

II. TINJAUAN PUSTAKA

A. Pengertian Tindak Pidana Penghinaan

Kebebasan berekspresi telah diatur dalam UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945, khususnya dalam Pasal 28 E dan 28 F, namun pembatasan terhadap kebebasan ini telah terbangun dalam tradisi panjang melalui beragam putusan pengadilan dan produk legislasi khususnya KUHP dan produk legislasi baru yang dihasilkan pasca reformasi 1998. Salah satu pembatasan hak asasi manusia yang penting diketahui adalah pembatasan yang diperkenalkan dalam Pasal 28 J UUD 1945 yang kemudian menjadi dasar untuk membatasi kebebasan yang telah diakui dan dijamin dalam UUD 1945.

Penghinaan sudah lama menjadi bagian dari hukum pidana dan hukum perdata Indonesia, karena pada dasarnya Indonesia mewarisi sistem hukum yang berlaku pada masa Hindia Belanda. Hukum Penghinaan di Indonesia pada dasarnya diatur dalam dua kelompok besar yaitu kelompok hukum pidana dan kelompok hukum perdata. Kelompok hukum pidana diatur dalam KUHP dan beberapa UU lain yang juga memuat ketentuan beberapa pasalnya.

KUHP menjelaskan, secara umum Penghinaan diatur dalam Bab XVI dan dikelompokkan menjadi 7 bagian yakni, menista, fitnah, penghinaan ringan, penghinaan terhadap pegawai negeri, pengaduan fitnah, persangkaan palsu, dan penistaan terhadap orang mati. Selain itu, di dalam KUHP juga terdapat bentuk-bentuk penghinaan yang lebih khusus seperti Penghinaan terhadap Presiden/Wakil Presiden, penghinaan terhadap Negara, Penghinaan terhadap Badan/Kekuasaan Umum, penghinaan terhadap Golongan, penghinaan (Menista) terhadap Agama.¹

Ketentuan Penghinaan dalam KUHP sejak 1998 Pemerintah dan DPR juga memperkenalkan berbagai UU baru yang memuat ketentuan-ketentuan Penghinaan yang pada dasarnya serupa dengan yang telah ada dalam KUHP, namun juga diatur kembali dalam UU No.32 Tahun 2002 tentang Penyiaran, dan UU No. 11 Tahun 2008 tentang ITE. Dalam KUHPperdata juga mengatur ketentuan Penghinaan, ini dikelompokkan dalam Buku Ketiga tentang Perikatan, dalam bab III secara umum Penghinaan menurut KUHPperdata diatur dalam Pasal 1365 KUHPdt, sementara ketentuan Penghinaan secara Khusus diatur dalam Pasal 1372 sampai dengan 1380 KUHPdt.

KUHPdt juga tidak dikenal pembedaan atau bentuk-bentuk khusus atas penghinaan seperti dalam KUHP. Ketentuan Penghinaan di dalam KUHPperdata secara umum ditujukan untuk meminta ganti rugi berdasarkan ketentuan Pasal 1373 KUHPdt. Jadi, dalam praktiknya seseorang yang merasa terhina dapat melakukan penuntutan secara pidana dan melakukan Penggabungan Perkara untuk

¹ Lihat <http://icjrid.files.wordpress.com/2012/12/analisis-terhadap-situasi-hukum-penghinaan-di-indonesia.pdf>

meminta ganti kerugian secara Perdata, atau secara terpisah melakukan penuntutan Pidana dan melakukan gugatan perdata, atau memilih salah satunya.

Ketentuan Penghinaan dalam KUHP sejak 1998 pemerintah dan DPR juga memperkenalkan berbagai UU baru yang memuat ketentuan Penghinaan yang pada dasarnya serupa dengan yang telah ada dalam KUHP. Khusus untuk pengguna internet, ancaman pidana yang dirumuskan melalui Pasal 27 Ayat (3) jo Pasal 45 UU No.11 Tahun 2008 telah menjadi *deterrent effect* yang ampuh bagi para pengguna internet, karena untuk pertama kalinya dalam perkara penghinaan seseorang bisa ditahan karena melakukan tindak pidana penghinaan di internet.²

B. Pengaturan Tindak Pidana Penghinaan Berdasarkan Undang-Undang No. 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik (ITE) serta KUHP.

Teknologi informasi dan komunikasi telah mengubah perilaku dan pola hidup masyarakat secara global. Perkembangan teknologi informasi telah pula menyebabkan dunia menjadi tanpa batas (*borderless*) dan menyebabkan perubahan sosial, budaya, ekonomi dan pola penegakan hukum yang secara signifikan berlangsung demikian cepat. Teknologi informasi saat ini menjadi pedang bermata dua, karena selain memberikan kontribusi bagi peningkatan kesejahteraan, kemajuan dan peradaban manusia, sekaligus menjadi sarana efektif perbuatan melawan hukum.³

Undang-Undang Nomor. 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik (UU ITE) merupakan undang-undang yang ditunggu implementasinya

² Lihat Putusan Mahkamah Konstitusi No 16/PUU-IX/2011 hal 28 di <http://bit.ly/Hzos5r>

³ Widyapramono, *Kejahatan di bidang Komputer*, Jakarta, Pustaka Sinar Harapan, 1998, hlm. 191

baik oleh dunia teknologi informasi, masyarakat umum, maupun pemerintah. Beberapa alternatif model pengaturan dalam UU ITE yaitu model pengaturan yang berpijak pada pemilahan materi hukum secara ketat sehingga regulasi yang dibuat bersifat sangat sempit dan spesifik pada sektor tertentu saja serta model pengaturan yang bersifat komprehensif dalam arti materi muatan yang diatur mencakup hal yang lebih luas disesuaikan dengan kebutuhan yang saat ini terjadi sehingga dalam regulasi tersebut akan tercakup aspek hukum perdata materil, hukum acara perdata dan pidana, hukum pembuktian, dan hukum pidana.⁴ Yang terjadi apabila seorang yang melakukan tindak pidana penghinaan melalui lagu yang dengan sengaja mengunggahnya ke media internet, dapat dikenakan pasal 27 UU ITE.

Tindak Pidana Penghinaan dalam UU ITE (Pasal 27 Ayat (3) merumuskan:

“Setiap orang dengan sengaja dan tanpa hak mendistribusikan dan/atau mentransmisikan dan/atau membuat dapat diaksesnya Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik yang memiliki muatan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik”

Tindak pidana tersebut di atas diancam dengan pidana penjara paling lama 6 (enam) tahun dan/atau denda paling banyak Rp. 1.000.000.000,00 (satu miliar rupiah).

Kemudian kasus penghinaan terhadap penguasa atau badan umum, seperti pada kasus konser yang menyanyikan lagu Penghinaan terhadap institusi Polri, Penghinaan dalam Pasal 207 KUHP telah mengaturnya:

“Barang siapa dengan sengaja di muka umum dengan lisan atau tulisan menghina suatu penguasa atau badan umum yang ada di Indonesia,

⁴ Abdul Wahid dan Muhammad Latib, *Kejahatan Mayaantara(cybercrime)*, Bandung, PT.Rafika Aditama, 2005. hlm. 86

diancam dengan pidana penjara paling lama satu tahun enam bulan atau pidana denda paling banyak empat ribu lima ratus rupiah”.

Sebuah contoh lain, lagu yang tenar di dunia internet yang bermuatan penghinaan dan penistaan terhadap Agama di Indonesia dirumuskan Pasal 28 Ayat (2) UU ITE yakni:

- (1) Setiap orang dengan sengaja dan tanpa hak menyebarkan informasi yang ditujukan untuk menimbulkan rasa kebencian atau permusuhan individu dan/atau kelompok masyarakat tertentu berdasarkan atas suku, agama, Ras, dan antargolongan (SARA).

Tindak Pidana Penghinaan dalam Pasal 315 KUHP merumuskan:

“Tiap-tiap penghinaan dengan sengaja yang tidak bersifat pencemaran atau pencemaran tertulis yang dilakukan terhadap seseorang, baik di muka umum dengan lisan atau tulisan, maupun di muka orang itu sendiri dengan lisan atau perbuatan, atau dengan surat yang dikirimkan atau diterimakan kepadanya, diancam karena penghinaan ringan”. Tindak pidana tersebut di atas diancam dengan pidana penjara paling lama 4 (empat) bulan 2 (dua) minggu atau denda paling banyak empat ribu lima ratus rupiah.

Pasal 532 KUHP juga merumuskan mengenai lagu-lagu yang melanggar kesusilaan:

Diancam dengan pidana kurungan paling lama tiga hari atau pidana denda paling banyak dua ratus dua puluh lima rupiah:

1. Barangsiapa di muka umum menyanyikan lagu-lagu yang melanggar kesusilaan.

Penghinaan lisan dalam KUHP (Pasal 310 Ayat (1) :

“Barangsiapa sengaja menyerang kehormatan atau nama baik seseorang dengan menuduhkan sesuatu hal, yang maksudnya terang supaya hal itu diketahui umum, diancam karena pencemaran dengan pidana penjara paling lama Sembilan bulan atau pidana denda paling banyak empat ribu lima ratus rupiah”.

R. Soesilo menjelaskan bahwa supaya dapat dihukum menurut Pasal 310 Ayat (1) KUHP, maka penghinaan itu harus dilakukan dengan cara “menuduh seseorang telah melakukan perbuatan yang tertentu” dengan maksud tuduhan itu akan tersiar (diketahui orang banyak). Perbuatan yang dituduhkan itu tidak perlu suatu perbuatan yang dapat dihukum seperti mencuri, menggelapkan, berzinah, dan sebagainya, cukup dengan perbuatan biasa, sudah tentu suatu perbuatan yang memalukan. Tuduhan tersebut harus dilakukan dengan lisan, apabila dilakukan dengan tulisan atau gambar, maka kejahatan itu dinamakan menista dengan surat dan dikenakan Pasal 310 Ayat (2) KUHP.⁵

KUHP sendiri tidak dijelaskan apakah yang dimaksud dengan penghinaan secara lisan. Apakah hanya dengan perkataan lisan atau bisa juga dengan menyanyikan lagu yang mengandung penghinaan. Mudzakkir menyatakan “Ancaman pidana 5 tahun atau ancaman pidana di dalam tindak pidana dalam peraturan perundang-undangan itu menjadi rancu ketika orang mempertimbangkan supaya bisa ditahan dan beberapa pasal tertentu naiknya menjadi 5 tahun” Alasannya bukan alasan justice-nya maksimum 5 tahun, tetapi lebih pada alasan agar supaya yang bersangkutan bisa ditahan.⁶

Mengenai hal ini, kita dapat merujuk pada kasus yang terjadi pada pertengahan 2006, sebagaimana pernah diungkit sekilas dalam artikel yang berjudul *Seputar Somasi Terhadap Iklan Polisi (Lagi) Tidur*. Para anggota band lokal Bali ditangkap dan diadili dengan tuduhan penghinaan terhadap polisi. Teguh Setiabudi dan Sofyan Hadi, kedua penyanyi itu, diringkus setelah menyanyikan

⁵ R. Soesilo, *Buku Kitab Undang-Undang Hukum Pidana serta komentar-komentarnya lengkap Pasal demi Pasal*, hlm. 14

⁶ Leden Marpaung, *Op.Cit.* hlm.41

lagu berjudul anjing dalam suatu konser. Mereka diseret ke pengadilan dan akhirnya dihukum percobaan satu tahun penjara.⁷

Meskipun UU ITE dan KUHP tidak menjelaskan tentang tindak pidana Pencemaran Nama baik dan Penghinaan melalui sebuah lagu, tetapi pasal-pasal tersebut di atas tetap saja dapat menjerat pelaku yang membuat lagu penghinaan maupun yang menyanyikannya tersebut meskipun mereka menyebarkan ataupun tidak menyebarkan melalui internet.

Pasal 55 KUHP telah menjelaskan:

(1) Dipidana sebagai pelaku tindak pidana:

1. Mereka yang melakukan, yang menyuruh melakukan, dan yang turut serta melakukan perbuatan;
2. Mereka yang dengan memberi atau menjanjikan sesuatu, dengan menyalahgunakan kekuasaan atau martabat, dengan kekerasan, ancaman atau penyesatan, atau dengan memberi kesempatan, sarana atau keterangan, sengaja menganjurkan orang lain supaya melakukan perbuatan.

(2) Terhadap penganjur, hanya perbuatan yang sengaja dianjurkan sajalah yang diperhitungkan, beserta akibat-akibatnya.

Jadi, tindak pidana penghinaan melalui lagu yang dilakukan oleh seseorang baik dengan sengaja melakukan, ataupun yang menyuruh melakukan dan turut melakukan tindak pidana penghinaan tersebut tetap dapat dipidana.

C. Penghinaan Melalui Lagu Merupakan Delik Aduan

Istilah delik aduan (*klacht delict*), ditinjau dari arti kata klacht atau pengaduan berarti tindak pidana yang hanya dapat dilakukan penuntutan setelah adanya

⁷ Lihat <http://www.hukumonline.com/berita/baca/hol16364/seputar-somasi-terhadap-iklan-polisi-lagi-tidur>

laporan dengan permintaan untuk dilakukan penuntutan terhadap orang atau terhadap orang tertentu.

Pada delik aduan, jaksa hanya akan melakukan penuntutan apabila telah ada pengaduan dari orang yang menderita, dirugikan oleh kejahatan tersebut. Pengaturan delik aduan tidak terdapat dalam Buku ke I KUHP, tetapi dijumpai secara tersebar di dalam Buku ke II. Tiap-tiap delik yang oleh pembuat undang-undang dijadikan delik aduan, menyatakan hal itu secara tersendiri, dan dalam ketentuan yang dimaksud sekaligus juga ditunjukkan siapa-siapa yang berhak mengajukan pengaduan tersebut.⁸

Pasal 319 KUHP berbunyi sebagai berikut:

“Penghinaan yang boleh dihukum menurut bab ini tidak dituntut melainkan atas pengaduan orang yang terhadapnya kejahatan itu dilakukan, kecuali dalam hal tersebut pada Pasal 316”⁹

Untuk menentukan adanya penghinaan atau pencemaran nama baik, konten dan konteks menjadi bagian yang sangat penting untuk dipahami.¹⁰

Sedangkan, konteks berperan untuk memberikan nilai obyektif terhadap konten. Pemahaman akan konteks mencakup gambaran mengenai suasana hati korban dan pelaku, maksud dan tujuan pelaku dalam mendiseminasi informasi, serta kepentingan-kepentingan yang ada di dalam pendiseminasian (penyebarluasan, ed.) konten. Oleh karena itu, untuk memahami konteks, mungkin diperlukan pendapat ahli, seperti ahli bahasa, ahli psikologi, dan ahli komunikasi.

⁸ Lihat <http://boyloy.wordpress.com/2012/04/07/delik-aduan/>

⁹ Leden Marpaung, *Op. Cit.* hlm. 97

¹⁰ Lihat <http://www.hukumonline.com/klinik/detail/lt520aa5d4cedab/pencemaran-nama-baik-di-media-sosial,-delik-biasa-atau-aduan>

KUHP mengatur dengan tegas bahwa penghinaan merupakan delik aduan. Tidak adanya ketentuan yang tegas bahwa Pasal 27 Ayat (3) UU ITE merupakan delik aduan kerap dipermasalahkan dalam menerapkan ketentuan ini. Akan tetapi, dari Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 50/PUU-VI/2008 mengenai konstitusionalitas Pasal 27 Ayat (3) UU ITE telah ada penegasan bahwa Pasal 27 Ayat (3) UU ITE merupakan delik aduan. Dalam pertimbangan Mahkamah Konstitusi Butir [3.17.1] dijelaskan.¹¹

Bahwa terlepas dari pertimbangan Mahkamah yang telah diuraikan dalam paragraf terdahulu, keberlakuan dan tafsir atas Pasal 27 Ayat (3) UU ITE tidak dapat dipisahkan dari norma hukum pokok dalam Pasal 310 dan Pasal 311 KUHP sebagai *genus delict* yang mensyaratkan adanya pengaduan (*klacht*) untuk dapat dituntut, harus juga diperlakukan terhadap perbuatan yang dilarang dalam Pasal 27 Ayat (3) UU ITE, sehingga juga harus ditafsirkan sebagai delik yang mensyaratkan pengaduan (*klacht*) untuk dapat dituntut di depan Pengadilan.

Delik aduan dibagi dalam dua jenis :

Delik aduan absolut (*absolute klacht delict*)

Tresna menyatakan delik aduan absolut adalah tiap-tiap kejahatan yang dilakukan, yang hanya akan dapat diadakan penuntutan oleh penuntut umum apabila telah diterima aduan dari yang berhak mengadukannya. Pompe mengemukakan delik aduan absolut adalah delik yang pada dasarnya, adanya suatu pengaduan itu

¹¹ Lihat <http://warungcyber.web.id/?p=205>

merupakan *voorwaarde van vervolgbaarheid* atau merupakan syarat agar pelakunya dapat dituntut.¹²

Mr. M.H.Titraamidjaja mengutarakan antara lain sebagai berikut:

“.....suatu pengaduan ialah suatu pernyataan tegas dari orang yang berhak untuk mengadu bahwa ia menghendaki penuntutan orang yang telah melakukan pelanggaran pidana itu”

Mr.M.H.Tirtaamidjaja menyatakan bahwa memang telah dapat membentuk pengertian tentang “pengaduan”tetapi belum tepat betul karena pernyataan tersebut belum jelas apakah lisan atau tertulis, akan sulit mempergunakan karena tanggal pengajuan maupun waktu untuk mencabut akan sulit menentukan.

demikian maka suatu pengaduan adalah pernyataan tertulis orang yang berhak untuk mengadu bahwa ia menghendaki penuntutan pelaku suatu pelanggaran/tindak pidana.

“Orang yang berhak mengadu” jika yang menderita atau korban kejahatan suatu tindak pidana, sudah dewasa maka tidak menimbulkan permasalahan karena korban itulah yang berhak mengadu. Masalah timbul, jika korban suatu tindak pidana aduan, belum dewasa. Hal ini diatur oleh Pasal 72 KUHP dan Pasal 73 KUHP.

Pasal 72 KUHP merumuskan:

“(1) Selama orang yang terhadapnya dilakukan kejahatan yang hanya boleh dituntut atas pengaduan, umurnya belum cukup enam belas tahun dan lagi belum dewasa atau selama itu dibawah pengampuan yang disebabkan oleh

¹² . <http://boyloy.wordpress.com/2012/04/07/delik-aduan/>

hal lain daripada keborosan, maka wakilnya yang sah dalam perkara perdata yang berhak mengadu.

(2) Jika wakilnya itu tidak ada atau ia sendiri yang harus diadukan maka penuntutan dapat dilakukan atas pengaduan wali pengawas atau wali pengampun atau majelis yang menjalankan kewajiban wali atau seorang keluarga sedarah dalam turunan yang lurus, atau pada ketiadaan keluarga sedarah itu atas pengaduan keluarga dalam turunan yang menyimpang sampai derajat ketiga¹³.

Kejahatan-kejahatan yang termasuk dalam jenis delik aduan absolut seperti :

- (1) Kejahatan penghinaan (Pasal 310 s/d 319 KUHP), kecuali penghinaan yang dilakukan oleh seseorang terhadap seseorang pejabat pemerintah, yang waktu diadakan penghinaan tersebut dalam berdinis resmi. Si penghina dapat dituntut oleh jaksa tanpa menunggu aduan dari pejabat yang dihina.
- (2) Kejahatan-kejahatan susila (Pasal 284, Pasal 287, Pasal 293 dan Pasal 332 KUHP).
- (3) Kejahatan membuka rahasia (Pasal 322 KUHP)

Delik aduan relatif (*relatieve klacht delict*)

Delik aduan relatif adalah kejahatan-kejahatan yang dilakukan, yang sebenarnya bukan merupakan kejahatan aduan, tetapi khusus terhadap hal-hal tertentu, justru diperlukan sebagai delik aduan. Menurut Pompe, delik aduan relatif adalah delik dimana adanya suatu pengaduan itu hanyalah merupakan suatu *voorwaarde van vervolgbaarheid* atau suatu syarat untuk dapat menuntut pelakunya, yaitu

¹³ Leden Marpaung, *Op. Cit.* hlm.98

bilamana antara orang yang bersalah dengan orang yang dirugikan itu terdapat suatu hubungan yang bersifat khusus.¹⁴

Tetapi, berbeda dengan kasus penghinaan terhadap Personal, kasus penghinaan terhadap Presiden, Wakil Presiden, dan Instansi Negara, termasuk dalam delik biasa, artinya aparat hukum bisa berinisiatif melakukan penyidikan dan pengusutan tanpa harus ada pengaduan dari pihak yang dirugikan. Logika dari ketentuan ini adalah presiden, wakil presiden, dan instansi negara adalah simbol negara yang harus dijaga martabatnya. Selain itu, posisi jabatannya tidak memungkinkan mereka bertindak sebagai pengadu.

Tindak pidana terhadap kehormatan yang diatur oleh Pasal 316 KUHP dan tindak pidana terhadap kehormatan khusus (Penghinaan khusus), tidak termasuk tindak pidana aduan sehingga tidak memerlukan pengaduan. Dengan perkataan lain, hal-hal tersebut adalah tindak pidana biasa.¹⁵

Dasar adanya tindak pidana adalah asas legalitas, sedangkan dasar dapat dipidananya pembuat tindak pidana adalah asas kesalahan.”

Moeljatno mendefinisikan perbuatan pidana sebagai perbuatan yang dilarang oleh suatu aturan hukum, larangan mana disertai ancaman (sanksi) yang berupa pidana tertentu bagi barang siapa melanggar larangan tersebut. larangan ditujukan kepada perbuatan (suatu keadaan atau kejadian yang ditimbulkan oleh kelakuan orang), sedangkan ancaman pidana ditujukan kepada orang yang menimbulkan kejadian itu.

¹⁴ <http://boyloy.wordpress.com/2012/04/07/delik-aduan/>

¹⁵ Moeljatno, *Asas-asas Hukum Pidana*, Cetakan Kedua, Jakarta: Bina Aksara, 1984, hlm 49

Unsur tindak pidana dan kesalahan (kesengajaan) adalah unsur yang sentral dalam hukum pidana. Unsur perbuatan pidana terletak dalam lapangan objektif yang diikuti oleh unsur sifat melawan hukum, merupakan unsur subjektif yang adanya kesalahan (kesengajaan dan kealpaan).

Moeljatno menyimpulkan bahwa untuk menentukan kehendaknya menurut keinsyafan tentang baik dan buruknya perbuatan tadi (faktor perasaan/kehendak), adapun menurut Moeljatno unsur-unsur tindak pidana adalah:

1. Kesengajaan (*dolus*) & Kealpaan (*culpa*)

a. Kesengajaan (*dolus*)

Ada dua teori yang berkaitan dengan pengertian “sengaja”, yaitu teori kehendak dan teori pengetahuan atau membayangkan.

- Menurut teori kehendak, sengaja adalah kehendak untuk mewujudkan unsur-unsur delik dalam rumusan undang-undang.
- Menurut teori pengetahuan atau teori membayangkan, manusia tidak mungkin dapat menghendaki suatu akibat karena manusia hanya dapat menginginkan, mengharapkan atau membayangkan adanya suatu akibat. Adalah “sengaja” apabila suatu akibat yang ditimbulkan karena suatu tindakan dibayangkan sebagai maksud tindakan itu dan karena itu tindakan yang bersangkutan dilakukan sesuai dengan bayangan yang terlebih dahulu telah dibuat.¹⁶

¹⁶ Ibid, hlm. 55

Dalam ilmu hukum pidana dibedakan tiga macam sengaja, yaitu :

Sengaja sebagai maksud (*opzet als oogmerk*), definisi sengaja sebagai dimaksud adalah apabila pembuat menghendaki akibat perbuatannya. Dengan kata lain, jika pembuat sebelumnya sudah mengetahui bahwa akibat perbuatannya tidak akan terjadi maka sudah tentu ia tidak akan pernah mengetahui perbuatannya.

b. Kealpaan (*culpa*)

Yang dimaksud dengan kealpaan adalah terdakwa tidak bermaksud melanggar larangan undang-undang, tetapi ia tidak mengindahkan larangan itu. Ia alpa, lalai, teledor dalam melakukan perbuatan tersebut. jadi, dalam kealpaan terdakwa kurang mengindahkan larangan sehingga tidak berhati-hati dalam melakukan sesuatu perbuatan yang objektif kausal menimbulkan keadaan yang dilarang.

Moeljatno mengatakan kealpaan itu mengandung dua syarat, yaitu tidak mengadakan penduga-penduga sebagaimana diharuskan oleh hukum dan tidak mengadakan penghati-hati sebagaimana diharuskan oleh hukum.¹⁷

Kealpaan ditinjau dari sudut kesadaran si pembuat maka kealpaan tersebut dapat dibedakan atas dua yaitu :

1) Kealpaan yang disadari (*bewuste schuld*) Kealpaan yang disadari terjadi apabila si pembuat dapat membayangkan atau memperkirakan kemungkinan timbulnya suatu akibat yang menyertai perbuatannya. Meskipun ia telah berusaha untuk mengadakan pencegahan supaya tidak timbul akibat itu.

¹⁷ Ibid, hlm. 50

2) Kealpaan yang tidak disadari (*onbewuste schuld*) Kealpaan yang tidak disadari terjadi apabila si pembuat tidak membayangkan atau memperkirakan kemungkinan timbulnya suatu akibat yang menyertai perbuatannya, tetapi seharusnya ia dapat membayangkan atau memperkirakan kemungkinan suatu akibat tersebut.

Salah satu ciri dari hampir semua sistem hukum adalah perbuatan pidana yang dilakukan selalu dikaitkan pada keadaan-keadaan yang telah dilakukan selalu dikaitkan pada keadaan tertentu dari mentalnya. Keadaan tertentu ini dalam bentuk negatif dirumuskan orang sebagai *kondisi-kondisi memaafkan*. Maksudnya adalah dirumuskan dengan menyebutkan keadaan-keadaan sebagai alasan-alasan menghapuskan pengenaan pidana.¹⁸

Dalam hukum pidana dikenal pula *doktrins mens rea*. Yang dimaksud dengan doktrin ini singkatnya adalah bahwa adanya unsur subjektif.¹⁹

Berdasarkan pada doktrin ini pula maka suatu peradilan pidana dapat melibatkan penyelidikan-penyelidikan terhadap kesehatan jiwa tertuduh, terhadap apa yang ia ketahui, yakini, atau duga sebelumnya, atau terhadap persoalan-persoalan sekitar apakah dia diancam atau dihasut untuk melakukan perbuatan pidana itu, atau apakah dia telah dihalangi oleh suatu penyakit ataupun ketidaksadaran atau pengawasan terhadap dirinya atau badannya. Doktrin ini disebut sebagai dasar dari hukum pidana, sebabnya adalah oleh karena suatu yang berkaitan dengan keadaan-keadaan mental dari tersangka dan hubungan antara keadaan-keadaan

¹⁸ Moljatno, *Asas-asas Hukum Pidana*, Cetakan Kedua, Jakarta: Bina Aksara, 1984, hlm. 54

¹⁹ *Ibid.* hlm. 21

mental itu dengan perbuatan yang dilakukan adalah sedemikian rupa sehingga orang itu dicela karenanya.

Lady Wootton mengatakan bahwa jika tujuan dari hukum pidana adalah untuk mencegah terjadinya perbuatan-perbuatan yang dapat merusak masyarakat, dan bukanlah untuk membalas kejahatan yang telah dilakukan pembuat di masa yang lampau maka doktrin yang berlaku secara konvensional ini telah menempatkan *mens rea* di tempat yang salah. Menurut dia *mens rea* itu hanya penting setelah penghukuman, sebagai suatu petunjuk tentang ukuran-ukuran apakah yang akan diambil untuk mencegah terulangnya kembali perbuatan yang terlarang itu. Menurutnya adalah tidak logis, untuk menjadikan *mens rea* bagian daripada itu terhadap tindakan-tindakan yang harus diterimanya, jika tujuan dari hukum pidana adalah pencegahan.²⁰

²⁰ Ibid. hlm. 30