

BAB II

KONSEP TINDAK PIDANA PERTANGGUNG JAWABAN PIDANA DAN PENGERTIAN PORNOGRAFI

A. Tindak Pidana

1. Pengertian Tindak Pidana

Di Indonesia pembentuk Undang-Undang menggunakan istilah *strafbaarfeit* untuk menyebutkan nama tindak pidana, tetapi tidak menguraikan secara rinci mengenai *strafbaarfeit* tersebut. *Strafbaar feit* merupakan istilah asli bahasa Belanda yang diterjemahkan ke dalam bahasa Indonesia dengan berbagai arti diantaranya yaitu, tindak pidana, delik, perbuatan pidana, peristiwa pidana maupun perbuatan yang dapat dipidana. Kata *Strafbaar feit* terdiri dari 3 kata, yakni straf, baar dan feit. Berbagai istilah yang digunakan sebagai terjemahan dari strafbaar feit itu, ternyata straf diterjemahkan sebagai pidana dan hukum. Perkataan baar diterjemahkan dengan dapat dan boleh, sedangkan untuk kata feit diterjemahkan dengan tindak, peristiwa, pelanggaran dan perbuatan.¹ Ahli membeberkan beberapa pandangan dari beberapa makna perkataan *strafbaarfeit*

1. Simons Dalam rumusan *strafbaarfeit* yaitu:

“Tindakan melawan hukum yang telah dilakukan dengan sengaja ataupun dengan tidak sengaja oleh seseorang yang dapat dipertanggungjawabkan atas tindakannya oleh Undang-Undang telah dinyatakan sebagai tindakan yang dapat dihukum.”²

Simons berpendapat hukum pidana adalah kesemuanya perintah-perintah dan larangan-larangan yang diadakan oleh dan yang diancam dengan nestapa (pidana) barangsiapa yang tidak mentaatinya, kesemuanya aturan-aturan yang menentukan syarat-syarat bagi akibat hukum itu dan kesemuanya aturan untuk mengadakan (menjatuhi) dan menjalankan pidana tersebut. Alasan dari Simons mengapa *strafbaarfeit* harus dirumuskan seperti diatas karena

¹Adami Chazawi, *Pengantar Hukum Pidana Bag 1*, Jakarta, Grafindo, 2002, hlm. 69.

²Evi Hartanti, *Tindak Pidana Korupsi Edisi Ke Dua*, Jakarta, Sinar Grafika, 2008, hlm. 5.

1. Untuk adanya suatu *strafbaarfeit* disyaratkan bahwa disitu terdapat suatu tindakan yang dilarang ataupun yang diwajibkan Undang-Undang di mana pelanggaran terhadap larangan atas kewajiban seperti itu telah dinyatakan sebagai tindakan yang dapat dihukum;
2. Agar suatu tindakan seperti itu dapat dihukum maka tindakan itu harus memenuhi semua unsur dari delik seperti yang dirumuskan dengan Undang-Undang;
3. Setiap *strafbaarfeit* sebagai pelanggaran terhadap suatu larangan atau kewajiban menurut Undang-Undang itu, pada hakikatnya merupakan tindakan melawan hukum atau suatu *onrechtmatige handeling*.

Jadi sifat melawan hukum timbul dari suatu kenyataan bahwa tindakan manusia bertentangan dengan peraturan Perundang-Undangan. Sehingga sifat melawan hukum itu timbul dari suatu kenyataan bahwa tindakan manusia bertentangan dengan apa yang ada dalam peraturan perundang-undangan, hingga pada dasarnya sifat tersebut bukan suatu unsur dari delik yang mempunyai arti tersendiri seperti halnya dengan unsur lain.³

2. Moeljatno

Moeljatno menggunakan istilah perbuatan pidana, yang didefinisikan beliau sebagai “perbuatan yang dilarang oleh suatu aturan hukum larangan mana disertai ancaman (sanksi) yang berupa pidana tertentu, bagi barang siapa melanggar larangan tersebut. Istilah perbuatan pidana lebih tepat dengan alasan sebagai berikut:

- a. Perbuatan yang dilarang adalah perbuatannya (perbuatan manusia, yaitu suatu kejadian atau keadaan yang ditimbulkan oleh kelakuan orang), artinya larangan itu

³P.A.F. Lamintang, *Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia*, Bandung, PT.Citra Aditya Bakti, 1997, hlm. 181.

ditujukan pada perbuatannya. Sementara itu, ancaman pidananya itu ditujukan pada orangnya.

- b. Antara larangan (yang ditujukan pada perbuatan) dengan ancaman pidana (yang ditujukan pada orangnya), ada hubungan yang erat. Oleh karena itu, perbuatan (yang berupa keadaan atau kejadian yang ditimbulkan orang tadi, melanggar larangan) dengan orang yang menimbulkan perbuatan tadi ada hubungan erat pula.
- c. Untuk menyatakan adanya hubungan yang erat itulah, maka lebih tepat digunakan istilah perbuatan pidana, suatu pengertian abstrak yang menunjuk pada dua keadaan konkret, yaitu pertama, adanya kejadian tertentu (perbuatan); dan kedua, adanya orang yang berbuat atau yang menimbulkan kejadian itu.⁴

3. J.E. Jonkers

J.E. Jonkers, yang merumuskan peristiwa pidana ialah: perbuatan yang melawan hukum (*wederrechtelijk*) yang berhubungan dengan kesengajaan atau kesalahan yang dilakukan oleh orang yang dapat dipertanggungjawabkan.⁵

4. H.J. van Schravendijk

H.J. van Schravendijk, merumuskan perbuatan yang boleh dihukum adalah

kelakuan orang yang begitu bertentangan dengan keinsyafan hukum sehingga kelakuan itu diancam dengan hukuman, asal dilakukan oleh seseorang yang karena itu dapat dipersalahkan⁶

5. Utrecht

Menerjemahkan *strafbaarfeit* dengan istilah peristiwa pidana yang sering juga ia sebut delik, karena peristiwa itu suatu *Handelen* atau *doen-positif* atau suatu melalaikan *nalaten-negatif* maupun akibatnya (keadaan yang ditimbulkan karena perbuatan atau

⁴Moeljatno, *Asas-Asas Hukum Pidana Edisi Revisi*, Jakarta: Rineka Cipta, 2008, hlm 59.

⁵P.A.F. Lamintang, *Op. Cit.*, hlm. 182.

⁶*Ibid.*, hlm. 182.

melalaikan itu). Peristiwa pidana merupakan suatu peristiwa hukum (*rechtsfeit*), yaitu peristiwa kemasyarakatan yang membawa akibat yang diatur oleh hukum. Tindakan semua unsur yang disinggung oleh suatu ketentuan pidana dijadikan unsur yang mutlak dari suatu peristiwa pidana. Hanya sebagian yang dapat dijadikan unsur-unsur mutlak suatu tindak pidana. Yaitu perilaku manusia yang bertentangan dengan hukum (unsur melawan hukum), oleh sebab itu dapat dijatuhi suatu hukuman dan adanya seorang pembuat dalam arti kata bertanggung jawab.⁷

6. Pompe

Perkataan *strafbaarfeit* secara teoritis dapat dirumuskan sebagai suatu “pelanggaran norma atau gangguan terhadap tertib hukum yang dengan sengaja atau tidak sengaja telah dilakukan oleh seorang pelaku, dimana penjatuhan hukuman terhadap pelaku itu adalah penting demi terjaganya tertib hukum dan terjaminnya kepentingan umum”. Menurut Pompe hukum pidana ialah semua aturan-aturan hukum yang menentukan terhadap perbuatan-perbuatan apa seharusnya dijatuhi pidana dan apakah macamnya pidana itu.

Pentingnya sanksi berupa pidana juga menjadi perhatian Herbert L. Packer yang menyatakan:

- a. Sanksi pidana sangatlah diperlukan; kita tidak dapat sekarang maupun dimasa yang akan datang, tanpa pidana;
- b. Sanksi pidana merupakan alat atau sarana terbaik yang tersedia, yang kita miliki untuk menghadapi bahaya-bahaya besar serta untuk menghadapi ancaman-ancaman dari bahaya

⁷*Ibid.*, hlm. 183.

- c. Sanksi pidana suatu ketika merupakan “penjamin yang utama atau yang terbaik” dan suatu ketika merupakan “pengancaman yang utama” dari kebebasan manusia. Ia merupakan penjamin apabila digunakan secara hemat cermat dan secara manusiawi.⁸

2. Unsur-Unsur Tindak Pidana

Unsur dalam tindak pidana dibagi atas 2, yaitu Unsur subjektif adalah unsur-unsur yang melekat pada diri si pelaku atau yang berhubungan dengan diri si pelaku, dan termasuk ke dalamnya yaitu segala sesuatu yang terkandung di dalam hatinya. Sedangkan unsur objektif adalah unsur-unsur yang ada hubungannya dengan keadaan-keadaan, yaitu di dalam keadaan-keadaan mana tindakan-tindakan dari si pelaku itu harus di lakukan

Seseorang dapat dinyatakan bersalah dan dapat dipertanggung jawabkan perbuatan pidana sehingga dapat dipidana apabila telah memenuhi unsur-unsur kesalahan dalam arti luas, sekaligus sebagai unsur subjektif. Syarat pembedaan. tersebut, meliputi:

- a. Unsur Subjektif

- 1. Kesengajaan

Kesengajaan dalam hukum pidana adalah merupakan bagian dari kesalahan. Kesengajaan pelaku mempunyai hubungan kejiwaan yang lebih erat terhadap suatu tindakan (yang terlarang) dibanding dengan kealpaan (culpa). Karenanya ancaman pidana pada suatu delik jauh lebih berat, apabila adanya kesengajaan daripada dengan kealpaan. Bahkan ada beberapa tindakan tertentu, jika dilakukan dengan kealpaan, tidak merupakan tindakan pidana, yang pada hal jika dilakukan dengan sengaja, ia merupakan suatu kejahatan seperti misalnya penggelapan

⁸*Ibid.*, hlm. 183.

(Pasal 372 KUHP). Merusak barang-barang (Pasal 406 KUHP) dan lain sebagainya.

2. Kelalaian (Culpa) Dalam hukum Pidana, dikenal beberapa jenis Kelalaian, yakni:
Culpa lata adalah kelalaian yang berat. Culpa levissima adalah kelalaian ringan, jadi kelalaian ini belum cukup untuk menghukum seseorang karena melakukan suatu kejahatan karena Culpa.
 3. Maksud atau Voornemen pada suatu percobaan atau poding seperti yang dimaksud dalam Pasal 53 ayat 1 KUHP
 4. Macam-macam maksud atau oogmerk seperti yang terdapat misalnya di dalam kejahatan-kejahatan pencurian, penipuan, pemerasan, pemalsuan dan lain-lain
 5. Merencanakan terlebih dahulu atau voorbedachte raad seperti yang terdapat di dalam kejahatan pembunuhan menurut Pasal 340 KUHP.
 6. Perasaan takut yang antara lain terdapat di dalam rumusan tindak pidana menurut Pasal 308 KUHP.
- b. Unsur Objektif
- a. Sifat melawan hukum
 - b. Kualitas dari pelaku, misalnya seorang pegawai negeri sipil melakukan kejahatan yang diatur dalam Pasal 415 KUHP
 - c. Kausalitas, yaitu hubungan antara suatu tindakan sebagai penyebab dengan kenyataan sebagai akibat

B. Pertanggungjawaban Pidana

Dalam hukum pidana dikenal istilah pertanggungjawaban, bahasa Belanda menyebutkan *toerekenbaarheid*, dalam bahasa Inggris *criminal responsibility* atau *criminally liability*.

Pertanggungjawaban pidana, Roeslan Saleh menyebut “pertanggungjawaban pidana”, sedangkan Moeljatno mengatakan “pertanggungjawaban dalam hukum pidana”, ahli hukum lainnya lebih banyak menyebutkan sebagai “pertanggungjawaban pidana”⁹ Pertanggungjawaban atau yang dikenal dengan konsep liability dalam segi falsafah hukum, Roscoe Pound menyatakan bahwa: “I use simple word “liability” for the situation whereby one may exact legally and other is legally subjected to the exception” pertanggungjawaban pidana diartikan Pound adalah sebagai suatu kewajiban untuk membayar pembalasan yang akan diterima pelaku dari seseorang yang telah dirugikan¹⁰. menurutnya juga bahwa pertanggungjawaban yang dilakukan tersebut tidak hanya menyangkut masalah hukum semata akan tetapi menyangkut pula masalah nilai-nilai moral ataupun kesusilaan yang ada dalam suatu masyarakat.

Selain Roscoe Pound, Ada beberapa para ahli memberikan pengertian pertanggungjawaban pidana diantaranya:

- a. Simons mengatakan kemampuan bertanggungjawab dapat diartikan suatu keadaan psikis sedemikian rupa, sehingga penerapan suatu upaya pemidanaan, baik ditinjau secara umum maupun dari sudut orangnya dapat dibenarkan. Selanjutnya dikatakannya, seorang pelaku tindak pidana mampu bertanggungjawab apabila: Pertama, mampu mengetahui/ menyadari bahwa perbuatannya bertentangan dengan hukum. Kedua, mampu menentukan kehendaknya sesuai dengan kesadaran tadi.¹¹
- b. Berbeda dengan Simons, Van Hamel memberikan pengertian pertanggungjawaban pidana adalah suatu keadaan normal psikis dan kemahiran yang membawa tiga macam kemampuan, yaitu pertama, mampu untuk dapat mengerti makna serta akibat sungguh-sungguh dari perbuatan- perbuatan sendiri. Kedua, mampu untuk menginsyafi bahwa perbuatan- perbuatan itu bertentangan dengan ketertiban masyarakat. Ketiga, mampu untuk menentukan kehendak berbuat.¹²
- c. Pompe memberikan pertanggungjawaban pidana dalam batasan unsur-unsur yaitu kemampuan berpikir pada pelaku yang memungkinkan menguasai pikirannya dan menentukan kehendaknya, pelaku dapat mengerti makna dan akibat dari tingkah

⁹Sampur Dongan Simamora & Mega Fitri Hertini, *Hukum Pidana Dalam Bagan*, FH Untan Press, Pontianak, 2015, hlm. 166.

¹⁰Romli Atmasasmitha, *Perbandingan Hukum Pidana*, Mandar Maju, Bandung, 2000, hlm. 65.

¹¹Teguh Prasetyo, *Hukum Pidana, Raja Grafindo Persada*, Depok, 2010, hlm. 85.

¹²Eddy O.S. Hiarij, *Prinsip-Prinsip Hukum Pidana*, Cahaya Atma Pustaka, Yogyakarta, 2014, hlm. 121.

lakunya serta pelaku dapat menentukan kehendaknya sesuai dengan pendapatnya (tentang makna dan akibat tingkah lakunya)¹³

Apabila dilihat dari pendapat-pendapat para ahli tersebut diatas, pertanggungjawaban pidana berbeda dengan perbuatan pidana. Perbuatan pidana hanya menunjuk kepada dilarang dan diancamnya perbuatan dengan suatu pidana. Apakah orang yang melakukan perbuatan kemudian dijatuhi pidana, tergantung dari pada perbuatan tersebut mengandung kesalahan. Sebab asas dalam pertanggungjawaban hukum pidana adalah “tidak dipidana jika tidak ada kesalahan (Geen straf zonder schuld; Actus non facit reum nisi mens sis rea) yang artinya penilaian pertanggungjawaban pidana itu ditujukan kepada sikap batin pelakunya, bukan penilaian terhadap perbuatannya. Pengecualian prinsip actus reus dan mens rea adalah hanya pada delik-delik yang bersifat *strict liability* (pertanggungjawaban mutlak), dimana pada tindak pidana yang demikian itu adanya unsur kesalahan atau mens rea tidak perlu dibuktikan.¹⁴

Kesalahan dalam arti seluas-luasnya, dapat disamakan dengan pengertian pertanggungjawaban dalam hukum pidana. Didalamnya terkandung makna dapat dicelanya sipembuat atau perbuatannya. Jadi, apabila dikatakan bahwa orang itu bersalah melakukan sesuatu tindak pidana, maka itu berarti bahwa ia dapat dicela atas perbuatannya. Berbicara masalah pertanggungjawaban pidana seperti hal nya diatas, berarti berbicara mengenai orang yang melakukan perbuatan pidana ada dua pandangan mengenai pertanggungjawaban pidana, yaitu pandangan yang monistis oleh Simon dan pandangan yang dualistis oleh Herman Kotorowicz. Menurut Pandangan monistis, unsur-unsur strafbaar feit itu meliputi baik unsur perbuatan yang lazim disebut unsur objektif, maupun unsur pembuat, yang lazim disebut unsur subjektif. Oleh karena dicampurnya unsur perbuatan dan unsur pembuatnya, maka dapatlah disimpulkan bahwa

¹³Teguh Prasetyo, *Op.Cit.*, hlm. 86.

¹⁴Hasbullah F. Sjawie, *Pertanggungjawaban Pidana Korporasi Pada Tindak Pidana Korupsi*, Prenada Media Group, Jakarta, 2015, hlm. 11.

strafbaar feit adalah sama dengan syarat penjatuhan pidana, sehingga seolah-olah dianggap bahwa kalau terjadi strafbaar feit , maka pasti pelakunya dapat dipidana.¹⁵

Maka dari itu para penganut pandangan monistis tentang strafbaar feit atau criminal acti berpendapat, bahwa unsur-unsur pertanggungjawaban pidana yang menyangkut pembuat delik yang meliputi: Pertama, Kemampuan bertanggungjawab, yaitu mampu memahami secara sungguh-sungguh akibat yang bertentangan dengan ketertiban masyarakat, Kedua, mampu untuk menginsyafi bahwa perbuatan itu bertentangan dengan ketertiban masyarakat dan mampu untuk menentukan kehendak berbuat. Ketiga kemampuan tersebut bersifat kumulatif. Artinya salah satu saja kemampuan bertanggungjawab tidak terpenuhi , maka seseorang dianggap tidak dapat dipertanggungjawabkan.¹⁶

Seseorang atau pelaku tindak pidana tidak akan dimintai pertanggungjawaban pidana atau dijatuhi pidana apabila tidak melakukan perbuatan pidana dan perbuatan pidana tersebut haruslah melawan hukum, namun meskipun dia melakukan perbuatan pidana , tidaklah dia selalu dapat dipidana, orang yang melakukan perbuatan pidana hanya akan dipidana apabila dia terbukti secara sah dan meyakinkan melakukan kesalahan. Berdasarkan uraian tersebut diatas, adapun syarat-syarat dapat tidaknya dimintai pertanggungjawaban (pidana) kepada seseorang harus adanya kesalahan. Kesalahan dapat dibedakan menjadi 3 (tiga) bagian yaitu :

a. Adanya Kemampuan bertanggung jawab

Dalam hal kemampuan bertanggungjawab dapat dilihat dari keadaan batin orang yang melakukan perbuatan pidana untuk menentukan adanya kesalahan, yang mana keadaan jiwa orang yang melakukan perbuatan pidana haruslah sedemikian rupa sehingga dapat

¹⁵Muladi & Dwidja Priyatno, *Pertanggungjawaban Pidana Korporasi*, Kencana Prenadamedia Group, Jakarta, 2010, hlm. 63.

¹⁶Eddy O.S. Hiariej, *Op.Cit.* , hlm. 128.

dikatakan normal, sehat inilah yang dapat mengatur tingkah lakunya sesuai dengan ukuran-ukuran yang dianggap baik oleh masyarakat.¹⁷

Sementara bagi orang yang jiwanya tidak sehat dan normal maka ukuran- ukuran tersebut tidak berlaku baginya dan tidak ada gunanya untuk diadakan pertanggungjawaban, sebagaimana ditegaskan dalam ketentuan Bab III Pasal 44 KUHP yang berbunyi sebagai berikut :

1. Barang siapa mengerjakan sesuatu perbuatan yang tidak dapat dipertanggungjawabkan kepadanya karena kurang sempurna akal nya atau karena sakit berubah akal tidak boleh dihukum.
2. Jika nyata perbuatan itu tidak dapat dipertanggungjawabkan kepadanya karena kurang sempurna akal nya karena sakit berubah akal maka hakim boleh memerintahkan menempatkan di rumah sakit gila selama-lamanya satu tahun untuk diperiksa.
3. Yang ditentukannya dalam ayat diatas ini , hanya berlaku bagi Mahkamah Agung, Pengadilan Tinggi dan Pengadilan Negeri.

Menurut Jonkers, ketidakmampuan bertanggungjawab dengan alasan masih muda usia tidak bisa didasarkan pada Pasal 44 KUHP. Yang disebutkan tidak mampu bertanggungjawab adalah alasan penghapusan pidana yang umum yang dapat disalurkan dari alasan-alasan khusus seperti tersebut dalam Pasal 44, 48, 49, 50 dan 51 KUHP. Jadi bagi Jonkers yang tidak mampu bertanggungjawab itu bukan saja karena pertumbuhan jiwanya yang cacat atau karena gangguan penyakit, tetapi karena umumnya masih muda, terkena Hipnotis dan sebagainya.¹⁸

¹⁷Andi Matalatta, *Victimology Sebuah Bunga Rampai*, Pusat Sinar Harapan, Jakarta, 1987, hlm. 41-42.

¹⁸Roeslan Saleh, *Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana dan pengertian dalam hukum pidana*, Aksara Baru, Jakarta, 1983, hlm. 84.

Dengan demikian berdasarkan pandangan Jonkers, Roeslan Saleh mengatakan bahwa anak yang melakukan perbuatan pidana tidak mempunyai kesalahan karena dia sesungguhnya belum mengerti atau belum menginsyafi makna perbuatan yang dilakukan. Anak memiliki ciri dan karakteristik kejiwaan yang khusus yakni belum memiliki fungsi batin yang sempurna sehingga tidak mempunyai kesalahan berupa kesengajaan dan kealpaan, maka anak belum cukup umur ini pun tidak pidana.

b. Adanya Kesalahan (kesengajaan dan kelalaian)

Dipidananya seseorang, tidaklah cukup orang itu melakukan perbuatan yang bertentangan dengan hukum atau bersifat melawan hukum. Jadi meskipun rumusnya memenuhi rumusan delik dalam Undang-undang dan tidak dibenarkan karena hal tersebut belum memenuhi syarat penjatuhan pidana. Untuk itu pembedaan masih perlu adanya syarat, yaitu bahwa orang yang melakukan perbuatan itu mempunyai kesalahan atau bersalah (subjective guilt). Disinilah pemberlakuan Asas “Tiada Pidana Tanpa Kesalahan” (geen straf zonder schuld) atau Nulla Poena Sine Culpa. Dari apa yang telah disebutkan diatas, maka dapat dikatakan bahwa kesalahan terdiri dari beberapa unsur ialah :

1. Adanya kemampuan bertanggungjawab pada si pembuat (schuld-fähigkeit atau Zurechnungsfähigkeit): artinya keadaan jiwa si pembuat harus normal.
2. Hubungan batin antara si pembuat dengan perbuatannya berupa kesengajaan (dolus) atau kealpaan (culpa): ini disebut bentuk-bentuk kesalahan.
3. Tidak adanya alasan yang menghapus kesalahan atau tidak ada alasan pemaaf.

Apabila ketiga unsur tersebut diatas terpenuhi maka orang yang bersangkutan bisa dikatakan bersalah atau mempunyai pertanggungjawaban pidana, sehingga bisa dipidana. Sekalipun kesalahan telah diterima sebagai unsur yang menentukan pertanggungjawaban

pembuat tindak pidana, tetapi mengenai bagaimana memaknai kesalahan masih terjadi perdebatan diantara para ahli. Van Hamel mengatakan bahwa “kesalahan dalam suatu delik merupakan pengertian Psikologis, perhubungan antara keadaan si pembuat dan terwujudnya unsur-unsur delik karena perbuatannya”. Kesalahan adalah pertanggungjawaban dalam hukum (*schuld is de verantwoordelijkeheid rechtens*). Sedangkan simons menyebutkan bahwa kesalahan adalah adanya keadaan *physchis* yang tertentu pada orang yang melakukan tindak pidana dan adanya hubungan antara keadaan tersebut dengan perbuatannya yang dilakukan sedemikian rupa, untuk adanya suatu kesalahan harus diperhatikan dua hal disamping melakukan tindak pidana, yakni :

1. Adanya keadaan *physchis* (*bathin*) yang tertentu, dan
2. Adanya hubungan tertentu antara keadaan *bathin* dengan perbuatan yang dilakukan hingga menimbulkan celaan.

Kedua hal diatas mempunyai hubungan yang sangat erat, bahkan yang pertama merupakan dasar bagi adanya yang kedua, atau yang kedua tergantung pada yang pertama. Setelah mengetahui pengertian dari pada kesalahan, maka kesalahan itu sendiri terbagi menjadi dua bentuk, yaitu :

1) Dengan sengaja (*dolus*)

Dalam kitab Undang-Undang Hukum Pidana (*criminal wetboek*) tahun 1809 dicantumkan: “sengaja ialah kemauan untuk melakukan atau tidak melakukan perbuatan yang dilarang atau diperintahkan oleh Undang-undang”. Dalam Memori Van Toelichting (*Mvt*) Menteri Kehakiman sewaktu pengajuan *Criminal Wetboek* tahun 1881 (yang menjawab Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Indonesia 1915), dijelaskan: “sengaja” diartikan :” dengan sadar dari kehendak melakukan suatu kejahatan tertentu”. Beberapa

sarjana merumuskan de will sebagai keinginan, kemauan, kehendak, dan perbuatan merupakan pelaksanaan dari kehendak. De will (kehendak) dapat ditujukan terhadap perbuatan yang dilarang dan akibat yang dilarang. Ada dua teori yang berkaitan dengan pengertian “sengaja” yaitu teori kehendak dan teori pengetahuan atau membayangkan.¹⁹

Menurut teori pengetahuan atau teori membayangkan, manusia tidak mungkin dapat menghendaki suatu akibat karena manusia hanya dapat menginginkan, mengharpkan, atau membayangkan adanya suatu akibat adalah sengaja apabila suatu akibat yang ditimbulkan karena suatu tindakan di bayangkan sebagai maksud tindakan dan karena itu tindakan yang bersangkutan dilakukan sesuai dengan bayangan terlebih dahulu telah dibuat. Teori menitikberatkan pada apa yang diketahui atau dibayangkan sipembuat ialah apa yang akan terjadi pada waktu ia berbuat. Berbeda dengan teori pengetahuan, teori kehendak, sengaja adalah kehendak untuk mewujudkan unsur-unsur delik dalam rumusan undang-undang. Ada dua istilah lagi yang berkaitan dengan sengaja, yaitu “niat” (voorhomen) dan dengan rencana terlebih dahulu (meet voorberacterade). Dalam Pasal 53 KUHP tentang Percoobaan di katakan “percobaan melakukan kejahatan di pidana jika niat untuk itu telah ternyata dari adanya permulaan pelaksanaan dan tidak selesainya pelaksanaan itu bukan semata-mata di sebabkan karena kehendaknya sendiri”. Adapun pembagian jenis sengaja yang secara tradisional dibagi tiga jenis yaitu antara lain
.²⁰

1. Sengaja sebagai maksud (opzet als oogemark)
2. Sengaja dengan kesadaran tentang kepastian (opzet met bewustheid van zekerheid of noodzakelijkheid).

¹⁹Moeljatno, *Azas-Azas Hukum Pidana*, Bina Aksara, Jakarta, 1983, hlm, 171-176.

²⁰*Ibid*, hlm, 177.

3. Sengaja dengan kesadaran kemungkinan sekali terjadi (opzet met waarschijnlijkheidbewustzijn).

Perkembangan pemikiran dalam teori itu ternyata juga di ikuti dalam praktek peradilan di Indonesia. Didalam beberapa putusannya, Hakim menjatuhkan putusannya tidak semata-mata kesengajaan sebagai kepastian, tetapi juga mengikuti corak-corak yang lain. Jadi dalam praktek peradilan semacam itu sangat mendekati nilai keadilan karena hakim menjatuhkan putusan sesuai dengan tingkat kesalahan seorang Terdakwa.

2) Kelalaian (culpa)

Undang-undang tidak memberikan definisi yang dimaksud dengan kelalaian itu. Tetapi hal tersebut dapat dilihat dalam Mvt (Memori van toelichting) mengatakan bahwa kelalaian (culpa) terletak antara sengaja dan kebetulan. Hazewinkel Suringa mengatakan bahwa delik culpa merupakan delik semu sehingga diadakan pengurangan pidana. Bahwa kelalaian itu terletak antara sengaja dan kebetulan. Dalam Memori jawaban Pemerintah (MvA) mengatakan bahwa siapa yang melakukan kejahatan dengan sengaja berarti mempergunakan salah kemampuannya, sedangkan siapa karena salahnya (culpa) melakukan kejahatan berarti mempergunakan kemampuannya yang ia harus mempergunakan.²¹

Selanjutnya, delik kelalaian itu dalam rumusan undang-undang ada dua macam, yaitu delik kelalaian yang menimbulkan akibat dan yang tidak menimbulkan akibat, tetapi yang diancam dengan pidana adalah perbuatan ketidak hati-hatian itu sendiri. Perbedaan antara keduanya sangat mudah dipahami, yaitu bagi kelalaian yang menimbulkan akibat kelalaian itu maka terciptalah delik kelalaian, Misal Pasal 359 KUHP, sedangkan bagi

²¹Andi Hmazah, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Rineka Cipta, Jakarta, 2008, hlm. 125.

yang tidak perlu menimbulkan akibat, dengan kelalaian atau kurang hati-hatian itu sendiri sudah diancam dengan pidana.

1) Tidak adanya Alasan Penghapus Pidana

Salah satu untuk dapat dimintai pertanggungjawaban pidana bagi seseorang yakni, apakah kepada orang tersebut ada atau tidaknya alasan penghapus pidana. Dalam KUHP dimuat dalam Bab I Buku III tentang hal-hal yang menghapuskan atau memberatkan pengenaan pidana. Sebagaimana diketahui bahwa KUHP yang berlaku sekarang ini secara umum dapat dibagi menjadi dua bagian umum yang terdapat dalam bagian kesatu (tentang peraturan umum) dan bagian khusus yang terdiri dari dua buku sebagaimana terdapat dalam buku kedua (tentang kejahatan) dan buku ketiga tentang pelanggaran (yang berlaku secara khusus bagi tindak pidana tertentu sebagaimana yang dirumuskan dalam pasal tersebut). Didalam bagian pertama buku umum yang terdapat dalam buku kesatu (tentang pengaturan umum) secara keseluruhan membahas tentang adanya alasan penghapus pidana yaitu sebagai berikut

1. Alasan Pemaaf

Mengenai alasan pemaaf hal ini tertuang dalam Pasal 44, Pasal 48 sampai dengan Pasal 51 KUHP, sebab Pasal 45 sampai dengan Pasal 47 KUHP telah dicabut berdasarkan Pasal 63 Undang-undang nomor 3 Tahun 1997 tentang peradilan anak. Adapun bunyi dari pasal-pasal tersebut yaitu : Pasal 44 KUHP (pelaku yang sakit / terganggu jiwanya) berbunyi:

1) Barang siapa mengerjakan suatu perbuatan, yang tidak dapat dipertanggungjawabkan padanya karena kurang sempurna akalnya atau karena sakit berubah akal tidak dapat dihukum.

- 2) Jika nyata perbuatan itu tidak dapat dipertanggungjawabkan kepadanya, karena kurang sempurna akalnyanya atau karena sakit berubah akalnyanya maka hakim boleh memerintahkan dia di rumah sakit gila selama-lamanya satu tahun untuk diperiksa.
- 3) Yang ditentukan dalam ayat diatas ini hanya berlaku bagi Mahkamah Agung, Pengadilan Tinggi dan Pengadilan Negeri. Dalam Pasal 44 KUHP ini mempunyai maksud bahwa terhadap pelaku yang sakit jiwanya atau terganggu jiwanya terjadi sebelum perbuatan dilakukan.

Disamping itu berdasarkan ayat 3 ini, kewenangan untuk menghukum pelaku adalah hakim (kewenangan ini tidak ada pada polisi maupun jaksa penuntut umum)

Berdasarkan saksi ahli dalam ilmu kejiwaan (Psikiatri). Walaupun demikian hakim dalam memberikan putusannya tidak terkait dengan keterangan yang diberikan oleh psikiatri, Hakim dapat menolak atau menerima keterangan Psikiatri berdasarkan kepatutan atau kepantasan. Pasal 48 KUHP (perbuatan yang dilakukan dalam keadaan terpaksa) yang berbunyi : “Barang siapa melakukan perbuatan karena terpaksa oleh sesuatu kekuasaan yang tidak dapat dihindarkan, tidak boleh dihukum”. Dalam Pasal 48 KUHP ini tidak merumuskan apa yang dimaksudkan dengan paksaan tersebut, akan tetapi menurut Memori van Toeliching yang dimaksud dengan paksaan itu adalah suatu kekuatan, suatu dorongan, suatu paksaan yang tidak dapat dilawan tidak dapat di tahan²² Dengan demikian, tidak setiap paksaan itu dapat dijadikan alasan penghapus pidana, akan tetapi hanya paksaan yang benar-benar tidak dapat dilawan lagi oleh pelaku, sehingga oleh sebabnya adanya paksaan itulah ia melakukan tindak pidana maka kepadanya ia tidak bisa

²²R. Soesilo, *Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) serta Komentar-Komentar Lengkapnya Pasal demi Pasal*, Politeia, Bogor, hlm. 61.

dimintai pertanggungjawaban pidana. Pasal 49 ayat 1 KUHP (perbuatan yang dilakukan untuk membela diri) yang berbunyi:

Barang siapa melakukan perbuatan yang terpaksa dilakukannya untuk mempertahankan dirinya, atau diri orang lain, mempertahankan kehormatan atau harta benda sendiri atau kepunyaan orang lain, dari pada serangan yang melawan hak dan mengancam dengan segera pada saat itu juga, tidak boleh dihukum.

2. Tidak Adanya Alasan Pembena

Didalam bagian kedua, terdapat juga bagian khusus yang tertuang dalam buku kedua (pengaturan khusus) secara keseluruhan membahas tentang adanya alasan penghapus pidana yaitu: didalam Pasal 166 KUHP Ketentuan Pasal 164 dan 165 KUHP tidak berlaku bagi orang jika pemberitahuan itu akan mendatangkan bahaya penuntutan bagi dirinya, bagi salah seorang kaum keluarganya sedarah atau keluarganya karena perkawinan dalam keturunan yang lurus atau derajat kedua atau ketiga dari keturunan menyimpang dari suaminya (istrinya) atau bagi orang lain, yang kalau dituntut, boleh ia meminta supaya tidak usah memberikan keterangan sebagai saksi, berhubungan dengan jabatan atau pekerjaannya. Jadi menurut Pasal 166 KUHP, kedua pasal tersebut (164 dan 165) tidak berlaku apabila sipelaku melakukan tindak-tindak pidana itu untuk menghindarkan dari penuntutan pidana terhadap dirinya sendiri atau terhadap sanak keluarga dalam keturunan lurus dan kesampung sampai derajat ketiga, atau terhadap suami atau istri atau terhadap seseorang dalam perkaranyaia dapat dibebaskan dari kewajiban memberikan kesaksian dimuka sidang pengadilan.²³

²³Prodjodikoro, *Tindak-Tindak Pidana Tertentu di Indonesia*, Refika Aditama, Bandung, 2002, hlm. 224-225.

Pasal 186 Ayat (1) KUHP “Saksi dan tabib yang menghadiri perkelahian satu lawan satu tidak dapat dihukum”. Di Negara Indonesia perbuatan seperti ini diatur dalam Bab VI KUHP yaitu tentang perkelahian “satu lawan satu” yang terdapat dalam Pasal 182 sampai dengan Pasal 186 KUHP. Akan tetapi saksi-saksi atau medis yang menghadiri atau menyaksikan perang tanding ini (misalnya dalam olahraga tinju, karate, dan lain sebagainya) tidak dapat boleh dihukum berdasarkan Pasal 186 ayat (1) ini Pasal 314 ayat (1) KUHP “kalau orang yang dihinakan dengan keputusan hakim yang sudah tetap, telah dipersalahkan dengan melakukan perbuatan yang dituduhkan itu, maka tidak boleh dijatuhkan hukuman karena memfitnah”. Dalam hal ini ada satu hal yang dapat menghilangkan sifat melawan hukumnya perbuatan itu, yaitu apabila ternyata apa yang dilakukan (yang dituduhkan / dihinakan) kepada orang itu, terbukti benar karena keputusan hakim yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap. Dengan kata lain orang yang dihinakan itu telah dijatuhi pidana terhadap perbuatan yang dihinakan/ dituduhkan kepadanya. Oleh karena itu sifat melawan hukum yang dilakukan oleh sipenghina atau pencemar nama baik dihapuskan.²⁴

Bahwa suatu perbuatan dianggap telah melanggar hukum dan dapat dikenakan sanksi pidana, harus dipenuhi dua unsur, yaitu adanya unsur *actus reus* (physical element) dan unsur *mens rea* (mental element). Unsur *actus reus* adalah esensi dari kejahatan itu sendiri atau perbuatan yang dilakukan, sedangkan unsur *mens rea* adalah sikap batin pelaku pada saat melakukan perbuatan. Dalam ilmu hukum pidana, perbuatan lahiriah itu dikenal sebagai *actus reus*, sedangkan kondisi jiwa atau sikap kalbu dari pelaku perbuatan itu disebut

²⁴*Ibid*, hlm. 56-57.

mens rea. Jadi actus reus adalah merupakan elemen luar (external element), sedangkan mens rea adalah unsur kesalahan (fault element) atau unsur mental (mental element).

C. Pornografi

1. Pengertian Pornografi

Dewasa ini gambar porno (pornografi) dan adegan porno (pornoaksi) bukan merupakan hal baru, Keduanya mudah ditemukan dimana-dimana, baik di media cetak (surat kabar, majalah, tabloid dll), media elektronik (televisi, tv kabel, situs internet, vcd/dvd, dll), maupun di tempat-tempat umum yang sifatnya terkadang lebih demonstratif. Keadaan demikian mungkin sebagai salah satu dampak kemajuan peradaban manusia atau teknologi komunikasi maupun informasi yang sering dinilai tidak permisif. Apabila keadaan ini terus berlanjut, kita tentu sangat prihatin dan resah. Mengapa? Karena hal itu tumbuh dan berkembang di tengah-tengah masyarakat kita yang masih kuat budaya dan adat ketimurannya, serta mayoritas penduduknya adalah muslim. Lambat laun, hal ini akan membuat masyarakat kita meninggalkan adat ketimuran, menghilangkan jati diri sebagai bangsa indonesia, serta jauh dari norma susila dan norma agama yang dianutnya dan pornoaksi secara garis besar dalam wacana porno atau tindakan pencabulan kontemporer, ada beberapa bentuk porno, yaitu pornografi, pornoaksi, pornosuara dan pornomedia.²⁵ birahi seksual seseorang akan berbeda dengan yang lain, apabila diukur perbuatan erotis atau gerak tubuh maupun gambar, tulisan, karya seni berupa patung, alat ganti kelamin, suara dalam nyanyian-nyanyian maupun suara yang mendesah, humor dan lain-lain yang terdapat di media komunikasi baik cetak maupun elektronik, hanya di ukur dengan perbuatan yang membangkitkan birahi seksual semata.

²⁵Burhan Bungin, *Pornomedia Konstruksi Teknologi Telematika Dan Peryaan Seks Di Media Massa*, Prenada Media, Jakarta, 2003, hlm. 124.

Secara etimologi pornografi berasal dari dua suku kata yakni pornos dan grafis. Pornos artinya suatu perbuatan yang asusila (dalam hal yang berhubungan dengan seksual), atau perbuatan yang bersifat tidak senonoh atau cabul. Sedangkan grafis adalah gambar atau tulisan, yang dalam arti luas termasuk benda benda patung, yang isi atau artinya menunjukkan atau menggambarkan sesuatu yang bersifat asusila atau menyerang rasa kesusilaan masyarakat.²⁶

Definisi pornografi yang diajukan Catherine Mckinnon, seperti dikutip oleh Ninuk Merdiana Pambudy dapat dipakai sebagai acuan internasional, yaitu: “Grafis yang menunjukkan subordinasi seksual perempuan secara eksplisit melalui gambar atau kata-kata, termasuk dehumanisasi perempuan sebagai objek sosial, benda, komoditas, penikmat penderitaan, sasaran penghinaan, atau pemerkosaan (dengan jalan diikat, disayat, dimutilasi, disiksa, atau bentuk-bentuk penyiksaan fisik); menggambarkannya sebagai sasaran pemuas seksual atau perbudakan, dipenetrasi dengan menggunakan benda atau pemuas seksual atau perbudakan secara biadab, cedera, penyiksaan, dipertunjukkan, secara seronok atau tak berdaya, berdarah-darah, tersiksa, atau disakiti dalam konteks dan kondisi seksual semata.”

Departemen penerangan mengartikan pornografi sebagai sebagai berikut adalah penyajian tulisan atau gambar yaitu:

1. Mempermainkan selera rendah masyarakat semata-mata menonjolkan masalah seks dan kemaksiatan
2. Beertentangan dengan:
 - a. Kaidah- kaidah moral dan tatat susila serta kesopanan;

²⁶Adami Chazawi, *Tindak Pidana Mengenai Kesopana*, PT Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2005, hlm. 22.

- b. Kode etik jurnalistik
- c. Ajaran agama yang merupakan prima causa di Indonesia dan;
- d. Kemanusiaan yang adil dan beradab.

Kesemuanya itu dapat menimbulkan nafsu birahi, rangsangan dan pikiran-pikiran yang tidak sehat, terutama di kalangan anak-anak muda, serta menyinggung rasa susila masyarakat luas, yang bertanggungjawab terhadap keselamatan generasi dimasa datang dalam membina kepribadian bangsa yang berfalsafah pancasila. Secara singkat pornografi adalah penyajian tulisan atau gambar-gambar yang menimbulkan nafsu birahi dan menyinggung rasa susila masyarakat.²⁷

M. Sofyan Pulungan, dalam artikelnya yang berjudul “Pornografi, Internet dan RUU ITE” mengatakan bahwa beberapa tokoh telah memberikan definisi apa yang dimaksud pornografi. Definisi tersebut terus berkembang seiring dengan dinamika dan nilai yang ada ditengah-tengah masyarakat, pornografi bukan hanya mengacu pada tindakan atau perbuatan seseorang. Namun sudah menjadi semacam ideologi yang hidup subur di tengah-tengah masyarakat modern, dengan simbol utama perjuangan pelecahan seksualitas wanita.²⁸

2. Tindak Pidana Pornografi

²⁷Sinar Harapan,(tanggal 11 mei 1970), dikutip dari Andi Hamzah, *Pornografi Dalam Hukum Pidana Indonesia Suatu Studi Perbandingan*, Bina Mulia, Jakarta,1987, hlm 9.

²⁸M. Sofyan Pulungan, *Pornografi, Internet dan RUU ITE* <http://www.kapanlagi.com> diakses tanggal 10 Oktober 2016.

Dalam KUHP pornografi di atur dalam Bab XIV buku II tentang kesusilaan Pasal 281, Pasal 282, Pasal 283, dan bab VI buku III tentang pelanggaran kesusilaan Pasal 532, Pasal 533.²⁹

Secara khusus, pornografi di atur dalam Undang-undang No. 44 Tahun 2008 tentang Pornografi maka tindak pidana pornografi secara khusus diatur dalam Pasal 4-14. Pasal 4 ayat (1) Undang-undang No. 44 Tahun 2008 tentang Pornografi menyatakan bahwa :

1. Setiap orang dilarang memproduksi, membuat, memperbanyak, menggandakan, menyebarluaskan, menyiarkan, mengimpor, mengekspor, menawarkan, memperjualbelikan, menyewakan, atau menyediakan Pornografi yang secara eksplisit memuat :
 - a. Persenggamaan, termasuk persenggamaan yang menyimpang.
 - b. Kekerasan seksual.
 - c. Manstrubasi atau onani
 - d. Ketelanjangan atau tampilan yang mengesankan ketelanjangan
 - e. Alat kelamin, atau
 - f. Pornografi anak.

Dapat dipidana dengan pidana penjara paling singkat 6 (enam) bulan dan paling lama 12 (dua belas) tahun dan/atau Pidana denda paling sedikit Rp250.000.000.00 (Dua Ratus Lima Puluh Juta Rupiah) dan paling banyak Rp6.000.000.000.00 (enam miliar rupiah)

Pengertian pornografi menurut Undang-undang Pornografi bukan sekedar gambar atau tulisan yang isinya memuat kecabulan atau porno. Melainkan semua wujud benda yang isinya memuat, kecabulan atau eksploitasi seksual dan melanggar norma kesusilaan. Dalam batasan pornografi menurut Undang-undang Pornografi tersebut mengandung dua unsur pokok yaitu:³⁰

1. Unsur tampilan/wujudnya pornografi.
2. Unsur sifat yang terkandung dalam tampilan/wujud pornografi.

Unsur wujud pornografi dapat pula disebut objek pornografi. Menurut KUHP adalah tulisan, gambar dan benda, yang diperluas termasuk alat untuk mencegah dan

²⁹Kurniawan Tri wibowo, *Tindak Pidana Pornografi*, Bina Mulia, Jakarta, 2016, hlm 15.

³⁰ Sam ardi, *Pornografi di dalam UU Pornografi*, 2009, (<http://samardi.wordpress.com>, diakses 24 mei 2016)

menggugurkan kehamilan. Di dalam KUHP sendiri sudah mengatur dengan sangat jelas mengenai unsur-unsur apa saja yang dapat menjadi suatu objek dari pornografi.

Dalam undang-undang pornografi peraturan pornografi telah diperluas termasuk gambar, sketsa, ilustrasi, foto, tulisan dan gambar gerak dan juga berbagai bentuk lainnya dalam media komunikasi. Diluar wujud yang disebutkan dalam batasan pornografi tersebut, Ketika masih dalam bentuk RUU pornografi adalah wadah atau wujud pornografi yang disebut pornograf. Yang mengandung materi buku, majalah, tabloid dan buku cetak atau alat komunikasi lainnya.

Di dalam wujud pornografi memiliki 3 sifat. Sifat tersebut adalah

1. memuat kecabulan
2. memuat eksploitasi seksual; dan
3. melanggar norma kesusilaan dalam masyarakat.

Tiga sifat yang terdapat dalam pornografi di atas adalah mutlak. Tiga sifat celaan tersebut nampak baik pada perbuatan maupun objek pornografi yang dilarang dalam Pasal 4 Undang-undang Pornografi.