

## PERSPEKTIF AJARAN PERBUATAN MELAWAN HUKUM TERHADAP TINDAK PIDANA KORUPSI \*

Oleh : Indriyanto Seno Adji\*\*

### ABSTRAK

Polemik mengenai *overheidsbeleid* – tindakan pejabat negara yang bersifat diskresioner - akan tetap berlangsung, utamanya bila dikaitkan dengan unsur inti (*bestanddeel delict*) dalam Pasal 2 (melawan hukum) dan Pasal 3 (menyalahgunakan wewenang) Undang-Undang No. 31 tahun 1999 tentang Tindak Pidana Korupsi. Polemik itu muncul baik di kalangan akademisi maupun kalangan penegak hukum. Dengan segala argumentasi dan kompleksitasnya persoalan itu akhirnya tiba pada hipotesis bahwa *overheidsbeleid*, bahkan lebih luas *staatsbeleids*, seharusnya masuk dalam ruang lingkup hukum administrasi. Diskresi itu akan masuk dalam ranah hukum pidana manakala *overheidsbeleid* maupun *wijsheid* tidak sejalan atau selaras dengan maksud ditetapkannya kewenangan atau tidak sesuai dengan tujuan akhirnya (*doelgerichte*), sehingga menjadi perbuatan penyalahgunaan wewenang atau lebih luas sebagai perbuatan yang melawan hukum.

Kata kunci : Hukum Pidana, Tindak Pidana Korupsi, Perbuatan Melawan Hukum, *Overheidsbeleid*.

#### A. PARADIGMA ASAS PERBUATAN MELAWAN HUKUM MATERIEL YANG EKSTENSIF

“*Overheidsbeleid*” dimaknai sebagai kebijakan aparatur negara.

Pelaksanaan kewenangan yang masuk dalam pengertian kebijakan inilah yang sekarang sering diuji materiel sebagai lingkup Hukum Administrasi, Hukum Perdata ataukah Hukum Pidana. Pejabat Aparatur Negara maupun Pejabat BUMN mengalami arah pemaknaan yang *obscuur* manakala dalam menjalankan tugas, fungsi dan wewenangnya terbentur dengan permasalahan antara aspek Hukum Pidana yang memiliki korelasi

permasalahan antara aspek Hukum Pidana yang memiliki korelasi dengan fungsi administrasi ataupun fungsi keperdataannya, sehingga seringkali penegak hukum me mahami pemaknaan keliru atas fungsi, tugas dan wewenang pejabat aparatur negara maupun pejabat BUMN itu sebagai tindak pidana, meski kadangkala pemaknaan area Hukum Pidana tidak terlepas terhadap persoalan implementasi fungsi tersebut.

Tidak jarang Pejabat Aparatur Negara dan pejabat BUMN

\* Makalah ini telah disampaikan pada Kuliah Umum di Fakultas Hukum Universitas Parahyangan

\*\* Guru Besar Hukum Pidana & Hukum Acara Pidana

mengalami keraguan dalam menjalankan fungsi dan wewenangnya, khususnya dalam menjalankan kebijakan wewenangnya yang dipersepsikan oleh penegak hukum sebagai kebijakan yang koruptif atau perbuatan koruptif yang berlindung dibalik kebijakan, dan hal ini yang memberikan ide Pemerintah untuk mengajukan usulan Rancangan Undang Undang tentang Perindungan Pejabat. Tidak ada maksud untuk melindungi atau memberikan suatu imunitas pejabat dari perbuatan koruptif, tetapi ini sekedar memberikan batasan-batasan jelas mengenai pelaksanaan "Kebijakan" atau "*Beleid*" dengan perspektif Kebijakan yang dianggap sebagai tindak pidana korupsi. Memang pemahaman "*materiele daad*" dan wewenang merupakan disiplin ilmu hukum yang memiliki karakteristik yang berbeda, tetapi mengalami kesamaan persepsi yang keliru, yaitu apakah *materiele daad* itu masuk dalam area Hukum Administrasi Negara atautakah Hukum Pidana (Tindak Pidana Korupsi).

Perkembangan antara Hukum Administrasi Negara dengan Hukum Pidana memasuki "*grey area*" dengan segala teknikalitas kesulitan dengan proses pidanaan, bahkan hingga kini menimbulkan debata belitas di kalangan ahli hukum pidana. Betapa tidak, Keputusan Pejabat Negara baik dalam rangka "*beleid*" ("*vrijsbestuur*") maupun "*diskresi*" (*kebijaksanaan* - "*discretionary power*") menjadi ajang kajian akademis untuk dijadikan alasan penolakan maupun justifikasi pidanaan pada area Hukum Pidana. Asas perbuatan melawan hukum materiel mengalami pergeseran yang ekstensif, bahkan pergeseran ini dianggap sebagai arah destruksi terhadap asas-asas

konvensional dalam Hukum Pidana. Bahkan secara akademis asas Perbuatan Melawan Hukum Materiel melalui fungsi positif seringkali diimplementasikan secara keliru oleh badan peradilan tingkat pertama yang sangat limitatif pemahamannya, seperti kasus **Burhanuddin Abdullah, Akbar Tandjung, Syahril Sabirin** dan **3 mantan Direktur Bank Indonesia, Direksi PLN, Direksi Bank Mandiri, PIMPRO** maupun kasus-kasus yang melibatkan **anggota DPRD** dan **Kepala Daerah**, di berbagai belahan daerah di bumi Indonesia dengan berbagai macam disparitas pidanaan, di satu sisi dikenakan pidanaan tetapi disisi lain dibebaskan atau dilepaskan dari segala tuntutan hukum.

Memang pemahaman yang berkembang dalam praktek peradilan tidaklah semudah kajian akademik memberikan solusinya. Dalam kerangka Hukum Administrasi Negara, parameter yang membatasi gerak bebas kewenangan Aparatur Negara ("*discretionary power*") adalah *detournement de povoir* (penyalahgunaan wewenang) dan *abus de droit* (sewenang-wenang), sedangkan dalam area Hukum Pidana pun memiliki pula kriteria yang membatasi gerak bebas kewenangan Aparatur Negara berupa unsur "*wederrechtelijkheid*" dan "menyalahgunakan kewenangan". Permasalahannya adalah manakala Aparatur Negara melakukan perbuatan yang dianggap menyalahgunakan kewenangan dan melawan hukum, artinya mana yang akan dijadikan ujian bagi penyimpangan Aparatur Negara ini, Hukum Administrasi Negara atautakah Hukum Pidana, khususnya dalam perkara-perkara Tindak Pidana Korupsi. Pemahaman yang berkaitan dengan

penentuan yurisdiksi inilah yang masih sangat terbatas dalam kehidupan praktek yudisial.

Adanya sifat perbuatan melawan hukum merupakan istilah dari "*onrechtmatigheid*" yang mempunyai kesamaan arti dengan istilah "*wederrechtelijkheid*", bahkan bagi penulis, lebih tepat apabila dikatakan bahwa pengertian luas dari "*onrechtmatige daad*" dalam bidang hukum perdata mempunyai penerapan pengertian yang sama dengan pengertian hukum pidana terhadap istilah "*materiele wederrechtelijkheid*". Istilah "*wederrechtelijkheid*" dalam beberapa kepustakaan kadang kala diartikan dengan istilah lain, seperti "tanpa hak sendiri", "bertentangan dengan hukum pada umumnya", "bertentangan dengan hak pribadi seseorang", "bertentangan dengan hukum positif" (termasuk Hukum Perdata, Hukum Administrasi) atau pun "menyalah-gunakan kewenangan" dan lain sebagainya.

Bagi penulis, perbuatan melawan hukum secara formil lebih dititikberatkan pada pelanggaran terhadap peraturan perundang-undangan yang tertulis, sedangkan suatu perbuatan dikatakan telah memenuhi unsur melawan hukum secara materil, apabila perbuatan itu merupakan pelanggaran terhadap norma kesopanan yang lazim atau kepatutan yang hidup dalam masyarakat. Dengan kata lain, setiap perbuatan yang dianggap atau dipandang tercela oleh masyarakat

merupakan perbuatan melawan hukum secara materil. Bagi orang Indonesia belum pernah pada saat bahwa hukum dan undang-undang dipandang sama.<sup>1</sup> Pandangan ini sebenarnya merupakan reaksi atas pendapat yang menyatakan bahwa hukum adalah undang-undang.<sup>2</sup>

Asas Legalitas ("*Principle of Legality*") yang dapat disimpulkan melalui Pasal 1 ayat 1 KUHP mempunyai makna "*Nullum Delictum, Noella Poena Sine Praevia Lega Poenali*" (Tiada Delik, Tiada Pidana Tanpa Peraturan yang Mengancam Pidana Lebih Dulu), sehingga secara a contrario meskipun apabila perbuatan pelaku adalah "*materiele wederrechtelijk*" namun terbukti perbuatannya "*formele*" tidak "*wederrechtelijk*" dengan alasan tiadanya peraturan yang mempunyai sanksi pidana yang mengatur perbuatannya, maka terhadap pelakunya tidak dapat dipidana. Itulah salah satu alasan utama dihindarinya penerapan ajaran "*materiele wederrechtelijkheid*" dengan fungsi positif, karena penerapannya yang demikian itu akan dianggap melanggar asas legalitas dalam hukum pidana Indonesia, sehingga apabila tetap dipidananya pelaku terhadap perbuatan yang "*materiele wederrechtelijk*" meskipun "*formeele*" perbuatannya tidak "*wederrechtelijk*", lanjut Vos,<sup>3</sup> adalah jelas hakim telah melakukan penerapan analogi yang tidak

1 Moeljatno, *Asas-asas Hukum Pidana*. Cetakan Ke-1, Jakarta: Bina Aksara, 1987, halaman 133.

2 *Ibid*, halaman 133.

3 Bambang Poernomo, *Asas-Asas Hukum Pidana*. Terbitan kelima, Jakarta : Ghalia, 1985, halaman 118.

sejalan dengan asas legalitas.<sup>4</sup>

Bagaimana halnya dengan suatu perkecualian yang tidak terdapat pengaturannya dalam undang-undang, sedangkan perbuatannya telah memenuhi rumusan deliknya? Pandangan formil dari Simons ini belumlah dapat menjawab atas pertanyaan tersebut di atas, Karena pandangan Prof. Simons hanya berlaku pada suatu perkecualian yang terbatas dan diatur dalam suatu undang-undang (tertulis) saja, tanpa melihat adanya kemungkinan suatu pengecualian yang terdapat dalam aturan hukum yang tidak tertulis.

Pandangan materil telah mengembangkan pendapat, bahwa meskipun suatu perbuatan telah cocok dengan perumusan deliknya, maka tidak selalu si pelaku dapat dihukum apabila memang benar adanya suatu perkecualian berdasarkan aturan-aturan hukum tidak tertulis. Pandangan materil ini dikemukakan oleh CH. J. Enschede dan A. Heijder maupun M.L. HC. Hulsman dengan mengajukan suatu kasus yang sangat terkenal dengan sebutan **Arrest Dokter Hewan berdasarkan putusan Hoge Raad tanggal 20 Pebruari 1933.**

Kesimpulannya, bahwa dicampur-adukkan antara sapi-sapi yang sakit dengan 7 ekor sapi yang sehat tidak lain adalah untuk kepentingan sapi-sapi itu sendiri, pemilik sapi ternak, dan hewan-hewan lain di sekitarnya. Rupanya, pemilik ternak sapi itu tidak sependapat dengan nasihat Dokter Hewan itu dan selanjutnya menggugat Dokter Hewan di hadapan pengadilan di kota Huizen. Dokter Hewan dipersalahkan melanggar Pasal 82 Veetwet melalui putusan Pengadilan di kota Huzein maupun pada peradilan tingkat banding, dengan alasan bahwa Dokter Hewan (Terdakwa) itu hanya memberikan penjelasan tentang apa yang mendorong dia untuk berbuat demikian, tetapi tidak merupakan pengecualian yang dapat menghapus tindak pidananya.

Namun demikian, dalam tingkat Hoge Raad (Mahkamah Agung Belanda), putusan tingkat bawah telah dibatahkannya. Mahkamah Agung beranggapan bahwa barang siapa yang memenuhi rumusan suatu delik tindak pidana tidak selalu harus dijatuhi hukuman, meskipun tidak terdapat suatu perkecualian di dalam undang-undang.

4 Bemmelen, halaman 49.

Asas Legalitas dalam KUHP Indonesia (yang berasal dari WvS. Ned.) ini sebenarnya merupakan peraturan yang tercantum dalam *Declaration Des Droits De L'Homme Et Du Citoyen* tahun 1789, yang berbunyi: "Tidak ada orang yang dapat dipidana selain atas kekuatan undang-undang yang sudah ada sebelumnya".

Pandangan ini dibawa oleh *Lafayette* dari Amerika ke Perancis setelah ia membaca dan mempelajari *Bill of Rights Virginia* tahun 1776 (Bill of Rights = Piagam Hak Asasi Manusia).

Dalam Bill of Rights hanya ditentukan, bahwa tidak ada orang yang boleh dituntut atau ditangkap selain dengan dan dalam peristiwa peristiwa yang terdapat dalam undang undang. Jadi asas ini memberikan perlindungan terhadap tuntutan dan penangkapan sewenang-wenang. Asas ini berasal dari *Habeas Corpus Act* tahun 1679 (UU. Inggris yang menetapkan bahwa seseorang yang ditangkap harus diperiksa dalam waktu singkat), yang pada gilirannya berasal dari *Pasal 39 Magna Charta* tahun 1215, yang memberikan perlindungan terhadap penangkapan, penahanan, penyitaan, pembuangan, dikeluarkannya seseorang dari perlindungan hukum atau undang undang (*vogelvrij*), selain dari jika dijatuhkan putusan pengadilan yang sah oleh "orang-orang yang sederajat" dari orang yang bebas dituntut itu.

Mahkamah Agung di sini bermaksud menegaskan bahwa perbuatan Dokter Hewan yang telah mencampurkan antara 7 (tujuh) sapi yang sehat ke dalam kandang yang berisi sapi-sapi yang terjangkit penyakit itu adalah sebagai suatu perbuatan yang memenuhi sifat melawan hukum formil (memenuhi rumusan delik pada Pasal 82 Veetwet), tetapi perbuatan Dokter Hewan itu dibenarkan sehingga tidak mengandung sifat melawan hukum secara materil, karena alasan-alasan dari perbuatan Dokter Hewan itu telah sesuai dengan pengetahuan keahlian yang diterimanya secara universal dan merata.

Arrest Dokter Hewan inilah yang semula diajukan oleh para ahli hukum yang berpandangan materil, dengan alasan meskipun perbuatan si pelaku telah memenuhi rumusan deliknya, serta tidak ada suatu perkecualian di dalam undang-undang, maka tidak selalu pelaku harus dijatuhi hukuman, apabila memang terbukti perbuatan si pelaku tidak mengandung sifat melawan hukum secara materil. Perbuatan Dokter Hewan yang telah dilepaskan dari segala tuntutan hukum itu merupakan alasan pembenar dari suatu perkecualian di luar undang-undang yang berasal dari hukum yang tidak tertulis. Dasar dari dilepaskan Dokter Hewan dari segala tuntutan hukum itu merupakan alasan yang pertama kali dari asas "perbuatan melawan hukum secara materil yang diartikan secara negatif". Pandangan materil ini berusaha memberikan suatu pandangan yang lebih konstruktif sebagai reaksi dari pandangan formil Simons dengan menyatakan bahwa tidaklah selalu si pelaku harus

dihukum, meskipun perbuatannya telah memenuhi rumusan deliknya.

J. Remmelink yang semula memiliki keberatan pandangan mengenai ketiadaan unsur melawan hukum materil sebagai alasan peniadaan pidana (*negative materiele wederrechtelijk*), akhirnya memahami adanya pengakuan asas ini, ketika J. Remmelink memberikan pandangannya terhadap kasus Euthanasia berdasarkan putusan Hoge Raad N.J. 1994. 656, tanggal 21 Juni 1994 : "Hoge Raad menerima kemungkinan ini dalam kasus seorang psikiater, Chabot, yang menangani seorang perempuan yang tenggelam dalam depresi tanpa citi psikopa, dpl, tenggelam dalam rasa duka berkepanjangan (kehidupan perkawinan yang menyengsarakan anak laki-laki yang bunuh diri, perceraian, matinya anak laki-laki lain karena kanker, percobaan bunuh diri yang kedua kalinya (menyediakan sarana dll). Kendati demikian, banyak yang berpendapat bahwa Hoge Raad dalam kasus ini telah melangkah terlalu jauh". Pada akhirnya J. Remmelink menyatakan bahwa adalah: terlalu jauh untuk masih berbicara tentang euthanasia sebagai penghilangan nyawa orang lain yang tidak dibenarkan".

Dengan alasan tersebut, sebagian besar pihak, baik para ahli hukum pidana dari kalangan akademisi maupun praktisi, hingga kini mengharapkan agar *ajaran perbuatan melawan hukum materil tidak dapat dipergunakan dalam fungsi positifnya*, artinya apabila perbuatan dari pelaku ternyata tidak memenuhi rumusan deliknya atau tidak ada pelanggaran terhadap

peraturan tertulisnya ataupun bila perbuatannya tidak ada pengaturannya dalam undang-undang, sehingga formil perbuatannya adalah tidak "*wederrechtelijk*", meskipun materiil perbuatannya adalah melawan hukum atau dipandang tercela, maka terhadap pelaku tidak dapat dikenakan atau dijatuhkan pidana mengingat berlakunya asas legalitas tersebut. Sebagai contoh adanya sifat melawan hukum materiil dari segi negatif adalah perbuatan dari petugas kesehatan yang mempertunjukkan atau menyebar luaskan alat-alat pencegahan kehamilan. Perbuatan itu jelas masih merupakan kejahatan yang diatur dalam undang-undang (perhatikan Pasal 238 ayat 1 KUHP), sehingga perbuatannya adalah formil melawan hukum, akan tetapi dengan diterimanya program Keluarga Berencana secara Nasional, maka hilang pulalah sifat melawan hukum materiil dari perbuatannya. Adanya contoh sehari-hari terhadap penerapan sifat **melawan hukum materiil dalam fungsi positif**, misalnya dengan "kumpul kebo" di antara pria dan wanita dewasa yang belum terikat perkawinan merupakan perbuatan tercela menurut pandangan masyarakat (perbuatan itu adalah materiil "*wederrechtelijk*" atau melawan hukum), namun jelas perbuatan itu tidak ada pengaturannya dalam undang-undang (KUHP), jadi formil perbuatan tidak melawan hukum, sehingga bagi pelaku itu tidak dapat dikenakan sanksi pidana atas dasar legalitas.

#### B. "*BELEID*"- "*ADMINISTRATIVE RECHTELIJKHEID*": POLEMIC AREA DENGAN TINDAK PIDANA KORUPSI

Pertama-pertama yang perlu dipahami bahwa adanya ketentuan Pasal 1 UU No.31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi yang mengatur pengertian "Pegawai Negeri". Pegawai Negeri dalam ketentuan ini diartikan secara luas, sehingga perspektif Pegawai Negeri dianalogikan juga termasuk pimpinan BUMN sebagai person yang menerima gaji atau upah dari keuangan Negara atau Daerah atau yang menerima gaji atau upah dari suatu korporasi yang menerima bantuan dari keuangan Negara atau Daerah, bahkan Pegawai Negeri juga diartikan sebagai orang yang menerima gaji atau upah dari korporasi lain yang mempergunakan modal atau fasilitas dari Negara atau masyarakat.

Polemik terjadi pada tataran implementatif mengenai makna "Keuangan Negara" dengan status "BUMN" dalam kaitannya dengan penempatan Keuangan Negara. UU No.17 Tahun 2003 tentang Keuangan Negara, khususnya mengenai ruang lingkup keuangan Negara Pasal 2 yang ternyata sejalan dengan Penjelasan Umum UU No.31 Tahun 1999 tentang Tindak Pidana Korupsi, sehingga keuangan Negara memiliki makna yang ekstensif meliputi kekayaan

Negara yang dipisahkan maupun yang tidak dipisahkan. Dalam pengertian ini kekurangan satu rupiahpun, akan berarti uang Negara akan berkurang dan dianggap merugikan Negara, sehingga sifatnya masih berada pada ranah Hukum Pidana.

Namun pemaknaan secara *contrario* muncul manakala UU No. 19 Tahun 2003 tentang BUMN menegaskan bahwa kekayaan Negara yang dipisahkan adalah kekayaan Negara yang berasal dari APBN untuk dijadikan penyertaan modal Negara pada Pesero dan/atau Perum serta perseroan terbatas lainnya. Bahkan Pasal 11 UU No. 19 Tahun 2003 dinyatakan tegas bahwa pengelolaan BUMN didasarkan pada prinsip-prinsip pengelolaan yang ditentukan dalam UU No.1 Tahun 1995 tentang Perseroan Terbatas, sehingga harus diartikan bahwa Persero, Perum dan lainnya itu tunduk pada UU Perseroan Terbatas yang masuk dalam ranah Hukum Perdata. Jadi, memang untuk menentukan ada atau tidak adanya kerugian negara ini sangat tergantung dengan pemaknaan kekayaan negara yang terpisah atau tidak terpisah, yang akhirnya akan menentukan area Hukum Perdata atautkah area Hukum Pidana sebagai indikator kerugian Negara tersebut. Polemik ini akan menjadi sikap rutinitas manakala subyek pelaku tindak pidana korupsi adalah para pelaku BUMN yang merupakan aparatur Negara untuk menentukan kriteria ada tidaknya kerugian Negara.

Selain itu, kedua, dalam hal Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah, sesuai Peraturan Presiden R.I. No. 8 Tahun

2006 tanggal 20 Maret 2006 (sebagai Perubahan aturan yang sama sebelumnya) ditentukan mekanisme prosesual terhadap pelaksanaan Pengadaan Barang dan Jasa (Pasal 17), pula Penyediaan Jasa Konsultansi (Pasal 22) yang dilakukan dalam "keadaan tertentu" dan "keadaan khusus" yang pada Penjelasan Pasal tersebut ditentukan tegas dan jelas substansi yang dibenarkan. Semua ketentuan pengadaan barang dan jasa Pemerintah di atas ini merupakan garis-garis Diskresioner Mengikat sebagai kebijakan yang dilakukan sesuai dengan aturan yang substansiel memiliki norma-norma mengikat di dalamnya, misalnya eksepsionalitas penunjukan langsung dalam keadaan tertentu dan keadaan khusus. Permasalahannya yang utama adalah, bagaimana pengadaan barang dan jasa ataupun penyediaan jasa konsultansi yang dilakukan dalam keadaan tertentu juga keadaan khusus, tetapi secara substansiel tidak ada pengaturannya dalam Penpres tersebut? Hal ini sangat diperlukan mengingat adanya *adigium* yang menyatakan bahwa "abnormaal recht voor abnormale tijden" (aturan hukum darurat berlaku bagi kondisi yang darurat) yang tentunya berkaitan dengan "overheidsbeleid" dalam menentukan kebijakan yang dapat dilakukan baik secara tertulis maupun lisan, tentunya untuk menghindari perspektif pemahaman yang keliru bahwa tiada pembenaran yang menyatakannya tindakannya sebagai *overheidsbeleid*, tentunya solusi atas permasalahan ini akan kami urai-jelaskan lebih lanjut.

Selain kekeliruan diatas itu, tinjauan terhadap penerapan fungsi positif dari ajaran perbuatan me

lawan hukum materiel tidak jarang mengalami kekeliruan essensial dan mendasar sifatnya. Perhatikan saja pemidanaan terhadap perkara-perkara antara lain Dr. Burhanuddin Abdullah, Ir. Akbar Tandjung, Dr. Syahril Sabirin, Samadikun dan terakhir adalah 3 (tiga) mantan Direktur Bank Indonesia, khususnya dalam kaitan antara Hukum Pidana dari unsur "menyalahgunakan wewenang" (Pasal 1 ayat 1 b UU No.3 Tahun 1971 jo Pasal 3 UU No.31 Tahun 1999), melawan hukum (Pasal 1 ayat 1 huruf a UU No.3 Tahun 1971 jo Pasal 2 ayat 1 UU. No.31 Tahun 1999) dan Hukum Administrasi Negara yang berkaitan antara "Staatsbeleid" (Kebijakan Negara) dengan asas-asas umum pemerintahan yang baik (Algemene Beginselen van Behoorlijk Bestuur). Seringkali badan yudikatif telah mencampuradukkan, bahkan menganggap sama antara unsur "menyalahgunakan wewenang" dan "melawan hukum", bahkan, tanpa disadari badan peradilan menerapkan asas perbuatan melawan hukum materiel dengan fungsi positif tanpa memberikan kriteria yang jelas untuk dapat menerapkan asas tersebut, yaitu melakukan pemidanaan berdasarkan asas kepatutan dengan menyatakan para pelaku telah melanggar asas-asas umum pemerintahan yang baik, tanpa bisa membedakannya dengan persoalan "beleid" yang tunduk pada Hukum Administrasi Negara.<sup>5</sup>

Penggunaan kewenangan yang bersifat aktif berupa kewenangan diskresioner ("discretionary power", "vrijbestuur", "freies ermessen") untuk melaksanakan kebijakannya

("beleid") dalam mengatasi segera dan secepatnya dengan menetapkan suatu perbuatan bagi kepentingan tugas pemerintahan yang tidaklah sekedar kekuasaan pemerintahan yang menjalankan undang-undang ("kekuasaan terikat"). Menurut Prof. Dr. Philipus M. Hadjon, SH., Kekuasaan Pemerintah merupakan kekuasaan yang aktif yang meliputi kewenangan untuk memutus secara mandiri dan kewenangan intepretasi terhadap norma-norma tersamar ("vage normen"). Dalam kaitannya dengan "beleidsvrijheid", kekuasaan yang aktif dari pemerintahan, menurut Prof. R.M. Girindro Pringgodigdo, SH, berupa "wijsheid" dapat merupakan tindakan-tindakan seketika ("instant decision") dengan melihat urgensi serta situasi/kondisi yang dihadapi, berupa pengambilan keputusan yang dapat bersifat pengaturan (tertulis) dan atau keputusan tertulis atau lisan didasar kan kekuasaan/wewenang "diskresioner" ("discretionary power/authority) yang dimiliki. Namun demikian, suatu "discretionary power" maupun "wijsheid" itu harus tetap selaras dengan maksud ditetapkan kewenangan atau sesuai dengan tujuan akhirnya tersebut, yaitu harus sesuai dengan "doelgerichte" atau tujuan ditetapkannya dari kewenangan itu, bahkan menurut ahli Prof. Dr. Riyaas Rasyid, MA., juga Prof. Dr. Philipus M. Hadjon, SH ("Discretionary Power" & Asas-asas Umum Pemerintahan Yang Baik, halaman 3), dalam kondisi yang urgensif, mendesak dan darurat sifatnya, suatu discretionary power, juga "wijsheid", dapat menyimpang dari produk perundang-undangan

5 Indriyanto Seno Adji. *Prospek Hukum Pidana Indonesia pada Masyarakat Yang Mengalami Perubahan*. Pidato Upacara Pengukuhan Sebagai Gurubesar Tetap Dalam Ilmu Hukum Pidana pada Fakultas Hukum Universitas Krisnadipayana, Jakarta: 19 Pebruari 2004. hal. 27.

yang ada, asalkan penyimpangan ini pada akhirnya sesuai dan dengan diarahkan pada "doelgerichte" ditetapkannya kewenangan tersebut.

Persoalan beleid akan selalu berkaitan dengan pengertian Pegawai Negeri atau Penyelenggara Negara yang memiliki karakteristik tersendiri sebagaimana dikatakan oleh Wimboyono Seno Adji, SH, MH bahwa:<sup>6</sup> berdasarkan uraian dan pandangan Anggota Dewan mengenai makna perluasan "Pegawai Negeri", adalah tepat menjadi perhatian penulis bahwa makna pengertian "Pegawai Negeri" diperkembangkan dan diakui oleh kehidupan yudisial sebagaimana dikemukakan oleh Prof. Oemar Seno Adji, SH harus memenuhi tiga unsur, yaitu:<sup>7</sup>

- diangkat oleh kekuasaan umum,
- memangku suatu jabatan umum, dan
- melakukan sebagian daripada tugas negara atau alat-alatnya.

Pendekatan sejarah pembahasan parlemen terhadap makna "pegawai negeri" mendekati suatu akseptabilitas ekstensif makna tersebut, namun perlu mendapatkan suatu atensi yang primaris bahwa perluasan Subyek Tindak Pidana Korupsi yang berkaitan dengan makna "pegawai negeri" masih merupakan problematis, apabila makna itu dalam pendekatan suatu dakwaan terhadap Pasal 1 ayat (1) sub a Undang-undang No. 3 Tahun 1971. Perlu ada suatu akseptabilitas bahwa makna "pegawai negeri" adalah limitatif dalam kaitan dengan

Pasal 1 ayat (1) sub a Undang-undang No. 3 Tahun 1971, Oemar Seno Adji menunjuk pada Penjelasan Pasal 1 sebagai alasan limitatif pertama tersebut dengan menyatakan:

Penjelasan dari UUPTK, khususnya mengenai pasal 1, tampak mengarahkan, bahwa terutama seorang pejabat itulah yang dapat dipandang sebagai subyek dari tindak pidana korupsi. Dikatakan dalam penjelasan pasal 1, sebelum memasuki penjelasan mengenai ayat (a), antara lain:

Pasal 1: "Tindak pidana korupsi pada umumnya memuat aktifitas yang merupakan manifes tasi dari perbuatan dalam arti yang luas mempergunakan kekuasaan atau pengaruh yang melekat pada seorang pegawai negeri atau kedudukan istimewa yang dipunyai seseorang di dalam jabatan umum yang secara tidak patut atau menguntungkan diri sendiri maupun orang yang menyuap sehingga dikualifisir sebagai tindak pidana korupsi dengan segala akibat hukumnya yang berhubungan dengan Hukum Pidana dan Acaranya".

Tampak dari penjelasan dari pasal 1 tersebut, bahwa tindak pidana korupsi itu ditujukan kepada seorang pegawai negeri atau kedudukan istimewa yang dipunyai seseorang di dalam jabatan umum, sedangkan kemungkinan untuk melakukan suatu tindak pidana korupsi bagi seorang swasta apabila ia memberikan suap kepada seorang pegawai negeri. Seorang non

6 Seno Adji, Wimboyono, *Analisis Pergeseran Makna Terhadap Subyek Tindak Pidana Korupsi. (Studi Kasus Terhadap Problema Perluasan Makna Subyek Tindak Pidana Korupsi Berdasarkan Yurisprudensi di Indonesia)*. Bandung: Program Pascasarjana Universitas Padjadjaran, 2004, hal. 44-46.

7 *Ibid*, hal. 211. Oemar Seno Adji menyebutkan perluasan arti "pegawai negeri" yang dikembangkan dan didirikan oleh kehidupan yudisial.

	<p>a. untuk kentingan negara;</p> <p>b. untuk keperluan peribadatan dan keperluan suci lainnya, sesuai dengan dasar Ketuhanan Yang Maha Esa;</p> <p>c. untuk keperluan pusat-pusat kehidupan masyarakat, sosial kebudayaan dan lain-lain kesejahteraan;</p> <p>d. untuk keperluan perkembangan produksi pertanian, pe ternakan dan perikanan serta sejalan dengan itu;</p> <p>e. untuk keperluan memperkembangkan industri, trans migrasi dan pertambangan. (pasal 14 ayat 1);</p>
<p>b meletakkan dasar-dasar untuk mengadakan kesatuan dan kesejahteraan hukum pertanahan;</p>	<p>23. Hukum agraria yang berlaku atas bumi, air dan ruang angkasa, ialah hukum adat sepanjang tidak bertentangan dengan kepentingan nasional dan negara, yang berdasarkan atas persatuan bangsa, dengan sosialisme Indonesia serta peraturan-peraturan yang tercantum dalam undang-undang ini dan dengan peraturan perundangan lainnya, segala sesuatu dengan mengindahkan unsur-unsur yang bersandar pada hukum agama (pasal 5);</p> <p>24. Hak-hak atas tanah sebagaimana dimaksud dalam pasal 4 ayat 1 ialah ; hak milik, hak guna usaha, hak guna bangunan, hak pakai dan hak sewa (pasal 16 ayat 1);</p>
<p>c. meletakkan dasar-dasar untuk memberi kepastian hukum bagi rakyat se luruhnya.</p>	<p>25. Untuk menjamim kepastian hukum oleh Pemerintah di dakan pendaftaran tanah di seluruh wilayah Republik Indonesia menurut ketentuan yang diatur dalam peraturan pemerintah (pasal 19 ayat 1);</p> <p>26. Hak milik, hak guna usaha dan hakguna bangunan, setiap peralihannya (dan pembebanannya) dan hapusnya harus didaftarkan menurut ketentuan yang dimaksud dalam pasal 19 (pasal 23, 32, dan 38).</p>

26 butir aturan hukum yang tampak dalam tabel 2 di atas merupakan bentuk dari suatu pernyataan (*uitspraak*). Arti suatu pernyataan dari aturan hukum itu diketahui dalam kaidah hukum

(*rechtsnorm*), yang tampak dalam tabel 3. Jika aturan hukum dan kaidah hukum ditampilkan secara bersama-sama, maka akan diperoleh asas hukum seperti yang tampak dalam tabel 3.

**Tabel 3**

Aturan	Kaidah	Asas
1. Seluruh wilayah Indonesia adalah kesatuan tanah air dari seluruh rakyat Indonesia, yang bersatu sebagai bangsa Indonesia (pasal 1 ayat 1);	Pengakuan	1. Kebangsaan/nasionalitas (pasal 1 ayat 2 : religiusitas);

karena rumusan unsur "menyalahgunakan kewenangan atau kedudukan" itulah yang merupakan delik inti untuk menentukan apakah suatu perbuatan masuk dalam kategori tindak pidana.

Perumusan unsur "dengan tujuan" yang mengandung unsur kesengajaan (*opzet*) baik itu pengertian *opzet als oogmerk* (bersifat tujuan), *opzet bij zekerheidsbewustzijn* (keinsyafan akan kepastian) maupun *opzet bij mogelijkheidsbewustzijn* (keinsyafan akan kemungkinan), juga apabila ada atau tidaknya pemisahan perumusan unsur "menguntungkan diri sendiri atau orang lain atau suatu badan", mengingat rumusan unsur tersebut adalah element delict yang tidak menentukan suatu perbuatan dapat dipidana atau tidak.

Pengertian penyalahgunaan "menyalahgunakan wewenang" dalam Hukum Pidana, khususnya dalam tindak pidana korupsi tidak memiliki pengertian yang eksplisitas sifatnya. Mengingat tidak adanya eksplisitas pengertian tersebut dalam Hukum Pidana, maka dipergunakan pendekatan ekstensif berdasarkan doktrin yang dikemukakan oleh **Prof. Mr. H.A. Demeersemen** tentang kajian "*De Autonomie van het Materiele Strafrecht*" (Otonomi dari Hukum Pidana Materiel). Intinya mempertanyakan apakah ada harmoni dan disharmoni antara pengertian yang sama antara Hukum Pidana, khususnya dengan Hukum Perdata dan Hukum Tata Usaha Negara, sebagai suatu cabang hukum lainnya. Disini akan diupayakan keterkaitan pengertian yang sama bunyinya antara cabang ilmu Hukum Pidana dengan cabang ilmu hukum lainnya.

Apakah yang dimaksudkan dengan disharmoni dalam hal-hal dimana kita memberikan pengertian dalam Undang-undang Hukum Pidana dengan isi lain mengenai pengertian yang sama bunyinya dalam cabang hukum lain, ataupun dikesampingkan teori, fiksi dan konstruksi dalam penerapan Hukum Pidana pada cabang hukum lain. Kesimpulannya dikatakan bahwa mengenai perkataan yang sama, Hukum Pidana mempunyai otonomi untuk memberikan pengertian yang berbeda dengan pengertian yang terdapat dalam cabang ilmu hukum lainnya, akan tetapi jika Hukum Pidana tidak menentukan lain, maka dipergunakan pengertian yang terdapat dalam cabang hukum lainnya. Dengan demikian, apabila pengertian "menyalahgunakan kewenangan" tidak ditemukan eksplisitasnya dalam Hukum Pidana, maka Hukum Pidana dapat mempergunakan pengertian dan kata yang sama yang terdapat atau berasal dari cabang hukum lainnya.

Ajaran tentang "*Autonomie van het Materiele Strafrecht*" diterima oleh Pengadilan Negeri Jakarta Utara yang selanjutnya dikuatkan oleh Putusan Mahkamah Agung R.I. No. 1340. K/Pid/1992 tanggal 17 Februari 1992 sewaktu adanya perkara tindak pidana korupsi yang dikenal dengan perkara "Sertifikat Ekspor" dimana Drs. Menyok Wijono didakwa melanggar Pasal 1 ayat (1) sub b UU. No. 3 tahun 1971 sebagai Kepala Bidang Ekspor Kantor Wilayah IV, Direktorat Jenderal Bea & Cukai Tanjung Priok, Jakarta.

Oleh Mahkamah Agung R.I., dilakukan penghalusan hukum (*rechtsverwijning*) pengertian yang luas dari Pasal 1 ayat (1) sub b UU.

No. 3 tahun 1971 dengan cara mengambil alih pengertian "menyalahgunakan kewenangan" yang ada pada Pasal 52 ayat (2) huruf b DU. No. 5 Tahun 1986 (tentang Peradilan Tata Usaha Negara), yaitu telah menggunakan wewenangnya untuk tujuan lain dari maksud diberikannya wewenang tersebut atau yang dikenal dengan "*detournement de pouvoir*". Memang, pengertian *detournement de pouvoir*, dalam kaitannya dengan *Freies Ermessen* ini mengalami perluasan arti berdasarkan Yurisprudensi di Perancis Menurut **Prof. Jean Rivero**. dan **Prof. Waline**, pengertian penyalahgunaan kewenangan dalam Hukum Administrasi dapat diartikan dalam 3 wujud, yaitu.

1. Penyalahgunaan kewenangan untuk melakukan tindakan-tindakan yang bertentangan dengan kepentingan umum atau untuk menguntungkan kepentingan pribadi, kelompok atau golongan,
2. Penyalahgunaan kewenangan dalam arti bahwa tindakan pejabat tersebut adalah benar di tujuan untuk kepentingan umum, tetapi menyimpang dari tujuan apa kewenangan tersebut diberikan oleh Undang-undang atau peraturan-peraturan lain,
3. Penyalahgunaan kewenangan dalam arti menyalahgunakan prosedur yang seharusnya dipergunakan untuk mencapai tujuan tertentu, tetapi telah menggunakan prosedur lain agar terlaksana.

Pengertian "menyalahgunakan kewenangan" sebagai unsur delik dalam tindak pidana korupsi di Indonesia menyerupai butir 2 diatas, sebagai salah satu pendekatan limitatif yang menghindari akibat-

akibat luasnya pengertian tersebut. Pola dasar penilaian mengenai ada atau tidaknya penyalahgunaan kewenangan tersebut adalah bahwa kewenangan untuk mengeluarkan suatu keputusan itu diberikan dengan maksud dan tujuan tertentu. Maksud dan tujuan tertentu itu dapat dibuktikan dari pengaturan tentang kewenangnya itu sendiri atau dari peraturan dasar yang berkaitan dengan kewenangan tersebut.

Pada kasus Ir. Akbar Tandjung ini, dasar pengujian ada atau tidaknya penyalahgunaan ini adalah peraturan dasar (legalitas) sebagai hukum positif tertulis yang melatarbelakangi ada atau tidaknya kewenangan Akbar Tandjung sebagai Mensesneg.

Mengenai pemidanaan atas dasar Asas Kepatutan, mengingat sistem Hukum Pidana Indonesia, khususnya dalam sebagian besar perkara-perkara tindak pidana korupsi ini bersandar prinsip legalitas yang ketat dalam menentukan terbukti/tidak terbuhtinya rumusan delik, maka untuk menentukan ada tidaknya "kewenangan" Akbar Tandjung yang berkaitan dengan penyaluran dana non-budgeter tersebut inipun harus dilandasi peraturan dasar (legalitas), tentunya untuk melakukan penilaian terhadap "menyalahgunakan kewenangan" tersebut. Jadi, ukuran atau kriteria ada atau tidaknya unsur "menyalahgunakan kewenangan" dari diri Akbar Tandjung haruslah berpijak pada peraturan dasar (legalitas) mengenai tugas, kedudukan, fungsi, susunan organisasi dan tata kerja Sekretariat negara, dalam hal ini Keppres No. 104 Tahun 1998 tanggal 23 Juli 1998.

Berdasarkan Keppres No.104 tahun 1998, khususnya Pasal 3 ayat (2), memang tugas Mensesneg memberi dukungan administrasi dan keuangan terhadap kantor Menteri negara yang tidak memimpin Departemen, ada kaitannya dengan dana non-neraca yang dikelola secara *extra non comptable* terlepas memang sebagai fakta hukum bahwa dana non-neraca (*extra non-comptable*) adalah masuk dalam pengertian Uang Negara. Begitu pula Keppres No. 16 tahun 1994 adalah dalam rangka pelaksanaan dana-dana yang berkaitan dengan APBN, bukan berkaitan dengan dana non-neraca sebagaimana dibenarkan dan diakui oleh putusan Pengadilan ini sendiri.

Penulis menganggap Putusan Pengadilan tersebut mengalami kekeliruan dalam menerapkan hukum, khususnya untuk membuktikan unsur (sebagai delik inti) "menyalahgunakan kewenangan" karena tidak berpijak pada peraturan dasar (legalitas) yang menjadi dasar untuk menilai ada atau tidaknya penyalahgunaan kewenangan Akbar Tanjung sebagai Mensesneg tersebut. Apabila tidak ada peraturan dasar yang dipergunakan untuk menilai ada atau tidaknya penyalahgunaan kewenangan ini (karena Keppres No.106 Tahun 1994 yang dipergunakan sebagai pedoman tidaklah dapat dipergunakan dalam kaitannya dengan dana non-neraca), maka berdasarkan Pasal 1 ayat 1 KUHP Akbar Tanjung harus dibebaskan dari dakwaan primair tersebut. Prinsip Legalitas untuk membuktikan unsur (delik inti) adalah untuk kepastian hukum dari Akbar Tanjung, dan bukan dengan cara menerapkan

Asas Kepatutan yang subyektifitas dan tidak tertulis sifatnya. Ini semua untuk kepentingan konsepsi *Nullum Crimen Sine Lege Stricta* pada Pasal 1 ayat (1) KUHP.

Apabila diperhatikan Putusan pengadilan, maka pemidanaan terhadap Akbar Tanjung bertentangan dengan asas *Nullum Crimen Sine Lege Stricta* pada Pasal 1 ayat (1) KUHP (tidak ada peraturan formil tertulis yang ada sanksi pidananya yang dilanggar oleh Akbar Tanjung), karena kriteria/ukuran untuk menentukan pemidanaan adalah asas kepatutan dan kecermatan dalam Hukum Administrasi Negara yang dikenal sebagai *Algemene Beginselen Van Behoorlijk Berstuur* (Asas-asas Umum pemerintahan Yang Baik). Terbuktinya unsur "*wederrechtelijk*" (melawan hukum) yang tersirat dalam kaitannya dengan unsur "menyalahgunakan kewenangan" berdasarkan asas kepatutan dalam Hukum Pidana hanyalah dibenarkan sebagai dasar alasan peniadaan pemidanaan (*Negative Materiele Wederrechtelijk*), bukan untuk pemidanaan.

Pemidanaan atas dasar Positif Materiele Wederrechtelijk haruslah memperhatikan permasalahan-permasalahan yang sensitif dalam Hukum Pidana. Permasalahannya adalah:

- Apabila perbuatan pelaku (terdakwa) formiel tidak *wederrechtelijk* (tidak ada penyalahgunaan wewenang), maka seharusnya yang bersangkutan harus dibebaskan dari segala tuduhan, artinya terhadap pelaku tidak dapat dikenakan pemidanaan dengan suatu pendekatan analogi.

- Harus ditentukan kriteria yang menentukan alasan-alasan yang mendasari diimplementasikan ajaran perbuatan melawan hukum dengan fungsi Positif (dalam kaitannya dengan unsure "menyalahgunakan kewenangan") antara lain:
  - a. Perbuatan pelaku yang tidak termasuk atau tidak memenuhi rumusan delik, di pandang dari kepentingan hukum, ternyata menimbulkan kerugian yang jauh tidak seimbang bagi masyarakat atau negara, dibandingkan dengan keuntungan yang disebabkan oleh perbuatannya yang tidak melanggar peraturan perundang-undangan.
  - b. Menimbulkan kerugian yang jauh tidak seimbang bagi masyarakat/negara adalah bahwa apabila seorang pegawai negeri atau penyelenggara negara, meskipun tidak melakukan pelanggaran peraturan yang ada sanksi pidananya (formeele tidak weder rechtelijk), tetapi menerima fasilitas yang berlebihan serta keuntungan lainnya dari seseorang (corpora/badan hukum) dengan maksud agar pegawai negeri atau penyelenggara negara itu menggunakan kekuasaan atau wewenang yang melekat pada jabatannya secara berlebihan atau menyimpang.

Perlu diketahui bahwa mengingat ajaran "Perbuatan Melawan Hukum Materiel" telah dianggap sebagai pelanggaran asas Legalitas sekaligus akseptasi dari analogi hukum yang TIDAK dikehendaki

dalam Hukum Pidana, maka implementasi dengan Fungsi Negatif inilah yang mendapat toleransi dalam Hukum Pidana. Bagi Fungsi Positif sebagai implementatif dari ajaran "Perbuatan Melawan Hukum Materiel" memerlukan syarat, alasan dan kriteria yang tegas serta dengan segala pertimbangan kondisitas, situatif dan kasuistis.

Sebagaimana telah kami uraikan diatas unsur "penyalahgunaan kewenangan" dalam kaitannya dengan ajaran "Perbuatan Melawan Hukum Materiel" memang telah diimplementasikan kedalam Undang-undang No.3 tahun 1971 dan Undang-undang No.31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, namun demikian penerapan dengan Fungsi Positif ajaran "Perbuatan Melawan Hukum Materiel" pada kasus-kasus tindak pidana korupsi memerlukan kriteria, syarat dan alasan yang tegas dengan tetap inempertimbangkan kondisitas, situatif dan kasuistis. Dalam kasus Akbar Tandjung ini, kriteria, syarat dan alasan pada huruf (a) dan (b) diatas inilah yang TIDAK penulis temukan untuk menentukan dan menerapkan adanya pelanggaran asas kepatutan (perbuatan melawan hukum materiel dengan fungsi positif) tersebut.

Pada kasus. Akbar Tandjung ini, ajaran kepatutan "Perbuatan Melawan Hukum Materiel dengan Fungsi Positif tentang unsur "penyalahgunaan kewenangan" TIDAK DAPAT DITERAPKAN karena perbuatan pelaku tidak dapat dikategorikan "tercela" atau "tidak patut" mengingat perbuatannya tidak menimbulkan .kerugian yang jauh tidak seimbang bagi masyarakat/negara. Terdapat ke

keliruan Majelis Pengadilan Negeri Jakarta Pusat dalam memberikan penafsiran ajaran kepatutan dari unsur "Perbuatan Melawan Hukum Materiel" melalui fungsi positif dengan unsur "penyalahgunaan kewenangan" dalam pertimbangannya tersebut tidak dapat diartikan bahwa memenuhi unsure melawan hukum materiel; (dengan fungsi positif) adalah juga terobsorsi sebagai pemenuhan unsur "menyalahgunakan wewenang". Selain itu Akbar Tandjung sama sekali TIDAK terbukti menerima fasilitas yang berlebihan serta keuntungan lainnya dari seseorang (korporasi/badan hukum) dengan maksud agar Akbar Tandjung itu menggunakan kekuasaan atau wewenangnya yang melekat pada jabatannya secara berlebihan/menyimpang, dan ini pun andaikata perbuatan Akbar Tandjung memenuhi rumusan delik (penyalahgunaan) atau *formeele* perbuatannya adalah *detournement de pouvoir*.

Telah penulis kemukakan di atas soal kasus 3 (tiga) mantan Direktur Bank Indonesia dimana Pengadilan telah keliru membedakan antara "beleid" dengan pemidanaan dengan cara menerapkan unsur "menyalahgunakan wewenang" (Pasal 1 ayat 1 huruf b) yang dianggap sebagai pelanggaran asas kepatutan pada unsur "melawan hukum materiel" melalui fungsi positif (Pasal 1 ayat 1 huruf a). Melalui Putusan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat dengan No. 2043/Pid.B/2001/PN.Jak.Pst. tanggal 01 April 2003, Drs. Hendrobudiyanto, MA dianggap terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 1 ayat 1 sub (b) Undang-undang No.3 Tahun 1971 yang berbunyi :

*"Barangsiapa dengan tujuan menguntungkan diri sendiri, orang lain atau suatu badan,*

*menyalahgunakan kewenangan, kesempatan atau sarana yang ada padanya karena jabatan atau kedudukan, yang secara langsung atau tidak langsung dapat merugikan keuangan Negara atau perekonomian Negara"*

Berdasarkan Putusan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat dengan No. 2043/Pid.B/2001/PN.Jkt.Pst. tertanggal 01 April 2003, Direksi Bank Indonesia (kolektif Institutional) dianggap secara sah dan meyakinkan **melanggar Dakwaan Primair** : Pasal 1 ayat 1 sub (b) UU. No.3 Tahun 1971, yaitu yang dalam pertimbangan hukumnya didasarkan fakta hukum mengenai pelaksanaan suatu **Kebijakan Dewan Direksi Bank Indonesia** yang pada pokoknya adalah sebagai berikut :

1. Pemberian dispensasi kliring bagi 18 (delapan belas) Bank yang mengalami Saldo Debet yang bertentangan dengan Surat Keputusan Direksi Bank Indonesia No.: 14/35/Kep/Dir/UPPB tanggal 10 September 1981 (tentang Penyelenggaraan Kliring Lokal) dan Surat Edaran Direksi Bank Indonesia No.: 22/227/UPG tanggal 31 Maret 1990 (tentang Otomasi Penyelenggaraan Kliring),
2. Pemberian Kredit Likuiditas bagi 18 (delapan belas) Bank yang mengalami Saldo Debet yang bertentangan dengan Surat Keputusan Direksi Bank Indonesia (antara lain) No.21/54/Kep/Dir tanggal 27 Oktober 1988 tentang Penyediaan Fasilitas Diskonto dalam Rupiah.

Kebijakan Direksi Bank Indonesia secara kolektif institusional tentang pemberian kredit likuiditas

dalam kondisi yang darurat, apakah melalui fasilitas dispensasi kliring bagi 18 (delapan belas) Bank yang mengalami saldo debit ataukah (seharusnya) melalui fasilitas penyediaan kredit likuiditas dengan Diskonto II dalam rupiah merupakan persoalan "**Kebebasan Kebijakan**" atau "**beleidsvrijheid**" atau "**Freies Ermessen**" yang dalam tugas publiknya Negara cq Direksi Bank Indonesia memiliki semacam ruang gerak yang bebas dan luas. Sehingga landasan ataupun motivasi adanya suatu kebebasan kebijakan dari Negara dalam menjalankan tugas publiknya tidak dapat dinilai oleh Hakim Perdata dan Hakim Pidana, yang kesemuanya ini, menurut **Prof. Oemar Seno Adji, S.H.** mendekati diri pada suatu "*separation of powers*", khususnya dalam arti "*separation of functions*" ataupun "*separation of organism*".

Sebagaimana dikatakan **Prof. Dr. Wirjono Prodjodikoro, S.H.** memang diakui doktrin dan yurisprudensi, segala perselisihan tentang pola kerja Tata Usaha Pemerintahan, juga yang mengenai kebijakan (kebijaksanaan) pemerintah (*Staatsbeleid*) dimasukkan kekuasaan Pengadilan, maka ini sebetulnya berarti bahwa **Pengadilan menjadi Pemerintah belaka** (Prof. Oemar Seno Adji, S.H.: *Peradilan Bebas Negara Hukum*, halaman 235). Dapat dikatakan dengan demikian, bahwa kebijakan tidak termasuk penilaian oleh Hakim, yang memfokuskan dirinya pada soal "**rechtmatigheid**" dan bukan "**doelmatigheid**".

**Prof. Lie Oen Hock, S.H.** menyatakan secara tegas bahwa Hakim biasa tidak diperkenankan mengadili mengenai kebijakan

Penguasa. Bukanlah Pengadilan yang dapat menilai kebijakan penguasa dengan **Freies Ermessen**-nya, sehingga kebijakan Pemerintah tidak boleh dicampuri oleh Hakim Umum. Pembatasan terhadap *Beleidsvrijheid* itu adalah apabila terdapat perbuatan yang masuk dalam kategoris penyalahgunaan wewenang ("*Detournement de pouvoir*") dan perbuatan sewenang-wenang ("*Abus de Droit*"), dan pola penyelesaian terhadap penyimpangan ini adalah melalui Peradilan Administrasi (sekarang: Peradilan Tata Usaha Negara).

Dengan demikian Kebijakan Direksi Bank Indonesia dalam *menentukan untuk memberikan atau tidak memberikan kredit likuiditas, baik melalui fasilitas saldo debit ataupun fasilitas diskonto, maupun untuk menghentikan atau tidak menghentikan kliring bagi ke 18 Bank yang saldo debit merupakan Kebebasan Kebijakan, suatu Freies Ermessen atau beleidsvrijheid* dalam rangka *Staatsbeleid* yang dalam tataran implementasinya dilakukan oleh Direksi Bank Indonesia selaku **Overheidsbeleid**, dan tidak menjadi wewenang dari Hakim Umum (Perdata maupun Pidana), begitu pula tidak menjadi wewenang Peradilan Pidana terhadap Pembanding. Penilaian terhadap Benar tidaknya suatu Kebijakan Negara (in casu Kebijakan Direksi Bank Indonesia dalam memberikan fasilitas kredit likuiditas) yang masuk dalam kategoris *beleidsvrijheid* tidak menjadi kompetensi dari Peradilan Umum, baik Peradilan Perdata maupun Peradilan Pidana, untuk mengadili dan memutus perkaranya!

Peradilan Pidana (juga Peradilan Perdata) tidak memiliki

kewenangan menilai **“Kebijakan Negara yang Substantif (Materiel)”** seperti halnya Kebijakan Direksi Bank Indonesia mengenai dispensasi kliring terhadap 18 (delapan belas) Bank yang terkena saldo debit tersebut di atas.

Seharusnya peradilan pidana tidak memiliki kompetensi untuk mengadili dan memutus persoalan **“Staatsbeleid”** dalam kerangka **“beleidsvrijheid”** berupa **Kebijakan Substantief** sebagai Kebijakan Institusional dari Bank Indonesia yang merupakan wujud dari **Overheidsbeleid**.

Dalam penerapan Asas Kepatutan sebagai aturan-aturan umum yang tidak tertulis, maka kriteria untuk menentukan pelanggaran unsur **“menyalahgunakan kewenangan”** menurut **Prof. W Konijnenbelt** dalam bukunya berjudul **“Hoofddlijnen van Administratie frecht”** adalah asas kepatutan dan kecermatan dalam Hukum Administrasi Negara yang dikenal **Algemene Beginselen van Behoorlijk Bestuur** (Asas-asas Umum Pemerintahan yang Baik), yaitu **Asas Kecermatan Materiel (Kecermatan Substantif)** yang **bertujuan untuk tidak menimbulkan kerugian seseorang dan diperlukan untuk melindungi kepentingan Negara dan Masyarakat yang lebih luas, meskipun kerugian akan dialami negara secara adequate, yang kesemuanya karakteristik ini merupakan area Hukum Administrasi Negara.**

Dalam hal parameter berupa peraturan dasar sebagai hukum positif tidak sesuai dengan perkembangan Masyarakat dan Negara untuk menentukan ada atau tidak penyalahgunaan kewenangan,

maka **prinsip kepatutan merupakan salah satu parameter yang primaritas sifatnya dari parameter yang ada, dan parameter ini tidak tertulis sifatnya serta masuk dalam kategoris sebagai kriteria untuk menentukan terbukti ada tidaknya unsur “menyalahgunakan kewenangan”, namun demikian pada area Hukum Administrasi Negara, meski kewenangan yang diskresioner ini seringkali menyimpangi asas kepatutan, tetapi perbuatan ini dibenarkan dalam hal kewenangan aktif ini memang terpaksa dilaksanakan atas dasar kondisi yang mendesak, urgensi dan atau darurat sifatnya.**

Memang jelas, ada kekeliruan mendasar yang dilakukan badan yudikatif dalam menentukan unsur **“menyalahgunakan kewenangan”** dengan persoalan **“staatsbeleid”** yang tidak menjadi kompetensi dari peradilan umum. Selain itu, parameter terbukti tidaknya unsur **“menyalahgunakan kewenangan”** adalah bersifat alternatif, dengan tetap memberikan eksistensi kebijakan pada Asas Kecermatan Substantif. Pada tingkat banding, **Pengadilan Tinggi DKI Jakarta** telah melepaskan tiga mantan Direktur BI dari segala tuntutan hukum (*ontslag van alle rechtsvervolging*) dan Ir Akbar Tandjung melalui **Putusan Vrijspraak dari Mahkamah Agung No. 572K/Pid/2003**, kesemua ini memisahkan alasan-alasan soal Materiele Wederrechtelijk dengan Hukum Administrasi Negara.

Dalam kaitan mantan Direktur BI, pertimbangan **Putusan Pengadilan Tinggi DKI Jakarta No. 148/PID/2003/PT.DKI tanggal 29**

Desember 2003, menyatakan:<sup>8</sup>

*"Menimbang, bahwa karena terbukti Keputusan Direksi bank Indonesia tanggal 15 dan 20 September 1997 adalah sebagai Kebijaksanaan Pemerintah yang dilaksanakan oleh Bank Indonesia sebagai upaya untuk menyelamatkan sistem moneter dan Perbankan, maka Pengadilan Tinggi berpendapat bahwa Pengadilan tidak berhak menilai suatu kebijaksanaan (beleid) dari Pemerintah Cq. Bank Indonesia, terlepas dari pada apakah kebijaksanaan tersebut berhasil atau tidak untuk menyelamatkan sistem moneter atau perbankan atau perekonomian negara".*

Selanjutnya dinyatakan pada hal. 62:

*"Menimbang, bahwa walaupun Terdakwa terbukti melakukan perbuatan yang didakwakan kepadanya dalam dakwaan Primair, tetapi karena perbuatan Terdakwa bukan merupakan suatu perbuatan pidana, maka Terdakwa harus dilepas dari segala tuntutan hukum (Onslag van alle rechttevervolging)".*

Dari pertimbangan putusan Pengadilan Tinggi DKI Jakarta a Quo terbukti adanya "**Materiale Feit**" berupa Rapat tanggal 15 dan 20 Agustus 1997 yang menghasilkan suatu Discretion/diskresi atau kebijakan/kebijaksanaan Dewan Direksi Bank Indonesia bagi pemberian dispensasi kliring untuk 18 bank yang mengalami Saldo debit yang tidak dapat dianggap sebagai

tindak pidana, artinya unsur "menyalahgunakan wewenang" sebagai bestanddeel delict tidak terbukti sebagai **Strafbare Feit**, tetapi sebagai suatu kebijakan (**beleid**), karena telah tepat Pengadilan Tinggi DKI Jakarta melalui putusannya menyatakan terdakwa dilepas dari segala tuntutan hukum (**Onslag Van Alle Rechtsvervolging**) berdasarkan alasan pembenar (**Rechts Verdigingsgronden**).

Inkonsistensi Mahkamah Agung muncul kembali manakala lembaga yudikatif ini membatalkan Putusan Pengadilan Tinggi. Proses polemik Kebijakan Negara sebagai area pada Hukum Administrasi Negara ataukah Hukum Pidana dalam kasus Bank Indonesia ini masih terus bergulir searah dengan keterbatasan pemahaman polemic ini di antara para penegak hukum.

Begitu pula, kaitannya dengan Ir. Akbar Tandjung, pertimbangan **Putusan Mahkamah Agung RI No. 572 K/Pid/2003 tanggal 4 Pebruari 2004** yang kesimpulannya menyatakan:<sup>9</sup>

*"Menimbang, bahwa berdasarkan fakta-fakta yang terbukti di atas, Mahkamah Agung berkesimpulan bahwa apa yang dilakukan Terdakwa I, yaitu menerima dana budgeter sebesar Rp 40 milyar kemudian diserahkan kepada Terdakwa II untuk digunakan dalam pengadaan dan penyaluran sembako untuk masyarakat miskin, bukan merupakan penyalahgunaan wewenang, kesempatan atau sarana yang ada pada Ter*

8 Kontra Memori Kasasi Terhadap Memori Kasasi atas Putusan Pengadilan Tinggi DKI Jakarta No. 148/PID/2003/PT.DKI tanggal 29 Desember 2003 dan Putusan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat No. 2043/PID.B/2001/PN.Jak.Pst tanggal 1 April 2003. hal. 32-33.

9 Pertimbangan Hukum Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia No. 572K/Pid/2003, Perkara Pidana Korupsi atas nama Ir. Akbar Tandjung, hal. 207.

dakwa I baik selaku Mensesneg maupun selaku koordinator yang menangani program pengadaan dan penyaluran sembako tersebut, tetapi merupakan suatu tindakan yang harus dilakukan oleh seorang Koordinator/ Mensesneg dalam keadaan darurat sesuai dengan **kewenangan diskresioner** yang ada padanya untuk melaksanakan perintah Presiden sebagai atasannya. Bahwa dalam keadaan darurat, tentu tidak dapat diharapkan menempuh prosedur dan cara-cara dalam keadaan normal, terlebih pula penggunaan prosedur dan cara-cara dalam keadaan normal, terlebih pula penggunaan dan pengelolaan Keuangan Negara dalam bentuk dana non burdgeter hanya diatur oleh apa yang disebut "konvensi", tidak seperti halnya keuangan negara dalam bentuk APBN yang penggunaan dan pengelolaannya diatur oleh Keppres, misalnya untuk peng adaan barang oleh pasal 21 sampai dengan 30 dalam Keppres No. 16 Tahun 1999 dan Keppres No. 18 Tahun 2000 sebagaimana telah dikemukakan di atas".

Bagi Prof. DR. RM. Grindro Pringgodigdo, SH, **instant decision** yang merupakan kebijakan tersebut, baik **wijsheid** maupun **overheidsbeleid** berupa pengambilan keputusan yang bersifat pernyataan (tertulis) dan/atau keputusan tertulis atau lisan didasarkan atas kekuasaan/ wewenang "**discretioner**" (**Discretionary Power**) atau **authornity**) yang memiliki sesuai azas kecermatan substantif/ yang masih dalam batas-batas azas-azas umum pemerintah

an yang baik (**Algemene Beginselen Van Behoorlijk Bestuur**). R.M. Girindo Pringgodigdo. **Kebijaksanaan, Hirarki Perundang-undangan dan Kebijakan Dalam Konteks Pengembangan Hukum Administrasi Negara di Indonesia.**<sup>10</sup>

Kewenangan diskresioner seringkali lebih baik dari pada aturan-aturan tertulis dibuktikan dalam menghadapi suatu hasil dari "*unique facts and circum tones of particular cases*", bahkan Michael J. Allen dalam bukunya "*Cases & Materials on Constitutional & Administration Law*" menyatakan bahwa "**Elimination of all discretionary power is both impossible and undersirable**" (Michael J. Allen Cs. "*Cases & Materials on Constitutional & Administration Law*" Blackstone Press Limited. 1990, page 155), jadi kewenangan Diskresi adalah dibenarkan dalam menghadapi kondisi dari kasus-kasus yang bersifat khusus, seperti hanya kasus kliring saldo debit maupun kasus dana non budgeter BULOG cq. Ir. Akbar Tandjung, Direksi PLN, Para Pimpinan Daerah, baik Legislatif dan Eksekutif.

### C. KESIMPULAN

Dengan demikian kesimpulan bagi Penulis pertama-pertama yang perlu dipahami bahwa adanya ketentuan Pasal 1 UU No.31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi telah memperluas pengertian "Pegawai Negeri", sehingga perspektif Pegawai Negeri dianalogikan juga termasuk pegawai/ pimpinan BUMN sebagai person yang menerima gaji atau upah dari

<sup>10</sup> Indriyanto Seno Adji, *Op.cit.* hal. 16.

keuangan Negara atau Daerah atau yang menerima gaji atau upah dari suatu korporasi yang menerima bantuan dari keuangan Negara atau Daerah, bahkan Pegawai Negeri juga diartikan sebagai orang yang menerima gaji atau upah dari korporasi lain yang mempergunakan modal atau fasilitas dari Negara atau masyarakat.

Selain itu, polemik terjadi pada tataran implementatif mengenai validitas pemberlakuan diantara area Hukum Administrasi Negara, Hukum Perdata atautakah Hukum Pidana bilamana terjadi penyimpangan dalam proses pengadaan barang/jasa atau penyediaan jasa konsultasi, hal ini dikarenakan masih terjadinya diferensial dalam menerjemahkan makna "Keuangan Negara" dengan status "BUMN" dalam kaitannya dengan penempatan Keuangan Negara. UU No.17 Tahun 2003 tentang Keuangan Negara, khususnya mengenai ruang lingkup keuangan Negara Pasal 2 yang ternyata sejalan dengan Penjelasan Umum UU No.31 Tahun 1999 tentang Tindak Pidana Korupsi, sehingga keuangan Negara memiliki makna yang ekstensif meliputi kekayaan Negara yang dipisahkan maupun yang tidak dipisahkan. Dalam pengertian ini kekurangan satu rupiahpun, akan berarti uang Negara akan berkurang dan dianggap merugikan Negara, sehingga sifatnya masih berada pada ranah Hukum Pidana.

Namun pemaknaan secara contrario muncul manakala UU No. 19 Tahun 2003 tentang BUMN menegaskan bahwa kekayaan Negara yang dipisahkan adalah kekayaan Negara yang berasal dari APBN untuk dijadikan penyertaan

modal Negara pada Pesero dan/atau Perum serta perseroan terbatas lainnya. Bahkan Pasal 11 UU No. 19 Tahun 2003 dinyatakan tegas bahwa pengelolaan BUMN didasarkan pada prinsip-prinsip pengelolaan yang ditentukan dalam UU No.1 Tahun 1995 tentang Perseroan Terbatas, sehingga harus diartikan bahwa Persero, Perum dan lainnya itu tunduk pada UU Perseroan Terbatas yang masuk dalam ranah Hukum Perdata. Jadi, memang untuk menentukan ada atau tidak adanya kerugian negara ini sangat tergantung dengan pemaknaan kekayaan negara yang terpisah atau tidak terpisah, yang akhirnya akan menentukan area Hukum Perdata atautakah area Hukum Pidana sebagai indikator kerugian Negara tersebut. Polemik ini akan menjadi sikap rutinitas manakala subyek pelaku tindak pidana korupsi adalah para pelaku BUMN yang merupakan aparatur Negara untuk menentukan criteria ada tidaknya kerugian Negara.

Diskresioner Aktif menjadi area aparatur Negara sebagai pengakuan arah Hukum Administrasi Negara, bukan tindak pidana korupsi dalam ranah Hukum Pidana. Diskresioner Aktif ini sesuai adiqium "abnomaal recht voor abnormale tijden" (aturan hukum darurat berlaku bagi kondisi yang darurat) yang berkaitan dengan "overheids beleid" dalam menentukan kebijakan yang dapat dilakukan baik secara tertulis maupun lisan, tentunya untuk menghindari perspektif pemahaman yang keliru bahwa tiada pembenaran yang menyatakannya tindakannya sebagai overheidsbeleid.

Selain itu, dalam menghadapi kasus-kasus sebagai diuraikan di

atas, dihindari adanya penerapan fungsi positif dari asas perbuatan melawan hukum materiel yang sangat subyektif sifatnya. Dalam tetap menghargai asas legalitas, penerapan ajaran perbuatan melawan hukum materiel diharapkan masih dalam batas-batas peniadaan pidana (alasan pembenar) yang terbatas sifatnya dan melulu pada arah penegakan asas keadilan. Rancangan KUHP Nasional yang menempatkan asas perbuatan melawan hukum materiel sebagai norma hukum positif, kelak tidak akan semudah dalam tataran implementasinya, mengingat akseptasi asas perbuatan melawan hukum materiel yang mendekatkan diri pada asas keadilan akan selalu *im paralelitas* dengan asas legalitas (baik dalam pidana umum maupun pidana khusus seperti korupsi). Namun demikian, apabila praktek telah menerapkannya fungsi positif dari sifat melawan hukum materiel, setidaknya dalam perkara tindak pidana korupsi, haruslah lebih ketat, kondisional, situatif dan kasusistis penggunaannya, dengan kriteria serta ukuran yang jelas, yaitu perbuatan pelaku yang tidak termasuk atau tidak memenuhi rumusan delik, dipandang dari segi kepentingan umum ternyata menimbulkan kerugian yang jauh tidak seimbang bagi Masyarakat atau Negara, dibandingkan dengan keuntungan yang disebabkan oleh perbuatannya yang tidak melanggar peraturan perundang-undangan.<sup>11</sup> Menimbulkan kerugian yang jauh tidak seimbang adalah bahwa pelaku, meskipun tidak melakukan pelanggaran peraturan yang ada sanksi pidananya, tetapi menerima

fasilitas yang berlebihan serta keuntungan lainnya dengan maksud agar menggunakan kekuasaan atau wewenang yang melekat pada jabatannya secara berlebihan/ menyimpang. Ajaran Sifat Melawan Hukum Materiel ini harus dimaknakan secara ketat, kasusistis, kondisional mengingat ajaran ini dalam tindak pidana korupsi sangat eksessif dan menjangkau segala perbuatan selayaknya "jaring laba-laba".

Kewenangan diskresioner ("*discretionary power*") dari aparaturnya Negara tersebut diatas (baik aparaturnya negara dalam arti sempit maupun luas, termasuk BUMN), baik perbuatannya dilakukan sesuai dengan peraturan perundang-undangan (Diskresioner Mengikat) maupun menyimpangi peraturan perundang-undangan (Diskresioner Aktif), baik dilakukan secara tertulis maupun lisan, dan dilakukan sesuai pula dengan Asas-asas Umum Pemerintahan yang Baik, dalam kondisi yang mendesak, urgensi dan atau darurat sifatnya merupakan "*overheidsbeleid*" dalam area Hukum Administrasi Negara yang tidak menjadi yurisdiksi dan makna "menyalahgunakan kewenangan" maupun "melawan hukum" (formiel dan materiel) dalam Hukum Pidana, khususnya tindak pidana korupsi. Kewenangan Diskresioner, khususnya Diskresioner Aktif, berupa "*beleidvrijheid*" maupun "*wijsheid*", yang kadang kala menyimpangi ketentuan perundang-undangan dapatlah dibenarkan asalkan selaras dengan maksud ditetapkannya kewenangan atau memang sesuai dengan tujuan

11 Indriyanto Seno Adji, *Korupsi dan Hukum Pidana*. Cetakan Kedua. Jakarta: Kantor Konsultan Hukum Oemar Seno Adji & Rekan, 2002. hal. 181.

akhirnya atau sesuai dengan "*doelgerichte*" ditetapkan diskresi oner ini, sehingga apabila terjadi penyimpangan atau tidak kesesuaian dari asas *doelgerichte* tersebut, maka area Hukum Pidana menjadi pijakannya !

#### DAFTAR PUSTAKA

- Hamzah, Andi. *Asas-Asas Hukum Pidana*, Cetakan Pertama, Jakarta: Bina Cipta, 1991.
- Indonesia. Mahkamah Agung. Pertimbangan Hukum Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia No. 572K/Pid/2003, Perkara Pidana Korupsi atas nama Ir. Akbar Tandjung.
- Jakarta. Pengadilan Tinggi. Kontra Memori Kasasi Terhadap Memori Kasasi atas Putusan Pengadilan Tinggi DKI Jakarta No. 148/PID/2003/PT.DKI tanggal 29 Desember 2003 dan Putusan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat No. 2043/PID.B/2001/PN.Jak.Pst tanggal 1 April 2003..
- Moeljatno. *Asas-asas Hukum Pidana*. Cetakan Ke-1, Jakarta: Bina Aksara, 1987.
- Poernomo, Bambang. *Asas-Asas Hukum Pidana*, Terbitan Kelima, Jakarta: Ghalia, 1985.
- Seno Adji, Indriyanto. *Korupsi dan Hukum Pidana*. Cetakan Kedua. Jakarta: Kantor Konsultan Hukum Oemar Seno Adji & Rekan, 2002.
- . *Prospek Hukum Pidana Indonesia pada Masyarakat Yang Mengalami Perubahan*. Pidato Upacara Pengukuhan Sebagai Gurubesar Tetap Dalam Ilmu Hukum Pidana pada Fakultas Hukum Universitas Krisnadwipayana, Jakarta: 19 Pebruari 2004.
- Seno Adji, Oemar. *Peradilan Bebas Negara Hukum*. Cetakan Kedua, Jakarta: Penerbit Erlangga, 1985.
- Seno Adji, Wimboyono, *Analisis Pergeseran Makna Terhadap Subyek Tindak Pidana Korupsi. (Studi Kasus Terhadap Problema Perluasan Makna Subyek Tindak Pidana Korupsi Berdasarkan Yurisprudensi di Indonesia)*. Bandung; Program Pascasarjana Universitas Padjadjaran, 2004.