hlm 73-74

dipergunakan karena sangat sukar untuk menentukan apakah norma tertentu merupakan norma perlindungan bagi kepentingan tertentu.

Dalam perkembangannya, Hartkamp [405] pada tahun 1990 mengatakan bahwa ditengah pertentangan antara pendukung dan penentang teori ini, teori ini harus dipertahankan karena orang berpendapat bahwa walaupun (secara teoritis) terhadap penerapan teori *schutznorm* harus diuji, ternyata bahwa koreksi teori ini untuk perkara-perkara tertentu sangat dibutuhkan.

5. Penyelesaian Kasus Perbuatan Melawan Hukum Perdata/Kasus Perdata di Pengadilan.

Hukum acara yang berlaku untuk pemeriksaan perkara pidana adalah Undang-Undang No. 8 Tahun 1981 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHAP), sedangkan untuk pemeriksaan perkara perdata, melalui UU Darurat No. 1 tahun 1951 dimana pembagian golongan penduduk dihapus, maka ketentuan HIR (*Herziene Indonesische Reglement*) atau RIB (Reglemen Indonesia yang diperbarui) yang berkenaan dengan Hukum Acara Perdata, berlaku secara unifikasi bagi semua golongan penduduk. Hukum acara perdata yang berlaku untuk tingkat banding adalah ketentuan UU No. 20 Tahun 1947 (untuk daerah Jawa dan Madura) dan Bab IV bagian ke tiga *Reglement voor de Buistengewesten.*

Keberadaan peradilan perdata bertujuan untuk menyelesaikan sengketa yang timbul di antara anggota masyarakat. Sengketa yang terjadi, bisa berbagai ragam, yaitu antara lain sengketa hak milik (*property right*), perceraian, warisan, pengingkaran perjanjian, pailit, penyalahgunaan wewenang oleh penguasa, wanprestasi, perbuatan melawan hukum (*onrechtmatige daad*), dsb.

---

[405] Lihat *ibid* hlm 76

Sesuai dengan Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang No. 14 Tahun 1970 (sebagaimana diubah dengan Undang-Undang No. 35 tahun 1999) dan sekarang diatur dalam Pasal 16 ayat (1) Undang-Undang No. 4 tahun 2004, tugas dan kewenangan badan peradilan di bidang perdata adalah menerima dan mengadili serta menyelesaikan sengketa di antara para pihak yang berperkara.

Seperti telah disebutkan di muka, hukum acara untuk perkara perdata yang berlaku adalah HIR dan RIB dan untuk peradilan tingkat banding adalah ketentuan UU No. 20 tahun 1947 (untuk daerah Jawa dan Madura) dan Bab IV bagian ke tiga RBG.

Wewenang pengadilan menyelesaikan perkara di antara pihak yang bersengketa, disebut *yurisdiksi contentiosa* dan gugatannya berbentuk gugatan *contentiosa* atau disebut juga *contentious*[406]. Gugatan *contentiosa* inilah yang dimaksud dengan gugatan perdata dalam praktik, dalam perundang-undangan istilah yang digunakan adalah "gugatan perdata" atau "gugatan" saja. Setiap perkara perdata yang diajukan ke pengadilan negeri berbentuk "Surat Gugatan".

Permasalahan yang diajukan dan diminta untuk diselesaikan dalam gugatan merupakan sengketa atau perselisihan diantara para pihak yang berperkara, dengan posisi para pihak :

a. yang mengajukan penyelesaian sengketa, disebut dan bertindak sebagai "penggugat"
b. yang ditarik sebagai pihak lawan dalam penyelesaian, disebut dan berkedudukan sebagai "tergugat".

---

[406] M. Yahya Harahap,: *Hukum Acara Perdata, tentang Gugatan, Persidangan, Penyitaan, Pembuktian dan Putusan Pengadilan,* Jakarta, Sinar Grafika, cet ke dua 2005, hlm. 46

Ciri yang melekat pada gugatan perdata adalah[407] :

a) Permasalahan hukum yang diajukan ke pengadilan mengandung sengketa *(dispates, differences)*

b) Sengketa terjadi di antara para pihak, paling kurang di antara dua pihak

c) Berarti gugatan perdata bersifat partai *(party)*, dengan komposisi pihak yang satu berkedudukan sebagai penggugat dan pihak yang lain berkedudukan sebagai tergugat.

Tata cara pemeriksaan gugatan *contentiosa*, sistem dan asas pemeriksaannya adalah sebagai berikut[408] :

a. Sistem pemeriksaan secara *contradictoir*, seperti digariskan Pasal 125 dan 127 HIR, artinya :

1) Dihadiri kedua belah pihak secara in person atau kuasanya. Ketentuan ini dapat disimpangi dan memberikan kewenangan bagi hakim untuk:

memutus perkara secara verstek, apabila pihak tergugat tidak menghadiri sidang tanpa alasan yang sah, padahal ia telah dipanggil secara sah dan patut, atau

melakukan pemeriksaan tanpa bantahan, apabila pada sidang berikut (baik penggugat maupun tergugat) tidak hadir tanpa alasan yang sah.

2) Proses pemeriksaan berlangsung secara *op tegenspraak*.

Memberi hak dan kesempatan kepada tergugat untuk membantah dalil penggugat. Sebaliknya penggugat juga berhak untuk melawan bantahan tergugat. Proses seperti ini yang disebut kontradiktor

[407] *Ibid*, hlm.47-48
[408] lihat *Ibid*, hlm. 68-75

(*contradictoir),* yaitu dengan proses sanggah menyanggah baik dalam bentuk replik-duplik maupun dalam bentuk konklusi.

Pada prinsipnya pemeriksaan tidak boleh dilaksanakan secara sepihak (*ex-parte),* hanya dihadiri pihak penggugat saja atau pihak tergugat saja.

b. Asas pemeriksaan

Ada beberapa prinsip atau asas yang harus ditegakkan dan diterapkan yaitu :

1) Mempertahankan Tata Hukum Perdata (*Burgelijke Rechtsorde*)

2) Menyerahkan sepenuhnya kewajiban mengemukakan fakta dan kebenaran kepada para pihak berperkara

Berdasarkan kebenaran yang dikemukakan para pihak itulah hakim mempertimbangkan putusan. Tidak boleh melampaui batas-batas fakta dan kebenaran yang dibuktikan para pihak. Pihak-pihak yang berperkara mempunyai kebebasan untuk menentukan sikap, apakah dalil gugatan atau dalil bantahan akan dilawan atau tidak. Tidak ada kewajiban bagi para pihak yang berperkara untuk mengatakan sesuatu hal yang diperkirakan akan merugikan kedudukan dan kepentingannya. Hakim tidak dapat memaksa para pihak untuk melakukan atau menerangkan sesuatu.

3) Tugas hakim menemukan kebenaran formal.

Hakim tidak dituntut mencari dan menemukan kebenaran materiil (*materiele waarheid)* atau kebenaran hakiki (*ultimate truth)* berdasarkan keyakinan hati nurani. Pengertian kebenaran formal

tersebut harus merupakan kebenaran yang diperoleh sebagai hasil penjabaran semua fakta dan peristiwa (bukti) yang terjadi dan diperoleh selama proses persidangan. Kebenaran yang dicari cukup bersifat relatif, akan tetapi kebenaran yang utuh atau bulat yang saling berkaitan dengan kasus yang terjadi di antara para pihak yang berperkara. Namun demikian tidak ada larangan bagi pengadilan hakim perdata untuk mencari dan menemukan kebenaran sejati, namun apabila kebenaran sejati tidak ditemukan dalam proses persidangan, hukum membenarkan cukup untuk menemukan dan mengambil putusan berdasarkan kebenaran formal.

4) Persidangan terbuka untuk umum

Tujuan prinsip ini adalah untuk menjaga tegaknya peradilan yang *fair (fair trial),* peradilan yang bersih dan jujur.

Prinsip ini diatur dalam Pasal 13 UU No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, dengan ancaman pelanggaran atasnya mengakibatkan putusan batal demi hukum.

5) Audi Alteram Partem (Pasal 131 HIR)

Pemeriksaan persidangan harus mendengar kedua belah pihak yang berperkara secara seimbang. Hakim wajib memberi kesempatan yang sama (*to give the same opportunity to each party)* untuk mengajukan pembelaan kepentingan masing-masing para pihak yang berperkara.

6) Asas Imparsialitas (*impartiality)*

Asas ini mengandung pengertian yang luas meliputi :

a) tidak memihak *(impartial)*

b) bersikap jujur dan adil (*fair and just*)

c) tidak bersikap diskriminatif, yaitu menempatkan dan mendudukkan para pihak yang berperkara dalam keadaan setara di depan hukum (*equality before the law).*

Seperti telah disinggung di muka, bahwa dalam pemeriksaan perkara perdata, tugas hakim menemukan kebenaran formal, yang berarti bahwa kebenaran yang dicari dan diwujudkan dalam proses peradilan perdata bukan kebenaran yang bersifat *absolute* (*ultimate truth),* tetapi kebenaran relatif atau bahkan cukup bersifat kemungkinan (*probable).* Namun untuk mencari kebenaran yang demikian pun tetap menghadapi kesulitan.

Untuk membuktikan kebenaran formal tersebut, semua pihak termasuk hakim harus berpegang pada patokan yang digariskan oleh prinsip - prinsip khusus yang berlaku untuk setiap jenis alat bukti yang harus juga dijadikan patokan dalam penerapan sistem pembuktian.

Prinsip-prinsip umum pembuktian tersebut adalah sebagai berikut :

a. Pembuktian mencari dan mewujudkan kebenaran formil.

Sistem pembuktian dalam Hukum Acara Perdata, tidak seperti dalam proses pemeriksaan perkara pidana yang mencari kebenaran materiil (kebenaran hakiki). Dalam proses peradilan perdata tidak dituntut keyakinan hakim. Sekiranya salah satu pihak mengakui dalil pihak lawan meskipun hal itu bohong dan palsu, hakim harus menerima kebenaran itu.

1) Tugas dan Peran Hakim bersifat pasif.

Makna pasif di sini, sepanjang mengenai hal-hal yang diajukan dalam persidangan, hakim tetap berwenang untuk menilai apakah yang diajukan memenuhi prinsip pembuktian, misalnya hakim berwenang menilai suatu pengakuan sebagai alat bukti yang tidak mutlak apabila pengakuan itu tidak benar atau tanpa disertai alasan yang kuat sehingga tidak dapat dipercaya.

2) Putusan berdasarkan pembuktian dan fakta

Pembuktian tidak dapat ditegakkan tanpa ada fakta-fakta yang mendukungnya

3) Aliran baru menentang Pasif-Total, ke arah Aktif Argumentatif

Pada masa belakangan ini muncul ajaran yang menentang ajaran hakim pasif secara total dalam perkara perdata, tetapi harus diberi peran aktif secara argumentatif.

b. Pengakuan mengakhiri pemeriksaan perkara.

Pada prinsipnya, pemeriksaan perkara sudah berakhir apabila salah satu pihak memberikan "pengakuan yang bersifat menyeluruh" terhadap materi pokok perkara.

1) Pengakuan yang diberikan tanpa syarat, tegas, murni dan bulat

2) Tidak menyangkal dengan cara berdiam diri, tidak boleh ditafsirkan menjadi fakta atau bukti pengakuan tanpa syarat

3) Mengajukan sangkalan tanpa alasan yang cukup atau tidak didukung bukti dapat dianggap sebagai pengakuan yang murni dan bulat tanpa syarat

c. Pembuktian perkara tidak bersifat logis

1) Hukum pembuktian dalam perkara tidak selogis pembuktian ilmu pasti. Pembuktian perkara menurut hukum selalu mengandung ketidak-pastian relatif, sehingga kebenaran yang dihasilkan bersifat kebenaran nisbi atau relatif.

2) Kebenaran yang diwujudkan bersifat kemasyarakatan.

Bukti-bukti yang disampaikan cukup fakta yang mengandung kebenaran yang dapat diterima akal sehat (*common sense)*, artinya kebenaran fakta yang dikemukakan selaras dengan kebenaran menurut kesadaran masyarakat.

d. Fakta-fakta yang tidak perlu dibuktikan

Tidak semua fakta harus dibuktikan

1) Hukum positif tidak perlu dibuktikan
2) Fakta yang diketahui umum tidak perlu dibuktikan
3) Fakta yang tidak dibantah tidak perlu dibuktikan
4) Fakta yang ditemukan selama proses persidangan tidak perlu dibuktikan

e. Memberi hak kepada pihak lawan mengajukan bukti lawan (*tegenbewijs)*

f. Persetujuan Pembuktian

Para pihak dapat membuat suatu perjanjian untuk mengatur pembuktian (*bewijs overenkomst),* termasuk pembagian beban pembuktian, jenis alat bukti dan kekuatan pembuktian.

Selanjutnya sesuai dengan ketentuan Pasal 178 HIR, pasal 189 RBG, apabila pemeriksaan perkara selesai, majelis hakim karena jabatannya melakukan musyawarah untuk mengambil putusan yang akan dijatuhkan. Proses pemeriksaan dianggap selesai apabila telah ditempuh tahap jawaban dari tergugat sesuai Pasal 121 HIR, Pasal 113 Rv, kemudian replik penggugat (Pasal 115 Rv, maupun duplik dari tergugat, dan dilanjutkan dengan tahap pembuktian dan konklusi)[409].

Jika semua tahap ini telah tuntas diselesaikan, hakim (majelis hakim) menyatakan pemeriksaan ditutup dan proses selanjutnya adalah menjatuhkan atau mengucapkan putusan. Mendahului pengucapan putusan adalah tahap musyawarah bagi majelis hakim untuk menentukan putusan apa yang akan dijatuhkan.

Agar supaya putusan yang dijatuhkan tidak mengandung cacat, ada asas yang harus ditegakakan (Pasal 178 HIR, Pasal 189 RBG dan Pasal 19 UU No. 4 tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman), yaitu :

Menurut dasar alasan yang jelas dan rinci

Wajib mengadili seluruh bagian gugatan

Tidak boleh mengabulkan melebihi tuntutan (*ultra petitum partium)*

Diucapkan di persidangan terbuka untuk umum

---

[409] *Ibid,* hlm. 797

Susunan atau sistematika yang harus dirumuskan dalam putusan agar memenuhi syarat perundang-undangan (formulasi putusan) harus memuat secara ringkas dan jelas pokok perkara, jawaban, pertimbangan dan amar putusan

Hal-hal yang tercantum dalam putusan adalah sebagai berikut :

a. Dalil gugatan/fundamentum petendi
b. Mencantumkan jawaban tergugat
c. Uraian singkat ringkasan dan lingkup pembuktian
d. Pertimbangan hukum
e. Ketentuan perundang-undangan
f. Amar putusan

Putusan Majelis Hakim dapat berupa beberapa kemungkinan. Putusan apa yang dijatuhkan dapat dilihatdibaca pada bagian "amar putusan". Amar putusan inilah yang penting yang harus dipatuhi kedua belah pihak yang berperkara. Apabila para pihak tidak mau melaksanakan isi putusan dengan sukarela, maka pelaksanaannya dapat dimintakan bantuan kepada Pengadilan Negeri setempat dengan cara mengajukan permohonan Pelaksanaan Eksekusi putusan pengadilan.

Amar putusan harus jelas dan ringkas, supaya dapat langsung dilaksanakan (dapat dieksekusi) tanpa ditafsirkan lagi. Amar putusan ini dapat berbentuk berbagai macam kemungkinan yaitu :

a. Apabila gugatan mengandung cacat formil

Berbagai macam cacat formil yang mungkin melekat pada gugatan antara lain, gugatan yang ditanda tangani kuasa berdasarkan surat kuasa yang

tidak memenuhi syarat yang digariskan Pasal 123 ayat 1 HIR yo. SEMA No. 6 tahun 1994, gugatan tidak memiliki dasar hukum, gugatan *eror in persona* dalam bentuk diskualifikasi atau *plurium litis consortium,* gugatan mengandung cacat *abscuur libel,* gugatan melanggar yurisdiksi (kompetensi) absolute atau relatif dsb.

Putusan terhadap gugatan yang demikian, putusan yang dijatuhkan adalah: "Menyatakan gugatan tidak dapat diterima (*niet ontvankelijke verklaard)*". Jika cacat formilnya mengenai yurisdiksi (kompetensi), amar putusannya adalah: "Menyatakan tidak berwenang mengadili" atau "Gugatan tidak dapat diterima"

b. Apabila gugatan "tidak terbukti"

Apabila penggugat tidak mampu mengajukan alat bukti yang cukup memenuhi batas minimal pembuktian atau tergugat mengajukan bukti lawan yang melumpuhkan eksitensi dan kekuatan pembuktian yang diajukan penggugat maka secara teknis yustisial, penggugat dianggap tidak berhasil membuktikan gugatannya. Akibatnya adalah gugatannya harus ditolak dan amar putusan yang harus dijatuhkan adalah : "Menolak gugatan Penggugat seluruhnya". Apabila penggugat dianggap dapat membuktikan sebagian gugatannya maka amar putusannya adalah : "Mengabulkan gugatan penggugat sebagian" lalu disebutkan dengan jelas bagian gugatan yang dikabulkan tersebut, dan selanjutnya : "Menolak gugatan penggugat untuk selebihnya".

c. Apabila gugatan "terbukti"

Apabila penggugat dapat mengajukan alat bukti yang cukup memenuhi batas minimal pembuktian atau pihak tergugat tidak dapat mengajukan bukti lawan yang melumpuhkan bukti yang diajukan penggugat, maka secara tehnis yustisial, penggugat dianggap berhasil membuktikan gugatannya. Putusan yang diajatuhkan adalah berupa : "Mengabulkan gugatan penggugat seluruhnya" atau "Mengabulkan gugatan penggugat sebagian". Selanjutnya amar putusan harus dirinci dan didiskripsikan satu per satu bagian yang dikabulkan. Amar putusan harus jelas, jangan sampai putusan yang dijatuhkan tidak memiliki daya eksekusi (*non-executable).*

d. Apabila dalam perkara terdapat rangkaian gugatan konvensi, gugatan rekonpensi (gugat balik), eksepsi, intervensi.

Terhadap kasus-kasus perkara yang memiliki rangkaian demikian, terbuka beberapa variable putusan yang dijatuhkan tergantung pada gugatan mana yang dikabulkan atau ditolak, yang penting, amar putusan yang dijatuhkan harus "meliputi seluruh pokok perkara", baik yang bersifat formil maupun substansial.

e. Apabila gugatan terbukti sebagian.

Sesuai dengan asas kebebasan kehakiman (*judicial independency*) yang dimiliki hakim dalam mengadili perkara, maka hakim sepenuhnya berwenang untuk mengabulkan seluruh atau sebagian gugatan, tergantung atas penilaian fakta atau pembuktian yang ditemukan dalam persidangan. Dalam hal hanya sebagian gugatan yang dikabulkan maka :

a. harus ada pernyataan : "Mengabulkan gugatan sebagian".

b. memerinci petitum mana saja yang dikabulkan.

c. harus ada pernyataan : "Menolak gugatan selebihnya".

C. Hubungan Melawan Hukum Perdata dan Melawan Hukum Pidana

1. Arti Melawan Hukum.

Secara umum dapat dikatakan bahwa arti melawan hukum adalah tanpa kewenangan yang melekat padanya atau tanpa dia berhak melakukan demikian.

Pelaku tindak pidana maupun pelaku perbuatan melawan hukum (selain hukum pidana) sama-sama bertindak bertentangan dengan larangan atau keharusan, keduanya mengandung muatan unsur yang bersifat melawan hukum. Karenanya dapat dikatakan suatu tindak pidana adalah sama dengan perbuatan melawan hukum, akan tetapi sebaliknya tidak setiap perbuatan melawan hukum merupakan tindak pidana. Tidak semua perbuatan yang mengakibatkan kerugian kepada seseorang *(onrechmatige)* adalah melawan hukum (melawan hukum pidana*wederrechtelijke).* Hal tersebut karena adanya asas yang dikenal sebagai asas legalitas, sebagaimana ditentukan dalam Pasal 1 ayat (1) KUHPidana. Atau dengan kata lain, perbuatan yang menurut masyarakat tidak patut, belum tentu *wederrechtelijke* (melawan hukum pidana), karena tidak dinyatakan sebagai tindak pidana.

Unsur sifat melawan hukum dapat dijumpai baik dalam tindak pidana maupun dalam perbuatan melawan hukum (perdata), akan tetapi keduanya memperlihatkan adanya perbedaan konsep hukum. Pebedaan yang pokok bahwa

hukum pidana mengenai kepentingan umum, sedangkan ketentuan dari perbuatan melawan hukum untuk melindungi kepentingan individu. Hukum pidana ditujukan pada pemidanaan pelaku, sedangkan ketentuan hukum yang bersangkutan dengan perbuatan melawan hukum bertujuan memberikan ganti kerugian kepada korban.

Setiap tindak pidana adalah perbuatan melawan hukum atau dengan kata lain setiap tindak pidana selalu bersifat melawan hukum (kecuali dibuktikan sebaliknya). Oleh karena bersifat melawan hukum, apabila pelaku tindak pidana telah dinyatakan bersalah secara pidana, maka terhadapnya selalu dapat dituntut secara perdata apabila tindak pidana yang dilakukan tersebut ternyata menimbulkan kerugian pada orangpihak lain. Dengan kalimat lain, pelanggaran-pelanggaran terhadap ketentuan-ketentuan hukum pidana tidak hanya bersifat melawan hukum (*wederrechtelijke*) dalam pengertian hukum pidana, tetapi dalam keadaan tertentu dapat juga bersifat melanggar hukum (*onrechtmatige* dalam pengertian hukum perdata)[410]. Namun demikian, tidak semua perbuatan yang mengakibatkan kerugian kepada seseorang (*onrechtmatige*) adalah melawan hukum (melawan hukum pidana*wederrechtelijke*).

Sebaliknya pelaku yang telah dinyatakan bersalah melakukan perbuatan melawan hukum (selain hukum pidana), apabila ternyata perbuatan tersebut mengandung aspek pidana atau bermuatan pidana, maka ia dapat dituntut secara pidananya.

---

[410] Setiawan, *op.cit,* hlm.172

Perbuatan dari jenis ini dapat dikenakan baik hukuman perdata maupun hukuman pidana, tetapi dapat juga perbuatan dari jenis ini hanya dapat dikenakan hukuman perdata dan tidak dapat dikenakan hukuman pidana. Dengan perkataan lain, ada perbuatan-perbuatan yang hanya bersifat perdata atau sipil, dan ada perbuatan-perbuatan yang tidak hanya bersifat perdata atau sipil tetapi juga bersifat pidana atau kriminal.

Menentukan perbatasan masalah tersebut menurut Wirjono Projodikoro, merupakan persoalan yang tidak selalu mudah, tetapi sering merupakan persoalan yang sulit untuk dapat dikerjakan. Persoalan ini dihadapi oleh pembentuk undang-undang dalam menciptakan suatu tindak pidana, dan juga oleh para pelaksana undang-undang yaitu polisi, jaksa, dan hakim dalam menafsirkan ketentuan-ketentuan pidana tertentu[411].

Apabila dalam suatu hubungan hukum titik berat berada pada kepentingan orang perorang (individu), maka kita masih ada di bidang hukum perdata. Apabila dalam suatu hubungan hukum itu titik berat pada kepentingan orang-orang sebagai kumpulan orang banyak, maka kita mulai menginjak bidang hukum publik, dimana kita ada kemungkinan menginjak pula pada bidang hukum pidana[412].

Perbuatan melawan hukum memang tidak hanya apabila bertentangan dengan undang-undang pidana, tetapi juga apabila bertentangan dengan undang-undang yang lain, bahkan apabila bertentangan dengan hukum tidak tertulis.

---

[411] Wirjono Projodikoro : *Tindak-tindak Pidana Tertentu di Indonesia*, Bandung, Refika Aditama, 2003, hlm. 11.

[412] Wirjono Projodikoro : *"Asas-asas Hukum Perdata "*, Jakarta, Sumur Bandung, cet. IV, 1976, hlm. 7

Perbuatan melawan hukum karenanya dapat berupa variasi dari jumlah tidak terbatas.

Seperti telah disebutkan dimuka, istilah "melawan hukum", dalam bahasa asing sering ada yang menggunakan istilah *wederrechtelijkheid* dan ada yang menggunakan istilah *onrechtmatigeheid,* kedua istilah asing ini mempunyai kesamaan arti, namun bagi sarjana yang menguraikan masalah hukum secara umum lebih cenderung menggunakan *onrechtmatigeheid,* dan yang mengkhususkan menguraikan tentang masalah hukum pidana lebih sering menggunakan istilah *wederrechtelijkheid,* sekalipun kadang-kadang istilah-istilah tersebut digunakan bersama-sama[413].

Istilah *onrechtmatigedaad,* ada yang menyebut "perbuatan melawan hukum", ada yang menyebut "perbuatan melanggar hukum" dengan alasan sebutan perbuatan melawan hukum adalah padanan dari *wederechtelijke,* yaitu pelanggaran pidana, sedangkan *onrechtmatigedaad* adalah pelanggaran keperdataan[414].

Sifat penting dari suatu tindak pidana adalah sifat melawanmelanggar hukum (*onrechtmatigeheidwederrechtelijkheid),* maka adanya hukum pidana dengan tindak pidana yang dirumuskan di dalamnya, bersumber pada pelanggaran-pelanggaran hukum di bidang hukum lain. Jadi dengan sendirinya dalam setiap tindak pidana, harus ada sifat melawan hukum tersebut (melawan hukum perdata atau melawan hukum tata negara atau melawan hukum tata usaha

---

[413] Bambang Poernomo, *Asas-asas . . . , op.cit,* hlm.114

[414] Bagir Manan, "Perjalanan aturan Peralihan UUD 1945", artikel pada *majalah Varia Peradilan* No. 259 Juni 2007, hlm. 13

negara). Setelah dirumuskan dalam peraturan hukum pidana maka menjadi melawan hukum pidana. Sehingga bersifat melawan hukum dalam hukum pidana adalah bertentangan dengan perundang-undangan pidana.

Seperti telah disebutkan dimuka, dalam bidang hukum perdata, keputusan Hoge Raad tanggal 31 Januari 1919 dalam perkara Lindenbaum melawan Cohen, merupakan keputusan terpenting dalam bidang hukum perdata. Menurut putusan ini, perbuatan melawan hukum diartikan sebagai suatu perbuatan atau kealpaan yang :

a. bertentangan dengan hak orang lain, atau
b. bertentangan dengan kewajiban hukum si pelaku, atau
c. bertentangan dengan kesusilaan baik, atau
d. bertentangan dengan keharusan yang harus diindahkan dalam pergaulan hidup orang lain atau benda, dan barang siapa karena salahnya sebagai akibat perbuatannnya itu telah mendatangkan kerugian pada orang lain, berkewajiban membayar ganti kerugian[415].

Menurut Vos formula dalam putusan Hoge Raad dalam *Cohen Lindenbaum Arrest* mengenai *Onrechtmatigedaad* tersebut adalah yang paling cocok untuk merumuskan *wederrectelijkeheid,* begitu pula Pompe juga menyatakan bahwa interpretasi tentang *wederrechtelijkeheid,* (dalam arti bertentangan dengan hukum objektif) adalah yang paling mendekati dari apa yang diartikan oleh hukum perdata mengenai *onrechtmatigedaad.* Demikian pula dengan Oemar Seno Adji menyatakan bahwa tanpa ada maksud untuk menjadikan

[415] Moegni Djojodirdjo, *op.cit,* hlm. 26

suatu *onrechtmatigedaad* sebagai suatu tindak pidana yang *wederrechtelijkheid* sifatnya, maka pengertian tentang melawan hukum sebagai sarana yang merupakan unsur dari tindak pidana, mempunyai pengertian luas dan mirip pengertian tentang *onrechtmatigedaad* sesudah tahun 1919 tersebut[416].

Rutten[417] juga mengakui bahwa pengertian melawan hukum dalam kedua bidang hukum ini sering bersamaan, tetapi bidang perbuatan melawan hukum lebih diperluas. Hal ini disebabkan arti melawan hukum dalam bidang hukum pidana dibatasi oleh Pasal 1 ayat (1) SR (sama dengan Pasal 1 ayat (1) KUHP). Lebih jauh dikatakan oleh Rutten :

> Setiap tindak pidana dijelaskan dalam undang-undang secara teliti dan oleh karenanya terbatas. Perbuatan melawan hukum tidak. Undang-Undang hanya menentukannya dalam satu pasal secara umum, tanpa memberikan penjelasan tentang akibat-akibat hukum perdata yang mana yang dilarang oleh perbuatan melawan hukum itu. Perbuatan melawan hukum tidak hanya apabila bertentangan dengan undang-undang pidana, tetapi juga apabila bertentangan dengan undang-undang yang lain, bahkan apabila bertentangan dengan hukum tidak tertulis. Perbuatan melawan hukum karenanya dapat berupa variasi dari jumlah yang tidak terbatas.

Sifat melawan hukum dari suatu perbuatan merupakan istilah dari *onrechtmatigheid* yang mempunyai kesamaan arti dengan istilah *wederrechtelijkheid.* Bagi Indriyanto Seno Adji, pengertian luas dari *onrechtmatige daad* dalam bidang hukum perdata mempunyai penerapan

---

[416] Lihat Indriyanto Seno Adji, Asas Perbuatan Melawan Hukum Materiil dan Masalahnya Dalam Perspektif Hukum Pidana di Indonesia", Makalah disampaikan Dalam Rangka *Seminar Tentang Asas-asas Hukum Pidana Nasional*, di Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, April 2004, hlm. 2

[417] Asser's Rutten, seperti dikutip Komariah Emong Sapardjaja, *op.cit,* hlm. 48-49

pengertian yang sama dengan pengertian hukum pidana terhadap istilah *materiele wederrechtelijkheid*[418].

Menurut van Bemmelen, arti "melawan hukum" di bidang hukum pidana tidak ada bedanya dengan arti melawan hukum di bidang hukum perdata. Perkembangan dalam bidang hukum perdata sangat besar pengaruhnya bagi hukum pidana[419], tapi orang tetap mengadakan pembedaan antara hukum perdata dan hukum publik, dimana hukum pidana merupakan bagian dari hukum publik. Hukum pidana dibedakan dengan tajam dari hukum perdata karena cirinya yang khusus, yaitu bahwa hukum pidana adalah hukum sanksi.

Akan tetapi seperti telah disebutkan di muka, Mahkamah Konstitusi tidak menghendaki kriteria perbuatan melawan hukum dalam hukum perdata *(on rechtmatigedaad)* diterima menjadi satu ukuran melawan hukum dalam hukum pidana *(wederrechtelijkeheid),* dengan kata lain Mahkamah Konstitusi menghendaki adanya garis pemisah antara kriteria melawan hukum *(onrechtmatigedaad)* dengan melawan hukum dalam hukum pidana *(wederrechtelijkeheid*), pengertian *onrechtmatigedaad* lebih luas karena dalam *wederrechtelijkheid,* kepatutan dan keadilan bukanlah suatu ukuran.

Penulis sependapat dengan Mahkamah Konstitusi bahwa perbuatan melawan hukum dalam hukum perdata harus dibedakan dengan melawan hukum dalam hukum pidana dengan alasan bahwa akibat hukum dari kedua perbuatan tertsebut sangat berbeda. Perbuatan melawan hukum *(onrechtmatigedaad)* dalam hukum perdata berakibat sanksi perdata, sedangkan perbuatan melawan dalam

[418] Indriyanto Seno Adji, *op.cit.*, hlm. 1
[419] Komariah Emong Sapardjaja, *op.cit.*, hlm. 33

hukum pidana berakibat sanksi pidana. Selain itu bahwa setiap perbuatan melawan hukum pidana yang adalah suatu tindak pidana, harus diatur dan diancam pidana dalam aturan perundang-undangan (asas legalitas), tidak setiap perbuatan yang melawan hukum adalah tindak pidana.

Perbuatan melawan hukum pidana adalah suatu tindak pidana. Tindak pidana adalah perbuatan yang :

a. Melanggar suatu aturan pidana dalam perundang-undanganaturan tertulis (melawan hukum formil), dan
b. Perbuatan tersebut bersifat melawan hukum (melawan hukum materiil norma masyarakat).

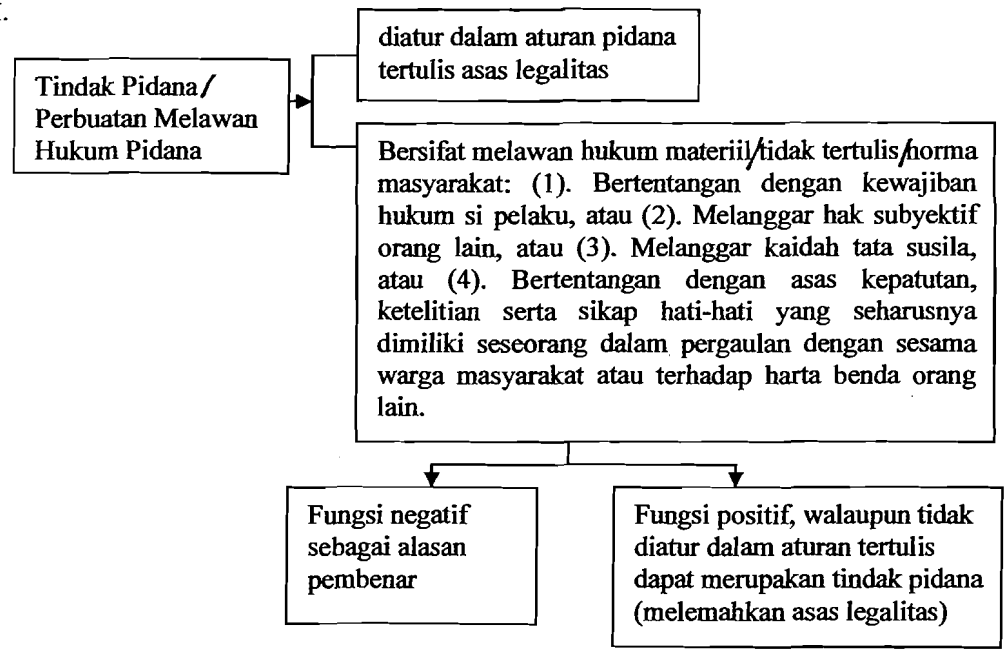
Melawan hukum materiilnorma masyarakat, tidak jelas kriterianya. Penulis berpendapat disinilah apa yang dimaksud oleh para ahli bahwa melawan hukum pidana dapat memakai kriteria melawan hukum perdata setelah yurisprudensi tahun 1919 yaitu bahwa melawan hukum adalah: (1). Bertentangan dengan kewajiban hukum si pelaku, atau (2). Melanggar hak subjektif orang lain, atau (3). Melanggar kaidah tata susila, atau (4). Bertentangan dengan asas kepatutan, ketelitian serta sikap hati-hati yang seharusnya dimiliki seseorang dalam pergaulan dengan sesama warga masyarakat atau terhadap harta benda orang lain.

Perbuatan melawan hukum perdata terdiri dari :

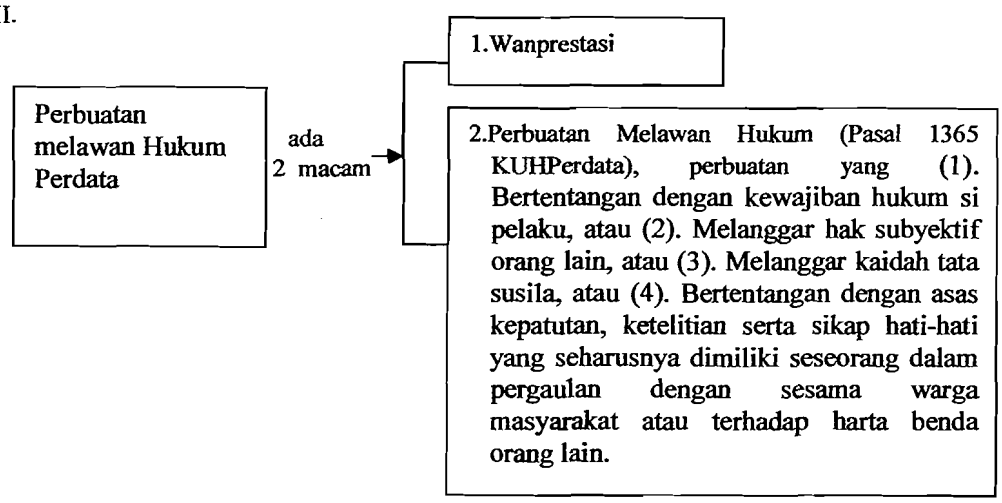
a. Melanggar perjanjian (wanprestasi).
b. Perbuatan melawan hukum/*onrechmatigedad* (Pasal 1365 KUHPerdata), tidak terdapat aturan yang rinci mengenai perbuatan yang bagaimana yang merupakan perbuatan melawan hukum (yurisprudensi tahun 1919, perbuatan

melawan hukum adalah perbuatan yang (a). Bertentangan dengan kewajiban hukum si pelaku, atau (b). Melanggar hak subjektif orang lain, atau (c). Melanggar kaidah tata susila, atau (d). Bertentangan dengan asas kepatuhan, ketelitian serta sikap hati-hati yang seharusnya dimiliki seseorang dalam pergaulan dengan sesama warga masyarakat atau terhadap harta benda orang lain.

I.



II.



2. Alasan Pembenar

Suatu perbuatan yang melawan hukum, ada kalanya dapat lenyaphilang hapus sifat melawan hukumnya. Perbuatan tersebut yang menurut satu atau lebih kriterium adalah melawan hukum, menjadi tidak melawan hukum karena adanya hal-hal yang membenarkan perbuatan tersebut.

Hal-hal khusus yang meniadakan sifat melawan hukumnya suatu perbuatan yang disebut "dasar-dasar/alasan-alasan pembenar", selalu mengandung sifat eksepsional dan karenanya hanyalah sebagai pengecualian membenarkan penyimpangan terhadap norma umum yang melarang perbuatan tersebut[420].

Dengan adanya alasan pembenar tersebut yang meniadakan sifat melawan hukumnya perbuatan, maka perbuatan tersebut menjadi perbuatan yang dapat dibenarkan, sehingga meniadakan pula pertanggungjawaban si pelaku. Alasan pembenar, dalam hukum pidana merupakan alasan penghapus pidana.

Alasan pembenar *(rechtvaardigingsgrond)*/alasan penghapus sifat melawan hukum yang termuat dalam KUHPidana yaitu :

a. Daya paksa *(overmacht)* dalam arti keadaan darurat (Pasal 48)
b. Daya paksa dalam arti terpaksa memilih antara kewajiban-kewajiban yang bertentangan (Pasal 48)
c. Pembelaan terpaksa *(noodweer)* (Pasal 49 ayat 1)
d. Ketentuan undang-undang *(wettelijk voorschrift)*(Pasal 50)
e. Perintah Jabatan *(ambtelijk bevel)*(Pasal 51 ayat 1)

[420] Moegni Djojodirjo, *op.cit,* hlm.58

Alasan pembenar tersebut secara umum diakui dan dapat diterapkan sebagai alasan pembenar dalam bidang hukum perdata.

Alasan pembenar di luar ketentuan undang-undangdari hukum tidak tertulis adalah *tuchtrecht* oleh orang tua/guru/wali, *beroepsrecht* oleh dokter, dan *toesteming*.

Di dalam hukum pidana ada satu lagi alasan pembenar yang berasal dari hukum tidak tertulis yaitu dari ajaran sifat melawan hukum materiil. Penggunaan hapusnya sifat melawan hukum materiil sebagai alasan pembenar, di Belanda hanya pernah digunakan dalam kasus Veearts Arrest (Arest dokter hewan). Hal tersebut berbeda dengan keadaan di Indonesia, sejak putusan Mahkamah Agung tanggal Januari 1966 No. 42K/Kr./1965 dalam kasus penyalahgunaan DO Gula di Kalimantan Selatan, ajaran sifat melawan hukum materiil sebagai alasan pembenar telah dipakai berulang-ulang[421]. Ajaran sifat melawan hukum materiil hanya diterima dalam fungsinya yang negatif (sebagai alasan pembenar), dalam arti bahwa suatu perbuatan dapat hilang/hapus sifat melawan hukumnya, apabla secara materiil perbuiatanitu tidak bertentangan dengan hukum.

Menurut Komariah, Mahkamah Agung kita berpandangan hilangnya sifat melawan hukum materiil tampaknya adalah satu-satunya alasan pembenar tidak tertulis di luar undang-undang, oleh karena itu Mahkamah Agung telah melakukan penafsiran secara luas (*extensive interpretatie*) sebagai upaya menerapkan sifat melawan hukum materiil sebagai alasan pembenar dalam berbagai kasus.

[421] Komariah Emong Sapardjaja, *op.cit,* hlm. 206

Penerapan secara generalis ini menyebabkan pengadilan bawahan menjadikan sifat melawan hukum materiil berfungsi positif[422].

Alasan pembenar dalam hukum pidana dapat meniadakan sifat melawan hukumnya suatu perbuatan sehingga perbuatan tersebut menjadi tidak melawan hukum pidana, dan meniadakan pertanggungjawaban (secara pidana) dari pembuat, dengan kata lain dapat meniadakan pidana terhadap pembuat. Alasan pembenar ini dihubungkan dengan asas baru : "Tiada hukuman (pidana) tanpa adanya melawan hukum secara materiil"[423].

Adagium "tiada pidana tanpa adanya sifat melawan hukum" menurut penulis dapat disejajarkan dengan asas "tiada pidana tanpa kesalahan".

Dalam hukum pembuktian, pembuktian mengenai ada atau tidak adanya alasan pembenar adalah pada saat semua unsur tindak pidana yang didakwakan telah terbukti. Jadi dengan terbuktinya semua unsur tindak pidana yang didakwakan belum tentu pembuat/pelaku dapat langsung dijatuhi pidana. Apabila ternyata terbukti ada alasan pembenar maka pembuat/pelaku tidak dapat dijatuhi pidana.

Perbuatan yang tidak melawan hukum pidana ini belum tentu tidak melawan hukum dalam bidang hukum dalam bidang hukum lain. Apabila ternyata perbuatan tersebut terbukti melawan hukum dalam bidang hukum lain, dan menyebabkan timbulnya kerugian pada pihak lain maka pihak lain ini dapat mengajukan tuntutan (gugatan) secara perdata atas dasar "perbuatan melawan hukum" (*onrechmatigedaad*).

---

[422] *Ibid*, hlm. 183-184
[423] lihat Indriyanto Seno Adji, *op.cit*, hlm. 4

3. Kesalahan (*schuld*)

Telah dimaklumi bahwa Pasal 1365 KUHPerdata dengan jelas mensyaratkan adanya "kesalahan" (*schuld*), dengan demikian berarti bahwa si pelaku perbuatan melawan hukum hanyalah bertanggungjawab atas kerugian yang ditimbulkannya, bilamana perbuatan yang dilakukannya dapat dipersalahkan kepadanya. Pasal tersebut juga membedakan dengan tegas pengertian kesalahan (*schould)* dari pengertian melawan hukum. Hanya perbuatan yang melawan hukum, sedang kesalahan hanya pada si pelaku, sehingga si pelaku hanya bertanggungjawab atas kerugian yang ditimbulkan, bilamana perbuatan tersebut dapat bersalahkan kepadanya. Syarat kesalahan yang dicantumkan dalam pasal tersebut harus diartikan dalam arti subjektifnya, yakni bahwa seseorang pelaku akan diteliti apakah perbuatan yang dilakukannya dapat dipersalahkan kepadanya. Keadaan subjektif sipelaku tersebut antara lain pelaku dalam keadaan gilasakit jiwa, anak dibawah umur, dalam keadaan pingsan dan sebagainya.

Dalam bidang pidana syarat "kesalahan" (*schuldvereiste)* tidak diatur secara tegas dalam undang-undang. Van Bemmelen dan van Hattum telah mengemukakan adagium "tiada hukuman tanpa kesalahan (*geen straf zonder schuld)*, maka Rutten telah berusaha menerapkan adagium tersebut dalam bidang perdata dengan mengemukakan adagium tiada pertanggungan-gugat atas akibat-akibat dari perbuatannya yang melawan hukum tanpa kesalahan, atau sebagaimana dikemukakan oleh Meyers perbuatan melawan hukum mengharuskan adanya kesalahan (*een onrechtmatigedaad verlangt schuld).*

Seperti halnya dalam hukum pidana, maka dalam hukum perdata juga dibedakan antara kesalahan (dalam arti sempit) dan kesengajaan. Kesalahan

sebagai lawan dari pada kesengajaan adalah lain maknanya dari pada kesalahan (schuld) dalam Pasal 1365 KUPerdata, dimana schuld dalam Pasal 1365 KUPerdata adalah dalam arti luas dan sebagai demikian adalah mencakup kesalahan dan kesengajaan kedua-duanya, dengan demikian maka apakah suatu perbuatan dilakukan dengan sengaja ataukah dilakukan karena kealpaan, akibat hukumnya adalah sama yaitu bahwa si pelaku tetap bertanggung jawab untuk membayar ganti kerugian. Si pelaku tersebut hanyalah terbebaskan dari pertanggung gugat, kalau ia tidak bersalah, sehingga Pasal 1365 KUHPerdata, membedakan dengan tegas pengertian kesalahan *(schuld)* dan pengertian perbuatan melawan hukum. Perbuatannya adalah melawan hukum, sedangkan kesalahan hanya pada pelakunya[424].

Lain halnya dalam hukum pidana, dalam hukum pidana ada perbedaan sifat yang besar antara hal kesengajaan dan hal kurang hati-hati[425] (kealpaan), sebagai contoh sengaja menghilangkan nyawa orang, berarti si pembuat melakukan tindak pidana pembunuhan (Pasal 388 KUHPidana), sedangkan dalam hal kurang hati-hati, si pembuat hanya melakukan tindak pidana karena kurang hati-hatinya menyebabkan matinya orang (Pasal 359 KUHPidana) yang ancaman pidananya lebih ringan.

Dalam hukum pidana, seorang terdakwa akan dapat dinyatakan mempunyai kesalahan apabila menurut konstruksi yuridis telah ternyata lebih dahulu melakukan tindak pidana dengan unsur pokoknya bersifat melawan hukum, dan kemudian mempunyai kemampuan bertanggungjawab, atau mempunyai bentuk kesengajaan atau kealpaan dan tidak ada alasan pemaaf[426].

---

[424] Moegni Djojodirjo, *Ibid*, hlm.69
[425] Wirjono Prodjodikoro, *Perbuatan Melanggar Hukum . . .,op.cit.*,hlm 25
[426] Bambang Poernomo, *Asas-asas . . .*, *op.cit.*, hlm. 140

4. Ciri-Ciri *Onrechtmatigeheid* dan *Wederrechtelijkheid.*

Dari uraian terdahulu dapat tersimpulkan mengenai ciri-ciri melawan hukum dalam bidang hukum perdata (*onrechtmatigeheid)* dan melawan hukum dalam hukum pidana (*wederrchtelijkheid*) yaitu sebagai berikut :

a. Ciri-Ciri Melawan Hukum dalam Bidang Hukum Perdata

1) Melawan hukum dalam bidang hukum perdata dikenal dengan istilah "Perbuatan Melawan Hukum"(*onrechtmatigedaad*)

2) Merupakan bagian hukum sipil

3) Tidak ada perumusan terperinci mengenai perbuatan melawan hukum itu perbuatan yang bagaimana, sehingga bentuk "Perbuatan Melawan Hukum" dapat berupa variasi yang tidak terbatas

4) Unsur-unsur Perbuatan Melawan hukum berlaku umum yaitu:

   a) Pelaku (yang melakukan perbuatan)

   b) Perbuatan tersebut melawan hukum

   c) Perbuatan tersebut menimbulkan kerugian pada orang lain

   d) Pelaku dapat dipersalahkan

5) Arti "melawan hukum di dalam Perbuatan Melawan Hukum adalah:

   a) Bertentangan dengan kewajiban hukum si pelaku, atau

   b) Melanggar hak subjektif orang lain, atau

   c) Melanggar kaidah tata susila

   d) Bertentangan dengan asas kepatuhan, ketelitian serta sikap hati-hati yang seharusnya dimiliki seseorang dalam pergaulan dengan sesama warga masyarakat atau terhadap harta benda orang lain.

6) Aturan-aturan dalam Perbuatan Melawan Hukum bertujuan untuk melindungi kepentingan individu
7) Aturan-aturan dalam Perbuatan Melawan Hukum bertujuan untuk memberikan ganti kerugian kepada korban (yang dituju adalah keadilan *Corrective*)
8) Perbuatan Melawan Hukum dapat terjadi terhadapmelanggar norma tidak tertulis
9) Pelaku Perbuatan Melawan Hukum dapat dimintai pertanggunganjawab dalam arti dapat dihukum untuk membayar ganti rugi kepada korban bila:
    a) Perbuatan pelaku memenuhi unsur perbuatan melawan hukum
    b) Tidak ada alasan pembenar, baik alasan pembenar dari hukum tertulis maupun alasan pembenar dari hukum tidak tertulis
    c) Tidak ada alasan pemaaf (pelaku dapat dipersalahkan). Tiada pertanggungan gugat atas akibat-akibat perbuatannya yang melawan hukum tanpa kesalahan (*een onrechtmatigedaad verlangt schuld*)
    d) Teori *schutznorm* dapat diterapkandapat menjadi alasan peniadaan hukuman mengganti kerugian (bila aturan/norma yang dilanggar memang untuk melindungi kepentingan hukum korban)
10) Penegakan hukum perdata melalui proses Acara Perdata. Dua pihak yang saling berhadapan di pengadilan adalah pihak Penggugat yang bertindak untuk kepentingannya sendiri yang merasa dirugikan, berhadapan dengan

pihak Tergugat yang digugat karena melakukan perbuatan melawan hukum yang merugikan pihak penggugat.

b. Ciri-Ciri Melawan Hukum dalam Tindak Pidana

1) Melawan hukum dalam bidang hukum pidana dikenal dengan istilah "tindak pidana"
2) Merupakan bagian dari hukum publik
3) Tindak pidana bentuknya tertentu yang masing-masing sudah ditentukan/ dirumuskan bentuk normanya secara terperinci dalam aturan hukum pidana (asas legalitas)
4) Unsur-unsur tindak pidana tidak berlaku umum tapi tergantung dari bunyi rumusan deliknya
5) Arti "melawan hukum" dalam tindak pidana terdapat beberapa pengertian tergantung dari apa yang dimaksud dalam rumusan deliknya, seperti misalnya, tanpa hak, tanpa wenang, tanpa izin, bertentangan dengan hukum objektif, tanpa tujuan yang patut, tidak menurut kebiasaan, melampaui batas wewenang, dan lain sebagainya yang dapat dikelompokkan tentang arti tersebut :
   a) Bertentangan dengan hukum objektif
   b) Bertentangan dengan hak subjektif orang lain
   c) Tanpa hak

   (Keterangan : Sehingga timbul pendapat bahwa arti melawan hukum seperti yang diformulasikan dalam arti melawan hukum pada perbuatan melawan hukum (perdata) cocok untuk merumuskan arti

melawan hukum pada tindak pidana, tapi tetap dibatasi oleh asas legalitas.)

6) Aturan-aturan dalam tindak pidana bertujuan melindungi kepentingan umum
7) Aturan-aturan dalam tindak pidana bertujuan untuk memidana pelaku (hukum sanksi). Keadilan yang dituju adalah Keadilan *Retributive*
8) Tindak Pidana terhadap norma/hukum tidak tertulis sampai dengan saat ini belum dapat diterima sepenuhnya dengan alasan adanya asas legalitas (pasal 1 ayat 1 KUHPidana). Dengan kata lain apabila aturan/norma yang dilanggar belum dirumuskan dalam suatu aturannorma pidana yang diancam hukuman pidana maka pelaku belum dapat dikatakan melanggar/ melawan hukum pidana/melakukan tindak pidana (fungsi positif melawan hukum)
9) Pelaku tindak pidana dapat dimintai pertanggungjawaban dalam arti pelaku dapat dijatuhi pidana bila:
    a) Semua unsur yang tercantum dalam rumusan delik telah terpenuhi/ terbukti
    b) Tidak ada alasan pembenar, baik alasan pembenar dari hukum tertulis maupun alasan pembenar dari hukum tidak tertulis yang berarti bahwa sifat melawan hukumnya perbuatan terbukti (fungsi negatif melawan hukum)
    c) Tidak ada alasan pemaaf (pelaku dapat dipersalahkan). Tiada hukuman tanpa kesalahan (*geen straf zonder schuld*)

d) Teori *schutznorm* dapat diterapkandapat menjadi alasan peniadaan pidana (bila aturannorma yang dilanggar memang untuk melindungi korban)

10) Penegakan Hukum Pidana melalui proses Acara Pidana.

Dua pihak yang saling berhadapan di pengadilan adalah jaksa (penuntut umum) yang bertindak untuk dan atas nama negara yang berkewajiban melindungi kepentingan masyarakat pada umumnya serta mewakili kepentingan korban, berhadapan dengan terdakwa atau terdakwa-terdakwa yang didakwa melakukan tindak pidana.

BAB III

METODE PENELITIAN

Penelitian ini merupakan suatu penelitian yang bersifat deskriptif eksploratif analisis. Deskriptif eksploratif bertujuan memberikan gambaran uraian mengenai permasalahan dalam penelitian, untuk memperdalam pengetahuan mengenai suatu gejala tertentu atau untuk mendapatkan ide-ide baru mengenai gejala itu [427]. Dikatakan deskriptif karena dengan penelitian ini diperoleh gambaran yang menyeluruh dan sistematis mengenai perbuatan melawan hukum di bidang hukum perdata, perbuatan melawan hukum (materiil) pada suatu tindak pidana, serta pengaruh perbuatan melawan hukum di bidang hukum perdata terhadap penentuan ada atau tidak ada sifat melawan hukum (materiil) pada suatu tindak pidana. Dikatakan analisis karena kemudian dilakukan analisis terhadap putusan-putusan PengadilanNegeri, PengadilanTinggi, Mahkamah Agung, dianalisis mengenai pertimbangan hukum dari hakim dalam menentukan ada tidaknya sifat melawan hukum (materiil) pada suatu tindak pidana dari kasus-kasus yang sebenarnya merupakan perbuatan melawan hukum di bidang hukum perdata.

Penelitian ini merupakan penelitian hukum normatif titik berat penelitian tertuju pada penelitian kepustakaan yang berarti akan lebih banyak menelaah dan mengkaji bahan hukum yang diperoleh melalui penelitian ini, dengan cara

[427] Amiruddin dan Zainal Asikin, *Pengantar Metode Penelitian Hukum,* Jakarta, Raja Grafindo Persada, hlm 25.

meneliti bahan pustaka[428]. Penelitian ini juga didasarkan pada penelitian terhadap enam aspek yaitu asas-asas hukum, kaidah hukum, teori-teori hukum, doktrin para ahli, peraturan hukum, dan putusan pengadilan. Pengaruh perbuatan melawan hukum di bidang hukum perdata terhadap penentuan ada tidaknya sifat melawan hukum (materiil) pada suatu tindak pidana diharapkan dapat dianalisi dari kandungan enam aspek penelitian hukum ini.

A. Tipologi Penelitian

Penelitian ini mengungkap konsep-teori yaitu membandingkan teori melawan hukum dibidang hukum perdata dan teori melawan hukum (materiil) dibidang hukum pidana, yaitu menerangkan atau memberikan penjelasan atau menguraikan (*explain*) kedua teori tersebut sekaligus menjelaskan pengaruh perbuatan melawan hukum di bidang hukum perdata/kasus perdata terhadap penentuan ada tidaknya sifat melawan hukum (materiil) pada suatu tindak pidana.

B. Jenis Penelitian

Penelitian ini merupakan penelitian hukum normatif berupa "penelitian klinis" yang pada dasarnya berbasis pada data sekunder[429] yang berupa bahan hukum primer yaitu perundang-undangan (*legislation*), bahan hukum sekunder yaitu dokumen hukum (*legal document*), putusan pengadilan (*court decision*),

[428] Soerjono Soekanto dan Sri Mamuji, *Penelitian Hukum Normatif,* Jakarta, Raja Grafindo Persada, 2003, hlm 13.

[429] Dalam penelitian hukum dipergunakan pula data sekunder, yang dari sudut kekuatan mengikatnya digolongkan ke dalam: 1. Bahan hukum primer yaitu bahan hukum yang mengikat, 2. Bahan hukum sekunder yaitu yang memberikan penjelasan mengenai bahan hukum primer, 3. Bahan hukum terier yaitu yang memberikan penjelasan terhadap bahan hukum primer dan sekunder (Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum,* Jakarta, Penerbit Universitas Indonesia, 1989, hlm. 51-52).

laporan hukum (*law review*), catatan hukum (*legal research*), ajaran hukum, teori hukum, pendapat hukum, ulasan hukum. Penelitian ini menggunakan kasus hukum yang berupa produk hukum yaitu putusan PengadilanMahkamah Agung (*judicial case study*), sehingga merupakan studi yurisprudensi.

Penelitian hukum klinis berusaha untuk menemukan apakah hukumnya bagi suatu perkara *in-concreto.* Dalam penelitian ini, norma hukum *in-abstracto* dipergunakan sebagai *premise major* , sedangkan fakta-fakta yang relevan (*legal facts)* dipergunakan sebagai *premise minor.* Melalui proses *silogisme* akan diperoleh kesimpulan hukum positif *in-concreto* yang dicari. Diawali dengan mendiskripsikan *legal facts,* kemudian mencari pemecahannya melalui analisis yang kritis terhadap norma-norma hukum positif yang ada dan selanjutnya menemukan hukum *in-concreto* untuk menyelesaikan permasalahan tertentu[430].

C. Objekbahan atau materi Penelitian

Penelitian ini dimulai dengan mencari bahan hukumdokumen hukum yang utama yang tertulis yaitu :

1. Bahan hukum Primer yaitu bahan-bahan hukum yang mengikat[431]
   a. Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) dan Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHPerdata/BW), dan Undang-Undang No.48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.
   b. Peraturan Perundang-Undangan bidang Hukum Perdata yang mengandung ketentuan pidana antara lain Undang-Undang Perlindungan Konsumen,

[430] *Ibid,* hlm 125.
[431] Soerjono Soekanto, *op.cit.*hlm. 52

Undang-Undang Lingkungan Hidup, Undang-Undang tentang Hak Cipta, Undang-Undang tentang Perumahan dan Pemukiman, PP No. 51 Tahun 1960 dan sebagainya.

c. Undang-undang dan peraturan lain ynag bersangkutan seperti Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHAP), Kitab Undang-Undang Hukum Acara Perdata (HIR) dan sebagainya.

2. Bahan Hukum Sekunder, yang memberikan penjelasan mengenai bahan hukum primer[432], antara lain:

   a. Putusan-putusan Pengadilan/MA yang berkaitan dengan masalah penelitian yaitu putusan terhadap perkara-perkara pidana yang:

      1). Menerima sifat melawan hukum dari perbuatan melawan hukum perdata menjadi sifat melawan hukum pada perbuatan pidana.

      2). Menolak perbuatan sifat melawan hukum dari perbuatan melawan hukum perdata menjadi sifat melawan hukum pada perbuatan pidana sehingga sifat melawan hukum perdata tersebut menjadi alasan pembenar yang menghapus sifat melawan hukum (materiil).

   b. Rancangan UU-KUHP.

   c. Buku-buku, makalah-makalah, hasil penelitian dan seterusnya, hasil karya dari kalangan hukum, untuk mengetahui sistem hukum perdata dan pidana di Indonesia, teori-teori hukum, kaidah-kaidah hukum, asas-asas hukum, serta pendapat-pendapat dari ahli tentang perbuatan melwan hukum, pada bidang hukum perdata (*on rechtmatigedaad*) dan

[432] *Ibid.*

unsur melwan hukum pada perbuatan melawan hukum pidana (*wederrechtelijheid*).

D. Teknik Pengumpulan dan Pengambilan Bahan Hukum

Penelitian ini memakai pendekatan yuridis normative, maka teknik pengumpulan bahan hukum dilakukan melalui penelaahan bahan hukum yang diperoleh dari peraturan perundang-undangan, buku teks, hasil penelitian, serta putusan-putusan Pengadilan, Mahkamah Agung Republik Indonesia yang pada dasarnya dilakukan terhadap literatur tertulis (kepustakaan).

Penelitian ini merupakan penelitian kepustakaan, oleh karena itu untuk pengumpulan bahan hukum dipergunakan studi kepustakaan. Studi kepustakaan dimaksudkan untuk memperoleh bahan hukum dengan cara membaca peraturan perundang-undangan, buku teks, hasil penelitian serta pertimbangan hukum dari berbagai putusan Pengadilan Negeri, Pengadilan Tinggi, Mahkamah Agung Republik Indonesia. Sepanjang diperlukan akan dilakukan wawancara dengan para Hakim Pengadilan Negeri, Pegadilan Tinggi, Mahkamah Agung Republik Indonesia.

E. Pengolahan Bahan Hukum

Bahan hukum, dokumem hukum, yang di peroleh dari peraturan perundang-undangan, buku teks, hasil penelitian, serta dari putusan-putusan pengadilan di kumpulkan kemudian dipilih sesuai dengan permasalahan

penelitian, kemudian dipilah-pilah dan di kompilasi termasuk perkara pidana atau perdata.

F. Analisis Penelitian

Penelitian ini merupakan pnelitian hukum normatif, yang hanya mengenal data sekunder saja yang terdiri dari bahan hukum primer, bahan hukum sekunder, dan bahan hukum tertier, maka dalam mengolah dan menganalisis bahan hukum tersebut tidak bisa melepaskan diri dari berbagai penafsiran yang dikenal dalam ilmu hukum[433] Bahan hukum yang diperoleh dari putusan-putusan pengadilan dikaji dan ditafsirkan dengan menggunakan bahan hukum yang diperoleh dari bahan hukum primer dan sekunder sebagai pisau analisis, dikaji legal reasoning dari putusan, dibandingkan dengan teks peraturan perundang-undangan, dibandingkan dengan teori-teori, kaidah-kaidah dan asas-asas hukum yang ada sera dibandingkan pula dengan pendapat para ahli/doktrin, dalam usaha untuk menjawab permasalahan penelitian.

Analisis bahan hukum dilakukan secara komprehensif dan lengkap. Bahan hukum dikumpulkan dan dipilah sesuai dengan spesifikasi permasalahan, selanjutnya diolah dan dianalisis, dengan membuat kategori-kategori tertentu sesuai dengan permasalahan disertasi. *Komprehensif* artinya analisis secara mendalam dari berbagai aspek sesuai dengan lingkup penelitian. Lengkap artinya tidak ada bagian yang terlupakan[434].

---

[433] Amirudin dan Zainal Abidin, *op., cit.*hlm.163.

[434] Abdulkadir Muhammad, *Hukum dan Penelitian Hukum,* Bandung, Citra Aditya Bakti, 2004, hlm. 127

Metode beberfikir yang digunakan adalah metode deduktif, berpangkal dari hal yang bersifat umum ke hal yang bersifat khusus yaitu masalah yang diteliti, dengan menggunakan nalar dan akhirnya ditarik suatu kesimpulan[435]. yaitu dengan menggunakan metode sintesis, penalaran yang menggabungkan beberapa pernyataan sehingga menghasilkan pernyataan baru[436].

[435] Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum, sebuah Pengantar,* Yogyakarta, Liberty, 2000, hlm. 43.

[436] Sunardi Hartono, *Penelitian Hukum di Indonesia pada Akhir Ahad ke -20,* Bandung, Penerbit Alumni, 1994, hlm.106

BAB IV

SIFAT MELAWAN HUKUM MATERIIL SUATU TINDAK PIDANA HUBUNGANNYA DENGAN KASUS PERDATA

Dalam pergaulan hidup di masyarakat, besar kemungkinan terjadinya benturan-benturan, perselisihan-perselisihan (konflik) antar warga masyarakat mengingat beragamnya kebutuhan manusia dan banyaknya jumlah manusia yang sama-sama menginginkan terpenuhinya kebutuhan masing-masing, apalagi mengingat manusia sebagai mahkluk individu yang lebih mementingkan kepentingan sendiri daripada kepentingan orang lain. Hal-hal inilah yang menyebabkan terjadinya pelanggaran hukum.

Salah satu cara untuk menyelesaikan konflik tersebut adalah melalui pengadilan. Pengadilan merupakan salah satu pelaksana hukum dalam hal ada tuntutan hak yang konkrit sebagai akibat dilanggarnya hakhukum, baik dalam hukum pidana maupun hukum perdata. Apabila ada pelanggaran terhadap ketentuan hukum dan ada orang/pihak yang dirugikan, kemudian pihak yang dirugikan ini mengajukan tuntutan hak melalui pengadilan, maka hakim berkewajiban untuk memeriksa perkara tersebut dan mengadilinya. Penelitian dalam disertasi ini meneliti tentang perkara-perkara yang sebenarnya merupakan sengketa perdata tetapi hendak diselesaikan dengan menggunakan hukum pidana, atau dengan kata lain diajukan sebagai perkara pidana ke pengadilan.

Pembahasan secara teoritis akan dikaitkan dengan adagium "tiada pidana tanpa adanya sifat melawan hukum (secara materiil)", dimana adagium tersebut

dapat disejajarkan dengan asas tiada pidana tanpa kesalahan. Sifat melawan hukum dapat hapushilang karena adanya alasan pembenar yang berasal dari hukum tidak tertulis.

Hakim dalam memutuskan perkara yang diadilinya haruslah mengadili menurut hukum sebagaimana diamanatkan oleh Pasal 5 ayat (1) UU No. 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman yang mengatakan : "Pengadilan mengadili menurut hukum tanpa membeda-bedakan orangnya".

Menurut Bagir Manan[437], beberapa patokan sebagai makna mengadili menurut hukum adalah :

> Mengadili menurut hukum merupakan salah satu asas mewujudkan negara berdasarkan atas hukum. Setiap putusan hakim harus mempunyai dasar hukum-substantif dan prosedural-yang telah ada sebelum perbuatan melawan dan pelanggaran hukum terjadi.
>
> Hukum dalam mengadili menurut hukum harus diartikan luas melebihi pengertian hukum tertulis dan tidak tertulis. Hukum dalam kasus atau keadaan tertentu meliputi pengertian-pengertian yang mengikat pihak-pihak, kesusilaan yang baik dan ketertiban umum (*gode zeden en openbaar orde*).
>
> Hukum yang hidup dalam masyarakat adalah hukum yang dipertimbangkan dalam putusan hakim, tetapi tidak selalu harus diikuti, karena kemungkinan *the living law* justru harus dikesampingkan karena tidak sesuai dengan tuntutan sosial baru.
>
> Sesuai dengan tradisi hukum yang berlaku, hakim wajib mengutamakan penerapan hukum tertulis, kecuali kalau akan menimbulkan ketidak adilan, bertentangan kesusilaan, atau ketertiban umum. Hakim bukan mulut atau corong undang-undang melainkan mulut atau corong keadilan.

Sudikno Mertokusumo [438] mengingatkan hakim harus mengadili berdasarkan hukum, yaitu hukum yang mengandung kepastian hukum, setiap

---

[437] Bagir Manan, "Mengadili menurut hukum", artikel pada *Majalah Varia Peradilan* No. 238 Juli 2005, hlm.10

[438] Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar,* Edisi Kedua Cetakan Pertama, Yogyakarta, Liberty, 2000, hlm. 90

putusan hakim harus mengandung tiga unsur pertimbangan hukum secara proporsional:

Unsur kepastian hukum (*rechtssicherkeit*) yang memberi jaminan bahwa hukum itu dijalankan sehingga yang berhak menurut hukum dapat memperoleh haknya dan bahwa putusan seperti itu juga dapat diterapkan untuk jenis perkara yang sama.

Unsur kemanfaatan (*zweckmassigheit*), bahwa isi putusan tidak hanya bermanfaat bagi pihak berperkara tetapi juga masyarakat luas. Masyarkat berkepentingan atas putusan hakim itu karena masyarakat menginginkan adanya keseimbangan tatanan dalam masyarakat.

Unsur keadilan (*gerechtigheit*), yang memberi keadilan bagi pihak yang bersangkutan, kalaupun pihak lawan menilainya tidak adil masyarakat harus dapat menerimanya sebagai adil. Asas hukum yang berbunyi: *lex-dura sed tamen scripta,* mengartikan hukum itu kejam tetapi begitulah bunyinya. Dalam hal terjadi konflik antara kepastian hukum dan keadilan serta kemanfaatan, unsur keadilanlah yang seharusnya didahulukan.

Selain sebagai instrumen negara berdasarkan atas hukum, mengadili menurut hukum merupakan kendali terhadap asas kebebasan hakim. Tanpa kewajiban mengadili menurut hukum, hakim yang bebas dapat bertindak sewenang-wenang dalam memutus suatu perkara. Selain itu, tanpa kewajiban mengadili menurut hukum, melainkan atas dasar kenyataan atau rasa keadilan masyarakat, dapat pula menggerogoti tuntutan konsistensi putusan dan kepastian hukum.Meskipun hakim tidak boleh sekedar menjadi mulut undang-undang, tetapi juga tidak boleh menjadi mulut dirinya sendiri dengan menggunakan alasan memenuhi rasa keadilan masyarakat. Hanya ada satu kewajiban hakim yaitu menerapkan hukum secara tepat dan benar demi mewujudkan keadilan atau memberi kepuasan kepada pencari keadilan. Hakim harus legalistik tetapi tidak boleh legistik. "Hukum" dalam pengertian mengadili menurut hukum adalah

hukum dalam arti luas termasuk aktualisasi pengertian-pengertian yang sudah mapan[439].

Menurut pikiran bangsa Indonesia, hukum dan undang-undang tidak sama, bahkan sebagian besar dari hukum kita terdiri dari aturan-aturan tidak tertulis.

Hakim sebagi penegak hukum dan keadilan wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat.

Pada penerapan hukum oleh hakim, ada 3 kemungkinan yang dapat dilakukan oleh hakim yaitu[440] :

1. Hakim sekedar menjadi mulut Undang-Undang
2. Hakim sebagai penterjemah aturan hukum yang ada. Sebagai penterjemah hukim bertugas menemukan hukum, baik melalui penafsiran konstruksi, atau penghalusan hukum. Kewajiban ini timbul karena aturan, aturan yang ada tidak jelas, atau karena suatu peristiwa hukum tidak persis sama dengan lukisan dalam undang-undang
3. Hakim sebagai pembentuk hukum (*rechtshepper, judge made law).* Hukum yang dibentuk hakim dapat berupa hukum baru, melengkapi hukum yang ada atau memberi makna baru terhadap hukum yang sudah ada. Tugas membentuk hukum dapat terjadi karena hukum yang ada belum (cukup) mengatur, atau hukum yang ada telah usang.

Dari tiga kemungkinan peran tersebut, yang paling umum terjadi dan menjadi pekerjaan sehari-hari hakim yaitu sebagai penterjemah hukum yang sudah ada. Secara normatif administratif, tugas atau peran hakim adalah menerima dan mengadili perkara. Dalam proses mengadili, secara filosofis hakim memang bukan saja menerapkan hukum (*rechtstoepassing),* tetapi juga harus menemukan hukum (*rechtsvinding)* dan membentukmenciptakan hukum (*rechts schepping).*

---

[439] Bagir Manan, "Hakim dan Pemidanaan", artikel *Majalah Varia Peradilan* No. 249, Agustus 2006, hlm. 19

[440] G.J. Wiarda, seperti dikutip Bagir Manan dalam *Ibid,* hlm.20

Pertimbangan hakim yang menjadi dasar suatu putusan pengadilan, apalagi yang telah dikukuhkan sebagai yurisprudensi tetap, adalah jawaban ketidak berhasilan pembuat undang-undang memberikan kejelasan maksudnya dalam suatu naskah undang-undang, apalagi bila dikaitkan dengan tuntutan keadilan yang seharusnya tercermin dari naskah undang-undang.

Dalam praktik, dunia peradilan kita mengenal adanya dua tahap peradilan yakni *judex facti* dan peradilan kasasi *(judex jurist)*, sebagaimana tersirat dalam Pasal 20, 23, 24, 25, dan 26 UU No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman. Karena itu ada hakim yang harus memeriksa duduk perkaranya, peristiwa-peristiwa konkrit sehari-hari untuk dicarikan dan ditentukan hukumnya. Mereka adalah hakim di peradilan tingkat pertama dan tingkat banding sebagai *judex facti.* Hakim Agung adalah hakim kasasi yang harus memeriksa apakah *judex facti* telah benar dalam menerapkan hukum. Walaupun dunia peradilan Indonesia tidak menganut asas *precedentthe binding force of precedent,* namun bagaimanapun juga, putusan-putusan Hakim Agung sebagai hakim kasasi akan sangat mewarnai dan menggarami pembentukan dan penegakan hukum di negeri ini[441].

Di Indonesia hakim tidak terikat oleh putusan-putusan hakim yang telah ada, akan tetapi dalam praktek pengadilan, seperti juga dalam praktek pengadilan di negara-negara Eropa, hakim bawahan sangat memperhatikan putusan-putusan hakim atasan. Oleh karena itu yurisprudensi dari hakim atasan merupakan sumber

[441] H.A Mukhsin Asyraf, "Asas-asas Penemuan Hukum dan Penciptaan Hukum oleh Hakim dalam Proses Peradilan", artikel pada *Majalah Varia Peradilan* No. 252, November 2006, hlm. 75

penting untuk menemukan hukum objektif yang harus diselenggarakan oleh para hakim.

Pidana adalah salah satu dari sekian sanksi yang bertujuan untuk menegakkan berlakunya norma. Pelanggaran norma yang berlaku dalam masyarakat menimbulkan perasaan tidak senang yang dinyatakan dalam pemberian sanksi tersebut. Sejarah menunjukkan, bahwa apa yang dinamakan kejahatan itu berubah, demikian pula yang dinamakan pidana. Jadi kalau orang mengira, bahwa orang yang melakukan pencurian harus dipidana penjara karena hal itu sudah dipandang " memang begitu ", maka perkiraan orang itu tidak benar, demikian menurut Sudarto[442], dan selanjutnya dikatakan bahwa, hal tersebut adalah masalah penegakan hukum. Adapun cara bagaimana hukum itu ditegakkan, itu merupakan masalah pemilihan sarana apa yang dipandang paling efektif dan bermanfaat untuk mencapai tujuan.

Masalah penegakan hukum terhadap suatu kasus tertentu di pengadilan harus dipilih sarana apa yang paling efektif, bermanfaat untuk menyelesaikan kasus tertentu. Hendaknya digunakan saran hukum pidana bila memang kasus tersebut lebih efektif dan bermanfaat bila diselesaikan dengan menggunakan sarana hukum pidana, dan hendaknya digunakan sarana hukum lain bila lebih efektif dan bermafaat menggunakan sarana hukum selain hukum pidana.

Dalam bab ini akan disajikan kasus-kasus yang dipilih dari banyak kasus yang telah diteliti. Sebagai suatu hasil penelitian telah dipilih kasus-kasus yang sekiranya dapat menjawab permasalahan dalam disertasi ini, yaitu kasus-kasus

---

[442] Sudarto, *Kejahatan dan Problema Penegakkan Hukum,* Masalah-masalah hukum, No. 1, 1977, hlm. 42

pidana yang bernuansa perdata atau kasus pidana yang jika diteliti sebenarnya merupakan kasus perdata. Kasus-kasus tersebut sebagian besar diambil dari buku Yurisprudensi Indonesia yang diterbitkan Mahkamah Agung – RI, sebagian lain diambil dari Majalah Varia Peradilan yang diterbitkan oleh Ikatan Hakim Indonesia, juga ada yang diperoleh dari penelitian di Pengadilan Negeri.

Penamaan kasus-kasus dibawah ini oleh penulis sendiri, untuk memudahkan penyebutan dalam uraian pembahasan sehingga lebih mudah dimengerti.

Tiap-tiap kasus akan dibahas dengan menggunakan teori-teori yang telah diuraikan pada bab terdahulu, selanjutnya dibahas pula secara bersama-sama dan menyeluruh, untuk dapat diambil suatu kesimpulan.

Sebelum menguraikan pembahasan secara menyeluruh perlu diingatkan kembali hal-hal pokok yang secara mendetail telah diuraikan dalam bab terdahulu yaitu :

1. Tindak pidana adalah suatu perbuatan yang dilarang dan diancam pidana oleh suatu aturan perundang-undangan, dan perbuatan itu bersifat melawan hukum.
2. Suatu perbuatan yang melawan hukum tetapi tidak diatur dan diancam pidana dalam suatu aturan pidana bukan merupakan suatu tindak pidana.
3. Suatu tindak pidana adalah suatu perbuatan melawan hukum, tetapi tidak semua perbuatan melawan hukum merupakan suatu tindak pidana, karena dibatasi oleh asas legalitas, dengan kata lain tidak semua perbuatan yang

merugikan orang lain (*onrechtmatige*/melawan hukum) adalah *wederrechtelijk* (melawan hukum pidana).

4. Perbuatan melawan hukum yang tidak dilarang dan diancam oleh undang-undang dengan pidana (tidak dirumuskan sebagai tindak pidana), tidak bukan merupakan tindak pidana.
5. Jika seseorang melakukan suatu perbuatan yang tidakbukan merupakan suatu tindak pidana dan ketika perbuatan tersebut menimbulkan kerugian bagi orang lain maka penyelesaian terhadap kasus tersebut tidak perlu menggunakan hukum pidana.
6. Suatu perbuatan dikatakan bersifat melawan hukum (melawan hukum pidana*wederrechtelijk*) bukan saja karena secara formal telah *taatbestand* dengan isi rumusan tindak pidana dalam undang-undang tetapi juga perbuatan tersebut dirasakan oleh masyarakat sebagai perbuatan yang tidak patut, atau bertentangan dengan kesadaran hukum masyarakat (melawan hukum materiil), sehingga hal itu juga mengandung pengertian bahwa suatu tindak pidana adalah tidak semata-mata bahwa perbuatan tersebut bertentangan dengan kesadaran hukum masyarakat, tetapi juga sebelumnya bertentangan dengan aturan perundang-undangan (melawan hukum formil).
7. Seseorang dapat dikatakan melakukan suatu tindak pidana jika perbuatannya melawan hukum formil (diatur dan diancam pidana dalam suatu aturan perundang-undangan) dan perbuatan tersebut juga melawan hukum materiil (bertentangan dengan kesadaran hukum masyarakat).

8. Melawan hukum formil berarti perbuatan tersebut mencocoki rumusan tindak pidana/memenuhi semua unsur yang ada dalam rumusan tindak pidana dalam suatu aturan perundang-undangan.
9. Melawan hukum materiil berarti perbuatan tersebut bertentangan dengan kesadaran hukum masyarakat.
10. Suatu perbuatan sekalipun mencocoki rumusan tindak pidana/memenuhi semua unsur yang ada dalam rumusan tindak pidana dalam suatu aturan perundang-undangan, tetapi jika perbuatan tersebut tidak bersifat melawan hukum (materiil) tidak dapat dikatakan sebagai suatu tindak pidana.
11. Sebaliknya sekalipun suatu perbuatan bertentangan dengan kesadaran hukum masyarakat (melawan hukum materiil), tetapi jika perbuatan itu tidak diatur dan diancam pidana dalam suatu aturan perundang-undangan, maka perbuatan tersebut bukan merupakan suatu tindak pidana.
12. Perbuatan melawan hukum pidana adalah suatu tindak pidana.
13. Alasan pembenar adalah alasan yang dapat menghilangkan/menghapuskan/ meniadakan sifat melawan hukum dari suatu perbuatan, sehingga perbuatan yang tadinya melawan hukum menjadi tidak melawan hukum. Karena tidak bersifat melawan hukum maka perbuatan tersebut tidak dapat dikatakan sebagai suatu tindak pidana (dengan kata lain perbuatan tersebut bukan merupakan suatu tindak pidana). Adanya alasan pembenar menyebabkan suatu perbuatan yang sekalipun telah memenuhi isi rumusan undang-undang atau mencocoki rumusan undang-undang mengenai suatu tindak pidana, menjadi dibenarkan. Dengan adanya alasan pembenar, perbuatan tersebut

menjadi bukan merupakan suatu tindak pidana walaupun perbuatan tersebut telah memenuhi isi rumusan (mencocoki rumusan) undang-undang mengenai suatu tindak pidana, atau dengan kata lain, dengan adanya alasan pembenar, perbuatan tersebut bukan merupakan suatu tindak pidana sekalipun perbuatan tersebut telah memenuhi semua unsur yang terkandung dalam rumusan tindak pidana.

14. Alasan pembenar merupakan salah satu alasan yang dapat menghapuskan meniadakan pidana. Dengan adanya alasan pembenar, perbuatan yang dilakukan menjadi tidak melanggar hukum. Perbuatan yang tidak melawan hukum bukan merupakan suatu tindak pidana. Tidak mungkin menjatuhkan pidana terhadap pelaku perbuatan yang bukan merupakan suatu tindak pidana.

15. Ajaran sifat melawan hukum yang formil menyatakan bahwa apabila suatu perbuatan telah mencocoki semua unsur yang termuat dalam rumusan tindak pidana, perbuatan tersebut adalah tindak pidana. Jika ada alasan pembenar, maka alasan-alasan tersebut harus juga disebutkan secara tegas dalam aturan perundang-undangan. Alasan pembenar yang secara tegas disebutkan dalam aturan perundang-undangan adalah *overmacht* (keadaan memaksa), *noodweer* (pembelaan terpaksa), *wettlijk voorschrift* (melaksanakan ketentuan undang-undang), *ambtelijk bevel* (melaksanakan perintah jabatan).

16. Ajaran sifat melawan hukum yang materiil mengatakan bahwa disamping memenuhi syarat formil yaitu mencocoki semua unsur yang tercantum dalam rumusan delik, perbuatan itu harus benar-benar dirasakan oleh masyarakat

sebagai perbuatan yang tidak patut atau tercela. Karena itu ajaran ini mengakui alasan-alasan pembenar di luar undang-undang. Dengan perkataan lain, alasan pembenar dapat berada pada hukum yang tidak tertulis. Alasan pembenar dari hukum yang tidak tertulis yang sudah diakui adalah *tuchtrecht* oleh orang tua/guru/wali, *beroepsrecht* oleh dokter/tenaga kesehatan (*medische exeptie)*, *tosteming,* dan hilang/hapusnya sifat melawan hukum meteriil.

17. Asas : "Tiada hukuman (pidana) tanpa adanya melawan hukum secara materiil", yang dapat disejajarkan dengan asas yang sudah baku "tiada hukuman (pidana) tanpa kesalahan".
18. Hilangnyahapusnya sifat melawan hukum materiil merupakan salah satu alasan pembenar yang berasal dari hukum tidak tertulis.
19. Pasal 191 KUHAP
    (1) Jika pengadilan berpendapat dari hasil pemeriksaan di sidang pengadilan, kesalahan terdakwa atas perbuatan yang didakwakan kepadanya tidak terbukti secara sah dan meyakinkan maka terdakwa diputus "bebas".
    (2) Jika pengadilan berpendapat bahwa perbuatan yang didakwakan kepada terdakwa terbukti tetapi perbuatan itu tidak merupakan suatu tindak pidana maka terdakwa diputus lepas dari segala tuntutan hukum.
20. Perbuatan melawan hukum perdata, ada 2 macam :
    1. Melanggar perjanjian (wanprestasi).
    2. Perbuatan melawan hokum/*onrechtmatigedaad* (vide Pasal 1365 KUHPerdata), perbuatan yang (a). Bertentangan dengan kewajiban hukum si pelaku, atau (b). Melanggar hak subjektif orang lain, atau (c). Melanggar kaidah tata susila, atau (d). Bertentangan dengan asas kepatuhan, ketelitian serta sikap hati-hati yang seharusnya dimiliki

seseorang dalam pergaulan dengan sesama warga masyarakat atau terhadap harta benda orang lain.

A. Mengapa Suatu Perbuatan dalam Bidang Hukum Perdata Tidak Dapat Dikualifikasi sebagai Suatu Tindak Pidana

Kasus 1. : Kasus "Yayasan Baret Jingga", Terdakwa didakwa melanggar pasal 378 atau kedua pasal 374 KUHPidana.

Kasus Posisi

Terdakwa Ir. H. Nurzaman Sidik, MBA, Presiden Direktur PT. NCI, perusahaan yang bergerak dibidang perkayuan ;

Yayasan Baret Jingga memerlukan beberapa jenis kayu ;

Pada 29 September 1999 di Pangkalan TNI AU Sulaeman Bandung, ditandatangani Kontrak Pengadaan Kayu antara PT NCI dengan Yayasan Baret Jingga yang isinya pihak Terdakwa yang direktur PT. NCI selaku Supplier sanggup menyediakan kayu 6.000 m^3 jenis kayu Kamper dan Daru-daru. Pengiriman akan dikirim secara bertahap dalam waktu 6 bulan yang terbagi dalam 4 tahap. Untuk pelaksanaan kontrak tersebut, atas permintaan Terdakwa, Yayasan Baret Jingga mentransfer uang muka sebesar Rp 710.000.000,00 untuk pengiriman kayu tahap pertama, kepada RC milik PT. NCI di Bank BNI. Uang tersebut kemudian teleh diambil terdakwa, akan tetapi ternyata tidak digunakan untuk membeli kayu dalam rangka pengadaan kayu sesuai kontrak dengan Yayasan Baret Jingga. PT. NCI baru mengirimkan 500m^3 kayu yang setelah disortir ternyata yang sesuai dengan jenis kayu yang dipesan hanya 100m^3. keadaan ini menyebabkan pengiriman kayu dijadwal ulang dengan kewajiban PT. NCI mengirimkan 160m^3 kayu perbulannya kepada Yayasan Baret Jingga. Namun PT. NCI tetap tidak mengirimkan kayu. Oleh karena itu Yayasan Baret Jingga minta kontrak dibatalkan dan terdakwa (PT. NCI) diminta untuk mengembalikan uang milik yayasan yang telah diterimanya sebesar Rp 710.000.000,00 (-) ditambah ganti rugi sehingga seluruhnya menjadi Rp 1.200.000.000,00. terdakwa tidak mampu membayarnya dan hanya membayar Rp 50.000.000,00 plus dua sertifikat tanah atas nama orang lain. Yayasan Baret Jingga menolak pembayaran tersebut. Ternyata kemudian setelah diselidiki, lokasi perusahaan kayu dan sawmill di Serang dan Tangerang adalah bukan millik PT. NCI, tapi milik orang lain dan PT. NCI hanya numpang menempelkan papan nama saja. Yayasan Baret Jingga merasa tertipu dan melaporkan terdakwa ke Polisi;

Selanjutnya oleh Jaksa Penuntut Umum, terdakwa diajukan ke depan persidangan dengan dakwaan melanggar pasal 378 KUHPidana atau pasal 372 KUHPidana;

Pengadilan Negeri Bale Bandung dengan putusan No. 408/Pid.B/2000/PN.BB menyatakan Terdakwa bersalah melakukan tindak pidana penipuan (pasal 378 KUHPidana) dan menjatuhkan pidana penjara 3 tahun 6 bulan ;

Pengadilan Tinggi Bandung dengan Putusan No. 348/Pid/2000/PT.BDG memperbaiki putusan Pengadilan Negeri sekedar mengenai pidana penjara yang dijatuhkan menjadi 2 tahun 8 bulan ;

Mahkaman Agung dengan Putusan No. 449 K/Pid/2001 terlepas dari alasan-alasan kasasi terdakwa dan jaksa penuntut umum, menilai bahwa Judex Facti dalam mengadili perkara ini salah menerapkan hukum atau tidak menerapkan hukum tidak sebagaimana mestinya dan selanjutnya Judex Facti harus dibatalkan dan selanjutnya Mahkamah Agung mengadili sendiri dengan **pertimbangan** hukum yang inti sarinya sebagai berikut :

a. Antara terdakwa selaku Presdir PT. NCI dengan Yayasan Baret Jingga telah dibuat perjanjian jual beli kayu dengan syarat-syarat seperti yang tercantum di dalam perjanjian.
b. Namun kemudian terdakwa tidak dapat memenuhi kewajibannya mengirimkan kayu kepada Yayasan Baret Jingga meskipun telah menerima uang muka pembayaran pesanan kayu sebesar Rp. 710.000.000,00;
c. Menurut Mahkamah Agung, fakta yang terbukti tersebut adalah merupakan suatu wanprestasi/ingkar janji yang berada dalam ruang lingkup hukum Perdata, sehingga perbuatan terdakwa adalah bukan merupakan suatu tindak Pidana, karena itu terdakwa harus diputuskan lepas dari tuntutan hukum;
d. Karena terdakwa oleh Judex Facti diperiksa dan diputus atas dasar dakwaan pertama, maka dakwaan alternatif (atau kedua) tidak perlu dipertimbangkan lagi;
e. Putusan Mahkamah Agung intisarinya :
   1) Menyatakan Terdakwa terbukti melakukan perbuatan yang didakwakan dalam dakwaan kesatu, akan tetapi perbuatan itu tidak merupakan suatu Tindak Pidana ;
   2) Melepaskan terdakwa karena itu dari segala tuntutan hukum.

Pembahasan

Pengadilan Negeri (yang dikuatkan oleh Pengadilan Tinggi) dalam kasus ini hanya melihat bahwa semua unsur dalam pasal yang didakwakan (378 KUHP) telah terpenuhi dan tidak melihat/mempertimbangkan latar belakang adanya suatu perjanjian yang dapat dipakai sebagai hal yang dapat menghapuskan sifat melawan hukumnya perbuatan terdakwa. Pengadilan Negeri bahkan melihat

bahwa dalam pembuatan perjanjian itu ada hal-hal/keadaan-keadaan yang disembunyikan oleh terdakwa, dan karena ada unsur kebohongan sebelum perjanjian dibuat, maka sejak semula sudah ada niat jahat.

Rupanya Mahkamah Agung tidak melihat adanya suatu hal yang tidak wajar dalam pembuatan perjanjian yang melatarbelakangi kasus ini.

Pertimbangan hukum putusan Mahkamah Agung dalam kasus ini adalah bahwa "fakta yang terbukti tersebut adalah merupakan suatu wanprestasiingkar janji yang berada dalam lingkup hukum perdata, sehingga perbuatan terdakwa tersebut adalah bukan merupakan suatu tindak pidana". Fakta yang dinyatakan terbukti oleh Mahkamah Agung tersebut, dapat di baca pada pertimbangan sebelumnya yang menyatakan :

a. Antara terdakwa selaku Presiden Direktur PT. NCL dan Yayasan Baret juga telah dibuat perjanjian jual beli kayu dengan syarat-syarat yang tercantum dalam perjanjian.
b. Namun kemudian terdakwa tidak dapat memnuhi kewajibannya mengirimkan kayu kepada Yayasan Baret Jingga meskipun telah menerima uang muka.

Pada diktum putusan Mahkamah Agung dinyatakan bahwa : "terdakwa terbukti melakukan perbuatan yang didakwakan, akan tetapi perbuatan itu tidak merupakan suatu tindak pidana", dan selanjutnya "melepaskan terdakwa dari segala tuntutan hukum". Formulasi yang demikian adalah merupakan formulasi pasal 191 (2) KUHAPidana yang berbunyi : "Jika pengadilan berpendapat bahwa perbuatan yang didakwakan kepada terdakwa terbukti, tetapi perbuatan itu tidak

merupakan suatu tindak pidana, maka terdakwa diputus lepas dari segala tuntutan hukum".

Menurut hemat penulis antara pertimbangan hukum putusan tersebut dan pernyataan dalam diktum merupakan suatu kontradiksi. Penjelasan atas pernyataan penulis tersebut adalah sebagai berikut :

a. Menurut teori, tindak pidana adalah suatu perbuatan yang dilarang dan diancam pidana dalam suatu aturan perundang-undangan dan bersifat melawan hukum. Dari definisi tersebut maka dapat disimpulkan bahwa perbuatan yang tidak/bukan merupakan tindak pidana adalah perbuatan yang :
   1. Tidak dilarang dan diancam pidana dalam suatu aturan perundang-undangan.
   2. Dilarang dan diancam pidana dalam suatu aturan perundang-undangan, tetapi tidak bersifat melawan hukum atau hapus/hilang sifat melawan hukumnya (dalam hal ini yang dimaksud adalah sifat melawan hukum pidana/*wederrechtelijke*).
b. Pertimbangan hukum putusan Mahkamah Agung dalam kasus ini adalah bahwa "fakta yang terbukti tersebut adalah merupakan suatu wanprestasi/ ingkar janji . . . ", Mahkamah Agung telah menyebut dengan tegas bahwa perbuatan tersebut adalah wanprestasi, yang memang **tidak dilarang** dan **diancam pidana** dalam suatu aturan perundang-undangan, wanprestasi/tidak dipenuhinya suatu perikatan hanya diwajibkan mengganti kerugian (Pasal 1243-1248 KUHPerdata), (termasuk kriteria no. 1 tersebut).

c. Pada diktum putusan Mahkamah Agung dinyatakan bahwa terdakwa terbukti melakukan perbuatan yang didakwakan, akan tetapi perbuatan itu tidak merupakan suatu tindak pidana. Pernyataan bahwa terdakwa terbukti melakukan perbuatan yang didakwakan, hal tersebut berarti perbuatan terdakwa telah memenuhi unsur-unsur yang terkandung dalam pasal 378 KUHPidana yang didakwakan kepadanya, sehingga hal tersebut berarti bahwa perbuatan terdakwa memang dilarang dan diancam pidana dalam suatu aturan pidana (pasal 378 KUHPidana tersebut), tetapi tidak bersifat melawan hukum atau hapus/hilang sifat melawan hukumnya (dalam hal ini yang hapushilang adalah sifat melawan hukum pidana/*wederechtehijke*), (termasuk kriteria no. 2 tersebut).

d. Dengan demikian dalam pertimbangan hukum dinyatakan bahwa perbuatan terdakwa merupakan wanprestasi, tapi di dalam diktum, perbuatan terdakwa dapat diartikan memenuhi unsur pasal 378 KUHPidana (penipuan) tetapi tidak bersifat melawan hukum atau hapus sifat melawan hukumnya.

Dalam putusan kasus ini Mahkamah Agung telah dengan tegas menetapkan bahwa perbuatan terdakwa adalah suatu "wanprestasi". Selanjutnya ditegaskan pula bahwa perbuatan yang dilakukan terdakwa tesebut bukan merupakan suatu tindak pidana. Dengan demikian perbuatan terdakwa yang telah ditetapkan merupakan suatu "wanprestasi", tidak dikualifisir sebagai suatu tindak pidana walaupun memenuhi unsur pasal 378 KUHPidana.

Selanjutnya apabila berpegang pada diktum putusan Mahkamah Agung, berarti perbuatan terdakwa dinyatakan telah memenuhi unsur-unsur yang

terkandung dalam pasal yang didakwakan, tetapi tidak bersifat melawan hukum atau hapus/hilang sifat melawan hukumnya. Hal yang menyebabkan hapus/ hilangnya sifat melawan hukum adalah karena perbuatan tersebut oleh Mahkamah Agung dinyatakan merupakan suatu wanprestasi.

Hilang/hapusnya sifat melawan hukum adalah merupakan alasan pembenar yang dapat meniadakan/menghapuskan pidana bagi pelaku/pembuat. Oleh karena itu Mahkamah Agung tidak menjatuhkan pidana dan melepaskan terdakwa dari segala tuntutan hukum.

Dalam kasus ini pernyataan bahwa perbuatan terdakwa bukan merupakan suatu tidak pidana adalah karena perbuatan terdakwa merupakan suatu wanprestasi/ingkar janji yang merupakan suatu perbuatan melawan hukum di bidang hukum perdata. Oleh karena itu dapat dikatakan perbuatan terdakwa berada dalam ruang lingkup perdata. Dengan kata lain perbuatan terdakwa yang berada dalam ruang lingkup perdata, meniadakan/menghapuskan/menegatifkan sifat melawan hukum (pidana) dari perbuatan terdakwa walaupun perbuatan terdakwa tersebut memenuhi unsur pasal 378 KUHPidana. Hal tersebut menjadi alasan pembenar yang meniadakan pidana bagi pelaku/pembuat.

Mahkamah Agung tidak menggunakan hukum pidana dalam menyelesaikan kasus ini, dan menganggap cukup diselesaikan dengan menggunakan hukum perdata. Hukum pidana tidak perlu digunakan sepanjang hukum perdata masih dapat digunakan untuk memulihkan neraca keseimbangan dalam kehidupan masyarakat.

Alasan pembenar yang berupa "hilangnya sifat melawan hukum karena perbuatan terdakwa berada dalam ruang lingkup hukum perdata", tidak ada/tidak diatur dalam aturan perundang-undangan (tidak ada dalam aturan formil), sehingga merupakan alasan pembenar yang berupa "hilangnya sifat melawan hukum materiil".

Dengan demikian walaupun putusan Mahkamah Agung dalam kasus ini tidak secara nyata menerapkan ajaran sifat melawan hukum materiil dalam fungsi negatif tetapi dari pembahasan tersebut di atas, penulis berpendapat bahwa Mahkamah Agung telah menerapkan ajaran sifat melawan hukum dalam fungsi negatif atau hilangnya sifat melawan hukum materiil sebagai alasan pembenar yang berupa bahwa perbuatan terdakwa termasuk dalam ruang lingkup hukum perdata yaitu "wanprestasi" yang merupakan varian dari perbuatan melawan hukum (*onrechtmatigedaad*) dalam hukum perdata.

Pertimbangan Mahkamah Agung untuk sampai pada suatu kesimpulan bahwa perbuatan terdakwa adalah suatu wanprestasi adalah dari fakta bahwa antara terdakwa dan korban (saksi pelapor) ada suatu ikatan perjanjian dimana terdakwa kemudian tidak dapat memenuhi kewajibannya meskipun telah menerima uang muka dari korban yang kemudian korban melapor kepada Polisi.

Menurut hemat penulis, dalam hal ini Mahkamah Agung melihat bahwa dengan tidak memenuhi kewajibannya tersebut terdakwa telah bertentangan dengan kewajiban hukumnya sendiri bahkan telah pula melanggar hak subjektif dari korban. Hal tersebut jelas memenuhi kriteria bahwa perbuatan terdakwa

merupakan suatu perbuatan melawan hukum dalam bidang hukum perdata, yaitu wanprestasi yang tidak diatur dan diancam pidana dalam suatu aturan pidana.

Dari pertimbangan Mahkamah Agung tersebut penulis dapat menarik suatu kesimpulan bahwa perbuatan terdakwa dinyatakan suatu "wanprestasi" oleh MA dengan alasan :

a. Ada suatu perikatan perdata yang berupa perjanjian antara terdakwa dengan korban.
b. Terdakwa tidak dapat memenuhi kewajiban yang tercantum dalam perjanjian tersebut.

Selanjutnya Mahkamah Agung melepaskan terdakwa dari segala tuntutan hukum (telah memenuhi pasal 191 ayat (2) KUHAP) dan berarti tidak menjatuhkan pidana kepada terdakwa. Hal ini berarti telah sesuai dengan asas baru yang dipopulerkan oleh Prof. Mr. Hazewinkel dan Prof. Mr. Remmelink yaitu "Tiada Hukuman Tanpa adanya Melawan Hukum secara Materiil". Perbuatan terdakwa tidak dipertanggungjawabkan secara pidana. Terhadap perbuatan terdakwa dapat diajukan gugatan perdata dan apabila dalam persidangan perkara perdatanya dapat dibuktikan bahwa terdakwa (yang dalam perkara perdata menjadi pihak tergugat) telah melakukan wanprestasi maka terdakwa harus bertanggung jawab secara perdata yaitu membayar ganti rugi (bertanggung jawab secara perdata). Hukum pidana tidak perlu digunakan dalam kasus ini, karena kasus ini cukup diselesaikan dengan menggunakan hukum perdata.

Apabila dipandang dari sudut manfaat dan kegunaan, dalam kasus ini penggunaan hukum perdata lebih berguna/bermanfaat dari pada menggunakan hukum pidana. Apabila menggunakan penyelesaian menurut hukum acara perdata, pelaku perbuatan wanprestasi dapat dihukum untuk mengganti kerugian, sehingga bagi yang dirugikan mendapatkan ganti kerugian yang dideritanya. Lain halnya apabila kasus ini diselesaikan dengan menggunakan hukum pidana. Pelaku perbuatan memang dapat dijatuhi hukum pidana, tetapi orang yang dirugikan akibat perjanjian tidak mendapatkan ganti kerugian. Hakim dalam perkara pidana tidak boleh memutuskan/mengadili hal-hal yang bersifat keperdataan. Apalagi akibat dikenakannya hukuman pidana dapat berdampak lebih luas, misalnya bagi terdakwa di dalam penjara dimungkinkan menjadi lebih jahat karena belajar dari penjahat-penjahat lainnya, bagi keluarga terdakwa mendapat malu/aib di masyarakat. Penyelesaian kasus ini menggunakan hukum perdata selain permasalahan hukum yang terkandung dalam kasus ini dapat secara tuntas diselesaikan sehingga diperoleh kepastian hukum dan keadilan juga diperoleh kegunaan dan kemanfaatan, dan dengan demikian neraca keseimbangan dalam masyarakat sudah dipulihkan. Oleh karena neraca keseimbangan dalam masyarakat sudah dipulihkan, penggunaan hukum pidana tidak diperlukan lagi.

Kasus 2: "Menjual lagi tanah kepada orang lain", terdakwa didakwa melanggar pasal 378 KUH Pidana

Kasus Posisi

Terdakwa Ahmad memiliki sebidang tanah pertanian seluas 0,5 Ha, hendak menjual tanahnya dan menghubungi temannya bernama Dalik agar mecarikan calon pembeli dengan harga Rp. 2,5 juta. Dalik mendatangi Mohtar dan menawarkan tanah tersebut. Setelah terjadi tawar menawar antara mereka berdua, terjadilah jual beli tanah

tersebut dengan setahu Ahmad dengan harga Rp. 1 juta. Untuk membayar tanah tersebut, maka Mohtar menghubungi Zaenudin agar Zaenudin menyerahkan uang Rp. 1 juta milik Mohtar yang dititipkan kepada Zaenudin, kepada Dalil. Penyerahan uang kepada Dalil sebagai wakil penjual tersebut dibuatkan kuitansi. Beberapa waktu kemudian, Mohtar menghubungi Ahmad agar tanah yang sudah dibelinya itu diserahkan, namun Ahmad menolak dengan alasan karena uang dari Mohtar belum diterima maka tanah dijual kepada orang lain.

Mohtar merasa sudah membeli tanah dan menyerahkan uangnya melalui Dalil, merasa ditipu dan menderita kerugian uang dan melaporkannya kepada Polisi.

Selanjutnya Ahmad diajukan Jaksa ke Pengadilan dengan dakwaan tunggal melanggar pasal 378 KUHPidana.

1. **Pengadilan Negeri Raba Bima** dengan putusan No. 48/Pid.B/1996/PN.Rbi memberikan putusan terdakwa Ahmad dinyatakan bersalah melakukan tindak pidana penipuan (pasal 378 KUH Pidana), dan menetapkan tanah terperkara dikembalikan kepada saksi Mohtar. Pada saat persidangan perkara tersebut, penasehat hukum terdakwa Ahmad mengajukan eksepsi yang menyatakan bahwa Pengadilan Negeri tidak berwenang mengadili perkara ini karena bukan merupakan perkara tindak pidana dengan alasan bahwa kuitansi dan segel jual beli tanah bukan tanda tangan terdakwa tapi eksepsi tersebut ditolak.
2. **Pengadilan Tinggi Mataram** dengan putusan No. 90/Pid/1996/PT.MTR setelah memeriksa perkara ini menyatakan mengambil alih pertimbangan putusan Pengadilan Negeri dan menguatkan putusan tersebut.
3. **Mahkamah Agung** dengan putusan No. 1263.K/Pid/1997 tersebut tanggal 19 Januari 1998 yang mengadili perkara ini dalam tingkat kasasi, menilai bahwa putusan Judex Facti Pengadilan Tinggi Mataram telah salah menerapkan hukum sehingga putusan Pengadilan Tinggi tersebut harus dibatalkan dan Mahkamah Agung mengadili sendiri dengan pertimbangan hukum yang intisarinya sebagai berikut :
   a. Bahwa Judex facti telah salah menerapkan hukum, karena perselisihan kedua belah pihak menyangkut masalah jual beli tanah antara terdakwa sebagai penjual dan Mohtar sebagai pembeli dengan disaksikan Zaenudin.
   b. Bahwa terdakwa tidak mau menyerahkan tanah tersebut karena Mohtar belum menyerahkan uangnya, padahal sudah disimpan Zaenudin.
   c. Bahwa dengan demikian terdakwa telah melakukan wanprestasi, karena tidak melaksanakan suatu yang seharusnya dipenuhi sebagai seorang penjual.

d. Bahwa pada hakekatnya hubungan antar terdakwa dan saksi Mohtar dalam perkara ini masuk ruang lingkup perdata.
e. Bahwa karena barang bukti tanah disita dari terdakwa maka harus dikembalikan kepada terdakwa.

4. Putusan Mahkamah Agung intisarinya :
   a. Terdakwa terbukti melakukan perbuatan yang didakwakan kepadanya akan tetapi perbuatan tersebut bukan merupakan suatu tindak pidana.
   b. Melepaskan terdakwa dari segala tuntutan hukum (*Onstlag van alle Rechtsvervolfing*)

Pembahasan

Pertimbangan hukum putusan Mahkamah Agung dalam kasus ini pada pokoknya adalah bahwa perselisihan kedua belah pihak menyangkut masalah jual beli antara Terdakwa sebagai penjual dan Mohtar sebagai pembeli dengan Zaenudin sebagai saksi. Terdakwa tidak mau menyerahkan tanah kepada Mohtar karena belum menerima uang harga tanah dan menjual tanah kepada orang lain padahal sebenarnya uang harga tanah sudah disimpan saksi Zaenudin. Bahwa dengan demikian menurut Mahkamah Agung, terdakwa telah melakukan wanprestasi karena tidak melaksanakan sesuatu yang seharusnya dipenuhi sebagai seorang penjual. Pada hakekatnya hubungan antara Terdakwa dan Mohtar dalam perkara ini masuk ruang lingkup Perdata. Dari pertimbangan hukum Mahkamah Agung tersebut, rupanya Mahkamah Agung melihat bahwa hubungan antara terdakwa dan korban adalah sebagai penjual dan pembeli yang telah bersepakat mengadakan perjanjian jual beli tanah, namun kemudian terdakwa menjual tanah obyek jual beli kepada orang lain. Perbuatan terdakwa tersebut telah bertentangan dengan kewajiban hukumnya dan bahkan telah melanggar hak dari Mohtar sebagai pembeli.

Penulis dapat menarik suatu kesimpulan bahwa perbuatan terdakwa dinyatakan sebagai suatu wanprestasi (yang masuk dalam ruang lingkup perdata) oleh Mahkamah Agung, dengan alasan-alasan :

a. Ada suatu perikatan yang berupa suatu perjanjian jual-beli antara terdakwa dan korban (saksi pelapor).
b. Terdakwa tidak memenuhi kewajiban sebagai penjual.

Pada diktum putusan Mahkamah Agung dinyatakan bahwa : "Terdakwa terbukti melakukan perbuatan yang didakwakan kepadanya akan tetapi perbuatan tersebut bukan merupakan suatu tindak pidana", dan selanjutnya, melepaskan terdakwa dari segala tuntutan hukum". Seperti pada putusan kasus "Yayasan Baret Jingga" yang telah dibahas di atas, diktum putusan kasus ini juga mengacu pada pasal 191 (2) KUHAP.

Pertimbangan hukum putusan Mahkamah Agung pada kasus ini hampir sama dengan pertimbangan hukum pada kasus Yayasan Baret Jingga, yang pada pokoknya adalah bahwa perbuatan terdakwa merupakan suatu wanprestasi yang berada dalam ruang lingkup hukum perdata, sedangkan diktum putusan sama persis.

Dengan demikian dalam hal kasus inipun antara pertimbangan hukum dan diktum putusan terdapat kontradiksi, yaitu dalam pertimbangan hukum dinyatakan bahwa perbuatan terdakwa merupakan suatu wanprestasi, tetapi dalam amar putusan dapat diartikan bahwa perbuatan terdakwa telah memenuhi unsur pasal 378 KUHPidana (penipuan) tetapi tidak bersifat melawan hukum atau hapus sifat melawan hukumnya. Namun demikian memang kedua hal tersebut berujung pada

kesimpulan yang sama yaitu bahwa perbuatan yang dilakukan terdakwa bukan merupakan suatu tindak pidana.

Menurut pendapat penulis, dalam kasus inipun Mahkamah Agung menyatakan bahwa pebuatan terdakwa merupakan suatu wanprestasi dan dinyatakan bukan merupakan suatu tindak pidana, sehingga dapat disimpulkan bahwa walaupun perbuatan tersebut memenuhi unsur tetapi tidak dikualifisir sebagai tindak pidana. Dalam kasus inipun walaupun tidak secara nyata disebutkan, Mahkamah Agung telah menerapkan ajaran sifat melawan hukum materiil dalam fungsi negatif (hilangnya/hapusnya sifat melawan hukum materiil sebagai alasan pembenar). Hal bahwa perbuatan terdakwa merupakan suatu "wanprestasi" adalah alasan yang menyebabkan perbuatan tedakwa menjadi hapushilang sifat melawan hukumnya (sifat melawan hukum pidana*wederrechtelijke*). Wanprestasi merupakan varian dari perbuatan melawan hukum dari bidang hukum perdata.

Ketiadaan unsur melawan hukum materiil merupakan alasan peniadaan pidana, sehingga Mahkamah Agung melepaskan terdakwa dari segala tuntutan hukum, sehingga dalam kasus ini juga telah berlaku asas baru, tiada hukuman tanpa adanya melawan hukum secara materiil.

Sama dengan kasus sebelumnya terdakwa dalam kasus ini dapat dimintai pertanggungjawaban secara perdata apabila dalam perkara perdatanya perbuatannya dapat dibuktikan. Penggunaan hukum perdata lebih bermanfaat dan berhasil guna. Pemasalah hukum dalam kasus ini akan dapat diselesaikan dengan tuntas sehingga tercapai pula kepastian hukum dari permasalahan hukum yang ada

dalam kasus ini, sehingga pemulihan neraca keseimbangan dalam masyarakat sudah tercapai, dan penggunaan hukum pidana tidak diperlukan lagi.

Mahkamah Agung tidak menggunakan hukum pidana untuk menyelesaikan kasus ini, Mahkamah Agung berpendapat bahwa kasus ini cukup diselesaikan dengan hukum perdata.

Penulis sependapat dengan putusan Mahkamah Agung. Putusan Pengadilan Negeri yang dikuatkan Pengadilan Tinggi yang menyatakan terdakwa terbukti secara sah dan menyakinkan melakukan tindak pidana penipuan berarti hanya melihat bahwa perbuatan terdakwa melawan hukum formil yaitu perbuatan terdakwa telah memenuhi unsur Pasal 378 KUHPidana, tidak mempertimbangkan apakah perbuatan tersebut melawan hukum materiil. Suatu perbuatan dapat dinyatakan sebagai suatu tindak pidana apabila perbuatan tersebut selain melawan hukum formil juga harus melawan hukum materiil.

Selain hal itu dalam putusan Pengadilan Negeri tersebut juga menetapkan barang bukti (tanah) dikembalikan kepada saksi Mohtar. Hal tersebut berarti hakim Pengadilan Negeri yang dalam hal ini mengadili perkara pidana telah mengadili apa yang seharusnya diperiksa dan diadili dalam peradilan perkara perdata.

Kasus 3. : "Kasus Pencurian Buah Jeruk" para terdakwa didakwa melanggar pasal 362 yo 55 (1) atau pasal 372 yo 55(1) KUHPidana.

Kasus Posisi

Terdakwa 1 : Nyoman Rupa dan terdakwa 2 : Nyoman Ayu bersama-sama telah mengambil jeruk sebanyak 7.073,5 kg milik saksi Ketut Selamet dan Tjiok Kin Siu seharga Rp. 1.845.830,00 dengan cara memetik buah jeruk yang berada di kebun para terdakwa yang

sebelumnya sudah dikontrakkan kepada Ketut Selamet dan Tjiok Kin Siu sebesar Rp. 8.000.000,00 (delapan juta) selama 8 (delapan) tahun. Kasus ini berawal ketika tahun 1972 saksi Ketut Selamet meminjam tanah terdakwa untuk dijadikan jaminan kredit di bank dengan syarat bahwa pinjaman atas nama terdakwa, sebelum keluar terdakwa mendapat pinjaman dari Ketut Selamet Rp. 180.000,00 ketika kredit dari bank keluar sebesar Rp. 1.000.000,00 dibagi dua masing-masing terdakwa dan Ketut Selamet Rp. 500.000,00 tapi bagian terdakwa dipotong hutangnya pada Ketut Selamet demikian seterusnya hutang ke bank diperbaharui dan karena tidak dapat mengembalikan mereka pinjam uang kepada Tjiok Kim Siu untuk melunasi hutang ke bank. Akhirnya Tjiok Kim Siu mengontrak kebun jeruk sebesar Rp. 8.000.000,00 tapi uang tersebut kenyataannya tidak pernah diberikan kepada terdakwa, sehingga terdakwa merasa tertipu dan mengambil alih kebun dan memelihara pohon-pohon jeruk, kemudian ketika berbuah terdakwa memanennya.

Para terdakwa didakwa :

a. Melanggar pasal 362 (pencurian) yo. 64, 55 (1) KUHPidana, atau
b. Melanggar pasal 372 (penggelapan) yo. 55 (1) KUHPidana.

1. **Putusan Pengadilan Negeri** Singaraja tanggal 27 Pebruari 1982 No. 158/PN.Sgr/Pid/1981:
   Para terdakwa dinyatakan bersalah melakukan penggelapan.
2. **Putusan Pengadilan Tinggi** Denpasar tanggal 17 Mei 1983 No. 15/Pid/1983/PTD
   Para terdakwa secara bersama-sama melakukan penggelapan.
3. **Putusan Mahkamah Agung** tanggal 9 Mei 1985 No. 531/K/Pid/1984 :
   a. Menyatakan dakwaan subsidair (pasal 372 KUHPidana), terbukti, tapi perbuatan yang terbukti tersebut tidak merupakan suatu tindak pidana.
   b. Melepaskan terdakwa 1 dan terdakwa 2 dari tuntutan hukum.

Putusan tersebut dengan pertimbangan :

1. Bahwa alasan-alasan kasasi pemohon kasasi yang berpendapat bahwa perkara ini harus diselesaikan dalam kasus perdata, nampaknya dapat dibenarkan, karena dasar pemilikan dari saksi pengadu dalam perkara ini ialah surat perjanjian tanggal 30 Januari 1979 sehingga persoalan ini seharusnya diselesaikan berdasarkan surat perjanjian tersebut.
2. Kalau saksi merasa dirugikan dapatlah ia minta agar perjanjian dibatalkan dengan minta ganti kerugian.

Pembahasan

Pertimbangan hukum Mahkamah Agung dalam kasus ini adalah bahwa, alasan-alasan pemohon kasasi yang berpendapat bahwa perkara ini harus diselesaikan dalam kasus perdata, nampaknya dapat dibenarkan karena dasar pemilikan dari saksi pengadu (pemilikan atas kebun jeruk) adalah surat perjanjian tanggal 30 Januari 1979, sehingga persoalan ini seharusnya diselesaikan berdasarkan surat perjanjian tersebut. Jikalau saksi pengadu merasa dirugikan dapatlah ia minta agar perjanjian dibatalkan dengan minta ganti kerugian. Dengan demikian Mahkamah Agung menganggap bahwa kasus ini merupakan kasus perdata, yang harus diselesaikan secara perdata, bukan secara pidana. Pendapat Mahkamah Agung yang menganggap bahwa kasus ini adalah kasus perdata rupanya didasarkan pada adanya surat perjanjian antara terdakwa dengan saksi pengadu/saksi korban, sehingga persoalan harus diselesaikan berdasarkan surat perjanjian tersebut. Mahkamah Agung melihat adanya adanya suatu perikatan yang berupa perjanjian diantara mereka, dan terdakwa tidak memenuhi apa yang telah diperjanjikan.

Pada diktum putusan Mahkamah Agung dinyatakan bahwa dakwaan subsidair (pasal 372 KUHPidana), terbukti tapi perbuatan yang terbukti tersebut tidak merupakan suatu tindak pidana, dan selanjutnya melepaskan terdakwa 1 dan terdakwa 2 dari tuntutan hukum. Formulasi diktum ini jelas mengacu pada pasal 191 (2) KUHAP.

Pertimbangan hukum putusan Mahkamah Agung dalam kasus ini tidak secara spesifik menyebut klasifikasi perbuatan para terdakwa, hanya menyebutkan

bahwa perkara ini harus diselesaikan dalam kasus perdata, berdasarkan surat perjanjian, jikalau saksi pengadu merasa dirugikan ia dapat meminta agar perjanjian dibatalkan dan minta ganti kerugian.

Anak kalimat "merasa dirugikan" dan "dengan minta ganti kerugian", hal tersebut berarti bahwa perbuatan terdakwa berpotensi menimbulkan kerugian pada pengadu. Salah satu unsur dari perbuatan melawan hukum (perdata) adalah perbuatan itu menimbulkan kerugian pada orang lain. Oleh karena itu walaupun Mahkamah Agung tidak secara spesifik menyebutkan klasifikasi perbuatan terdakwa, penulis berpendapat bahwa perbuatan terdakwa (apabila terbukti) dapat digolongkan sebaga perbuatan melawan hukum (perdata), dan dengan demikian Mahkamah Agung memilih menggunakan hukum perdata untuk menyelesaikan kasus ini. Hukum pidana tidak perlu digunakan dalam kasus ini.

Apabila berpegang pada diktum putusan yang menyatakan bahwa "dakwaan subsidair terbukti tapi perbuatan yang terbukti tersebut tidak merupakan suatu tindak pidana". Pernyataan tersebut menurut hemat penulis mengandung arti bahwa perbuatan terdakwa telah memenuhi semua unsur yang terkandung dalam dakwaan subsidair yang didakwakan kepadanya (pasal 372 yo. 55 KUHPidana). Akan tetapi walaupun perbuatan tersebut telah memenuhi semua unsur yang terkandung dalam pasal yang didakwakan (perbuatan tersebut melawan hukum formil), dinyatakan tidak merupakan suatu tindak pidana. Dengan kata lain walaupun perbuatan terdakwa memenuhi unsur tetapi tidak dikualifisir sebagai suatu tindak pidana. Hal tersebut berarti perbuatan terdakwa tidak bersifat

melawan hukum atau hapushilang sifat melawan hukumnya (dalam hal ini yang hapushilang adalah sifat melawan hukum materiil pidana/*wederrechtelijkheid*).

Diktum putusan Mahkamah Agung selanjutnya adalah melepaskan terdakwa 1 dan terdakwa 2 dari tuntutan hukum, berarti tidak menjatuhkan pidanamelepaskan para terdakwa dari pertanggungjawaban secara pidana, hal ini memenuhi asas baru bahwa tiada hukuman tanpa adanya melawan hukum secara materiil.

Dengan demikian Mahkamah Agung telah menerapkan ajaran sifat melawan hukum materiil dalam fungsi negatif (hilangnya/hapusnya sifat melawan hukum materiil sebagai alasan pembenar). Hal bahwa perbuatan terdakwa dapat digolongkan sebagai perbuatan melawan hukum (perdata)/*onrechtmatigedaad* yang merupakan kasus perdata adalah alasan yang menyebabkan perbuatan terdakwa menjadi hapushilang sifat melawan hukumnya (sifat melawan hukum pidana/*wederrechtelijke*). Perbuatan terdakwa tidak perlu diselesaikan dengan menggunakan hukum pidana, tidak perlu dipertanggungjawabkan secara pidana.

Pelepasan terdakwa dari pertanggungjawaban secara pidana ini tidak menutup kemungkinan bahwa terdakwa dapat dimintai pertanggungjawaban secara perdata, membayar ganti rugi, apabila ia terbukti bersalah melakukan perbuatan melawan hukum/*onrechtmatigedaad* dalam persidangan perkara perdatanya. Dengan mendapat ganti rugi, bagi korban lebih bermanfaat dan berhasil guna, selain itu permasalahan hukum yang ada dalam kasus tersebut dapat diselesaikan dengan tuntas sehingga tercapai kepastian hukum dan keadilan.

Putusan Pengadilan Negeri yang senada dengan putusan Pengadilan Tinggi hanya melihat formalitas dari perbuatan terdakwa, yaitu bahwa perbuatan terdakwa yang memenuhi unsur dari pasal yang didakwakan. Pengadilan Negeri hanya melihat bahwa perbuatan terdakwa melawan hukum formil (hukum tertulis), dan hal tersebut sudah cukup bahwa terdakwa telah terbukti melakukan tindak pidana. Pengadilan Negeri tidak melihat bahwa seseorang dapat dinyatakan terbukti melakukan tindak pidana apabila perbuatan tersebut selain melawan hukum formil (memenuhi unsur pasal yang didakwakan) perbuatan itu juga harus melawan hukum secara materiil.

Kasus 4 : Kasus CV. Claveron, terdakwa didakwa melanggar dakwaan ke satu Pasal 372 KUHPidana dan dakwaan ke dua primair Pasal 266 Ayat (1) KUHPidana, subsidair Pasal 266 Ayat (2) KUH Pidana.

Kasus Posisi :

Suami-istri Ir. HM. Ponding Simangunsong dan Ny. Hj. Rostina mendirikan CV. Claveron pada tahun 1980 dengan akta notaris. Pada tahun 1997 masuk persero baru Ny. Veronica Agustin sehingga dibuat akta perubahan di depan Notaris dengan susunan pengurus Ir. Ponding Simangunsong selaku Direktur I, Ny. Rostina Direktur II dan Ny. Veronica Agustin Direktur III, dimana ketiganya berwenang untuk dan atas nama perseroan tersebut bertindak hukum . . .dst.

Untuk menambah modal perseroan, Direktur I pada tahun 1997 menandatangani "blanko zegel kosong" yang nantinya dapat dipakai sebagai permohonan dan jaminan memperoleh pinjaman modal dari pihak lain.

Blanko zegel kosong yang sudah ada tanda tangan Direktur I ini melalui karyawan bernama Habibah diserahkan kepada Direktur III Ny. Veronica.

Pada Januari 1998 terjadi perubahan kepemilikan CV. Claveron dengan akta notaris yaitu Ny. Veronica sebagai pemegang saham utama (Direktur I).

Perubahan kepemilikan tersebut tanpa sepengetahuan Direktur lainnya yaitu dengan menggunakan zegel kosong yang telah ditandatangani Direktur I Ir. Ponding Simangunsong, yang diisi bahwa CV.Claveron dijual kepada Ny. Veronica.

Timbul sengketa tentang kepemilikan CV. Claveron yang telah dirubah menjadi milik tunggal Ny. Veronica.

Selain itu hasil pemborongan pekerjaan yang diperoleh CV. Claveron Rp. 152.000.000,00 dimana kontrak kerja ditandatangani DirekturI, Ir. Ponding Simangunsong telah dicairkan dan masuk rekening Ny. Veronica.

Ny. Veronica dilaporkan kepada Polisi, dan selanjutnya kepada kejaksaan dan disidangkan di Pengadilan Negeri, dengan dakwaan ke satu melanggar pasal 372 KUHPidana penggelapan dan dakwaan ke dua primair melanggar pasal 266 ayat (1) KUHPidana menyuruh memasukkan keterangan palsu dalam suatu akta otentik subsidair melanggar pasal 266 ayat (2) KUHPidana (menggunakan akta otentik tersebut seolah-olah isinya sesuai dengan kebenaran sehingga menimbulkan kerugian). Tuntutan Jaksa Penuntut Umum mengajukan tuntutan (Requisitor) agar terdakwa dinyatakan bersalah melakukan tindak pidana "Penggelapan"(372 KUHPidana) dan "Memakai Akta Palsu" (266 KUHPidana dan dihukum dengan pidana penjara selama satu tahun.

Putusan Pengadilan Negeri :

Pengadilan Negeri Palembang dalam putusannya No. 1324/Pid.b/2000/PN.Plg tanggal 13 Juli 2000, menyatakan terdakwa Ny. Veronica tidak terbukti bersalah pada dakwaan penggelapan (372 KHUPidana) dan membebaskannya, dan dinyatakan terbukti bersalah melakukan tindakan pidana "menyuruh membuat akta palsu" dalam dakwaan ke dua primair dan menjatuhkan pidana penjara 1 (satu) tahun.

Putusan Pengadilan Tinggi Sumatera Selatan

Pengadilan Tinggi Sumsel di Palembang dengan putusan No. 127/Pid/2000/PT.Plg, tanggal 28 September 2000, membatalkan putusan Pengadilan Negeri Palembang dan menyatakan dakwaan Jaksa Penuntut Umum **tidak dapat diterima**, dengan pertimbangan hukum sebagai berikut :

Bahwa berdasar fakta persidangan, dalam perkara ini masih menjadi persoalan hukum, apakah CV. Claveron sudah dijual ataukah belum dijual. Masalah kepemilikan CV. Claveron ini harus diselesaikan dulu oleh Hakim Perdata.

Bahwa berdasar alasan tersebut, maka sangat prematur jika penuntut umum mendakwa dengan dakwaan tersebut, karena harusnya menunggu lebih dulu gugatan perdata untuk menentukan siapa sebenarnya pemilik CV. Claveron.

Putusan Mahkaman Agung RI

Mahkamah Agung dalam putusan No. 557 K/Pid/2000, tanggal 9 Agustus 2001, membatalkan putusan Pengadilan Tinggi dan Pengadilan Negeri dan mengadili sendiri :

Menyatakan perbuatan terdakwa tersebut dalam dakwaan ke satu, bukan merupakan tindak pidaana, melainkan suatu hubungan keperdataan.

a. Melepaskan terdakwa dari segala tuntutan hukum dari dakwaan ke satu.
b. Menyatakan terdakwa tidak terbukti dengan sah dan meyakinkan bersalah melakukan tindak pidana dalam dakwaan ke dua.
c. Membebaskan terdakwa dari dakwaan ke dua tersebut.
d. Memulihkan hak terdakwa . . .dst.

Putusan Mahkamah Agung tersebut dengan pertimbangan hukum sebagai berikut :

a. Bahwa wewenang untuk menentukan mengenai sah atau tidak sahnya jual beli CV. Claveron ada pada hukum perdata.
b. Bahwa sah atau tidak sahnya jual-beli CV. Claveron tersebut adalah bersifat prinsipiil. Apabila jual-beli CV. Claveron adalah sah, maka kedudukan terdakwa sebagai Direktur I berhak untuk menandatangani surat pencairan uang, sebaliknya bilamana jual-beli CV. Claveron oleh hakim perdata dinyatakan tidak sah. Dengan alasan tersebut Mahkamah Agung berpendirian bahwa putusan Judex facti Pengadilan Tinggi terhadap dakwaan ke satu adalah **Terdakwa dilepas dari segala tuntutan hukum.**
c. Bahwa mengenai dakwaan ke dua, Mahkamah Agung berpendirian terdakwa hanya terbukti menerima surat pernyataan (Zegel) tentang penjualan CV. Claveron yang sudah terisi lengkap, terdakwa tidak pernah menerima blanko zegel kosong yang hanya ditandatangani oleh Saksi Ir. Ponding Simangunsong.
d. Bahwa dengan fakta tersebut, maka unsur "menyuruh menempatkan keterangan palsu ke dalam suatu akta dst. . . dari pasal 266 ayat (1) KUH Pidana adalah tidak terpenuhi oleh perbuatan terdakwa. Dengan demikian maka unsur "dengan sengaja menggunakan akta itu seolah-olah isinya sesuai dengan kebenaran" dalam Pasal 266 ayat (2) KUH Pidana juga tidak terpenuhi.
e. Bahwa karena salah satu unsur tindak pidana dalam dakwaan ke dua Primair, ex pasal 266 ayat (1) KUH Pidana dan dakwaan ke dua subsidair, ex pasal 266 ayat (2) KUH Pidana tidak dipenuhi maka terdakwa harus dibebaskan dari dakwaan ke dua tersebut.

Pembahasan:

Pertimbangan hukum Mahkamah Agung dalam kasus ini sebenarnya sejalan dengan pertimbangan hukum Pengadilan Tinggi yaitu bahwa dalam kasus ini, jual beli CV. Claveron menjadi hal yang prinsipiil yang harus diselesaikan secara perdata. Mahkamah Agung berpendapat bahwa seharusnya putusan terhadap dakwaan ke satu adalah "terdakwa dilepas dari segala tuntutan hukum", dan bukan " tidak dapat diterima".

Putusan Mahkamah Agung mengatakan bahwa perbuatan terdakwa dalam dakwaan ke satu bukan merupakan tindak pidana, melainkan suatu hubungan keperdataan. Pertimbangan Mahkamah Agung antara lain adalah bahwa wewenang untuk menentukan mengenai sah atau tidak sahnya jual beli CV. Claveron ada pada hukum perdata dan sah atau tidak sahnya jual beli tersebut bersifat prinsipiil. Pernyataan ini menurut pendapat penulis didasarkan kepada bahwa kasus ini sebenarnya merupakan sengketa jual beli CV. Claveron yang tentu saja merupakan sengketa dalam hukum perdata. Adanya sengketa jual beli ini tentu didahului adanya suatu hubungan keperdataan yang berupa perjanjian jual beli, dimana penilaian tentang sah atau tidak sahnya jual beli ada pada hakim perdata.

Diktum putusan Mahkamah Agung langsung menyatakan bahwa perbuatan terdakwa dalam dakwaan ke satu bukan merupakan tindak pidana (melainkan suatu hubungan keperdataan). Tidak seperti pada putusan-putusan yang telah dibahas tersebut diatas, yang didahului dengan pernyataan bahwa perbuatan yang didakwakan terbukti.

Pasal 191 (2) KUHAP adalah "Jika pengadilan berpendapat bahwa perbuatan yang didakwakan kepada terdakwa terbukti tetapi perbuatan itu tidak merupakan suatu tindak pidana, maka terdakwa diputus lepas dari segala tuntutan hukum". Dengan bunyi diktum yang demikian penulis tetap berpendapat bahwa Mahkamah Agung mengacu pada pasal 191 (2) KUHAP dengan inti pernyataan bahwa perbuatan terdakwa bukan merupakan suatu tindak pidana dan melepaskan terdakwa dari segala tuntutan hukum.

Perbuatan terdakwa dinyatakan sebagai "suatu hubungan keperdataan", yang memang tidak diatur dan diancam pidana dalam suatu aturan pidana, sehingga memang tidak dapat dikualifisir sebagai suatu tindak pidana.

Selanjutnya untuk dakwaan ke dua Mahkmah Agung menyatakan bahwa "tidak terbukti" dan membebaskan terdakwa dari dakwaan ke dua. Hal tersebut menurut pendapat penulis telah sejalan dengan putusan pada dakwaan ke satu. Karena dalam dakwaan ke satu telah dinyatakan bahwa perbuatan terdakwa merupakan suatu hubungan keperdataan, maka segala sesuatunya harus diselesaikan secara perdata (harus dibuktikan dalam persidangan perdata) lebih dulu, baru kemudian apabila ternyata ada indikasi bermuatan pidana atau mengandung aspek pidana maka dapat dituntut secara pidananya. Dengan demikian kasus tersebut akan mendapat penyelesaian yang lebih tuntas dan terpenuhi kepastian hukumnya, serta kemanfaatannya.

Kasus 5 : Kasus "isteri menjual rumah suami", terdakwa Rustriarti aliasNy.Sumitro didakwa dengan dakwaan primair melanggar pasal 242 (1) KUHPidana, subsidair melanggar pasal 266 (1) dan (2)

KUHPidana lebih subsidair melanggar pasal 385 sub 1 c KUHPidana.

Kasus posisi

Terdakwa Ny. Rustriati alias Ny. Sumitro adalah isteri dari almarhum R. Sumitro, yang selama 35 tahun pernikahan mereka tidak mempunyai anak

Ketika suaminya meninggal, meninggalkan hutang Rp. 35 juta kepada Komarudin dengan borg tanah-rumah di Samirono seluas 1.710 M2 letter C atas nama Sumitro

Bahwa tanah tersebut sudah dimiliki Sumitro ketika menikah dengan terdakwa

Ketika meninggal Sumitro juga meninggalkan beberapa saudara kandung dan keponakan

Terdakwa mengajukan permohonan ke Pengadilan Negeri Yogyakarta untuk ditetapkan sebagai ahli waris suaminya (Sumitro) taanpa menyebutkan adanya ahli waris lainsaudara kandung dan kemenakan Sumitro). Terdakwa berhasil mendapatkan penetapan ahli waris

Komarudin mengajukan gugatan kepada terdakwa untuk melunasi hutang Sumitro dan hutang terdakwa yang dijamin dengan tanah dan rumah di Samirono tersebut di atas, sehingga terhadap tanah rumah tersebut diletakkan sita jaminan

Putusan perdamaian atas gugatan tersebut bahwa terdakwa mengakui hutang kepada Komarudin dengan jaminan tanah peninggalan suaminya, sehingga sepakat untuk menjual lelang tanah tersebut untuk melunasi hutang.

Tanah dan rumah tersebut ditempati oleh Samiyah saudara kandung dari Sumitro. Setelah dieksekusi, Samiyah meninggalkan tanah rumah tersebut.

Tanah dan rumah tersebut kemudian dijual oleh terdakwa sebesar Rp. 65 juta, yang Rp. 35 juta untuk melunasi hutang kepada Komarudin dan yang Rp. 30 juta dipakai terdakwa sendiri.

Saudara kandung dan kemenakan Sumitro menganggap bahwa rumah tanah tersebut bukan milik Sumitro tapi adalah milik orang tua Sumitro, sehingga saudara-saudara kandung Sumitro yang berhak atas tanah tersebut sedang terdakwa tidak berhak karena walaupun tanah tersebut atas nama Sumitro tapi Sumitro hanya diatasnamakan saja.

Terdakwa diajukan ke pengadilan Pidana dengan dakwaan berlapis:

Primair melanggar Pasal 242 (1) KUHPidana, yaitu sengaja memberikan keterangan palsu di atas sumpah dengan mengajukan surat permohonan untuk ditetapkan sebagai satu-satunya ahli waris Sumitro pada Pengadilan Negeri Yogyakarta, dan dengan Penetapan yang dikeluarkan Pengadilan Negeri Yogyakarta tersebut terdakwa telah berhasil menggadaikan tanah kepada Komarudin dan kemudian

menjualnya, sehingga saudara-suara kandung Sumitro yang juga merupakan ahli waris merasa dirugikan.
Subsidair melanggar Pasal 266 ayat (1 dan(2) KUHPidana, yaitu menyuruh memasukkan keterangan palssu ke dalam akta othentik
Lebih subsidair melanggar Pasal 385 sub.1 e KUHPidana, yaitu dengan maksud menguntungkan diri sendiri atau orang lain dengan melawan hak menjual, menukar dan menjadikan tanggungan utang sesuatu hak rakyat dalam memakan tanah pemerintah atau tanah partikelir sedang diketahuinya bahwa orang lain berhak atas barang itu.

Pengadilan Negeri Yogyakarta dengan putusan No.23/Pid/B/1987/PN.Yk, terdakwa Rustriati dinyatakan bersalah melakukan tindak pidana pada dakwaan lebih subsidair melanggar Pasal 385 sub 1 e KUHPidana yang dikenal dengan "Penipuan *Stellionnaat*"

Pengadilan Tinggi Yogyakarta dengan Putusan No. 78/Pid/1987/PT.Yk, membatalkan putusan Pengadilan Negeri Yogyakarta dan menyatakan bahwa terdakwa terbukti melakukan perbuatan sebagaimana yang didakwakan dalam dakwaan lebih subsidair, akan tetapi perbuatan tersebut tidak merupakan suatu tindak pidana, sehingga melepaskan terdakwa dari dakwaan tersebut :

Pertimbangan Pengadilan Tinggi pada pokoknya sebagai berikut :

a. Kepemilikan tanah maupun keahliwarisan tidak dapat sekedar dibuktikan dengan kesaksian-kesaksian di luar proses perdata
b. Unsur melawan hukum maupun ada hak atau turut berhaknya orang lain tidak atau tidak cukup terbuktikan dalam sidang pidana ini
c. Pengadilan Tinggi berpendapat bahwa perbuatan–perbuatan terdakwa yang dianggap terbukti dalam persidangan ternyata tidak merupakan suatu tindak pidana, melainkan suatu hubungan keperdataan

Mahkamah Agung dalam Putusan No. 526 K/Pid/1988 tanggal 30 September 1991:

a. Memperbaiki putusan Pengadilan Tinggi sekedar mengenai rumusan terbuktinya perbuatan terdakwa dan rumusan pelepasan terdakwa dari segala tuntutan hukum
b. Menyatakan terdakwa terbukti dengan sah dan meyakinkan melakukan perbuatan sebagaimana yang didakwakan, akan tetapi perbuatan tersebut tidak merupakan suatu perbuatan pidana
c. Melepaskan terdakwa dari segala tuntutan hukum

Pertimbangan Mahkamah Agung pada pokoknya sebagai berikut :

a. Timbulnya perkara ini berawal pada adanya sengketa tentang harta peninggalan dari almarhum Sumitro dengan

mempermasalahkan: Kedudukan terdakwa selaku janda almarhum Sumitro, status tanahharta peninggalan Sumitro, dan keahliwarisan

b. Bahwa perbuatan terdakwa mengajukan surat permohonan penetapan ahli waris adalah upaya terdakwa untuk mendapatkan kepastian hukum tentang statusnya sebagai janda almarhum Sumitro yang ada kaitannya dengan keahliwarisan serta harta peninggalan almarhum dengan akibat hukumnya upaya mana tidak menyimpang dari prosedur hukum yang berlaku,
c. Walaupun perbuatan yang didakwakan terbukti akan tetapi tidak merupakan suatu tindak pidana, oleh karena masalah yang dihadapi terdakwa penyelesaiannya harus melalui penyelesaian perdata, sehingga terdakwa harus dilepaskan dari segala tuntutan hukum
d. Pertimbangan hukum Pengadilan Tinggi perlu disempurnakan dengan menghapuskan pertimbangan Pengadilan Tinggi yang berbunyi : "ternyata dalam perkara ini unsur melawan hukum maupun ada hak atau turut berhaknya orang lain tidak atau tidak cukup terbuktikan dalam bidang pidana ini, sehingga terdakwa harus dilepas dari dakwaan tersebut.

Pembahasan

Pertimbangan hukum Putusan Pengadilan Tinggi dan Mahkamah Agung apabila dicermati adalah senada, yaitu Pengadilan Tinggi menyatakan bahwa perbuatan terdakwa merupakan suatu hubungan keperdataan, sedangkan Mahkamah Agung menyatakan bahwa masalah yang dihadapi terdakwa penyelesaiannya harus melalui penyelesaian perdata.

Pertimbangan hukum Mahkamah Agung tersebut dengan alasan bahwa timbulnya perkara ini berawal pada adanya sengketa tentang harta peninggalan dari almarhum Sumitro dengan mempermasalahkan kedudukan terdakwa selaku janda Almarhum Sumitro, status tanah/harta peninggalan Sumitro dan keahliwarisan. Mahkamah Agung melihat adanya suatu perikatan antara terdakwa

dan saksi korban, yaitu perikatan yang timbul karena undang-undang yaitu berupa hubungan keahliwarisan dimana kemudian timbul sengketa diantara mereka.

Membaca amar putusan Mahkamah Agung yang berbunyi: " . . . terdakwa terbukti dengan sah dan menyakinkan melakukan perbuatan sebagaimana yang didakwakan, akan tetapi perbuatan tersebut tidak merupakan suatu perbuatan pidana", putusan ini mengacu pasal 191 (2) KUHAP.

Selanjutnya amar putusan Mahkamah Agung menyatakan "terdakwa terbukti dengan sah dan meyakinkan melakukan perbuatan sebagaimana yang didakwakan", hal ini berarti bahwa menurut Mahkamah Agung semua unsur yang terkandung dalam dakwaan primair subsidair, maupun lebih subsidair telah terpenuhi (terbukti).

Hal itu berarti bahwa perbuatan terdakwa memang dilarang dan diancam dalam suatu aturan pidana (pasal yang didakwakan tersebut). Akan tetapi selanjutnya Mahkamah Agung menyatakan bahwa perbuatan tersebut tidak merupakan suatu perbuatan pidana (tidak dikualifisir sebagai suatu tindak pidana).

Tindak pidana adalah suatu perbuatan yang dilarang dan diancam pidana dalam suatu aturan perundang-undangan dan bersifat melawan hukum. Perbuatan terdakwa tersebut diatas memang dilarang dan diancam dalam suatu aturan pidana (yaitu pasal yang didakwakan), tapi dinyatakan bukan suatu tindak pidana. Dengan demikian dapat diambil kesimpulan, hal tersebut adalah karena perbuatan terdakwa telah hilang/hapus sifat melawan hukumnya (tidak melawan hukum pidana).

Oleh karena itu penulis berpendapat bahwa pertimbangan hukum Pengadilan Tinggi yang menyatakan "unsur melawan hukum" tidak atau tidak cukup terbuktikan dalam sidang pidana ini seharusnya dikuatkan oleh Mahkamah Agung, tapi Mahkamah Agung malah menyatakan "menghapuskan" pertimbangan Pengadilan Tinggi tersebut.

Selanjutnya dalam pertimbangan hukum putusan Mahkamah Agung dinyatakan bahwa "masalah yang dihadapi terdakwa penyelesaiannya harus melalui penyelesaian perdata", hal ini berarti bahwa Mahkamah Agung mengakui bahwa sebenarnya kasus ini adalah kasus perdata sehingga penyelesaiannya harus secara perdata dan bukan secara pidana.

Dari uraian diatas dapat disimpulkan bahwa perbuatan terdakwa yang dinyatakan tidak merupakan suatu tindak pidana karena perbuatan terdakwa telah hilanghapus sifat melawan hukumnya. Yang menyebabkan perbuatan terdakwa hilanghapus sifat melawan hukumnya (sifat melawan hukum pidananya) adalah karena perbuatan tersebut merupakan kasus perdata.

Dengan kalimat lain dapat dikatakan bahwa perbuatan terdakwa yang oleh Mahkamah Agung dinyatakan sebagai kasus perdata meniadakan/menghapuskan/ menegatifkan sifat melawan hukum (pidana)nya dari perbuatan terdakwa, walaupun memenuhi unsur pasal yang didakwakan. Hal tersebut ternyata menjadi alasan pembenar yang meniadakan pidana bagi terdakwa dengan pernyataan Mahkamah Agung dalam amar putusan yang melepaskan terdakwa dari segala tuntutan hukum (hal ini sesuai pula dengan pasal 191 (2) KUHAP). Dengan demikian Mahkamah Agung memilih tidak menggunakan hukum pidana dalam

menyelesaikan kasus ini, dan hal itu menurut penulis lebih adil, bermanfaat, dan permasalahan hukum dalam kasus tersebut akan mendapat penyelesaian dengan tuntas sehingga tercapai pula kepastian hukumnya.

Dalam kasus ini Pengadilan Negeri juga menganut ajaran melawan hukum formil, hanya melihat bahwa Perbuatan terdakwa telah memenuhi unsur dari pasal yang didakwakan maka terdakwa terbukti melakukan tindak pidana.

Kasus 6 : Kasus "Hak atas tanah di Kolaka", Terdakwa Tambaru didakwa primair melanggar pasal 378 KUHPidana (penipuan), subsidair melanggar pasal 385 sub 1 c. KUHPidana (menjual tanah yang bukan haknyapenipuan stellionnaat).

Kasus Posisi

Sebidang tanah Negara di sebelah timur Kaloka sejak tahun 1962 menjadi hak Andi Syarifah. Tahun 1982 Syarifah memberikan kuasa kepada Tambaru untuk mengurus surat tanah dan mengurus penjualannya. Berdasarkan surat kuasa tersebut Tambaru mengurus surat ijin mengelola tanah dan mendapat surat keterangan No. 181.1/32 tanggal 23-4-1984 untuk mengelola tanah seluas 20.230 M2 atas nama Tambaru (bukan atas nama Syarifah).

Setelah mendapat hak mengolah tanah, Tambaru mengkapling-kapling tanah itu untuk lahan perumahan dan dijual. Setelah tanah-tanah terjual, muncul seorang bernama Lisan menyatakan keberatan dengan penjualan tanah-tanah tersebut karena ia merasa berhak atas tanah tersebut atas dasar ia juga memiliki hakmengolah tanh tersebut dengan SK No. 593.II/36 tanggal 26 Mei 1986 dengan luas tanah 3.095 M2.

Lisan melaporkan Tambaru ke Polisi, selanjutnya Tambaru diajukan sebagai terdakwa oleh Jaksa Penuntut Umum dengan dakwaan melanggar Pasal 378 jo. Pasal 64 KUHPidana subsidair melanggar Pasal 385 sub 1 c jo. Pasal 64 KUHPidana.

Putusan Pengadilan Negeri Kolaka tanggal 22 Februari 1995 No. 35/Pid.B/1994/PN.Klk : Terdakwa tidak terbukti secara sah dan meyakinkan bersalah melakukan tindak pidana penipuan maupun penggelapan hak atas barang yang tidak bergerak. Membebaskan terdakwa dari dakwaan primair dan subsidair.

Pertimbangan-pertimbangan putusan Pengadilan Negeri tersebut adalah sebagai berikut :

a. Pasal 378 unsur-unsurnya
   1. Barang siapa

2. Menguntungkan diri sendiri
3. dengan melawan hak

b. Unsur 1 dan 2 dalam pertimbangan dinyatakan terbukti.
c. unsur 3 "melawan hak", unsur ini dinyatakan **tidak** terbukti dengan pertimbangan yang intinya : bahwa SK hak pengelolaan yang dimiliki terdakwa terbit lebih dulu dari SK milik Lisan dan dalam SK terdakwa tersebut tidak mencantumkan tentang tanah milik Lisan ada dalam lokasi tanah terdakwa. Oleh karena SK tersebut dikeluarkan oleh lurah/pejabat publik berwenang, maka jalan yang bisa ditempuh jika timbul kerugian dengan diterbitkannya surat-surat tersebut adalah mengajukan gugatan ke Pengadilan Tata Usaha Negara, oleh karena itu bukan wewenang majelis hakim untuk mempertimbangkan perkara ini. Majelis hakim berpendapat bahwa perbuatan terdakwa menjual tanah tidak dapat dikatakan menjual tanah dengan cara melawan hak orang lain, maka unsur melawan hak tidak terbukti.
d. Dengan tidak terbuktinya salah satu unsur Pasal 378 KUHPidana maka unsur-unsur lainnya tidak perlu dipertimbangkan lagi dan harus dinyatakan tidak terbukti secara sah melakukan tindak pidana penipuan.
e. Untuk dakwaan subsidair Pasal 385 sub 1 c jo. Pasal 64 KUHPidana yang unsur-unsurnya adalah :
   1. Dengan maksud menguntungkan diri sendiri
   2. Dengan melawan hak/hukum
   3. Menjual tanah bukan haknya
   4. Dilakukan secara berulang-ulang

   Dengan mengambil alih seluruh pertimbangan pada dakwaan primair yang memuat unsur tindak pidana pada dakwaan subsidair (yaitu unsur "menguntungkan diri sendiri dengan melawan hukum"), dinyatakan tidak terbukti, maka terdakwa dibebaskan dari dakwaan subsidair.

Jaksa Penuntut Umum atas putusan bebas tersebut langsung mengajukan kasasi ke Mahkamah Agung.

Putusan Mahkamah Agung RI tanggal 25 Februari 1996 No. 972 K/Pid/1995

Menyatakan perbuatan yang didakwakan kepada terdakwa telah terbukti akan tetapi perbuatan yang telah terbukti tersebut bukan merupakan suatu perbuatan pidana.

Melepaskan terdakwa dari segala tuntutan hukum.

Putusan tersebut dengan pertimbangan sebagai berikut :

1. Terlepas dari keberatan Jaksa, Mahkamah Agung menilai putusan Pengadilan Negeri Kolaka telah salah menerapkan hukum, dengan pertimbangan-pertimbangan :

2. Bahwa berdasarkan fakta-fakta yang terungkap, Mahkamah Agung berkesimpulan bahwa tanah yang menjadi objek tindak pidana dalam perkara ini (tanah yang dijual oleh terdakwa), masih belum jelas siapa yang berhak, karena baik Andi Syarifah, terdakwa, maupun saksi Lisan masing-masing memiliki surat tanah yang menjadi objek tindak pidana ini, sehingga dengan demikian terdakwa belum dapat dikatakan telah melakukan perbuatan melawan hak yang merupakan salah satu unsur dari tindak pidana yang didakwakan.

Pembahasan :

Pertimbangan hukum Pengadilan Negeri yang dikuatkan Pengadilan Tinggi menyatakan bahwa unsur "melawan hak" (melawan hukum) tidak terbukti dengan pertimbangan yang pada intinya bahwa SK hak pengelolaan tanah yang dimiliki terdakwa terbit lebih dahulu dan dalam SK tersebut tidak dicantumkan tentang tanah milik saksi Lisan ada dalam lokasi tanah terdakwa. Majelis hakim berpendapat bahwa perbuatan terdakwa menjual tanah tidak dapat dikatakan menjual tanah dengan cara melawan hak orang lain. Oleh karena unsur "melawan hak" yang tidak terbukti tersebut secara tegas disebutkan dalam rumusan tindak pidana maka menghasilkan putusan "bebas".

Lain halnya dengan putusan Mahkamah Agung yang "melepaskan terdakwa dari segala tuntutan hukum". Putusan Mahkamah Agung ini dengan pertimbangan hukum bahwa berdasarkan fakta-fakta yang terungkap, Mahkamah Agung berkesimpulan bahwa tanah yang menjadi objek tindak pidana (tanah yang dijual oleh terdakwa) masih belum jelas siapa yang berhak , karena masing-masing pihak memiliki surat tanah tersebut, sehingga dengan demikian terdakwa belum dapat dikatakan telah melakukan perbuatan melawan hak. Mahkamah Agung berpendapat bahwa perbuatan terdakwa menjual tanah tersebut bukan

merupakan tindak pidana, apalagi terdakwa dilaporkan oleh saksi Lisan ke Polisi karena dianggap telah ingkar janji terhadap saksi Lisan.

Mahkamah Agung mengacu pada Pasal 191 (2) KUHAPidana sehingga dalam amar putusan menyatakan bahwa perbuatan yang didakwakan kepada terdakwa telah terbukti akan tetapi perbuatan tersebut bukan merupakan suatu tindak pidana dan menghasilkan putusan "lepas", bukan putusan pemidanaan.

Apabila dicermati putusan Pengadilan Negeri yang dikuatkan Pengadilan Tinggi dengan putusan Mahkamah Agung adalah senada, yaitu bahwa tidak ada unsur "melawan hak" (tidak ada unsur melawan hukum) dalam perbuatan terdakwa. Pada putusan Mahkamah Agung dinyatakan bahwa perbuatan yang didakwakan kepada terdakwa telah terbukti, akan tetapi perbuatan tersebut bukan merupakan suatu tindak pidana. Pernyataan bahwa perbuatan melawan hukum tersebut bukan suatu tindak pidana menurut penulis karena tidak adanya unsur melawan hukum tersebut, yang dalam hal ini adalah unsur melawan hukum pidana. Dengan demikian penulis berpendapat bahwa sebetulnya Mahkamah Agung dalam kasus inipun telah menerapkan ajaran sifat melawan hukum materiil fungsi negatif atau hilang/hapusnya sifat melawan hukum materiil sebagai alasan pembenar, dengan uraian sebagai berikut :

a. Pernyataan Mahkamah Agung bahwa "perbuatan yang didakwakan" kepada terdakwa telah terbukti.
b. "Perbuatan yang didakwakan" dalam dakwaan Jaksa Penuntut Umum tentu saja adalah suatu "tindak pidana".

c. Suatu perbuatan yang merupakan suatu tindak pidana, berarti perbuatan tersebut adalah suatu perbuatan yang "melawan hukum" (melawan hukum pidana/*wederrechtelijke*)

d. Tapi ternyata terdakwa oleh Mahkamah Agung dinyatakan belum dapat dikatakan telah melakukan parbuatan"melawan hak"dan perbuatan terdakwa "bukan" merupakan suatu tindak pidana. Unsur melawan hak yang merupakan salah satu unsur tindak pidana yang didakwakan belum/tidak ada sehingga perbuatan terdakwa tidak melawan hak(melawan hukum)

e. Perbuatan yang merupakan suatu tindak pidana, kemudian menjadi perbuatan yang bukan merupakan suatu tindak pidana adalah karena adanya alasan pembenar.

f. Alasan pembenar dalam kasus ini adalah perbuatan tersebut menjadi tidak melawan hukum, yaitu sifat melawan hukum (materiil) dari perbuatan tersebut telah hapus/hilang.

Dalam pertimbangan hukum putusan Mahkamah Agung juga dikatakan bahwa tanah yang menjadi objek tindak pidana masih belum jelas siapa yang berhak. Dengan pernyataan tersebut, penulis berpendapat bahwa Mahkamah Agung melihat untuk penyelesaian kasus ini, yang menentukan adalah siapa yang berhak atas tanah tersebut. Yang berwenang menentukan siapa yang berhak atas tanah tersebut adalah suatu peradilan perdata karena hal itu merupakan sengketa hak milik atas tanah yang masuk dalam lingkup hukum perdata, dan bukan kewenangan peradilan pidana. Penulis berkesimpulan sebenarnya kasus ini adalah

kasus perdata. Adanya persoalan perdata yang harus diselesaikan dulu telah menyebabkan tidak adanya sifat melawan hukum/*wederrechtelijke*(melawan hukum pidana).

Amar/diktum putusan Mahkamah Agung menyatakan bahwa perbuatan yang didakwakan kepada terdakwa telah terbukti akan tetapi perbuatan yang telah terbukti tersebut bukan merupakan suatu tindak pidana. Pernyataan "telah terbukti" berarti bahwa perbuatan terdakwa telah memenuhi unsur dari pasal yang didakwakan (primair 378 KUHPidana, subsidair 385 sub c KUHPidana). Sedangkan pernyataan "perbuatan yang telah terbukti tersebut bukan merupakan suatu tindak pidana", berarti bahwa walaupun perbuatan terdakwa terbukti, tapi oleh Mahkamah Agung tidak dikualifisir sebagai tindak pidana.

Penyelesain kasus ini dengan menggunakan hukum perdata akan menyelesaikan permasalahan hukum yang ada dalam kasus ini sehingga tercapai kepastian hukumnya. Hal tersebut juga lebih adil bagi kedua belah pihak dan kedua belah pihak juga memperoleh kemanfaatan yaitu bagi korban akan mendapat ganti kerugian, sedang bagi pelaku perbuatan tidak perlu masuk penjara.

Kasus 7: "Warisan Moeslimah", Terdakwa Moeslimah didakwa melanggar dakwaan pertama pasal 167 ayat (1) jo. Pasal 65 KUHPidana atau dakwaan kedua pasal 2 jo. Pasal 6 huruf a UU no. 51/Prp/1960 jo. UU no. 11961 jo. Pasal 64 KUHPidana.

Kasus Posisi :
Terdakwa Moeslimah dalam dakwaan pertama didakwa memaksa masuk kedalam rumah, ruangan atau pekarangan tertutup yang dipakai orang lain dengan melawan hukum atau berada disitu dengan

melawan hukum dan atas permintaan yang berhak atau suruhannya tidak pergi dengan segera (pasal 167 ayat (1)), atau dalam dakwaan ke dua terdakwa didakwa memakai tanah tanpa ijin yang berhak (Pasal 2 jo. Pasal 6 huruf a UU no. 51/Prp/1960 jo. UU no. 11961), yaitu dirumah milik saksi Moenawar di Jln. Simolawang II15 Surabaya.
Saksi Moenawar dan terdakwa Moeslimah sebenarnya adalah saudara kandung yang terdiri dari 6 orang bersaudara dari orang tuanya suami-istri Salikan.
Saksi Moenawar mendalilkan bahwa rumah yang ditempati terdakwa adalah miliknya yang dibelinya pada tahun 1959, diatas namakan dirinya dan saudaranya yang bernama Riva'i karena waktu itu dirinya kasihan melihat Riva'i yang sakit-sakitan.
Akan tetapi saudara-saudaranya yang lain termasuk Riva'I mendalilkan bahwa rumah tersebut adalah milik orang tuanya (Salikan) yang pada waktu itu (1959) dibeli dari Bu Marmi dan diatasnamakan Moenawar dan Riva'i karena waktu itu adik-adiknya yang lain masih kecil.
Terdakwa tinggal dirumah tersebut sejak masih kecil dan tinggal bersama ke dua orang tuanya (Salikan), sedang saksi Moenawar tidak tinggal dirumah itu karena ikut suaminya.
Terdakwa dan saudara-saudaranya yang lain mengatakan bahwa rumah itu adalah warisan orang tuanya yang belum dibagi waris, dan terdakwa merenovasi rumah tersebut atas ijin saudara-saudaranya.

Putusan Pengadilan Negeri :

Pengadilan Negeri Surabaya dalam putusannya tanggal 01 Nopember 2004 No. 1088/Pid.B/2004/PN.Surabaya menyatakan:

1. Menyatakan terdakwa Moeslimah tidak terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar pasal 167 ayat (1) (dakwaan perrtama).
2. Membebaskan terdakwa dari dakwaan tersebut.
3. Menyatakan terdakwa Moeslimah terbukti secara sah dan meyakinkan melakukan perbuatan seperti yang didakwakan kepadanya pada dakwaan ke dua, tetapi perbuatan tersebut bukan merupakan suatu tindak pidana.
4. Melepaskan terdakwa oleh karena itu dari segala tuntutan hukum.

Pengadilan Negeri Surabaya memutuskan, seperti tersebut dengan pertimbangan sebagai berikut :

Untuk dakwaan pertama, unsur memaksa masuk tidak terbukti karena terdakwa tinggal dirumah tersebut sejak kecil dan tinggal bersama orang tua mereka. Oleh karena salah satu unsur tidak tebukti maka terdakwa dibebaskan dari dakwaan pertama.

Untuk dakwaan ke dua, terdakwa dinyatakan terbukti bahwa sejak tahun 2002 terdakwa telah memakai tanah Jln. Simolawang no. 15 Surabaya tanpa ijin dari salah seorang yang berhak atas tanah tersebut yaitu Moenawar. Selanjutnya dikatakan dalam pertimbangan tersebut bahwa karena unsur dalam dakwaan ini terpenuhi menurut hukum dan terdakwa terbukti secara sah dan menyakinkan bersalah melakukan tindak pidana yang didakwakan dalam dakwaan ke dua, tetapi pebuatan tesebut bukan merupakan suatu tindak pidana berdasarkan alasan sebagai berikut :

1. Bahwa terdakwa tinggal di Jln. Simolawang II no. 15 Surabaya sejak kecil bersama-sama dengan orang tua mereka, dan setelah orang tuanya meninggal dunia terdakwa masih tetap berdiam disitu bahkan Moenawar sendiri yang menyuruh tedakwa dan anak-anaknya tinggal di rumah terrsebut.
2. Bahwa pada tahun 2002 terdakwa merenovasi rumah tersebut juga dengan seijin moenawar dan Riva'i, hal ini dapat dilihat dari surat ijin mendirikan bangunan No. 188.45/268-95/402.509/1994, pemohonnya adalah Moenawar dan Riva'i.
3. Bahwa setelah rumah tersebut selesai direnovasi oleh terdakwa, Moenawar datang untuk meminta bagian dari haknya sebesar Rp. 100.000.000,00 dan oleh karena anggota keluarga (saudara-saudar kandung Moenawar sendiri) menganggap tuntutan Moenawar terlalu tinggi dan hanya sanggup memberi bagian Moenawar sebesar Rp. 50.000.000,00 Moenawar keberatan dan melaporkan terdakwa kepada yang berwajib (polisi).
4. Bahwa berdasarkan alasan-alasan tersebut terbukti bahwa keberadaan tedakwa tinggal di atas tanah/rumah di Jln. Simolawang II no. 15 Surabaya sejak kecil adalah tidak melawan hukum, akan tetapi semula atas seijin Moenawar sendiri. Oleh karena itu Majelis Hakim berpendapat terdakwa terbukti secara sah dan menyakinkan bersalah melakukan pebuatan seperti yang didakwakan pada dakwaan ke dua, tetapi perbuatan tesebut bukan merupakan suatu tindak pidana, tetapi merupakan suatu hubungan keperdataan;

Putusan Mahkamah Agung :

Karena putusan PN membebaskan dan atau melepaskan terdakwa dari tuntutan hukum, Jaksa penuntut umum yang tidak puas atas putusan PN tersebut, mengajukan pemeriksaan kasasi ke Mahkamah Agung. Mahkamah Agung dengan putusannya tanggal 17 Mei 2005 No. 156K/Pid/2005 memutuskan :

Menyatakan tidak dapat diterima permohonan kasasi dari Pemohon Kasasi : Jaksa Penuntut Umum pada Kejaksaan Negeri Surabaya tersebut.

Putusan Mahkamah Agung tersebut dengan pertimbangan hukum yang intinya sebagai berikut :

1. Terhadap alasan-alasan yang diajukan Jaksa Penuntut Umum, Mahkamah Agung berpendapat bahwa ternyata Pemohon Kasasi tidak dapat membuktikan bahwa putusan tersebut adalah merupakan pembebasan yang tidak murni, karena Pemohon Kasasi tidak mengajukan alasan-alasan yang dapat dijadikan dasar pertimbangan mengenai dimana letak sifat tidak murni dari putusan bebas tersebut, dan hanya mengajukan alasan semata-mata tentang penilaian hasil pembuktian yang sebenarnya bukan merupakan alasan untuk memohon kasasi terhadap putusan bebas.
2. Bahwa disamping itu Mahkamah Agung berdasarkan wewenang pengawasannya juga tidak dapat melihat bahwa putusan tersebut dijatuhkan oleh Pengadilan Negeri dengan telah melampaui batas wewenangnya.

Pembahasan

Dalam kasus ini Jaksa Penuntut Umum yang merasa tidak puas atau putusan Pengadilan Negeri yang membebaskan terdakwa dari dakwaan pertama dan melepaskan dari tuntutan hukum terdakwa dari dakwaan kedua, Jaksa Penuntut Umum langsung mengajukan pemeriksaan kasasi ke Mahkamah Agung karena adanya larangan mengajukan banding terhadap putusan bebas.

Mahkamah Agung dalam putusannya, menyatakan tidak dapat diterima permohonan kasasi Jaksa Penuntut Umum dengan pertimbangan hukum yang pada pokoknya bahwa pemohon kasasi tidak dapat membuktikan bahwa putusan Pengadilan Negeri adalah merupakan pembebasan yang tidak murni dan Mahkamah Agung juga tidak melihat bahwa putusan Pengadilan Negeri dijatuhkan dengan melampaui batas wewenangnya. Dengan kata lain Mahkamah Agung sependapat dan membenarkan putusan Pengadilan Negeri.

Putusan Pengadilan Negeri dijatuhkan dengan pertimbangan hukum yang intinya bahwa :

1. Untuk dakwaan pertama, salah satu unsur (unsur memaksa masuk) tidak terbukti, maka terdakwa dibebaskan.
2. Untuk dakwaan ke dua, seluruh unsur dalam dakwaan ini telah terpenuhi, sehingga terdakwa terbukti melakukan perbuatan dalam dakwaan ke dua tapi perbuatan tersebut bukan merupakan suatu tindak pidana.

Pernyataan bahwa terdakwa terbukti melakukan perbuatan dalam dakwaan ke dua tapi perbuatan tersebut bukan suatu tindak pidana (bunyi putusan ini adalah formulasi dari pasal 191 (2) KUHAP), dengan pertimbangan hukum yang intinya bahwa keberadaan terdakwa Moeslimah tinggal di tanah/rumah Jalan Simolawang II no. 15 Surabaya sejak kecil adalah tidak melawan hukum, akan tetapi semula atas ijin saksi Moenawar sendiri. Oleh karena itu Pengadilan Negeri berpendapat bahwa terdakwa terbukti secara sah dan meyakinkan bersalah melakukan perbuatan seperti yang didakwakan pada dakwaan ke dua, tetapi perbuatan tersebut bukan merupakan suatu tindak pidana tetapi merupakan suatu hubungan keperdataan.

Unsur-unsur yang terdapat dalam dakwaan ke dua (pasal 2 jo. Pasal 6 huruf a UU no. 51/Prp/1960 jo. UU no. 11961) adalah :

1. memakai tanah
2. tanpa ijin yang berhak atau kuasanya.

Pertimbangan hukum Pengadilan Negeri untuk dakwaan ke dua terbukti melakukan perbuatan dalam dakwaan ke dua tapi perbuatan tersebut bukan suatu tindak pidana karena perbuatan terdakwa tidak melawan hukum. Dengan kata lain perbuatan terdakwa telah hilang sifat melawan hukumnya. (Dalam hal ini yang hilang adalah sifat melawan hukum materiil pidana). Dikatakan pula bahwa perbuatan terdakwa bukan merupakan suatu tindak pidana tetapi merupakan suatu hubungan keperdataan.

Walaupun perbuatan terdakwa memenuhi unsur dakwaan ke dua, tidak dikualifisir sebagai suatu tindak pidana, tetapi dinyatakan merupakan suatu hubungan keperdataan. Dengan demikian perbuatan terdakwa yang dinyatakan sebagai suatu hubungan keperdataan, meniadakanmenghapuskanmenegatifkan sifat melawan hukum (pidana) dari perbuatan terdakwa walaupun perbuatan terdakwa memenuhi unsur-unsur dari pasal yang didakwakan. Hal tersebut menjadi alasan pembenar yang meniadakan pidana bagi terdakwa.

Pernyataan bahwa perbuatan terdakwa merupakan suatu hubungan keperdataan, didasarkan pada bahwa keberadaan terdakwa dirumah sengketa adalah sejak kecil dan semula adalah atas seijin saksi pelapor sendiri. Penulis berpendapat bahwa dari rangkaian kejadian tersebut terlihat bahwa :

1. Ada hubungan keahli warisan antara terdakwa dan saksi pelapor (merupakan perikatan yang timbul karena undang-undang).
2. Rumah/tanah yang dipermasalahkan adalah harta warisan.
3. Ada sengketa mengenai pembagian harta warisan tersebut.

Penyelesaian secara perdata akan lebih tuntas dari segi permasalahan hukumnya sehingga tercapai kepastian hukum, lebih adil dan bermanfaat bagi kedua belah pihak.

Kasus 8 : "Suzana Moll", terdakwa Suzana Moll didakwa melanggar dakwaan pertama pasal 406 (1) KUHPidana atau dakwaan ke dua melanggar pasal 167 (1) KUHPidana.

Kasus Posisi :
Ayah terdakwa sebagai karyawan perusahaan Koppen & Moll, tahun 1951 diberikan izin untuk berdiam disebagian ruangan gedung kantornya yang terletak di Jln. Basuki Rakhmat no 84 Surabaya beserta istri dan anaknya.
Berselang puluhan tahun kemudian, ayah dan ibu terdakwa lalu meninggal. Anaknya (terdakwa) masih tetap berdiam di tempat tersebut. Sementara itu kepemilikan gedung tersebut telah beralih ke tangan pihak ketiga yang menginginkan agar terdakwa beserta keluarganya meninggalkan dan mengosongkan ruangan yang ditempatinya.
Terdakwa Suzana Moll didakwa melanggar pasal 406 (1) KUHPidana (yaitu dengan sengaja dan dengan melawan hak membinasakan, merusakkan, membuat sehingga tidak dapat dipakai lagi atau menghilangkan suatu barang kepunyaan orang lain (merusak gembok pintu), atau dakwaan ke dua melanggar pasal 167 (1) KUHPidana (yaitu dengan melawan hak orang lain memaksa masuk kedalam rumah atau ruangan tertutup atau atau pekarangan yang dipakai oleh orang lain atau berada disitu dengan tidak ada haknya, tidak dengan segera pergi dari tempat itu atas permintaan orang yang berhak, yaitu diruangan tertutupgudang yang termasuk dari bagian rumah diatas milik atau dibawah persewaan atau penguasaan orang bernama Yusuf Barasyid).

Putusan Pengadilan Negeri :
Putusan Putusan Negeri Surabaya tanggal 11 Oktober 1983 No. 403/Pid/1983, menyatakan: Terdakwa terbukti bersalah melakukan tindak pidana pasal 167 (1) KUHPidana, menghukum terdakwa dengan hukuman penjara.

Putusan Pengadilan Tinggi :
Putusan PT Jawa Timur di Surabaya, tanggal 29 Nopemberr 1984 No. 235/Pid/1984, menguatkan putusan Pengadilan Negeri tersebut.

Putusan Mahkamah Agung RI :

Mahkamah Agung dalam putusannya tanggal 21 Januari 1987, No. 454 K/Pid/1985 menyatakan :

1. Menyatakan perbuatan yang didakwakan kepada terdakwa Zusana Moll tersebut telah terbukti, akan tetapi bukan merupakan suatu tindak pidana.
2. Melepaskan terdakwa oleh karena itu dari segala tuntutan hukum.

Putusan Mahkamah Agung tersebut dengan pertimbangan hukum yang pada intinya :

1. Terdakwa lahir tahun 1957 di gedung di Jln. Basuki Rakhmat no. 84 Surabaya dan tinggal disitu hingga sekarang.
2. Ayah terdakwa sebagai karyawan perusahaan Koppen & Moll diberi izin oleh peusahaan tersebut untuk tinggal disebagian ruangan gedung tersebut. Setelah ayah terdakwa meninggal dunia, terdakwa tetap tinggal disitu.
3. Bahwa kemudian yang berhak atas gedung tersebut telah berpindah tangan dari perusahaan Koppen & Moll dan yang terakhir yang berhak adalah saksi Yusuf.
4. Bahwa apakah terdakwa beserta keluarganya masih berhak bertempat tinggal disebagian dari gedung di Jln. Basuki Rahmat No. 84 Surabaya adalah masalah di bidang hukum perdata, dan keberadaan terdakwa sekarang ditempat itu sejak lahir tidak dapat diartikan dengan melawan hak orang lain masuk dengan memaksa "ataupun" ada disitu tanpa hak dan tidak dengan segera pergi dari tempat itu atas permintaan orang yang berhak, sebagaimana dimaksudkan oleh pasal 167 (1) KUHPidana;
5. Walaupun perbuatan terdakwa berada di tempat/sebagian ruangan gedung Jln. Basuki Rakhmat 84 Surabaya terbukti, akan tetapi perbuatan tersebut bukan merupakan tindak pidana;

Pembahasan :

Membaca bunyi diktum putusan Mahkamah Agung dapat disimpulkan bahwa Mahkamah Agung mengacu pada Pasal 191 (2) KUHAP.

Diktum putusan Mahkamah Agung menyatakan bahwa perbuatan yang didakwakan kepada terdakwa terbukti, ini berarti perbuatan terdakwa telah memenuhi unsur-unsur yang terkandung dalam pasal yang didakwakan kepadanya, berarti pula bahwa perbuatan terdakwa memang dilarang dan diancam pidana dalam suatu aturan pidana.

Akan tetapi oleh Mahkamah Agung perbuatan yang terbukti tersebut dinyatakan bukan merupakan suatu tindak pidana, hal ini berarti perbuatan terdakwa oleh Mahkamah Agung tidak dikualifisir sebagai suatu tindak pidana walaupun perbuatan terdakwa memenuhi unsur-unsur pasal yang didakwakan kepadanya.

Perbuatan terdakwa diatur dan diancam dalam aturan perundang-undangan (pasal 406 (1) atau pasal 167 (1) KUHPidana) tapi oleh Mahkamah Agung dinyatakan bukan merupakan suatu tindak pidana, hal ini berarti perbuatan terdakwa hapushilang sifat melawan hukumnya (melawan hukum pidananya).

Senada dengan pembahasan kasus sebelumnya, hapusnya sifat melawan hukum adalah merupakan alasan pembenar yang dapat meniadakanmenghapuskan pidana bagi pelaku, itulah sebabnya Mahkamah Agung tidak menjatuhkan pidana dan melepaskan terdakwa dari segala tuntutan hukum.

Apa yang menyebabkan hapushilangnya sifat melawan hukum dari perbuatan terdakwa dapat ditelusuri dari pertimbangan hukum Mahkamah Agung dalam putusannya. Dalam pertimbangan hukum Mahkamah Agung antara lain dinyatakan bahwa "apakah terdakwa beserta keluarganya masih berhak bertempat tinggal disebagian dari gedung di Jalan Basuki Rahmat no. 84 Surabaya adalah masalah di bidang hukum perdata, dan keberadaan terdakwa di tempat itu tidak dapat diartikan sebagaimana dimaksud oleh pasal 167 (1) KUHPidana". Dari bunyi pertimbangan hukum Mahkamah Agung tersebut penulis berkesimpulan bahwa Mahkamah Agung berpendapat bahwa kasus ini adalah "masalah di bidang hukum perdata", jadi kasus ini adalah kasus perdata. Dengan demikian penulis

juga berpendapat bahwa yang menyebabkan hapushilangnya sifat melawan hukum dari perbuatan terdakwa (dalam hal ini adalah sifat melawan hukum pidana) adalah karena Mahkamah Agung berpendapat bahwa kasus ini adalah merupakan kasus perdata (masalah dibidang hukum perdata).

Selanjutnya diktum Mahkamah Agung melepaskan terdakwa dari segala tuntutan hukum, dengan demikian "hapushilangnya sifat melawan hukum karena perbuatan terdakwa merupakan kasus perdata "menjadi alasan pembenar yang meniadakan pidana bagi terdakwa.

Adalah sangat menarik bahwa kasus "Zusana Moll" ini juga diajukan dalam persidangan perdata, yaitu bahwa Zusana Moll telah digugat oleh C.V Koppen dan Moll yang diwakili oleh Direkturnya yaitu Jusuf Barasyid di Pengadilan Negeri Surabaya, perkara No. 440/Pdt.G/1984/PN. Surabaya.

Perkara gugatan yang diajukan oleh Jusuf Barasjid (Penggugat) dan Zusana Moll (sebagai tergugat) telah diputus oleh Pengadilan Negeri Surabaya dengan putusannya tanggal 2 Februari 1985 No. 440/Pdt.G/1984/PN. Surabaya, yang pada pokoknya adalah sebagai berikut :

1. Menyatakan bahwa penempatanpenghunian tergugat (Zusana Moll) di ruangan persil rumah. Jl. Jendral Basuki Rakhmat no. 84 Surabaya yang tidak disertai surat-surat resmi atau setidak-tidaknya seizin Penggugat merupakan "perbuatan melawan hukum".
2. Menghukum penggugat dan siapa saja yang mendapat hak dari padanya untuk segera keluar dari ruangan–ruangan yang ditempati dan selanjutnya

menyerahkan ruangan-ruangan tersebut dalam keadaan kosong kepada Penggugat.

3. Pengadilan Tinggi Surabaya dengan putusan tanggal 28 September 1985 No. 353/Pdt/PT. Surabaya, menguatkan putusan Pengadilan Negeri Surabaya.

Atas putusan Pengadilan Negeri Surabaya tersebut, Tergugat Zusana Moll mengajukan permohonan pemeriksaan kasasi ke Mahkamah Agung.Pertimbangan hukum Mahkamah Agung dalam putusannya tanggal 21 Januari 1987 No. 603 K/Pdt/1986 pada pokoknya sebagai berikut :

a. Tergugat lahir dirumah yang disengketakan dan dibesarkan serta bertempat tinggal disitu sampai sekarang.
b. Ayah tergugat sebagai karyawan Koppen dan Moll diberi izin oleh perusahaan untuk menempati sebagian ruangan dirumah yang disengketakan tersebut.
c. Setelah ayah tergugat meninggal dunia, tergugat tetap tinggal disitu.
d. Oleh karena itu tidaklah dapat dikatakan bahwa tergugat (Zusana Moll) telah melakukan perbuatan melawan hukum, melainkan bahwa tergugat menempati ruangan di gedung Jln. Basuki Rakhmat No. 84 Surabaya tersebut adalah sudah tidak ada lagi dasar hukumnya.
e. Tergugat harus meninggalkan ruangan rumahgedung yang disengketakan dan adalah dipandang layak serta adil apabila Tegugat diberi waktu selama 3 (tiga) bulan untuk mencari tempat tinggal tinggal yang baru dan untuk keperluan biaya pindah tersebut Penggugat diharuskan memberikan pesangon kepada Tergugat sebesar Rp. 250.000,00 (dua ratus lima puluh ribu rupiah).

Dengan pertimbangan hukum yang intinya seperti tersebut, amar putusan Mahkamah Agung tidak ada pernyataan bahwa tergugat (Zusana Moll) telah melakukan perbuatan melawan hukum. Dengan demikian menurut Mahkamah Agung perbuatan Zusana Moll tersebut tidak *wederrechtelijke* (melawan hukum pidana), dan tidak pula *onrechmatigedaad* (melawan hukum perdata), akan tetapi persoalan hukum antara Zusana Moll dengan Perusahaan CV. Kopen & Moll dalam kasus ini telah selesai dengan adanya putusan kasus perdatanya. Dengan putusan tersebut telah tercapai kepastian hukum terhadap permasalahan hukum yang terkandung dalam kasus tersebut, pihak CV. Kopen dan Moll tercapai tujuannya supaya Suzana Moll meninggalkan rumah tersebut, dan Suzana Moll mendapatkan pesangon, dengan demikian hal tersebut terasa lebih adil dan bermanfaat. Dibandingkan apabila kasus ini diselesaikan dengan menggunakan hukum pidana, peradilan pidana hanya dapat menghukum pidana Suzana Moll, tapi permasalahan hukum dalam kasus ini masih belum terselesaikan.

Penggunaan hukum perdata untuk menyelesaikan kasus ini lebih berguna/ bermanfaat.

Oleh karena itu sudah tepatlah bila putusan Mahkamah Agung dalam kasus pidananya menyatakan bahwa perbuatan terdakwa (Zusana Moll) bukan merupakan suatu tindak pidana dengan pertimbangan hukum yang pada pokoknya bahwa perbuatan terdakwa adalah masalah dibidang hukum perdata, atau dengan kata lain merupakan kasus perdata.

Dalam kasus Susana Moll ini Pengadilan Negeri dan Pengadilan Tinggi juga hanya melihat terpenuhinya unsur-unsur dari pasal yang didakwakan berarti

terdakwa terbukti bersalah telah melakukan tindak pidana (ajaran melawan hukum formil). Pengadilan Negeri dan Pengadilan Tinggi tidak mempertimbangkan melihat adanya sengketa berpendapat dibalik kasus ini.

Kasus 9 : Kasus "sewa menyewa rumah tanpa batas waktu", terdakwa didakwa menghuni rumah tanpa ijin pemilik, melanggar pasal 12 ayat (1) jo pasal 36 ayat (4) UU no. 4/1992 tentang Perumahan dan Pemukiman.

Kasus Posisi

Para Terdakwa Adikarna Sinandang dan Nio Tje Ping, semula menyewa rumah milik Mulyadi Kusnadi. Setelah Mulyadi Kusnadi meninggal dunia, para ahli warisnya berulang kali menegur para terdakwa agar keberadaan mereka dalam menghuni rumah milik almarhum Mulyadi Kusnadi ditetapkan syarat-syarat penghunian dengan dibuatkan surat perjanjian sewa menyewa secara tertulis dengan batas waktu, sesuai dengan ketentuan Undang-Undang No. 4 Tahun 1992 yang apabila tidak disetujui agar para terdakwa mengosongkan rumah karena penghunian adalah tidak sah karena tidak mendapat izin dari pemilik yaitu ahli waris almarhum Mulyadi Kusnadi walaupun telah ditegur secara lisan maupun tertulis, para terdakwa tetap menghuni rumah rumah tersebut.

Para terdakwa didakwa melanggar Pasal 12 ayat (1) yo. Pasal 36 ayat (4) Undang-Undang No. 4 Tahun 1992 tentang Perumahan dan Pemukiman yaitu menghuni rumah tanpa izinpersetujuan pemilik.

Putusan Pengadilan Negeri Jakarta Barat tanggal 28 Mei 1997 No. 365/Pid.S/1997/PN.Jkt.Bar menyatakan bahwa para terdakwa terbukti secara sah dan meyakinkan melakukan tindak pidana "penghunian rumah secara tidak sah"

Pengadilan Tinggi Jakarta dengan putusan tanggal 22 September 1997 No. 106/Pid/1997/PI.DKI, menguatkan putusan Pengadilan Negeri

Mahkamah Agung mengadili perkara pada tingkat kasasi, dengan pertimbangan hukum yang pada pokoknya sebagai berikut:

1. bahwa para terdakwa menempati rumah objek sengketa didasarkan pada perjanjian sewa menyewa sejak tahun 1971/1974 dengan pemilik rumah almarhum Mulyadi Kusnadi, sewa menyewa tidak dibatasi oleh tenggang waktu
2. bahwa ahli waris Mulyadi Kusnadi pada prinsipnya tidak keberatan sewa menyewa dilanjutkan oleh para Terdakwa, hanya menuntut kenaikan harga sewa sebesar 100 %, sedangkan para terdakwa keberatan, maka sengketa yang

timbul antara para terdakwa dengan pemilik rumah adalah tentang besarnya harga sewa

3. bahwa apabila pemilik rumah menghendaki penghentian sewa menyewa seharusnya mengajukan gugatan di Pengadilan Negeri (sesuai Pasal 10 ayat (3) Peraturan Pemerintah No. 55 Tahun 1981 tentang perubahan atas Peraturan Pemerintah No. 49 tahun 1963 tentang hubungan sewa menyewa perumahan
4. Yudex facti telah salah menerapkan hukum, putusan Pengadilan Tinggi Jakarta jo. Putusan Pengadilan Negeri Jakarta Barat tidak dapat dipertahankan lagi dan harus dibatalkan

Putusan Mahkamah Agung tanggal 30 April 1999 No. 1658 K/Pid/1998 intisarinya :

a. Para terdakwa telah terbukti melakukan perbuatan yang didakwakan, tetapi perbuatan tersebut bukan merupakan suatu kejahatan atau pelanggaran
b. Melepaskan para terdakwa dari segala tuntutan hukum.

Pembahasan

Pengadilan Negeri dan Pengadilan Tinggi bersikap formulasi, hanya melihat bahwa perbuatan terdakwa telah memenuhi unsur dari pasal yang di dakwakan sudah cukup membuktikan bahwa terdakwa telah melakukan tindak pidana.

Putusan Mahkamah Agung menilai bahwa putusan Pengadilan Tinggi jo. Putusan Pengadilan Negeri salah menerapkan hukum. Para terdakwa menempati rumah objek sengketa didasarkan pada perjanjian sewa menyewa dengan almarhum Mulyadi Kusnadi, sewa menyewa tidak dibatasi batas waktu. Setelah Mulyadi Kusnadi meninggal dunia, ahli warisnya sebetulnya pada prinsipnya setuju sewa menyewa dilanjutkan hanya menuntut harga sewa naik dan dibatasi waktunya. Para terdakwa keberatan dengan hal itu. Menurut Mahkamah Agung apabila pemilik rumah (ahli waris Mulyadi Kusnadi) menghendaki penghentian sewa menyew seharusnya mengajukan gugatan di Pengadilan Negeri (sesuai pasal

10 ayat (3) Peraturan Pemerintah no. 55 tahun 1981 tentang perubahan atas Peraturan pemerintah no. 49 tahun 1963 tentang hubungan sewa menyewa perumahan).

Dari pertimbangan tersebut penulis menyimpulkan bahwa Mahkamah Agung berpendapat bahwa kasus ini harus diajukan gugatansecara perdata. Dengan kata lain Mahkamah Agung berpendapat bahwa kasus ini adalah kasus perdata dengan dasar pertimbangan bahwa kasus ini awalnya adalah perjanjian sewa menyewa tanpa batas waktu dimana salah satu pihak berkeinginan mengubah perjanjian tersebut. Mahkamah Agung melihat adanya suatu perikatan perdata yang berupa perjanjian sewa menyewa.

Amar putusan Mahkamah Agung menyatakan bahwa terdakwa terbukti melakukan perbuatan yang didakwakan, tetapi perbuatan tersebut bukan merupakan suatu kejahatan atau pelanggaran.

Pernyataan bahwa terdakwa terbukti melakukan perbuatan yang didakwakan, berarti unsur-unsur yang terkandung dalam pasal yang didakwakan telah terpenuhi (terbukti). Apabila semua unsur telah terpenuhi, seharusnya perbuatan terdakwa dinyatakan sebagai suatu tindak pidana (dikualifisir sebagai tindak pidana sesuai pasal yang didakwakan). Akan tetapi oleh Mahkamah Agung perbuatan terdakwa dinyatakan bukan merupakan suatu kejahatan atau pelanggaran, berarti dinyatakan bukan suatu tindak pidana.

Perbuatan yang seharusnya adalah suatu tindak pidana tapi dinyatakan bukan sebagai tindak pidana, menurut teori adalah karena perbuatan tersebut tidak

melawan hukum (melawan hukum pidana), telah hilanghapus sifat melawan hukumnya.

Hilangnya sifat melawan hukum tersebut, dalam pertimbangan hukum Mahkamah Agung adalah karena kasus ini dinyatakan sebagai kasus perdata. Dengan demikian perbuatan terdakwa yang dinyatakan sebagai kasus perdata telah menjadikan perbuatan terdakwa hilang/hapus sifat melawan hukumnya. Selanjutnya hal tersebut juga meniadakan pidana bagi terdakwa, bararti hal tersebut menjadi alasan pembenar. Dengan demikian alasan pembenar yang meniadakan pidana bagi terdakwa tersebut adalah "hilangnya/hapusnya sifat melawan hukum karena kasus terdakwa adalah kasus perdata".

Ajaran sifat melawan hukum dalam fungsi negatif dan penerapan asas baru "tiada pidana tanpa adanya melawan hukum secara materiil", telah diterapkan dalam kasus ini.

Penggunaan hukum pidana untuk menyelesaikan kasus ini hanya akan menghasilkan dihukumnya (pidana penjara) bagi terdakwa, tapi permasalahan hukum kasus ini akan tetap ada, sehingga penyelesaian kasus ini dengan menggunakan hukum pidana tidak menuntaskan masalah, penggunaan hukum perdata akan lebih dapat menuntaskan permasalahan hukum yang ada, sehingga akan lebih berguna dan bermanfaat *(utility)*.

Kasus 10 : "Menderes Karet", Terdakwa Ahmad Lanun Marpaung didakwa (dituduh) dengan dakwaan I pasal 362 KUHP mencuri getah karet dengan cara menderes pohon karet di kebun karet saksi Pahala Tambunan, dakwaan II melanggar pasal 335 (1) KUHP perbuatan tidak menyenangkan terhadap saksi Subandi yang adalah suruhan saksi Pahala Tambunan untuk menderes pohon karet.

Kasus Posisi

Terdakwa Ahmad Lanun Marpaung menderes pohon karet yang dulu ditanamnya sendiri sejak tahun 1975 diatas tanah miliknya.

Tanah tersebut menurut saksi Pahala Tambunan telah dibeli olehnya dari hasil lelang Pengadilan Negeri Rantan Prapat pada 10 Januari 1981. Karena merasa tanah tersebut telah dibelinya, saksi Pahala Tambunan menyuruh saksi Subandi untuk mengerjakan kebun karet tersebut, tapi terdakwa melarang saksi Subandi dan mengusirnya dengan mengancam dan mengacungkan parang.

Terdakwa terus melakukan penderesan karet walaupun kebun sudah dibeli oleh saksi Pahala Tambunan dari hasil lelang. Terdakwa tetap menderes karet karena merasa bahwa karet yang dideresnya adalah pohon karet miliknya yang ditanam olehnya ditanah kebunnya sendiri.

Putusan Pengadilan Negeri

Pengadilan Negeri Rantau Prapat dengan putusannya tanggal 14 Juni 1983 No. 200 KTS/1981/PN-Rap. menyatakan bahwa :

1. Terdakwa (tertuduh) bersalah melakukan kejahatan pencurian dan perbuatan tidak menyenangkan.
2. Menghukum . . . dst.

Putusan Pengadilan Tinggi

Pengadilan Tinggi Medan dengan putusannya tanggal 28 januari 1984 No. 1/Pid/1984/PT.Mdn menyatakan sependapat dengan putusan Pengadilan Negeri, hanya memperbaiki sekedar mengenai beratnya pidana.

Putusan Mahkamah Agung-RI

Mahkamah Agung-RI dalam putusannya tanggal 28 Januari 1984 No. 592 K/Pid/1984 menyatakan :

1. Terdakwa tidak terbukti secara sah dan menyakinkan melakukan perbuatan yang didakwakan kepadanya dalam dakwaan I maupun dalam dakwaan ke II.
2. Membebaskan ia oleh karenanya dari dakwaan-dakwaan tersebut.

Putusan Mahkamah Agung tersebut bahwa judex facti telah salah menerapkan hukum dengan pertimbangan hukum yang pada pokoknya sebagai berikut :

1. Pada waktu menderes pohon karet itu terdakwa berpendapat bahwa pohon karet yang ia deres adalah miliknya karena terdakwa yang merasa menanamnya.
2. Risalah lelang tanggal 10 Januari 1981 no. 10, diterangkan antara lain adalah bahwa terhadap.tanah tersebut (yang dibeli

dari lelang oleh saksi Pahala Tambunan) belum pernah diukur secara pasti akan batas-batasnya, sehingga masih kabur juga, apakah pohon-pohon karet yang dideres terdakwa tersebut masuk kebun yang dilelang apa bukan.

3. Karena pada waktu terdakwa menderes karet dengan pengertian bahwa pohon-pohon karet tersebut masuk dalam kebunnya, maka unsur "dengan maksud untuk memiliki dengan melawan hukum" tidak ada, oleh karena pada waktu menderes karet terdakwa beranggapan bahwa pohon-pohon karet tersebut adalah miliknya, Unsur "dengan maksud untuk memiliki dengan melawan hukum" tidak terbukti.
4. Terhadap dakwaan ke II, judex faxti tidak mempertimbangkan dengan seksama (*onvoldoende gemotiveerd*) mengenai unsur melawan hukum. Pada waktu terdakwa menyuruh pergi saksi Subandi dengan ancaman oleh karena terdakwa merasa bahwa ia dikebunnya sendiri, menderes karetnya, dengan demikian unsur "melawan hukum" (dari dakwaan ke II pasal 335 (1) KUHPidana) tidak terbukti.
5. Dengan tidak terbuktinya salah satu unsur dari dakwaan I maupun dakwaan ke II, maka terdakwa dibebaskan dari dakwaan I maupun ke II.

Pembahasan :

Putusan Pengadilan Negeri yang dikuatkan Pengadilan Tinggi mengikuti ajaran sifat melawan hukum formil, perbuatan pada waktu yang memenuhi unsur tindak pidana yang didakwakan (Pasal 362 KUHPidana dan Pasal 335 ayat (1) KUHPidana) langsung dinyatakan perbuatan terdakwa terbukti merupakan tindak pidana tanpa melihat/mempertimbangkan latar belakang perbuatan terdakwa, dimana ada kemungkinan untuk mempertimbangkan apakah perbuatan terdakwa juga melawan hukum materiil. Hal tersebut perlu diperhatikan karena suatu perbuatan merupakan suatu tindak pidana bila perbuatan tersebut selain melawan hukum formil (memenuhi unsur pasal yang didakwakan), perbuatan tersebut juga harus melawan hukum materiil.

Dalam kasus "menderes karet" ini Mahkamah Agung dengan tegas menyatakan bahwa unsur melawan hukum tidak adatidak terbukti. Kata-kata "melawan hukum" disebutkan secara nyata dalam bunyi dari pasal-pasal yang didakwakan, sehingga "melawan hukum" merupakan unsur dari pasal tersebut (bukan unsur yang diam-diam dianggap ada). Oleh karena itu tidak terbuktinya salah satu unsur mengakibatkan putusan pembebasan. Berbeda bila "melawan hukum" tidak disebut secara nyata dalam bunyi pasal (melawan hukum merupakan unsur yang diam-diam selalu dianggap ada), tidak terbuktinya unsur melawan hukum mengakibatkan putusan pelepasan dari tuntutan hukum.

Dalam kasus ini Mahkamah Agung untuk membuktikan adanya unsur "dengan maksud untuk memiliki secara melawan hukum" terlebih dahulu mempersoalkan tentang kepemilikan tanah yang menurut Mahkamah Agung belum jelas batas-batasnya sehingga belum jelas pula kepemilikan pohon karet yang dideres terdakwa. Karena pada waktu terdakwa menderes karet dengan pengertian bahwa pohon-pohon karet tersebut masuk dalam kebunnya berarti terdakwa mengambil miliknya sendiri oleh karena itu tidak ada unsur dengan maksud untuk memiliki secara melawan hukum.

Mahkamah Agung mempersoalkan hal-hal yang merupakan persoalan keperdataan seperti, batas-batas tanah, kepemilikan tanahkepemilikan kebun karet yang berujung pada kesimpulan Mahkamah Agung bahwa tidak ada unsur melawan hukum. Sehingga penulis berkesimpulan bahwa dalam kasus ini tidak adanya sifat melawan hukum dalam perbuatan terdakwa adalah karena hal-hal yang masih perlu diperjelas dalam kasus perdatanya, karena hal-hal yang belum

jelas mengenai persoalan keperdataan adalah merupakan kasus perdata yang merupakan kewenangan peradilan perdata bukan kewenangan peradilan pidana. Jadi kasus perdatanya harus diselesaikan lebih dulu. Sehingga penulis berpendapat adanya persoalan perdata (dimana putusan mengenai persoalan perdata tersebut sangat menentukan untuk teerbuktinya salah satu unsur dari tindak pidana yang didakwakan) dalam kasus ini telah menyebabkan tidak adanya (hapusnya) sifat melawan hukum (pidana) dalam kasus menderes karet ini.

Penggunaan hukum perdata akan lebih dapat menuntaskan permasalahan hukum yang ada dalam kasus ini, sehingga lebih berhasil guna dan bermanfaat.

Kasus 11 : Kasus "Menjual Rumah bukan miliknya", terdakwa I Yoeng Kim Seng dan terdakwa II Tjoeng Lian Sioe (suami isteri) didakwa melanggar pasal 385 ayat 1 (KUHP).

Kasus Posisi

Terdakwa 1 Yoeng Kim Seng dan terdakwa 2 Tjoeng Lian Sioe bersama-sama telah menjual rumahbangunan yang terletak di atas tanah hak guna bangunan di Jln. Merdeka No. 11 A Bogor kepada Yoeng Se Jin seharga Rp. 9.000.000,- padahal rumah tersebut adalah milik Yuyun Sunarti berdasarkan Sertifikat No. 197 dengan memakai surat kuasa yang mana surat kuasa tersebut telah dinyatakan palsu oleh putusan PT. Bandung No. 6881/Pid/PTB tanggal 27 Oktober 1981.

Dakwaan : melanggar Pasal 385 ayat (1) KUHP

Putusan Pengadilan Negeri Bogor tanggal 17 Oktober 1983 No. 74/1983/Pid/B/PN.Bgr

Menyatakan para terdakwa bersalah, barang bukti rumah dikembalikan kepada Yuyun Sunarti

Pengadilan Tinggi Bandung dengan putusan tanggal 8 Maret 1984 No. 150/1983/Pid/PT. B menyatakan :

1. Perbuatan terdakwa bukan merupakan tindak pidana kejahatan atau pelanggaran
2. Melepaskan para terdakwa dari segala tuntutan hukum
3. Barang bukti dikembalikan ke keadaan semula, pada waktu sebelum diadakan penyitaan.

Putusan Pengadilan Tinggi Bandung tersebut dengan pertimbangan hukum yang pada intinya :

1. Dari bukti-bukti putusan perkara perdata yang ada hubungannya dengan perkara ini dan menyangkut persoalan rumah dan tanah yang terletak di Jln. Merdeka no. II A Bogor , yaitu putusan-putusan Mahkamah Agung No. 601 K/Sip/1979 dan No. 3568 K/Sip/1981 dan No. 62/PK/Perd/1981, ternyata mengenai tanah dan rumah tersebut belumtidak ditentukan siapa pemiliknya.
2. Putusan Pengadilan Negeri Bogor tanggal 3 Oktober 1983 (belum berkekuatan hukum pasti) yang justru mengenai pemilikan tanah dan rumah tersebut telah menyatakan gugatan penggugat (Yuyun Sumarti) tidak dapat diterima.
3. Sehingga status tanah dan rumah tersebut belum ditentukan, sehingga belum dapat dikatakan siapa pemiliknya, sehingga ketentuan pasal 385 KUHP yang dakwakan belum dapat dipenuhi dan oleh karenanya perbuatan para terdakwa bukan merupakan tindak pidana pelanggaran maupun kejahatan.
4. Barang bukti rumah sengketa harus dikembalikan ke dalam keadaan semula sebelum dilakukan penyitaan;

Putusan Mahkamah Agung

Mahkamah Agung dengan putusan tanggal 22 Juli 1985 No. 628 K/Pid/1984 :

1. Membatalkan putusan Pengadilan Tinggi Bandung
2. Memerintahkan Pengadilan Tinggi Bandung untuk membuka kembali persidangan dan memeriksa serta memutus pokok perkara ini sesudah putusan pengadilan dalam perkara perdata, yang akan menentukan status pemilikan rumah tanah terperkara.

Putusan tersebut dengan pertimbangan :

1. Bahwa ketika Pengadilan Tinggi menyatakan dalam putusannya bahwa perbuatan yang didakwakan kepada terdakwa bukan merupakan tindak pidana kejahatan maupun pelanggaran berdasarkan pertimbangan bahwa salah satu unsur Pasal 385 (1) KUHPidana belum dipenuhi yakni unsur : "sedang diketahui bahwa orang lain yang berhak atau turut berhak atas barang itu" oleh karena status tanah dan rumah barang bukti belum ditentukan berhubung perkara perdata yang akan menentukan mengenai pemilikan tanah dan rumah tersebut, dan yang telah diputus oleh Pengadilan Negeri Bogor tanggal 3 Oktober 1983 belum mempunyai kekuatan hukum pasti.
2. Bahwa dengan demikian Pengadilan Tinggi Bandung sebelum memutus pokok perkara ini seharusnya menunggu lebih dahulu putusan Pengadilan yang akan menentukan status pemilikan tanah dan rumah tersebut mempunyai kekuatan pasti.

Pembahasan

Kasus ini sangat kental sekali nuansa perdatanya, penulis berpendapat bahwa kasus ini adalah kasus perdata yang cukup diselesaikan secara perdata, tinggal menunggu putusan yang berkekuatan hukum pasti mengenai kepemilikan tanah dan rumah. Pendapat tersebut dengan alasan bahwa sebenarnya bahwa kasus ini adalah kasus sengketa kepemilikan tanahrumah, yang hanya dapat diselesaikan dalam peradilan perdata. Demikian pula mengenai status barang bukti tanahrumah hanya dapat ditentukan sekaligus dalam peradilan perdata tersebut. Pengajuan kasus ini dalam perkara pidana merupakan upaya penyelundupan hukum agar persoalan dalam kasus ini cepat selesai, akan tetapi sebenarnya permasalahan hukumnya tidak selesai. Hal tersebut karena peradilan pidana tidak berwenang memutusmengadili sengketa perdatanya.

Oleh karena itu penulis sependapat dengan putusan Pengadilan Tinggi yang menyatakan bahwa perbuatan para terdakwa bukan merupakan tindak pidana. Hanya saja pertimbangan hukum Pengadilan Tinggi tidak dikaitkan dengan teori hapusnya sifat melawan hukum (pidana). Pertimbangan hukum Pengadilan Tinggi hanya melihat kronologis perkara yang memang merupakan sengketa kepemilikan tanahrumah.

Penulis berpendapat, bahwa setelah putusan kasus perdatanya berkekuatan hukum tetap, tidak perlu lagi diperiksa secara pidana, karena tujuan utama dari adanya perkara ini sebenarnya adalah mengenai sengketa kepemilikan tanah rumah. Permasalahan utama dalam kasus ini sudah selesai dengan menggunakan hukum perdata, sehingga hukum pidana tidak perlu digunakan lagi.

Kasus 12 : Kasus "Cheque Kosong 1"
Terdakwa Herry (Hong Hwie) didakwa primair melanggar pasal 378 KUHPidana (penipuan), subsidair melanggar pasal 372 KUHP (penggelapan).

Kasus Posisi :
Terdakwa Herry (Hong Hwie) seorang pedagang tepung terigu. Terdakwa telah sering membeli tepung terigu dari Joko (Ong Tjong Siu). Dalam transaksi jual beli tepung terigu tersebut pada awalnya disepakati dengan pembayaran tunai. Setelah beberapa kali terjadi transaksi, kemudian disepakati bahwa terdakwa boleh membayar dengan pembayaran berupa cheque yang berlaku tanggal mundur. Selanjutnya terdakwa terus melakukan transaksi jual beli tepung terigu dan sudah sering memberikan cheque dan selalu terbayar pada saat dicairkan.
Pada Agustus 1988 terdakwa Herry menyuruh pegawainya untuk mengambil terigu 200 sak yang dibayar dengan 3 cheque mundur. Masih pada bulan yang sama, terdakwa mengambil lagi 200 sak tepung terigu dibayar dengan 2 cheque, sehingga jumlah tepung yang diambil sebanyak 400 sak/9 ton senilai Rp. 4.217.500,-
Untuk melunasi jumlah pembayaran, terdakwa Herry bersepakat dengan Joko (penjual) yang dituangkan dalam perjanjian bahwa pembayaran dapat dilunasi dengan cara mencicil Rp. 100.000,-/bulan atau dibayar dengan barang-barang peratalan rumah tangga, selain menguangkan chegue mundur yang telah diberikan. Sesuai kesepakatan tersebut, terdakwa Herry telah membayar Rp. 1.500.000,00 dengan rincian Rp. 500.000,00 secara tunai dan Rp. 1.000.000,00 berujud video, kulkas dan TV, sisanya akan diambil dengan menguangkan cheque tersebut di bank.
Setelah jatuh tempo, ternyata hanya 1 cheque yang dapat diuangkan, cek yang lain ditolak karena dana kosong. Terdakwa Herry berjanji akan melunasi dengan mesin diesel yang jika dijual bernilai Rp. 2.000.000,- Tetapi sebelum mesin terjual, Herry dilaporkan ke kepolisian.
Terdakwa Herry diajukan ke Pengadilan Negeri Kabupaten Magelang dengan dakwaan : primair melanggar pasal 378 KUHPidana (penipuan) dan subsidair melanggar pasal 372 KUHPidana (penggelapan).
Reguisitor Jaksa Penuntut Umum terdakwa terbukti bersalah melakukan tindak pidana penipuan seperti didakwakan dalam dakwaan primair.

Putusan Pengadilan Negeri

Pengadilan Negeri Kabupaten Magelang dalam putusan tanggal 9 Oktober 1989 No. 17/Pid./B1/989/PN.Kab.Mgl menyatakan sebagai berikut :

Menyatakan dakwaan yang didakwakan terhadap terdakwa Herry, baik primair maupun subsidair tidak terbukti. Membebaskan terdakwa dari segala dakwaan.

Pertimbangan hukum Pengadilan Negeri intinya adalah :

1. Untuk dakwaan primair, unsur-unsur "dengan maksud menguntungkan diri sendiri atau orang lain dengan melawan hak", tidak terbukti.
2. Untuk dakwaan subsidair, unsur "dengan sengaja memiliki dengan melawan hak", tidak terbukti.
3. Oleh karena tidak semua unsur dalam dakwaan terpenuhi maka dakwaan tidak terbukti dan terdakwa harus dibebaskan.

Putusan Mahkamah Agung

Putusan Pengadilan Negeri merupakan putusan pembebasan. Terhadap putusan bebas tidak dapat diajukan banding, oleh karena itu Jaksa Penuntut Umum langsung mengajukan kasasi ke Mahkamah Agung.

Putusan Mahkamah Agung tanggal 5 Mei 1994 No. 27 K/Pid/1990 sebagai berikut :

1. Menyatakan terdakwa Herry alias Hong Hwie terbukti secara sah dan meyakinkan melakukan perbuatan seperti didakwakan pada dakwaan primair dan subsidair, tetapi perbuatan itu tidak merupakan suatu tindak pidana.
2. Melepaskan terdakwa oleh karena itu dari segala tuntutan hukum.

Putusan Mahkamah Agung tersebut dengan pertimbangan hukum yang intinya adalah sebagai berikut :

1. Bahwa keberatan ad.1 yang diajukan Jaksa Penuntut Umum dapat dibenarkan, oleh karena putusan Pengadilan Negeri tersebut terbukti bukan putusan bebas murni, ialah karena sesungguhnya perbuatan tersebut bukan merupakan suatu tindak pidana, karena timbulnya perkara ini berasal pada masalah jual-beli tepung terigu dimana pihak pembeli (terdakwa) melakukan wanprestasi sehingga penyelesaian seharusnya melalui gugat perdata.
2. Bahwa terdakwa telah terbukti secara sah dan menyakinkan melakukan perbuatan seperti didakwakan pada dakwaan tersebut tetapi perbuatan tersebut tidak merupakan suatu tindak pidana, dan karenanya terdakwa harus dilepaskan dari segala tuntutan hukum.

Pembahasan:

Putusan Pengadilan Negeri merupakan pembebasan dengan pertimbangan hukum yang pada intinya adalah salah satu unsur pada dua dakwaan tersebut tidak terbukti. Unsur yang tidak terbukti pada dakwaan primair maupun subsidair

menurut pengamatan penulis adalah unsur "melawan hak" dimana katakalimat "melawan hak" (melawan hukum) secara nyata disebutkan dalam bunyi pasal, sehingga merupakan unsur yang harus dibuktikan (bukan unsur yang diam-diam dianggap selalu ada dalam setiap tindak pidana walaupun tidak secara nyata disebut dalam bunyi pasal). Oleh karena itu karena merupakan salah satu unsur, apabila tidak terbukti maka tidak semua unsur yang terkandung dalam pasal dakwaan tidak terpenuhi, dan hal tersebut mengakibatkan putusan bebas.

Menurut pendapat penulis putusan Pengadilan Negeri ini telah tepat, karena tidak adanya unsur melawan hak (melawan hukum) pada perbuatan terdakwa adalah karena memang tidak ada niat jahat dari terdakwa. Kasus ini sebetulnya perdata murni, karena terdakwa dan saksi korban telah lama mengadakan hubungan bisnis tepung terigu dan selama ini sudah biasa melakukan pembayaran dengan cek mundur dan selama ini berjalan lancar. Hanya yang terakhir yang kemudian karena suatu sebab (mungkin bisns lagi macet) terdakwa tidak dapat mengisi dana ke dalam cek tersebut, akan tetapi terdakwa suad mencicil utangnya kepada saksi korban yaitu sebagian dengan dibayar tunai dan sebagian dibayar dengan barang-barang bergerak miliknya. Kasus ini sebenarnya kasus utang-piutang yang seharusnya diselesaikan dalam peradilan perdata karena merupakan kasus perdata.

Lain halnya dengan putusan Mahkamah Agung dalam kasus ini, yang merupakan putusan pelepasan dari segala tuntutan hukum, sebenarnya senada dengan putusan Pengadilan Negeri. Putusan Mahkamah Agung menyatakan bahwa terdakwa Herry terbukti secara sah dan meyakinkan melakukan perbuatan

seperti yang didakwakan tetapi perbuatan itu tidak merupakan suatu tindak pidana. Dari bunyi amar putusan tersebut, adalah merupakan formulasi pasal 191 (2) KUHAP. Pertimbangan hukum Mahkamah Agung adalah bahwa karena timbulnya perkara ini barasal pada masalah jual-beli tepung terigu dimana pihak pembeli (terdakwa) melakukan wanprestasi sehingga penyelesaian seharusnya melalui gugat perdata.

Dari pertimbangan hukum tersebut penulis berpendapat bahwa Mahkamah Agung melihat kasus ini adalah kasus perdata karena kasus ini sebenarnya pada awalnya adalah merupakan perjanjian jual-beli (walaupun mungkin tidak ada perjanjian tertulis), yang merupakan suatu perikatan perdata dan Mahkamah Agung tidak melihat adanya nuansa pidana dalam kasus ini, sehingga kasus ini murni perdata.

Dalam amar/diktum putusan Mahkamah Agung dinyatakan bahwa terdakwa terbukti melakukan perbuatan seperti yang didakwakan, hal ini berarti bahwa semua unsur yang terkandung dalam pasal yang didakwakan telah terpenuhi (terbukti), tapi Mahkamah Agung tidak mengkualifisir perbuatan tersebut sebagai tindak pidana. Dalam pertimbangan hukum Mahkamah Agung menyatakan perbuatan terdakwa merupakan suatu wanprestasi, yaitu suatu perbuatan yang tidak memenuhi suatu prestasi yang seharusnya dipenuhi. Wanprestasi merupakan varian dari perbuatan melawan hukum (perdata).

Terdakwa dinyatakan terbukti melakukan perbuatan seperti yang didakwakan. Perbuatan yang didakwakan oleh Jaksa Penuntut Umum tentu adalah suatu tindak pidana. Tapi oleh mahkamah Agung dinyatakan tidak merupakan

suatu tindak pidana. Menurut teori hal tersebut adalah karena perbuatan terdakwa telah hilanghapus sifat melawan hukumnya (sifat melawan hukum materiil pidana).

Dengan demikian perbuatan terdakwa yang dinyatakan sebagai suatu "wanprestasi", telah menghapuskan sifat melawan hukum (pidana) dari perbuatan terdakwa, walaupun perbuatan terdakwa telah memenuhi unsur-unsur dari pasal yang didakwakan. Hal tersebut ternyata menjadi alasan pembenar yang meniadakan pidana bagi terdakwa. Alasan pembenar tersebut adalah berupa "hilangnya sifat melawan hukum karena perbuatan terdakwa merupakan suatu wanprestasi".

Dari uraian tersebut penulis dapat menyimpulkan bahwa Mahkamah Agung menerapkan ajaran sifat melawan hukum materiil dalam fungsi negatif. Demikian pula asas baru "tiada hukuman tanpa adanya melawan hukum secara materiil", berlaku dalam kasus ini.

Dari seluruh kasus yang diteliti tersebut diatas, penulis dapat mengambil kesimpulan bahwa sebagian besar diktum putusan Mahkamah Agung mengacu pada pasal 191 (2) KUHAP, hal ini dapat disimpulkan dari diktum yang berbunyi: "Terdakwa terbukti melakukan perbuatan yang didakwakan tetapi perbuatan tersebut bukan merupakan suatu tindak pidana" atau "Terdakwa terbukti melakukan perbuatan yang didakwakan tetapi perbuatan tersebut bukan merupakan suatu kejahatan atau pelanggaran", dan kemudian "Melepaskan terdakwa dari segala tuntutan hukum".

Tindak pidana ada 2 macam, yaitu kejahatan dan pelanggaran, oleh karena itu pada diktum yang berbunyi ". . . bukan merupakan suatu kejahatan atau pelanggaran", dapat disimpulkan bahwa maksudnya adalah juga ". . . bukan merupakan suatu tindak pidana".

Perbuatan yang didakwakan oleh Jaksa Penuntut Umum sudah tentu bukan sekedar "perbuatan" tapi perbuatan tersebut pasti adalah suatu "tindak pidana"/ delik.

Seseorang (terdakwa) dapat dikatakan melakukan tindak pidana jika perbuatannya telah memenuhi semua unsur yang terkandung dalam tindak pidana yang didakwakan (melawan hukum formil) dan perbuatannya bersifat melawan hukum(melawan hukum materiil).

Apabila perbuatannya telah memenuhi semua unsur yang terkandung dalam tindak pidana yang didakwakan maka terdakwa dinyatakan telah terbukti melakukan perbuatan yang didakwakan. Selanjutnya apakah perbuatan yang telah terbukti dilakukan tersebut merupakan tindak pidana, maka harus dibuktikan dulu apakah perbuatan tersebut melawan hukum.

Dalam putusan Mahkamah Agung tersebut diatas, sebagian besar dinyatakan bahwa "terdakwa terbukti melakukan perbuatan yang didakwakan tetapi perbuatan tersebut bukan merupakan suatu tindak pidana", padahal perbuatan yang didakwakan oleh Jaksa Penuntut Umum tentu saja adalah suatu tindak pidana.

Dengan pernyataan Mahkamah Agung tersebut berarti Mahkamah Agung menyatakan bahwa perbuatan terdakwa telah memenuhi semua unsur yang

terkandung dalam tindak pidana yang didakwakan. Akan tetapi walaupun telah memenuhi semua unsur dari tindak pidana yang didakwakan Mahkamah Agung menyatakan bahwa perbuatan tersebut bukan merupakan suatu tindak pidana, atau dengan kata lain tidak dikualifisir sebagai suatu tindak pidana.

Dengan demikian dapat diambil suatu kesimpulan bahwa perbuatan yang sudah dinyatakan memenuhi semua unsur dari tindak pidana tapi dinyatakan bukan merupakan tindak tindak pidana, adalah karena perbuatan tersebut tidak bersifat melawan hukum atau telah hapushilang sifat melawan hukumnya.

Menurut teori hapus/hilangnya sifat melawan hukum adalah karena adanya alasan pembenar.

Menurut hemat penulis, alasan pembenar apa yang membuat Mahkamah Agung menyatakan bahwa perbuatan terdakwa adalah bukan merupakan tindak pidana dapat ditelusuri dari bunyi pertimbangan hukum putusan Mahkamah Agung.

Dari kasus-kasus tersebut diatas, yang terdakwanya dinyatakan "terbukti melakukan perbuatan yang didakwakan tetapi perbuatan tersebut bukan merupakan tindak pidana", bunyi pertimbangan hukum Mahkamah Agung, untuk masing-masing kasus pada pokoknya adalah sebagai berikut :

1. Kasus **Yayasan Baret Jingga :**

   Fakta yang terbukti adalah merupakan wanprestasiingkar janji yang berada dalam lingkup perdata.

2. Kasus **Menjual lagi tanah kepada orang lain :**

Terdakwa telah melakukan wanprestasi, pada hakekatnya hubungan antara terdakwa dan saksi Mohtar dalam perkara ini masuk ruang lingkup perdata.

3. Kasus **Pencurian buah jeruk**

Perkara ini harus diselesaikan dalam kasus perdata, karena dasar pemilikan dari si pengadu adalah surat perjanjian, sehingga persoalan ini seharusnya diselesaikan berdasarkan surat perjanjian tersebut.

4. Kasus **CV. Claveron**

Wewenang untuk menentukan mengenai sah atau tidak sahnya jual beli CV. Claveron ada pada hukum perdata, perbuatan terdakwa merupakan suatu hubungan keperdataan.

5. Kasus **Istri menjual rumah suami**

Timbulnya perkara ini berawal dari adanya sengketa mtentang harta peninggalan almarhum suami, masalah yang dihadapi terdakwa penyelesaiannya harus melalui penyelesaian perdata.

6. Kasus **Hak atas tanah di Kolaka**

Tanah objek tindak pidana masih belum jelas siapa yang berhak, sehingga dengan demikian terdakwa belum dapat dikatakan telah melakukan perbuatan "melawan hukum" yang merupakan salah satu unsur tindak pidana yang didakwakan.

7. Kasus **Warisan Muslimah**

Berdasarkan kronologis terbukti bahwa keberadaan terdakwa tinggal dirumah sengketa sejak kecil adalah "tidak melawan hukum", perbuatan

terdakwa bukan suatu tindak pidana tetapi merupakan suatu hubungan keperdataan.

8. Kasus **Zusana Moll**

Keberadaan terdakwa sejak lahir digedung sengketa tidak dapat diartikan dengan melawan hak orang lain", apakah terdakwa beserta keluarga masih berhak bertempat tinggal digedung tersebut adalah masalah di bidang hukum perdata.

9. Kasus **Sewa menyewa tanpa batas waktu**

Apabila pemilik rumah menghendaki penghentian sewa menyewa, seharusnya mengajukan gugatan di Pengadilan Negeri.

10. Kasus **Cek Kosong 1**

Timbulnya perkara ini berasal dari masalah jual beli tepung terigu dimana pihak pembeli (terdakwa) melakukan wanprestasi, sehingga penyelesaian seharusnya melalui gugatan perdata.

Dari pertimbangan hukum Mahkamah Agung pada kasus-kasus tersebut, dapat dilihat suatu pertimbangan hukum yang senada, yaitu bahwa perbuatan terdakwa dinyatakan berada dalam ruang lingkup perdata, atau merupakan suatu hubungan keperdataan, atau merupakan masalah dibidang hukum perdata, atau seharusnya mengajukan gugatan di Pengadilan Negeri, yang kesemuanya dapat disimpulkan bahwa Mahkamah Agung menilai bahwa kasus-kasus tersebut merupakan kasus perdata yang harus diselesaikan dalam peradilan perdata.

Dengan demikian dapat ditarik suatu kesimpulan bahwa alasan pembenar yang membuat Mahkamah Agung menyatakan bahwa perbuatan terdakwa bukan

merupakan tindak pidana adalah karena perbuatan terdakwa merupakan perbuatan dalam lingkup perdata/kasus perdata, sehingga hapus/hilangnya sifat melawan hukum materiil dari perbuatan terdakwa (dalam hal ini adalah sifat melawan hukum pidana/*materieel wederrechtelijke*) adalah karena perbuatan tersebut merupakan kasus perdata, atau kalau toh perbuatan tersebut merupakan perbuatan melawan hukum, adalah perbuatan melawan hukum dalam bidang hukum perdata *(onrechtmatigedaad)* dan bukan perbuatan melawan hukum pidana *(wederrechtelijke).* Alasan pembenar ini tidak ada dalam aturan perundang-undangan/tidak ada dalam aturan formil, sehingga merupakan alasan pembenar dari hukum tidak tertulis, merupakan hilangnya sifat melawan hukum materiil.

Akan tetapi dari kasus-kasus yang diteliti tersebut diatas, pertimbangan Mahkamah Agung sama sekali tidak dikaitkan dengan hapushilangnya sifat melawan hukum (materiil) dari perbuatan terdakwa. Pertimbangan hukum Mahkamah Agung langsung menyimpulkan dari kronologis/fakta yang terungkap bahwa kasus tersebut merupakan kasus perdata.Hanya pada kasus "Warisan Muslimah" disinggung mengenai keberadaan terdakwa sejak kecil dirumah sengketa adalah tidak melawan hukum, jadi sejak semula tidak melawan hukum (pidana). Senada dengan kasus Warisan Muslimah, juga dalam kasus Zusana Moll, dinyatakan bahwa keberadaan terdakwa "tidak dapat diartikan dengan melawan hak orang lain" yang dapat diartikan dengan "tidak melawan hukum (pidana)". Soal apakah terdakwa Zusana Moll melawan hukum dalam arti melawan hukum dibidang keperdataan (*onrechtmatigedaad*), harus diperiksa dan diputus dalam peradilan perdata karena merupakan kasus perdata.

Penulis berpendapat bahwa dari teori-teori yang dikemukakan diatas, seharusnya putusan Mahkamah Agung dikaitkan dengan hapushilangnya sifat melawan hukum materiil atau ajaran sifat melawan hukum materiil dalam fungsi negatif. Sehingga dari uraian tersebut diatas, dari kasus-kasus yang diteliti, penulis berkesimpulan dengan alasan bahwa perbuatan yang dilakukan merupakan perbuatan dalam lingkup perdata (kasus perdata) dapat meniadakan/ menghapuskan sifat melawan hukum materiil dari suatu tindak pidana, sehingga merupakan alasan pembenar yang menghapuskan pidana.

Alasan pembenar dari hukum tidak tertulis yang selama ini dikenal dalam doktrin adalah *beroepsrecht, medische exeptie, toesteming* serta hilangnya sifat melawan hukum materiil,sehingga alasan pembenar yang berupa hapus/hilangnya sifat melawan hukum materiil karena perbuatan tersebut merupakan perbuatan dalam bidang hukum perdatamerupakan kasus perdata, menambah macam-macam alasan pembenar yang telah ada.

Mengenai kasus-kasus yang lain, seperti dalam kasus "Menderes Karet", Mahkamah Agung menyatakan dengan tegas bahwa tidak ada unsur melawan hukum dalam perbuatan terdakwa. Melawan hukum pada pasal 362 KUHP dan pasal 335 (1) KUHP merupakan unsur yang secara nyata disebut dalam rumusan delik, sehingga tidak adanya unsur melawan hukum menghasilkan putusan "bebas". Mahkamah Agung untuk sampai pada kesimpulan bahwa tidak ada unsur melawan hukum dalam perbuatan terdakwa, mempersoalkan hal-hal yang merupakan persoalan keperdataan seperti, batas-batas tanah, kepemilikan tanah kebun karet, oleh karena itu penulis berpendapat tidak adanya unsur melawan

hukum dalam perbuatan terdakwa kasus menderes karet ini adalah karena hal-hal yang masih perlu diperjelas dalam kasus perdatanya yang merupakan kewenangan peradilan perdata bukan kewenangan peradilan pidana. Adanya sengketa keperdataan inilah yang menyebabkan tidak adanya unsur melawan hukum dalam perbuatan terdakwa.

Dalam kasus "menjual rumah bukan miliknya", putusan Pengadilan Tinggi menyatakan perbuatan terdakwa bukan merupakan kejahatan atau pelanggaran dengan pertimbangan yang intinya bahwa kasus tersebut menyangkut perkara perdata yang sudah ada dua putusan kasasi dan satu putusan peninjauan kembali tapi mengenai tanah dengan rumah obyek tindak pidana tersebut belum ditentukan siapa pemiliknya dan ada putusan Pengadilan Negeri Bogor mengenai pemilikan tanah rumah juga belum berkekuatan hukum tetap sebagai tanah rumah obyek tindak pidana belum pasti siapa pemiliknya. Putusan Mahkamah Agung membatalkan putusan Pengadilan Tinggi dan memerintahkan agar Pengadilan Tinggi membuka kembali persidangan dan memeriksa serta memutus pokok perkara ini sesudah putusan pengadilan dalam perkara perdata yang akan menentukan status kepemilikan tanah rumah terperkara. Penulis berpendapat apabila putusan perkara pidana ini menunggu putusan perkara perdata maka perkara pidana ini akan terlalu lama menggantung tanpa ada putusan. Penulis lebih setuju dengan putusan Pengadilan Tinggi karena penulis melihat bahwa kasus ini adalah kasus perdata dan pengajuan kasus ini melalui jalur pidana adalah upaya penyelundupan hukum supaya kasus ini cepat selesai.

Dalam penyelesaian kasus-kasus di atas Mahkamah Agung telah menempatkan hukum pidana secara *ultimum remedium*, tidak menggunakan hukum pidana, karena kasus-kasus tersebut cukup diselesaikan dengan menggunakan hukum perdata. Mahkamah Agung cukup menggunakan hukum perdata untuk meluruskan kembali neraca keseimbangan yang terganggu. Pengggunaan hukum perdata lebih berguna dan lebih bermanfaat karena dapat menghasilkan penyelesaian yang tuntas terhadap permasalahan hukum yang terkandung dalam kasus sehingga diperoleh kepastian hukum dan dapat lebih menghasilkan keadilan dan kemanfaatan.

Mengenai mengapa atau dengan pertimbangan hukum apa Mahkamah Agung memutuskan bahwa perbuatan terdakwa dalam kasus-kasus yang diteliti tersebut diatas merupakan suatu wanprestasi atau suatu hubungan keperdataan atau suatu hal yang harus diselesaikan secara perdata, dapat ditelusuri sebagai berikut :

a. Dalam kasus "Yayasan Baret Jingga", kesimpulan Mahkamah Agung bahwa perbuatan terdakwa adalah suatu "wanprestasi" adalah dari fakta bahwa antara terdakwa dan korban ada suatu ikatan perjanjian dimana kemudian terdakwa tidak dapat memenuhi kewajibannya.
b. Dalam kasus "Menjual lagi tanah kepada orang lain", kesimpulan Mahkamah Agung bahwa perbuatan terdakwa adalah suatu "wanprestasi" adalah dari fakta bahwa antara terdakwa dan korban ada suatu perikatan perdata yang berupa suatu perjanjian jual beli tanah dimana terdakwa tidak

memenuhi kewajibannya sebagai penjual untuk menyerahkan barang obyek jual beli (tanah).

c. Dalam kasus "Pencurian buah jeruk", kesimpulan Mahkamah Agung bahwa perkara ini harus diselesaikan dalam kasus perdata adalah dari fakta bahwa ada suatu perikatan perdata yang berupa adanya surat perjanjian tanggal 30 Januari 1979, sehingga persoalan ini seharusnya diselesaikan berdasarkan surat perjanjian tersebut.

d. Dalam kasus "CV. Claveron", kesimpulan Mahkamah Agung bahwa perbuatan terdakwa adalah suatu hubungan keperdataan didasarkan pada adanya sengketa jual-beli CV. Claveron. Adanya sengketa tersebut tentu didahului suatu perikatan perdata yang berupa suatu perjanjian jual beli yang kemudian salah satu pihak tidak memenuhi perjanjian tersebut.

e. Dalam kasus "isteri menjual tanah suami", diktum putusan Mahkamah Agung bahwa perbuatan terdakwa tidak merupakan suatu perbuatan pidana, dengan pertimbangan hukum bahwa perkara ini berawal dari adanya sengketa harta peninggalan almarhum suami terdakwa yaitu sengketa yang berhubungan dengan keahliwarisan merupakan perikatan yang timbul karena undang-undang, sehingga Mahkamah Agung sampai pada suatu kesimpulan masalah yang dihadapi terdakwa penyelesaiannya harus melalui penyelesaian perdata.

f. Dalam kasus "Hak atas tanah di Kolaka", diktum putusan Mahkamah Agung yang menyatakan perbuatan yang didakwakan kepada terdakwa terbukti tetapi perbuatan tersebut bukan merupakan suatu perbuatan pidana,

didahului pertimbangan bahwa tanah yang menjadi obyek tindak pidana belum jelas siapa yang berhak, berarti Mahkamah Agung melihat bahwa ada sengketa perdata yaitu sengketa hak milik atas tanah.

g. Dalam kasus "Warisan Muslimah", Mahkamah Agung membenarkan putusan Pengadilan Negeri Surabaya yang sampai pada kesimpulan bahwa perbuatan terdakwa bukan merupakan suatu tindak pidana tetapi merupakan suatu hubungan keperdataan, karena keberadaan terdakwa dirumah sengketa sudah sejak kecil dimana ada hubungan keahliwarisan tapi kemudian timbul sengketa pembagian harta warisan.

h. Dalam kasus "Zusana Moll" kesimpulan Mahkamah Agung bahwa perbuatan terdakwa adalah masalah dibidang hukum perdata adalah dari fakta bahwa antara terdakwa dan saksi pelapor, ada sengketa mengenai hak untuk menempati atau bertempat tinggal di gedung Jln. Basuki Rahmat.

i. Dalam kasus "Sewa menyewa rumah tanpa batas waktu", Mahkamah Agung sampai pada suatu kesimpulan bahwa yang terjadi adalah sengketa tentang hak sewa atas rumah sengketa sehingga apabila pemilik rumah menghendaki penghentian sewa menyewa seharusnya mengajukan gugatan di Pengadilan Negeri. Hal itu berarti bahwa Mahkamah Agung berkesimpulan bahwa kasus ini adalah kasus perdata, yaitu sengketa mengenai perjanjian sewa menyewa rumah.

j. Dalam kasus "Menderes Karet", Mahkamah Agung mempersoalkan mengenai batas-batas tanah, kepemilikan tanah/kepemilikan kebun karet, dimana kejelasan tentang hal itu akan sangat menentukan untuk terbuktinya

salah satu unsur dari pasal yang didakwakan. Kejelasan (kepastian hukum) mengenai batas-batas tanah, kepemilikan tanah/kepemilikan kebun karet merupakan persoalan keperdataan yang harus diputus dalam peradilan perdata.

k. Dalam kasus "Cheque Kosong 1", kesimpulan Mahkamah Agung bahwa terdakwa telah melakukan wanprestasi sehingga penyelesaian seharusnya melalui gugat perdata didasarkan pada fakta bahwa timbulnya perkara ini berasal dari masalah jual beli tepung terigu dimana terdakwa sebagai pembeli telah wanprestasi. Kasus ini pada awalnya adalah perjanjian jual beli tepung terigu.

Dari uraian tersebut, dapat dilihat bahwa ketika Mahkamah Agung menyimpulkan perbuatan terdakwa dalam kasus-kasus tersebut merupakan suatu wanprestasi, atau satu hubungan keperdataan atau suatu hubungan yang harus diselesaikan secara perdata, ada hal-hal yang sama pada kasus-kasus tersebut yaitu:

1. Ada perikatan perdata (baik karena perjanjian atau karena undang-undang) antara terdakwa dan saksi pelapor/saksi korban sebelum perkara dilaporkan kepada penyidik/polisi.
2. Timbul sengketa antara terdakwa dan saksi pelapor/saksi korban sehubungan dengan perikatan perdata tersebut.
3. Terdakwa dilaporkan kepada penyidik/polisi oleh saksi.

Menurut pendapat penulis, hal-hal tersebut dapat dipakai sebagai pertanda awal indikasi bahwa kasus tersebut kemungkinan besar merupakan kasus perdata.

B. Tolok Ukur Penentuan Suatu Perbuatan dalam Bidang Hukum Perdata yang Dapat Dikualifikasi sebagai Suatu Tindak Pidana

Kasus 1 : Kasus "Cheque Kosong 2"
Terdakwa Ma Siu Bing didakwa melanggar pasal 378 KUHPidana (Penipuan).

Kasus Posisi :

Terdakwa Ma Siu Bing datang kepada saksi korban H. Asmadin minta bantuan keuangan untuk menambah modal dagang dengan memberikan jaminan berupa cheque mundur dan akan diberikan keuntungan bungan sebesar 10%.

Tertarik dengan ucapan terdakwa, saksi memberikan bantuanpinjaman, dan berturut-turut, telah menyerahkan uang kepada terdakwa :

Tanggal 7 Juli 1987	Rp. 3.000.000,-
Tanggal 10 Juli 1987	Rp. 2.000.000,-
Tanggal 16 Juli 1987	Rp. 3.000.000,-
Jumlah	Rp. 8.000.000,-

Uang tersebut oleh terdakwa dipotong 10% yaitu Rp. 800.000,- dikembalikan lagi kepada saksi sebagai pembayaran bunga, sehingga terdakwa hanya menerima tunai sebesar Rp. 7.200.000,-

Sebagai jaminan atas penyerahan uang tersebut terdakwa menarik tiga buah "cheque mundur", yang jatuh temponya sebulan kemudian dan diserahkan kepada saksi. Bila cheque ini sebulan kemudian dicairkan saksi akan menerima Rp. 8.000.000,-

Ketika tanggal jatuh tempo, ternyata cheque tersebut tidak dapat dicairkan karena rekening terdakwa tidak mencukupi untuk membayar cheque tersebut.

Setelah melalui beberapa kali perundingan, terdakwa baru dapat membayar Rp. 1.000.000,- dan sisanya Rp. 7.000.000,- akan dibayar setelah rumah hak milik terdakwa laku terjual.

Saksi merasa tidak puas dan melaporkan kasus ini kepada polisi. Oleh Jaksa Penuntut Umum terdakwa diajukan ke pengadilan dengan dakwaan melanggar pasal 378 KUHPidana (penipuan) yaitu dengan maksud hendak menguntungkan diri sendiri atau orang lain, secara melawan hukum, dengan akal dan tipu muslihat maupun dengan rangkaian perkataan bohong, telah membujuk saksi H. Asmadin untuk menyerahkan suatu barang berupa uang Rp. 8.000.000,- dst.

Putusan Pengadilan Negeri :

Pengadilan Negeri Lumajang dengan putusan tanggal 23 Juni 1988 No. 64/Pid/5/1988/PN.Lmj menyatakan bahwa semua unsur yang terkandung dalam pasal 378 KUHPidana telah terbukti

secara sah dan meyakinkan sehingga terdakwa dinyatakan bersalah melakukan kejahatan penipuan.

Putusan Pengadilan Tinggi :

Pengadilan Tinggi Surabaya dengan putusan tanggal 6 Desember 1988, No. 270/Pid/1988/PT.Sby memberikan putusan : Membatalkan putusan Pengadilan Negeri Lumajang.
Mengadili sendiri : Menyatakan terdakwa Ma Siu Bing tersebu dilepas dari segala tuntutan hukum.

Putusan Pengadilan Tinggi Surabaya tersebut dengan pertimbangan hukum yang pada pokoknya sebagai berikut :

1. Antara terdakwa dan saksi dalam kenyataannya telah terjadi transaksi pinjam meminjam uang dengan jaminan 3 lembar cheque.
2. Saksi telah menerima bunganya (yang dibayar dimuka) sebesar 10% yaitu Rp. 800.000,-
3. Unsur-unsur pasal 378 KUHPidana tidak bisa diterapkan terhadap perbuatan terdakwa, karena antara terdakwa dengan saksi hanya terikat dalam suatu perjanjian utang-piutang dengan jaminan.
4. Karena merupakan perjanjian utang-piutang dengan jaminan semata-mata, maka perbuatan terdakwa bukan merupakan kejahatan atau pelanggaran, sehingga oleh karenanya terdakwa harus dinyatakan tidak bersalah dan harus dilepas dari segala tuntutan hukum (ontslag van alle rechtsvervolging).

Putusan Mahkamah Agung :

Mahkamah Agung dengan putusan tanggal 31 Agustus 1992, No. 1036 K/Pid/1989, menyatakan : Terdakwa terbukti dengan sah dan meyakinkan bersalah melakukan tindak pidana penipuan. Menghukum terdakwa dengan pidanan penjara selama . . . dst.

Putusan Mahkamah Agung tersebut dengan pertimbangan hukum yang pada pokoknya sebagai berikut :

1. Pengadilan Tinggi telah salah menerapkan hukum.
2. Dari berita acara pemeriksaan di sidang tidak terbukti adanya perjanjian hutang lisan ataupun tertulis, sehingga adanya perjanjian hutang adalah merupakan kesimpulan Pengadilan Tinggi yang tidak tepat.
3. Bahwa uang Rp. 800.000,00 (delapan ratus ribu rupiah) yang menurut Pengadilan Tinggi diterima oleh saksi korban H. Asmadin pada kenyataannya adalah uang H. Asmadin sendiri. Hal ini seharusnya dianggap sebagi tipu muslihat untuk lebih meyakinkan kebohongan terdakwa.
4. Bahwa sejak semula terdakwa telah dengan sadar mengetahui bahwa cheque yang diberikan kepada saksi korban adalah tidak didukung oleh dana atau dikenal sebagai cheque kosong, sehingga dengan demikian dakwaan "penipuan" harus dianggap terbukti.

Pembahasan

Dalam kasus ini Pengadilan Tinggi dalam pertimbangan hukumnya menyatakan bahwa antara terdakwa dan saksi korban telah terjadi transaksi pinjam meminjam uang dengan jaminan 3 lembar cheque dan saksi korban juga telah menerima bunganya (yang dibayar dimuka) sebesar Rp. 800.000,- (delapan ratus ribu rupiah), oleh karenanya unsur-unsur pasal 378 KUHPidana tidak bisa diterapkan, maka perbuatan terdakwa bukan merupakan kejahatan atau pelanggaran. Pernyataan bahwa unsur-unsur pasal 378 KUHPidana tidak bisa diterapkan, berarti Pengadilan Tinggi berkesimpulan bahwa unsur-unsur tersebut tidak terbuktitidak terpenuhi. Apabila unsur-unsur pasal yang didakwakan tidak terbukti, menurut teori seharusnya terdakwa "dibebaskan" bukan "dilepaskan dari segala tuntutan hukum". Kesimpulan Pengadilan Tinggi bahwa perbuatan terdakwa bukan merupakan kejahatan, atau pelanggaran adalah semata-mata karena Pengadilan Tinggi melihatnya sebagai transaksi/perjanjian pinjam meminjam uang dengan jaminan cheque, yang pada kenyataannya merupakan persoalankasus perdata. Pengadilan Tinggi dalam hal ini tidak mengkualifisir perbuatan terdakwa sebagai tindak pidana adalah karena merupakan kasus perdata, tapi Pengadilan Tinggi tidak mengaitkannya dengan hilangnya sifat melawan hukum.

Lain halnya dengan Mahkamah Agung, Mahkamah Agung tidak melihat adanya perjanjian hutang-piutang, bahkan uang Rp. 800.000,00 (delapan ratus ribu rupiah) yang dilihat Pengadilan Tinggi sebagai bunga, Mahkamah Agung melihatnya justru sebagai suatu tipu muslihat untuk lebih meyakinkan

kebohongan terdakwa, karena pada hakekatnya uang tersebut adalah milik saksi korban sendiri dan terdakwa sejak semula telah dengan sadar mengetahui bahwa cheque yang diberikan kepada saksi sebagai jaminan adalah cheque kosong.

Penulis berpendapat, bahwa Mahkamah Agung melihat unsur dengan melawan hak (salah satu unsur pasal 378 KUHPidana) terbukti dengan perbuatan terdakwa yang :

1. Sejak semula tidak terbukti ada perjanjian hutang karena terdakwa sejak semula sudah tahu bahwa cheque tersebut tidak akan dapat diuangkan,
2. Pemberian uang Rp. 800.000,- (delapan ratus ribu rupiah) yang dikatakan sebagai bunga yang dibayar di muka adalah untuk lebih meyakinkan saksi korban supaya mau memberikan uangnya, padahal uang Rp. 800.000,- (delapan ratus ribu rupiah) tersebut adalah memiliki saksi sendiri.

Jadi dalam kasus ini Mahkamah Agung melihat bahwa sejak semula terdakwa telah berniat menipu sehingga, memang terlihat unsur melawan hukum pidananya (*wederrechtelijke*), Kasus ini murni kasus pidana, sehingga sudah adil kiranya perbuatan terdakwa yang sejak semula memang berniat menipu diganjar dengan hukum pidana.

Kasus 2 : Dana BLBI Bank Modern. Terdakwa Samadikun Hartono sebagai Presiden Komisaris Bank Modern didakwa "korupsi" melanggar pasal 1 ayat (1) sub a jo pasal 28 jo pasal 34 C UU no. 3 tahun 1971 jo pasal 64 ayat (1) jo pasal 55 ayat (1) ke-1 KUHPidana jo UU no. 31 tahun 1999 jo pasal 1 ayat (2) KUHPidana atau melanggar pasal 1 ayat (1) sub b jo pasal 28 jo pasal 34 C UU no. 3 tahun 1971 jo. Pasal 64 ayat (1) jo pasal 55 ayat (1) ke-1 KUHPidana jo. UU no. 31 tahun 1999 jo pasal 1 ayat 1 (2) KUHPidana.

Kasus Posisi :

PT Bank Modern Tbk telah mengalami kesulitan likuiditas. Terdakwa Samadikun Hartono sebagai Presiden Komisaris dan pemegang saham bersama-sama dengan Bambang Triantoro selaku Presiden Direktur PT Bank Modern Tbk (perkara diajukan terpisah) didakwa telah melakukan perbuatan memperkaya diri sendiri atau orang lain atau suatu badanperusahaan yang terkait dengan Bank Modern Tbk secara melawan hukum telah menggunakanmenyalurkan sejumlah dana BLBI (Bantuan Likuiditas Bank Indonesia) Bertentangan dengan maksud pemberiannya yang ditentukan dalam SK Direksi Bank Indonesia No. 30/316/UPB2/ADB2/Rahasia, tanggal 7 Nopember 1997 dan surat Bank Indonesia no. 30/50/DI/UK tanggal 30 Desember 1997, sehingga perbuatan terdakwa secara langsung tidak langsung merugikan Negara Rp. 169.472.986.461,54 (seratus enam puluh sembilan milyar empat ratus tujuh puluh dua juta sembilan ratus delapan puluh enam ribu empat ratus enam puluh satu rupiah lima puluh empat sen), setidak-tidaknya dalam jumlah lain sekitar jumlah tersebut.

Putusan Pengadilan Negeri

Pengadilan Negeri Jakarta Pusat dengan putusan tanggal 1 Agustus 2002 No. 1146/Pid.B/2001/PN.Jkt.Pst, mengadili :

Menyatakan kesalahan terdakwa Samadikun Hartono tersebut diatas terhadap perbuatan-perbuatan yang didakwakan kepadanya baik dakwaan primair maupun dakwaan subsidair tidak terbukti secara sah dan menyakinkan. Membebaskan terdakwa dari dakwaan-dakwaan tersebut.

Putusan Pengadilan Negeri tersebut didasarkan pada pertimbangan hukum yang intinya :

a. Pengeluaran dana oleh Bank Modern adalah pada saat Bank Modern tidak mengalami saldo debet sehingga dalam hal tersebut Bank Modern menggunakan dananya sendiri tidak menggunakan dana BLBI.
b. Yang dapat dikaitkan dengan terdakwa yang adalah sebagai Komisaris Bank Modern hanyalah terhadap pembelian Promissorry Note PT. PLN sebesar Rp. 11.900.000.000,-
c. Tapi terhadap hal itu terdakwa sebagai komisaris memberikan persetujuannya telah dilakukan tanggal 20 Agustus 1996 dengan akta notaris. Pada waktu itu Bank Modern belum mengalami saldo debet atau setidaknya belum ada pemberian dana BLBI kepada Bank Modern.
d. Terhadap proses selanjutnya hal yang menyangkut pembayaran Promissorry Note PT. PLN, mengapa baru direalisasikan oleh Direksi Bank Modern pada tanggal 24 Nopember 1997 adalah sudah menjadi tanggung jawab Direksi Bank Modern selaku pelaksana operasional Bank Modern.

e. Telah dibuat perjanjian Master of Refinancing and Notes Issurance Agreement (MRNIA) yang telah disetujui Menteri Keuangan RI antara Pemegang Saham Bank Modern (Terdakwa) dan Pemerintah cq BPPN dimana pemegang saham bersedia menanggung seluruh hutang Bank Modern yang berasal dari BLBI. Pemegang saham memberikan kekayaan/aset-aset yang dimilikinya untuk dijadikan jaminan sebagai pelunasan hutang Pemegang Saham.
f. Telah ada perdamaian tentang suatu masalah keperdataan.
g. Terdakwa selaku pemegang saham Bank Modern telah memberikan pertanggungan jawabnya dalam penyelesaian masalah BLBI kepada BPPN.
h. Bahwa dari pertimbangan Pengadilan Negeri berkesimpulan perbuatan terdakwa tidaklah dapat dikualifisir sebagai perbuatan melawan hukum.
i. Sehingga unsur "dengan melawan hukum" tidak terbukti.
j. Karena salah satu unsur tidak terbukti maka terdakwa dibebaskan.
k. Karena terhadap putusan pembebasan tidak diperkenankan mengajukan banding, maka Jaksa Penuntut Umum langsung mengajukan pemeriksaan kasasi kepada Mahkamah Agung.

Putusan Mahkamah Agung

Mahkamah Agung dalam putusan tanggal 28 Mei 2003 No. 1696 K/Pid/2002, membatalkan putusan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat dan mengadili sendiri :

> Menyatakan terdakwa Samadikun Hartono terbukti sah dan menyakinkan bersalah melakukan tindak pidana Korupsi yang dilakukan bersama-sama dan berlanjut. Menghukum terdakwa . . . dst.

Putusan Mahkamah Agung tersebut berdasarkan pertimbangan hukum yang pada pokoknya sebagai berikut :

a. Berdasarkan keterangan ahli Oey Naly Thiong dari Bank Indonesia, saksi Kiki Humadjaja dan saksi Bistok Hutasoit serta surat-surat Pembinaan dan Peringatan dari Bank Indonesia kepada PT. Bank Modern Tbk. Tanggal 7 September 1997 No. 30/316/UPM2/ADB2/Rahasia, Surat tanggal 17 Nopember 1997 No. 30/333/UPB2/ADB2/Rahasia dan Surat tanggal 30 Desember 1997 No. 30/50/DIR/UK dan surat pernyataan Pengurus PT. Bank Modern Tbk sendiri, telah dapat membuktikan bahwa dalam kegiatan usaha PT. Bank Modern Tbk, Komisaris turut berperan di bidang operasional disamping Direksi. Dalam kaitan ini adalah akibat dan adanya persetujuan terdakwa selaku Presiden Komisaris dalam mempergunakan dana BLBI untuk pembelian Promessory Note PT. PLN sebesar Rp. 11,9 milyar pada tanggal 24 Nopember 1997, padahal berdasarkan surat Bank Indonesia tanggal 7 Nopember 1997 No. 30/316/UPB2/ADB2/Rahasia, dana BLBI

hanya dapat digunakan untuk mengatasi Rush. (sebagai Presiden Komisaris tentu saja terdakwa mengetahui surat tersebut).

b. Judex Factie (Pengadilan Negeri) keliru menafsirkan "unsur melawan hukum".. Mahkamah Agung menganut ajaran melawan hukum secara materiil baik secara negative maupun positif. Dalam kasus ini penyimpangan penggunaan kredit telah beralih menyimpang merupakan perbuatan melawan hukum formil, bukan hanya sekedar perbuatan menyimpang kreditnya, karena sebagai Presiden Komisaris tidak mencegah terjadinya penyimpangan penggunaan dana berakibat timbulnya kerugian pada keuangan Negara.

c. Dana BLBI yang digunakan secara menyimpang dari ketentuan Bank Indonesia tersebut berakibat menjadi kredit macet yang dilatarbelakangi adanya kejahatan yang dapat dipidanakan, sehingga adanya penandatanganan "MRNIA" dan "perdamaian" oleh terdakwa selaku Presiden Komisaris PT Bank Modern Tbk yang merupakan masalah keperdataan, tidak dapat menghapuskan "sifat melawan hukumnya" penyalahgunaan dana BLBI.

Pembahasan

Putusan Pengadilan Negeri merupakan pembebasan karena salah satu unsur (yaitu unsur "melawan hukum") tidak terbukti. Perbuatan terdakwa tidak melawan hukum (pidana), menurut Pengadilan Negeri dengan alasan hukum yang pada pokoknya :

a. Penggunaan dana BLBI yang menyimpang adalah tanggung jawab direksi bukan terdakwa sebagai Presiden Komisaris.

b. Telah ada perdamaian tentang masalah keperdataan dengan dibuatnya MRNIA.

c. Terdakwa selaku pemegang saham Bank Modern telah memberikan pertanggungan jawabnya dengan memberikan kekayaannya untuk jaminan pelunasan hutang Bank Modern yang berasal dari BLBI.

Sebaliknya putusan Mahkamah Agung bahwa penggunaan dana BLBI yang menyimpang dari ketentuan yang telah digariskan oleh Bank Indonesia merupakan perbuatan melawan hukum formil, terdakwa tidak mencegah terjadinya penyimpangan berakibat menjadi kredit macet yang dilatarbelakangi adanya kejahatan yang dapat dipidanakan, sehingga adanya penandatanganan MRNIA dan perdamaian yang merupakan masalah keperdataan, tidak dapat menghapuskan "sifat melawan hukumnya" penyalahgunaan dana BLBI. Jadi Mahkamah Agung berpendirian bahwa tetap ada unsur sifat melawan hukum (pidana) dalam kasus ini.

Dalam kasus ini Mahkamah Agung tidak membenarkan putusan Pengadilan Negeri yang didasarkan pada bahwa kasus ini sudah diselesaikan secara perdatanya atau sudah dipertanggung jawabkan secara perdata. Jadi adanya penyelesaiaan secara perdata tidak dapat menghapuskan sifat melawan hukumnya (sifat melawan hukum pidana/*wederrechtelijk*) dari perbuatan terdakwa.

Kasus 3 : Kasus "Sapi Import Australia ", Terdakwa Fahril Azis didakwa dengan dakwaan primair melanggar pasal 1 ayat (1) sub a jo. pasal 28 Undang-Undang No. 3 Tahun 1971 jo. pasal 55 ayat (1) ke 1 KUHPidana, Subsidair melanggar pasal 1 ayat (1) sub b jo. pasal 28 Undang-Undang No. 3 Tahun 1971 jo. pasal 55 ayat (1) ke 1 KUHPidana (dakwaan korupsi).

Kasus Posisi:

Perusahaan Daerah PD. Dharma Jaya merupakan Badan Usaha Milik Daerah (BUMD) D.K.I Jakarta, yang pada saat kejadian Ir. Susanto sebagai Direktur Utama: Juni 1997 Perusahaan Daerah PD. Dharma Jaya melakukan import ternak sapi bakalan dari Australia Sapi import ini Juni 1997 telah tiba di pelabuhan Tanjung Priok dan kemudian diangkut ke tempat "Penggemukan" di serang. Sapi-Sapi tersebut harus masuk kandang penggemukan selama 60 (enam puluh) hari, sesuai SK Dirjen Peternakan. Sementara Sapi dalam masa penggemukan, pada 14 Juni 1997 Direktur Utama Ir. Susanto menandatangani

perjanjian jual beli 800 (delapan ratus) ekor sapi dengan calon pembelinya PT. Primantara Citra Media yang diwakili direkturnya Fahril Azis (terdakwa). Pembayarannya akan dilakukan oleh PT. Primantara Citra Media dengan membuka L/C Lokal sebesar Rp. 1.058.297.175,- yang jatuh temponya tanggal 31 Agustus 1997. Sebelum L/C Lokal tersebut diserahkan, pada 1 Agustus 1997, pembeli minta kepada Pimpro agar 800 (delapan ratus) ekor sapi tersebut dikeluarkan dari kandang penggemukan namun ditolak.Akhirnya dengan ijin (lisan) dari Direkur Utama Ir. Susanto sapi dikeluarkan dari kandang penggemukan dan diserahkan kepada PT. Primantara Citra Media meskipun masa penggemukan belum selesai dan Perusahaan Daerah PD. Dharma Jaya belum menerima L/C Lokal dari Bank penerbitnya. Setelah PT. Primantara Citra Media menerima sapi-sapi tersebut lalu menjualnya dan uang hasil penjualan diterima oleh PT. Primantara Citra Media. " L/C Lokal yang jatuh tempo 1 Agustus 1997 pada saat diuangkan oleh PD. Dharma Jaya ternyata kosong tidak ada dananya . PT. Primantara Citra Media kemudian membayar dengan uang tunai sebesar Rp. 100.000.000,- (seratus juta rupiah) dan sisanya sebesar Rp. 958.297.175,- (sembilan ratus lima puluh delapan juta dua ratus sembilan puluh tujuh ribu seratus tujuh puluh lima rupiah) dibayar dengan sejumlah cheque dan giro bilyet, tetapi semua cheque dan giro bilyet tersebut pada saat jatuh tempo dananya juga kosong.

Sesuai hasil pemeriksaan Itwilprop Pemda DKI Jakarta, pada Januari 1998 dilaporkan adanya uang PD.Dharma Jaya penjualan 800 (delapan ratus) ekor sapi import yang tidak dapat dipertanggung jawabkan oleh Direkturnya sebesar Rp. 958.297.175,- (sembilan ratus lima puluh delapan juta dua ratus sembilan puluh tujuh ribu seratus tujuh puluh lima rupiah).

Transaksi jual-beli sapi import yang pembayarannya bermasalah , berujung pada diajukannya, Terdakwa (Fahril Azis) sebagai direktur PT. Primantara Citra Media sebagai terdakwa yang dalam dakwaan di dakwa dengan dakwaan bersama-sama dengan Ir. Susanto, Direktur PD. Dharma Jaya melakukan tindak pidan korupsi.

Putusan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat tanggal 14 September 1999 No. 181/Pid.B/1999/PN. Jkt. Pst :

1. menyatakan perbuatan yang dilakukan terdakwa Fahril Aziz yang didakwakan dalam dakwaan primair telah terbukti, tetapi bukan tindak pidana.
2. melepaskan ia oleh karena itu dari segala tuntutan hukum (*ontslag van alle rechs vervolging*)
3. memulihkan hak dan kemampuan kedudukan harkat serta martabat terdakwa Fahril Azis . . .

Putusan PN Jakarta Pusat tersebut dengan pertimbangan hukum yang pada pokoknya:

1. perbuatan terdakwa telah memenuhi unsur dari dakwaan yang didakwakan dalam dakwaan primair sehingga dakwaan primair telah terbukti dan dakwaan subsidair tidak perlu dibuktikan lagi.
2. akan tetapi perbuatan terdakwa tersebut bukan merupakan tindak pidana karena perbuatan tersebut adalah suatu perjanjian jual-beli sapi yang

tertuang dalam kontrak jual-beli, terdakwa sudah membayar sebagian Rp. 100.000.000,- (seratus juta rupiah); terdakwa telah membuat surat pengakuan hutang yang sudah ditambah bunga dan untuk menjamin hutangnya tersebut, menyerahkan sertifikat 2 (dua) bidang tanah, sehingga denga demikian tidak terlunasinya hutang terdakwa tersebut maka terdakwa termasu ingkar janji atau wan prestasi sehingga perbuatan terdakwa termasuk dalam **hukum perdata**.

Terhadap Putusan PN Jakarta Pusat tersebut Jaksa mengajukan permohonan pemeriksaan kasasi.

Putusan Mahkamah Agung tanggal 7 Juni 2000, No. 382.K/pid/2000, pada pokoknya :

1. membatalkan Putusan PN. Jakarta Pusat
2. menyatakan terdakwa Fahril Azis terbukti secara sah dan menyakinkan **bersalah** melakukan tindak pidana korupsi yang dilakukan bersama-sama.
3. menghukum. . . dst

Putusan Mahkamah Agung tersebut dengan pertimbangan hukum yang intisarinya sebagai berikut :

a. Putusan Judex Facti Pengadilan Negeri Jakarta Pusat salah menerapkan hukum sehigga harus dibatalkan.
b. Perbuatan terdakwa yang minta agar 800 (delapan ratus) ekor sapi dikeluarkan dari kandang sebelum masa penggemukan tanpa terlebih dahulu menyerahkan harga sapi dan 800 (delapan ratus) ekor sapi tersebut telah dikeluarkan dari kandang dengan persetujuan lisan Ir. Susanto, adalah merupakan perbuatan yang **bukan** dalam rangka untuk mematuhi, melaksanakan ketentuan dari surat perjanjian (kontrak) jual-beli sapi, melainkan merupakan perbuatan yang berlawanan, bertentangan dengan ketentuan mengenai penyerahan sapi dan pembayaran harga sapi yang tertuang dalam surat perjanjian (kontrak) jual-beli sapi antara PD. Dharma Jaya dan PT. Primantara Citra Media.
c. Perbuatan terdakwa Fahril azis dan Ir. Susanto tersebut adalah tidak pantas dant idak sepatutnya, yang secara langsung telah merugikan PD. Dharma Jaya, sehingga perbuatan tersebut bersifat melawan hukum.
d. Sifat melawan hukum dari perbuatan, tersebut tidak menjadi terhapus walaupun terdakwa telah membayar sebagian harga sapi dan membuat pengakuan hutang, terlebih sisa harga sapi sampai sekarang tidak terlunasi sebab terdakwa tidak mampu membayarnya sehingga adanya pengakuan hutang atas sisa harga sapi adalah bukan cedera janji/wanprestasi dalam hukum perdata karena pengakuan hutang tersebut bukan dalam rangka untuk memenuhi ketentuan surat perjanjian (kontrak) jual-beli sapi.
e. PD. Dharma Jaya secara finansiil masih tetap dirugikan, dan dalam penyediaan daging sapi untuk penduduk DKI sebagai pelayanan umum terganggu sedangkan terdakwa di untungkan.

Pembahasan :

Putusan Pengadilan Negeri menyatakan bahwa perbuatan terdakwa telah memenuhi unsur-unsur yang terkandung dalam dakwaan primair sehingga terdakwa terbukti melakukan perbuatan yang didakwakan dalam dakwaan primair, tetapi perbuatan tersebut bukan merupakan tindak pidana dan melepaskan terdakwa dari segala tuntutan hukum, dengan pertimbangan hukum yang pada pokoknya bahwa perbuatan terdakwa termasuk perbuatan ingkar janji/wanprestasi yang termasuk dalam bidang hukum perdata.

Pengadilan Negeri melihat bahwa perbuatan terdakwa merupakan perbuatan melawan hukum dalam bidang hukum perdata dan tidak melihat adanya sifat melawan hukum pidana (*materieel wederrechtelijke*) dalam perbuatan terdakwa, sifat melawan hukum materiil telah hapus karena perbuatan terdakwa termasuk melawan hukum perdata (*onrechtmatigedaad*).

Putusan Pengadilan Negeri yang demikian menyiratkan pendapat hakim Pengadilan Negeri bahwa kasus tersebut merupakan perbuatan melawan hukum dalam bidang hukum perdata sehingga tidak dapat diselesaikan dengan menggunakan sarana hukum pidana.

Sebaliknya dengan putusan Mahkamah Agung justru menyatakan bahwa sifat melawan hukum materiil pidana/*materieel wederrechtelijke*) dari perbuatan terdakwa tidak menjadi terhapus walaupun terdakwa telah membayar sebagian harga sapi dan membuat surat pengakuan hutang atas sisa harga sapi, karena pengakuan hutang tersebut bukan dalam rangka untuk memenuhi ketentuan surat perjanjian (kontrak) jual beli sapi yang telah disepakati. Perbuatan

terdakwa dan Ir. Susanto merupakan perbuatan yang **berlawanan dan bertentangan dengan ketentuan** mengenai penyerahan sapi dan pembayaran harganya yang tertuang dalam surat perjanjian jual beli sapi tersebut.

Jadi walaupun semula perbuatan terdakwa bersama-sama Ir. Susanto didasari adanya suatu surat perjanjian (kontrak) tapi perbuatan yang dilakukan terdakwa bersama-sama Ir.Susanto justru telah menyimpang dari isi surat perjanjian tersebut .

Sifat melawan hukum pidana/*materieel wederrechtelijke* dari perbuatan terdakwa adalah karena perbuatan tersebut tidak sesuai/menyimpang dari isi Surat Perjanjian jual- beli sapi yang berakibat kerugian bagi perusahaan milik Pemerintah Daerah Jakarta, dengan kata lain menyimpang dari perjanjian yang telah disepakati.

Kasus 4: Kasus "Jual-beli rumah Cemara Menteng," terdakwa Syahrir Barmawi didakwa dengan dakwaan primair melanggar Pasal 378 KUHP, subsidair melanggar Pasal 372 KUHP.

Kasus Posisi

Tanah dan rumah dengan Sertifikat HGB No. 178/Gondangdia terletak di Jln. Cemara Menteng Jakarta Pusat milik almarhum Ny. R.A. Nur, semua ahli waris telah sepakat dan mewakilkan lepada Thayeb untuk menjual rumah tersebut. Thayeb menemukan calon pembeli Syahrir Barmawi (terdakwa) dan telah disepakati harga Rp. 462.000.000,- (empat ratus enam puluh dua juta rupiah). Untuk meyakinkan thayeb, terdakwa mengajak ke notaris FA. Tumbuan untuk membuat perikatan jual-beli rumah dan membayar 30% dari harganya yaitu sebesar Rp. 138.600. 000,- (seratus tiga puluh delapan juta enam ratus ribu rupiah). Kemudian terdakwa minta sertifikat tanah diserahkan kepadanya dengan alasan untuk diserahkan kepada notaris FA. Tumbuan guna dilakukan pengecekan di Kantor Pertanahan tentang keabsahan sertifikat tersebut. Selanjutnya Thayeb diminta untuk mengurus akta fatwa waris sebagai syarat untuk pelaksanaan jual-beli tanah tersebut, dan setelah surat-

surat persyaratan jual-beli terpenuhi, baru kemudian akan dilaksanakan penandatanganan akta jual-beli dan terdakwa akan membayar lunas harga tanah dan bangunan tersebut kepada Thayeb. Sebelum pelaksanaan jual-beli tersebut, terdakwa datang ke rumah Thayeb dan minta agar rumah tersebut diserahkan kepadanya dengan alasan daripada tidak ada yang menunggu dan merawat rumah tersebut akan rusak dan terdakwa berjanji mengganti biaya parawatan dengan uang sebesar Rp. 20.000.000,- (dua puluh juta rupiah). Thayeb percaya pada itikad baik terdakwa dan menyerahkan kunci rumah walaupun terdakwa belum melunasi harga rumah tersebut, selanjutnya terdakwa menguasai rumah tersebut. Setelah Thayeb memperoleh fatwa waris dan melengkapi surat-surat untuk pelaksanaan jual-beli, Thayeb menghubungi terdakwa untuk segera dilaksanakan penandatanganan akta jual-beli dan kemudian terdakwa segera melunasi kekurangan harganya, akan tetapi terdakwa tidak menanggapi. Selanjutnya karena terdakwa tidak menanggapi, maka Thayeb menghubungi Notaris untuk meminta kembali sertifikat HGB. 178 yang pernah diserahkan guna dilakukan pengecekan di kantor pertanahan. Ternyata sertifikat tanah tersebut tidak ada di kantor Notaris dan menurut keterangan Notaris tersebut sertifikat tanah telah diambil terdakwa tanpa seizin Thayeb selaku pemiliknya. Ternyata juga terdakwa telah menawarkan, mengiklankan rumah tersebut dan mengaku sebagai pemiliknya untuk dijual kepada pihak lain dan sudah berhasil mendapatkan pembeli yang akan membeli dengan harga Rp. 1 Milyard, walaupun jual-beli dari Thayeb belum diselesaikan dan terdakwa belum melunasi harganya. Thayeb telah berkali-kali meminta sertifikat rumah tersebut namun terdakwa tidak mau memberikannya.

Putusan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat tanggal 11 November 1994 No. 52/Pid.B/1994/PN. Jkt. Pst. :

1. Menyatakan terdakwa Syahrir **tidak terbukti** secara sah dan menyakinkan bersalah melakukan tindak pidana dalam dakwaan primair dan dakwaan subsidair;
2. **Membebaskan** terdakwa dari dakwaan tersebut.

Putusan Pengadilan Negeri tersebut dengan pertimbangan hukum yang pada pokoknya :

a. Antara terdakwa dan Thayeb telah terjadi hubungan hukum keperdataan "Perjanjian ikatan jual-beli" tanah rumah dan telah membayar uang muka. Terdakwa menguasai rumah karena ada penyerahan dari Thayeb; Terdakwa menguasai sertifikat karena ada penyerahan dari Notaris; Terdakwa belum sempat memperoleh keuntungan karena usahanya menjual rumah tersebut belum terlaksana.
b. Terdakwa tidak terbukti melanggar dakwaan primair pasal 378 KUHPidana.
c. Untuk dakwaan subsidair pasal 372 KUHPidana, bahwa penerimaan sertifikat HGB No. 178 oleh terdakwa adalah karena ada kaitan dengan perjanjian jual-beli rumah dan terdakwa telah membayar uang muka 30% dari harga. Belum diselesaikannya jual-beli tersebut bukan perbuatan dengan sengaja memiliki dengan melawan hukum melainkan bersifat **perdata murni**. Terdakwa menawarkan rumah bukan merupakan

perbuatan yang melawan hukum sebab tidak ada pihak manapun yang membeli, karena tanah tersebut masih atas nama orang lain.

d. Unsur dengan sengaja memilik dengan melawan hukum tidak terbukti dengan sah menurut hukum.
e. Terdakwa dibebaskan dari dakwaan subsidair.

Putusan Mahkamah Agung tanggal 27 Juli 1995 No. 590 K/Pid/1995 :

1. Membatalkan Putusan Pengadilan Negeri.
2. Mengadili sendiri, Terdakwa tidak terbukti bersalah dalam dakwaan primair, Terdakwa terbukti bersalah melakukan kejahatan penggelapan dalam dakwaan subsidair, menghukum terdakwa tersebut.

Putusan Mahkamah Agung tersebut dengan pertimbangan hukum yang pada pokoknya sebagai berikut:

a. Pertimbangan Pengadilan Negeri untuk dakwaan primair sudah tepat dan benar terdakwa tidak terbukti bersalah dalam dakwaan primair pasal 378 KUHPidana (penipuan).
b. Untuk dakwaan subsidair pasal 372 KUHPidana (penggelapan), unsur " dengan sengaja memiliki dengan melawan hukum " telah terbukti karena Thayeb menyerahkan sertifikat HGB. No. 178 Kepada Notaris untuk dilakukam checking di Kantor Pertanahan, Terdakwa mengambil dari Notaris tanpa izin Thayeb dan tidak dikembalikan lagi kepada Notaris. Terdakwa mengambil sertifikat tersebut untuk ditawarkan kepada pihak lain dengan mengaku sebagai pemilik, padahal rumah beserta sertifikatnya masih menjadi milik Thayeb karena terdakwa belum melunasi harganya. Mahkamah Agung **tidak sependapat** bahwa perbuatan terdakwa dan Thayeb adalah **merupakam hubungan hukum keperdataan murni yang harus diselesaikan melalui peradilan perdata saja.**

Pembahasan :

Pertimbangan putusan Pengadilan Negeri untuk dakwaan subsidair menyatakan bahwa belum diselesaikannya jual-beli tersebut bukan perbuatan dengan sengaja memiliki dengan melawan hukum melainkan bersifat perdata murni. Menurut hemat penulis, hal tersebut bararti bahwa perbuatan terdakwa tidak mengandung sifat melawan hukum (dalam hal ini melawan hukum pidana) karena perbuatan tersebut bersifat perdata murni, dengan demikian dapat dikatakan bahwa perbuatan terdakwa menjadi tidak melawan hukum (pidana)

adalah karena perbuatan terdakwa termasuk dalam ruang lingkup hukum perdata atau termasuk kasus perdata yang tentu saja harus diselesaikan dalam suatu persidangan perkara perdata dan tidak dapat diselesaikan dengan menggunakan sarana hukum pidana.

Sebaliknya dengan putusan Mahkamah Agung, pertimbangan hukum Mahkamah Agung justru menyatakan bahwa unsur "dengan sengaja memiliki dengan melawan hukum" telah terbukti karena Thayeb menyerahkan sertifikat HGB. No. 178 dengan tujuan untuk dilakukan checking di Kantor Pertanahan dan untuk persiapan pelaksanaan jual-beli, tapi justru terdakwa mengambil dari kantor Notaris tanpa sepengetahuan/tanpa ijin dari Thayeb dan kemudian digunakan untuk menawarkan dengan harga yang jauh lebih tinggi dan mengaku sebagai pemilik. Rupanya Mahkamah Agung melihat bahwa sifat melawan hukum (pidana) dari perbuatan terdakwa adalah karena perbuatan terdakwa mengambil sertifikat tanpa ijin Thayeb yang masih sebagai pemilik dan digunakan untuk hal yang bertentangan dengan tujuan semula diserahkannya sertifikat, dengan kata lain menyimpang dari kesepakatan/perjanjian tentang digunakan untuk apa diserahkannya sertifikat tersebut.

Kasus 5: Kasus "Penjualan barang jaminan", Ny. Marpaung di dakwa melanggar Pasal 373 KUHP.

Kasus Posisi

Ny. Marpaung telah menerima sejumlah barang berupa: sepasang giwang platina dengan 22 mata berlian, satu cincin dengan 5 mata berlian, satu liontin dengan 16 mata berlian dari saksi Ny. Clementina sebagai jaminan dari pinjaman saksi kepada terdakwa sebesar Rp. 1.300.000,00 (satu juta tiga ratus ribu rupiah). Ternyata kemudian terdakwa telah menjual barang-barang tersebut kepada orang lain tanpa seijin saksi dan hasil penjualan tersebut dimiliki terdakwa.

Putusan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat tanggal 22 November 1983 No. 22/1983/Pid/PN. Jkt. Pst., menyatakan : terdakwa telah terbukti bersalah melakukan tindak pidana "Penggelapan" melanggar pasal 372 KUHP, menghukum terdakwa 5 bulan penjara. Putusan Pengadilan Tinggi Jakarta tanggal 22 Maret 1984 No. 10/Pid/1984/PT. DKI., menyatakan : membatalkan putusan Pengadilan Negeri dan mengadili sendiri, menyatakan bahwa perbuatan terdakwa terbukti dengan sah dan menyakinkan akan tetapi perbuatan yang terbukti itu bukan merupakan suatu pelanggaran ataupun suatu kejahatan, melepaskan terdakwa dari segala tuntutan hukum. Pertimbangan hukum Pengadilan Tinggi bahwa perkara tersebut merupakan perjanjian pinjaman meminjam uang dengan jaminan barang.

Atas putusan Pengadilan Tinggi tersebut, jaksa penuntut umum mengajukan hubungan antara terdakwa dengan saksi semata-mata terdapat hubungan perdata. Kasasi dengan alasan keberatan bahwa Pengadilan Tinggi telah melakukan kekeliruan yaitu tidak menerapkan atau menerapkan peraturan hukum, tidak sebagaimana mestinya, perbuatan terdakwa merupakan suatu kejahatan yaitu penggelapan.

Putusan Mahkamah Agung tanggal 17 April 1985 No. 618k/Pid/1984, mengabulkan kasasi Jaksa penuntut, untuk membatalkan putusan PT, mengadili sendiri mengatakan: terdakwa bersalah melakukan tindak pidana penggelapan, menyambut terdakwa dengan pidana penjara 5 bulan dan masa percobaan 10 bulan.

Putusan Mahkamah Agung tersebut dengan pertimbangan hukum yang intinya, bahwa keberatan jaksa PU dapat dibenarkan oleh karenanya, perbuatan menjual barang jaminan milik saksi Ny. Clementina tanpa seijin saksi tersebut merupakan kejahatan karena barang-barang saksi ketika diserahkan adalah untuk jaminan pinjaman uang, sehingga terdakwa harus dinyatakan telah terbukti melakukan perbuatan "dengan sengaja memiliki denagan melawan hukum barang-barang tersebut yang ada pada terdakwa bukan karena kejahatan.

Pembahasan :

Berbeda dengan putusan Pengadilan Negeri yang menyatakan terdakwa terbukti melakukan tindak pidana "Penggelapan", putusan Pengadilan Tinggi menyatakan bahwa perbuatan terdakwa terbukti, akan tetapi perbuatan yang terbukti itu bukan merupakan suatu pelanggaran ataupun suatu kejahatan dana melepaskan terdakwa dari segala tuntut hukum.

Putusan Pengadilan Tinggi tersebut dengan pertimbangan hukum yang pada pokoknya, bahwa Pengadilan Tinggi berkesimpulan antara terdakwa dengan

saksi Ny. Clementina terhadap hubungan pinjam-meminjam uang dengan jaminan barang bergerak yaitu perhiasan, maka antara terdakwa dengan saksi semata-mata terdapat hubungan perdata sesuai dengan apa yang di kemukakan oleh penasehat hukum terdakwa dalam memori bandingnya, walaupun unsur-unsur dari tindak pidana yang didakwakan terpenuhi seperti pertimbangan hakim Pengadilan Negeri tapi perbuatan tersebut bukan merupakan kejahatan ataupun pelanggaran melainkan hubungan perdata.

Pengadilan Negeri tidak melihat adanya sifat melawan hukum (melawan hukum pidana *wederrechtelijke)* pada perbuatan terdakwa, karena merupakan hubungan perdata.

Sebaliknya dengan putusan Mahkamah Agung yang membatalkan putusan Pengadilan Tinggi dan menyataklan terdakwa bersalah melakukan tindak pidana "penggelapan".Putusan tersebut dengan pertimbangan yang pada pokoknya, Mahkamah Agung dapat membenarkan keberatan Jaksa Penuntut Umum, oleh karena perbuatan menjual barang-barang jaminan milik saksi Clementina oleh terdakwa tanpa seijin saksi merupakan perbuatan dengan sengaja memiliki dengan melawan hukum karena barang tersebut diserahkan kepada terdakwa adalah untuk jaminan pinjaman uang.

Dengan pertimbangan Mahkamah Agung tersebut, penulis berpendapat bahwa perbuatan terdakwa yang pada awalnya merupakan suatu perikatan perdata (pinjam-meminjam uang dengan jaminan) tetapi kemudian dikualifikasi menjadi suatu tindak pidana karena terdapat unsur melawan hukum (melawan hukum pidana/*wederrechtelijke).* Hal tersebut karena perbuatan yang dilakukan terdakwa

bertentangan/menyimpang dengan tujuan ketika barang diserahkan, dengan kata lain menyimpan dari kesepakatan/perjanjian tentang untuk apa diserahkannya barang tersebut. Barang-barang tersebut ketika diserahkan kepada terdakwa adalah untuk jaminan utang (pinjaman uang) saksi kepada terdakwa, tetapi kemudian terdakwa menjual barang-barang tersebut tanpa sepengetahuan/seijin saksi.

Kasus 6: Kasus "Praktis 750", terdakwa didakwa ke 1 melanggar Pasal 46 ayat (1) UU No. 10 tahun 1998 atau ke 2 melanggar Pasal 378 KUHPidana.

Kasus posisi:

Terdakwa Aryo Suharyono, SE sebagai pimpinan usaha yang disebut "Praktis 750", telah melakukan penghimpunan dana masyarakat dalam bentuk simpanan tanpa ijin dari penjamin Bank Indonesia. Brosur yang berjudul "Praktis 750" sebagai media promosi memikat banyak orang untuk menjadi nasabah. Usaha tersebut menggunakan satuan jumlah uang simpanan berupa paket yang disebut kavling, dimana satu kavling nilainya Rp. 750.000,00 (tujuh ratus lima puluh ribu rupiah), disimpan tujuh hari kerja diberi keuntungan atau bunga sebesar Rp. 250.000,00 (dua ratus lima puluh ribu rupiah) atau $\pm$ 33,3 %, sehingga pada saat jatuh tempo satu kavling dikembalikan sebesar Rp. 1.000.000,00 (satu juta rupiah).

Putusan Pengadilan Negeri

Putusan Pengadilan Negeri Medan tanggal 11 April 2002 No. 337/Pid.B/2004. Pengadilan Negeri Medan menyatakan, perbuatan terdakwa bukan merupakan perbuatan pidana melainkan merupakan perbuatan perdata, melepaskan terdakwa dari segala tuntutan hukum dst . . .

Atas putusan tersebut Jaksa Penuntut Umum langsung memanggil kasasi dengan alasan keberatan yang pada pokoknya: bahwa majelis hakim Pengadilan Negeri Medan telah salah dengan cara mengadili perkara tersebut karena telah tidak secara seksama mempertimbangkan fakta-fakta persidangan sehingga menyimpulkan perbuatan yang dilakukan terdakwa bukan tindak pidana melainkan perbuatan perdata. Apabila majelis hakim mempertimbangkan dengan seksama tentu akan menyatakn bahwa terdakwa terbukti melakukan tindak pidana yang didakwakan dalam dakwaan ke dua vide Pasal 378 KHUPidana.

Putusan Mahkamah Agung

Putusan Mahkamah Agung 15 Januari 2003 No. 1506K/Pid/2002: membatalkan putusan Pengadilan Negeri Medan, mengadili sendiri menyatakan terdakwa terbukti secara sah dan menyakinkan bersalah melakukan tindak pidana penipuan. Putusan tersebut dengan pertimbangan hukum yang intinya:

1. Bahwa keberatan-keberatan tersebut dapat dibenarkan karena *judex facti* telah salah melakukan hukum.
2. Bahwa setelah Mahkamah Agung mempelajari putusan Pengadilan Negeri ternyata kurang cukup mempertimbangkan alasan untuk melepaskan terdakwa dari segal tuntutan hukum, hanya menyatakan bahwa perbuatan terdakwa merupakan perbuatan ingkar janji (wanprestasi), didasarkan karena para saksi telah menyetujui ikut tawaran terdakwa, tanpa mempertimbangkan lebih lanjut apakah tawaran tersebut didasarkan pada hal-hal yang tidak benar atau fiktif.

Pembahasan:

Putusan Pengadilan Negeri Medan, menyatakan perbuatan terdakwa merupakan perbuatan ingkar janji (wanprestasi) karena para saksi telah menyetujui ikut tawaran terdakwa dengan telah menandatangani pernyataan menjadi nasabah "Praktis 750", sehingga dalam amar putusan Pengadilan Negeri Medan menyatakan perbuatan terdakwa bukan merupakan suatu tindak pidana tetapi merupakan perbuatan perdata. Pengadilan Negeri Medan tidak melihat adanya sifat melawan hukum (pidana) pada perbuatan terdakwa, karena merupakan perjanjian antara para saksi dengan terdakwa yang merupakan perbuatan perdata. Sebaliknya dengan Mahkamah Agung yang menyatakan terdakwa terbukti melakukan tindak pidana penipuan. Para saksi menyetujui untuk ikut tawaran terdakwa yang tertuang dalam brosur "Praktis 750" padahal tawaran tersebut didasarkan pada hal-hal yang tidak benar ataupun fiktif dimana hal ini tidak diketahui oleh para saksi karena tidak tertulis dalam brosur. Rupanya Mahkamah Agung menilai bahwa perjanjian yang demikian mengandung hal-hal

yang disembunyikan yang kemungkinan dapat merugikan para saksi, maka Mahkamah Agung berkesimpulan dalam perbuatan terdakwa mengandung sifat melawan hukum pidana. Penulis setuju dengan Mahkamah Agung bahwa perjanjian antara para saksi sebagai nasabah "Praktis 750" dengan terdakwa mengandung kausa yang tidak halal, yang menyebabkan tidak sahnya perjanjian/ perjanjian batal demi hukum. Dengan demikian brosur "Praktis 750" yang menyebabkan para saksi tertarik menjadi nasabah mengandung kata-kata bohong sebagai salah satu unsur Pasal 378 KUHPidana. Terdakwa mengikat para saksi dengan suatu perjanjian yang mengandung kebohongan yang disembunyikan, sehingga sejak semula sudah ada niat jahat dari terdakwa.

Kasus 7 : Kasus "Pencurian bukan barang jaminan", terdakwa Ayu Purnama didakwa melanggar Pasal 362 KUHPidana (Pencurian).

Kasus posisi

Terdakwa Ayu Purnama mempunyai hubungan dagang dengan saksi Andi Hartati, dimana terdakwa mempunyai barang yaitu berupa tas sedang saksi yang menyalurkan dengan cara bayar cicilan 3 kali. Saksi belum dapat melunasi utang sebesar Rp. 120.000,00 (seratus dua puluh ribu rupiah) yang merupakan sisa cicilan harga tas. Terdakwa datang ke rumah saksi menagih utang tersebut akan tetapi saksi belum mempunyai uang. Terdakwa marah-marah dan akan membawa radio tape milik saksi tetapi saksi tidak mengijinkan. Ketika di tinggal oleh saksi ke belakang rumah, terdakwa tetap membawa radio tape tersebut tanpa setahu dan seijin saksi. Saksi lalu melaporkan kejadian tersebut kepada polisi. Terdakwa diajukan ke Pengadilan Negeri Parepare dengan dakwaan melakukan tindak pidana pencurian.

Putusan Pengadilan Negeri

Putusan Pengadilan Negeri Parepare tanggal 25 September 1997 No. 94/Pid.B/199/7PN Parepare menyatakan terdakwa tidak terbukti secara sah dan meyakinkan melakukan tindak pidana pencurian, membebaskan terdakwa dari dakwaan tersebut.

Putusan tersebut dengan pertimbangan yang pada pokoknya unsur untuk memiliki dengan melawan hak (melawan hukum) tidak terbukti karena terdakwa berniat mengembalikan radio tape tersebut jika saksi melunasi utangnya.

Jaksa Penuntut Umum langsung mengajukan kasasi atas putusan tersebut.

Putusan Mahkamah Agung

Putusan Mahkamah Agung tanggal 2 Maret 1998 No. 1590 K/Pid 1997 menyatakan terdakwa terbukti secara sah dan meyakinkan melakukan tindak pidana pencurian, menjatuhkan pidana penjara kepada terdakwa.

Putusan tersebut dengan pertimbangan hukum yang pada pokoknya:

1. Mengenai unsur dengan maksud memiliki secara melawan hukum, terdakwa tetap mengambil radio tape walaupun saksi melarangnya dengan alasan akan mengembalikan setelah saksi membayar utangnya, hal mana berarti terdakwa akan tetap memilikinya sepanjang saksi belum membayar utangnya.
2. Lain halnya apabila pengambilan radio tape oleh terdakwa sebagai jaminan utang saksi didasarkan pada kesepakatan sebelumnya, namun dalam kasus ini tidak demikian.
3. Dengan demikian dapat disimpulkan pengambilan radio tape milik saksi oleh terdakwa dilakukan dengan maksud untuk memiliki secara melawan hak.

Pembahasan:

Putusan Mahkamah Agung menyatakan unsur dengan maksud memiliki secara melawan hukum terbukti walaupun perbuatan terdakwa mengambil radio tape adalah dengan maksud akan mengembalikan setelah saksi melunasi utangnya. Mahkamah Agung tetap melihat adanya sifat melawan hukum karena radio tape tersebut tidak dijadikan jaminan utang, tetapi terdakwa mengambilnya tanpa persetujuan saksi. Penulis sependapat dengan Mahkamah Agung, karena walaupun perbuatan terdakwa dilatar belakangi adanya perjanjian utang piutang dengan saksi tetapi perbuatan terdakwa menyimpang dari apa yang diperjanjikan, yaitu tidak ada perjanjian sebelumnya bahwa radio tape dijadikan sebagai jaminan pembayaran utang.

Dari seluruh kasus di bagian ini, terlihat bahwa dalam pertimbangannya, Mahkamah Agung berbeda pendapat dengan Judex Facti mengenai adanya sifat melawan hukum dari perbuatan terdakwa. Pengadilan Negeri tidak melihat adanya sifat melawan hukum (pidana) dari perbuatan terdakwa (dengan kata lain sifat melawan hukum materiil tersebut menjadi hapus hilang) karena perbuatan terdakwa termasuk dalam ruang lingkup perdata/kasus perdata, jadi kalau perbuatan terdakwa melawan hukum maka perbuatan tersebut adalah melawan hukum perdata bukan melawan hukum pidana.

Sebaliknya Mahkamah Agung berpendapat bahwa sifat melawan hukum dari perbuatan terdakwa dalam kasus-kasus di bagian ini terbukti (tidak hapus/ tidak hilang/tetap ada).

Alasan mengapa Mahkamh Agung berpendapat bahwa sifat melawan hukum (pidana) dari perbuatan terdakwa terbukti (tetap ada) dapat ditelusuri dari pertimbangan hukum kasus-kasus tersebut yaitu sebagai berikut :

1. Kasus " Cheque Kosong 2 ", dengan alasan :
   Sebenarnya tidak ada perjanjian hutang-piutang dengan jaminan cheque mundur, karena sejak semula terdakwa sudah tahu bahwa cheque itu tidak dapat diuangkan. Jadi ketika saksi korban menyerahkan uangnya kepada terdakwa sebenarnya saksi korban tidak dilindungi jaminan apapun . Pemberian uang Rp. 800.000,- (delapan ratus ribu rupiah) yang dikatakan sebagai bunga yang dibayar dimuka merupakan akal-akalan terdakwa untuk lebih meyakinkan saksi korban supaya mau memberikan uangnya, padahal uang Rp. 800.000,-(delapan ratus ribu rupiah) itu sebetulnya adalah milik saksi korban sendiri.
   Sejak semula sudah ada niat jahat dari terdakwa.

2. Kasus " Dana BLBI Bank Modern ", dengan alasan :
   Penggunaan dana BLBI yang menyinpang dari aturan yang telah ditetapkan Bank Indonesia merupakan perbuatan melawan hukum formil, terdakwa sebagai Presiden Komisaris tidak mencegah hal itu.

Adanya MRNIA yang merupakan perjanjian perdamaian masalah keperdataannya tidak dapat menghapuskan sifat melawan hukum (melawan hukum pidana) nya.

3. Kasus " Sapi Import Australia ", dengan alasan :
   Perbuatan terdakwa berlawanan, bertentangan, menyimpang dari isi Surat Perjanjian jual-beli sapi yang telah disepakati.

4. Kasus " Jual-Beli Rumah Cemara Menteng ", dengan alasan :
   Perbuatan terdakwa mengambil sertifikat dari Kantor Notaris tanpa sepengetahuan Thayeb yang masih sebagai pemilik dan digunakan untuk hal yang bertentangan dengan tujuan semula diserahkannya sertifikat hal tersebut adalah menyimpang dari kesepakatan (perjanjian) tentang untuk apa sertifikat diserahkan.

5. Kasus " Penjualan Barang Jaminan", dengan alasan :
   Perbuatan terdakwa menjual barang-barang jaminan milik saksi Clementina tanpa seijin saksi merupakan perbuatan dengan sengaja memiliki dengan melawan hukum karena barang-barang tersebut diserahkan kepada terdakwa adalah untuk jaminan pinjaman uang saksi kepada terdakwa. Perbuatan terdakwa menyimpang dari kesepakatan/perjanjian untuk apa yang diserahkannya barang-tersebut.

6. Kasus "Praktis 750", dengan alasan :
   Para saksi menandatangani surat pernyataan menyetujui ikut tawaran terdakwa, padahal tawaran terdakwa mengandung didasarkan kepada hal-hal yang tidak benar ataupu fiktif. Perbuatan terdakwa sejak semula mengandung kebohongan, sejak semula sudah mengandung niat jahat.

7. Kasus "Pencurian bukan barang jaminan", dengan alasan:
   Perbuatan terdakwa mengambil radio tape tanpa ijin saksi walaupun dengan maksud akan dikembalikan jika saksi melunasi utangnya, tetap bersifat melawan hukum (pidana). Perbuatan terdakwa tidak dilakukan dalam rangka melaksanakan apa yang diperjanjikan dengan saksi.

Dari uraian tersebut diatas, dapat dilihat bahwa ketika Mahkamah Agung menyimpulkan adanya sifat melawan hukum (pidana) pada perbuatan terdakwa, ada beberapa kesamaan latar belakang/kronologi dari peristiwanya (dari 7 kasus, 5 kasus ada kesamaan) yaitu ada suatu perjanjian/perikatan aturan yang sebenarnya

harus dilaksanakan/diikuti/dipatuhi oleh terdakwa dalam rangka pelaksanaan perjanjian/perikatan tersebut tetapi dilanggar/tidak dilaksanakan. Jadi meskipun memang benar ada latar belakang indikasi/perdata (yaitu adanya perjanjian/ perikatan dsb.) pada perbuatan terdakwa tapi perbuatan terdakwa tidak dilakukan dalam rangka melaksanakan perjanjian/perikatan tersebut.

Pada dua kasus lainnya , sifat melawan hukum (pidana) sudah ada sejak semula, karena sejak semula terdakwa sudah tahu bahwa cheque tidak akan dapat diuangkan, dan pada kasus "Praktis 750" perbuatan terdakwa sejak semula mengandung hal-hal yang disembunyikan, mengandung kebohongan. Niat jahat terdakwa sudah ada sejak awal . Jadi sebetulnya sejak semula tidak ada perjanjian/ hubungan perdata.

BAB V

KESIMPULAN DAN REKOMENDASI

A. Kesimpulan

Dari uraian pada bab terdahulu dapat disimpulkan jawaban dari rumusan masalah disertasi ini sebagai berikut :

1. Suatu perbuatan dalam bidang hukum perdata tidak dapat dikualifikasi sebagai suatu tindak pidana karena, dengan alasan perbuatan yang dilakukan terdakwa merupakan perbuatan dalam bidang hukum perdata (baik merupakan perbuatan melawan hukum perdata atau merupakan kasus perdata atau merupakan perbuatan yang harus diselesaikan secara perdata), dapat menghapuskan sifat melawan hukum (materiil) dari suatu perbuatan, sehingga perbuatan tersebut tidak dapat di kualifisir sebagai suatu tindak pidana. Alasan bahwa perbuatan yang dilakukan terdakwa merupakan perbuatan dalam lingkup hukum perdata/perbuatan melawan hukum dalam bidang hukum perdata/merupakan kasus perdata, menjadi alasan pembenar yang menghapuskan sifat melawan hukum (materiil) dari perbuatan terdakwa sehingga perbuatan tersebut tidak dapat dikualifikasi sebagai suatu tindak pidana, dan karena perbuatan terdakwa bukan tindak pidana maka terdakwa tidak dapat dijatuhi hukuman pidana. Dengan demikian alasan tersebut menambah macam-macam alasan pembenar dari hukum tidak tertulis yang selama ini dikenal dalam doktrin hukum pidana.

2. Tolok ukur untuk menentukan bahwa suatu perbuatan dalam bidang hukum perdata dapat dikualifikasi sebagai suatu tindak pidana adalah:
   a. Perbuatan yang dilakukan terdakwa ada indikasi perdata ada latar belakang perdata (ada perikatan/perjanjian/aturan yang harus dipatuhi), tetapi perbuatan terdakwa bertentangan dengan apa yang seharusnya dilakukan dalam rangka pelaksanaan perjanjian/perikatan tersebut.
   b. Perbuatan yang dilakukan terdakwa ada indikasi perdata ada latar belakang perdata (ada perikatan/perjanjian/aturan yang harus dipatuhi), tetapi perbuatan terdakwa tidak dilakukan dalam rangka melaksanakan perjanjian/perikatan tersebut.
   c. Sebetulnya sejak semula tidak ada hubungan perdata/perjanjian/perikatan antara terdakwa dengan saksi korban. Hubungan perdata/perjanjian/ perikatan hanya dipakai sebagai alasan (dimunculkan) untuk menutupi niat jahat yang sesungguhnya dari terdakwa.

B. Rekomendasi/Saran

1. Alasan pembenar dari hukum tidak tertulis hendaknya dibakukan dan dituangkan dalam regulasi (aturan perundang-undangan) dan tidak hanya dikenal dalam doktrin, sehingga aparat penegak hukum tidak ada alasan untuk tidak melaksanakannya.
2. Asas "tiada pidana tanpa adanya sifat melawan hukum secara materiil" , hendaknya dibakukan sebagai asas yang sejajar dengan asas "tiada pidana tanpa kesalahan".

3. Mengingat banyaknya kasus-kasus perdata yang dilaporkan kepada polisi (mungkin pelapor awam hukum atau memang sengaja untuk penyelundupan hukum agar perkaranya cepat mendapat penyelesaian), dengan kesimpulan tersebut diatas dan apa yang ditemukan dalam pembahasan, maka perlu direkomendasikan kepada penyidik/polisi dan jaksa penuntut umum agar waspada terhadap perkara yang dilaporkan secara pidana, apakah perkara tersebut memang dapat dikategorikan perkara pidana dengan memperhatikan hal-hal sebagai berikut :

   a. Apakah ada perikatan perdata (baik karena perjanjian atau karena undang-undang) antara saksi pelapor dan pihak yang dilaporkan.
   b. Apakah ada sengketa antara saksi pelapor dan pihak yang dilaporkan sehubungan dengan perikatan perdata tersebut.
   c. Apakah hubungan perdata antara saksi pelapor dengan terlapor memang benar ada atau hubungan perdata tersebut dimunculkan untuk menutupi niat terlapor yang sesungguhnya.

   Apabila ternyata ada indikasi tersebut, hendaknya penyidik/polisi dan Jaksa Penuntut Umum mendalami perkara tersebut terlebih dahulu sebelum melanjutkan proses perkara pidana terhadap kasus tersebut. Hal tersebut diperlukan agar tidak terjadi kekeliruan seseorang terlanjur diproses secara pidana padahal sebetulnya ia cukup bertanggung jawab secara perdata. Seseorang yang sudah dihadapkan ke peradilan pidana akan tetap mendapat cap kriminal meskipun pada akhirnya ia dilepaskan dari tuntutan hukum. Di tengah masyarakat, cap kriminal sangat berat untuk ditanggung.

4. Pada kasus-kasus yang diteliti tersebut dimuka, ketika Mahkamah Agung memutuskan bahwa perbuatan terdakwa merupakan wanprestasi, atau merupakan hubungan keperdataan atau merupakan kasus perdata yang harus diselesaikan secara perdata, tidak disertai pertimbangan hukum (kriteria) yang jelas mengapa memutuskan demikian, supaya hakim-hakim pada tingkat judex factie (Pengadilan Negeri dan Pengadilan Tinggi) dapat menjadikan putusan Mahkamah Agung (yurisprudensi) sebagai pedoman dalam memutus perkara-perkara serupa, hendaknya Mahkamah Agung dalam setiap putusannya disertai pertimbangan hukum yang terperinci mengenai asas hukum atau teori hukum atau dasar hukum yang dipakai sebagai dasar pertimbangan.
5. Penyelesaian kasus perdata dengan hukum perdata akan menghasilkan putusan yang lebih tuntas, permasalahan hukum yang terkandung dalam kasus tersebut dapat diselesaikan secara tuntas sehingga menghasilkan kepastian hukum terhadap kasus tersebut, dan karena permasalahan hukum yang ada dapat dilihat dan diputuskan secara tuntas hal itu akan menghasilkan keputusan yang lebih adil. Dari segi kegunaan/kemanfaatan penggunaan hukum perdata dalam menyelesaikan kasus yang sebenarnya merupakan kasus perdata pasti lebih berguna/lebih bermanfaat dari pada menggunakan hukum pidana. Dalam hal suatu kasus yang memang merupakan kasus perdata maka hukum pidana harus diperlakukan *ultimum remedium.*

DAFTAR PUSTAKA

I. BUKU

Abdulkadir Muhammad, *Hukum Perdata Indonesia,* cet ke III, Citra Aditya Bakti, Bandung 2000.

----------, *Hukum dan Penelitian Hukum,* Citra Aditya Bakti, Bandung, 2004.

Abdul Qadir Audah, *At Tasyri' Al Jina'iy Al Islamy,* Dar Alkitab al'Araby, Beirut, tt.

Achmad S. Soemadi Praja, *Pengertian serta sifatnya Melawan Hukum bagi terjadinya Tindak Pidana,* Penerbit Armico, Bandung, 1983.

Achmad Wardi Muslich, *Pengantar dan Asas Hukum Pidana Islam, Fikih Jinayah,* Sinar Grafika, Jakarta, 2004.

Adami Chazawi, *Kemahiran dan Ketrampilan Praktek Hukum Pidana,* ed. Pertama, Bayu Media Publishing, Malang.

Ahmadi Miru, *Hukum Kontrak dan Perancangan Kontrak,* Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2007.

Andi Zaenal Abidin, *Hukum Pidana I,* Sinar Grafika, Jakarta 1993.

----------, *Asas-Asas Hukum Pidana,* Alumni, Bandung, 1987.

Andi Hamzah, *Kapita Selekta Hukum Pidana,* Mengenang Al Oemar seno Adji, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1995.

Andi Tahir Hamid, *Praktek pengadilan Perkara Pidana,* CV. Al Ihsan, Surabaya, 1982.

Amiruddin dan Zainal Asikin, *Pengantar Metode Penelitian Hukum,* Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2001.

Arief Masduki, *Asas dan Dasar Hukum Perdata,* Jambatan, 1963.

Arief Sidharta, *Refleksi Tentang Hukum (Terjemahan),* Citra Aditya Bakti, Bandung, 1999.

Bambang Poernomo, *Hukum Pidana, Kumpulan Karangan Ilmiah,* PT. Bina Aksara, Jakarta, 1982.

----------, *Asas-Asas Hukum Pidana*, cet. ke enam, ed. revisi, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1993.

Barbara A Hudson, *Understanding Justice an Introduction o Ideas Perspectives and Controversies in Modern Penal Theory*, Second ed., great Britain, Open University Press, 2003.

Barda Nawawi Arief, *Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan Pengembangan Hukum Pidana,* Citra Aditya Bakti, Bandung 1998.

----------, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana,* cet. kedua ed. revisi, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2002.

----------, *Pembaharuan Hukum Pidana dalam Perspektif Kajian Perbandingan,* Citra Aditya Bakti, Bandung, 2005.

Bemmelem, van J.M, *Hukum Pidana I, Hukum Pidana Meteriil, Bagian Umum,* terjemahan, oleh Hasnan Bina Cipta, 1984.

Bentham, Jeremy, *Teori Perundang-undangan, Prinsip-prinsip Legislasi, Hukum Perdata dan Hukum Pidana*, terjemahan oleh Nurhadi, Nuansa, Bandung, 2006.

Chairul Huda, *Dari Tiada Pidana Tanpa Kesalahan menuju kepada Tiada Pertanggungjawaban Pidana Tanpa Kesalahan,* Kencana Prenada Media, 2006.

Djoko Prakoso, *Pembaharuan Hukum Pidana di Indonesia*, Yogyakarta, Liberty, 1987.

Eddy.O.S.Hiariej, *Asas Legalitas & Penerapan Hukum dalam Hukum Pidana,* Jakarta, Erlangga, 2009.

Friedman, Wolfgan, *Teori dan Filsafat Hukum, Telaah Kritis atas Teori-teori Hukum (Susunan I),* Rajawali Persada, Jakarta, 1990.

----------, *Teori dan Filsafat Hukum, Idealisme Filosofis dan Problema Keadilan (Susunan II)*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1994.

----------, *Teori dan Filsafat Hukum, Hukum dan Masalah-masalah Kontemporer (Susunan III),* Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1994.

Fuller, Lon L, *The Morality of Law,* New Haven, Conn, Yale University Press, 1971.

Gunawan Widjaja dan Kartini Mulyadi, *Perikatan yang Lahir dari Undang-Undang,* Raja Grafindo Persada, ed. 1, cet. 1, Jakarta, 2003

Harahap, M. Yahya: *Hukum Acara Perdata, tentang Gugatan, Persidangan, Penyitaan, Pembuktian, dan Putusan Pengadilan,* Jakarta, Sinar Grafika cet ke dua 2005.

----------, : *Pembahasan Permasalahan dan Penerangan KUHAP, Pemeriksaan Sidang Pengadilan, Banding, Kasasi dan Peninjauan Kembali, ed. 2,* cet. 8, Sinar Grafika, Jakarta, 2008.

Hart, H.L A, *The Concept of Law,* London, Oxford University Press, 1972.

Henston, R.F.V., *Salmond on the Law of Tort,* London, Sweet & Maxwell, 1997.

Hiariej, Eddy O.S. : *Asas Legalitas dan Penemuan Hukum dalam Hukum Pidana,* Erlangga, Jakarta, 2009.

Indriyanto Seno Adji,: *Korupsi dan Hukum Pidana,* Jakarta, Kantor Pengacara dan Konsultan Hukum Prof. Seno Adji & Rekan, 2002.

Kansil, C.S.T, *Pengantar Hukum dan Praktek* , Balai Pustaka, cet. ke 8 Jakarta, 1999.

----------, dan Chistine ST. Kansil, *Modul Hukum Perdata, termasuk Asas-Asas Hukum Perdata,* Pradnya Paramita, Jakarta, cet. ke 4, 2004.

Kelsen, Hans, *Teori Umum Hukum dan Negara, Dasar-Dasar Ilmu Hukum Normatif sebagai Ilmu Hukum Deskriptif Empirik*, alih bahasa Soemardi, Bee Media Indonesia, Jakarta, 2007.

Khudzaifah Dimyati, *Teorisasi Hukum, Studi Perkembangan Pemikiran Hukum di Indonesia 1945 – 1990*, Muhammadiyah University Press, Surakarta, 2004.

Komariah Emong Sapardjaja, *Ajaran Sifat Melawan Hukum Materiil dan Hukum Pidana Indonesia,* Alumni, Bandung, 2002.

Lamintang, P. A. F., *Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia*, Citra Aditya Bhakti, Bandung, cet. III, 1997.

Lili Rasjidi dan Iratania Rasjidi, *Pengantar Filsafat Hukum*, Mandar Maju, Bandung, 2002.

Loeby Loegman, *Delik Politik di Indonesia,*

Mamzah, A., dan Siti Rahayu, *Suatu Tinjauan Ringkas Sistem Pemidanaan di Indonesia*, Akademika Presindo, Jakarta,1983.

Mariam Darus Badrulzaman, *KUHPerdata Buku III, Hukum Perikatan dengan Penjelasan,* ed. kedua, Alumni, Bandung, 1996.

---------- *Kompilasi Hukum Perikatan,* Citra Aditya Bakti, Bandung, 2001

Mashudi dan Muhammad Chidir Ali, *Bab-bab Hukum Perikatan (Pengertian-Pengertian Elementer)*, Bandung, Mandar Maju, 1995.

Munir, Fuady, *Perbuatan Melawan Hukum, Pendekatan Kontemporer,* Citra Aditya Bakti, Bandung, 2003.

Muhammad Tahir Azhary, *Negara Hukum Suatu Studi tentang Prinsip-prinsipnya dilihat dari Segi Hukum dalam Islam, Implementasinya pada Periode Negara Madinah dan Masa Kini,* Bulan Bintang, Jakarta, 1992.

Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Teori-teori dan Kebijakan Pidana,* Alumni, Bandung, 1992.

Mustafa Abdullah dan Ruben Ahmad, *Intisari Hukum Pidana,* Ghalia Indonesia, Jakarta, 1983.

Moegni Djojodirdjo MA, *Perbuatan Melawan Hukum*, Pradnya Paramita, Jakarta, 1982.

Moeljatno, *Asas-Asas Hukum Pidana,* Rineka Cipta, Jakarta, 1993.

---------- *Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban dalam Hukum Pidana,* Bina Aksara, Jakarta, cet. I, 1983.

Nanda Dewantara, *Masalah Kebebasan Hakim dalam Menangani Suatu Perkara Pidana,* Sinar Grafika, Jakarta,1988.

Nyoman Serikat Putra Jaya, *Kapita selekta Hukum Pidana,* Badan Penerbit Universitas Diponegoro, Semarang, 2001.

----------, *Tindak Pidana Korupsi Kolusi dan Nepotisme di Indonesia,* Penerbit Universitas Diponegoro, 2006.

----------, *Relevansi Hukum Pidana Adat dalam Pembaharuan Hukum Pidana Nasional,* Citra Aditya Bakti, Bandung, 2005.

Oemar Seno Adji, *Peradilan Bebas Negara Hukum,* Penerbit Erlangga, Jakarta, 1980.

----------, *Perkembangan Hukum Acara Pidana Sekarang dan dimasa yang akan datang,* ed. ke dua, Penerbit Pancuran Tudjuh, 1971.

Packer, Hebert L., *The Limits of The Criminal Sanction,* Stanford University Press, California, 1968.

Philipus M. Hadjon, *Perlindungan Hukum bagi Rakyat di Indonesia,* Bina Ilmu, Surabaya, 1987.

Pitlo, *Het Systeem van het Nederlandse Privaat Recht,* terjemahan Djasadin Saragih, Alumni, Bandung, 1973.

Rachmat Setiawan, *Pokok-Pokok Hukum Perikatan,* Bina Cipta, Bandung, 1979.

Rawls, John, *A Theory of Justice,* Cambridge, Mass Harvard University Press, 1972.

Redmond P.W.D., *General Principles of English Law,* Playmouth, Mac Donald and Evans, 1979, hlm. 3

Reid, Sue Titus, *Criminal Law,* Third ed., Prentice Hall, New Jersey, 1995.

Remmelink Jan Kof, *Hukum Pidana,* edisi Bahasa Indonesia, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2003.

Ridwan Syahrani, *Beberapa Asas Hukum Pidana dalam Perspektif,* Aksara Baru,Jakarta, 1983.

----------, *Seluk Beluk dan Asas-Asas Hukum Perdata,* Penerbit Alumni, Bandung, 1985.

Roeslan Saleh, *Dari Lembaran Keputustakaan Hukum Pidana,* Sinar Grafika, Jakarta, 1988.

----------, *Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana,* Penerbit Aksara Baru, Jakarta, 1981.

----------, *Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana, Dua Pengertian dasar dalam Hukum Pidana,* Aksara baru, Jakarta, 1983.

----------, *Sifat Melawan Hukum Perbuatan Pidana* , Aksara Baru, Jakarta, 1987.

----------, *Beberapa Asas Hukum Pidana dalam Perspektif,* Aksara Baru, Jakarta, 1983.

Rossa Agustina, *Perbuatan melawan Hukum,* cet. I, Program Pascasarjana Universitas Indonesia, Jakarta, 2003.

Samidjo, *Pengantar Hukum Indonesia,* Armico, Bandung, 1985.

Satjipto Rahardjo, *Hukum dan Masryarakat,* Angkasa, Bandung, 1980.

----------, *Ilmu Hukum,* Citra Aditya Bakti, Bandung, 2000.

Satrio J., *Gugat Perdata atas Dasar Penghinaan, sebagai Tindakan Melawan Hukum,* Citra Aditya Bakti, Bandung, 2005.

Schaffmeisester, D. N. Keijzer dan E. P. H. Sutorius, *Hukum Pidana,* terjemahan oleh, JE. Sahetapy, Liberty, Yogyakarta, 1995.

Sianturi S.R., *Asas-asas Pidana di Indonesia dan Penerapannya,* Alumni AHAEM-PTHAEM, Jakarta, 1986.

Soedarto, *Hukum dan Hukum Pidana,* Penerbit Alumni, Bandung, 1977.

----------, *Hukum Pidana I,* Yayasan Soedarto, Semarang 1990.

---------, *Hukum Pidana dan Perkembangan Masyarakat, Kajian Terhadap Pembaharuan Hukum Pidana,* Penerbit Sinar Baru, Bandung, 1983.

----------, *Kapita selekta Hukum Pidana,* Alumni, Bandung, 1986.

Soediman Kartohadiprojo, *Pengantar Tata Hukum Indonesia,* Balai Pustaka, Bag. I, PT. Pembangunan. 1995.

Soerjana Soekamto dan Sri Mamuji, *Penelitian Hukum Normatif,* Jakarta, Raja Grafindo Persaada, 2003

Sri Soedewi Masjchoen Sofwan, *Hukum Perdata Hukum Benda,* Seksi Hukum Perdata Fakultas Hukum UGM, Yogyakarta, 1975.

Subekti R, *Pokok-pokok Hukum Perdata,* Penerbit Intermasa, Jakarta, 1978.

----------, dan Tjitrosudibio, R., *Kitab Undang-Undang Hukum Perdata,* edisi revisi, cet. 28, Pradnya Paramita, Jakarta, 1996.

Sudikno Mertokusumo, *Mengenai Hukum (Suatu Pengantar),* Liberty, Yogyakarta, 1988.

----------, *Bab-bab tentang Penemuan Hukum,* Citra Aditya Bakti, Bandung, 1993.

----------, *Penemuan Hukum,* Liberty, Yogyakarta, 2000.

Sumaryono, *Etika dan Hukum Relevansi Teori Hukum Kodrat Thomas Aquinas,* Kanisius, Yogyakarta, 2002.

Sunaryati Hartono, *PenelitianHukum di Indonesia pada Akhir Abad Ke 20,* Bandung, Penerbit Alumni, 1994.

Taufik Makarao. M., *Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia Study tentang Bentuk-bentuk Pidana Khususnya Pidana Cambuk sebagai Suatu Bentuk Pemidanaan,* Kreasi wacana, Yogyakarta, 2005.

Tresna R, *Komentar HIR,* Pradnya Paramita, Jakarta, 1982.

----------, *Asas-Asas Hukum Pidana,* Tanpa Penerbit, Januari, 1959.

Utrecht, E., *Hukum Pidana I,* PT. Penerbit Universitas, 1958.

----------, *Pengantar dalam Hukum Indonesia,* Ichtiar Baru, 1983.

Volmar, H.F.A., *Pengantar Study Hukum Perdata,* terjemahan oleh I.S. Adiwimarta, CV. Rajawali, ed I, Jakarta, 1983.

Wirjono Prodjodikoro, *Asas-Asas Hukum Perdata,* Sumur Bandung, cet VII, Jakarta, 1970.

----------, *Perbuatan Melanggar Hukum, dipandang dari sudut Hukum Perdata,* Mandar Maju, Bandung, 2000.

----------, *Perbuatan Melanggar Hukum,* Sumur Bandung, cet IV, Jakarta,1976.

----------, *Tindak-tindak Pidana tertentu di Indonesia,* cet I, edisi ke tiga, Refika Aditama, Bandung, 2003.

II. MAJALAH

Adams, Michele, " Caustations and Responsibility in Tort and Affirmatve Action, *Texas Law Review, vol. 179,* Februari 2001.

Asyraf Mukhsin H.A., "Asas-Asas Penemuan Hukum dan Penciptaan Hukum oleh Hakim dalam Proses Peradilan", artikel dalam *Majalah Varia Peradilan* No. 252, November 2006.

Bagir Manan, "Hakim dan Pemidanaan", artikel dalam *Majalah Varia Peradilan* No. 249, Agustus 2006.

----------, "Perjalanan aturan Peradilan UUD 1945", artikel dalam *Majalah Varia Peradilan* No. 259 Juni 2007.

Maskur Hidayat "Argumentum Per Analogi: Dilema antara Pembaruan Konstruksi Yuridis dan Kepastian Hukum", artikel dalam *Majalah Varia Peradilan* No. 279, Februari 2009.

Setiawan, Perbuatan melanggar Hukum, Masalah Kesalahan Schuld, Negligence, artikel dalam *Majalah Varia Peradilan,* No. 21, Juni 1987.

----------, "Empat Kriteria Perbuatan Melawan Hukum dan Perkembangan dalam Yurisprudensi", artikel dalam *Majalah Varia Peradilan,* No. 16, Januari 1987.

----------, "Masalah Ganti Rugi dalam Perbuatan Melawan Hukum oleh Pengacara", artikel dalam *Majalah Varia Peradilan,* No. 45, Juni 1989.

Sudarto, Kejahatan dan Problem Penegak Hukum, Majalah *Masalah-masalah Hukum,* No. 1, 1977, hlm. 42

III. MAKALAH ILMIAH

Bambang Poernomo, : "Proses Pengambilan Keputusan, dalam Perkara Pidana di Pengadilan", *Makalah pada Rapat kerja Nasional MA RI* dengan para ketua Pengadilan tingkat Banding, Yogyakarta, September 2001.

----------, : " Prospek Perkembangan Sanksi Pidana dalam Lingkup Asas-Asas Hukum Pidana di Indonesia", *Makalah untuk Seminar Nasional tentang Asas-asas Hukum Pidana Nasional*, Semarang, April 2004.

----------, : "Hukum Keuangan Publik Dalam Perspektif Aspek Pidana" , *Makalah*, 2009.

Barda Nawawi Arief, *"Pokok-pokok Pemikiran (ide Dasar) Asas-asas Hukum Pidana Nasional"*, Semarang, April 2004.

Djohansyah, J, "Legal Justice, Social Justice dan Moral Justice dalam Praktek", *Makalah Pembanding untuk Panel Diskusi Bagi Hakim tingkat Banding dan tingkat Pertama"*, Pusdiklat Mahkamah Agung R.I., 2004.

Indriyanto Seno Adji, : "Asas Perbuatan Melawan Hukum Materiil dan Masalahnya dalam Perspektif Hukum Pidana di Indonesia", *Makalah*

untuk Seminar Nasional tentang Asas-Asas Hukum Pidana Nasional, Semarang, April 2004.

Loebby Logman, "Perkembangan Asas Legalitas dalam Hukum Pidana Indonesia", *Makalah untuk Seminar Nasional tentang Asas-Asas Hukum Pidana Nasional,* Semarang, April 2004.

Muladi, "Penerapan asas Retroaktif dalam Hukum Pidana Indonesia ", *Makalah untuk Seminar Nasional tentang Asas-Asas Hukum Pidana Nasional*, April 2004.

IV. DISERTASI.

Ridwan Khairandy, "Itikad Baik dalam Kebebasan Berkontrak", Studi mengenai Putusan-putusan Pengadilan di Indonesia", *Disertasi,* Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2003.

Rusli Muhammad, "Kemandirian Pengadilan dalam Proses Pengadilan Hukum Pidana menuju Sistem Peradilan Pidana yang bebas dan bertanggungjawab, *Disertasi,* Program Doktor Ilmu Hukum Univesitas Diponegoro, Semarang, 2004.

Sahetopo, J.E, : "Ancaman Pidana Mahkamah Agung Terhadap Pembunuhan Berencana, *Disertasi*, Bandung, Alumni, 1979.

Salman Luthan, "Kebijakan Penal mengenai Kriminalisasi di Bidang Keuangan (Studi terhadap pengaturan Tindak Pidana dan Sanksi dalam Undang-Undang Perbankan, Perpajakan, Pasar Modal, dan Pencucian Uang)", *Disertasi*,Universitas Indonesia, 2007.

IV. MAKALAH INTERNET

Komariah Emong Sapardjaja, *Hukumonline,* tgl. 27 Juli 2006.

Loebby Loqman, "Beberapa Ikhwal di dalam Undang-undang No. 3 Tahun 1971 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, *Datacom,* 1991.

Lilik Mulyadi, "Pergeseran Perspektif dan Praktik dari MA R.I mengenai Putusan Pemidanaan", *Badilum Info.*

----------, "Dimensi dan Implementasi Perbuatan Melawan Hukum Materiil dalam Tindak Pidana Korupsi pada Putusan Mahkamah Agung Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi", *Badilum Info.*

V. PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN

Undang-Undang No. 4, Tahun 2004, tentang Kekuasaan Kehakiman.

Undang-Undang No. 5, Tahun 2004, tentang Mahkamah Agung.

Undang-Undang No. 48, Tahun 2009, tentang Pokok-Pokok Kekuasaan Kehakiman.

Kitab Undang-Undanng Hukum Pidana.

Kitab Undang-Undang Hukum Perdata.

Undang-Undang No. 8 tahun 1981, tentang Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana .

Rancangan Undang-Undang tentang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (2008).

VI. HIMPUNAN PUTUSAN, EDARAN MAHKAMAH AGUNG

Mahkamah Agung RI, *Bunga Rampai Makalah Hukum Acara Perdata,* Puslitbang Diklat Mahkamah Agung RI, 2004.

----------, *Praktek Acara Perdata Umum dan Pidana dalam Tanya Jawab,* , Puslitbang Diklat Mahkamah Agung RI, 2001.

----------, *Pedoman Pelaksanaan Tugas dan Administrasi Pengadilan Buku II,* edisi revisi, cetakan ke dua, 1997.

----------, *Rangkuman Yurisprundensi Mahkamah Agung Indonesia bagian Hukum Perdata dan Hukum Acara Perdata,* Proyek Yurisprudensi Mahkamah Agung, Jakarta, 1977.

VII. LAIN – LAIN

Arief Sidharta, *Bahan Kuliah,* "Filsafat Hukum", Program Doktor S-3 Universitas Islam Indonesia, Yogyakarta, 2003.

----------, *Bahan Kuliah,* "Teori Hukum", Program Doktor S-3 Universitas Islam Indonesia, Yogyakarta, 2003.

Bambang Poernomo, "Reaksi Sosial Terhadap Norma Imperaktif di Bidang Hukum Pidana", *Pidato Ilmiah dalam rangka Acara Pembukaan Kuliah Pasca Sarjana,* Semester I, Universitas Gajah Mada, 1992.

----------, "Manfaat Telaah Ilmu Hukum Pidana dalam Membangun Model Penegakan Hukum di Indonesia", *Pidato Pengukuhan Guru Besar* Universitas Gajah Mada, Yogyakarta, 1989.

Barda Nawawi Arief, "Beberapa Aspek Pengembangan Ilmu Hukum Pidana (Menyongsong Generasi Baru Hukum Pidana Indonesia)", *Pidato Pengukuhan Guru Besar* Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, 1994.

Djuhaendah Hasan , "Istilah dan pengertian perbuatan melawan hukum", *dalam laporan akhir Kompendium bidang perbuatan melawan hukum,* Jakarta, Badan Pembinaan Hukum Nasional Departemen Kehakiman R.I., 19961997.

Harkristuti Harkrisnowo, "Rekonstruksi Konsep Pemidanaan Suatu Gugatan terhadap Proses Legislasi dan Pemidanaan di Indonesia", *Orasi pada Upacara Pengukuhan Guru Besar Tetap* dalam Ilmu Hukum Pidana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 8 Maret 2003.

Henket, M., *Teori Argumentasi dan Hukum (Terjemahan oleh Arief Sidharta),* Laboratorium Hukum Fakultas Hukum Universitas Katolik Parahyangan, Bandung, 2003.

Mahkamah Konstitusi, Putusan Tanggal 25 Juli 2006 No. 003 PUU – IV 2006.

Moeljatno, "Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban dalam Hukum Pidana", *Pidato Pada Dies Natalis Universitas Gajah Mada 1975,* Bina Aksara, Jakarta, 1984.

Muladi, "Proyeksi Hukum Pidana Materiil Indonesia Di Masa Datang", *Pidato Pengukuhan Guru Besar* dalam mata pelajaran Ilmu Hukum Pidana pada Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, Semarang, 24 Februari 1990.

Oen Hock Lie, "Yurisprudensi Sebagai Sumber Hukum", *Pidato pada Peresmian jabatan Guru Besar Luar Biasa* dalam Ilmu Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Indonesia, Universitas Indonesia, Jakarta, 19 September 1951.

Siregar, Bismar, "Tentang Pemberian Pidana", *Kertas Kerja pada Simposium Pembaharuan Hukum Pidana Nasional,* di Semarang, 1980.

Sri Setianingsih Suardi, "Perbuatan Melawan Hukum secara Khusus", *Laporan Akhir Kompedium Bidang Perbuatan Hukum,* BPHN, 1996-1997.

St. Remmy Sjahdeni dkk., "*Naskah Akademis Peraturan Perundang-undangan tentang Perbuatan Melawan Hukum*", Badan Pembinaan Hukum Nasional Departement Kehakiman R.I, Jakarta, 1993 1994, hlm. 18.

IV. KETERANGAN KELUARGA

A. SUAMI

Nama : Dr. MULYOTO, S.H., M.Kn.

Pekerjaan : Notaris – PPAT, Dosen

B. ANAK

1. PRITA FARINIA, S.H., M.Kn., M.H., Notaris – PPAT
2. AVISENA DYATMAKA, S.H. M.Kn., Mahasiswa Program Doktor UII Yogyakarta
3. ALFARIS GIFARI, S.T., Freeport, Papua

C. MENANTU

1. PURNAWAN ADI WICAKSONO, S.T., M.T., Dosen Universitas Diponegoro Semarang
2. DEASY NOVI, S.E., Bank BTPN Surakarta

D. CUCU

1. AMMAR FAYIZ
2. AUREL NORINIA AZZAHRA
3. BULAN KADZHINI DYANOV

IV. KETERANGAN KELUARGA

A. SUAMI

Nama : Dr. MULYOTO, S.H., M.Kn.

Pekerjaan : Notaris – PPAT, Dosen

B. ANAK

1. PRITA FARINIA, S.H., M.Kn., M.H., Notaris – PPAT
2. AVISENA DYATMAKA, S.H. M.Kn., Mahasiswa Program Doktor UII Yogyakarta
3. ALFARIS GIFARI, S.T., Freeport, Papua

C. MENANTU

1. PURNAWAN ADI WICAKSONO, S.T., M.T., Dosen Universitas Diponegoro Semarang
2. DEASY NOVI, S.E., Bank BTPN Surakarta

D. CUCU

1. AMMAR FAYIZ
2. AUREL NORINIA AZZAHRA
3. BULAN KADZHINI DYANOV