

4-30-2005

“Overheidsbeleid” dan Asas “Materiele Wederrechtelijkheid” dalam Perspektif Tindak Pidana Korupsi di indonesia

Indriyanto Seno Adji

Follow this and additional works at: <https://scholarhub.ui.ac.id/ijil>

Recommended Citation

Adji, Indriyanto Seno (2005) ““Overheidsbeleid” dan Asas “Materiele Wederrechtelijkheid” dalam Perspektif Tindak Pidana Korupsi di indonesia,” *Indonesian Journal of International Law*: Vol. 2: No. 3, Article 7.

DOI: 10.17304/ijil.vol2.3.7

Available at: <https://scholarhub.ui.ac.id/ijil/vol2/iss3/7>

This Article is brought to you for free and open access by the Faculty of Law at UI Scholars Hub. It has been accepted for inclusion in Indonesian Journal of International Law by an authorized editor of UI Scholars Hub.

"Overheidsbeleid" & Asas "Materiele Wederrechtelijkheid" Dalam Perspektif Tindak Pidana Korupsi di Indonesia*

Indriyanto Seno Adji**

Within the implementation of "materiele weder-rechtelijkheid" principle, some quarrels still take place among the academicians and law enforcers. One of the reasons is because there is different position taken by the academics and by the courts in evaluating the bureaucrats' actions in making their "beleid" and executing their discretionary power, in the white collar crime cases, especially in corruption cases. In relating to the placement of this principle in Criminal Code Draft, it is must be observed that the implementation will not be easy. The same condition will also apply to corruption cases. If the principle wants to be implemented, it has to be stricter, conditional, according to situation, and casualties. Discretionary power has also brought its own problem besides the implementation of the principle because of its contribution in corruption cases. This article tries to describe and examine the implementation of "materiele wederrechtelijkheid" principle, from corruption perspective in Indonesia.

A. Paradigma Asas Perbuatan Melawan Hukum Materiel Yang Ekstensif

Perkembangan antara Hukum Administrasi Negara dengan Hukum Pidana memasuki "grey area" dengan segala teknisitas kesulitan dengan proses pemidanaan, bahkan hingga kini

* Artikel ini pernah disampaikan pada Pendidikan Notariat Angkatan XVII/2005, diselenggarakan oleh IKADIN di Jakarta pada 28 Maret 2005

** Profesor yang dilahirkan pada tahun 1957 ini mempunyai banyak prestasi di bidang hukum pidana yang digelutinya sejak lulus sebagai sarjana hukum dari Fakultas Hukum Universitas Indonesia (1982). Sedangkan S2 (1996) dan S-3 (2000) ditempuhnya pada Program Pascasarjana Universitas Indonesia Program Kekhususan Sistem Peradilan Pidana. Selain sebagai pengajar program Pascasarjana di berbagai Perguruan Tinggi Negeri atau Swasta, beliau juga aktif sebagai pembicara dalam berbagai seminar dan lokakarya, serta aktif dalam berbagai aktivitas keilmuan diantaranya sebagai Tim Pakar Hukum Pidana Departemen Hukum & HAM, Anggota IKADIN dan Panitia Penyusunan RUU KUHP.

menimbulkan debatabilitas di kalangan ahli hukum pidana. Betapa tidak, Keputusan Pejabat Negara baik dalam rangka “*beleid*” (“*vrijbestuur*”) maupun “*diskresi*” (*kebijaksanaan*- “*discretionary power*”) menjadi ajang kajian akademis untuk dijadikan alasan penolakan maupun justifikasi pemidanaan pada area Hukum Pidana. Asas perbuatan melawan hukum materiil 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 Materiil melalui fungsi positif seringkali diimplementasikan secara keliru oleh badan peradilan tingkat pertama yang sangat limitatif pemahamannya, seperti kasus Akbar Tandjung, Syahril Sabirin dan 3 mantan Direktur Bank Indonesia.

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 pouvoir* (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 ataukah Hukum Pidana, khususnya dalam perkara-perkara Tindak Pidana Korupsi. Pemahaman yang berkaitan dengan penentuan yurisdiksi inilah yang masih sangat terbatas dalam kehidupan praktek yudisiil

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) ataupun "menyalah-gunakan kewenangan" dan lain sebagainya. Sekarang yang patut dipertanyakan adalah pengertian perbuatan melawan hukum itu sendiri. Apakah yang diartikan perbuatan melawan hukum atau kapankah suatu perbuatan dinyatakan telah melawan hukum? Pertanyaan ini tidak terlepas dari jawaban atas perbuatan melawan hukum yang "formil" maupun "materiil", sebagaimana dikatakan oleh **Prof. Dr. Bambang Poernomo, SH**¹

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 materiil, 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 materiil. Bagi orang Indonesia belum pernah pada saat bahwa hukum dan undang-undang dipandang sama.² Pandangan ini sebenarnya merupakan reaksi atas pendapat yang menyatakan bahwa hukum adalah undang-undang.³

Adanya pengakuan fungsi negatif dari perbuatan melawan hukum secara materiil juga dikemukakan oleh **Prof. Mr. Vos** dan **Prof. Mr. Hulsman** (diikuti oleh Jonkers dan Langemeyer) yang

¹ Bambang Poernomo, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Terbitan Kelima, Jakarta : Ghalia, 1985, hal 117.

Menurut Prof. Bambang Poernomo bahwa diterimanya pandangan "*materiele wederrechtelijkheid*" di dalam praktek hukum berarti: a) diterimanya "*extensive interpretatie*" dan b) diterimanya pengaruh ke dalam hukum pidana yang berasal dari asas *onrechtmatige daad* (Pasal 1365 BW), yaitu perbuatan yang tidak patut menurut pandangan pergaulan masyarakat.

² Moeljatno, *Asas-asas Hukum Pidana*. Cetakan Ke-1, Jakarta: Bina Aksara, 1987, hal 133.

³ *Ibid*, hal 133.

menyatakan bahwa belum tentu kalau semua perbuatan yang mencocoki larangan Undang-undang bersifat melawan hukum. Bagi mereka ini yang dinamakan hukum bukanlah undang-undang saja, karena di samping undang-undang (tertulis), ada pula hukum yang tidak tertulis, yaitu norma-norma atau kenyataan-kenyataan yang berlaku dalam masyarakat, meskipun Hulsman tidak secara nyata-nyata menyatakan hal tersebut sebagai hukum tidak tertulis sebagai salah satu ciri dari pengertian perbuatan melawan hukum secara materil.⁴ Diakuinya pula pandangan itu oleh Prof. Mr. Hazewinkel Suringa dan Prof. Mr. Remmelink yang telah mengadakan pemisahan antara alasan pembenar dan alasan pemaaf dengan mengkaitkannya dengan suatu asas baru "Tiada Hukuman Tanpa Adanya Melawan Hukum Secara Materil."

Pandangan-pandangan di atas sebenarnya suatu pendapat yang datangnya dari pandangan materil, dengan maksud memberikan suatu identifikasi atas reaksi dari pandangan formil yang dikemukakan oleh Prof. Mr. Simons. Simons inilah yang berpandangan formil bahwa hukum adalah undang-undang⁵ Pandangan ini terletak pada segi formil suatu rumusan delik yang terdapat dalam suatu *wet* saja, tanpa memberikan suatu pengecualian apapun. Namun demikian, ternyata seolah-olah pendapat ini menimbulkan keragu-raguan bagi Simons itu sendiri⁶ Bagaimana halnya dengan suatu perkecualian yang tidak terdapat

⁴ Oemar Seno Adji (c), *Peradilan Bebas Negara Hukum*. Cetakan Kedua, Jakarta: Penerbit Erlangga, 1985. hal 236.

⁵ D. Simons, *Kitab Pelajaran Hukum Pidana* (Leerboek Van Het Nederlanches Strafrecht), diterjemahkan oleh P.A.F. Lamintang, Bandung : Pionir Jaya, 1992 . hal 282 .

⁶ Moeljatno, *Op.Cit*, hal 133 .

Prof. D. Simons menegaskan bahwa mengenai persoalan tentang apa yang dapat berlaku dalam hukum positif dan sampai seberapa jauh dalam hal ini orang dapat mempergunakan peraturan-peraturan tidak tertulis, hal mana tidak akan dibicarakan disini, kecuali harus diperhatikan bahwa dasar-dasar yang telah ditetapkan didalam undang-undang itu haruslah dipandang sebagai telah ditetapkan secara limitatif. Disini, Prof. D. Simons bermaksud menolak ajaran perbuatan melawan hukum materil secara tegas, karena dipandang adanya suatu pengecualian terhadap tiada sifat melawan hukum materil dari perbuatan pelaku haruslah tetap pada ketentuan undang-undang saja, bukan dari ketentuan hukum yang tidak tertulis.

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 Simons hanya berlaku pada suatu perkecualian yang terbatas dan diatur dalam suatu undang-undang (tertulis) saja, tanpa melihat adanya kemungkinan suatu perkecualian 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 Prof. Mr. CH. J. Enschede dan Prof. Mr. A. Heijder maupun Prof. Mr. M.L. HC. Hulsman dengan mengajukan suatu kasus yang sangat terkenal dengan sebutan *Arrest Dokter Hewan* berdasarkan putusan Hoge Raad tanggal 20 Pebruari 1933⁷

Prof. Mr. 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 psikosa, 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 gagal) kemudian memutuskan memberikan bantuan dalam upaya bunuh

⁷ CH. J. Enschede & A. Heijder, *Asas-Asas Hukum Pidana* (Beginselen Van Strafrecht), diterjemahkan oleh R. Achmad Socma Dipradja, Bandung: Alumni, 1982, hal 251 - 255.

L.H.C. Hulsman, *Sistem Peradilan Pidana: Dalam Perspektif Perbandingan Hukum* (The Dutch Criminal Justice: Sistem From A Comparative Legal Perspective). diterjemahkan oleh Soedjono Dirdjosisworo, Jakarta: CV Radjawali. 1984, hal 117 - 118.

diri yang kedua kalinya (menyediakan sarana dan lain-lain). 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".⁸

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 materil 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 materil dari segi negatif adalah perbuatan dari petugas kesehatan yang mempertunjukkan atau menyebarluaskan alat-alat pencegahan kehamilan. Perbuatan itu jelas masih merupakan kejahatan yang diatur dalam undang-undang (perhatikan Pasal 283 ayat 1 KUHP), sehingga perbuatannya adalah formil melawan hukum, akan tetapi dengan diterimanya Program Keluarga Berencana secara Nasional, maka hilang pulalah sifat melawan hukum materil dari perbuatannya. Adanya contoh sehari-hari terhadap penerapan sifat *melawan hukum materiel 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 materil "*wederrechtelijk*" atau melawan hukum), namun jelas perbuatan itu tidak ada pengaturannya dalam undang-undang (KUHP), jadi formil

⁸ Jan Remmelink. *Hukum Pidana: Komentar Atas Pasal-Pasal Terpenting dari KUHP Belanda dan Padanannya Dalam KUHP Indonesia*. Jakarta: Penerbit PT Gramdeia Pustaka Utama, 2003, hal. 274-276.

perbuatan tidak melawan hukum, sehingga bagi pelaku itu tidak dapat dikenakan sanksi pidana atas dasar asas legalitas.

B. Pendekatan terhadap Keberadaan Fungsi Positif dari Ajaran Perbuatan Melawan Hukum Materiel

Pada umumnya "*strafbaar feit*" ("*delict*") atau tindak pidana perumusannya adalah sebagai perbuatan seseorang yang diancam pidana, perbuatannya bersifat melawan hukum, terdapatnya suatu kesalahan dan bagi pelakunya dapat dipertanggungjawabkan atas perbuatannya. Berkaitan dengan *strafbaar feit* atau *delict*, Prof. Jonkers dan Prof. Utrecht memandang rumusan dari Simons merupakan rumusan yang lengkap, yang meliputi, yaitu suatu perbuatan yang diancam pidana oleh hukum, bertentangan dengan hukum, dilakukan oleh orang yang bersalah dan orang itu dipandang bertanggung jawab atas perbuatannya.⁹

Memang ada 2 (dua) pendapat golongan penulis mengenai pengertian *strafbaar feit* atau *delict*, yang satu (aliran monoistis) merumuskan pengertian delik (tindak pidana) itu sebagai satu kesatuan seperti telah disebut di atas, sedangkan penulis lainnya (sebagai aliran dualistis: Moeljatno, Roeslan Saleh, dan A.Z. Abidin) lebih memisahkan antara perbuatan yang dilarang undang-undang dan diancam pidana ("*actus reus*") sebagai bagian yang berdiri sendiri dengan pertanggungjawaban ("*mens rea*") di bagian lain, dengan demikian penulis terakhir atau aliran dualistis memisahkan secara tegas antara *actus reus* dengan *mens rea*, hal ini disebabkan pengaruhnya dari Prof. Clark Marshall, sebagaimana dikatakan oleh Prof. Dr. Andi Hamzah, SH yang memberi batas terhadap perumusan delik ("*crime*"), yaitu:¹⁰

"A crime is any act or omission prohibited by law for the protection of the public, and made punishable by the state in a judicial proceeding in its own name. It is a public wrong as distinguished from a mere private wrong or civil injury to an individual".

⁹ Andi Hamzah, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Cetakan Pertama, Jakarta: Bina Cipta, 1991, hal 66.

¹⁰ *Ibid*, hal 67.

Pengaruh aliran dualistis ini jelas telah memisahkan antara *actus reus* dengan *mens rea*. Meskipun terdapat 2 aliran yang berbeda mengenai pengertian *strafbaar feit*, namun rasanya bagi penulis tidaklah mempermasalahkan perbedaan itu, tetapi bahwa *actus reus* ini mensyaratkan adanya sifat melawan hukum dari suatu perbuatan (*wederrechtelijkheid*) lebih menjadi pusat perhatian penulis. Dengan persyaratan adanya perbuatan pelaku yang memenuhi rumusan delik atau tindak pidana inilah yang dinamakan dengan perbuatan melawan hukum. Pertanyaan yang kemudian muncul adalah kapankah suatu perbuatan dari pelaku dikatakan sebagai melawan hukum? Untuk menjawab pertanyaan ini, hukum pidana melihatnya menjadi dua (2) pendapat .

Apabila berbicara tentang "melawan hukum", jika sesuatu tindakan memenuhi syarat-syarat uraian delik. Jika hal itu terjadi, kita berurusan dengan definisi melawan hukum. Di sini pengertian "melawan hukum" dianggap sebagai suatu bentuk atau "formil". Pengertian terhadap perbuatan melawan hukum formil dikemukakan oleh Simons yang secara tegas menyatakan bahwa untuk dapat dipidana suatu perbuatan harus jelas terungkap dalam uraian isi delik atau tindak pidana dalam aturan-aturan undang-undang pidana yang sah. Sedangkan, dari segi isinya, perbuatan melawan hukum materil ini meliputi perbuatan-perbuatan yang dianggap melanggar nilai atau norma, kelaziman yang hidup dalam masyarakat, sehingga berlaku pula terhadap pelanggaran terhadap hukum yang tidak tertulis. Sebagian besar ahli hukum pidana berpendapat bahwa ajaran perbuatan melawan hukum materil harus digunakan secara negatif yang berkaitan dengan dasar-dasar penghapusan pidana yang berada di luar undang-undang.

Pandangan Prof. Vos yang dianggap paling mudah dimengerti tentang perbuatan melawan hukum, karena dikatakan bahwa *formele wederrechtelijkheid* adalah perbuatan yang bertentangan dengan hukum positif (tertulis), sedangkan *materiele wederrechtelijkheid* adalah perbuatan yang bertentangan dengan asas-asas umum/norma hukum tidak tertulis", sedangkan yang

¹¹ Poernomo, *Op.Cit*, hal 115 .

dinamakan kedudukan norma-norma hukum di luar undang-undang ini ada dua pandangan, yaitu:¹²

1. bahwa hakim harus melaksanakan undang-undang, kecuali apabila suatu ketentuan dari undang-undang memberikan ketegasan untuk tidak perlu dijalankan atau boleh menyimpang dan apabila tidak ada ketegasan demikian terhadap hal-hal baru yang timbul kemudian sebagai perubahan hukum harus ditempuh jalan dengan memperbaharui dengan undang-undang baru.
2. bahwa hakim pada waktu menjalankan tugas untuk keadilan, tidak hanya mempertimbangkan aturan undang-undang, akan tetapi dapat menjalankan asas hukum tidak tertulis yang menjadi dasar isi keputusannya meskipun hal itu tidak dengan tegas tercantum dalam undang-undang.

Asalkan untuk mencapai tujuan keadilan hukum, lanjut Bambang Poernomo, kiranya pandangan yang kedua dapat dibenarkan. Di dalam praktek hukum dan yurisprudensi telah ditunjukkan kenyataan bahwa pandangan kedua dapat diikuti. Hal ini sesuai dengan tugas hakim yang memberikan putusan dengan cara menemukan hukumnya (*rechtsvinding*) dan keadilan yang dikehendaki kadang-kadang hanya tersedia undang-undang yang tidak sempurna, maka hakim berhak melaksanakan cita-cita keadilan itu dengan mempertimbangkan asas-asas umum yang terdapat di dalam hukum tidak tertulis. Pandangan yang demikian ini juga berlaku di dalam hukum pidana.

Sebagaimana telah dikemukakan oleh kebanyakan ahli hukum pidana, bahwa penerapan ajaran perbuatan melawan hukum materiil harus mempunyai batas-batasnya, artinya diterapkannya ajaran ini hanyalah dalam mempergunakan sebagai alasan yang menghilangkan suatu tindak pidana saja, sehingga sifat melawan hukum materiil dari perbuatannya hanyalah ditinjau dari segi negatif saja, mengingat adanya pembatasan yang ketat melalui asas legalitas dalam ilmu hukum pidana.

¹² Ibid, hal 85.

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 sangsi 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 "*formele*" perbuatannya tidak "*wederrechtelijk*", lanjut Vos,¹³ adalah jelas hakim telah melakukan penerapan analogi yang tidak sejalan dengan asas legalitas.¹⁴

Dalam praktek perkembangan hukum pidana, terdapat perbuatan-perbuatan yang hilang sifat melawan hukumnya atas dasar alasan pembenaran yang tidak mungkin ditemukan dalam UU (tertulis) yang ada, sehingga perbuatan-perbuatan itu tidak

¹³ Poernomo, *Op. Cit.*, hal 118.

¹⁴ Bemmelen, *Op. Cit.*, hal 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 (*voetwrij*), selain dari jika dijatuhkan putusan pengadilan yang sah oleh "orang-orang yang sederajat" dari orang yang bebas dituntut itu.

mempunyai kekuatan hukum seperti dasar penghapusan pidana yang antara lain disebutkan dalam Buku I Bab III KUHP. Alasan-alasan penghapus pidana di luar undang-undang ini diterima oleh hakim berdasarkan ungkapan kasus di pengadilan maupun pandangan ahli hukum pidana (doktrin) yang terus berkembang, berupa:

1. **Tuchtrect**, yaitu hak mengawasi dan mendidik dari orang tua, wali, guru terhadap anak-anak mereka dan murid-muridnya di mana dalam batas-batas tertentu berhak merampas kebebasan anak-anak yang belum dewasa atau murid-muridnya.

Misalnya: orang tua melarang anak-anaknya untuk menonton televisi sebelum pekerjaan rumahnya selesai. Jadi, ini bukanlah perampasan kebebasan secara melawan hukum. Begitu menghukum anak-anak dengan memukul dalam keadaan tertentu dan untuk dilakukan secara mendidik tidak merupakan penganiayaan. Hoge Raad, berkaitan dengan pengertian "penganiayaan", menyatakan bahwa "pada hakekatnya penganiayaan ..., termasuk bahwa melukai atau menyakiti anak ini menjadi tujuan dan tidak menjadi sarana untuk mencapai suatu tujuan yang diizinkan, dan dengan demikian jika terpaksa orang tua atau para guru dapat mempertimbangkan untuk mendera seorang anak secara terbatas,"¹⁵ sehingga seorang guru yang memukul seorang anak dengan sepatu kayu atau memukul muka seorang muridnya karena si murid tidak mau menerima pendidikan secara ketat sampai sebegitu jauh dari gurunya adalah perbuatan yang melampaui batas syarat-syarat yang ditentukan dari "jika terpaksa" dan "penderaan secara terbatas".

2. **Beroeprecht**, yaitu hak jabatan para dokter (juru obat, bidan) yang misalnya melakukan operasi dengan melakukan pembedahan tidak dapat dipidana atas dasar Pasal 351 atau Pasal 354 KUHP atau seperti *Veerst Arrest* di Belanda.

Dalam rangkuman disertasi doktoralnya, Komariah Emong Sapardjaja telah memisahkan antara *Medische Exeptie* dengan *Beroeprecht*. Sebenarnya, bagi penulis, *medische exeptie* ini sudah merupakan hak jabatan dari dokter (*beroeprecht*) karena

¹⁵ Bemmelen, *Op.Cit.*, hal 201.

pengecualian atas dasar alasan medis merupakan kewenangan yang melekat pada jabatan medis (dokter/juru obat/bidan).

Sebagai contoh adalah pasal 351 - pasal 354 KUHP di atas di mana perbuatan pelaku (dokter) hilang sifat melawan hukumnya atas dasar jabatan/profesinya untuk melakukan pembedahan pasien ataupun misalnya "*abortus provocatus therapeuticus*" sebagai alasan medis untuk melakukan abortus yang bukan atas dasar alasan ekonomi-sosial .

3. **Toestemming** (persetujuan antara pihak), yaitu ijin dari orang yang merasa dirugikan akan hilang sifat melawan hukumnya. Misalnya Pasal 351 - Pasal 354 KUHP tentang penganiayaan . Dalam bidang olah raga tinju, ijin dari pihak-pihak ini merupakan alasan pembenar yang menghapuskan tindak pidana penganiayaan, begitu pula halnya dengan kerusakan barang pada Pasal 406 KUHP. Pemilik bengkel yang memperbaiki (diketok bodi mobilnya) mobil seseorang atas ijin pemilik mobilnya tidaklah dapat dipidana atas dasar Pasal 406 KUHP.

Melihat praktek perkembangan yurisprudensi perkara-perkara pidana maupun doktrin di Belanda, hilangnya sifat melawan hukum dari suatu perbuatan melawan hukum dapat dibenarkan berdasarkan alasan-alasan penghapus/peniadaan pidana di luar undang-undang, meskipun pengecualian ini memiliki kriteria yang bernuansa restriktif dan limitatif sifatnya. Seperti pernah dikemukakan sebelumnya bahwa sebagian besar pendapat ahli hukum pidana menghendaki agar penerapan ajaran perbuatan melawan hukum materil ini hanyalah dalam kaitan dengan alasan penghapusan pidana di luar undang-undang, bukan dipergunakan dalam rangka suatu tujuan pemidanaan, sehingga masih terbatas pada fungsi negatifnya.

Apabila kita menengok yurisprudensi klasik dari kasus tindak pidana korupsi Ir. Otjo Danaatmadja bin Danaatmadja melalui putusan Mahkamah Agung RI tanggal 20 Maret 1977 No. 81 K/Kr/1973, maka salah satu pertimbangan Mahkamah Agung untuk meniadakan sifat melawan hukum materil walaupun formil perbuatannya adalah "*wederrechtelijk*" adalah kesamaan dengan

persyaratan yang dikemukakan oleh J.M. Van Bemmelen yang melihat keuntungan yang jauh lebih cukup seimbang antara perbuatan pelaku yang memenuhi rumusan delik dengan kerugian sebagai akibat adanya pelanggaran delik oleh pelaku, sehingga perbuatan pelaku ternyata tidak untuk menguntungkan diri sendiri, kepentingan umum terlayani dan negara tidak dirugikan (karena persyaratan tersebut di atas).

Dalam suatu disertasi doktoral di Universitas Pajajaran Bandung pada 22 Maret 1994, **Prof. Dr. Komariah Emong Sapardjaja, SH** memberikan kriteria, yang menurut pendapat penulis, sebagai gabungan antara pendapat **Prof. Mr. Langemeyer** dan **Prof. Mr. J.M. Van Bemmelen** serta putusan Mahkamah Agung di atas, untuk menetapkan hilangnya sifat melawan hukum materiil, yaitu harus dilihat apakah perbuatan terdakwa:¹⁶

1. mempunyai tujuan nyata yang memberikan manfaat terhadap kepentingan hukum yang hendak dilindungi oleh pembuat undang undang;
2. melindungi suatu kepentingan hukum yang lebih tinggi dibandingkan dengan kepentingan hukum yang dituju oleh perumusan tindak pidana yang dilanggarnya;
3. mempunyai nilai yang lebih besar bagi kepentingan masyarakat dibandingkan dengan kepentingan diri sendiri .

Persyaratan-persyaratan di atas adalah kriteria untuk menentukan hilangnya sifat melawan hukum materiil yang memang diutarakan secara ketat melalui yurisprudensi maupun doktrin, sedangkan hingga kini sangatlah dihindari untuk menerapkan fungsi positif dari sifat melawan hukum materiil. Doktrin menegaskan bahwa penggunaan ajaran perbuatan melawan hukum materiil hanyalah dalam kaitan alasan-alasan untuk menghapuskan tindak pidana (di luar undang-undang), sehingga harus dipergunakan

¹⁶ Komariah Emong Sapardjaja, Ringkasan Disertasi *"Ajaran Sifat Melawan Hukum Materiil dalam Hukum Pidana Indonesia (Studi Kasus tentang Penerapan dan Perkembangannya dalam Yurisprudensi)"* di Universitas Pajajaran Bandung tanggal 22 Maret 1994 .

melalui fungsi negatifnya dan itu pun dengan segala persyaratan ketat seperti dikemukakan di atas, dengan demikian sangat dihindari penggunaan fungsi positif untuk menjatuhkan pidana pada diri pelaku, karena hal itu dikhawatirkan menimbulkan pelanggaran terhadap asas legalitas.

Pesatnya perkembangan dan globalisasi dalam bidang ekonomi yang mempunyai dampak bermunculannya kejahatan-kejahatan baru dalam bidang ekonomi, dengan demikian terjadi suatu gejala baru tipologi kejahatan yang tidak saja meliputi negara-negara industri, tetapi juga negara dunia ketiga atau negara berkembang seperti halnya Indonesia ini. Apabila pendapat lama selalu beranjak pada peningkatan kuantitas kejahatan karena tingkat pembangunan perekonomian yang sangat rendah, maka tipologi dimensi kejahatan yang baru sekarang ini justru timbulnya pada saat atau pasca perkembangan ekonomi yang meningkat dari suatu negara .

Pernyataan ini terbukti dengan diadopsirnya *Guiding Principles for Crime Prevention and Criminal Justice in the Context of Development and a New International Economic Order* pada Kongres PBB ke VII tentang Pencegahan Kejahatan dan Pembinaan Pelaku (Tindak Pidana) di Milan, Italia (1985). Disebutkan dalam Kongres itu agar perlu waspada terhadap *industri crimes* dan *economic crimes*, yang dinyatakan sebagai berikut: ¹⁷

"The law governing the functioning of business enterprises should be reviewed and strengthened as necessary to ensure their effectiveness for preventing, investigating and prosecuting economic crime. In addition, consideration should be given to having complex cases of economic crime heard by judges familiar with accounting and other business procedures. Adequate training should also provided to officials and agencies responsible for the prevention, investigation and prosecution of economic crimes."

Dalam Kongres PBB di Milan itu, telah dibicarakan beberapa jenis kejahatan dalam tema "dimensi baru kejahatan dalam konteks pembangunan". Seperti penulis kemukakan di atas, berbeda dengan pendapat lama (pendekatan dalam hubungan negatif) yang melihat

¹⁷ Muladi & Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Hukum Pidana*, Cetakan I, Bandung: Alumni, 1992, hal 7-8.

kejahatan sebagai salah satu akibat dari buruknya ekonomi (yang berarti pula bahwa bilamana keadaan ekonomi membaik, kejahatan akan menurun), maka pendekatan dengan hubungan positif melihat bahwa gejala kriminalitas ini merupakan pula suatu kelanjutan dari kegiatan dan pertumbuhan ekonomi, bahkan menurut Prof. Mardjono Reksodiputro, SH, MA kejahatan konvensional lain yang juga sangat mengganggu ekonomi nasional adalah korupsi yang dilakukan oleh pejabat-pejabat pemerintah dengan menyalahgunakan kedudukan mereka. Kerugian yang diderita masyarakat jangan hanya dilihat dari sudut ekonomi saja, karena kerugian yang jauh lebih besar adalah hilangnya kepercayaan masyarakat pada pemerintahan negara.

Pengertian korupsi jangan diasosiasikan dengan penggelapan keuangan negara; tidak kalah jahatnya adalah penyuapan ("*bribery*") dan penerimaan komisi secara tidak sah ("*kickbacks*"). Kegiatan semacam ini juga dilakukan oleh pihak swasta dan karena itu kita dapat membedakan antara "*bureaucratic corruption*" dan "*private corruption*." Apa yang menyamakan kedua jenis korupsi ini dan juga kejahatan ekonomi adalah bahwa para pelakunya adalah para pemegang "kuasa" dalam masyarakat, baik kuasa pemerintahan ("*public power*") maupun "kuasa ekonomi" ("*economic power*"). Karena kuasa ini pada dasarnya dipegang atau diperolehnya atas dasar kepercayaan masyarakat, maka penyalahgunaan ("*abuse of power*") ini mempunyai dampak yang luas.¹⁸

¹⁸ Mardjono Reksodiputro, *Kemajuan Perkembangan Ekonomi dan Kejahatan*, Buku Kesatu, Cetakan Kesatu, Jakarta: Pusat Pelayanan Keadilan dan Pengabdian Hukum (d/h Lembaga Kriminologi) Universitas Indonesia, 1994, Hal 42 - 43.

Uraian yang dikemukakan oleh Prof. Mardjono Reksodiputro, S.H., M.A., melihat bahwa "*a new dimension of criminality is the very substantial increase in the financial volume of certain conventional economic crimes*", seperti: pelanggaran hukum pajak, transfer modal yang melanggar hukum, penipuan asuransi, pemalsuan invoice, penyelundupan dan lain-lain yang semuanya ini mempunyai dampak sangat negatif pada perekonomian negara dan masyarakat dalam skala yang tidak sedikit dalam kuantitas dan kualitasnya. Pelaku-pelaku kejahatan ini mencakup individu, baik swasta atau pemerintahan, badan hukum, khususnya dengan mempergunakan secara sewenang-wenang atau melampaui kewenangan atas kekuasaan yang melekat dari jabatan pelaku individu/badan hukum pemerintahan.

Bahkan, jauh sebelumnya, dalam suatu Konggres PBB VI tentang *The Prevention Crime and The Treatment of Offenders* di Caracas, Venezuela 1980, hal tersebut telah mendapat perhatiannya baik pengaruh dan dampak negatif dari kejahatan ekonomi (pula: korupsi), maka wajar pulalah upaya perhatian dipusatkan pada penanggulangannya. Adanya kejahatan dengan dimensi baru dalam konteks pembangunan ini, seperti dikemukakan oleh Barda Nawawi Arief termasuk bentuk-bentuk kejahatan yang sulit dijangkau oleh hukum ("*offences beyond the reach of the law*"), antara lain: pelanggaran/penghindaran pajak (*tax evasion*), penipuan/kecurangan di bidang perkreditan dan bea cukai (*credit and custom fraud*), penggelapan dana-dana masyarakat (*embezzlement of public funds*), penyelewengan/penyalahgunaan dana-dana masyarakat (*misappropriation of public funds*), pelanggaran terhadap peraturan-peraturan keuangan (*violation of currency regulation*), spekulasi dan penipuan dalam transaksi tanah (*speculation and swindling in land transactions*), penyelundupan (*smuggling*), delik-delik lingkungan (*enviromental offences*), menaikkan harga (*over-pricing*), melebihi faktur (*over-invoicing*), eksploitasi tenaga kerja (*labour exploitation*), penipuan konsumen (*consumer fraud*), mengekspor dan mengimpor barang-barang di bawah standar dan bahkan hasil-hasil produksi yang membahayakan (*expor and impor of substandard and even dangerously unsafe products*).¹⁹

Menurut Prof. Dr. Loebby Loqman, SH meskipun tidak dinyatakan secara eksplisit, bagi kemudahan suatu proses pembuktian (yang tidak saja dibuktikan bahwa perbuatan itu telah melawan hukum formil, tetapi juga harus dibuktikan sifat melawan hukum materilnya) suatu perbuatan tercela patut dikenakan atau dijatuhi pidana, meskipun perbuatan pelaku tidak melawan hukum secara formil, apalagi bila dikaitkan dengan contoh penegasan beliau sebagai berikut.²⁰

¹⁹ Muladi & Arief, *Op. Cit.*, hal 151.

²⁰ *Ibid*, hal 241.

Pada suatu saat konsultasi penulisan disertasi ini, Prof. Dr. Loebby Loqman, S.H. memberikan 3 (tiga) aspek mendasar dari sifat melawan hukum materil, apabila penulis bermaksud mengkaitkan dengan fungsi positif, yaitu (1) perlunya melakukan tinjauan

"Dalam kehidupan sehari-hari seringkali terjadi seseorang tidak terbukti telah melakukan kejahatan itu, sehingga dari semula sudah harus dibebaskan. Seorang pejabat yang kebetulan mempunyai wewenang untuk melakukan pembelian bagi keperluan kantornya, ternyata membeli barang-barang tersebut dari perusahaan yang sengaja didirikan oleh istrinya dengan harga yang lebih tinggi dari harga di pasar bebas, bukan merupakan kejahatan. Pada undang-undang korupsi yang terdahulu, hal demikian bukanlah dianggap sebagai perbuatan korupsi.

Demikian pula dengan memberikan komisi bukanlah merupakan kejahatan sehingga sulit menuduh mereka telah melakukan tindak pidana korupsi karena pemberian komisi meskipun telah merugikan keuangan negara, bukanlah merupakan salah satu jenis kejahatan yang tertera di dalam ketentuan perundang-undangan positif di Indonesia."

Pada aspek lainnya, Rancangan KUHP Nasional pun sebenarnya telah membuka kemungkinan adanya suatu pergeseran terhadap penerapan ajaran perbuatan melawan hukum materil dalam kontekstual positifnya, sewaktu Pasal 18 menyatakan:²¹

"Keadilan dan kepastian sebagai tujuan hukum mungkin saling mendesak dalam penerapan pada kejadian-kejadian nyata. Dengan menyadari hal tersebut, maka dalam mempertimbangkan hukum yang akan diterapkannya hakim sejauh mungkin mengutamakan keadilan di atas kepastian hukum.

Penjelasan atas pasal 18 Rancangan KUHP ini adalah:²²

Ketentuan di atas ini berupa penegasan lebih jauh atas pikiran yang terkandung dalam Pasal 15 dan Pasal 17. Tindakan hakim menurut Pasal 17 adalah lanjutan dari tindakan penuntut umum berdasarkan Pasal 15. Sehubungan dengan itu, dalam Pasal 18 ditetapkan suatu pedoman: bilamana keadilan kepastian hukum saling mendesak dalam penerapan pada kejadian-

kembali pada sejarah penempatan ajaran perbuatan melawan hukum materil (dalam arti luas) yang mencakup perbuatan yang dianggap masyarakat sebagai tercela adalah dalam rangka mempermudah proses pembuktian di persidangan, (2) penempatan ajaran perbuatan melawan hukum materil dalam Rancangan KUHP Nasional, khususnya dalam kaitannya dengan delik adat, yaitu Pasal 1 ayat 3, serta penempatan Pasal 18 Rancangan KUHP, (3) agar pula diperhatikan yurisprudensi Mahkamah Agung Indonesia dalam kasus kontroversial dari Drs. Natalegawa (anggota Direksi Bank Bumi Daya) yang berkaitan dengan kasus Endang Wijaya (alias A Tjay), yang menurut Dr. Komariah Emong Sapardjaja, S.H., telah bergeser sebagai perbuatan melawan hukum materil dengan fungsi positif.

²¹ Panitia Penyusunan RUU KUHP 1991/1992. *Rancangan Kitab Undang-undang Hukum Pidana: Buku Kesatu, Buku Kedua & Penjelasannya*. Disempurnakan oleh Tim Kecil sampai 13 Maret 1993.

²² *Ibid.*

kejadian nyata, maka hakim sejauh mungkin harus mengutamakan keadilan diatas kepastian hukum.

Keadilan dan kepastian hukum adalah dua tujuan hukum yang kerap kali tidak sejalan dan sulit dihindarkan dalam praktek hukum. Makin banyak peraturan hukum memenuhi tuntutan kepastian hukum, semakin tajam dan ketat perumusan peraturan hukum itu, sehingga akan semakin besar pula kemungkinan keadilan terdesak.

Ketidaksempurnaan peraturan hukum dalam praktek dapat diatasi dengan jalan memberikan wewenang tafsiran atas peraturan hukum kepada hakim dalam penerapan peraturan hukum pada kejadian-kejadian konkrit. Dengan demikian dapat dilunakkan atau ditiadakan kekurangan yang melekat pada peraturan hukum itu. Perumusan pasal di atas memungkinkan keadilan lebih diutamakan daripada kepastian hukum .

Rancangan KUHP, menurut **Prof. Dr. Barda Nawawi Arief, S.H.**, yang direncanakan bertolak dari pokok pemikiran keseimbangan mono-dualistik, artinya mempertimbangkan keseimbangan dua kepentingan antara kepentingan masyarakat dan kepentingan individu dan pandangan inilah yang dikenal dengan prinsip "*Daad-Dader Strafrecht*" yang memperhatikan baik segi perbuatan (obyektif) maupun pelakunya (subyektif). Perumusan ini memperluas eksistensi berlakunya hukum yang hidup (hukum tidak tertulis/hukum adat) sebagai dasar patut dipidananya suatu perbuatan sepanjang perbuatan itu tidak ada persamaannya atau tidak diatur dalam undang-undang. Perluasan perumusan asas legalitas ini pun tidak dapat dilepaskan dari pokok pemikiran untuk mewujudkan dan sekaligus menjamin asas keseimbangan antara kepentingan individu dan kepentingan masyarakat, dan antara kepastian hukum dengan keadilan.²³

Dengan perluasan perumusan asas legalitas dalam Rancangan KUHP Nasional itu, maka alur pemikiran itu membawa garis baru dalam asas hukum pidana untuk memberlakukan ajaran sifat melawan hukum materil.

Hal ini ditegaskan dalam Pasal 15 yang berbunyi sebagai berikut:²⁴

²³ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Cetakan I, Bandung: Citra Aditya Bakti, 1996, hal 108 .

²⁴ *Ibid*, hal 110 .

"Perbuatan yang dituduhkan haruslah perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana oleh suatu peraturan perundang-undangan. Agar perbuatan tersebut dapat dijatuhi pidana, perbuatan tersebut harus juga bertentangan dengan hukum."

Perumusan ini diikuti pula dengan Pasal 16 dan Pasal 17 yang menegaskan bahwa hakim harus selalu mengkaji apakah perbuatan yang dituduhkan itu bertentangan dengan hukum dalam arti kesadaran hukum rakyat. Dengan demikian terlihat pula di sini adanya asas keseimbangan antara patokan formal (kepastian hukum) dan patokan materil (keadilan). Menyadari bahwa dalam kejadian-kejadian konkret kedua nilai itu (kepastian hukum dan keadilan) "mungkin saling mendesak, maka dalam pasal 18 ditegaskan bahwa hakim harus sejauh mungkin mengutamakan nilai keadilan daripada nilai kepastian hukum."²⁵

Sekarang patut dipertanyakan, apabila benar perlu, meskipun dengan kondisi, situasi dan kasuistis sifatnya, menerapkan fungsi positif dari sifat melawan hukum materil, khususnya dalam tindak pidana korupsi, apakah yang dijadikan kriteria dan syarat penerapannya? Sesuai penjelasan Pasal 1 di dalam Undang-undang No. 3 Tahun 1971, pada umumnya tindak pidana korupsi ini memuat aktivitas yang merupakan manifestasi dari perbuatan korupsi dalam arti yang luas mempergunakan kekuasaan atau pengaruh yang melekat pada seorang pegawai negeri atau kedudukan istimewa yang dipunyai seseorang di dalam jabatan umum secara tidak patut.

Dari perumusan tersebut, sangatlah jelas bahwa tindak pidana korupsi ini sangat erat kaitannya antara penggunaan kekuasaan secara tidak patut dengan jabatan/kedudukan yang melekat pada diri pegawai negeri/kedudukan istimewa itu, sehingga kadang kala dikatakan juga sebagai "*Crime by Government*", bahkan perbuatan-perbuatan koruptif ini disebut oleh Prof. Marshall B. Clinard (University of Wisconsin, Madison, USA) dan Prof. Daniel J. Abbott (Louisiana State University, New Orleans, USA) sebagai

²⁵ *Ibid*, hal 111.

"White Collar Crime in Government and Business". tegasnya dikatakan:²⁶

"Crime committed by businessmen, politicians and government employees are common in many developed, highly industrialized countries, such as France, Italy and the United States. Considerable evidence supports the view that such illegal behavior increases as socioeconomic development progresses ... Politicians and government employees engage in criminal practices by direct misappropriation of public funds, indirect acquisition of these funds through padded payrolls, illegal employment of relatives or monetary payments from appointees".

Tampaklah jelas, bahwa karakteristik dari tindak pidana korupsi pada umumnya, antara lain adanya penggunaan kekuasaan yang melekat pada jabatan/kedudukan pegawai negeri/pejabat pemerintahan yang penggunaannya adalah secara menyimpang dan tercela sifatnya. Sehingga apabila kembali pada karakteristik pandangan J.M. Van Bemmelen tentang syarat penerapan ajaran perbuatan melawan hukum materil (dalam kaitan fungsi negatif), maka fungsi positif dari sifat melawan hukum materil haruslah lebih ketat, kondusif, kasuistik penggunaannya.

C. "Beleid" – "Administrativerechtelijkheid": Asas Perbuatan Melawan Hukum Materiel dan Tindak Pidana Korupsi

Dalam tinjauan terhadap penerapan fungsi positif dari ajaran perbuatan melawan hukum materiel tidak jarang mengalami kekeliruan esensial dan mendasar sifatnya. Perhatikan saja pembedaan terhadap perkara-perkara antara lain 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*"

²⁶ Marshall B. Clinard & Daniel J. Abbott, *Crime In Developing Countries : A Comparative Perspective*, USA : John Wiley & Sons, Inc., 1973, page 50 - 52 .

(Kebijakan Negara) dengan asas-asas umum pemerintahan yang baik (Algemene Beginselen Van Behoorlijk Bestuur). Seringkali badan yudikatif telah mencampur adukan, 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.²⁷

Penggunaan kewenangan yang bersifat aktif berupa kewenangan diskresioner ("discretionary power", "vrijsbestuur", "freies ermesen") 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, S.H., Kekuasaan Pemerintah merupakan kekuasaan yang aktif, yang meliputi kewenangan untuk memutus secara mandiri dan kewenangan interpretasi 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 didasarkan 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

²⁷ 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 Krisnadwipayana, Jakarta: 19 Pebruari 2004. hal. 27.

tujuan ditetapkan dari kewenangan itu, bahkan menurut saksi 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 yang ada, asalkan penyimpangan ini pada akhirnya sesuai dan dengan diarahkan pada "*doelgerichte*" ditetapkan kewenangan tersebut.

Persoalan *beleid* akan selalu berkaitan dengan pengertian Pegawai Negeri atau Penyelenggara Negara yang memiliki karakteristik tersendiri sebagaimana dikatakan oleh Wimboyono Seno Adji, S.H., M.H. bahwa²⁸ berdasarkan uraian dan pandangan Anggota Dewan mengenai makna perluasan "Pegawai Negeri", adalah tepat menjadi perhatian penulis bahwa makna pengertian "Pegawai Negeri" dikembangkan dan diakui oleh kehidupan yudisial sebagaimana dikemukakan oleh Prof. Oemar Seno Adji, SH harus memenuhi tiga unsur, yaitu:²⁹

- 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 primaritas 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

²⁸ 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.

²⁹ *Ibid*, hal. 211. Oemar Seno Adji menyebutkan perluasan arti "pegawai negeri" yang dikembangkan dan didirikan oleh kehidupan judisiil.

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 manivestasi 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-pegawai negeri selama tersedia baginya suatu perundang-undangan dalam bidang lain, yang dapat merugikan keuangan ataupun perekonomian negara, dapat bertindak sebagai subyek dalam perundang-undangan spesifik itu (perpajakan, tindak pidana korupsi, sarana penipuan, pemalsuan dan lain-lain). Selaku subyek dari tindak pidana korupsi seperti dimaksudkan dalam Pasal 1 ayat (a) UUPTK, semestinya ia jauhkan baik dalam tuduhan maupun dalam putusan Pengadilan. Memang dalam kaitan Pasal ayat (1) huruf a UU No. 3 Tahun 1971 penentuan subyek Tindak Pidana Korupsi adalah *debatable* mengalami perluasan makna yang kadangkala menimbulkan disparasi pembedanaannya.

Sebagaimana dipahami bersama bahwa syarat pembedanaan haruslah memenuhi kriteria adanya, yaitu:

- *schuld* (kesalahan);

- *wederrechtelijk* (melawan hukum);
- perbuatan tersebut dapat dipertanggungjawabkan secara pidana.

Dalam Sistem *Anglo-saxon*, syarat pemidanaan itu harus memenuhi syarat adanya asas *actus reus* dan *mens rea*. Jadi, dalam pemidanaan yang harus digunakan adalah unsur melawan hukum (formal, artinya ada atau tidaknya perbuatan yang bertentangan dengan hukum positif tertulis mengingat alasan yang primaritas sifatnya dari asas *Nullum Crimen Sine Lege Stricta* yang tercantum pada Pasal 1 ayat 1 KUHP.

Pada Pasal 1 ayat (1) sub b UU No. 3 tahun 1971 ini rumusan unsur (dalam kata-kata) melawan hukum tidak ditemukan secara eksplisit, karena dengan kata "menyalahgunakan kewenangan" sudah tersirat unsur melawan hukum tersebut. Lagi pula tidak akan ditemukan delik "menyalahgunakan kewenangan" dilakukan secara kealpaan (*culpa*). Mengenai keterkaitan antara *schuld* (kesalahan) dengan *wederrechtelijk* (melawan hukum) sangatlah menentukan suatu pemidanaan. Sebagaimana dikatakan Prof. DR. Andi Hamzah, S.H. bahwa tidak mungkin ada *schuld* (kesalahan) tanpa adanya *wederrechtelijk* (melawan hukum), tetapi mungkin saja ada *wederrechtelijk* (melawan hukum) tanpa adanya *schuld* (kesalahan).

Bagi pemikiran kami (penulis), *strafbare handeling* (perbuatan yang dapat dipidana) dalam Pasal 1 ayat (1) sub b UU No. 3 Tahun 1971 terletak pada rumusan unsur yang menyatakan "menyalahgunakan kewenangan, kesempatan atau sarana yang ada padanya karena jabatan atau kedudukan", artinya rumusan unsur ini merupakan *bestanddeel delict* (delik inti), sedangkan rumusan unsur yang berbunyi "dengan tujuan menguntungkan diri sendiri atau orang lain atau suatu badan" hanyalah merupakan *element delict* saja dan karenanya tidak menentukan perbuatan yang dirumuskan sebagai *strafbare handeling*. Siapa saja dapat menguntungkan diri sendiri, orang lain atau suatu badan, sepanjang dengan suatu limitasi sebagai pengecualian, yaitu perbuatan memperkaya diri sendiri, orang lain atau satu badan itu tidak dilakukan dengan menyalahgunakan kewenangan, kesempatan atau

sarana yang ada padanya karena jabatan atau kedudukan. Lebih tegas lagi, 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 zekerheids bewustzijn* (keinsyafan akan kepastian) maupun *opzet bij mogelijkheden bewustzijn* (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 "menyalahgunaan 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 Dr. 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 pengetahuan 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 17 Pebruari 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 (*lirechtsverwijning*) 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 menanggapi perluasan arti berdasarkan Yurisprudensi di Perancis. Menurut Prof. Jean Rivero. dan Prof. Waline, pengertian penyalahgunaan kewenangan dalam Hukum Administrasi dapat diartikan dalam tiga 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 ditujukan 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 di atas, 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 kewenangannya 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 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 Tandjung 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 Tandjung harus dibebaskan dari dakwaan primair tersebut. Prinsip Legalitas untuk membuktikan unsur (delik inti) adalah untuk kepastian hukum dari Akbar Tandjung, 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 Tandjung 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 Tandjung), 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 *Positive Materiele Wederrechtelijk* haruslah memperhatikan permasalahan-permasalahan yang sensitif dalam Hukum Pidana. Permasalahannya adalah:

- Apabila perbuatan pelaku (terdakwa) formiil 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 unsur "menyalahgunakan kewenangan") antara lain:
 - a. Perbuatan pelaku yang tidak termasuk atau tidak memenuhi rumusan delik, dipandang 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 penyelenggaran negara, meskipun tidak melakukan pelanggaran peraturan yang ada sanksi pidananya (*formeele* tidak *wederrechtelijk*), tetapi menerima fasilitas yang berlebihan serta keuntungan lainnya dari seseorang (korporasi/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 Materiil" 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 Materiil" memang telah diimplementasikan ke dalam 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 Materiil" 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) di atas inilah yang TIDAK penulis temukan untuk menentukan dan menerapkan adanya pelanggaran asas kepatutan (perbuatan melawan hukum materiil dengan fungsi positif) tersebut.

Pada kasus Akbar Tandjung ini, ajaran kepatutan "Perbuatan Melawan Hukum Materiil 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 kekeliruan Majelis Pengadilan Negeri Jakarta Pusat dalam memberikan penafsiran ajaran kepatutan dari unsur "Perbuatan Melawan Hukum Materiil" melalui fungsi positif dengan unsur "penyalahgunaan kewenangan" dalam pertimbangannya tersebut tidak dapat diartikan bahwa memenuhi unsur melawan hukum materiil; (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 inipun andaikata perbuatan Akbar Tandjung memenuhi rumusan delik (penyalahgunaan) atau *formeele*) perbuatannya adalah *detournement de pouvoir*.

Telah penulis kemukakan diatas soal kasus 3 (tiga) mantan Direktur Bank Indonesia dimana Pengadilan telah keliru membedakan antara "*beleid*" dengan pembedaan dengan cara menerapkan unsur "menyalahgunakan wewenang" (Pasal 1 ayat 1 huruf b) yang dianggap sebagai pelanggaran asas kepatutan pada unsur "melawan hukum materiil" melalui fungsi positif (Pasal 1 ayat 1 huruf a). Melalui Putusan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat dengan No. 2043/Pid.B/2001/PN.Jak.Pst. tertanggal 1 April 2003, Drs. Hendrobudiyanto, M.A., 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 1 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.

“Staatsbeleid” (State Policy atau Kebijakan Negara) dan Unsur *“menyalahgunakan kewenangan”*

Pertimbangan Putusan Pengadilan Negeri yang menyatakan pada pokoknya Direksi Bank Indonesia dianggap secara sah dan meyakinkan melanggar Dakwaan Primair, yaitu Pasal 1 ayat 1 sub (b) UU. No.3 Tahun 1971 karena didasarkan Fakta Hukum mengenai adanya pelaksanaan suatu **“Kebijakan Dewan Direksi Bank Indonesia”** atau *“Overheidsbeleid”*, yaitu sebagaimana dipertimbangkan oleh Pengadilan bahwa Direksi Bank Indonesia telah melakukan :

- Pemberian fasilitas Saldo Debet, yaitu dengan 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);
- 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).

Sebagaimana pertimbangan Putusan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat a quo (halaman 260, 261 dan seterusnya), pemberian fasilitas kredit likuiditas terungkap karena fakta-fakta hukum antara lain sebagai berikut :

“Bahwa benar pada tanggal 15 Agustus 1997 Direksi Bank Indonesia yang telah mengadakan rapat berupa Morning and Evening Call (MEC) yang dihadiri oleh Gubernur Bank Indonesia Sudrajat Djiwandono, Terdakwa, Heru Soeprapto, Paul Sutopo Tjokronegoro, Harjono dan Mukhlis Rasyid telah memutuskan sebagai berikut: “untuk mengatasi kesulitan likuiditas bank-bank yang disebabkan adanya penarikan dana pihak ketiga dalam jumlah besar sehingga terjadi saldo giro debet di Bank Indonesia, diputuskan untuk diberikan kelonggaran berupa fasilitas saldo debet, sampai dengan gejolak pasar uang mereda. Disamping itu guna menghindari terjadinya rush baik di kantor pusat maupun di kantor cabang telah diputuskan bahwa kantor

pusat dan kantor-kantor cabang bank yang mengalami kesulitan likuiditas tetap diperkenankan bersaldo negatif, baik di kantor pusat Bank Indonesia maupun di kantor Bank Indonesia sampai beberapa waktu. Untuk melayani penarikan-penarikan tunai dari nasabah penyimpan dana, kantor pusat dan kantor-kantor cabang diperkenankan menarik secara tunai di kantor pusat Bank Indonesia maupun Kantor Bank Indonesia meskipun bersaldo negatif. Bahwa benar pada tanggal 20 Agustus 1997, Direksi Bank Indonesia telah mengadakan Rapat kembali berupa Morning and Evening Call (MEC) yang juga dihadiri oleh Terdakwa, Gubernur Bank Indonesia Soedradjat Jiwandono, Heru Soeprapto, Paul Sutopo Tjokronegoro yang memutuskan sebagai berikut:

"Dalam kaitannya dengan keputusan Rapat Direksi tanggal 15 Agustus 1997, dan mengingat kondisi likuiditas perbankan belum pulih, dimana salah satu bank mengalami penarikan dana pihak ketiga yang cukup besar ialah Bank Danamon, sehingga secara khusus Direksi memberikan fasilitas penyediaan saldo debit bank bank tersebut, demikian pula bank lainnya yang mengalami kesulitan likuiditas"

Selanjutnya halaman 282 Putusan Pengadilan Negeri menyatakan :

"Bahwa dengan adanya fakta hukum dalam perkara ini, bahwa terdapat 18 (delapan belas) bank yang mengalami saldo debit yang berada dibawah pengawasan Terdakwa selaku Direktur I Bidang Urusan Pengawasan Bank (UPB) I dan II dimana Giro Wajib Minimumnya (GWM) pada rekening Bank Indonesia telah mengalami minus/negatif karena adanya krisis moneter yang menyebabkan para nasabah mengambil dananya secara besar-besaran (rush) pada bank yang bersangkutan, dan dalam hal yang demikian ke 18 bank tersebut dapat dikualifikasikan sebagai bank-bank yang mengalami kesulitan likuiditas dalam keadaan darurat, oleh karenanya tindakan yang harus dilakukan oleh Terdakwa selaku anggota Direksi Bank Indonesia bersama-sama anggota Direksi lainnya sesuai dengan Surat Keputusan dan Surat Edaran Bank Indonesia tersebut diatas adalah memberikan Fasilitas Diskonto II yang telah diatur baik mengenai jangka waktunya, batas maksimum, tingkat diskonto maupun mekanismenya, bukan dengan cara memberikan fasilitas saldo debit seperti yang dilakukan oleh Terdakwa bersama-sama dengan anggota Direksi lainnya sesuai dengan Keputusan Rapat Direksi Morning and Evening Call masing-masing tanggal 15 Agustus 1997 dan tanggal 20 Agustus 1997".

Bahwa fasilitas saldo debit selain tidak diatur didalam ketentuan hukum dan dengan demikian bukan merupakan fasilitas kredit yang menjadi kewenangan Direksi Bank Indonesia, juga dengan pemberian fasilitas saldo debit tersebut melalui dispensasi pengikutsertaannya dalam kliring tidak dapat ditentukan kriteria-kriteria tertentu, baik jangka waktu, batas maksimum, tingkat diskonto maupun prosedurnya, bahkan juga tidak disertai dengan pengingkatan notariil serta tanpa adanya jaminan, sehingga hal yang demikian bukan hanya membuat posisi Bank Indonesia sebagai kreditur tidak aman dan tidak kuat, juga Bank Indonesia dalam hal ini telah mengabaikan prinsip-prinsip kehati-hatian (prudential banking)".

Kebijakan Pemberian kredit likuiditas dalam keadaan yang darurat ini sesuai dengan Petunjuk Presiden pada 3 Desember 1996 yang saat itu pada pokoknya melarang untuk melakukan tindakan likuidasi atau tindakan-tindakan lain yang dapat menimbulkan gejolak sosial sehubungan dengan adanya dua agenda nasional, yaitu Pemilihan Umum dan Sidang Umum MPR-RI, dan hal yang sama dikemukakan kembali oleh Presiden kepada Direksi Bank Indonesia pada 15 April 1997 (halaman 291 dan 292 Putusan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat).

Sebenarnya, atas dasar petunjuk Presiden RI (saat itu) yang tidak menghendaki adanya likuidasi dan tindakan-tindakan lain yang dapat menimbulkan gejolak sosial sebagaimana bunyi pertimbangan di atas, maka pemberian fasilitas kredit likuiditas merupakan Kebijakan Negara atau *Staatsbeleid* (atau State Policy atau Kebijakan Negara) dalam hal ini Presiden sebagai Kepala Negara (atau Kepala Pemerintahan) yang dalam tataran implementasinya dilaksanakan oleh aparatur negara atau "*Overheidsbeleid*" melalui Kebijakan Dewan Direksi Bank Indonesia, yang dituangkan sebagai parameternya adalah peraturan perundang-undangan tertulis, juga asas-asas hukum tidak tertulis sebagai kepatutan yang lazim dalam masyarakat.

Dewan Direksi Bank Indonesia memiliki kewenangan untuk menetapkan suatu "**Kebijakan**" (*beleid*) sebagaimana tercantum dalam Undang Undang No. 13 Tahun 1968 (Lembaran Negara No. 63 Tahun 1968 jo Tambahan Lembaran Negara No. 2865) disebutkan pada :

Pasal 16 ayat 1 sub (c) Tugas dan Kewajiban Direksi Bank Indonesia menentukan kebijaksanaan dalam pengurusan bank.

Pasal 30 sub (b), Bank Indonesia membina perbankan dengan jalan menetapkan ketentuan-ketentuan umum tentang solvabilitas dan likuiditas bank.

Pasal 32 ayat 3, Bank Indonesia dapat pula memberikan kredit likuiditas kepada bank-bank untuk mengatasi kesulitan likuiditas dalam keadaan darurat.

Pasal 33 ayat 1, Bank Indonesia dapat menjalankan ketentuan-ketentuan yang bertalian dengan penggunaan dana-dana oleh lembaga-lembaga keuangan, kecuali badan-badan asuransi.

Selain itu berdasarkan **UU No. 7 Tahun 1992** tentang Perbankan disebutkan pada :

Pasal 37 ayat (2):

Dalam hal suatu bank mengalami kesulitan yang membahayakan kelangsungan usahanya, maka Bank Indonesia dapat:

- a. melakukan tindakan agar:
 - pemegang saham menambah modal;
 - pemegang saham mengganti dewan komisaris dan/atau direksi bank;
 - bank menghapus-bukukan kredit yang macet, dan memperhitungkan kerugian bank dengan modalnya;
 - bank melakukan merger atau konsolidasi dengan bank lain;
 - bank dijual kepada pembeli yang bersedia mengambil-alih seluruh kewajibannya.
- b. mengambil tindakan lain sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Pasal 37 ayat (3):

Apabila menurut penilaian Bank Indonesia:

- a. keadaan suatu bank membahayakan sistem perbankan; atau
- b. tindakan sebagaimana dimaksud dalam ayat (2) belum cukup untuk mengatasi kesulitan yang dihadapi bank;

Bank Indonesia mengusulkan pada Menteri untuk mencabut izin usaha bank tersebut.

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 atautkah (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.** mendekatkan 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 Indonsia 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*.

2. Unsur "*Menyalahgunakan Kewenangan*" sebagai "*Bestand-deel Delict*" yang inharen dari unsur "*Melawan Hukum*"

Makna unsur "menyalahgunakan wewenang" itu tidaklah sama dengan unsur "melawan hukum", khususnya terhadap pemahaman kajian dalam tindak pidana korupsi. Implisitas makna tersebut bahwa menyalahgunakan wewenang adalah tersirat sebagai melawan hukum (meskipun menimbulkan perdebatan yang meluas, apakah melawan hukum ini diartikan secara formil atau termasuk pula materiil), namun demikian tidaklah berarti memenuhi unsur "melawan hukum" berarti pula memenuhi unsur "menyalahgunakan wewenang". Kedua unsur itu jelas berbeda, baik dari sisi "*materiele feit*" maupun "*strafbarefeit*", karena itu penempatan kedua ketentuan ini merupakan pasal-pasal terpisah dalam Undang-undang Tindak Pidana Korupsi di Indonesia. Seringkali ditemukan pemahaman yang keliru atau bahkan tidak dipahami oleh aparaturnya penegak hukum termasuk badan peradilan sebagai pilar akhir dari hukum, yaitu unsur "menyalahgunakan wewenang" dilakukan penilaian berdasarkan asas kepatutan melalui prinsip "*materiele wederrechtelijkheid*" yang secara prinsipiil merupakan kekeliruan

yang sangat memperhatikan, dan hal ini ditemukan pada kasus Ir. Akbar Tandjung pada tingkat pertama Pengadilan Negeri Jakarta Pusat (yang kemudian dibatalkan oleh Mahkamah Agung). Begitu pula mantan Direktur Bank Indonesia berkiatan dengan “beleid” (*public policy*).

Untuk mengetahui apakah benar Direksi Bank Indonesia terbukti melakukan perbuatan yang memenuhi unsur “menyalahgunakan kewenangan” (sebagai *bestanddeel delict*), parameter untuk menentukan terbuiktinya tidaknya Direksi Bank Indonesia melanggar perbuatan yang memenuhi unsur “menyalahgunakan kewenangan” tersebut, yaitu :

- Unsur menyalahgunakan kewenangan dinilai dari ada tidaknya pelanggaran terhadap peraturan dasar tertulis atau asas kepatutan yang hidup dalam masyarakat dan negara ini. Jadi kriteria dan parameter ini bersifat alternatif.
- Asas Kepatutan dalam rangka melaksanakan suatu kebijakan atau *zorgvuldigheid* ini diterapkan apabila tidak ada peraturan dasar ataupun Asas Kepatutan ini diterapkan apabila ada peraturan dasar, sedangkan peraturan dasar (tertulis) itu nyatanya tidak dapat diterapkan pada kondisi dan keadaan tertentu yang mendesak, urgensi dan atau darurat sifatnya.

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 Administratiefrecht*” 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 .

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" Direksi Bank Indonesia yang berkaitan dengan kebijakan dispensasi kliring terhadap delapan belas (18) bank saldo debit tersebut harus dilandasi peraturan dasar (legalitas), tentunya untuk melakukan penilaian terhadap "menyalahgunakan kewenangan" tersebut. Jadi, ukuran atau kriteria ada atau tidaknya unsur "menyalahgunakan kewenangan" bersifat alternatif, artinya selain berpijak pada peraturan dasar (legalitas) mengenai kebijakan dispensasi kliring terhadap 18 bank saldo debit, juga Kebijakan Direksi Bank Indonesia (tidak tertulis).

Apabila tidak ada peraturan dasar maupun ada peraturan dasar mengenai kebijakan yang menyangkut penilaian ada atau tidaknya penyalahgunaan kewenangan ini, maka unsur menyalahgunakan kewenangan harus memiliki keterkaitan dengan kebiasaan atau kepatutan yang berkembang dalam masyarakat, karena kriteria/ukuran untuk menentukan adalah asas kepatutan dan kecermatan dalam Hukum Administrasi Negara yang dikenal

sebagai *Algemene Beginselen Van Behoorlijk Berstuur* (Asas-asas Umum pemerintahan Yang Baik), yaitu asas *Kecermatan Materiel (Kecermatan Substantif)* yang bertujuan untuk tidak menimbulkan kerugian seseorang dan diperlukan untuk melindungi kepentingan Masyarakat dan Negara yang lebih luas.

Untuk mengatasi kesulitan likuiditas bank-bank yang disebabkan adanya penarikan dana pihak ketiga dalam jumlah besar sehingga terjadi saldo debit di Bank Indonesia *tidak dapat diterapkan* dengan memberikan parameter pada 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 maupun Surat Keputusan Direksi Bank Indonesia (antara lain) No. 21/54/Kep/Dir tanggal 27 Oktober 1988 tentang Penyediaan Fasilitas Diskonto dalam rupiah maupun produk-produk hukum Bank Indonesia, tetapi didasari suatu norma atau aturan hukum yang mengandung makna implementasi asas kepatutan dari asas-asas umum pemerintahan yang baik, artinya *apakah Kebijakan Direksi Bank Indonesia sesuai dengan prinsip Algemene Beginselen Van Behoorlijk Bestuur (asas-asas umum pemerintahan yang baik)*. Ternyata Kebijakan Bank Indonesia yang dihasilkan pada Rapat 15 Agustus 1997 dan Rapat 20 Agustus 1997 bertujuan memperbaiki likuiditas perbankan (saat itu) adalah sesuai dengan asas *Kecermatan Materiel (Kecermatan Substantif)* dari asas-asas umum pemerintahan yang baik, yaitu bertujuan untuk tidak menimbulkan kerugian seseorang (para nasabah) dan diperlukan untuk melindungi kepentingan Masyarakat dan Negara dalam skala perkenominian yang lebih luas, dengan tepat waktu dan sasaran. Bahkan ahli perbankan yaitu DR. Ir. Dradjad H Wibowo dan DR. Zulkarnain Sitompul, SH, LLM berpendapat bahwa kebijakan saldo debit merupakan satu-satunya yang dapat dipergunakan dan merupakan jalan yang terbaik waktu itu dalam rangka penyelamatan sistem perbankan dan pembayaran, dengan alasan karena keadaan krisis memerlukan kecepatan dalam bertindak. Tindakan Bank Indonesia melalui Kebijakan tersebut masih berada dalam batas-batas kepatutan yang ada, artinya

perbuatannya adalah *materiele tidak wederrechtelijk*. Produk hukum Bank Indonesia tidak dapat diterapkan pada krisis saat itu, begitu pula fasilitas kredit likuiditas melalui fasilitas Diskonto II.

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:³⁰

"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 rechtevervolging)".

³⁰ 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.

Dari pertimbangan putusan Pengadilan Tinggi DKI Jakarta, a Quo terbukti adanya "*Materiale Feit*" berupa Rapat pada 15 dan 20 Agustus 1997 yang menghasilkan suatu Discretion/diskreasi 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 Vaardigingsgronden*)

Begitu pula, kaitannya dengan Ir. Akbar Tandjung, pertimbangan Putusan Mahkamah Agung RI No. 572 K/Pid/2003 tanggal 4 Peburari 2004 yang kesimpulannya menyatakan:³¹

"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 Terdakwa 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 ang penggunaan dan pengelolaannya diatur oleh Keppres, misalnya untuk pengadaan barang oleh pasal 21 sampai dengan 30 dalam Keppres No. 16 Tahun 1999 dan Keppres No. 18 Tahun 2000 sebagaimana telah dikemukakan di atas.

³¹ Pertimbangan Hukum Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia No. 572K/Pid/2003, Perkara Pidana Korupsi atas nama Ir. Akbar Tandjung, hal. 207.

Bagi Prof. DR. RM. Grindro Pringgogidgo, 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 pemerintahan yang baik (*Algemene Beginselen Van Behoorlyk Bestuur*). R.M. Girindo Pringgogidgo. *Kebijaksanaan, Hirarki Perundang-undangan dan Kebijakan Dalam Konteks Pengembangan Hukum Administrasi Negara di Indonesia*.³²

Kewenangan diskresioner seringkali lebih baik dari pada aturan-aturan tertulis dibuktikan dalam menghadapi suatu hasil dari "*unique facts and circumstances 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.

Dengan demikian kesimpulan bagi Penulis 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

³² Indriyanto Seno Adji, *Op.cit.* hal. 16.

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 materiil, setidaknya-tidaknya 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.³³ 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.

Kewenangan diskresioner ("*discretionary power*") dari aparaturnya Negara, baik perbuatannya dilakukan sesuai dengan peraturan perundang-undangan (kewenangan mengikat) maupun menyimpangi peraturan perundang-undangan (kewenangan aktif), 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" (formil dan materiil) dalam Hukum Pidana, khususnya tindak pidana korupsi. Kewenangan Diskresioner, berupa "*beleidvrijheid*" maupun "*wijsheid*", yang kadang kala menyimpangi ketentuan perundang-undangan dapatlah dibenarkan asalkan selaras dengan maksud ditetapkannya kewenangan atau memang sesuai dengan tujuan akhirnya, sesuai dengan "*doelgerichte*" ditetapkan diskresioner ini.

³³ Indriyanto Seno Adji, *Korupsi dan Hukum Pidana*. Cetakan Kedua. Jakarta: Kantor Konsultan Hukum Oemar Seno Adji & Rekan, 2002. hal. 181.

Daftar Pustaka

- Clinard, Marshall B. & Daniel J. Abbott, *Crime In Developing Countries: A Comparative Perspective*, USA : John Wiley & Sons, Inc., 1973.
- Enschede, CH.J. & A. Heijder, *Asas-Asas Hukum Pidana* (Beginselen Van Strafrecht), diterjemahkan oleh R. Achmad Soema Dipradja, Bandung: Alumni, 1982.
- Hamzah, Andi. *Asas-Asas Hukum Pidana*, Cetakan Pertama, Jakarta: Bina Cipta, 1991.
- Hulsman, L.H.C. *Sistem Peradilan Pidana: Dalam Perspektif Perbandingan Hukum* (The Dutch Criminal Justice: Sistem From A Comparative Legal Perspective). diterjemahkan oleh Soedjono Dirdjosisworo, Jakarta: CV Radjawali. 1984.
- 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.
- Muladi & Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Hukum Pidana*, Cetakan I, Bandung: Alumni, 1992.
- Nawawi Arief, Mardjono. *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Cetakan I, Bandung: Citra Aditya Bakti, 1996.
- Panitia Penyusunan RUU KUHP 1991/1992 . *Rancangan Kitab Undang-undang Hukum Pidana: Buku Kesatu, Buku Kedua & Penjelasannya* . Disempurnakan Oleh Tim Kecil sampai Tanggal 13 Maret 1993.

- Poernomo, Bambang. *Asas-Asas Hukum Pidana*, Terbitan Kelima, Jakarta: Ghalia, 1985.
- Reksodiputro, Mardjono. *Kemajuan Perkembangan Ekonomi dan Kejahatan*, Buku Kesatu, Cetakan Kesatu, Jakarta: Pusat Pelayanan Keadilan dan Pengabdian Hukum (d/h Lembaga Kriminologi) Universitas Indonesia, 1994.
- Remmelink, Jan. *Hukum Pidana: Komentar Atas Pasal-Pasal Terpenting dari KUHP Belanda dan Padanannya Dalam KUHP Indonesia*. Jakarta: Penerbit PT Gramedia Pustaka Utama, 2003.
- Sapardjaja, Komariah Emong. Ringkasan Disertasi "*Ajaran Sifat Melawan Hukum Materiel dalam Hukum Pidana Indonesia (Studi Kasus tentang Penerapan dan Perkembangannya dalam Yurisprudensi)*," di Universitas Pajajaran Bandung tanggal 22 Maret 1994 .
- 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.
- Simons, D. *Kitab Pelajaran Hukum Pidana* (Leerboek Van Het Nederlanches Straftrecht), diterjemahkan oleh P.A.F. Lamintang, Bandung: Pionir Jaya, 1992.