



# **PENYALAHGUNAAN WEWENANG DALAM TINDAK PIDANA KORUPSI DI INDONESIA**

**DISERTASI**

**Untuk memenuhi sebagian persyaratan memperoleh gelar  
Doktor ilmu hukum**



**OLEH :**

**BUDI PARMONO**

**NIM : 0530400001**

**PROGRAM DOKTOR ILMU HUKUM  
FAKULTAS HUKUM  
UNIVERSITAS BRAWIJAYA  
MALANG  
2011**



**TIM PENGUJI UJIAN AKHIR DISERTASI**

Judul Disertasi :

**Penyalahgunaan Wewenang dalam Tindak Pidana Korupsi di Indonesia**

Nama Mahasiswa : Budi Parmono

N I M : 0530400001

Program Doktor : Ilmu Hukum

**Komisi Pembimbing**

Promotor : Prof. Dr. Hj. Made Sadhi Astuti, S.H.

Ko-Promotor I : Prof. H. Masruchin Ruba'i, S.H., M.S.

Ko-Promotor II : Prof. Dr. I Nyoman Nurjaya, S.H., M.H.

**Tim Penguji**

Penguji 1 : Prof. Dr. H. Soedarsono, S.H., M.S.

Penguji 2 : Prof. Dr. Koesno Adi, S.H., M.S.

Penguji 3 : Dr. Soemiyanto, S.H., M.H.

Penguji 5 (Tamu) : Dr. Hj. Sarwirini, S.H., M.S. (Universitas Airlangga  
Surabaya)**Ujian Terbuka**

Hari/Tanggal Ujian : Selasa, 21 Juni 2011

Waktu : 09.00 WIB -11.00 WIB

Tempat : R. Auditorium Fakultas Hukum Universitas Brawijaya



## PERNYATAAN ORISINALITAS DISERTASI

Saya menyatakan dengan sebenar-benarnya bahwa sepanjang pengetahuan saya di dalam naskah Disertasi ini tidak terdapat karya ilmiah yang pernah diajukan oleh orang lain untuk memperoleh gelar akademik di suatu Perguruan Tinggi, dan tidak terdapat karya atau pendapat yang pernah ditulis atau diterbitkan oleh orang lain, kecuali yang secara tertulis telah dikutip dalam naskah ini, dan dicantumkan sebagai suatu kutipan dan daftar referensi.

Apabila ternyata di dalam naskah Disertasi ini dapat dibuktikan terdapat unsur-unsur jiplakan, maka saya bersedia bertanggungjawab sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku, dan Disertasi saya digugurkan, serta gelar akademik yang telah saya peroleh (Doktor) dibatalkan.

Malang, Juni 2011

Mahasiswa

**BUDI PARMONO**

0530400001

**RIWAYAT HIDUP****A. Data Pribadi**

1. Nama : Budi Parmono, S.H., M.Hum.
2. Tempat/Tanggal Lahir : Bandung, 21 Mei 1967
3. Agama : Islam
4. Nama Orang Tua : Drs. Suwanto dan (alm) Sriyati
5. Status : Kawin
6. Nama Istri : Rahmatul Hidayati, S.H., M.H.
7. Nama Anak : Muhammad Qatrunnada Ahnaf
8. Pekerjaan : Dosen Kopertis Wil. VII Jawa Timur dpk. Fakultas Hukum Universitas Islam Malang (UNISMA)
9. Alamat : Rumah Perum Joyogrand CC-8, Telp. (0341) 582959, Hp. 08123359103  
Kantor Jalan Mayjen MT Haryono No. 193 Malang, Telp. (0341) 581613

**B. Data Pendidikan**

1. Sekolah Dasar : Sekolah Dasar Negeri (SDN) Cicadas VIII Bandung
2. Sekolah Menengah Pertama : Sekolah Menengah Pertama Negeri (SMPN) 7 Bandung
3. Sekolah Menengah Atas : Sekolah Menengah Atas (SMA) Pasundan 1 Bandung
4. Strata-1 : Jurusan Hukum Pidana, Fakultas Hukum, Universitas Padjadjaran Bandung
5. Strata-2 : Konsentrasi Hukum Pidana, Program Magister Ilmu Hukum, Program Pascasarjana Universitas Brawijaya Malang
6. Strata-3 : Konsentrasi Hukum Pidana, Program Doktor Ilmu Hukum, Fakultas Hukum Universitas Brawijaya Malang

**C. Data Pekerjaan**

1. Asisten Dosen Fakultas Hukum Universitas Padjadjaran Bandung
2. Dosen Kopertis Wil. VII Jawa Timur dpk. Fakultas Hukum Universitas Islam Malang (UNISMA)
3. Ketua Jurusan Hukum Pidana Fakultas Hukum Universitas Islam Malang (UNISMA)
4. Assesor PLPG Mata Pelajaran PKN Regional 44

## RINGKASAN

Budi Parmono, Mahasiswa Program Doktor Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Brawijaya, Malang, 2011. Penyalahgunaan Wewenang dalam Tindak Pidana Korupsi di Indonesia. Promotor : Prof. Dr. Hj. Made Sadhi Astuti, S.H.; dengan Ko-Promotor : Prof. H. Masruchin Ruba'i, S.H., M.S. dan Prof. Dr. I Nyoman Nurjaya, S.H., M.H.

Penelitian tentang penyalahgunaan wewenang dalam tindak pidana korupsi di Indonesia ini bertujuan untuk menemukan, membahas dan menganalisis kriteria bagian inti delik penyalahgunaan wewenang dalam tindak pidana korupsi menurut UUPTPK 1999 jo. UUPPTPK 2001, dan mengkaji dan menganalisis implikasi normatif kriteria tersebut dengan unsur sifat melawan hukum tindak pidana korupsi menurut UUPTPK 1999 jo. UUPPTPK 2001. Oleh karena itu, metode yang dipergunakan untuk meneliti penyalahgunaan wewenang dalam tindak pidana korupsi di Indonesia tersebut adalah metode penelitian yuridis-normatif dengan 4 (empat) pendekatan, yakni : pendekatan sejarah hukum, pendekatan hukum positif, pendekatan perbandingan hukum dan pendekatan kasus hukum.

Ada terdapat 3 (tiga) teori yang menjadi alat analisis dari penelitian tentang penyalahgunaan wewenang dalam tindak pidana korupsi di Indonesia tersebut, yaitu : teori wewenang, teori tindak pidana, dan teori sifat melawan hukum. Berdasar atas teori wewenang, penyalahgunaan wewenang merupakan tindakan yang dipengaruhi oleh motif-motif yang tersembunyi atau telah memperhitungkan pertimbangan-pertimbangan yang tidak relevan atau telah tidak memperhitungkan pertimbangan-pertimbangan yang relevan. Sementara itu menurut teori tindak pidana, setiap perumusan tindak pidana terdiri dari beberapa bagian inti delik yang di dalamnya mengandung kepentingan hukum. Akhirnya dalam teori sifat melawan hukum, salah satu dari 3 (tiga) model penerapan sifat melawan hukum materil dalam fungsinya yang positif, yaitu : model penerapan sifat melawan hukum materil dalam fungsinya yang positif yang bersumber dari penggunaan norma-norma semu atau istilah-istilah terbuka yang maknanya tidak jelas. Berdasar atas teori-teori tersebut, ada terdapat 2 (dua) konsep yang dibahas di sini, yaitu : konsep penyalahgunaan wewenang dan konsep tindak pidana korupsi.

Hasil penelitian menunjukkan, bahwa bagian inti delik penyalahgunaan wewenang dalam tindak pidana korupsi di Indonesia hanya mengandung kriteria "meskipun untuk kepentingan umum, tapi menggunakan wewenang untuk tujuan selain daripada tujuan wewenang tersebut diberikan oleh perundang-undangan atau peraturan lainnya" saja. Sementara itu, kriteria penyalahgunaan wewenang dalam hukum administrasi negara telah berkembang sedemikian rupa sehingga meliputi juga (1) "kecermatan" dan (2) "kepatutan". Berdasarkan doktrin otonomi hukum pidana yang dianut dalam yurisprudensi hukum pidana di Indonesia, bagian inti delik penyalahgunaan wewenang harus mengandung kriteria (1) meskipun untuk kepentingan umum, tapi menggunakan wewenang untuk tujuan selain daripada tujuan wewenang tersebut diberikan oleh perundang-undangan atau peraturan lainnya; (2) kecermatan dan (3) kepatutan. Berdasarkan perspektif yuridis, bagian inti delik penyalahgunaan wewenang tersebut sesuai dengan perkembangan kriterianya dalam hukum administrasi di Belanda, Amerika Serikat, Inggris dan Perancis; berdasarkan perspektif filosofis,



kriteria-kriteria tersebut sesuai dengan sila pertama Pancasila sebagai sumber dari segala sumber hukum; dan berdasarkan perspektif teoretis, kriteria-kriteria tersebut juga sesuai dengan makna penyalahgunaan wewenang yang berdasarkan doktrin kedaulatan parlemen.

Di samping itu, hasil penelitian menunjukkan juga bahwa bagian inti delik penyalahgunaan wewenang merupakan variasi untuk unsur sifat melawan hukum. Oleh karena kriteria-kriteria yang dimuat dalamnya, maka penyalahgunaan wewenang termasuk sifat melawan hukum yang materil terutama dalam fungsinya yang positif. Berdasarkan perspektif yuridis, hal ini dimungkinkan menurut *La Doctrine du Sens-Clair* di Belgia, *doktrin der eindeutiger wortlaut* di Jerman, Pasal 10 ayat (1) jo. Pasal 5 ayat (1) Undang-undang No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman dan yurisprudensi tetap Mahkamah Agung Republik Indonesia; berdasarkan pespektif filosofis, sesuai dengan sila kedua Pancasila sebagai sumber dari segala sumber hukum; dan berdasarkan perspektif teoretis, sifat melawan hukum yang materil dimungkinkan berlandaskan salah satu model penerapan sifat melawan hukum materil yang bersumber dari penggunaan norma semu atau istilah terbuka.

Dengan demikian, bagian inti delik penyalahgunaan wewenang yang terdiri dari (1) kriteria meskipun untuk kepentingan umum, tapi menggunakan wewenang untuk tujuan selain daripada tujuan wewenang tersebut diberikan oleh perundang-undangan atau peraturan lainnya; (2) kriteria kecermatan dan (3) kriteria kepatutan, merupakan variasi dari sifat melawan hukum yang materil. Oleh karena itu, kriteria-kriteria tersebut hendaknya dicantumkan dalam penjelasan perundang-undangan pemberantasan tindak pidana korupsi yang akan datang.

## SUMMARY

Budi Parmono, Student of The Doctor Program of The Law Faculty, Brawijaya University of Malang, 2010. An Abuse of Power in The Indonesian Corruption Offence. Promotor : Prof. Dr. Hj. Made Sadhi Astuti, S.H.; with Co-promoters : Prof. H. Masruchin Ruba'i, S.H., M.S. and Prof. Dr. I Nyoman Nurjaya, S.H., M.H.

The aim of this research on an abuse of power in the Indonesian corruption offence is to find, to discuss and to analyze criteria of an abuse of power that conform with Eradication of Corruption Act 1999 jo. Amandement toward Eradication of Corruption Act 2001. In addition, the research's goal is also to review and to analyze normative implication of the criteria in term of unlawfulness element of corruption under Eradication of Corruption Act 1999 jo. Amandement toward Eradication of Corruption Act 2001. Hence, the research is legal research that employed 4 (four) approaches, those are, legal history approach, positive law approach, comparative approach and case law approach.

There are 3 (three) theories which have become the tool of analysis toward the research concern an abuse of power in the Indonesian corruption offence, those are, theory of authority, theory of offence and theory of unlawfulness. Based on authority theory, abuse of power is conduct that have been influenced by hidden-motives, or have taken an irrelevant considerations into account, or failing to take a relevant considerations into account. Meanwhile under offence theory, every formulation of offences consist of more than a core element, in which each have been embodied legal interest. Finally in unlawfulness theory, one of 3 (three) models is material unlawfulness in its positive function, that is, application model of material unlawfulness in its positive function because of vage norms or open terms which their meanings are unclear. In virtue of the theories, the 2 (two) concepts that established in this research, are first, concept concern an abuse of power; and second, concept on the Indonesia corruption offence.

The result of the research reveals that an abuse of power that is a core element in the Indonesian corruption offence, only contains criterium about although for the sake of public interest, have used authority for an another goal than the authority given by statute or other regulation. Meanwhile, an abuse of power's criteria in administrative law is so progress as to include also (1) accuracy and (2) properly. In accordance with doctrine of criminal law autonomy that has accepted in Indonesian criminal law, therefore, an abuse of power that is a core element in the Indonesian corruption offence, must consist of criteria (1) although for the sake of public interest, have used authority for an another goal than the authority given by statute or other regulation; (2) accuracy and (3) properly. Based on legal perspective, the criteria of the abuse of power are pursuant with development of Dutch Administrative law, United States Administrative law, United Kingdom Administrative law and France Administrative Law; and based on philosophical perspective, the criteria of the abuse of power are accordance with values of First Basis in Pancasila that is the primary resource in Indonesian legal system. Finally based on theoterical perspective, the criteria of the abuse of power conforms to meaning and purpose of the abuse of power that has begun from doctrine of parliament sovereignty, as well.





In addition, the yield of the research also indicates that an abuse of power that is a core element in the Indonesian corruption offence, is variation to element of unlawfulness. Because of the criteria that contained by her, so the abuse of power come under the material unlawfulness, particularly in her positive function. Based on legal perspective, this is very possible pursuant with *La Doctrine du Sens-Clair* in Belgium, *doktrin der eindeutiger wortlaut* in Germany and Art. 10 paragraph (1) jo. Art. 5 paragraph (1) Statute 48/2009 concerns Judiciary, and standard court-decisions of Indonesia Supreme Court; and based on philosophical perspective, this is consistent to values of Second Basis in Pancasila that is the primary resource in Indonesian legal system. The latter based on theoretical perspective, even the material unlawfulness is suitable with one of application models of the material unlawfulness that derived from employment of vage norm or open term.

Thus, a core element of the abuse of power that consists of criteria (1) although for the sake of public interest, have used authority for an another goal than the authority given by statute or other regulation; (2) accuracy and (3) properly, is variation to the material unlawfulness. Therefore, the criteria should be included in explanation of statute on combanting to the corruption offence in future.



## UCAPAN TERMA KASIH

Pertama, penulis panjatkan Puji dan Syukur Kehadirat Illahi Rabbi karena hanya dengan Rahmat dan Hidayah yang tak terhingga-Nyalah penulisan naskah disertasi ini telah dapat diselesaikan.

Ucapan terima kasih yang tak terhingga penulis sampaikan kepada Yang Sangat Terpelajar Prof. Dr. H. Romli Atmasasmita, S.H., LL.M, Prof. Dr. H. Achmad Sodiki, S.H., dan Prof. Dr. I Nyoman Nurjaya, S.H., M.H. yang telah mendorong penulis untuk melanjutkan studi ke jenjang program doktor (S3) sebagaimana beliau-beliau buktikan dalam surat rekomendasi untuk melanjutkan studi di Program Doktor Ilmu Hukum, Fakultas Hukum, Universitas Brawijaya, Malang. Semoga Tuhan yang Maha Esa senantiasa memberkati dan melindungi beliau-beliau beserta keluarganya, Amin.

Penulisan disertasi ini tiada mungkin akan terselesaikan apabila tidak mendapatkan perhatian, bantuan dan kesediaan dari Yang Sangat Terpelajar Promotor Prof. Dr. Hj. Made Sadhi Astuti, S.H., dan Ko-Promotor Prof. H. Masruchin Ruba'i, S.H., M.S., serta Prof. Dr. I Nyoman Nurjaya, S.H., M.H., yang telah meluangkan waktu dan mencurahkan segenap pikiran dengan tiada lelahnya di sela-sela kesibukan beliau-beliau untuk memberikan pengarahan dan kritik tajam terhadap naskah disertasi ini. Oleh karena itu, penulis beserta keluarga menyampaikan ucapan terima kasih dan penghargaan yang setinggi-tingginya serta mendoakan semoga Tuhan Yang Maha Esa senantiasa melindungi dan memberikan anugerah sehat wal'afiat dan selamat kepada beliau-beliau beserta keluarganya, Amin. Dalam kesempatan ini, penulis menyampaikan permintaan maaf sekiranya dalam proses pembimbingan dan penulisan disertasi



ini terdapat ucapan dan sikap yang tidak berkenan bagi Ibu dan Bapak-bapak Promotor.

Penulis mengucapkan terima kasih dan penghargaan yang setinggi-tingginya kepada Yang Sangat Terpelajar Prof. mr. dr. C.P.M. Cleiren dari Universitas Leiden di Belanda, Prof. mr. dr. Tijs Kooijmans dari Universitas Tilburg di Belanda, dan Dr. Eelke Sikkema dari Universitas Utrecht di Belanda yang telah bersedia untuk diwawancarai mengenai hukum pidana umumnya dan tindak pidana korupsi khususnya serta juga telah mengirim buku-buku, jurnal, *chapter-chapter* dari pelbagai buku dalam rangka penulisan disertasi ini. Semoga Tuhan Yang Maha Pengasih senantiasa memberikan kesehatan dan keselamatan kepada beliau-beliau semuanya, amin.

Penulis mengucapkan terima kasih dan penghargaan yang setinggi-tingginya pula kepada Pimpinan Universitas Islam Malang, khususnya Rektor Universitas Islam Malang yang terdahulu Prof. Dr. H. Achmad Sodiki, S.H. dan Rektor Universitas Islam Malang yang sekarang Prof. Dr. Surahmat, M.Si serta Pimpinan Fakultas Hukum Universitas Islam Malang dan KPS Ilmu Hukum Pascasarjana Universitas Islam Malang yang telah memberikan kesempatan dan kepercayaan untuk melanjutkan studi ke jenjang program doktor (S3) serta bantuan moril maupun materil. Semoga amal yang baik tersebut dibalas oleh Tuhan Yang Maha Pengasih dan Pemurah.

Penulis mengucapkan terima kasih dan penghargaan yang setinggi-tingginya kepada Rektor Universitas Brawijaya Malang, Prof. Dr. Ir. H. Yogi Sugito beserta jajaran rektorat yang telah memberikan kesempatan kepada penulis untuk belajar dan menggali ilmu di kampus yang penuh dengan suasana persuadaraan dan keakraban. Dalam kesempatan ini pula, penulis mengucapkan



terima kasih dan penghargaan yang setinggi-tingginya kepada Dekan Fakultas Hukum Universitas Brawijaya Malang yang terdahulu, Herman Suryokumoro, S.H., M.S. dan Dekan Fakultas Hukum Universitas Brawijaya Malang yang sekarang, Dr. H. Sihabuddin, S.H., M.H. beserta jajaran dekanat yang dengan sungguh-sungguh telah membantu dan melayani penulis menyelesaikan prosedur administrasi akademik dengan mudah dan lancar serta tak lupa penulis mengucapkan terima kasih kepada Prof. Dr. Koesno Adi, S.H., M.S., Prof. Dr. H. Soedarsono, S.H., M.S., Dr. Hj Sarwirini, S.H., M.S. dan Dr. Soemiyanto, S.H., M.H. yang telah memberikan masukan berupa saran dan kritik guna melengkapi penulisan disertasi ini. Semoga Tuhan Yang Maha Pemurah melimpahkan kebaikan, amin.

Dalam rangka penyelesaian penulisan naskah disertasi ini penulis telah mendapatkan bantuan, perhatian dan kerja sama dengan pelbagai pihak baik instansi, teman sejawat maupun perorangan yang tidak mungkin dapat disebut satu per satu. Dalam kesempatan ini secara khusus, penulis menyampaikan terima kasih dan penghargaan yang setinggi-tingginya kepada :

1. Kementerian Pendidikan Nasional yang telah memberikan beasiswa (BPP's), sehingga penulis berkesempatan untuk mengikuti dan menyelesaikan studi di Program Doktor Ilmu Hukum, Fakultas Hukum, Universitas Brawijaya, Malang;
2. Mahkamah Agung RI;
3. Perpustakaan Universitas Brawijaya Malang, Perpustakaan Universitas Padjadjaran Bandung, dan Perpustakaan Universitas Islam Malang;
4. Rekan-rekan Angkatan 2005, Program Doktor Ilmu Hukum, Fakultas Hukum Universitas Brawijaya Malang; dan



Semua pihak yang telah memberikan bantuan moril maupun materiil yang tidak dapat kami sebutkan satu per satu. Semoga Tuhan Yang Maha Pemurah melimpahkan kebaikan, amin.

Penulis menyampaikan sembah-sungkem yang tulus dan ikhlas kepada Ayahanda Drs. Suwanto dan Ibu mertua Hj. Siti Sofiah dan menyampaikan terima kasih yang penuh cinta-kasih kepada adinda Drg. Hery Gunadi, Sp.BM sekeluarga dan adinda Sony Santoso, S.H. sekeluarga di Bandung serta adinda-adinda di Sampang, Madura, yang telah memberikan perhatian dan dorongan kepada penulis selama penulisan ini berlangsung. Semoga Tuhan Yang Maha Esa memberikan anugrah panjang umur, kesehatan dan keselamatan, amin.

Ketika proses penulisan disertasi ini Ibunda Sriyati yang sangat kami cintai telah berpulang keharibaan Allah SWT sehingga tidak berkesempatan menyaksikan puncak penyelesaian pekerjaan penulisan disertasi ini. Semoga Allah SWT menerima iman-islamnya dan menempatkannya di antara orang-orang yang bertaqwa, amin.

Dalam kesempatan yang berbahagia ini tiada lupa penulis menyampaikan cinta dan kasih sayang kepada Istriku, Rahmatul Hidayati, S.H., M.H. yang dengan caranya sendiri telah menjadi mitra di kala duka dan suka yang penuh kesabaran dan kegembiraan memberikan perhatian dan dorongan batiniah yang amat besar sehingga penulis dapat menyelesaikan penulisan disertasi ini dengan sebaik-baiknya. Disertasi ini penulis persembahkan untuk Ananda Muhammad Qatrunnada Ahnaf sebagai putra bangsa masa yang akan datang.

Malang, Juni 2011

BUDI PARMONO  
NIM. 0530400001



## KATA PENGANTAR

Dengan memanjatkan puji dan syukur kepada Tuhan Yang Maha Besar, akhirnya disertasi ini dapat diselesaikan dan diajukan untuk dipertahankan dalam

Ujian Terbuka Disertasi pada 21 Juni 2011 dengan wibawa Promotor : Prof. Dr.

Hj. Made Sadhi Astuti, S.H., dan Ko-promotor : Prof. H. Masruchin Rubafi, S.H.,

M.S., dan Prof. Dr. I Nyoman Nurjaya, S.H., M.H. serta para penguji : Prof. Dr. H.

Soedarsono, S.H., M.S., Prof. Dr. Koesno Adi, S.H., M.S., Dr. Soemiyanto, S.H.,

M.H. dan Dr. Hj. Sarwirini, S.H., M.S.

Dalam proses penyelesaian disertasi ini, pemerintah Republik Indonesia

sedang menggodok dan mengusulkan Rancangan Undang-undang Pemberantasan

Tindak Pidana Korupsi untuk merubah dan mengganti Undang-undang No. 31

Tahun 1999 jo. Undang-undang No. 20 Tahun 2001 dalam rangka menyesuaikan

dengan *United Nations Convention against Corruption* 2003 sebagaimana

diratifikasi dengan Undang-undang No 7 Tahun 2006 tentang Pengesahan *United*

*Nations Convention against Corruption* 2003 (Konvensi Perserikatan Bangsa

Bangsa Anti-Korupsi, 2003). Semoga disertasi ini dapat memberikan bahan dan

masukan yang konstruktif bagi pembentukan Undang-undang Pemberantasan

Tindak Pidana Korupsi yang baru tersebut.

Menyadari sepenuhnya, bahwa muatan yang ditulis dan dibahas dalam

naskah disertasi ini masih jauh dari lengkap, apalagi sempurna. Ada terdapat

banyak kekurangan dan kelemahan baik dari aspek pengkajian maupun aspek

penulisan. Oleh karena itu masukan, saran dan kritik yang membangun dari

berbagai pihak sangat diharapkan dengan tangan terbuka, senang hati dan

disertai ucapan terima kasih yang tak terhingga.



## DAFTAR ISI

Bab	Halaman
Pengesahan Disertasi .....	i
Tim Penguji Ujian Akhir Disertasi .....	ii
Pernyataan Orisinalitas .....	iii
Riwayat Hidup .....	iv
Ringkasan .....	v
<i>Summary</i> .....	vii
Ucapan Terima Kasih .....	ix
Kata Pengantar .....	xiii
Daftar Isi .....	xv
Daftar Tabel .....	xvii
Daftar Gambar .....	xix
<b>I PENDAHULUAN</b> .....	<b>1</b>
1.1. Latar Belakang Masalah .....	1
1.2. Perumusan Masalah .....	20
1.3. Tujuan dan Manfaat Penelitian .....	20
1.3.1. Tujuan Penelitian .....	20
1.3.2. Manfaat Penelitian .....	21
1.4. Orisinalitas Penelitian .....	22
1.5. Metode Penelitian .....	28
1.5.1. Jenis dan Pendekatan Penelitian .....	28
1.5.2. Jenis Bahan Hukum dan Teknik Pengumpulan Bahan Hukum .....	31
1.5.3. Analisis Bahan Hukum .....	35
<b>II KERANGKA DASAR TEORETIK DAN KERANGKA KONSEPTUAL</b> ....	<b>38</b>
2.1. Teori Wewenang, Teori Tindak Pidana dan Teori Sifat Melawan Hukum .....	38
2.1.1. Teori Wewenang .....	38
2.1.2. Teori Tindak Pidana .....	64
2.1.3. Teori Sifat Melawan Hukum .....	93
2.2. Konsep Penyalahgunaan Wewenang dan Konsep Tindak Pidana Korupsi .....	133
2.2.1. Konsep Penyalahgunaan Wewenang .....	133
2.2.1.1. Konsep Penyalahgunaan .....	133
2.2.1.2. Konsep Wewenang .....	139
2.2.1.3. Konsep Penyalahgunaan Wewenang .....	147
2.2.2. Konsep Tindak Pidana Korupsi .....	157
2.2.2.1. Konsep Tindak Pidana .....	157
2.2.2.2. Konsep Korupsi .....	167
2.2.2.3. Konsep Tindak Pidana Korupsi .....	173
<b>III HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN</b> .....	<b>179</b>
3.1. Pengaturan Tindak Pidana Korupsi, Bagian inti Delik dan Kriteria Penyalahgunaan Wewenang dalam Perumusan tindak Pidana Korupsi .....	179





3.1.1. Pengaturan Tindak Pidana Korupsi dalam Ketentuan Hukum Internasional, Regional dan Nasional .....	179
3.1.1.1. Instrumen Hukum Internasional yang Mengatur Tindak Pidana Korupsi .....	180
3.1.1.2. Instrumen Hukum Internasional-Regional yang mengatur Tindak Pidana Korupsi .....	196
3.1.1.3. Pengaturan Tindak Pidana Korupsi di Beberapa Negara .....	219
3.1.1.4. Peraturan Perundang-undangan Tindak Pidana Korupsi di Indonesia .....	226
3.1.2. Bagian Inti Delik Penyalahgunaan Wewenang dalam Perumusan Tindak Pidana Korupsi .....	247
3.1.3. Kriteria Penyalahgunaan Wewenang dalam Perumusan Tindak Pidana Korupsi .....	260
3.2. Implikasi Perluasan Kriteria Bagian Inti delik Penyalahgunaan Wewenang dengan Unsur Sifat Melawan Hukum dalam Perumusan Tindak Pidana Korupsi .....	317
3.2.1. Hubungan antara Bagian Inti Delik Penyalahgunaan Wewenang dengan Unsur Sifat Melawan Hukum .....	317
3.2.2. Asas Kecermatan dan asas kepatutan sebagai Titik Singgung Kriteria Penyalahgunaan Wewenang ( <i>Misbruik van Bevoegdheid</i> ) dengan Sifat Melawan Hukum ( <i>Wederrechtelijkheid</i> ) dan Perbuatan Melanggar Hukum ( <i>Onrechtmatige daad</i> ) .....	330
IV PENUTUP .....	380
4.1. Kesimpulan .....	380
4.2. Rekomendasi .....	383
DAFTAR PUSTAKA .....	386

## DAFTAR TABEL

Tabel		Halaman
1	Perbedaan antara Wewenang Delegatif dan Wewenang Mandat .....	53
2	Perbandingan Perumusan Pasal 3 UUPTPK 1999 dan Pasal 12 huruf e UUPTPK 1999 jo. Pasal I angka 2 UUPPTPK 2001 .....	88
3	Perbedaan Perumusan Pasal 423 KUHP antara yang Tercantum dalam Pasal 12 UUPTPK 1999 dengan yang tertuang dalam Pasal 12 huruf e UUPTPK 1999 jo. Pasal I angka 2 UUPPTPK 2001 .....	123
4	Jenis Tindak Pidana Korupsi yang Diatur dalam <i>United Nations Convention against Corruption</i> dan <i>OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials In International Business Transactions</i> .....	193
5	Kategori Pemuatan Jenis Tindak Pidana Korupsi Tertentu menurut Konvensi Anti-Korupsi PBB .....	195
6	Perbandingan Jenis Tindak Pidana Korupsi antara <i>United Nations Convention against Corruption</i> di satu pihak dengan Konvensi Anti-Korupsi OAS, Konvensi Hukum Pidana Korupsi CE dan Konvensi Korupsi AU di lain pihak .....	216
7	Perbandingan Kategori Pemuatan Jenis Tindak Pidana Korupsi Tertentu dalam Perundang-undang Negara Peserta antara Konvensi Anti-Korupsi PBB, Konvensi Pidana Korupsi CE, Konvensi Korupsi OAS dan Konvensi Korupsi AU .....	218
8	Peraturan Perundang-undangan Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi Pra-reformasi .....	228
9	Peraturan Perundang-undangan Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi Pasca-reformasi .....	242
10	Perbandingan Jenis Tindak Pidana Korupsi yang Diatur dan Ditetapkan dalam Konvensi Anti-Korupsi PBB dengan Perundang-undangan Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi di Indonesia .....	245
11	Perbedaan Model Penyesuaian atau Harmonisasi Konvensi Anti-Korupsi PBB, Konvensi Pidana Korupsi CE dan Konvensi Korupsi OAS di Beberapa Negara Peserta .....	250



12	Pencantuman Frase Penyalahgunaan Wewenang atau Kata-kata yang Bersepadan dengan itu dalam Konvensi Anti-Korupsi PBB dan Perundang-undangan Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi di Beberapa Negara .....	257
13	Integritas, Kepercayaan terhadap Integritas dan Milik Negara sebagai Kepentingan Hukum yang harus Dilindungi dalam <i>International Code of Conduct for Public Officials</i> serta di Beberapa Negara .....	278
14	Kriteria Penyalahgunaan Wewenang dalam Hukum Administrasi Negara di Beberapa Negara .....	287
15	Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia mengenai Kriteria Penyalahgunaan Wewenang dalam Tindak Pidana Korupsi di Indonesia .....	296
16	Perbandingan Variasi Unsur Sifat Melawan Hukum dalam Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP) di Indonesia, <i>Wetboek van Strafrecht</i> (WvS) Baru di Belanda dan <i>Strafgesetzbuch</i> (StGb) di Jerman .....	319
17	Pendapat Ahli Hukum Belanda mengenai Keberadaan Variasi Sifat Melawan Hukum dalam Perumusan Delik .....	323
18	Indeks Persepsi Korupsi Negara-negara di Asia Tenggara Kurun Waktu 2005-2009 menurut <i>Transparency International</i> .....	335



**DAFTAR GAMBAR**

Gambar		Halaman
1	<i>Ultra Vires</i> dan Penyalahgunaan Wewenang .....	55
2	Otonomi Hukum Pidana terhadap Hukum Perdata, Hukum Tata Negara dan Hukum Administrasi Negara .....	292
3	Hubungan Sifat Melawan Hukum dengan Variasi-variasinya..	321
4	Pola Hubungan Variasi dan Pola Hubungan <i>Species-Genus</i> ...	327
5	Alur Sifat Melawan Hukum ( <i>Wederrechtelijkheid</i> ) sebagai Konsep, sebagai Bagian Inti Delik dan sebagai Unsur .....	330
6	Asas Kecermatan dan Kepatutan sebagai Titik Singgung Kriteria Penyalahgunaan Wewenang dengan Sifat Melawan Hukum dan Perbuatan Melanggar Hukum.....	332



## BAB I PENDAHULUAN

### 1.1. Latar Belakang Masalah

Tindak pidana korupsi tidak hanya berpotensi menimbulkan dampak negatif berupa kerugian keuangan negara dan perekonomian negara semata-mata, tetapi tindak pidana korupsi dapat pula merusak dan mengancam sendi-sendi kehidupan berbangsa, bernegara dan bermasyarakat. Oleh karena itu, penegasan mengenai dampak negatif tindak pidana korupsi ini telah dinyatakan dalam Konsideran Menimbang huruf a Undang-undang Nomor 20 Tahun 2001 tentang Perubahan atas Undang-undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (Selanjutnya disingkat UUPTPK 2001).

Bahkan, tindak pidana korupsi serta dampak negatifnya yang terjadi secara meluas di Indonesia digolongkan sebagai kejahatan yang memerlukan pemberantasan secara luar biasa (*extra-ordinary eradication*). Selengkapnya penegasan tersebut, adalah :

Bahwa tindak pidana korupsi yang selama ini terjadi secara meluas, tidak hanya merugikan keuangan negara, tetapi juga telah merupakan pelanggaran terhadap hak-hak sosial dan ekonomi masyarakat secara luas, sehingga tindak pidana korupsi perlu digolongkan sebagai kejahatan yang pemberantasannya harus dilakukan secara luar biasa.

Tindak pidana korupsi dan dampak negatifnya yang meluas tersebut dikarenakan keterlibatan penyelenggara negara serta pegawai negeri sebagaimana dinyatakan dalam Penjelasan Umum Undang-undang Nomor 28 Tahun 1999 tentang Penyelenggara Negara yang Bersih dan Bebas dari Korupsi, Kolusi dan Nepotisme (Selanjutnya disingkat UUKKN 1999), alinea ke-2 dan ke-3.

Di dalam Penjelasan Umum diterangkan secara tersirat, sebagai berikut :

Dalam waktu lebih dari 30 (tiga puluh) tahun, penyelenggara negara tidak dapat menjalankan tugas dan fungsinya secara optimal, sehingga



penyelenggaraan negara tidak berjalan sebagaimana mestinya. Hal itu terjadi karena adanya pemusatan kekuasaan, wewenang, dan tanggung jawab pada Presiden/Mandataris Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia. Di samping itu, masyarakat belum sepenuhnya berperan serta dalam menjalankan fungsi kontrol sosial yang efektif terhadap penyelenggaraan negara.

Pemusatan kekuasaan, wewenang, dan tanggung jawab tersebut tidak hanya berdampak negatif di bidang politik, namun juga di bidang ekonomi dan moneter, antara lain terjadinya praktek penyelenggaraan negara yang lebih menguntungkan kelompok tertentu dan memberi peluang terhadap tumbuhnya korupsi, kolusi, dan nepotisme.

Penyelenggara negara serta pegawai negeri sebagai pelaku tindak pidana korupsi tersebar hampir di seluruh wilayah Republik Indonesia.<sup>1</sup>

Berdasarkan kasus-kasus korupsi yang terungkap dan diproses sampai tahun 2008, ada terdapat 8 (delapan) gubernur-wakil gubernur yang diperiksa dan diadili karena diduga korupsi, seperti antara lain, gubernur NTB (April 2008) dan wakil gubernur Jambi (April 2008). Selain itu, ada terdapat 32 (tiga puluh dua)

bupati-wakil bupati atau walikota-wakil walikota yang dijadikan tersangka karena diduga telah melakukan tindak pidana korupsi, seperti antara lain, walikota-wakil walikota Medan (Mei, 2008), bupati Pelalawan (April 2008), bupati Garut (April 2008), bupati Kendal (Juni 2008) dan bupati Semarang (Mei 2008), bupati Kutai Kartanegara (Desember 2007), bupati Minahasa Utara (Mei 2008), dan bupati Kepulauan Yapen (Juli 2008). Tidak dapat dilupakan juga, bahwa ada terdapat

anggota DPR dan DPRD yang diperiksa dan diadili karena terlibat tindak pidana korupsi. Data-data tersebut belum termasuk penyelenggara negara yang diperiksa, diadili dan diputus karena terlibat tindak pidana korupsi di beberapa departemen dan di beberapa badan usaha milik negara (BUMN).

Di dalam praktek, kasus-kasus tindak pidana korupsi yang melibatkan penyelenggara negara serta pegawai negeri seperti dimaksud di atas secara

<sup>1</sup> *Kompas*, "Pemerintahan dari Aceh sampai Papua terjerat, Perlu Strategi Progresif untuk Perangi Korupsi," Senin, 21 Juli 2008, hal. 1, kol. 1-5.



3  
umum dituntut dan diadili dengan Pasal 3 Undang-undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (Selanjutnya disingkat UUPTK 1999) yang mengambil-alih dari rumusan Pasal 1 ayat (1) huruf b Undang-undang Nomor 3 Tahun 1971 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (Selanjutnya disingkat UUPTK 1971) dengan sedikit perubahan dalam sanksi pidananya; dengan perkataan lain, rumusan Pasal 3 UUPTK 1999 dengan rumusan Pasal 1 ayat (1) huruf b UUPTK 1971 adalah identik. Oleh karena itu, walaupun kasus-kasus yang dijadikan contoh di sini secara umum terjadi sebelum tahun 1999 serta dituntut, diadili dan diputus berdasarkan UUPTK 1971 setelah tahun 1999 dan UUPTK 1971 sendiri sudah dinyatakan tidak berlaku oleh Pasal 44 UUPTK 1999, tetapi tetap relevan. Kasus-kasus yang dapat diambil sebagai contoh, antara lain : (1) Ngatino, BE selaku Pegawai Negeri Sipil Dinas Pekerjaan Umum Dati I Irian Jaya dalam putusan Mahkamah Agung RI (Selanjutnya disingkat MARI) No. 934.K/PID/1999 tanggal 28 Agustus 2000, (2) Shofwan Sumbahan, SE bin Raja Ratu Gelar Sutan Sumbahan selaku Pegawai Bank Pembangunan Daerah Lampung dalam putusan MARI No. 1070.K/Pid/2000 tanggal 24 Oktober 2000, (3) Sri Setyaningsih selaku Pegawai Negeri Sipil pada Kantor Dinas Kependudukan dan Catatan Sipil Kabupaten Banyumas dalam putusan MARI No. 223.K/Pid/2002 tertanggal 11 Juli 2002, dan (4) Ir. Akbar Tanjung selaku Menteri Sekretaris Negara dalam putusan MARI No. 572.K/PID/2003 tanggal 12 Februari 2004.

Penyelenggara negara serta pegawai negeri yang dituntut dan diadili dengan Pasal 3 UUPTK 1999, umumnya diduga kuat dan didakwa bersalah melakukan penyalahgunaan wewenang (*misbruik van bevoegdheid*) karena jabatan atau kedudukannya. Penyalahgunaan wewenang itu sendiri dimuat



dalam Pasal 3 UUPTK 1999, Pasal 12 huruf e UUPTK 1999 jo. Pasal I angka 2 UUPPTK 2001 dan lain-lain sebagai bagian inti delik (*bestanddeel*) dan sekaligus unsur (*element*). Pasal 3 UUPTK 1999 lengkapnya berbunyi, sebagai berikut :

Setiap orang yang dengan tujuan menguntungkan diri sendiri atau orang lain atau suatu korporasi, menyalahgunakan kewenangan, kesempatan atau sarana yang ada padanya karena jabatan atau kedudukan yang dapat merugikan keuangan negara dan perekonomian negara, dipidana dengan pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara paling singkat 1 (satu) tahun dan paling lama 20 (dua puluh) tahun dan atau denda paling sedikit Rp 50.000.000,00 (lima puluh juta rupiah) dan paling banyak Rp 1.000.000.000,00 (satu milyar rupiah).

Sedangkan Pasal 12 huruf e UUPTK 1999 jo. Pasal I angka 2 UUPPTK 2001 menetapkan :

Dipidana dengan pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara paling singkat 4 (empat) tahun dan paling lama 20 (dua puluh) tahun dan pidana denda paling sedikit Rp 200.000.000,00 (dua ratus juta rupiah) dan paling banyak Rp 1.000.000.000,00 (satu miliar rupiah):

e. pegawai negeri atau penyelenggara negara yang dengan maksud menguntungkan diri sendiri atau orang lain secara melawan hukum, atau dengan menyalahgunakan kekuasaannya memaksa seseorang memberikan sesuatu, membayar, atau menerima pembayaran dengan potongan, atau untuk mengerjakan sesuatu bagi dirinya sendiri;

Sebagai bagian inti delik dalam rumusan tindak pidana dalam Pasal 3 UUPTK 1999, Pasal 12 huruf e UUPTK 1999 jo. Pasal I angka 2 UUPPTK 2001

dan lain-lain, penyalahgunaan wewenang merupakan ketentuan hukum (*rechtsregel*) pidana yang wajib dibuktikan di sidang pengadilan. Namun demikian pembuktian ketentuan tersebut mengalami kesulitan dikarenakan memiliki makna "kabar"<sup>2</sup> yang mengandung norma-norma yuridis dan sekaligus nilai-nilai non-yuridis. Di dalam kepustakaan hukum (pidana), hal yang demikian

<sup>2</sup>Adnan Buyung Nasution, Ketua Tim Pencari Fakta atau Tim 8 Kasus Bibit Samad Riyanto dan Chandra M Hamzah, Komentar atas Dugaan Penyalahgunaan Wewenang dan Pemerasan terhadap Bibit Samad Riyanto dan Chandra M Hamzah yang disampaikan di SCTV, Liputan 6 Pagi, Jumat, 30 Oktober 2009, Jam 06.00 BBWI.





ini termasuk kaidah yang samar-samar (*vage norm*) atau kaidah yang terbuka (*open norm*).<sup>3</sup> Jan Gijssels dan Mark van Hoecke<sup>4</sup> menulis, antara lain :

*Wanneer men spreekt over 'vage begrippen' in het recht heeft men het over niet nader gedefinieerde juridische begrippen die impliciet verwijzen naar niet-juridische waarden of normen (b.v. : 'het belang van het kind', 'voorzichtigheid', 'fout', 'goede trouw') of begrippen die, zonder naar dergelijke waarden of normen te verwijzen, eveneens aan de rechter een ruime appreciatiemogelijkheid laten (b.v. : 'groot', 'belangrijk', 'frequent', 'stand van de wetenschap'). De normen waarin deze 'vage begrippen' voorkomen noemt men in de regel 'vage normen' of 'open normen'. (Terjemahan bebas : ketika orang berbicara mengenai 'pengertian-pengertian yang samar-samar' di dalam hukum orang memiliki pengertian-pengertian hukum yang tidak didefinisikan lebih mendalam, yang menunjuk secara diam-diam pada nilai-nilai atau norma-norma non-hukum [misalnya : 'kepentingan anak', 'kehati-hatian', 'kesalahan', 'itikad baik'] atau pengertian-pengertian yang tanpa menunjuk pada nilai-nilai atau norma-norma seperti itu, juga menyerahkan kepada hakim suatu kemungkinan penilaian yang luas [umpamanya : 'besar', 'penting', 'sering', 'kedudukan ilmu']. Norma-norma yang di dalamnya memuat 'pengertian-pengertian yang samar-samar' orang menyebut dalam peraturan tersebut 'norma-norma yang samar-samar' atau 'norma-norma yang terbuka').*

Keadaan demikian dapat menimbulkan ketidakadilan dalam penegakan hukum. Hal ini dikarenakan sering adanya pengabaian kepentingan-kepentingan hukum secara adil, yang meliputi : kepentingan hukum negara, kepentingan hukum masyarakat dan kepentingan hukum individu. Padahal, hubungan yang berkeadilan antara kepentingan-kepentingan hukum tersebut harus tercipta terlebih dahulu dalam ketentuan Pasal 3 UUPPK 1999, Pasal 12 huruf e UUPPK 1999 jo. Pasal I angka 2 UUPPK 2001 dan lain-lain agar dapat mewujudkan tujuan hukum yang lebih luas, yakni : meningkatkan kesejahteraan umum sebagaimana ditulis Pompe,<sup>5</sup> sebagai berikut :

<sup>3</sup>Untuk kepastiaan hukum pidana dapat dilihat dalam Jan Rammelink dan Derkje Hazewinkel-Suringa, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de Studie van het Nederlandse Strafrecht*, ed.15, Deventer : Kluwer, 1996, hal. 131; selain itu, dapat dilihat juga dalam N. Jörg dan C.Kelk, *Strafrecht met mate*, Alphen aan den Rijn : Samson H.D. Tjeenk Willink, 1988, hal. 121

<sup>4</sup>Jan Gijssels dan Mark van Hoecke, *Wat is Rechtsteorie ?* Antwerpen : Kluwer Rechtswetenschappen, 1982, hal. 171-172

<sup>5</sup>W.P.J. Pompe, *Handboek van Het Nederlandse Strafrecht*, Zwolle : N.V. Uitgevers-Maatschappij, W.E.J. Tjeenk Willink, 1950, hal.42



.... behoort het strafbare feit tot de normovertredingen. Dit brengt het strafbare feit in enig verband met de belangen, welke verzorging het doel van het recht vormt. Het recht heeft immers ten doel de behartiging van het algemene welzijn, hetgeen omvat de belangen der rechtsgenoten, met inachtneming der juiste, dus vooral rechtvaardige, verhouding tussen deze belangen. De verhouding tussen deze belangen is voor een belangrijk gedeelte afhankelijk van feitelijk bestaande waarderingen in een bepaald volk en in een bepaald tijd.... (Terjemahan bebas : ..., tindak pidana termasuk dalam pelanggaran-pelanggaran norma. Hal ini yang membawa tindak pidana berhubungan dengan kepentingan-kepentingan, yang pemeliharaan kepentingan-kepentingan tersebut membentuk tujuan hukum. Hukum selalu memiliki tujuan memperhatikan kesejahteraan umum yang mengandung kepentingan-kepentingan masyarakat hukum, dengan mewujudkan hubungan yang serasi, terutama yang adil antara kepentingan-kepentingan ini. Hubungan antara kepentingan-kepentingan ini adalah untuk sebagian yang penting bergantung pada penilaian-penilaian yang berlaku secara nyata dalam suatu masyarakat tertentu dan suatu waktu tertentu....)

Bagir Manan<sup>6</sup> juga berpendapat hampir serupa dengan Pompe yang menyatakan, antara lain :

.... Penegakan hukum yang adil atau berkeadilan akan tercapai apabila hukum yang akan ditegakkan – demikian pula hukum yang mengatur cara-cara penegakan hukum – adalah benar dan adil. Suatu aturan hukum akan benar dan adil apabila dibuat dengan cara-cara yang benar dan materi muatannya sesuai dengan kesadaran hukum masyarakat dan memberikan sebesar-besarnya manfaat bagi kepentingan orang perorangan dan masyarakat banyak pada umumnya. Suatu aturan hukum akan tidak benar dan tidak adil apabila hanya dibuat untuk kepentingan kekuasaan belaka dan mengandung kesewenang-wenangan.

Di samping itu, penyalahgunaan wewenang dimaksud juga merupakan unsur (*element*) sifat melawan hukum yang melekat pada keseluruhan perumusan Pasal 3 UUPTK 1999,<sup>7</sup> Pasal 12 huruf e UUPTK 1999 jo. Pasal I angka 2 UUPPTK 2001 dan lain-lain. Unsur sifat melawan hukum ini mengandung makna yang bersinonim dengan perbuatan melanggar hukum (*onrechtmatige daad*) atau perbuatan melanggar hukum oleh penguasa

<sup>6</sup>Bagir Manan, "Penegakan Hukum yang Berkeadilan," *Varia Peradilan*, Tahun ke XX, No. 241, November 2005, hal. 8

<sup>7</sup>Andi Hamzah, *Korupsi di Indonesia : Masalah dan Pemecahannya*, Jakarta : PT Gramedia Pustaka Utama, 1991, hal. 103



(*onrechtmatige overheidsdaad*) dalam hukum perdata sebagaimana tertuang dalam Penjelasan Umum Rancangan UUPTK 1971, antara lain :

Dengan mengemukakan sarana "melawan hukum", seperti dalam hukum perdata yang pengertiannya dalam undang-undang ini juga meliputi perbuatan-perbuatan yang bertentangan norma-norma kesopanan yang lazim atau bertentangan dengan keharusan dalam pergaulan hidup untuk bertindak cermat terhadap orang lain, barangnya maupun haknya, maka dimaksudkan agar supaya lebih mudah memperoleh pembuktian tentang perbuatan yang dapat dihukum, ...

Penjelasan Umum Rancangan UUPTK 1971 tersebut berubah dan berganti setelah menjadi Penjelasan Umum UUPTK 1971 yang berbunyi, antara lain :

"Dengan mengemukakan sarana 'melawan hukum' yang mengandung pengertian Formil dan Materiel, maka dimaksudkan agar supaya lebih mudah memperoleh pembuktian tentang perbuatan yang dapat dihukum, ..." Demikian pula dalam Penjelasan Umum UUPTK 1999, alinea ke-5; dan penjelasan Pasal 2 ayat (1)

UUPTK 1999 yang menerangkan : "Yang dimaksud dengan "secara melawan hukum" dalam Pasal ini mencakup perbuatan melawan hukum dalam arti formil maupun dalam arti materiel, ..." Secara terpisah Indriyanto Seno Adji<sup>8</sup> dan Andi

Hamzah<sup>9</sup> berpendapat serupa, bahwa untuk sifat melawan hukum (*wederrechtelijkheid*) dalam tindak pidana korupsi menganut ajaran perbuatan

melanggar hukum (*onrechtmatige daad*) dalam hukum perdata seperti yang dikemukakan oleh Pompe. Dengan demikian pula, hal ini menunjukkan secara jelas bahwa ketentuan hukum Pasal 3 UUPTK 1999, khususnya mengenai bagian inti delik sekaligus unsur penyalahgunaan wewenang mengandung norma hukum perdata *onrechtmatige daad (onrechtmatige overheidsdaad)*.

Namun demikian dalam perkembangan yang paling akhir, unsur sifat melawan hukum (*wederrechtelijkheid*) dalam tindak pidana korupsi tersebut

<sup>8</sup>Indriyanto Seno Adji, *Korupsi dan Hukum Pidana*, Desertasi, Jakarta : Kantor Pengacara dan Konsultan Hukum "Prof. Oemar Seno Adji, SH., 2002, hal. 308

<sup>9</sup>Andi Hamzah, 1991, *Op.Cit.*, hal.78



telah ditinjau-ulang dan diperbaiki oleh Mahkamah Konstitusi. Dalam putusan Mahkamah Konstitusi No. 003/PUU-IV/2006,<sup>10</sup> tanggal 25 Juli 2006, unsur sifat melawan hukum (*wederrechtelijkheid*) dalam tindak pidana korupsi dibatasi hanya meliputi melawan hukum dalam arti formal (*formiele wederrechtelijkheid*) semata, sedangkan dianutnya melawan hukum dalam arti materil (*materiele wederrechtelijkheid*) dipandang bertentangan dengan Undang-Undang Dasar 1945 dan Pasal 1 ayat (1) Kitab Undang-undang Hukum Pidana (selanjutnya disingkat KUHP). Adapun sebagian pertimbangan Mahkamah Konstitusi dalam putusannya, antara lain :

Bahwa .... Pasal 2 ayat (1) tersebut memperluas kategori unsur "melawan hukum", dalam hukum pidana, tidak hanya sebagai *formele wederrechtelijkheid* melainkan juga dalam arti *materiele wederrechtelijkheid*. Penjelasan Pasal 2 ayat (1) kalimat bagian pertama tersebut berbunyi : "*yang dimaksud dengan secara melawan hukum dalam pasal ini mencakup perbuatan melawan hukum dalam arti formil maupun dalam arti materil, yakni meskipun perbuatan tersebut tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan, namun apabila perbuatan tersebut dianggap tercela karena tidak sesuai dengan rasa keadilan atau norma-norma kehidupan sosial dalam masyarakat, maka perbuatan tersebut dapat dipidana*". Bahwa dengan bunyi penjelasan yang demikian, maka meskipun perbuatan tersebut tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan secara formil, yaitu dalam pengertian yang bersifat onwetmatig, namun apabila menurut ukuran yang dianut dalam masyarakat, yaitu norma-norma sosial yang memandang satu perbuatan sebagai perbuatan tercela menurut norma sosial tersebut, dimana perbuatan tersebut dipandang telah melanggar kepatutan, kehati-hatian dan keharusan yang dianut dalam hubungan orang-perorangan dalam masyarakat maka dipandang bahwa perbuatan tersebut telah memenuhi unsur melawan hukum (*wederrechtelijk*). Ukuran yang dipergunakan dalam hal ini adalah hukum atau peraturan tidak tertulis. Rasa keadilan (*rechtsgevoel*), norma kesusilaan atau etik, dan norma-norma moral yang berlaku di masyarakat telah cukup untuk menjadi criteria satu perbuatan tersebut merupakan tindakan yang melawan hukum, meskipun hanya dilihat secara materil. Penjelasan dari pembuat undang-undang ini sesungguhnya bukan hanya menjelaskan Pasal 2 ayat (1) tentang unsur melawan hukum, melainkan telah melahirkan norma baru, yang memuat digunakannya ukuran-ukuran yang tidak

<sup>10</sup>Mahkamah Konstitusi <http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/index.php?page=sidang.PutusanPerkara&id=12&aw=11&ak=21&kat=1>, diunduh, Sabtu, 5 Januari 2008, jam 10.00 WIB



tertulis dalam undang-undang secara formal untuk menentukan perbuatan yang dapat dipidana. Penjelasan yang demikian telah menyebabkan kriteria perbuatan melawan hukum (Pasal 1365 KUHPerdara) yang dikenal dalam hukum perdata yang dikembangkan sebagai jurisprudensi mengenai perbuatan melawan hukum (*onrechtmatigedaad*), seolah-olah telah diterima menjadi satu ukuran melawan hukum dalam hukum pidana (*wederrechtelijkeheid*). Oleh karena itu, apa yang patut dan yang memenuhi syarat moralitas dan rasa keadilan yang diakui dalam masyarakat, berbeda-beda dari satu daerah ke daerah lain, akan mengakibatkan bahwa apa yang di satu daerah merupakan perbuatan melawan hukum, di daerah lain boleh jadi bukan merupakan perbuatan yang melawan hukum;

Bahwa....

Bahwa dengan demikian Mahkamah menilai memang terdapat persoalan konstitusionalitas dalam kalimat pertama Penjelasan Pasal 2 ayat (1) UUPTPK sehingga Mahkamah perlu mempertimbangkan lebih lanjut hal-hal sebagai berikut:

1. Pasal 28 D ayat (1) mengakui dan melindungi hak konstitusional warga negara untuk memperoleh jaminan dan perlindungan hukum yang pasti, dengan mana dalam hukum pidana diterjemahkan sebagai asas legalitas yang dimuat dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP, bahwa asas tersebut merupakan satu tuntutan akan kepastian hukum di mana orang hanya dapat dituntut dan diadili atas dasar suatu peraturan perundang-undangan yang tertulis (*lex scripta*) yang telah lebih dahulu ada;
2. Hal demikian menuntut bahwa suatu tindak pidana memiliki unsur melawan hukum, yang harus secara tertulis lebih dahulu telah berlaku, yang merumuskan perbuatan apa atau akibat apa dari perbuatan manusia secara jelas dan ketat yang dilarang sehingga karenanya dapat dituntut dan dipidana, sesuai dengan prinsip *nullum crimen sine lege stricta*;
3. Konsep melawan hukum yang secara formil tertulis (*formele wederrechtelijk*), yang mewajibkan pembuat undang-undang untuk merumuskan secermat dan serinci mungkin (*vide* Jan Rummelink, *Hukum Pidana*, 2003:358) merupakan syarat untuk menjamin kepastian hukum (*lex certa*) atau yang dikenal juga dengan istilah *Bestimmtheitsgebot*;

Bahwa berdasarkan uraian di atas, konsep melawan hukum materil (*materiele wederrechtelijke*), yang merujuk pada hukum tidak tertulis dalam ukuran kepatutan, kehati-hatian dan kecermatan yang hidup dalam masyarakat, sebagai suatu norma keadilan, adalah merupakan ukuran yang tidak pasti, dan berbeda-beda dari satu lingkungan masyarakat tertentu ke lingkungan masyarakat lainnya, sehingga apa yang melawan hukum di satu tempat mungkin di tempat lain diterima dan diakui sebagai sesuatu yang sah dan tidak melawan hukum, menurut ukuran yang dikenal dalam kehidupan masyarakat setempat, sebagaimana yang disampaikan Ahli Prof. Dr. Andi Hamzah, S.H.dalam persidangan.

Bahwa oleh karenanya Penjelasan Pasal 2 ayat (1) UU PTPK kalimat pertama tersebut, merupakan hal yang tidak sesuai dengan



perlindungan dan jaminan kepastian hukum yang adil yang dimuat dalam Pasal 28 D ayat (1) UUD1945. Dengan demikian, Penjelasan Pasal 2 ayat (1) UU PTPK sepanjang mengenai frasa "*Yang dimaksud dengan 'secara melawan hukum' dalam pasal ini mencakup perbuatan-perbuatan melawan hukum dalam arti formil maupun dalam arti materil, yakni meskipun perbuatan tersebut tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan, namun apabila perbuatan tersebut dianggap tercela karena tidak sesuai dengan rasa keadilan atau norma-norma kehidupan sosial dalam masyarakat, maka perbuatan tersebut dapat dipidana*"; harus dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945;

Di sini, ada terdapat ketidakserasian, yakni : ketidakserasian terjadi antara kebijakan legislatif pembentuk undang-undang dan didukung oleh para ahli hukum pidana yang mempersinonimkan atau mempersamakan unsur sifat melawan hukum (*wederrechtelijkheid*) dalam ketentuan Pasal 3 UUPTPK 1999 dengan *onrechtmatige daad (onrechtmatige overheidsdaad)* di satu pihak dengan keputusan yuridis Mahkamah Konstitusi yang mereduksi unsur sifat melawan hukum (*wederrechtelijkheid*) pada ketentuan Pasal 3 UUPTPK 1999 hanya sebatas sifat melawan hukum yang formil (*formiele wederrechtelijkheid*) di lain pihak. Pada kesempatan yang berbeda, Bagir Manan<sup>11</sup> menulis perlunya perluasan arti melawan hukum, sebagai berikut :

**Pertama;** dalam kenyataan, undang-undang tidak pernah lengkap. Didapati berbagai perbuatan yang merugikan dan bertentangan dengan kesusilaan, kepatutan dan hak orang lain dan lain-lain tidak mendapat perlindungan hanya karena tidak diatur dalam undang-undang atau tidak dinyatakan berlaku oleh undang-undang.

**Kedua;** dalam mengadili, hakim tidak sekedar mempertemukan suatu peristiwa hukum dengan aturan hukum tertentu. Hakim wajib menemukan hukum yang dapat menjamin kepuasan pencari keadilan dan berusaha agar putusan dapat menciptakan berbagai keseimbangan dalam masyarakat.

**Ketiga;** dalam mengadili, hakim berhadapan dengan kemungkinan masyarakat yang berbeda-beda secara sosial, kultural, tingkat ekonomi dan lain-lain. Selain itu, masyarakat yang dihadapi senantiasa dalam perubahan. Untuk menegakan hukum secara tepat dan benar, hakim wajib memperhatikan berbagai kenyataan sosial baik suatu kenyataan bawaan atau yang timbul karena perubahan.

<sup>11</sup>Bagir Manan, "Fakultas Syariah dalam Perspektif Peradilan Satu Atap," *Varia Peradilan*, Tahun ke XXII, No. 257, April 2007, hal. 11



Berbagai faktor di atas, telah menimbulkan suatu sifat bawaan yang melekat, bahwa tidak pernah ada putusan yang sekedar melekatkan suatu peristiwa hukum dengan aturan hukum yang ada. Setiap putusan selalu merupakan hasil rekayasa yang memadukan antara peristiwa hukum, aturan hukum, keadaan-keadaan yang dihadapi dan sebagainya.

Sungguhpun harus diakui, bahwa ada terdapat pengaruh yang sangat kuat dari norma-norma hukum lainnya terutama hukum perdata terhadap muatan ketentuan-ketentuan hukum pidana,<sup>12</sup> tetapi dominasi norma hukum perdata dalam ketentuan Pasal 3 UUPPK 1999 tidak dapat dipertahankan lagi.

Ada terdapat dua alasan mengenai hal dimaksud, yakni : pertama, pertumbuhan dan perkembangan hukum perdata yang kian hari semakin kalah dominan daripada hukum publik, khususnya hukum administrasi negara. Memang, awalnya hukum perdata ditempatkan pada kedudukan yang "istimewa" dalam tata hukum, sehingga pengaruh norma hukum perdata lebih dominan dibandingkan dengan norma-norma hukum yang lainnya (hukum tata negara, hukum administrasi negara, hukum pajak, hukum agraria, dan sebagainya).

Dengan demikian tidak mengherankan, bahwa apabila sifat melawan hukum (*wederrechtelijk*) disinonimkan atau dipersamakan dengan *onrechtmatige daad* (*onrechtmatige overheidsdaad*) dikarenakan akibat pengaruh kuat norma hukum perdata atas ketentuan hukum pidana. Pemikiran yang demikian telah ditunjukkan oleh E Utrecht<sup>13</sup> :

...pembuat undang-undang membuat suatu sanksi yang lebih keras dari pada sanksi-sanksi yang termuat dalam ketentuan-ketentuan KUHPperdata tadi. Sanksi yang lebih keras itu memungkinkan pemerintah, dengan perantaraan alat-alat negara, lebih menaklukkan pelanggaran kaidah yang tercantum dalam pasal 570 KUHPperdata itu. Sanksi yang lebih keras itu oleh pembuat undang-undang dicantumkan dalam KUHPidana, yaitu dalam pasal 362 (pasal pencurian, diefstal-artikel).

<sup>12</sup>E Utrecht, *Hukum Pidana I (Rangkaian Sari Kuliah)*, Surabaya : Pustaka Tinta Mas, 1986, hal. 64

<sup>13</sup>*Ibid.*, hal 65; untuk lebih jelas lihat juga, J.E. Jonkers, *Handboek van Het Nederlandsch-Indische Strafrecht*, Leiden : E.J. Brill., 1946, hal 6-7



Namun demikian seiring semakin berkembang dan meluasnya peranan pemerintahan dalam mengatur kehidupan bernegara, maka tugas-tugas pemerintahan terkait dengan pembuatan-pembuatan hukum yang diatur dan dilaksanakannya semakin besar dan banyak sebagaimana ditulis RJHM Huisman,<sup>14</sup> antara lain :

*...De industriële revolutie in deze eeuw betekende ook een revolutie binnen het gehele maatschappelijke leven. Dat heeft tot gevolg gehad dat, vooral na de Tweede Wereldoorlog, van de overheid een actieve rol verlangd werd ten aanzien van vele aspecten van het maatschappelijke leven. Deze actieve rol heeft zich geuit in het tot stand brengen van talloze wettelijke maatregelen op een breed terrein. Er is nu bijna geen onderdeel van het maatschappelijke leven te noemen, waarbij geen sprake is van overheidsbeoordeling. Deze ontwikkeling, waarbij de overheid de maatschappelijke ontwikkelingen niet meer passief volgt, maar zelf bewust ordenend optreedt, wordt wel aangeduid met de slagwoorden : de overgang van nachtwakersstaat naar de welvaarts-, of verzorgingsstaat.* (Terjemahan bebas : revolusi industri dalam abad ini telah berarti juga suatu revolusi di dalam seluruh kehidupan masyarakat. Hal itu telah mengakibatkan bahwa, terutama setelah perang dunia kedua, dari penguasa dikehendaki suatu peran yang aktif berkaitan dengan banyak aspek kehidupan masyarakat. Peran aktif ini telah terungkap untuk mewujudkan tindakan-tindakan berdasarkan peraturan perundang-undangan yang tidak terhitung jumlahnya pada suatu bidang yang luas. Sekarang dapat dikatakan hampir tidak ada bagian kehidupan masyarakat yang tidak bersangkutan dengan pertimbangan penguasa. Perkembangan ini, yang penguasa tidak lagi mengikuti secara pasif perkembangan masyarakat tetapi bertindak menata secara sadar, dijelaskan dengan kata-kata slogan : peralihan dari negara penjaga malam menuju negara kesejahteraan)

Oleh karena itu, ketentuan hukum pidana juga sangat diberi pengaruh oleh norma hukum administratif negara.<sup>15</sup> Salah satu norma hukum administrasi negara dimaksud dikenal dengan istilah penyalahgunaan wewenang seperti yang dimuat dalam Pasal 3 UUPTPK 1999.

Kedua, pembuatan-pembuatan hukum yang dilakukan pemerintah itu sendiri dapat dibagi berupa pembuatan hukum yang bersifat perdata

<sup>14</sup>RJMH. Huisman, *Algemeen Bestuursrecht : Een Inleiding*, Amsterdam : Kobra, tt., hal.

<sup>15</sup>Soedarto, *Kapita Selektta Hukum Pidana*, Bandung : Alumni, 1981, hal. 62 dan 68





(*Privaatrechtelijke rechtshandeling*) dan yang bersifat publik (*Publiekrechtelijke rechtshandeling*).<sup>16</sup> Peraturan hukum bersifat perdata yang dilaksanakan oleh pemerintah tentunya dikuasai dan diatur oleh hukum perdata.<sup>17</sup> Oleh karena itu, sewajarnya setiap kerugian yang disebabkan oleh perbuatan hukum tersebut diukur dan diuji berdasarkan norma *onrechtmatige daad* (*onrechtmatige overheidsdaad*) sebagaimana diberlakukan dalam hukum perdata. Tetapi tidak mungkin, bahwa perbuatan hukum bersifat publik yang diselenggarakan oleh pemerintah dikuasai dan diatur oleh hukum perdata. Sudah pasti, perbuatan-perbuatan hukum bersifat publik tersebut dan akibat yang ditimbulkannya harus diukur dan diuji berdasar atas prinsip-prinsip dan norma-norma yang dianut hukum administrasi Negara; dalam hal ini, *De Algemene Beginselen van Behoorlijk Bestuur* (Asas-asas Umum Pemerintahan yang Layak / selanjutnya disingkat AAUPL). Hal tersebut ditulis oleh RJHM Huisman,<sup>18</sup> antara lain :

*... dat het bestuursrecht het geheel van regels omvat met betrekking tot de wijze waarop de bestuursorganen hun taak vervullen. Het bestuursrecht houdt dus de spelregels in met betrekking tot het functioneren van bestuursorganen...*

*De Algemene Beginselen van Behoorlijk Bestuur hebben de functie om algemene normen te geven, op basis waarvan de overheid moet handelen.* (Terjemahan bebas : ... bahwa hukum pemerintahan memuat keseluruhan peraturan yang berkaitan dengan cara organ-organ pemerintahan melaksanakan tugasnya. Hukum pemerintahan berisi peraturan-peraturan permainan yang berhubungan dengan fungsinya organ-organ pemerintahan...

Asas-asas Umum Pemerintahan yang Layak mempunyai fungsi untuk memberikan norma-norma umum yang menjadi landasan penguasa harus bertindak)

<sup>16</sup>De Commissie inzake Algemene Bepalingen van Administratief Recht, *Algemene bepalingen van administratief recht : Rapport van de Commissie inzake algemene bepalingen van administratief recht*, Alphen aan den Rijn : Samson H.D. Tjeenk Willink bv, 1984, hal. 3

<sup>17</sup>RJMH. Huisman, *Op. Cit.*, hal. 13

<sup>18</sup>*Ibid.*, hal. 4 dan 21



Demikian pula Taufiqurrachman Ruki,<sup>19</sup> selaku Ketua Komisi Pemberantasan Korupsi (Selanjutnya disingkat KPK), menyatakan bahwa salah satu langkah-langkah yang harus diambil dalam mencegah dan menanggulangi tindak pidana korupsi dengan menerapkan AAUPL; kiranya telah diketahui, bahwa AAUPL itu sendiri dikelompokkan sebagai hukum tidak tertulis yang tumbuh dan berkembang dalam hukum kebiasaan dan termasuk yurisprudensi. Dalam bukunya ditulis oleh RJHM Huisman,<sup>20</sup> antara lain : "*het ongeschreven recht, waartoe het gewoonterecht behoort alsmede jurisprudentie. Als voorbeeld hiervan gelden de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.*" (Terjemahan bebas : hukum yang tidak tertulis, meliputi hukum kebiasaan termasuk juga yurisprudensi. Sebagai contoh mengenai ini berlaku AAUPL. Hal ini dapat diartikan bahwa keberadaan AAUPL bersifat fakultatif karena senantiasa berkembang secara terus-menerus bersama dengan perkembangan masyarakat. Di Indonesia pengakuan dan pengaturan AAUPL berkaitan dengan tindak pidana korupsi dapat ditemukan dalam Pasal 3 UUKKN 1999 secara limitatif.

Dengan pengakuan dan pengaturan AAUPL dimaksud maka berarti telah terjadi pergeseran norma hukum. G Peter Hoefnagels,<sup>21</sup> menyatakan bahwa pergeseran norma hukum terjadi ketika istilah hukum (ketentuan hukum, pen.) memberikan ruang guna dilakukan interpretasi. JJH Bruggink<sup>22</sup> menulis :

*Allereerst kunnen wetgevers veranderingen tot stand brengen door een rechtsregel opnieuw te formuleren....Rechtsers kunnen veranderingen van de rechtsnorm tot stand brengen door een rechtsregel te interpreteren. Het gaat dan wel om een verandering van de inhoud van een rechtsnorm terwijl de rechtsregel onveranderd blijft.* (Terjemahan bebas : Pertama-tama pembentuk undang-undang dapat mewujudkan

<sup>19</sup> *Kompas*, 20 Oktober 2005, kolom 1-3, hal. 2.

<sup>20</sup> *Op.Cit.*, hal. 5.

<sup>21</sup> G. Peter Hoefnagels, *The Other Side of Criminology : An Inversion of The Concept of Crime*, Deventer, Holland : Kluwer, 1972, hal. 8.

<sup>22</sup> JJH. Bruggink, *Rechtsreflecties : Grondbegrippen uit de rechtstheorie*, Deventer : Kluwer, 1993, hal. 66.



perubahan dengan merumuskan lagi ketentuan hukum.... Hakim dapat mewujudkan perubahan norma hukum dengan menafsirkan ketentuan hukum. Berkaitan dengan perubahan isi norma hukum tersebut, pada saat itu ketentuan hukum tetap tidak berubah)

Pergeseran norma hukum tersebut telah ternyata dengan perubahan norma hukum yang terbenih (*inherent*) dalam unsur sifat melawan hukum (*wederrechtelijk*) menurut Pasal 3 UUPTK 1999 dari norma hukum perdata (*onrechtmatige daad* atau *onrechtmatige overheidsdaad*, pen.) menjadi norma hukum administrasi negara karena situasi dan keharusan normatif.

Namun demikian, prakteknya penerapan AAUPL karena pergeseran norma hukum tersebut kurang mendapat penerimaan yang semestinya. Ada terdapat 2 (dua) alasan yang dapat dikemukakan di sini; pertama, ada terdapat kesalahpahaman tentang penerapan AAUPL sebagai norma penguji (*toetsingsnormen*) atas perbuatan-perbuatan hukum bersifat publik yang dilakukan penyelenggara negara serta pegawai negeri dalam perkara tindak pidana korupsi sebelum dan setelah terjadinya pergeseran norma hukum terhadap bagian inti delik dan unsur penyalahgunaan wewenang menurut Pasal 3 UUPTK 1999. Kasus tindak pidana korupsi cenderung dipandang dari sudut administrasi ketimbang menurut hukum. Kecenderungan ini dapat dilihat dalam putusan Peninjauan Kembali MARI No. 42-PK/Pid/2003 tanggal 8 Oktober 2003.

Adapun kasus posisi-nya, sebagai berikut : Terdakwa selaku Kepala Dinas Kabupaten P dan K telah melakukan perbuatan hukum bersifat publik/kebijakan yang membiarkan pegawai bawahannya (Bendahara Rutin) untuk meminjam lebih dahulu gaji para guru guna membiayai perjalanan dinas yang sangat mendesak. Perjalanan dinas tersebut dilakukan oleh Terdakwa beserta stafnya dengan alasan uang perjalanan dinas belum cair dan uang gaji para guru yang dipinjam tersebut akan dikembalikan ke dalam kas-nya setelah dicairkan. Namun



ternyata, bahwa sebagian uang perjalanan dinas dipergunakan untuk kepentingan pribadi dan setelah anggaran uang perjalanan dinas dapat dicairkan Bendaharawan lalai mengembalikan ke pos anggaran uang gaji para guru semula yang fakta-fakta ini diketahui oleh Tim Irwilkab ketika mengadakan pemeriksaan keuangan Dinas Kabupaten P dan K terkait. Berdasar atas fakta-fakta yang ditemukan maka dalam putusan Kasasi MARI No. 914 K/Pid/1991 tertanggal 18 Agustus 1993, dinyatakan bahwa Terdakwa telah mempergunakan uang negara menyimpang dari tujuan yang telah ditetapkan serta dipergunakan untuk tujuan lain kendatipun masih dalam kerangka tugas pemerintahan sehingga dikualifikasikan sebagai tindak pidana korupsi menurut Pasal 1 ayat (1) huruf b jo Pasal 28 UUPTK 1971 dan menjatuhkan pidana penjara selama 1 (satu) tahun, membayar denda sebesar Rp 1.000.000,-- subsidair 6 (enam) bulan kurungan serta membayar uang pengganti sebesar Rp 15.000.000,--. Tetapi putusan Kasasi dimaksud dibatalkan putusan Peninjauan Kembali MARI di atas dengan pertimbangan, bahwa perbuatan Terdakwa memang benar terbukti tapi bukan merupakan tindak pidana korupsi melainkan termasuk dalam bidang administrasi, dan terdakwa dilepaskan dari segala tuntutan hukum (*Onslag van Alle Rechtsvervolging*).

Kedua, manakala AAUPL diterapkan sebagai norma penguji atas perbuatan hukum bersifat publik yang dilakukan penyelenggara negara dan pegawai negeri dalam tindak pidana korupsi dilihat dari sisi hukum, maka ada terdapat kecondongan AAUPL ditempatkan sebagai bagian dari Hukum Administrasi Negara semata-mata ketimbang Hukum Pidana. Kecondongan ini dapat ditemukan dalam putusan Kasasi MARI No. 572.K/PID/2003 tanggal 12



Februari 2004. Dalam pertimbangan putusan Kasasi tersebut, dinyatakan antara lain :

Menimbang, bahwa atas keberatan-keberatan kasasi tersebut di atas Mahkamah Agung berpendapat, sebagai berikut :

**Mengenai keberatan ke-1 sampai dengan ke-4 dari para Terdakwa : .....**

**Mengenai keberatan ke-5 sampai dengan ke-18 dari para Terdakwa :**

Bahwa **keberatan-keberatan ini dapat dibenarkan karena judex factie salah menerapkan hukum sehingga Mahkamah Agung akan mengadili sendiri dengan memeriksa pokok perkara, berdasarkan alasan dan pertimbangan** sebagai berikut :

Bahwa Terdakwa bersama-sama dengan Terdakwa II dan Terdakwa III dalam dakwaan primer pada pokoknya telah didakwa melakukan tindak pidana sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 ayat (1) sub. b. Undang-undang Nomor 3 Tahun 1971....

Bahwa elemen tindak pidana atau unsur **yang paling utama (pokok)** dalam dakwaan tersebut di atas adalah perbuatan **"menyalahgunakan kewenangan, kesempatan atau sarana yang ada padanya karena jabatan atau kedudukan"**.

Bahwa manakala suatu dakwaan telah dikaitkan dengan "Masalah Kewenangan ataupun jabatan dan kedudukan seperti halnya yang didakwakan terhadap diri Terdakwa ke-1, maka menurut hemat Mahkamah Agung hal tersebut tidak terlepas dari pertimbangan-pertimbangan hukum atau aspek Hukum Administrasi Negara, dimana pada dasarnya **berlaku prinsip pertanggungjawaban jabatan (Liability jabatan)** yang harus dibedakan dan dipisahkan dari prinsip pertanggungjawaban perorangan atau individu atau pribadi (liability pribadi) sebagaimana yang berlaku sebagai prinsip dalam Hukum Pidana.

Bahwa oleh karenanya dalam kasus ini haruslah dipilah-pilah sampai sejauh mana penerapan Hukum Administrasi Negara masih relevant, dan pada tahap mana prinsip-prinsip Hukum Pidana yang secara murni harus diterapkan, baik dari segi doktrin, hukum positif, maupun yurisprudensi.

Dalam pertimbangan-pertimbangan lebih lanjut, dinyatakan antara lain :

Menimbang, bahwa berdasarkan fakta-fakta yang terbukti diatas, 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 diskrisioner yang ada padanya untuk melaksanakan

keputusan Presiden sebagai atasannya. Bahwa dalam keadaan darurat, tentu tidak dapat diharapkan menempuh prosedur dan cara-cara keadaan normal, terlebih pula penggunaan dan pengelolaan Keuangan Negara dalam bentuk dana non-budgeter hanya diatur oleh apa yang disebut "konvensi", tidak seperti halnya keuangan negara dalam bentuk APBN yang penggunaan dan pengelolannya diatur oleh Keppres Nomor 16 Tahun 1999 dan Keppres Nomor 18 Tahun 2000 sebagaimana telah dikemukakan diatas;

Menimbang, bahwa Mahkamah Agung tidak sependapat dengan pertimbangan hukum *judex factie* bahwa unsur "menyalahgunakan wewenang, kesempatan atau sarana yang ada padanya karena jabatan atau kedudukan" itu disimpulkan terbukti dari rangkaian perbuatan Terdakwa I yang tidak melakukan atau mengusahakan satu mekanisme koordinasi kerja yang tidak terpadu dengan baik, sehingga perbuatan materiil Terdakwa I menurut hukum bertentangan dengan asas kepatutan, ketelitian dan kehati-hatian dalam pengelolaan uang negara padahal Terdakwa I memiliki kewenangan untuk itu. Menurut pendapat Mahkamah Agung, haruslah dibuktikan terlebih dahulu unsur pokok dalam Hukum Pidana, apakah Terdakwa I memang mempunyai kesengajaan (*opzet*) untuk melakukan perbuatan penyalahgunaan wewenang tersebut, dan bahwa memang Terdakwa I menghendaki dan mengetahui (*met willens en wetens*) bahwa perbuatan itu dilarang, tapi tetap dilakukannya. (Bandingkan pendapat Prof. J. Remmelink, dalam buku terjemahan Hukum Pidana, terbitan, PT Gramedia Pustaka Utara, Jakarta 2003, halaman 152 dst.).

Menimbang bahwa karena unsur "menyalahgunakan wewenang, kesempatan atau sarana yang ada padanya karena jabatan atau kedudukan" dari tindak pidana sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 ayat (1) sub. b. Undang-undang Nomor 3 Tahun 1971 tidak terpenuhi oleh perbuatan Terdakwa I, maka sesuai dengan Ilmu Hukum Pidana Terdakwa I harus dinyatakan tidak terbukti dengan sah dan meyakinkan telah bersalah melakukan tindak pidana sebagaimana dimaksud dalam dakwaan primer, sehingga oleh karena itu ia harus dibebaskan dari dakwaan tersebut.

Di samping kedua alasan yang telah diuraikan di atas, masalah penerapan AAUPL karena pergeseran norma hukum yang terkandung dalam bagian inti delik penyalahgunaan wewenang dalam tindak pidana korupsi menurut Pasal 3 UUPTPK 1999 tersebut juga akan dapat menimbulkan persoalan krusial yang tak terduga terhadap unsur sifat melawan hukum *wederrechtelijk* dalam UUPTPK 1999 jo. UUPPTPK 2001 serta Kitab Undang-undang Hukum Pidana (Selanjutnya disingkat KUHP) yang berlaku sekarang. Selain karena awal mulanya AAUPL itu berasal dari sistem hukum "asing" dan termasuk ke dalam



hukum tidak tertulis yang senantiasa tumbuh dan berkembang melalui hukum kebiasaan serta yurisprudensi di satu pihak, dan juga karena di lain pihak UUPTK 1999 telah menganut ajaran sifat melawan hukum formil (*formiele wederrechtelijkheid*) menurut putusan Mahkamah Konstitusi No. 003/PUU-IV/2006, tanggal 25 Juli 2006 sebagaimana yang digagas oleh Simons, Taverne, dan lain-lain. Berdasar atas kenyataan itu, penerapan AAUPL dimaksud telah menimbulkan kekhawatiran akan menggoyahkan asas-asas hukum pidana yang fundamental, karena akhirnya keyakinan hakim perseorangan bertempat dan berada di atas semua persoalan masyarakat sebagaimana ditulis oleh D Simons,<sup>23</sup> antara lain :

*Naar mijn meening mogen de hierboven weergegeven opvattingen niet worden aanvaard. Zij plaatsen de in het positieve recht neergelegde uitspraak van den wetgever onder control van persoonlijke rechtovertuiging van den rechter, want de vragen wat als een richtig doel mag worden aangemerkt, wat een richtig middle tot bereiking van zoodanig doel is, wat de norm der kultuur leert en hoever zij reikt, of zij door den wetgever wel dan niet is aanvaard, al deze vragen zijn in hare beantwoording in hooge mate van subjectieve inzichten afhankelijk, terwijl die beantwoording naar ongeschreven regelen den grondslag van het positieve recht geheel wankel maakt.* (Terjemahan bebas : Menurut hemat saya pendapat-pendapat di atas ini tidak diterima. Mereka menempatkan keputusan pembentuk undang-undang yang terletak di dalam hukum positif di bawah kendali keyakinan pribadi hakim, oleh karena pertanyaan-pertanyaan seperti apa suatu tujuan yang benar boleh dicela, apa ada suatu sarana yang benar untuk meraih tujuan tersebut, apa yang norma budaya ajarkan dan sampai sejauhmana ia tercapai, apakah ia oleh pembentuk undang-undang memang tidak diterima, seluruh pertanyaan ini bergantung jawabannya pada pandangan-pandangan yang sangat subjektif, sedangkan jawaban menurut peraturan-peraturan yang tidak tertulis sangat menggoyahkan dasar-dasar hukum positif)

Untuk mencegah kekhawatiran yang berlebihan terhadap ketentuan pidana yang dibentuk dan ditetapkan secara abstrak, umum dan obyektif serta kemudian diterapkan dan diputuskan dalam keputusan-keputusan pengadilan secara

<sup>23</sup>D. Simons, *Leerboek van Het Nederlandsche Strafrecht : Eerste Deel Algemeene Leerstukken*, Groningen : P. Noordhoff, 1927, hal. 258





kongkrit, individual dan subyektif tersebut, maka penerapan AAUPL tersebut perlu diberi pembatasan yang jelas dan tegas. Berdasarkan paparan secara menyeluruh tersebut, maka tulisan ini diberi judul : **"Penyalahgunaan Wewenang dalam Tindak Pidana Korupsi di Indonesia."**

## 1.2. Perumusan Masalah

Berdasarkan uraian pada latar belakang masalah maka dirumuskan dua masalah pokok, sebagai berikut :

1. Apa kriteria bagian inti delik penyalahgunaan wewenang (*Misbruik van bevoegdheid*) dalam tindak pidana korupsi ?
2. Bagaimana *implikasi normatif* kriteria tersebut dengan unsur (*element*) sifat melawan hukum (*wederrechtelijkheid*) dalam tindak pidana korupsi ?

## 1.3. Tujuan dan Manfaat Penelitian

### 1.3.1. Tujuan Penelitian

Berdasar atas uraian latar belakang masalah dan perumusan masalah maka dapat dikemukakan tujuan penelitian, sebagai berikut :

**Pertama**, studi ini memiliki tujuan untuk menemukan, membahas dan menganalisis bahan-bahan hukum tentang (1) kriteria bagian inti delik penyalahgunaan wewenang dalam tindak pidana korupsi menurut UUPTK 1999 jo. UUPPTK 2001, serta kaitannya dengan (2) norma hukum yang terkandung dalam bagian inti delik penyalahgunaan wewenang tindak pidana korupsi menurut UUPTK 1999 jo. UUPPTK 2001; dalam hal ini, unsur sifat melawan hukum (*wederechtelijkheid*) yang berkecenderungan menerapkan *onrechtmatige*





*daad* (*onrechtmatige overheidsdaad*) sebagai *toetsingnormen*-nya dibandingkan dengan AAUPL;

**Kedua**, Studi ini dimaksudkan untuk mengkaji dan menganalisis bahan-bahan hukum di atas supaya memperoleh gambaran terkait implikasi normatif yang ditimbulkan terhadap unsur sifat melawan hukum (*Wederrechtelijkheid*) tindak pidana korupsi menurut UUPTK 1999 jo. UUPPTK 2001 karena AAUPL dijadikan sebagai norma penguji terhadap perkara-perkara tindak pidana korupsi yang melibatkan penyelenggara negara serta pegawai negeri;

### 1.3.2. Manfaat Penelitian

Di samping tujuan penelitian, kiranya perlu dikemukakan pula manfaat yang hendak diraih dengan penelitian ini. Adapun dua manfaat dimaksud, yakni : manfaat yang bersifat teoretis dan manfaat yang bersifat praktis.

Manfaat yang bersifat **teoretis** yang dimaksud di sini, bahwa dengan penelitian ini temuan-temuan teoretis yang diperoleh tentang penerapan yang benar bagian inti delik penyalahgunaan wewenang dalam tindak pidana korupsi UUPTK 1999 jo. UUPPTK 2001 yang melibatkan penyelenggara negara dan pegawai negeri serta norma hukum yang terkandung di dalamnya, penerapan AAUPL sebagai norma penguji, serta juga implikasinya terhadap unsur sifat melawan hukum (*wederrechtelijk*) dapat dipergunakan untuk mengkaji-ulang keberadaan teori-teori hukum pidana "klasik" yang sudah ditinggalkan jaman. Di samping itu, temuan-temuan praktisnya dapat dipergunakan sebagai informasi yang faktual dan "*up to date*" yang melalui generalisasi-generalisasi dapat dibentuk teori-teori hukum pidana yang lebih baru.

Manfaat bersifat **praktis** yang diharapkan dari penelitian ini, bahwa melalui temuan-temuan teoretis dan praktis pihak-pihak legislatif, yudikatif dan

eksekutif mampu membentuk, menerapkan dan melaksanakan UUPTK 1999 jo. UUPPTK 2001 serta perundang-undangan pidana lainnya secara benar, jujur dan adil. Selain itu, umumnya bagi para akademisi dan tenaga pengajar serta khususnya penulis mendapatkan pengetahuan yang luas guna keperluan sehari-hari.

**1.4. Orisinalitas Penelitian**

Penelitian mengenai penyalahgunaan wewenang dalam tindak pidana korupsi di Indonesia yang membahas kriteria bagian inti delik penyalahgunaan wewenang dalam tindak pidana korupsi serta berimplikasi secara normatif terhadap unsur melawan hukum dalam tindak pidana korupsi tersebut, belum pernah dilakukan sampai dengan saat ini. Meskipun diakui, bahwa penelitian tentang tindak pidana korupsi itu telah banyak ditemukan.

Penelitian-penelitian yang telah dilakukan tersebut telah membahas tindak pidana korupsi dari pelbagai aspek. Berkaitan dengan penelitian ini, aspek yang ditelaah adalah hukum pidana. Beberapa penelitian dimaksud diuraikan secara ringkas di bawah berikut serta membandingkannya dengan penelitian ini supaya menjadi jelas bedanya.

Pertama, penelitian berjudul "Penyalahgunaan Wewenang dalam Pengelolaan Keuangan Daerah yang berimplikasi Tindak Pidana Korupsi" dilakukan oleh Nur Basuki Minarno, Mahasiswa Pasca-sarjana Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Airlangga Surabaya (Unair). Di dalam penelitiannya, Nur Basuki Minarno menulis, bahwa wewenang adalah konsep hukum administrasi.

Oleh karena itu, parameter hukum administrasi, seperti : legalitas, asas spesialisitas, asas rasionalitas dan asas umum pemerintahan yang baik, dapat



dipergunakan untuk mengukur tindakan pejabat atau pegawai negeri yang melakukan penyalahgunaan wewenang dalam tindak pidana korupsi.

penyalahgunaan wewenang merupakan --species" dari --genus"-nya melawan hukum. Di dalam praktek peradilan, sifat *in haeren* antara konsep dan parameter penyalahgunaan wewenang dan melawan hukum saling dipertukarkan.

Pencantuman penyalahgunaan wewenang dan melawan hukum sebagai bagian inti delik dalam UUPTPK menjadikan kendala dalam menegakkan hukum. Kendala tersebut disebabkan, pertama, dalam UU PTPK tidak memberikan penjelasan tentang penyalahgunaan. Kedua, parameter pada konsep melawan hukum dipergunakan untuk menilai penyalahgunaan wewenang. Ketiga, pembuktian penyalahgunaan wewenang merupakan hal yang sulit, karena untuk menilai ada tidaknya penyalahgunaan wewenang sangat terkait pada suatu hal yang faktual.

Berdasarkan UU Nomor 32 Tahun 2004 memberikan wewenang otonomi daerah dan desentralisasi fiskal Pemerintah daerah mempunyai keleluasaan untuk mengelola keuangan daerah, pengelola keuangan daerah tanpa didasari pengawasan, pengendalian, dan pemeriksaan yang baik berpotensi terjadi penyalagunaan wewenang. Pengawasan merupakan tugas pokok dari DPRD tidak berjalan sebagaimana yang diharapkan fungsi pengawasan yang tidak baik dalam proses pengajuan RAPBD dan laporan pertanggungjawaban kepala daerah memberikan peluang terjadinya penyalagunaan wewenang. Lemahnya personil pemerintah daerah yang berlatar belakang akuntansi dan belum adanya standar akutansi keuangan sektor publik menyebabkan pengendalian pengelolaan keuangan daerah tidak dapat dilaksanakan dengan baik.

Ada terdapat perbedaan dengan penelitian ini. Kriteria bagian inti delik penyalahgunaan wewenang yang dipergunakan sebagai norma penguji





(*toetsingsnorm*) dalam penelitian ini adalah asas kecermatan (*zorgvuldigheidsbeginse*) dan asas kepatutan (*redelijkheidbeginse*). Oleh karena penyalahgunaan wewenang merupakan variasi dari unsur sifat melawan hukum, norma penguji tersebut berimplikasi terhadap unsur sifat melawan hukum dalam tindak pidana korupsi. Hal ini akan ternyata dalam putusan-putusan Mahkamah Agung.

Kedua, penelitian berjudul "Analisis Penerapan Asas Perbuatan Melawan Hukum Materil dalam Perspektif Hukum Pidana di Indonesia : Tinjauan Kasus terhadap Perkembangan Tindak Pidana Korupsi" dilakukan oleh Indriyanto Seno Adji, Mahasiswa Pasca-sarjana Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Indonesia Jakarta (UI). Penelitian ini menunjukkan, bahwa ajaran sifat melawan hukum dalam hukum pidana mendapat pengaruh yang sangat kuat dari pengertian perbuatan melanggar hukum secara luas dalam hukum perdata melalui arrest Cohen-Lindenbaum tanggal 31 Januari 1919. Namun demikian ajaran sifat melawan hukum tersebut mendapatkan pembatasan penggunaannya melalui fungsi negatifnya sebagai alasan peniadaan pidana, dengan maksud untuk menghindari pelanggaran asas legalitas sekaligus dapat menghindari penggunaan analogi dalam hukum pidana. Berkaitan dengan perbuatan dengan tipologi kejahatan baru yang dianggap koruptif tercela yang merugikan masyarakat dan negara dalam skala yang sangat besar tetapi tidak terjangkau peraturan perundang-undangan tertulis, maka berdasar atas aspek pendekatan sejarah pembentukan Undang-Undang sepatutnyalah untuk mempertimbangkan penerapan fungsi positif dari perbuatan melawan hukum materil, dengan kriteria yang tegas dan ketat serta kasuistik, yaitu apabila perbuatan pelaku yang tidak memenuhi rumusan delik dipandang dari segi kepentingan hukum yang lebih



tinggi ternyata menimbulkan kerugian yang jauh tidak seimbang bagi masyarakat dan negara dibandingkan dengan keuntungan dari perbuatan pelaku yang tidak memenuhi rumusan delik itu.

Penelitian Indriyanto Seno Adji tersebut berbeda dengan penelitian ini. Fokus penelitian ini tidak diarahkan pada sifat melawan hukum semata-mata, tetapi justru berangkat dari penentuan kriteria bagian inti delik penyalahgunaan wewenang yang dirumuskan dalam Pasal 3 UUPTK 1999, Pasal 12 huruf e UUPTK 1999 jo. Pasal 1 angka 2 UUPPTK 2001, dan lain-lain. Sebagai konsekuensi dari pencantuman bagian inti delik penyalahgunaan wewenang tersebut, ada terdapat pengaruh pada unsur sifat melawan hukum yang penyalahgunaan wewenang merupakan variasinya. Hal ini dapat diharapkan dapat ditemukan dalam putusan-putusan Mahkamah Agung sebagai peradilan tingkat kasasi.

Ketiga, penelitian yang berjudul "Ajaran Sifat Melawan Hukum Materiel dalam Hukum Pidana Indonesia (Studi Kasus tentang Penerapan dan Perkembangannya dalam Yurisprudensi)" ini ditulis oleh Komariah Emong Sapardjaja, Mahasiswa Pasca-sarjana Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Padjadjaran Bandung (Unpad). Penelitian tersebut menemukan, bahwa pada tahun 1980-an Mahkamah Agung dalam putusan tanggal 15 Desember 1982 No. 257K/Pid/1982 telah menegaskan arti sifat melawan hukum materiel dalam tindak pidana korupsi, yakni sebagai "perbuatan yang tercela atau perbuatan yang menyusuk perasaan masyarakat banyak." Putusan ini juga telah merinci unsur-unsur tindak pidana korupsi, yaitu : "negara dirugikan, kepentingan umum tidak dilayani dan terdakwa mendapat untung." Kaidah ini pun telah diikuti oleh beberapa putusan Mahkamah Agung berikutnya untuk membuktikan adanya

tindak pidana korupsi. Penafsiran yudisial ini mengakibatkan semakin luasnya unsur tindak pidana korupsi daripada sekedar kepentingan hukum yang hendak dilindungi oleh pembentuk undang-undang pada waktu Undang-undang No.3 Tahun 1971 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi tersebut ditetapkan. Hal ini membahayakan keajegan asas legalitas yang sangat fundamental sifatnya bagi hukum pidana. Meskipun penerapannya diharapkan akan dapat memberikan keadilan, tetapi tetap saja akan menumbuhkan pertentangan yang tajam antara kepastian hukum di satu pihak dengan keadilan di lain pihak. Untuk mendekati antara kepastian hukum dan keadilan ini, kepastian hukum dapat dipertajam dengan menggunakan "teori *schutznorm*" (norma perlindungan), sedangkan penafsiran yang luas tadi harus dibatasi dengan melihat manfaat bagi kepentingan masyarakat.

Bedanya dengan penelitian ini adalah terletak pada, pertama, penelitian ini bermula dari penentuan kriteria bagian inti delik penyalahgunaan wewenang yang dirumuskan dalam Pasal 3 UUPTK 1999, Pasal 12 huruf e UUPTK 1999 jo. Pasal 1 angka 2 UUPPTK 2001, dan lain-lain. Kedua, sebagai akibat dari kriteria tersebut, ada terdapat pengaruh pada unsur sifat melawan hukum yang penyalahgunaan wewenang merupakan merupakan variasinya. Hal ini dapat diharapkan dapat ditemukan dalam putusan-putusan Mahkamah Agung sebagai peradilan tingkat kasasi.

Keempat, penelitian yang berjudul "Korelasi Korupsi Politik dengan Hukum dan Pemerintahan di Negara Modern (Telaah tentang Praktek Korupsi Politik dan Penanggulangannya)" ini ditulis oleh Artidjo Alkostar, Mahasiswa Pasca-sarjana Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Diponegoro Semarang (Undip). Penelitian tersebut menunjukkan, bahwa korupsi politik merupakan



perbuatan yang menyimpang secara etik dan yuridis yang dilakukan oleh pihak-pihak yang memiliki posisi politik; dalam hal ini, korupsi politik yang dilakukan oleh kepala pemerintahan. Korupsi politik ini ditelaah dampaknya terhadap faktor-faktor politik, sosial, ekonomi dan budaya dalam negara modern.

Perbedaan dengan penelitian ini terdapat juga, disamping hal-hal yang telah disebutkan di atas, pada pihak-pihak yang melakukan tindak pidana korupsi. Di sini korupsi dilakukan oleh penyelenggara negara dan pegawai negeri.

Kelima, penelitian yang berjudul "*Ambtelijke Corruptie in het Strafrecht : Een Studie over Omkoping en andere Ambtsdelicten*" ini ditulis oleh Eelke Sikkema, Mahasiswa Rijksuniversiteit Groningen, Belanda, dalam rangka mendapatkan Doktor Ilmu Hukum (*ter verkrijging van het doctoraat in de Rechtsgeleerdheid aan de Rijksuniversiteit Groningen*). Dalam ringkasannya dijelaskan, bahwa penelitian ini memusatkan pada : (1) bagaimana tindak pidana korupsi diatur dalam hukum pidana Belanda ? dan apakah peraturan-peraturan tersebut sudah sesuai dengan pandangan yang telah berubah mengenai integritas pegawai negeri ? serta (2) dalam konteks ini bagaimana perubahan terbaru tentang ketentuan-ketentuan penyusunan – Undang-undang tentang Perubahan Peraturan Perundang-undangan Korupsi 2001 – harus dinilai dan diperhatikan ? dan apakah ada terdapat sebab untuk menyesuaikan ketentuan-ketentuan yang lain tentang korupsi ?

Penelitian yang telah dilakukan Eelke Sikkema berbeda dengan penelitian ini. Perbedaannya adalah (1) penelitian yang disebut pertama tidak membahas secara fokus bagian inti delik penyalahgunaan wewenang, meskipun penyalahgunaan wewenang disinggung sepintas saja. Yang dibahas dalam penelitian tersebut ialah ketentuan-ketentuan penyusunan dan tindak pidana



jabatan. (2) Penelitian Eelke Sikkema tidak membahas sama sekali mengenai sifat melawan hukum dari tindak pidana korupsi.

## 1.5. Metode Penelitian

### 1.5.1. Jenis dan Pendekatan Penelitian

Jenis penelitian yang hendak dilakukan ini merupakan penelitian *yuridis-normatif*. Hal ini dikarenakan dalam penelitian ini akan dilakukan penelaahan dan pengkajian terhadap makna penyalahgunaan wewenang sebagai bagian inti delik dan unsur dari ketentuan Pasal 1 ayat (1) huruf b UUPTPK 1971, ketentuan Pasal 3 UUPTPK 1999, ketentuan Pasal 12 huruf e UUPTPK 1999 jo. Pasal 1 angka 2 UUPPTPK 2001, dan lain-lain serta pula sifat dan struktur komponen normatif yang terkandung dalam ketentuan Pasal 1 ayat (1) huruf b UUPTPK 1971, ketentuan Pasal 3 UUPTPK 1999, Pasal 1 angka 2 UUPPTPK 2001 tersebut.<sup>24</sup>

Penelaahan dan pengkajian itu akan lebih dikonsentrasikan pada penyalahgunaan wewenang dalam tindak pidana korupsi yang dilakukan oleh penyelenggara negara atau pegawai negeri.

Pendekatan penelitian yang akan dipergunakan dalam jenis penelitian yang *yuridis-normatif* ini, meliputi antara lain :

(1) Pendekatan Sejarah Hukum (*Legal-History Approach*), yakni : penelaahan dan pengkajian tertuju pada sejarah perundang-undangan yang memuat bagian inti delik dan unsur penyalahgunaan wewenang dalam tindak pidana korupsi yang melibatkan penyelenggara negara serta pegawai negeri di Indonesia. Hal ini sangat penting guna mengetahui pandangan perancang perundang-undangan memasukan bagian inti delik dan unsur

<sup>24</sup>Jan Gijssels dan Mark van Hoecke, *Op.Cit.*, hal. 146





penyalahgunaan wewenang ke dalam perundang-undangan pemberantasan tindak pidana korupsi pada awalnya.

(2) Pendekatan Hukum Positif (*Positive-Law Approach*), yakni penelaahan dan pengkajian terarah selain kepada peraturan perundang-undangan pemberantasan tindak pidana yang berlaku saat ini, dan juga kepada yurisprudensi-yurisprudensi yang pernah diputus dan dinyatakan berkekuatan tetap oleh putusan MARI. Melalui peraturan perundang-undangan dan yurisprudensi-yurisprudensi dimaksud diharapkan ditemukan dan didapati larangan penyalahgunaan wewenang yang bermuatan asas kecermatan dan asas kepatutan khususnya; serta AAUPL umumnya sebagai norma perilaku (*gedragsnormen*) dan norma penguji (*toetsingnormen*) terhadap sikap-tindak penyelenggara negara serta pegawai negeri dan landasan bagi penegak hukum memeriksa, mengadili dan memutus tindak pidana korupsi yang melibatkan penyelenggara negara dan pegawai negeri tersebut.

(3) Pendekatan Perbandingan Hukum (*Comparative-Law Approach*),<sup>25</sup> yakni penelaahan dan pengkajian terkonsentrasi pada membandingkan perundang-undangan pemberantasan tindak pidana korupsi dan yurisprudensinya dari pelbagai negara yang memuat bagian inti delik penyalahgunaan wewenang atau kata yang bersependan dengan itu dan termasuk pula unsur sifat melawan hukumnya. Penyalahgunaan wewenang yang mengandung asas kecermatan dan asas kepatutan sebagai variasi atau kata yang bersependan dengan sifat melawan hukum merupakan bagian dari AAUPL. Hal tersebut berimplikasi terhadap sifat melawan hukum dalam tindak pidana korupsi yang melibatkan penyelenggara negara dan pegawai

<sup>25</sup>Lihat Soerjono Soekanto dan Purnadi Purbatjaraka, *Perbandingan Hukum*, Bandung : Citra Aditya Bakti, 1989, hal. 59



negeri pada khususnya atau melawan hukum yang berlaku dalam hukum pidana pada umumnya. Perundang-undang pemberantasan tindak pidana korupsi dari pelbagai negara yang hendak dijadikan bandingan ialah perundang-undangan pemberantasan yang tunduk pada sistem hukum yang berbeda, yakni : sistem hukum *Civil Law* dan sistem hukum *Common Law*.<sup>26</sup> Sistem hukum *Civil Law* diwakili, antara lain, oleh Belanda, Belgia, Jerman atau Perancis. Sistem *Common Law* diwakili, antara lain, oleh Amerika Serikat atau Inggris. Belanda difokuskan menjadi pembanding utama dikarenakan hubungan sejarah dengan hukum pidana Indonesia dan diklasifikasikan dalam *Civil Law System* seperti Indonesia; juga Amerika Serikat difokuskan menjadi pembanding utama dikarenakan negara yang sangat maju substansi hukumnya dan sahabat Indonesia serta dikelompokkan dalam *Common Law System*.

(4) Pendekatan Kasus-kasus hukum (*Cases-Law Approach*), yakni penelaahan dan pengkajian tertuju pada kasus-kasus yang telah diperiksa, diadili dan diputus oleh Mahkamah Agung RI sepanjang berkaitan dengan penyalahgunaan wewenang dalam tindak pidana korupsi. Melalui putusan Mahkamah Agung RI tersebut diharapkan ditemukan kasus-kasus penyalahgunaan wewenang dalam tindak pidana korupsi yang sesungguhnya terjadi di masyarakat dan sekaligus norma-norma hukum yang menjadi rujukan Mahkamah Agung RI dalam memeriksa, mengadili dan memutus kasus-kasus tersebut. Hal tersebut dimaksudkan agar lebih memperkuat hasil penelitian ini.

<sup>26</sup>lihat Michael Bogdan, *Comparative Law*, Tano : Norstedts Juridik-Kluwer, 1994, hal. 82



### 1.5.2. Jenis Bahan Hukum dan Teknik Pengumpulan Bahan Hukum

Jenis bahan-bahan hukum yang hendak dipergunakan dalam penelitian *yuridis-normatif* ini meliputi : (1) bahan hukum primer, (2) bahan hukum sekunder dan (3) bahan hukum tertier.<sup>27</sup> Adapun bahan-bahan hukum tersebut selengkapnya sebagai berikut :

- (1) Bahan hukum primer yakni bahan-bahan mengenai tindak pidana korupsi yang menurut sifat memiliki daya-ikat (*verbondenheid*) berupa, antara lain :
  - a. Undang-Undang Dasar 1945;
  - b. Kitab Undang-undang Hukum Pidana;
  - c. Undang-undang Nomor 25 Tahun 2003 tentang Proyek Pembangunan Nasional (Propenas);
  - d. Undang-undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman;
  - e. Undang-undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi dan Undang-undang Nomor 20 Tahun 2001 tentang Perubahan Perubahan atas Undang-undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi;
  - f. Undang-undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara, Undang-undang Nomor 9 Tahun 2004 tentang Perubahan atas Undang-undang Nomor 5 tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara, dan Undang-undang No. 51 tahun 2009 tentang Perubahan Kedua atas Undang-undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara;
  - g. Undang-undang Nomor 25 Tahun 2009 tentang Pelayanan Publik;

<sup>27</sup>Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif*, Jakarta : Radjawali Pers, 1985, hal. 52



h. Berbagai konvensi internasional (seperti, *United Nations Convention Against Corruption* 2003, *United Nations Convention against Transnational Organized Crime* 2000, dan lain-lain) maupun regional (seperti, *Inter-American Convention against Corruption*, *Convention on the Fight against Corruption involving Officials of European Communities or Officials of Members States of the European Union*, dan lain-lain) yang berhubungan dengan tindak pidana korupsi;

i. Berbagai yurisprudensi MARI sepanjang terkait dengan penyalahgunaan wewenang dalam tindak pidana korupsi yang melibatkan penyelenggara negara dan pegawai negeri sebagai pembuat tindak pidana.

(2) Bahan hukum sekunder, yakni bahan-bahan memberikan penjelasan dan melakukan perincian secara lebih detail berkaitan dengan bahan hukum primer yang antara lain berupa :

a. Karya tulis dan pendapat dari Sarjana Hukum Pidana terkemuka mengenai penyalahgunaan wewenang dan sifat melawan hukum (*wederrechtelijk*) dalam tindak pidana korupsi yang melibatkan penyelenggara negara dan pegawai negeri sebagai pembuat tindak pidana pada khususnya dan dalam hukum pidana pada umumnya;

b. Karya tulis dan pendapat dari para Sarjana Hukum Administrasi Negara terkemuka tentang penyalahgunaan wewenang pada khususnya dan AAUPL pada umumnya, dan penerapan penyalahgunaan wewenang menurut AAUPL tersebut dalam Hukum Administrasi Negara dan Hukum Pidana;

c. Dokumen-dokumen pembahasan mengenai rancangan Kitab Undang-undang Hukum Pidana terkini tahun 1999-2000, begitu pula dokumen-



dokumen pembahasan tentang UUTPK 1960, UUPTK 1971, UUPTK 1999, dan UUPPTK 2001;

- d. Karya tulis dan pendapat para perancang perundang-undang pemberatasan tindak pidana korupsi melalui tulisan-tulisannya; dan
- e. *African Union Convention on Preventing and Combating Corruption* 2003, dan *Criminal Law Convention on Corruption* 1999.

(3) Bahan Hukum Tertier, yakni bahan-bahan yang memberikan informasi lebih jauh dan luas mengenai bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder yang antara lain :

- a. Kamus Besar Bahasa Indonesia yang diolah oleh Pusat Pembinaan dan Pengembangan Bahasa DEPDIKNAS;
- b. *Handwoordenboek de Nederlandse Taal* disusun oleh Koenen-Endepols-Heeroma;
- c. *Advanced Learner's Dictionary-Oxford*;
- d. *Black's Law Dictionary*, dan
- e. Kamus Hukum lainnya.

Bahan-bahan hukum tersebut diperoleh melalui studi pustaka. Studi pustaka dilaksanakan di beberapa perpustakaan dan *internet house*. Pertama, buku-buku dan lain-lainnya sebagai bahan-bahan hukum yang relevan dengan topik penelitian ditelusuri sedemikian rupa, dan kemudian kedua, bahan-bahan hukum yang relevan tersebut dihimpun dan dikumpulkan untuk difotocopi dan/atau dicatat dengan mempergunakan "*yellow card*". Beberapa perpustakaan yang dapat disebutkan, antara lain : Perpustakaan pribadi, perpustakaan pascasarjana Universitas Brawijaya, perpustakaan pusat Universitas Brawijaya, dan beberapa perpustakaan di luar lingkungan Universitas Brawijaya tetapi



memiliki kerjasama dengan Universitas Brawijaya (seperti, perpustakaan Fakultas Hukum Universitas Padjadjaran Bandung, perpustakaan Fakultas Hukum Universitas Airlangga Surabaya, dan lain-lain) serta ruang E-Learning PPSUB.

Setelah studi pustaka di atas selesai dilaksanakan, maka kemudian dilanjutkan dengan studi dokumen. Namun demikian studi dokumen hanya akan dilakukan, bilamana hasil studi pustaka tidak lengkap, belum lengkap atau memerlukan pendalaman. Studi dokumen dilakukan di pelbagai instansi terkait dengan mengajukan surat permohonan kesediaan untuk dikunjungi dan dipergunakan sebagai tempat penelitian. Jika kesediaan telah disetujui oleh instansi-instansi tersebut, maka penelitian dilakukan dengan (1) menelusuri bahan-bahan hukum yang relevan dengan topik penelitian, serta kemudian (2) memfotocopi dan/atau mencatat bahan-bahan itu. Instansi-instansi yang hendak dikunjungi dan dipergunakan sebagai tempat penelitian, antara lain : MARI dan Sekretariat DPR-RI.

Jika hasil studi pustaka dan/atau studi dokumen masih juga kurang lengkap, maka konfirmasi dan/atau klarifikasi<sup>28</sup> perlu dilakukan agar penelitian ini dapat diterima secara luas (*legitimize*) sebagai *communis opinio doctorum*.

Konfirmasi dan/atau klarifikasi akan dilakukan terhadap beberapa pakar Hukum Pidana dan Hukum Administrasi Negara selaku akademisi di satu pihak serta Hakim selaku praktisi di lain pihak berkaitan dengan penyalahgunaan wewenang dalam tindak pidana korupsi. Oleh karena itu, pemilihan baik akademisi maupun praktisi dilaksanakan secara *purposive-sampling*, yang artinya bahwa pemilihan ditentukan berdasarkan syarat-syarat yang telah ditetapkan lebih dahulu

<sup>28</sup>DHM. Meuwissen, *Recht en Vrijheid : Inleiding in de rechtsfilosofie*, Utrecht : Het Spectrum BV., 1982, hal 14



disesuaikan dengan kepentingan dan kebutuhan penelitian. Adapun syarat-syarat dimaksud, antara lain :

- (1) telah berkecimpung di bidang hukum selama  $\pm$  25 tahun;
- (2) bergelar sekurang-kurangnya Magister Ilmu Hukum (MH/M.Hum)) bagi akademisi dan begolongan sekurang-kurangnya IV/a bagi praktisi;
- (3) pernah menulis tentang tindak pidana korupsi atau AAUPL bagi akademisi serta pernah memutus perkara tindak pidana korupsi yang melibatkan penyelenggara negara dan pegawai negeri bagi praktisi.

Konfirmasi dan/atau klarifikasi dilakukan dengan mempergunakan pedoman wawancara tetapi tetap membuka kemungkinan untuk menjawab secara terbuka dan bebas. Sebelum konfirmasi dan/atau klarifikasi dilakukan, surat kesediaan diajukan kepada yang bersangkutan untuk memperoleh persetujuan.

Jika telah setuju, pedoman wawancara dikirimkan kepada yang bersangkutan untuk memperoleh jawabannya.

### **1.5.3. Analisis Bahan Hukum**

Bahan-bahan hukum, baik berupa bahan hukum primer, bahan hukum sekunder maupun bahan hukum tertier, yang telah diperoleh dan dihimpun melalui studi pustaka dan/atau studi dokumen dan/atau konfirmasi atau klarifikasi tersebut diolah kembali. Pengolahan bahan-bahan hukum dilakukan dengan cara, yakni : (1) kategori atau klasifikasi, (2) sistematisasi dan (3) analisis secara deskriptif dan kritis.

Pengkategorian atau pengklasifikasian dilakukan terhadap bahan-bahan hukum yang telah diperoleh atau dihimpun melalui studi pustaka dan/atau studi dokumen dan/atau konfirmasi atau klarifikasi. Pengkategorian atau pengklasifikasian bahan-bahan hukum yang telah diperoleh dan dihimpun tersebut



berdasarkan perumusan masalah yang hendak dibahas dalam penelitian ini.

Pertama, bahan-bahan hukum yang telah diperoleh dan dihimpun tadi dipilih dan dipilah sepanjang yang berhubungan dengan bagian inti delik penyalahgunaan wewenang dalam hukum administrasi negara dan dalam hukum pidana, khususnya tindak pidana korupsi. Kedua, bahan-bahan hukum yang telah diperoleh dan dihimpun tadi juga dipilih dan dipilah sepanjang berkaitan dengan unsur sifat melawan hukum dalam tindak pidana korupsi. Yang terakhir, ketiga, bahan-bahan hukum yang sudah diperoleh dan dihimpun tadi juga dipilih dan dipilah sepanjang memuat kasus-kasus hukum penyalahgunaan wewenang dalam tindak pidana korupsi.

Setelah itu, hasil pengkategorian atau pengklasifikasian tersebut dilakukan pensistematisasian sedemikian rupa berdasar atas pemositivitasan hukum (*positiviteit van het recht*) dan keberlakuan hukum (*gelding van het recht*).<sup>29</sup> Yang dimaksud pemositivitasan hukum, bahwa bahan hukum primer yang telah dikategorikan atau diklasifikasikan tadi dirunut dan diurut sesuai dengan penetapan norma hukum dalam perundang-undangan oleh pejabat atau institusi yang berwenang. Sedangkan yang dimaksud dengan keberlakuan hukum, bahwa bahan hukum primer yang sudah dikategorikan atau diklasifikasikan tadi ditelaah dan dicari daya-berlaku evaluatif, daya-berlaku yuridis dan daya berlaku empirisnya yang juga dengan atau melalui penjelasan-penjelasan yang terdapat dalam bahan hukum sekunder maupun bahan hukum tertier.

<sup>29</sup>JH Bruggink, *Op.Cit.*, hal. 100 dan 102





Akhirnya, bahan-bahan hukum yang telah dilakukan pensistematisasian itu dianalisis secara deskriptif dan kritis.<sup>30</sup> Penganalisisan secara deskriptif berarti, bahwa bahan-bahan hukum yang telah dilakukan pensistematisasian tersebut digambarkan dan diuraikan sedemikian rupa sehingga menjadi jelas dan terang. Dengan pendeskriptifan demikian diharapkan hendak ditemukan jawaban yang merupakan masalah dalam penelitian ini sebagaimana yang terdapat dalam perumusan masalah. Penganalisisan secara kritis berarti, bahwa bahan-bahan hukum yang telah dideskriptifkan tadi dikaitkan dengan dan diuji melalui doktrin-doktrin yang berkembang dalam hukum pidana pada umumnya dan pemberantasan tindak pidana korupsi pada khususnya. Melalui pengkritisan diharapkan hendak ditemukan dasar atau landasan jawaban atas masalah yang terdapat dalam penelitian ini seperti yang tertuang dalam perumusan masalah.

Dengan demikian, penganalisisan secara deskriptif dan kritis ini memiliki maksud agar ditemukannya fenomena-fenomena nyata yang baru dalam masyarakat sepanjang berkaitan dengan pemberantasan tindak pidana korupsi serta norma hukumnya.

<sup>30</sup>Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Op.Cit.*, hal. 50



## BAB II

### KERANGKA DASAR TEORETIK DAN KERANGKA KONSEPTUAL

#### 2.1. Teori Wewenang, Teori Tindak Pidana dan Teori Sifat Melawan Hukum

##### 2.1.1. Teori Wewenang.

Kekuasaan seperti apapun tetap memiliki potensi menimbulkan dampak negatif. Kekhawatiran ini pernah diungkapkan oleh John Dalberg-Acton, 1<sup>st</sup> Baron Acton, atau biasanya dipanggil singkat Lord Acton (10 Januari 1834 – 19 Juni 1902). Kekhawatiran Lord Acton tersebut muncul kira-kira tahun 1870 ketika terjadi krisis besar di Katolik Roma berkaitan permakluman Paus Pius IX mengenai doktrin kepausan tidak dapat berbuat salah. Dalam konteks itu, Lord Acton menulis surat kepada yang terpelajar dan rohaniwan Mandell Creighton pada bulan April 1887, antara lain :

*I cannot accept your canon that we are to judge Pope and King unlike other men with a favourable presumption that they did not wrong. If there is any presumption, it is the other way, against the holders of power, increasing as the power increases. Historic responsibility has to make up for the want of legal responsibility. **Power tends to corrupt, and absolute power corrupt absolutely.** Great men are almost always bad men, even when they exercise influence and not authority : still more when you superadd the tendency or certainty of corruption by full authority. There is no worse heresy than the fact that the office sanctifies holder of it.*<sup>31</sup> (Terjemahan bebas : Saya tidak dapat menerima ketentuan anda bahwa kita memutuskan Paus dan Raja tidak seperti orang-orang lainnya dengan suatu praduga yang menguntungkan bahwa mereka tidak melakukan kesalahan. Jika ada terdapat suatu praduga, ada terdapat keadaan lain, pelanggaran pemegang kekuasaan semakin meningkat ketika kekuasaan bertambah. Pertanggungjawaban sejarah harus melingkupi karena kekurangan pertanggungjawaban hukum. Kekuasaan berkecenderungan untuk korupsi, dan kekuasaan yang mutlak secara mutlak korupsi. Orang-orang besar hampir selalu merupakan orang-orang jahat, bahkan ketika mereka menggunakan wibawa dan bukan kewenangan : terlebih lagi ketika anda memperbesar kecenderungan atau kepastian korupsi karena kewenangan yang penuh.

<sup>31</sup>John Dalberg- Acton, 1<sup>st</sup> Baron Acton, [http://en.wikipedia.org/wiki/John\\_Dalberg-Acton](http://en.wikipedia.org/wiki/John_Dalberg-Acton), 1<sup>st</sup> Baron Acton, diunduh Jumat, tanggal 20 Agustus 2010, jam 06.41 WIB



Tiada pernyataan yang lebih buruk ketimbang kenyataan bahwa jabatan membenarkan pemegang jabatan itu)

Oleh karena kekuasaan berkecenderungan menimbulkan dampak negatif, maka kekuasaan harus dibatasi. Pembatasan kekuasaan dimaksud berkesesuaian dengan perkembangan makna keadilan (bahasa Inggris : *justice*; bahasa Belanda : *gerechtigheid* atau *rechtsvaardigheid*, dan bahasa Jerman : *gerechtigkeit*).

Keadilan merupakan salah satu dari dua cita hukum yang lain, yakni, kemanfaatan (*doelmatigheid*) dan kepastian hukum (*rechtszekerheid*). Hal ini sesuai dengan pandangan Gustav Radbruch,<sup>32</sup> *het recht is gericht op de Rechtsidee, welke drie waarden in zich bevat, t.w., gerechtigheid, doelmatigheid en rechtszekerheid.* (Terjemahan bebas : Hukum mengarah pada cita hukum, yang mengandung di dalamnya tiga nilai, yakni, keadilan, kemanfaatan dan kepastian hukum) Bahkan menurut Gustav Radbruch,<sup>33</sup> keadilan merupakan keharusan yang terkandung di dalam hukum positif, karena hukum positif yang tidak adil akan kehilangan daya berlakunya sebagaimana tersirat dalam pernyataan : *"es sei denn, daß der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als "unrichtiges Recht" der Gerechtigkeit zu weichen hat."* (Terjemahan bebas : Kecuali bahwa kalau kontradiksi perundang-undangan positif dengan keadilan mencapai kadar yang tidak tertahankan lagi, maka perundang-undang sebagai "hukum yang tidak benar" tersebut telah mengesyampingkan keadilan) Dalam kaitan ini, Meuwissen<sup>34</sup> memberikan tafsir atas pernyataan tersebut, sebagai berikut :

<sup>32</sup>Dikutip dari D.H.M. Meuwissen, *Op.Cit.*, hal. 63

<sup>33</sup>*Ibid.*, hal 64

<sup>34</sup>*Ibid.*



*Met deze uitspraak heeft Radbruch het positivisme verlaten. De scherpe scheiding tussen recht en ethiek (gerechtigheid) wordt opgeheven. Er worden bovenpositieve maatstaven gehanteerd, waarmee de inhoud van het recht wordt geoordeeld. Wanneer het positieve recht op een voor iedereen evidente wijze met deze maatstaven in strijd komt, verliest het zelfs zijn gelding. Tot op zeker hoogte wordt de gelding van het recht dus ook op de gerechtigheid gefundeerd.* (Terjemahan bebas : Dengan pernyataan ini Radbruch telah meninggalkan paham positif. Pemisahan secara tajam antara hukum dan etika (keadilan) dihapuskan. Ada dipergunakan ukuran-ukuran positif di atas, yang dengan itu muatan hukum dinilai. Bilamana menurut salah satu cara yang nyata-nyata hukum positif bertentangan dengan ukuran-ukuran ini, ia dengan sendirinya hilang daya berlakunya. Sampai pada batas tertentu daya berlaku hukum memang didasarkan pada keadilan)

Pencarian makna keadilan telah berlangsung sangat lama dan menemui spektrum yang sangat luas. Awalnya, keadilan berasal dari ide keseimbangan dan keselarasan sebagaimana yang diungkapkan oleh Socrates dan Plato dalam Jonathan Westphal,<sup>35</sup> yakni :

*In Republic, Socrates uses refutation and counter example to destroy inadequate account of justice. Plato's own positivis view that "justice in the soul" is a harmony between the different parts of the soul and also that justice in society is a harmony between different parts.* (Terjemahan bebas : Di dalam Republic, Socrates mempergunakan contoh yang menolak dan yang berlawanan untuk menghancurkan penjelasan yang tidak akurat mengenai keadilan. Pandangan positif milik Plato bahwa "keadilan dalam jiwa" adalah keselarasan antara bagian-bagian yang berbeda dalam jiwa tersebut dan juga bahwa keadilan dalam masyarakat adalah keselarasan antara bagian-bagian yang berbeda)

Namun demikian, adil bukan merupakan suatu karakter individual semata-mata melainkan juga terbentuk dalam struktur masyarakat polis-polis di Athena. Berdasar atas struktur masyarakat tersebut, setiap orang memiliki "tempatnyanya"; dengan perkataan lain, setiap orang memenuhi fungsi tertentu.

Dalam konteks ini, Aristoteles telah mengembangkan pengertian keadilan dan membuat pemisahan klasik antara keadilan distributif (*iustitia distributiva*) dan

<sup>35</sup>Jonathan Westphal, *Justice*, Indianapolis IN: Hackett Publishing, 1996, hal. 37; lihat juga D.H.M. Meuwissen, hal. 189



keadilan komutatif (*iustitia commutativa*). Keadilan distributif berlandaskan prinsip persamaan yang proposional (*proportionele geijkheid*), sedangkan keadilan komutatif berdasar atas prinsip pertukaran yang adil (*ruilrechtvaardigheid*).

Pemikiran tentang keadilan yang serupa dijumpai pula pada masa Stoa, Juris Romawi Thomas van Aquino. Oleh Ulpianus, salah satu juris romawi yang terkemuka, *iustitia* didefinisikan sebagai "a steady and enduring will to render to each their ius."<sup>36</sup> (Terjemahan bebas : Keinginan yang teguh dan terus-menerus untuk memberikan kepada setiap orang yang menjadi haknya) Definisi ini dikenal dengan adagium : *suum ius cuique tribuerre*, yang di dalamnya dikandung prinsip keseimbangan. Bilamana prinsip keseimbangan dihubungkan dengan situasi kongkrit, maka di satu pihak penekanan diletakan pada sifat umum dan persamaannya (*ieder het zijne*, memberi setiap orang yang menjadi haknya) dan di lain pihak diakui bahwa secara kongkrit yang menjadi haknya (*het zijne*) dapat memiliki muatan yang berubah-ubah. Dengan demikian pelbagai kriteria dapat ditentukan, seperti : kebutuhan, prestasi, upah, fungsi, dan lain-lain.

Di dalam literatur modern mengenai keadilan sosial (*sociale rechtvaardigheid*) sekalipun, pemisahan dimaksud di atas masih tetap relevan. Keadilan sosial berkaitan erat dengan pembagian pendapatan atau kesejahteraan, pemerataan bantuan pembangunan, pembagian energi inti, penyebaran persenjataan, pengelolaan lingkungan, dan lain-lain. Oleh karena itu, ikatan yang bersifat politis tidak dijadikan halangan dan kadang-kadang dibela secara paksa demi merubah masyarakat. Berdasarkan cara pandang tersebut,

<sup>36</sup>Nicholas Wolterstorff, *Justice : Rights and Wrongs*, New Jersey : Princeton University Press, 2008, hal 22



persamaan diikuti dengan pemerataan. Salah satu pengikutnya adalah John Rawls. Dua prinsip mendasar yang dikemukakan oleh John Rawls,<sup>37</sup> yakni :

(1) *equality in the assignment of basic rights dan duties, and* (2) *social and economic inequalities, for example inequalities of wealth and authority, are just only if they result in compensating benefits for everyone, and in particular for the least advantaged members of society.* (Terjemahan bebas : [1] persamaan dalam pemberian hak-hak dasar dan kewajiban-kewajiban; dan [2] kesenjangan secara sosial dan ekonomi, misalnya kesenjangan kesejahteraan dan kekuasaan, masih tetap adil hanya jika mereka berhasil memberikan keuntungan-keuntungan kepada setiap orang, khususnya kepada anggota-anggota masyarakat yang kurang beruntung)

Paparan mengenai keadilan di atas menunjukkan, bahwa pengertian keadilan dapat dipisahkan dalam dua konteks terpadu.<sup>38</sup> Pertama, konteks umum yang berhubungan erat dengan prinsip persamaan : hal-hal yang sama diperlakukan dengan sama dan hal-hal yang berbeda diperlakukan dengan berbeda sesuai dengan perbedaannya. Oleh banyak filosof, prinsip persamaan ini dipandang sebagai inti dari keadilan. Konteks yang kedua disebut konteks khusus. Menurut konteks ini keadilan bermakna, bahwa keharusan dipenuhinya hak-hak secara adil dari setiap orang secara perorangan. Oleh karena itu, sudah harusnya juga diperhatikan situasi kongkrit yang di dalamnya orang-orang tersebut berinteraksi. Kedua konteks tersebut dibahas secara terpadu dari ide mengenai keseimbangan dan keselarasan.

Oleh karena prinsip persamaan memegang posisi sentral dalam pengertian keadilan, maka prinsip tersebut mendapat tempat hampir di semua sistem hukum. Sekali lagi, prinsip persamaan ini menegaskan, bahwa : hal-hal yang sama diperlakukan dengan sama dan hal-hal yang berbeda diperlakukan

<sup>37</sup>John Rawls, *A Theory of Justice*, Massachusetts : The Belknap Press of Harvard University Press Cambridge, 1971, hal. 14

<sup>38</sup>Bandingkan dengan D.H.M. Meuwissen, *Loc.Cit.*



dengan berbeda sesuai dengan perbedaannya. Oleh banyak filosof terkemuka, seperti antara lain, Chaim Perelman, Robert Alexy, Hans F.M. Crombag, Johan L. de Wijkerslooth, M. Job Cohen, dan Niklas Luhmann, prinsip persamaan merupakan prinsip yang sangat penting dalam sistem hukum. Berdasar atas prinsip ini pulalah, Helmut Coing<sup>39</sup> dalam bukunya *Grundzüge der Rechtsphilosophie* menghasilkan makna keadilan yang "berbeda". Menurut Helmut Coing, keadilan berarti memberikan kepada yang lain apa yang menjadi haknya, saling mempercayai yang satu dengan yang lain, menghindari bertindak secara sewenang-wenang dan mengendalikan diri sendiri. Makna keadilan demikian telah menghasilkan dua bentuk keadilan klasik yang telah dikemukakan oleh Aristoteles. Selanjutnya, masih ada satu bentuk keadilan yang ketiga yang bernama *iustitia protective*. Dalam bahasa Indonesia, istilah dimaksud bersepadan dengan keadilan protektif. Keadilan yang ketiga ini memiliki makna, bahwa *Alle Macht über Menschen muß begrenzt sein*.<sup>40</sup> (Terjemahan bebas : Semua kekuasaan mengenai manusia harus dibatasi) Berkaitan dengan makna keadilan yang ketiga yang dicetuskan oleh Helmut Coing tersebut, Meuwissen memberikan penjelasan, sebagai berikut :

*Macht is immers een verschijnsel dat gemakkelijk tot willkeurig optreden verleidt. Daarom moet aan de uitoefening ervan duidelijk grenzen worden gesteld. Er moeten criteria worden ontwikkeld aan de hand waarvan we deze uitoefening kunnen beoordelen....*<sup>41</sup> *Willekeurige behandeling van mensen en situaties wordt als 'onrecht' ervaren. Dit is blijikbaar in strijd met een soort 'berbesef' van recht.*<sup>42</sup> (Terjemahan bebas : Kekuasaan sesungguhnya merupakan suatu gejala yang dengan mudah menyebabkan tindakan sewenang-wenang. Oleh karena itu, pelaksanaan kekuasaan harus ditetapkan batas-batasnya secara jelas. Ada keharusan mengembangkan kriteria-kriteria yang dengan itu kita dapat menilai pelaksanaan kekuasaan tersebut.... Perlakuan sewenang-

<sup>39</sup>Lihat D.H.M. Meuwissen, *Ibid*.

<sup>40</sup>Dikutip dari D.H.M. Meuwissen, *Ibid*.

<sup>41</sup>D.H.M. Meuwissen, *Ibid*.

<sup>42</sup>*Ibid*, hal 194



wenang terhadap manusia dan keadaan dirasakan sebagai 'bertentangan dengan hukum'. Hal ini jelaslah bertentangan dengan suatu bentuk keyakinan kuno mengenai hukum)

Pendapat yang serupa dengan di atas dikemukakan oleh Mochtar Kusumaatmadja mengenai perlunya pembatasan kekuasaan oleh hukum ini.

Hukum memerlukan kekuasaan bagi pentaatan ketentuan-ketentuannya; dengan perkataan lain, hukum membutuhkan kekuasaan dalam penegakannya. Tanpa

kekuasaan, hukum tidak berbeda dengan kaidah-kaidah sosial yang memuat

anjuran-anjuran semata-mata. Sebaliknya, kekuasaan memerlukan hukum dalam

rangka menentukan cara maupun ruang gerak kekuasaan tersebut diperoleh dan dilaksanakan; dengan perkataan lain, kekuasaan membutuhkan hukum guna

menentukan batas-batas kekuasaan itu sendiri. Tanpa hukum, kekuasaan

menimbulkan kesewenang-wenangan.<sup>43</sup> Selanjutnya, Mochtar Kusumaatmadja menulis :

Hubungan hukum dan kekuasaan dalam masyarakat dengan demikian dapat kita simpulkan sebagai berikut : hukum memerlukan kekuasaan bagi pelaksanaannya, sebaliknya kekuasaan itu sendiri ditentukan batas-batasnya oleh hukum. secara populer, kesimpulan ini barangkali dapat dirupakan dalam slogan bahwa : hukum tanpa kekuasaan adalah angan-angan, kekuasaan tanpa hukum adalah kelaliman.<sup>44</sup>

Oleh karena ada terdapat pembatasan kekuasaan oleh hukum

sedemikian rupa, sehingga dapat dikatakan bahwa kekuasaan bersumber pada

hukum. Kekuasaan yang bersumber pada hukum secara umum maupun menurut

hukum administrasi negara dikenal dengan istilah wewenang.<sup>45</sup> Namun demikian,

seringkali hukum yang membatasi kekuasaan tersebut dipandang dalam arti yang sempit, yakni : perundang-undangan. Hal ini disebabkan pengaruh yang

<sup>43</sup>Mochtar Kusumaatmadja, *Fungsi dan Perkembangan Hukum dalam Pembangunan Nasional*, Bandung : Lembaga Penelitian Hukum dan Kriminologi Fakultas Hukum - Universitas Padjadjaran dan Binacipta, tt, hal. 5

<sup>44</sup>*Ibid.*

<sup>45</sup>Bandingkan dengan Mochtar Kusumaatmadja, *Ibid.*, hal. 4





sangat kuat dari doktrin kedaulatan parlemen yang berkembang di Inggris sekitar abad ke-17 dan ke-18; sementara itu, perlu diketahui bahwa doktrin kedaulatan parlemen itu sendiri mendapat pengaruh langsung dari paham positivisme hukum atau *analytical jurisprudence* dengan pencetusnya John Austin.<sup>46</sup>

Menurut Albert Venn Dicey (4 Februari 1835 – 7 April 1922), doktrin kedaulatan parlemen dari sudut pandang hukum merupakan karakteristik yang dominan dalam lembaga politik Inggris. Lengkapnya A.V. Dicey menyatakan secara tertulis, antara lain : "*The sovereignty of parliament is (from a legal point of view) the dominant characteristic of our political institutions.*"<sup>47</sup> (Terjemahan bebas : Kedaulatan parlemen merupakan [dari sudut pandang hukum] karakteristik dominan lembaga-lembaga politik kita)

Doktrin kedaulatan parlemen mengandung makna, bahwa parlemen yang definitif memiliki hak untuk membentuk atau menolak pembentukan hukum, dan karena itu tiada seorang atau badan pun yang diakui oleh hukum mempunyai hak untuk membatalkan atau mengenyampingkan perundang-undangan produk parlemen. A.V. Dicey menulis, sebagai berikut :

*The principle of Parliament Sovereignty means neither more nor less than this, namely, that Parliament thus defined has, under The English Constitution, the right to make and unmake any law whatever; and, futher that no person or body is recognized by the law of England as having a right to override or set aside the legislation of parliament.*<sup>48</sup>

(Terjemahan bebas : Prinsip Kedaulatan Parlemen berarti tidak lebih atau tidak kurang daripada ini, yakni, bahwa parlemen yang definitif demikian memiliki, berdasarkan konstitusi Inggris, hak untuk membuat

<sup>46</sup>Lihat, Thijmen Koopmans, *Court and Political Institutions : a Comparative View*, Cambridge : Cambridge University Press, 2003, hal. 19

<sup>47</sup>Albert Venn Dicey, *Lectures Introduction to Study The Law of The Constitutional*, Charleston, SC : BiblioBazaar LLC, 2009, hal. 35; lihat juga, The Hon Justice Pierre JJ Olivier dalam CLA (The Commonwealth Lawyer' Association), *Parliamentary Supremacy and Judicial Independence : A Commonwealth Approach : Proceedings of The Letimer House Joint Colloquium, June 1998*, dalam John Hatchard dan Peter Slinn (editor), London : Cavendish Publishing Limited, 1999, hal. 53

<sup>48</sup>*Ibid.*, hal. 36



atau tidak menyusun hukum apapun; dan, lagi pula bahwa tiada seorang atau badan yang diakui oleh hukum Inggris memiliki hak untuk membatalkan atau mengenyampingkan perundang-undangan parlemen)

Sedangkan yang dimaksud dengan hukum oleh A.C. Dicey adalah "*any rule which will be enforced by the court.*"<sup>49</sup> (Terjemahan bebas : setiap peraturan yang akan ditegakkan oleh pengadilan)

Doktrin kedaulatan parlemen ini dapat dilihat dari 2 (dua) sisi. Pertama dari sisi positif, setiap undang-undang produk parlemen atau bagian dari undang-undang produk parlemen yang membentuk hukum baru, atau menolak atau memodifikasi yang telah ada, akan dipatuhi oleh pengadilan. Kedua dari sisi negatif, tiada seorang atau sekelompok orang pun dapat membentuk peraturan yang membatalkan atau menyimpang dari undang-undang produk parlemen atau, mengungkapkan hal yang sama dalam kata-kata yang berlainan, yang akan ditegakkan oleh pengadilan bertentangan dengan undang-undang produk parlemen.

Meskipun doktrin tersebut memperlihatkan supermasi parlemen tetapi bukan tidak terbatas. Pelaksanaan supermasi tersebut terikat dan dikontrol oleh 2 (dua) pembatasan, yakni : pembatasan yang bersifat eksternal dan pembatasan yang bersifat internal sebagaimana A.V. Dicey menjelaskan secara tertulis, antara lain : "*The actual exercise of authority by any sovereign whatever, and notably by Parliament, is bounded or controlled by two limitations.*

*Of these the one is an external, the other is an internal limitation.*"<sup>50</sup> (Terjemahan bebas : Pelaksanaan kewenangan yang sesungguhnya oleh setiap yang berdaulat apapun, utamanya oleh parlemen, diikat dan dibatasi oleh dua pembatasan.

<sup>49</sup> *Ibid.*

<sup>50</sup> *Ibid.*, hal. 70



Mengenai ini, yang satu adalah pembatasan eksternal, yang lain adalah pembatasan internal)

Yang dimaksud dengan pembatasan eksternal di sini, yaitu jika ada terdapat kemungkinan dan malahan kepastian bahwa kaulanya atau sekelompok kaulanya akan membangkang atau menentang hukum yang dibentuk parlemen.

Sementara itu, pembatasan yang internal untuk melaksanakan kedaulatan parlemen berasal dari hakekat kekuasaan yang berdaulat itu sendiri. Setiap kekuasaan dilaksanakan sesuai dengan karakternya yang dengan sendirinya dibentuk oleh lingkungan tempat kekuasaan tersebut berada termasuk menurut nilai-nilai moral pada saat itu dan masyarakat yang dikuasainya.<sup>51</sup>

Lambat laun doktrin kedaulatan parlemen ini kurang diminati banyak negara yang sudah demokratis dan menganut multi-partai, bahkan, di Inggris dan di negara-negara persemakmuran sekalipun. Hal ini disebabkan sifat manusia itu sendiri yang selalu mengutamakan kepentingannya sendiri dan egois dengan memproyeksikan institusi parlemen demi keuntungan partai berkuasa dan para pendukungnya melalui kebijakan dan tindakannya serta mengabaikan tuntutan-tuntutan pihak lain yang rasional. Dengan demikian, tiada jaminan bahwa doktrin kedaulatan parlemen menciptakan keadilan. Malahan sebaliknya, telah menciptakan ketakutan sebagaimana dicontohkan oleh Partai Nazi di Jerman dan Sistem apartheid di Afrika Selatan.<sup>52</sup>

Sebagai pengganti doktrin kedaulatan parlemen, ada terdapat doktrin supermasi konstitusi yang mendapat dukungan yang kuat di Amerika Serikat dan negara-negara di wilayah Amerika awal mulanya. Yang dimaksud dengan doktrin

<sup>51</sup> *Ibid.*, hal. 73

<sup>52</sup> Lihat The Hon Justice Pierre JJ Olivier, *Op.Cit.*, hal. 54



supermasi konstitusi, yakni : jika hukum atau kontrak melanggar suatu norma konstitusi, maka hukum atau kontrak yang dibentuk oleh legislatif atau eksekutif atau diberlakukan oleh orang per orang secara pribadi untuk tujuan pribadi tersebut adalah batal dan tidak berdaya ikat. Mahkamah Agung Filipina memutuskan : “

*Under the doctrine of Constitutional Supremacy, if a law or contract violates any norm of the constitution that law or contract whether promulgated by the legislative or by the executive branch or entered into by private persons for private purpose is null and void and without any force and effect.*<sup>53</sup> (Terjemahan bebas : Menurut doktrin supermasi konstitusi, jika suatu hukum dan kontrak melanggar suatu norma konstitusi yang hukum dan kontrak apakah diumumkan oleh parlemen, oleh cabang eksekutif atau diberlakukan oleh orang-orang secara privat untuk tujuan privat adalah batal dan tidak mengikat)

Selanjutnya dikemukakan lebih jauh : “*Thus, since the constitution is the fundamental, paramount and supreme law of the nation. It is deemed written in every statute and contract.*”<sup>54</sup> (Terjemahan bebas : Jadi, sejak itu Undang-

Undang Dasar merupakan hukum yang paling mendasar, paling penting dan paling tinggi dari bangsa tersebut. Undang-Undang Dasar dipandang tertulis dalam setiap perundang-undangan dan kontrak) Demikian juga di Amerika Serikat, Donald L. Carper, John A. McKinsey dan Bill W. West menandakan bahwa “*Ours is a constitutional form of government. In one sense, our Constitution is the ultimate source of our law because it contains principles by which our nation is governed.*”<sup>55</sup> (Terjemahan bebas : Kita adalah bentuk pemerintahan yang konstitusional. Artinya, Konstitusi kita merupakan sumber

<sup>53</sup>RBSI Legal Editorial Staff (comp. and edit.), *Supreme Court Advanced Decisions*, Vol. 78, All cases decided by The Supreme Court from January 16 – February 3 1997, Manila : Rex Book Store, 1997, hal. 764

<sup>54</sup>*Ibid.*

<sup>55</sup>Donald L. Carper, John A. McKinsey dan Bill W. West, *Introduction to Law*, Belmont, California : Cengage Learning, 2007, hal. 15



hukum yang terakhir kita karena ia mengandung prinsip-prinsip yang mengatur bangsa kita)

Namun demikian, konstitusi hanya merupakan sekumpulan teks belaka, sedangkan yang terpenting adalah penafsiran terhadap konstitusi tersebut yang dilakukan oleh lembaga judisial atau peradilan. Berdasarkan sudut pandang yang demikian, doktrin supermasi peradilan menjadi lebih diterima di negara-negara yang mengaku menjunjung tinggi supermasi hukum dan *rule of law* dibandingkan dengan doktrin supermasi konstitusi. Keith E. Whittington menegaskan, sebagai berikut :

*In the early twentieth century scholars and commentators began to speak of "judicial supremacy." This is not surprising timing. It was during this priode, when the Lochner Court was in full swing, that the "higher law" features of the American Constitutional System became most evident.*<sup>56</sup> (Terjemahan bebas : Dalam awal abad ke-20 para sarjana dan komentator mulai berbicara supermasi peradilan. Hal ini bukan waktu yang mengejutkan. Hal tersebut terjadi selama periode ini, ketika pengadilan *Lochner* berada dalam guncangan, bahwa ciri hukum yang lebih tinggi dari sistem konstitusi Amerika menjadi bukti yang kuat)

Selanjutnya Keith E. Whittington memperinci :

*It was not until the twentieth century that a specific term, judicial review, was coined to refer to the judicial invalidation of law on grounds of their being contrary to the requirements of the Constitution. The power of judicial review had long been recognized and occasionally exercised, but it was not until the turn of the century that the court routinely played this role and seemed to review the action of the coordinate legislative branch as if it were a mere administrative agency or subordinate court.*<sup>57</sup> (Terjemahan bebas : Hal tersebut tidak terjadi hingga abad ke-20 bahwa suatu istilah tertentu, peninjauan peradilan, dipilih untuk menyebut ketidakabsahan hukum oleh peradilan berdasar atas keberintangannya dengan persyaratan-persyaratan Konstitusi. Kekuatan peninjauan peradilan tersebut telah lama diakui dan seringkali dilaksanakan, tetapi hal tersebut tidak terjadi hingga peralihan abad bahwa pengadilan secara rutin telah memainkan peran ini dan tampak

<sup>56</sup>Lihat Keith E. Whittington, *Political Foundations of Judicial Supremacy : The Presidency, The Supreme Court and Constitutional Leadership in US History*, Princeton : Princeton University Press., 2007, hal. 28; lihat juga, John Ferejohn, Jack N. Rakove dan Jonathan Riley, *Constitutional Culture and Democratic Rule*, Cambridge : Cambridge University Press., 2001, hal. 170

<sup>57</sup>*Ibid.*, hal. 171



meninjau tindakan cabang legislatif yang sederajat seolah-olah cabang legislatif tersebut merupakan agen administratif semata atau pengadilan bawahan)

Meskipun dewasa ini doktrin supermasi peradilan dan doktrin supermasi konstitusi menjadi rujukan banyak negara dalam menegakan supermasi hukum, tetapi doktrin kedaulatan parlemen masih tetap mendapatkan peran. Bahkan Allan yang dikutip Jeffrey Goldsworthy, menjuluki doktrin kedaulatan parlemen sebagai "*current orthodoxy*" atau aliran ortodok masa kini.<sup>58</sup> Ada terdapat 2 (dua) keadaan yang memperlihatkan bahwa doktrin kedaulatan parlemen tersebut masih memiliki peran yang kuat. Pertama, ketika undang-undang produk parlemen tidak diajukan ke hadapan atau tidak ditinjau oleh pengadilan karena dianggap tidak bertentangan dengan Undang-Undang Dasar. Kedua, ketika undang-undang produk parlemen diajukan atau ditinjau oleh pengadilan, tetapi pengadilan memutuskan bahwa undang-undang produk parlemen tersebut tidak bertentangan dengan Undang-Undang Dasar.<sup>59</sup>

Berdasarkan doktrin kedaulatan parlemen tersebut, ada terdapat bentuk wewenang yang bersumber dari perundang-undangan; di samping bentuk wewenang yang bersumber dari lainnya sebagaimana Christopher Enright membagi wewenang menjadi 4 (empat) macam, yakni : (1) wewenang yang berasal dari perundang-undangan, (2) wewenang yang berasal dari *Common Law*, (3) wewenang yang lahir dari hak istimewa / *the prerogative* dan (4) wewenang yang lahir dari kontrak.<sup>60</sup> Namun demikian dari ke-empat wewenang tersebut, perundang-undangan merupakan yang sangat penting dikarenakan

<sup>58</sup>Jeffrey Goldsworthy, *Parliament Sovereignty : Contemporary Debates*, Cambridge : Cambridge University Press., 2010, hal. 95

<sup>59</sup>Bandingkan dengan *Ibid*.

<sup>60</sup>Lihat Christopher Enright, *Federal Administrative Law*, Sydney : The Federation Press., 2001, hal., 20



sangat banyak wewenang yang berasal dari perundang-undangan. Christopher Enright menegaskan : *"Of these, statute is by far the most important because most powers are authorised by statute."*<sup>61</sup> (Terjemahan bebas : Dari ini, perundang-undang adalah jauh sangat penting karena sangat banyak wewenang diberikan oleh perundang-undangan)

Dilihat dari segi sumber wewenang tersebut diperoleh melalui perundang-undangan, maka wewenang dibedakan dalam wewenang yang diperoleh secara atributif, wewenang yang diperoleh secara delegasi, dan wewenang yang diperoleh secara mandat. R.J.H.M. Huisman menyatakan : *De uitoefening van die bevoegdheden zal immers wettelijk geregeld moeten zijn. Er moet dus een legitieme grondslag aanwezig zijn. Als zodanig zijn te noemen : a. attributie b. delegatie c. mandaat.*<sup>62</sup> (Terjemahan bebas : Pelaksanaan wewenang-wewenang tersebut selalu harus diatur perundang-undangan. Jadi

harus ada terdapat suatu dasar yang sah. Yang demikian disebut : a. atributif b. delegasi c. mandat)

Yang dimaksud dengan wewenang yang atributif, yakni : *"... de wet een orgaan een bevoegdheid toekent."*<sup>63</sup> (Terjemahan bebas : undang-undang memberikan suatu organ wewenang) Dengan perkataan lain, wewenang yang diperoleh suatu badan karena diberikan oleh perundang-undangan. Di sini, wewenang hanya dapat diberi melalui perundang-undangan. Wewenang itu tidak hanya dapat diberikan oleh pembentuk undang-undang kepada suatu badan pemerintah saja, tetapi juga kepada penyelenggara negara/pegawai negeri

<sup>61</sup> *Ibid.*

<sup>62</sup> *Op.Cit.*, hal 7

<sup>63</sup> *Ibid.*



tertentu atau badan-badan yang dibentuk secara khusus atau badan-badan hukum privat lainnya.<sup>64</sup>

Wewenang yang delegatif, yaitu : "... *wordt de bevoegdheid van een bestuursorgaan door het bevoegde orgaan overgedragen aan een ander.*"<sup>65</sup>

(Terjemahan bebas : wewenang suatu organ pemerintah diserahkan oleh organ yang berwenang kepada organ yang lain) Dengan perkataan lain, wewenang yang diperoleh suatu badan karena diserahkan oleh badan yang memiliki wewenang sesungguhnya, sehingga selanjutnya wewenang tersebut dilaksanakan di bawah tanggungjawabnya sendiri dan menurut pendapatnya sendiri. Penyerahan wewenang dimaksud hanya dapat dilakukan bila diperkenankan perundang-undangan. Oleh karena itu, wewenang yang sudah diserahkan tidak lagi dapat dilaksanakan oleh badan yang memiliki wewenang sesungguhnya tersebut. Jika kemudian wewenang dilaksanakan tidak sesuai dengan cara-cara yang sudah ditetapkan, maka wewenang hanya dapat ditarik kembali melalui sebuah keputusan.

Wewenang dapat pula diperoleh sebuah badan dengan jalan diberi kuasa oleh badan yang memiliki wewenang sesungguhnya untuk melaksanakan wewenang itu atas namanya dan di bawah tanggungjawabnya. "... *Een bestuursorgaan een ander orgaan machtigt om in zijn naam en onder zijn verantwoordelijkheid een bepaalde bevoegdheid uit te oefenen.*"<sup>66</sup> (Terjemahan

bebas : suatu organ pemerintah menguasai kepada organ yang lain untuk melaksanakan atas namanya dan di bawah tanggungjawabnya suatu wewenang tertentu) Pemberian wewenang yang demikian disebut wewenang mandat.

<sup>64</sup>Lihat *Ibid.*

<sup>65</sup>*Ibid.*

<sup>66</sup>*Ibid.*, hal. 8



Wewenang mandat di sini harus dilihat sebagai perintah yang harus dilaksanakan dalam bentuk perwakilan. Hal ini berarti, bahwa wewenang tetap dimiliki oleh pemberi kuasa wewenang. Sehingga, wewenang mandat tidak disyaratkan diatur dan ditetapkan perundang-undangan.<sup>67</sup> Agar lebih jelas, tabel 1 di bawah berikut memperinci perbedaan antara wewenang delegatif dan wewenang mandat.

**Tabel 1 : Perbedaan Antara Kewenangan Delegatif dan Kewenangan Mandat**

Wewenang delegasi	Wewenang mandate
Penyerahan wewenang	Perintah melaksanakan wewenang
Wewenang tidak dapat dilaksanakan lagi oleh badan yang memiliki wewenang sesungguhnya, sekalipun secara insidentil.	Wewenang masih dapat dilaksanakan oleh badan yang memiliki wewenang sesungguhnya secara insidentil
Penyerahan tanggungjawab	Badan yang memiliki wewenang sesungguhnya tetap bertanggung jawab
Disyaratkan berdasarkan perundang-undangan	Tidak disyaratkan berdasarkan perundang-undangan
Harus tertulis	Dapat tertulis atau lisan

Sumber : Bahan Hukum Sekunder diolah

Berdasarkan doktrin kedaulatan parlemen ini pulalah, ada terdapat *ultra vires* dan penyalahgunaan wewenang (*abuse of power*).<sup>68</sup> Di satu pihak, parlemen sebagai pemberi wewenang tidak berkehendak wewenang yang diberikan atau diserahkan tersebut dilaksanakan tidak sesuai dengan maksudnya. Di lain pihak, penerima wewenang melalui perundang-undangan harus memastikan bahwa wewenang yang diterima dan diperolehnya tersebut telah dijalankan sesuai dengan maksud parlemen. Ketika ada terdapat perselisihan antara parlemen sebagai pemberi wewenang dengan penerima wewenang

<sup>67</sup>Lihat *Ibid*.

<sup>68</sup>Dwan Oliver, dikutip dari Andrew Le-Sueur, Javan Herberg dan Rosalind English, *Principles of Public Law*, London : Cavendish Publishing Limited, 1999, hal. 234

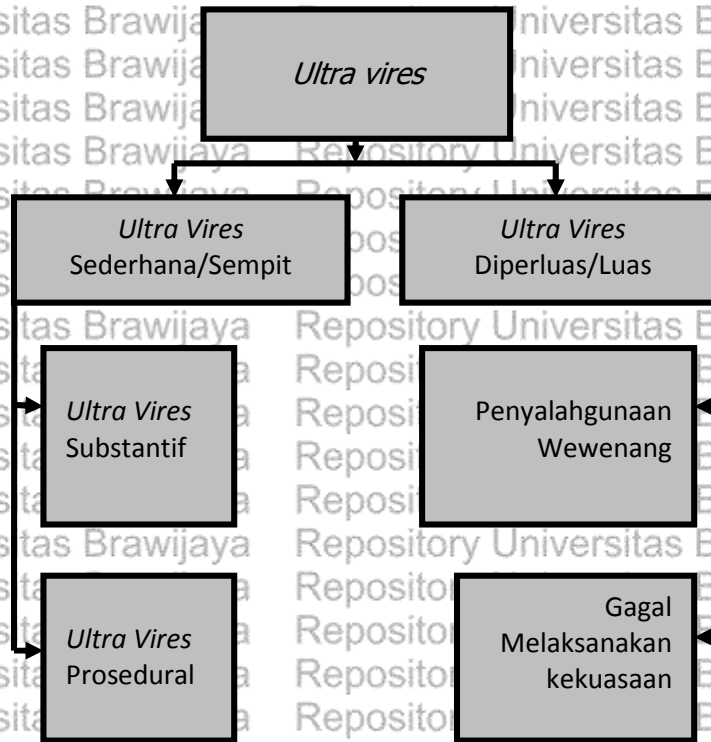
mengenai maksud pemberian dan penerimaan wewenang tersebut, maka ada terdapat *ultra vires* dan penyalahgunaan wewenang. Di sini, pengadilan berkewajiban untuk menafsirkan maksud dari parlemen tersebut.

Sudah barang tentu, antara *ultra vires* dengan penyalahgunaan wewenang terdapat perbedaan yang tidak diamentral melainkan hanya gradual saja. Pandangan yang demikian ini dapat dilihat dalam pendapat Ian Ellias-Jones.<sup>69</sup> Menurut Ian Ellias-Jones, *ultra vires* dibagi ke dalam *ultra vires* yang sederhana atau sempit/*simple (or narrow) ultra vires* dan *ultra vires* yang diperluas atau luas/*extended (or broad) ultra vires*. *Ultra vires* yang sederhana atau sempit terdiri dari *ultra vires* yang substantif (*substantive ultra vires, include so called implied ultra vires*) dan *ultra vires* yang prosedural (*procedural ultra vires*), sedangkan *ultra vires* yang diperluas atau luas terdiri dari penyalahgunaan wewenang (*abuse of power*) dan gagal melaksanakan wewenang (*failure to exercise power*). Agar mudah dipahami, gambar 1 di bawah berikut menguraikan tentang *ultra vires* dan penyalahgunaan wewenang.

<sup>69</sup>Ian Ellias-Jones, *Essensial Administrative law*, London : Cavendish Publishing Limited, 2003, hal. 53; lihat juga, Iain McLean dan Alistair McMillan (editor), *The Concise Oxford Dictionary of Politics*, ed. Ke-3, Oxford : Oxford University Press., 2009, hal. 541



**Gambar 1 : *Ultra Vires* dan Penyalahgunaan Wewenang**



Sumber : Bahan Hukum Sekunder diolah

*Ultra vires* berarti "melampaui kekuasaan" (*beyond the power*).

Pelaksanaan suatu kekuasaan (kecuali suatu kekuasaan tidak terbatas untuk melakukan segala apapun) akan dibatasi oleh substansi kekuasaan tersebut, yakni : apa yang penerima kekuasaan, seperti : pejabat publik atau pejabat administrasi, berkemampuan untuk lakukan; dengan perkataan lain, jika pejabat publik atau pejabat administrasi tersebut bertindak di luar substansi kekuasaan yang diberikan atau diserahkan padanya. Hal tersebut secara sederhana dikatakan melakukan kekuasaan yang salah (*doing the wrong power*<sup>70</sup>). Yang demikian ini disebut *ultra vires* substantif.

Berlainan dengan *ultra vires* substantif, *ultra vires* prosedural terjadi ketika pejabat publik atau pejabat administrasi melaksanakan kekuasaan untuk

<sup>70</sup>Bandingkan dengan David Stott dan Alexandra Felix, *Principles of Administrative Law*, London : Cavendish Publishing Limited, 1997, hal. 81



tujuan yang sah, tetapi pelaksanaan kekuasaan tersebut tidak mengikuti prosedur yang disyaratkan. Di sini, dapat dikatakan bahwa cabang eksekutif atau pembuat keputusan administratif melaksanakan kekuasaan yang benar tetapi melakukannya dengan cara yang salah (*doing the right power, but it is doing it in the wrong way*<sup>71</sup>).

Di samping kedua *ultra vires* di atas, masih ada terdapat suatu kasus bahwa pejabat publik atau pejabat administrasi melaksanakan kekuasaan yang benar dan melakukannya dengan cara yang benar, tetapi pejabat publik atau pejabat administrasi tersebut telah dipengaruhi oleh, antara lain, motif-motif tersembunyi atau telah memperhitungkan pertimbangan-pertimbangan yang tidak relevan atau telah gagal memperhitungkan pertimbangan-pertimbangan yang relevan. Hal ini dikenal dengan istilah penyalahgunaan wewenang (*abuse of power*). Mengenai penyalahgunaan wewenang tersebut, David Stott dan Alexandra Felix menerangkan dalam tulisannya sebagai berikut :

*It may be the case that the decision-maker is 'doing the right and is doing this in the right way'. However, the decision-maker may, for example, have been influenced by ulterior motives or have taken irrelevant considerations into account or have failed to take relevant considerations into account. If so, the court may regard the decision-maker as having acted unreasonably in a broad sense.*<sup>72</sup> (Terjemahan bebas : ada dapat terjadi kasus bahwa seorang pembuat keputusan melakukan yang benar dan melakukan ini dengan cara yang benar'. Meskipun demikian, pembuat keputusan tersebut dapat, sebagai contoh, dipengaruhi oleh motif-motif tersembunyi atau, telah memperhitungkan pertimbangan-pertimbangan yang tidak relevan atau telah gagal memperhitungkan pertimbangan-pertimbangan yang relevan. Jika begitu, pengadilan dapat memandang pembuat keputusan telah bertindak secara tidak rasional dalam arti luas)

<sup>71</sup> *Ibid.*

<sup>72</sup> *Ibid.*, hal. 82



Selanjutnya David Stott dan Alexandra Felix menjelaskan, antara lain :

*It may also be that the decision-maker has acted in a way that no reasonable person would have acted. If so, the court may regard the decision-maker as having acted unreasonably in a narrow sense. It may even be that the decision-maker has acted in bad faith or through malice.*<sup>73</sup> (Terjemahan bebas : Ada dapat juga terjadi bahwa pembuat keputusan tersebut telah bertindak dalam suatu cara yang tiada orang rasional telah lakukan. Jika begitu, pengadilan dapat memandang pembuat keputusan tersebut telah bertindak tidak rasional secara sempit. Bahkan ada dapat terjadi bahwa pembuat keputusan telah bertindak dengan itikad buruk atau dengan maksud jahat)

Untuk menentukan ada atau tidak penyalahgunaan wewenang tersebut, maka keabsahan pembuatan keputusan dari pejabat publik atau pejabat administrasi harus diuji oleh pengadilan sesuai asas-asas umum pemerintahan yang layak atau berdasar atas prinsip-prinsip pencegahan penyalahgunaan wewenang (*The Principles to Prevent An Abuse of Power*).<sup>74</sup>

Asas-asas umum pemerintahan yang layak itu sendiri merupakan istilah yang berasal dari nomenklatur hukum administrasi negara di Belanda, yaitu : *Algemene Beginselen van Behoorlijke Bestuur. De Commissie inzake Algemene Bepalingen van Administratief Recht*<sup>75</sup> mengklasifikasikan antara asas-asas prosedural pemerintahan yang layak dan asas-asas materriil pemerintahan yang layak. Yang termasuk ke dalam asas-asas prosedural pemerintahan yang layak meliputi :

1. *fair play*;
2. *zorgvuldigheid*;
3. *horen van belanghebbenden*; dan
4. *besluitvorming en motivering*.

<sup>73</sup> *Ibid.*

<sup>74</sup> *Ibid.*

<sup>75</sup> *Op.Cit.*, hal. 116-143 dan hal. 144-204



Sementara itu, asas-asas materil pemerintahan yang layak terdiri dari :

1. *détournement de pouvoir*;
2. *het verbod van willekeur*;
3. *het beginselen van draagkrachtige motivering*;
4. *het gelijkheidsbeginselen*;
5. *het beginselen dat gerechtvaardigde verwachtingen moeten worden gehonoreerd*; dan
6. *de corrigerende werking van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur*.

Di Indonesia, asas-asas umum pemerintahan yang layak dituangkan dalam Pasal 3 UUKKN 1999 sebagaimana juga diadopsi oleh Pasal 53 ayat (2)

huruf b Undang-undang No. 9 Tahun 2004 tentang Perubahan Undang-undang No. 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara (Selanjutnya disingkat UUPPTUN 2004) sebagai hukum positif atau *ius constitutum* serta dicantumkan dalam Pasal 2 Rancangan Undang-undang Administrasi Pemerintahan (Selanjutnya disingkat RUU-AP) yang masih dibahas di Dewan Perwakilan Rakyat

Republik Indonesia sebagai *ius constituendum*. Menurut Pasal 3 UUKKN 1999 jo. Pasal 53 ayat (2) huruf b UUPPTUN 2004 tersebut, asas-asas umum penyelenggaraan negara atau asas-asas umum pemerintahan yang layak meliputi, antara lain :

1. Asas kepastian hukum, yakni : asas dalam negara hukum yang mengutamakan landasan peraturan perundang-undangan, kepatutan dan keadilan dalam setiap kebijakan Penyelenggara Negara;
2. Asas Tertib Penyelenggara, yakni : asas yang menjadi landasan keteraturan, keserasian dan keseimbangan dalam pengendalian penyelenggaraan negara;



3. Asas Kepentingan Umum, yakni : asa yang mendahulukan kesejahteraan umum dengan cara yang aspiratif, akomodatif dan selektif;

4. Asas Keterbukaan, yakni : asas yang membuka diri terhadap hak masyarakat untuk memperoleh informasi yang benar, jujur dan tidak diskriminatif tentang penyelenggaraan negara dengan tetap memperhatikan perlindungan atas hak asasi pribadi, golongan dan rahasia negara;

5. Asas Proporsionalitas, yakni : asas yang mengutamakan keseimbangan antara hak dan kewajiban Penyelenggara Negara;

6. Asas Profesionalitas, yakni : asas yang mengutamakan keahlian yang berlandaskan kode etik dan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku; dan

7. Asas Akuntabilitas, yakni : asas yang menentukan bahwa setiap kegiatan dan hasil akhir dari kegiatan Penyelenggara Negara harus dapat dipertanggungjawabkan kepada masyarakat atau rakyat sebagai pemegang kedaulatan tertinggi negara sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Sementara itu, Pasal 2 RUU-AP menguraikan asas-asas umum pemerintahan yang layak, terdiri dari :

a. Asas Kepastian Hukum adalah asas dalam negara hukum yang mengutamakan landasan peraturan perundang-undangan, kepatutan dan keadilan dalam setiap kebijakan penyelenggaraan pemerintahan;

b. Asas Keseimbangan adalah asas yang mewajibkan Pejabat Administrasi Pemerintahan atau Badan untuk menjaga, menjamin, paling tidak mengupayakan keseimbangan, yaitu : (1) keseimbangan kepentingan antara individu dengan individu; (2) keseimbangan kepentingan antara individu



dengan masyarakat; (3) keseimbangan kepentingan antara pemerintah dengan warga negara; (4) keseimbangan kepentingan antara generasi yang sekarang dengan generasi mendatang; (5) keseimbangan kepentingan antara manusia dengan ekosistemnya;

c. Asas Kesamaan adalah asas yang mengutamakan perlakuan yang sama dari kebijaksanaan pemerintah;

d. Asas Kecermatan adalah asas yang mengandung arti bahwa suatu keputusan harus dipersiapkan terlebih dahulu dan kemudian keputusan tersebut diambil dengan cermat;

e. Asas Motivasi adalah asas pembuatan suatu keputusan yang harus dapat didukung oleh alasan-alasan dengan dasar fakta yang dijadikan dasar suatu keputusan berdasarkan peraturan perundang-undangan;

f. Asas Tidak Melampaui dan/atau Mencampuradukkan kewenangan adalah asas yang mewajibkan setiap Pejabat Administrasi Pemerintahan atau Badan tidak menggunakan kewenangan yang dimilikinya untuk kepentingan pribadinya;

g. Asas Bertindak yang Wajar adalah asas yang mewajibkan Pejabat Administrasi Pemerintahan atau Badan untuk tidak bertindak dan membuat keputusan yang diskriminatif;

h. Asas Keadilan adalah setiap Penyelenggaraan Administrasi Pemerintahan harus mencerminkan keadilan secara proposional bagi setiap warga negara;

i. Asas Kewajaran dan Kepatutan adalah asas yang mewajibkan Pejabat Administrasi Pemerintahan atau Badan untuk tidak bertindak sewenang-wenang;

j. Asas Menanggapi Pengharapan yang Wajar adalah asas yang mewajibkan Pejabat Administrasi Pemerintahan atau Badan menepati janji yang





menimbulkan pengharapan yang wajar kepada para pemohon atas layanan dan tindakan yang dibutuhkan pemerintahan;

k. Asas Meniadakan Akibat-akibat Suatu Keputusan yang Batal adalah asas yang mewajibkan Pejabat Administrasi Pemerintahan atau Badan untuk mengambil tindakan segera atau mengganti kerugian yang timbul sebagai akibat keputusan yang batal;

l. Asas Perlindungan atas Pandangan Hidup Pribadi adalah asas yang mewajibkan Pejabat Administrasi Pemerintahan atau Badan menghormati pandangan hidup pribadi seseorang atau kelompok dan melakukan tindakan serta memberikan layanan tanpa melakukan diskriminasi kepada setiap warga masyarakat;

m. Asas Tertib Penyelenggaraan Administrasi Pemerintahan adalah asas yang menjadi landasan keteraturan, keserasian dan keseimbangan dalam pengendalian penyelenggaraan administrasi pemerintahan;

n. Asas Keterbukaan adalah asas yang membuka diri terhadap hak masyarakat untuk memperoleh informasi yang benar, jujur dan tidak diskriminatif dalam penyelenggaraan administrasi pemerintahan dengan tetap memperhatikan perlindungan atas hak asasi pribadi, golongan dan rahasia negara;

o. Asas Proporsionalitas adalah asas yang mengutamakan keseimbangan antara hak dan kewajiban warga atau penduduk yang berkepentingan dalam keputusan atau perilaku Pejabat Administrasi Pemerintahan di satu pihak, dan antara kepentingan warga dan penyelenggara administrasi pemerintahan di lain pihak;

p. Asas Profesionalitas adalah asas yang mengutamakan keahlian yang sesuai dengan tugas dan kode etik yang berlaku bagi Pejabat Administrasi



Pemerintahan atau Badan yang mengeluarkan Keputusan Administrasi Pemerintahan yang bersangkutan;

q. Asas Akuntabilitas adalah asas yang menentukan bahwa setiap kegiatan dan hasil akhir dari kegiatan penyelenggaraan negara harus dapat dipertanggungjawabkan kepada masyarakat atau rakyat sebagai pemegang kedaulatan tertinggi negara sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undang yang berlaku;

r. Asas Kepentingan Umum adalah asas yang mendahulukan kesejahteraan umum dengan cara yang aspiratif, akomodatif, selektif dan tidak diskriminatif;

s. Asas Efisien adalah asas penyelenggaraan administrasi pemerintahan yang berorientasi pada minimalisasi penggunaan sumber daya untuk mencapai hasil kerja yang terbaik; dan

t. Asas Efektif adalah asas penyelenggaraan administrasi pemerintahan yang berorientasi pada tujuan yang tepat guna dan berdaya guna.

Asas-asas sebagaimana dimaksud di atas dapat berkembang dan berubah disesuaikan dengan kemajuan keadaan sebagaimana dituangkan dalam yurisprudensi dan selanjutnya ditetapkan dalam perubahan perundang-undangan.

Agak berlainan dengan asas-asas umum pemerintahan yang layak, prinsip-prinsip pencegahan penyalahgunaan wewenang telah tumbuh dan berkembang di negara-negara yang termasuk sistem hukum *common law* atau *anglo-saxon*, terutama di Inggris. Prinsip-prinsip yang dikemukakan oleh Lord Greene MR dan yang dikembangkan lebih lanjut oleh Lord Diplock<sup>76</sup> dalam

<sup>76</sup>David Stott dan Alexandra Felix, *Loc.Cit.*



pelbagai putusan pengadilan seringkali satu dengan lainnya saling tumpang tindih, meliputi :

1. *Illegality*
2. *Irrasionality*
3. *Procedural Impropriety*
4. *Proporaionality*
5. *Illigitimate*

Berdasarkan uraian teori wewenang yang telah dikemukakan di atas, maka ada terdapat hal yang dipandang relevan dengan penulisan ini. Hal-hal tersebut tentunya berdasar atas kondisi realitas Indonesia atau bernuansa Indonesia, yakni :

1. Teori keadilan yang dimaksudkan di sini adalah teori keadilan protektif. Teori keadilan yang demikian memuat makna bahwa setiap kekuasaan atas manusia harus dibatasi oleh hukum. Hal ini disebabkan kekuasaan berasal dari manapun dan dilaksanakan sebaik apapun berpotensi menimbulkan dampak negatif.
2. Pembatasan kekuasaan oleh hukum ini seringkali dilihat dalam arti yang sempit, yakni : pembatasan kekuasaan oleh undang-undang. Berdasarkan hal tersebut, doktrin kedaulatan parlemen muncul. Hampir semua kekuasaan lahir dari undang-undang yang, terutama wewenang atributif.
3. Berdasar atas doktrin kedaulatan parlemen tersebut, ada terdapat penyalahgunaan wewenang. Dalam penyalahgunaan wewenang, ada terkandung motif-motif pelaksanaan wewenang yang tersembunyi, membuat pertimbangan-pertimbangan yang tidak relevan atau tidak melakukan pertimbangan-pertimbangan yang relevan.

4. Dalam rangka mencegah timbulnya penyalahgunaan wewenang, ada terdapat keperluan untuk menerapkan asas-asas pemerintahan yang layak.

### 2.1.2. Teori Tindak Pidana

Berdasarkan sudut pandang yuridis-teoretis, hukum pidana modern menganut secara teguh prinsip *daad-dader strafrecht* atau *tat-tater strafrecht* atau *actus reus and mens rea*, yakni : membedakan dan memisahkan antara dapat dipidananya tindakan (*strafbaarheid van het feit*) dan dapat dipidananya pembuat tindak pidana (*strafbaarheid van de dader*), yang mendapat pengaruh sangat kuat dari faham determinis<sup>77</sup> *vis a vis* dengan faham indeterminis.

Sebagai lawan terhadap faham determinis, faham indeterminis itu sendiri menurut pendapat Heymans<sup>78</sup> tertulis, antara lain : "*dat indeterministen zich 's mensen handelen veroorzaakt denken door een in de lucht hangend, van karakter en motieven onafhankelijk wilsbesluit.*" (Terjemahan bebas : bahwa penganut faham indeterminis berpendapat sebab tindakan-tindakan manusia melalui "suatu pengambilan keputusan keinginan yang bebas dari karakter dan motivasi-motivasi, tidak pasti.") Selanjutnya, J.M. van Bemmelen dan W.F.C. van Hattum<sup>79</sup> menambahkan pernyataan Heymans tersebut, sebagai berikut :

*In werkelijkheid erkennen echter alle indeterministen dat karakter en motieven van belang zijn voor de wilsvorming. Zij ontkennen echter het absoluut dwingend karakter van deze (en andere) factoren. Niettegenstaande de onmiskenbaar zeer belangrijke betekenis van aanleg en milieu blijft volgens de indeterministische leer een zeker vrijheid van keuze voor de mens bestaan en op die vrijheid berust dan der mensen verantwoordelijkheid, aansprakelijkheid en schuld.* (Terjemahan bebas : Dalam kenyataannya semua penganut faham indeterminis juga mengakui bahwa karakter dan motivasi adalah penting untuk pembentukan keinginan. Tetapi mereka menolak karakter yang

<sup>77</sup>van Bemmelen, J.M. en W.F.C. van Hattum, *Hand- en Leerboek van Het Nederlandse Strafrecht : Deel I Algemene Leerstukken*, Arnhem : S. Gouda Quint – D. Brouwer en Zoon. 1953, hal. 23

<sup>78</sup>*Ibid.*, hal. 26

<sup>79</sup>*Ibid.*



memaksa secara mutlak dari faktor-faktor ini [dan yang lain]. Meskipun bakat dan lingkungan memiliki arti sangat penting yang tidak dapat diabaikan, menurut ajaran indeterminis, kebebasan memilih bagi manusia tetap ada dan maka berdasar atas kebebasan tersebut manusia bertanggungjawab, bertanggunggugat dan berkesalahan)

Faham determinis di Belanda mendapat dukungan dalam tulisan-tulisan

Heymans dan Polak.<sup>80</sup> Salah satu tulisan Heymans yang terkemuka adalah

*Uitwassen der Crimineele Anthropologie*. Menurut perumusan Steinmetz,<sup>81</sup>

*...is determinisme de overtuiging, dat alle handelingen, gedachten, gevoelens, alle willen der mensen zonder rest het uitvloisel zijn van de menselijke persoonlijkheid aan de ene zijde, en prikkels van de omgeving aan de andere. De persoonlijkheid is de vrucht van het aangeboren karakter onder invloed van de gehele omgeving.* (Terjemahan bebas : ... determinisme adalah suatu keyakinan, bahwa semua perbuatan, pikiran, perasaan, semua keinginan manusia tanpa tersisa merupakan hasil kepribadian manusia di satu pihak, dan dorongan-dorongan pergaulan di lain pihak. Kepribadian merupakan hasil dari tabiat/watak bawaan/asal yang mendapat pengaruh dari seluruh pergaulan)

Perkembangan hukum pidana modern yang berprinsip *daad-dader*

*strafrecht* atau *tat-tater strafrecht* atau *actus reus and mens rea* ini diikuti di

Belanda, antara lain : oleh W.P.J. Pompe<sup>82</sup>, H.B. Vos<sup>83</sup>, J.M. van Bemmelen dan

W.F.C. van Hattum<sup>84</sup>, Hazewinkel-Suringa<sup>85</sup>, serta J.E. Jonkers,<sup>86</sup> sedangkan di

Indonesia diantaranya oleh Moeljatno<sup>87</sup>, Roeslan Saleh<sup>88</sup>, Romli Atmasasmita<sup>89</sup>,

<sup>80</sup>*Ibid.*, hal. 25

<sup>81</sup>Dikutip dari van Bemmelen, J.M. en W.F.C. van Hattum, *Ibid.*, hal. 27

<sup>82</sup>*Op.Cit.*, hal. 39

<sup>83</sup>H.B. Vos, *Leerboek van Nederlands Strafrecht*, Haarlem : H.D. Tjeenk Willink & Zoon N.V., 1950, hal. 25

<sup>84</sup>*Op.Cit.*, hal. 112-114

<sup>85</sup>D. Hazewinkel-Suringa, *Inleiding tot De Studie van Het Nederlandse Strafrecht*, Haarlem : H.D. Tjeenk Willink & Zoon N.V., 1953, hal. 25

<sup>86</sup>*Op.Cit.*, hal. 83

<sup>87</sup>Moeljatno, *Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban dalam Hukum Pidana*, Jakarta : Bina Aksara, cetakan pertama, 1983, hal. 22

<sup>88</sup>Roeslan Saleh, *Sifat Melawan Hukum dari Perbuatan Pidana*, Jakarta : Aksara Baru., 1987, hal. 1

<sup>89</sup>Romli Atmasasmita, *Tindak Pidana Narkotika Transnasional dalam Sistem Hukum Pidana Indonesia*, Bandung : PT Citra Aditya Bakti, 1997, hal. 36



dan Made Sadhi Astuti.<sup>90</sup> Sedangkan dalam hukum positif di Indonesia, perbedaan dan pemilahan antara dapat dipidananya tindakan (*strafbaarheid van het feit*) dan dapat dipidananya pembuat tindak pidana (*strafbaarheid van de dader*) juga dianut. Hal ini dapat dilihat secara tersirat dalam Pasal 191 ayat (1) dan ayat (2) Undang-undang No.8 Tahun 1981 tentang Hukum acara Pidana (selanjutnya disingkat KUHP), yakni :

- (1) Jika pengadilan berpendapat bahwa dari hasil pemeriksaan di sidang, kesalahan terdakwa atas perbuatan yang didakwakan kepadanya tidak terbukti secara sah dan meyakinkan, maka terdakwa diputus bebas.
- (2) Jika pengadilan berpendapat bahwa perbuatan yang didakwakan kepada terdakwa terbukti, tetapi perbuatan itu tidak merupakan suatu tindak pidana, maka terdakwa diputus lepas dari segala tuntutan hukum.

Demikian pula, prinsip yang sama telah diakui dan diterima dalam putusan pengadilan. Hal ini dapat ditemukan dalam, antara lain : Putusan MARI Nomor 346 K/KR/1980 tanggal 25 Januari 1984<sup>91</sup> dalam perkara Mohanlal Kanchad sebagaimana telah diuraikan sebagian pertimbangan hukumnya di muka. Untuk lebih jelas, selengkapnya pertimbangan hukum dari putusan tersebut, sebagai berikut :

Bahwa pada hakekatnya perumusan suatu tindak pidana dalam kaidah hukum terdiri dari :

- a. perumusan tentang perbuatan yang dilarang dan karenanya dapat dipidana (tindak pidana/delik yang sebenarnya)
- b. perumusan tentang keadaan yang meliputi perbuatan yang dilarang tersebut.

Bahwa yang disebut di bawah a merupakan bagian-bagian esensiil dari perumusan tindak pidana yang harus nyata-nyata/faktual diuraikan dalam surat dakwaan, sehingga kalau bagian esensiil tersebut tidak terbukti maka amar putusan akan berbunyi dibebaskan dari dakwaan (bebas murni).

<sup>90</sup>Made Sadhi Astuti, *Pemidanaan terhadap Anak Sebagai Pelaku Tindak Pidana*, Malang : IKIP Malang, 1997, hal. 19

<sup>91</sup>Dikutip dari R Achmad Soema di Pradja, *Hukum Pidana dalam Yurisprudensi*, Bandung : Armico, 1990, hal. 72

Sedangkan mengenai hal yang disebut di bawah b merupakan suatu elemen (unsur tapi bukan merupakan bagian) dari tindak pidana atau merupakan syarat suatu perumusan tindak pidana namun syarat tersebut diatur dalam bagian umum dari KUH Pidana/undang-undang tentang tindak pidana atau syarat tersebut timbul berdasarkan asas-asas umum tentang hukum dan keadilan seperti umpamanya hal pertanggungjawaban (toerekeningsvatbaarheid) kesalahan, dan bertentangan dengan hukum.

Meskipun elemen/unsur tersebut harus ada (merupakan syarat) namun karena bukan merupakan bagian esensial dari suatu tindak pidana, maka kalau hal tersebut tidak terbukti malar putusan akan berbunyi lepas dari segala tuntutan hukum (ontslag van alle rechtsvervolging).

Namun demikian, perbedaan dan pemisahan antara dapat dipidananya tindakan (*strafbaarheid van het feit*) dan dapat dipidananya pembuat tindak pidana (*strafbaarheid van de dader*) ini tidak berarti, bahwa keduanya tidak

terdapat hubungan sama sekali. Justru sebaliknya, keduanya tetap terjalin hubungan sedemikian rupa sehingga bahkan hubungan tersebut bersifat timbal balik. Hal ini terlihat jelas, bahwa ada terdapat prinsip *geen wederrechtelijkheid zonder strafbare feit, geen schuld zonder wederrechtelijkheid, geen straf zonder schuld* sebagaimana Pompe<sup>92</sup> kemukakan : "*Schuld is niet te begrijpen zonder wederrechtelijkheid.*" (kesalahan tidak dimengerti tanpa sifat melawan hukum).

Tetapi di sini, pembicaraan memfokuskan pada dapat dipidananya tindakan (*strafbaarheid van het feit*) atau tindak pidana (*strafbare feit*) karena sesuai dengan topik yang hendak dibahas.

Dapat dipidananya tindakan (*strafbaarheid van het feit*) atau tindak pidana (*strafbare feit*) sudah pasti berisi perilaku (*gedraging*) sebagaimana ditulis

Pompe<sup>93</sup>: "*Het voornaamste bestanddeel van het strafbare feit is de gedraging.*" (Terjemahan bebas : Bagian inti delik yang utama adalah perilaku) J.M. van

<sup>92</sup>Pompe, *Op.Cit.*, hal 36 dan hal. 88

<sup>93</sup>*Ibid.*, hal. 66





Bemmelen en W.F.C. van Hattum<sup>94</sup> menegaskan hal yang sama : "*Bestaddeel van elk strafbaar feit, en eveneens van elk wettelijke delictomschrijving is de gedraging.*" (Terjemahan bebas : Bagian inti delik setiap tindak pidana, dan juga setiap perumusan tindak pidana dalam perundang-undangan adalah perilaku) Perilaku yang dimaksud di sini dapat meliputi melakukan sesuatu (*iets te doen* atau *handeling*) dan tidak melakukan sesuatu (*iets niet te doen* atau *nalaten*).

Di dalam kepustakaan lama hukum pidana, perilaku memiliki makna sebagai suatu kelakuan positif yang tidak akan pernah dapat terjadi kecuali dikehendaki. Pendapat ini W. Zevenbergen<sup>95</sup> kemukakan : "*een gedrag dat niet gewild is, is geen handeling.*" (Terjemahan bebas : Suatu perilaku yang tidak dikehendaki, bukan merupakan perbuatan) Begitu juga menurut Simons,<sup>96</sup> perilaku "*beteekent dus inderdaad niet anders dan 'willens en wetens' handelen....*" (Terjemahan bebas : jadi memang berarti tidak lain selain dari perbuatan yang dikehendaki dan diketahui) Dengan (*gedraging*) dapat berarti pula "*gewilde spierbeweging*" (Terjemahan bebas : gerakan otot yang dikehendaki) atau "*gewilde lichaamsbeweging*" (Terjemahan bebas : gerakan tubuh yang dikehendaki).<sup>97</sup> Namun demikian, pendapat-pendapat tersebut menuai kritik.

Oleh karena arti perilaku di atas tidak memuaskan bagi sebagian pihak, maka J. Israël de Haan<sup>98</sup> menawarkan pengertian yang lebih baru. Menurut J. Israël de Haan :

*De doelgedachte is het meest wezenlijke van het werkwoord en alle signifiſche verschijnselen van het werkwoord kunnen uit deze doelgedachte worden verklaard.... Dit begrip toch is een eenheid*

<sup>94</sup>van Bemmelen, J.M. en W.F.C. van Hattum, *Op.Cit.*, hal. 148

<sup>95</sup>W. Zevenbergen, *Leerboek van het Nederlandse strafrecht*, Groningen : Wolters, 1924, hal. 42

<sup>96</sup>*Op.Cit.*, hal. 235

<sup>97</sup>van Bemmelen, J.M. en W.F.C. van Hattum, *Op.Cit.*, hal. 149

<sup>98</sup>Dikutip dari van Bemmelen, J.M. en W.F.C. van Hattum, *Ibid.*, hal. 145 dan hal. 149



*gevormd door een complex spierbewegingen, van welk complex de begrenzing wordt bepaald door de doelgedachte, welke ten grondslag ligt aan het werkwoord waarmede de handeling wordt aangeduid.* (Terjemahan bebas : Maksud pikiran adalah yang paling pokok dari suatu kata kerja dan semua gejala-gejala yang berarti dari kata kerja tersebut dapat dijelaskan dari maksud pikiran ini.... Pengertian [perilaku, pen.] ini justru dibentuk satu kesatuan oleh suatu gerakan otot yang kompleks yang batas kompleksitasnya ditentukan oleh maksud pikiran yang menjadi dasar bagi kata kerja yang bersamanya suatu perbuatan dijelaskan)

Selain J. Israël de Haan, Pompe juga memberikan pengertian tentang perilaku yang memasukkan unsur maksud atau tujuan (*een doel*) di dalamnya.

Pompe<sup>99</sup> menyatakan : "*De gedraging kan bepaald worden als een gebeuren, dat toe te schrijven is aan een mens, uiterlijk waarneembaar is, en op een doel is gericht dat als voorwerp van normen geldt.*" (Terjemahan bebas : Perilaku dapat

ditentukan sebagai suatu kejadian yang dianggap disebabkan oleh manusia, yang dapat dilihat secara lahiriah, dan ditujukan pada suatu tujuan/maksud yang berlaku sebagai obyek norma-norma) Dengan demikian, ada terdapat 3 (tiga) syarat perilaku agar menjadi tindakan menurut hukum pidana, yakni :

1. Suatu kejadian yang dianggap disebabkan oleh manusia;
2. Kejadian tersebut dapat dilihat secara lahiriah atau kasat mata; dan
3. Kejadian tersebut ditujukan suatu tujuan/maksud yang berlaku sebagai obyek dari norma-norma.

Syarat pertama, suatu kejadian yang dianggap disebabkan oleh manusia. Kejadian yang disebabkan oleh selain daripada manusia tidak dapat dimasukkan ke dalam perilaku yang dikehendaki syarat pertama ini. Manusia yang dimaksud di sini sudah tentu adalah *natuurlijke persoon*. Kalau kejadian tersebut disebabkan oleh badan hukum (*rechtspersoon*), maka yang dikenai

<sup>99</sup> *Op.Cit.*, hal. 74





tanggungjawab pengurus atau para pengurus (*bestuuder of bestuuders*)

sebagaimana yang diatur dan ditetapkan dalam Pasal 59 KUHP, yakni :

*In de gevallen waarin wegens overtreding straf wordt bepaald tegen bestuurders, leden van eenig bestuur of commissarissen, wordt geene straf uitgesproken tegen den bestuurders of commissaris van wien blijkt dat de overtreding buiten zijn toedoen is gepleegd.* (Sw. 398v.)<sup>100</sup>

(Dalam hal-hal dimana karena pelanggaran ditentukan pidana terhadap pengurus, anggota-anggota badan pengurus atau komisaris-komisaris, maka pengurus, anggota-anggota badan pengurus atau komisaris [*sic.*, pengurus atau komisaris, pen.] yang ternyata tidak ikut campur melakukan pelanggaran tidak dipidana)<sup>101</sup>

Yang semacam ini disebut dengan prinsip *functioneel daderschap*.<sup>102</sup> Menurut prinsip tersebut, orang-orang yang bertindak secara fisik sebagai *dader*

diberlakukan baginya berdasarkan fungsi kemasyarakatan yang berlangsung dalam pergaulan ekonomi. Hal ini karena dalam arti tertentu jalannya badan atau

badan hukum ditentukan oleh keputusan pengusaha, pimpinan, majikan dan lain-

lain serta dalam arti sosial-ekonomi keuntungan diperoleh pengusaha, pimpinan, majikan dan lain-lain itu sendiri, maka pengusaha, pimpinan, majikan dan lain-

lain tersebut harus disebut *dader*. Pemikiran demikian dianut oleh UUPTK 1971.

Menurut Andi Hamzah<sup>103</sup>, subyek dari tindak pidana korupsi adalah hanya manusia sebagaimana dapat dilihat dari kata "barang siapa" dalam perumulaan

perumusan tindak pidana korupsi atau kata-kata lainnya yang menunjuk manusia, seperti : kata "pengawai negeri" ex. Pasal 413 KUHP dan kata-kata

"orang yang diberi tugas menjalankan suatu jabatan umum secara terus-menerus atau untuk sementara waktu" (*de ambtenaar of ander met eenigen openbaren dienst voortdurend of tijdelijk belast persoon*) ex.Pasal 415; Pasal

<sup>100</sup>Englebrecht, *De Wetboeken, Wetten en Verordeningen Benevens De Grondwet van De Republiek Indonesie*, Jakarta : PT Ichtiar Baru-Van Hoeve, 1989, hal. 1234

<sup>101</sup>Badan Pembinaan Hukum Nasional, Departemen Kehakiman (Tim penerjemah), KUHP (Kitab Undang-undang Hukum Pidana), Jakarta : Pustaka Sinar Harapan, 1988, hal. 37

<sup>102</sup>N. Jörg dan C.Kelk, *Op.Cit.*, hal. 175

<sup>103</sup>*Op.Cit.*, hal 57-58



416, dan Pasal 417 KUHP yang diambilalih semuanya dalam tindak pidana korupsi menurut Pasal 1 ayat 1 sub c UUPTK 1971. Dalam perkembangan terkini, istilah korporasi lebih dikenal dan diterima. Berdasar atas perkembangan hukum pidana tersebut, pengertian istilah korporasi jauh lebih luas dibandingkan dengan pengertian istilah badan atau badan hukum (*rechtspersoon*).<sup>104</sup> Korporasi telah dipandang sebagai subyek tindak pidana menurut Pasal 51 WvS (baru) dan jurisprudence HR tanggal 23 Februari 1954, NJ 1954, 378 atau *Ijzerdraad-arrest*<sup>105</sup> serta HR tanggal 1 Juni 1981, NJ 1982, 80 atau *Kabeljauw-arrest*,<sup>106</sup> bahkan korporasi telah pula dianggap dapat memiliki *opzet* atau *schuld* menurut jurisprudence HR tanggal 16 Juni 1981, NJ 1981, 586 atau *Papa-Blanca-arrest*.<sup>107</sup>

Kemajuan pemikiran dan konsep ini telah diadopsi dalam UUPTK 1999. Pengadopsian tersebut diterangkan dalam Penjelasan atas Undang-undang Republik Indonesia Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, dalam hal Umum, antara lain : "Perkembangan baru yang diatur dalam Undang-undang ini adalah korporasi sebagai tindak pidana korupsi yang dapat dikenakan sanksi. Hal ini tidak diatur dalam Undang-undang Nomor 3 Tahun 1971." Lebih jauh, hal di atas ditentukan Pasal 1 angka 1 jo. angka 3 UUPTK 1999, sebagai berikut :

1. Korporasi adalah kumpulan orang dan atau kekayaan yang terorganisasi baik merupakan badan hukum maupun bukan-badan hukum.
2. Setiap orang adalah perseorangan atau termasuk korporasi.

<sup>104</sup>N. Jörg dan C.Kelk, *Op.Cit.*, hal 177

<sup>105</sup>*Ibid.*, hal. 178

<sup>106</sup>*Ibid.*, hal. 179

<sup>107</sup>*Ibid.*



Syarat kedua, kejadian tersebut dapat dilihat secara lahiriah atau kasat mata. Hal ini dikarenakan kejadian dimaksud terdiri dari beberapa perilaku manusia yang positif (melakukan) maupun yang negatif (melalaikan). Sudah barang tentu, suatu kejadian demikian harus dapat dilihat atau kasat mata. Meskipun begitu bagi hukum pidana, pemisahan antara perilaku manusia yang positif (melakukan) dan yang negatif (melalaikan) tidak dipandang sebagai sesuatu yang sangat penting. Justru yang terpenting, bahwa perilaku manusia tersebut bertentangan dengan norma, dan hal ini dapat berupa suatu keharusan maupun suatu larangan. Berasal dari norma yang sama, selanjutnya norma dimaksud dapat mengharuskan untuk melakukan/berbuat (*handelen*) maupun mengharuskan untuk tidak berbuat (*nalaten*). Dengan demikian, suatu perilaku harus dapat dilihat atau kasat mata, sehingga perilaku-perilaku tadi dapat dikatakan bersifat melawan hukum. Tanpa bersifat melawan hukum, suatu perilaku tidak dapat dijatuhi sanksi pidana. Dengan perkataan lain, tanpa dapat dilihat secara lahiriah atau kasat mata, suatu perilaku tidak dapat menjadi bersifat melawan hukum dikarenakan bersifat melawan hukum itu sendiri hakekatnya membentuk sisi yang dapat dilihat atau kasat mata dari suatu pelanggaran norma. Kesimpulan itu dapat ditemukan dalam tulisan Pompe, antara lain : "*De gedraging kan zonder uiterlijke waarneembaarheid niet wederrechtelijk wezen, omdat de wederrechtelijkheid juist de uiterlijk waarneembare zijde der normovertreding vormt.*"<sup>108</sup> (Terjemahan bebas : Suatu perilaku tidak dapat bersifat melawan hukum tanpa dapat dilihat secara lahiriah, karena sifat melawan hukum hanya membentuk sisi dapat dilihat secara lahiriah dari pelanggaran norma) Di sini, hukum hanya berhubungan dengan apa yang

<sup>108</sup> *Op. Cit.*, hal. 76

untuk masyarakat adalah penting, jadi bukan dengan apa yang sepenuhnya terletak dalam batiniah seseorang. Selain itu, yang penting bagi masyarakat dan hukum itu harus dibuktikan dalam penerapan hukum oleh hakim, sedangkan dalam sikap batiniah yang sesungguhnya, seperti : maksud (*voornemen*), tidak mungkin dibuktikan seutuhnya.

Syarat ketiga, Kejadian tersebut diarahkan pada suatu tujuan/maksud yang berlaku sebagai obyek dari norma-norma. Sewajarnya suatu kejadian yang dapat dilihat secara lahiriyah atau kasat mata serta dianggap disebabkan oleh manusia ditujukan pada suatu tujuan. Setiap perbuatan dipastikan memiliki tujuan atau maksud; dengan perkataan lain, setiap perbuatan pastilah diarahkan pada suatu tujuan. Oleh karena itu, tujuan harus dijadikan sebagai obyek dari norma-norma. Suatu perbuatan atau suatu kejadian yang menurut sifatnya terletak di luar kekuasaan pembuat perbuatan tersebut, tidak dapat dipergunakan sebagai obyek dari norma-norma. Untuk menyakinkan hal ini, Pompe telah menunjuk arrest HR tertanggal 19 November 1928, NJ 1928, blz. 1671,W. 11915.<sup>109</sup> Maksud pikiran memberikan arti kepada kejadian yang dapat dilihat secara lahiriyah serta dianggap disebabkan oleh manusia. Hal ini tampak secara nyata pada norma-norma yang diarahkan pada perlindungan pelbagai kepentingan dan pada sanksi pidana yang ditujukan pada penegakan norma-norma dimaksud serta akhirnya bertujuan melindungi norma-norma. Dengan demikian dalam memandang perilaku dan hukum pidana, tujuannya adalah kepentingan umum yang menjadi bagian inti delik yang utama.

<sup>109</sup> *Op.Cit.*, hal. 76





Berlainan dengan J. Israël de Haan dan Pompe sebelumnya, H.B. Vos<sup>110</sup> memberikan pengertian perilaku sebagai “*een bewuste gedraging (reflex-bewegingen vallen er niet onder)*” atau gerakan jasmani yang disadari, sedangkan gerakan jasmani yang refleks tidak termasuk ke dalam pengertian tadi. Walaupun pengertian tersebut tampak sangat singkat dan sederhana tetapi paling mudah untuk dipahami.<sup>111</sup> Moeljatno<sup>112</sup> sependapat dengan H.B. Vos, yang menyatakan antara lain :

Saya lebih condong kepada pendapat Vos yaitu hanya sikap jasmani yang disadari sajalah yang masuk dalam pengertian kelakuan. Tetapi batasan “yang disadari” ini jangan diartikan bahwa sikap itu selalu dan untuk seluruhnya harus tegas kita insyafi, *tetapi harus diartikan secara negatif* yaitu tidak termasuk kelakuan jika sikap jasmani yang tertentu betul-betul tidak disadari. Dan meskipun disadari, tetapi kalau dalam timbulnya, orang yang bersangkutan sama sekali tidak mengadakan keaktifan, melainkan hanya pasif saja, maka juga tidak termasuk di situ.

Batasan-batasan yang dimaksud Moeljatno yang tidak termasuk dalam pengertian perilaku tersebut, yakni :

1. Gerakan lahiriyah yang bersifat pasif karena tidak dikehendaki dan dipaksa oleh orang lain, tidak termasuk dalam makna perilaku. Misalnya, seseorang dipaksa oleh orang lain untuk membuat sebuah surat tertentu dengan membubuhkan cap jempol di atasnya.
2. Gerakan lahiriyah yang refleks tidak termasuk ke dalam pengertian perilaku.
3. Gerakan lahiriyah yang terjadi karena dalam keadaan yang tidak sadar, seperti : mengigau, melakukan sesuatu dalam keadaan terhipnotis atau terkena “gendam”, dalam keadaan mabuk, dan sebagainya.<sup>113</sup>

<sup>110</sup> *Op.Cit.*, hal. 31

<sup>111</sup> Lihat juga pendapat Hazewinkel-Suringa, *Op.Cit.*, hal. 55

<sup>112</sup> *Op.Cit.*, hal. 86

<sup>113</sup> *Ibid.*



Perilaku manusia maupun korporasi sebagaimana diuraikan sebelumnya dituangkan dan dirumuskan ke dalam perumusan-perumusan tindak pidana (*delictsomschrijvingen*) yang terdapat pada ketentuan perundang-undangan pidana. Oleh karena itu, setiap perumusan tindak pidana harus dipandang sebagai hasil reduksi dan kristalisasi perilaku manusia dan korporasi yang sesungguhnya ke dalam teks pasal-pasal dalam perundang-undangan pidana. Namun demikian, karena teks pasal-pasal perundang-undangan sangat terbatas untuk menggambarkan secara utuh perilaku manusia dan korporasi yang sesungguhnya itu, maka penuangan serta perumusan perilaku manusia dan korporasi tersebut kadang-kadang dilakukan (1) dengan menguraikan ciri-ciri atau bagian inti delik secara nyata (*kenmerken of feitelijke bestanddelen*) saja dalam suatu pasal, atau (2) dengan menyebut penamaan atau kualifikasi (*benaming of qualificatie*) saja dalam suatu pasal atau (3) dengan cara keduanya dalam suatu pasal. Di dalam KUHP, perumusan tindak pidana yang disebut pertama dapat ditemukan pada tindak pidana ex. Pasal 160 KUHP yang terurai ciri-ciri atau bagian inti delik dimaksud, yakni :

*Hij, die mondeling of bij geschrijfte in het openbaar tot eenig strafbaar feit, tot gewelddadig optreden tegen het openbaar gezag of tot eenige ander ongehoorzaamheid, hetzij aan wettelijk voorschrijft, hetzij aan een krachtens wettelijk voorschrijft gegeven ambtelijk bevel opruit, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van ten hoogste drie hundred gulden (Sw. 55-1-2°, 124, 126-2°, 154v., 161, 236v., 461 ; CP. 102, 202v., 217, 285, 289, 293.)*<sup>114</sup> (Barang siapa di muka umum dengan lisan atau tulisan menghasut supaya melakukan perbuatan pidana, melakukan kekerasan terhadap penguasa umum atau tidak menuruti baik ketentuan perundang-undangan maupun perintah jabatan yang diberikan berdasarkan ketentuan perundang-undangan, diancam dengan pidana penjara paling lama enam tahun atau denda paling banyak empat ribu lima ratus rupiah)<sup>115</sup>

<sup>114</sup>Engelbrecht, *Op.Cit.*, hal. 1249

<sup>115</sup>Badan Pembinaan Hukum Nasional, Departemen Kehakiman (Tim penerjemah), *Op.Cit.*, hal. 72

Di dalam praktek, tindak pidana ini dikenal sebagai tindak pidana penghasutan (*Opruiing*). Selain Pasal 160 KUHP, perumusan tindak pidana yang sama terdapat juga dalam tindak pidana ex. Pasal 167 KUHP yang berbunyi :

- (1) *Hij die in de woning of het besloten lokaal of erf, bij ander in gebruik, wederrechtelijk binnendringt of, wederrechtelijk aldaar vertoevende zich niet op de vordering van of vanwege den rechthebbend aanstonds verwijderd, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste negen maanden of geldboete van ten hoogste drie honderd gulden.* ([1] Barang siapa memaksa masuk ke dalam rumah, ruangan atau pekarangan tertutup yang dipakai orang lain dengan melawan hukum atau berada di situ dengan melawan hukum, dan atas permintaan yang berhak atau suruhannya tidak pergi dengan segera, diancam dengan pidana penjara paling lama sembilan bulan atau pidana denda paling banyak empat ribu lima ratus rupiah.)
- (2) *Hij die zich den toegang heeft verschaft door middel van braak of inklimming, van valsche sleutels, van een valsche order of een valsch kostuum, of die, zonder voorkennis van den rechthebbende en anders dan ten gevolge van vergissing binnenkomen, aldaar bij nacht wordt aangetroffen, wordt geacht te zijn binnengedrongen.* (SW. 98v.) ([2] Barang siapa masuk dengan merusak atau memanjat, dengan menggunakan kunci palsu, perintah palsu atau pakaian jabatan palsu, atau barang siapa tidak setahu yang berhak lebih dahulu serta bukan karena kekhilafan masuk dan kedapatan di situ pada waktu malam, dianggap memaksa masuk.)
- (3) *Indien hij bedreigingen uit of zich bedient van middelen geschikt om vrees aan te jagen, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar en vier maanden.* ([3] Jika mengeluarkan ancaman atau menggunakan sarana yang dapat menakutkan orang, diancam dengan pidana penjara paling lama satu tahun empat bulan.)
- (4) *De in het eerste en derde lid bepaalde straffen kunnen met een derde wordt verhoogd, indien twee of meer vereenigde personen het misdrijf plegen* (G. 165 ; Rv. 448, 595 ; Sw. 168, 235, 363, 365, 429.)<sup>116</sup> ([4] Pidana tersebut dalam ayat 1 dan 3 dapat ditambah sepertiga jika melakukan kejahatan dua orang atau lebih dengan bersekutu)<sup>117</sup>

Tindak pidana di atas di dalam praktek dikenal sebagai tindak pidana gangguan terhadap kedamaian rumah (*Huisvredebreuk*).

<sup>116</sup>Engelbrecht, *Op.Cit.*, hal. 1250

<sup>117</sup>Badan Pembinaan Hukum Nasional, Departemen Kehakiman (Tim Penerjemah), *Op.Cit.*, hal. 76





Perumusan tindak pidana yang disebut kedua dapat dilihat pada Pasal 297 KUHP yang dikualifikasi sebagai tindak pidana perdagangan wanita dan anak-anak dibawah umur (*Vrouwenhandel*). Di dalam perumusan teks pasal dimaksud dinyatakan sebagai berikut : "(Gw. S. 32-62) *Vrouwenhandel en handel in minderjarigen van het mannelijk geslacht wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren* (Sw. 296, 298).<sup>118</sup> (Perdagangan wanita dan perdagangan anak laki-laki yang belum dewasa, diancam dengan pidana penjara paling lama enam tahun)<sup>119</sup> Di samping Pasal 297 KUHP, ada terdapat juga Pasal 351 KUHP yang dikualifikasikan sebagai tindak pidana penganiayaan (*Mishadeling*). Di dalam Pasal 351 ini ditentukan, sebagai berikut :

- (1) *Mishandeling wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren en acht maanden of geldboete van ten hoogste drie hundred gulden.* (Sv. 71<sup>2</sup> ; IR. 62 ; RBg. 498.) ([1] Penganiayaan diancam dengan pidana penjara paling lama dua tahun delapan bulan atau pidana denda paling banyak empat ribu lima ratus rupiah.)
- (2) *Indien het feit zwaar lichamelijk letsel ten gevolge heeft, wordt de schuldige gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vijf jaren.* (Sw. 90 ; Uitlev. 2-2<sup>o</sup>.) ([2] Jika perbuatan mengakibatkan luka-luka berat, yang bersalah diancam dengan pidana penjara paling lama lima tahun.)
- (3) *Indien het feit den dood ten gevolge heeft, wordt hij gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zeven jaren.* (Sw. 338.) ([3] Jika mengakibatkan mati, diancam dengan pidana penjara paling lama tujuh tahun.)
- (4) *Met mishandeling wordt gelijkgestelde opzettelijke benadeeling der gezondheid.* ([4] Dengan penganiayaan disamakan sengaja merusak kesehatan.)
- (5) *Poging tot dit misdrijf is niet strafbaar.* (Sw. 37-1 sub 2<sup>o</sup>, 53, 184v., 302, 353v., 356, 488 ; CP. 309, 311.)<sup>120</sup> ([5] Percobaan untuk melakukan kejahatan ini tidak dipidana)<sup>121</sup>

<sup>118</sup>Engelbrecht, *Op.Cit.*, hal. 1270

<sup>119</sup>Badan Pembinaan Hukum Nasional, Departemen Kehakiman (Tim Penerjemah), *Op.Cit.*, hal. 122

<sup>120</sup>Engelbrecht, *Op.Cit.*, hal. 1277

<sup>121</sup>Badan Pembinaan Hukum Nasional, Departemen Kehakiman (Tim Penerjemah), *Op.Cit.*, hal. 140

Perumusan tindak pidana yang disebut ketiga atau terakhir dapat diperhatikan dalam Pasal 362 KUHP. Pasal dimaksud tentang tindak pidana pencurian (*Diefstal*). Di dalam Pasal 362 diatur, sebagai berikut :

*Hij die eenig goed dat geheel of ten deele aan een ander toebehoort, wegneemt, met het oogmerk om het zich wederrechtelijk toe te eigenen, wordt, als schuldig aan diefstal, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vijf jaren of geldboete van ten hoogste zestig gulden.* (Sw. 35, 364, 366, 486 ; CP. 397, 409.)<sup>122</sup> (Barang siapa mengambil barang sesuatu, yang seluruhnya atau sebagian kepunyaan orang lain, dengan maksud untuk dimiliki secara melawan hukum, diancam karena pencurian, dengan pidana penjara paling lama lima tahun atau pidana denda paling banyak sembilan ratus rupiah)<sup>123</sup>

Yang termasuk dalam perumusan tindak pidana yang ketiga atau terakhir ini juga adalah Pasal 372 KUHP. Pasal tersebut berkualifikasi sebagai tindak pidana penggelapan (*Verduistering*). Adapun teks Pasal 372 dimaksud, sebagai berikut :

*Hij die opzettelijk eenig goed dat geheel of ten deele aan ander toebehoort en dat hij anders dan door misdrijf onder zich heeft, wederrechtelijk zich toeëigenen, wordt, als schuldig aan verduistering, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van ten hoogste zestig gulden.* (Sw. 35, 43, 373, 376v., 486 ; Sv. 71 ; IR. 62 ; RBg. 498 ; CP. 408.)<sup>124</sup> (Barang siapa dengan sengaja dan melawan hukum memiliki barang sesuatu yang seluruhnya atau sebagian adalah kepunyaan orang lain, tetapi yang ada dalam kekuasaannya bukan karena kejahatan, diancam karena penggelapan, dengan pidana penjara paling lama empat tahun atau pidana denda paling banyak sembilan ratus rupiah)<sup>125</sup>

Dalam konteks perundang-undangan tindak pidana korupsi, perumusan tindak pidana korupsi hampir secara keseluruhan berupa perumusan tindak pidana sebagaimana yang disebut pertama; dengan perkataan lain, dilakukan dengan penguraian ciri-ciri atau bagian inti delik (*kenmerken of feiteijke bestanddelen*) saja. Selebihnya hanya satu ketentuan yang dirumuskan dengan

<sup>122</sup>Engelbrecht, *Op.Cit.*, hal. 1278

<sup>123</sup>Badan Pembinaan Hukum Nasional, Departemen Kehakiman (Tim Penerjemah), *Op.Cit.*, hal. 143

<sup>124</sup>Engelbrecht, *Op.Cit.*, hal. 1280

<sup>125</sup>Badan Pembinaan Hukum Nasional, Departemen Kehakiman (Tim Penerjemah), *Op.Cit.*, hal. 147





menyebut penamaan atau kualifikasi (*benaming of qualificatie*) saja. Sedangkan perumusan tindak pidana korupsi dengan cara penguraian ciri-ciri atau bagian inti delik disertai sekaligus penamaan atau kualifikasi tidak ditemukan di dalamnya.

Pasal-pasal perundang-undangan tindak pidana korupsi yang termasuk ke dalam perumusan tindak pidana dengan penguraian ciri-ciri atau bagian inti delik saja, yakni : (1) Pasal 2 UUPTK 1999, (2) Pasal 3 UUPTK 1999, (3) Pasal 5 UUPTK 1999 jo. Pasal I angka 2 UUPPTK 2001, (4) Pasal 6 UUPTK 1999 jo. Pasal I angka 2 UUPPTK 2001, (5) Pasal 7 UUPTK 1999 jo. Pasal I angka 2 UUPPTK 2001, (6) Pasal 8 UUPTK 1999 jo. Pasal I angka 2 UUPPTK 2001, (7) Pasal 9 UUPTK 1999 jo. Pasal I angka 2 UUPPTK 2001, (8) Pasal 10 UUPTK 1999 jo. Pasal I angka 2 UUPPTK 2001, (9) Pasal 11 UUPTK 1999 jo. Pasal I angka 2 UUPPTK 2001, (10) Pasal 12 UUPTK 1999 jo. Pasal I angka 2 UUPPTK 2001, dan (11) Pasal 21 UUPTK 1999. Sementara itu, pasal perundang-undangan tindak pidana korupsi yang tergolong ke dalam perumusan tindak pidana dengan menyebut penamaan atau kualifikasi (*benaming of qualificatie*) saja, yaitu : Pasal 12 B jo Pasal I angka 3 UUPPTK 2001.

Setiap perumusan tindak pidana yang dituangkan dan dirumuskan dalam pasal-pasal perundang-undangan pidana, termasuk perumusan tindak pidana korupsi, terdiri dari unsur-unsur (*elementen*). Di dalam teori dan praktek, penggunaan istilah unsur ini seringkali menimbulkan kerancuan. Hal ini terjadi karena penggunaan istilah unsur dipergunakan untuk menunjuk perbuatan yang dilarang atau diharuskan, dan sekaligus keadaan yang menyertai perbuatan yang dilarang atau diharuskan tersebut sebagaimana yang dilakukan oleh Satochid

Kartanegara.<sup>126</sup> Padahal menurut Pasal 1 ayat 1 Undang-undang No. 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana (KUHP), tidak terbuktinya salah satu perbuatan dilarang atau diharuskan dalam pasal perundang-undangan pidana memiliki akibat diktum putusan berbunyi "dibebaskan dari segala dakwaan" (*vrijspraak*). Sedang menurut Pasal 191 ayat 2 Undang-undang No. 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana (KUHP), tidak terbuktinya salah satu keadaan yang menyertai perbuatan dilarang atau diharuskan dalam pasal perundang-undangan pidana membawa akibat amar putusan menyatakan "dilepas dari segala tuntutan hukum" (*onslag van alle rechtsvervolging*).

Untuk menghindari kerancuan dimaksud, maka Vrij dan A. Mulder telah memperkenalkan perbedaan antara bagian (*bestanddeel*) dengan unsur (*element*) dalam perkuliahan-perkuliahannya;<sup>127</sup> meskipun demikian, sesungguhnya istilah *bestanddeel* dan *element* juga dapat berarti unsur dalam bahasa Indonesia. Selanjutnya, van Bemmelen mengembangkan perbedaan tersebut semakin utuh. P.A.F. Lamintang menulis, antara lain: "Pada gurubesar van Bemmelen, Vrij dan A. Mulder telah membuat perbedaan antara apa yang biasa disebut '*bestanddelen van het delict*' dengan yang juga biasa disebut '*elementen van het delict*'.<sup>128</sup> Berikut ini perbedaan yang van Bemmelen maksudkan, yakni: "...*bestanddelen van de wettelijke delictomschrijving en elementen van het strafbare feit, welke hij ziet als vereisten die uit het algemene deel van het wetboek of uit algemene aanvaarde rechtsbeginselen*"

<sup>126</sup>Dikutip dari P.A.F. Lamintang, *Dasar-dasar Hukum Pidana Indonesia*, Bandung : Sinar Baru, 1984, hal. 186

<sup>127</sup>J.M. van Bemmelen, *Ons Strafrecht I : algemene deel het materiele strafrecht*, penerj. Hasnan, Bandung : Binacipta, 1984, hal. 99

<sup>128</sup>*Loc.Cit.*

*voortvloeiën*.<sup>129</sup> (Terjemahan bebas : ...bagian-bagian inti delik dari perumusan tindak pidana menurut perundang-undangan dan unsur-unsur tindak pidana yang dilihat sebagai syarat yang berasal dari bagian umum kitab undang-undang atau dari asas-asas hukum yang diakui umum) P.A.F. Lamintang<sup>130</sup> memberikan penjelasan, antara lain :

Yang dimaksud dengan "*bestanddelen van het delict*" oleh Profesor van BEMMELEN di atas itu adalah bagian-bagian yang terdapat di dalam rumusan delik.

Yang dimaksud dengan "*elementen van het delict*" itu adalah ketentuan-ketentuan yang tidak terdapat di dalam rumusan delik melainkan di dalam Buku ke-1 KUHP atau dapat dijumpai sebagai asas-asas hukum yang bersifat umum yang dipandang sebagai asas-asas yang juga harus diperhatikan oleh hakim yang terdiri dari berbagai elemen, yakni :

1. hal dapat dipertanggungjawabkannya sesuatu tindakan atau sesuatu akibat terhadap pelakunya (*toerekenbaarheid van het feit*);
2. hal dapat dipertanggungjawabkannya seseorang atas tindakan yang telah ia lakukan atau atas akibat yang telah ia timbulkan (*toerekeningsvatbaarheid van de dader*);
3. hal dapat dipersalahkan sesuatu tindakan atau sesuatu akibat kepada seseorang, oleh karena tindakan atau akibat tersebut telah ia lakukan atau telah ia timbulkan berdasarkan unsur "kesengajaan" ataupun unsur "ketidaksengajaan" (*verwijtbaarheid van het feit*); dan
4. sifatnya yang melanggar hukum (*wederrechtelijkheid*).

Menurut Profesor van BEMMELEN, walaupun elemen-elemen (sic.) "*toerekenbaarheid van het feit*" dan "*toerekeningsvatbaarheid van de dader*" ("*toerekenbaarheid van het feit*", "*toerekeningsvatbaarheid van de dader*", "*verwijtbaarheid van het feit*" dan "*wederrechtelijkheid*", pen.) itu oleh pembentuk undang-undang telah tidak pernah dinyatakan secara tegas sebagai unsur delik yang mana pun di dalam undang-undang, akan tetapi elemen-elemen tersebut haruslah dianggap sebagai juga disyaratkan di dalam setiap rumusan delik.

Oleh karena elemen-elemen tersebut tidak pernah dicantumkan sebagai bagian dari delik, maka dengan sendirinya penuntut umum juga tidak perlu mencantulkannya di dalam surat tuduhan dan dengan sendirinya juga tidak perlu dibuktikan di dalam peradilan.

Apabila hakim berpendapat bahwa tertuduh tidak dapat dipertanggungjawabkan atas tindakannya, maka hakim harus (sic.) membebaskan (melepaskan, pen.) tertuduh tersebut dari segala tuntutan hukum atau dengan perkataan lain hakim harus memutuskan suatu "*onslag van alle rechtsvervolging*".

<sup>129</sup>N. Jörg dan C.Kelk, *Op.Cit.*, hal 84

<sup>130</sup>*Loc.Cit.*



Sampai dengan sekarang, perbedaan antara bagian (*bestanddeel*) dengan unsur (*element*) ini di Belanda masih tetap bertahan, dan bahkan mendapat dukungan yang semakin kuat. Ch.J. Enschedé dan M. Bosch<sup>131</sup> berpendapat, sebagai berikut :

*Voor de vaststelling van de strafbaarheid van feit en de dader is de delictomschrijving allen niet beslissend. Dit heeft ertoe geleid dat in het strafrecht onderscheid wordt gemaakt tussen, enerzijds de voorwaarden voor strafbaarheid (van daad en dader) die in de delictomschrijving zijn terug te vinden en anderzijds de voor strafbaarheid van daad en dader van belang zijnde omstandigheden van algemene aard die daarin niet voorkomen. De eerste voorwaarden worden wel de bestanddelen van het strafbaar feit genoemd; de laatste zijn de zg. elementen van het strafbare feit. Tezamen vormen zij de voorwaarden voor strafbaarheid.* (Terjemahan bebas : Untuk menetapkan dapat dipidananya tindakan dan pembuat tidak hanya ditentukan suatu perumusan tindak pidana. Hal ini telah ditunjukkan bahwa di dalam hukum pidana dilakukan pemisahan antara, di satu pihak syarat-syarat untuk dapat dipidananya (tindakan dan pembuat) yang ditemukan kembali di dalam perumusan tindak pidana dan di lain pihak untuk dapat dipidananya tindakan dan pembuat yang penting adalah keadaan-keadaan yang sifatnya umum yang tidak terdapat di dalam perumusan tindak pidana. Syarat-syarat pertama disebut juga bagian-bagian inti tindak pidana; yang terakhir adalah yang disebut unsur tindak pidana. Secara bersama-sama mereka membentuk syarat-syarat untuk dapat dipidana).

J. de Hullu juga memiliki pendapat yang serupa seperti Ch.J. Enschedé dan M. Bosch. J. de Hullu<sup>132</sup> menulis, antara lain :

*.... In de delictomschrijving wordt beschreven welk gedrag onder subjectieve (opzet, schuld of niet bepaald) en objectieve omstandigheden (wederrechtelijkheid, causaliteit, en bijzonderheden van strafbaarstelling in kwestie) tot strafelijk aansprakelijkheid kan leiden. Deze vereisten uit de delictomschrijving zijn de bestanddelen.... Er zijn naast de bestanddelen van het delict meer voorwaarden van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Er moet bijvoorbeeld (nog) een vervolgingsrecht zijn. Voorwaarde voor aansprakelijkstelling is naar gangbare opvatting bovendien dat naast alle bestanddelen van de delictomschrijving ook de elementen 'wederrechtelijkheid' en 'schuld' moeten zijn vervuld....* (Terjemahan bebas : .... Di dalam perumusan tindak pidana perilaku yang diuraikan ke dalam keadaan-keadaan

<sup>131</sup> Ch.J. Enschedé dan M. Bosch, *Beginnelsen van Strafrecht*, C.J.Deventer : Kluwer, ed. 11, 2005, hal. 155

<sup>132</sup> J. de Hullu, *Materieel Strafrecht : over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer : Kluwer, ed.3, 2006, hal. 65

subyektif (sengaja, lalai atau tidak ditentukan) dan keadaan-keadaan obyektif (sifat melawan hukum, kausalitas, dan kekhususan-kekhususan masalah pemidanaan) dapat menimbulkan pertanggungjawaban pidana. Syarat-syarat dari perumusan tindak pidana ini merupakan bagian-bagian inti...Selain bagian-bagian inti delik, ada terdapat lagi syarat-syarat pertanggungjawaban pidana. Misalnya, (masih) harus terdapat hak menuntut. Di samping itu, syarat untuk mempertanggungjawabkan menurut pendapat yang berlaku adalah bahwa selain harus dipenuhi semua bagian inti perumusan tindak pidana juga elemen-elemen 'sifat melawan hukum' dan 'kesalahan').

Di Indonesia, pembedaan antara bagian (*bestanddeel*) dengan unsur (*element*) inipun mendapat perhatian dan dukungan. Beberapa ahli hukum pidana

Indonesia menganut pembedaan tersebut. Diantaranya, Andi Hamzah dan Irdan Dahlan yang menyatakan : "Yang tercantum di dalam rumusan delik disebut *bestanddelen* (bukan unsur delik tetapi bagian inti delik)."<sup>133</sup> Malahan,

pembedaan dimaksud juga telah menjadi yurisprudensi tetap Mahkamah Agung RI yang tertuang dalam Putusannya Nomor 346 K/KR/1980 tanggal 25 Januari 1984 sebagaimana telah disebut dan diuraikan sebelumnya.

Berkaitan dengan perundang-undangan tindak pidana korupsi, penyalahgunaan wewenang atau kata-kata yang bersependan dengan itu telah menjadi bagian inti delik dari perumusan tindak pidana korupsi. Bagian inti delik penyalahgunaan wewenang atau kekuasaan tercantum dalam 2 (dua) pasal, yakni : (1) Pasal 3 UUPTPK 1999 dan (2) Pasal 12 huruf e UUPTPK 1999 jo. Pasal I angka 2 UUPPTPK 2001. Sementara itu, bagian inti delik kata-kata yang bersependan dengan kata penyalahgunaan wewenang yang bertentangan dengan kewajibannya atau tugasnya terdapat 3 (tiga) pasal, yaitu : (1) Pasal 5 huruf a dan huruf b UUPTPK 1999 jo. Pasal I angka 2 UUPPTPK 2001, (2) Pasal

<sup>133</sup>Andi Hamzah dan Irdan Dahlan, *Surat Dakwaan*, Bandung : Alumni, 1987, hal. 123

12 huruf a dan huruf b UUPTPK 1999 jo. Pasal I angka 2 UUPPTPK 2001, dan (3) Pasal 12 B UUPTPK 1999 jo. Pasal I angka 2 UUPPTPK 2001.

Di dalam perumusan tindak pidana korupsi, penguangan dan pencantuman penyalahgunaan wewenang *an sich* sebagai bagian inti delik memiliki tujuan; di samping perumusan Pasal 3 UUPTPK 1999 dan Pasal 12 huruf e UUPTPK 1999 jo. Pasal I angka 2 UUPPTPK 2001 yang memuat bagian inti delik penyalahgunaan wewenang itupun juga mempunyai tujuan secara menyeluruh dan utuh. Tujuan penguangan dan pencantuman bagian inti delik penyalahgunaan wewenang *an sich* maupun tujuan perumusan Pasal 3 UUPTPK 1999 dan Pasal 12 huruf e UUPTPK 1999 jo. Pasal I angka 2 UUPPTPK 2001 yang mengandung bagian inti delik penyalahgunaan wewenang dimaksud kadang-kadang dapat memiliki persamaan dan sekaligus perbedaan. Namun demikian yang terpenting, bahwa tujuan yang selalu terdapat dalam perumusan tindak pidana korupsi dan masing-masing bagian inti deliknya ialah untuk melindungi kepentingan hukum.

Perlu kiranya diketahui, bahwa istilah kepentingan hukum ini berasal dari bahasa Jerman *Rechtsgüterverletzung* dan dipopulerkan oleh Karl Binding.<sup>134</sup> Di Belanda istilah tersebut dialihbahasakan menjadi *rechtsgoed*. Namun, penggunaan istilah *rechtsgoed* dikritik oleh van Hamel<sup>135</sup> dan lebih diutamakan untuk mempergunakan istilah *rechtsbelang* dengan dalih, antara lain : "...omdat het woord 'rechtsgoed' onhollandsch zou zijn en 'goed' in onze volks- en rechtstaal eene andere beteekenis heeft. Ik acht die bedekeningen niet overwegend." (Terjemahan bebas : ...karena perkataan "rechtsgoed" tidak

<sup>134</sup>D. Simons, *Op.Cit.*, hal 111

<sup>135</sup>van Hamel, dikutip dari D. Simons, *Ibid.*, hal 113





bercita-rasa bahasa Belanda dan "goed" di dalam bahasa awam dan hukum berbahasa memiliki makna yang berbeda. Saya memandang perenungan-perenungan tersebut tidak dipertimbangan) Tetapi dinyatakan lebih lanjut : "Beide termen mogen m.i. korthedshalve worden gebruikt."<sup>136</sup> (Terjemahan bebas : dalam hal ini untuk singkatnya, kedua istilah boleh diperpergunakan)

Sebagaimana telah dikemukakan terdahulu, bahwa kepentingan hukum tersebut merupakan obyek perlindungan (*Schutz-objecte*) dan bukan obyek perbuatan (*Tat-objecte*).<sup>137</sup> Di samping itu, perbedaan yang hampir serupa dikemukakan Oppenheim<sup>138</sup> antara *Die Schutz-Objecte van het strafbare feit* dengan *Die Schutz-Objecte van het matrieele voorwerp* yang berkaitan erat dengan dilakukannya tindak pidana. Misalnya, dalam tindak pidana pembunuhan ex. Pasal 338 KUHP *in casu* bagian inti delik "merampas nyawa orang lain" (*berooft een ander van het leven*), kehidupan dipandang sebagai kepentingan hukum yang harus dilindungi; sedangkan nyawa individu yang menjadi korban dilihat sebagai obyek perbuatan atau obyek materil yang mesti dilindungi. Begitu pula halnya dengan tindak pidana pencurian ex. Pasal 362 KUHP *in casu* bagian inti delik "mengambil suatu benda" (*wegneemt eenig goed*), kepemilikan dinilai sebagai kepentingan hukum yang harus dilindungi dan benda yang dicuri dilihat sebagai obyek materil yang mesti dijaga.

Pembedaan antara obyek perlindungan berupa kepentingan hukum dengan obyek perbuatan berbentuk benda material ini adalah perlu guna mencari norma yang terkandung dalam Pasal 3 UUPTK 1999 dan Pasal 12 huruf e UUPTK 1999 jo. Pasal 1 angka 2 UUPPTK 2001, khususnya bagian inti

<sup>136</sup> *Ibid.*

<sup>137</sup> Mayer, dikutip dari D. Simons, *Ibid.*, hal. 113

<sup>138</sup> Oppenheim, dikutip dari D. Simons, *Ibid.*, hal. 112

delik penyalahgunaan wewenang. Dengan demikian pula, maka melalui obyek perlindungan berupa kepentingan hukum tersebut akan mempermudah untuk mengetahui dan memahami maksud dan tujuan dari pembentuk undang-undang (*teleologische uitleg*) membentuk Pasal 3 UUPTK 1999 dan Pasal 12 huruf e UUPTK 1999 jo. Pasal I angka 2 UUPPTK 2001, khususnya bagian inti delik penyalahgunaan wewenang. Hal ini tersurat dalam tulisan Jan Remmelink dan Derkje Hazewinkel-Suringa,<sup>139</sup> sebagai berikut :

*De normen van de rechtsgemeenschap hangen uiteraard niet in de lucht. Zij hebben te maken met waarden, met collectieve voorstelling ('sinngelingen') omtrent hetgeen goed, juist en daarom nastrevenswaardig is. In dogmatiek van het strafrecht valt alsdan het woord rechtsgoed of rechtsbelang. Men denkt dan aan de waarden, die de wetgever bij de strafbaarstelling bij uitstek heeft willen veiligstellen, hetzij tegen schending, hetzij tegen gevaarstelling. Zo zal de wetgever bij de strafbaarstelling van diefstal primair de eigendom hebben willen beschermen. Het ligt voor de hand, dat men deswege bij de uitleg van zo'n strafbaarstelling met dit doel van de wetgever rekening zal houden. Andere rechtsgoed zijn bijv. Leven, vermogen, openbare orde, onkreukbaarheid van ambtenaren, bescherming van staatsgeheim. Behalve voor de interpretatie spleen rechtsgoed derhalve ook een rol voor de indeling van de strafbare fiet. (Terjemahan bebas : Norma-norma masyarakat hukum sewajarnya tidak bergantung di langit. Dia harus berhubungan dengan nilai-nilai, dengan petunjuk-petunjuk bersama ['sinngelungen'] mengenai kepentingan yang tepat dan karena itu patut untuk diikuti. Di dalam dogmatik hukum pidana yang demikian itu termasuk kata kepentingan hukum. Maka, orang berfikir pada nilai-nilai yang hendak diamankan pembentuk perundang-undangan saat penetapan pidana, atau terhadap pelanggaran, atau terhadap yang membahayakan. Begitulah, pembentuk perundang-undangan akan melindungi kepemilikan saat penetapan pidana pencurian. Sudah barang tentu, bahwa oleh karena itu orang akan mempertimbangkan tujuan pembentuk perundang-undangan ini saat melakukan penafsiran dalam penetapan pidana dimaksud. Kepentingan hukum yang lain, misalnya, kehidupan, harta kekayaan, ketertiban umum, kedisiplinan pegawai, perlindungan rahasia negara. Selain untuk penafsiran, oleh karena itu kepentingan hukum memainkan peranan untuk pembagian tindak pidana)*

<sup>139</sup> *Op.Cit.*, hal. 16-17



Pendapat yang sama ditulis A.J. Machielse<sup>140</sup> sebagaimana dikutip E. Sikkema, antara lain :

*Machielse onderscheidt daarnaast nog twee functies van van het rechtsgoed : de legitimerende en de interpretatieve. De eerste functie houdt in dat de overheid slechts in de vrijheid van de burger mag ingrijpen, als daarmee rechtsgoed beschermd worden. Bij de tweede functie wordt het rechtsgoed gezien als een belangrijke factor bij de (teleologische) uitleg van de wet. De functie van de bestanddelen van de delictsomschrijving is dan het zo nauwkeurig mogelijk omschrijven van de door wet bedoelde schending van of gevaarstelling voor het rechtsgoed.* (Terjemahan bebas : Di samping itu, Machielse masih membedakan dua fungsi kepentingan hukum : keabsahan dan penafsiran. Fungsi pertama berisi bahwa penguasa hanya boleh mengambil tindakan terhadap kebebasan warga, jika dengan itu kepentingan hukum dilindungi. Pada fungsi yang kedua, kepentingan hukum dilihat sebagai faktor penting dalam penafsiran teleologis perundang-undangan. Maka, fungsi bagian-bagian inti delik dalam perumusan tindak pidana adalah merumuskan seteliti mungkin pelanggaran atau bahaya yang dimaksud oleh perundang-undangan terhadap kepentingan hukum)

Sebagaimana telah dikemukakan sebelumnya, bahwa bagian inti delik penyalahgunaan wewenang tercantum secara jelas dalam perumusan Pasal 3 UUPTPK 1999 dan perumusan Pasal 12 huruf e UUPTPK 1999 jo. Pasal I angka 2 UUPPTK 2001; meskipun, ada terdapat perbedaan dalam penyebutan bagian inti delik tersebut. Di dalam perumusan Pasal 3 UUPTPK 1999 dimuat bagian inti delik penyalahgunaan wewenang, sedangkan dalam perumusan Pasal 12 huruf e UUPTPK 1999 jo. Pasal I angka 2 UUPPTK 2001 dicantumkan bagian inti delik penyalahgunaan kekuasaan (*Misbruik van gezag*); perlu kiranya diketahui bahwa istilah kekuasaan (*macht* atau *gezag*) identik dengan istilah wewenang (*bevoegdheid*), pengidentikan kedua istilah tersebut terlihat dalam putusan HR tanggal 8 Desember 1998, NJ 1999, 224, yang merupakan putusan *Hoge Raad*

<sup>140</sup>A.J. Machielse, dikutip dari E. Sikkema, *Ambtelijke Corruptie in het Strafrecht : Een Studie over Omkoping en Andere Ambtsdelicten*, Amsterdam : Boom Juridische Uitgevers, 2005, hal.124

terbaru berkaitan dengan pengertian istilah kekuasaan (*macht* atau *gezag*) di dalam KUHP sebagaimana dikutip oleh C.P.M. Cleiren dan kawan-kawan, sebagai berikut : "*Onder macht wordt verstaan de aan de ambtenaar krachtens zijn functie toekomende formele bevoegdheid om handeling te verrichten of bevel te geven.*"<sup>141</sup> (Terjemahan bebas : Yang dimaksud kekuasaan adalah wewenang formil yang berada pada seorang pegawai negeri atau penyelenggara negara berdasarkan fungsinya untuk melakukan perbuatan atau untuk memberikan perintah). Adapun perbandingan antara perumusan Pasal 3 UUPTK 1999 dan perumusan Pasal 12 huruf e UUPTK 1999 jo. Pasal I angka 2 UUPPTK 2001, sebagai berikut :

**Tabel 2 : Perbandingan Perumusan Pasal 3 UUPTK 1999 dengan Pasal 12 huruf e UUPTK 1999 jo. Pasal I angka 2 UUPPTK 2001**

Pasal 3 UUPTK 1999	Pasal 12 huruf e UUPTK 1999 jo. Pasal I angka 2 UUPPTK 2001
<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Setiap orang</li> <li>2. dengan tujuan</li> <li>3. menguntungkan diri sendiri atau orang lain atau suatu korporasi</li> <li>4. <b>menyalahgunakan kewenangan</b>, kesempatan atau sarana yang ada padanya karena jabatan atau kedudukan</li> <li>5. merugikan keuangan dan perekonomian negara</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. pegawai negeri atau penyelenggara Negara</li> <li>2. dengan maksud</li> <li>3. menguntungkan diri atau orang lain secara melawan hukum</li> <li>4. dengan <b>menyalahgunakan kekuasaan</b></li> <li>5. memaksa seseorang               <ol style="list-style-type: none"> <li>a. memberikan sesuatu</li> <li>b. membayar atau menerimapembayaran dengan potongan</li> <li>c. mengerjakan sesuatu bagi dirinya sendiri</li> </ol> </li> </ol>

Sumber : Bahan Hukum Primer diolah

<sup>141</sup>C.P.M.Cleiren, J.F. Nijboer, dan J.H. Crijns, *Strafrecht : Tekst & Commentaar*, ed. 7, Deventer : Kluwer, 2008, hal. 383.

Ada terdapat 3 (tiga) kepentingan hukum yang harus dilindungi yang terkandung dalam bagian inti delik penyalahgunaan wewenang atau penyalahgunaan kekuasaan sebagaimana dimaksudkan Pasal 12 huruf e UUPTPK 1999 jo. Pasal I angka 2 UUPPTPK 2001. Ketiga kepentingan hukum yang harus dilindungi tersebut yang satu dengan lainnya saling berkaitan erat.

Pertama, integritas pegawai negeri atau penyelenggara negara.

Mengenai integritas ini, C.P.M. Cleiren dan kawan-kawan<sup>142</sup> menuliskannya saat memberikan komentar terhadap Pasal 365 Sr umumnya dan bagian inti delik penyalahgunaan kekuasaan khususnya, sebagai berikut : 5. *Beschremd belang/strekking. Dit is zowel een delict tegen een public belang – de integriteit waarmee de ambtsbediening wordt uitgeoefend – als tegen de persoonlijke vrijheid van degene die gedwongen wordt.* (Terjemahan bebas : 5. Kepentingan yang dilindungi/maksud. Hal ini merupakan baik suatu delik yang bertentangan dengan kepentingan umum – integritas yang diemban dalam melaksanakan jabatan – maupun yang bertentangan dengan kebebasan perseorangan dari mereka yang dipaksa) Perkataan integritas tersebut berasal dari bahasa Latin *integritas* yang juga memiliki karakter, seperti : *onbevengtheid, onpartijdigheid, onbedorvenheid, reinheid* dan *onbaatzuchtigheid*.<sup>143</sup> (Terjemahan bebas : tak berprasangka buruk, tak memihak, tak rakus, tanpa pamrih, dan mendahulukan

kepentingan umum daripada kepentingan pribadi) Secara etimologi tadi, integritas memiliki muatan yang luas dari sekedar hanya suap dan penggelapan. Integritas dari seorang pegawai negeri atau penyelenggara negara dapat berarti

*“een gezindheid van onkreukbaarheid en rechtschapenheid, loyaliteit en*

<sup>142</sup> *Ibid.*, hal.1356

<sup>143</sup> Hermans (2000) dan Hoekstra (2001) dikutip dari E. Sikkema, *Op.Cit.*, hal. 11



*onpartijdigheid, objectiviteit en rechtvaardigheid.*<sup>144</sup> (Terjemahan bebas : suatu kondisi yang berdisiplin dan berkejujuran, bersikap setia dan netral, bertindak obyektif dan adil) Integritas dapat pula dirumuskan secara negatif : "*Onder aantasting van integriteit verstaan we dan het...oneigenlijk of onrechtmatig gebruik maken van positie, kennis, macht, relaties of bevoegdheid ten behoeve van zichzelf en/of van derden.*"<sup>145</sup> (Terjemahan bebas : Yang dimaksud dengan menyerang integritas...penggunaan posisi, pengetahuan, kekuasaan, hubungan-hubungan atau wewenang yang tidak semestinya atau melanggar hukum demi kepentingan diri sendiri dan/atau pihak ketiga) Rumusan negatif ini jelaslah mempunyai makna yang serupa dengan rumusan korupsi. Lebih lanjut menurut Niemeijer dan kawan-kawan,<sup>146</sup> perbuatan-perbuatan yang berintegrasi sebagai "*handelen in overeenstemming met maatschappelijk geaccepteerde waarden en normen;*" (Terjemahan bebas : perbuatan-perbuatan yang sesuai dengan nilai-nilai dan norma-norma yang diterima oleh masyarakat) dengan perkataan lain, perbuatan yang berintegrasi adalah perbuatan yang bermartabat sesuai dengan *fatsoen* pemerintahan dan nilai-nilai serta norma-norma etika yang diterima. Bilamana pelaksanaan kekuasaan bertentangan dengan nilai-nilai dan norma-norma dimaksud, maka terjadilah yang disebut dengan "pembusukan kekuasaan" (*machtsbederf*).

Kedua, kepercayaan terhadap integritas pegawai negeri atau penyelenggara negara. Mengenai kepercayaan tersebut, J.F.L Roording<sup>147</sup> menyatakan bahwa "*In de kern gaat het om het beschermen van vertrouwen en*

<sup>144</sup>E. Sikkema, *Ibid*.

<sup>145</sup>van Vugt/Boet (1994) dikutip dari E. Sikkema, *Ibid*.

<sup>146</sup>Niemeijer/Huisman/Beijers (1997) dikutip dari E. Sikkema, *Ibid*.

<sup>147</sup>J.F.L Roording, "Corruptie in het Nederlandse strafrecht," *Delikt en Delinkwent*, 32 (2002), cet. 2, hal. 108

*van vertrouwensrelaties.... Bij ambtelijke corruptie is het primair het vertrouwen dat de burgers in het overheidsapparaat moeten kunnen stellen (de 'publica fides').* (Terjemahan bebas : Intinya, hal tersebut berkaitan dengan perlindungan kepercayaan dan hubungan-hubungan kepercayaan.... Pada korupsi jabatan yang primer adalah kepercayaan yang seharusnya warga negara dapat berikan terhadap aparat penguasa) Lebih lanjut J.F.L. Roording jelaskan, sebagai berikut :

*De burger moet erop kunnen vertrouwen dat beslissingen van de overheid op objectieve gronden, zonder aanzien des persoon, worden genomen. Anders gezegd : voorkomen moet worden dat ambtenaren worden verleid om gelijke gevallen niet gelijk te behandelen. Naast het vertrouwen dat de burgers in de ambtenaren moeten kunnen hebben, speelt bij de strafbaarstelling van ambtelijke corruptie ook het vertrouwen van het central gezag in het eigen apparaat een rol.*<sup>148</sup>

(Terjemahan bebas : Warga negara seharusnya dapat mempercayai, bahwa keputusan-keputusan yang diambil penguasa atas dasar yang obyektif tanpa memandang orang. Dengan perkataan lain, harus terjadi bahwa pegawai negeri atau penyelenggara negara digoda untuk berbuat terhadap hal-hal yang sama, secara tidak sama. Di samping kepercayaan yang para warga negara harus miliki terhadap pegawai negeri atau penyelenggara negara, juga pada pemidanaan korupsi jabatan kepercayaan terhadap penguasa pusat memainkan peranan)

Selain itu, E.Sikkema<sup>149</sup> juga menyinggung tentang kepercayaan sebagai kepentingan hukum ketika berbicara tentang makna "gezag", antara lain :

*Alleen ambtenaren schenden door aldus te handelen het beschermde rechtsbelang : het vertrouwen in de integriteit van de overheid. In die zin kan met een ruime interpretatie van "gezag" naar mijn mening wel worden ingestemd.*" (Terjemahan bebas : Semua pegawai negeri atau penyelenggara negara melanggar sedemikian rupa melalui perbuatan-perbuatannya kepentingan hukum yang dilindungi : kepercayaan terhadap integritas penguasa. Artinya, menurut pendapat saya memang dapat sesuai dengan penafsiran yang luas mengenai "kekuasaan")

Di sini tidak dapat dipungkiri, bahwa kepercayaan masyarakat terhadap integritas pemerintah pada umumnya dan terhadap integritas pegawai negeri atau penyelenggara negara pada khususnya memegang peran yang menentukan.

<sup>148</sup> *Ibid.*

<sup>149</sup> *Op.Cit.*, hal. 491



Tanpa kepercayaan tersebut, niscaya pemerintahan tidak dapat berjalan secara efektif, bahkan mungkin lumpuh.

Ketiga, harta kekayaan negara yang merupakan milik masyarakat (*public treasure* atau *public goods*). Berkaitan dengan harta kekayaan negara tersebut, pembentuk undang-undang dalam Penjelasan UUPTK 1999 menyatakan :

"... yang diharapkan mampu memenuhi dan mengantisipasi perkembangan kebutuhan hukum masyarakat dalam rangka mencegah dan memberantas secara lebih efektif setiap bentuk tindak pidana korupsi yang sangat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara pada khususnya serta masyarakat pada umumnya.

Selanjutnya Penjelasan UUPTK 1999 menerangkan :

Keuangan negara yang dimaksud adalah seluruh kekayaan negara, dalam bentuk apapun, yang dipisahkan atau yang tidak dipisahkan, termasuk di dalamnya segala bagian kekayaan negara dan segala hak dan kewajiban yang timbul karena

- (a) berada dalam penguasaan, pengurusan, dan pertanggungjawaban pejabat lembaga Negara, baik di tingkat pusat maupun di daerah.
- (b) berada dalam penguasaan, pengurusan, dan pertanggungjawaban Badan Usaha Milik Negara/Badan Usaha Milik Daerah, yayasan, badan hukum, dan perusahaan yang menyertakan modal negara, atau perusahaan yang menyertakan modal pihak ketiga berdasarkan perjanjian dengan Negara.

Sedangkan yang dimaksud Perekonomian Negara adalah kehidupan perekonomian yang disusun sebagai usaha bersama berdasarkan asas kekeluargaan ataupun usaha masyarakat secara mandiri yang didasarkan pada Kebijakan Pemerintah, baik di tingkat pusat maupun di daerah sesuai dengan ketentuan perundang-undangan yang berlaku yang bertujuan memberikan manfaat, kemakmuran, dan kesejahteraan kepada seluruh kehidupan rakyat.

Ketiga kepentingan hukum yang harus dilindungi tersebut di atas dapat dipilah menjadi : kepentingan hukum yang individual, kepentingan hukum yang

kolektif (masyarakat) dan kepentingan hukum yang negara.<sup>150</sup> Kepentingan-kepentingan hukum dimaksud dipandang sebagai norma yang dikandung dalam bagian inti delik penyalahgunaan wewenang. Agar kepentingan-kepentingan

<sup>150</sup>Bandingkan dengan Simons, *Op.Cit.*, hal. 111; Bandingkan juga dengan H.B. Vos, *Op.Cit.*, hal. 25





hukum ini dapat dilindungi sebagaimana mestinya, maka pegawai negeri atau penyelenggara negara sebagai pengemban amanat harus menjalankan wewenang yang berada padanya secermat mungkin.

Berdasarkan uraian mengenai teori tindak pidana di atas, maka ada terdapat beberapa hal yang harus digarisbawahi dalam penulisan ini. Beberapa hal dimaksud adalah, antara lain:

1. Ajaran yang dirujuk di sini adalah ajaran dualisme yang membedakan dan memisahkan antara tindak pidana dengan pembuat tindak pidana; dengan bahasa lain, prinsip *daad-dader strafrecht* atau *tat-tater strafrecht* atau *actus reus and mens rea*. Ajaran atau prinsip ini memiliki akarnya dalam faham determinisme.
2. Tindak pidana (*strafbaarheid van het feit*) ini memuat bagian inti delik yang merupakan perilaku yang disadari sebagaimana dikemukakan oleh H.B. Vos.
3. Selain itu, dalam setiap bagian in delik terkandung kepentingan hukum yang harus dilindungi. Dalam konteks ini, kepentingan hukum yang harus dilindungi adalah integritas penyelenggara negara serta pegawai negeri, kepercayaan terhadap integritas tersebut dan harta kekayaan negara.

### 2.1.3. Teori Sifat Melawan Hukum

Berdasarkan pendapat van Bemmelen dan Putusan MARB Nomor 346 K/KR/1980 tanggal 25 Januari 1984 yang telah dikemukakan sebelumnya, sifat melawan hukum (*wederrechtelijkheid*) termasuk ke dalam unsur (*element*). Hal ini berarti, bahwa sifat melawan hukum dianggap selalu terdapat dalam setiap perumusan tindak pidana. Ketiadaan sifat melawan hukum tersebut dalam perumusan tindak pidana secara tersurat menyebabkan tidak perlunya penguraian dalam surat dakwaan dan pembuktian dalam sidang di pengadilan.



Namun sebaliknya, bila keberadaan sifat melawan hukum tersebut dalam perumusan tindak pidana tersurat secara nyata maka memiliki konsekuensi untuk menguraikannya dalam surat dakwaan dan membuktikannya dalam sidang di pengadilan; artinya, di sini sifat melawan hukum merupakan bagian inti delik.

Sudah lazim dalam perumusan tindak pidana, sifat melawan hukum tidak selalu tertulis dengan jelas; dengan perkataan lain, pencantuman sifat melawan hukum dalam perumusan tindak pidana seringkali mempergunakan pelbagai perumusan yang berbeda-beda selain perumusan sifat melawan hukum itu sendiri.<sup>151</sup> Misalnya di dalam KUHP : "*zonder daartoe gerechtigd te zijn*" (tanpa hak untuk itu) yang tercantum dalam Pasal 303, Pasal 548 KUHP dan Pasal 549 KUHP, "*zonder verlof*" (tanpa izin) yang tertuang dalam Pasal 496 KUHP dan Pasal 510 KUHP, "*met overschrijding van zijne bevoegdheid*" (dengan melampaui kekuasaannya) yang terdapat dalam Pasal 430 KUHP, "*zonder inachtneming van de bij algemeene verordening bepaalde vormen*" (tanpa memperhatikan bentuk-bentuk yang ditentukan oleh peraturan umum) yang tersurat dalam Pasal 429 KUHP. Hal ini juga telah mendapat penegasan dari D. Hazewinkel-Suringa<sup>152</sup> yang menyatakan :

*In tal van delicten bijv. stoten wij op het element 'wederrechtelijk' of varianten daarvan als onrechtmatig, zonder daartoe gerechtigd te zijn, zonder verlof, met overschrijding der bevoegdheid (zie de artt. 138, 168, 282, 284, 321, 326, 350, 370).*" (Terjemahan bebas : Dalam sejumlah tindak pidana, misalnya, kita bertemu dengan unsur "melawan hukum" atau variasi dari itu seperti melanggar hukum, tanpa berhak untuk itu, tanpa izin, dengan melampaui batas wewenang (lihat Pasal-pasal 138, 168, 282, 284, 321, 326, 350, 370)

Lebih lengkap lagi, Pompe<sup>153</sup> menerangkan pendapatnya yang tertulis :

<sup>151</sup> Bandingkan dengan J.E. Jonkers, *Op.Cit.*, hal. 64

<sup>152</sup> *Op.Cit.*, hal. 124

<sup>153</sup> *Op.Cit.*, hal. 98

*Wederrechtelijkheid is dus in het algemeen geen bestanddeel van het strafbare feit, tenzij uitdrukkelijk in de wettelijke omschrijving opgenomen. In verschillende artikelen gebruikt de wetgever intussen in de wettelijke omschrijving termen, welke zakelijk met wederrechtelijkheid veel overeenkomst vertonen. Het diudelijkste voorbeeld hiervan geeft wel art. 254 Sr., waarbij strafbaar gesteld wordt hij, die „zonder redelijk doel of met overschrijding van hetgeen ter bereiking van zoodanig doel toelaatbaar is”, opzrtelijk aan een dier pijn of letsel veroorzaakt enz. Kort gezegd komt de tussen aanhalingstekens geplaatste formule neer op : „zonder redelijk – en dus geoorloofd – doel of zonder redelijk – en dus geoorloofd – middel (tot een redelijk doel)”. Deze formule zou men als een ander, aan de doelgedachte in het recht aangepaste, bewoording kunnen opvatten van wat bij strafbare feiten onder wederrechtelijk te verstaan is. Op grond van de gebruikte formule valt b.v. de vivisectie, binnen redelijke grenzen toegepast, niet onder art. 254 Sr. (Terjemahan bebas : Jadi, sifat melawan hukum secara umum bukan merupakan bagian inti delik dari tindak pidana-tindak pidana, kecuali secara tegas dimuat dalam perumusan perundang-undangan. Sementara itu, dalam pelbagai pasal pembentuk undang-undang mempergunakan istilah-istilah dalam perumusan perundang-undangan yang secara obyektif menunjukkan sangat berkesesuaian dengan sifat melawan hukum. Contoh yang sangat jelas mengenai ini diberikan Pasal 254 Sr. [Pasal 302 KUHP, pen.] yang dapat dipidana barang siapa tanpa tujuan yang patut atau dengan melampaui apa yang diperkenankan untuk mencapai tujuan demikian, dengan sengaja menyebabkan sakit atau luka-luka pada seekor binatang dan seterusnya. Singkat kata perumusan yang diletakan diantara tanda-tanda kutip berarti : tanpa tujuan yang patut – dan juga diizinkan atau tanpa sarana yang patut – dan juga diizinkan untuk mencapai suatu tujuan yang patut. Orang dapat berpendapat mengenai perumusan ini sebagai suatu perkataan yang berbeda, disesuaikan dengan maksud pikiran dalam hukum, mengenai apa yang dimaksud melawan hukum pada tindak pidana-tindak pidana. Atas dasar perumusan yang telah dipergunakan tersebut, misalnya percobaan terhadap binatang, yang diterapkan dalam batas-batas yang patut, tidak termasuk ke dalam Pasal 254 Sr. [Pasal 302 KUHP, pen.]*

Di samping yang terdapat di dalam KUHP, ada juga yang tercantum dalam UUPTPK 1999 jo. UUPPTK 2001, misalnya : “menyalahgunakan kewenangan, kesempatan atau sarana yang ada karena jabatan dan kedudukan” ex. Pasal 3 UUPTPK 1999, “yang bertentangan dengan kewajibannya” ex. Pasal 12 huruf a dan huruf b UUPTPK 1999 jo. Pasal 1 angka 2 UUPPTK 2001, “menyalahgunakan kekuasaan” ex. Pasal 12 huruf e UUPTPK 1999 jo. Pasal I





angka 2 UUPPTPK 2001, "padahal diketahuinya bahwa perbuatan tersebut bertentangan dengan peraturan perundang-undangan" ex. Pasal 12 huruf h UUPTPK 1999 jo. Pasal 1 angka 2 UUPPTPK 2001, dan "yang berlawanan dengan kewajibannya atau tugasnya" ex. Pasal 12 B UUPTPK 1999 jo. Pasal 1 angka 3 UUPPTPK 2001.

Demikian pula di dalam *United Nations Convention against Corruption*, sifat melawan hukum telah tercantum dalam perumusan tindak pidana walaupun ditulis dengan pelbagai perumusan yang berlain-lainan, misalnya : "*act or refrain from acting in the exercise of his or her official duties*" (berbuat atau tidak berbuat dalam melaksanakan kewajiban jabatannya) ex. Pasal 15 *United Nations Convention against Corruption*, "*in order to obtain or retain business or other undue advantage in relation to the conduct of international business*" (agar memperoleh atau menguasai bisnis atau keuntungan yang tidak layak lainnya berkaitan dengan perilaku bisnis internasional) ex. Pasal 16 *United Nations Convention against Corruption*, dan "*in violation laws*" (melanggar hukum) ex. Pasal 19 *United Nations Convention against Corruption*.

Sifat melawan hukum merupakan alih-bahasa dari istilah berbahasa Belanda *wederrechtelijk*, selain itu juga, istilah tersebut tertulis *unlawfull act*<sup>154</sup> dalam bahasa Inggris dan *rechtswidrige tat*<sup>155</sup> dalam bahasa Jerman.

Banyak pihak yang masih berpegang pada pendapat, bahwa sifat melawan hukum terbatas hanya bertentangan dengan hukum yang tertulis atau

<sup>154</sup>J.C. Smith dan Brian Hogan, *Criminal Law*, ed. Ke-4, London : Butterworths, 1978, hal.

<sup>155</sup>Lihat Pasal 11 angka 5 *Strafgesetzbuch* (StGB).

peraturan, perundang-undangan saja. Salah satu diantaranya adalah Simons<sup>156</sup> yang menyatakan, antara lain :

*Elk strafbaar feit is, ..., als de overtreding van een verbod of gebod, van een rechtsvoorschrift eene formeel onrechtmatige handeling. In de daarna volgende paragraaf hebben wij de voorwaarden aangewezen, waaraan eene handeling moet voldoen om als strafwaardig te worden beschouwd en te worden strafbaar gesteld. De beoordeeling, of die voorwaarden vervuld zijn, berust bij den wetgever; de door hem gegeven omschrijving van verbods- of gebodsvoorschrift beslist over de onrechtmatigheid der handeling uit positief-rechtelijk oogpunt. Om strafbaar te zijn moet het gepleegde pleit onder die omschrijving vallen, in overeenstemming zijn met den delictsinhoud naar de wettelijke strafbepaling.* (Terjemahan bebas : Setiap tindak pidana merupakan, ..., sebagai pelanggaran terhadap larangan dan keharusan dari suatu ketentuan hukum, suatu perbuatan melanggar hukum yang formil. Dalam paragraf selanjutnya setelah itu kita telah menunjukkan syarat-syarat yang suatu perbuatan harus penuhi untuk dipandang patut dipidana dan ditetapkan dapat dipidana. Penilaian, apakah syarat-syarat tersebut terpenuhi, diserahkan kepada pembentuk undang-undang; perumusan yang diberikan olehnya [pembentuk undang-undang, pen.] mengenai ketentuan yang melarang atau yang mengharuskan menentukan tentang sifat melanggar hukumnya suatu perbuatan dari sudut pandang hukum positif. Untuk dapat dipidana perbuatan yang dilakukan harus memenuhi perumusan tersebut, sesuai dengan isi delik menurut suatu ketentuan pidana perundang-undangan)

Pandangan Simons ini memiliki beberapa alasan. Pertama, Simons tidak menginginkan sifat melawan hukum dari suatu perbuatan berada di bawah kendali keyakinan orang per orang secara pribadi, tetapi kendali tetap berada di tangan pembentuk undang-undang. Oleh karena keyakinan orang per orang bersifat sangat subyektif maka diprakirakan akan menimbulkan ketidakpastian hukum. Dengan demikian, pada gilirannya, ketidakpastian hukum tersebut akan menggoyahkan pilar negara hukum, yakni : asas legalitas sebagaimana yang diatur dan ditetapkan dalam Pasal 1 ayat 1 KUHP. Pasal 1 ayat 1 KUHP tersebut menetapkan, sebagai berikut : "*Geen feit is strafbaar dan uit kracht van eene daaraan voorafgegane wettelijke strafbepaling.*" (CP. 4 ; AB. 1v., 15)

<sup>156</sup> *Op.Cit.*, hal. 256

(Terjemahan bebas : Tiada perbuatan yang dapat dipidana selain berdasarkan ketentuan pidana dalam perundang-undangan yang sebelumnya telah ada yang mengatur mengenai perbuatan tersebut) Oemar Seno Adji<sup>157</sup> menjelaskan asas legalitas di negara hukum ini, sebagai berikut :

Prinsip "legality" merupakan karakteristik yang essentieel, baik ia dikemukakan oleh "Rule of Law" – konsep, maupun oleh faham "Rechtsstaat" dahulu, maupun oleh konsep "Socialist Legality". Demikian misalnya larangan berlakunya hukum Pidana secara retroaktif atau retrospective, larangan analogi, berlakunya asas "nullum delictum" dalam Hukum Pidana, kesemuanya itu merupakan suatu refleksi dari prinsip "legality".

Kedua, Simons menolak anasir-anasir (standard, nilai-nilai, norma, dan kriteria) *extra-legal* dalam penerapan perundang-undangan oleh hakim. Khususnya, penerapan yang berhubungan dengan norma budaya (*de norm der kultuur*). Pandangan Simons terkenal dengan sebutan ajaran sifat melawan hukum yang formil.

Selain itu, di dalam teori dan praktek ada terdapat juga yang disebut dengan ajaran sifat melawan hukum yang materil. Ajaran ini menyatakan, bahwa sifat melawan hukum dari suatu perbuatan tidak hanya karena perbuatan tersebut mencocoki perumusan tindak pidana dalam perundang-undangan, melainkan juga karena perbuatan tersebut melanggar asas-asas hukum yang tidak tertulis.<sup>158</sup> Hal ini sudah barang tentu sesuai dengan asal usul kata sifat melawan hukum (*wederrechtelijk*) itu sendiri. Pompe<sup>159</sup> menyatakan, antara lain :  
 "Wederrechtelijk betekent : *in strijd met het recht, hetgeen ruimer is dan : in strijd met de wet.*" (Terjemahan bebas : Sifat melawan hukum berarti :

<sup>157</sup>Oemar Seno Adji, *Peradilan Bebas Negara Hukum*, Jakarta : Erlangga, 1985, hal. 21

<sup>158</sup>Bandingkan dengan H.B. Vos, *Op.Cit.*, hal. 133; bandingkan pula dengan Jonkers, *Op.Cit.*, hal. 64

<sup>159</sup>*Op.Cit.*, hal. 91



bertentangan dengan hukum, yang lebih luas daripada : bertentangan dengan undang-undang) Selanjutnya, Pompe<sup>160</sup> menulis lebih terperinci :

*Behalve wettelijke voorschriften komen hier ongeschreven regelen in aanmerking. Dit is ini overeenstemming met de betekenis van onrechtmatig, een synoniem van wederrechtelijk, in art. 1401 B.W. Men vergelijkte het arrest van den Hogen Raad omtrent dit artikel (H.R. 31 Januari 1919 N.J. 1919 blz. 161 W. 10365), waarin ook een gedraging tegen het ongeschreven recht, waaronder de goede zeden, onrechtmatig geacht wordt.* (Terjemahan bebas : Kecuali ketentuan perundang-undangan, di sini aturan-aturan tidak tertulis diperhatikan. Hal ini sesuai dengan makna melanggar hukum, suatu sinonim dari melawan hukum, dalam Pasal 1401 B.W. [Pasal 1365 KUHPerdata, pen.]. Orang membandingkan putusan Hogen Raad mengenai pasal ini [H.R. 31 Januari 1919 N.J. 1919 blz. 161 W. 10365], yang di dalamnya juga suatu perilaku bertentangan dengan hukum tidak tertulis, termasuk kesuisaan yang baik, dipandang melanggar hukum)

Di samping Pompe, ajaran ini mendapat dukungan pula dari H.B. Vos,<sup>161</sup> van Bemmelen dan van Hattum,<sup>162</sup> J.E. Jonkers,<sup>163</sup> D. Hazewinkel-Suringa<sup>164</sup> serta N. Jörg dan C.Kelk.<sup>165</sup> Bahkan, sesungguhnya pembentuk KUHP telah juga mengakui ajaran ini sebagaimana yang tertuang dalam M.v.T (*Memorie van Toelichting*). Adapun pengakuan tersebut seperti yang dikomentari oleh Pompe,<sup>166</sup> tertulis sebagai berikut :

*Deze ruime betekenis komt ook overeen met de bedoeling, die de wetgever bijkens de reeds geciteerde plaats der M.v.T. met het opnemen van het woord wederrechtelijk in de wettelijke omschrijving had. Daar staat immers vermeld, dat alleen dan de uitdrukking bij de omschrijving van bepaalde misdrijven is gebezigd, wanneer er gevaar kan zijn, dat anders ook hij, die van zijn recht gebruik maakt, in de bepaling der strafwet zou vallen. M.a.w. indien er een eigen recht bestaat, zou de wederrechtelijkheid vervallen. De schrijver der M.v.T. heeft hiermee niet willen zeggen, dat wederrechtelijk zou betekenen : zonder eigen recht. In dezelfde M.v.T. blijkt immers vlak vóór de geciteerde plaats, dat de schrijver der toelichting wederrechtelijk opvat als : in strijd met het recht. Zoals in de volgende alinea zal blijken, kent de wet dan ook bepalingen, waarin de als bestanddeel opgenomen*

<sup>160</sup>Ibid., hal. 92

<sup>161</sup>Op.Cit., hal. 134

<sup>162</sup>Op.Cit., hal. 224

<sup>163</sup>Op.Cit., hal. 61

<sup>164</sup>Op.Cit., hal. 124-125

<sup>165</sup>Op.Cit., hal. 118

<sup>166</sup>Loc.Cit.

*wederrechtelijkheid niet reeds aanwezig is met het ontbreken van eigen recht. Uit de toelichting kan men echter wel afleiden, dat voor de wederrechtelijkheid in den zin van strijd met het recht niet een afzonderlijke wettelijke bepaling wordt geeïst, krachtens welke het feit verboden is. Ontbreken van eigen recht is immers voor de in de toelichting bedoelde gevallen voldoende om het feit volgens de wettelijke omschrijving wederrechtelijk te doen zijn. In den gedachtengang der toelichting is derhalve de betekenis van wederrechtelijk niet beperkt tot : in strijd met het geschreven recht.* (Terjemahan bebas : Makna yang luas ini juga sesuai dengan maksud yang pembentuk undang-undang tampaknya sudah dicantumkan dalam memori penjelasan dengan pemuatan kata melawan hukum dalam perumusan tindak pidana. Di sana sebetulnya telah disebutkan, bahwa memang ungkapan tersebut hanya dipergunakan dalam perumusan kejahatan-kejahatan tertentu bilamana terdapat bahaya, bahwa selain dari orang yang mempergunakan haknya, akan memcocoki ketentuan perundang-undangan pidana. Dengan perkataan lain, jika terdapat haknya, sifat melawan hukum akan hapus. Namun demikian penulis memori penjelasan telah tidak ingin mengatakan, bahwa melawan hukum akan berarti : tanpa hak. Dalam memori penjelasan yang sama sesungguhnya tampak telah tercantum, bahwa penulis penjelasan berpendapat melawan hukum sebagai : bertentangan dengan hukum. Seperti akan tampak dalam alinea selanjutnya, memang undang-undang menunjukkan ketentuan-ketentuan yang di dalamnya sifat melawan hukum dimuat sebagai bagian inti delik tidak selalu sesuai dengan ketiadaan haknya. Tetapi berdasarkan penjelasan tersebut orang dapat menyimpulkan, bahwa untuk bersifat melawan hukum dalam arti bertentangan dengan hukum tadi tidak disyaratkan suatu ketentuan perundang-undangan khusus, yang berdasarkan ketentuan itu perbuatan dilarang. Untuk hal-hal yang dimaksudkan dalam penjelasan tersebut sesungguhnya ketiadaan haknya telah cukup untuk menjadikan suatu perbuatan bersifat melawan hukum menurut perumusan perundang-undangan. Sesuai dengan jalan berfikir penjelasan, oleh karena itu makna melawan hukum tidak terbatas pada : bertentangan dengan hukum yang tertulis)

Di Indonesia, ajaran sifat melawan hukum yang materil ini mendapat sokongan dari, antara lain : Mardjono Reksodipoetro<sup>167</sup> dan Romli Atmasasmita. Romli Atmasasmita<sup>168</sup> menyatakan, antara lain :

Dalam konteks penegakan hukum terhadap tindak pidana narkotika transnasional yang dilakukan di luar batas teritorial, penulis berpendapat bahwa peranan unsur sifat melawan hukum yang materiel

<sup>167</sup>Mardjono Reksodipoetro, "Pembaharuan Hukum Pidana," Kumpulan Karangan Buku Keempat. Pusat Pelayanan Hukum dan Keadilan (d/h Lembaga Kriminologi) Universitas Indonesia, 1995, hal. 108-109

<sup>168</sup>*Op. Cit.*, hal. 119





dengan fungsi yang positif tampak sangat relevan dengan pemakaian asas legalitas yang materiel sebagai alas hukum bagi penuntutan dan peradilan tindak pidana narkotika tersebut. (digarisbawahi oleh Romli Atmasasmita)

Meskipun dukungan terhadap ajaran sifat melawan hukum yang materiel sangat luas, tetapi penerapan ajaran tersebut dengan fungsinya yang positif dalam praktek seringkali mendapat banyak kritik. Hal ini dikarenakan terhalang oleh keberadaan asas legalitas jo. Pasal 1 ayat (1) KUHP. Yang terjadi selama ini di dalam praktek justru sebaliknya, ajaran sifat melawan hukum yang materiel dimaksud seringkali diterapkan dengan fungsinya yang negatif. Hal ini diartikan oleh Roeslan Saleh<sup>169</sup> sebagai "suatu perbuatan yang dilarang oleh undang-undang dapat dikecualikan oleh aturan hukum tidak tertulis sehingga tidak menjadi perbuatan pidana." Di Belanda, contoh yang sering dikemukakan adalah *Veearts Arrest* (putusan tentang dokter hewan di desa *Huizen*) 1933.<sup>170</sup> Di Indonesia, putusan MARI No. 42K/Kr/1965 tanggal 8 Januari 1966<sup>171</sup> dalam perkara Machroes Effendi dipandang sebagai "garis-baru" penerapan ajaran sifat melawan hukum yang materiel dengan fungsinya yang negatif. Majelis hakim agung MA dalam perkara tersebut menimbang, antara lain :  
Suatu tindakan pada umumnya dapat hilang sifatnya sebagai melawan hukum bukan hanya berdasarkan sesuatu ketentuan dalam perundang-undangan, melainkan juga berdasarkan Azas-azas keadilan atau azas-azas hukum yang tidak tertulis dan bersifat umum, dalam perkara ini, misalnya faktor-faktor negara tidak dirugikan, kepentingan umum dilayani dan terdakwa sendiri tidak mendapat untung.

Selanjutnya, putusan MARI ini diikuti putusan-putusan MARI yang lainnya. Dalam putusan MARI No. 30K/Kr/1969 tanggal 6 Juni 1970<sup>172</sup> dalam perkara

<sup>169</sup> *Op.Cit.*, hal. 18

<sup>170</sup> Lihat lengkapnya dalam J.M. van Bemmelen dan H. Burgersdijk, *Arresten over Strafrecht*, Haarlem : H.D. Tjeenk Willink & Zoon N.V., 1949, hal. 22-26

<sup>171</sup> Dikutip dari R. Achmad Soemadipradja, *Op.Cit.*, hal. 76

<sup>172</sup> *Ibid.*, hal. 74



“penadahan” sebuah scooter merk vespa jo. Pasal 480 ayat (1) KUHP, keberatan-keberatan yang diajukan pemohon kasasi telah diterima oleh Majelis hakim agung dengan pertimbangan, antara lain :

Menimbang, bahwa dalam setiap tindak pidana selalu ada unsur “sifat melawan hukum” dari perbuatan-perbuatan yang dituduhkan, walaupun dalam rumusan delik tidak selalu ditjantumkan;

bahwa tanpa adanya unsur sifat melawan hukum ini tidak mungkin perbuatan-perbuatan yang dituduhkan merupakan suatu tindak pidana; bahwa walaupun rumusan delik penadahan tidak mentjantumkan unsur sifat melawan hukum, tidak berarti perbuatan-perbuatan yang dituduhkan telah merupakan delik penadahan, walaupun sifat melawan hukum tidak ada sama sekali;

Menimbang, bahwa walaupun perbuatan-perbuatan yang dituduhkan pada terdakwa telah terbukti semuanya, akan tetapi, Mahkamah Agung berpendapat, bahwa perbuatan-perbuatan tersebut, bukanlah merupakan tindak pidana penadahan, karena sifat melawan hukumnya tidak ada sama sekali;

Yang lain adalah putusan MARI No. 72K/Kr/1970 tanggal 27 Mei 1972<sup>173</sup>

dalam perkara Mohamad Toha Ilyas dan Wilson Hutahuruk atau perkara CALTEX tentang pembayaran cek yang tidak ditutup oleh dana yang cukup (cek kosong).

Adapun kaidah hukum yang dapat ditarik dari putusan perkara tersebut, yakni :

meskipun didakwakan dengan suatu delik formil, tetapi hakim secara materil tetap harus memperhatikan juga kemungkinan terdapat keadaan dari seorang terdakwa yang membuatnya tidak dapat dihukum (“*materiele wederrechtelijkheid*”). Kaidah hukum dimaksud dilahirkan berdasarkan

pertimbangan-pertimbangan Majelis hakim agung, sebagai berikut :

Menimbang, bahwa walaupun Undang-undang No. 17/1964 sudah dicabut, namun demi keadilan, Mahkamah Agung berpendapat, merasa perlu mengadakan pertimbangan-pertimbangan atas putusan pengadilan Ekonomi dan pengadilan Ekonomi tersebut, sebagai berikut :

1. Bahwa meskipun Undang-undang No. 17/1964 tersebut merupakan suatu formil delict, namun hakim setjara materiel harus memperhatikan djuga adanya kemungkinan keadaan dari terdakwa-

<sup>173</sup>Ibid.



terdakwa atas dasar mana mereka tak dapat dihukum ("materiele wederrechtelijkheid");

2. Bahwa tujuan daripada Undang-undang tersebut adalah ditujukan kepada adanya kesengajaan untuk memanipulasi, oleh karena mana diberikan sanksi yang berat, yaitu hukuman mati dan sebagainya;
3. Bahwa P.T. CALTEX Pasific Indonesia adalah merupakan suatu perusahaan raksasa yang mempunyai nilai bermilyar-milyar rupiah, sehingga memang aneh kalau tertuduh dengan sengaja mengeluarkan cek kosong sebanjak ± Rp. 3.000.000, (Tiga juta rupiah);
4. Di samping itu, memang ada 2 Bank rekening, yaitu Bank Negara Indonesia Unit I dan Bank Negara Indonesia Unit III, dimana Bank Negara Indonesia Unit I saldonya kurang, sedangkan Bank Negara Indonesia Unit III saldonya cukup. Djadi adalah mungkin adanya kelalaian tanpa sengaja, mengeluarkan tjek atas nama Bank Negara Indonesia Unit I;
5. Bahwa jurisprudensi pada waktu sekarang ini djelas menganut materiele wederrechtelijkheid (Putusan Mahkamah Agung tanggal 8 Djanuari 1966 Reg.No. 42K/Kr/1965);

Dalam pertimbangan selanjutnya dinyatakan :

Menimbang, bahwa berdasarkan alasan tersebut di atas jelas bahwa perbuatan yang dituduhkan kepada para penuntut-kasasi tidak lagi merupakan perbuatan kejahatan maupun pelanggaran, maka oleh karena itu, Mahkamah Agung berpendapat, bahwa putusan pengadilan Ekonomi dan Pengadilan Tinggi Ekonomi harus dibatalkan dan berhubungan dengan itu, Mahkamah Agung akan memberikan keadilannya sendiri sebagaimana lebih lanjut akan diuraikan dalam amar putusan di bawah ini.

Putusan inipun telah diikuti dengan putusan MARI No. 97K/Kr/1973 tanggal 17 Oktober 1973<sup>174</sup> dalam perkara Sabar Sudiman selaku Direktur Utama P.N. Telekomunikasi.

Walaupun pertimbangan dan amar putusan hampir serupa dengan putusan-putusan yang disebut sebelumnya, namun putusan MARI No. 81K/Kr/1973 tanggal 30 Maret 1977<sup>175</sup> dalam perkara Ir. Otjo Danaatmadja memiliki sedikit perbedaan berkaitan dengan sifat melawan hukum yang materil dengan fungsinya yang negatif. Apabila dalam putusan-putusan sebelumnya,

<sup>174</sup>Ibid., hal. 76

<sup>175</sup>Ibid., hal. 79



sifat melawan hukum yang materil dengan fungsinya yang negatif merupakan alasan pembenar (*fait d' justification*), maka menurut putusan MARI yang disebut terakhir ini justru sifat melawan hukum yang materil dengan fungsinya yang negatif menjadi alasan pemaaf (*fait d' excuse*). Hal ini ternyata dalam pertimbangannya, sebagai berikut :

Azas "materiele wederrechtelijkheid" merupakan suatu "buitenwettelijk uitsluitingsgrond", suatu "buitenwettelijk rechtsvaardigingsgrond" dan sebagai alasan yang buitenwettelijk sifatnya merupakan suatu "fait d' excuse" yang tidak tertulis, seperti dirumuskan oleh doktrin dan yurisprudensi.

Sesuai dengan tujuan dari azas "materiele wederrechtelijkheid" suatu perbuatan yang merupakan perbuatan pidana, tidak dapat dipidana, apabila perbuatan tersebut adalah sosial adekuat.

Dengan demikian, pengakuan terhadap sifat melawan hukum yang materil dengan fungsinya yang negatif telah menjadi yurisprudensi-konstan (*standard arrest*) di Indonesia. Hal ini karena sifat melawan hukum yang materil dengan fungsinya yang negatif mendapat tempat dalam pelbagai yurisprudensi, utamanya dalam yurisprudensi Mahkamah Agung.

Bagi Indonesia, sifat melawan hukum yang materil dengan fungsinya yang positif juga telah memperoleh perhatian; dengan perkataan lain, berlakunya asas-asas hukum umum yang tidak tertulis dalam hukum pidana telah mendapat tempat secara akademis maupun praktis. Sekalipun tidak dapat dibantah, bahwa penerapan sifat melawan hukum yang materil dengan fungsinya yang positif itu mengalami kesulitan berhubung dengan adanya Pasal 1 ayat (1) KUHP. Namun demikian, upaya-upaya untuk menerapkan ajaran sifat melawan hukum yang materil dalam fungsinya yang positif tersebut, tidak pernah pupus. Hal ini terjadi, karena sifat melawan hukum yang materil dalam fungsinya yang positif telah lama berdampingan dan saling melengkapi (*co-existence and complement*)

bersama-sama dengan hukum yang tertulis di Indonesia. Kenyataan ini dapat disimpulkan dari tulisan J.C.G. Jonkers,<sup>176</sup> yang menyatakan sebagai berikut :

*Hoewel nu ook de grezen van beider gebied niet nauwkeurig zijn afbakenen, en op de eene plaats een grooteren invloed aan het Mohammedaansche recht wordt gegeven dan op de andere, worden in 't algemeen, wat het burgerlijk recht betreft, alleen het familierecht en erfrecht beheerscht door het Mohammedaansche recht, andere zaken daarentegen, niet alleen uit onkunde van javaan, maar vooral uit voorliefde voor zijne eigene instelling, door het gewoonterecht. Welke strafzaken vóór de inmenging van het nederlandsch government tot het een of het andere gebied behoorden, zal later blijken. Op dit gewoonterecht (met een Arabisch woord adat genaamd) mag het Mohammedaansche recht ook ingewerk hebben, grootendeels bestaat 't toch uit echte landsgewoonten, waarschijnlijk reeds in gebruik voor de komst der Arabieren. Een gedeelte van dat gewoonterecht, zoals 't bestond in de vorstenlanden is gecodificeerd geworden en maakt den inhoud uit van de volgende wetboek : 1. Nawolo pradoto; 2. Anger sedoso; 3. Angger Ageng; en 4. Anger Goenoeng...* (Terjemahan bebas : Meskipun sekarang juga batas-batas kedua bidang [hukum kebiasaan dan hukum Islam, pen.] tidak ditarik dengan tepat, dan sementara itu pengaruh yang sangat besar yang diberikan kepada hukum Islam daripada yang lainnya, umumnya, apa yang berkaitan dengan hukum perdata, hanya hukum keluarga dan hukum waris yang didominasi oleh hukum Islam, perkara-perkara yang lain sebaliknya, tidak hanya dari ketidaktahuan orang Jawa, tetapi terutama dari kecintaan terhadap lembaga-lembaga miliknya sendiri, oleh hukum kebiasaan. Yang mana perkara pidana karena turut campur pemerintah Belanda termasuk ke dalam suatu bidang atau bidang yang lain, akan tampak nanti. Dalam hukum kebiasaan ini (disebut dengan suatu kata Arab adat) hukum Islam juga turut berpengaruh, tetapi sebagian besar hukum kebiasaan terdiri dari kebiasaan pribumi asli, yang mungkin telah berlaku sebelum kedatangan orang-orang Arab. Sebagian dari hukum kebiasaan itu, seperti hukum kebiasaan yang terdapat di wilayah kerajaan telah dikodifikasi dan isinya terdiri dari kitab undang-undang sebagai berikut : 1. Nawolo pradoto; 2. Anger sedoso; 3. Angger Ageng; en 4. Anger Goenoeng...)

Oleh karena keberadaan sifat melawan hukum yang materil dengan fungsinya yang positif itu telah terbukti sebagai bagian yang tidak terpisahkan dari hukum pidana Indonesia, maka harus mendapat tempat di dalamnya.

Banyak pihak telah memperkenalkan pelbagai model jalan keluar untuk

<sup>176</sup>Johann Christoph Gerhard Jonkers, *Over Javaansch Strafrecht*, Charleston, SC : BiblioBazaar, 2008, hal. 1-2

menampung keberadaan sifat melawan hukum yang materil dengan fungsinya yang positif tersebut. Model yang pertama, yakni : penerapan sifat melawan hukum yang materil dengan fungsinya yang positif diserahkan kepada pengadilan yang memiliki yurisdiksi atas terdakwa. Hal ini sudah mendapat penjelasan dari Jonkers,<sup>177</sup> yang menulis antara lain :

*We zullen dan ook hieronder aan de hand van de praktijk zien, dat één Wetboek van Strafrecht voor alle bevolkingsgroepen nog niet wil zeggen : dat het strafrecht nu ook voor elke bevolkingsgroep gelijk is. Integendeel, de uitkomst van de toepassing der strafwet zal in meerde gevallen afhankelijk zijn van den landraad van den bekleade.* (Terjemahan bebas : Oleh karena itu kita akan lihat berdasar atas praktek, bahwa sebuah KUHP untuk seluruh golongan penduduk belum berarti : bahwa hukum pidana sekarang juga adalah sama untuk setiap golongan penduduk. Sebaliknya, penyelesaian penerapan undang-undang pidana tersebut dalam banyak hal bergantung pada pengadilan terdakwa)

Penjelasan Jonkers ini berdasar atas Pasal 15 AB (*Algemene Bepalingen van Wetgeving*) jo. Pasal 11 AB. Pasal 15 AB yang menetapkan, bahwa : *Behoudens de uitzondering omtrent de Indonesiërs en daarmee gelijkgestelde personen vastgesteld, geeft gewoonte geen regt, dan alleen wanneer de wet daarop verwijst.* (Terjemahan bebas : Selain pengecualian yang ditetapkan mengenai orang-orang Indonesia dan orang-orang yang dipersamakan dengan itu, kebiasaan bukan merupakan peraturan, maka hanya bila undang-undang menunjuk pada kebiasaan itu) Sedangkan Pasal 11 AB mengatur :

*Behoudens de gevallen, in welke Indonesiërs of met deze gelijkgestelde personen zich vrijwillig hebben onderworpen aan de Europeesche bepalingen betrekkelijk het burgerlijk en het handelsregt, of waarin zoodanige of andere wettelijke bepalingen op hen zijn toepasselijk verklaard, blijven ten aanzien van die personen van kracht, en worden door den Indonésischen regter toegepast, derzelve godsdienstige wetten, volksinstellingen en gebruiken, voor zoo ver niet in strijd zijn met algemeen erkende beginselen van billijkheid an regtvaardigheid.* (Terjemahan bebas : Kecuali hal-hal tersebut, yang di dalamnya orang-

<sup>177</sup> *Op.Cit.*, hal. 5

orang Indonesia atau orang-orang yang dipersamakan dengan ini yang telah tunduk secara sukarela pada ketentuan-ketentuan Eropa berkaitan dengan hukum perdata dan hukum dagang, atau yang di dalamnya ketentuan-ketentuan perundang-undangan dinyatakan berlaku padanya, tetap berlaku berkaitan dengan orang-orang tersebut, dan diterapkan oleh hakim-hakim Indonesia, termasuk kitab-kitab agama, lembaga-lembaga masyarakat adat dan kebiasaan-kebiasaan, sejauh tidak bertentangan dengan asas-asas yang diakui umum mengenai kepatutan dan keadilan)

Pasal-pasal ini memberikan pengaruh yang kuat terhadap jalannya peradilan; dalam hal ini, kebiasaan atau adat masih merupakan sumber hukum walaupun

bukan merupakan sumber hukum yang utama. Dalam konteks sifat melawan hukum yang materil dengan fungsinya yang positif, pengertian sifat melawan hukum yang berarti bertentangan dengan hukum, meliputi pula kebiasaan atau

adat tadi sebagaimana yang dinyatakan oleh Jonkers<sup>178</sup>: "*Het herhaaldelijk in de strafwet voorkomende begrip "wederrechtelijk", hetgeen wil zeggen: in strijd met het recht, omvat mede de gewoote.* (Terjemahan bebas: Pengertian

"melawan hukum" yang dicantumkan dalam undang-undang pidana secara berulang-ulang, yang berarti bertentangan dengan hukum, mengandung juga

kebiasaan) Beberapa pasal dalam KUHP memuat pengertian melawan hukum atau kata-kata yang bersependan dengan itu, yang memiliki peluang mencakup

hukum yang tidak tertulis, misalnya, Pasal 302 KUHP *zonder redelijk doel* (tanpa tujuan yang patut) atau *met overschrijding van hetgeen ter bereiking van zoodanig doel toelaatbaar is* (dengan melampaui apa yang diperkenankan untuk

mencapai tujuan demikian). Adapun *Landraad* pernah memeriksa, mengadili, dan memutus perkara-perkara dengan model ini, sebagai berikut: (1) putusan

*Landraad* di Amoentai tanggal 8 Maret 1929 T 133,<sup>179</sup> blz. 368, terdakwa

<sup>178</sup> *Ibid.*

<sup>179</sup> *Ibid.*, hal. 7



diajukan ke muka sidang pengadilan karena dipersalahkan telah melakukan penganiayaan terhadap binatang kerbau jo. Pasal 302 KUHP, (2) putusan *Landraad* di Sindjai tanggal 11 September 1931 T 139,<sup>180</sup> blz. 344, terdakwa diajukan ke muka sidang pengadilan karena dipersalahkan telah melakukan poliandri (menikah dengan dua laki-laki pada saat yang bersamaan) jo. Pasal 279 KUHP, (3) putusan *Landraad* di Maros tanggal 22 September 1931 T 135,<sup>181</sup> blz. 457, terdakwa diajukan ke muka sidang pengadilan karena dipersalahkan telah melakukan poliandri (menikah dengan dua laki-laki pada saat yang bersamaan) jo. Pasal 279 KUHP, dan (4) putusan *Landraad* di Medan tanggal 4 Juli 1933 T 141,<sup>182</sup> blz. 412, terdakwa diajukan ke muka sidang pengadilan karena dipersalahkan telah menyembunyikan orang yang melakukan kejahatan atau dituntut melakukan kejahatan jo. Pasal 221 ayat (1) angka 1 KUHP.

Namun demikian, model yang disebut tadi sudah *out of date* sehingga tidak memungkinkan untuk diterapkan lagi. Adapun alasannya adalah, kesatu, AB (*Algemeen Bepalingen van Wetgeving*) tidak berlaku lagi karena sudah dicabut oleh Undang-undang No 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan. Sedangkan, Undang-undang No 10 Tahun 2004 tersebut tidak memuat ketentuan seperti Pasal 15 AB jo. Pasal 11 AB sepanjang mengenai pemberian pengecualian terhadap orang Indonesia dan orang-orang yang dipersamakan dengan itu, termasuk di dalamnya pengecualian pengadilannya.

Kedua, Indonesia tidak mengenal lagi sistem peradilan seperti yang telah berlaku di zaman kolonial Belanda. Pada masa itu, sistem peradilan berkesesuaian dengan penggolongan penduduk. Untuk golongan bumiputra, peradilan yang

<sup>180</sup> *Ibid.*, hal. 6

<sup>181</sup> *Ibid.*

<sup>182</sup> *Ibid.*





berwenang adalah *Landraad* yang memiliki ruang guna memeriksa, mengadili dan memutus perkara berdasarkan hukum yang berlaku bagi bumiputra atau hukum adat. Pada masa sekarang, sistem peradilan sudah mendapat pengaturan dalam Undang-undang No. 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman, Undang-undang No. 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung jo. Undang-undang No. 5 Tahun 2004 tentang Perubahan atas Undang-undang No. 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung jo. Undang-undang No. 3 Tahun 2009 tentang Perubahan Kedua atas Undang-undang No. 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung serta Undang-undang No. 2 Tahun 1986 tentang Peradilan Umum jo. Undang-undang No. 8 Tahun 2004 tentang Perubahan Undang-undang No. 2 Tahun 1986 tentang Peradilan Umum. Menurut pelbagai perundang-undangan dimaksud, pemeriksaan, pengadilan dan pemutusan perkara pidana berada dalam lingkungan peradilan umum yang memang berperan sebagai salah satu pelaku kekuasaan kehakiman bagi rakyat pencari keadilan pada umumnya. Ketika memeriksa, mengadili dan memutus perkara pidana tersebut, pengadilan melaksanakan berdasarkan hukum dan keadilan dengan tidak membedakan orang. Pengadilan ini berpuncak pada Mahkamah Agung sebagai Pengadilan Negara Tertinggi dari semua lingkungan peradilan. Ketiga, Indonesia tidak lagi mengenal penggolongan penduduk seperti yang terjadi di zaman kolonial Belanda. Berdasarkan Pasal 2 jo Pasal 7 Undang-undang No. 12 Tahun 2006 tentang Kewarganegaraan Republik Indonesia, orang yang bertempat tinggal atau berdomisili di Indonesia terdiri dari Warga Negara Indonesia dan Orang Asing. Begitu juga terhadap baik Warga Negara Indonesia maupun Orang Asing tersebut, hukum pidana yang berlaku merupakan hukum pidana Indonesia yang bersifat unifikasi sebagaimana diatur dan ditetapkan dalam Undang-undang No.



1 Tahun 1946 Republik Indonesia tentang Peraturan Hukum Pidana jo. Undang-undang No.73 Tahun 1958 tentang Menyatakan Berlakunya Undang-undang No.

1 Tahun 1946 Republik Indonesia tentang Peraturan Hukum Pidana untuk Seluruh Wilayah Republik Indonesia dan Mengubah Kitab Undang-undang Hukum Pidana.

Model yang kedua, yaitu : penerapan sifat melawan hukum yang materil dengan fungsinya yang positif berdasar atas penunjukan dari perundang-undangan, khususnya perundang-undangan pidana. Berdasar atas Pasal 15 AB, maka penerapan sifat melawan hukum yang materil dengan fungsinya yang positif sangat mungkin terjadi. Bahkan setelah Indonesia merdeka, ada terdapat ketentuan perundang-undangan yang serupa dengan ketentuan Pasal 15 AB jo.

Pasal 11 AB sejauh berkaitan dengan penunjukan penerapan sifat melawan hukum yang materil dengan fungsinya yang positif tersebut. Yang dimaksud di sini adalah Undang-undang Darurat No. 1 Tahun 1951 tentang Tindakan-tindakan Untuk Menyelenggarakan Susunan, Kekuasaan dan Acara Pengadilan-pengadilan Sipil dan Undang-undang No.14 Tahun 1970 tentang Ketentuan-ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman yang telah dicabut dan diganti dengan Undang-undang No. 4 Tahun 2004 tentang kekuasaan Kehakiman. Selengkapnya

Pasal 5 ayat (3) huruf b Undang-undang Darurat No. 1 Tahun 1951 menetapkan, sebagai berikut :

Hukum materil sipil dan untuk sementara waktupun hukum materil pidana sipil yang sampai kini berlaku untuk kaula-kaula daerah Swapraja dan orang-orang yang dahulu diadili oleh Pengadilan Adat, ada tetap berlaku untuk kaula-kaula dan orang-orang itu, dengan pengertian : Bahwa satu perbuatan menurut hukum yang hidup harus dianggap perbuatan pidana, akan tetapi tiada bandingnya dalam Kita Hukum Pidana Sipil, maka diancam dengan hukuman yang tidak lebih dari tiga bulan penjara dan/atau denda lima ratus rupiah, yaitu sebagai hukuman pengganti bilamana hukuman adat yang dijatuhkan tidak diikuti oleh



pihak yang terhukum dan penggantian yang dimaksud dianggap sepadan oleh hakim dengan besar kesalahan yang terhukum, dan Bahwa, bilamana hukuman adat yang dijatuhkan itu menurut fikiran hakim melampaui padanya dengan hukuman kurungan atau denda yang dimaksud diatas, maka atas kesalahan terdakwa dapat dikenakan hukuman nya pengganti setinggi 10 tahun penjara, dengan penggantian bahwa hukuman adat yang menurut faham hakim tidak selaras lagi dengan zaman senantiasa mesti diganti seperti tersebut diatas dan Bahwa suatu perbuatan yang menurut hukum yang hidup harus dianggap perbuatan pidana dan yang ada bandingnya dalam Kitab Hukum Pidana Sipil, maka dianggap diancam dengan Hukuman yang sama dengan hukuman bandingnya yang paling mirip kepada perbuatan pidana itu.<sup>183</sup>

Sementara itu, Pasal 5 ayat (3) huruf b Undang-undang Darurat No. 1 Tahun 1951 ini berhubungan erat dengan Pasal 16 ayat (1) Undang-undang No. 4 Tahun 2004 (identik dengan Pasal 14 ayat (1) Undang-undang No. 14 Tahun 1970, pen.) jo. Pasal 28 ayat (1) Undang-undang No. 4 Tahun 2004 (identik dengan Pasal 27 ayat (1) Undang-undang No. 14 Tahun 1970, pen.). Pasal 16 ayat (1) Undang-undang No. 4 Tahun 2004 tersebut menentukan : "Pengadilan tidak boleh menolak untuk memeriksa, mengadili dan memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya." Lebih lanjut, Pasal 28 ayat (1) Undang-undang No. 4 Tahun 2004 menggariskan : "Hakim wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat." Ketentuan-ketentuan ini dimaksudkan agar putusan hakim lebih sesuai dengan hukum yang hidup dan rasa keadilan dalam masyarakat.

Ada beberapa perkara yang telah diperiksa, diadili dan diputus oleh Mahkamah Agung Republik Indonesia dengan mempergunakan landasan hukum Pasal 5 ayat (3) huruf b Undang-undang Darurat No. 1 Tahun 1951 jo. Pasal 14 ayat (1) Undang-undang No. 14 Tahun 1970 jo. Pasal 27 ayat (1) Undang-

<sup>183</sup>R. Tresna, *Komentar HIR*, Jakarta : Pradnya Paramita, cet.ke-11, 1984, hal. 37



undang No. 14 Tahun 1970 yang disebut dimuka. Perkara-perkara dimaksud, yakni : (1) putusan MARI No. 59K/Kr/1969<sup>184</sup> tanggal 11 Maret 1970 dalam perkara Nderma Bangun, terdakwa diajukan ke muka sidang Pengadilan Negeri Kabanjahe karena dipersalahkan telah melakukan perbuatan yang melanggar hukum pidana adat karo, Ndjurmak, berupa mengerjakan dan menjual sebidang tanah milik orang lain (saksi Samin K Purba) tanpa izin dari yang berhak jo. Pasal 5 ayat (3) huruf b Undang-undang Darurat No. 1 Tahun 1951, (2) putusan MARI No. 74K/Kr/1969<sup>185</sup> tanggal 26 September 1970 dalam perkara Bangsa Ginting, terdakwa diajukan ke muka sidang Pengadilan Negeri Kabanjahe karena dipersalahkan telah melakukan perbuatan yang melanggar hukum pidana adat karo, Ndjurmak, berupa mengerjakan sebidang tanah milik orang lain (saksi Mbah Ginting) tanpa izin dari yang berhak jo. Pasal 5 ayat (3) huruf b Undang-undang Darurat No. 1 Tahun 1951, dan (3) putusan MARI No. 666K/Pid/1984<sup>186</sup> tanggal 23 Februari 1985 dalam perkara Arifin Loganoh, BA, terdakwa diajukan kemuka sidang Pengadilan Negeri Luwuk karena dipersalahkan telah melakukan tindak pidana adat "zinah" jo. Pasal 5 ayat (3) huruf b Undang-undang Darurat No. 1 Tahun 1951. Selengkapnya, kasus-posisi perkara Arifin Loganoh, BA sebagai berikut : terdakwa berusia 30 tahun telah menjalin hubungan cinta dengan seorang gadis bernama OD yang berumur 24 tahun. Terdakwa berjanji akan menikahi OD. Karena janji itu, terdakwa telah berhasil menyetubuhi OD secara berulang kali sehingga mengakibatkan OD hamil. Dengan alasan berlainan keyakinan, terdakwa tidak bersedia menikahi OD. Padahal, OD bersedia untuk berpindah keyakinan asalkan terdakwa menikahinya sesuai dengan janji semula.

<sup>184</sup>Dikutip dari Romli Atmasasmita, *Op.Cit.*, hal. 173

<sup>185</sup>*Ibid.*, hal 175

<sup>186</sup>Dikutip dari R. Achmad Soemadipradja, *Op.Cit.*, hal. 12



Namun terdakwa tetap menolak, bahkan kemudian menikahi gadis lain dan meninggalkan OD hingga anak yang dikandungnya melahirkan. Orang tua OD mengusir OD yang menanggung malu dan kekecewaan. Perkara yang serupa dengan perkara Arifin Loganoh, BA ini juga terjadi di Gianjar, Bali, sebagaimana yang terdapat dalam putusan Pengadilan Negeri Gianjar No. 11/Pid/1972.<sup>187</sup> Pengadilan Negeri tersebut menjatuhkan pidana penjara selama 3 (tiga) bulan dengan syarat khusus mengadakan "Widi Widhana" menurut adat desa karena dipersalahkan melakukan tindak pidana "Logika Sanggraha" jo. Pasal 5 ayat (3) huruf b Undang-undang Darurat No. 1 Tahun 1951.

Selain Pasal 5 ayat (3) huruf b Undang-undang Darurat No. 1 Tahun 1951 itu, sesungguhnya UUPTK 1971 dan UUPTK 1999 juga menunjukkan celah bagi penerapan sifat melawan hukum yang materil dengan fungsinya yang positif. Malahan, penerapan sifat melawan hukum yang materil dengan fungsinya yang positif telah pula mendapat penguatan dalam putusan MARI No. 275K/Pid/1982<sup>188</sup> dalam perkara korupsi Bank Bumi Daya. Mahkamah Agung berpendapat, bahwa sifat melawan hukum yang materil dengan fungsinya yang positif berarti sesuai dengan kepatutan dalam masyarakat. Khususnya dalam perkara tindak pidana korupsi, bilamana penyelenggara negara atau pegawai negeri menerima fasilitas dan keuntungan lainnya secara berlebihan dengan maksud supaya menyalahgunakan kekuasaan atau wewenang yang berada pada jabatannya, maka penerimaan fasilitas dan keuntungan lainnya secara berlebihan tersebut merupakan perbuatan melawan hukum karena menurut kepatutan merupakan perbuatan tercela atau perbuatan yang menusuk rasa keadilan

<sup>187</sup> *Ibid.*, hal. 33

<sup>188</sup> Guse Prayudi, "Sifat Melawan Hukum Undang-undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi," *Varia Peradilan*, Majalah Hukum, Tahun Ke-XXII No. 254, Jakarta : IKAHI, Januari 2007, hal. 26



masyarakat banyak. Namun, penerapan sifat melawan hukum yang materil dengan fungsinya yang positif sedemikian ini tidak lagi dapat dilakukan karena dinyatakan bertentangan dengan Undang-undang Dasar 1945 sebagaimana yang tertuang dalam putusan Mahkamah Konstitusi No. 003/PUU-IV/2006 tertanggal 25 Juli 2006.

Berlainan dengan di atas, RUU-KUHP<sup>189</sup> sebagai *ius constituendum* justru mengakui keberadaan sifat melawan hukum yang materil dengan fungsinya yang positif. Hal ini tercantum dalam Pasal 1 ayat (3) dan (4) jo. Pasal 12 RUU-KUHP Draft Februari 2008. Selengkapnya Pasal 1 RUU-KUHP Draft Februari 2008 berbunyi, sebagai berikut :

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

Lebih lanjut, Pasal 12 tersebut menentukan bahwa "Dalam mempertimbangkan hukum yang akan diterapkan, hakim sejauh mungkin mengutamakan keadilan di atas kepastian hukum." Penjelasan Buku Kesatu Nomor 3 Alinea 3 RUU-KUHP

Draft Februari 2008 menerangkan tentang keberadaan sifat melawan hukum yang materil dengan fungsinya yang positif, antara lain sebagai berikut :

<sup>189</sup>RUU-KUHP Draft Februari 2008, diakses dari <http://www.legalitas.org/proses/rancangan.php?k=2008&h=Rancangan%20Peraturan%20Perundang-undangan>, Jum'at 3 Oktober 2008, jam 22.00 WIB.

Dalam Kitab Undang-undang Hukum Pidana baru ini diakui pula adanya tindak pidana atas dasar hukum yang hidup dalam masyarakat atau yang sebelumnya dikenal sebagai tindak pidana adat untuk lebih memenuhi rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat. Adalah suatu kenyataan bahwa di beberapa daerah tanah air, masih terdapat ketentuan-ketentuan hukum yang tidak tertulis, yang hidup dan diakui sebagai hukum di daerah yang bersangkutan, yang menentukan bahwa pelanggaran atas hukum itu patut dipidana. Hal ini mengandung arti, bahwa standar, nilai dan norma yang hidup dalam masyarakat setempat masih tetap dilindungi untuk lebih memenuhi rasa Keadilan yang hidup dalam masyarakat tertentu. Keadaan seperti ini tidak akan menggoyahkan dan tetap menjamin pelaksanaan asas legalitas dan larangan analogi yang dianut dalam Kitab Undang-undang Hukum Pidana.

Adapun berikut ini adalah penjelasan Pasal 1 ayat (3) dan (4) RUU-KUHP Draft Februari 2008.

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

(4) Ayat ini mengandung pedoman atau kriteria atau rambu-rambu dalam menetapkan sumber hukum materil (hukum yang hidup dalam masyarakat) yang dapat dijadikan sebagai sumber hukum (sumber legalitas materil). Pedoman pada ayat ini berorientasi pada nilai nasional dan internasional.

Sementara itu, penjelasan Pasal 12 RUU-KUHP Draft Februari 2008 menerangkan, sebagai berikut :

Keadilan dan kepastian hukum merupakan dua tujuan hukum yang kerap kali tidak sejalan satu sama lain dan sulit dihindari dalam praktek hukum. Suatu peraturan hukum yang lebih banyak memenuhi tuntutan kepastian hukum, maka semakin besar pula kemungkinan aspek Keadilan terdesak. Ketidaksempurnaan peraturan hukum ini dalam praktek dapat diatasi dengan jalan memberikan penafsiran atas peraturan hukum tersebut dalam penerapannya pada kejadian-kejadian kongkrit. Apabila dalam penerapan dalam kejadian kongkrit, keadilan



dan kepastian hukum saling mendesak, maka sejauh mungkin mengutamakan keadilan di atas kepastian hukum.

Model yang ketiga atau yang terakhir adalah penerapan sifat melawan hukum yang materil dengan fungsinya yang positif yang bersumber dari penggunaan kata-kata atau istilah-istilah yang tidak terarah dan terukur maknanya dalam peraturan perundang-undangan. Dengan perkataan lain, kata-kata atau istilah-istilah yang demikian ini tidak memiliki makna yang jelas atau memiliki makna yang kurang jelas. Di dalam literatur, kata-kata atau istilah-istilah yang tidak terarah dan terukur maknanya itu sering terkenal dengan penyebutan *open termen*,<sup>190</sup> *vage begrippen*<sup>191</sup> atau *penumbral cases*.<sup>192</sup> Jan Gijssele dan Mark van Hoecke<sup>193</sup> menjelaskan yang dimaksud dengan *open termen*, *vage begrippen* atau *penumbral cases* tersebut yang memberikan ruang atau setidaknya celah bagi pembedaan atas dasar di luar perundang-undangan atau penerapan sifat melawan hukum yang materil dengan fungsinya yang positif. Hal ini sangat memungkinkan karena peluang mengadopsi asas-asas hukum umum yang tidak tertulis sangat terbuka. Bahkan tidak hanya asas-asas hukum umum yang tidak tertulis, nilai-nilai dan norma-norma yang non-hukum pun dapat menjadi rujukkannya. Secara tersirat, N. Jörg dan C. Kelk<sup>194</sup> juga memberikan pendapat serupa yang lengkapnya tertulis :

*Veroordeling op buitenwettelijke gronden (dat wil dus eigenlijk zeggen : op wederrechtelijkheidsgronden) zou mogelijk zijn als de wederrechtelijkheid ook een 'positieve' werking zou hebben. Dit is in Nederland gedurende de bezetting enkele jaren mogelijk geweest door een aanvulling op art. 1 WvS in de geest van de hierboven geciteerde*

<sup>190</sup> N. Jörg dan C. Kelk, *Op.Cit.*, hal. 121

<sup>191</sup> Lihat Bab I, Jan Gijssele dan Mark van Hoecke, *Op.Cit.*, hal. 171

<sup>192</sup> Richard Ingleby dan Richard Johnstone, "Judicial Decision Making," dalam Rosemary Hunter, Richard Ingleby dan Richard Johnstone (editor), *Thinking About Law : Perspectives on the history, philosophy and sociology of law*, New South Wales : Allen & Unwin, 1995, hal. 179

<sup>193</sup> *Op.Cit.*, hal. 171-172

<sup>194</sup> *Loc.Cit.*



*regel uit Duitsland. Dit zou men kunnen noemen : analogische 'creatie' van strafbare feiten (zie echter art. 7 lid 2 Europees Verdrag, hierboven op p. 51 genoemd). Anderzijds moet gewezen worden op de zogenaamde open termen in de strafwet : woorden zonder vaststaande betekenis.* (Terjemahan bebas : Pemidanaan atas dasar-dasar di luar perundang-undangan [maksud sebenarnya : atas dasar-dasar sifat melawan hukum] adalah mungkin jika sifat melawan hukum juga berlaku 'positif'. Hal ini mungkin terjadi di Belanda selama pendudukan beberapa tahun melalui penambahan pada Pasal 1 KUHP [Belanda, pen.] dengan jiwa peraturan di Jerman yang telah dikutip di atas ini. Orang dapat menyebut hal ini : penciptaan analogi dari perbuatan-perbuatan pidana [lihat juga Pasal 7 ayat (2) Perjanjian Eropa yang disebut di atas ini halaman 51] . Di lain pihak harus ditunjukkan pada apa yang disebut *open termen* dalam perundang-undangan pidana : kata-kata tanpa makna yang pasti)

Demikian pula, pendapat yang serupa dikemukakan Roeslan Saleh<sup>195</sup> yang menyatakan, antara lain :

Jika masalah tentang sifat melawan hukum materiil adalah suatu masalah penafsiran aturan perundang-undangan pidana dan masalah kualifikasi suatu perbuatan menurut hukum pidana, maka jelaslah jika dikatakan pula bahwa sifat melawan hukum materiil itu memainkan peranan pada tiap-tiap penerapan aturan perundang-undangan pidana terhadap kelakuan manusia, sebab pada akhirnya tiap-tiap norma hukum, jadi juga aturan perundang-undangan pidana, haruslah ditafsirkan. Dan pada pentafsiran ini asas-asas materiil dalam hukum pidana, yang di dalamnya kepentingan-kepentingan hukum publik mendapat perlindungan, berada pada pusatnya.

Ada terdapat 2 (dua) ajaran untuk menemukan dan menerapkan sifat melawan hukum yang materil berkaitan dengan *open termen, vage begrippen* atau *penumbraal cases* yang tertuang dalam perumusan tindak pidana peraturan perundang-undangan, yakni : (1) ajaran penafsiran gramatikal yang kreatif dan (2) ajaran penafsiran sosial-adekuat.<sup>196</sup> Melalui ajaran penafsiran gramatikal yang kreatif, suatu perbuatan yang sebelumnya bukan merupakan tindak pidana karena situasi dan kondisi yang tertentu, menjadi tindak pidana. Namun demikian, walaupun perbuatan tersebut telah menjadi tindak pidana, tetapi

<sup>195</sup> *Op.Cit.*, hal. 31

<sup>196</sup> Lihat N. Jörg dan C. Kelk, *Op.Cit.*, hal. 125





ketentuan perundang-undangan pidana yang mengaturnya tetap sama seperti sebelumnya. Dasar alasan yang menjadi pertimbangan dipergunakannya ajaran tadi, bahwa andaikata pembentuk undang-undang mengetahui terlebih dahulu situasi dan kondisi yang tertentu itu akan terjadi, tentulah pembentuk undang-undang tersebut bermaksud untuk mengaturnya. Dengan perkataan lain, di sini tidak terjadi perubahan perundang-undangan dan tidak berkeinginan untuk melakukan analogi tetapi sesungguhnya secara implisit telah tercipta tindak pidana yang baru.

Ada terdapat praduga yang kuat, bahwa dalam putusannya *Hoge Raad* atau pengadilan-pengadilan di bawahnya telah seringkali mempergunakan ajaran penafsiran gramatikal yang kreatif tersebut. Putusan-putusan yang terindikasi demikian, misalnya : putusan Rechtbank Leeuwarden tanggal 10 Desember 1919<sup>197</sup> dalam perkara perkara pencurian seekor sapi ex. Pasal 310 Sr. (Pasal 362 jo. Pasal 363 KUHP, pen). "Mengambil barang" (*wegneming*) dapat pula terjadi, ketika seorang pejalan kaki sedang berdiri di sebelah seekor sapi di pasar hewan, lalu menjual sapi tersebut kepada seseorang. Dalam putusannya Rechtbank Leeuwarden mengakui, bahwa pencurian adalah sangat memungkinkan, dalam hal secara harafiah tidak terjadi perbuatan mengambil, tetapi terdakwa dimaksud telah melakukan perbuatan yang menurut sifatnya sudah sepatutnya harus dijatuhi pidana. Selain putusan Rechtbank Leeuwarden itu, putusan *Hoge Raad* tanggal 23 Mei 1921<sup>198</sup> N.J. 1921, W. 10724 dalam perkara *electricische energie* atau yang terkenal dengan *electriciteits-arrest* pun mempergunakan ajaran yang sama. Dalam putusannya *Hoge Raad* menetapkan bahwa energi listrik adalah

<sup>197</sup>R. Achmad Soema dipradja, *Op.Cit.*, hal. 18-19

<sup>198</sup>Lihat selengkapnya putusan *Hoge Raad* ini dalam J.M. van Bemmelen dan H. Burgersdijk, *Op.Cit.*, hal. 323



benda (*stoffelijke goed*), mengunduh energi listrik merupakan perbuatan mengambil (*wegneming*) serta mengunduh energi listrik yang tidak sesuai dengan syarat-syarat yang berlaku adalah sama dengan menguasai benda tersebut secara melawan hukum (*wederrechtelijke toeëigening*). Pada hal, Pompe<sup>199</sup> dengan sinis mengomentari putusan *Hoge Raad* ini sebagai penafsiran yang tidak berbeda dengan analogi, sebagai berikut : “...*Zo aanvaarde ons hoogste rechtscollege de uitlegging van art. 301 Sr., waarbij onder „enig goed” ook de energie, de kracht, die electriciteit is, gerekend werd, en wel met een motivering, in wezen niet verschilt van toepassing der analogie* (H.R. 23 Mei 1921 N.J. 1921 blz. 564 *met noot van Taverne W. 10724*) (Terjemahan bebas :

Begitulah lembaga peradilan yang tertinggi kita menerima penafsiran Pasal 310 Sr. [Pasal 362 KUHP, pen.] yang termasuk ke dalam ‘suatu benda’ juga energi, tenaga, yang merupakan listrik, dan juga dengan motif yang sebenarnya tidak berbeda dengan penerapan analogi) Oleh karena itu untuk menghindari polemik tersebut, sekarang pembentuk undang-undang telah mengatur secara tersendiri pencurian listrik ini dalam Pasal 60 ayat (1) Undang-undang No. 20 Tahun 2002 tentang Ketenagalistrikan : “Setiap orang yang mempergunakan tenaga listrik yang bukan haknya dengan maksud untuk memanfaatkan secara melawan hukum dipidana dengan pidana penjara paling lama 5 (lima) tahun dan denda paling banyak Rp 500.000.000,- (lima ratus juta)”

Yang lain adalah ajaran penafsiran sosial-adequat yang diperkenalkan oleh seorang ahli hukum pidana dari Jerman bernama Hans Welzel. Menurut ajaran ini, perilaku yang sosial-adequat tidak termasuk ke dalam istilah-istilah

<sup>199</sup> *Op.Cit.*, hal. 50

perundang-undangan pidana. Perilaku yang sosial-adequat adalah "*Gedrag dat zich afspeelt binnen de historisch gegroeide sociale ordening van het leven, zonder gunstige of ongunstige bijbetekenis.*"<sup>200</sup> (Terjemahan bebas : perilaku yang berlaku dalam tata kehidupan sosial yang telah berkembang berdasar atas sejarah, tanpa makna tambahan yang menguntungkan atau yang tidak menguntungkan) Dalam arti yang tertentu, perilaku demikian adalah normal; untuk menjadi suatu perilaku sosial-adequat perlu terdapat kebebasan berbuat. Misalnya, seorang ahli bedah maupun seorang petinju bukan merupakan pelaku penganiayaan. Hal tersebut menjadi lain, ketika ahli bedah itu melakukan operasi tanpa memiliki keterampilan atau peralatan. Begitu juga ketika lawannya masih 'dihitung', petinju itu tetap memukuli lawan tersebut. Untuk perilaku seperti ini tidak terdapat kebebasan berbuat. Meskipun demikian, suatu operasi yang dilakukan oleh seorang perawat di tengah-tengah pertempuran masih dapat dibenarkan, karena tanpa operasi itu seorang yang terluka pastilah akan meninggal. Tetapi, operasi yang dilakukan oleh perawat tersebut bukan merupakan perilaku yang sosial adequate.

Ajaran penafsiran sosial-adequat terhadap ketentuan perundang-undangan ini dipergunakan untuk kali pertama saat pemeriksaan perkara Euthanasia. Perkara Euthanasia ini didapati dalam putusan HR tanggal 27 November 1984<sup>201</sup> N.J. 1985, 106. Awalnya telah dibuktikan dalam putusan Pengadilan Alkmaar tanggal 10 Mei 1983 N.J. 1983, 407 bahwa suatu perbuatan yang dilakukan oleh seorang dokter dalam rangka tindakan medis secara cermat, yang atas dasar itu pengakhiran hidup dilakukan terhadap pasien yang

<sup>200</sup>N. Jörg dan C. Kelk, *Op.Cit.*, hal. 123

<sup>201</sup>*Ibid.*, hal. 124





mengalami penyakit yang sudah berlangsung lama, tidak termasuk ke dalam istilah Pasal 293 WvS (Pasal 344 KUHP, pen.) mengenai "merampas nyawa".

Putusan ini dibatalkan oleh putusan Pengadilan Tinggi Amesterdam 17 November 1984, N.J. 1984, 43, dikarenakan suatu pendapat umum yang pada waktu itu sudah terkristalisasi sepenuhnya sehingga berdasar atas itu euthanasia dapat dipandang sebagai diterima masyarakat umum, tidak dapat dijadikan putusan.

Dalam kasasi, putusan Pengadilan Tinggi tersebut dikuatkan tetapi diadili sendiri oleh HR yang berpendapat, bahwa Pengadilan Tinggi telah tidak meneliti secara memuaskan apakah menurut pandangan kedokteran yang obyektif euthanasia yang diterapkan oleh terdakwa dibenarkan sebagai suatu perbuatan yang dilakukan dalam keadaan terpaksa (*noodtoestand*). Akhirnya, putusan HR telah pula diikuti oleh putusan Pengadilan Tinggi Den Haag tanggal 11 September 1986.<sup>202</sup>

Berkaitan dengan tindak pidana korupsi, di satu pihak istilah penyalahgunaan wewenang merupakan variasi atau istilah yang bersepadan dengan istilah atau kata melawan hukum sebagaimana telah disinggung sebelumnya serta di lain pihak istilah penyalahgunaan wewenang juga termasuk ke dalam *open termen*, *vage begrippen* atau *penumbraal cases* sebagaimana secara eksplisit sudah mendapatkan pengakuan dan penegasan sendiri dari pembentuk undang-undang dalam Penjelasan Pasal 1 ayat (1) huruf b UUPTPK 1971

Sebagai variasi atau kata yang bersepadan dengan kata melawan hukum, penempatan istilah atau kata penyalahgunaan wewenang dalam perumusan tindak pidana sudah seharusnya tidak boleh bersama-sama dengan

<sup>202</sup> *Ibid.*, hal .125



istilah atau kata melawan hukum itu sendiri. Hal ini menjadi tidak bermakna dan tidak bermanfaat. Penempatan istilah atau kata penyalahgunaan wewenang bersama-sama dengan istilah atau kata melawan hukum tersebut terdapat dalam Pasal 365 WvS; dalam hal ini, Pasal 423 KUHP serta Pasal 424 KUHP. Selanjutnya, Pasal 12 UUPTK 1999 mengadopsi Pasal 423 KUHP ini. Mengenai penempatan yang seperti ini, pembentuk undang-undang menyatakan : "*Het woord 'wederrechtelijk' werd...in art. 365 Sr overbodig geacht, omdat geen ambtenaar ooit misbruik van zijn gezag te maken.*"<sup>203</sup> (Terjemahan bebas : Kata 'melawan hukum' di dalam Pasal 365 Sr. dipandang mubajir, karena tiada penyelenggara negara atau pegawai negeri yang pernah melakukan penyalahgunaan kekuasaan) Oleh karena itu, redaksi Pasal 423 KUHP yang diadopsi dalam Pasal 12 UUPTK 1999 tersebut mendapat perubahan dan penambahan pada Pasal 12 huruf e Pasal 1 angka 2 UUPPTK 2001. Adapun perbandingan antara Pasal 423 KUHP dengan Pasal 12 huruf e Pasal 1 angka 2 UUPPTK 2001 dapat dilihat dalam Tabel 3, sebagai berikut :

<sup>203</sup>Smidt III, hal. 70 dikutip dari E. Sikkema, *Op.Cit.*, hal. 484

**Tabel 3 : Perbedaan Perumusan Pasal 423 KUHP antara yang Tercantum dalam Pasal 12 UUPTPK 1999 dengan yang Tertuang dalam Pasal 12 huruf e UUPTPK 1999 jo. Pasal I angka 2 UUPPTPK 2001**

Pasal 423 KUHP	
Pasal 12 UUPTPK 1999	PASAL 12 huruf e UUPTPK 1999 jo PASAL I ANGKA 2 UUPPTPK 2001
<p>Setiap orang yang melakukan tindak pidana sebagaimana dimaksud dalam Pasal 419, Pasal 420, Pasal 423, Pasal 425 atau Pasal 435 Kutab Undang-undang Hukum Pidana dipidana dengan pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara paling singkat 4 (empat) tahun dan paling lama 20 (dua puluh) tahun dan denda paling sedikit Rp 200.000.000 (dua ratus juta rupiah) dan paling banyak Rp 1.000.000.000 (satu miliar rupiah).</p> <p><b>Pasal 423</b> Seorang pejabat dengan maksud menguntungkan diri sendiri atau orang lain secara melawan hukum, dengan menyalahgunakan kekuasaannya memaksa seseorang untuk memberikan sesuatu, untuk membayar atau menerima pembayaran dengan potongan, atau untuk mengerjakan sesuatu bagi dirinya sendiri, diancam dengan pidana penjara paling lama enam tahun.</p>	<p>Dipidana dengan pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara paling singkat 4 (empat) tahun dan paling lama 20 (dua puluh) tahun dan denda paling sedikit Rp 200.000.000 (dua ratus juta rupiah) dan paling banyak Rp 1.000.000.000 (satu miliar rupiah)</p> <p>a. .... b. .... c. .... d. .... e. Pegawai negeri atau penyelenggara negara yang dengan maksud menguntungkan diri sendiri atau orang lain secara melawan hukum, atau dengan maksud menyalahgunakan kekuasaannya memaksa seseorang memberikan sesuatu, membayar, atau menerima pembayaran dengan potongan, atau untuk mengerjakan sesuatu bagi dirinya sendiri. f. .... g. .... h. .... i. ....</p>

Sumber : Bahan Hukum Primer diolah

Perubahan dan penambahan dimaksud terdapat pada kata penghubung "dengan" dan "atau". Dalam perumusan tindak pidana Pasal 423 KUHP jo. Pasal 12 UUPTPK 1999, istilah melawan hukum terletak berdampingan dengan istilah menyalahgunakan kekuasaannya yang disisipkan dengan kata penghubung "dengan". Komposisi kalimat demikian menunjukkan, bahwa ketika seseorang melakukan suatu perbuatan yang melawan hukum, maka bersamaan dengan itu orang tadi juga melakukan penyalahgunaan wewenang. Hal ini sebenarnya bertujuan untuk memperjelas dan mempertegas maksud dari kalimat "menguntungkan diri sendiri atau orang lain secara melawan hukum", tetapi



sayangnya kalimat “dengan menyalahgunakan kekuasaannya ...” menjadi berlebihan serta tidak bermakna dan bermanfaat lagi. Penempatan seperti ini dikenal dengan gaya bahasa *pleonasmе*. Sudah barang tentu, pemakaian gaya bahasa *pleonasmе* dalam pembentukan perundang-undangan harus dihindari. Bahkan, penggunaan gaya bahasa ini tidak sesuai dengan salah satu asas pembentukan perundang-undangan yang baik, yakni : asas kejelasan rumusan, sebagaimana diatur dan ditetapkan dalam Pasal 5 huruf f Undang-undang No. 10 Tahun 2004. Penjelasan Pasal 5 huruf f Undang-undang No. 10 Tahun 2004 menerangkan, sebagai berikut :

Yang dimaksud dengan asas “kejelasan rumusan” adalah bahwa setiap Peraturan Perundang-undangan harus memenuhi persyaratan teknis penyusunan Peraturan Perundang-undangan, sistematika dan pilihan kata atau “terminologi” serta bahasa hukumnya jelas dan mudah dimengerti, sehingga tidak menimbulkan berbagai macam interpretasi dalam pelaksanaannya

Asas pembentukan perundang-undangan yang baik inipun berlaku dalam pembentukan perundang-undangan pidana, yang terkenal dengan *Het beginsel van duidelijke terminologie en duidelijke systematie*<sup>204</sup> (Asas terminologi dan sistematika yang jelas), sebagai pengejawantahan Prinsip *Lex Certa* (*Bestimmtheitsgebot*) jo. Pasal 1 ayat 1 KUHP.<sup>205</sup> Sementara itu dalam perumusan tindak pidana Pasal 12 huruf e UUPTPK 1999 jo. Pasal 1 angka 2 UUPPTPK 2001, walaupun istilah melawan hukum terletak berdampingan dengan istilah menyalahgunakan kekuasaannya tetapi disisipi dengan kata penghubung “atau”. Susunan kalimat ini memiliki arti yang berbeda dibandingkan dengan susunan kalimat yang telah dijelaskan sebelumnya. Di sini, susunan kalimatnya

<sup>204</sup>Lihat Marjolein J.C. Visser, *Zorgplichtbepalingen in het Strafrecht*, Deventer : Gouda Quint, 2001, hal. 77-78

<sup>205</sup>Lihat Walter Gropp, *Strafrecht : Allgemeiner Teil*, Berlin : Springer, ed. 3, 2005, hal. 62





bersifat alternatif. Apabila seseorang melakukan perbuatan yang melawan hukum, maka orang tersebut tidak dipandang melakukan penyalahgunaan wewenang lagi, begitu juga sebaliknya. Hal ini tentunya lebih jelas. Yang paling jelas lagi adalah perumusan tindak pidana Pasal 3 UUPTK 1999, karena istilah penyalahgunaan wewenang berada sendiri tanpa berdampingan dengan istilah melawan hukum.

Sebagaimana telah dikemukakan dalam paragraf sebelumnya, istilah menyalahgunakan wewenang atau kekuasaan ini merupakan istilah yang terbuka atau pengertian yang kabur atau kasus yang "abu-abu". Oleh karena itu, pemaknaan istilah penyalahgunaan wewenang ini memang terlihat "longgar" sehingga sangat memungkinkan bagi penerapan sifat melawan hukum yang materil dengan fungsinya yang positif; dalam hal ini, pengadopsian asas-asas hukum umum yang tidak tertulis di luar asas-asas hukum pidana itu sendiri. Malahan lebih jauh lagi, pengadopsian dimaksud berlaku juga bagi nilai-nilai atau norma-norma yang bukan-hukum.

Berdasarkan pertumbuhan dan perkembangannya, istilah penyalahgunaan wewenang merupakan bagian yang tidak terpisahkan dari hukum publik, terutama hukum administrasi negara. Larangan untuk menyalahgunakan wewenang adalah salah satu dari AAUPL. Meskipun asas ini merupakan bagian dari hukum administrasi negara, tetapi pengadopsian asas tersebut ke dalam perundang-undangan pidana tidak menjadi persoalan. Hal ini tersirat dari pernyataan Simons<sup>206</sup> saat mengomentari Rancangan KUHP Jerman tahun 1913 dan 1919, sebagai berikut : "*In de Duitsche ontwerpen van 1913 en 1919 wordt bepaald, dat er geen strafbare handeling is, wanneer de*

<sup>206</sup> *Op.Cit.*, hal. 259

*wederrechtelijkheid door het publiek of burgerlijk recht is uitgesloten. Aldus ook in ontwerp 1925.* (Terjemahan bebas : Dalam rancangan Jerman tahun 1913 dan 1919 ditentukan, bahwa tiada perbuatan pidana bilamana sifat melawan hukum dihapus oleh hukum publik atau hukum perdata. Demikian juga rancangan tahun 1925.) Oleh karena itu sesungguhnya tidak dapat dibantah, bahwa dalam ketentuan Pasal 3 UUPTK 1999 dan Pasal 12 huruf e UUPTK 1999 jo. Pasal I angka 2 UUPPTK 2001 terkandung norma-norma hukum administrasi negara dan sekaligus norma-norma administrasi; dalam hal ini, asas larangan *détournement de pouvoir*.

Awalnya larangan penyalahgunaan wewenang merupakan istilah yang tumbuh sebagai hukum yang tidak tertulis dan lalu berkembang sebagai yurisprudensi sebagaimana dinyatakan oleh F.C.M.A. Michiels,<sup>207</sup> antara lain :

*Niet al bestuursrecht is in wetten en andere besluiten neergelegd. Er is ook ongeschreven bestuursrecht. Aanvankelijk was het bestuursrecht vooral ongeschreven recht. Toen er nog maar weinig bestuursrechtelijke wetten en nog nauwelijks bestuursrechters waren, is al wel de overtuiging ontstaan dat burgerlijke overheid zich behoorlijk zou moeten gedragen ten opzichte van haar burgers. De 'algemene beginselen van behoorlijk bestuur' zijn primair gevonden en ontwikkeld door de rechter, in het bijzonder de Hoge raad, gebreke van een behoorlijk stelsel van bestuursrechtspraak. Deze beginselen waren aanvankelijk zelfs geheel rechtersrecht; ze kwamen in de wet niet voor. Later werden ze als groep, dus zonder dat afzonderlijke beginselen warden genoemd, in enkele wetten als toetsingsgrond voor rechtsbescherming verlenende instanties opgenomen : bestuursorganen mochten niet handelen in strijd met algemene beginselen van behoorlijk bestuur.* (Terjemahan bebas : Tidak semua hukum administrasi negara dituangkan dalam undang-undangan atau keputusan-keputusan yang lain. Ada ditemukan juga hukum administrasi negara yang tidak tertulis. Mulanya hukum administrasi negara memang adalah hukum yang tidak tertulis. Ketika undang-undangan hukum administrasi negara masih sedikit dan hakim hukum administrasi negara hampir tidak ada, telah timbul keyakinan bahwa penguasa harus berperilaku secara layak terhadap para warganya. Asas-asas umum pemerintahan yang layak terutama ditemukan dan dikembangkan oleh hakim, khususnya Mahkamah Agung

<sup>207</sup> *Op.Cit.*, hal. 102

[Belanda, pen.], saat tidak adanya sistem peradilan tata usaha negara yang layak. Dengan sendirinya pada awalnya asas-asas ini sepenuhnya merupakan hukum hakim; ia tidak terdapat di dalam perundang-undangan. Kemudian ia sebagai suatu kelompok, jadi tanpa disebut asas-asas yang khusus itu, dicantumkan dalam beberapa perundang-undangan sebagai dasar penguji terhadap lembaga-lembaga yang memberikan perlindungan hukum ; organ-organ pemerintah tidak boleh bertindak yang bertentangan dengan asas-asas umum pemerintahan yang layak)

Dalam hukum yang tidak tertulis atau yurisprudensi tersebut, istilah ini memiliki fungsi sebagai dasar gugatan (*een beroepgrond*) bagi warga negara dan sebagai norma-norma penguji (*toetsingsnormen*) terhadap sikap dan tindak penyelenggara negara serta pegawai negeri bagi hakim. Berdasarkan putusan *Hoge Raad* yang lama dalam perkara *het Zandvoorte woonruimtevoordering* tahun 1949,<sup>208</sup> istilah penyalahgunaan wewenang berarti penyelenggara negara atau pegawai negeri telah benar-benar mempergunakan wewenang yang diberikan kepadanya untuk tujuan selain wewenang tersebut diberikan. Pengertian dimaksud berhubungan erat dengan (1) syarat harus sesuai dengan undang-undang (*rechtmatigheidseisen*), (2) syarat harus mengandung kemurnian maksud atau motivasi (*zuiverheid oogmerk of motiveringseisen*)<sup>209</sup> (3) syarat harus dengan kecermatan (*zorgvuldigheidseisen*), dan (4) syarat harus patut (*redelijkheiseisen*).<sup>210</sup>

Wewenang mesti diberikan atau diperoleh berdasar atas peraturan perundang-undangan; dengan perkataan lain, tanpa peraturan perundang-undangan tiada wewenang. Di dalam peraturan perundang-undangan tersebut ditentukan dan ditetapkan secara limitatif dan *numeraal* wewenang yang seharusnya dilaksanakan oleh penyelenggara negara atau pegawai negeri. Oleh

<sup>208</sup>R.J.H.M. Huisman, *Op.Cit.*, hal. 22

<sup>209</sup>De Commissie inzake Algemene Bepalingen van Administratief Recht, *Op.Cit.*, hal. 150-153

<sup>210</sup>J.H. van Kreveld, *Loc.Cit.*





karena itu, wewenang harus diuraikan dalam peraturan perundang-undangan se jelas mungkin agar tidak terjadi salah tafsir serta salah paham. Jika wewenang dilaksanakan tidak sesuai dengan yang ditentukan dan ditetapkan dalam peraturan perundang-undangan atau jika wewenang dilaksanakan dengan salah tafsir serta salah paham, maka di sini penyalahgunaan wewenang telah terjadi karena syarat harus sesuai dengan peraturan perundang-undangan telah tidak terpenuhi. Hal ini dapat dilihat dari kasus yang diputus dalam CBB 24 Desember 1975, AB 1976, 82 m.n.J.P.<sup>211</sup> dan AR 4 Januari 1977, AB 1978, m.n.<sup>212</sup>

Selain syarat di muka, juga perlu syarat kemurnian maksud. Syarat ini mengandung arti bahwa sikap dan tindak penyelenggara negara atau pegawai negeri harus berlandaskan maksud yang murni; dengan perkataan lain, penyelenggara negara atau pegawai negeri melaksanakan wewenangnya tanpa adanya cacat motivasi. Oleh karena itu, tolok ukurnya berdasar pada motivasi yang terkandung dalam diri penyelenggara negara atau pegawai negeri itu sendiri, seperti antara lain : (1) sesuai dengan fakta, (2) cukup untuk dapat mengambil pilihan yang dibuat, (3) tidak bertentangan dengan perundang-undangan atau kebijakan lainnya, dan (4) tidak terjadi pertentangan secara internal. Syarat demikian dapat ditemukan pada kasus yang diputus dalam CRvB 21 Februari 1935, ARB 1935, 320<sup>213</sup> dan *de Afdeling rechtspraak* 12 Agustus 1977, AB 1978, 6 m.n.<sup>214</sup>

Yang ketiga adalah syarat harus dengan kecermatan. Menurut syarat ini, di samping penyelenggara negara atau pegawai negeri harus bersikap dan bertindak dengan memperhitungkan akibat-akibat sikap dan tindakannya itu

<sup>211</sup> *Ibid.*, hal. 123

<sup>212</sup> De Commissie inzake Algemene Bepalingen van Administratief Recht, *Loc.Cit.*

<sup>213</sup> *Ibid.*, hal. 147

<sup>214</sup> *Ibid.*, hal. 151

dikemudian hari, juga harus memperhatikan hal-hal lainnya yang berhubungan dengan sikap dan tindakannya itu. Jika penyelenggara negara atau pegawai negeri tidak bersikap dan bertindak demikian, maka penyelenggara negara atau pegawai negeri tersebut telah terindikasi melakukan penyalahgunaan wewenang. Syarat ini terdapat pada kasus yang diputus dalam CBB 7 Oktober 1969, SEW 718<sup>215</sup> mengenai sistem harga maksimal : penggunaan kebijakan yang membebaskan hal-hal tertentu dalam keputusan harga restoran 1965 hanya dapat diberikan, jika pemohon ketika memenuhi keputusan harga tersebut tidak lagi dapat menjalankan usahanya dalam waktu yang singkat, adalah bertentangan dengan Pasal 3 Undang-undang Harga. Berdasar atas sejarah undang-undang tersebut, ada terdapat juga alasan lain – tidak disebutkan – yang harus diperhatikan ketika menilai permohonan pembebasan. Selanjutnya pembatalan keputusan individual ini dikarenakan bertentangan dengan kecermatan.

Syarat terakhir adalah syarat harus dengan patut. Syarat ini mengandung makna, bahwa penyelenggara negara atau pegawai negeri harus bersikap dan bertindak sesuai dengan kepatutan (*redelijkheid*). Kepatutan yang dimaksudkan di sini adalah sikap dan tindak penyelenggara negara atau pegawai negeri harus mengutamakan kepentingan umum dibandingkan dengan kepentingan pribadi atau kelompok.<sup>216</sup> Syarat ini terdapat dalam kasus yang telah diputus dalam AR 17 April 1979, t B/S II, nr. 42 mengenai izin penangkapan ikan di perairan pantai; dalam kasus, direktur perikanan mengeluarkan kebijakan bahwa perizinan yang memberikan hak untuk menangkap ikan dengan bubu ikan

<sup>215</sup>J.H. van Kreveld, *Op.Cit.*, hal. 124

<sup>216</sup>*Ibid.*, hal. 125, hal 131 dan hal. 214

hanya akan diberikan kepada mereka yang memiliki tempat ikan yang tetap di perairan pantai dan juga setidaknya mendapatkan setengah dari hasilnya dari perikanan pantai.

Syarat-syarat seperti yang telah dikemukakan sebelumnya, khususnya syarat kecermatan dan kepatutan juga mendapat tempat di dalam hukum pidana. Bahkan, penerapan syarat tersebut telah ternyata dalam kasus-kasus yang diperiksa, diadili dan diputus oleh Hoge Raad. Dalam putusan HR tanggal 19 Februari 1963, NJ 1963, 512<sup>217</sup> dan juga Rb Rotterdam tanggal 16 Mei 1950, NJ 1950, 845, seorang ahli bedah yang tengah melakukan operasi tidak boleh lupa terhadap selembar kain untuk mengambil botol kecil. Di sini HR berpendapat, bahwa ahli bedah itu telah memiliki keharusan untuk memberikan perhatian secara khusus. Putusan lainnya adalah putusan HR tanggal 14 November 2000, NJ 2001, 37.<sup>218</sup> Dalam putusan tersebut, HR menetapkan bahwa seorang apoteker telah bersalah melanggar Pasal 307 Sr. atau Pasal 359 KUHP ketika tidak memperhatikan dengan saksama kekeliruan tulisan yang terlihat dalam suatu resep. Hal ini karena apoteker tersebut telah memilih pekerjaan yang memerlukan kecermatan sebagai kewajibannya saat memberikan obat-obat.

Selain dua putusan HR tadi, masih ada beberapa putusan HR yang relevan dengan syarat kecermatan ini, seperti : putusan HR tanggal 6 Mei 1969, NJ 1970, 32, putusan HR tanggal 1 Maret 1983, NJ 1983, 497, dan putusan HR tanggal 17 November 1992, NJ 1993, 276.<sup>219</sup> HR dalam putusan-putusannya tersebut berpendapat, bahwa setiap orang yang melakukan suatu pekerjaan

<sup>217</sup>J.M. van Bemmelen, Th.W. van Veen, D.H. De Jong, dan G. Knigge, *Het Materiele Strafrecht : Ons Strafrecht Deel I*, veertiende druk, Deventer : Kluwer, 2003, hal. 133

<sup>218</sup>*Ibid.*

<sup>219</sup>*Ibid.*

memiliki kewajiban untuk memperhitungkan dengan kepercayaan yang ditetapkan dan juga boleh ditetapkan dalam orang yang melakukan pekerjaan itu. Setiap orang harus yakin, bahwa suatu nasihat yang diberikan secara "prematur" akan diikuti dan oleh karena itu dipersalahkan ketika menyebabkan kecelakaan terjadi. Dengan perkataan lain, HR<sup>220</sup> ingin menegaskan bahwa

*Wie zich in bijzondere situaties begeeft, wie een taak op zich neemt of een sport beoefent, neemt het naleven van de regels die daarin of daarvoor gelden, op zich. Hij geeft garanties voor zijn gedrag, waarop anderen mogen vertrouwen. Onervarenheid is dus niet altijd een excuus. Wie onervaren is, dient zich niet in situaties te begeven die een speciale ervaring vereisen.* (Terjemahan bebas : Setiap orang yang memasuki situasi-situasi khusus, setiap orang yang melaksanakan suatu tugas atau melakukan suatu kegiatan olah raga, mentaati peraturan-peraturan yang berlaku di dalamnya atau untuk itu. Ia memberikan jaminan atas perilakunya sehingga yang lain dapat mempercayai. Jadi, ketiadaan pengalaman tidak selalu merupakan pemaaf. Setiap orang yang tidak berpengalaman, hendaklah tidak memasuki suatu situasi yang mensyaratkan suatu pengalaman khusus)

Mengenai putusan-putusan HR tersebut, J.M. van Bemmelen dan Th.W. van Veen<sup>221</sup> memberikan komentar, sebagai berikut :

*In onze samenleving worden zorgvuldigheidseisen in toenemende mate vastgelegd in veiligheidsvoorschriften, verkeersregels, ambsinstructies, gedragcodes enz. Het oordeel over culpa wordt daardoor in hoge mate bepaald. Wie een met het oog op de veiligheid gegeven voorschrift negeert, heeft, als daardoor een dodelijk ongeval ontstaat, doorgaans schuld aan dat ongeval. In het voorschrift is immers tot uitdrukking gebracht wat in onze samenleving heeft te gelden als een onaanvaardbaar resico. Het oordeel over de onvoorzichtigheid verandert daardoor van kleur. Het accent verschuift van de vraag of de dader op grond van de kennis en ervaring die bij hem mag wordt verondersteld, de gevolgen moest voorzien, naar de vraag of de dader zich aan de gestelderegels heeft gehouden. Men duidt deze ontwikkeling wel aan als de objectivering van de schuld. De gedachte van garantstelling brengt daarbij mee, dat van de beroepsbeoefenaar of van degene die zich aan resicovolle activiteiten waagt, verwacht mag worden dat hij zich op de hoogste stelt van de geldende voorschriften. Onwetendheid op dit punt zal zelden disculperen.* (Terjemahan bebas : Dalam masyarakat kita syarat kecermatan ditetapkan semakin bertambah dalam ketentuan-

<sup>220</sup> *Ibid.*

<sup>221</sup> *Ibid.* hal. 134



ketentuan keamanan, peraturan-peraturan lalu lintas, instruksi-instruksi pejabat, kode etik dan lain-lain. Oleh karena itu, penilaian mengenai kelalaian ditentukan semakin tinggi. Setiap orang yang melanggar ketentuan yang diberlakukan dengan maksud untuk keamanan, ketika menyebabkan suatu kecelakaan yang mematikan terjadi biasanya bersalah atas kecelakaan itu. Dalam ketentuan tersebut sesungguhnya dinyatakan apa yang dalam masyarakat kita telah diberlakukan sebagai suatu resiko yang tidak dapat diterima. Oleh karena itu, penilaian mengenai ketidakhati-hatian berubah warna. Tekanan suara bergeser dari pertanyaan apakah pembuat harus memprediksi akibat-akibat atas dasar pengetahuan dan pengalaman yang boleh diduga olehnya, menuju pertanyaan apakah pembuat telah berpegang pada peraturan-peraturan yang ditetapkan. Orang menjelaskan perkembangan ini sebagai pengobjektifan kealpaan. Pemikiran *de garantesttelung* inilah menyebabkan, bahwa yang melakukan suatu pekerjaan atau mereka yang memberanikan diri dalam kegiatan-kegiatan yang penuh resiko bahwa dia menetapkan dengan setinggi-tingginya ketentuan-ketentuan yang berlaku. Ketidaktahuan mengenai hal ini jarang akan dimaafkan)

Berdasarkan uraian yang berkaitan dengan teori sifat melawan hukum di atas, maka ada terdapat hal-hal yang akan menjadi rujukan dalam penulisan ini.

Hal-hal tersebut meliputi, antara lain :

1. Sifat melawan hukum (*wederrechtelijkheid*) merupakan unsur dari tindak pidana.
2. Dalam penulisan ini, sifat melawan hukum yang dimaksudkan adalah sifat melawan hukum materil, khususnya sifat melawan hukum materil dalam fungsinya yang positif.
3. Sifat melawan hukum materil dalam fungsinya yang positif terdiri dari 3 (tiga) model, yakni :1. penerapan sifat melawan hukum yang materil dengan fungsinya yang positif diserahkan kepada pengadilan yang memiliki yurisdiksi atas terdakwa, 2. penerapan sifat melawan hukum yang materil dengan fungsinya yang positif berdasar atas penunjukan dari perundang-undangan, khususnya perundang-undangan pidana dan 3. penerapan sifat melawan hukum yang materil dengan fungsinya yang positif yang bersumber dari



penggunaan kata-kata atau istilah-istilah yang tidak terarah dan terukur maknanya dalam peraturan perundang-undangan. Di sini, yang dimaksudkan adalah model sifat melawan hukum materil dalam fungsinya yang positif yang ke-tiga.

4. Pengejawatahan dari model penerapan sifat melawan hukum yang materil dengan fungsinya yang positif adalah kecermatan dan kepatutan.

## 2.2. Konsep Penyalahgunaan Wewenang dan Konsep Tindak Pidana Korupsi

Pembahasan dalam bab ini lebih terpusat pada konsep-konsep yang menjadi variabel. Ada terdapat 2 (dua) konsep yang hendak dibahas, yakni : (1) konsep penyalahgunaan kewenangan dan (2) konsep tindak pidana korupsi.

### 2.2.1. Konsep Penyalahgunaan Wewenang

Konsep penyalahgunaan wewenang terdiri dari 3 (tiga) konsep, yakni (1) konsep penyalahgunaan, (2) konsep wewenang dan (3) konsep penyalahgunaan wewenang. Sudah barang tentu, konsep-konsep tersebut sangat berlainan maknanya. Dalam kaitan ini, konsep penyalahgunaan akan dibahas terlebih dahulu, kemudian diikuti dengan konsep wewenang dan konsep penyalahgunaan wewenang.

#### 2.2.1.1. Konsep Penyalahgunaan

Konsep penyalahgunaan memiliki padanan dalam bahasa asing dengan kata-kata, seperti, bahasa Inggris : *misuse* dan *abuse*, bahasa Belanda : *misbruik* dan bahasa Jerman : *mißbrauch*. Masing-masing kata tersebut memiliki asal-usulnya sendiri-sendiri.



Kata *misuse* dikenal sebagian dari wilayah bahasa Inggris Tengah (*middle English*) *mis+usen to use*, sebagian dari wilayah bahasa Perancis Tengah (*middle French*) *mesuser to abuse*, dan dari bahasa Perancis kuno (*old French*) *mes+user to use* sekitar abad ke-14 (keempatbelas).<sup>222</sup> Kata *misuse* ini memiliki makna : "1) *to use incorrectly, misapply (misuse his talents);* and 2) *abuse, mistreat (misused his servants)*" (Terjemahan bebas : 1] menggunakan secara tidak benar; menyalahgunakan [menyalahgunakan bakatnya] dan 2] menyalahgunakan, menganiaya [menyalahgunakan pelayannya]). Makna yang hampir sama tertuang juga dalam Oxford Advancer Learner's Dictionary,<sup>223</sup> *misuse* mempunyai arti : *v [Vn] 1 to use sth in the wrong way or the wrong purpose; misuse a word/an expression : misuse alcohol/public funds. 2 to treat sb/sth badly : the company has been misused and taken advantage of me. Misuse n [U,C] the use of sth in the wrong way or for the wrong purpose; the misuse of power/authority : drug misuse* (Terjemahan bebas : kata kerja [Vn]-1 menggunakan sesuatu dalam cara yang salah atau untuk maksud yang salah : menyalahgunakan alkohol/dana masyarakat. 2 memperlakukan seseorang/sesuatu dengan buruk : perusahaan telah menyalahgunakan dan mengambil keuntungan dariku. *Misuse* kata benda [U,C] penggunaan sesuatu dalam cara yang salah atau untuk maksud yang salah : penyalahgunaan kekuasaan/wewenang : penyalahgunaan obat-obatan).

Kemunculan kata *misuse* diikuti oleh kata *abuse* yang berasal dari bahasa Latin *abusus*, berangkat dari kata *abuti to consume* dan *ab+uti to use*. Kata *abuse* ini dikenal dalam wilayah bahasa Inggris Tengah (*middle English*)

<sup>222</sup>Marriam Webster OnLine, <http://www.marriam-webster.com/dictionary/misuse>, diunduh Rabu, 21 Juli 2010, jam 10.12 WIB.

<sup>223</sup>A S Hornby, *Oxford Advancer Learner's Dictionary of Current English*, Oxford : Oxford University Press, 1995, hal. 747



dan kata *abus* dalam bahasa Perancis sekitar abad ke-15 (kelimabelas).<sup>224</sup> Kata *abuse* ini mempunyai arti : 1) *a corrupt practice or custom*; 2) *improper or excessive use or treatment : misuse [drugabuse]*; 3) *obsolete : a deceitful act : deception*; 4) *language that condemns or vilifies usually unjustly*; and 5) *physical maltreatment*" (Terjemahan bebas : 1] praktek atau kebiasaan menyuap; 2] penggunaan atau perlakuan yang tidak layak atau yang berlebihan : penyalahgunaan [penyalahgunaan obat]; 3] usang : perbuatan menipu: penipuan; 4] bahasa yang mengutuk atau mencaci maki biasanya dengan tidak adil, secara tanpa kendali, dan dengan amarah; dan 5] penganiayaan fisik dengan kejam). Arti yang serupa terdapat pula dalam Oxford Advancer Learner's Dictionary,<sup>225</sup> *abuse* memiliki makna v 1(a) *to make bad or excessive use of sth* : [Vn] *abusing drug/alcohol*. (b) *to take advantage of one's power, position ect. unfairly or excessively* : [Vn] *abuse one's hospitality; abuse one's authority/the confidence placed in one*. 2(a) *to treat a person or an animal badly or violently* : [Vn] *a hostel for abused and battered women*. (b) *to have sex with sb illegally or against their will* : [Vn] *viciously beaten or sexually abused : a man who abused his own daughter*. 3 *to speak in an insulting or offensive way to or about sb* : [Vn] *Journalist had been threatened and abused* (Terjemahan bebas : kata kerja 1[a] mempergunakan sesuatu secara buruk dan berlebihan : menyalahgunakan obat/alkohol. [b] mengambil keuntungan dari kekuasaan atau kedudukan seseorang dan sebagainya secara tidak jujur atau secara melampaui batas : menyalahgunakan keramahan seseorang; menyalahgunakan wewenang/kepercayaan seseorang di suatu tempat. 2[a] memperlakukan orang

<sup>224</sup>Marriam Webster OnLine, *Loc.Cit.*

<sup>225</sup>A S Hornby, *Op.Cit.*, hal. 6



atau binatang secara buruk atau secara kasar : panti wanita yang disalahgunakan atau dianiaya. [b] bersetubuh dengan seseorang secara ilegal atau bertentangan dengan keinginannya : dipukul secara kejam atau disalahgunakan secara seksual : laki-laki yang menyalahgunakan saudara kandung perempuannya. 3 berbicara dengan cara yang menghina atau menyakitkan hati terhadap atau tentang seseorang : wartawan telah diancam atau dilecehkan).

Selain itu, *abuse*<sup>226</sup> juga memiliki arti : n 1(a) (U,C) *wrong or excessive use of sth : drug | solvent abuse; widespread abuse of computer facilities.* (b) [U, sing] *wrong or excessive use of one's power, position, etc. : the new system of paying cash bonuses is open to abuse; an abuse of trust/privilege | authority.* (c) [C] *an unfair or illegal practice : put a stop to political abuse; abuse of human rights.* 2 [U,C] *cruel treatment of a person or animal, esp sexually : child sex abuse; physical abuse of horses.* 3 [U] *rude and offensive remarks about a person : insult : verbal abuse; hurl (a stream | torrent of) abuse at sb; the word 'bastard' is often used as a term of abuse* (Terjemahan bebas : kata kerja 1[a] [U,C] penggunaan sesuatu secara salah atau berlebihan : penyalahgunaan obat/larutan; penyalahgunaan sarana komputer secara luas. [b] [U, sing] penggunaan kekuasaan, kedudukan dan sebagainya seseorang secara salah atau melampaui batas : sistem pembayaran bonus tunai yang baru terbuka untuk penyalahgunaan; penyalahgunaan kepercayaan/keistimewaan/wewenang. [c] [C] praktek yang tidak jujur atau ilegal : penghentian penyalahgunaan politik; penyalahgunaan hak asasi manusia. 2 [U,C] perlakuan yang kejam terhadap orang atau binatang, khususnya secara seksual : penganiayaan seksual anak;

<sup>226</sup> *Ibid.*



penganiayaan fisik kuda. 3 [U] komentar yang kasar dan mencaci maki tentang seseorang; menghina : penghinaan lisan, melemparkan penghinaan pada seseorang; kata 'jadah' seringkali dipergunakan sebagai istilah penghinaan)

Dalam bahasa Belanda, kata *misbruik* memiliki makna yang hampir sama dengan kata *misuse* atau kata *abuse* dalam bahasa Inggris. *Misbruik*<sup>227</sup> berarti : "1 *het verkeerde gebruik, dat men van iets maakt; 2 het gebruik, dat verkeerd is door overdaad, overdading gebruik; 3 verkeerd gebruik, verkeerd gewoonte*" (Terjemahan bebas : 1 penggunaan sesuatu secara salah; 2 penggunaan yang salah karena berlebihan/melampaui batas, penggunaan yang melampaui batas; 3 penggunaan yang salah, kebiasaan yang salah).

Begitu pula dalam bahasa Jerman, *missbrauch*<sup>228</sup> memiliki makna : "1 *der falsche oder nicht erlaubte Gebrauch [der missbrauch von Macht] .... 2 sexuelle Missbrauch : eine strafbare handlung, bei der meist ein erwachsener ein Kind oder ein Mann eine Frau zu sexuellem Kontakt zwingt*" (Terjemahan bebas : penggunaan secara salah atau tanpa izin [penyalahgunaan kekuasaan] .... 2

Penyalahgunaan seksual : suatu perbuatan pidana, yang kebanyakan seorang dewasa memaksa untuk bersetubuh dengan seorang anak atau seorang laki-laki memaksa untuk bersetubuh dengan seorang perempuan).

Dalam bahasa Indonesia, kata menyalahgunakan disertai kata kekuasaan. Oleh karena itu, kata menyalahgunakan menjadi frase

<sup>227</sup>Koenen-Endepols-Heeroma, *Op.Cit.*, hal. 631

<sup>228</sup>Dieter Götz dan Hans Wellmann, *Taschenwörterbuch Deutsch als Fremdsprache (Das einsprachige Lernerwörterbuch für Einsteiger)*, Berlin : Langenscheidt, 2003, hal.

menyalahgunakan kekuasaan. Frase ini mempunyai arti : menggunakan kekuasaan dan sebagainya tidak sebagaimana mestinya.<sup>229</sup>

Demikian secara etimologis, maka kata penyalahgunaan mengandung konotasi yang negatif. Adapun kata tersebut memiliki komponen-komponen, sebagai berikut :

1. Adanya perbuatan dan/atau ucapan; dan
2. Perbuatan tersebut dilakukan secara salah atau untuk maksud yang salah (di samping itu, perbuatan tersebut dapat pula dilakukan secara kejam, kasar dan lain-lain) dan/atau ucapan dilisankan dengan mencaci maki atau menghina yang sifatnya menyakitkan hati.

Penyalahgunaan yang dimaksudkan di sini hendak dibatasi hanya pada perbuatan yang dilakukan secara salah atau untuk maksud yang salah saja.

Dalam kamus hukum pun, konsep penyalahgunaan tersebut memiliki makna yang tidak jauh berbeda dari makna etimologinya. Kata *misuse* bersinonim dengan kata-kata, antara lain : *abuse, degradation, erroneous use, ill treatment, ill usage, ill use, improper usage, improper use, incorrect usage, incorrect use, maladministration, maltreatment, misapplication, misappropriation, mishandling, mismanagement, mistreatment, misuse, perversion, selocim, usus, violation, wrong use.*<sup>230</sup>

Begitu pula dengan kata *abuse*. Kata *abuse* memiliki persamaan kata dengan kata-kata, sebagai berikut :

**Abuse** (*corrupt practice*), n : *baseness, breach of trust, deviation from rectitude, dishonesty, distortion, erroneous use, excessive use,*

<sup>229</sup>W.J.S. Poerwadarminta, *Kamus Umum Bahasa Indonesia*, diolah kemabali oleh Pusat Pembinaan dan Pengembangan Bahasa Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, Jakarta : Balai Pustaka, 1987, hal. 855

<sup>230</sup>Legal Dictionary, <http://legal-dictionary/thefreedictionary.com/misuse>, diunduh, Senin, 26 Juli 2010, jam. 07.13 WIB

*exploitation, fraudulency, ill usage, ill use, improper usage, improper use, jobbery, malfeasance, malversation, misapplication, misappropriation, misemployment, mishandling, mismanagement, misstatement, misuse, perversiton, usus perversus, violation, want of principle, wrong use.*

**Associated concept** : *abuse of a mandate, abuse of a proceeding, abuse of authority, abuse of discretion, abuse of executive authority, abuse of legal process, abuse of power, neglect.*

**Abuse** (physical misuse), n : *atrocitiy, bad treatment, damage, debasement, defilement, dishonor, dishonoring, hurt, ill treatment, ill usage, ill use, impairment, indecent, assault, injury, maltreatment, mishandling, mistreatment, misuse, molestation, outrage, persecution, victimization, violation.*

**Associated concept** : *abuse of a child*

**Abuse** (misuse), v : *abuti, ill-use, make excessive use of, make improper use of, maltreat, malhandle, misapply, misappropriate, misemploy, mishandle, mistreat, pervert, use improperly, use wrongly.*

**Associated concept** : *abuse of a minor*

**Abuse** (victimize), v : *injure, maltreat, malhandle, mistreat, molest, oppress.*

**Abuse** (violate), v : *debauch, defile, degrade, harm, ill-use, persecute, pollute, profane, wrong.*<sup>231</sup>

Berdasarkan makna dalam kamus hukum di atas, Penyalahgunaan berhubungan erat dengan kelalaian (*neglect*) dan kepatutan (*proper*). Oleh karena itu secara keseluruhan yang dimaksud dengan konsep penyalahgunaan adalah perbuatan yang dilakukan secara salah atau untuk maksud yang salah. Di dalam konsep ini juga terkandung kelalaian atau ketidakcermatan dan kepatutan dalam melakukan perbuatan dimaksud.

#### 2.2.1.2. Konsep Wewenang

Konsep wewenang mempunyai padanan dalam bahasa asing dengan kata-kata, seperti, bahasa Inggris : *authority*, bahasa Belanda : *bevoegdheid*, bahasa Jerman : *befugnis* atau *volmacht*. Masing-masing kata-kata tersebut memiliki asal-usulnya sendiri-sendiri.

<sup>231</sup> *Ibid.*

Kata *authority* berasal dari bahasa latin *auctōritās* atau *auctōritāt*, bermula dari kata *auctor* yang berarti *opinion, decision, power* (Terjemahan bebas : pendapat, keputusan, kekuasaan). Kata *auctorite* dikenal di wilayah bahasa Inggris Tengah (*Middle English*) dan kata *auctorité* dalam bahasa Perancis sekitar abad ke-13 (ketigabelas).<sup>232</sup> Kata *authority* ini mempunyai arti :

**1 a** (1) : *a citation (as from a book or a file) used in defense or support*  
 (2) : *the source from which the citation is drawn* **b** (1) : *a conclusive statement or set of statements (as from an official decision of a court)*  
 (2) : *a decision taken as a precedent* (3) **TESTIMONY** **c** : *an individual cited or appealed to as an expert*

**2 a** : *power to influence or command thought, opinion or behaviour* **b** : *freedom granted by one in authority* : **RIGHT**

**3 a** : *person in command; specifically : GOVERNMENT* **b** : *a governmental agency or corporation to administer a revenue-producing public enterprise <the transit authority>*

**4 a** : **GROUND, WARRANT** *<had excellent authority for believing the claim>* **b** : *convincing force <lent authority to the performance>*

(Terjemahan bebas :

**1 a** [1] : suatu kutipan [seperti dari buku atau catatan] dipergunakan untuk mempertahankan atau mendukung [2] sumber dari kutipan yang diambil **b** [1] pernyataan atau seperangkat pernyataan yang pasti [seperti dari putusan resmi pengadilan] [2] suatu putusan yang diambil sebagai rujukan [3] **KESAKSIAN** **c** : seseorang yang dicatat dan dipanggil sebagai ahli

**2 a** : kekuasaan untuk mempengaruhi atau menguasai pikiran, pendapat atau perilaku **b** : kebebasan yang diberikan oleh orang yang berwenang : **HAK**

**3 a** : orang yang memerintah; khususnya : Pemerintah **b** : agen pemerintah atau perusahaan yang mengelola perusahaan umum yang menghasilkan pendapatan <kewenangan transit>

**4 a** : **DASAR, JAMINAN** <memiliki kewenangan yang luar biasa untuk mempercayai klaim> **b** : kekuatan yang meyakinkan <memberikan kewenangan untuk melaksanakan>)

Dalam kamus bahasa Inggris yang lain, kata *authority*<sup>233</sup> memiliki makna, sebagai berikut : 1 [U] **(a)** *the power to give orders and make others obey, ...* **(b)** *the right to act in specific way, ...* 2 [C] *a person or group having the power to make decision or take action; ...* 3 **(a)** [U] *the power to influence*

<sup>232</sup>Marriam Webster OnLine, *Op.Cit.*, diunduh Senin, 26 Juli 2010, jam 11.44 WIB.

<sup>233</sup>A'S Hornby, *Op.Cit.*, hal. 68





people because of inspiring respect, having special knowledge, etc.; ... (b) a person with special knowledge; ... (c) a book, etc. that can supply reliable information or evidence (Terjemahan bebas : 1 [U] (a) kekuasaan untuk memberikan perintah dan membuat yang lain patuh; ... (b) hak untuk bertindak dengan khusus; ... 2 [C] seseorang atau kelompok yang mempunyai kekuasaan untuk mengambil keputusan atau mengambil tindakan; ... 3 (a) [U] kekuasaan untuk mempengaruhi orang dikarenakan kehormatan; memiliki pengetahuan khusus, dan sebagainya ... (b) seseorang dengan pengetahuan khusus; ... (c) buku dan sebagainya yang dapat menyediakan informasi atau bukti yang handal)

Di dalam bahasa Belanda, kata *bevoegdheid*<sup>234</sup> berasal dari kata dasar *bevoegd*. Kata ini mengandung makna : "*gerechtigd, gemachtigd, door de wet of enig erkend gezag, door kennis, ervaring*" (Terjemahan bebas : berhak, berkuasa oleh undang-undang atau suatu kekuasaan yang diakui, oleh pengetahuan, pengalaman). Sedangkan di dalam bahasa Jerman, kata *befugnis*<sup>235</sup> berarti "*die erlaubnis, daß man etwas tun darf*" (Terjemahan bebas : izin, bahwa orang dapat melakukan sesuatu).

Sementara itu, kata wewenang dalam bahasa Indonesia dapat bermakna : "hak dan kekuasaan untuk melakukan sesuatu."<sup>236</sup> Berdasarkan uraian di muka, maka wewenang dapat diartikan sebagai kekuasaan untuk mengambil keputusan atau mengambil tindakan yang kekuasaan tersebut berasal dari undang-undang atau kekuasaan yang diakui. Oleh karena itu, maka sesungguhnya konsep wewenang ini berhubungan erat dengan konsep kekuasaan (bahasa Inggris : *power*, bahasa Belanda : *macht atau gezag*, bahasa Jerman : *macht*). Meskipun

<sup>234</sup>Koenen-Endepols-Heeroma, *Op.Cit.*, hal. 111

<sup>235</sup>Deutsch-German Dictionary, <http://de.thefreedictionary.com/befugnis>, diunduh Selasa, 27 Juli 2010, jam 09.17 WIB

<sup>236</sup>W.J.S. Poerwadarminta, *Op.Cit.*, hal. 1150

demikian, konsep wewenang dan konsep kekuasaan memiliki makna yang berlainan.

Secara umum, konsep kekuasaan itu sendiri berarti kemampuan atau kesanggupan untuk mempengaruhi berfikir dan bertindak seseorang atau sekelompok orang sesuai dengan kehendak dan keinginan dari yang memiliki kemampuan atau kesanggupan tersebut.<sup>237</sup> Demikian pula menurut *Modern Dictionary of Sociology*, kekuasaan (*power*) didefinisikan sebagai "kemampuan seseorang atau kelompok untuk melaksanakan keinginan atau kebijaksanaannya, dan mengendalikan, memanipulasi atau mempengaruhi perilaku orang lain, apakah mereka ingin berkerja sama atau tidak."<sup>238</sup> Kekuasaan dapat tercipta karena kharismatik, tradisional, dan legal-rasional. Oleh karena itu, sering pula disebut kekuasaan yang kharismatik, kekuasaan yang tradisional, dan kekuasaan yang legal-rasional.

Kekuasaan yang legal-rasional berlandaskan hukum. Kekuasaan tersebut tercipta karena ditetapkan dan disatur dalam suatu sistem hukum. Kekuasaan yang legal-rasional di satu pihak berbeda dengan kekuasaan yang kharismatik dan kekuasaan yang tradisional di lain pihak. Perbedaan antara kekuasaan yang legal-rasional dengan kekuasaan yang kharismatik dan kekuasaan yang tradisional tersebut terletak pada asal-usul dan durasi kekuasaan; dengan perkataan lain, kekuasaan yang legal-rasional berdasar atas hukum dan terbatas, kekuasaan yang kharismatik berasal dari "langit" berupa pulung atau titisan dan abadi, serta kekuasaan yang tradisional bersifat turun-temurun dan permanen,

<sup>237</sup> Soerjono Soekanto, *Sosiologi Suatu Pengantar*, Jakarta: PT Rajawali Persada, Cetakan 23, 2001, hal. 301

<sup>238</sup> Dikutip dari J Salusu, *Pengambilan Keputusan stratejik untuk Organisasi Publik dan Organisasi Non-profit*, Jakarta : Grasindo, 2004, hal. 214



Berdasarkan konstruksi demikian, maka hubungan antara konsep kekuasaan dengan kekuasaan yang legal-rasional adalah hubungan *genus* dan *species*. Konsep kekuasaan merupakan *genus*, sedangkan kekuasaan yang legal-rasional merupakan *species*. Orang memiliki kekuasaan yang legal-rasional pastilah mempunyai kekuasaan, tetapi orang memiliki kekuasaan belum tentu mempunyai kekuasaan yang legal-rasional.<sup>239</sup>

Kekuasaan yang legal-rasional ini seringkali juga disebut sebagai wewenang. Dalam frase yang sama, kekuasaan yang dilembagakan (*institutionalized power*)<sup>240</sup> atau kekuasaan yang formal (*formal power*)<sup>241</sup> juga dapat diungkapkan sebagai wewenang. Dengan demikian, dalam wewenang melekat kekuasaan, tetapi tidak sebaliknya. Oleh karena itu, Fayol memberi definisi wewenang sebagai "hak untuk memberikan perintah dan kekuasaan untuk menuntut ketaatan."<sup>242</sup>

Di dalam kamus hukum, kata wewenang seringkali dimaknai sebagai izin, hak disertai kekuasaan untuk melakukan sesuatu atau memerintah orang lain untuk melakukan sesuatu. Lebih jauh, kamus hukum mengartikan wewenang sebagai : "*the right and power which an officer has in the exercise of a public function to compel obedience to his lawful command*"<sup>243</sup> (Terjemahan bebas : hak dan kekuasaan yang dimiliki pejabat dalam melaksanakan fungsi publik untuk memaksa kepatuhan terhadap perintahnya yang sah). Makna yang demikian sejalan dengan makna yang terdapat dalam hukum administrasi negara.

<sup>239</sup> Bandingkan, *Ibid*.

<sup>240</sup> Robert Bierstedt, Dikutip dari Mariam Budiardjo, *Dasar-dasar Ilmu Politik*, Jakarta : PT Gramedia Pustaka Utama, 2008, hal. 64

<sup>241</sup> Harold D. Laswell, dikutip dari Mariam Budiardjo, *Ibid*.

<sup>242</sup> J Salusu, *Loc.Cit*.

<sup>243</sup> Legal Dictionary, *Loc.Cit*.



Di hukum administrasi negara, konsep wewenang dimaksud dapat pula diartikan sebagai kemampuan untuk bersikap dan bertindak tertentu sesuai dengan perundang-undangan yang memberikan kemampuan tersebut; dengan perkataan lain, kemampuan untuk bersikap dan bertindak itu memiliki alas perundang-undangan. Hal ini ditemukan dalam pendapat O.L. van Daalen<sup>244</sup> yang menulis, bahwa "*De term 'bevoegdheid' ziet op het vermogen een wettelijke gelegitimeerde rechtshandeling te verrichten. Een gebrek in de bevoegdheid maakt een rechtshadeling meestal nietig...*" (Terjemahan bebas : Istilah 'wewenang' tertuju pada kemampuan untuk melakukan suatu perbuatan hukum yang didasarkan perundang-undangan. Cacat dalam wewenang menjadikan suatu perbuatan hukum seringkali batal demi hukum) Pendapat yang lebih terperinci lagi ditemukan dalam Wade and Bradley<sup>245</sup> yang menyatakan, sebagai berikut :

*In administrative law, 'power' has two meanings which are often not distinguished : (a) capacity to act in a certain way (for example, power to provide service, or to purchase land by agreement with the owner); (b) authority to restrict or take away the rights of others (for example, power to acquire land compulsorily, whether or not the owner wished to sell; power to licence a trade or occupation).* (Terjemahan bebas : Di dalam hukum administrasi, wewenang memiliki dua makna yang sering tidak dibedakan : [a] kemampuan untuk bertindak dalam cara tertentu [contohnya, wewenang untuk memberikan layanan, atau membeli tanah dengan persetujuan pemilik]; [b] wewenang untuk membatasi atau mencabut hak-hak yang lain [misalnya, wewenang untuk mendapatkan tanah secara paksa, apakah ada atau tidak keinginan pemilik untuk menjual; wewenang untuk memberikan izin bagi suatu perdagangan atau pekerjaan])

Konsep wewenang berhubungan erat dengan kewajiban atau tugas (*duty*) dan diskresi atau kebijakan (*discretion*) sebagaimana dinyatakan oleh

<sup>244</sup>O.L. van Daalen, "Samenvatting Bestuursrecht (1999-2000)," 13 Juni 2001, <http://www.xs4all.nl/>, diakses tanggal 15 Januari 2008

<sup>245</sup>A.W. Bradley dan Keith Ewing (Ed.) *Constitutional and Administrative Law*, Essex (England) : Longman Group UK Ltd., Cetakan XI, 1993, hal. 614



Wade and Bradley,<sup>246</sup> antara lain : "*Powers, duties and discretions are often very closely related to each other.*" (Wewenang-wewenang, tugas-tugas dan diskresi-diskresi seringkali berhubungan erat yang satu dengan yang lainnya) Dalam melaksanakan kewajiban atau tugas dan diskresi, pihak yang berwenang selalu dilengkapi dengan wewenang berdasarkan perundang-undangan dan tidak jarang wewenang tersebut mempengaruhi hak-hak individu warga negara. Jika dipersengketakan di pengadilan, maka pihak yang berwenang dapat menjadikan tugas atau diskresinya sebagai pembenaran atas tindakannya dan sebaliknya individu warga negara berusaha menunjukkan bahwa wewenang dimaksud telah dijalankan secara melawan hukum.

Secara prinsipil, konsep wewenang ini dipisahkan menjadi 2 (dua) tipe, yakni : (1) tipe wewenang yang terikat atau *objectieve beoordelingsruimte*, dan (2) tipe wewenang yang bebas atau *subjectieve beoordelingsruimte*.<sup>247</sup> F.C.M.A. Michiels menyebut tipe *objectieve beoordelingsruimte* ini dengan istilah *beleidsvrijheid*. Tipe yang disebut pertama ini dialih-bahasakan dalam bahasa Indonesia menjadi kebijaksanaan. F.C.M.A. Michiels<sup>248</sup> menulis lebih lanjut, sebagai berikut :

*Van beleidsvrijheid is sprake wanneer de wet niet aangeeft wanneer een bevoegdheid tot een positieve of negatieve toepassing moet leiden. Zo kan de raad (of na delegatie het college van B en W) ex. Art. 19 WRO een vrijstelling van het bestemmingsplan verlenen. De wet zegt niet dat het in bepaalde gevallen moet en ook niet dat het in andere gevallen niet mag. Men spreekt daarom wel van 'kan-bepalingen'. De rechter toetst het gebruik van vrije bevoegdheden terughoudend ofwel marginaal. Hij heeft niet uit te maken of hij het ook zo zou hebben gedaan, doch slecht of het orgaan, alle in aanmerking komende belangen afwegend, van zijn bevoegdheid op deze wijze in redelijkheid gebruik heeft kunnen maken.* (Terjemahan bebas : Berbicara mengenai

<sup>246</sup>A.W. Bradley and Keith Ewing (Ed.), *Loc. Cit.*

<sup>247</sup>J.H. van Kreveld, *Op.Cit.* hal. 6.

<sup>248</sup>*Op.Cit.*, hal. 106

*beleidsvrijheid* bilamana undang-undang tidak memberitahukan kapan suatu wewenang harus menciptakan penerapan yang positif atau yang negatif. Maka legislatif dapat memberikan kebebasan rencana peruntukan. Undang-undang tidak mengatakan bahwa sesuatu tersebut harus dalam hal-hal tertentu dan juga tidak bahwa sesuatu tersebut tidak boleh dalam hal-hal yang lain. Oleh karena itu, orang berbicara memang mengenai 'ketentuan-ketentuan-dapat'. Hakim menguji wewenang-wewenang yang bebas tersebut secara hati-hati ataupun sampai batas tertentu. Dia telah tidak memutuskan apakah dia harus telah melakukannya juga demikian, jadi hanya apakah organ yang telah mempertimbangkan kepentingan-kepentingan yang diperhatikan tersebut telah mempergunakan wewenangnya dengan cara yang patut)

Tipe wewenang yang kedua memiliki karakter yang sangat berbeda dari tipe yang pertama. J.H. van Kreveld<sup>249</sup> dan F.C.M.A. Michiels menyebut juga tipe ini dengan istilah *beoordelingsvrijheid*. Tipe yang kedua ini dialih-bahasakan dalam bahasa Indonesia menjadi kebijakan. F.C.M.A. Michiels<sup>250</sup> menjelaskan dalam tulisannya, antara lain :

*Van beooredelingsvrijheid is sprake wanneer de wet een vage term of norm bevat die in de praktijk moet wordt gepreciseerd, waartoe het orgaan een zekere vrijheid krijgt. In de wettelijke bepalingen zijn dan soms de woorden 'naar het oordeel van' toevoegd, maar noodzakelijkeis dat niet. De wetgever laat het aan de bestuurlijke wijsheid over to beoordelen of bepaalde feiten of situaties onder de term of norm dienen te vallen.* (Terjemahan bebas : Berbicara mengenai *beoordelingsvrijheid* bilamana undang-undang mengandung suatu istilah atau norma semu yang harus diuraikan secara teliti di dalam praktek, oleh karena itu suatu organ mendapatkan kebebasan. Di dalam ketentuan-ketentuan perundang-undangan maka kadang-kadang ditambahkan, tetapi hal itu tidak harus. Pembentuk undang-undang menyerahkannya kepada kebijaksanaan pemerintah untuk menilai apakah peristiwa-peristiwa atau situasi-situasi tertentu termasuk ke dalam istilah atau norma tersebut)

Selanjutnya F.C.M.A. Michiels<sup>251</sup> menulis :

*Wanneer de wetgever het orgaan een zekere beoordelingsvrijheid geeft, moet de rechter het gebruik van bevoegdheid terughoudend (marginaal) toetsings. Het gaat er niet om of hij precies hetzelfde ervan vindt als het bestuursorgaan, maar of het oordeel van het orgaan niet onredelijk kan worden genoemd.* (Terjemahan bebas : Bilamana pembentuk undang-

<sup>249</sup>Op.Cit., hal. 108

<sup>250</sup>*Ibid.*

<sup>251</sup>*Ibid.*, hal 107



undang memberi suatu organ *beoordelingsvrijheid* tertentu, hakim harus mempergunakan wewenang pengujian secara hati-hati (sampai batas tertentu). Hal tersebut tidak berkaitan dengan apakah dia menemukan pengalaman-pengalaman yang persis sama seperti organ pemerintah, tetapi apakah penilaian organ tersebut dapat disebut tidak tak patut)

Banyak orang menyebut tipe yang kedua ini sebagai *freies Ermessen*<sup>252</sup> atau *ultra vires*.<sup>253</sup> Dengan demikian tidak semua wewenang itu merupakan *freies Ermessen* atau *ultra vires*.

Dalam konteks ini, wewenang yang dimaksudkan adalah kemampuan melakukan perbuatan hukum tertentu berdasarkan perundang-undangan yang bebas sifatnya. Dengan perkataan lain, wewenang yang dipilih menjadi rujukan dan konsep adalah wewenang yang bebas atau kebijakan.

### 2.2.1.3. Konsep Penyalahgunaan Kewenangan

Sebagaimana dikemukakan di atas, wewenang yang diberikan atau wewenang yang diperoleh seringkali dipersoalkan karena dianggap dilaksanakan secara melawan hukum; dengan perkataan lain, penyimpangan ditemukan dalam melaksanakan wewenang. Penyimpangan dalam pelaksanaan wewenang tersebut dapat berupa, antara lain : (1) kesewenang-wenangan (*willekeur*); dan (2) penyalahgunaan wewenang (*détournement de pouvoir*).

Kesewenang-wenangan (*willekeur* atau *illegal and irrational use of powers*<sup>254</sup>) terjadi, yakni : bila yang berwenang saat mempertimbangkan kepentingan-kepentingan yang diharapkan diterima, telah tidak dapat melakukannya secara akal sehat (*onredelijkheid*) dan justru saat mempertimbangkan kepentingan-kepentingan yang seharusnya diperhatikan

<sup>252</sup>J.H. van Kreveld, *Op.Cit.*, hal. 7

<sup>253</sup>Daniel E.Hall, *Op.Cit.* hal. 36

<sup>254</sup>Konsep yang dipergunakan di negara-negara Anglo-Saxon. *Ibid.*, hal. 673,



tersebut telah tidak pernah terjadi.<sup>255</sup> Singkatnya, yang dimaksud dengan kesewenang-wenangan adalah suatu situasi yang telah tidak mempertimbangkan kepentingan-kepentingan di dalamnya secara sah dan rasional (*onredeljike belangenafweging*).

Seperti halnya dengan kesewenang-wenangan, konsep penyalahgunaan wewenang itu sendiri terletak dalam bidang hukum publik, khususnya dalam bidang hukum administrasi negara. Penegasan keberadaan konsep penyalahgunaan wewenang dalam hukum publik terdapat pada tulisan van Apeldoorn, yakni : "

*Ook in het publiekrecht komt men dit leerstuk tegen : de overheid mag de haar toekomstige bevoegdheden niet aanwenden met een ander doel dat waartoe zij haar zijn verleend, anders is sprake van détournement de pouvoir ('ombuiging van recht' : zie ook art. 3:3 Awb)."*<sup>256</sup>  
(Terjemahan bebas : juga di dalam hukum publik orang menjumpai konsep ini : penguasa tidak boleh mempergunakan wewenang-wewenang yang dimilikinya dengan suatu tujuan lain yang karena itu ia diberi wewenang, yang lain berbicara mengenai *détournement de pouvoir* ('pembelokan hukum' : lihat juga pasal 3:3 Awb)

Di Perancis,<sup>257</sup> konsep penyalahgunaan wewenang telah menjadi dasar bagi *Conseil d'Etat* (Dewan Negara) untuk menerima dan memeriksa kasus-kasus yang diajukan kepadanya. Selain penyalahgunaan wewenang (*détournement de pouvoir*), ada terdapat dasar lainnya, yakni : (1) ketiadaan kompetensi (*lack of Jurisdiction/incompétence*) yang meliputi kompetensi pokok perkara, kompetensi teritorial, serta kompetensi waktu, (2) ketidakteraturan prosedur

<sup>255</sup>Bandingkan dengan HR 25-2-1949, NJ 1949, dikutip dari De Commissie inzake Algemene Bepalingen van Administratief Recht, *Op.Cit.*, hal. 153

<sup>256</sup>L.J. van Apeldoorn et.al, *Van Apeldoorn's Inleiding tot de Studie van Nederlandse Recht*, Alphen aan Rijn : Kluwer, 2003, hal. 85; lihat juga, De Commissie inzake Algemene Bepalingen van Administratief Recht, *Op.Cit.*, hal. 146; dan R.J.H.M. Huisman, *Op.Cit.*, hal. 21

<sup>257</sup>George A. Bermann dan Etienne Picard, *Introduction to French Law*, Boston : Kluwer Intrnational, 2008, hal. 95



atau formalitas (*procedural Irregularity / vice de forme or de procédure*), dan (3) bertentangan dengan hukum (*violation of law / violation de la loi*).

Di Belanda, konsep penyalahgunaan wewenang merupakan salah satu komponen asas-asas umum pemerintahan yang layak. Konsep tersebut diperkenalkan untuk kali pertama dalam Laporan Komisi *de Monchy* mengenai Peningkatan Perlindungan Hukum terhadap Penguasa (*Het rapport van de Commissie de Monchy inzake verhoogde rechtsbescherming tegenover de overheid*) pada tahun 1950;<sup>258</sup> meskipun demikian, sesungguhnya konsep penyalahgunaan wewenang itu sendiri muncul jauh sebelum istilah asas-asas umum pemerintahan yang layak populer di tahun 1950. Sudah sejak tahun 1929, konsep penyalahgunaan wewenang tercantum dalam Pasal 58 *Ambtenarenwet* 1929 yang menjadi dasar pengujian bagi setiap persiapan dan pengambilan keputusan-keputusan berkaitan dengan kepegawaian.<sup>259</sup> Konsep penyalahgunaan wewenang yang terkandung dalam Asas-asas umum pemerintahan yang layak dimaksud, yakni :

1. *détournement de pouvoir* (penyalahgunaan wewenang); yang berarti, bahwa organ pemerintahan telah nyata-nyata mempergunakan wewenang yang diberikan padanya untuk tujuan yang lain selain dari wewenang tersebut diberikan;
2. *willekeur* (sewenang-wenang); yang artinya, bahwa suatu keputusan yang diambil oleh organ pemerintahan tidak dipertimbangkan secara patut atau dengan perkataan lain mempertimbangkan kepentingan-kepentingan nyata-nyata secara tidak patut;

<sup>258</sup>Lihat G.J. Wiarda, *Drie Typen van Rechtsvinding*, Zwolle : Tjeenk Willink, 1980, hal. 58

<sup>259</sup>G.J. Wiarda *Ibid.*, hal 59; lihat juga M.J.S. Korteweg-Wiers, *Op.Cit.*, hal. 298



3. *fair play*, yang bermakna, bahwa penguasa tidak boleh mengambil kemungkinan-kemungkinan dari warga negara untuk mempertahankan kepentingannya melalui cara bertindak yang mungkin benar menurut perundang-undangan lainnya;
4. *zorgvuldigheid* (kecermatan); yang maksudnya, bahwa organ pemerintahan saat mempersiapkan untuk mengambil keputusan-keputusan dan melakukan perbuatan-perbuatannya, memperhatikan kewaspadaan dan keakuratan yang normal agar tidak direpotkan oleh kasalahan karena kecerobohan dan pengabaian;
5. *gelijkheid* (persamaan); yang berarti, bahwa organ pemerintahan harus bertindak dengan cara yang sama terhadap hal-hal yang sama; tanpa pandang bulu;
6. *rechtszekerheid* (kepastian hukum); yang artinya, organ pemerintahan tidak boleh meragukan mengenai masalah kedudukan hukum warga negara dalam sengketa-sengketa tertentu;
7. *opgewekt vertrouwen* (kepercayaan yang dibangun); yang maksudnya, warga negara harus dapat memperhitungkan bahwa harapan-harapan yang dibangun oleh organ pemerintahan juga akan dihormati; serta
8. *motivering* (motivasi); yakni, bahwa motif yang dituangkan dalam keputusan harus memenuhi syarat kualitas tertentu, seperti, dipahami, lengkap, alamat yang benar dan tepat waktu.<sup>260</sup>

Di Indonesia, pertumbuhan dan perkembangan konsep penyalahgunaan wewenang muncul bersamaan dengan asas-asas umum pemerintahan yang layak. Sejak tahun tanggal 29 Desember 1986, kedua konsep tersebut tertuang

<sup>260</sup>Bandingkan dengan R.J.H.M. Huisman, *Op.Cit.*, hal. 21-25



dalam Pasal 53 ayat (2) huruf b Undang-undang No. 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara (selanjutnya disingkat UUPTUN 86). Selengkapnya Pasal 53 ayat (2) tersebut berbunyi, yakni :

Alasan-alasan yang dapat digunakan dalam gugatan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) adalah:

- a. Keputusan Tata Usaha Negara yang digugat itu bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku;
- b. Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara pada waktu mengeluarkan keputusan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) telah menggunakan wewenangnya untuk tujuan lain dari maksud diberikannya wewenang tersebut;
- c. Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara pada waktu mengeluarkan atau tidak mengeluarkan keputusan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) setelah mempertimbangkan semua kepentingan yang tersangkut dengan keputusan itu seharusnya tidak sampai pada pengambilan atau tidak pengambilan keputusan tersebut.

Adapun penjelasan Pasal 53 ayat (2) huruf b ini menentukan :

Dasar pembatalan ini sering disebut penyalahgunaan wewenang. Setiap penentuan norma-norma hukum di dalam tiap peraturan itu tentu dengan tujuan dan maksud tertentu. Oleh karena itu, penerapan ketentuan tersebut harus selalu sesuai dengan tujuan dan maksud khusus diadakannya peraturan yang bersangkutan.

Dengan demikian, peraturan yang bersangkutan tidak dibenarkan untuk diterapkan guna mencapai hal-hal yang di luar maksud tersebut. Dengan begitu wewenang materiil Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara yang bersangkutan dalam mengeluarkan Keputusan Tata Usaha Negara juga terbatas pada ruang lingkup maksud bidang khusus yang telah ditentukan dalam peraturan dasarnya.

Contoh :

Keputusan Tata Usaha Negara memberikan izin bangunan atas sebidang tanah, padahal dalam peraturan dasarnya tanah tersebut diperuntukan jalur hijau.

Dalam bagian lain penjelasan Pasal 53 ayat (2) itu menerangkan juga :

Dalam pemerintahan yang bebas Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara yang bersangkutan bertugas :

1. Mengumpulkan fakta yang relevan;
2. Mempersiapkan, mengambil dan melaksanakan keputusan yang bersangkutan dengan memperhatikan asas-asas umum yang tidak tertulis; dan
3. Dengan penuh kelonggaran menentukan sendiri isi, cara menyusun dan saat mengeluarkan keputusan itu.



Di sini, asas-asas umum pemerintahan yang layak diidentikan dengan asas-asas umum yang tidak tertulis. Hal tersebut serupa dengan pertumbuhan dan perkembangan asas-asas pemerintahan yang layak di Belanda pada awalnya.<sup>261</sup>

Berdasar atas pertumbuhan dan perkembangan sejarah dan perundang-undangan di muka, jelas bahwa penyalahgunaan wewenang merupakan nomenklatur yang tidak terpisahkan dari hukum administrasi negara pada umumnya dan asas umum pemerintahan yang layak pada khususnya. Dalam koteks ini, penyalahgunaan wewenang memiliki 3 (tiga) fungsi<sup>262</sup> yaitu :

- a. Penyalahgunaan wewenang menjadi suatu norma perilaku (*een gedragsnorm*) bagi penyelenggara negara serta pegawai negeri dalam melakukan perbuatan hukum dan menjalankan wewenangnya;
- b. Penyalahgunaan wewenang menjadi suatu dasar gugatan (*een beroepsgrond*) bagi warga masyarakat dan rakyat bilamana ada terdapat kerugian yang disebabkan oleh keputusan dari penyelenggara negara serta pegawai negeri yang bersangkutan; dan
- c. Penyalahgunaan wewenang menjadi suatu norma penguji (*een toetsingsnorm*) bagi hakim dan bagi organ pengawas pemerintahan.

Konsep penyalahgunaan wewenang ini memiliki beberapa pandangan kata dalam bahasa Indonesia, yakni antara lain : penyalahgunaan jabatan,<sup>263</sup>

<sup>261</sup>G.J. Wiarda *Ibid.*

<sup>262</sup>Bandingkan dengan R.J.H.M. Huisman, *Op.Cit.*, hal. 21

<sup>263</sup>Djoko Prakoso, *Segi-segi Kepidanaan dalam Kepegawaian Indonesia*, Jakarta : Sungguh Jaya Bersaudara, 1987, hal 26



penyalahgunaan kekuasaan,<sup>264</sup> penyalahgunaan kedudukan atau posisi,<sup>265</sup> dan penyalahgunaan fungsi.<sup>266</sup>

Sementara itu, konsep penyalahgunaan wewenang juga memiliki padanan dalam beberapa bahasa asing, seperti antara lain : dalam bahasa Perancis, konsep tersebut bersepadan dengan istilah *détournement de pouvoir*,<sup>267</sup> dalam bahasa Inggris, bersepadan dengan *abuse of discretionary powers*,<sup>268</sup> *abuse of powers*,<sup>269</sup> *abuse of functions or position*,<sup>270</sup> dan *abuse of authority*,<sup>271</sup> dalam bahasa Belanda, bersepadan dengan *misbruik van bevoegdheid*,<sup>272</sup> *misbruik van gezag*,<sup>273</sup> *ambtsmisbruik*,<sup>274</sup> *misbruik van ambtelijke hoedanigheid*,<sup>275</sup> dan *misbruik van functie*,<sup>276</sup> serta dalam bahasa Jerman, bersepadan dengan *machtmissbrauch*,<sup>277</sup> *missbrauch von befugnis*,<sup>278</sup> dan *amtsmissbrauch*.<sup>279</sup> Betapapun di antara pelbagai konsep tadi sedikit atau banyak

<sup>264</sup>Sumantoro, *Aspek-aspek Pidana di Bidang Ekonomi*, Jakarta : Ghalia Indonesia, 1990, hal. 204

<sup>265</sup>Djoko Prakoso, *Op.Cit.*, hal. 51

<sup>266</sup>J Salusu, *Op.Cit.*, hal. 17

<sup>267</sup>Arthur Taylor Von Mehren and James Gordley, *The Civil Law System : An Introduction to The Comparative Study of Law*, [S.I.] : Little Brouwn, 1971, Hal. 474

<sup>268</sup>Keith E. Whittington, *Constitution Construction : Divided Powers and Constitutional Meaning*, London : Harvard University Press, 1999, hal. 143

<sup>269</sup>Neil Hawke, *Introduction to Administrative Law*, Kentucky : Cavendish-Routledge, 1999, hal. 178

<sup>270</sup>Article 19 *United Nations Convention against Corruption*, General Assembly Resolution 58/4.

<sup>271</sup>John William Smith, ESQ, *A Selection of Leading Cases on Various Branches of The Law*, Philadelphia : T & J.W. Johnson, Vol. 2, 1855, hal. 219

<sup>272</sup>F.C.M.A. Michiels, *Hoofdzaken van het Bestuursrecht*, Alphen aan Rijn : Kluwer 2006, hal. 125

<sup>273</sup>Alain De Nauw, *Inleiding tot het Bijzonder Strafrecht*, Deventer : Kluwer, 2005, hal. 66

<sup>274</sup>Jan Rummelink en Derkje Hazewinkel-Suringa, *Inleiding tot de Studie van het Nederlandse Strafrecht*, Deventer : Kluwer, 1999, hal.586

<sup>275</sup>*Ibid.*, hal. 860

<sup>276</sup>J. Blaauw, dikutip dari Brice Ruyver et. al., *Anti-Corruptie Strategieën : De Aanpak van Corruptie en Beïnvloeding bij De Hormonendelinquen en Vleesfraude : Een Case-Studie*, Apeldoorn : Malku, 1999, hal. 169

<sup>277</sup>K. Tiedemann, dikutip dari Cyriile Fijnaut dan James B Jacobs, *Organized Crime and Its Containment : A Transatlantic Initiative*, Alphen aan Rijn : Kluwer, 1991, hal. 71

<sup>278</sup>Peter Hoflich dan Frank Weller, *Strafrecht, Schnell Erfasst*, Berlin : Springer, 2005, hal. 215

<sup>279</sup>Hans-Uwe Erichsen, Derk Ehler, dan Peter Badura, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Berlin : Walre de Gruyter, 2002, hal. 107

terdapat perbedaan yang satu dengan yang lain, tetapi tetaplah berpokok pangkal pada sesuatu yang sama, yakni : perbuatan hukum publik yang dilakukan oleh pihak berwenang bersifat melawan hukum; dengan perkataan lain, di dalam konsep-konsep tersebut terkandung perbuatan hukum publik yang dilakukan oleh pihak berwenang bersifat melawan hukum dalam rangka melaksanakan kekuasaan, tugas, diskresi, jabatan, kedudukan atau fungsinya itu.

Selain itu karena wewenang berkaitan erat dengan kewajiban atau tugas dan diskresi, maka di dalam perundang-undangan pun seringkali konsep penyalahgunaan wewenang bersepadan dengan frase-frase, seperti : "melakukan yang bertentangan dengan kewajibannya", "berbuat atau mengabaikan sesuatu dalam tugasnya", "melakukan atau tidak melakukan suatu perbuatan yang melanggar kewajiban yang sah dari jabatan", dan sebagainya. Rudolf Feik<sup>280</sup> menulis, antara lain :

*Der objektive Tatbestand des Amtsmissbrauchs ist erfüllt, wenn die Beamtin oder der Beamte ihre/seine Befugnis zur Vornahme von Amtsgeschäften als Organ des Rechtsträgers missbraucht. Dieser Missbrauch kann durch pflichtwidrigen Hoheitsakt, aber auch durch sonstige pflichtwidrige Rechtshandlungen oder gleichwertige Verrichtungen, die names des Rechtsträgers gesetzt werden, erfolgen.* (Terjemahan bebas : Unsur obyektif penyalahgunaan jabatan terpenuhi, bilamana penyelenggara negara serta pegawai negeri menyalahgunakan wewenangnya untuk melaksanakan urusan-urusan resmi sebagai organ pengemban hukum. Penyalahgunaan ini dapat terjadi karena perbuatan mulia yang melanggar kewajiban, tetapi juga karena perbuatan-perbuatan hukum lainnya yang melanggar kewajiban atau perbuatan-perbuatan sejenis yang diatur atas nama pengemban hukum)

Konsep penyalahgunaan wewenang (*détournement de pouvoir*) terjadi, yaitu : bila yang berwenang mempergunakan wewenang yang telah diberikan kepadanya untuk tujuan yang lain selain dari tujuan wewenang tersebut

<sup>280</sup>Rudolf Feik, *Öffentliche Verwaltungskommunikation : Öffentlichkeitsarbeit, Aufklärung, Empfehlung, Warnung*, Wien : Springer-Verlag, 2007, hal. 278





diberikan. M.J.S. Korteweg-Wiers, G.L. van der Kraan, P.M.B. Schrijvers dan J.P.A.F. Vriens<sup>281</sup> menyatakan, sebagai berikut : "*Bij het materiële verbod van détournement de pouvoir moet men denken aan de gevallen waarin het administrative orgaan een bevoegdheid gebruikt voor een ander doel dan waarvoor die bevoegdheid is gegeven.*" (Terjemahan bebas : Dengan larangan menyalahgunakan wewenang secara materil orang harus berfikir pada peristiwa-peristiwa yang di dalamnya organ administrasi mempergunakan suatu wewenang untuk suatu tujuan yang lain selain dari wewenang tersebut diberikan) Jadi, yang dimaksud penyalahgunaan wewenang ialah mempergunakan wewenang yang bertentangan dengan tujuan atau maksud ketentuan perundang-undangan (*in strijd met doel of strekking van wettelijke voorschrift*).

Dalam perkembangan selanjutnya, istilah penyalahgunaan wewenang telah mengalami pergeseran makna dalam praktek peradilan administrasi (tata usaha) negara. Makna yang dikandungnya menjadi lebih luas, yakni: yang awalnya berarti bertentangan dengan ketentuan perundang-undangan (*in strijd met wet*), kemudian berkembang menjadi bertentangan dengan hukum (*in strijd met recht*). Di Belanda,<sup>282</sup> penyalahgunaan wewenang memang sudah berkonotasi bertentangan dengan hukum yang meliputi bertentangan dengan kecermatan (*zorgvuldigheid*), motivasi (*motivering*), dan bahkan bertentangan dengan kepatutan (*redelijkheid*). Hal ini terbukti dalam putusan pengadilan, seperti antara lain : masing-masing putusan *College van Beroef voor bedrijfsleven* (CBB) 7 Oktober 1969, SEW 718, putusan CBB 24 April 1970, AB

<sup>281</sup>M.J.S. Korteweg-Wiers et al., *Hoofddlijnen van het Ambtenarenrecht*, Alphen aan den Rijn : Samson HD Tjeenk Willink (s-Gravenhage)VUGA, Tweede Drukken, 1988, hal. 304

<sup>282</sup>Lihat J.H. van Kreveld, *Op.cit.*, hal. 124-125



371, SEW 403, putusan *Afdeling rechtspraak van de Raad van State* (AR), 17 April 1979 t B/S II, nr. 42.

Begitu juga di negara Amerika Serikat,<sup>283</sup> penyalahgunaan wewenang berarti pula bertentangan dengan hukum, termasuk bertentangan dengan kecermatan (ketergesa-gesaan/*capricious*). Pemaknaan demikian terdapat dalam putusan pengadilan kasus *General Motors versus Federal Energy Regulatory Commission*, 613 F.2d 939 (D.C. Cir. 1979). Di samping putusan tadi, juga ada putusan yang lain yang terkenal dengan nama *Chevron Decision*. Dalam kasus ini sengketa terjadi antara *Chevron, U.S.A., Inc. versus Narutal Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S.837 (1984). Oleh karena itu, penyalahgunaan wewenang berarti bertentangan dengan kecermatan yang terdapat di dalam pergaulan masyarakat.

Dalam konteks ini, yang dimaksud dengan penyalahgunaan wewenang adalah mempergunakan wewenang yang telah diberikan tidak sesuai dan/atau bertentangan dengan hukum baik, yang tertulis maupun yang tidak tertulis. Tidak sesuai dan/atau bertentangan dengan hukum tertulis, hal ini dikarenakan wewenang telah dipergunakan untuk tujuan lain selain dari tujuan wewenang itu diberikan dalam perundang-undangan (*onwet*). Tidak sesuai dan/atau bertentangan dengan hukum yang tidak tertulis, hal ini disebabkan wewenang telah dipergunakan tanpa kecermatan (*zorgvuldigheid*) dan kepatutan (*redelijkheid*) yang berlaku dalam pergaulan masyarakat.

<sup>283</sup>Lihat Daniel E.Hall, *Administrative Law : Bureaucracy in a Democracy*, New Jersey : Upper Saddle River, Second Edition, 2003, hal. 35 dan 37





### 2.2.2. Konsep Tindak Pidana Korupsi

Di sini, fokus terarah pada dua konsep, yakni (1) konsep tindak pidana dan (2) konsep korupsi. Hal ini disebabkan kedua konsep menjadi pokok bahasan. Konsep tindak pidana dibahas lebih dahulu daripada konsep korupsi, karena di dalam konsep yang disebut pertama dikandung makna yang lebih luas dibanding konsep yang disebut kedua; dengan perkataan lain, konsep tindak pidana bermakna lebih umum daripada konsep korupsi.

Sementara, konsep yang disebut kedua itu sendiri adalah bagian dari konsep yang disebut pertama. Logika demikian didasarkan pada pemahaman makna yang terdapat dalam perundang-undangan mengenai pemberantasan tindak pidana korupsi, yakni : UUPTK 1999 jo. UUPPTK 2001. Oleh karena itu, penjelasan makna akan bermula dari konsep tindak pidana dan berlanjut dengan konsep korupsi.

#### 2.2.2.1. Konsep Tindak Pidana

Konsep tindak pidana yang lazim dipergunakan dalam *nomenklatur* hukum pidana Indonesia merupakan alih-bahasa dari konsep *strafbare feit* yang telah disepakati para ahli hukum pidana Belanda. Dahulu di Belanda, pemilihan dan kesepakatan pemakaian konsep *strafbare feit* tersebut telah menimbulkan perdebatan yang hebat. Hal ini dapat diketahui melalui pernyataan D. Hazewinkel-Suringa<sup>284</sup> :

*Strafbaar feit – dat is de term, die na veel wikken en wegen ten slotte is gekozen voor iedere gedraging, die op straffe wordt verboden, hetzij zij bestaat in een doen of in een nalaten; hetzij zij onder de misdrijven dan wel onder de overtredingen valt. Deze benaming heeft veel critiek ontmoet.* (Terjemahan bebas : *Strafbaar feit – istilah yang akhirnya dipilih setelah dipertimbangkan dengan sangat matang untuk setiap*

<sup>284</sup>D. Hazewinkel- Suringa, *Inleiding tot De Studie van Het Nederlandse Strafrecht*, Haarlem : H.D. Tjeenk Willink & Zoon N.V., 1953, hal. 45



tindakan yang dilarang dan dijatuhi sanksi pidana bagi yang melanggar larangan tersebut, yang meliputi berbuat atau tidak berbuat, yang terdiri dari kejahatan-kejahatan dan pelanggaran-pelanggaran. Pemberian nama ini menemui banyak kritik)

Konsep-konsep yang lain, seperti, *strafwaardig feit* dan *delict* juga mendapat dukungan yang kuat dan memiliki argumen yang bisa dipertanggungjawabkan meskipun kurang dapat diterima. *Strafwaardig feit*, menurut van Hamel<sup>285</sup>, "*de term ... de voorkeur zou verdienen. Hiertegen is echter aan te voeren, dat ieder feit, waard om te bestraffen, het daarom nog niet wordt, zodat deze wijziging geen verbetering mag heten.*" (Terjemahan bebas :

Istilah *strafwaardig feit* sangat pantas mendapat prioritas. Mengenai hal ini [*strafwaardig feit*, pen.] juga dikemukakan, bahwa setiap tindakan, yang patut mendapatkan hukuman, oleh karena itu ia belum terjadi, sehingga perubahan ini tidak boleh disebut perbaikan) Sedangkan konsep *delict* tidak menjadi prioritas karena kurang menarik sebagaimana yang dinyatakan D. Hazewinkel-Suringa<sup>286</sup>, antara lain : "*Het woord delict is minder aanvechtbaar,...*" (Terjemahan bebas : Kata *delict* adalah kurang menarik)

Pada akhirnya, pemakaian konsep *strafbaar feit* dalam khasanah hukum pidana Belanda menjadi biasa dan tidak menimbulkan kotradiksi, serta bahkan penegakannya pun dapat diterima secara luas. D. Hazewinkel-Suringa<sup>287</sup> menegaskan : "*... maar aangezien de uitdrukking 'strafbaar feit' burgerrecht verkregen heeft en geen misverstanden wekt, is het handhaven daarvan te aanvaarden.*" (Terjemahan bebas : ..., tetapi oleh karena istilah *strafbaar feit*

<sup>285</sup>Dikutip dari D. Hazewinkel- Suringa, *Ibid.*

<sup>286</sup>D. Hazewinkel- Suringa, *Ibid.*

<sup>287</sup>D. Hazewinkel- Suringa, *Ibid.*



telah menjadi lazim dan tidak menimbulkan kesalahpahaman, penegakannya dapat diterima)

Seperti halnya yang terjadi di Belanda, pengalihbahasaan konsep *strafbaar feit* ke dalam konsep berbahasa Indonesia pun tidak luput dari silang pendapat dan perdebatan sengit. Setidak-tidaknya, ada 6 (enam) konsep yang mengemuka saat itu, yakni peristiwa pidana, perbuatan yang boleh dihukum, pelanggaran pidana, delik, perbuatan pidana, dan tindak pidana. Konsep peristiwa pidana merupakan ajuran dari E Utrecht<sup>288</sup> dan juga R Tresna<sup>289</sup> yang dipakai untuk mengalihbahasakan konsep *strafbare feit*. Hal ini berdasarkan pertimbangan, bahwa konsep peristiwa meliputi suatu perbuatan secara positif (*handelen* atau *doen*), suatu perbuatan secara negatif berupa kelalaian (*verzuim* atau *nalaten*), beserta akibatnya berupa keadaan yang ditimbulkan karena perbuatan atau kelalaian. Dengan perkataan lain, peristiwa pidana itu merupakan suatu peristiwa hukum (*rechtsfeit*), yakni suatu peristiwa kemasyarakatan yang membawa akibat yang diatur oleh hukum.

Konsep perbuatan yang boleh dihukum diperkenalkan oleh Karni dan van Schravendijk<sup>290</sup> sebagai alihbahasa untuk konsep *strafbare feit*, begitupun konsep pelanggaran pidana yang dikemukakan oleh Tirtaadmidjaja,<sup>291</sup> sedangkan konsep delik dipergunakan oleh Andi Zainal Abidin Farid<sup>292</sup> dalam bukunya Hukum Pidana I. Namun demikian di dalam pemilihan konsep-konsep tersebut, alasan-alasan yang menjadi dasar pertimbangannya tidak diungkapkan.

<sup>288</sup> *Op.Cit.*, hal. 251

<sup>289</sup> Tresna, *Azas-azas Hukum Pidana*, Jakarta: PT Tiara Limited, 1955, hal. 27

<sup>290</sup> Utrecht, *Loc.Cit.*

<sup>291</sup> *Ibid.*

<sup>292</sup> A Zainal Abidin Farid, *Hukum Pidana I*, Jakarta : Sinar Grafika, 1995, hal. 220

Moeljatno<sup>293</sup> dan Roeslan Saleh<sup>294</sup> memilih mempergunakan konsep perbuatan pidana sebagai alihbahasa *strafbare feit*. Khususnya Moeljatno, konsep dimaksud dipilih dengan mempertimbangan faktor makna yang terkandung, faktor penerimaan masyarakat, dan faktor penyederhanaan istilah. Pertimbangan faktor-faktor ini tidak boleh hanya merujuk kepada salah satu saja, melainkan harus berdasar atas ketiga faktor secara keseluruhan. Ditinjau dari sisi makna yang terkandung konsep perbuatan (pidana) merupakan konsep yang paling tepat, karena perbuatan berarti keadaan yang dibuat oleh seseorang maupun akibat yang ditimbulkan oleh keadaan itu; dengan perkataan lain, perbuatan mempunyai makna abstrak yang bersinonim dengan kelakuan atau tingkah laku.

Dilihat dari sudut penerimaan masyarakat, konsep perbuatan (pidana) lebih lazim dipergunakan. Penggunaan istilah tersebut berlangsung baik dalam percakapan sehari-hari, seperti : perbuatan tak senonoh atau perbuatan cabul (*ontuchtige handeling*) dan perbuatan jahat (*misdaad*), maupun dalam konsep teknis-yuridis, seperti : perbuatan hukum (*rechtshadeling*) dan perbuatan melawan hukum (*onrechtmatige daad*). Sementara itu diamati dari sisi penyederhanaan konsep, konsep perbuatan (pidana) adalah lebih jelas dan tidak menimbulkan ambiguitas dibandingkan dengan konsep lainnya, seperti : konsep tindak pidana.

Berdasar atas praktik kekinian, konsep yang umum dipakai adalah tindak pidana sebagai alihbahasa dari konsep *strafbare feit*. Hal ini dikemukakan oleh

<sup>293</sup>Moeljatno, *Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban dalam Hukum Pidana*, Jakarta : Bina Aksara, 1983, hal. 7-10.

<sup>294</sup>Roeslan Saleh, *Sifat Melawan Hukum dari Perbuatan Pidana*, Jakarta : Aksara Baru, 1987, hal. 1.

Romli Atmasasmita<sup>295</sup> di satu pihak serta Masruchin Ruba'i dan Made S Astuti Djajuli<sup>296</sup> di lain pihak. Menurut Romli yang mengikuti pendapat tim penerjemah KUHP pada Badan Pembinaan Hukum Nasional (BPHN), penggunaan konsep tindak pidana dapat ditinjau secara sosio-yuridis dan secara yuridis-teoretis. Secara sosio-yuridis, kenyataan di masyarakat konsep tindak pidana telah biasa dipergunakan dalam semua peraturan perundang-undangan pidana, semua instansi penegak hukum dan hampir seluruh aparat penegak hukum. Secara yuridis-teoretis, ada perbedaan dan pemisahan yang tegas dan jelas tindak pidana (*actus reus*) dari pertanggungjawaban pidana (*mens rea*). Sedangkan menurut Masruchin Ruba'i dan Made S Astuti Djajuli, pemakaian konsep tindak pidana semata-mata disebabkan konsep tersebut sudah memasyarakat dan lebih populer dibandingkan dengan konsep-konsep yang lain.

Berdasar atas pendapat dari ketiga pakar hukum pidana yang disebut terakhir menunjukkan, bahwa konsep tindak pidana merupakan konsep yang paling lazim dalam *nomenklatur* hukum pidana Indonesia. Namun demikian pertimbangan mengenai pemakaian konsep tindak pidana tersebut perlu juga merujuk pada aspek praktis, aspek substantif, dan aspek politis. Secara praktis tidak dapat dipungkiri, bahwa konsep tindak pidana telah mendapat penerimaan secara luas oleh masyarakat hukum, dengan perkataan lain, konsep tindak pidana sudah menjadi *communis opinio doctorum*. Bahkan pemakaian konsep tersebut juga sudah terbiasa dalam masyarakat awam-hukum. Hal ini tampak dari pemakaian konsep tersebut oleh pembentuk undang-undang dalam membentuk peraturan undang-undang pidana, aparat penegak hukum dalam

<sup>295</sup>Romli Atmasasmita, *Tindak Pidana Narkotika Transnasional dalam Sistem Hukum Pidana Indonesia*, Bandung : PT Citra Aditya Bakti, 1997, hal. 26

<sup>296</sup>Masruchin Rubai dan Made S Astuti Djajuli, *Hukum Pidana I*, Malang : Jurusan Hukum Pidana Fakultas Hukum Unibraw, 1989, hal. 34





melaksanakan tugas untuk menyidik, mendakwa, mengadili dan memutus perkara pidana sejak penangkapan hingga pembuatan putusan, sampai dengan masyarakat dalam melakukan percakapan sehari-hari mengenai kasus-kasus pidana yang terjadi.

Secara substantif, konsep tindak pidana menekankan pada perilaku atau kelakuan manusia yang sedang dan/atau telah terjadi. Secara yuridis-teoretis, penekanan demikian sesuai dengan perkembangan hukum pidana modern yang menganut faham *daad-dader strafrecht* atau *tat-tater strafrecht* atau *actus reus and mens rea*, yakni : membedakan dan memisahkan antara dapat dipidananya tindakan (*strafbaarheid van het feit*) dan dapat dipidananya pembuat tindak pidana (*strafbaarheid van de dader*). Oleh karena itu kiranya sebagai perbandingan, *nomenklatur* hukum pidana Jerman, khususnya di dalam Kitab Undang-undang Hukum Pidana Jerman (*Strafgesetzbuch/StGB*) mempergunakan istilah *straftat* yang memberikan fokus pada tindakan.

Secara politis memang sudah seharusnya sebagai negara yang merdeka, Indonesia memiliki hukum pidana nasional yang mengandung kekhasan tersendiri dan yang memiliki konsep-konsep standard dan baku. Hal ini berarti, bahwa Indonesia tidak hanya memiliki hukum pidana nasional yang dibentuk orang bangsa Indonesia setelah merdeka, tetapi juga hukum pidana nasional yang dibentuk itupun harus memuat ciri khas keindonesiaan dan mempergunakan konsep-konsep yang sesuai dengan perkembangan hukum pidana modern serta dipahami oleh masyarakat Indonesia. Di dalam Rancangan Undang-undang tentang Kitab Undang-undang Hukum Pidana (Selanjutnya disingkat RUU-KUHP) tahun 1999/2000, RUU-KUHP tahun 2007/2008 dan RUU-KUHP Draft Februari 2008 perancang dan pembentuk undang-undang telah mengukuhkan konsep



tindak pidana sebagai konsep yang baku. Penjelasan Pasal 11 RUU-KUHP Draft Februari 2008 menentukan :

Ketentuan dalam Pasal ini dimaksudkan sebagai ukuran untuk menentukan suatu perbuatan disebut sebagai tindak pidana. Perbuatan yang dimaksudkan meliputi baik perbuatan melakukan (aktip) maupun tidak melakukan perbuatan tertentu (pasip) yang oleh peraturan perundang-undangan dinyatakan sebagai perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana....

Pompe<sup>297</sup> membagi pengertian tindak pidana dari sudut pandang teoretis dan praktis. Berdasarkan sudut pandang teoretis, pengertian tindak pidana sebagai :

*De normovertreding (verstoring der rechtsorde), waaraan de overtreder schuld heeft en waarvan de bestraffing dienstig is voor de handhaving der rechtsorde en behartiging van het algemeen welzijn. Onder normovertreding, waaraan de overtreder schuld heeft, wordt hierbij verstaan een gedraging, welke naar haar uiterlijke verschijning in strijd met het recht, dus onrechtmatig, wederrechtelijk is, en waarmede de dader in een zodanig innerlijke verband staat, dat hem voor die wederrechtelijke gedraging een verwijt treft, m.a.w. dat hij daaraan schuld heeft.*<sup>298</sup> (Terjemahan bebas : Pelanggaran norma [gangguan terhadap tertib hukum] yang pada pelanggaran memiliki kesalahan dan yang karena itu manfaat hukuman adalah untuk menegakkan tertib hukum dan memperhatikan kesejahteraan umum. Yang dimaksud pelanggaran norma yang pada pelanggaran memiliki kesalahan adalah suatu tingkah laku yang secara lahiriah bertentangan dengan hukum, jadi melanggar hukum, bersifat melawan hukum, dan juga seorang pembuat yang secara batiniah berkaitan sedemikian rupa bahwa karena tingkah laku bersifat melawan hukum tersebut dia mengalami penyesalan; dengan perkataan lain, bahwa karenanya dia memiliki kesalahan)

Sementara itu pengertian tindak pidana secara praktis, sebagai berikut : *„... is het strafbare feit niets anders dan een feit, dat in een wettelijke bepaling als strafbaar is omschreven.*<sup>299</sup> (Terjemahan bebas : Tindak pidana tidak lain dari

<sup>297</sup>Pompe, *Op.Cit.*, hal. 35

<sup>298</sup>*Ibid.*

<sup>299</sup>*Ibid.*, hal. 36



suatu perbuatan yang dirumuskan dalam suatu ketentuan perundang-undangan sebagai dapat dipidana)

Senada dengan pendapat Pompe di atas, Jonkers<sup>300</sup> membagi pengertian tindak pidana ke dalam pengertian yang dinyatakan dengan luas dan pengertian yang dinyatakan dengan sempit. Menurut pengertian yang dinyatakan dengan luas, "*een strafbaar feit is een met opzet of schuld in verband staande onrechtmatige (wederrechtelijke) gedraging begaan door een toerekeningsvatbaar persoon.*"<sup>301</sup> (Terjemahan bebas : tindak pidana adalah suatu

tingkah laku [bersifat melawan hukum] melanggar hukum dihubungkan dengan kesengajaan atau kesalahan yang dilakukan seseorang yang berkemampuan bertanggung jawab) Sedangkan menurut pengertian yang dinyatakan dengan sempit, "*een strafbaar feit is een feit, dat door de wet is strafbaar gesteld.*"<sup>302</sup> (Terjemahan bebas : tindak pidana adalah suatu perbuatan yang oleh undang-undang ditetapkan dapat dipidana)

Namun demikian, sesungguhnya pemberian pengertian mengenai tindak pidana lebih berarti penting dalam konteks teoretis daripada praktis. Hal ini Pompe<sup>303</sup> nyatakan, sebagai berikut : "*Theoretisch is de vraag, wat onder het strafrechtelijke hoofdbegrip 'strafbaar feit' in de wetgeving moet verstaan worden, stellig van belang. Practisch is de vraag voor het strafrecht vrijwel zonder belang.*" (Terjemahan bebas : Secara teoretis pertanyaan mengenai

apakah yang dimaksud dengan pengertian pokok "tindak pidana" menurut hukum pidana, pastilah penting. Secara praktis pertanyaan tersebut bagi hukum pidana hampir tanpa arti pentingnya)

<sup>300</sup> Jonkers, *Op.Cit.*, hal. 83

<sup>301</sup> *Ibid.*

<sup>302</sup> *Ibid.*

<sup>303</sup> *Op.Cit.*, hal. 40





Pengertian-pengertian sebelumnya sudah tentu berbeda dengan pengertian tindak pidana berikut yang membedakan dan memisahkan secara tegas antara perbuatan dengan pembuat; dengan perkataan lain, pengertian tersebut berkecenderungan untuk lebih menekankan pada tindakan semata. Vos<sup>304</sup> memberikan pengertian tindak pidana sebagai "*een menselijke gedraging, waarop door de wet (genomen in de ruime zin van wettelijke bepaling') straf is gesteld, een gedraging dus, die in het algemeen (tenzij er een strafuitsluitingsgrond bestaat) op straffe verboden is.*" (Terjemahan bebas : suatu tingkah laku manusia yang oleh undang-undang [dimasukan dalam arti luas mengenai ketentuan perundang-undangan] ditetapkan pidana, jadi suatu tingkah laku yang secara umum [yang terdapat alasan penghapusan pidana] dilarang dan dipidana bagi yang melanggar larangan itu)

Dalam konteks ini, pengertian tindak pidana merujuk pada pengertian tindak pidana yang dikemukakan oleh Vos. Hal ini berdasarkan tiga pertimbangan, sebagai berikut : pertimbangan pertama, hampir seluruh ahli hukum pidana Indonesia memandang tindak pidana sebagai tingkah laku manusia yang dilarang atau diharuskan dan diancam pidana bagi yang melanggar larangan atau keharusan tersebut; dengan perkataan lain, pandangan tersebut sudah menjadi *communis opinio doctorum*. Pengertian tindak pidana tersebut Moeljatno<sup>305</sup> tuliskan sebagai "perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana barangsiapa melanggar larangan tersebut."

Pertimbangan kedua, ketentuan perundang-undangan pidana memuat tindak pidana sebagaimana yang telah dijelaskan dan diuraikan oleh hampir

<sup>304</sup>H.B.Vos, *Leerboek van Nederlands Strafrecht*, Haarlem : H.D. Tjeenk Willink & Zoon N.V., 1950, hal. 25

<sup>305</sup>*Op.Cit.*, hal. 20

semua ahli hukum pidana di atas. Hal ini mengacu pada ketentuan perundang-undangan pidana positif (*ius constitutum*) maupun merujuk pada ketentuan perundang-undangan pidana yang akan berlaku mendatang (*ius constitutedum*). Pasal 11 RUU-KUHP Draft Februari 2008 menyatakan, antara lain :

- (1) Tindak pidana adalah perbuatan melakukan atau tidak melakukan sesuatu yang oleh peraturan perundang-undangan dinyatakan sebagai perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana.
- (2) Untuk dapat dipidananya perbuatan yang dilarang dan diancam pidana oleh peraturan perundang-undangan, perbuatan tersebut harus juga bersifat melawan hukum atau bertentangan dengan kesadaran hukum masyarakat.
- (3) Setiap tindak pidana selalu dipandang bersifat melawan hukum, kecuali ada alasan pembenar.

Pertimbangan ketiga, umumnya putusan pengadilan mempergunakan istilah tindak pidana dengan pengertian mengikuti pengertian yang dijelaskan oleh para ahli hukum pidana maupun yang dicantumkan dalam peraturan perundang-undangan sebagaimana disebut di atas. Namun demikian seringkali putusan pengadilan tersebut memuat pengertiannya secara implisit dalam pertimbangan-pertimbangan hukum, seperti antara lain dalam : Putusan MARI Nomor 30 K/Kr/1969 jo. Putusan MARI Nomor 346 K/KR/1980. Putusan MARI Nomor 30 K/Kr/1969 tanggal 6 Juni 1970<sup>306</sup> dalam perkara Mokhammad Syarif bin Haji Kehan menyatakan secara tersurat dalam pertimbangan hukumnya, antara sebagai berikut :

Menimbang bahwa setiap tindak pidana selalu ada unsur "sifat melawan hukum" dari perbuatan-perbuatan yang dituduhkan, walaupun dalam rumusan delik tidak selalu dicantumkan.

Bahwa tanpa adanya unsur sifat melawan hukum itu tidak mungkin perbuatan yang dituduhkan merupakan tindak pidana.

<sup>306</sup>Dikutip dari Chidir Ali, *Yurisprudensi Hukum Pidana Indonesia*, Jilid 1, Bandung : Armico, 1986, hal. 189

Selanjutnya lebih jelas lagi, Putusan MARI Nomor 346 K/KR/1980 tanggal 25 Januari 1984<sup>307</sup> dalam perkara Mohanlal Kanchad menyatakan secara tersurat dalam sebagian pertimbangan hukumnya, antara lain :

Bahwa pada hakekatnya perumusan suatu tindak pidana dalam kaidah hukum terdiri dari :

- a. perumusan tentang perbuatan yang dilarang dan karenanya dapat dipidana (tindak pidana/delik yang sebenarnya)
- b. perumusan tentang keadaan yang meliputi perbuatan yang dilarang tersebut

#### 2.2.2.2. Konsep Korupsi

Secara etimologis, sebenarnya konsep korupsi berasal dari bahasa latin *corrumpere* yang berarti bertingkah laku busuk, berperilaku jahat, merayu berbuat maksiat, hina, membuat kerusakan dan kehancuran. Selanjutnya O.J.

Bergmann dalam Elena Golofast<sup>308</sup> menuliskan :

*Etymologisch gesehen stammt das Wort Korruption als Abstraktum des Adjektivs "korrupt" vom lateinischen "corrumpere", was man mit "verderben", "verführen", "zu Schanden machen", "vernichten" kann. Der Infinitiv setzt sich aus der Silbe cor-, "ganz, völlig" sowie dem Verb rumpere, "verletzen, vernichten, zerstören, zerbrechen" zusammen. Mit "Korrupt" kann der allgemeine Zustand sowohl des physikalischen als auch des moralischen "verdorbenseins" gemeint sein. Im Englischen bedeutet "corrupt" noch heute sowohl "verdorben" als auch "bestechlich".* (Terjemahan bebas : Dilihat secara etimologis, kata korupsi sebagai abstraksi adjektif "korrupt" berasal dari bahasa latin "corrumpere", yang orang dapat artikan dengan "busuk", "merayu berbuat maksiat", "hina", "menghancurkan". Infinitif tersebut tersusun dari suku kata *cor-*, "sebenarnya, sepenuhnya" dan juga kata kerja *rumpere*, "merugikan", "merusak", "menghancurkan", "melanggar". Yang dimaksud dengan "Korrupt" menurut situasi umum meliputi baik kebusukan secara psikis maupun juga kebusukan secara moral. Dalam bahasa Inggris "corrupt" hingga kini berarti baik "busuk" maupun "suap" atau "tidak jujur")

<sup>307</sup>Dikutip dari R.Achmad Soema di Pradja, *Hukum Pidana dalam Yurisprudensi*, Bandung : Armico, 1990, hal. 72

<sup>308</sup>Elena Golofast, "Theorien zu Korruption (Institutionenökonomie, Soziologie, Rechtswissenschaften, und Politologie)," Arbeitspapier erstellt im Rahmen des Bank- und Finanzwirtschaftlichen Seminars, Zurich : Universität Zurich, Institut für Schweizerisches Bankwesen, 2006, hal. 2

Singkatnya, konsep *corrumpere* memiliki konotasi berperilaku yang negatif atau tidak baik. Kemudian, konsep berbahasa latin tersebut mengalami adaptasi dalam pelbagai bahasa, sehingga konsep *corrumpere* menjadi *Corruption* dalam bahasa Inggris<sup>309</sup>, menjadi *Korruption* dalam bahasa Jerman<sup>310</sup>, menjadi *Corruptie* dalam bahasa Belanda<sup>311</sup>, dan menjadi Korupsi dalam bahasa Indonesia<sup>312</sup>.

Pengertian konsep korupsi ini tidak pernah "ajeg", tetapi selalu berubah-ubah sesuai dengan ruang dan waktu atau tempat dan situasi. Oleh karena itu, tidak akan pernah ditemukan pengertian konsep korupsi yang lengkap dan memuaskan semua pihak. Bahkan sebaliknya, secara umum pengertian konsep korupsi bersifat parsial berdasarkan sudut pandang tertentu; dengan perkataan lain, pengertian istilah korupsi dapat berpangkal tolak dari pandangan sosiologi, administrasi, hukum, politik dan lain-lain. Kenyataan tersebut juga mendapatkan penegasan dari Martina Kuhne dan Ueli Schneider,<sup>313</sup> sebagai berikut :

*Korruption (von lat. corrumpere = verderben, entkräften, entstellen, bestechen) gehört zu den ältesten Wirtschaftspraktiken der Welt und tritt in vielfältigen Formen auf. Korruption ist ein Phänomen, das sich je nach Situation wandelt und über die Zeit nicht konstant bleibt. Deshalb ist es wichtig, das Phänomen nicht statisch zu betrachten, da Korruption zu jeder Zeit und jeder Gesellschaft etwas anderes bedeuten kann. Der eigentliche Inhalt korrupter Tätigkeiten kann nur situationsspezifisch untersucht werden. Er ist abhängig von der jeweiligen gesellschaftlichen Auffassung und der historischen Zeit. Dementsprechend breit gefächert sind auch die verschiedenen Definitionsansätze des Korruptionsbegriffs. In der Literatur existiert eine Vielzahl an Definitionsversuchen, z.B.*

<sup>309</sup>A S Hornby, *Oxford Advanced Learner's Dictionary*, Fifth Edition, Oxford : Oxford University Press, 1995, hal. 261

<sup>310</sup>Dieter Götz und Hans Wellmann, *Taschenwörterbuch Deutsch als Fremdsprache*, Berlin : Langenscheidt KG, 2003, hal. 251

<sup>311</sup>Koenen-Endepols-Heeroma, *Handwoordenboek der Nedrlandse Taal*, 22ste Druk, Groningen : J B Wolters, 1948, hal. 188

<sup>312</sup>W.J.S. Poerwadarminta, *Kamus Umum Bahasa Indonesia*, Jakarta : Balai Pustaka, 1987, hal. 524

<sup>313</sup>Martina Kuhne und Ueli Schneider, "Bekämpfung von Korruption auf Nationalem Level : Am Beispiel der Schweiz," Doktoranden Seminar zu Korruption, Zurich : Universität Zurich, 2007, hal.1



*soziologische, rechtsgeschichtliche, moraltheologische, biologische, politologische, ökonomische oder juristische Definitionsansätze.* (Terjemahan bebas : Korupsi [dari bahasa latin *corrumpere* = busuk, membuat lemah, merusak, menyuap] termasuk praktek-praktek ekonomi yang tertua di dunia dan tampil dalam berbagai bentuk. Korupsi adalah suatu gejala yang berubah-ubah menurut waktu dan selamanya tetap tidak konstan. Oleh karena itu yang penting, gejala tersebut dianggap tidak statis, sehingga korupsi dapat dimaknai berlainan untuk setiap waktu dan dalam setiap masyarakat. Muatan aktivitas koruptor yang sesungguhnya hanya dapat diteliti berdasarkan kekhususan situasi. Hal tersebut bergantung pada pandangan setiap masyarakat dan sejarahnya. Berlandaskan hal tersebut dikelompokanlah beraneka ragam definisi pengertian korupsi. Di dalam literatur didapati banyak definisi, misalnya, menurut sosiologi, menurut ilmu hukum, menurut teologi moral, menurut biologi, menurut politik, menurut ekonomi atau menurut praktik hukum)

Meskipun pengertian konsep korupsi yang baku tidak ditemukan, tetapi antara satu pengertian istilah korupsi dengan pengertian yang lainnya didapati titik temu. Sekurang-kurangnya, persamaan-persamaan yang dikandung suatu pengertian konsep korupsi, yakni :

- a. penyalahgunaan kekuasaan dan/atau wewenang; dan
- b. perolehan keuntungan atas penyalahgunaan tersebut.

Di dalam beberapa pengertian konsep korupsi di bawah berikut dijumpai persamaan-persamaan dimaksud. Korupsi diberi pengertian oleh Martina Kuhne dan Ueli Schneider<sup>314</sup> sebagai berikut : "*Korruption ist der Missbrauch einer Vertrauensstellung in einer Funktion in Verwaltung, Wirtschaft oder Politik, um einen materiellen oder immateriellen Vorteil zu erlangen, auf den kein rechtlich begründeter anspruch besteht.*" (Terjemahan bebas : Korupsi adalah penyalahgunaan kedudukan yang berfungsi dalam pemerintahan, perekonomian atau politik untuk memperoleh keuntungan secara material maupun immaterial, yang tidak berlandaskan ketentuan berdasar atas hukum) Selain itu, pengertian

<sup>314</sup>Ibid., hal. 4



konsep korupsi yang senada juga dinyatakan oleh G.A.A.J. van den Heuvel<sup>315</sup>, antara lain : *"Corruptie betekent letterlijk "bederf". Juridisch kan men haar omschrijven als het misbruik maken van een ambtelijke of politieke positie ten behoeven van zichzelf of een derde. Dit misbruik dient in strijd met de wet of de heersde regels te zijn, een delict waarvan het bewijs vaak lastig te leveren is."*

(Terjemahan bebas : Korupsi secara harafiah berarti "busuk". Secara yuridis orang dapat merumuskannya sebagai melakukan penyalahgunaan posisi jabatan atau politik untuk keuntungan pribadi atau pihak ketiga. Penyalahgunaan ini harus bertentangan dengan undang-undang atau peraturan yang berlaku, suatu tindak pidana yang seringkali pembuktiannya memberikan beban/kesulitan)

Pengertian konsep korupsi seringkali dijumpukan dengan pengertian konsep kolusi dan nepotisme. Hal ini disebabkan ketiga konsep tersebut berhubungan erat dengan penguasaan harta/asset negara melalui penggunaan wewenang secara tidak sah, termasuk penyalahgunaan wewenang. Lebih tepatnya, modus operandi penguasaan benda milik orang lain tersebut dikemukakan oleh Franklin E. Zimring dan David T Johnson<sup>316</sup>, antara lain sebagai berikut :

*The fourth method of obtaining control over the property or person of another is the use of social or institutional power. When power granted to persons for restricted purposes is used instead for unauthorized personal aims; unlawful and socially wasteful exchanges take place : the government official charged with selecting the most qualified firm to provide trash collection to the city instead selects the firm that offers him the most money in a personal bribe or as a 'contribution' to a non-governmental organization; the schoolteacher with the power to assign grades on a merit basis to student work instead trade high grade for*

<sup>315</sup>G.A.A.J. van den Heuvel, "Collusie tussen Overheid en Bedrijf : een Vergeten hoofdstuk uit de organisatiecriminologie," Rede uitgesproken bij aanvaarding van het ambt van hoogleraar in de Criminologie aan de Universiteit Maastricht, vrijdag, 23 Januari 1998, hal. 6

<sup>316</sup>Franklin E. Zimring dan David T Johnson, "On The Comparative Study of Corruption," *Brit.J.Criminol.*, Ed. 45, Oxford : Oxford University Press on behalf of the Centre for Crime and Justice Study (ISTD), 2005, hal. 795

*cash or personal favours from students or their families; the company official with the power to sell property for the benefit of the firm gives a mayor price concession to a buyer in exchange for a personal payment; the president of a nation grants public licenses that are not supposed to be given away to his friends and family rather than auctioning them off and making the proceeds available to the common good. In all these cases, the offender has power for limited purposes and uses the power in prohibited ways.* (Terjemahan bebas : Metode ke-empat mengenai cara mendapatkan penguasaan atas harta atau orang milik yang lain adalah mempergunakan kekuasaan kelembagaan atau kemasyarakatan. Bilamana kekuasaan diberikan pada orang-orang untuk tujuan-tujuan yang terbatas telah dipergunakan sebaliknya untuk tujuan-tujuan pribadi yang tanpa wewenang, melawan hukum dan secara kemasyarakatan terjadi pertukaran-pertukaran yang mubajir : seorang pejabat pemerintah yang bertanggung jawab memilih perusahaan berkualitas untuk melaksanakan pengadaan pengumpulan limbah bagi suatu kota, sebaliknya memilih perusahaan yang menawarnya banyak uang dalam bentuk suap pribadi atau sebagai "sumbangan" kepada organisasi non-pemerintah; seorang guru yang berkuasa untuk menentukan nilai berdasarkan pekerjaan siswa, sebaliknya memperdagangkan nilai tinggi demi keuntungan tunai atau pribadi dari para siswa dan keluarga siswa; seorang karyawan perusahaan yang berkuasa untuk menjual barang demi keuntungan perusahaan, memberikan pengurangan harga yang besar kepada seorang pembeli yang dipertukarkan dengan suatu pembayaran pribadi; seorang presiden memberikan perizinan secara umum yang tidak dimaksudkan untuk menghadiahkan kepada teman-teman dan keluarganya, melainkan menjual lelang dan mendapatkan keuntungan yang dipergunakan bagi kepentingan umum. Dalam semua kasus ini, pelanggar mempunyai kekuasaan untuk tujuan-tujuan yang terbatas dan mempergunakan kekuasaan tersebut dalam cara-cara yang dilarang)

Meskipun ketiga konsep tersebut berhubungan dengan penguasaan harta/asset negara melalui penggunaan kekuasaan secara tidak sah, tetapi sesungguhnya masing-masing memiliki perbedaan. Jika korupsi berurusan dengan penyalahgunaan kekuasaan dan perolehan keuntungan dari penyalahgunaan kekuasaan tersebut sebagaimana telah dikemukakan di atas, maka kolusi bercirikan hubungan/permuafatan yang bersifat rahasia untuk menyembunyikan suatu perbuatan yang illegal. G.A.A.J. van den Heuvel<sup>317</sup>

<sup>317</sup> *Loc.Cit.*, hal. 2



menjelaskan tentang kolusi, sebagai berikut : "*Collusie is een ander woord voor heimelijke verstandhouding, met name om illegale praktijken toe te dekken.*"

*Collusie kan tussen allerlei partijen voorkomen.*" (Terjemahan bebas : Kolusi adalah sebuah kata lain untuk hubungan yang bersifat rahasia dengan maksud guna menyembunyikan praktek-praktek ilegal. Kolusi dapat terjadi antara pelbagai pihak) Begitu pula menurut van Dale<sup>318</sup>, kolusi berarti : "*onderlinge samenspanning tussen ambtenaren om ambtsdelicten te plegen.*" (Terjemahan bebas : saling bermufakat antara penyelenggara negara dan/atau pegawai negeri untuk melakukan tindak pidana-tindak pidana jabatan)

Pengertian kolusi dapat juga ditemukan dalam perundangan-undangan, khususnya UUKKN 1999. Dalam Pasal 1 ayat (4) UUKKN 1999 dinyatakan : "Kolusi adalah permufakatan atau kerja sama secara melawan hukum antara Penyelenggara Negara atau antara Penyelenggara Negara dan lain yang merugikan orang lain, masyarakat dan atau negara."

Selain berbeda dengan kolusi, pengertian konsep korupsi juga berlainan dengan pengertian konsep nepotisme. Perkataan nepotisme itu sendiri berasal dari bahasa Latin *Nepos*, yang berarti cucu laki-laki. Menurut Koenen-Endepols-Heeroma<sup>319</sup>, nepotisme adalah "*familiebegunstiging; onrechtmatige begunstiging van familieleden of vriendjes.*" (Terjemahan bebas : menguntungkan keluarga; menguntungkan anggota-anggota keluarga atau teman-teman dekat secara melanggar hukum) Pengertian istilah nepotisme yang sama A. S. Hornby<sup>320</sup> kemukakan, yakni : "*nepotism is the practice among people with power or*

<sup>318</sup>Dikutip dari G.A.A.J. van den Heuvel, *Ibid.*, hal. 6

<sup>319</sup>*Loc.Cit.*, hal. 662

<sup>320</sup>*Loc.Cit.*, hal. 779





*influence of favouring their own relatives, especially by giving them jobs."*

(Terjemahan bebas : nepotisme adalah praktek di antara orang-orang yang berkuasa atau berpengaruh yang menguntungkan keluarga-keluarga terdekatnya, terutama dengan memberi mereka pekerjaan) Konsep nepotisme menitikberatkan pada pemberian keuntungan/keistimewaan kepada keluarga atau teman-teman terdekat oleh penyelenggara negara atau pegawai negeri dalam melaksanakan wewenang, jabatan dan kedudukannya.

Pengertian konsep nepotisme tersebut di atas telah pula dituangkan dalam perundang-undangan, yakni UUKKN 1999. Dalam Pasal 1 ayat (5) UUKKN 1999, didefinisikan : "Nepotisme adalah setiap perbuatan Penyelenggara Negara secara melawan hukum yang menguntungkan kepentingan keluarganya dan kroninya di atas kepentingan masyarakat, bangsa dan negara.

Berhubung dengan pengertian-pengertian konsep korupsi di muka, maka korupsi yang dimaksudkan di sini adalah penyalahgunaan kekuasaan dan/atau wewenang yang melalui penyalahgunaan tersebut diperoleh keuntungan baik bagi dirinya sendiri, orang lain maupun suatu badan.

### **2.2.2.3. Konsep Tindak Pidana Korupsi**

Seperti hanya konsep korupsi yang tidak "ajeg" melainkan senantiasa berubah-ubah sesuai dengan ruang dan waktu atau tempat dan situasi, maka pengetahuan konsep tindak pidana korupsi pun tidak selalu seragam dalam perumusan perundang-undangan pidana di tiap-tiap negara. Kebanyakan negara memilih konsep tindak pidana korupsi sebagaimana yang tertuang dalam Konvensi Anti-korupsi PBB. Hal ini dapat dilihat dalam perundang-undangan pidana di Belanda dan Jerman.

Di Indonesia, konsep tindak pidana korupsi terdapat dalam Pasal 1 angka 3 UUKKN 1999. Pasal 1 angka 3 UUKKN 1999 mendefinisikan tindak



pidana korupsi sebagai "tindak pidana sebagaimana dimaksud dalam ketentuan peraturan perundang-undangan yang mengatur tentang tindak pidana korupsi."

Sedangkan diketahui, bahwa saat ini ada terdapat 2 (dua) perundang-undangan tentang pemberantasan tindak pidana korupsi, yakni : (a) UUPTPK 1999 dan (b) UUPPTPK 2001.

Berdasarkan kedua perundang-undangan tentang pemberantasan tindak pidana korupsi tersebut, maka tindak pidana korupsi dirumuskan ke dalam 30 (tiga puluh) bentuk. Lebih jauh, ke-tigapuluh bentuk tindak pidana korupsi tersebut diperinci dalam pasal-pasalnya. Adapun ketigapuluh bentuk tersebut dikategorikan, sebagai berikut :

(a) Kerugian keuangan negara, meliputi : i. Pasal 2 UUPTPK 1999 (memperkaya diri, orang lain atau suatu badan); dan ii. Pasal 3 UUPTPK 1999 (menyalahgunakan kewenangan, sarana dan kesempatan karena jabatan atau kedudukan)

(b) Penyuaan, meliputi : i. Pasal 5 ayat (1) huruf a UUPTPK 1999 jo. Pasal I angka 2 UUPPTPK 2001, ii. Pasal 5 ayat (1) huruf b UUPTPK 1999 jo. Pasal I angka 2 UUPPTPK 2001, iii. Pasal 5 ayat (2) UUPTPK 1999 jo. Pasal I angka 2 UUPPTPK 2001, iv. Pasal 6 ayat (1) huruf a UUPTPK 1999 jo. Pasal I angka 2 UUPPTPK 2001, v. Pasal 6 ayat (1) huruf b UUPTPK 1999 jo. Pasal I angka 2 UUPPTPK 2001, vi. Pasal 6 ayat (2) UUPTPK jo. Pasal I angka 2 UUPPTPK 2001, vii. Pasal 11 UUPTPK 1999 jo. Pasal I angka 2 UUPPTPK 2001, viii. Pasal 12 huruf a UUPTPK 1999 jo. Pasal I angka 2 UUPPTPK 2001, ix. Pasal 12 huruf b UUPTPK 1999 jo. Pasal I angka 2 UUPPTPK 2001, x. Pasal 12 huruf c UUPTPK 1999 jo. Pasal I angka 2 UUPPTPK 2001, dan xi. Pasal 12 huruf d UUPTPK 1999 jo. Pasal I angka 2 UUPPTPK 2001;



(c) Penggelapan dalam jabatan, terdiri dari : i. Pasal 8 UUPTK 1999 jo. Pasal I angka 2 UUPPTK 2001, ii. Pasal 9 UUPTK 1999 jo. Pasal I angka 2 UUPPTK 2001, iii. Pasal 10 huruf a UUPTK 1999 jo. Pasal I angka 2 UUPPTK 2001, iv. Pasal 10 huruf b UUPTK 1999 jo. Pasal I angka 2 UUPPTK 2001; dan v. Pasal 10 huruf c UUPTK 1999 jo. Pasal I angka 2 UUPPTK 2001,

(d) Pemerasan dalam jabatan, meliputi : i. Pasal 12 huruf e UUPTK 1999 jo. Pasal I angka 2 UUPPTK 2001, ii. Pasal 12 huruf f UUPTK 1999 jo. Pasal I angka 2 UUPPTK 2001; dan iii. Pasal 12 huruf g UUPTK 1999 jo. Pasal I angka 2 UUPPTK 2001.

(e) Berkaitan dengan perbuatan curang, terdiri dari : i. Pasal 7 ayat (1) huruf a UUPTK 1999 jo. Pasal I angka 2 UUPPTK 2001, ii. Pasal 7 ayat (1) huruf b UUPTK 1999 jo. Pasal I angka 2 UUPPTK 2001, iii. Pasal 7 ayat (1) huruf c UUPTK 1999 jo. Pasal I angka 2 UUPPTK 2001, iv. Pasal 7 ayat (1) huruf d UUPTK 1999 jo. Pasal I angka 2 UUPPTK 2001, v. Pasal 7 ayat (2) UUPTK 1999 jo. Pasal I angka 2 UUPPTK 2001; dan Pasal 12 huruf h UUPTK 1999 jo. Pasal I angka 2 UUPPTK 2001.

(f) Benturan kepentingan dan pengadaan, yakni : Pasal 12 huruf j UUPTK 1999 jo. Pasal I angka 2 UUPPTK 2001.

(g) Gratifikasi, terdiri dari : i. Pasal 12B jo. Pasal 12C Pasal UUPTK 1999 jo. Pasal I angka 3 UUPPTK 2001.

(h) Tindak pidana lain yang berkaitan dengan tindak pidana korupsi : i. Pasal 21 UUPTK 1999 (mencegah, merintangi atau menggagalkan secara Langsung atau tidak langsung penyidikan, penuntutan dan pemeriksaan disidang terdakwa maupun para saksi dalam perkara korupsi), ii. Pasal 22 jo. Pasal 28, Pasal 29, Pasal 35 dan Pasal 36 UUPTK 1999 (keterangan tersangka tentang



seluruh harta bendanya dan harta benda istri atau suami, anak, dan hartabenda setiap orang atau korporasi yang diketahui dan atau yang diduga mempunyai hubungan dengan tindak pidana korupsi yang dilakukan; keterangan bank tentang keadaan keuangan tersangka atau terdakwa, setiap orang wajib memberi keterangan sebagai saksi atau ahli; dan mereka yang menurut pekerjaan, harkat dan martabat atau jabatannya diwajibkan menyimpan rahasia), iii. Pasal 23 UUPTK 1999 jo. Pasal 220, Pasal 231, Pasal 421, Pasal 442, Pasal 429 atau Pasal 430 KUHP (mengadu bahwa tindak pidana korupsi dilakukan, padahal mengetahui bahwa itu tidak dilakukan; menyimpan barang hasil penyitaan; memasuki rumah tanpa izin; dan merampas surat dan mendengarkan percakapan telepon tanpa hak), dan iv. Pasal 24 jo. Pasal 31 UUPTK 1999 (saksi yang membuka rahasia identitas pelapor)

Di samping konsep tindak pidana di atas, ada terdapat konsep tindak pidana korupsi lainnya yang relevan. Menurut Romli Atmasasmita,<sup>321</sup> oleh karena pengertian istilah korupsi bertolak pangkal dari penyalahgunaan wewenang dan/atau kekuasaan, maka tindak pidana korupsi merupakan tindak pidana yang ditujukan pada para pemangku jabatan publik sejak awal kelahirannya<sup>322</sup>, baik penyelenggara negara maupun pegawai negeri; dengan perkataan lain, *adressat* tindak pidana korupsi adalah penyelenggara negara maupun pegawai negeri.

Jadi, bukan terhadap setiap orang. Berdasar atas pengertian tindak pidana korupsi yang dihubungkan dengan penyalahgunaan wewenang dan/atau

<sup>321</sup>Romli Atmasasmita, "Politik Hukum Pemberantasan Korupsi : Lex Specialis Systemic Versus Lex Specialis Derogat Lex Generali," <http://www.legalitas.org/?q=blog/08&page=23>, diakses tanggal 15 Januari 2008, jam 10.20 WIB

<sup>322</sup>Romli Atmasasmita, "Politik Hukum Pemberantasan Korupsi : Lex Specialis Systemic Versus Lex Specialis Derogat Lex Generali," <http://www.legalitas.org/?q=blog/08&page=23>, diakses tanggal 15 Januari 2008, jam 10.20 WIB



kekuasaan tersebut, tindak pidana korupsi terbagi dalam tindak pidana korupsi yang murni dan tindak pidana korupsi yang tidak murni.

Tindak pidana korupsi yang murni hanya dapat ditemukan dalam Pasal 3 UUPTK 1999 dan Pasal 12B UUPTK 1999 jo. Pasal I angka 3 UUPPTK 2001.<sup>323</sup>

Pasal 3 UUPTK 1999 menentukan :

Setiap orang yang dengan tujuan menguntungkan diri sendiri atau orang lain atau suatu korporasi, menyalahgunakan kewenangan, kesempatan atau sarana yang ada padanya karena jabatan atau kedudukan yang dapat merugikan keuangan negara dan perekonomian negara, dipidana dengan pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara paling singkat 1 (satu) tahun dan paling lama 20 (dua puluh) tahun dan atau denda paling sedikit Rp 50.000.000,00 (lima puluh juta rupiah) dan paling banyak Rp 1.000.000.000,00 (satu milyar rupiah).

Sementara itu, Pasal 12B UUPTK 1999 jo. Pasal I angka 3 UUPPTK 2001 menetapkan :

(1) Setiap gratifikasi kepada pegawai negeri atau penyelenggara negara dianggap pemberian suap, apabila berhubungan dengan jabatannya dan yang berlawanan dengan kewajiban atau tugasnya, dengan ketentuan sebagai berikut :

- a. yang nilainya Rp 10.000.000,00 (sepuluh juta rupiah) atau lebih, pembuktian bahwa gratifikasi tersebut bukan merupakan suap dilakukan oleh penerima gratifikasi
- b. yang nilainya kurang dari Rp 10.000.000,00 (sepuluh juta rupiah), pembuktian bahwa gratifikasi tersebut bukan merupakan suap dilakukan oleh penuntut umum

(2) Pidana bagi pegawai negeri atau penyelenggara negara sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) adalah pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara paling singkat 4 (empat) tahun dan paling lama 20 (dua puluh) tahun, dan pidana denda paling sedikit Rp 200.000.000,00 (dua ratus juta rupiah) dan paling banyak Rp 1.000.000.000,00 (satu miliar rupiah)

Selebihnya, tindak pidana-tindak pidana korupsi yang dicantumkan dan diatur dalam UUPTK 1999 dan UUPPTK 2001 merupakan tindak pidana korupsi yang tidak murni.

<sup>323</sup> Ibid.



Mengingat relevansi dengan disertasi ini, maka yang dimaksud dengan konsep tindak pidana korupsi adalah tindak pidana korupsi yang murni. Hal ini berarti, bahwa tindak pidana korupsi yang berkaitan dengan penyalahgunaan wewenang dan/atau jabatan sebagaimana diatur dalam Pasal 3 UUPTK 1999 dan Pasal 12B UUPTK 1999 jo. Pasal 1 angka 3 UUPPTK 2001.



### BAB III HASIL DAN PEMBAHASAN

#### **3.1. Pengaturan Tindak Pidana Korupsi, Bagian Inti Delik dan Kriteria Penyalahgunaan Wewenang dalam Perumusan Tindak Pidana Korupsi.**

Penyalahgunaan wewenang ditelaah ke dalam 3 (tiga) sub-bab. Penelaahan tersebut diawali dengan membahas pengaturan tindak pidana dalam pelbagai peraturan dimulai dari instrumen tingkat internasional, tingkat regional hingga tingkat nasional di beberapa negara.

Selanjutnya penelaahan lebih terfokus pada penyalahgunaan wewenang dalam perumusan tindak pidana dari pelbagai peraturan sebagaimana dijelaskan sebelumnya. Fokus penelaahan dimaksud ditekankan pada pembahasan bagian inti delik penyalahgunaan wewenang dalam perumusan tindak pidana korupsi di satu pihak dan kriteria penyalahgunaan wewenang dalam perumusan tindak pidana korupsi dilain pihak.

##### **3.1.1. Pengaturan Tindak Pidana Korupsi dalam Ketentuan Hukum Internasional, Regional dan Nasional**

Pengaturan tindak pidana korupsi telah dilakukan secara sistematis sejak tahun 2005. Hal ini dikarenakan sejak tahun tersebut masyarakat internasional telah memiliki Konvensi Anti-Korupsi Perserikatan Bangsa-bangsa (PBB) yang telah diterima masyarakat internasional dan telah pula diratifikasi oleh pelbagai negara. Meskipun begitu, sesungguhnya upaya-upaya untuk memerangi tindak pidana korupsi telah dilakukan sebelum Konvensi Anti-Korupsi PBB tersebut terbentuk. Bahkan pada tingkat nasional, upaya-upaya tersebut telah jauh ada seratus tahun sebelumnya.

Pembahasan pengaturan tindak pidana korupsi dimaksud dimulai dari tingkat internasional, kemudian dilanjutkan pada tingkat regional dan akhirnya di



tingkat nasional dari pelbagai negara. Yang dimaksud di sini dengan tingkat internasional adalah konvensi internasional yang ditetapkan oleh Perserikatan Bangsa-bangsa (PBB), sedangkan di tingkat regional adalah konvensi atau instrumen hukum yang ditetapkan oleh suatu badan yang memiliki otoritas dalam regional atau kawasan tertentu, seperti : regional atau kawasan Asia Tenggara adalah ASEAN, regional atau kawasan Afrika adalah Persatuan Afrika (African Union), dan seterusnya.

### 3.1.1.1. Instrumen Hukum Internasional yang Mengatur Tindak Pidana Korupsi

Berkembangnya kesadaran untuk mencegah dan memberantas korupsi pada taraf internasional didahului oleh pesatnya perkembangan kesadaran untuk mencegah dan memberantas korupsi di pelbagai kawasan regional dan bersama dengan itu pula terbentuknya pelbagai perjanjian internasional yang bersifat regional. Hal ini tampak dalam *Preamble* dari Resolusi Majelis Umum PBB 51/59 : *Action against corruption* yang pertimbangannya menegaskan, antara lain :

**Recalling** the *Inter-American Convention against Corruption, adopted by the Organization of American States at the Specialized Conference for Consideration of the Draft Inter-American Convention against Corruption, held at Caracas from 27 to 29 March 1996.* (Terjemahan bebas : Mengingat Konvensi Anti-Korupsi antara-negara Amerika, yang diterima oleh Organisasi Negara-negara Amerika pada Konfrensi Khusus untuk Pembahasan Rancangan Konvensi Anti-Korupsi antara-negara Amerika, yang diselenggarakan di Caracas dari tanggal 27 sampai tanggal 29 Maret 1996)

Pernyataan yang persis sama tercantum juga dalam *Preamble* dari Resolusi Majelis Umum PBB 51/191 : *United Nations Declaration against Corruption and Bribery in International Commercial Transactions.*

Berkaitan dengan hal tersebut dalam *Preamble* Resolusi Majelis Umum PBB 58/4 : *United Nations Convention against Corruption,* Majelis Umum



menyatakan pertimbangan yang lebih lengkap daripada dua perjanjian internasional PBB terdahulu, sebagai berikut :

**Taking note with appreciation** of multilateral instruments to prevent and combat corruption, including, inter alia, the Inter-American Convention against Corruption, adopted by the Organization of American States on 29 March 1996, the Convention on the Fight against Corruption involving Officials of the European Communities or Officials of Member States of the European Union, adopted by the Council of the European Union on 26 May 1997, the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, adopted by the Organization for Economic Cooperation and Development on 21 November 1997, the Criminal Law Convention on Corruption, adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 27 January 1999, the Civil Law Convention on Corruption, adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 4 November 1999, and the African Union Convention on Preventing and Combating Corruption, adopted by the Heads of State and Government of the African Union on 12 July 2003, (Terjemahan bebas : Menghargai instrumen-instrumen multilateral untuk mencegah dan memerangi korupsi, termasuk antara lain, Konvensi Anti-Korupsi antara-negara Amerika yang diterima oleh Organisasi Negara-negara Amerika pada tanggal 29 Maret 1996, Konvensi tentang Pemberantasan Korupsi yang Melibatkan Pejabat-pejabat Masyarakat Eropa atau Pejabat-pejabat Negara-negara Anggota Persatuan Eropa yang diterima oleh Dewan Persatuan Eropa tanggal 26 Mei 1997, Konvensi tentang Pemberantasan Penyuaapan Pejabat-pejabat Publik Asing dalam Transaksi Bisnis Internasional yang diterima oleh Organisasi untuk Kerjasama Ekonomi dan Pembangunan pada tanggal 21 November 1997, Konvensi Hukum Pidana tentang Korupsi yang diterima oleh Komite Dewan Eropa pada tanggal 4 November 1999, dan Konvensi Persatuan Afrika tentang Pencegahan dan Pemberantasan Korupsi yang diterima oleh Kepala Negara-kepala Negara dan Pemerintahan Persatuan Afrika pada tanggal 12 Juli 2003)

Ada terdapat 4 (empat) instrumen hukum internasional yang mengatur mengenai tindak pidana korupsi,<sup>324</sup> yakni :

- a. Resolusi Majelis Umum PBB 51/59 : *Action against corruption*,
- b. Resolusi Majelis Umum PBB 51/191 : *United Nations Declaration against Corruption and Bribery in International Commercial Transactions*,

<sup>324</sup>United Nations, *Compendium of International Legal Instruments on Corruption*, Vienna : United Nations Office on Drug and Crime, Second edition, 2006, hal. viii



c. Resolusi Majelis Umum PBB 55/25 : *United Nations Convention against Transnational Organized Crime*; dan

d. Resolusi Majelis Umum PBB 58/4 : *United Nations Convention against Corruption*.

Resolusi Majelis Umum PBB 51/59 : *Action against corruption* ditetapkan pada tanggal 12 Desember 1996. Sesungguhnya, Resolusi Majelis Umum PBB

51/59 ini berisi seruan dan ajakan untuk memerangi dan memberantas korupsi

yang dianggap membahayakan stabilitas dan keamanan masyarakat, merusak

nilai-nilai demokrasi dan moral, serta berbahaya bagi pembangunan sosial,

ekonomi dan politik. Seruan dan ajakan tersebut melalui pelbagai bentuk, seperti

: memberikan jasa konsultasi dan bantuan teknis strategi pemberantasan

korupsi, membantu memperbaiki peraturan perundang-undangan nasional yang

berkaitan dengan tindak pidana korupsi, dan bahkan memperkuat kemampuan

nasional untuk mencegah dan mengontrol korupsi, sekaligus juga melatih dan

meningkatkan keterampilan personal terkait. Bersamaan dengan seruan dan

ajakan tadi, Majelis Umum PBB telah pula menerima *the International Code of*

*Conduct for Public Officials* yang ditambahkan pada (*annexted to*) Resolusi PBB

ini sebagai sarana untuk mempedomani usaha-usahanya melawan korupsi. *The*

*International Code of Conduct for Public Officials* itu memuat, antara lain, prinsip-

prinsip umum mengenai perilaku professional penyelenggara negara dan pegawai

negeri, termasuk prinsip-prinsip yang bertalian dengan pencegahan konflik

kepentingan.

Sementara itu, Resolusi Majelis Umum PBB 51/191 : *United Nations*

*Declaration against Corruption and Bribery in International Commercial*

*Transactions* yang diterima pada tanggal 16 Desember 1997 memuat

permintaan Majelis Umum kepada Dewan Ekonomi dan Sosial beserta badan-badan pelengkapannya, khususnya kepada *the Commission on Crime Prevention and Criminal Justice*. Permintaan tersebut ialah agar Dewan dan badan-badan pelengkapannya untuk melakukan penelitian mengenai cara-cara meningkatkan implementasi resolusi ini, terutama salah satunya dalam rangka mendukung kriminalisasi korupsi dan penyuapan dalam transaksi perdagangan internasional.

Selain itu, di dalam Tambahan resolusi (*annexed*) tersebut, Majelis Umum juga mengusulkan rumusan tindak pidana korupsi dan penyuapan. Selengkapannya usulan rumusan tindak pidana korupsi dan penyuapan di atas tertulis, sebagai berikut :

*Bribery may include, inter alia, the following elements* (Terjemahan bebas : Penyuapan dapat meliputi, antara lain, unsur-unsur sebagai berikut ) :

(a) *The Offer, promise or giving of any payment, a gift or other advantage, directly or indirectly, by any private or public corporation, including a transnational corporation, or individual from a State to any public official or elected representative of another country as undue consideration for performing or refrain from the performance of that officila's or representative's duties in connection with an international commercial transaction;* (Terjemahan Bebas : Menawarkan, menjanjikan atau memberikan setiap pembayaran, suatu hadiah atau keuntungan lain, secara langsung atau secara tidak langsung, oleh setiap perusahaan swasta atau publik termasuk perusahaan transnasional atau individu dari suatu negara kepada pejabat atau perwakilan yang terpilih dari negara lain ketika mempertimbangkan secara tidak patut untuk melaksanakan atau tidak melaksanakan tugas-tugas jabatannya atau perwakilannya yang berhubungan dengan suatu transaksi perdagangan internasional;)

(b) *The soliciting, demanding, accepting or receiving, directly or indirectly, by a public official or elected representative of a State from any private or public corporation, including a transnational corporation, or individual from another country of any payment, gift, or other advantage, as undue consideration for performing or refrain from the performance of that officila's or representative's duties in connection with an international commercial transaction;* (Terjemahan bebas : Meminta, menuntut, menerima atau memperoleh, secara langsung atau secara tidak langsung, oleh pejabat atau perwakilan yang terpilih dari negara lain dari setiap perusahaan swasta atau publik termasuk perusahaan transnasional,



atau individu dari suatu negara lain, setiap pembayaran, suatu hadiah atau keuntungan lain, ketika mempertimbangkan secara tidak patut untuk melaksanakan atau tidak melaksanakan tugas-tugas jabatannya atau perwakilannya yang berhubungan dengan suatu transaksi perdagangan internasional;)

Di dalam Resolusi Majelis Umum PBB 55/25 : *United Nations Convention against Transnational Organized Crime* yang diterima pada tanggal 15 November 2000, ada terdapat 2 (dua) perumusan tindak pidana korupsi. Adapun 2 tindak pidana korupsi menurut Pasal 8 ayat (1) Resolusi Majelis Umum PBB 55/25 dimaksud dirumuskan, sebagai berikut :

1. *Each State Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offence, when committed intentionally* (Terjemahan bebas : Setiap negara peserta harus mengambil tindakan-tindakan legislatif dan yang lainnya bila diperlukan untuk menetapkan sebagai tindak pidana, ketika dilakukan dengan sengaja) :
  - (a) *the promise, offering or giving to a public official, directly or indirectly, of an undue advantage, for the official himself or herself or another person or entity, in order that the official act or refrain from acting in exercise of his or her duties*, (Terjemahan bebas : Menjanjikan, menawarkan atau memberikan kepada pejabat, secara langsung atau secara tidak langsung, suatu keuntungan yang tidak patut, bagi pejabat itu sendiri atau orang lain atau badan, agar pejabat tersebut berbuat atau tidak berbuat dalam melaksanakan tugas-tugasnya;)
  - (b) *the solicitation or acceptance by a public official, directly or indirectly, of an undue advantage, for the official himself or herself or another person or entity, in order that the official act or refrain from acting in exercise of his or her duties*. (Terjemahan bebas : Meminta atau menerima oleh pejabat, secara langsung atau secara tidak langsung, suatu keuntungan yang tidak patut, bagi pejabat itu sendiri atau orang lain atau badan, agar pejabat tersebut berbuat atau tidak berbuat dalam melaksanakan tugas-tugasnya)

Yang paling akhir adalah Resolusi Majelis Umum PBB 58/4 : *United Nations Convention against Corruption* yang diadopsi tanggal 10 Januari 2005.

Dalam Resolusi Majelis Umum PBB 58/4 ini, ada terdapat 11 (sebelas) pasal yang mengkriminalisasi pelbagai perbuatan menjadi tindak pidana korupsi. Kesebelas



pasal tersebut dimulai dari Pasal 15 sampai dengan Pasal 25. Lengkapnya perumusan tindak pidana korupsi dalam 11 pasal tersebut, sebagai berikut :

1. Pasal 15 mengenai *Bribery of nasional public officials* (Penyuapan Pejabat Publik Nasional).

..., *when committed intentionally* (Terjemahan bebas : ...,ketika dilakukan dengan sengaja,) :

(a) *The promise, offering or giving, to a public official, directly or indirectly, of an undue advantage, for the official himself or herself or another person or entity, in order that the official act or refrain from acting in the exercise of his or her official duties;* (Terjemahan bebas : Menjanjikan, menawarkan atau memberi kepada pejabat publik, langsung atau tidak langsung, suatu keuntungan yang tidak patut untuk pejabat itu sendiri atau orang lain atau badan, agar pejabat tersebut berbuat atau tidak berbuat dalam melaksanakan kewajiban jabatannya;)

(b) *The solicitation or acceptance by a public official, directly or indirectly, of an undue advantage, for the official himself or herself or another person or entity, in order that the official act or refrain from acting in the exercise of his or her official duties;* (Terjemahan Bebas : Meminta atau menerima oleh pejabat publik atau orang lain, langsung atau tidak langsung, suatu keuntungan yang tidak patut untuk pejabat itu sendiri atau orang lain atau badan, agar pejabat tersebut berbuat atau tidak berbuat dalam melaksanakan kewajiban jabatannya;)

2. Pasal 16 mengenai *Bribery of foreign public officials and officials of public internasional organizations* (Penyuapan pejabat publik asing dan pejabat organisasi-organisasi internasional).

1. ..., *when committed intentionally, the promise, offering or giving to a foreign public official or an official of a public internasional organization, directly or indirectly, of an undue advantage, for the official himself or herself or another person or entity, in order that the official act or refrain from acting in the exercise of his or her official duties, in order to obtain or retain business or other undue advantage in relation to the conduct of internasional business.*

(Terjemahan bebas : ..., ketika dilakukan dengan sengaja, menjanjikan, menawarkan atau memberikan kepada pejabat publik asing atau pejabat dari suatu organisasi internasional publik, secara langsung atau tidak langsung, suatu keuntungan yang tidak patut untuk pejabat itu sendiri atau orang lain atau badan, agar pejabat tersebut berbuat atau tidak berbuat dalam melaksanakan kewajiban-kewajiban jabatannya, agar mendapatkan atau menahan



perdagangan atau keuntungan yang tidak patut lainnya berkaitan dengan perdagangan internasional.)

2. ..., *when committed intentionally, the solicitation or acceptance by a foreign public official or an official of a public international organization, directly or indirectly, of an undue advantage, for the official himself or herself or another person or entity, in order that the official act or refrain from acting in the exercise of his or her official duties.* (Terjemahan bebas : ..., ketika dilakukan dengan sengaja, meminta atau menerima oleh pejabat publik asing atau pejabat dari suatu organisasi internasional publik, secara langsung atau tidak langsung, suatu keuntungan yang tidak patut untuk pejabat itu sendiri atau orang lain atau badan, agar pejabat tersebut berbuat atau tidak berbuat dalam melaksanakan kewajiban-kewajiban jabatannya.)

3. Pasal 17 tentang *Embezzlement, misappropriation or other diversion of property by a public official* (Penggelapan, penyalahgunaan atau pengalihan yang lain dari hak milik oleh pejabat publik).

..., *when committed intentionally, the embezzlement, misappropriation or other diversion by a public official for his or her benefit or for the benefit of another person or entity, of any property, public or private funds or securities or any other thing of value entrusted to the public official by virtue of his or her position.* (Terjemahan bebas : ..., ketika dilakukan dengan sengaja, penggelapan, penyalahgunaan atau pengalihan lainnya oleh pejabat publik untuk keuntungannya atau untuk keuntungan orang lain atau badan, setiap properti, dana-dana atau saham-saham privat atau publik atau setiap sesuatu lainnya yang bernilai yang dipercayakan kepada pejabat publik tersebut dikarenakan posisinya.)

4. Pasal 18 tentang *Trading in influence* (Memperdagangkan pengaruh).

..., *when committed intentionally* (Terjemahan bebas : ..., ketika dilakukan dengan sengaja) :

(a) *The promise, offering or giving to a public official or any other person, directly or indirectly, of an undue advantage in order that the public official or the person abuse his or her real or supposed influence with a view to obtaining from an administration or public authority of the State Party an undue advantage for the original instigator of the act or for any other person.* (Terjemahan bebas : Menjanjikan, menawarkan atau memberikan kepada pejabat publik atau orang lain, secara langsung atau tidak langsung, suatu keuntungan yang tidak patut agar pejabat atau orang tersebut menyalahgunakan pengaruhnya yang sebenarnya atau yang seharusnya dengan tujuan untuk mendapatkan suatu keuntungan yang tidak patut dari otoritas administrasi atau publik Negara Peserta





untuk penghasut sesungguhnya perbuatan tersebut atau untuk orang lain)

(b) *The solicitation or acceptance by a public official or any other person, directly or indirectly, of an undue advantage for himself or herself or another person in order that the public official or the person abuse his or her real or supposed influence with a view to obtaining from an administration or public authority of the State Party an undue advantage.* (Terjemahan bebas : Meminta atau menerima oleh pejabat publik atau orang lain, secara langsung atau tidak langsung, suatu keuntungan untuk dirinya sendiri atau orang lain agar pejabat atau orang lain tersebut menyalahgunakan pengaruhnya yang sebenarnya atau yang seharusnya dengan tujuan untuk mendapatkan suatu keuntungan yang tidak patut dari otoritas administrasi atau publik Negara Peserta)

5. Pasal 19 mengenai *Abuse of functions* (Penyalahgunaan fungsi-fungsi)

... *when committed intentionally, the abuse of functions or position, that is, the performance of or failure to perform an act, in violation of laws, by a public official in the discharge of his or her functions, for the purpose of obtaining an undue advantage for himself or herself or for another person or entity.* (Terjemahan bebas : ..., ketika dilakukan dengan sengaja, menyalahgunakan fungsi-fungsi atau posisi, yaitu, melaksanakan atau gagal melaksanakan suatu perbuatan yang melanggar hukum, oleh pejabat publik dalam melaksanakan fungsi-fungsinya, dengan maksud mendapatkan keuntungan yang tidak patut bagi dirinya sendiri atau orang lain atau badan)

6. Pasal 20 mengenai *Illicit enrichment* (Memperkaya secara melawan hukum)

... *when committed intentionally, illicit enrichment, that is, a significant increase in the assets of a public official that he or she cannot reasonably explain in relation to his or her lawful income.* (Terjemahan bebas : ..., ketika dilakukan dengan sengaja, memperkaya secara melawan hukum, yaitu, suatu peningkatan yang signifikan aset-aset pejabat publik yang ia tidak dapat jelaskan secara rasional dihubungkan dengan pendapatannya yang resmi)

7. Pasal 21 mengenai *Bribery in the privat sector* (Penyuapan di sektor privat)

... *when committed intentionally in the course of economic, financial or commercial activities* (Terjemahan bebas : ..., ketika dilakukan dengan sengaja selama kegiatan ekonomi, keuangan atau perdagangan) :

(a) *The promise, offering or giving, directly or indirectly, of an undue advantage to any person who directs or works, in any capacity, for a private sector entity, for the person himself or herself or another*



*person, in order that he or she, in breach of his or her duties, act or refrain from acting.* (Terjemahan bebas : Menjanjikan, menawarkan atau memberikan, secara langsung atau tidak langsung, keuntungan yang tidak patut kepada seseorang yang memimpin atau berkerja, dalam kedudukan apapun untuk suatu badan sektor privat, untuk orang itu sendiri atau orang lain agar ia berbuat atau tidak berbuat yang melanggar kewajibannya)

(b) *The solicitation or acceptance, directly or indirectly, of an undue advantage by any person who directs or works, in any capacity, for a private sector entity, for the person himself or herself or another person, in order that he or she, in breach of his or her duties, act or refrain from acting.* (Terjemahan bebas : Meminta atau menerima, secara langsung atau tidak langsung, keuntungan yang tidak patut oleh seseorang yang memimpin atau bekerja, dalam kedudukan apapun untuk suatu badan sektor privat, untuk orang itu sendiri atau orang lain agar ia berbuat atau tidak berbuat yang melanggar kewajibannya)

#### 8. Pasal 22 mengenai *Embezzlement of property in the private sector*

(Penggelapan hak milik dalam sektor privat)

*... when committed intentionally in the course of economic, financial or commercial activities, embezzlement by a person who directs or works, in any capacity, in a private sector entity of any property, private funds or securities or any other of value entrusted to him or her by virtue of his or her position.* (Terjemahan bebas : ..., ketika dilakukan dengan sengaja selama kegiatan-kegiatan ekonomi, keuangan atau perdagangan, penggelapan oleh seseorang yang memimpin atau berkerja, dalam kedudukan apapun di suatu badan sektor privat, properti, dana-dana atau saham-saham milik privat atau setiap sesuatu lainnya yang bernilai yang dipercayakan kepadanya dikarenakan posisinya)

#### 9. Pasal 23 tentang *Laundering of proceeds of crime* (Penyucian hasil kejahatan)

(i) *The conversion or transfer of property, knowing that such property is the proceeds of crime, for the purpose of concealing or disguising the illicit origin of the property or of helping any person who is involved in the commission of the predicate offence to evade the legal consequences of his or her action;* (Terjemahan bebas : Mengubah atau memindahkan properti yang diketahui bahwa properti dimaksud merupakan hasil kejahatan untuk tujuan menyembunyikan atau menyamarkan asal-usul melawan hukum properti tersebut atau membantu setiap orang yang terlibat dalam melakukan tindak pidana asalnya untuk menghindari akibat hukum dari perbuatannya)

(ii) *The concealment or disguise of true nature, source, location, disposition, movement or ownership of or rights with respect to property, knowing that such property is the proceeds of crime.* (Terjemahan bebas : Menyembunyikan atau menyamarkan sifat,





asal-usul, letak, watak, gerakan atau kepemilikan dari atau hak-hak berkaitan dengan properti yang diketahui bahwa properti dimaksud adalah hasil kejahatan)

10. Pasal 24 mengenai *Concealment* (Menyembunyikan)

... *when committed intentionally after the commission of any of the offences established in accordance with this Convention without having participated in such offences, the concealment or continued retention of property when the person involved knows that such property is the result of any of the offences established in accordance with this Convention.* (Terjemahan bebas : ... ketika dilakukan dengan sengaja setelah melakukan salah satu tindak pidana yang ditetapkan sesuai dengan Konvensi ini tanpa telah turut serta dalam tindak pidana dimaksud, menyembunyikan atau menyimpan secara terus menerus properti ketika orang yang terlibat itu mengetahui bahwa properti ini adalah hasil dari salah satu tindak pidana yang ditetapkan sesuai dengan Konvensi ini)

11. Pasal 25 mengenai *Obstruction of justice* (Menghalang-halangi peradilan)

- (a) *The use of physical force, threats or intimidation or the promise, offering or giving of an undue advantage to induce false testimony or to interfere in the giving of testimony or the production of evidence in proceeding in relation to the commission of offences established in accordance with this Convention.* (Terjemahan bebas : Menggunakan kekerasan fisik, ancaman atau intimidasi atau menjanjikan, menawarkan atau memberikan keuntungan yang tidak patut untuk mendorong kesaksian palsu atau untuk turut campur dalam pemberian kesaksian atau memproduksi pembuktian dalam persidangan berhubung dengan melakukan tindak pidana- tindak pidana yang ditetapkan sesuai dengan Konvensi ini)
- (b) *The use of physical force, threats or intimidation to interfere with the exercise of official duties by a justice or law enforcement official in relation to the commission of offences established in accordance with this Convention.* (Terjemahan bebas : Menggunakan kekerasan fisik, ancaman atau intimidasi untuk turut campur dengan pelaksanaan kewajiban-kewajiban resmi oleh pejabat peradilan atau penegakan hukum berhubung dengan melakukan tindak pidana-tindak pidana yang ditetapkan sesuai dengan Konvensi ini)

Apabila dilihat dari sudut daya-ikat norma hukumnya, maka memang instrumen-instrumen yang berasal dari PBB di atas memiliki lingkup yang sangat luas. Hal ini dikarenakan instrumen-instrumen tersebut merupakan perjanjian internasional yang multilateral. Sedangkan bilamana dicermati dari sudut kronologis terbentuk norma hukumnya, maka instrument-instrumen yang berasal



dari OECD merupakan instrumen yang pertama. Meskipun, instrumen ini bukan merupakan perjanjian internasional yang multilateral.

OECD berupaya untuk memberantas penyuapan (*bribery*) dalam wilayah transaksi perdagangan internasional melalui 2 instrumen, yakni : (1) *Revised Recommendation of Combating Bribery in International Business Transactions* (selanjutnya disebut : Rekomendasi Revisi OECD), dan (2) *Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions* (selanjutnya disebut : Konvensi OECD).

Rekomendasi Revisi OECD yang diadopsi oleh the Council pada tanggal 23 Mei 1997, C(97)123/FINAL, merupakan rekomendasi tindak-lanjut dari (1) *the initial Recommendation of the Council on Bribery in International Business Transactions* yang diadopsi pada tanggal 27 Mei 1994, C(94)75/FINAL, (2) *the related Recommendation on the tax deductibility of bribes of foreign public officials* yang diadopsi tanggal 11 April 1996, dan (3) *the Recommendation concerning Anti-corruption Proposal for Bilateral Aid Procurement* yang telah didukung oleh *the High Level Meeting of the Development Assistance Committee* tertanggal 7 Mei 1996. Di dalam Rekomendasi Revisi OECD belum tercantum rumusan tindak pidana penyuapan. Yang ada dalam Rekomendasi Revisi OECD hanya berupa dukungan dan rekomendasi untuk memberantas praktek suap dalam transaksi perdagangan internasional. *Preamble* Rekomendasi Revisi OECD menyatakan, antara lain :

*Considering that bribery is a widespread phenomenon in international business transactions, include trade and investment, raising serious moral and political concerns and distorting international competitive conditions;* (Terjemahan bebas : Menimbang, bahwa penyuapan merupakan suatu fenomena yang tersebar luas dalam transaksi perdagangan internasional, termasuk dagang dan investasi, meningkatnya keperdulian politik dan moral dengan serius, dan rusaknya kondisi internasional yang penuh persaingan;)



*Considering that all countries share a responsibility to combat bribery in international business transactions;* (Terjemahan bebas : Menimbang, bahwa semua negara bertanggungjawab bersama-sama untuk memerangi penyuapan dalam transaksi perdagangan internasional;)

Adapun rekomendasi dan keputusan dari Rekomendasi Revisi OECD mengenai *Criminalisation of Bribery of Foreign Public Officials*, sebagai berikut :

*RECOMMENDS that members countries should criminalize the bribery of foreign public officials in an effective and co-ordinated manner by submitting proposals to their legislative bodies by 1 April 1998, in conformity with the agreed common elements set forth in the Annex, and seeking their enactment by the end of 1998.* (Terjemahan bebas : MEREKOMENDASIKAN, bahwa negara-negara anggota harus mengkriminalisasi penyuapan pejabat umum asing dalam tata cara yang efektif dan terkordinasi dengan menyerahkan proposal-proposal kepada badan-badan legislatif pada 1 April 1998, sesuai dengan unsur-unsur umum yang telah disetujui yang dicantumkan dalam Tambahan tersebut, dan diusahakan berlaku pada akhir tahun 1998.)

*DECIDES, to the end, to open negotiations promptly on an international convention to criminalise bribery in conformity with the agreed common elements, the treaty to be open for signature by the end of 1997, with a view to its entry into force twelve months thereafter.* (Terjemahan bebas : MEMUTUSKAN, untuk tujuan tadi, untuk dengan segera membuka negosiasi-negosiasi tentang suatu konvensi internasional yang mengkriminalisasi penyuapan sesuai dengan unsur-unsur yang telah disetujui, traktat tersebut terbuka untuk ditandatangani pada akhir tahun 1997, dengan harapan diberlakukan 12 bulan setelahnya)

Menindaklanjuti Rekomendasi Revisi OECD di atas, Konvensi OECD diadopsi pada tanggal 17 Desember 1997 dan diberlakukan pada tanggal 15

Februari 1999. Sampai dengan tanggal 10 Maret 2004, Konvensi OECD telah diratifikasi oleh 37 negara. Dalam Konvensi OECD yang terdiri dari 17 pasal itu, telah dirumuskan tindak pidana penyuapan pada Pasal 1 ayat (1) dan ayat (2).

Adapun tindak pidana penyuapan dirumuskan dalam Pasal 1 ayat (1) dan ayat (2) Konvensi OECD, sebagai berikut :

*1. ... any person intentionally to offer, promise or give any undue pecuniary or other advantage, whether directly or through intermediaries, to a foreign public official, for that official or for a third party, in order that the official act or refrain from acting in relation to the performance of official duties, in order to obtain or*



*retain business or other improper advantage in the conduct of international business.* (Terjemahan bebas : ... setiap orang yang dengan sengaja menawarkan, menjanjikan atau memberikan uang atau keuntungan lainnya yang tidak layak, baik langsung atau melalui perantara, kepada pejabat asing, untuk pejabat itu atau pihak ketiga, agar pejabat tersebut bertindak atau tidak bertindak dalam hubungannya dengan pelaksanaan tugas-tugas jabatan, supaya mendapatkan atau mempertahankan dagangan atau keuntungan yang tidak patut lainnya dalam melakukan perdagangan internasional.)

2. ... *complicity in, including incitement, aiding and abetting, or authorisation of an act of bribery of a foreign public official shall be a criminal offence. Attempt and conspiracy to bribe a foreign public official shall be criminal offence to the same extent as attempt and conspiracy to bribe a public official of that Party.* (Terjemahan bebas : penyertaan, termasuk pembujukan, pembantuan dan penyuruhan, atau permakluman melakukan penyuaian pejabat asing harus menjadi tindak pidana. Percobaan dan permufakatan untuk menyuap pejabat asing harus menjadi tindak pidana sejauh sama seperti percobaan dan permufakatan untuk menyuap pejabat peserta itu)

Tabel 4 berikut ini memperlihatkan jenis tindak pidana korupsi yang diatur oleh kedua konvensi internasional tersebut.

**Tabel 4 : Jenis Tindak Pidana Korupsi yang diatur dalam *United Nations Convention against Corruption* dan *OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions***

Konvensi Anti-Korupsi PBB			Konvensi Pemberantasan Penyuapan OECD		
No	Jenis Tindak Pidana	Pasal	No	Jenis Tindak Pidana	Pasal
Tindak Pidana <i>Bribery</i> (Penyuapan)					
1	<i>Bribery of nasional public officials</i> (Penyuapan Pejabat Publik Nasional)	15	1		
2	<i>Bribery of foreign public officials and officials of public internasional organizations</i> (Penyuapan pejabat publik asing dan pejabat organisasi-organisasi internasional)	16	2	<i>Bribery of foreign public officials in internasional business transactions</i> (Penyuapan pejabat publik asing dalam transaksi perdagangan internasional)	1
3	<i>Bribery in the privat sector</i> (Penyuapan di sektor privat)	21	3		
Tindak Pidana <i>Embezzlement</i> (Penggelapan)					
4	<i>Embezzlement, misappropriation or other diversion of property by a public official</i> (Penggelapan, penyalahgunaan atau pengalihan yang lain dari hak milik oleh pejabat publik)	17	4		
5	<i>Embezzlement of property in the private sector</i> (Penggelapan hak milik dalam sektor privat)	22	5		
Tindak Pidana yang Lain					
6	<i>Trading in influence</i> (Memperdagangkan pengaruh)	18	6		
7	<i>Abuse of functions</i> (Penyalahgunaan fungsi-fungsi)	19	7		
8	<i>Illicit Enrichment</i> (Memperkaya secara melawan hukum)	20	8		
9	<i>Laundering of proceeds of crime</i> (Penyucian hasil kejahatan)	23	9		
10	<i>Concealment</i> (Menyembunyikan)	24	10		
11	<i>Obstruction of justice</i> (Menghalang-halangi peradilan)	25	11		

Sumber : Bahan Hukum Primer diolah

Berdasarkan Konvensi Anti-Korupsi PBB tersebut juga, maka ada terdapat kewajiban bagi negara-negara peserta konvensi untuk melakukan



penyesuaian atau harmonisasi beberapa tindak pidana korupsi tertentu yang dimuat Konvensi Anti-Korupsi PBB tersebut ke dalam hukum nasionalnya masing-masing. Kewajiban penyesuaian atau harmonisasi ini ternyata dari kalimat "*Each State party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as a criminal offences, when committed intentionally*" (Terjemahan bebas : Setiap negara peserta harus mengambil tindakan-tindakan legislatif dan lainnya yang diperlukan untuk menetapkan sebagai suatu kejahatan, bila dilakukan dengan sengaja) yang diatur dalam ketentuan Pasal 15, Pasal 16, Pasal 17, Pasal 23 dan Pasal 25 Konvensi Anti-Korupsi PBB atau kalimat "*Each State party shall consider adopting such legislative and other measures as may be necessary to establish as a criminal offences, when committed intentionally*" (Terjemahan bebas : Setiap negara peserta harus mempertimbangkan pengambilan tindakan-tindakan legislatif dan lainnya yang diperlukan untuk menetapkan sebagai suatu kejahatan, bila dilakukan dengan sengaja) yang ditetapkan dalam ketentuan Pasal 18, Pasal 19, Pasal 20, Pasal 21, Pasal 22 dan Pasal 24 Konvensi Anti-Korupsi PBB.

Masing-masing kalimat itu memiliki maksud yang sangat berlainan.

Dalam kalimat yang disebut pertama, kriminalisasi perbuatan-perbuatan tertentu yang menjadi tindak pidana korupsi dalam perundang-undangan setiap negara peserta merupakan muatan pokok (*primary contents*); dengan perkataan lain, perbuatan-perbuatan tertentu yang merupakan tindak pidana korupsi harus dicantumkan dan dimuat dalam perundang-undangan setiap negara peserta dan tidak dapat digantikan.<sup>325</sup> Sedangkan dalam kalimat yang disebut kedua, kriminalisasi perbuatan-perbuatan tertentu yang menjadi tindak pidana korupsi

<sup>325</sup>Bandingkan dengan United Nations, *Legislative guide for the implementation of the United Nations Convention against Corruption*, Vienna : United Nations Office on Drug and Crime, Division for Treaty Affairs, 2006, hal. 4, hal. 76 dan hal. 77

dalam perundang-undangan setiap negara peserta merupakan muatan pelengkap (*complementary contents*); dengan perkataan lain, perbuatan-perbuatan tertentu yang merupakan tindak pidana korupsi boleh dicantumkan dan dimuat dalam perundang-undangan setiap negara peserta dan formulasinya diserahkan kepada setiap negara peserta.<sup>326</sup> Memang dalam Konvensi Anti-Korupsi PBB, ada terdapat beberapa tindak pidana korupsi yang merupakan muatan pokok bagi perundang-undangan setiap negara peserta dan ada terdapat beberapa tindak pidana korupsi yang merupakan muatan pelengkap bagi perundang-undangan setiap negara peserta. Tabel 5 di bawah berikut akan memberikan penggambaran mengenai kedua muatan tersebut.

**Tabel 5 : Kategori Pemuatan Jenis Tindak Pidana Korupsi Tertentu menurut Konvensi Anti-Korupsi PBB**

No.	Jenis Tindak Pidana	Kategori	
		Muatan Pokok	Muatan Pelengkap
Tindak Pidana Penyuapan			
1.	Penyuapan Pejabat-pejabat Publik Nasional	✓	
2.	Penyuapan Pejabat-pejabat Publik Negara Lain dan Pejabat-pejabat Publik organisasi Internasional	✓	
3.	Penyuapan dalam Sektor Swasta		✓
Tindak Pidana Penggelapan			
4.	Penggelapan, Penyalahgunaan atau Pengalihan yang lain Kekayaan oleh Pejabat Publik	✓	
5.	Penggelapan Kekayaan dalam Sektor Swasta		✓
Tindak Pidana yang Lain			
6.	Memperdagangkan Pengaruh		✓
7.	Penyalahgunaan Fungsi		✓
8.	Memperkaya secara Melawan Hukum		✓
9.	Penyucian Hasil Kejahatan	✓	
10.	Penyembunyian		✓
11.	Menghalang-halangi Peradilan	✓	

Sumber : Bahan Hukum Primer Diolah

<sup>326</sup>Bandingkan dengan *Ibid.*, hal. 4, hal. 77 dan hal. 95

Berdasarkan kedua tabel di atas, maka beberapa jenis tindak pidana korupsi telah diatur dan ditentukan dalam Konvensi Anti-Korupsi PBB. Ada terdapat dua hal yang penting. Pertama, tindak pidana korupsi dalam Konvensi Anti-Korupsi PBB lebih difokuskan pada tindak pidana penyuapan yang dilakukan oleh pejabat publik. Oleh karena itu, tindak pidana ini merupakan tindak pidana yang wajib dicantumkan dan diatur dalam perundang-undangan masing-masing negara peserta.

Kedua, tindak pidana penyalahgunaan wewenang tidak diatur Konvensi Anti-Korupsi PBB. Yang diatur adalah tindak pidana penyalahgunaan fungsi sebagaimana tercantum dalam Pasal 19 Konvensi Anti-Korupsi PBB. Meskipun kedua tindak pidana tersebut saling berkaitan, tetapi kriterianya sudah barang tentu berlainan.

### **3.1.1.2. Instrumen Hukum Internasional Bersifat Regional yang Mengatur Tindak Pidana Korupsi**

Ada terdapat 3 (tiga) wilayah regional yang telah mengatur tindak pidana korupsi melalui instrumen-instrumennya, yakni : wilayah regional Amerika, wilayah regional Eropa dan wilayah regional Afrika. Pengaturan tindak pidana korupsi di masing-masing wilayah regional tersebut dikoordinasikan oleh organisasi regional, seperti : Organisasi Negara-negara Amerika (*Organization of American States / OAS*) di wilayah regional Amerika, Dewan Eropa atau Persatuan Eropa (*Council of Europe / the European Union / CE / EU*) di wilayah regional Eropa dan Persatuan Afrika (*African Union / AU*) di wilayah regional Afrika. Sedangkan untuk kawasan-kawasan regional lainnya, seperti, kawasan Asia belum terdokumentasi upayanya di *United Nations Office on Drug and Crime* Wina, Austria.



### a. Wilayah Regional Amerika

Di kawasan regional Amerika, Organisasi Negara-negara Amerika (OAS) mendukung sepenuhnya pemberantasan korupsi. Dukungan ini terjawantahkan dalam *Inter-American Convention against Corruption* yang diadopsi di Caracas, Venezuela, pada tanggal 29 Maret 1996 dan yang diberlakukan pada tanggal 6 Maret 1997. Hampir semua negara kawasan Amerika meratifikasi *Inter-American Convention against Corruption* yang terdiri dari 28 pasal itu. Dalam konvensi tersebut, kali pertama tindak pidana korupsi beridentik dengan tindak pidana penyuapan. Hal ini tercantum dalam Pasal VI ayat (1) huruf a dan b mengenai *Acts of Corruption* yang menetapkan, sebagai berikut :

- a. *The solicitation or acceptance, directly or indirectly, by a government official or a person who performs public functions, of any article of monetary value, or other benefit, such as a gift, favour, promise or advantage for himself or for another person or entity, in exchange for any act or omission in the performance of his public functions;* (Terjemahan bebas : a. Permintaan atau penerimaan, secara langsung atau secara tidak langsung, oleh pejabat pemerintah atau seorang yang melaksanakan fungsi-fungsi umum, suatu benda yang bernilai uang, atau keuntungan lain, seperti hadiah, bantuan, janji atau keuntungan untuk dirinya sendiri atau orang lain atau badan yang ditukar dengan bertindak atau tidak bertindak dalam melaksanakan fungsi-fungsi umumnya;)
- b. *The offering or granting, directly or indirectly, to a government official or a person who performs public functions, of any article of monetary value, or other benefit, such as a gift, favour, promise or advantage for himself or for another person or entity, in exchange for any act or omission in the performance of his public functions;* (Terjemahan bebas : b. Penawaran atau pemberian, secara langsung atau secara tidak langsung, kepada pejabat pemerintah atau seorang yang melaksanakan fungsi-fungsi umum, suatu benda yang bernilai uang, atau keuntungan lain, seperti hadiah, bantuan, janji atau keuntungan untuk dirinya sendiri atau orang lain atau badan yang ditukar dengan bertindak atau tidak bertindak dalam melaksanakan fungsi-fungsi umumnya;)

Selain itu, tindak pidana korupsi mencakup juga tindak pidana penyalahgunaan jabatan dan tindak pidana penyucian uang. Kedua tindak pidana dimaksud diatur





dalam Pasal VI ayat (1) huruf c dan d seperti di atas. Adapun tindak pidana-tindak pidana tersebut adalah :

- c. *Any act or omission in the discharge of his duties by a government official or a person who performs public functions for the purpose of illicitly obtaining benefits for himself or for a third party.* (Terjemahan bebas : setiap berbuat atau tidak berbuat dalam melaksanakan tugas-tugasnya oleh pejabat pemerintah atau orang yang melaksanakan fungsi publik untuk mendapatkan keuntungan secara melawan hukum bagi dirinya sendiri atau bagi pihak ketiga;)
- d. *The fraudulent use or concealment of property derived from any of the acts referred to in this article;* (Terjemahan bebas : Menggunakan atau menyembunyikan properti yang berasal dari salah satu perbuatan yang disebut dalam pasal ini;)

Namun demikian pada pasal-pasal selanjutnya dalam *Inter-American Convention against Corruption* di atas, OAS mendorong negara-negara peserta untuk memperluas makna tindak pidana korupsi yang sekadar identik dengan tindak pidana penyuapan. Dengan perluasan makna tersebut, tindak pidana korupsi menjadi meliputi juga *Transnational Bribery* (Penyuapan transnasional) dan *Illicit Enrichment* (Memperkaya diri sendiri secara melawan hukum) sebagaimana diatur dalam Pasal VIII dan Pasal IX. Pasal VIII mengatur :

*... the offering or granting, directly or indirectly, by its national, persons having their habitual residence in its territory, and business domiciled there, to a government official of another State, of any article of monetary value, or other benefit, such as a gift, favour, promise or advantage, in connection with any economic or commercial transaction in exchange for any act or omission in the performance of that official's public functions.* (Terjemahan bebas : ..., Menawarkan atau memberikan, secara langsung atau tidak langsung, oleh warga negaranya, orang yang memiliki tempat tinggal dalam teritorialnya dan usahanya berdomosili di sana, kepada pejabat pemerintah negara lain, setiap barang bernilai uang atau keuntungan lainnya, seperti pemberian, hadiah, janji atau keuntungandalam hubungannya dengan suatu tansaksi ekonomi atau perdagangan sebagai imbalan untuk berbuat atau tidak berbuat dalam melaksanakan fungsi-fungsi jabatan publik itu)

Sedangkan Pasal IX menetapkan :

*... a significant increase in assets of a government official that he cannot reasonably explain in relation to his lawful earnings during the performance of his functions.* (Terjemahan bebas : ... peningkatan yang

signifikan asset pejabat pemerintah yang ia tidak dapat jelaskan secara rasional berhubung dengan pendapatan-pendapatannya yang sah selama melaksanakan fungsi-fungsinya)

Dalam Pasal XI mengenai *Progressive Development*, OAS menyarankan agar negara-negara peserta mempertimbangkan untuk mengadopsi tindak pidana-tindak pidana, seperti : penyalahgunaan informasi yang bersifat rahasia dan terbatas, penyalahgunaan asset milik Negara, memperdagangkan keputusan pejabat publik dan penggelapan asset milik Negara. Pasal XI ayat (1) huruf a, b, c dan d mengatur, antara lain :

- a. *The improper use by a government official or a person who performs public functions, for his own benefit or that of a third party, of any kind of classified or confidential information which that official or person who performs public functions has obtained because of, or in the performance of, his functions;* (Terjemahan bebas : a. Penggunaan secara tidak patut oleh pejabat pemerintah atau orang yang melaksanakan fungsi-fungsi umum, untuk keuntungannya sendiri atau keuntungan pihak ketiga, informasi yang bersifat terbatas dan rahasia yang diperoleh pejabat atau orang yang melaksanakan fungsi-fungsi umum itu dikarenakan, atau dalam melaksanakan fungsi-fungsinya;)
- b. *The improper use by a government official or a person who performs public functions, for his own benefit or that of a third party, of any kind of property belonging to the State or any firm or institution in which the State has a proprietary interest, to which that official or person who performs public functions has access because of, or in the performance of, his functions;*(Terjemahan bebas : b. Penggunaan secara tidak patut oleh pejabat pemerintah atau orang yang melaksanakan fungsi-fungsi umum, untuk keuntungannya sendiri atau keuntungan pihak ketiga, benda milik negara atau perusahaan atau lembaga milik negara yang aksesnya dimiliki pejabat atau orang yang melaksanakan fungsi-fungsi umum itu dikarenakan, atau dalam melaksanakan fungsi-fungsinya;)
- c. *Any act or omission by any person who, personally or through a third party, or acting as an intermediary, seeks to obtain a decision from a public authority whereby he illicitly obtains for himself or for another person any benefit or gain, whether or not such act or omission harms State property; and* (Terjemahan bebas : c. Berbuat atau tidak berbuat oleh seseorang yang secara pribadi atau melalui pihak ketiga atau bertindak sebagai perantara, berusaha memperoleh suatu keputusan dari pejabat publik yang diperolehnya secara melawan hukum untuk dirinya sendiri atau orang lain suatu keuntungan atau tambahan, apakah ada atau tidak berbuat atau tidak berbuat dimaksud merusak properti negara; dan)

d. *The diversion by a government official, for purpose unrelated to those for which they were intended, for his own benefit or that of a third party, of any movable or immovable property, monies, securities belonging to the State, to an independent agency, or to an individual, that such official has received by virtue of his position for purpose of administration, custody or for other reasons.* (Terjemahan bebas : d. Pengalihan oleh pejabat pemerintah, untuk tujuan-tujuan yang tidak berhubungan dengan tujuan-tujuan yang dimaksud oleh mereka, untuk keuntungan miliknya sendiri atau keuntungan pihak ketiga, benda bergerak atau tidak bergerak, sejumlah uang, jaminan-jaminan milik negara, agen independent, perseorangan yang diterima oleh pejabat tersebut dikarenakan posisinya untuk tujuan administratif, perlindungan atau alasan-alasan yang lainnya).

#### **b. Wilayah Regional Eropa**

Berlainan dengan negara-negara di kawasan Amerika, negara-negara di kawasan Eropa yang tergabung dalam organisasi *the European Union* sangat produktif menghasilkan perjanjian internasional yang bersifat regional untuk memerangi tindak pidana korupsi. Perjanjian internasional yang bersifat regional Eropa tersebut berjumlah 10 (sepuluh) buah yang terbagi dalam 2 (dua) kelompok, yakni : a. perjanjian internasional yang bersifat regional Eropa mengenai tindak pidana korupsi berjumlah 7 (tujuh) buah dan b. perjanjian internasional yang bersifat regional Eropa yang berkaitan dengan tindak pidana korupsi berjumlah 3 (tiga) buah.

Perjanjian internasional yang bersifat regional Eropa yang berkaitan dengan tindak pidana korupsi terdiri dari : (1) *Protocol to the Convention on the Protection of the European Communities' Financial Interest* yang diadopsi pada tanggal 27 September 1996, (2) *Second Protocol to the Convention on the Protection of the European Communities' Financial Interest* yang diadopsi pada tanggal 19 Juni 1997, dan (3) *Convention on the Protection of the European Communities' Financial Interest* diberlakukan 17 Oktober 2002. Meskipun Perjanjian-perjanjian internasional yang bersifat regional Eropa ini hanya



berkaitan dengan tindak pidana korupsi, tetapi merupakan sebuah kesepakatan yang pertama di kawasan Eropa.

Sebagai sebuah kesepakatan yang pertama, Konvensi Perlindungan Kepentingan Keuangan Eropa EU ini tidak mengatur mengenai korupsi sama sekali, melainkan mengatur mengenai penipuan yang mempengaruhi kepentingan keuangan masyarakat Eropa, khususnya penipuan yang mempengaruhi pendapatan dan pengeluaran (belanja) masyarakat. Salah satu bentuk penipuan dimaksud, yakni : "Menyalahgunakan dana-dana untuk tujuan lain selain tujuan sesungguhnya dana-dana tersebut diberikan" (*The misapplication of such funds for purposes other than those for which they were originally granted*). Adapun yang dimaksud dengan penipuan yang mempengaruhi kepentingan keuangan masyarakat Eropa menurut Pasal 1 tentang *General Provisions* konvensi tersebut, adalah :

(a) *In respect of expenditure, any intentional act or omission relating to*

- *The use or presentation of false, incorrect, or incomplete statements or documents, which has as its effect the misappropriation or wrongful retention of funds from the general budget of the European Communities or budget managed by, or on behalf of, the European Communities,*
- *Non-disclosure of information in violation of a specific obligation, with the same effect,*
- *The misapplication of such funds for purposes other than those for which they were originally granted;* (Terjemahan bebas : [a]

Berkaitan dengan pengeluaran (belanja), setiap berbuat atau tidak berbuat dengan sengaja yang berhubungan dengan :

- Penggunaan atau penyajian pernyataan-pernyataan atau dokumen-dokumen palsu, tidak benar atau tidak lengkap yang memiliki akibat penahanan dana-dana secara tidak tepat atau salah dari anggaran umum Masyarakat Eropa atau anggaran yang dikelola oleh, atau atas nama, Masyarakat Eropa,
- Tiada keterbukaan informasi yang melanggar kewajiban tertentu, dengan akibat yang sama,
- Penyalahgunaan dana-dana untuk tujuan-tujuan lain selain dari tujuan-tujuan sesungguhnya dana-dana tersebut diberikan;

(b) *In respect of revenue, any intentional act or omission relating to :*

- *The use or presentation of false, incorrect, or incomplete statements or documents, which has as its effect the illegal diminution of the resources of the general budget of the European Communities or budget managed by, or on behalf of, the European Communities,*
- *Non-disclosure of information in violation of a specific obligation, with the same effect,*
- *The misapplication of a legally obtained benefit, with the same effect;* (Terjemahan bebas : [b] Berkaitan dengan pendapatan, setiap berbuat atau tidak berbuat dengan sengaja yang berhubungan dengan :
  - Penggunaan atau penyajian pernyataan-pernyataan atau dokumen-dokumen palsu, tidak benar atau tidak lengkap yang memiliki akibat penurunan secara tidak sah sumber-sumber dari anggaran umum Masyarakat Eropa atau anggaran yang dikelola oleh, atau atas nama, Masyarakat Eropa,
  - Tiada keterbukaan informasi yang melanggar kewajiban tertentu, dengan akibat yang sama,
  - Penyalahgunaan keuntungan yang diperoleh secara sah, dengan akibat yang sama;)

Dengan protokol-protokol dari Konvensi Perlindungan Kepentingan Keuangan Eropa EU, segala kekurangan dalam Konvensi Perlindungan Kepentingan Keuangan Eropa EU tersebut ditambah dan dilengkapi. Dalam Protokol Pertama EU, hal baru yang ditambahkan dan dilengkapi, yakni, dimasukkannya tindak pidana korupsi. Sedangkan dalam Protokol Kedua EU, beberapa hal baru yang ditambahkan dan dilengkapi, yaitu meliputi, dimasukkannya badan hukum sebagai subyek tindak pidana, tindak pidana *money laundering*, penyitaan hasil korupsi, dan kerjasama antar negara-negara Masyarakat Eropa. Dalam konteks ini, Protokol kedua EU tidak akan dibahas karena kurang relevansinya.

Khususnya berkaitan dengan Protokol Pertama EU, tindak pidana korupsi terbagi dalam 2 (dua) jenis, yakni, korupsi pasif dan korupsi aktif. Namun, apabila pasal-pasal dalam Protokol Pertama EU ditelaah dengan cermat tampak, bahwa korupsi pasif dan korupsi aktif itu identik dengan penyuapan pasif dan penyuapan aktif seperti yang diatur dalam Konvensi OECD. Hal ini terlihat lebih



lengkap dalam uraian Pasal 2 mengenai *Passive corruption* dan Pasal 3 mengenai *Active corruption* dari Protokol Pertama EU, sebagai berikut :

*Article 2*

*Passive corruption*

..., *the deliberate action of an official, who, directly or through an intermediary, requests or receives advantages of any kind whatsoever, for himself or for a third party, or accepts a promise of such an advantage, to act or refrain from acting in accordance with his duty or in the exercise of his functions in breach of his official duties in a way which damage or is likely to damage the European Communities' financial interest ....* (Terjemahan bebas : ..., perbuatan sengaja pejabat yang, secara langsung atau melalui perantara, meminta dan menerima keuntungan-keuntungan jenis apapun, untuk dirinya sendiri atau untuk pihak ketiga, atau menerima janji keuntungan dimaksud, berbuat atau tidak berbuat sesuai dengan tugasnya atau dalam melaksanakan fungsi-fungsinya melanggar tugas-tugas jabatannya yang dengan itu membahayakan atau cenderung membahayakan kepentingan keuangan Masyarakat Eropa....)

*Article 3*

*Aktive corruption*

..., *the deliberate action of whosoever promises or gives, directly or through an intermediary, an advantages of any kind whatsoever to an official for himself or for a third party for him to act or refrain from acting in accordance with his duty or in the exercise of his functions in breach of his official duties in a way which damage or is likely to damage the European Communities' financial interest ....* (Terjemahan bebas : ..., perbuatan sengaja siapapun yang menjanjikan atau memberikan, secara langsung atau melalui perantara, keuntungan-keuntungan jenis apapun, kepada pejabat untuk dirinya sendiri atau untuk pihak ketiga, kepadanya untuk berbuat atau tidak berbuat sesuai dengan tugasnya atau dalam melaksanakan fungsi-fungsinya melanggar tugas-tugas jabatannya yang dengan itu membahayakan atau cenderung membahayakan kepentingan keuangan Masyarakat Eropa....)

Selanjutnya Perjanjian internasional yang bersifat regional Eropa mengenai tindak pidana korupsi terdiri dari : (1) *Council of the European Union : Convention on the Fight against Corruption involving Officials of the European*

*Communities or Officials of Members States of the European Union* yang diadopsi

oleh *the Council of the European Union* pada tanggal 26 Mei 1997, (2) *Resolution*

(97) 24 of the Committee of Ministers of the Council of Europe : *Twenty Guiding*

*Principles for the Fight against Corruption* yang diadopsi oleh *the Committee of*



*Ministers of the Council of Europe* pada tanggal 6 November 1997, (3) *Resolution (99) 5 of the Committee of Ministers of the Council of Europe : Agreement Establishing the Group of States against Corruption* yang diadopsi oleh *the Committee of Ministers of the Council of Europe* pada tanggal 1 Mei 1999, (4) *Council of Europe : Model Code of Conduct for Public Officials* yang diadopsi oleh *the Committee of Ministers of the Council of Europe* pada tanggal 11 Mei 2000, (5) *Council of Europe : Criminal Law Convention on Corruption* yang diberlakukan pada tanggal 1 Juli 2002, (6) *Council of Europe : Civil Law Convention on Corruption* yang diberlakukan pada tanggal 1 November 2003, dan (7) *Council of the European Union Framework Decision on Combating Corruption in Private Sector* yang diberlakukan pada tanggal 31 Juli 2003. Dilihat dari jenisnya, bahwa ketujuh perjanjian internasional yang bersifat regional Eropa tersebut memiliki klasifikasi yang berbeda, yakni : 3 (tiga) buah berupa konvensi, 2 (dua) resolusi, 1 (satu) kode etik, dan 1 (satu) keputusan.

Diamati dari muatannya, bahwa ketiga konvensi mengenai korupsi di atas mempunyai fokus pengaturan yang berlain-lainan, sementara itu, kedua resolusi, sebuah kode etik dan sebuah keputusan hanya berfungsi sebagai rujukan, serta sebagai penambah dan pelengkap bagi konvensi-konvensi tersebut. Dalam Konvensi Korupsi Pejabat EU, fokus pengaturan lebih mengarah pada pemberantasan korupsi yang melibatkan pejabat-pejabat baik di lingkungan *the European Communities* maupun di negara-negara anggotanya masing-masing. Yang dimaksud dengan korupsi dalam Konvensi Korupsi Pejabat EU ini sangat menyerupai korupsi yang telah diatur dalam Protokol Pertama EU; bahkan boleh dikatakan, bahwa rumusan korupsi yang dicantumkan dalam Konvensi







Korupsi Pejabat EU mengambil-alih rumusan korupsi yang dimuat dalam Protokol Pertama EU.

Fokus pengaturan yang berbeda ditemukan dalam *Council of Europe : Criminal Law Convention on Corruption*. Di dalam konvensi ini, tindak pidana korupsi diidentikan dengan tindak pidana penyuapan. Hal ini dapat diartikan pula, bahwa luas lingkup tindak pidana korupsi telah direduksi sedemikian rupa sehingga maknanya menjadi lebih sempit. Meskipun luas lingkup korupsi telah direduksi, tetapi tindak pidana penyuapannya dirumuskan dan diatur secara lebih terperinci yang dituangkan dalam 13 (tiga belas) pasal. Adapun pelbagai tindak pidana penyuapan dimaksud, ialah : (1) *Active Bribery of Domestic Public Officials*, (2) *Passive Bribery of Domestic Public Officials*, (3) *Bribery of Members of Domestic Public Assemblies*, (4) *Bribery of Foreign Public Officials*, (5) *Bribery of Members of Foreign Public Assemblies*, (6) *Active Bribery in Privat Sector*, (7) *Passive Bribery in Private Sector*, (8) *Bribery of Official of International Organizations*, (9) *Bribery of Members of International Parliamentary Assemblies*, (10) *Bribery of Judge and Officials of International Courts*, (11) *Trading in Influence*, (12) *Money Laundering of Proceeds from Corruption Offences*, dan (13) *Account Offences*.

Pasal 2 dan Pasal 3 *Council of Europe : Criminal Law Convention on Corruption* mengatur tentang Penyuapan Aktif dan Penyuapan Pasif Pejabat Publik Domestik, sebagai berikut :

*Article 2*

*Active Bribery of Domestic Public Officials*

..., *when committed intentionally, the promising, offering, or giving by any person, directly or indirectly, of any undue advantage to any of its public official, for himself or herself or for anyone else, for him or her to act or refrain from acting in the exercise of his or her functions.*

(Terjemahan bebas : ..., ketika dilakukan dengan sengaja, menjanjikan, menawarkan, memberikan, oleh seseorang, secara langsung atau tidak

langsung, suatu keuntungan yang tidak patut kepada salah satu dari pejabat publiknya, untuk dirinya sendiri atau orang lain, supaya dia berbuat atau tidak berbuat dalam melaksanakan fungsi-fungsinya.)

*Article 3*

*Passive Bribery of Domestic Public Officials*

..., when committed intentionally, the request or receipt by any of its public officials, directly or indirectly, of any undue advantage, for himself or herself or for anyone else, or the acceptance of an offer or a promise of such an advantage, to act or refrain from acting in the exercise of his or her functions. (Terjemahan bebas : ..., ketika dilakukan dengan sengaja, meminta atau menerima, oleh salah satu dari pejabat publiknya, secara langsung atau tidak langsung, suatu keuntungan yang tidak patut, untuk dirinya sendiri atau orang lain, atau menerima tawaran atau janji keuntungan dimaksud, supaya berbuat atau tidak berbuat dalam melaksanakan fungsi-fungsinya).

Perumusan Pasal 2 dan Pasal 3 ini berlaku juga untuk perumusan Pasal 4, Pasal 5, Pasal 6, Pasal 9, Pasal 10 dan Pasal 11. Yang berbeda adalah tersuapnya.

Pasal 4 menetapkan tersuapnya adalah anggota-anggota majelis umum domestik (*members of domestic public assemblies*), Pasal 5 mengatur tersuapnya yaitu

pejabat publik asing (*foreign public officials*), Pasal 6 mengatur tersuapnya yaitu

anggota-anggota majelis umum asing (*members of foreign public assemblies*),

Pasal 9 memuat tersuapnya ialah pejabat-pejabat organisasi internasional (*officials of international organization*), Pasal 10 menetapkan tersuapnya adalah

anggota-anggota majelis parlemen internasional (*members of international*

*parliamentary assemblies*) dan Pasal 11 memuat tersuapnya ialah hakim dan

pejabat mahkamah internasional (*judges and officials of international courts*).

Sementara itu, perumusan Pasal 7, Pasal 8, Pasal 12, Pasal 13 dan Pasal

14 *Council of Europe : Criminal Law Convention on Corruption* berlainan dengan

pasal-pasal di atas. Di bawah berikut diuraikan Pasal 8, Pasal 12, Pasal 13

dan Pasal 14 agar lebih jelas.

*Article 7*

*Active bribery in the private sector*

..., when committed intentionally in the course of business activity, the promising, offering or giving, directly or indirectly, of any undue



*advantage to any person who direct or work, in any capacity, private sector entities, for themselves or for anyone else, for them to act, or refrain from acting, in breach of their duties.* (Terjemahan bebas : ..., ketika dilakukan dengan sengaja selama kegiatan bisnis, menjanjikan, menawarkan atau memberikan, secara langsung atau tidak langsung, suatu keuntungan kepada seseorang yang memimpin atau bekerja dalam kedudukan apapun di badan-badan sektor privat, untuk mereka sendiri atau orang lain, agar mereka berbuat atau tidak berbuat yang melanggar tugas-tugasnya)

#### Article 8

##### *Passive bribery in the private sector*

*..., when committed intentionally in the course of business activity, the request or receipt, directly or indirectly, by any person who direct or work, in any capacity, private sector entities, of any undue advantage or the promise thereof for themselves or for anyone else, or the acceptance of an offer or a promise of such an advantage, to act or refrain from acting in breach of their duties.* (Terjemahan bebas : ..., ketika dilakukan dengan sengaja selama kegiatan bisnis, meminta atau menerima, secara langsung atau tidak langsung, oleh seseorang yang memimpin atau bekerja dalam kedudukan apapun di badan-badan sektor privat, suatu keuntungan atau janji keuntungan itu untuk mereka sendiri atau untuk orang lain, atau menerima suatu penawaran atau suatu janji dari keuntungan dimaksud, untuk berbuat atau tidak berbuat yang melanggar tugas-tugasnya)

#### Article 12

##### *Trading in influence*

*..., when committed intentionally, the promising, giving or offering, directly or indirectly, of any undue advantage to anyone who asserts or confirms that he or she is able to exert an improper influence over the decision-making of any person referred to in Articles 2, 4 to 6 and 9 to 10 in consideration thereof, whether the undue advantage is for himself or herself or for anyone else, as well as the request, receipt or the acceptance of the offer or the promise of such an advantage, in consideration of that influence, whether or not the influence is exerted or whether or not the supposed influence leads to intended result.* (Terjemahan bebas : ..., ketika dilakukan dengan sengaja, menjanjikan, memberikan atau menawarkan, secara langsung atau tidak langsung, suatu keuntungan yang tidak patut kepada seseorang yang menegaskan atau memastikan bahwa ia dapat mengupayakan pengaruh yang tidak layak mengenai pembuatan keputusan dari seseorang yang disebut dalam Pasal 2, 4 sampai 6 dan 9 sampai 10 dikarenakan pengaruh itu, apakah keuntungan yang tidak patut tersebut untuk dia sendiri atau orang lain, sekaligus meminta, menerima atau memperoleh penawaran atau janji dari keuntungan dimaksud, dikarenakan pengaruh itu, apakah ada atau tidak pengaruh yang diupayakan tersebut atau apakah ada atau tidak pengaruh yang diharapkan tersebut menyebabkan hasil yang dikehendaki)



### Article 13

*Money laundering of proceeds from corruption offences ... the conduct referred to in the Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure, and Confiscation of the Product from Crime (ETS No. 141), Article 6, paragraphs 1 and 2 under the conditions referred to therein, when the predicate offence consist of any of the criminal offences established in accordance with Articles 2 to 12 of this Convention....* (Terjemahan bebas : ... perbuatan yang disebut dalam Konvensi Dewan Eropa tentang Penyucian, Pencarian, Penyitaan dan Perampasan Hasil Kejahatan [ETS No. 141], Pasal 6, Paragraf 1 dan 2 menurut persyaratan yang disebut di dalamnya, ketika tindak pidana asalnya terdiri dari salah satu tindak pidana yang ditetapkan sesuai dengan Pasal 2 sampai dengan 1 Konvensi ini....)

### Article 14

#### Account offences

*..., when committed intentionally, in order to commit, conceal or disguise the offences referred to in Articles 2 to 12, to the extent the Party has not made a reservation or a declaration* (Terjemahan bebas : ..., ketika dilakukan dengan sengaja, agar melakukan, menyembunyikan atau menyamarkan tindak pidana-tindak pidana yang disebut dalam Pasal 2 sampai dengan 12, sejauh Peserta tersebut telah tidak membuat persyaratan atau deklarasi) :

- a. *creating or using an invoice or any other accounting document or record containing false or incomplete information;* (Terjemahan bebas : menciptakan atau menggunakan faktur atau dokumen atau catatan yang memuat informasi keliru atau tidak lengkap)
- b. *unlawfully omitting to make a record of a payment.* (Terjemahan bebas : menghilangkan secara melawan hukum suatu catatan pembayaran)

### c. Wilayah Regional Afrika

Sesungguhnya dalam regional Afrika ini, ada terdapat 3 (tiga) organisasi regional yang telah berinisiatif membentuk perjanjian internasional yang bersifat regional mengenai korupsi. Organisasi dimaksud adalah (1) *Economic Community of West African States* / ECOWAS, (2) *Southern African Development Community* / SADC dan (3) *African Union* / AU.

Perjanjian internasional mengenai korupsi yang disponsori oleh ECOWAS dimulai dengan diadopsinya *Protocol relating to the Mechanism for Conflict Prevention, Management, Resolution, Peacekeeping and Security* (selanjutnya disebut : Protokol Penyelesaian Konflik ECOWAS) pada tanggal 10 Desember



1999 untuk kawasan negara-negara Afrika Barat. Namun demikian, Protokol ini belum pernah dinyatakan berlaku. Di dalam protocol, perhatian diberikan pada penyelesaian konflik yang seringkali konflik tersebut dipandang sebagai ancaman terhadap perdamaian dan keamanan di kontinen Afrika, dan merusak segenap usaha untuk memperbaiki standard kehidupan masyarakat kawasan tersebut. Salah satu penyumbang konflik adalah kejahatan lintas-batas, terutama tindak pidana korupsi, yang dianggap sebagai problem sosial dan ekonomi yang serius dan problem tersebut hanya dapat diselesaikan dalam kerangka kerjasama multilateral yang terkordinasi dan semakin meningkat. Tekad ini dituangkan dalam Pasal 48 tentang *Anti Corruption Measures* Protokol Penyelesaian Konflik ECOWAS, yaitu : "*To eradicate corruption within their territories and in the sub-region, ECOWAS and its Member States shall promote transparency, accountability dan good governance.*" (untuk memberantas korupsi di dalam teritorial-teritorialnya dan dalam sub-wilayah teritorial tersebut, ECOWAS dan negara-negara pesertanya mendukung keterbukaan, pertanggungjawaban dan pemerintahan yang layak)

Berdasar atas Pasal 48 Protokol Penyelesaian Konflik ECOWAS di atas, ECOWAS menyusun Protokol mengenai korupsi yang lengkapnya bertitel *Economic Community of West African States Protocol on the Fight against Corruption*. Penandatanganan Protokol Korupsi ECOWAS ini berlangsung pada tanggal 21 Desember 2001, tetapi belum pernah dinyatakan berlaku. Yang menarik, bahwa Protokol Korupsi ECOWAS mengatur tindak pidana korupsi secara cukup lengkap dan tidak mereduksi tindak pidana korupsi menjadi tindak pidana penyuapan. Pengaturan mengenai tindak pidana korupsi ini terdapat dalam Pasal 6 tentang *Acts of Corruption*, antara lain sebagai berikut :

*Article 6  
Acts of Corruption*

1. *This Protocol shall be applicable to the following acts of corruption*  
(Terjemahan bebas : 1. Protokol ini harus menerapkan perbuatan-perbuatan korupsi berikut) :

- a) *a public official demanding or accepting, either directly or indirectly through a third party, any object of pecuniary value such as a gift, offer, a promise or an advantage of any nature, whether for himself or for another person, in exchange for an act or an omission in the discharge of his duties;* (Terjemahan bebas : a) Pejabat publik yang meminta atau menerima, baik langsung maupun tidak langsung melalui pihak ketiga, suatu objek bernilai uang seperti hadiah, tawaran, janji atau keuntungan dari sesuatu, apakah untuk dirinya sendiri atau untuk orang lain, sebagai imbalan untuk berbuat atau tidak berbuat dalam melaksanakan tugas-tugasnya;)
- b) *offering or giving a public official, either directly or indirectly, any object of pecuniary value such as a gift, a favor or an advantage, whether for himself or another person, in exchange for an acts or an omission in the discharge of his duties;* (Terjemahan bebas : b) Menawarkan atau memberikan pejabat publik, baik langsung atau tidak langsung, suatu objek bernilai uang seperti hadiah, kesenangan atau keuntungan, apakah untuk dirinya sendiri atau orang lain, ditukar dengan berbuat atau tidak berbuat dalam melaksanakan tugas-tugasnya;)
- c) *any person who promises to offer or to grant directly or indirectly any undue advantage to any person who declares or confirms that he can exercise some influence on decision or action of person occupying positions in the public or private sector, whether or not this influence had been exercised or not, or whether the supposed influence had the desired result or not;* (Terjemahan bebas : seseorang yang menjanjikan untuk menawarkan atau memberikan secara langsung atau tidak langsung suatu keuntungan kepada orang yang menyatakan atau memastikan bahwa ia dapat mempengaruhi keputusan atau tindakan orang yang menduduki posisi dalam sektor publik atau privat, apakah ada pengaruh ini dilaksanakan atau tidak, atau apakah ada pengaruh yang diharapkan memiliki hasil yang dikehendaki atau tidak)
- d) *any person who declares or confirms that he can exercise some influence on decisions or actions of person occupying positions in the public or private sector, whether the influence is used or not, and whether or not the supposed influence had the desired result; and asking for or accepting directly or indirectly any undue advantage from whatever quarters;* (Terjemahan bebas : seseorang yang menyatakan atau memastikan bahwa ia dapat mempengaruhi keputusan atau tindakan orang yang menduduki posisi dalam sektor publik atau privat, apakah ada pengaruh tersebut digunakan atau tidak, apakah ada atau tidak pengaruh yang diharapkan memiliki hasil yang dikehendaki; dan meminta atau menerima secara langsung atau tidak langsung suatu keuntungan dari sumber apapun)



e) *a public official diverting from its initial purpose, either for his own benefit or the benefit of another person, any assets, whether moveable or immovable, or a deeds and securities belonging to the State, an independent agency or an individual, given to the public official by virtue of his position and for the need of the State for safe-keeping and for other reasons.* (Terjemahan bebas : e)

Pejabat mengalihkan dari tujuan awalnya, baik untuk keuntungan dirinya sendiri atau untuk keuntungan orang lain, setiap asset, apakah bergerak atau tidak bergerak, suatu perjanjian atau suatu jaminan milik negara, agen independen atau individu, yang diberikan kepada pejabat dikarenakan posisinya dan karena kebutuhan negara bagi penjagaan keamanan dan karena alasan-alasan lain)

2. ....

3.(a) *a significant increase in the assets of a public official that he cannot reasonably explain in relation to his lawful earnings shall be considered an illicit enrichment and an act of corruption...*

(Terjemahan bebas : Peningkatan secara signifikan aset seorang pejabat publik yang ia tidak dapat jelaskan berhubung dengan pendapatannya yang sah harus dipandang memperkaya secara melawan hukum dan suatu perbuatan korupsi...)

(b) ....

4. ....

5. *Each State Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offence the following acts*

(Terjemahan bebas : Setiap negara peserta harus mengadopsi tindakan-tindakan legislatif atau tindakan-tindakan lainnya bila diperlukan untuk menetapkan sebagai tindak pidana perbuatan-perbuatan sebagai berikut) :

a) *Promising to offer or giving public officials or employees of companies of the private sector, either directly or indirectly, to themselves or to third parties, in order to carry out or abstain from carrying out an action in violation of their functions;* (Terjemahan bebas : a) Menjanjikan tawaran atau memberi pejabat atau karyawan perusahaan-perusahaan sector swasta, baik secara langsung atau secara tidak langsung kepada mereka atau pihak ketiga, supaya melaksanakan atau tidak melaksanakan perbuatan yang melanggar fungsi-fungsinya;)

b) *Public officials or employees of companies of the private sector, asking for or receiving, directly or indirectly, bribes for themselves or third parties, in order to carry out or refrain from carrying out an action in contravention of their duties.* (Terjemahan bebas : b)

Pejabat atau karyawan perusahaan-perusahaan sektor swasta, meminta atau menerima, secara langsung atau tidak langsung, suap untuk mereka sendiri atau untuk pihak-pihak ketiga, supaya melaksanakan atau tidak melaksanakan perbuatan yang bertentangan dengan tugas-tugasnya.)

6. ....

7. ....



Hal yang sama seperti di atas ditemukan juga dalam *Southern African Development Community Protocol against Corruption* yang ditandatangani pada tanggal 14 Agustus 2001, tetapi belum diberlakukan. Selengkapnya tindak pidana korupsi dapat dilihat dalam Pasal 3 tentang Perbuatan-perbuatan Korupsi dalam *Southern African Development Community Protocol against Corruption* Protokol Korupsi SADC, sebagai berikut :

*Article 3*

*Acts of Corruption*

*This Protocol is applicable to the following acts of corruption* (Terjemahan bebas : Protokol ini dapat diterapkan terhadap perbuatan-perbuatan korupsi sebagai berikut) :

- (a) *the solicitation or acceptance, directly or indirectly, by a public official, of any article of monetary value, or other benefit, such as a gift, favour, promise or advantage for himself or herself or for another person or entity, in exchange for any act or omission in the performance of his or her public functions;* (Terjemahan bebas : [a] Meminta atau menerima, secara langsung atau tidak langsung, oleh pejabat suatu benda bernilai uang atau keuntungan lain, seperti hadiah, kesenangan, janji, atau keuntungan untuk dirinya sendiri, atau untuk orang lain atau suatu badan, yang ditukar dengan berbuat atau tidak berbuat dalam melaksanakan fungsi-fungsi publiknya;)
- (b) *the offering or granting, directly or indirectly, by a public official, of any article of monetary value, or other benefit, such as a gift, favour, promise or advantage for himself or herself or for another person or entity, in exchange for any act or omission in the performance of his or her public functions;* (Terjemahan bebas : [b] Menawarkan atau memberikan, secara langsung atau tidak langsung, oleh pejabat suatu benda bernilai uang atau keuntungan lain, seperti hadiah, kesenangan, janji, atau keuntungan untuk dirinya sendiri, atau untuk orang lain atau suatu badan, yang ditukar dengan berbuat atau tidak berbuat dalam melaksanakan fungsi-fungsi publiknya;)
- (c) *any act or omission in the discharge of his or her duties by a public official for the purpose of illicitly obtaining benefits for himself or herself or for a third party;* (Terjemahan bebas : [c] Setiap berbuat atau tidak berbuat dalam melaksanakan tugas-tugasnya oleh pejabat untuk tujuan mendapatkan keuntungan secara tidak sah bagi dirinya sendiri atau pihak ketiga;)
- (d) *the diversion by a public official, for purposes unrelated to those for which they were intended, for his or her own benefit or that of a third party, of any movable or immovable property, monies or securities belonging to the State, to an independent agency, or to an individual, that such official received by virtue of his or her position for purposes of administration, custody or for other reasons;*





(Terjemahan bebas : [d] Pengalihan oleh pejabat, untuk tujuan yang tidak berhubungan dengan tujuan yang dimaksudkan, untuk keuntungan diri sendiri, keuntungan pihak ketiga suatu benda bergerak atau tidak bergerak, sejumlah uang, jaminan-jaminan milik negara, agen independent, atau individu, yang pejabat tersebut terima dikarenakan posisinya untuk tujuan-tujuan administratif, perawatan atau alasan-alasan lain;)

(e) *the offering, giving, promising, solicitation or acceptance, directly or indirectly, of any undue advantage to or by any person who directs or works for, in any capacity, a private sector entity, for himself or herself or anyone else, for him or her to act, or refrain from acting, in breach of his or her duties;...* (Terjemahan bebas : [e] Menawarkan, memberikan, menjanjikan, meminta, atau menerima, secara langsung atau secara tidak langsung, setiap keuntungan yang tidak layak kepada atau oleh seseorang yang memimpin atau bekerja untuk, dalam kapasitas apapun, suatu badan sektor privat, untuk dirinya sendiri atau orang lain, agar dia berbuat atau tidak berbuat, yang melanggar tugas-tugasnya....)

Selain itu, *African Union* juga mengadopsi sebuah konvensi korupsi yang lengkapnya berjudul *African Union Convention on Preventing and Combating Corruption*. Pengadopsian konvensi ini berlangsung di Maputo pada tanggal 11 Juli 2003 dan sudah dinyatakan berlaku. Adapun pelbagai tindak pidana korupsi diatur dan dicantumkan dalam Pasal 4 ayat (1) yang berbunyi, antara lain sebagai berikut :

#### *Article 4*

##### *Scope of Application*

1. *This Convention is applicable to the following acts of corruption and related offence* (Terjemahan bebas : 1. Konvensi ini dapat diterapkan terhadap perbuatan-perbuatan korupsi sebagai berikut) :

(a) *the solicitation or acceptance, directly or indirectly, by a public official or any person, of any goods of monetary value, or other benefit, such as a gift, favour, promise or advantage for himself or herself or for another person or entity, in exchange for any act or omission in the performance of his or her public functions;* (a) Meminta atau menerima, secara langsung atau tidak langsung, oleh pejabat suatu barang bernilai uang atau keuntungan lain, seperti hadiah, kesenangan, janji, atau keuntungan untuk dirinya sendiri, atau untuk orang lain atau suatu badan, yang ditukar dengan berbuat atau tidak berbuat dalam melaksanakan fungsi-fungsi publiknya;

(b) *the offering or granting, directly or indirectly, to a public official or any person, of any goods of monetary value, or other benefit, such as a gift, favour, promise or advantage for himself or herself*

or for another person or entity, in exchange for any act or omission in the performance of his or her public functions; (b) Menawarkan atau memberikan, secara langsung atau tidak langsung, oleh pejabat suatu benda bernilai uang atau keuntungan lain, seperti hadiah, kesenangan, janji, atau keuntungan untuk dirinya sendiri, atau untuk orang lain atau suatu badan, yang ditukar dengan berbuat atau tidak berbuat dalam melaksanakan fungsi-fungsi publiknya;

(c) *any act or omission in the discharge of his or her duties by a public official or any person for the purpose of illicitly obtaining benefits for himself or herself or for a third party;* (c) Setiap berbuat atau tidak berbuat dalam melaksanakan tugas-tugasnya oleh pejabat untuk tujuan mendapatkan keuntungan secara tidak sah bagi dirinya sendiri atau pihak ketiga;

(d) *the diversion by a public official or any other person, for purposes unrelated to those for which they were intended, for his or her own benefit or that of a third party, of any property belonging to the State or its agencies, to independent agency, to an independent agency, or to an individual, that such official has received by virtue of his or her position;* (d) Pengalihan oleh pejabat atau setiap orang yang lain, untuk tujuan yang tidak berhubungan dengan tujuan yang dimaksudkan, untuk keuntungan diri sendiri, keuntungan pihak ketiga suatu benda milik negara atau agennya, atau agen independent, atau individu, yang pejabat tersebut terima dikarenakan posisinya;

(e) *the offering, giving, promising, solicitation or acceptance, directly or indirectly, of any undue advantage to or by any person who directs or works for, in any capacity, a private sector entity, for himself or herself or anyone else, for him or her to act, or refrain from acting, in breach of his or her duties;...* (e) Menawarkan, memberikan, menjanjikan, meminta, atau menerima, secara langsung atau secara tidak langsung, setiap keuntungan yang tidak layak kepada atau oleh seseorang yang memimpin atau bekerja untuk, dalam kapasitas apapun, suatu badan sektor privat, untuk dirinya sendiri atau orang lain, agar dia berbuat atau tidak berbuat, yang melanggar tugas-tugasnya....)

(f) *the offering, giving, solicitation or acceptance directly or indirectly, or the promising of any undue advantage to or by any person who asserts or confirms that he or she is able to exert any improper influence over the decision-making of any person performing functions in the public or private sector in consideration thereof, whether the undue advantage is for himself or herself or anyone else, as well as the request, receipt or the acceptance of the offer or the promise of such an advantage, in consideration of that influence, whether or not the influence is exerted or whether or not the supposed influence leads to the intended result;* (Terjemahan bebas : penawaran, pemberian, penerimaan atau perolehan secara langsung atau tidak langsung, atau janji suatu keuntungan kepada atau oleh seseorang yang menegaskan atau





memastikan bahwa ia dapat mengupayakan pengaruh yang tidak patut atas pembuatan keputusan dari seseorang yang melaksanakan fungsi di sektor publik atau privat dikarenakan pengaruh itu, apakah ada keuntungan yang tidak patut tersebut untuk dirinya sendiri atau orang lain, sekaligus permintaan, penerimaan atau perolehan penawaran atau janji dari keuntungan dimaksud, dikarenakan pengaruh itu, apakah ada atau tidak pengaruh yang diupayakan itu atau apakah ada atau tidak pengaruh yang diharapkan tersebut menyebabkan hasil yang dikehendaki;)

(g) *illicit enrichment*; (Terjemahan bebas : memperkaya secara melawan hukum)

(h) *the use or concealment of proceeds derived from any of the acts referred to in this Article*; (Terjemahan bebas : Menggunakan atau menyembunyikan hasil dari salah satu perbuatan yang disebut dalam Pasal ini)

Tabel 6 di bawah berikut ini menggambarkan perbandingan antara

*United Nations Convention against Corruption* di satu pihak dengan konvensi-konvensi yang berlaku pelbagai kawasan regional.

**Tabel 6 : Perbandingan Jenis Tindak Pidana Korupsi antara Konvensi Anti-Korupsi PBB di satu pihak dengan Konvensi Anti-Korupsi OAS, Konvensi Hukum Pidana Korupsi CE dan Konvensi Korupsi AU di lain pihak**

No	Konvensi Anti-Korupsi PBB	Wilayah Regional					
		Konvensi Anti-Korupsi Amerika/OAS	Pasal	Konvensi Hukum Pidana Korupsi Eropa/CE	Pasal	Konvensi Korupsi Afrika/AU	Pasal
<b>Tindak Pidana Penyuapan</b>							
1.	Penyuapan Pejabat Publik Nasional	√	VI (1) a	√	2, 3 & 4	√	4 (1) a & b
2.	Penyuapan pejabat publik asing dan pejabat organisasi-organisasi internasional	X		√	5 & 6	X	
3.	Penyuapan dalam Sektor Swasta	X		√	7 & 8	√	4 (1) e
<b>Tindak Pidana Penggelapan</b>							
4.	Penggelapan, Penyalahgunaan atau Pengalihan yang lain Kekayaan oleh Pejabat Publik	√	XI (1) d	X		√	4 (1) d
5.	Penggelapan Kekayaan dalam Sektor Swasta	X		X		X	
<b>Tindak Pidana yang Lain</b>							
6.	Memperdagangkan Pengaruh	√	XI (1) c	√	12	√	4 (1) f
7.	Penyalahgunaan Fungsi	√	XI (1) a & b	X		X	
8.	Memperkaya secara Melawan Hukum	√	IX	X		√	4 (1) g
9.	Penyucian hasil kejahatan	√	VI (1) d	√	13	√	4 (1) h
10.	Menyembunyikan	√	VI (1) d	√	14	√	4 (1) h
11.	Menghalangi Peradilan	X		X		X	

Sumber : Bahan Hukum Primer diolah

Keterangan : √ = mengatur

X = tidak mengatur



Berlainan dengan Konvensi Anti-Korupsi PBB, perjanjian-perjanjian internasional yang berlingkup regional seperti Konvensi Hukum Pidana Korupsi CE, Konvensi Anti-Korupsi OAS dan Konvensi Korupsi AU mempunyai gaya yang tersendiri. Perjanjian-perjanjian internasional berlingkup regional tersebut umumnya mewajibkan semua perbuatan-perbuatan tertentu yang dikriminalisasi menjadi tindak pidana korupsi untuk dicantumkan dan dimuat dalam perundang-undangan setiap negara peserta, kecuali ditentukan lain. Hal ini dapat dilihat dari Konvensi Hukum Pidana Korupsi CE yang mewajibkan semua tindak pidana korupsi untuk dicantumkan dan dimuat dalam perundang-undangan negara peserta. Sementara itu, Konvensi Anti-Korupsi OAS hanya mewajibkan sebagian besar saja.

Perbedaan tindak pidana-tindak pidana korupsi tertentu yang harus atau boleh dicantumkan dan dimuat dalam perundang-undangan setiap negara peserta, sangat tampak dari perbandingan keempat konvensi tersebut. Namun demikian juga, ada terdapat persamaan yang cukup mendasar bahwa penyuaian pejabat publik (nasional, negara lain atau organisasi internasional, dan sebagainya) merupakan tindak pidana korupsi yang termasuk dalam muatan pokok. Sementara itu, penyalahgunaan fungsi mendapat pengaturan yang berlainan. Dalam Pasal 19 Konvensi Korupsi PBB, penyalahgunaan fungsi ditempatkan sebagai muatan pelengkap; dalam Pasal VI sub c Konvensi Anti-Korupsi OAS dan Pasal 4 Konvensi Korupsi AU, penyalahgunaan fungsi ditempatkan sebagai muatan pokok; dan dalam Konvensi Hukum Pidana Korupsi CE tidak diatur. Agar menjadi jelas perbandingan ketiga konvensi tersebut, Tabel

7 di bawah berikut menggambarkan perbandingan antara Konvensi Anti-Korupsi



PBB di satu pihak dengan Konvensi Pidana Hukum Korupsi CE, Konvensi Anti-Korupsi OAS serta Konvensi Korupsi AU di lain pihak.

**Tabel 7 : Perbandingan Kategori Pemuatan Jenis Tindak Pidana Korupsi antara Konvensi Anti-Korupsi PBB, Konvensi Hukum Pidana Korupsi CE, Konvensi Anti-Korupsi OAS dan Konvensi Korupsi AU**

No.	Jenis Tindak Pidana	Konvensi Anti-Korupsi PBB	Wilayah Regional		
			Konvensi Hukum Pidana Korupsi CE	Konvensi Anti-Korupsi OAS	Konvensi Korupsi AU
Tindak Pidana Penyuapan					
1.	Penyuapan Pejabat-pejabat Publik Nasional	√	√	√	√
2.	Penyuapan Pejabat-pejabat Publik Negara Lain dan Pejabat-pejabat Publik organisasi Internasional	√	√	+	+
3.	Penyuapan dalam Sektor Swasta	X	√	+	√
Tindak Pidana Penggelapan					
4.	Penggelapan, Penyalahgunaan atau Pengalihan yang lain Kekayaan oleh Pejabat Publik	√	+	X	√
5.	Penggelapan Kekayaan dalam Sektor Swasta	X	+	+	+
Tindak Pidana yang Lain					
6.	Memperdagangkan Pengaruh	X	√	X	X
7.	Penyalahgunaan Fungsi	X	+	√	+
8.	Memperkaya secara Melawan Hukum	X	+	√	√
9.	Penyucian Hasil Kejahatan	√	√	√	√
10.	Penyembunyian	X	√	√	√
11.	Menghalang-halangi Peradilan	√	+	+	+

Sumber : Bahan Hukum Primer diolah

Keterangan : √ = muatan pokok

X = muatan pelengkap

+ = tidak mengatur

Berdasarkan kedua tabel di atas, maka beberapa jenis tindak pidana korupsi telah diatur dan ditentukan dalam Konvensi Hukum Pidana Korupsi CE,

Konvensi Anti-Korupsi OAS dan Konvensi Korupsi AU. Ada terdapat dua hal yang penting. Pertama, tindak pidana korupsi dalam Konvensi Hukum Pidana Korupsi CE, Konvensi Anti-Korupsi OAS dan Konvensi Korupsi AU lebih terpusat pada tindak pidana penyuapan seperti halnya dengan Konvensi Anti-Korupsi PBB, terutama Konvensi Hukum Pidana Korupsi CE. Selain itu, ada terdapat juga tindak pidana yang diatur dalam Konvensi Hukum Pidana Korupsi CE tetapi tidak diatur dalam Konvensi Anti-Korupsi PBB, yakni : tindak pidana pembukuan (*account offence*).

Kedua, tindak pidana penyalahgunaan fungsi telah dicantumkan dan diatur juga dalam Konvensi Anti-Korupsi OAS, meskipun demikian berlainan perumusannya dengan tindak pidana penyalahgunaan fungsi dalam Konvensi Anti-Korupsi PBB. Demikian pula, kedua tindak pidana penyalahgunaan fungsi tersebut sangat berlainan dengan tindak pidana penyalahgunaan wewenang sebagaimana yang diatur dalam Pasal 3 UUPTPK 1999.

### 3.1.1.3. Pengaturan tindak Pidana Korupsi di Beberapa Negara

Ada terdapat 4 (empat) negara yang dipilih di sini, yakni : (a) Inggris, (b) Belanda, (c) Jerman dan (d) Amerika Serikat. Tiga negara yang disebut pertama merupakan negara-negara yang berada di wilayah regional Eropa, sedangkan satu negara yang disebut terakhir adalah negara yang berada dalam wilayah regional Amerika. Meskipun demikian, sistem hukum Belanda dan Jerman menganut *Civil Law System* atau Eropa Kontinental dan dalam sistem hukum Inggris dan Amerika Serikat berlaku *Common Law System* atau Anglo-Saxon.



Pengaturan tindak pidana korupsi di masing-masing negara di atas tentunya memiliki sisi yang sama, dan sekaligus juga mempunyai sisi yang berbeda.

#### a. Inggris

Perundang-undangan yang khusus mengatur tindak pidana korupsi sudah berlaku lama di Inggris, yakni : *Public Bodies Corrupt Practice Act 1889*; dengan perkataan lain, *Public Bodies Corrupt Practice Act 1889* telah ada jauh sebelum *Council of Europe : Criminal Law Convention on Corruption* dan *United Nations Convention against Corruption*. *Public Bodies Corrupt Practice Act 1889* ini disertai dan dilengkapi dengan *Prevention of Corruption Act 1906* sebagaimana telah diubah dan ditambah dengan *Prevention of Corruption Act 1916*. Oleh karena itu, perundang-undangan tindak pidana korupsi di Inggris lebih dikenal dengan sebutan *Prevention of Corruption Act 1889-1916*.

Di samping itu, tindak pidana korupsi juga diatur dalam pelbagai perundang-undangan lainnya. Beberapa perundang-undangan itu adalah, antara lain :

1. the sale of office act 1551;
2. the sale of office act 1809;
3. *the Honours (Prevention of Abuses) Act 1925*;
4. *the Licensing Act 1964*;
5. *the Criminal Law Act 1967*;
6. the Local Government Act 1972;
7. *the Customs and Excise Management Act 1979*;
8. the Representation of the People Act 1983;
9. *the Political Parties, Election and Referendums Act 2000*; and





10. *the Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001.*

Di Inggris, tindak pidana korupsi identik dengan tindak pidana

penyuapan. Hanya saja, tindak pidana penyuapan ini dilakukan oleh anggota

pejabat publik atau badan publik. *Bodies Public Corrupt Practices Act 1889* dalam

*Corruption in office a misdemeanor* menetapkan , antara lain :

(1)*Every person who shall by himself or by or in conjunction with any other person, corruptly solicit or receive, or agree to receive, for himself, or for any other person, any gift, loan, fee, reward, or advantage whatever as an inducement to, or reward for, or otherwise on account of any member, officer, or servant of a public body as in this Act defined, doing or forbearing to do anything in respect of any matter or transaction whatsoever, actual or proposed, in which the said public body is concerned, shall be guilty of a misdemeanour.* (Terjemahan bebas : [1] Setiap orang yang oleh dirinya sendiri atau oleh atau dalam hubungannya dengan orang lain, secara korup meminta atau menerima, atau setuju untuk menerima, untuk dirinya, atau untuk orang lain, suatu pemberian, pinjaman, biaya, hadiah, atau keuntungan apapun sebagai imbalan, atau penghargaan, atau lainnya dikarenakan anggota, pejabat, atau pegawai suatu badan publik sebagaimana didefinisikan dalam undang-undang ini, melakukan atau tidak melakukan segala suatu yag berkaitan dengan suatu masalah atau transaksi apapun, telah nyata atau diusulkan, yang melibatkan badan publik dimaksud, dipersalahkan melakukan pelanggaran.)

(2)*Every person who shall by himself or by or in conjunction with any other person corruptly give, promise, or offer any gift, loan, fee, reward, or advantage whatsoever to any person, whether for the benefit of that person or of another person, as an inducement to or reward for or otherwise on account of any member, officer, or servant of any public body as in this Act defined, doing or forbearing to do anything in respect of any matter or transaction whatsoever, actual or proposed, in which such public body as aforesaid is concerned, shall be guilty of a misdemeanor.* (Terjemahan bebas : [2] Setiap orang yang oleh dirinya sendiri atau oleh atau dalam hubungannya dengan orang lain, secara korup memberikan, menjanjikan, atau menawarkan suatu pemberian, pinjaman, biaya, hadiah, atau keuntungan apapun kepada seseorang, apakah keuntungan untuk orang itu atau untuk orang lain, sebagai imbalan atau penghargaan atau lainnya dikarenakan anggota, pejabat atau pegawai suatu badan publik sebagaimana didefinisikan dalam undang-undang ini, melakukan atau tidak melakukan segala suatu yag berkaitan dengan suatu masalah atau transaksi apapun, telah nyata atau diusulkan, yang melibatkan badan publik dikatakan sebelumnya, dipersalahkan melakukan pelanggaran.)

## b. Belanda

Tindak pidana korupsi diatur dalam WvS (*Wetboek van Strafrecht*) atau Kitab Undang-undang Hukum Pidana yang terakhir diubah dengan Undang-undang tanggal 26 September 1973, Stb. 471. Dalam rangka menyesuaikan dengan *Council of Europe : Criminal Law Convention on Corruption*, Kitab Undang-undang Hukum Pidana tersebut telah mengalami perubahan dan penambahan melalui Undang-undang tanggal 13 Desember 2000, Stb. 616.

Berdasar atas perubahan dan penambahan tersebut, Kitab Undang-undang hukum Pidana memuat beberapa pasal baru, yakni : (1) Pasal 177 Sr., (2) Pasal 177a Sr., (3) Pasal 178a Sr., (4) Pasal 362 Sr., (5) Pasal 363 Sr., (6) Pasal 364a Sr. dan (7) Pasal 328ter Sr. yang ditempatkan dalam Kejahatan Jabatan (*Ambtsmisdrijven*).

Seperti halnya di Inggris, maka di Belanda pun tindak pidana korupsi identik dengan tindak pidana penyuapan. Sedangkan, tindak pidana korupsi yang lainnya, seperti : Memperkaya diri secara melawan hukum dan memperdagangkan pengaruh, tidak diadopsi dalam Kitab Undang-undang Hukum Pidana karena seringkali tidak mudah untuk dibuktikan.<sup>327</sup> Di antara pasal-pasal baru itu, Pasal 362 Sr. dan Pasal 363 Sr. sebagai tindak pidana penerimaan suap (*aanneming van steekpenning*). Pasal 362 WvS Baru menetapkan :

*De ambtenaar die een gift of belofte aanneemt, wetende dat zij hem gedaan wordt ten einde hem te bewegen om, zonder daardoor in strijd met zijn plicht te handelen, in zijn bediening iets te doen of na te laten, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste drie maanden of geldboete van vierde categorie.* (Terjemahan bebas : Penyelenggara negara serta pegawai negeri yang menerima hadiah atau janji, mengetahui bahwa hadiah dan janji yang diterimanya bertujuan menggerakkannya untuk berbuat atau mengabaikan sesuatu dalam pelayanannya tanpa karena itu melakukan yang bertentangan dengan

<sup>327</sup>J.F.L. Roording, *Op.Cit.*, hal. 152



kewajibannya, dipidana penjara selama-lamanya tiga bulan atau denda kategori keempat)

Selanjutnya Pasal 363 WvS Baru menentukan :

*Met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vijfde categorie wordt gestraft de ambtenaar* (Terjemahan bebas : Dipidana penjara selama-lamanya empat tahun atau denda kategori kelima, penyelenggara negara serta pegawai negeri) :

1° *die een gift of belofte aanneemt, wetende dat zij hem gedaan wordt ten einde hem te bewegen om, in strijd met zijn plicht, in zijn bediening iets te doen of na te laten;* (Terjemahan bebas : 1°. yang menerima hadiah atau janji, mengetahui bahwa hadiah atau janji yang diterimanya bertujuan menggerakkannya untuk berbuat atau mengabaikan sesuatu dalam pelayanannya yang bertentangan dengan kewajibannya;)

2° *die een gift of belofte aanneemt, wetende dat zij hem gedaan wordt ten gevolge of naar aanleiding van hetgeen door hem, in strijd met zijn plicht, in zijn bediening is gedaan of nagelaten.* (Terjemahan bebas : 2°. yang menerima hadiah atau janji, mengetahui bahwa hadiah atau janji yang diterimanya dikarenakan atau disebabkan sesuatu yang dilakukan dan diabaikan dalam pelayanannya yang bertentangan dengan kewajibannya)

### c. Jerman

Sama halnya dengan di Belanda, perubahan yang serupa terjadi pula di Jerman. Kitab Undang-undang Hukum Pidana (*Strafgesetzbuch* / StGB)

mengalami perubahan berupa penyisipan dan penambahan pasal-pasal tertentu mengenai tindak pidana penyuapan (*bestechung*) sesuai dengan Konvensi Pidana

Korupsi CE. Sebagian besar tindak pidana penyuapan yang disisipkan dan ditambahkan dalam *Strafgesetzbuch* tersebut merupakan tindak pidana dalam

jabatan (*straftaten im amt*). Perubahan tersebut dilakukan melalui (1)

*Umsetzung durch UE-Bestechungsgesetz* tanggal 10 September 1998 (BGBl.

1998 II S. 2340) dan (2) *Das Gesetz zur Bekämpfung internationaler Bestechung*

tanggal 10 September 1998 (BGBl. 1998 II S. 2327).

Di Jerman, tindak pidana korupsi diidentikan dengan tindak pidana penyuapan. perumusan tindak pidana penyuapannya (*bestechlichkeit*) sangat



berlainan dengan di Belanda, Amerika Serikat dan Inggris. Kata-kata seperti "in strijd met zijn plicht te handelen", "in zijn bediening iets te doen of na te later", "such foreign official to do or omit to do any act in violation of the lawful duty of such official", "doing or forbearing to do anything in respect of any matter or transaction whatsoever" tidak terdapat dalam perumusannya. Namun demikian, kata-kata lainnya yang bermakna sama terdapat dalam perumusan penyuaipan. Kata-kata tersebut ialah "daß er eine Diensthandlung vorgenommen hat oder künftig vornehme und dadurch siene Dienstpflichten verletzt hat oder verletzen würde,...." (Terjemahan bebas : bahwa ia telah bermaksud atau bermaksud kemudian melakukan suatu pelayanan dan karena itu telah melanggar kewajiban pelayanannya atau kewajiban pelayanannya telah dilanggar,....). Pasal 332 ayat (1) *Strafgesetzbuch* (StGB) mengenai *Bestechlichkeit* (penyuapan) menetapkan lengkapnya, sebagai berikut :

*Ein Amtsträger oder ein für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter, der einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen läßt oder annimmt, daß er eine Diensthandlung vorgenommen hat oder künftig vornehme und dadurch siene Dienstpflichten verletzt hat oder verletzen würde, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren bestraft. In minder schweren Fällen ist Die Strafe Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe. Der Versuch ist strafbar.* (Terjemahan bebas : Pegawai negeri atau pegawai yang berkewajiban secara khusus untuk pelayanan umum yang meminta, menjanjikan atau menerima keuntungan untuk dirinya atau pihak ketiga sebagai imbalan untuk itu, bahwa ia telah bermaksud atau bermaksud kemudian melakukan suatu pelayanan dan karena itu telah melanggar kewajiban pelayanannya atau kewajiban pelayanannya telah dilanggar, dipidana dengan penjara dari enam bulan sampai dengan lima tahun. Dalam hal-hal yang meringankan pidana adalah penjara sampai dengan tiga tahun atau denda. Percobaan dapat dipidana.)

#### d. Amerika Serikat

Di Amerika Serikat, perundang-undangan pidana korupsi yang telah berlaku sebelum *United Nations Convention against Corruption* dan *Inter-American*

*Convention against Corruption* adalah *the Securities & Exchange Act of 1934* dan *the Foreign Corrupt Practices Act 1977* yang dirubah terakhir dengan *the Foreign Corrupt Practices Act 1998* (current through Pub. L. 105-336, tanggal 10 November 1998).<sup>328</sup> *the Securities & Exchange Act of 1934* dan *The foreign Corrupt Practices Act 1998* termasuk ke dalam tindak pidana *Fraud* (perbuatan curang) yang disisipkan dan ditambahkan pada perundang-undangan, seperti, *Title 15 United States Code concern Commerce and Trade, Chapter 2B about Securities Exchanges*. Di dalam *The foreign Corrupt Practices Act 1998* terdapat pengaturan mengenai penyuapan (*Antibribery Provisions*) yang terjadi di dalam maupun di luar wilayah Amerika Serikat.

Di Amerika Serikat, tindak pidana korupsi pun diidentikan dengan tindak pidana penyuapan. Tindak pidana korupsi tersebut dapat ditemukan dalam § 78dd-1 [*Section 30A of the Securities & Exchange Act of 1934*] mengenai *Prohibited foreign trade practices by issuers*. Selengkapny § 78dd-1 [*Section 30A of the Securities & Exchange Act of 1934*] menentukan, antara lain :

*It shall be unlawful for any issuer which has a class of securities registered pursuant to section 78I of this title or which is required to file reports under section 78o(d) of this title, or for any officer, director, employee, or agent of such issuer or any stockholder thereof acting on behalf of such issuer, to make use of the mails or any means or instrumentality of interstate commerce corruptly in furtherance of an offer, payment, promise to pay, or authorization of the payment of any money, or offer, gift, promise to give, or authorization of the giving of anything of value to ...* (Terjemahan bebas : Bersifat melawan hukum bagi seorang penerbit yang telah mendaftarkan kelas jaminannya sesuai dengan bagian 78I bab ini atau yang telah menyerahkan laporan menurut bagian 78o (d) bab ini, atau bagi pejabat, direktur, karyawan, atau agen dari penerbit tersebut, atau pemegang saham yang bertindak untuk atas nama penerbit tersebut, menggunakan surat-surat atau sarana atau perangkat perdagangan antar negara secara korup dilanjutkan dengan suatu penawaran, pembayaran, janji untuk membayar, atau wewenang untuk membayar uang, atau tawaran,

<sup>328</sup>Bahan hukum sekunder diperoleh dari *United States Department of Justice* (Departemen Kehakiman Amerika Serikat) melalui e-mail, <http://www.usdoj.gov/criminal/fraud/fcpa>, Rabu, 7 April 2010, jam 06.00 BBWT



hadiah, janji untuk memberi, atau wewenang memberi sesuatu yang bernilai kepada...)

1) *any foreign official for purposes of*—(Terjemahan bebas : [1] Pejabat asing dengan tujuan..)

(A) (i) *influencing any act or decision of such foreign official in his official capacity*, (ii) *inducing such foreign official to do or omit to do any act in violation of the lawful duty of such official*, or (iii) *securing any improper advantage*; or (Terjemahan bebas : [A] [i] mempengaruhi suatu perbuatan atau keputusan pejabat asing tersebut dalam kedudukan jabatannya, [ii] menggerakkan pejabat asing tersebut untuk melakukan atau tidak melakukan suatu perbuatan yang melanggar kewajiban yang sah dari jabatan itu, atau [iii] mengaman suatu keuntungan yang tidak layak; atau)

(B) *inducing such foreign official to use his influence with a foreign government or instrumentality thereof to affect or influence any act or decision of such government or instrumentality*, (Terjemahan bebas : [B] menggerakkan pejabat asing tersebut untuk menggunakan pengaruhnya terhadap pemerintah asing atau perangkat pemerintah asing untuk mempengaruhi suatu perbuatan atau keputusan dari pemerintah atau perangkat tersebut,)

Memperhatikan pengaturan tindak pidana korupsi di Inggris, Belanda,

Jerman dan Amerika Serikat, ada terdapat persamaan. Persamaan yang penting adalah tindak pidana korupsi identik dengan tindak pidana penyuapan yang dilakukan oleh pejabat publik. Hal ini selaras dengan perkembangan dalam

Konvensi Anti-Korupsi PBB, Konvensi Hukum Pidana Korupsi CE, Konvensi Anti-Korupsi OAS dan Konvensi Korupsi AU.

#### **3.1.1.4. Peraturan perundang-undangan Tindak Pidana Korupsi di Indonesia**

Dalam konteks hukum nasional, pengaturan pemberantasan tindak pidana korupsi yang berkaitan dengan penyalahgunaan wewenang dapat dipisahkan dalam 2 (dua) kelompok. Pertama, kelompok peraturan perundang-undangan yang dibentuk sebelum reformasi atau pra-reformasi. Kedua, kelompok peraturan perundang-undang-undangan yang dibentuk setelah reformasi atau pasca-reformasi. Di sini, reformasi yang terjadi 21 Mei 1998



merupakan tonggak awal untuk memberantas korupsi, kolusi dan nepotisme secara tuntas yang telah tidak terkendali selama era orde baru.

Ada terdapat sekurang-kurangnya 11 (sebelas) peraturan perundang-undangan yang mengatur pemberantasan tindak pidana korupsi sebelum reformasi atau pra-reformasi. Selengkapnya peraturan perundang-undangan tindak pidana korupsi sebelum reformasi atau pra-reformasi tersebut tertuang dalam Tabel 8 di bawah berikut.

**Tabel 8 : Peraturan Perundang-undangan Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi Pra-Reformasi**

Era/Masa	Peraturan Perundang-undangan	Keterangan
Kolonial	Wetboek van Strafrecht (WvS)	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Pasal 209, Pasal 210, Pasal 387, Pasal 388, Pasal 415, Pasal 416, Pasal 417, Pasal 418, Pasal 419, Pasal 420, Pasal 423, Pasal 425 dan Pasal 435.</li> <li>2. Pasal-pasal ini dicabut dan dinyatakan tidak berlaku oleh Pasal 43B UUPTPK 1999 jo. Pasal I angka 8 UUPPTK 2001</li> </ol>
Orde Lama	Peraturan Penguasa Militer No. Prt/PM/06/1957 tertanggal 9 April 1957, No. Prt/PM/03/1957 tertanggal 27 Mei 1957, dan No. Prt/PM/011/1957 tertanggal 1 Juli 1957.	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Mengambilalih Pasal 209, Pasal 210, Pasal 387, Pasal 388, Pasal 415, Pasal 416, Pasal 417, Pasal 418, Pasal 419, Pasal 420, Pasal 423, Pasal 425 dan Pasal 435 KUHP</li> <li>2. Diganti Oleh Peraturan Penguasa Perang Pusat karena diberlakukannya Pasal 60 UU No. 74 Tahun 1957 tentang Keadaan Bahaya.</li> </ol>
	Peraturan Penguasa Perang Pusat Kepala Staf Angkatan Darat No. Prt/Peperpu/013/1958 tanggal 16 April 1958 beserta peraturan-peraturan pelaksanaannya dan Peraturan Penguasa Perang Pusat Kepala Staf Angkatan Laut No. Prt/ZI/1/7 tanggal 17 April 1958	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Mengambilalih ketentuan Peraturan Penguasa Militer</li> <li>2. Peraturan Penguasa Perang Pusat berlaku bersifat sementara</li> <li>3. Diganti dengan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang (Perpu) No. 24 Tahun 1960</li> </ol>
	Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang (Perpu) No.24 Tahun 1960 tentang Pengusutan, Penuntutan dan Pemeriksaan Tindak Pidana Korupsi	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Mengambilalih ketentuan Peraturan Penguasa Perang Pusat</li> <li>2. Diganti dengan UU No. 24 Tahun 1960 karena diberlakukannya UU No. 1 Tahun 1960 tentang Penetapan Semua UU Darurat dan Semua Perpu yang Sudah Ada Sebelum Tgl. 1 Januari 1960 menjadi UU</li> </ol>
	Undang-undang (Prp) No. 24 Tahun 1960 tentang Pengusutan, Penuntutan dan Pemeriksaan Tindak Pidana Korupsi	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Mengambilalih ketentuan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang (Perpu)</li> <li>2. Dicabut dengan Pasal 36 UU No. 3 Tahun 1971</li> </ol>
Orde Baru	Undang-undang No. 3 Tahun 1971 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi	Dicabut dengan Pasal 44 UU No. 31 Tahun 1999

Sumber : Bahan Hukum Primer diolah



Pengaturan tindak pidana korupsi sebelum reformasi atau pra-reformasi dimaksud beranjak dari Kitab Undang-undang Hukum Pidana (selanjutnya disebut : KUHP). KUHP itu sendiri berasal dari *Wetboek van Strafrecht* (disingkat : WvS). Asal-usul ini tercantum dalam Undang-undang No.1 Tahun 1946. Pasal VI Undang-undang tersebut menyatakan :

- (1) Nama Oendang-oendang hukum pidana "Wetboek van Strafrecht voor Nederlandsch-Indië" dirobah menjadi "Wetboek van Strafrecht".
- (2) Oendang-oendang tersebut dapat disebut : "Kitab Oendang-oendang Hukum Pidana".

Oleh karena yang berubah itu hanya penyebutan WvS menjadi KUHP, maka sudah pasti konsideran maupun batang tubuh KUHP masih tetap berbahasa Belanda. Kecuali, berkaitan dengan beberapa hal yang menyesuaikan dengan keadaan Indonesia yang telah merdeka sebagaimana yang tercantum dalam Lampiran Undang-undang No. 1 Tahun 1946 tersebut.

Di dalam KUHP, beberapa pasal mengatur mengenai tindak pidana korupsi, seperti, Pasal 209, Pasal 210, Pasal 387, Pasal 388, Pasal 415, Pasal 416, Pasal 417, Pasal 418, Pasal 419, Pasal 420, Pasal 423, Pasal 425 dan Pasal 435.<sup>329</sup> Masing-masing pasal tersebut bernaung di bawah bab-bab yang mengatur pokok bahasan yang berlainan. Pasal 209 dan Pasal 210 berada di Bab VIII mengenai *Misdrijven tegen het openbaar gezag* (Kejahatan terhadap Penguasa Umum). Pasal 387 dan Pasal 388 terdapat pada Bab XXV tentang *Bedrog* (Perbuatan Curang), Pasal 415, Pasal 415, Pasal 416, Pasal 417, Pasal 418, Pasal 419, Pasal 420, Pasal 423, Pasal 425 dan Pasal 435 tercantum dalam Bab XXVIII mengenai *Ambtismisdrijven* (Kejahatan Jabatan). Selengkapnya

<sup>329</sup>Lihat Pasal 1 ayat (1) huruf c Undang-undang No. 3 Tahun 1971 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi dalam M.Sudradjat Bassar, *Hukum Pidana (Pelengkap KUHP)*, Bandung : Armico, 1983, hal. 183; lihat juga, K Wantjik Saleh, *Tindak Pidana Korupsi dan Suap*, Jakarta : Ghalia Indonesia, 1983, hal. 46.



rumusan tindak pidana korupsi yang terdapat dalam Pasal-pasal KUHP<sup>330</sup> tadi, sebagai berikut :

**Art. 209.**

(1) *Met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren en acht maanden of geldboete van ten hoogste drie honderd gulden wordt gestraft* ([1] Diancam dengan pidana penjara paling lama dua tahun delapan bulan atau pidana denda paling banyak empat ribu lima ratus rupiah<sup>331</sup>) :

1<sup>o</sup>. *hij die een ambtenaar eene gift of belofte doet met het oogmerk om hem te bewegen in zijn bediening, in strijd met zijn plicht, iets te doen of na te laten;* (1. barang siapa memberi atau menjanjikan sesuatu kepada seorang pejabat dengan maksud menggerakkannya untuk berbuat atau tidak berbuat sesuatu dalam jabatannya yang bertentangan dengan kewajibannya;)

2<sup>o</sup>. *hij die een ambtenaar eene gift doet ten gevolge of naar aanleiding van hetgeen door in zijne bediening, in strijd met zijn plicht, is gedaan of nagelaten.* (2. barang siapa memberikan sesuatu kepada seorang pejabat karena atau berhubung dengan sesuatu yang bertentangan dengan kewajibannya, dilakukan atau tidak dilakukan dalam jabatannya.)

(2) *Ontzetting van de in art. 35 no. 1-4 vermelde rechten kan wordt uitgesproken* (Sw.92,149, 210, 418v. ; CP. 179v., 242.) ([2] Pencabutan hak tersebut dalam pasal 35 No. 1 – 4 dapat dijatuhkan.)

**Art. 210.**

(1) *Met gevangenisstraf van ten hoogste zeven jaren wordt gestraft* ([1] Diancam dengan pidana penjara paling lama tujuh tahun) :

1<sup>o</sup>. *hij die een rechter eene gift of belofte doet met het oogmerk om invloed te oefenen op de beslissing van eene aan diens oordeel onderworpen zaak;* (1. barang siapa memberi atau menjanjikan sesuatu kepada seorang hakim dengan maksud untuk mempengaruhi putusan tentang perkara yang diserahkan kepadanya untuk diadili;)

2<sup>o</sup>. *hij die aan een person, ingevolge wettelijk voorschrijft als raadman of als adviseur aangewezen om de terechtzitting van eene rechtbank of van een gerecht bij te wonen, dan wel aan een hoofddjaksa of djaksa eene gift of belofte doet met het oogmerk om invloed te oefenen op diens uit te brengen advies of gevoelens betreffende eene aan het oordeel van de rechtbank of van het gerecht onderworpen zaak.* (2. barang siapa memberi atau menjanjikan sesuatu kepada seseorang yang menurut

<sup>330</sup>Engelbrecht, *De Wetboeken, Wetten en Verordeningen benevens De Grondwet van De Republiek Indonesië*, Jakarta : P.T. Ichtiar Baru – Van Hoeve, 1989, hal. 1257, hal. 1282-1283, dan hal.1287 s.d. hal. 1289

<sup>331</sup>Tim Penerjemah Badan Pembinaan Hukum Nasional Departemen Kehakiman, *KUHP : Kitab Undang-undang Hukum Pidana*, Jakarta : Pustaka Sinar Harapan, 1988, hal. 91, hal. 153, hal. 163 s.d. hal.165, hal. 166 dan hal. 170.

ketentuan undang-undang ditentukan menjadi penasihat atau *adviseur* untuk menghadiri sidang atau pengadilan (*sic.*, termasuk kepada seorang kepala kejaksaan atau jaksa, pen.), dengan maksud untuk mempengaruhi nasihat atau pendapat yang akan diberikan berhubung dengan perkara yang diserahkan kepada pengadilan untuk diadili.)

(2) *Indien die gift of belofte gedaen wordt met het oogmerk om eene veroordeeling in eene strafzaak te verkrijgen, wordt de schuldige gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste negen jaren.* ([2] Jika pemberian atau janji dilakukan dengan maksud supaya dalam perkara pidana dijatuhkan pemidanaan, maka yang bersalah diancam dengan pidana penjara paling lama sembilan bulan.)

(3) *Ontzetting van de in art. 35 no. 1-4 vermelde rechten kan wordt uitgesproken* (RO. 13; Sw. 92, 149, 209, 418v. ; CP. 172-182.) ([3] Pencabutan hak berdasarkan pasal 35 No. 1 – 4 dapat dijatuhkan.)

#### **Art. 387.**

(1) *Met gevangenisstraf van ten hoogste zeven jaren wordt gestraft de aannemer of de bouwmeester van eenig werk of de verkoper van bouwmaterialen, die bij uitvoering van het werk of de levering der materialen eenige bedriegelijke handeling pleegt, ten gevolge waarvan de veiligheid van personen of goederen, of de veiligheid van de staat in tijd van oorlog kan worden in gevaar gebracht.* ([1] Diancam dengan pidana penjara paling lama tujuh tahun seorang pemborong atau ahli bangunan atau menjual bahan-bahan bangunan, yang pada waktu membuat bangunan atau pada waktu menyerahkan bahan-bahan bangunan, melakukan perbuatan curang yang dapat membahayakan keamanan orang atau barang, atau keselamatan negara dalam keadaan perang.)

(2) *Met dezelfde straf wordt gestraft hij die, met het opzicht over het werk of over de levering der materialen belast, opzettelijke de bedriegelijke handeling toelaat.* (Sw. 35, 43, 193, 200v., 383, 394v., 486) ([2] Diancam dengan pidana yang sama, barang siapa bertugas mengawasi pembangunan atau penyerahan barang-barang itu, sengaja membiarkan perbuatan yang curang itu.)

#### **Art. 388.**

(1) *Hij die, bij levering van benodigdheden ten dienste van de vloot of het leger, eenige bedriegelijke handeling pleegt, ten gevolge waarvan de veiligheid van den staat in tijd van oorlog kan worden in gevaar gebracht, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zeven jaren;* ([1] Barang siapa pada waktu menyerahkan barang keperluan Angkatan Laut atau Angkatan Darat melakukan perbuatan curang yang dapat membahayakan kesempatan (*sic.*, keselamatan, pen.) negara dalam keadaan perang diancam dengan pidana penjara paling lama tujuh tahun.)

(2) *Met dezelfde straf wordt gestraft hij die, met het opzicht over de levering der goederen belast, opzettelijke de bedriegelijke handeling toelaat* (Sw. 35, 43, 52, 127, 383, 394v., 486; CP. 430v.) ([2] Diancam dengan pidana yang sama, barang siapa yang bertugas mengawasi penyerahan barang-barang itu, dengan sengaja membiarkan perbuatan yang curang itu.)



**Art. 415.**

*De ambtenaar of een ander met eenigen openbaren dienst voortdurend of tijdelijk belast persoon die opzettelijk geld of geldwaardige papier, dat hij in zijne bediening onder zich heeft, verduistert of toelaat dat het door een ander weggenomen of verduisterd wordt, of dien ander daarbij als medeplichtige ter zijde staat, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zeven jaren (Sw. 35v., 92, 372v., 375, 437, 486; CP. 169v.) (Seorang pejabat atau orang lain yang ditugaskan menjalankan suatu jabatan umum terus-menerus atau untuk sementara waktu, yang dengan sengaja menggelapkan uang atau surat berharga yang disimpan karena jabatannya, atau membiarkan uang atau surat berharga itu diambil atau digelapkan oleh orang lain, atau menolong sebagai pembantu dalam melakukan perbuatan tersebut, diancam dengan pidana penjara paling lama tujuh tahun.)*

**Art. 416.**

*De ambtenaar of een ander met eenigen openbaren dienst voortdurend of tijdelijk belast persoon die opzettelijk boeken of registers, uitsluitend bestemd tot controle van administratie, valscheijk opmaakt of vervalscht, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren (Sw. 35v., 92, 264, 266; CP. 145.) (Seorang pejabat atau orang lain yang diberi tugas menjalankan suatu jabatan umum terus-menerus atau untuk sementara waktu, yang sengaja membuat secara palsu atau memalsukan buku-buku atau daftar-daftar yang khusus untuk pemeriksaan administrasi, diancam dengan pidana penjara paling lama empat tahun.)*

**Art. 417.**

*De ambtenaar of een ander met eenigen openbaren dienst voortdurend of tijdelijk belast persoon die opzettelijk zaken bestemd om voor de bevoegde macht tot overtuiging of bewijs te dienen, akten, bescheiden of registers, welke hij in zijne bediening onder zich heeft, verduistert, vernielt, beschadigt of onbruikbaar maakt, of toelaat dat zij door een ander worden weggemaakt, vernielt, beschadigt of onbruikbaar gemaakt, of dien ander daarbij als medeplichtige ter zijde staat, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vijf jaren en zes maanden (Sw. 35v., 92, 233, 486; CP. 169v., 255) (Seorang pejabat atau orang lain yang diberi tugas menjalankan suatu jabatan umum terus-menerus atau untuk sementara waktu, yang sengaja menggelapkan, menghancurkan, merusakkan atau membikin (*sic.*, membuat, pen.) tak dapat dipakai yang diperuntukkan guna meyakinkan atau membuktikan di muka penguasa yang berwenang, akta-akta, surat-surat atau daftar-daftar yang dikuasainya karena jabatannya, atau membiarkan orang lain menghilangkan, menghancurkan, merusakkan atau membikin (*sic.*, membuat, pen.) tak dapat dipakai barang-barang itu, atau menolong sebagai pembantu dalam melakukan perbuatan itu, diancam dengan pidana penjara paling lama lima tahun enam bulan.)*

**Art. 418.**

*De ambtenaar die eene gift of belofte aanneemt, weten of redelijkerwijs moettende vermoeden, dat zij hem zijn ambt is verbonden, of welke daaraan naar de meening van dengene, die de gift of belofte doet, is verbonden, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste*



*drie jaren of geldboete van ten hoogste driehonderd gulden (Sw. 35v., 92, 209, 419; CP. 177v.)* (Seorang pejabat yang menerima hadiah atau janji padahal diketahui atau sepatutnya harus diduganya, bahwa hadiah atau janji itu diberikan karena kekuasaan atau kewenangan yang berhubungan dengan jabatannya, atau yang menurut pikiran orang yang memberi hadiah atau janji itu ada hubungan dengan jabatannya diancam dengan pidana penjara paling lama enam bulan atau pidana denda paling banyak empat ribu lima ratus rupiah.)

**Art. 419.**

*Met gevangenisstraf van ten hoogste vijf jaren wordt gestraft de ambtenaar* (Diancam dengan pidana penjara paling lama lima tahun, seorang pejabat) :

- 1°. *die eene gift of belofte aanneemt, wetende dat zij hem gedaan wordt ten einde hem te bewegen om, in strijd met zijn plicht, in zijne bediening iets te doen of n ate laten;* (1. yang menerima hadiah atau janji, padahal diketahuinya bahwa hadiah atau janji itu diberikan untuk menggerakkannya supaya melakukan atau tidak melakukan sesuatu dalam jabatannya, yang bertentangan dengan kewajibannya;)
- 2°. *die eene gift aanneemt, wetende dat zij hem gedaan wordt ten gevolge of naar aanleiding van hetgeen door hem, in strijd met zijn plicht, in zijne bediening is gedaan of nagelaten.* (Sw. 35v., 92, 209, 418, 420, 437; Uitlev. 2-15°; CP. 177v.) (2. yang menerima hadiah mengetahui bahwa hadiah itu diberikan sebagai akibat atau oleh karena si penerima telah melakukan atau tidak melakukan sesuatu dalam jabatannya yang bertentangan dengan kewajibannya.)

**Art. 420.**

(1) *Met gevangenisstraf van ten hoogste negen jaren wordt gestraft* ([1] Diancam dengan pidana penjara paling lama sembilan tahun) :

- 1°. *de rechter die eene gift of belofte aanneemt, wetende dat zij hem gedaan wordt ten einde invloed te oefenen op de beslissing van eene aan zijn oordeel onderworpen zaak;* (1. seorang hakim yang menerima hadiah atau janji, padahal diketahui bahwa hadiah atau janji itu diberikan untuk mempengaruhi putusan perkara yang menjadi tugasnya;)
- 2°. *hij die, ingevolge wettelijk voorschrijft als raadsman of als adviseur is aangewezen om terechtzitting van eene rechtbank of van een gerecht bij te wonen, dan wel hoofdjaksa of djaksa die eene gift of belofte aanneemt, wetende dat zij hem gedaan wordt ten einde invloed te oefenen op het door hem uit te brengen advies of gevoelen betreffende eene aan het oordeel van het rechtbank of van het gerecht onderworpen zaak.* (2. barang siapa menurut ketentuan undang-undang ditunjuk menjadi penasihat untuk menghadiri sidang pengadilan, (sic., termasuk seorang kepala kejaksaan atau jaksa, pen.), menerima hadiah atau janji, padahal diketahui bahwa hadiah atau janji itu diberikan untuk mempengaruhi nasihat tentang perkara yang harus diputus oleh pengadilan itu.)



(2) *Indien die gift of belofte wordt aangenomen met het bewustzijn dat zij gedaan wordt om eene veroordeeling in eene strafzaak te verkrijgen, wordt de schuldig gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twaalf jaren.* (Sw. 35., 92., 210, 418v., 437; Rv. 35; Sv. 268-5°; Uitlev. 2-15°; CP. 177v., 181v.) ([2] Jika hadiah dan janji itu diterima dengan sadar bahwa hadiah atau janji itu diberikan supaya dipidana dalam suatu perkara pidana, maka yang bersalah diancam dengan pidana penjara paling lama dua belas tahun.)

**Art. 423.**

*De ambtenaar die met het oogmerk om zich of een ander wederrechtelijk te bovoordeelen, door misbruik van gezag iemand dwingt iets af te geven, eene betaling te doen, met eene terughouding bij eene uitbetaling genoeg te nemen, of een persoonlijken dienst te verrichten, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren.* (Sw. 36, 92, 335, 421v., 424v., 437.) (Seorang pejabat dengan maksud menguntungkan diri sendiri atau orang lain secara melawan hukum, dengan menyalahgunakan kekuasaannya memaksa seseorang untuk memberikan sesuatu, untuk membayar atau menerima pembayaran dengan potongan, atau untuk mengerjakan sesuatu bagi dirinya sendiri, diancam dengan pidana penjara paling lama enam tahun.)

**Art. 425.**

*Als schuldig aan knevelarij wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zeven jaren* (Diancam karena melakukan pemerasan dengan pidana penjara paling lama tujuh tahun) :

1° *de ambtenaar die in de uitoefening zijner bediening, als verschuldigd aan hem zelve, aan een ander ambtenaar of aan eenige openbare kas, vorderd of ontvangt of bij eene uitbetaling terughoudt hetgeen hij weet dat niet verschuldigd zijn;* (1. seorang pejabat yang pada waktu menjalankan tugas, meminta atau menerima, atau memotong pembayaran, seolah-olah berhutang kepadanya, kepada pejabat lainnya atau kepada kas umum, padahal diketahui bahwa tidak demikian adanya;)

2° *de ambtenaar die in de uitoefening zijner bediening, als verschuldigd persoonelijke diensten of leveringen, vorderd of aanneemt, wetende dat zij niet verschuldigd zijn;* (2. seorang pejabat yang pada waktu menjalankan tugas, meminta atau menerima pekerjaan orang atau menyerahkan barang, seolah-olah merupakan hutang kepada dirinya, padahal diketahuinya bahwa tidak demikian halnya;)

3° *de ambtenaar die in de uitoefening zijner bediening, als overeenkomstig de betreffende voorschriften over tot het landsdomein behoorende gronden, waarop Indonesische gebruiksrechten worden uitgeoefend, ten nadeele van den rechthebbende beschikt, wetende dat hij daardoor in strijd met genoemde voorschriften handelt.* (Sw. 35v., 92, 335, 421v., 437, 486; CP. 174.) (3. seorang pejabat yang pada waktu menjalankan tugas, seolah-olah sesuai dengan aturan-aturan yang bersangkutan telah menggunakan tanah negara yang di atasnya ada hak-hak pakai



Indonesia dengan merugikan yang berhak padahal diketahuinya bahwa itu bertentangan dengan peraturan tersebut.)

**Art. 435.**

*De ambtenaar die opzettelijk deelneemt, middellijk of onmiddellijk, aan aanneming, leverantiën of verpachtingen waarover hem op het tijdstip der handeling geheel of ten deele het bestuur of toezicht is opgedragen, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste negen maanden of geldboete van ten hoogste twaalf honderd gulden.* (Sw. 36, 92; CP. 175.) (Seorang pejabat yang dengan langsung maupun tidak langsung sengaja turut serta dalam pemborongan, penyerahan atau persewaan yang pada saat melakukan perbuatan, untuk seluruh atau sebagian, dia ditugaskan mengurus atau mengawasi, diancam dengan pidana penjara paling lama sembilan bulan atau pidana denda paling banyak delapan belas ribu rupiah.)

Selain pasal-pasal KUHP yang disebutkan di muka, ada terdapat 2 (dua) pasal KUHP lain juga yang termasuk kejahatan jabatan dan seyogyanya

merupakan tindak pidana korupsi, yakni : Pasal 421 dan Pasal 424 KUHP. Namun demikian, hanya Pasal 421 KUHP saja yang menjadi bagian dari tindak pidana

korupsi sebagaimana diatur Bab V tentang Ketentuan-ketentuan Pidana, Pasal 32, Undang-undang No. 3 Tahun 1971 tentang Pemberantasan Tindak Pidana

Korupsi atau Bab III tentang Tindak Pidana Lain yang Berkaitan dengan Tindak Pidana Korupsi, Pasal 23, Undang-undang No. 31 Tahun 1999 tentang

Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi. Pasal 421 KUHP berbunyi : "*De ambtenaar die door misbruik van gezag iemand dwingt iets te doen, niet te doen*

*of te dulden, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren en acht maanden* (Sw. 35v., 51v., 55-1 sub 2°, 92, 335, 422v.; CP.

186.).<sup>332</sup> ("Seorang pejabat yang menyalahgunakan kekuasaan memaksa seseorang untuk melakukan, tidak melakukan atau membiarkan sesuatu, diancam

dengan pidana penjara paling lama dua tahun delapan bulan.")<sup>333</sup>

<sup>332</sup>Englebrecht, *Loc.Cit.*

<sup>333</sup>Tim Penerjemah Badan Pembinaan Hukum Nasional Departemen Kehakiman, *Loc.Cit.*



Saat ini pasal-pasal KUHP yang telah disebut dimuka telah tidak berlaku lagi berdasarkan Pasal I angka 8 UUPPTK 2001 jo. Pasal 43B UUPTK 1999.

Selengkapnya Pasal I angka 8 UUPPTK 2001 jo. Pasal 43B UUPTK 1999 menetapkan sebagai berikut :

Pada saat berlakunya undang-undang ini, Pasal 209, Pasal 210, Pasal 387, Pasal 388, Pasal 415, Pasal 416, Pasal 417, Pasal 418, Pasal 419, Pasal 420, Pasal 423, Pasal 425 dan Pasal 435 Kitab Undang-undang Hukum Pidana jis. Undang-undang Nomor 1 Tahun 1946 tentang Peraturan Hukum Pidana (Berita Republik Indonesia II/69), Undang-undang Nomor 73 Tahun 1958 tentang Menyatakan berlakunya Undang-undang Nomor 1 Tahun 1946 tentang Peraturan Hukum Pidana untuk Seluruh Wilayah Republik Indonesia dan Mengubah Kitab Undang-undang Hukum Pidana (Lembaran Negara Tahun 1958 Nomor 127, Tambahan Lembaran Negara Nomor 1660) sebagaimana telah beberap kali diubah terakhir dengan Undang-undang Nomor 27 Tahun 1999 tentang Perubahan Kitab Undang-undang Hukum Pidana yang berkaitan dengan Kejahatan terhadap Keamanan Negara, dinyatakan tidak berlaku.

Setelah Indonesia merdeka, perundang-undangan tindak pidana korupsi diawali dengan dibentuknya Peraturan Penguasa Militer No. Prt/PM/06/1957 tertanggal 9 April 1957, No. Prt/PM/03/1957 tertanggal 27 Mei 1957, dan No. Prt/PM/011/1957 tertanggal 1 Juli 1957. Namun berhubung dengan diberlakukannya Pasal 60 Undang-undang No. 74 Tahun 1957 tentang Keadaan Bahaya, maka ketiga peraturan di atas diganti dengan Peraturan Penguasa Perang Pusat Kepala Staf Angkatan Darat No. Prt/Peperpu/013/1958 tanggal 16 April 1958 beserta peraturan-peraturan pelaksanaannya dan Peraturan Penguasa Perang Pusat Kepala Staf Angkatan Laut No. Prt/ZI/1/7 tanggal 17 April 1958. Maksud dibentuknya Peperpu tersebut dikarenakan sangat merajalelanya korupsi, sehingga seakan-akan wibawa pemerintah dipandang





merosot. Di samping itu, Peperpu tersebut memang diberlakukan untuk sementara waktu saja.<sup>334</sup>

Menurut Pasal 1 Peperpu tersebut, tindak pidana korupsi dibagi dalam (1) Perbuatan korupsi pidana dan (2) Perbuatan korupsi lainnya; namun demikian, yang dibahas di sini hanya perbuatan korupsi pidana agar pembahasan lebih terfokus. Menurut Pasal 2 peraturan yang sama, perbuatan korupsi pidana diuraikan, sebagai berikut :

- a. perbuatan seseorang yang dengan atau karena melakukan suatu kejahatan atau pelanggaran memperkaya diri sendiri atau orang lain atau suatu badan yang secara langsung atau tidak langsung merugikan keuangan dan perekonomian Negara atau Daerah atau merugikan suatu badan yang menerima bantuan dari keuangan negara atau badan hukum lain yang mempergunakan modal dan kelonggaran-kelonggaran masyarakat;
- b. perbuatan seseorang yang dengan atau karena melakukan suatu kejahatan atau pelanggaran memperkaya diri sendiri atau suatu badan yang dilakukan dengan menyalahgunakan jabatan atau kedudukan;
- c. kejahatan-kejahatan tercantum dalam pasal 41 sampai 50 Peraturan Penguasa Perang ini dan dalam pasal 209, 210, 418, 419, dan 420 KUHP.

Perumusan tindak pidana korupsi di atas diambil-alih secara utuh oleh Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang (Perpu) No.24 Tahun 1960 tentang Pengusutan, Penuntutan dan Pemeriksaan Tindak Pidana Korupsi dengan sedikit perbaikan redaksi dan penambahan pasal-pasal KUHP yang dimasukkan dalam tindak pidana korupsi Perpu tersebut; dalam perkembangannya kemudian, berdasar atas Undang-undang No.1 Tahun 1961 tentang Penetapan Semua Undang-undang Darurat dan Semua Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang yang Sudah Ada Sebelum Tanggal 1 Januari 1961 Menjadi Undang-undang, Perpu No. 24 Tahun 1960 diubah menjadi Undang-undang (Prp) No. 24

Tahun 1960 tentang tentang Pengusutan, Penuntutan dan Pemeriksaan Tindak

<sup>334</sup>Lihat Penjelasan atas Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang No. 24 Tahun 1960 tentang Pengusutan, Penuntutan dan Pemeriksaan Tindak Pidana Korupsi.

Pidana Korupsi atau seringkali disingkat UU No. 24/Prp./1960. Perbaikan redaksi dilakukan terhadap kata “perbuatan” diganti kata “tindakan” dan istilah “perbuatan korupsi pidana” diganti istilah “tindak Pidana korupsi” serta penyebutan “Pasal 40 sampai Pasal 50” diganti menjadi “Pasal 17 sampai Pasal 21”. Sedangkan pasal-pasal KUHP yang diambil lagi untuk ditambahkan dalam Perpu, antara lain: Pasal 415, Pasal 416, Pasal 417, Pasal 423, Pasal 425 dan Pasal 435 KUHP. Dengan demikian, secara tekstual tindak pidana korupsi menurut Perpu No.24 Tahun 1960 atau UU (Prp) No.24 Tahun 1960, adalah :

- a. tindakan seseorang yang dengan atau karena melakukan suatu kejahatan atau pelanggaran memperkaya diri sendiri atau orang lain atau suatu badan yang secara langsung atau tidak langsung merugikan keuangan dan perekonomian Negara atau Daerah atau merugikan suatu badan yang menerima bantuan dari keuangan negara atau badan hukum lain yang mempergunakan modal dan kelonggaran-kelonggaran masyarakat;
- b. tindakan seseorang yang dengan atau karena melakukan suatu kejahatan atau pelanggaran memperkaya diri sendiri atau suatu badan yang dilakukan dengan menyalahgunakan jabatan atau kedudukan;
- c. kejahatan-kejahatan tercantum dalam pasal 17 sampai 21 Peraturan Penguasa Perang ini dan dalam pasal 209, 210, 415, 416, 417, 418, 419, 420, 423, 425 dan 435 KUHP.

Perumusan tindak pidana korupsi menurut Peperpu yang diambil-alih Perpu No.24 Tahun 1960 atau UU No. 24/Prp/1960 memperlihatkan, bahwa ada terdapat bagian inti delik “penyalahgunaan jabatan dan kedudukan” tercantum dalam perumusan tindak pidana. Pencantuman ini sekaligus menunjukkan, bahwa pembentuk undang-undang menyadari bagian inti delik “penyalahgunaan jabatan dan kedudukan” merupakan bagian yang tidak terpisahkan dari tindak pidana korupsi yang hakekatnya memang demikian. Oleh karena itu, jaksa/penuntut umum harus cermat mencantumkan bagian inti delik “penyalahgunaan jabatan dan kedudukan” itu dalam surat dakwaan dan membuktikannya di muka sidang pengadilan. Bilamana jaksa/penuntut umum



tidak memuat bagian inti delik tersebut dalam surat dakwaan, maka surat dakwaan menjadi *obscure libel* yang berakibat N.O. (*Niet Ontvangelijke Verklaard* / Surat dakwaan tidak dapat diterima). Demikian pula halnya, bilamana jaksa/penuntut umum memuat bagian inti delik tersebut dalam surat dakwaan tetapi tidak dapat membuktikannya di muka sidang pengadilan, maka terdakwa mendapat putusan *vrijspraak* atau bebas dari dakwaan.

Berlainan dengan di atas, perumusan tindak pidana korupsi Undang-undang No. 3 Tahun 1971 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi telah secara tegas menyebut 1 (satu) perumusan tindak pidana korupsi baru sebagaimana diatur dalam Pasal 1 ayat (1) sub b, sedangkan perumusan tindak pidana korupsi selebihnya merupakan pasal-pasal KUHP dan Undang-undang No. 24 Prp. tahun 1960 atau UU No. 24/Prp/1960 yang diambil alih serta dimodifikasi. Pasal 1 ayat (1) sub b berbunyi, sebagai berikut :

Barangsiapa dengan tujuan menguntungkan diri sendiri atau 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;

Memperhatikan Penjelasan pasal tersebut, perumusan tindak pidana korupsi ini meniru dan menyerupai perumusan dari Pasal 52 KUHP. Bahkan, bagian inti delik penyalahgunaan wewenang memiliki rumusan yang sangat luas dibandingkan dengan Pasal 52 KUHP. Selengkapnya penjelasan Pasal 1 ayat (1) sub b menerangkan, sebagai berikut :

Sub. b.  
Tindak pidana korupsi ini memuat sebagai perbuatan pidana unsur "menyalah-gunakan kewenangan" yang ia peroleh karena jabatannya, yang semuanya itu menyerupai unsur dalam Pasal 52 K.U.H.P. yang selain dari itu memuat pula unsur yang "secara langsung atau tidak langsung dapat merugikan keuangan negara" serta dengan "tujuan menguntungkan diri sendiri atau orang lain atau suatu badan."

Ketentuan dalam sub b. ini adalah luas dalam rumusannya karena mempergunakan istilah umum "menyalah-gunakan" dan tidak mengadakan perincian seperti halnya dengan Pasal 52 K.U.H.P. dengan kata .oleh karena melakukan tindak pidana..... yang ia peroleh karena jabatannya."

Sementara itu, Pasal 52 menentukan :

*Indien een ambtenaar door het begaan van een strafbaar feit een bijzonderen ambtsplicht schendt of bij het begaan van een strafbaar feit gebruik maakt van macht, gelegenheid of middel hem door zijn ambt geschonken, kan de straf met een derde worden verhoogd.* (Sw. 12, 18, 30, 36, 92; CP. 166v., 198, 462)<sup>335</sup> (Bilamana seorang pejabat karena melakukan perbuatan pidana melanggar suatu kewajiban khusus dari jabatannya, atau pada waktu melakukan perbuatan pidana memakai kekuasaan, kesempatan atau sarana yang diberikan kepadanya karena jabatannya, pidananya dapat ditambah sepertiga)<sup>336</sup>

Perubahan perumusan tindak pidana korupsi dalam UUPTPK 1971, termasuk Pasal 1 ayat (1) sub b disebabkan Perpu No. 24 Tahun 1960 atau UU No. 24/Prp/1960 berhubung dengan perkembangan masyarakat, khususnya dalam rangka penyelamatan keuangan dan perekonomian negara untuk terlaksananya program pembangunan Nasional, ternyata kurang memadai untuk dapat mencapai hasil yang diharapkan. Dengan perumusan tindak pidana korupsi dalam Undang-undang No.24 Prp. tahun 1960 atau UU No. 24/Prp/1960, banyak perbuatan-perbuatan yang merugikan keuangan dan perekonomian negara serta pelaksanaan pembangunan Nasional, yang menurut perasaan keadilan masyarakat harus dituntut dan dipidana, tidak dapat dipidana karena perumusan tersebut mensyaratkan bagi tindak pidana korupsi, adanya suatu kejahatan atau pelanggaran yang dilakukan oleh orang yang bersangkutan. Dalam kenyataan banyak perbuatan-perbuatan yang merugikan keuangan dan perekonomian negara, tidak selamanya didahului oleh suatu kejahatan atau pelanggaran.

Perbuatan-perbuatan tersebut yang sesungguhnya bersifat koruptif tidak dapat

<sup>335</sup>Englebrecht, *Op.Cit.*, hal. 1233

<sup>336</sup>Tim Penerjemah Badan Pembinaan Hukum Nasional Departemen Kehakiman, *Op.Cit.*, hal.35



dipidana berdasarkan Undang-undang No. 24 Prp. tahun 1960 atau UU No. 24/Prp/1960 dikarenakan tidak termasuk dalam perumusan tindak pidana korupsi menurut Undang-undang tersebut.

Setelah reformasi atau pasca-reformasi, ada terdapat kurang lebih 18 (delapan belas) peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan pemberantasan tindak pidana korupsi. Adapun 18 peraturan perundang-undangan tersebut tergambar dalam Tabel 9 berikut ini.

**Tabel 9 : Peraturan Perundang-undangan Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi Pasca-Reformasi**

Jenis Peraturan Perundang-undangan	Nomor dan Nama Peraturan Perundang-undangan	Keterangan
Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat (TAPMPR)	TAP MPR No. XI/MPR/1998 tentang Penyelenggara Negara yang Bersih dan Bebas dari Korupsi, Kolusi dan Nepotisme	
Undang-undang (UU)	1. UU No. 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi	Diubah dan ditambah dengan UU No. 20 tahun 2001
	2. UU No. 28 Tahun 1999 tentang Penyelenggara Negara yang bersih dan Bebas Korupsi, Kolusi dan Nepotism	
	3. UU No. 20 Tahun 2001 tentang Perubahan UU No. 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi	
	4. UU No. 30 Tahun 2002 tentang Komisi pemberantasan Korupsi	
Peraturan Pemerintah (PP)	1. PP No. 65 Tahun 1999 tentang Tata Cara Pemeriksaan Kekayaan Penyelenggara Negara	
	2. PP No. 68 Tahun 1999 tentang Pelaksanaan Peran Serta Masyarakat dalam Penyelenggaraan Negara	
	3. PP No. 97 Tahun 1999 tentang Tata Cara Pemantauan dan Evaluasi Pelaksanaan Tugas dan Wewenang Komisi Pemeriksa	
	4. PP No. 19 Tahun 2000 tentang Tim Gabungan Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi	
	5. PP No. 71 Tahun 2000 tentang Tata Cara Pelaksanaan Peran Serta Masyarakat dan Pemberian Penghargaan dalam Pencegahan dan Pemberantasan Korupsi	
Keputusan Presiden (Keppres)	1. Keppres No. 81 Tahun 1999 tentang Pembentukan Komisi Pemeriksa Kekayaan Penyelenggara Negara	
	2. Keppres No. 127 Tahun 1999 tentang Pembentukan Komisi Pemeriksa Kekayaan Penyelenggara Negara dan Sekretariat Jenderal Komisi	
	3. Keppres No. 73 Tahun 2003 tentang Pembentukan Panitia Seleksi Calon Pimpinan KPK	
	4. Keppres No. 45 Tahun 2004 tentang Pengalihan Organisasi, Administrasi dan Finansial Sekretariat Jenderal Komisi ke Komisi Pemberantasan Korupsi	
	5. Keppres No. 59 Tahun 2004 tentang Pembentukan Pengadilan Tindak Pidana Korupsi pada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat	
Instruksi Presiden (Inpres)	1. Inpres No. 30 Tahun 1998 tentang Pemberantasan Korupsi, Kolusi dan Nepotisme	
	2. Inpres No. 5 Tahun 2004 tentang Percepatan Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi	

Sumber : Bahan Hukum Sekunder dari Kompas diolah

Bagian inti delik penyalahgunaan wewenang ini masih dipertahankan dalam Pasal 3 UUPTK 1999, meskipun perumusan tindak pidana korupsi yang dituangkan dalam Pasal 3 UUPTK 1999 itu telah diubah. Perubahan yang berkaitan dengan perumusan tindak pidana korupsi dimaksud dilakukan terhadap redaksi dan sanksi pidananya. Perubahan dalam redaksi yang dibuat, antara lain : "Barang siapa" diganti "Setiap orang", "suatu Badan" diubah menjadi "suatu korporasi" dan dibuang sebagian kata-kata "secara langsung atau tidak langsung". Sementara itu, perubahan dalam sanksi pidana yang dilakukan, yakni : dari "pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara paling lama 20 (dua puluh) tahun dan/atau denda paling banyak 30 (tiga puluh) juta rupiah" diubah menjadi "pidana penjara paling singkat 1 (satu) tahun dan paling lama 20 (dua puluh) tahun dan/atau denda paling sedikit Rp 50.000.000,00 (lima puluh juta rupiah) dan paling banyak Rp 1.000.000.000,00 (satu miliar rupiah)." Akhirnya, Pasal 3 UUPTK 1999 berbunyi :

Setiap orang yang dengan tujuan menguntungkan diri sendiri atau orang lain atau suatu korporasi, menyalahgunakan kewenangan, kesempatan atau sarana yang ada padanya karena jabatan atau kedudukan yang dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara, dipidana dengan pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara paling singkat 1 (satu) tahun dan paling lama 20 dua puluh tahun dan/atau denda paling sedikit Rp 50.000.000,00 (lima puluh juta rupiah) dan paling banyak Rp 1.000.000.000,00 (satu miliar rupiah).

Pasal 3 UUPTK 1999 ini tidak termasuk pasal-pasal yang mengalami perubahan menurut UUPPTK 2001. Bahkan, undang-undang yang disebut terakhir ini telah pula menambahkan pasal baru yang di dalamnya memuat bagian inti delik penyalahgunaan wewenang atau kata-kata yang berespondan dengan itu. Pasal tersebut adalah Pasal 12B dengan kata-kata "berhubungan dengan jabatannya dan yang berlawanan dengan kewajiban atau tugasnya".

Selengkapnya Pasal 12 B UUPPTK 2001 menetapkan :

(1) Setiap gratifikasi kepada pegawai negeri atau penyelenggara negara dianggap pemberian suap, apabila berhubungan dengan jabatannya dan yang berlawanan dengan kewajiban atau tugasnya, dengan ketentuan sebagai berikut :

- a. yang nilainya Rp 10.000.000,00 (sepuluh juta rupiah) atau lebih, pembuktian bahwa gratifikasi tersebut bukan merupakan suap dilakukan oleh penerima gratifikasi
- b. yang nilainya kurang dari Rp 10.000.000,00 (sepuluh juta rupiah), pembuktian bahwa gratifikasi tersebut bukan merupakan suap dilakukan oleh penuntut umum

(2) Pidana bagi pegawai negeri atau penyelenggara negara sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) adalah pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara paling singkat 4 (empat) tahun dan paling lama 20 (dua puluh) tahun, dan pidana denda paling sedikit Rp 200.000.000,00 (dua ratus juta rupiah) dan paling banyak Rp 1.000.000.000,00 (satu miliar rupiah)

Di bawah berikut ini disajikan perbandingan beberapa jenis tindak pidana korupsi yang telah diatur dalam Konvensi Anti Korupsi PBB dengan Perundang-undangan Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi di Indonesia. Tabel 10 mendeskripsikan Perbandingan tersebut.





**Tabel 10 : Perbandingan Jenis Tindak Pidana Korupsi yang Diatur dan Ditetapkan dalam Konvensi Anti Korupsi PBB dengan Perundang-undangan Pemberatansan Tindak Pidana Korupsi di Indonesia**

Konvensi Anti-Korupsi PBB			Perundang-undangan Pemberatansan Tindak Pidana Korupsi di Indonesia		
No	Jenis Tindak Pidana	Pasal	No	Jenis Tindak Pidana	Pasal
<b>Tindak Pidana Penyuapan</b>					
1.	Penyuapan Pejabat-pejabat Publik Nasional	15	1.	Penyuapan Pejabat-pejabat Publik Nasional	5, 11 dan 12 UU 31/99 jo. I angka 2 UU 20/01
2.	Penyuapan Pejabat-pejabat Publik Negara Lain dan Pejabat-pejabat Publik organisasi Internasional	16	2.	Penyuapan Pejabat Publik Lain (hakim dan advokat)	6 dan 12 UU 31/99 jo. I angka 2 UU 20/01
3.	Penyuapan dalam Sektor Swasta	21	3.		
<b>Tindak Pidana Penggelapan</b>					
4.	Penggelapan, Penyalahgunaan atau Pengalihan yang lain Kekayaan oleh Pejabat Publik	17	4.	Penggelapan, Penyalahgunaan atau Pengalihan Kekayaan oleh Pejabat Publik	8, 9 dan 10 UU 31/99 jo. I angka 2 UU 20/01
5.	Penggelapan Kekayaan dalam Sektor Swasta	22	5.		
<b>Tindak Pidana yang Lain</b>					
6.	Memperdagangkan Pengaruh	18	6.		
7.	Penyalahgunaan Fungsi	19	7.	Penyalahgunaan Wewenang	3 UU 31/99
8.	Memperkaya secara Melawan Hukum	20	8.	Memperkaya secara Melawan Hukum	2 UU 31/99
9.	Penyucian Hasil Kejahatan	23	9.	Penyucian Hasil Kejahatan	3 dan 6 UU 15/02 jo. UU 25/03
10.	Penyembunyian	24	10.	Penyembunyian	3 dan 6 UU 15/02 jo. UU 25/03
11.	Menghalang-halangi Peradilan	25	11.	Menghalang-halangi Peradilan	21, 22, 23 dan 24 UU 31/99

Sumber : Bahan Hukum Primer diolah

Berdasarkan tabel di atas, ada terdapat dua hal penting. Pertama, pengaturan tindak pidana korupsi di Indonesia hampir mencakup semua tindak

pidana korupsi yang diatur dalam Konvensi Anti-Korupsi PBB. Beberapa tindak pidana korupsi menurut Konvensi Anti-korupsi PBB yang belum diatur dalam perundang-undangan pemberantasan korupsi di Indonesia, meliputi: (1) Penyuapan dalam Sektor Swasta, (2) Penggelapan Kekayaan dalam Sektor Swasta, dan (3) Memperdagangkan Pengaruh. Tindak pidana-tindak pidana korupsi tersebut seyogyanyalah diadopsi dalam perundang-undang pemberantasan tindak pidana korupsi di Indonesia yang akan datang, sehingga perundang-undangan pemberantasan tindak pidana korupsi Indonesia semakin lengkap untuk mengantisipasi tindak pidana korupsi yang semakin kompleks.

Kedua, penyalahgunaan wewenang sebagai salah satu tindak pidana korupsi menjadi ciri khas bagi tindak pidana korupsi di Indonesia karena tidak ditemukan dan diatur baik, dalam pelbagai konvensi internasional maupun dalam perundang-undangan negara lain. Dengan demikian, hanya Indonesia saja yang mencantumkan dan mengatur penyalahgunaan wewenang sebagai tindak pidana korupsi sebagaimana ditentukan dalam Pasal 3 UUPTK 1999. Berkaitan dengan itu, tindak pidana penyalahgunaan wewenang sebagai tindak pidana korupsi ini hendaknya tetap dipertahankan dalam perundang-undangan pemberantasan tindak pidana korupsi yang akan datang dengan 3 (tiga) alasan; alasan pertama, memasukan bagian inti delik penyalahgunaan wewenang dalam tindak pidana korupsi sudah sesuai dengan pengertian dari korupsi dan tindak pidana korupsi itu sendiri, sungguhpun penyalahgunaan wewenang dan penyalahgunaan fungsi memiliki tujuan yang sama dalam suatu sistem; di sini, fungsi merupakan alat kontrol bagi wewenang, sedangkan wewenang merupakan alat untuk mewujudkan fungsi.<sup>337</sup> Kendatipun penyalahgunaan wewenang dan

<sup>337</sup>Pendapat dari Soedarsono yang dikemukakan dalam ujian proposal, tanggal 26 Desember 2009, jam 10.00 WIB.



penyalahgunaan fungsi sama-sama tidak mudah membuktikannya di sidang pengadilan, tetapi wewenang selalu tercantum dalam perundang-undangan meski masih harus ditemukan lebih lanjut, sedangkan fungsi jarang dicantumkan secara tegas maupun diam-diam dalam perundang-undangan.<sup>338</sup>

Alasan kedua, penyalahgunaan fungsi sebagai tindak pidana korupsi merupakan muatan pelengkap menurut Konvensi Anti-Korupsi PBB, sehingga tindak pidana tersebut dapat tidak dimuat dan diatur dalam perundang-undangan korupsi negara peserta Konvensi Anti-Korupsi PBB atau dimuat dan diatur dalam perundang-undangan korupsi negara peserta Konvensi Anti-Korupsi PBB dengan memodifikasi perumusannya. Alasan ketiga, agar penerapannya dapat berkesinambungan melalui yurisprudensi yang telah ada sekarang.

### **3.1.2. Bagian Inti Delik Penyalahgunaan Wewenang dalam Perumusan Tindak Pidana Korupsi**

Pencantuman dan pemuatan beberapa jenis tindak pidana korupsi tertentu yang terdiri dari muatan pokok dan muatan pelengkap dalam perundang-undangan setiap negara peserta menurut Konvensi Anti-Korupsi PBB, Konvensi Hukum Pidana Korupsi CE, Konvensi Anti-Korupsi OAS dan Konvensi Korupsi AU tersebut sangat mempengaruhi penyesuaian atau harmonisasi perundang-undangan nasional masing-masing negara peserta. Secara umum, penyesuaian atau harmonisasi konvensi-konvensi internasional yang multilateral maupun yang regional seringkali berlangsung melalui dua model dari tiga model perubahan perundang-undangan pidana yang tersedia sebagaimana yang dikemukakan oleh Muladi.<sup>339</sup> Dua model yang sangat memungkinkan untuk dilakukan dan dilaksanakan dimaksud, yakni : model evolusioner dan model kompromi. Hal ini dikarenakan di samping prosedurnya sangat mudah

<sup>338</sup> *Ibid.*

<sup>339</sup> Bandingkan dengan Romli, *Op.Cit.*, hal. 139



dilaksanakan dalam waktu yang cepat, juga pengaturannya lebih terfokus kepada perbuatan tertentu, subyek hukum tertentu dan/atau pemberian sanksi pidana tertentu.<sup>340</sup> Menurut model evolusioner, penyesuaian atau harmonisasi Konvensi Anti-Korupsi PBB, Konvensi Hukum Pidana Korupsi CE, Konvensi Anti-Korupsi OAS dan Konvensi Korupsi AU ke dalam perundang-undang pidana negara peserta dilakukan dengan membentuk suatu undang-undang pidana yang bersifat khusus di luar Kitab Undang-undang Hukum Pidana. Perundang-undangan pidana yang bersifat khusus tersebut memiliki kedudukan yang diferensiasi. Hal ini dilakukan karena ada terdapat perkembangan dan perubahan besar dalam konvensi Anti-Korupsi PBB, Konvensi Hukum Pidana Korupsi CE, Konvensi Anti-Korupsi OAS dan Konvensi Korupsi AU tersebut dan juga ada terdapat kehendak dari pembentuk undang-undang untuk membuat penyimpangan dari asas-asas hukum yang terdapat dalam ketentuan umum Kitab Undang-undang Hukum Pidana negara peserta.

Menurut model kompromi, penyesuaian atau harmonisasi Konvensi Anti-Korupsi PBB, Konvensi Hukum Pidana Korupsi CE, Konvensi Anti-Korupsi OAS dan Konvensi Korupsi AU ke dalam perundang-undangan negara peserta dilakukan dengan membentuk suatu undang-undang bersifat khusus di luar Kitab Undang-undang Hukum Pidana. Namun demikian perundang-undangan pidana yang bersifat khusus tersebut tidak memiliki kedudukan yang diferensiasi, karena hanya membuat perubahan berupa penyisipan atau penambahan pasal-pasal tertentu dalam Kitab Undang-undang Hukum Pidana. Hal itu dilakukan karena ada terdapat perkembangan dan perubahan besar dalam Konvensi Anti-Korupsi PBB, Konvensi Hukum Pidana Korupsi CE, Konvensi Anti-Korupsi OAS dan

<sup>340</sup>Bandingkan dengan Soedarto, *Loc.Cit.*



Konvensi Korupsi AU tadi, tetapi tiada terdapat kehendak dari pembentuk undang-undang untuk membuat penyimpangan dari asas-asas hukum yang terdapat dalam ketentuan umum Kitab Undang-undang Hukum Pidana. Model ini dianut dan diterapkan, antara lain, di Belanda dan Jerman.

Yang lain adalah model global. Menurut model ini, penyesuaian atau harmonisasi Konvensi Anti-Korupsi PBB, Konvensi Hukum Pidana Korupsi CE, Konvensi Anti-Korupsi OAS dan Konvensi Korupsi AU ke dalam perundang-undangan negara peserta berlangsung bersamaan dengan perubahan dan penambahan dalam Kitab Undang-undang Hukum Pidana negara peserta itu. Model ini hampir tidak pernah dilakukan oleh banyak negara karena prosedurnya sangat sulit dilaksanakan dalam waktu yang singkat. Selain itu pula, biasanya perubahan dan penambahan Kitab Undang-undang Hukum Pidana terjadi dalam kurun waktu yang sangat lama, seperti 50 (lima puluh) tahun sekali atau 1 (satu) abad sekali.

Sesungguhnya berdasar atas temuan dalam beberapa dokumen, masih ada terdapat satu lagi model penyesuaian atau harmonisasi Konvensi Anti-Korupsi PBB, Konvensi Hukum Pidana Korupsi CE, Konvensi Anti-Korupsi OAS dan Konvensi Korupsi AU ke dalam perundang-undangan pidana negara peserta, yakni : model evolusioner beransir kompromi, yang merupakan perpaduan antara model evolusioner dan model kompromi. Menurut model ini, kriminalisasi perbuatan tertentu, subyek hukum tertentu dan/atau pemberian sanksi pidana tertentu telah diatur dan ditetapkan dalam suatu perundang-undangan pidana yang bersifat khusus di luar Kitab Undang-undang Hukum Pidana, tetapi pengaturan dalam perundang-undangan pidana yang bersifat khusus itu sudah usang, tidak memadai lagi dan tertinggal oleh perkembangan dan perubahan

zaman. Penyesuaian atau harmonisasi Konvensi Anti-Korupsi PBB, Konvensi Hukum Pidana Korupsi CE, Konvensi Anti-Korupsi OAS dan Konvensi Korupsi AU ke dalam perundangan-undangan negara peserta telah dilakukan dengan membentuk perundang-undangan pidana bersifat khusus baru yang membuat perubahan berupa penyisipan dan penambahan pasal-pasal baru tertentu dalam perundang-undang pidana bersifat khusus yang lama. Hal ini dilakukan karena ada terdapat perkembangan dan perubahan besar dalam Konvensi Anti-Korupsi PBB, Konvensi Hukum Pidana Korupsi CE, Konvensi Anti-Korupsi dan OAS Konvensi Korupsi AU itu, tetapi tiada terdapat kehendak dari pembentuk undang-undang untuk merubah secara keseluruhan dan/atau membuat penyimpangan dari asas-asas hukum yang diatur dalam perundang-undangan pidana bersifat khusus yang lama. Model ini dianut dan diterapkan, antara lain, di Amerika Serikat, Inggris dan Indonesia. Untuk memperjelas uraian di atas, Tabel 11 di bawah berikut menggambarkan perbedaan penyesuaian atau harmonisasi di beberapa negara.

**Tabel 11 : Perbedaan Model Penyesuaian atau Harmonisasi Konvensi Anti-Korupsi PBB, Konvensi Hukum Pidana Korupsi CE dan Konvensi Anti-Korupsi OAS di Beberapa Negara Peserta**

Negara-negara	Model Peyesuaian atau Harmonisasi			
	A	B	C	D
Amerika Serikat				√
Belanda			√	
Indonesia				√
Inggris				√
Jerman			√	

Sumber : Bahan Hukum Primer diolah kembali

Keterangan : A = Model Global

B = Model Evolusioner

C = Model Kompromi

D = Model Evolusioner bernuansa kompromi

Ada terdapat 2 (dua) bagian inti delik penyalahgunaan wewenang dalam perumusan tindak pidana korupsi. Pertama, bagian inti delik penyalahgunaan



wewenang yang diungkapkan secara tegas (*expressive verbis*) dalam perumusan tindak pidana korupsi; dan kedua, bagian inti delik penyalahgunaan wewenang yang diungkapkan secara tidak langsung (*implied verbis*) di pelbagai negara, seperti : penyalahgunaan kekuasaan (*misbruik van gezag*) , berbuat atau tidak berbuat sesuatu dalam jabatannya yang bertentangan dengan kewajibannya" (*...in zijne bediening, in strijd met zijn plicht, iets te doen of na te laten*), yang bertentangan dengan kewajiban, melakukan atau tidak melakukan dalam jabatannya" (*...in zijne bediening, in strijd met zijn plicht, is gedaan of nagelaten*), hadiah atau janji itu diberikan karena kekuasaan atau kewenangan yang berhubungan dengan jabatannya (*die gift of belofte hem gedaan wordt met het oog op eenige macht of bevoegdheid, welke aan zijn ambt is verbonden...*), dan lain-lain yang dipandang sebagai padanan atau variasi dari bagian inti delik penyalahgunaan wewenang tersebut. Boleh jadi, yang disebut pertama dengan yang disebut kedua memiliki makna dan arti yang berbeda. Hal ini dapat dilihat juga dalam perjanjian-pejanjian internasional, seperti : Konvensi Anti-Korupsi PBB, Konvensi Pidana Korupsi CE, Konvensi Korupsi OAS dan Konvensi Korupsi AU.

Berdasar atas Undang-undang tanggal 13 Desember 2000, Stb. 616., Kitab Undang-undang Hukum Pidana (*het Wetboek van Strafrecht / WvS*) baru Belanda mengalami perubahan berupa penyisipan dan penambahan pasal-pasal tertentu mengenai penyuapan (*omkoping*) sesuai dengan Konvensi Pidana Korupsi CE. Ada terdapat beberapa pasal baru, yakni : Pasal 177 Sr., Pasal 177a Sr., Pasal 178a Sr., Pasal 362 Sr., Pasal 363 Sr., Pasal 364a Sr., Pasal 328ter Sr. yang sebagian besar merupakan kejahatan jabatan (*ambtsmisdrijf*). Di sini, korupsi memang identik dengan penyuapan yang dilakukan oleh penyelenggara

negara serta pegawai negeri (*ambtenaren*),<sup>341</sup> karena dilakukan bertentangan dengan kewajiban yang berada padanya (*in strijd met zijn plicht*)<sup>342</sup> sebagai penyelenggara negara serta pegawai negeri. Oleh karena itu, tiada terdapat bagian inti delik penyalahgunaan wewenang dalam perumusan tindak pidana korupsi. Yang ada hanyalah beberapa kata yang bersependan dengan frase penyalahgunaan wewenang, seperti: "*in strijd met zijn plicht te handelen*" (untuk melakukan yang bertentangan dengan kewajibannya) atau "*in zijn bediening iets te doen of na te lateren*" (untuk berbuat atau mengabaikan sesuatu dalam tugasnya).<sup>343</sup> Di samping itu berdasarkan Konvensi pidana Korupsi CE, tindak pidana penyuaipan merupakan muatan pokok yang harus diadopsi dalam perundang-undangan pidana negara peserta. Sedangkan beberapa tindak pidana baru lainnya tidak disisipkan dan ditambahkan dalam *het Wetboek van Strafrecht* tadi karena seringkali tidak mudah untuk membuktikannya.<sup>344</sup>

Berdasarkan (1) *Umsetzung durch UE-Bestechungsgesetz* tanggal 10 September 1998 (BGBl. 1998 II S. 2340) dan (2) *Das Gesetz zur Bekämpfung internationaler Bestechung* tanggal 10 September 1998 (BGBl. 1998 II S. 2327), Kitab Undang-undang Hukum Pidana (*Strafgesetzbuch* / StGB) Jerman mengalami perubahan berupa penyisipan dan penambahan pasal-pasal tertentu mengenai tindak pidana penyuaipan (*bestechung*) sesuai dengan Konvensi Pidana Korupsi CE. Sebagian besar tindak pidana penyuaipan yang disisipkan dan ditambahkan dalam *Strafgesetzbuch* tersebut merupakan tindak pidana dalam jabatan (*strafaten im amt*). Perubahan tersebut dilakukan Penyesuaian atau

<sup>341</sup>Hasil wawancara dengan Eelke Sikkema melalui e-mail, Dosen Koordinator Hukum Pidana pada *Willem Pompe Instituut, Utrecht Universiteit*, dan Dosen Koordinator Hukum Pidana Pasacasarjana, *Utrecht Universiteit*, E.Sikkema@law.uu.nl, Senin, 30 Juni 2008, jam 12.54 WIB.

<sup>342</sup>*Ibid.*

<sup>343</sup>*Ibid.*

<sup>344</sup>J.F.L. Roording, Loc. Cit.







harmonisasi dengan Konvensi Pidana Korupsi CE. Bagian inti delik penyalahgunaan wewenang tidak ditemukan secara tegas dalam perumusan tindak pidana korupsi. Yang tercantum adalah kata-kata "*daß er eine Diensthandlung vorgenommen hat oder künftig vornehme und dadurch siene Dienstpflichten verletzt hat oder verletzen würde,*" (bahwa ia telah bermaksud atau bermaksud kemudian melakukan suatu pelayanan dan karena itu telah melanggar kewajiban pelayanannya atau kewajiban pelayanannya telah dilanggar,).

Berkaitan dengan tindak pidana korupsi di Belanda dan Jerman sebagaimana diuraikan di atas, sudah barang tentu sangat berlainan dengan penyesuaian atau harmonisasi Konvensi Korupsi PBB, Konvensi Pidana Korupsi CE dan Konvensi Korupsi OAS dalam perundang-undangan pidana yang berhubungan dengan tindak pidana korupsi di Amerika Serikat dan Inggris sebagaimana akan dijelaskan di bawah berikut. Perbedaan tersebut disebabkan adanya perbedaan sistem hukum yang dianut dan diterapkan oleh masing-masing negara. Belanda dan Jerman menganut dan menerapkan sistem hukum Eropa kontinental (*civil law system*) yang menitikberatkan pada hukum tertulis dalam sebuah kitab undang-undang (*het wetboek / das gesetzbuch*), sebaliknya Amerika Serikat dan Inggris menganut dan menerapkan sistem hukum anglo-saxon (*common law system*) yang menitikberatkan pada hukum tertulis dalam putusan hakim (*judge made law*). Oleh karena itu di Amerika Serikat dan Inggris, hukum lebih banyak ditemukan dalam putusan-putusan hakim daripada perundang-undangan yang tidak tersusun secara sistematis seperti kitab undang-undang.

Di Amerika Serikat, dalam *the Securities & Exchange Act of 1934* dan *the Foreign Corrupt Practices Act 1977* yang dirubah terakhir dengan *the Foreign Corrupt Practices Act 1998* (*current through Pub. L. 105-336*, tanggal 10 November 1998),<sup>345</sup> tindak pidana korupsi termasuk ke dalam kelompok tindak pidana *Fraud* (perbuatan curang) yang disisipkan dan ditambahkan pada perundang-undangan, seperti, *Title 15 United States Code concern Commerce and Trade, Chapter 2B about Securities Exchanges*. Dalam *The foreign Corrupt Practices Act 1998* tersebut terdapat pengaturan mengenai penyuaipan (*Antibribery Provisions*) yang terjadi di dalam maupun di luar wilayah Amerika Serikat. Tindak pidana korupsi juga diidentikkan dengan tindak pidana penyuaipan. Oleh karena itu, tiada ditemukan bagian inti delik penyalahgunaan wewenang secara *expressive verbis*. Kata-kata yang bersepadan dengan frase penyalahgunaan wewenang adalah "*such foreign official to do or omit to do any act in violation of the lawful duty of such official*" (Pejabat asing tersebut melakukan atau tidak melakukan suatu perbuatan yang melanggar kewajiban yang sah dari jabatan itu) sebagaimana dapat dilihat dalam § 78dd-1 [*Section 30A of the Securities & Exchange Act of 1934*] mengenai *Prohibited foreign trade practices by issuers*.

Seperti halnya di Amerika Serikat, maka di Inggris tindak pidana korupsi pun beridentik dengan tindak pidana penyuaipan. Di sini, perundang-undangan tindak pidana korupsi lebih dikenal dengan sebutan *Prevention of Corruption Act 1889 – 1916*. Oleh karena itu, tidak terdapat bagian inti delik dalam perumusan tindak pidana korupsi. Kata-kata yang bersepadan dengan frase penyalahgunaan wewenang agak berlainan. Adapun kata-kata yang

<sup>345</sup>Bahan hukum sekunder diperoleh dari *United States Department of Justice* (Departemen Kehakiman Amerika Serikat) melalui e-mail, <http://www.usdoj.gov/criminal/fraud/fcpa>, Rabu, 7 April 2010, jam 06.00 BBWT



dipergunakan adalah "*doing or forbearing to do anything in respect of any matter or transaction whatsoever*" (melakukan atau tidak melakukan segala sesuatu yang berkaitan dengan suatu masalah atau transaksi apapun). Perbuatan melakukan sesuatu atau tidak melakukan sesuatu tidak dihubungkan dengan kewajiban jabatannya.

Persamaan pengaturan penyalahgunaan wewenang dalam perundang-undangan di pelbagai negara di atas mempergunakan kata-kata yang bersepadan dengan frase penyalahgunaan wewenang, yakni: "bertentangan dengan kewajibannya" atau "melanggar kewajibannya". Dalam pelbagai perundang-undangan tersebut, penyalahgunaan wewenang tidak disebutkan secara eksplisit. Namun demikian, sesungguhnya "bertentangan dengan kewajibannya" atau "melanggar kewajibannya" bermuara pada makna yang sama dengan penyalahgunaan wewenang. Ada terdapat dua alasan, yakni: pertama, wewenang berkaitan erat dengan kewajiban dan kebijakan. Penyelenggara negara serta pegawai negeri selalu dilengkapi dengan wewenang berdasarkan perundang-undangan yang seringkali memberikan pengaruh terhadap hak-hak warga negara. Bila terjadi sengketa di pengadilan penyelenggara negara serta pegawai negeri menjadikan tugas dan diskresinya sebagai pembenaran untuk tindakannya, sedangkan pihak lawan akan membukikan bahwa penyelenggara negara serta pegawai negeri tersebut telah menjalankan wewenangnya secara melawan hukum.<sup>346</sup> Kedua, wewenang atau penyalahgunaan wewenang yang dimiliki penyelenggara negara serta pegawai negeri lebih sulit ditemukan daripada kewajiban atau bertentangan dengan kewajiban atau melanggar kewajiban yang diimban oleh penyelenggara negara

<sup>346</sup>Lihat hal. 135



serta pegawai negeri tadi; dengan perkataan lain, tugas dan kewajiban lebih jelas dicantumkan dalam perundang-undangan, sementara wewenang masih harus dicari lebih lanjut.<sup>347</sup>

Dengan demikian data di atas juga menunjukkan, bahwa hampir tidak ada negara yang mencantumkan serta mengatur penyalahgunaan wewenang sebagai bagian inti delik dalam tindak pidana korupsi secara eksplisit. Hal ini dikarenakan pelbagai sebab yang singkatnya antara lain : (1) penyalahgunaan wewenang merupakan muatan pelengkap dalam konvensi korupsi internasional yang harus dicantumkan dan diatur dalam perundang-undangan masing-masing negara peserta, (2) pandangan yang terbatas negara peserta dengan mengidentikan korupsi dan penyuapan dalam perundang-undangannya, serta (3) kekhawatiran sulitnya pembuktian bagian inti delik penyalahgunaan wewenang tersebut di muka sidang pengadilan.

Di Indonesia, penyalahgunaan wewenang dan kata-kata yang bersepadan dengan itu tersebar di dalam beberapa ketentuan UUPTK 1999 dan UUPPTK 2001. Namun demikian, secara eksplisit penyalahgunaan wewenang hanya terdapat pada Pasal 3 UUPTK 1999. Kata-kata yang bersepadan dengan penyalahgunaan wewenang dapat ditemukan dalam Pasal 5 UUPTK 1999 jo. Pasal I angka 1 UUPPTK 2001, Pasal 12 huruf a dan b UUPTK 1999 jo. Pasal I angka 1 UUPPTK 2001, dan Pasal 12 B UUPTK 1999 jo. Pasal I angka 1 UUPPTK 2001. Tabel 12 di bawah berikut menggambarkan pencantuman frase penyalahgunaan wewenang dan kata-kata yang bersepadan dengan itu dalam perundang-undangan pemberantasan korupsi.

<sup>347</sup>Pendapat dan saran dari Soedarsono yang dikemukakan dalam ujian proposal, tanggal 26 Desember 2009, jam 10.00 WIB

**Tabel 12 : Pencantuman Frase Penyalahgunaan Wewenang atau Kata-kata yang Bersepadan dengan itu dalam Konvensi Anti-Korupsi PBB dan Perundang-undangan Pemberatasan Tindak Pidana Korupsi di Beberapa Negara Peserta**

No.	Konvensi /Negara	Fraser Penyalahgunaan wewenang dan Kata-kata yang bersepadan dengan itu
1.	Konvensi Anti-Korupsi PBB	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Agar pejabat tersebut berbuat atau tidak berbuat dalam melaksanakan kewajiban jabatannya;</li> <li>2. Menyalahgunakan pengaruhnya yang sebenarnya atau yang seharusnya;</li> <li>3. Menyalahgunakan fungsi-fungsi atau posisi, yaitu, melaksanakan atau gagal melaksanakan suatu perbuatan yang melanggar hukum; dan</li> <li>4. Agar ia berbuat atau tidak berbuat yang melanggar kewajibannya</li> </ol>
2.	Belanda	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Untuk melakukan yang bertentangan dengan kewajibannya; dan</li> <li>2. Untuk berbuat atau mengabaikan sesuatu dalam tugasnya</li> </ol>
3.	Jerman	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Ia telah bermaksud atau bermaksud kemudian melakukan suatu pelayanan dan karena itu telah melanggar kewajiban pelayanannya atau kewajiban pelayanannya telah dilanggar</li> </ol>
4.	Amerika Serikat	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Pejabat asing tersebut melakukan atau tidak melakukan suatu perbuatan yang melanggar kewajiban yang sah dari jabatan itu</li> </ol>
5.	Inggris	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Melakukan atau tidak melakukan segala sesuatu yang berkaitan dengan suatu masalah atau transaksi apapun</li> </ol>
6.	Indonesia	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Menyalahgunakan wewenang;</li> <li>2. Supaya pegawai negeri atau penyelenggara negara tersebut berbuat atau tidak berbuat sesuatu dalam jabatannya, yang bertentangan dengan kewajibannya; dan</li> <li>3. pemberian suap, apabila berhubungan dengan jabatannya dan yang berlawanan dengan kewajiban atau tugasnya</li> </ol>

Sumber : Bahan Hukum Primer diolah

Hanya Indonesia yang menyantumkan penyalahgunaan wewenang dalam perumusan Pasal 3 UUPTK 1999 secara *expressive verbis*; dan untuk kali pertama, penyalahgunaan wewenang dibentuk dan dirumuskan dalam Pasal 1 ayat (1) huruf b UUPTK 1973. Penyalahgunaan wewenang yang tertuang dalam Pasal 1 ayat (1) huruf b UUPTK 1973 tersebut dipandang sebagai salah satu inovasi dari UU No.24 Prp Tahun 1960 yang hanya mengatur "memperkaya diri





*Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.* (Terjemahan bebas : Pegawai negeri atau pegawai yang berkewajiban secara khusus untuk pelayanan umum yang meminta, menjanjikan atau menerima keuntungan untuk dirinya sendiri atau pihak ketiga, dipidana dengan pidana penjara sampai dengan tiga tahun atau denda.)

Namun demikian, ada terdapat perbedaan yang jelas antara Pasal 3 UUPTK 1999 dan Pasal 331 ayat (1) *Strafgesetzbuch* itu. Perbedaan dimaksud terletak pada wewenang yang dipergunakan. Pasal 3 UUPTK 1999 melarang penyalahgunaan wewenang untuk mendapatkan keuntungan, sedangkan Pasal 331 ayat (1) *Strafgesetzbuch* memperkenankan penggunaan wewenang untuk mendapatkan keuntungan dengan syarat : (a) pegawai negeri atau pegawai yang berkewajiban secara khusus untuk pelayanan umum menjanjikan atau menerima keuntungan yang diminta bukan darinya dan instansi yang berwenang dalam rangka wewenangnya telah menyetujui penerimaan tersebut sebelumnya, ataupun (b) pegawai negeri atau pegawai yang berkewajiban secara khusus untuk pelayanan umum memberitahukan secara serta merta dalam laporannya dan instansi yang berwenang menyetujui penerimaan itu. Lengkapnya Pasal 331 ayat (3) *Strafgesetzbuch* menentukan :

*Die Tat ist nicht nach Absatz 1 strafbar, wenn der Täter einen nicht von ihm geforderten Vorteil sich versprechen läßt oder annimmt und die die zuständige Behörde im Rahmen ihrer Befugnisse entweder die Annahme vorher genehmigt hat oder der Täter unverzüglich bei ihr Anzeige erstattet und sie die Annahme genehmigt.* (Terjemahan bebas : Pembuatan menurut ayat (1) tidak dapat dipidana, jika pembuat menjanjikan atau menerima keuntungan yang diminta bukan darinya dan instansi yang berwenang dalam rangka wewenangnya telah menyetujui penerimaan tersebut sebelumnya atau pembuat secara serta merta memberitahukan dalam laporannya dan instansi yang berwenang menyetujui penerimaan tersebut)

Oleh karena perumusan Pasal 3 UUPTK 1999 yang demikian itu, maka antara Pasal 3 UUPTK 1999 dengan Pasal 5 UUPTK 1999 jo. Pasal I angka 1 UUPPTK 2001, Pasal 12 huruf a dan b UUPTK 1999 jo. Pasal I angka 1

UUPPTPK 2001, dan Pasal 12 B UUPTPK 1999 jo. Pasal I angka 1 UUPPTPK 2001

terjadi tumpang tindih.

### 3.1.3. Kriteria Penyalahgunaan Wewenang dalam Perumusan Tindakan Pidana Korupsi

Secara umum, kepentingan hukum yang hendak dilindungi dari tindak pidana jabatan (*ambtmisdrijven / straftaten im amt*) adalah integritas. Begitu juga dalam bagian inti delik penyalahgunaan wewenang dari tindak pidana korupsi, kepentingan hukum yang hendak dilindungi tidak saja integritas penyelenggara negara serta pegawai negeri, tetapi juga kepercayaan masyarakat terhadap integritas penyelenggara negara serta pegawai negeri tersebut dan harta kekayaan milik negara. Integritas ini ditegaskan dalam Pasal 8 Konvensi Anti-Korupsi PBB mengenai *Codes of conduct for public officials* (Kode perilaku bagi pejabat publik) yang lengkapnya menetapkan, sebagai berikut :

1. *In order to fight corruption, each State Party shall promote, inter alia, integrity, honesty and responsibility among its public officials, in accordance that the fundamental principles of its legal system.* (Terjemahan bebas : Untuk memberantas korupsi, setiap negara peserta harus mendukung, antara lain, integritas, kejujuran dan tanggung jawab di antara para pejabat publiknya, sesuai dengan asas-asas sistem hukumnya)
2. *In particular, each State Party shall endeavour to apply, within its own institutional and legal system, codes of standards of conduct for the correct, honourable and proper performance of public functions.* (Terjemahan bebas : Khususnya, setiap negara peserta harus berupaya untuk menerapkan, di dalam sistem kelembagaan dan hukumnya, kode atau standar perilaku pelaksanaan fungsi-fungsi publik secara benar, terhormat dan layak.)
3. *For the purposes of implementing the provisions of this article, each State Party shall, where appropriate and in accordance with the fundamental principles of its legal system, take note of the relevant initiatives of regional, interregional and multilateral organizations, such as the Internasional Code of Conduct for Public Officials contained in the annex to General Assembly resolution 51/59 12 December 1996.* (Terjemahan bebas : Untuk mengimplemetasikan ketentuan-ketentuan pasal ini, setiap negara peserta harus, dimana tepat dan sesuai dengan asas-asas sistem hukumnya, memperhatikan inisiatif-inisiatif organisasi regional, organisasi antar-regional dan organisasi multilateral, seperti Kode Internasional



mengenai Perilaku Pejabat Publik yang terkandung dalam tambahan resolusi Majelis Umum 51/59 12 Desember 1996.)

4. *Each State Party shall also consider, in accordance with the fundamental principles of its domestic law, establishing measures and systems to facilitate the reporting by public officials of acts of corruption to appropriate authorities, when such as acts come to their notice in the performance of their functions.* (Terjemahan bebas : Setiap negara peserta harus juga mempertimbangkan, sesuai dengan asas-asas hukum nasionalnya, penetapan tindakan-tindakan dan sistem-sistem untuk mempermudah pelaporan pejabat publik mengenai perbuatan-perbuatan korupsi kepada pejabat berwenang yang tepat, ketika perbuatan-perbuatan tersebut diketahui dalam melaksanakan fungsi-fungsinya.)
5. *Each State Party shall endeavour, where appropriate and in accordance with the fundamental principles of its domestic law, to establish measures and systems requiring public officials to make declaration to appropriate authorities, inter alia, their outside activities, employment, investments, assets and substantial gifts or benefits from which a conflict of interest may result with respect to their functions as public officials.* (Terjemahan bebas : Setiap negara peserta harus berupaya, dimana tepat dan sesuai dengan asas-asas hukum nasionalnya, untuk menetapkan tindakan-tindakan dan sistem-sistem yang mewajibkan pejabat-pejabat publik mengumumkan kepada pejabat berwenang yang tepat mengenai, antara lain, kegiatan-kegiatan di luar, pekerjaan, investasi-investasi, kekayaan dan hadiah atau keuntungan yang besarnya yang dapat dihasilkan dari konflik kepentingan berkaitan dengan fungsi-fungsinya sebagai pejabat-pejabat publik.)
6. *Each State Party shall consider taking, in accordance with the fundamental principles of its domestic law, disciplinary or other measures against public officials who violate the codes or standards established in accordance with this article.* (Terjemahan bebas : Setiap negara peserta harus mempertimbangkan, sesuai dengan asas-asas hukum nasionalnya, pengambilan tindakan-tindakan disiplin dan lainnya terhadap pejabat-pejabat publik yang melanggar kode atau standar yang ditetapkan sesuai dengan pasal ini)

Dalam konteks internasional, komitmen menjaga dan menjunjung integritas bagi penyelenggara negara serta pegawai negeri ini telah mendapatkan penegasan dan pengaturan dalam *International Code of Conduct for Public Officials* (Kode internasional mengenai perilaku pejabat publik) yang telah terbentuk jauh sebelum Konvensi Anti-Korupsi PBB. *International Code of Conduct for Public Officials* tersebut terdapat dalam tambahan resolusi Majelis Umum PBB No. 51/59 tanggal 12 Desember 1996. Selengkapnya dalam



International Code of Conduct for Public Officials dimaksud ditentukan, sebagai berikut :

#### I. GENERAL PRINCIPLES (PRINSIP-PRINSIP UMUM)

1. *A public office, as defined by national law, is a position of trust, implying a duty to act in the public interest. Therefore, the ultimate loyalty of public officials shall be to the public interests of their country as expressed through the democratic institutions of government.* (Terjemahan bebas : Suatu jabatan publik, seperti didefinisikan dalam hukum nasional, merupakan suatu kedudukan kepercayaan, yang berarti suatu kewajiban untuk berbuat dalam kepentingan publik. Oleh karena itu, kesetiaan yang terakhir pejabat-pejabat publik harus terletak pada kepentingan publik negaranya sebagaimana dijawantahkan melalui institusi-institusi pemerintah yang demokratis.)
2. *Public officials shall ensure that they perform their duties and functions efficiently, effectively and with integrity, in accordance with laws or administrative policies. They shall at all times seek to ensure that public resources for which they are responsible are administered in the most effective and efficient manner.* (Terjemahan bebas : Pejabat-pejabat publik harus menjamin bahwa mereka melaksanakan tugas-tugas dan fungsi-fungsinya secara efisien, efektif dan dengan integritas, sesuai dengan hukum atau kebijakan administrasi. Setiap saat mereka harus berupaya menjamin bahwa sumber daya publik yang merupakan tanggungjawabnya diselenggarakan dengan cara yang sangat efektif dan efisien.)
3. *Public officials shall be attentive, fair and impartial in the performance of their functions and, in particular, in their relations with the public. They shall at no time afford any undue preferential treatment to any group or individual or improperly discriminate against any group or individual, or otherwise abuse the power and authority vested in them.* (Terjemahan bebas : Pejabat-pejabat publik harus memperhatikan, wajar dan tidak berpihak dalam melaksanakan fungsi-fungsinya dan, khususnya, dalam hubungannya dengan publik. Mereka harus tidak pernah memberikan perlakuan istimewa yang tidak layak kepada suatu kelompok atau individu atau mendiskriminasi secara tidak patut suatu kelompok atau individu, atau yang lainnya menyalahgunaan kekuasaan dan wewenang yang berada padanya.)

#### II. CONFLICT OF INTEREST AND DISQUALIFICATION (KONFLIK KEPENTINGAN DAN PEMBATALAN)

4. *Public officials shall not use their official authority for the improper advancement of their own or their family's personal or financial interest. They shall not engage in any transaction, acquire any position or function or have any financial, commercial or other comparable interest that is incompatible with their office, functions and duties or the discharge thereof.* (Terjemahan bebas : Pejabat-pejabat publik harus tidak menggunakan wewenang jabatannya

untuk memajukan secara tidak patut kepentingan keuangan atau personal miliknya atau keluarganya. Mereka harus tidak terlibat dalam suatu transaksi, meraih suatu posisi atau fungsi, atau memiliki suatu kepentingan keuangan, perdagangan atau lainnya yang sejenis yang bertabrakan dengan jabatan, fungsi dan tugas, atau tanggung jawab dari jabatan, fungsi dan tugasnya itu.)

5. *Public officials, to the extent required by their position, shall, in accordance with laws or administrative policies, declare business, commercial and financial interests or activities undertaken for financial gain that may raise a possible conflict of interest. In situations of possible or perceived conflict of interest between the duties and private interests of public officials, they shall comply with the measures established to reduce or eliminate such conflict of interest.* (Terjemahan bebas : Pejabat-pejabat publik, sejauh diwajibkan oleh posisinya, harus, sesuai dengan hukum atau kebijakan administrasi, memberitahukan kepentingan dan kegiatan usaha, perdagangan dan keuangan yang dilakukan untuk mendapatkan keuntungan yang dapat menimbulkan kemungkinan konflik kepentingan. Dalam situasi-situasi kemungkinan atau diprakirakan konflik kepentingan antara kepentingan tugas dan kepentingan pribadi dari pejabat-pejabat publik, mereka harus tunduk pada tindakan-tindakan yang ditetapkan untuk mengurangi atau menghapuskan konflik kepentingan tersebut.)

6. *Public officials shall at no time improperly use public moneys, property, services or information that is acquired in the performance of, or as a result of, their official duties for activities not related to their official work.* (Terjemahan bebas : Pejabat-pejabat publik harus tidak pernah menggunakan secara tidak patut uang, benda, jasa atau informasi publik yang diperoleh dalam melaksanakan, atau sebagai hasil dari, tugas-tugas jabatannya untuk kegiatan-kegiatan yang tidak berhubungan dengan kerja jabatannya.)

7. *Public officials shall comply with measures established by law or by administrative policies in order that after leaving their official positions they will not take improper advantage of their previous office.* (Terjemahan bebas : Pejabat-pejabat publik harus tunduk pada tindakan-tindakan yang ditetapkan oleh hukum atau kebijakan administrasi agar setelah meninggalkan posisi jabatannya, mereka tidak akan mengambil keuntungan secara tidak patut keuntungan dari jabatan sebelumnya.)

### III. DISCLOSURE OF ASSETS (PENGUMUMAN HARTA KEKAYAAN)

8. *Public officials shall, in accord with their position and as permitted or required by law and administrative policies, comply with requirements to declare or to disclose personal assets and liabilities, as well as, if possible, those of their spouses and/or dependants.* (Terjemahan bebas : Pejabat-pejabat publik harus, sesuai dengan posisinya dan sebagaimana diperkenankan atau diwajibkan oleh hukum dan kebijakan administrasi, tunduk pada kewajiban-kewajiban untuk memberitahukan atau mengumumkan harta kekayaan dan tanggung jawab pribadinya, sekaligus jika mungkin, harta kekayaan dan



tanggung jawab personal pasangan dan/atau yang menjadi tanggungannya.)

#### IV. ACCEPTANCE OF GIFTS OR OTHER FAVOURS (PENERIMAAN HADIAH ATAU KEUNTUNGAN-KEUNTUNGAN LAINNYA)

9. *Public officials shall not solicit or receive directly or indirectly any gift or other favour that may influence the exercise of their functions, the performance of their duties or their judgement.* (Terjemahan bebas : Pejabat-pejabat publik harus tidak meminta atau menerima secara langsung atau tidak langsung suatu hadiah atau keuntungan lainnya yang dapat mempengaruhi pelaksanaan fungsinya, pelaksanaan tugasnya atau keputusannya.)

#### V. CONFIDENTIAL INFORMATION (KETERANGAN RAHASIA)

10. *Matters of a confidential nature in the possession of public officials shall be kept confidential unless national legislation, the performance of duty or the needs of justice strictly require otherwise. Such restrictions shall also apply after separation from service.* (Terjemahan bebas : Hal-hal yang bersifat rahasia milik pejabat-pejabat publik harus tetap rahasia kecuali perundang-undangan nasional, pelaksanaan tugas, atau kebutuhan peradilan secara tegas mewajibkan lain. Pembatasan-pembatasan tersebut juga harus berlaku setelah purna-tugas.)

#### VI. POLITICAL ACTIVITY (KEGIATAN POLITIK)

11. *The political or other activity of public officials outside the scope of their office shall, in accordance with laws and administrative policies, not be such as to impair public confidence in the impartial performance of their functions and duties.* (Terjemahan bebas : Kegiatan politik atau lainnya pejabat-pejabat publik di luar luas lingkup jabatannya harus, sesuai dengan hukum dan kebijakan administrasi, tidak sedemikian rupa merusak kepercayaan publik dalam melaksanakan fungsi-fungsi dan tugas-tugasnya secara tidak memihak)

Integritas penyelenggara negara serta pegawai negeri di Belanda telah mendapatkan penegasan dan pengaturannya dalam setiap wilayah yang disebut

*De Gemeente*. Penegasan dan pengaturan tersebut bertitel *Gedragscode voor Ambtenaren* (Kode Perilaku Penyelenggara Negara serta Pegawai Negeri). Salah satu *Gedragscode voor ambtenaren* tersebut berasal dari *de Gemeente*

*Heerlen*<sup>350</sup> yang muatan tidak berbeda dengan *de Gemeente Maatstricht*, *de Gemeente Limburg*, *de Gemeente Winsum*, *de Gemeente Nijmegen*, *de*

<sup>350</sup>GEDRAGSCODE VOOR AMBTENAREN BIJ DE GEMEENTE HEERLEN, <http://www.integriteitlimburg/documenten/.../heerlenscode.doc>, Selasa, 27 April 2009, jam 06.17 WIB



*Gemeente Woerden*, dan lain-lain. Di bawah berikut sebagian dari *Gedragcode voor Ambtenaren bij de Gemeente Heerlen*.

*Goed ambtenaarschap* (Kepegawaian yang Baik)

*U beseft dat u onderdeel bent van de overheid. U dient het algemeen belang en probeert met uw handelen het vertrouwen in de overheid te versterken.* (Terjemahan bebas : Anda menyadari bahwa anda adalah bagian dari pemerintah. Anda melayani kepentingan umum dan berupaya memperkuat dengan perbuatan-perbuatan anda kepercayaan kepada pemerintah.)

*U houdt zich aan de wettelijke voorschriften en aan algemeen aanvaarde gedragsregels. U treedt correct op tegen burgers en bedrijven. U discrimineert niet en verleent geen voorkeursbehandelingen.*

(Terjemahan bebas : Anda patuh pada ketentuan-ketentuan perundang-undangan dan pada peraturan-peraturan perilaku yang diterima umum.

Anda bertindak benar pada warga dan badan-badan usaha. Anda tidak mendiskriminasi dan tidak memberikan perlakuan-perlakuan yang istimewa.)

*U voert uw werk op een professionele manier uit. U geeft de ambtelijke leiding en het bestuur juiste, relevante en volledige informatie. Situaties waarin u niet volgens uw professionele normen kunt werken stelt u intern aan de orde.* (Terjemahan bebas : Anda melaksanakan pekerjaan anda dengan cara yang profesional. Anda memberikan manajerial kepegawaian dan keterangan pemerintahan yang benar, relevan dan lengkap. Keadaan-keadaan yang membuat anda tidak dapat bekerja sesuai norma-norma profesional, anda usulkan secara internal.)

*U gaat respectvol met uw collega's om. U houdt er rekening mee dat normen en waarden onderling kunnen verschillen. U bent aanspreekbaar op uw gedrag.* (Terjemahan bebas : Anda bergaul secara terhormat dengan kolega-kolega anda. Anda perlu ingat bahwa norma-norma dan nilai-nilai dapat berbeda satu sama lainnya. Anda bertanggungjawab atas perilaku anda.)

*U gaat verantwoord om met middelen van de gemeente (gelden, diensten, goederen, kennis). U vermijdt het maken van onnodige kosten.*

(Terjemahan bebas : Anda bergaul secara bertanggung jawab dengan perangkat-perangkat de *gemeente* [berlaku, dinas, barang, pengetahuan]. Anda menghindari melakukan pembiayaan yang tidak perlu.)

*U draagt verantwoordelijkheid voor uw eigen handelen. U kunt de keuzes die u binnen uw werk maakt verantwoorden.* (Terjemahan bebas :

Anda bertanggungjawab untuk perbuatan-perbuatan anda sendiri. Anda dapat memilih yang anda pertanggungjawabkan dalam pekerjaan anda.)

*U ondersteunt de verantwoordelijkheid van uw leidinggevende door hem of haar waar nodig te informeren.* (Terjemahan bebas : Anda membantu pertanggungjawaban pimpinan anda dimana diperlukan keterangan olehnya)



Di Amerika Serikat,<sup>351</sup> integritas penyelenggara negara dan pegawai negeri juga telah mendapat perhatian dan pengaturan yang tertuang dalam prinsip-prinsip perilaku yang beretika. Pengaturan ini berlangsung secara berjenjang dari tingkat federal sampai tingkat negara bagian. Sebagian pengaturan tentang prinsip-prinsip perilaku yang beretika di bawah berikut merupakan pengaturan yang berasal dari Pemerintah Federal:

*Part I. Principles of Ethical Conduct* (Bagian I. Prinsip-prinsip perilaku yang beretika)

*Section 101. Principles of Ethical Conduct. To ensure that every citizen can have complete confidence in the integrity of the Federal Government, each Federal employee shall respect and adhere to the fundamental principles of ethical service as implemented in regulations promulgated under sections 201 and 301 of this order* (Terjemahan bebas : Bagian 101. Prinsip-prinsip Perilaku yang beretika. Untuk menjamin bahwa setiap warga negara memiliki kepercayaan yang utuh terhadap integritas Pemerintah Federal, tiap-tiap pegawai Federal harus menghormati dan mentaati prinsip-prinsip dasar pelayanan yang beretika sebagaimana dijawantahkan dalam peraturan yang diberlakukan menurut bagian 201 dan 301 ketentuan ini) :

(a) *Public service is a public trust, requiring employees to place loyalty to the Constitution, the laws, and ethical principles above private gain.* (Terjemahan bebas : Pelayanan publik merupakan kepercayaan masyarakat, yang mensyaratkan pegawai untuk menempatkan kesetiaan terhadap Konstitusi, hukum dan prinsip-prinsip yang beretika di atas keuntungan pribadi)

(b) *Employees shall not hold financial interests that conflict with the conscientious performance of duty.* (Terjemahan bebas : Pegawai harus tidak menguasai kepentingan keuangan yang bertentangan dengan pelaksanaan tugas yang berhati-hati)

(c) *Employees shall not engage in financial transactions using nonpublic Government information or allow the improper use of such information to further any private interest.* (Terjemahan bebas : Pegawai harus tidak terlibat dalam transaksi keuangan yang mempergunakan informasi Pemerintah non-publik atau mengizinkan penggunaan secara tidak patut informasi demikian untuk memajukan kepentingan pribadi)

(d) *An employee shall not, except pursuant to such reasonable exceptions as are provided by regulation, solicit or accept any gift or other item of monetary value from any person or entity seeking official action from, doing business with, or conducting activities regulated by the employee's agency, or whose interests may be substantially affected by the performance or nonperformance of the*

<sup>351</sup>Principles of Ethical Conduct for Government Officers and Employees, <http://www.usdaethics.net/rules/rule2.htm>, diunduh Senin, tanggal 18 Oktober 2010, jam 06.00 WIB





*employee's duties.* (Terjemahan bebas : Seorang pegawai harus tidak, kecuali sesuai dengan pengecualian-pengecualian yang pantas sebagaimana ditetapkan oleh peraturan, meminta atau menerima hadiah atau barang lain bernilai uang dari seseorang atau badan yang meminta tindakan resmi dari, berbisnis dengan, atau melakukan kegiatan-kegiatan yang diatur oleh kantor pegawai, atau yang memiliki kepentingan yang dapat dipengaruhi secara substansial oleh pelaksanaan atau tidak dari kewajiban-kewajiban pegawai)

(e) *Employees shall put forth honest effort in the performance of their duties.* (Terjemahan bebas : Pegawai harus mengupayakan kejujuran dalam melaksanakan tugas-tugasnya)

(f) *Employees shall make no unauthorized commitments or promises of any kind purporting to bind the Government.* (Terjemahan bebas : Pegawai harus tidak membuat komitmen atau janji sejenis apapun yang tidak resmi yang bermaksud untuk mengikat Pemerintah)

(g) *Employees shall not use public office for private gain.* (Terjemahan bebas : Pegawai harus tidak menggunakan jabatan publik untuk keuntungan pribadi)

(h) *Employees shall act impartially and not give preferential treatment to any private organization or individual.* (Terjemahan bebas : Pegawai harus bertindak secara tidak memihak dan tidak memberikan perlakuan yang istimewa kepada sebuah organisasi atau seseorang secara pribadi)

(i) *Employees shall protect and conserve Federal property and shall not use it for other than authorized activities.* (Terjemahan bebas : Pegawai harus melindungi dan menjaga properti Federal dan harus tidak menggunakannya untuk aktivitas lain selain aktivitas yang resmi)

(j) *Employees shall not engage in outside employment or activities, including seeking or negotiating for employment, that conflict with official Government duties and responsibilities.* (Terjemahan bebas : Pegawai harus tidak terlibat dalam pekerjaan atau aktivitas di luar, termasuk mencari atau bernegosiasi untuk pekerjaan yang bertentangan dengan tugas-tugas dan tanggung jawab Pemerintah yang resmi)

(k) *Employees shall disclose waste, fraud, abuse, and corruption to appropriate authorities.* (Terjemahan bebas : Pegawai harus memberitahukan pemborosan, penipuan, penyalahgunaan, dan korupsi kepada yang berwenang)

(l) *Employees shall satisfy in good faith their obligations as citizens, including all just financial obligations, especially those such as Federal, State, or local taxes--that are imposed by law.* (Terjemahan bebas : Pegawai harus memenuhi dengan itikad baik kewajiban-kewajibannya sebagai warga negara, termasuk semua kewajiban keuangan yang terbaru, khususnya kewajiban-kewajiban seperti pajak Federal, negara bagian dan lokal – yang ditetapkan oleh hukum)

(m) *Employees shall adhere to all laws and regulations that provide equal opportunity for all Americans regardless of race, color, religion,*

*sex, national origin, age, or handicap.* (Terjemahan bebas : Pegawai harus mematuhi semua hukum dan peraturan yang memberikan kesempatan yang sama untuk semua orang amerika tanpa memandang ras, warna kulit, agama, jenis kelamin, asal-usul warga negara, usia, atau kecacatan)

(n) *Employees shall endeavor to avoid any actions creating the appearance that they are violating the law or the ethical standards promulgated pursuant to this order.* (Terjemahan bebas : Pegawai harus berusaha untuk menghindari setiap tindakan yang menciptakan penampilan bahwa mereka melanggar hukum atau standar etika yang diberlakukan sesuai dengan ketentuan ini)

Inggris<sup>352</sup> juga mengatur integritas penyelenggara negara serta pegawai negeri dalam *Code Civil Servant*. Kode ini merupakan bagian tak terpisahkan dan kunci dalam pemerintahan yang mendukung pengembangan dan pengimplementasian kebijakan serta pelayanan publiknya. Di dalamnya, kode memuat 4 (empat) nilai pokok, yakni : integritas, kejujuran, objektif dan tidak memihak. Selengkapnya kode dimaksud memiliki isi, sebagai berikut :

*'integrity' is putting the obligations of public service above your own personal interests* (Terjemahan bebas : integritas adalah menempatkan kewajiban pelayanan umum di atas kepentingan pribadi);

5. *You must* (Terjemahan bebas : Anda harus) :

- *fulfil your duties and obligations responsibly* (Terjemahan bebas : memenuhi tugas dan kewajiban anda secara bertanggungjawab);
- *always act in a way that is professional and that deserves and retains the confidence of all those with whom you have dealings* (Terjemahan bebas : selalu bertindak dalam cara yang profesional dan yang pantas serta mempertahankan semua itu dengan siapapun anda telah berhubungan);
- *make sure public money and other resources are used properly and efficiently* (Terjemahan bebas : menjamin uang publik dan sumber-sumber lain digunakan secara patut dan efisien);
- *deal with the public and their affairs fairly, efficiently, promptly, effectively and sensitively, to do the best of your ability* (Terjemahan bebas : berhubungan dengan masalah-masalahnya dan publik secara wajar, efisien, segera, efektif dan sensitif, melakukan yang terbaik sesuai dengan kemampuannya);
- *handle information as openly as possible within the legal framework; and comply with the law and uphold the administration of justice* (Terjemahan bebas : menangani informasi terbuka mungkin di dalam kerangka hukum; dan

<sup>352</sup>Civil Service Code, <http://www.civilservice.gov.uk/about/values/cscode/index.aspx>, diunduh Senin, tanggal 18 Oktober 2010, jam 06.15 WIB



mematuhi hukum dan menjunjung tinggi penyelenggaraan peradilan).

6. *You must not* (Terjemahan bebas : Anda harus tidak) :

- *misuse your official position, for example by using information acquired in the course of your official duties to further your private interest or those of others* (Terjemahan bebas : menyalahgunakan posisi jabatan, misalnya mempergunakan informasi yang dikuasai karena tugas jabatan Anda untuk memajukan kepentingan pribadi anda atau kepentingan lainnya);
- *accept gifts or hospitality or receive other benefits from anyone which might reasonably be seen to compromise your personal judgement or integrity* (Terjemahan bebas : menerima hadiah atau pemberian atau menerima keuntungan lainnya dari seseorang yang secara rasional dipandang untuk mengkompromikan keputusan atau integritas pribadi anda); or
- *disclose official information without authority. This duty continues to apply after you leave the Civil Service* (Terjemahan bebas : memberitahukan informasi jabatan tanpa wewenang. Kewajiban ini tetap berlaku setelah anda meninggalkan pegawai negeri).

**'honesty'** is being truthful and open (Terjemahan bebas : kejujuran adalah adanya kebenaran dan terbuka);

7. *You must* (Terjemahan bebas : Anda harus) :

- *set out the facts and relevant issues truthfully, and correct any errors as soon as possible* (Terjemahan bebas : mengemukakan fakta-fakta dan isu-isu yang relevan dengan benar, dan memperbaiki setiap kesalahan sesegera mungkin); and
- *use resources only for the authorised public purposes for which they are provided* (Terjemahan bebas : menggunakan sumber daya hanya untuk tujuan-tujuan publik yang resmi untuk itu mereka disediakan).

8. *You must not* (Terjemahan bebas : Anda harus tidak):

- *deceive or knowingly mislead Ministers, Parliament or others* (Terjemahan bebas : menipu atau memperdaya dengan sengaja para menteri, anggota parlemen atau yang lainnya); or
- *be influenced by improper pressures from others or the prospect of personal gain* (Terjemahan bebas : terpengaruh oleh tekanan-tekanan yang tidak layak dari yang lain atau harapan keuntungan pribadi).

**'objectivity'** is basing your advice and decisions on rigorous analysis of the evidence (Terjemahan bebas : objektif adalah saran dan keputusan anda berdasarkan analisis bukti yang teliti) ; and

9. *You must* (Terjemahan bebas : Anda harus) :

- *provide information and advice, including advice to Ministers, on the basis of the evidence, and accurately present the options and facts* (Terjemahan bebas : menyediakan informasi dan saran, termasuk saran kepada para menteri, atas dasar bukti, dan memberikan pilihan-pilihan dan fakta-fakta yang akurat);
- *take decisions on the merits of the case; and take due account of expert and professional advice* (Terjemahan bebas : mengambil





keputusan yang bermanfaat bagi kasus tersebut; dan mempertimbangkan saran ahli dan profesional secara layak).

10. *You must not* (Terjemahan bebas : Anda harus tidak):

- *ignore inconvenient facts or relevant considerations when providing advice or making decisions* (Terjemahan bebas : mengabaikan fakta-fakta yang sesuai atau pertimbangan-pertimbangan yang relevan ketika memberikan saran atau membuat keputusan); or
- *frustrate the implementation of policies once decisions are taken by declining to take, or abstaining from, action which flows from those decisions* (Terjemahan bebas : mengagalkan pelaksanaan kebijakan ketika keputusan diambil dengan menolak untuk mengambil, atau abstain dari, tindakan yang berasal dari keputusan-keputusan itu).

**'impartiality'** *is acting solely according to the merits of the case and serving equally well Governments of different political persuasions* (Terjemahan bebas : tidak memihak adalah bertindak hanya sesuai dengan keberuntungan untuk kasus tersebut dan melayani pemerintahan dari pengaruh-pengaruh politik yang berlainan secara benar-benar sama).

11. *You must* (Terjemahan bebas : Anda harus):

- *carry out your responsibilities in a way that is fair, just and equitable and reflects the Civil Service commitment to equality and diversity* (Terjemahan bebas : melaksanakan tanggung jawab anda dalam suatu cara yang wajar, adil dan sederajat dan mencerminkan pelayan sipil yang berkomitmen dengan kesamaan dan keberagaman).

12. *You must not* (Terjemahan bebas : Anda harus tidak):

- *act in a way that unjustifiably favours or discriminates against particular individuals or interests* (Terjemahan bebas : bertindak dalam suatu cara yang menguntungkan dengan tidak benar atau memperlakukan secara berbeda terhadap individu-individu atau kepentingan-kepentingan tertentu).

Kode Prilaku untuk penyelenggara negara serta pegawai negeri sejenis ini belum terdapat di Jerman. Namun demikian, ada terdapat di Perancis.<sup>353</sup> Kode etik ini terkenal dengan sebutan *Code de déontologie*. Di dalam kode tersebut, ada terkandung *A Guide to the Laws Governing the Conduct of French Public Servants* (Pedoman bagi Pengaturan mengenai Prilaku Pegawai Negeri Perancis).

Saat ini, kerangka hukum bagi penyelenggara negara serta pegawai negeri

<sup>353</sup>Klaus Dekker, PRMPS, A Guide to the Laws Governing the Conduct of French Public Servants, <http://www1.worldbank.org/publicsector/anticorrupt/KlausEthicsRMedits.doc>, diunduh Senin, tanggal 18 Oktober 2010, jam 07.05 WIB



dimaksud terdapat dalam *the General Civil Service Act for State and Territorial Civil Servant*. Singkatnya kode tersebut memuat beberapa prinsip, antara lain :

1. *Personal and exclusive service (exercice personnel et exclusif)*

Menurut prinsip pertama yang diatur dalam Pasal 25 *the General Civil Service Act for State and Territorial Civil Servant* ini, "*public officials have to devote their entire professional activity to the tasks they have been assigned to*"

(Terjemahan bebas : penyelenggara negara serta pegawai negeri harus mengabdikan seluruh kegiatan profesionalnya untuk tugas-tugas yang diberikan kepadanya).

2. *Duty to obey (devoir d'obéissance)*

Berdasarkan prinsip kedua yang ditetapkan dalam Pasal 28 *the General Civil Service Act for State and Territorial Civil Servant* ini, "*every public official has to observe the instructions given by his superior.... An exception to this duty to obey if two cumulative conditions are fulfilled: The order has to be clearly illegal and likely to seriously harm a public interest.*" (Terjemahan bebas :

Setiap penyelenggara negara serta pegawai negeri harus mematuhi perintah yang diberikan oleh atasannya....Pengecualian terhadap kewajiban untuk patuh ini, jika dua syarat dipenuhi secara kumulatif : Perintah harus jelas-jelas ilegal dan cenderung merugikan secara serius kepentingan publik).

3. *Duty to be impartial (obligation d'impartialité)*

Sesuai dengan prinsip ketiga yang diatur dalam Pasal 7 "*code de déontologie de la police nationale*" dan yurisprudensi,

- *A public official is supposed not to be impartial if one of his personal interests is affected by a certain decision* (Terjemahan bebas : Penyelenggara negara serta pegawai negeri diharapkan tidak menjadi tidak memihak jika salah satu kepentingan pribadinya dipengaruhi oleh suatu keputusan tertentu); and

- *A public official is considered to be partial if he has made a preliminary public statement on the particular issue concerned* (Terjemahan bebas : Penyelenggara negara serta pegawai negeri dipandang menjadi memihak jika ia telah membuat pernyataan umum pendahuluan mengenai isu tertentu yang terkait).

#### 4. *Duty to be neutral (obligation de neutralité)*

Prinsip kewajiban untuk netral berkaitan erat dengan prinsip persamaan.

Sejauh berkaitan dengan kode etik ini, ada terdapat 3 (tiga) aspek yang dapat dibedakan : non-diskriminasi (*Non-discrimination*), kewajiban untuk mematuhi

sikap tutup mulut tertentu (*duty to be reserved / obligation de reserve*); dan

prinsip sekuler (*secular principle / principe de laïcité*).

##### Non-diskriminasi

Prinsip non-diskriminasi diatur dalam Pasal 6, 7 dan 18 the General Civil Service Act. Menurut prinsip ini, "*A Public officials are not only under the legal*

*obligation to treat similar cases in the same way, but they are also not allowed to make a difference for reasons of origin, sex, morality, ethnicity,*

*nationality, race or religion.*" (Terjemahan bebas : Penyelenggara negara serta

pegawai negeri tidak hanya menurut kewajiban hukum untuk memperlakukan kasus-kasus yang sama dalam cara yang sama, tetapi juga mereka tidak

diperkenankan untuk membuat perbedaan karena alasan asal-usul, jenis kelamin, moral, etnik, kewarganegaraan, ras atau agama)

##### Kewajiban untuk mematuhi sikap tutup mulut tertentu

Menurut Pasal 6 *the General Civil Act*, "*A public officials are free to express their opinion.*" (Terjemahan bebas : Penyelenggara negara serta pegawai

negeri bebas mengekspresikan pendapatnya) Namun demikian, kebebasan

berpendapat ini dibatasi sesuai dengan keadaan-keadaan kasus yang sebenarnya. Dalam yurisprudensi, pengadilan memepertimbangkan serangkaian





indikator untuk menentukan apakah seorang penyelenggara negara serta pegawai negeri telah gagal untuk mematuhi kewajibannya untuk bersikap tutup mulut, khususnya kewajiban tersebut ketat selama masa dinas.

Prinsip sekuler

Berdasar atas yurisprudensi, "*A public officials have to respect the beliefs and convictions of the users of government services.*" (Terjemahan bebas :

Penyelenggara negara serta pegawai negeri harus menghormati kepercayaan dan keyakinan pengguna dinas pemerintah)

5. *Duty of professional discretion and professional secret (obligation de discretion professionnelle, le secret professionnel)*

Sesuai dengan Pasal 26 *the General Civil Act*, "*the public official gets to know during his service or in relation with his service.*" (Terjemahan bebas :

penyelenggara negara serta pegawai negeri dapat mengetahui [setiap fakta, informasi dan dokumen] selama masa dinasnya atau berhubungan dengan dinasnyanya). Namun demikian, ada terdapat beberapa profesi yang harus merahasiakan fakta, informasi dan dokument tersebut. Profesi-profesi tersebut adalah (a) dokter dan para menteri dikarenakan negaranya, (b) pekerja sosial, perawat, bidan dikarenakan profesinya dan (c) penyelenggara negara serta pegawai negeri dengan misi-misi tertentu.

6. *Integrity (devoir de probité)*

The General Civil Act tidak memuat mengenai integritas moral ini secara eksplisit. Namun demikian dalam yurisprudensi diberi contoh, bahwa "*the Public officials must not only be polite during their service, but they also have to avoid any scandal in their private life that is likely to have a negative effect on their administration.*" (Terjemahan bebas : Penyelenggara negara serta

pegawai negeri harus tidak hanya ramah selama masa dinas, tetapi mereka juga harus menghindari skandal dalam kehidupan pribadinya yang berkecenderungan memiliki dampak negatif terhadap pemerintahannya)

#### 7. Disinterested service (exercice désintéressé)

Menurut yurisprudensi, "*the public officials are not allowed to appropriate public money, to use it for private purposes or to waste it. But they also have to be disinterested by private money.*" (Terjemahan bebas: penyelenggara negara serta pegawai negeri tidak diperkenankan untuk mengambil uang publik, menggunakannya untuk tujuan-tujuan pribadi atau memboroskannya. Tetapi juga mereka harus tidak berkepentingan yang pribadi-pribadi)

Selain dalam *International Code of Conduct for Public Officials* dan di beberapa negara di atas, penegasan dan pengaturan untuk menjaga dan menjunjung integritas penyelenggara negara serta pegawai negeri pun telah pula terdapat di Indonesia. Berdasarkan Peraturan Pemerintah No. 42 Tahun 2004 tentang Pembinaan Jiwa Korps dan Kode Etik Pegawai Negeri Sipil, integritas penyelenggara negara serta pegawai negeri harus diupayakan sebagai bagian meningkatkan kualitas dalam menjalankan tugas-tugasnya. Pasal 6 Peraturan Pemerintah No. 42 Tahun 2004 tersebut menetapkan nilai-nilai dasar bagi Pegawai Negeri Sipil, sebagai berikut :

Nilai-nilai Dasar yang harus dijunjung tinggi oleh Pegawai Negeri Sipil meliputi :

- a. ketaqwaan kepada Tuhan Yang Maha Esa;
- b. kesetiaan dan ketaatan kepada Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945;
- c. semangat nasionalisme;
- d. mengutamakan kepentingan Negara di atas kepentingan pribadi dan golongan;
- e. ketaatan terhadap hukum dan peraturan perundang-undangan;
- f. penghormatan terhadap hak-hak manusia;
- g. tidak diskriminatif;
- h. profesionalisme, netralitas dan bermoral tinggi;



i. semangat jiwa korps.

Nilai-nilai dasar tersebut dielaborasi dalam kode etik Pegawai Negeri Sipil yang tertuang dalam Pasal 7 sampai dengan Pasal 12 Peraturan Pemerintah No. 42 Tahun 2004. Kode etik Pegawai Negeri Sipil tersebut mencakup etik dalam bernegara, etika dalam berorganisasi, etika dalam bermasyarakat, etika terhadap diri sendiri dan etika terhadap sesama Pegawai Negeri Sipil. Penguraian di bawah berikut menggambarkan kode etik Pegawai Negeri Sipil tersebut.

Etika bernegara meliputi :

- a. melaksanakan sepenuhnya Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945;
- b. mengangkat harkat dan martabat bangsa dan bernegara;
- c. menjadi perekat dan pemersatu bangsa dalam Negara Kesatuan Republik Indonesia;
- d. menaati semua peraturan perundang-undangan yang berlaku dalam melaksanakan tugas;
- e. akuntabel dalam melaksanakan tugas penyelenggaraan pemerintahan yang bersih dan berwibawa;
- f. tanggap, terbuka, jujur, dan akurat, serta tepat waktu dalam melaksanakan setiap kebijaksanaan dan program Pemerintah;
- g. menggunakan atau memanfaatkan semua sumber daya Negara secara efisien dan efektif;
- h. tidak memberikan kesaksian palsu atau keterangan yang tidak benar.

Etika dalam berorganisasi meliputi :

- a. melaksanakan tugas dan wewenang sesuai ketentuan yang berlaku;
- b. menjaga informasi yang bersifat rahasia;



c. melaksanakan setiap kebijaksanaan yang ditetapkan oleh Pejabat yang berwenang;

d. membangun etos kerja untuk meningkatkan kinerja organisasi;

e. menjalin kerja sama secara kooperatif dengan unit kerja lain yang terkait dalam rangka pencapaian tujuan;

f. memiliki kompetensi dalam pelaksanaan tugas;

g. patuh dan taat terhadap standar operasional dan tata kerja;

h. mengembangkan pemikiran secara kreatif dan inovatif dalam rangka peningkatan kinerja organisasi;

i. berorientasi pada upaya peningkatan kualitas kerja.

Etika dalam bermasyarakat meliputi:

a. mewujudkan pola hidup sederhana;

b. memberikan pelayanan dengan empati, hormat dan santun, tanpa pamrih dan tanpa unsur pemaksaan;

c. memberikan pelayanan secara cepat, tepat, terbuka, dan adil serta tidak diskriminatif;

d. tanggap terhadap keadaan lingkungan masyarakat;

e. berorientasi kepada peningkatan kesejahteraan masyarakat dalam melaksanakan tugas.

Etika terhadap diri sendiri meliputi:

a. jujur dan terbuka serta tidak memberikan informasi yang tidak benar;

b. bertindak dengan penuh kesungguhan dan ketulusan;

c. menghindari konflik kepentingan pribadi, kelompok maupun golongan;

d. berinisiatif untuk meningkatkan kualitas pengetahuan, kemampuan, ketrampilan, dan sikap;





- e. memiliki daya juang yang tinggi;
- f. memelihara kesehatan rohani dan jasmani;
- g. menjaga keutuhan dan keharmonisan keluarga;
- h. berpenampilan sederhana, rapih, dan sopan.

Etika terhadap sesama Pegawai Negeri Sipil meliputi:

- a. saling menghormati sesama warga negara yang memeluk agama/kepercayaan yang berlainan;
- b. memelihara rasa persatuan dan kesatuan sesama Pegawai Negeri Sipil;
- c. saling menghormati antara teman sejawat baik secara vertikal maupun horizontal dalam suatu unit kerja, instansi, maupun antar instansi;
- d. menghargai perbedaan pendapat;
- e. menjunjung tinggi harkat dan martabat Pegawai Negeri Sipil;
- f. menjaga dan menjalin kerja sama yang kooperatif sesama Pegawai Negeri Sipil;
- g. berhimpun dalam satu wadah Korps Pegawai Republik Indonesia yang menjamin terwujudnya solidaritas dan soliditas semua Pegawai Negeri Sipil dalam memperjuangkan hak-haknya.

Tabel 13 berikut ini memberikan deskripsi keberadaan integritas penyelenggara negara serta pegawai negeri, kepercayaan terhadap integritas penyelenggara negara serta pegawai negeri dan milik negara sebagai kepentingan hukum yang harus dilindungi dalam dalam *International Code of Conduct for Public Officials* serta di pelbagai negara.

**Tabel 13 : Integritas, Kepercayaan terhadap Integritas, dan Harta Negara sebagai Kepentingan Hukum yang harus Diindungi dalam *International Code of Conduct for Public Officials* serta di pelbagai negara**

No.	Konvensi/Negara	Kepentingan Hukum yang harus Dilindungi		
		Integritas	Kepercayaan	Milik Negara
1.	<i>International Code of Conduct</i>	√	√	√
2.	Belanda	√	√	√
3.	Amerika Serikat	√	√	√
4.	Inggris	√	√	√
5.	Perancis	√	√	√
6.	Indonesia	√	√	√

Sumber : Bahan Hukum Primer diolah

Keterangan : √ = ada

X = tidak ada

Semakin menguatnya keharusan berintegritas bagi penyelenggara negara serta pegawai negeri dalam konteks internasional maupun di pelbagai negara dan semakin kompleksnya muatan atau kandungan integritas itu sendiri, maka berpengaruh terhadap keberadaan penyalahgunaan wewenang; perlu diketahui, bahwa integritas penyelenggara negara serta pegawai negeri dan kepercayaan terhadap integritas penyelenggara negara serta pegawai negeri berkaitan erat dengan tata kelola pemerintahan yang baik (*good governance*) yang merupakan salah satu kunci aksi yang akan dilakukan untuk mencegah korupsi.<sup>354</sup> Pentingnya integritas penyelenggara negara serta pegawai negeri ini juga telah ditulis dengan tepat oleh J.E. Sahetapy,<sup>355</sup> antara lain :

Meskipun sudah disumpah pakai Kitab Suci pada saat terima jabatan, sumpah itu sekedar kembang upacara. Kultur Indonesia tidak [lagi] mengenal rasa MALU dan atau rasa BERSALAH. Agama juga sudah tidak berarti lagi. Artinya, 'hati nuraninya atau 'integritas' tidak lagi berfungsi. Lalu apa itu makna 'INTEGRITAS', yang suka diobralkan di Indonesia. 'Integritas' berarti '*the quality of being honest and of always having high moral principles*'. Jadi, tidak ada 'integritas' atau kejujuran dan tidak

<sup>354</sup>Komisi Pemberantasan Korupsi (KPK), Direktorat Penelitian dan Pengembangan, *Tata Kelola Pemerintahan yang Baik (Pengalaman Empirik : Kab. Solok, Kota Pekanbaru, Prov. Gorontalo, Kab. Wonosobo, Kota Yogyakarta, Kota Surakarta, Kab. Sragen, Kab. Glayar dan Kab. Jembrana)*, Jakarta : Komisi Pemberantasan Korupsi, 2006, hal. 1

<sup>355</sup>J.E. Sahetapy, "Akar Korupsi," *Desain Hukum*, Vol. 10, No. 2, Maret 2010, ISSN 1829-7943, hal. 35



memiliki prinsip moralitas yang tinggi, adalah akar korupsi. (Dikursif dan digarisbawahi oleh J.E. Sahetapy)

Oleh karena itu, kriteria penyalahgunaan wewenang tidak dapat lagi diartikan sekedar "mempergunakan suatu wewenang untuk tujuan yang lain selain tujuan wewenang tersebut diberikan" (*gebruik een bevoegdheid voor een ander doel dan waarvoor die bevoegdheid is gegeven*). Penyalahgunaan wewenang telah ikut mengalami perluasan muatan atau kandungannya. Dengan demikian, kriteria penyalahgunaan wewenang pun menjadi semakin kompleks.

Beberapa negara yang telah melakukan penyesuaian dan perubahan kriteria penyalahgunaan wewenang dalam hukum administrasi negara sesuai dengan keberadaan integritas bagi penyelenggara negara serta pegawai negeri adalah Belanda, Amerika Serikat, Inggris dan Perancis.

Di Belanda,<sup>356</sup> kriteria penyalahgunaan wewenang telah mengalami perluasan sesuai dengan kepentingan hukum yang harus dilindunginya. Ada terdapat beberapa penambahan dan perluasan kriteria penyalahgunaan wewenang selain dari "*gebruik een bevoegdheid voor een ander doel dan waarvoor die bevoegdheid is gegeven*" (mempergunakan suatu wewenang untuk tujuan yang lain selain tujuan wewenang tersebut diberikan). Penambahan kriteria penyalahgunaan wewenang tersebut melalui yuridprudensi yang meliputi, antara lain :

1. bertentangan dengan asas kecermatan (*strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel*);
2. karena motivasi yang diberikan padanya tidak dapat mendukung suatu keputusan (*omdat de daaraan gegeven motivering het besluit niet kon dragen*); dan

<sup>356</sup>J.H. van Kreveld, *Loc.Cit.*

3. instansi pemerintah memperhatikan tujuan pembentuk undang-undang secara patut untuk dapat mencapai kebijakan (*de bestuursinstantie gelet op het doel van de wetgever in redelijkheid tot de vaststelling van de beleidregel komen*)

Seperti halnya di Belanda, kriteria penyalahgunaan wewenang juga mengalami perkembangan dan perluasan sesuai dengan kepentingan hukum yang dilindungi di Amerika Serikat; Perlu diketahui, bahwa penyalahgunaan wewenang di Amerika Serikat menggunakan istilah yang berlainan dengan negara-negara lain, yakni : *abuse of discretion* yang dipersamakan dengan istilah *abuse of power* sebagaimana dikemukakan oleh Kenneth L. Karst dan Keith S. Rosenn : *"the concepts of abuse of power closely approximate abuse of discretion in United States of administrative law."*<sup>357</sup> (Terjemahan bebas : Konsep

penyalahgunaan wewenang sangat mendekati penyalahgunaan diskresi di hukum administrasi Amerika Serikat) Kriteria penyalahgunaan wewenang ini berkembang dan meluas dalam putusan-putusan pengadilan di Amerika Serikat, seperti :

1. Dimana agen tidak melaksanakan diskresi dalam arti yang bijaksana, teliti, cermat dan melaksanakan melaksanakan secara hati-hati, hal tersebut adalah penyalahgunaan diskresi, *vide Murray v Buell* 74 wls, 14, 41, N.W.10110; dan *Sharon v Sharon* 75 Cal 1, 16 Pac 345. (*Where agency does not exercise a discretion in the sense of being discreet, circumspect, prudent and exercising cautious judgment, it is an abuse of discretion*<sup>358</sup>)

<sup>357</sup>Kenneth L. Karst dan Keith S. Rosenn, *Law and Development in Latin America : a case book*, California : University of California Press, 1975, hal. 102

<sup>358</sup>Henry Campbell Black, *A Law Dictionary*, Second Ed., St. Paul Minn : West Publishing Co., 1910, hal. 11





2. Penyalahgunaan diskresi secara berat dan jelas merupakan suatu istilah yang biasanya dipakai untuk membenarkan keterlibatan dengan pelaksanaan kekuasaan diskresi, berarti tidak hanya adanya kesalahan memutuskan, tetapi keinginan yang jahat, nafsu, kecurigaan, memihak atau moral yang nakal. Melaksanakan suatu keputusan dengan jujur, meskipun tampak ada kesalahan, hal tersebut bukan merupakan penyalahgunaan diskresi, *vide People v New York, K, Co, 29, NY. 418, 431; dan Stroup v Raymond 183 pa, 279 Atz, 626, 63 An, St. Rep. 758. (...gross and palpable abuse of discretion, which are the terms ordinarily employed to justify an interference with the exercise of discretionary power, implies not merely error of judgment, but perversity of will, passion, prejudice, partiality or moral delinquency. The exercise of an honest judgment, however erroneous it may appear to be, is not an abuse of discretion*<sup>359)</sup>

Selain hal-hal yang disebutkan di atas, Robert Frank Cushman dan James J. Myers menambahkan bahwa penyalahgunaan diskresi juga meliputi kesewenang-wenangan (*arbitrary*), tiba-tiba (*capricious*) dan diberikan dengan itikad buruk (*rendered in bad-faith*).<sup>360</sup>

Penyalahgunaan wewenang di Inggris pun telah mengalami perluasan sedemikian rupa sehingga sesuai dengan kepentingan hukum yang hendak dilindungi seperti di Belanda dan Amerika Serikat. Anthony Wilfred Bradley dan Keith D Ewing<sup>361</sup> menyebutkan beberapa kriteria penyalahgunaan wewenang. Di bawah berikut beberapa kriteria penyalahgunaan wewenang dimaksud sebagaimana yang disimpulkan dari pelbagai putusan pengadilan di Inggris.

<sup>359</sup> *Ibid.*

<sup>360</sup> Robert Frank Cushman dan James J. Myers, *Construction Law Handbook*, Vol. 2, New York : Aspen Publisher Online, 1999, hal. 995

<sup>361</sup> Anthony Wilfred Bradley dan Keith D Ewing, *Constitutional and Administrative Law*, ed. 14, Essex : Pearson longman, 2007, hal. 677-682

a. Penyalahgunaan wewenang dalam arti bahwa tindakan-tindakan pejabat tersebut berdasarkan pertimbangan-pertimbangan yang tidak relevan (*irrelevant considerations*). Kewenangan yang berada pada pejabat publik harus dilaksanakan sesuai dengan maksud pembentuk undang-undang sebagaimana dapat disimpulkan dari undang-undang tersebut.

b. Penyalahgunaan wewenang dalam arti bahwa tindakan-tindakan pejabat tersebut berdasarkan tujuan-tujuan yang tidak patut (*Improper purposes*).

Tujuan-tujuan yang tidak patut tersebut meliputi :

- Memperhitungkan pertimbangan yang tidak relevan dalam melaksanakan suatu wewenang (*Taking an irrelevant consideration into account in the exercise of a power*);
- Gagal memperhitungkan pertimbangan yang relevan dalam melaksanakan suatu wewenang (*failing to take a relevant consideration into account in the exercise of a power*);
- Melaksanakan suatu wewenang untuk tujuan selain daripada tujuan yang wewenang tersebut diberikan (*an exercise of a power for a purpose other than purpose for which the power is conferred*);
- Melaksanakan suatu wewenang diskresi dengan itikad buruk (*an exercise of a discretionary power in bad-faith*);
- Melaksanakan suatu wewenang diskresi perseorangan atas pengarahan atau perintah orang lain (*an exercise of a personal discretionary power at the direction or behest of another person*);
- Melaksanakan suatu wewenang diskresi sesuai dengan peraturan atau kebijakan tanpa memandang manfaat terhadap kasus tertentu (*an exercise*

*of a discretionary power in accordance with a rule or policy without regard to the merits of the particular case);*

- Melaksanakan suatu wewenang yang sangat tidak rasional, bahwa tiada orang yang rasional dapat melaksanakan wewenang tersebut (*an exercise of a power that is so unreasonable that no reasonable person could have so exercised the power*);

- Melaksanakan suatu wewenang dalam cara sedemikian bahwa hasil pelaksanaan wewenang tersebut adalah tidak pasti (*an exercise of a power in such a way that the result of the exercise of the power is uncertain*); dan

- Setiap melaksanakan suatu wewenang yang lain dalam suatu cara yang penyalahgunaan wewenang (*any other exercise of power in a way that is an abuse of power*).

c. Penyalahgunaan wewenang dalam arti bahwa tindakan-tindakan pejabat tersebut berdasarkan kesalahan mengenai hukumnya (*error of law*). Maksud "kesalahan mengenai hukumnya" ini memiliki cakupan lebih luas daripada sekedar kekeliruan menafsirkan perundang-undangan. Pejabat yang diberi kepercayaan dengan suatu wewenang tersebut harus mengarahkan secara tepat wewenangnya itu sendiri pada hukum tersebut.

d. Penyalahgunaan wewenang dalam arti bahwa pejabat tersebut telah mendelegasikan wewenangnya kepada yang lainnya tanpa alas hukum yang valid (*unauthorised delegation*).

e. Penyalahgunaan wewenang dalam arti bahwa tindakan-tindakan pejabat tersebut telah membelenggu atau membatasi sedemikian rupa pelaksanaan wewenang itu (*authority may not be fettered*). Kewenangan tidak boleh diserahkan, apakah penyerah wewenang mengambil bentuk kontrak di muka



untuk melaksanakan wewenang tersebut dalam suatu cara tertentu atau menentukan sebelumnya cara wewenang tersebut harus dilaksanakan.

f. Penyalahgunaan wewenang dalam arti bahwa ada terdapat pelanggaran kewajiban keuangan pejabat lokal (*breach of a local authority's financial duties*). Suatu dasar peninjauan kontroversial yang berlaku untuk pejabat lokal adalah bahwa pejabat tersebut diharapkan untuk mematuhi standar pertanggungjawaban keuangan yang patut kepada pembayar pajak, tetapi batas-batas kewajiban ini sulit untuk ditentukan.

g. Penyalahgunaan wewenang dalam arti bahwa pejabat tersebut telah gagal memberikan alasan-alasan yang rasional dalam rangka pengambilan suatu keputusan (*failure to give reasons*). Pemberian alasan-alasan yang rasional untuk pengambilan keputusan merupakan salah satu dasar pemerintahan yang baik.

Dalam buku berjudul *French Administrative Law and The Common Law World*, Bernard Schwartz menjelaskan bahwa di Perancis penyalahgunaan wewenang telah mengalami perluasan sedemikian rupa sehingga berubah sesuai dengan kepentingan hukum yang hendak dilindungi. Sesungguhnya, penyalahgunaan wewenang merupakan pelanggaran terhadap semangat hukum (*the spirit of the law*). Sementara itu, setiap undang-undang dibentuk demi kepentingan umum. Ada terdapat penyalahgunaan wewenang, bilamana pejabat mempergunakan wewenangnya untuk tujuan yang jelas-jelas mengasingkan kepentingan umum.<sup>362</sup> Adapun kriteria penyalahgunaan wewenang yang dimaksudkan adalah, antara lain :

<sup>362</sup>Lihat Bernard Schwartz, *French Administrative Law and The Common Law World*, New Jersey : The Lawbook Exchange Ltd., 2006, hal. 216-218





a. Penyalahgunaan wewenang dalam arti bahwa tindakan-tindakan pejabat telah tidak mentaati prosedur yang wajar dan mendasar (*fundamental or fair procedure have not been observed*);

b. Penyalahgunaan wewenang dalam arti bahwa pejabat yang tindakan-tindakannya tersebut telah dimotivasi, bukan oleh kepentingan umum, tetapi oleh kepentingan pribadi (*cases in which the author of the challenged act was motivated, not by the public interest, but by a personal one*);

c. Penyalahgunaan wewenang dalam arti bahwa pejabat tersebut bertindak yang dianggap olehnya merupakan kepentingan umum, meskipun begitu perbuatannya dilakukan *invalid* karena kepentingan yang dimaksudkan bukanlah kepentingan yang pembentuk undang-undang, dalam memberikan wewenang kepadanya, harus selenggarakan (*he act for what he deems to be the public good, but his action is nonetheless held invalid because the good he intended is not that which the legislature, in conferring power upon him, sought to promote*).<sup>363</sup>

Sementara itu, kriteria penyalahgunaan wewenang belum mengalami penyesuaian dengan kepentingan hukum yang dilindungi di Indonesia.

Penyalahgunaan wewenang masih berarti hanya mempergunakan wewenang untuk tujuan selain daripada wewenang tersebut diberikan saja. Walaupun kecermatan terdapat dalam yurisprudensi semata-mata berdiri sendiri sebagai bagian dari asas-asas umum pemerintahan yang layak, dan bukan sebagai bagian dari penyalahgunaan wewenang itu sendiri. Hal ini dapat ditemukan dalam Putusan Mahkamah Agung No. 113K/TUN/2002 tanggal 23 Maret 2006 yang menetapkan Kepala Kantor Wilayah Departemen Kesehatan Provinsi

<sup>363</sup> *Ibid.*

Sulawesi Selatan telah melanggar asas kecermatan. Di samping itu, ada terdapat putusan Mahkamah Agung RI No. 20 K/TUN/2007 tanggal 6 November 2007 yang menguatkan putusan Pengadilan Tinggi TUN Medan No. 67 BDG/2006/PT.TUN MDN tanggal 25 Juli 2006 dan putusan PTTUN Jakarta No. 68/B/2008/PT.TUN JKT tanggal 27 Juni 2008 yang menguatkan putusan PTUN Pontianak No. 25/G/2007 PTUN PTK. Kedua putusan ini menetapkan, bahwa Badan Pertanahan Nasional (BPN) di masing-masing wilayahnya dalam menerbitkan Sertifikat Hak Milik (SHM) telah bertentangan dengan asas kecermatan, karena penerbitan Sertifikat Hak Milik (SHM) tersebut tanpa penelitian yang seksama.

Ada terdapat kejelasan, bahwa pelbagai negara di atas telah memberikan kriteria penyalahgunaan wewenang secara luas dan beragam dalam Hukum Administrasi Negaranya. Untuk mempermudah mencermati persamaan dan perbedaannya, maka tabel 14 di bawah berikut mendeskripsikan kriteria penyalahgunaan wewenang dalam Hukum Administrasi Negara di negara-negara tersebut.



**Tabel 14 : Kriteria Penyalahgunaan Wewenang dalam Hukum Administrasi Negara di Beberapa Negara**

No.	Negara	Kriteria Penyalahgunaan Wewenang
1.	Belanda	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Menggunakan wewenang untuk tujuan selain daripada tujuan wewenang tersebut diberikan;</li> <li>2. Kecermatan;</li> <li>3. Motivasi; dan</li> <li>4. Kepatutan.</li> </ol>
2.	Amerika Serikat	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Kecermatan;</li> <li>2. Kesewenang-wenangan;</li> <li>3. Tiba-tiba; dan</li> <li>4. Itikad buruk.</li> </ol>
3.	Inggris	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Pertimbangan yang tidak relevan;</li> <li>2. Tujuan-tujuan yang tidak patut;</li> <li>3. Kesalahan mengenai hukumnya;</li> <li>4. Didelegasikan tanpa alas hukum valid;</li> <li>5. Pelaksanaan wewenang dibelunggu atau dibatasi sedemikian rupa;</li> <li>6. Pelanggaran terhadap kewajiban keuangan pejabat lokal; dan</li> <li>7. Gagal untuk memberikan alasan.</li> </ol>
4.	Perancis	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Tidak sesuai prosedur;</li> <li>2. Untuk kepentingan pribadi; dan</li> <li>3. Tidak sesuai dengan tujuan atau maksud pembentuk undang-undang.</li> </ol>
5.	Indonesia	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Menggunakan wewenang untuk tujuan selain daripada tujuan wewenang tersebut diberikan</li> </ol>

Sumber : Bahan Hukum Sekunder diolah

Penerapan istilah dan kriteria penyalahgunaan wewenang menurut hukum administrasi negara tersebut di atas ke hukum pidana dapat dilakukan berdasarkan doktrin otonomi hukum pidana (*autonomie van strafrecht*). Doktrin ini dikembangkan di Belanda oleh H.A. Demeersseman.<sup>364</sup> Menurut doktrin dimaksud, hukum pidana memiliki otonomi untuk memberikan makna atau pengertian berbeda atas suatu istilah atau kata yang pada saat bersamaan istilah atau kata tersebut juga merupakan bagian dari bidang hukum lain, seperti, hukum perdata dan hukum administrasi negara. Oleh karena itu, ada terdapat kemungkinan yang sangat besar untuk terciptanya disharmonisasi. Meskipun

<sup>364</sup>Lihat Jan Remmelink dan Derkje Hazewinkel-Suringa, *Op.Cit.*, hal. 16; lihat juga, J de Hullu, *Op.Cit.*, hal 37

demikian, jika istilah atau kata tersebut belum atau tidak memiliki makna atau pengertian yang eksplisit dalam hukum pidana maka dapat dipergunakan makna atau pengertian dari istilah atau kata yang sama berdasarkan teori-teori, konstruksi-konstruksi atau fiksi dari bidang hukum lainnya. Di sini, ada terdapat upaya yang kuat untuk menciptakan harmonisasi antara hukum pidana di satu pihak dengan hukum perdata dan hukum administrasi negara di lain pihak. Hal dapat disimpulkan dari pernyataan Jan Rimmelink dan Derkje Hazewinkel-Suringa,<sup>365</sup> antara lain :

*In 1985 verscheen over dit onderwerp de belangrijke VU-dissectatie van H.A. Demeersseman, de Autonomie van het materiele strafrecht, die talloze voorbeelden van dergelijke disharmonieën geeft en waarin wordt gesteld, dat in het vasthouden aan een uniforme betekenis van een term voor alle rechtsgebieden niet de eenheid van het recht gelegen is; juist wanneer men elk rechtsgebied de volle vrijheid laat om zo goed mogelijk aan zijn functie te beantwoorden en daarmee dergelijke disharmonieën accepteert, dient men de eenheid van het recht. Deze is immers daarin gelegen, dat de rechtsgebieden te zamen, elk op een zo effectief mogelijke wijze, een rechtvaardige ordening van die samenleving kunnen nastreven.* (Terjemahan bebas : Di tahun 1985 telah terbit tentang topik ini sebuah disertasi Vrij Universiteit yang penting dari H.A. Demeersseman, Otonomi Hukum Pidana Materiil, yang memberikan banyak contoh disharmonisasi demikian dan yang di dalamnya dinyatakan bahwa dalam mempertahankan suatu arti yang seragam dari suatu istilah untuk semua bidang hukum tidak terkandung suatu kesatuan hukum; persis bilamana orang membiarkan kepada masing-masing bidang hukum kebebasan yang penuh untuk menyesuaikan sebaik mungkin dengan fungsinya dan oleh karena menerima disharmonisasi demikian, orang harus menyatukan hukum. Sesungguhnya hal ini dikandung bahwa bidang-bidang hukum bersama-sama, masing-masing atas cara yang seefektif mungkin, dapat mengupayakan suatu penataan masyarakat yang adil)

Beberapa istilah Hukum Administrasi Negara yang telah menjadi bagian dari hukum pidana Belanda adalah *zonder vergunning* (tanpa izin) dan *ambtenaar* (penyelenggara negara serta pegawai negeri). Istilah tanpa izin menjadi bagian dari hukum pidana berdasarkan Putusan Hoge Raad 9 April 2002,

<sup>365</sup> *Ibid.*



NJ 2002, 535 m.nt YB (i.v.m. *een gedoogbeschikking*),<sup>366</sup> sedangkan istilah penyelenggara negara serta pegawai negeri menurut Putusan Hoge Raad tanggal 1 Desember 1992, NJ 1993, 354 dan Pasal 184 Sr.<sup>367</sup>

Selain di Belanda, doktrin otonomi hukum pidana ini dikembangkan dan dianut juga di Belgia.<sup>368</sup> Menurut Raf Verstraeten dan Frank Verbruggen, meskipun ada terdapat banyak petunjuk bahwa hukum pidana adalah otonom dari bidang-bidang hukum lainnya, hal tersebut berkaitan dengan otonomi yang relatif, khususnya pada wilayah fungsi dan wilayah konsepsi. Tegasnya, Raf Verstraeten dan Frank Verbruggen<sup>369</sup> menulis sebagai berikut :

*Het strafrecht is niet volledig autonoom, maar is evenmin slechts een hulprecht van andere rechtstakken. Ook al zijn er veel aanwijzingen dat het strafrecht autonoom is t.a.v. andere rechtstakken, het gaat om een relatieve autonomie, met name op functioneel en op conceptueel vlak.*  
(Terjemahan bebas : Hukum pidana tidak sepenuhnya otonom, tetapi tidak juga hanya merupakan hukum bantu dari bidang-bidang hukum yang lain. Meskipun ada terdapat banyak petunjuk bahwa hukum pidana adalah otonom dari bidang-bidang hukum lainnya, hal tersebut berkaitan dengan otonomi yang relatif, khususnya pada wilayah fungsional dan wilayah konsepsional)

Berdasar atas otonomi fungsional, otonomi konsepsional muncul. Hal tersebut berarti bahwa hakim pidana saat menafsirkan perundang-undangan pidana dan saat menerapkan ketentuan-ketentuan pidana tidak perlu harus memberikan arti atau cakupan yang sama pada pengertian-pengertian, definisi-definisi dan lembaga-lembaga yang berasal dari bidang-bidang hukum lainnya. Khususnya hal ini dilakukan, bilamana pembentuk undang-undang telah berharap mengamankan kepentingan-kepentingan yang berlainan atau dengan cara yang berbeda dibandingkan dengan cara dari bidang-bidang hukum yang

<sup>366</sup>Lihat J. de Hullu, *Op.Cit.*, hal. 37

<sup>367</sup>*Ibid.*

<sup>368</sup>Raf Verstraeten dan Frank Verbruggen, *Strafrecht en Strafprocesrecht-Deel 1*, Antwerpen-Apeldoorn : Maklu-Uitgevers N.V., 2007, hal. 6-8

<sup>369</sup>*Ibid.*



bersangkutan. Mengenai hal ini, Mahkamah Agung Belgia<sup>370</sup> dalam *Arrest Cassasie* 1995, nr. 170, tanggal 27 Maret 1995 memutuskan sebagai berikut :

*De strafrechter mag – ook op burgerrechtelijk gebied – oordelen aan de hand van begrippen die aan andere rechtstakken zijn ontleend, zonder gehouden te zijn aan begrippen de specifieke betekenis toe te kennen die zij in die andere rechtstakken hebben, en zonder de begrippen te hanteren zoals die in die andere rechtstakken (wettelijke) wordt geregeld.* (Terjemahan bebas : Hakim pidana boleh – juga pada bidang hukum perdata – memutuskan berdasarkan pengertian-pengertian yang berasal dari bidang-bidang hukum lainnya, tanpa terikat pada pengertian-pengertian yang mengakui arti tertentu yang ia miliki dalam bidang-bidang hukum lain tersebut, dan tanpa mempergunakan pengertian-pengertian yang diatur dalam [perundang-undangan] bidang-bidang hukum lain tersebut)

Sebaliknya sebagai pengecualian, bilamana pembentuk undang-undang telah berkeinginan mengamankan kepentingan-kepentingan yang sama atau dengan cara yang sama seperti cara dari bidang-bidang hukum yang bersangkutan, maka hakim pidana wajib mengikuti dan memutuskan sesuai dengan pengertian-pengertian yang mengakui arti tertentu yang terdapat dalam bidang-bidang hukum tersebut atau mempergunakan pengertian-pengertian yang diatur dalam (perundang-undangan) bidang-bidang hukum tersebut. Raf Verstraeten dan Frank Verbruggen<sup>371</sup> berkesimpulan dalam tulisannya : "*Toch verplicht de wetgever de strafrechter in uitzonderlijke gevallen om zich bij de interpretatie van strafwetten te schikken naar de regels van burgerlijke recht.*"

(Terjemahan bebas : Jadi, pembentuk undang-undang mewajibkan hakim pidana dalam hal-hal khusus saat menafsirkan perundang-undangan pidana untuk memutuskan sesuai dengan peraturan-peraturan hukum perdata) Bahkan di Belgia, kewajiban hakim pidana yang demikian ini telah diatur dalam Pasal 16

<sup>370</sup> *Ibid.*

<sup>371</sup> *Ibid.*



V.T.Sv. Pasal 16 V.T.Sv.<sup>372</sup> yang berkaitan dengan ketentuan pembuktian, berbunyi :

*Dat wanneer misdrijf verband houd met de uitvoering van een overeenkomst waarvan het bestaan wordt ontleend of waarvan de uitlegging wordt betwist, de strafrechter zich bij de beslissing over het bestaan van die overeenkomst of over de uitvoering ervan gedraagt naar regels van het burgerlijk recht.* (Terjemahan bebas : Bahwa bilamana kejahatan berhubungan dengan pelaksanaan suatu perjanjian yang karena itu diperoleh keberadaannya atau yang karena itu diragukan penafsirannya, hakim pidana mendukung keputusan tentang keberadaan perjanjian tersebut atau pelaksanaan perjanjian tersebut sesuai peraturan-peraturan hukum perdata)

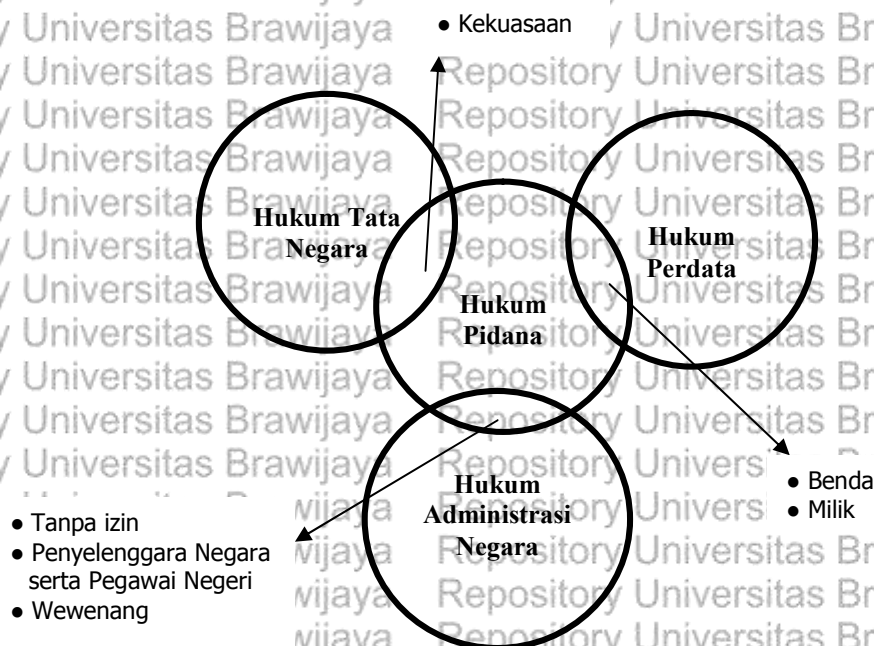
Negara yang juga dipandang menganut doktrin otonomi hukum pidana adalah Perancis.<sup>373</sup> Pengertian beberapa istilah dalam hukum pidana diambil-alih dari pengertian istilah yang berasal dari bidang-bidang hukum lain, seperti hukum perdata dan hukum administrasi negara. Salah satunya adalah pengertian "milik" dari tindak pidana pencurian.

Gambar 2 di bawah berikut memberikan deskripsi otonomi hukum pidana terhadap hukum perdata, hukum tata negara dan hukum administrasi negara.

<sup>372</sup> *Ibid.*

<sup>373</sup> R. Legros, *Essai L'autonomie du droit pénal*, R.D.P. 1956-57, 143-176, nr. 17, lihat dalam Alain De Nauw, *Op.Cit.*, hal. 246

## Gambar 2 : Otonomi Hukum Pidana terhadap Hukum Perdata, Hukum Tata Negara dan Hukum Administrasi Negara



Sumber : Bahan Hukum Sekunder diolah

Di Indonesia, kriteria bagian inti delik penyalahgunaan wewenang yang tercantum dalam Pasal 3 Undang-undang No. 31 Tahun 1999 telah mengikuti dan sesuai dengan kriteria penyalahgunaan wewenang yang terdapat di dalam hukum administrasi negara yang telah mengalami perkembangan. Hal ini berarti pula, bahwa ada terdapat pengakuan dan penerimaan doktrin otonomi hukum pidana. Beberapa putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia yang mengakui dan menerima doktrin otonomi hukum pidana tersebut meliputi, antara lain : (1) Putusan No. 1340 K/Pid/1992 tanggal 17 Februari 1992; (2) Putusan No. 977 K/Pid/2004 tanggal 10 Juni 2005; (3) Putusan No. 979 K/Pid/2004 tanggal 10 Juni 2005; (4) Putusan No. 981 K/Pid/2004 tanggal 10 Juni 2005; dan (5) Putusan No. 742 K/Pid/2007 tanggal 16 Mei 2007.

Dalam Putusan No. 1340 K/Pid/1992 tanggal 17 Februari 1992, Mahkamah Agung telah mengambil-alih istilah dan kriteria penyalahgunaan wewenang (*detournement de pouvoir*) sebagaimana yang terdapat dalam hukum



administrasi negara ke dalam Pasal 1 ayat (1) sub b Undang-undang No. 3 Tahun 1971. Yang dimaksud dengan istilah dan kriteria penyalahgunaan wewenang menurut hukum administrasi negara tersebut, yakni : "mengggunakan wewenangnya untuk tujuan lain dari maksud diberikannya wewenang tersebut" seperti yang telah ditentukan dalam Pasal 52 ayat (2) huruf b Undang-undang No. 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara.

Sesuai dengan putusan Putusan No. 977 K/Pid/2004 tanggal 10 Juni 2005, Putusan No. 979 K/Pid/2004 tanggal 10 Juni 2005 dan Putusan No. 981 K/Pid/2004 tanggal 10 Juni 2005, Mahkamah Agung telah memperluas kriteria penyalahgunaan wewenang dalam Pasal 3 Undang-undang No. 31 Tahun 1999. Perluasan tersebut merujuk pada perkembangan kriteria penyalahgunaan wewenang dalam hukum administrasi negara di Perancis. Mahkamah Agung dalam Putusannya No. 977 K/Pid/2004 tanggal 10 Juni 2005, Putusan No. 979 K/Pid/2004 tanggal 10 Juni 2005 dan Putusan No. 981 K/Pid/2004 tanggal 10 Juni 2005 menyatakan, sebagai berikut :

- bahwa *judex facti* telah keliru dalam menafsirkan "unsur menyalahgunakan kewenangan" sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 ayat (1) sub. b, Undang- Undang No.3 Tahun 1971;
- bahwa sehubungan dengan unsur tidak pidana tersebut, terlebih dahulu perlu dikemukakan pendapat-pendapat Prof. Dr. Indriyanto Seno Adji, SH.MH. dalam makalahnya "Antara" Kebijakan Publik" (Publiek Beleid, Azas Perbuatan Melawan Hukum Materiel Dalam Perspektif Tindak Pidana Korupsi di Indonesia yang pokoknya adalah "Pengertian penyalahgunaan "menyalahgunakan wewenang" dalam Hukum Pidana, khususnya dalam tindak pidana korupsi tidak memiliki pengertian yang eksplisitas sifatnya.
- bahwa mengingat tidak adanya eksplisitas pengertian tersebut dalam Hukum Pidana, maka dipergunakan pendekatan ektensif berdasarkan doktrin yang dikemukakan oleh H.A. Demeersemen tentang kajian "De Autonomie van bet 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.

- bahwa apakah yang dimaksudkan dengan disharmoni dalam hal-hal dimana kita memberikan pengertian dalam Undang-Undang Hukum Pidana dengan isi lain mengenai pengertian yang sama bunyinya dalam cabang hukum lain, ataupun dikesampingkan teori, fiksi dan konstruksi dalam menerapkan 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;

- bahwa Ajaran tentang "*Autonomie van het Materiele Strafrecht*" diterima oleh Pengadilan Negeri Jakarta Utara yang selanjutnya dikuatkan oleh Putusan Mahkamah Agung RI. No.1340 K / Pid / 1992 tanggal 17 Februari 1992 sewaktu adanya perkara tindak pidana korupsi yang dikenal dengan perkara "Sertifikat Ekspor" dimana Drs. Menyok Wijono didakwa melanggar Pasal 1 ayat (1) sub B Undang-Undang No.3 Tahun 1971 sebagai Kepala Bidang Ekspor Kantor Wilayah IV, Direktorat Jenderal Bea & Cukai Tanjung Priok, Jakarta. Oleh Mahkamah Agung RI. Dilakukan penghalusan hukum (*rechtsverwijning*) pengertian yang luas dari Pasal 1 ayat (1) sub b Undang-Undang No.3 Tahun 1971 dengan cara mengambil alih pengertian "menyalahgunakan kewenangan" yang ada pada Pasal 52 ayat (2) huruf b Undang-Undang No.5 Tahun 1986 (tentang Peradilan Tata Usaha Negara), yaitu telah menggunakan wewenangnya untuk tujuan lain dari maksud diberikannya wewenang tersebut atau yang dikenal dengan "*detournement de pouvoir*". Memang, pengertian *detournement de pouvoir*, dalam kaitannya dengan Freies Ermessen ini mengalami perluasan arti berdasarkan Yurisprudensi di Perancis. Menurut Prof. Jean Rivero dan Prof. Waline, pengertian penyalahgunaan kewenangan dalam Hukum Administrasi dapat diartikan dalam 3 wujud, yaitu :

1. Penyalahgunaan kewenangan untuk melakukan tindakan-tindakan yang bertentangan dengan kepentingan umum atau untuk menguntungkan kepentingan pribadi, kelompok atau golongan;
2. Penyalahgunaan kewenangan dalam arti bahwa tindakan pejabat tersebut adalah benar 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;



Akhirnya berdasar atas Putusan No. 742 K/Pid/2007 tanggal 16 Mei 2007, Mahkamah Agung mempertegas putusan yang sudah pernah diputus sebelumnya. Yang dimaksud dengan putusan yang sudah pernah diputus sebelumnya itu adalah Putusan No. 1340 K/Pid/1992 tanggal 17 Februari 1992.

Mahkamah Agung menyatakan dengan tegas, antara lain :

bahwa sehubungan dengan pengertian unsur “menyalahgunakan kewenangan” dalam pasal 3 Undang-undang No.31 Tahun 1999 jo Undang-undang No.20 Tahun 2001, Mahkamah Agung adalah berpedoman pada putusannya tertanggal 17 Pebruari 1992, No.1340 K/Pid/1992, yang telah mengambil alih pengertian “menyalahgunakan kewenangan” yang pada pada pasal 52 ayat (2) huruf b Undang-undang No.5 Tahun 1986, yaitu telah menggunakan wewenangnya untuk tujuan lain dari maksud diberikan wewenang tersebut atau yang dikenal dengan “*detournement de pouvoir*” ....

Tabel 15 di bawah berikut membandingkan 4 (empat) Putusan Mahkamah mengenai kriteria penyalahgunaan wewenang dalam tindak pidana korupsi di Indonesia.



**Tabel 15 : Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia mengenai Kriteria Penyalahgunaan Wewenang dalam Tindak Pidana Korupsi di Indonesia**

No.	Perkara	Kriteria Penyalahgunaan Wewenang dalam Tindak Pidana Korupsi
1.	<u>Drs. Menyok Wijono</u> No. 1340 K/Pid/1992, tgl. 17 Februari 1992	telah menggunakan wewenangnya untuk tujuan lain dari maksud diberikannya wewenang tersebut atau " <i>detournement de pouvoir</i> ".
2.	<u>Prof. Dr. H. Heru Soepratomo, SH., SE</u> No. 977 K/Pid/2004, tgl. 10 Juni 2005	a. melakukan tindakan-tindakan yang bertentangan dengan kepentingan umum atau menguntungkan kepentingan pribadi, kelompok atau golongan; b. tindakan pejabat tersebut adalah benar ditujukan untuk kepentingan umum, tetapi menyimpang dari tujuan apa kewenangan tersebut diberikan oleh Undang-undang atau peraturan-peraturan lain; dan c. menyalahgunakan prosedur yang seharusnya dipergunakan untuk mencapai tujuan tertentu, tetapi telah mempergunakan prosedur lain agar terlaksana.
3.	<u>Drs. Hendrobudiyanto</u> No. 979 K/Pid/2004, tgl. 10 Juni 2005	a. melakukan tindakan-tindakan yang bertentangan dengan kepentingan umum atau menguntungkan kepentingan pribadi, kelompok atau golongan; b. tindakan pejabat tersebut adalah benar ditujukan untuk kepentingan umum, tetapi menyimpang dari tujuan apa kewenangan tersebut diberikan oleh Undang-undang atau peraturan-peraturan lain; dan c. menyalahgunakan prosedur yang seharusnya dipergunakan untuk mencapai tujuan tertentu, tetapi telah mempergunakan prosedur lain agar terlaksana.
4.	<u>Paul Soetopo Tjokronegoro, SE, ME, MPE</u> No. 981 K/Pid/2004, tgl. 10 Juni 2005	a. melakukan tindakan-tindakan yang bertentangan dengan kepentingan umum atau menguntungkan kepentingan pribadi, kelompok atau golongan; b. tindakan pejabat tersebut adalah benar ditujukan untuk kepentingan umum, tetapi menyimpang dari tujuan apa kewenangan tersebut diberikan oleh Undang-undang atau peraturan-peraturan lain; dan c. menyalahgunakan prosedur yang seharusnya dipergunakan untuk mencapai tujuan tertentu, tetapi telah mempergunakan prosedur lain agar terlaksana.
5.	<u>Wahyono Herwanto, SH dan Yamiral Aziz Santoso</u> No. 741K/Pid/2007, tgl. 16 Mei 2007.	telah menggunakan wewenangnya untuk tujuan lain dari maksud diberikan wewenang tersebut atau yang dikenal dengan " <i>detournement de pouvoir</i> "

Sumber : Bahan Hukum Primer diolah

Berdasarkan putusan-putusan Mahkamah Agung di atas, maka ada terdapat 3 (tiga) hal yang tampak jelas. **Pertama**, pembentuk undang-undang telah tidak memberikan kriteria yang terperinci bagian inti delik penyalahgunaan wewenang yang tercantum dalam Pasal 3 UUPTPK 1999. Mengenai tidak terperinci kriteria bagian inti delik penyalahgunaan wewenang ini, Mahkamah Agung telah akui dalam Putusan No. 1340 K/Pid/1992 tanggal 17 Februari 1992 jo. Putusan No. 977 K/Pid/2004 tanggal 10 Juni 2005. Tidak terperinci kriteria bagian inti delik penyalahgunaan wewenang ini disebabkan pembentukan undang-undang No. 3 Tahun 1971 sebagai undang-undang pemberantasan tindak pidana korupsi yang pertama di Indonesia berlangsung dalam waktu yang relatif singkat kurang lebih 8 (delapan) bulan terhitung tanggal 11 Juli 1970 sampai dengan tanggal 29 Maret 1971, sehingga pembahasan bagian inti delik penyalahgunaan wewenang tidak tuntas.<sup>374</sup> Bahkan dalam Surat Pengantar Menteri Kehakiman No. J.S. 5/6/17 tanggal 11 Juli 1970 berkaitan dengan pengajuan rancangan undang-undang pemberantasan tindak pidana korupsi tidak dibahas secara mendalam mengenai bagian inti delik penyalahgunaan wewenang. Justru hal-hal baru lainnya<sup>375</sup> yang mendapat perhatian meliputi:

- a. Perbuatan pidana korupsi mengandung unsur melawan hukum dalam arti yang formal dan yang materil;
- b. Apabila tanpa alasan yang wajar dan tidak melapor kepada yang berwajib dalam waktu sesingkat-singkatnya mengenai pemberian sesuatu atau suatu janji, dipandang sebagai perbuatan pidana korupsi;
- c. Percobaan atau permufakatan untuk melakukan perbuatan pidana korupsi, dipandang sebagai delik selesai atau delik sui generis;

<sup>374</sup>Lihat Bambang Purnomo, *Potensi Kejahatan Korupsi di Indonesia*, Jakarta : Bina Aksara, 1983, hal. 30

<sup>375</sup>*Ibid.*



d. Perampasan barang bukti diperluas, tidak hanya hal-hal yang ditentukan oleh Pasal 39 KUHP;

e. Terdakwa wajib memberikan keterangan tentang seluruh harta kekayaan keluarga dan setiap orang serta badan hukum yang diduga mempunyai hubungan dengan perkara yang bersangkutan;

f. Hakim dapat memperkenankan terdakwa untuk membuktikan bahwa ia tidak bersalah melakukan perbuatan pidana korupsi, tanpa mengurangi kewajiban jaksa memberikan pembuktian kesalahan terdakwa;

g. Apabila terdakwa tidak berhasil memberikan keterangan yang memuaskan dalam sidang pengadilan tentang sumber kekayaannya, maka keterangan tersebut dapat dipergunakan untuk memperkuat keterangan saksi lain bahwa terdakwa telah melakukan perbuatan pidana korupsi;

h. Kecuali beberapa anggota keluarga dekat setiap orang wajib memberikan keterangan saksi atau ahli, dan kecuali petugas agama wajib memberikan keterangan sebagai saksi sekalipun mereka itu menurut ketentuan hukum yang berblaku wajib merahasiakan pengetahuannya berhubung dengan martabat, jabatan, dan kedudukannya;

i. Dalam pemeriksaan pendahuluan atau di persidangan keterangan saksi dilarang menyebut nama atau alamat atau hal-hal lain yang memberikan kemungkinan dapat diketahuinya pelapor;

j. Jika terdakwa setelah dipanggil dengan semestinya ternyata tidak hadir dalam sidang tanpa memberikan alasan yang sah, maka ia dapat diputus dalam pemeriksaan di luar kehadirannya;

k. Perkara korupsi harus didahulukan daripada perkara yang lain;



- l. Barang kepunyaan terhukum dapat dirampas dan di samping itu terhukum dapat dihukum untuk membayar uang pengganti yang jumlahnya sama dengan nilai harta benda yang diperoleh dari korupsi;
- m. Apabila diperlukan bank wajib memberikan keterangan mengenai keadaan keuangan atau surat berharga tersangka dan keluarganya, atas permintaan yang diajukan oleh Jaksa Agung/Mahkamah Agung;
- n. Pada prinsipnya dianut proses perkara yang justisiabel bukan militer diajukan ke pengadilan umum, sedangkan yang justisiabel militer diajukan ke pengadilan militer, kecuali apabila diperlukan koneksi pada perkara korupsi yang diadili di pengadilan negeri dengan hakim-hakim peradilan umum dan peradilan militer, atau dalam hal koneksi pada perkara korupsi yang diadili di pengadilan militer dengan hakim-hakim dari peradilan militer dan peradilan umum;
- o. Pengusutan perkara korupsi baik yang dilakukan oleh orang militer maupun yang bukan militer dipimpin dan dikoordinasikan oleh Jaksa Agung selaku penegak hukum dan penuntut umum tertinggi; dan
- p. Pada tahap menuntutan setelah cukup alasan untuk mengajukan perkara ke pengadilan, maka demi pelaksanaan penegakan hukum tidak dipergunakan wewenang perwira penyerah perkara untuk menutup perkara atau menyelesaikan secara disiplin sebagaimana daitur dalam hukum acara pidana militer.

**Kedua**, doktrin otonomi hukum pidana merupakan doktrin yang telah diakui dan diterima sebagai yurisprudensi tetap (*standard arrest*) di Indonesia.<sup>376</sup>

Khususnya pengambilalihan kriteria penyalahgunaan wewenang menurut hukum

<sup>376</sup>Lihat juga Putusan Mahkamah Agung No. 2257 K/Pid/2006 tanggal 5 Desember 2006, terdakwa Lim Kian Yin.

administrasi negara (Pasal 52 ayat (2) huruf b Undang-undang No. 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara) ke dalam hukum pidana (Pasal 3 Undang-undang No. 31 Tahun 1999), berdasar atas eksplisitas istilah yang dipergunakan semata-mata sebagaimana telah dicantumkan oleh Mahkamah Agung dalam Putusan No. 977 K/Pid/2004 tanggal 10 Juni 2005, Putusan No. 979 K/Pid/2004 tanggal 10 Juni 2005 dan Putusan No. 981 K/Pid/2004 tanggal 10 Juni 2005.

**Ketiga**, kepentingan hukum yang hendak dilindungi dan cara melindungi kepentingan hukumnya adalah sama, yakni : integritas penyelenggara negara serta pegawai negeri dan kepercayaan atas integritas, tidak disebutkan secara tersurat, melainkan ada terdapat secara tersirat. Dalam Putusan No. 977 K/Pid/2004 tanggal 10 Juni 2005, Putusan No. 979 K/Pid/2004 tanggal 10 Juni 2005 dan Putusan No. 981 K/Pid/2004 tanggal 10 Juni 2005, Mahkamah Agung menimbang, antara lain :

Menimbang, bahwa Mahkamah Agung berpendapat fakta-fakta yang telah terbukti tersebut di atas, membuktikan bahwa perbuatan Terdakwa selaku salah seorang Direksi Bank Indonesia telah memenuhi unsur "**menyalahgunakan kewenangannya**" dari tindak pidana yang dimaksud dalam Pasal 1 ayat 1 sub (b) Undang- Undang No.3 Tahun 1971, dalam pengertian sebagaimana dimaksud oleh Yurisprudensi Mahkamah Agung tanggal 17 Februari 1992 No.1340 K/Pid/1992 dalam perkara Terpidana Drs. Menyok Wijono dan pendapat Prof. Jean Rivero dan Prof. Wiline yang dianut oleh Yurisprudensi Perancis sebagaimana telah dikemukakan dalam pertimbangan diatas, berdasarkan alasan-alasan sebagai berikut :

1. bahwa Terdakwa dan Direksi Bank Indonesia lainnya melakukan tindakan-tindakan yang menguntungkan kelompok atau golongan, dalam hal ini bank-bank yang sedang mengalami saldo negatif ;
2. bahwa Terdakwa dan Direksi Bank Indonesia lainnya telah menyalahgunakan prosedur yang seharusnya dipergunakan untuk mencapai tujuan tertentu, tetapi telah menggunakan prosedur lain agar terlaksana, yaitu untuk mengatasi bank-bank yang sedang mengalami saldo negatif, seharusnya bukan dengan memberikan Fasilitas Saldo Debet yang memang tidak ada ketentuan yang menjadi dasar hukum untuk menempuh prosedur tersebut, dan yang ditempuh seharusnya prosedur pemberian saldo dalam bentuk Fasilitas Diskonto;





3. bahwa sebenarnya sarana untuk memberikan bantuan kepada bank-bank yang sedang mengalami saldo negatif bukan Fasilitas Saldo Debet tetapi Fasilitas Diskonto, yang syarat-syaratnya, prosedur dan mekanismenya diatur dalam Surat Keputusan Direksi Bank Indonesia tanggal 20 Januari 1984 No.16/54/Kep/Dir. jo Surat Keputusan Bank Indonesia tanggal 20 Oktober 1988 No.21 /54/Kep/Dir. Jo Surat Keputusan Bank Indonesia tanggal 20 Februari 1991 No.231/84/Kep/Dir. dan Surat Edaran yang mengatur petunjuk pelaksanaannya jo Pasal 32 ayat (3) Undang-Undang No.3 Tahun 1968 dan Pasal 37 ayat (2) huruf b Undang-Undang No.7 Tahun 1968, yang seluruh peraturan tersebut masih berlaku sewaktu Terdakwa masih menjadi anggota Direksi Bank Indonesia;
4. bahwa dari segi mekanisme pengawasan terdapat kesulitan dan ketidakmampuan Pengawas dalam mengawasi dan memantau penggunaan Fasilitas Saldo Debet;
5. bahwa pemberian Fasilitas Saldo Debet oleh Bank Indonesia kepada bankbank yang sedang mengalami saldo debet telah menguntungkan Bank-Bank Penerima, karena dengan diterimanya fasilitas tersebut, transaksi bank-bank tersebut menjadi lancar ;
6. bahwa dana Bank Indonesia yang diberikan kepada bank-bank yang sedang mengalami saldo negatif, yang kemudian tidak dapat dikembalikan oleh Bank-Bank Penerima fasilitas saldo debet tersebut akhirnya dibebankan kepada APBN;

Selanjutnya Mahkamah Agung menambahkan :

Fasilitas Diskonto sebagaimana ditentukan dalam Pasal 32 ayat 3 Undang-Undang No.13 Tahun 1965 dan Pasal 37 ayat (2) b Undang-Undang No.7 Tahun 1992 dengan peraturan pelaksanaannya berupa:

1. Surat keputusan Direksi Bank Indonesia tanggal 27 Oktober 1988 No.21 /54 / Kep / Dir., tentang Penyediaan Fasilitas Diskonto Dalam Rupiah,
2. Surat Keputusan Bank Indonesia tanggal 28 Pebruari 1991 No.23 /84/ Kep/ Dir. Tentang Tata Cara Penyediaan Fasilitas Diskonto dan
3. Surat Edaran tanggal 27 Oktober 1988 tentang Penyediaan Fasilitas Diskonto Dalam Rupiah;

- Bahwa lagi pula ketentuan yang ada sudah jelas memberi batas wewenang dan tindakan yang harus dilakukan kalau bank mengalami saldo debet. Tetapi hal itu ternyata tidak dilakukan sebagaimana mestinya. Malahan yang dilakukan sebaliknya yaitu tetap memberikan fasilitas saldo kredit dan lainlain fasilitas. Dengan demikian jelas telah terjadi penyalahgunaan wewenang yang secara nyata merugikan negara.

- bahwa dalam hal keadaan memaksa, walaupun tidak secara eksplisit disebutkan tetapi dengan memberi gambaran tentang krisis likuidasi akibat "rush" sebagai kelanjutan krisis moneter, secara implisit mengandung makna ada situasi krisis keuangan dan perbankan yang harus diatasi oleh Bank Indonesia. Keadaan krisis ini membenarkan Bank Indonesia mengambil langkah langkah yang menyimpang dari ketentuan yang berlaku. Harus diakui ada situasi krisis, tetapi apakah



sudah memenuhi suatu syarat untuk melakukan suatu penyimpangan demi apa yang disebut "the necessary to achieve that compelling end".

- bahwa berdasarkan ketentuan yang ada dan kewenangan yang dimiliki Bank Indonesia sudah harus tertutup jalan lain sehingga perlu menyimpangi aturan yang ada. Sama sekali tidak dapat ditunjukkan suatu keadaan bahwa tanpa membuka terus kran saldo debit, maka sistem perbankan dan keuangan akan sama sekali tidak berfungsi. Apalagi terbukti bahwa sesungguhnya kondisi bank yang tidak sehat tersebut telah ada sebelum krisis moneter.

- bahwa suatu beleid yang dalam hal tertentu dikaitkan dengan "kebenaran bertindak" haruslah suatu kebebasan dalam kerangka hukum dan untuk suatu tujuan yang dibenarkan secara hukum, bukan sebaliknya;

- Bahwa dalam hal resiko, sebagai bagian dari penyelenggara pemerintah negara, sudah semestinya Bank Indonesia mengaitkan resiko yang timbul akibat kebijakan tersebut terhadap negara. Dalam keadaan serba krisis negara harus memikul beban yang begitu besar akibat tingkah laku buruk yang tidak menjalankan prinsip-prinsip perbankan secara baik dan benar. Hal ini mesti diperhitungkan oleh Bank Indonesia. Sangat tidak layak dan bertentangan dengan kepatutan suatu beleid yang justru mendalilkan beban bank-bank menjadi beban negara atau rakyat serba kekurangan.

- bahwa mengenai tanggung jawab Terdakwa, Terdakwa sangat membenarkan bahwa tindakan dilakukan sebagai pelaksanaan putusan direksi secara terselubung ingin memberi "image" bahwa direksi yang bertanggung jawab atau lebih luas korporasi yang bertanggung jawab.

- bahwa Bank Indonesia pada dasarnya adalah fungsi administrasi negara. Pejabat - Pejabatnya menjalankan jabatan administrasi negara yang bertanggung jawab atas segala keputusan atau dalam menjatuhkan putusan. Dari bukti yang tidak dibantah Terdakwa secara nyata menetapkan bank tetap bank yang tetap meminta fasilitas saldo debit dan berbagai fasilitas lain, karena itu sudah semestinya bertanggung jawab.

Oleh karena itu, sudah seharusnya penyalahgunaan wewenang tidak hanya memuat kriteria "menyimpang dari tujuan wewenang tersebut diberikan

oleh undang-undang atau peraturan lain" saja, tetapi juga mengandung kriteria

"kecermatan" (*zorgvuldigheid*) serta kriteria "kepatutan" (*redelijkheid*) yang

seyogyanya dimuat dalam penjelasan undang-undang pemberatasan tindak

pidana korupsi yang akan datang. Berdasarkan perspektif yuridis, kriteria-kriteria

penyalahgunaan wewenang yang demikian tersebut telah mendapat penegasan

dalam putusan pengadilan administrasi di Belanda; dalam hal ini, Putusan CBB-7





Oktober 1969, SEW 718 mengenai sistem penentuan harga maximum dan putusan *Afdeling rechtspraak van de Raad van State* (AR) 17 April 1979 t B/S II, nr. 42. mengenai perizinan menangkap ikan di perairan pantai, dan juga dalam putusan pengadilan administrasi di Amerika Serikat; dalam hal ini, kasus *General Motor Vs. Energy Regulatory Commission*, 613 F.2d 939 (D.C. Cir. 1979) mengenai implementasi undang-undang udara yang bersih 1977, juga dalam putusan pengadilan administrasi di Inggris dan Perancis sebagaimana telah diuraikan sebelumnya.

Berdasarkan perspektif filosofis, sesungguhnya kecermatan serta kepatutan bukan merupakan prinsip atau norma yang "asing" bagi Indonesia.

Bertindak cermat dan bertindak patut ini sesuai dengan pandangan hidup bangsa Indonesia dan sumber dari segala sumber hukum negara di Indonesia,<sup>377</sup>

Pancasila. Kecermatan itu sendiri merupakan sifat dan tindakan yang mencerminkan sila pertama Ketuhanan Yang Maha Esa. Hal tersebut tersurat dalam Pidato Sambutan Presiden RI pada Pembukaan Konverensi Besar Jam'iyah Nahdhatul Ulama, tanggal 5 Mei 1975, di Jakarta. Pidato Sambutan Presiden RI dimaksud tertulis, sebagai berikut :

Mengingat bahwa "Pembangunan Indonesia jelas merupakan kepentingan seluruh Bangsa Indonesia" serta "memerlukan keikutsertaan dan tanggung jawab dari seluruh masyarakat dengan pelbagai macam Agama", maka "perlu sekali digali ajaran-ajaran Agama untuk mendorong berhasilnya pembangunan tadi. Di antara ajaran-ajaran Agama yang mendorong pembangunan adalah ajaran *hidup sederhana* dan *hemat*... Tidak ada Agama yang mengajarkan hidup bermewah-mewah dan membuang-buang harta kekayaan untuk hal-hal yang tidak berguna. Selain daripada itu *kerja keras* adalah merupakan ajaran Agama yang mendorong kepada pembangunan. Juga bekerja dengan *teliti*, *rajin*, *menghargai* waktu merupakan ajaran-ajaran yang

<sup>377</sup>Lihat Pasal 2 Undang-undang No. 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan.



dapat digali dari Agama yang harus dimiliki oleh manusia-manusia yang membangun.<sup>378</sup>

Kecermatan atau bertindak cermat bagi penyelenggara negara dan pegawai negeri juga ditemukan dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Meskipun keberadaan kecermatan tersebut tidak tertulis secara eksplisit tetapi tersirat secara implisit dalam Pembukaan, Batang Tubuh dan Penjelasan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.<sup>379</sup> Hal dikarenakan tinjauannya lebih bersifat filosofis. Selain itu dalam Penjelasan Undang-Undang Dasar 1945 ditulis, antara lain sebagai berikut :

....Yang sangat penting dalam pemerintahan dan dalam hal hidupnya negara ialah semangat, semangat para penyelenggara negara, semangat para pemimpin pemerintahan. Meskipun dibikin Undang-Undang Dasar yang menurut kata-katanya bersifat kekeluargaan, apabila semangat para penyelenggara negara, para pemimpin pemerintahan itu bersifat perseorangan, Undang-Undang Dasar tadi tentu tidak ada artinya dalam praktek. Sebaliknya, meskipun Undang-Undang Dasar itu tidak sempurna, akan tetapi jikalau semangat para penyelenggara pemerintahan baik, Undang-Undang Dasar itu tentu tidak akan merintang jalannya negara. Jadi yang paling penting ialah semangat. Maka semangat itu hidup, atau dengan lain perkataan *dinamis*. Berhubung dengan itu, hanya aturan-aturan pokok saja harus ditetapkan dalam Undang-Undang Dasar, sedangkan hal-hal yang perlu untuk menyelenggarakan aturan-aturan pokok itu harus diserahkan kepada undang-undang.

Semakna dengan pidato sambutan Presiden RI dan Penjelasan Undang-Undang Dasar 1945 di atas, Mochtar Kusumaatmadja<sup>380</sup> menyebut kecermatan sebagai salah satu dari 8 (delapan) sifat pribadi yang harus dimiliki manusia Indonesia masa kini agar menjadi bangsa yang unggul dan mampu bersaing dengan bangsa-bangsa lainnya. Sifat-sifat pribadi tersebut meliputi (1) sifat

<sup>378</sup>CSIS (*Centre For Strategic and International Studies*), *Pandangan Presiden Soeharto tentang Pancasila*, Jakarta : CSIS, 1979, hal. 39.

<sup>379</sup>lihat SF. Marbun, "Menggali dan Menemukan Asas-Asas Umum Pemerintahan Yang Baik di Indonesia, dalam Dimensi-Dimensi Pemikiran Hukum Administrasi Negara," UII Press, Yogyakarta, 2001, dikutip dari <http://thetantoindonesia.blogspot.com/2009/11/peranan-hukum-tidak-tertulis.html>, Senin 23 November 2009, jam 06.13 WIB.

<sup>380</sup>Mochtar Kusumaatmadja, "Manusia dan Pembangunan," dalam *Jurnal Ilmu Hukum dan pengetahuan Masyarakat Padjadjaran*, No. 1, Jilid XIX, 1990, hal 5-7



cermat, (2) sifat hemat, (3) sifat rajin, (4) sifat jujur, (5) sifat tepat waktu, (6) sifat tegas, (7) sifat berani, dan (8) sifat teguh memegang prinsip atau *prinsipil*.

Di sini, ada terdapat pengakuan bahwa kecermatan merupakan sifat pribadi yang terpenting di antara sifat-sifat pribadi lainnya. Lebih mendalam, Mochtar Kusumaatmadja<sup>381</sup> menulis tentang cermat ini, sebagai berikut :

Sifat pribadi pertama yang perlu dimiliki seseorang adalah sifat *cermat*. Kecermatan sebagai lawan arti kecerobohan atau "asal saja" adalah satu sifat yang perlu sekali dimiliki dalam masyarakat masa kini (modern). Orang cermat kemungkinan majunya lebih besar dari pada orang tidak cermat. Kecermatan di dalam segala hal merupakan suatu sifat yang mutlak harus dimiliki dalam masyarakat masa kini.

Begitu juga halnya dengan kepatutan. Kepatutan atau bertindak patut

memiliki landasannya dalam butir-butir Pancasila, khususnya sila kedua Kemanusiaan yang Adil dan Beradab. Hal ini tersirat dalam Pidato Presiden saat Peringatan Lahirnya Pancasila pada tanggal 1 Juni 1967 di Jakarta, antara lain :

Karena dengan sila ini kita bermaksud *menjunjung tinggi harkat dan martabat manusia*, maka tindakan main hakim sendiri, tindakan sewenang-wenang, tindakan kekerasan, tindakan penyalahgunaan wewenang, tindakan korupsi dan sebagainya, adalah bertolak-belakang-bertentangan dengan Pancasila....

Di kesempatan lain dinyatakan dalam Pidato Kenegaraan Presiden Republik Indonesia pada tanggal 16 Agustus 1975, sebagai berikut :

Dengan demikian dapatlah dirumuskan bahwa sikap hidup seorang manusia Pancasila adalah sebagai berikut : "kepentingan pribadinya akan diselaraskan dengan kewajibannya sebagai anggota masyarakat dengan pengertian bahwa *kewajibannya terhadap masyarakat* hendaknya *lebih diutamakan* daripada kepentingan pribadinya. Kepentingan pribadi akan berakhir untuk memulai melaksanakan kewajiban sebagai anggota masyarakat.

Dengan demikian, kecermatan atau bertindak cermat dan kepatutan atau bertindak patut memiliki akar yang kuat dalam kehidupan bangsa Indonesia.

Tidak hanya mengakar pada pandangan hidup atau sumber segala sumber

<sup>381</sup> *Ibid.*



hukum negara, Pancasila dan konstitusi Indonesia, Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945 saja, tetapi juga khususnya kecermatan telah menjadi keniscayaan dalam kehidupan berbangsa, bernegara dan bermasyarakat.

Berdasarkan perspektif teoretik dengan diambalilhnya kriteria penyalahgunaan wewenang menurut hukum administrasi negara ke dalam hukum pidana, maka kecermatan dan kepatutan harus menjadi bagian yang tidak dapat diabaikan sesuai makna dan kriterianya berlandaskan doktrin kedaulatan parlemen. Menurut maknanya, penyalahgunaan wewenang terjadi ketika pejabat publik atau pejabat administrasi melaksanakan kekuasaannya telah dipengaruhi oleh, antara lain, motif-motif tersembunyi atau telah memperhitungkan pertimbangan-pertimbangan yang tidak relevan atau telah gagal memperhitungkan pertimbangan-pertimbangan yang relevan.<sup>382</sup>

Sedangkan berdasar atas kriteria asalnya, penyalahgunaan wewenang harus meliputi (1) menggunakan wewenang untuk tujuan selain daripada tujuan wewenang tersebut diberikan; (2) kecermatan; dan (3) kepatutan.<sup>383</sup> Walaupun dalam Putusan No. 977 K/Pid/2004 tanggal 10 Juni 2005, Putusan No. 979 K/Pid/2004 tanggal 10 Juni 2005 dan Putusan No. 981 K/Pid/2004 tanggal 10 Juni 2005, Mahkamah Agung memasukan dalam pertimbangannya, tetapi hanya sebatas sebagai bagian dari prinsip-prinsip perbankan yang baik dan benar; dalam hal ini, prinsip kehati-hatian (*prudential principle*). Oleh karena itu dalam putusan-putusan Mahkamah Agung mengenai tindak pidana korupsi dalam bidang lainnya, asas kecermatan dan asas kepatutan tidak pernah dipergunakan

<sup>382</sup>Lihat hal. 278 sampai hal. 280

<sup>383</sup>Lihat hal. 46 dan hal. 47



sebagai norma penguji terjadinya penyalahgunaan wewenang. Beberapa putusan Mahkamah Agung tersebut, antara lain :

1. Putusan Mahkamah Agung No. 1913K/Pid/2007 tanggal 23 November 2006 dengan terdakwa : Said Unok

a. Kasus Posisi

- Terdakwa adalah Pegawai Negeri Sipil pada Pemda Kabupaten Morowali dan selaku Asisten Administrasi pada Pemerintahan Kabupaten Morowali.

- Dalam rangka melaksanakan Keputusan DPRD Kabupaten Morowali No. 10/Kep/DPRD/2003 tanggal 17 Oktober 2003 tentang Pembentukan dan Pemekaran Kabupaten Morowali menjadi dua kabupaten, yakni : Kabupaten Morowali yang berkedudukan di Kolonedale dan Kabupaten

Labua yang berkedudukan di Bungku, maka dibentuk Tim Pemekaran Kabupaten Morowali oleh ANDI MUHAMMAD, AB, S.Sos. selaku Bupati Morowali berdasarkan Surat Keputusan Bupati No.188.45/2033/2003 tanggal 18 Oktober 2003 dan Surat Keputusan Bupati

No.188.45/1733/2003 tanggal 1 Oktober 2004 tentang Pembentukan Tim Pemekaran Kabupaten Morowali menjadi 2 (dua) Kabupaten yang di

dalamnya terdakwa berkedudukan sebagai anggota Tim tersebut. Di samping itu, terdakwa ditunjuk pula sebagai Atasan Langsung

Bendaharawan Khusus Pemekaran Daerah Kabupaten Morowali berdasarkan SK. Pengangkatan No.954/SK.2195/KEU tanggal 8

Desember 2003 yang ditandatangani oleh ANDI MUHAMMAD, AB, S.Sos. selaku Bupati Morowali dan sekaligus selaku Pemegang Kekuasaan

Umum Pengelolaan Keuangan pada Pemda Morowali.

Untuk merealisasikan pemekaran Kabupaten Morowali tersebut, DPRD Kabupaten Morowali menyetujui pembiayaan pemekaran Kabupaten Morowali yang diusulkan oleh Pemerintah Kabupaten Morowali dalam 2 (dua) tahun anggaran, yakni : (1) anggaran tahun 2003 sebesar Rp 2.000.000.000,00 (dua milyar rupiah) berdasarkan PERDA APBD No. 29 Tahun 2003 tanggal 23 Desember 2003 dan (2) anggaran tahun 2004 sebesar Rp 3.000.000.000,00 (tiga milyar rupiah) berdasarkan PERDA APBD Kabupaten Morowali No.6 Tahun 2004 tanggal 8 Juni 2004.

Terdakwa dihubungi oleh ANDI MUHAMMAD, AB, S.Sos. untuk mencairkan dana pemekaran kabupaten Morowali dan mentransfernya ke rekening ANDI MUHAMMAD, AB, S.Sos. Selain itu, terdakwa dihubungi oleh ANDI MUHAMMAD, AB, S.Sos. untuk memenuhi pelbagai permintaan uang secara perorangan, sekelompok orang dan/atau organisasi dalam rangka mendukung pembentukan dan pemekaran kabupaten Morowali yang terdakwa patut duga bahwa dana tersebut tidak sepenuhnya dipergunakan untuk pembentukan dan pemekaran kabupaten Morowali. Penggunaan dana tersebut tidak sesuai dengan Pasal 27 Peraturan Pemerintah No.105 Tahun 2000 tentang Pengelolaan dan Penanggung Jawaban Keuangan Daerah jo Pasal 49 sampai dengan Pasal 59 Keputusan Menteri Dalam Negeri No.29 Tahun 2002 tentang Pedoman Pengurusan Pertanggung Jawaban dan Pengawasan Keuangan Daerah serta Tata Cara Penyusunan APBD, Pelaksanaan tata Usaha Keuangan Daerah dan Penyusunan Perhitungan APBD.







- Akibat tindakan terdakwa di atas, negara dirugikan secara keseluruhan sebesar Rp 2.909.500.000,00 (dua milyar sembilan ratus sembilan juta lima ratus ribu rupiah).

b. Putusan Pengadilan

- Pengadilan Negeri di Palu dalam putusan No.525/Pid.B/2005/PN.Palu tanggal 3 Juni 2006 berbunyi selengkapya sebagai berikut :

Menyatakan bahwa Terdakwa Drs. SAID UNOK, yang tersebut diatas, tidak terbukti secara sah dan meyakinkan bersalah melakukan tindak pidana dalam dakwaan Primair maupun Subsidiar dari Jaksa Penuntut Umum ;

Membebaskan Terdakwa oleh karena itu dari segala dakwaan tersebut ;  
Memulihkan hak-hak Terdakwa dalam kemampuan, kedudukan serta harkat dan martabatnya;

- Mahkamah Agung dalam putusan No. 1913K/Pid/2007 tanggal 23 November 2006 menyatakan dalam amarnya, sebagai berikut :

M E N G A D I L I

Mengabulkan permohonan kasasi dari Pemohon Kasasi : JAKSA PENUNTUT UMUM PADA KEJAKSAAN NEGERI POSO tersebut ;

Membatalkan putusan Pengadilan Negeri Palu tanggal 3 Juni 2006

No.525 / Pid.B / 2005 / PN.Palu ;

M E N G A D I L I S E N D I R I :

Menyatakan Terdakwa Drs. SAID UNOK tersebut terbukti secara sah dan meyakinkan telah bersalah melakukan tindak pidana "KORUPSI YANG DILAKUKAN SECARA BERSAMA-SAMA SEBAGAI PERBUATA BERLANJUT"

Menghukum oleh karena itu Terdakwa tersebut dengan pidana penjara selama 2 (dua) tahun dan 6 (enam) bulan dan Denda sebesar Rp.80.000.000,- (delapan puluh juta rupiah) dengan ketentuan apabila denda tersebut tidak dibayar akan diganti dengan hukuman kurungan selama 6 (enam) bulan ;

2. Putusan Mahkamah Agung No. 163 K/Pid.Sus/2008 tanggal 7 April 2008

dengan terdakwa : H. Syarifuddin Nasution

a. Kasus Posisi

- Terdakwa adalah Sekretaris Daerah Kabupaten Rokan Hulu.

- Pada tahun anggaran 2003, Pemerintah kabupaten Rokan Hulu telah menetapkan Anggaran Pendapatan dan Belanja Daerah (APBD) dengan salah satu mata anggarannya adalah Pos Pengeluaran Tidak Tersangka

Tahun Anggaran 2003 sebesar Rp 7.525.371.730,00 (tujuh milyar lima ratus dua puluh lima juta tiga ratus tujuh puluh satu ribu tujuh ratus tiga puluh rupiah). Uang Pos Pengeluaran Tidak Tersangka Tahun Anggaran 2003 tersebut harus dikelola terdakwa *ex officio* selaku pejabat pengelola keuangan daerah dan selaku Pengguna Anggaran pada Pos Sekretariat Kabupaten Rokan Hulu yang bertanggung jawab atas tertib penatausahaan anggaran untuk dialokasikan kepada unit-unit kerja yang dipimpinnya.

Beberapa kali dana Pos Pengeluaran Tidak Tersangka dicairkan dengan menerbitkan Surat Keputusan Bupati Rokan Hulu tentang Otorisasi Anggaran Belanja Rutin/Pembangunan tahun 2003 lebih dahulu daripada Permintaan Penerbitan Surat Otorisasi dari bendaharawan dan terdakwa. Padahal seharusnya Permintaan Penerbitan Surat Otorisasi dari Bendaharawan dan terdakwa diajukan terlebih dahulu dan selanjutnya Surat Keputusan Bupati Rokan Hulu tentang Otorisasi Anggaran Belanja Rutin/Pembangunan tahun 2003 diterbitkan. Kemudian, Bendaharawan dan terdakwa selaku Sekretaris Daerah Kabupaten Rokan Hulu mengajukan Surat Permintaan Pembayaran (SPP) beserta lampirannya kepada Bupati Rokan Hulu Cq Kepala Bagian Keuangan Kantor Bupati Rokan Hulu. Setelah diproses, Kabag Keuangan atas nama Bupati Rokan Hulu menerbitkan dan menandatangani Surat Perintah Membayar Uang (SPMU), lalu Bendahara mencairkan dana dan memasukkannya kedalam rekening bendaharawan yang ada pada BPD Riau Cabang Pasir Pengarayan.





Setelah dana Pos Pengeluaran Tidak Tersangka dicairkan 6 (enam) kali sampai pada tanggal 1 Oktober 2003, Anggaran Pos Pengeluaran Tidak Tersangka Kabupaten Rokan Hulu sebesar Rp 12.682.371.730,00 (dua belas milyar enam ratus delapan puluh dua juta tiga ratus tujuh puluh satu ribu tujuh ratus tiga puluh rupiah). Padahal anggaran Pos Pengeluaran Tidak Tersangka Kabupaten Rokan Hulu tahun anggaran 2003 yang tercantum dalam APBD Kabupaten Rokan Hulu hanya sebesar Rp 7.525.371.730,00 (tujuh milyar lima ratus dua puluh lima juta tiga ratus tujuh puluh satu ribu tujuh ratus tiga puluh rupiah).

Untuk menutupi kekurangan Pengeluaran yang dibebankan pada Anggaran Pos Pengeluaran Tidak Tersangka tahun 2003, Bupati Rokan Hulu bersama-sama terdakwa selaku Sekretaris Daerah Kabupaten Rokan Hulu mengajukan Perubahan Anggaran Pendapatan dan Belanja Daerah Kabupaten Rokan Hulu tahun 2003 dan khusus untuk Anggaran Pos Pengeluaran Tidak Tersangka tahun 2003 dilakukan penambahan sebesar Rp. 5.676.318.273,00 (lima milyar enam ratus tujuh enam juta tiga ratus delapan belas ribu dua ratus tujuh tiga rupiah), sehingga jumlah keseluruhan anggaran Pos pengeluaran tidak tersangka Kabupaten Rokan Hulu tahun anggaran 2003 setelah dilakukan perubahan APBD adalah berjumlah Rp.13.201.690.003,00 (tiga belas milyar dua ratus satu juta enam ratus sembilan puluh ribu tiga rupiah).

Sampai dengan tanggal 13 Nopember 2003, dana Pos Pengeluaran Tidak Tersangka Tahun Anggaran 2003 yang sudah dicairkan adalah Rp.13.201.690.003,00 (tiga belas milyar dua ratus satu juta enam ratus sembilan puluh ribu tiga rupiah). Dana sejumlah Rp.13.201.690.003,00



(tiga belas milyar dua ratus satu juta enam ratus sembilan puluh ribu tiga rupiah) dari Anggaran Pos Pengeluaran Tidak Tersangka Tahun 2003 yang telah dicairkan sebesar Rp. 13.191.579.110 (tiga belas milyar seratus sembilan puluh satu juta lima ratus tujuh puluh sembilan ribu seratus sepuluh rupiah) sudah habis dipergunakan oleh Bupati bersama-sama terdakwa selaku Sekretaris Daerah Kabupaten Rokan Hulu untuk 227 (dua ratus dua puluh tujuh) item pengeluaran. Dari 227 (dua ratus dua puluh tujuh) item pengeluaran tersebut, ternyata 196 (seratus sembilan puluh enam) item pengeluaran tidak sesuai dengan peruntukannya berdasarkan hasil pemeriksaan BPKP Perwakilan Propinsi Riau Nomor : S-380/PW.04/5/2006 tanggal 6 Juni 2006.

- Perbuatan terdakwa bertentangan dengan Peraturan Pemerintah No. 105 Tahun 2000 jo Kepmendagri No. 29 Tahun 2002.

b. Putusan Pengadilan

- Pengadilan Negeri Pasir Pangarayan dalam putusan No. 80/PID.B/2007/PN.PSP tanggal 24 September 2007 menyatakan dengan amar putusannya, antara lain :  
Menyatakan terdakwa Drs. H. Syarifuddin Nasution, MM tidak terbukti secara sah dan meyakinkan bersalah melakukan tindak pidana sebagaimana dalam dakwaan primair;  
Membebaskan terdakwa oleh karena itu dari dakwaan primair tersebut;  
Menyatakan terdakwa Drs. H. Syarifuddin Nasution, MM terbukti secara sah dan meyakinkan bersalah melakukan Tindak Pidana " Korupsi " secara bersama-sama yang merupakan beberapa perbuatan yang dipandang sebagai perbuatan berlanjut";  
Menjatuhkan pidana terhadap terdakwa oleh karena itu dengan pidana penjara selama 3 (tiga) tahun;

- Pengadilan Tinggi Pekanbaru dalam putusan Nomor : 221/Pid/2007/PT.R tanggal 18 Desember 2007 berbunyi dengan amarnya, antara lain :  
Menerima permintaan banding dari Jaksa Penuntut Umum dan Penasehat Hukum terdakwa Drs. H. Syarifuddin Nasution, MM,  
Menguatkan putusan Pengadilan Negeri Pasir Pangarayan No. 80/PID.B/2007/PN.PSP tanggal 24 September 2007;

Mahkamah Agung dalam putusan No. 163 K/Pid.Sus/2008 tanggal 7 April 2008 menyatakan dengan amarnya, antara lain :

#### MENGADILI

Menyatakan tidak dapat diterima permohonan kasasi dari Pemohon Kasasi : JAKSA PENUNTUT UMUM PADA KEJAKSAAN NEGERI PASIR PANGARAIAN tersebut;  
Mengabulkan permohonan kasasi dari Pemohon Kasasi / Terdakwa : Drs. H. SYARIFUDDIN NASUTION, MM. tersebut;  
Menyatakan batal demi hukum putusan Pengadilan Tinggi Pekanbaru tanggal 18 Desember 2007 Nomor : 221/Pid/2007/PT.R yang telah menguatkan putusan Pengadilan Negeri Pasir Pangaraian tanggal 24 September 2007 Nomor: 80 /PID.B/2007/PN.PSP;

#### MENGADILISENDIRI

Menyatakan Terdakwa: Drs. H. SYARIFUDDIN NASUTION, MM. Tersebut di atas terbukti secara sah dan meyakinkan telah bersalah melakukan tindak pidana : KORUPSI YANG DILAKUKAN SECARA BERSAMA-SAMA DALAM BENTUK BEBERAPA PERBUATAN YANG DILAKUKAN SEBAGAI PERBUATAN BERLANJUT;

Berkaitan dengan itu, sebenarnya ada terdapat perbedaan yang jelas antara penyalahgunaan wewenang (*misbruik van bevoegdheid*) ex. Pasal 3 UUPTPK 1999 di satu pihak dengan penyalahgunaan kekuasaan (*misbruik van gezag*) ex. Pasal 421 KUHP jo. Pasal 12 huruf e jo. Pasal I angka 2 UUPTPK 2001 yang diidentikan dengan penyalahgunaan wewenang (*misbruik van bevoegdheid*)<sup>384</sup> di lain pihak. Hal ini berdasarkan dua (2) putusan *Hoge Raad* (HR) yang menjelaskan mengenai bagian inti delik penyalahgunaan kekuasaan itu, yaitu :

1. HR tanggal 21 Mei 1957, NJ 1957,441.<sup>385</sup>

2. HR tanggal 20 Juni 1995, NJ 1995, 709.<sup>386</sup>

Dalam dua putusan HR yang membahas bagian inti delik penyalahgunaan kekuasaan tersebut, ada terdapat 3 (tiga) catatan yang harus menjadi perhatian.

Pertama, HR memandang penyalahgunaan kekuasaan berhubungan erat dengan

<sup>384</sup>Lihat hal. 77

<sup>385</sup>E. Sikkema, *Op.Cit.*, hal. 485

<sup>386</sup>*Ibid.*, hal 486



kekuasaan jabatan. Di sini, ada terdapat perbedaan dan pemisahan antara penyelenggara negara serta pegawai negeri dengan bukan-penyelenggara negara serta bukan-pegawai negeri. Hal ini karena penyelenggara negara serta pegawai negeri merupakan *normadressaat*.<sup>387</sup> Sebagaimana telah dikemukakan oleh Fokkens dalam putusan HR tanggal 20 Juni 1995, NJ 1995, 709 di atas, "*Het gaat om het gezag dat de ambtenaar op grond van zijn ambtelijke functie toekomt.*" (Terjemahan bebas : kekuasaan jabatan berkaitan dengan kekuasaan yang berada pada seorang penyelenggara negara serta pegawai negeri berdasar atas fungsi jabatannya); sementara itu, kekuasaan jabatan yang sama tidak berada atau melekat pada seseorang yang bukan-penyelenggara negara serta bukan-pegawai negeri. Selanjutnya, E. Sikkema<sup>388</sup> menegaskan kembali bahwa "*het gezag moet worden ontleend aan de ambtelijke hoedanigheid.*" (Terjemahan bebas : Kekuasaan tersebut harus berasal dari kedudukan atau posisi jabatan).

Kedua, HR berpendapat bahwa di dalam penyalahgunaan kekuasaan, ada terdapat hubungan kekuasaan yang kongkrit. Di dalam upaya kasasi dikemukakan bahwa Pengadilan Tinggi telah berpendapat keliru. Pengadilan Tinggi telah tidak mensyaratkan adanya hubungan kekuasaan yang kongkrit. Tetapi menurut Fokkens, Pengadilan Tinggi tidak menyatakan bahwa tiada keharusan untuk adanya hubungan kekuasaan antara penyelenggara negara serta pegawai negeri dengan korban. Pengadilan Tinggi hanya memutuskan, bahwa penyalahgunaan kekuasaan juga dapat terjadi jika seorang penyelenggara negara serta pegawai negeri melanggar kekuasaan itu. Salah satu pertimbangan

<sup>387</sup>C.P.M.Cleiren, J.F. Nijboer, dan J.H. Crijns, *Op.Cit.*, hal. 1355

<sup>388</sup>*Loc.Cit.*





dalam putusan HR tanggal 20 Juni 1995, NJ 1995, 709 di atas memberi kesimpulan, antara lain :

*...niet vereist dat de ambtenaar ten opzichte van degene op wie hij de in dat artikel bedoelde dwang uitoefent enige hem bij of krachtens de wet verleende bevoegdheid kan doen gelden, maar kan van zodanig misbruik ook sprake zijn indien de ambtenaar zich jegens die persoon een hem niet toekomende bevoegdheid aanmatigt.* (garis bawah E.Sikkema)<sup>389</sup> (Terjemahan bebas : ...tidak disyaratkan bahwa seorang penyelenggara negara serta pegawai negeri dapat memberlakukan wewenang yang diberikan oleh atau menurut undang-undang terhadap mereka yang telah mengalami suatu pemaksaan seperti yang dimaksud dalam pasal itu oleh penyelenggara negara serta pegawai negeri tersebut, tetapi penyalahgunaan demikian dapat juga terjadi bilamana seorang penyelenggara negara serta pegawai negeri melanggar suatu wewenang yang tidak berada padanya terhadap orang tersebut)

Terhadap kesimpulan tersebut, E. Sikkema<sup>390</sup> memberikan pendapat sebagai penegasan, "*dat er nog steeds een concrete gezagsverhouding moet bestaan, zij het dat er geen sprake zijn van een formele gezagsrelatie (op grond van een bij of krachtens de wet verleende bevoegdheid) met het slachtoffer.* (Terjemahan bebas : bahwa selalu harus ada terdapat suatu hubungan kekuasaan yang kongkrit, atau bahwa tidak perlu terjadi suatu hubungan kekuasaan yang formil [berdasar atas wewenang yang diberikan oleh atau menurut undang-undang] dengan korban)

Ketiga, HR berpendapat bahwa penyalahgunaan kekuasaan terjadi tidak hanya bilamana seorang penyelenggara negara serta pegawai negeri telah bersikap dan bertindak melampaui batas-batas wewenang yang telah diberikan oleh atau menurut undang-undang, melainkan juga bilamana penyelenggara negara serta pegawai negeri tersebut telah bersikap dan bertindak melanggar wewenang yang tidak diberikan kepadanya. Pendapat tersebut tertuang dalam

<sup>389</sup> *Ibid.*, hal. 487-488

<sup>390</sup> *Ibid.*



putusan HR tanggal 20 Juni 1995, NJ 1995, 709 yang telah disebut sebelumnya, sebagai berikut :

*...dat onder de daarin voorkomende term 'misbruik van gezag' moet worden verstaan (...) het misbruik dat de ambtenaar maakt van het gezag dat hij aan die hoedanigheid ontleent, waarbij het onverschillig is of dat misbruik bestaat in overschrijding van de grenzen van de hem bij of krachtens de wet verleende bevoegdheid dan wel in de aanmatiging van een bevoegdheid die hem niet toekomt.*<sup>391</sup> (Terjemahan bebas : ...bahwa yang dimaksud istilah 'penyalahgunaan kekuasaan' yang terdapat di dalam itu [Pasal 365 Sr.pen.] ...penyalahgunaan kekuasaan yang dilakukan oleh pegawai negeri atau penyelenggara negara yang ia dapatkan dari kedudukan tersebut, oleh karena itu tiada berbeda apakah penyalahgunaan itu berisi melampaui batas-batas wewenang yang diberikan kepadanya oleh atau menurut undang-undang, sekaligus melanggar wewenang yang tidak berada padanya)

Memperhatikan beberapa catatan dari putusan HR tersebut, luasnya makna penyalahgunaan kekuasaan ini mempunyai rasionalitas agar tidak ada penyelenggara negara serta pegawai negeri yang melakukan tindakan penyalahgunaan kekuasaan; dengan perkataan lain, dicantumkan bagian inti delik penyalahgunaan kekuasaan dalam perumusan tindak pidana jabatan ex. Pasal 421 KUHP jo. Pasal 12 huruf e UUPTPK 1999 jo. Pasal I angka 2 UUPPTPK 2001 untuk mencegah dan memberantas sikap dan tindakan penyalahgunaan kekuasaan yang dilakukan oleh penyelenggara negara serta pegawai negeri itu sebagaimana dikemukakan E. Sikkema,<sup>392</sup> antara lain : "*Via deze uitdrukking wordt een verband gelegd met de ratio van de ambtsdelicten : het tegengaan van alle misbruik van gezag door ambtenaren.*" (Terjemahan bebas : Melalui pernyataan ini suatu hubungan diletakkan dengan nalar tindak pidana-tindak pidana jabatan : mencegah atau menghalang-halangi semua penyalahgunaan oleh penyelenggara negara serta pegawai negeri).

<sup>391</sup> *Ibid.*

<sup>392</sup> *Ibid.*, hal. 483





### 3.2. Implikasi Normatif Perluasan Kriteria Bagian Inti delik Penyalahgunaan Wewenang dengan Unsur Sifat Melawan Hukum dalam Perumusan Tindak Pidana Korupsi

#### 3.2.1. Hubungan antara Bagian Inti Delik Penyalahgunaan Wewenang dengan Unsur Sifat Melawan Hukum

Ada terdapat pendapat yang memandang hubungan antara bagian inti delik penyalahgunaan wewenang dengan unsur sifat melawan hukum memiliki keterkaitan sedemikian rupa, sehingga bagian inti delik penyalahgunaan wewenang merupakan *species* dan unsur sifat melawan hukum merupakan *genus*.<sup>393</sup> Meskipun telah dikemukakan sebelumnya, bahwa bagian inti delik penyalahgunaan wewenang merupakan variasi dari unsur sifat melawan hukum.

Di samping bagian inti delik penyalahgunaan wewenang, pelbagai macam variasi dari unsur sifat melawan hukum meliputi, antara lain : tanpa berhak untuk itu (*zonder daartoe gerechtigd te zijn*) ex. Pasal 303 KUHP, ex. Pasal 548 KUHP dan ex. Pasal 549 KUHP, tanpa izin (*zonder verlof*) ex. Pasal 496 KUHP dan ex. Pasal 510, dengan melampaui wewenangnya (*met overschrijding van zijne bevoegdheid*) ex. Pasal 430 KUHP, tanpa memperhatikan bentuk-bentuk yang ditentukan oleh peraturan umum (*zonder inachtneming van de bij algemeene verordening bepaalde vormen*) ex. Pasal 429 KUHP atau tanpa tujuan yang patut atau dengan melampaui apa yang diperkenankan untuk mencapai tujuan demikian (*zonder redelijk doel of met overschrijding van hetgene ter bereiking van zoodanig doel toelaatbaar is*) ex. Pasal 302 KUHP.<sup>394</sup>

Namun pendapat demikian sulit untuk diterima karena 3 (tiga) pertimbangan. Pertama, pertimbangan aspek perundang-undangan; kedua, pertimbangan aspek doktrinal penggunaan pola hubungan variasi antara sifat melawan hukum di satu pihak dengan kata atau kata-kata yang maksudnya

<sup>393</sup>Lihat hal. 22

<sup>394</sup>Lihat hal. 167

sama dengan sifat melawan hukum di lain pihak; serta ketiga, pertimbangan aspek bahasa dalam penggunaan pola hubungan *species-genus*,

Pertama, variasi dari unsur sifat melawan hukum dapat ditemukan dalam KUHP maupun perundang-undangan di luar KUHP. Sebagaimana telah dikemukakan sebelumnya, bahwa ada terdapat beberapa variasi sifat melawan hukum dalam KUHP, seperti : "*zonder redelijk doel of met overschrijding van hetgeen ter bereiking van zoodanig doel toelaatbaar is*" (Terjemahan bebas : tanpa tujuan yang patut atau dengan melampaui yang diizinkan untuk mencapai tujuan demikian) yang tercantum dalam Pasal 302 KUHP, "*zonder daartoe gerechtigd te zijn*" (Terjemahan bebas : tanpa berhak untuk itu) yang tertuang dalam Pasal 303, Pasal 548 dan Pasal 549 KUHP, "*zonder verlof*" (Terjemahan bebas : tanpa izin) yang terdapat dalam perumusan Pasal 496 dan Pasal 510 KUHP, "*met overschrijding van zijn bevoegdheid*" ( Terjemahan bebas : dengan melampaui wewenangnyanya) yang tersurat dalam Pasal 430 KUHP serta "*zonder inachtneming van de bij algemeene verordening bepaalde vormen*" (Terjemahan bebas : tanpa memperhatikan bentuk-bentuk yang telah ditentukan oleh peraturan umum) yang terdapat dalam perumusan Pasal 429 KUHP. Agar lebih jelas, tabel 16 di bawah berikut membandingkan variasi unsur Sifat Melawan Hukum dalam Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP) di Indonesia, *Wetboek van Strafrecht* (WvS) Baru di Belanda dan *Strafgesetzbuch* (StGB) di Jerman.



**Tabel 16 : Perbandingan Variasi Unsur Sifat Melawan Hukum dalam Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP) di Indonesia, *Wetboek van Strafrecht (WvS)* Baru di Belanda dan *Strafgesetzbuch (StGB)* di Jerman**

KUHP		WvS Baru		StGB	
Variasi	PsI	Variasi	PsI	Variasi	PsI
tanpa tujuan yang patut atau dengan melampaui yang diizinkan untuk mencapai tujuan demikian	302	<i>zonder redelijk doel of met overschrijding van hetgeen ter bereiking van zoodanig doel toelaatbaar is</i>	254	<i>unter Verletzung verwaltungsrechtlicher Pflichten</i> (Melanggar Kewajiban-kewajiban menurut hukum administrasi)	311
tanpa berhak untuk itu	303, 548 dan 549	<i>zonder daartoe gerechtigd te zijn</i>	458, 459, dan 460	<i>wederrechtlich oder ohne befugnis</i> (bersifat melawan hukum atau tanpa hak)	123
tanpa izin	496 dan 510	<i>zonder verlof</i>	427 (6°) dan 428	<i>ohne behördliche Erlaubnis öffentlich</i> (tanpa izin yang sah secara umum)	284
dengan melampaui wewenangnya	430	<i>met overschrijding van zijn bevoegdheid</i>	371	<i>Unbefugt</i> (tidak berwenang)	132
tanpa memperhatikan bentuk-bentuk yang telah ditentukan oleh peraturan umum	429	<i>zonder inachtneming van de bij algemeene verordening bepaalde vormen</i>	370	<i>ohne die erforderliche Genehmigung oder entgegen einer vollziehbaren Untersagung</i> (tanpa persetujuan yang disyaratkan atau bertentangan dengan larangan yang dapat dilaksanakan)	327

Sumber : Bahan Hukum Primer Diolah

Beberapa perundang-undangan di luar KUHP juga mempergunakan variasi sifat melawan hukum dalam perumusan tindak pidananya, seperti :

“tanpa hak” yang terdapat dalam perumusan tindak pidana Pasal 17 Undang-undang No. 30 Tahun 2000 tentang Rahasia Dagang; Pasal 130 Undang-undang No. 14 Tahun 2001 tentang Patent; Pasal 72 Undang-undang No. 19 Tahun 2002 tentang Hak Cipta; Pasal 67 Undang-undang No. 20 Tahun 2003 tentang Sistem

Pendidikan Nasional; Pasal 93, 94 dan 95 Undang-undang Nomor 23 Tahun 2006 tentang Administrasi Kependudukan; Pasal 199 Undang-undang No. 23 Tahun 2007 tentang Perkeretaapian; Pasal 45 sampai dengan Pasal 51 Undang-undang No. 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik; dan Pasal 45 Undang-undang No. 38 Tahun 2009 tentang Pos.

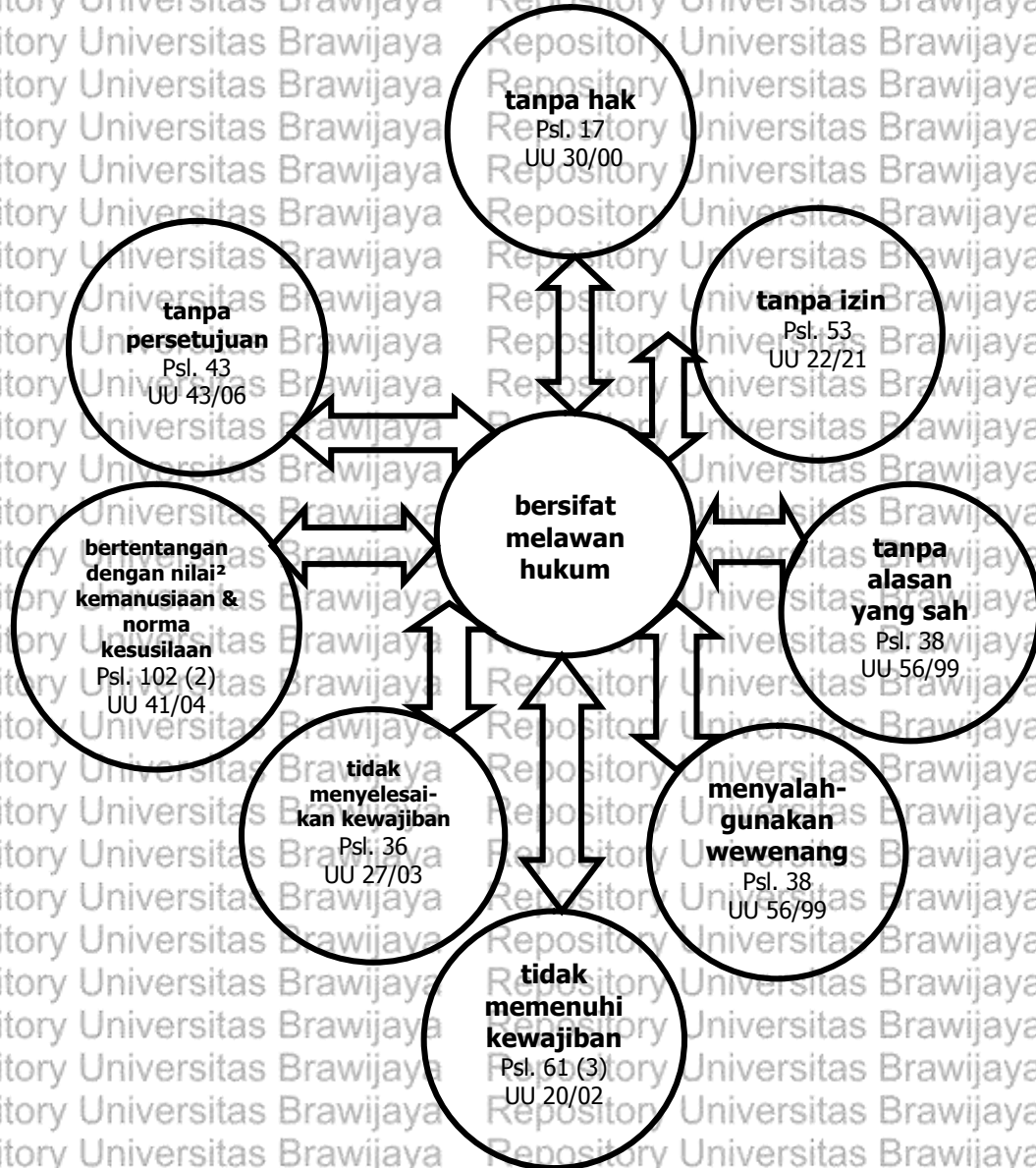
Variasi sifat melawan hukum yang lain adalah "tanpa izin" yang tertuang dalam Pasal 53 Undang-undang No. 22 Tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi; Pasal 61 dan 63 Undang-undang No. 20 Tahun 2002 tentang Ketenagalistrikan; Pasal 35 Undang-undang No. 27 Tahun 2003 tentang Panas Bumi; Pasal 76 Undang-undang No. 29 Tahun 2004 tentang Praktik Kedokteran; Pasal 89 Undang-undang No. 3 Tahun 2005 tentang Sistem Keolahragaan Nasional; Pasal 70 Undang-undang No. 26 Tahun 2007 tentang Penataan Ruang; Pasal 287 dan 288 Undang-undang No. 17 Tahun 2008 tentang Pelayaran; dan Pasal 414 Undang-undang No. 1 Tahun 2009 tentang Penerbangan.

Di samping "tanpa hak" dan "tanpa izin", masih ada terdapat beberapa variasi sifat melawan hukum lainnya. Misalnya, (1) "tanpa alasan yang sah" dan (2) "menyalahgunakan wewenang" yang tercantum dalam Pasal 38 Undang-undang No. 56 Tahun 1999 tentang Rakyat Terlatih; (3) "tidak memenuhi kewajiban terhadap yang berhak atas tanah, bangunan dan tanaman" yang tertuang dalam Pasal 61 ayat (3) Undang-undang No. 20 Tahun 2002 tentang Ketenagalistrikan; (4) "tanpa menyelesaikan kewajiban" yang terdapat dalam Pasal 36 Undang-undang No. 27 Tahun 2003 tentang Panas Bumi; (5) "bertentangan dengan nilai-nilai kemanusiaan dan norma kesusilaan" yang tercantum dalam Pasal 102 ayat (2) Undang-undang No. 41 Tahun 2004 tentang Wakaf; dan (6) "tanpa persetujuan" yang tersurat dalam Pasal 43 Undang-undang No. 43 Tahun 2006 tentang Sistem Resi Gudang dan Pasal 418 Undang-



undang No. 1 Tahun 2009 tentang Penerbangan. Berdasarkan uraian ini, maka dapat digambarkan hubungan sifat melawan hukum di satu pihak dengan variasi-variasinya di lain pihak dalam gambar 3 di bawah berikut.

**Gambar 3 : Hubungan Sifat Melawan Hukum dengan Variasi-variasinya**



Sumber : Bahan Hukum Primer diolah

Kedua, keterkaitan berdasarkan pola hubungan variasi ini, telah mendapat pengakuan dan penerimaan dari para pakar hukum pidana Belanda,



seperti : D. Hazewinkel-Suringa,<sup>395</sup> W.P.J. Pompe,<sup>396</sup> J.E. Jonkers, J. de Hullu dan N. Jörg serta C. Kelk. Secara implisit, Jonkers<sup>397</sup> menulis pola hubungan variation ini, sebagai berikut :

*Het element der wederrechtelijkheid wordt gewoonlijk aangeduid met het woord wederrechtelijk. Hier en daar bezigt de wet echter andere formuleeringen, zooals zonder daartoe gerechtigd te zijn (art. 303, 548, 549), zonder verlof (art. 496, 510), met overschrijding van zijne bevoegdheid (art. 430), zonder inachtneming van de bij algemeene verordening bepaalde vormen (art. 429).* (Terjemahan bebas : Unsur sifat melawan hukum biasanya ditunjukkan dengan kata sifat melawan hukum. Namun, di sana sini undang-undang mempergunakan formulasi lain, seperti, tanpa berhak untuk itu [Pasal 303, 548, 549], tanpa izin [Pasal 496, 510]. Dengan melampaui wewenangnya [Pasal 430], tanpa memperhatikan bentuk-bentuk yang ditentukan oleh peraturan umum [Pasal 429])

Begitu juga dengan J. de Hullu dan N. Jörg serta C. Kelk. Menurut J. de Hullu<sup>398</sup> :

*Er zijn talloze voorbeelden in commune en in bijzondere wetgeving waarin slecht een onderdeel, een facet van wederrechtelijkheid als bestaandeel is opgenomen, zoals bij de bestaandeel 'met overschrijding van zijn bevoegdheid of zonder inachtneming van de bij wet bepaalde vormen' (art. 370 Sr.), 'zonder voorafgaande schriftelijke toestemming' (Art. 151a Sr.), 'zonder verlof van het bevoegd gezag' (Art. 427 sub 6 en 430 Sr.), 'in strijd met een wettelijke verplichting' (Art. 447d Sr.) en bij het in de bijzondere wetgeving veel voorkomende bestaandeel 'zonder of in strijd met een vergunning'. (Terjemahan bebas : Ada terdapat banyak sekali contoh dalam perundang-undangan umum dan khusus yang di dalamnya hanya dicantumkan sebagian, satu segi sifat melawan hukum sebagai bagian inti delik, seperti pada bagian inti delik 'melampaui wewenangnya atau tanpa memperhatikan bentuk-bentuk yang ditentukan oleh undang-undang' [Psl. 370 KUHP], 'tanpa persetujuan tertulis lebih dahulu [Psl. 151a KUHP], 'tanpa izin dari penguasa yang berwenang' [Psl. 427 sub 6 dan 430 KUHP], 'bertentangan dengan kewajiban perundang-undangan' [Psl. 447d KUHP] dan pada bagian inti delik yang terdapat perundang-undangan khusus 'tanpa atau bertentangan dengan izin')*

Selanjutnya dalam catatan kakinya dikemukakan : "*Bij overtredingen wordt ook nogal eens gebruikt 'zonder daartoe gerechtigd te zijn (o.m. in het bekende art. 461 Sr.). Dat lijkt een ruime, met de algemene wederrechtelijkheid*

<sup>395</sup>Lihat hal. 84

<sup>396</sup>Lihat hal. 85

<sup>397</sup>Op.Cit., hal. 64

<sup>398</sup>Op.Cit., hal. 187

*overeenkomende formulering.*" (Terjemahan bebas : Dalam pelanggaran seringkali dipergunakan tanpa berhak untuk itu' [misalnya dalam Pasal 461 KUHP yang terkenal itu]. Hal itu memperlihatkan perumusan luas yang sesuai dengan sifat melawan hukum umum) Pendapat yang serupa dikemukakan N. Jörg dan C. Kelk yang menyatakan, antara lain : "*Ook het woord wederrechtelijkheid (of woorden van gelijke strekking) komt soms in de wet voor.*" (Terjemahan bebas : Juga kata sifat melawan hukum [atau kata-kata dengan maksud yang sama] kadang-kadang terdapat dalam undang-undang)

Tabel 17 di bawah berikut menunjukkan pendapat para ahli hukum Belanda mengenai variasi unsur sifat melawan hukum dalam perumusan tindak pidana.

**Tabel 17 : Pendapat Ahli Hukum Pidana Belanda mengenai Keberadaan Variasi Unsur Sifat Melawan Hukum dalam Perumusan Delik**

No.	Ahli Hukum Pidana Belanda	Keberadaan Variasi Unsur Sifat Melawan Hukum dalam Perumusan Delik		
		ada	Kurang Jelas	Tidak ada
1.	D. Simons		hal. 260-261	
2.	W.P.J. Pompe	hal.98		
3.	D. Hazewinkel-Suringa	hal. 124		
4.	J.M. Van Bemmelen – Thijs Willem van Veen		hal. 92-95	
5.	J.M. van Bemmelen – W.F.C. van Hatum			hal. 219-234
6.	H.B. Vos		hal. 145	
7.	J.E. Jonkers	hal. 64		
8.	J. de Hullu	hal. 187-188		
9.	N. Jörg en C. Kelk	hal. 116		

Sumber : Bahan Hukum Sekunder diolah

Bedasarkan hasil wawancara, C.P.M. Cleiren<sup>399</sup> menerangkan secara tertulis, antara lain :

*In Nederland wordt in alle delictomschrijvingen impliciet de wederrechtelijk ingelezen.... In bepaalde delictomschrijvingen is het het begrip / de term wederrechtelijkheid opgenomen om te voorkomen dat*

<sup>399</sup>Hasil wawancara dengan C.P.M. Cleiren melalui e-mail, Guru Besar Hukum Pidana pada Lieden Universiteit dan Directuur Generaal Wetgeving, Rechtspleging, Rechtshandhaving en Rechtsbijstand pada *het Ministerie van Justitie*, c.p.m.cleiren@law.leidenuniv.nl, Kamis, 3 Juli 2008, jam 13.45 WIB.



*de rijkwijde van de bepaling te groot zou worden.* (Terjemahan bebas : Di Belanda dalam semua perumusan tindak pidana dibaca secara diam-diam sifat melawan hukum.... Dalam perumusan-perumusan tindak pidana tertentu pengertian/istilah sifat melawan hukum dicantumkan untuk mencegah bahwa luas lingkup ketentuan tersebut akan menjadi sangat besar)

Ketiga, keterkaitan berdasar atas pola hubungan *species-genus* yang merupakan istilah biologi dan bahasa Latin tersebut memang seringkali dipergunakan dan diterapkan dalam pelbagai disiplin ilmu. Pola hubungan *species-genus* tersebut bersifat vertikal. Artinya, *species* berasal dan bagian dari *genus*. Menurut makna leksikalnya, *genus* adalah "1 : *A class, kind or group marked by common characteristics or by one characteristic, specif : a category of biological classification ranking between the family and the species comprising structurally or phylogenetically related species or an isolated species exhibiting unusual differentiation, .... 2 : A class of objects divided into several subordinate species*"<sup>400</sup> (1 : suatu kelas, jenis atau kelompok yang ditandai oleh sifat umum atau satu sifat, khususnya : suatu kategori peringkat perbedaan secara biologi antara suatu keluarga dan suatu *species* yang terdiri dari *species* yang berhubungan secara struktural atau kekerabatan atau suatu *species* tertutup yang mempertunjukan perbedaan luar biasa, .... 2 : suatu kelas objek yang terbagi dalam beberapa *species* bawahan) dan *species* adalah "1 a : *KIND, SORT b : A class individual having common attribute and designated by a common name, specif : a logical division of a genus or more comprehensive class ... c : the human race : human being ... d (1) a category of biological classification ranking immediatelly below the genus or subgenus comprising related organism or population potentially capable of interbreeding ... (2) An individual or kind*

<sup>400</sup>Merriam-Webster, Incorp., *Op.Cit.*, hal. 522





*belonging to a biological species ....*"<sup>401</sup> (1 a : JENIS, BENTUK b : sekelas individu yang memiliki ciri umum dan ditunjuk oleh nama umum; khususnya : pembagian yang logis suatu genus atau kelas yang lebih lengkap ... c : ras manusia : manusia ... d (1) suatu kategori peringkat pembedaan menurut biologi secara langsung di bawah *genus* atau *sub-genus* terdiri dari organisma atau populasi yang berhubungan yang secara potensial berkemampuan berkembangbiak ... (2) individu atau suatu jenis yang termasuk ke dalam suatu species biologi)

Sedangkan menurut makna biologinya, genus (in taxonomy) adalah "*A category used in biological classification consisting of species with common phylogenetic origin that appear to be clearly differentiated from other species.*"<sup>402</sup> (Suatu kategori yang dipergunakan dalam klasifikasi biologi terdiri dari spesies-species dengan asal-usul hubungan kekerabatan umum yang tampak berbeda secara jelas dari species yang lain)

Sementara itu, istilah variasi berasal dari bahasa Latin *variätion* (sing. *Variätio*) dan ekuivalen dengan *variätus*. Pola hubungan variasi ini bersifat horizontal. Menurut makna leksikalnya, variasi adalah, sebagai berikut :

1 a : *the act or process of varying ; the state or fact of being varied*, b : *an instance of varying*, c : *the extent to which or the range to which a thing varies*; 2 : *Declination* 6; 3 a : *a change of algebraic sign between successive term of a sequence*, b : *a measure of the change in data, a variable, or a function*; 4 : *the repetition of a music theme with modifications in rhythm, tune, harmony, or key*; 5 a : *divergence in the structural or functional characteristics of an organism from the species or population norm or average*, b : *something (as an individual or group) that exhibits variation*; 6 a : *a solo dance in classic ballet*, b : *a repetition in modern ballet of a movement sequence with changes*<sup>403</sup> (Terjemahan bebas : 1 a : perbuatan atau proses membedakan : keadaan atau fakta yang akan dibedakan, b : suatu contoh membedakan, c : sejauh mana atau serentang mana sesuatu berbeda; 2 : deklinasi 6; 3 a : perubahan

<sup>401</sup> *Ibid.*, hal. 1198

<sup>402</sup> Teresa K Attwood, Richard Cammack, et. al., *Oxford Dictionary of Biochemistry and Molecular Biology*, New York : Oxford University Press Inc., 2006, hal. 271

<sup>403</sup> Merriam-webster on-line, <http://www.merriam-webster.com/dictionary/variation>, diunduh Senin, 8 November 2010, jam 08.20 WIB.

tanda aljabar di antara sekuel yang berurutan, b : suatu ukuran perubahan dalam data, variabel, atau fungsi; 4 : pengulangan tema musik dengan modifikasi-modifikasi dalam ritme, langgam, laras, atau kunci; 5 a : perbedaan dalam ciri struktur atau fungsi suatu organisme dari suatu norma atau rata-rata species atau penduduk, b : segala sesuatu [sebagai perorangan atau kelompok] yang memperlihatkan variasi; 6 a : tari seorang diri dalam balet klasik, b : pengulangan dalam balet modern mengenai serangkaian gerakan dengan perubahan-perubahan)

Sedangkan dalam kamus biologi, variasi dapat berarti : (1) *A Difference or deviation (e.g. structure, form, or function) from recognized norm or standard;*

(2) *a modification in structure, form, or function in an organism, deviating from other organism of the same species or group;* (3) *Mutant : an organism possessing characteristic(s) as a result of mutation.*<sup>404</sup> (Terjemahan bebas : [1]

perbedaan atau penyimpangan [misalkan struktur, bentuk atau fungsi] dari norma atau standar yang diakui; [2] perubahan dalam struktur, bentuk atau

fungsi dalam suatu organisme, menyimpang dari organisme lainnya dalam species atau kelompok yang sama; [3] mutan : suatu organisme yang memiliki ciri-ciri sebagai hasil dari perubahan) Bahkan makna kata variasi ini bertambah

jas, ketika kata tersebut dihubungkan dengan genetika : *in genetics, variation refers to an individual that possesses characteristics different from the others of the same kind.*<sup>405</sup> (Terjemahan bebas : secara genetik, variasi berarti

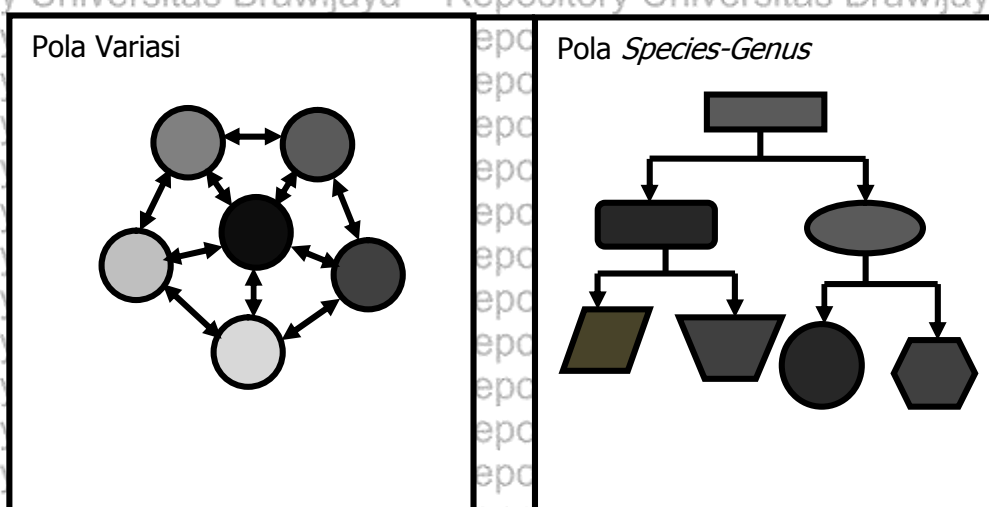
individual yang memiliki ciri-ciri yang berbeda dari lainnya dalam jenis yang sama) Berdasarkan uraian sebelumnya maka dapat dideskripsikan pola hubungan variasi dan pola hubungan species-genus dalam gambar 4 di bawah berikut.

<sup>404</sup>Biology-online. <http://www.biology-online.org/dictionary/Variation>, diunduh, Senin, 8 November 2010, jam 08.20 WIB.

<sup>405</sup>*Ibid.*



**Gambar 4 : Pola Hubungan Variasi dan Pola Hubungan *Species-Genus***



Sumber : Bahan Hukum Tertier diolah

Bagian inti delik penyalahgunaan wewenang bukan merupakan subordinat dari unsur sifat melawan hukum. Bagian inti delik penyalahgunaan wewenang merupakan istilah hukum administrasi negara, sedangkan unsur sifat melawan hukum merupakan istilah hukum pidana. Keberadaan bagian inti delik penyalahgunaan wewenang tersebut dalam hukum pidana berdasarkan doktrin otonomi hukum pidana. Justru, subordinat unsur sifat melawan hukum berdasarkan maknanya, yakni : (a) *in strijd met het recht* (bertentangan dengan hukum),<sup>406</sup> (b) *met krenking aan eens anders recht* (melanggar hak orang lain),<sup>407</sup> (c) *niet steunend op het recht* (tidak berdasarkan hukum) dan (d) *zonder bevoegdheid* (tanpa hak).<sup>408</sup> Dua makna yang disebut pertama mengandung makna yang positif dan dua makna yang disebut terakhir mengandung makna yang negatif. Oleh karena itu yang seharusnya, bertentangan dengan hukum adalah *species* dan sifat melawan hukum adalah genus atau bertentangan

<sup>406</sup>D. Simons, *Op.Cit.*, hal. 260

<sup>407</sup>Noyon, dikutip dari P.A.F. Lamintang, *Op.Cit.*, hal. 332

<sup>408</sup>D. Simons, *Loc.Cit.*

dengan undang-undang adalah *subspecies*, bertentangan dengan hukum adalah *species* dan sifat melawan hukum adalah *genus* dan seterusnya.

Oleh karena keberadaan bagian inti delik penyalahgunaan wewenang dalam hukum pidana berdasarkan doktrin otonomi hukum pidana, maka ada terdapat keterkaitan yang lebih tepat, yakni : keterkaitan berdasarkan pola hubungan *variation*. Sebagaimana telah dikatakan, bahwa keterkaitan berdasarkan pola hubungan demikian sangat berlainan dengan pola hubungan sebelumnya karena sifatnya yang horizontal. Hal ini mengandung arti, bahwa hal-hal yang dihubungkan berkedudukan sederajat karena memiliki esensi dan fungsi yang sama meskipun berbeda nama, bentuk, struktur dan lain-lain.<sup>409</sup>

Penyalahgunaan wewenang merupakan salah satu variasi saja dari begitu banyaknya variasi sifat melawan hukum. Pola hubungan variasi demikian ini telah pula mendapat mengukuhkan dari Mahkamah Agung dalam putusan No. 2078 K/Pid/2006 tanggal 28 Februari 2007, sebagai berikut :

Menimbang, bahwa in casu perlu dikemukakan oleh Mahkamah Agung, bahwa dengan tidak terbuktinya unsur "melawan hukum" dalam dakwaan Primair dan unsur "menyalahgunakan wewenang" dalam dakwaan Subsidair sebagai salah satu unsur dari tindak pidana yang dimaksud dalam dakwaan tersebut, sesuai dengan Ilmu Hukum Pidana terdakwa harus dinyatakan tidak terbukti dengan sah dan meyakinkan telah bersalah melakukan tindak pidana dalam dakwaan tersebut, ....

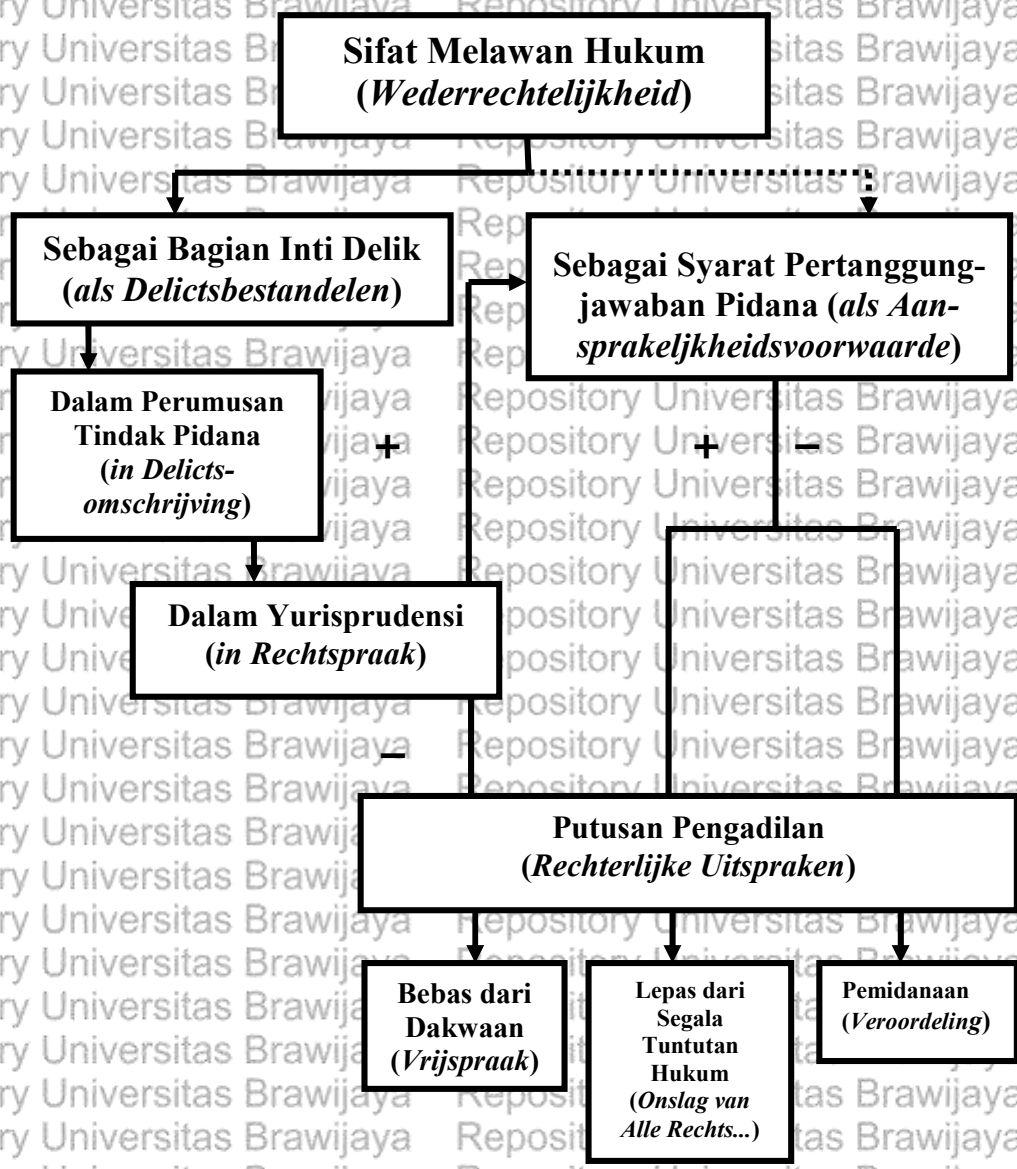
Dengan demikian, pola hubungan variasi antara unsur sifat melawan hukum dengan variasinya maupun antara variasi sifat melawan hukum yang satu dengan lainnya bersifat sederajat. Hal tersebut semakin tampak dengan jelas, bahwa pola hubungan variasi demikian terjadi dalam tataran perumusan tindak pidana yang memuat bagian inti delik, termasuk sifat melawan hukum; dan bukan pada tataran konsep (*leerstuk*).

<sup>409</sup>Bandingkan dengan A.S. Hornby, Op.Cit., hal. 1320

Dalam tataran konsep, sifat melawan hukum (*wederrechtelijkheid*) memang berkedudukan sederajat dengan asas-asas umum pemerintahan yang layak (*algemene beginselen van behoorlijke bestuur*). Oleh karena itu, seringkali sifat melawan hukum dipandang sebagai *genus* dan penyalahgunaan wewenang sebagai *species* yang tidak sederajat, karena penyalahgunaan wewenang itu sendiri merupakan salah satu dari asas-asas umum pemerintahan yang layak.

Tidak demikian halnya dalam tataran perumusan tindak pidana yang memuat bagian inti delik, termasuk sifat melawan hukum. Pembentuk undang-undang dapat mengungkapkan unsur sifat melawan hukum pada setiap perumusan tindak pidana tersebut dalam pelbagai nomenklatur sebagaimana telah dikemukakan sebelumnya. Nomenklatur-nomenklatur yang merupakan bagian inti delik ini dapat berasal dari bidang hukum lainnya, atau bahkan dapat diambil-alih dari bidang-bidang non-hukum. Berdasar atas doktrin otonomi hukum pidana yang sudah diterima dalam yurisprudensi Indonesia, nomenklatur-nomenklatur tersebut dapat diberi makna sendiri oleh hakim (pidana) atau dapat diberi makna yang sama persis dengan makna nomenklatur tersebut berasal. Hal ini dimaksudkan untuk menciptakan keadilan, kepastian hukum dan kemanfaatan dalam arti yang luas; serta menciptakan harmonisasi antar bidang hukum atau antara bidang hukum dengan bidang non-hukum dalam arti sempit. Gambar 5 di bawah berikut memperlihatkan sifat melawan hukum sebagai konsep, sebagai bagian inti delik dan sebagai unsur.

**Gambar 5 : Alur Sifat Melawan Hukum (*wederrechtelijkheid*) sebagai Konsep, sebagai Bagian Inti Delik dan sebagai Unsur.**



Sumber : Bahan Hukum Sekunder diolah  
Keterangan : + berarti terbukti  
- berarti tidak terbukti

**3.2.2. Asas Kecermatan dan Asas Kepatutan sebagai Titik Singgung Kriteria Penyalahgunaan Wewenang (*Misbruik van Bevoegdheid*) dengan Sifat Melawan Hukum (*Wederrechtelijkheid*) dan Perbuatan Melanggar Hukum (*Onrechtmatige daad*).**

Sebagai variasi dari unsur sifat melawan hukum, bagian inti delik penyalahgunaan wewenang mengandung asas kecermatan dan asas kepatutan



sebagaimana yang telah dikemukakan sebelumnya.<sup>410</sup> Berdasarkan asas-asas ini pula, penyalahgunaan wewenang memiliki perbedaan dengan penyalahgunaan kekuasaan. Awalnya, asas kecermatan dan asas kepatutan merupakan bagian dari hukum perdata.<sup>411</sup> Namun demikian, asas kecermatan dan asas kepatutan ini telah mengalami perkembangan sedemikian rupa, sehingga hampir seluruh bidang hukum mendapatkan pengaruhnya<sup>412</sup> termasuk hukum administrasi negara<sup>413</sup> dan hukum pidana. Chrisje Brants dan Roel de Lange<sup>414</sup> menegaskan, antara lain :

*Aanvankelijk werd niet aanvaard dat overheidshandelen getoetst kon worden aan de zorgvuldigheidsnorm (maar weer wel als de overheid 'als bijzondere persoon' handelde, en niet 'als zodanig'). De zorgvuldigheidsnorm is thans echter ook van toepassing op handelen van de overheid bij de uitoefening van een publiekrechtelijke taak. Aanvaard wordt in beginsel nog wel dat de rechter zich van een beoordeling onthoudt of zich terughoudend opstelt wanneer aan de overheid een beleidsvrijheid toekomt. Maar ook hier zijn algemene beginselen van behoorlijke bestuur door de rechter tot ontwikkeling gebracht, waaraan ook ambten met regelgevende bevoegdheid zich moeten houden.* (Terjemahan bebas : Awalnya tidak diterima bahwa perbuatan-perbuatan penguasa dapat diuji menurut norma kecermatan [tetapi sekali lagi jika penguasa berbuat 'sebagai orang khusus', dan tidak 'sebagai umumnya']. Namun, norma kecermatan sekarang diterapkan pada perbuatan-perbuatan penguasa ketika melaksanakan suatu tugas menurut hukum publik. Prinsipnya masih diterima bahwa hakim menahan diri atau membatasi diri bilamana pada penguasa terdapat suatu kebijaksanaan. Tetapi di sini, asas-asas umum pemerintahan yang layak telah dikembangkan oleh hakim, yang juga harus dipertahankan pada jabatan dengan kewenangan pembentukan peraturan)

Gambar 6 di bawah ini menunjukkan, bahwa hukum perdata dengan perbuatan melanggar hukumnya, hukum administrasi negara dengan

<sup>410</sup>Lihat hal. 313 sampai dengan hal. 316

<sup>411</sup>Lihat C.H. Sieburgh, *Toerekening van een onrechtmatige daad*, Deventer : Kluwer, 2000, hal. 45

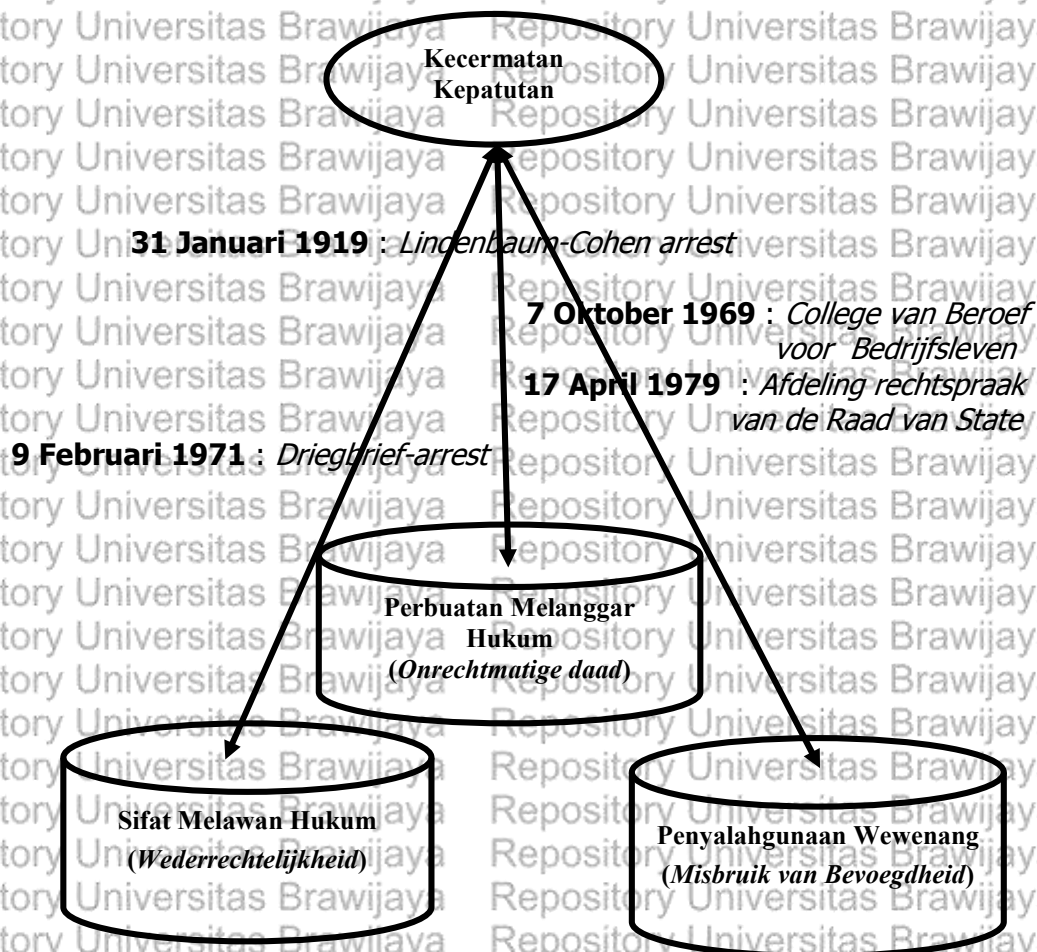
<sup>412</sup>Lihat hal 120; lihat juga, P.G.F.A. Geerts, *Bescherming van de intellectuele eigendom*, Zevende druk, Deventer : Kluwer, 2007, hal. 15; lihat juga, G.H. Addink dan Ch. W. Backes, *Milieurecht*, Zesde Druk, Deventer : Kluwer, 2006, hal. 529

<sup>413</sup>Lihat André Mast, et.al., *Op.Cit.*, hal. 56

<sup>414</sup>Chrisje Brants dan Roel de Lange, *Strafvervolgving van overheden*, Deventer : Kluwer, 1996, hal. 71

penyalahgunaan wewenangnya dan hukum pidana dengan sifat melawan hukumnya telah mengakui dan menerima asas kecermatan sebagai bagian dari muatannya. Asas kecermatan dalam perbuatan melanggar hukum diakui dan diterima sejak 31 Januari 1919 dalam *Lindenbaum-Cohen arrest*, dalam penyalahgunaan wewenang diakui dan diterima sejak 7 Oktober 1969 di *College van Beroef voor Bedrijfsleven* dan 17 April 1979 di *Afdeling rechtspraak van de Raad van State*, dan dalam sifat melawan hukum diakui dan diterima sejak 9 Februari 1971 dalam *Driegbrief-arrest*.

**Gambar 6 : Asas Kecermatan dan asas kepatutan sebagai Titik Singgung Kriteria Penyalahgunaan Wewenang dengan Sifat Melawan Hukum dan Perbuatan Melanggar Hukum**



Sumber : Bahan Hukum Sekunder diolah



Berdasar atas uraian di atas, maka ada terdapat 2 (dua) kemungkinan implikasi normatif kriteria kecermatan dalam bagian inti delik penyalahgunaan wewenang terhadap unsur sifat melawan hukum dalam tindak pidana korupsi. Pertama, terjadi pergeseran ke arah penerapan sifat melawan hukum materil dalam fungsinya yang positif; atau kedua, terjadi perluasan alasan pembenar di luar undang-undang. Kedua kemungkinan implikasi tersebut akan dibahas di bawah berikut.

1. Pergeseran ke Arah Penerapan Sifat Melawan Hukum dalam Fungsinya yang Positif (*Positieve Werking der Materiele Wederrechtelijkheid*)

Tindak pidana korupsi merupakan kejahatan yang luar biasa (*extra-ordinary crime*).<sup>415</sup> Kejahatan luar biasa merupakan kejahatan-kejahatan yang sangat sulit untuk diberantas. Hal ini disebabkan modus operadi, motivasi serta keadaan dan situasi dari kejahatan tersebut yang komplikasi sebagaimana tersirat dalam *Preamble* Konvensi Korupsi PBB.<sup>416</sup> Malahan di dalam konsideran menimbang huruf a UUPPTK 2001, hal tersebut telah dinyatakan secara lugas bahwa tindak pidana korupsi merupakan kejahatan yang memerlukan pemberantasan secara luar biasa. Berkaitan dengan itu, ada terdapat adagium bahwa *extra-ordinary crime required extra-ordinary treatment*<sup>417</sup> (kejahatan luar biasa memerlukan perlakuan luar biasa) dan sebaliknya, *extra-ordinary treatment is only applied for extra-ordinary crime* (perlakuan luar biasa hanya diberlakukan untuk kejahatan yang luar biasa)

<sup>415</sup>Anthony Walsh, *Race and Crime: A Biosocial Analysis*, New York: Nova Publisher, 2004, hal. 37. Anthony Walsh menulis: "What I am calling extra-ordinary crime from analogous run of the mill criminal acts are one or more of the following: (1) The form that they take (e.g., ongoing organized crime versus individual or ad hoc crime), (2) The motivation underlying them (e.g., instrumental versus expressive assault or homicide), and (3) The context in which the crime take place (e.g., street versus suite crime)."

<sup>416</sup>Lihat hal. 1

<sup>417</sup>Frans Hendra Winarta, *Suara Rakyat Hukum Tertinggi*, Jakarta: Penerbit buku Kompas, 2009, hal.294





Bukti, bahwa tindak pidana korupsi merupakan kejahatan luar biasa di Indonesia tercermin dari *The Corruption Perceptions Index* (CPI) yang diterbitkan oleh *Transparency International*. Tabel 18 di bawah berikut menunjukkan indeks persepsi korupsi negara-negara di Asia Tenggara yang berasal dari *Transparency International*. Perlu dijelaskan secara singkat, bahwa CPI mengukur tingkat persepsi korupsi sektor publik 180 negara dan wilayah di seluruh dunia. CPI adalah survey dari pelbagai survey berdasar atas 13 survey ahli dan bisnis yang berlainan. Sedangkan *Transparency International*<sup>418</sup> itu sendiri adalah organisasi swadaya masyarakat global yang memimpin pemberantasan melawan korupsi, mempersatukan orang-orang dalam suatu persekutuan seluruh dunia yang kuat untuk mengakhiri dampak buruk korupsi terhadap setiap orang di seluruh dunia.

<sup>418</sup>Lihat [http://www.transparency.org/about\\_us](http://www.transparency.org/about_us)

**Tabel 18 : Indeks Persepsi Korupsi Negara-negara di Asia Tenggara dalam Kurun Waktu 2005-2010 menurut *Transparency International***

Negara (Abjad)		2005	2006	2007	2008	2009	2010
Cambodia	R	130	151	162	166	158	154
	S	2,3	2,1	2,0	1,8	2,0	2,1
Brunei	R	-	-	-	-	39	38
	S	-	-	-	-	5,5	5,5
Indonesia	R	137	130	143	126	111	110
	S	2,2	2,4	2,3	2,6	2,8	2,8
Laos	R	77	111	168	151	158	154
	S	3,3	2,6	1,9	2,0	2,0	2,1
Malaysia	R	39	44	43	47	56	56
	S	5,1	5,0	5,1	5,1	4,5	4,4
Myanmar	R	155	160	179	178	178	176
	S	1,8	1,9	1,4	1,3	1,4	1,4
Philippines	R	117	121	131	141	139	134
	S	2,5	2,5	2,5	2,3	2,4	2,4
Singapore	R	5	5	4	4	3	1
	S	9,4	9,4	9,3	9,2	9,2	9,3
Thailand	R	59	63	84	80	84	78
	S	3,8	3,6	3,3	3,5	3,4	3,5
Timor Leste	R	-	111	123	145	146	127
	S	-	2,6	2,6	2,2	2,2	2,5
Viet Nam	R	107	111	123	121	120	116
	S	2,6	2,6	2,6	2,7	2,7	2,7

Sumber : Bahan Hukum Sekunder *Transparency International* diolah

Keterangan : R = *Ranking*

S = *Corruption Perceptions Index Score (CPI Score)*

Berdasarkan data di atas, indeks persepsi korupsi sektor publik di Indonesia masih sangat rendah dan buruk walau telah terdapat kecenderungan membaik. Dari tahun 2005 sampai dengan tahun 2009, posisi Indonesia masih berada di rangking  $\geq 101$  dan  $\leq 150$  di antara 180 negara serta wilayah di seluruh dunia atau rata-rata ranking 129,4 selama 5 tahun terakhir dengan skor CPI masih di antara  $\geq 2,1$  dan  $\leq 2,5$  yang tepatnya berkisar antara 2,2 - 2,8 atau rata-rata skor CPI 2,46 selama 5 tahun terakhir. Meskipun begitu, tahun demi tahun ada terdapat perbaikan ranking dari 137 di tahun 2005 dan telah berada pada 111 di tahun 2009 serta skor CPI dari 2,2 di tahun 2005 dan telah mencapai 2,8 di tahun 2009.

Di kawasan regional Asia Tenggara, indeks persepsi korupsi sektor publik Indonesia masih kalah dari Singapura, Malaysia Thailand dan Viet Nam.

Singapura memiliki indeks persepsi Korupsi paling baik, yakni : ranking  $\geq 1$  dan  $\leq 50$  di antara 180 negara serta wilayah di seluruh dunia atau rata-rata ranking 4,2 selama 5 tahun terakhir dengan skor CPI telah mencapai  $\geq 7,6$  dan  $\leq 10$  yang tepatnya berkisar antara 9,2 - 9,4 atau rata-rata skor CPI 9,3 selama 5 tahun terakhir. Malaysia mempunyai indeks persepsi korupsi sektor publik terbaik kedua setelah Singapura, yaitu : ranking  $\geq 1$  dan  $\leq 50$  di antara 180 negara serta wilayah di seluruh dunia atau rata-rata ranking 45,8 selama 5 tahun terakhir dengan skor CPI telah mencapai  $\geq 2,6$  dan  $\leq 5,0$  yang tepatnya berkisar antara 4,5 - 5,1 atau rata-rata skor CPI 4,96 selama 5 tahun terakhir. Setelah itu, Thailand menyusul Malaysia di tempat ketiga, yakni : ranking  $\geq 51$  dan  $\leq 100$  di antara 180 negara serta wilayah di seluruh dunia atau rata-rata ranking 74 selama 5 Tahun terakhir dengan skor CPI telah mencapai  $\geq 2,6$  dan  $\leq 5,0$  yang persisnya  $\pm$  antara 3,3 - 3,8 atau rata-rata skor CPI 3,52 selama 5 tahun terakhir.

Viet Nam memiliki ranking dan skor CPI yang hampir sama dengan Indonesia, tetapi dilihat rata-ratanya Viet Nam lebih baik daripada Indonesia. Ranking Viet Nam berada pada posisi  $\geq 101$  dan  $\leq 150$  di antara 180 negara serta wilayah di seluruh dunia atau rata-rata ranking 116,4 selama 5 tahun terakhir dengan skor CPI telah mencapai  $\geq 2,6$  dan  $\leq 5,0$  yang persisnya  $\pm$  antara 2,6 - 2,7 atau rata-rata skor CPI 2,64 selama 5 tahun terakhir.

Ranking dan skor CPI Philippines juga hampir sama dengan Indonesia, tetapi dilihat dari rata-ratanya Indonesia lebih baik daripada Philippines. Philippines mempunyai ranking  $\geq 101$  dan  $\leq 150$  di antara 180 negara serta



wilayah di seluruh dunia atau rata-rata ranking 129,8 selama 5 tahun terakhir dengan skor CPI telah mencapai  $\geq 2,1$  dan  $\leq 2,5$  yang tepatnya  $\pm$  antara 2,3 – 2,5 atau rata-rata skor CPI 2,44 selama 5 tahun terakhir.

Setelah Philippines, ada terdapat beberapa negara lainnya seperti Timor Leste, Laos, Cambodia dan Myanmar. Rata-rata ranking Timor Leste dan Laos berada dikisaran antara  $\geq 101$  dan  $\leq 150$  di antara 180 negara serta wilayah di seluruh dunia selama 5 tahun terakhir dengan rata-rata skor CPI antara  $\geq 2,1$  dan  $\leq 2,5$  selama 5 tahun terakhir. Sedangkan Cambodia dan Myanmar berada dikisaran antara  $\geq 151$  dan  $\leq 180$  di antara 180 negara serta wilayah di seluruh dunia selama 5 tahun terakhir dengan rata-rata skor CPI antara  $\geq 1,1$  dan  $\leq 2,0$  selama 5 tahun terakhir.

Meskipun menurut survey *Transparency International* indeks persepsi korupsi Indonesia lebih baik daripada indeks persepsi korupsi Philippines, Cambodia, dan seterusnya, namun menurut survey *Political and Economical Risk Consultancy* (PERC) yang bermarkas di Hongkong Indonesia adalah negara paling korup dari 16 negara tujuan investasi di Asia-Pasifik.<sup>419</sup> Indonesia memiliki skor 9,07 dari kemungkinan 10. Posisi selanjutnya ditempati Cambodia, Viet Nam, Philippines, India, China, Malaysia dan seterusnya. Di sini, Singapura sebagai negara yang paling bersih.

Oleh karena tindak pidana korupsi sudah merupakan kejahatan luar biasa, maka perlakuannya pun harus luar biasa. Salah satu perlakuan yang luar biasa itu adalah pengakuan terhadap berlakunya unsur sifat melawan hukum

<sup>419</sup>Lihat <http://bisniskeuangan.kompas.com/read/2010/03/08/21205485/PERC.Indonesia.Negara.Paling.Korup>, Senin, 8 Maret 2010, jam 04.39 WIB



dalam fungsinya yang positif (*positieve werking der materiele wederrechtelijkheid*). Bambang Purnomo<sup>420</sup> menandakan, bahwa :

Rumusan delik korupsi dalam Undang-undang No.3 tahun 1971 hanya mempunyai arti yang efektif apabila hukum pidana diorientasikan kepada penentuan perbuatan pidana pada segi positif dari unsur "materiele wederrechtelijkheid" dengan pertimbangan menurut ukuran "maatschappelijk onbetamelijk", ....

Di samping unsur sifat melawan hukum dalam fungsinya yang positif, perlakuan luar biasa lainnya adalah pembalikan beban pembuktian (*omkering van bewijslast*).<sup>421</sup>

Keberadaan sifat melawan hukum materil dalam fungsinya yang positif ini memang masih menjadi "kontroversi". Hal ini disebabkan keberadaannya dipandang bertentangan dengan asas legalitas sebagaimana dicantumkan dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP. Oleh karena itu, hampir tidak ada pakar hukum pidana

Belanda yang menganut sifat melawan hukum materil dalam fungsinya yang positif, seperti : W.P.J. Pompe, H.B. Vos, Dertje Hazewinkel-Suringa, W.F.C. van Hattum, Jan Rammelink dan De Hullu , kecuali J.E. Jonkers serta N. Jörg dan C.

Kelk;<sup>422</sup> dengan perkataan lain, pakar hukum pidana secara umum menganut sifat melawan hukum materil dalam fungsinya yang negatif (*negatieve werking der materiele wederrechtelijkheid*). Berkaitan dengan itu, C.P.M. Cleiren<sup>423</sup>

mengemukakan pendapatnya secara tertulis, sebagai berikut :

*Inj Nederland wordt in alle delictomschrijvingen impliciet de wederrechtelijk ingelezen. De materiele wederrechtelijkheid kan ontbreken bij het aanwezig zijn van rechtvaardignisgronden. Men spreekt dan meestal niet van het ontbreken van mateirele wedrrechtelijkheid, maar van het aanwezig zijn van een rechtsvaardignisgrond. Een maal is in de geschiedensi het ontbreken*

<sup>420</sup> *Op. Cit.*, hal. 45

<sup>421</sup> *Ibid.*

<sup>422</sup> Lihat hal. 101 sampai dengan hal. 103

<sup>423</sup> Hasil wawancara dengan C.P.M. Cleiren melalui e-mail, Guru Besar Hukum Pidana pada *Lieden Universiteit dan Directuur Generaal Wetgeving, Rechtspleging, Rechtshandhaving en Rechtsbijstand* pada *het Ministerie van Justitie*, [c.p.m.cleiren@law.leidenuniv.nl](mailto:c.p.m.cleiren@law.leidenuniv.nl), Kamis, 3 Juli 2008, jam 13.45 WIB.

*van materiele wederrechteljkheid aangenomen zonder dat er sprake was van een wettelijke rechtvaardigingsgrond. Daar is echter veel discussie over geweest.* (Terjemahan bebas : Di Belanda, dalam semua perumusan tindak pidana dimiliki secara diam-diam sifat melawan hukum. Sifat melawan hukum materiil dapat hapus oleh adanya alasan-alasan pembenar. Maka seringkali orang tidak berbicara hapusnya sifat melawan hukum materiil, tetapi adanya alasan pembenar. Sekali dalam sejarah hapusnya sifat melawan hukum materiil diterima tanpa berbicara mengenai alasan pembenar menurut perundang-undangan. Tetapi hal itu telah menjadi banyak pembicaraan)

Mahkamah Konstitusi dalam putusan No. 003/PUU-IV/2006 tanggal 25

Juli 2006 telah mengikuti ajaran yang berlaku di Belanda sebagaimana diuraikan

di atas. Dalam konteks ini, ajaran yang diikuti Mahkamah Konstitusi tersebut sulit

dipertahankan karena mengabaikan beberapa pertimbangan. Pertama,

pertimbangan sosiologis yang menunjukkan bahwa tindak pidana korupsi

merupakan kejahatan luar biasa, terlebih lagi yang terjadi di Indonesia.

Berdasarkan kenyataan itu, tindak pidana korupsi telah menimbulkan beban yang

sangat besar kepada negara dan rakyat yang masih serba kekurangan. Hal ini

mendapatkan penegasan Mahkamah Agung dalam Putusan No. 977 K/Pid/2004

tanggal 10 Juni 2005,<sup>424</sup> antara lain :

Bahwa dalam hal resiko, sebagai bagian dari penyelenggara pemerintah negara, sudah semestinya Bank Indonesia mengaitkan resiko yang timbul akibat kebijakan tersebut terhadap negara. Dalam keadaan serba krisis negara harus memikul beban yang begitu besar akibat tingkah laku buruk yang tidak menjalankan prinsip-prinsip perbankan secara baik dan benar. Hal ini mesti diperhitungkan oleh Bank Indonesia. Sangat tidak layak dan bertentangan dengan kepatutan suatu beleid yang justru mendalilkan beban bank-bank menjadi beban negara atau rakyat serba kekurangan.

Oleh karena itu penanggulangan dan pemberatasannya memerlukan perlakuan

yang luar biasa melalui penerapan unsur sifat melawan hukum materiil dalam

fungsinya yang positif, sehingga berjalan secara efektif.

<sup>424</sup>Lihat juga Putusan Mahkamah Agung No. 594 K/Pid/2005 tanggal 6 Oktober 2005





Kedua, pertimbangan sejarah yang telah memperlihatkan bahwa penerapan unsur sifat melawan hukum materil dalam fungsinya yang positif sudah berlangsung sejak sebelum Indonesia dijajah oleh Belanda.<sup>425</sup> Penerapan unsur sifat melawan hukum materil dalam fungsinya yang positif tersebut telah pula dipertahankan di masa kolonial Belanda sampai masa Republik Indonesia.<sup>426</sup>

Bahkan dalam konteks tindak pidana korupsi, penerapan unsur sifat melawan hukum materil dalam fungsinya yang positif tadi telah menjadi yurisprudensi tetap Mahkamah Agung,<sup>427</sup> yaitu : Putusan No. 275K/Pid/1982.

Ketiga, pertimbangan yuridis menunjukkan bahwa di satu pihak Mahkamah Konstitusi lebih menekankan pada kepastian hukum (*rechtszekerheid*) dengan menafikan keadilan sebagaimana ditetapkan dalam putusan No. 003/PUU-IV/2006 tanggal 25 Juli 2006, antara lain :

Bahwa berdasarkan uraian di atas, konsep melawan hukum materil (*materiele wederrechtelijke*) yang merujuk pada hukum tidak tertulis dalam ukuran kepatutan, kehati-hatian dan kecermatan yang hidup dalam masyarakat, sebagai suatu norma keadilan, adalah tidak pasti, ....

Padahal sebaliknya Mahkamah Konstitusi seharusnya lebih menekankan pada keadilan daripada kepastian hukum sebagaimana ditentukan dalam Pasal 28 D ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945. Di lain pihak Mahkamah Konstitusi yang berdasar atas wewenang *negative legislation*-nya, telah menyatakan tidak berlaku dan bertentangan dengan Undang-Undang Dasar 1945 Penjelasan Pasal 2 ayat (1) UUPPK 1999 sepanjang mengenai frasa "Yang dimaksud dengan 'secara melawan hukum' dalam pasal ini mencakup perbuatan-perbuatan melawan hukum dalam arti formal maupun dalam arti materil, yakni meskipun perbuatan tersebut tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan, namun

<sup>425</sup>Lihat hal. 106

<sup>426</sup>Lihat hal. 107 sampai dengan hal. 114

<sup>427</sup>Lihat hal. 115





apabila perbuatan tersebut dianggap tercela karena tidak sesuai dengan rasa keadilan atau norma-norma kehidupan sosial dalam masyarakat, maka perbuatan tersebut dapat dipidana.<sup>428</sup> Tetapi, justru penghapusan frasa ini telah membuat Pasal 2 ayat (1) UUPTK 1999 menjadi tidak jelas.<sup>428</sup> Hal tersebut disebabkan dalam Alinea ke-6 (keenam) Bagian Umum Penjelasan UUPTK 1999 masih tercantum frasa, sebagai berikut :

Agar dapat menjangkau berbagai modus operandi penyimpangan keuangan negara atau perekonomian negara yang semakin canggih dan rumit, maka tindak pidana yang diatur dalam Undang-undang ini dirumuskan sedemikian rupa sehingga meliputi perbuatan-perbuatan memperkaya diri sendiri atau orang lain atau suatu korporasi secara "melawan hukum" dalam pengertian formil dan materiil. Dengan perumusan tsb, pengertian melawan hukum dalam tindak pidana korupsi dapat pula mencakup perbuatan-perbuatan tercela yang menurut perasaan keadilan masyarakat harus dituntut dan dipidana.

Alinea ke-6 (keenam) Bagian Umum Penjelasan UUPTK 1999 tersebut secara jelas menunjukkan, bahwa sifat melawan hukum materiil yang dianut adalah dalam fungsinya yang positif. Oleh karena demikian adanya, penafsiran yang lebih jelas harus diberikan.

Mahkamah Agung memberikan tanggapan terhadap Putusan Mahkamah Konstitusi tersebut dalam beberapa putusannya yang dimulai dari (1) Putusan No. 995 K/Pid/2004 tanggal 14 Agustus 2006 serta (2) Putusan No. 996 K/Pid/2006 tanggal 14 Agustus 2006 dan diikuti selanjutnya dengan (3) Putusan No. 1974 K/Pid/2006 tanggal 13 Oktober 2006, (4) Putusan No. 2065 K/Pid/2006 tanggal 21 Desember 2006, (5) Putusan No. 2078 K/Pid/2007 tanggal 28 Februari 2007, (6) Putusan No. 1384 K/Pid/2005 tanggal 13 September 2007, (7) Putusan dalam Peninjauan Kembali No. 17 PK/Pid/2007 tanggal 16 Januari 2008 dan (8) Putusan dalam Peninjauan No. 07 PK/PID.SUS/2009 tanggal 8 Juni 2009.

<sup>428</sup>Lihat Putusan Mahkamah Agung No. No. 977 K/Pid/2004 tanggal 10 Juni 2005



Tanggapan itu berupa penafsiran berdasarkan *Doctrine Sens-Clair* atau lengkapnya *La Doctrine du Sens-Clair* yang telah dianut di Belgia sebagaimana dituangkan dalam *Cassatie* 20 Oktober 1954, Arr. Cass. 1953, 65 jo. *Cassatie* 22 Desember 1994, Arr. Cass. 1994, 1150.<sup>429</sup>

*Doctrine Sens-Clair* itu diperkenalkan oleh Michel van de Kerchove dalam tulisannya berjudul *La Doctrine du Sens-Clair des Textes et La Jurisprudence de La Cour de Cassation de Belgique in L'interprétation en Droit. Approche*

*Pluridisciplinaire* yang diterbitkan di Brussel, oleh *Publication des Faculteit Universitaires Saint-Louis*, 1978, (13) 15-18.<sup>430</sup> Doktrin yang di Jerman dikenal

dengan sebutan *doktrin der eindeutiger wortlaut*<sup>431</sup> ini diberlakukan tidak hanya untuk hukum pidana melainkan juga diberlakukan untuk bidang-bidang hukum yang lain. Menurut doktrin ini, penafsiran dilakukan bilamana formulasi peraturan

perundang-undangan yang dibentuk oleh pembentuk undang-undang dengan sendirinya sedikit kurang sehingga tidak menghasilkan makna yang jelas dan utuh. Stefan Vogenauer<sup>432</sup> menegaskan : "*Anlaß zur Interpretation besteht, wenn*

*die Formulierung des Gesetzgebers, die an sich ein wenig zu knapp ist, keinen ... klaren und vollständigen Sinn ergibt.*" (Terjemahan bebas : Kesempatan untuk

menafsirkan ada, bilamana formulasi pembentuk undang-undang yang dengan sendirinya sedikit kurang, tidak menghasilkan makna yang jelas dan utuh)

Penafsiran berdasar atas Doktrin Sens-Clair tersebut dimulai "*Wenn das Verfahren der grammatikalischen Interpretation nicht genügt oder wenn deren*

*Ergebnisse bestätigt oder bekräftigt werden müssen, fügt man die auf*

<sup>429</sup>Erik Claes, *Legaliteit en Rechtsvinding in het Strafrecht : een grondslagentheoretische benadering*, Leuven : Leuven Universitair Press, 2003, hal. 28

<sup>430</sup>*Ibid.*

<sup>431</sup>Stefan Vogenauer, *Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent : eine vergleichende Untersuchung der Rechtsprechung und ihrer historischen Grundlagen*, Tübingen : Mohr Siebeck, 2001, hal. 248

<sup>432</sup>*Ibid.* Hal. 249



*Schlußfolgerungen beruhende oder logische Auslegung hinzu.*<sup>433</sup> (Terjemahan

bebas : Ketika metode penafsiran gramatikal tidak cukup atau hasil penafsiran

tersebut harus dikuatkan atau diperkuat, orang menambahkan yang bersandar

pada kesimpulan dan penafsiran yang logis) Sedangkan yang dimaksud dengan

"bersandar pada kesimpulan dan penafsiran yang logis", yaitu : "..., muß der

*Richter sie unter Berücksichtigung des vom Gesetzgeber verfolgten Ziels, der*

*gegenwärtigen sozialen Bedürfnisse und der Billigkeit interpretieren*<sup>434</sup>

(Terjemahan bebas : ..., hakim harus menafsirkannya dengan memperhatikan

tujuan yang hendak dicapai oleh pembentuk undang-undang, kebutuhan

masyarakat saat ini dan keadilan)

Sesungguhnya *Doctrine Sens-Clair* ini bukan merupakan hal yang baru

dan "asing" bagi Indonesia. Maksud yang sama dengan *Doctrine Sens-Clair* telah

dituangkan dan diatur dalam Pasal 10 ayat (1) jo. Pasal 5 ayat (1) Undang-

undang No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman yang juga telah

terdapat dalam Undang-undang No. 14 Tahun 1970, Undang-undang No. 35

Tahun 1999, Undang-undang No. 4 Tahun 2004. Di satu pihak, pengadilan

dilarang menolak untuk memeriksa, mengadili dan memutus perkara yang

diajukan kehadapannya dengan dalih bahwa hukum tidak dan/atau kurang jelas,

melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya. Di lain pihak, hakim wajib

menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan dalam

masyarakat.

Berkaitan dengan itu, Mahkamah Agung dalam Putusan Putusan No. 995

K/Pid/2004 tanggal 14 Agustus 2006, Putusan No. 996 K/Pid/2006 tanggal 14

Agustus 2006, Putusan No. 1974 K/Pid/2006 tanggal 13 Oktober 2006, Putusan

<sup>433</sup> *Ibid.*

<sup>434</sup> *Ibid.*

No. 2065 K/Pid/2006 tanggal 21 Desember 2006 dan Putusan dalam Peninjauan Kembali No. 17 PK/Pid/2007 tanggal 16 Januari 2008 yang semuanya diputus

Majelis Hakim dengan Dr. H. Parman Soeparman S.H., M.H. sebagai Ketua Majelis, menimbang sebagai berikut :

bahwa keberatan ini tidak dapat dibenarkan, karena *Judex factie* tidak salah menerapkan hukum, in casu Mahkamah Agung adalah sependapat dengan *Judex factie* untuk tetap memberi makna "perbuatan melawan hukum" yang dimaksud dalam pasal 2 ayat 1 Undang-Undang No.31 tahun 1999, baik dalam arti formil maupun dalam arti materil, walaupun oleh putusan Mahkamah Konstitusi tanggal 25 Juli 2006, No.003 / PUU-IV / 2006 penjelasan Pasal 2 ayat 1 Undang-Undang No.20 tahun 2001 jo Undang-Undang No.31 tahun 1999 telah dinyatakan bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Republik Indonesia Tahun 1945 dan telah pula dinyatakan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat, mengingat alasan-alasan sebagai berikut :

1. bahwa dengan dinyatakan penjelasan Pasal 2 ayat 1 Undang-Undang No.20 Tahun 2001 jo Undang-Undang No.31 Tahun 1999 sebagai bertentangan dengan Undang-Undang Dasar 1945 dan telah dinyatakan pula tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat, maka yang dimaksud dengan unsur "melawan hukum" dalam Pasal 2 ayat 1 dari Undang-Undang tersebut menjadi tidak jelas rumusannya, oleh karena itu berdasarkan doctrine "*Sens-Clair (la doctrine du senclair)*" hakim harus melakukan penemuan hukum dengan memperhatikan :
  - a) Pasal 28 ayat 1 Undang-Undang No. 4 tahun 2004 yang menentukan "Hakim wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat", karena menurut Pasal 16 ayat 1 Undang-Undang No.4 tahun 2004, "Pengadilan tidak boleh menolak untuk memeriksa, mengadili, dan memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib memeriksa dan mengadilinya",
  - b). bahwa Hakim dalam mencari makna "melawan hukum" seharusnya mencari dan menemukan kehendak public yang bersifat unsur pada saat ketentuan tersebut diberlakukan pada kasus konkrit (bandingkan M. Yahya Harahap, SH., Pembahasan Permasalahan Dan Penerapan KUHAP, Edisi Kedua, halaman 120)
  - c). bahwa Hamaker dalam karangannya *Het recht en de maatschappij* dan juga *Recht, Wet en Rechter* antara lain berpendapat bahwa hakim seyogianya mendasarkan putusannya sesuai dengan kesadaran hukum dan penerapan hukum yang sedang hidup didalam masyarakatnya ketika putusan itu dijatuhkan. Dan bagi I.H. Hymans (dalam karangannya : *Het recht der werkelijkdend*), hanya putusan hukum yang sesuai dengan kesadaran hukum dan kebutuhan hukum warga masyarakatnya yang merupakan "hukum dalam makna sebenarnya" (*het recht*



der werkelijkheid) (lihat Prof. Dr. Achmad Ali, SH.MH. Menguak Tabir Hukum (suatu Kajian Filosis Dan Sosiologis). Cetakan ke.II (kedua), 2002, hal.140) ;

d). bahwa " apabila kita memperhatikan undang – undang , ternjata bagi kita, bahwa undang – undang tidak saja menundukkan banyak kekurangan-kekurangan, tapi seringkali juga tidak jelas. Walaupun demikian hakim harus melakukan peradilan. Teranglah, bahwa dalam hal sedemikian undang – undang memberi kuasa kepada hakim untuk menetapkan sendiri maknanya ketentuan undang – undang itu atau artinja suatu kata yang tidak jelas dalam suatu ketentuan undang–undang. Dan hakim boleh menafsir suatu ketentuan undang- undang secara gramatikal atau histories baik "rechts maupun wetshistoris" ( Lie Oen Hock , Jurisprudensi sebagai Sumber Hukum, Pidato diucapkan pada waktu Peresmian Pemangkuan Djabatan Guru Besar Luar Biasa dalam Ilmu Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Indonesia pada Fakultas Hukum dan Pengetahuan Masyarakat dari Universitas Indonesia di Djakarta, pada tanggal 19 September 1959 , hlm.11. )

2. bahwa memperhatikan butir 1 tersebut, maka Mahkamah Agung dalam memberi makna unsur "secara melawan hukum" dalam Pasal 2 ayat 1 Undang-Undang No.20 Tahun 2001 jo Undang-Undang No.31 Tahun 1999 akan memperhatikan doktrin dan Yurisprudensi Mahkamah Agung yang berpendapat bahwa unsur "secara melawan hukum" dalam tindak pidana korupsi adalah mencakup perbuatan melawan hukum dalam arti formil maupun dalam arti materil dan mengenai perbuatan melawan hukum dalam arti materil yang meliputi fungsi positif dan negatifnya, yang pengertiannya Mahkamah Agung berpedoman pada:

a). bahwa "Tujuan diperluasnya unsur "perbuatan melawan hukum", yang tidak lagi dalam pengertian formil, namun meliputi perbuatan melawan hukum secara materil, adalah untuk mempermudah pembuktiannya dipersidangan, sehingga suatu perbuatan yang dipandang oleh masyarakat sebagai melawan hukum secara materil atau tercela perbuatannya, dapatlah pelaku dihukum melakukan tindak pidana korupsi, meskipun perbuatannya itu tidak melawan hukum secara formil ( Dr. Indriyanto Seno Adji , SH. MH., Korupsi dan Hukum Pidana, Edisi Pertama, hlm.14 ) ;

b). bahwa pengertian melawan hukum menurut Pasal 1 ayat ( 1) sub a UU No. 3 Tahun 1971,tidak hanya melanggar peraturan yang ada sanksinya melainkan mencakup pula perbuatan yang bertentangan dengan keharusan atau kepatutan dalam pergaulan masyarakat atau dipandang tercela oleh masyarakat ;

c). bahwa dari butir 2 Surat Menteri Kehakiman RI. Tanggal 11 Juli 1970 sebagai pengantar diajukannya RUU No.3 Tahun 1971 dapat disimpulkan pengertian perbuatan melawan hukum secara materil adalah dititik beratkan pada pengertian yang diperoleh dari hukum tidak tertulis, hal ini tersirat dari surat tersebut yang pada pokoknya berbunyi "Maka untuk mencakup perbuatan-perbuatan



yang sesungguhnya bersifat koruptif akan tetapi sukar dipidana, karena tidak didahului suatu kejahatan atau pelanggaran-pelanggaran dalam RUU ini dikemukakan saran "melawan hukum dalam rumusan tindak pidana korupsi, yang pengertiannya juga meliputi perbuatan-perbuatan yang bertentangan dengan norma-norma yang lazim atau yang bertentangan dengan keharusan dalam pergaulan hidup untuk bertindak cermat terhadap orang lain, barang maupun haknya ;

d). bahwa sejalan dengan politik hukum untuk memberantas korupsi dalam Putusan Mahkamah Agung RI tanggal 29 Desember 1983 No.275 K / Pid / 1983, untuk pertama kalinya dinyatakan secara tegas bahwa korupsi secara materiil melawan hukum, karena perbuatan tersebut adalah perbuatan yang tidak patut, tercela dan menusuk perasaan hati masyarakat banyak, dengan memakai tolok ukur asas hukum yang bersifat umum menurut kepatutan dalam masyarakat ;

3. bahwa Yurisprudensi dan doktrin merupakan sumber hukum formil selain Undang-Undang dan kebiasaan serta traktat yang dapat digunakan oleh Mahkamah Agung dalam kasus konkrit yang dihadapinya, Yurisprudensi tentang makna perbuatan melawan hukum dalam arti formil dan dalam arti materiil harus tetap dijadikan pedoman untuk terbinanya konsistensi penerapannya dalam perkara-perkara tindak pidana korupsi, karena sudah sesuai dengan kesadaran hukum dan perasaan hukum yang sedang hidup dalam masyarakat, kebutuhan hukum warga masyarakat, nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat;

Meskipun berdasar atas landasan hukum yang serupa seperti di atas, tetapi Mahkamah Agung dalam Putusan No. 1384 K/Pid/2005 tanggal 13 September 2007 yang diputus Majelis Hakim dengan Prof. Dr. H. Bagir Manan, S.H. MCL. sebagai Ketua Majelis memiliki hasil yang agak berbeda. Dalam putusan ini, Mahkamah Agung memaknai sifat melawan hukum materiil dalam fungsinya yang positif sebagai bertentangan dengan kecermatan yang patut dalam pergaulan masyarakat (*zorgvuldig die in de maatschappelijk verkeer betaamt*). Pertimbangan putusan tersebut tertulis sebagai berikut :

Menimbang, bahwa sehubungan dengan pengertian unsur "melawan hukum" dan tindak pidana sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 ayat a sub a, Undang-Undang No.3 Tahun 1971, Mahkamah Agung akan mempertimbangkan hal-hal sebagai berikut :

1. Bahwa dari butir 2 Surat Menteri Kehakiman RI tanggal 11 Juli 1970 sebagai pengantar diajukannya RUU No.3 Tahun 1971 dapat disimpulkan pengertian perbuatan melawan hukum secara materiil



adalah dititik beratkan pada pengertian yang diperoleh dari hukum tidak tertulis, hal ini tersirat dari surat tersebut yang pokoknya berbunyi "Maka, untuk mencakup perbuatan-perbuatan yang sesungguhnya bersifat koruptif, akan tetapi sukar dipidana karena tidak memenuhi suatu kejahatan atau pelanggaran-pelanggaran dalam rancangan undang-undang ini dikemukakan sarana "melawan hukum" dalam rumusan tindak pidana korupsi, yang pengertiannya juga meliputi perbuatan-perbuatan yang bertentangan dengan norma-norma yang lazim atau yang bertentangan dengan keharusan dalam pergaulan hidup untuk bertindak cermat terhadap orang lain, barang maupun haknya ;

2. Bahwa dalam Penjelasan Undang-Undang No. 3 Tahun 1971 dijelaskan "Dengan mengemukakan sarana melawan hukum yang mengandung pengertian formil dan materil, maka dimaksudkan agar supaya lebih mudah memperoleh pembuktian tentang perbuatan yang dapat dihukum, yaitu memperkaya diri sendiri atau orang lain atau suatu badan dari pada memenuhi ketentuan untuk membuktikan lebih dahulu adanya kejahatan/ pelanggaran seperti diisyaratkan oleh Undang-Undang No.24 Prp Tahun 1960 ;
3. Bahwa Yurisprudensi Mahkamah Agung RI tanggal 29 Desember 1983 No.275 K/Pid/1983, pada pokoknya berpendapat "penggunaan kekuasaan serta wewenang secara menyimpang oleh Terdakwa, menurut pertimbangan Pengadilan Negeri selaku iudex facti dalam perkara inipun dianggap terbukti seperti pemberian kredit terhadap real estate, adanya overdraft, adanya perpanjangan kredit dan sebagainya, yang merupakan tanggungjawab Terdakwa Raden Sanson Natalegawa selaku Direktur Bank Bumi Daya yang membidangi/membawahi perkreditan dengan tugas menganalisa atau memeriksa permohonan kredit kepada Terdakwa, perbuatan mana merupakan penyimpangan dari kebijaksanaan tertulis dari Bank Indonesia yang menurut Mahkamah Agung harus dianggap sebagai suatu perbuatan yang dilakukan tanpa kewenangan yang melekat padanya ataupun tanpa dia berhak melakukan demikian dan perbuatan yang demikian itu adalah juga perbuatan melawan hukum ;
4. Putusan Mahkamah Agung tanggal 21 Januari 1989 No.241 K/Pid/1987 berpendapat "penyimpangan penggunaan kredit telah berarti menyimpang dari Instruksi Presiden dan Surat Keputusan bersama ketiga pejabat di atas, merupakan perbuatan melawan hukum formil, bukan hanya sekedar perbuatan yang menyimpang dari perjanjian kreditnya" ;
5. Putusan Mahkamah Agung tanggal 7 Januari 1976 No.48/K/Kr./1974 "..... penggunaan uang itu oleh Terdakwa untuk keperluan lain dari pada yang dimaksud dalam perjanjian di atas adalah perbuatan memiliki dengan melawan hukum (onrechtmatige toeigening);
6. Saksi ahli Dr. Komariah E. Sapardja, SH. pada pokoknya adalah berpendapat :
  - a. Dalam tindak pidana korupsi sangat menonjol sifat melawan hukum yang materil yaitu perbuatan tersebut adalah perbuatan



yang tidak patut/tercela, terlebih-lebih lagi apabila dapat dibuktikan bahwa secara formal telah merugikan keuangan Negara

b. Secara teori menurut ilmu pengetahuan hukum pidana, khususnya yang menyangkut tindak pidana korupsi, tidak ada perbedaan antara perbuatan melawan hukum di bidang hukum perdata (onrechtmatige daad) dengan perbuatan melawan hukum dalam bidang hukum pidana (wederechtelijke) ;

7. Bahwa Dr. Indriyanto Seno Adjie, SH.MH. dalam bukunya "Korupsi dan Hukum Pidana" Edisi Pertama, halaman 14 mengemukakan "Tujuan diperluasnya unsur "perbuatan melawan hukum", yang tidak lagi dalam pengertian formil, namun meliputi perbuatan melawan hukum secara materil, adalah untuk mempermudah pembuktiannya di persidangan, sehingga suatu perbuatan yang dipandang oleh masyarakat sebagai melawan hukum secara materil atau tercela perbuatannya, dapatlah pelaku dihukum melakukan tindak pidana korupsi, meskipun perbuatannya itu tidak melawan hukum secara formil ;

Menimbang, bahwa setelah memperhatikan pendapat-pendapat tersebut di atas, Mahkamah Agung berpendapat bahwa "perbuatan Terdakwa tidak menyetor uang hasil/penjualan minyak goreng BULOG sebesar Rp.169.710.699.839,- (seratus enam puluh sembilan milyar tujuh ratus sepuluh juta enam ratus sembilan puluh sembilan ribu delapan ratus tiga puluh sembilan rupiah) dalam waktu yang telah ditentukan dan telah menggunakan uang tersebut untuk tujuan lain dari yang telah ditentukan, adalah "perbuatan melawan hukum materil" karena jelas perbuatan tersebut bertentangan dengan kesepakatan dan juga bertentangan kepatutan serta keharusan untuk bertindak cermat terhadap orang lain, barang maupun harta (cq uang BULOG), dalam mana Terdakwa tanpa kewenangan atau tanpa hak tidak menyetor uang hasil penjualan minyak goreng kepada BULOG dan untuk menggunakan uang tersebut secara menyimpang dari yang disepakati;

Sifat melawan hukum materil dalam fungsinya yang positif sebagai bertentangan dengan kecermatan yang patut dalam pergaulan masyarakat di atas telah pula diikuti dan dikukuhkan Mahkamah Agung dalam Putusan No. 07 PK/Pid-Sus/2009 tanggal 8 Juni 2009 yang diputus Majelis Hakim dengan Djoko Sarwoko, S.H., M.H. sebagai Ketua Majelis. Dalam putusan tersebut, hal-hal yang dipertimbangkan, antara lain :

Bahwa alasan-alasan tersebut dapat dibenarkan, oleh karena Judex Facti dan Judex Juris dalam pertimbangan dan faktanya telah menunjukkan adanya kekeliruan nyata, terutama dalam kaitannya dengan sifat melawan hukum dengan pertimbangan sebagai berikut :





- Judex Juris tidak mempertimbangkan dengan benar hal-hal yang relevan secara yuridis, yaitu surat PT. Bank Bali tanggal 12 Februari 1999 yang dijadikan dasar oleh BPPN dan Bank Indonesia untuk memproses klaim Pembayaran PT. Bank Bali bertentangan dengan ketentuan Program Penjaminan Pemerintah yang diatur dalam Surat Keputusan Bersama (SKB) Direksi Bank Indonesia dan Ketua BPPN Nomor : 30/270/Kep/Dir  
I/BPPN/1998 tanggal 6 Maret 1998 yang antara lain menentukan bahwa klaim kewajiban diajukan oleh Bank Debitur yang dalam hal ini seharusnya dilakukan oleh PT. BDNI ;
- Sebagai Gubernur Bank Indonesia Terdakwa memiliki kewenangan untuk melakukan verifikasi sebelum disetujuinya pencairan program pembangunan apalagi PT. BDNI dalam keadaan overdraft, perlu adanya verifikasi on site yang dalam hal ini merupakan syarat dilakukannya pembayaran klaim tersebut ;
- Pada sisi lain sekalipun Terdakwa mengetahui bahwa berdasarkan laporan hasil verifikasi yang menyatakan bahwa klaim PT. BDNI ditolak oleh Bank Indonesia melalui surat laporan masing-masing tanggal 23 September 1998, tanggal 24 September 1998, tanggal 28 September 1998, tanggal 5 Oktober 1998, tanggal 13 Oktober 1998, tanggal 16 Oktober 1998 dan tanggal 20 Oktober 1998, kesemuanya telah diketahui Terdakwa selalu Gubernur Bank Indonesia berdasarkan laporan UPMB tanggal 6 Maret 1999 ;
- Dalam rapat Dewan Direksi Bank Indonesia tanggal 8 Februari 1999 di ruang UPMB sebagai tindak lanjut rapat Dewan Direksi tanggal 5 Februari 1999, Kepala UPPB “ Erman Munzir “ telah melaporkan kepada Terdakwa pada tanggal 8 Februari 1999, yang menyatakan bahwa pengajuan klaim BDNI (BBO) untuk kreditur PT. Bank Bali Tbk., tidak dapat diselesaikan melalui “ Program Penjaminan Pemerintah “. Sehingga diberikan alternatif akan diupayakan penyelesaian klaim di luar program oleh Tim Pemberesan/-Management BPPN ;
- Bahwa akan tetapi Terdakwa telah mendisposisi “ perintah untuk dilaksanakan “ setelah dikonfirmasi kepada ibu Miranda Gultom. Perbuatan Terdakwa memerintahkan memproses kembali klaim PT. Bank Bali Tbk. terhadap PT. BDNI tanpa verifikasi on site maka transaksi SWAP dan Money Market telah melanggar prinsip-prinsip kehati-hatian dan bersifat melawan hukum yang dapat menimbulkan kerugian negara sebagai penjamin ;
- Dengan adanya disposisi atau perintah dari Terdakwa tersebut, Kepala UASP (Urusan Akuntansi dan Sistem Pembayaran) Bank Indonesia melaksanakan pembayaran atas klaim PT. Bank Bali tanggal 1 Juni 1999 malam yaitu dengan pemindahbukuan atau mendebetkan rekening No. 502.000.002 atas nama Bendahara Umum Negara untuk Obligasi dalam rangka penjaminan kemudian mengkreditkan ke rekening No. 523.023,000 atas nama PT. Bank Bali di Bank Indonesia sebesar Rp. 904.642.428.369,- (sembilan ratus empat milyar enam ratus empat puluh dua juta empat ratus dua puluh delapan ribu tiga ratus enam puluh sembilan rupiah) ;
- Terdakwa selaku Gubernur Bank Indonesia sudah tahu dan sebelumnya selalu menolak pembayaran klaim PT. Bank Bali dengan



alasan tidak memenuhi persyaratan SKB tanggal 6 Maret 1998 karena Debitur tidak dan atau terlambat mendaftarkan kewajibannya kepada BPPN. Tetapi Terdakwa memerintahkan untuk memproses kembali klaim PT. Bank Bali yang mempergunakan dana pemerintah atau keuangan negara untuk membayar klaim PT. Bank Bali terhadap PT. BDNI ;

Kecermatan yang patut dalam pergaulan masyarakat terhadap orang lain, barang atau haknya merupakan esensi dari sifat melawan hukum maupun penyalahgunaan wewenang yang tidak tertulis wujudnya. Sementara dalam konteks penyalahgunaan wewenang, Mahkamah Agung dalam Putusan No. 977 K/Pid/2004 tanggal 10 Juni 2005 yang diputus Majelis Hakim dengan Prof. Dr. H. Bagir Manan, S.H., MCL. sebagai Ketua Majelis telah menimbang, antara lain :

Menimbang, bahwa Mahkamah Agung berpendapat fakta-fakta yang telah terbukti tersebut di atas, membuktikan bahwa perbuatan Terdakwa selaku salah seorang Direksi Bank Indonesia telah memenuhi unsur "**menyalahgunakan kewenangannya**" dari tindak pidana yang dimaksud dalam Pasal 1 ayat 1 sub (b) Undang- Undang No.3 Tahun 1971, dalam pengertian sebagaimana dimaksud oleh Yurisprudensi Mahkamah Agung tanggal 17 Februari 1992 No.1340 K/Pid/1992 dalam perkara Terpidana Drs. Menyok Wijono dan pendapat Prof. Jean Rivero dan Prof. Wiline yang dianut oleh Yurisprudensi Perancis sebagaimana telah dikemukakan dalam pertimbangan diatas, berdasarkan alasan-alasan sebagai berikut :

1. bahwa Terdakwa dan Direksi Bank Indonesia lainnya melakukan tindakan tindakan yang menguntungkan kelompok atau golongan, dalam hal ini bank-bank yang sedang mengalami saldo negatif ;
2. bahwa Terdakwa dan Direksi Bank Indonesia lainnya telah menyalahgunakan prosedur yang seharusnya dipergunakan untuk mencapai tujuan tertentu, tetapi telah menggunakan prosedur lain agar terlaksana, yaitu untuk mengatasi bank-bank yang sedang mengalami saldo negatif, seharusnya bukan dengan memberikan Fasilitas Saldo Debet yang memang tidak ada ketentuan yang menjadi dasar hukum untuk menempuh prosedur tersebut, dan yang ditempuh seharusnya prosedur pemberian saldo dalam bentuk Fasilitas Diskonto;
3. bahwa sebenarnya sarana untuk memberikan bantuan kepada bank-bank yang sedang mengalami saldo negatif bukan Fasilitas Saldo Debet tetapi Fasilitas Diskonto, yang syarat-syaratnya, prosedur dan mekanismenya diatur dalam Surat Keputusan Direksi Bank Indonesia tanggal 20 Januari 1984 No.16/54/Kep/Dir. jo Surat Keputusan Bank Indonesia tanggal 20 Oktober 1988 No.21 /54/Kep/Dir. Jo Surat Keputusan Bank Indonesia tanggal 20 Februari 1991 No.231/84/Kep/Dir. dan Surat Edaran yang mengatur petunjuk pelaksanaannya jo Pasal 32 ayat (3) Undang-Undang No.3 Tahun



1968 dan Pasal 37 ayat (2) huruf b Undang-Undang No.7 Tahun 1968, yang seluruh peraturan tersebut masih berlaku sewaktu Terdakwa masih menjadi anggota Direksi Bank Indonesia;

4. bahwa dari segi mekanisme pengawasan terdapat kesulitan dan ketidakmampuan Pengawas dalam mengawasi dan memantau penggunaan Fasilitas Saldo Debet;
5. bahwa pemberian Fasilitas Saldo Debet oleh Bank Indonesia kepada bank bank yang sedang mengalami saldo debit telah menguntungkan Bank-Bank Penerima, karena dengan diterimanya fasilitas tersebut, transaksi bank-bank tersebut menjadi lancar ;
6. bahwa dana Bank Indonesia yang diberikan kepada bank-bank yang sedang mengalami saldo negatif, yang kemudian tidak dapat dikembalikan oleh Bank-Bank Penerima fasilitas saldo debit tersebut akhirnya dibebankan kepada APBN ;

Fasilitas Diskonto sebagaimana ditentukan dalam Pasal 32 ayat 3 Undang- Undang No.13 Tahun 1965 dan Pasal 37 ayat (2) b Undang-Undang No.7 Tahun 1992 dengan peraturan pelaksanaannya berupa:

1. Surat keputusan Direksi Bank Indonesia tanggal 27 Oktober 1988 No.21 / 54 / Kep / Dir., tentang Penyediaan Fasilitas Diskonto Dalam Rupiah,
2. Surat Keputusan Bank Indonesia tanggal 128 Pebruari 1991 No.23 /84/ Kep / Dir. Tentang Tata Cara Penyediaan Fasilitas Diskonto dan
3. Surat Edaran tanggal 27 Oktober 1988 tentang Penyediaan Fasilitas Diskonto Dalam Rupiah;

- Bahwa lagi pula ketentuan yang ada sudah jelas memberi batas wewenang dan tindakan yang harus dilakukan kalau bank mengalami saldo debit. Tetapi hal itu ternyata tidak dilakukan sebagaimana mestinya. Malahan yang dilakukan sebaliknya yaitu tetap memberikan fasilitas saldo kredit dan lainlain fasilitas. Dengan demikian jelas telah terjadi penyalahgunaan wewenang yang secara nyata merugikan negara.

bahwa dalam hal keadaan memaksa, walaupun tidak secara eksplisit disebutkan tetapi dengan memberi gambaran tentang krisis likuidasi akibat "rush" sebagai kelanjutan krisis moneter, secara implisit mengandung makna ada situasi krisis keuangan dan perbankan yang harus diatasi oleh Bank Indonesia. Keadaan krisis ini membenarkan Bank Indonesia mengambil langkah - langkah yang menyimpang dari ketentuan yang berlaku. Harus diakui ada situasi krisis, tetapi apakah sudah memenuhi suatu syarat untuk melakukan suatu penyimpangan demi apa yang disebut "the necessary to achieve that compelling end".

bahwa berdasarkan ketentuan yang ada dan kewenangan yang dimiliki Bank Indonesia sudah harus tertutup jalan lain sehingga perlu menyimpangi aturan yang ada. Sama sekali tidak dapat ditunjukkan suatu keadaan bahwa tanpa membuka terus kran saldo debit, maka sistem perbankan dan keuangan akan sama sekali tidak berfungsi. Apalagi terbukti bahwa sesungguhnya kondisi bank yang tidak sehat tersebut telah ada sebelum krisis moneter.

bahwa suatu beleid yang dalam hal tertentu dikaitkan dengan "kebenaran bertindak" haruslah suatu kebebasan dalam kerangka



hukum dan untuk suatu tujuan yang dibenarkan secara hukum, bukan sebaliknya;

- Bahwa dalam hal resiko, sebagai bagian dari penyelenggara pemerintah negara, sudah semestinya Bank Indonesia mengaitkan resiko yang timbul akibat kebijakan tersebut terhadap negara. Dalam keadaan serba krisis negara harus memikul beban yang begitu besar akibat tingkah laku buruk yang tidak menjalankan prinsip-prinsip perbankan secara baik dan benar. Hal ini mesti diperhitungkan oleh Bank Indonesia. Sangat tidak layak dan bertentangan dengan kepatutan suatu beleid yang justru mendalilkan beban bank-bank menjadi beban negara atau rakyat serba kekurangan.
- bahwa mengenai tanggung jawab Terdakwa, Terdakwa sangat membenarkan bahwa tindakan dilakukan sebagai pelaksanaan putusan direksi secara terselubung ingin memberi "image" bahwa direksi yang bertanggung jawab atau lebih luas korporasi yang bertanggung jawab.
- bahwa Bank Indonesia pada dasarnya adalah fungsi administrasi negara. Pejabat - Pejabatnya menjalankan jabatan administrasi negara yang bertanggung jawab atas segala keputusan atau dalam menjatuhkan putusan. Dari bukti yang tidak dibantah Terdakwa secara nyata menetapkan bank tetap bank yang tetap meminta fasilitas saldo debit dan berbagai fasilitas lain, karena itu sudah semestinya bertanggung jawab.

Menimbang, bahwa berdasarkan pertimbangan tersebut di atas, dengan tanpa mempertimbangkan keberatan-keberatan kasasi lainnya, menurut Mahkamah Agung terdapat cukup alasan untuk mengabulkan permohonan kasasi yang diajukan oleh Pemohon Kasasi: Jaksa Penuntut Umum dan membatalkan putusan Pengadilan Tinggi Jakarta tanggal 29 Desember 2003 No.146/PID/2003/PT.DKI. yang telah membatalkan putusan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat tanggal 3 April 2003 No.2041 / PID.B / 2001 / PN.Jkt.Pst. serta Mahkamah Agung akan mengadili sendiri perkara ini dengan mengambilalih alasan dan pertimbangan putusan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat tanggal 3 April 2003 No.2041 / PID.B/2001/PN.Jkt.Pst. yang memang sudah tepat dan benar ;

Menimbang, bahwa namun demikian khusus lamanya pidana yang dijatuhkan maka Mahkamah Agung berpendapat perlu disesuaikan denan rasa keadilan bagi terdakwa, mengingat terdakwa tidak terbukti telah ikut menikmati hasil kejahatan tersebut dan perbuatan terdakwa dilaksanakan dalam rangka kebijaksanaan pemerintah, hanya saja dalam pelaksanaannya tidak memperhatikan prinsip kehati-hatian yang dianut oleh perbankan (prudential banking) ;

Putusan ini diikuti dan dikukuhkan Mahkamah Agung dalam Putusan No. 979

K/Pid/2004 tanggal 10 Juni 2005 dan Putusan No. 781 K/Pid/2004 tanggal 10

Juni 2005 yang semuanya diputus Majelis Hakim dengan Prof. Dr. H. Bagir

Manan, S.H., MCL. sebagai Ketua Majelis. Bahkan, kecermatan ini telah pula



tersirat dalam Putusan Mahkamah Agung No. 1700 K/Pid/2007 tanggal 19 Februari 2008 yang diputus Majelis Hakim dengan Dr. H. Parman Soeparman, S.H., M.H. sebagai Ketua Majelis.

Apabila diperhatikan secara saksama, putusan-putusan mengenai penyalahgunaan wewenang telah mendahului menjadi yurisprudensi tetap daripada putusan-putusan mengenai sifat melawan hukum. Putusan-putusan mengenai penyalahgunaan wewenang telah menjadi yurisprudensi tetap sejak tanggal 10 Juni 2005, sedangkan putusan-putusan mengenai sifat melawan hukum baru menjadi yurisprudensi tetap pada tanggal 14 Agustus 2006.

Oleh karena itu, sebenarnya pertimbangan Mahkamah Agung untuk menjaga dan membina tradisi dan konsistensi yurisprudensi mengenai sifat melawan hukum dalam tindak pidana korupsi di Indonesia<sup>435</sup> tidak sekedar merujuk pada Putusan Mahkamah Agung No. 275 K/Pid/1983 tanggal 29 Desember 1983, melainkan juga mengacu pada Putusan Mahkamah Agung No. 977 K/Pid/2004 tanggal 10 Juni 2005, Putusan Mahkamah Agung No. 979 K/Pid/2004 tanggal 10 Juni 2005 dan Putusan Mahkamah Agung No. 781 K/Pid/2004 tanggal 10 Juni 2005. Ada terdapat 3 (tiga) alasan. Pertama, posisi penyalahgunaan wewenang dari perbuatan menguntungkan diri sendiri atau orang lain atau suatu korporasi dan posisi sifat melawan hukum dari perbuatan memperkaya diri sendiri atau orang lain atau suatu korporasi adalah sama dalam perumusan tindak pidana sebagai bagian inti delik yang harus dibuktikan di muka

<sup>435</sup>Lihat (1) Putusan No. 995 K/Pid/2004 tanggal 14 Agustus 2006 serta (2) Putusan No. 996 K/Pid/2006 tanggal 14 Agustus 2006 dan diikuti selanjutnya dengan (3) Putusan No. 1974 K/Pid/2006 tanggal 13 Oktober 2006, (4) Putusan No. 2065 K/Pid/2006 tanggal 21 Desember 2006, (5) Putusan No. 2078 K/Pid/2007 tanggal 28 Februari 2007, (6) Putusan No. 1384 K/Pid/2005 tanggal 13 September 2007, (7) Putusan dalam Peninjauan Kembali No. 17 PK/Pid/2007 tanggal 16 Januari 2008 dan (8) Putusan dalam Peninjauan No. 07 PK/PID.SUS/2009 tanggal 8 Juni 2009



sidang pengadilan. Di sini, penyalahgunaan wewenang merupakan variasi dari sifat melawan hukum.

Kedua, esensi penyalahgunaan wewenang dan sifat melawan hukum memiliki persamaan. Keduanya mengandung unsur-unsur yang berlawanan dengan hukum (*in strijd met het recht*). Penyalahgunaan wewenang merupakan bagian dari hukum administrasi negara yang masuk ke ranah hukum pidana berdasarkan doktrin otonomi hukum pidana, sedangkan sifat melawan hukum memang merupakan bagian dari hukum pidana itu sendiri. Lagi pula dalam perkembangan, keduanya mengakui dan menerima kecermatan yang patut dalam pergaulan masyarakat. Yang dimaksud kecermatan di sini, yakni : kecermatan bertindak terhadap orang lain, barang dan haknya (c.q. barang dan harta milik negara). Hal ini tampak dari Putusan Mahkamah Agung No. 977 K/Pid/2004 tanggal 10 Juni 2005, Putusan Mahkamah Agung No. 979 K/Pid/2004 tanggal 10 Juni 2005 serta Putusan Mahkamah Agung No. 781 K/Pid/2004 tanggal 10 Juni 2005 di satu pihak dan Putusan Mahkamah Agung No. 995 K/Pid/2004 tanggal 14 Agustus 2006 serta Putusan Mahkamah Agung No. 996 K/Pid/2006 tanggal 14 Agustus 2006 di lain pihak.

Ketiga, Putusan Mahkamah Agung No. 977 K/Pid/2004 tanggal 10 Juni 2005, Putusan Mahkamah Agung No. 979 K/Pid/2004 tanggal 10 Juni 2005 serta Putusan Mahkamah Agung No. 781 K/Pid/2004 tanggal 10 Juni 2005 lebih dahulu terbit dari pada Putusan Mahkamah Konstitusi No.003/PUU-IV/2006 tanggal 25 Juli 2006. Dalam putusan-putusan Mahkamah Agung tadi tidak ditemukan *Doctrine Sens-Clair*, karena memang Penjelasan Pasal 2 ayat (1) UUPTPK 1999 sepanjang mengenai frasa "Yang dimaksud dengan 'secara melawan hukum' dalam pasal ini mencakup perbuatan-perbuatan melawan hukum dalam arti



formal maupun dalam arti materil, yakni meskipun perbuatan tersebut tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan, namun apabila perbuatan tersebut dianggap tercela karena tidak sesuai dengan rasa keadilan atau norma-norma kehidupan sosial dalam masyarakat, maka perbuatan tersebut dapat dipidana” masih berlaku dan mengikat.

Berkekuatan mengikatnya Putusan Mahkamah Agung No. 977 K/Pid/2004 tanggal 10 Juni 2005, Putusan Mahkamah Agung No. 979 K/Pid/2004 tanggal 10 Juni 2005 serta Putusan Mahkamah Agung No. 781 K/Pid/2004 tanggal 10 Juni 2005 di satu pihak dan Putusan Mahkamah Agung No. 995 K/Pid/2004 tanggal 14 Agustus 2006 serta Putusan Mahkamah Agung No. 996 K/Pid/2006 tanggal 14 Agustus 2006 di lain pihak membuktikan, bahwa hukum pidana di Indonesia umumnya dan perundang-undangan pemberatasan tindak pidana korupsi di Indonesia khususnya menganut sifat melawan hukum materil dalam fungsinya yang positif.

Namun demikian perlu diketahui, bahwa penerima dan penganut sifat melawan hukum materil dalam fungsinya yang positif bukan hanya Indonesia satu-satunya. Hukum pidana di Belanda pun telah menerima dan menganut sifat melawan hukum materil dalam fungsinya yang positif tersebut, meskipun terkesan diam-diam dan malahan terselubung. Hal ini tertuang dalam *Dreigbrief arrest* (putusan Surat Ancaman),<sup>436</sup> HR 9 Februari 1971, NJ 1972, 1, yang merupakan salah satu putusan *Hoge Raad* di Belanda berkaitan dengan sifat melawan hukum sebagai bagian inti delik perumusan tindak pidana pemerasan (*afpersing*) ex. Pasal 317 WvS. Adapun kasus posisinya, sebagai berikut : Tuan W.G.v.E. mengirimkan surat yang berisi peringatan keras untuk membayar f

<sup>436</sup>N. Jörg dan C. Kelk, *Op.Cit.*, hal. 121



2200 (dua ribu dua ratus gulden) kepada Nyonya A.E.G. yang Tuan W.G.v.E. telah tuntutan sebagai utang Nyonya A.E.G. Di sini, Tuan W.G.v.E. menambahkan ancaman-ancaman serius kepada suami Nyonya A.E.G. Juga, H.W. Sr. (suami Nyonya A.E.G.) di Jerman mendapat surat bahwa anaknya telah Tuan W.G.v.E. bunuh. Jika H.W. Sr. tidak segera membayar DM 600 (enam ratus mark Jerman) kepada Tuan W.G.v.E., maka Tuan W.G.v.E. mengancam akan membunuh H.W. Sr. *Hoge Raad* memberikan jawaban yang tegas dalam putusan di atas, yakni :

*dat het Hof (...) heeft kunnen afleiden niet alleen, dat req. [v.E.] (...) bevoordeling heeft beoogd, doch eveneens — nu hetgeen req. tot het behalen van die beoogde bevoordeling heeft verricht van zodanige aard is en op zodanige wijze is geschied, dat daaruit door het Hof kon worden afgeleid, dat req. moet hebben beseft, dat hij (ook indien hij de voormelde mening [dat hij recht had op het geld] toegedaan zou zijn geweest) de grenzen van het maatschappelijk betamelijke verkeer daarmede verre overschreed — dat req. bij een en ander heeft gehandeld met het oogmerk om zich of een ander wederrechtelijk te bevoordelen;* (Terjemahan bebas : bahwa Majelis [...] tidak hanya dapat menyimpulkan, bahwa terdakwa [v.E.] [...] telah bermaksud mendapatkan keuntungan, tetapi juga - sekarang yang untuk mendapatkan keuntungan dimaksud terdakwa telah melakukan tabiat sedemikian rupa dan digambarkan pada cara sedemikian rupa yang berdasarkan itu oleh Majelis dapat disimpulkan, bahwa terdakwa harus memiliki kesadaran bahwa dengan itu ia [apakah berpendapat bahwa ia memiliki hak atas uang tersebut] telah jauh melampaui batas-batas pergaulan yang patut dalam masyarakat — bahwa dari pelbagai sisi terdakwa telah melakukan dengan maksud untuk menguntungkan diri sendiri atau orang lain secara melawan hukum)

Begitu juga halnya di Jerman, sifat melawan hukum materil dalam fungsinya yang positif tidak diterima dan diakui secara tegas melainkan secara tersembunyi. Hal ini dikarenakan sifat melawan hukum yang diatur dalam Pasal 11 ayat (1) angka 5 *Strafgesetzbuch*. Pasal 11 ayat (1) angka 5 *Strafgesetzbuch* itu berbunyi : *“rechtswidrige Tat : nur eine solche, die den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht.”* (Terjemahan bebas : perbuatan melawan hukum :

hanya perbuatan sedemikian rupa yang memenuhi bagian inti delik perundang-





undangan pidana) Namun demikian menurut penafsiran Walter Gropp,<sup>437</sup> sifat melawan hukum dapat pula berarti bertentangan dengan keseluruhan sistem

hukum. Walter Gropp menulis : "*Die tatbestandmäßige Handlung ist rechtswidrig, wenn sie im Widerspruch zur Gesamtrechtsordnung steht.*"

(Terjemahan Bebas : Perbuatan yang memenuhi bagian inti delik merupakan bersifat melawan hukum, bilamana perbuatan tersebut bertentangan dengan keseluruhan sistem hukum)

#### 4. Perluasan Alasan Pembenaar di Luar Undang-undang (*Buiten-wettelijk Rechtsvaardingsgrond*)

Selama ini, alasan pembenaar terhadap tindak pidana korupsi yang berkaitan dengan penggelapan jabatan merujuk pada Pasal 50 KUHP dan Pasal 51 KUHP. Pasal 50 KUHP tersebut mengatur, sebagai berikut : *Niet strafbaar is*

*hij die een feit begaat ter uitvoering van wettelijke voorschrift.* (CP. 327) (Tidak dapat dipidana, barang siapa yang melakukan suatu perbuatan untuk melaksanakan ketentuan perundang-undangan) Sedangkan Pasal 51 KUHP menentukan, sebagai berikut :

(1) *Niet strafbaar is hij die een feit begaat ter uitvoering van een ambtelijk bevel, gegeven door het daartoe bevoegde gezag.* ([1] Tidak dapat dipidana, barang siapa yang melakukan suatu perbuatan untuk melaksanakan suatu perintah jabatan yang diberikan oleh penguasa yang berwenang untuk itu)

(2) *Een onbevoegd gegeven ambtelijk bevel heft de strafbaarheid niet op, tenzij het door den ondergeschikte te goeder trouw als bevoegd gegeven werd beschouwd en de nakoming daarvan binnen den kring zijner ondergeschiktheid was gelegen.* (Sw. 114. 190, 198, 462; CP. 327). ([2] Suatu perintah jabatan diberikan oleh yang tidak berwenang tidak menghapuskan pidana, kecuali kalau perintah jabatan tersebut ditimbang serta dinilai oleh yang diperintah yang beritikad baik sebagai diberikan yang berwenang dan pelaksanaan perintah jabatan tersebut terletak dalam lingkungan pekerjaan yang diperintah)

<sup>437</sup> *Op.Cit.*, hal 104

Alasan pembenar demikian sebagai salah satu alasan pembenar berdasarkan perundang-undangan (*Binnen-wettelijk Rechtsvaardiggrond*).

Di samping alasan pembenar di atas, ada terdapat pula alasan pembenar di luar perundang-undang (*Buiten-wettelijk Rechtsvaardiggrond*).

Yang demikian ini berdasar atas asas-asas hukum tidak tertulis yang hidup dalam pergaulan masyarakat. Secara teoretis dan praktis, alasan pembenar di luar perundang-undangan ini merupakan sifat melawan hukum materil dalam fungsinya yang negatif (*negatieve werking der materiele wederrechtelijkheid*).

Dalam konteks tindak pidana korupsi yang berkaitan dengan penggelapan jabatan ex. Pasal 372 KUHP jo. Pasal 52 KUHP atau ex. Pasal 415 jo. Pasal 1 ayat (1) c UUPTPK 1971, alasan pembenar di luar undang-undang tersebut ditemukan dan diatur dalam Putusan Mahkamah Agung No.

42/K/Kr/1965 tanggal 8 Januari 1966. Adapun kasus posisi dari perkara "penggelapan" ex. Pasal 372 KUHP jo. Pasal 52 KUHP yang diajukan kehadapan Mahkamah Agung dengan Majelis Hakim Dr. Wirjono Prodjodikoro, S.H. (Ketua), Subekti, S.H. (Anggota) dan Surjadi, S.H. (Anggota) itu, sebagai berikut :

a. Machroes Effendi adalah pegawai negeri sesuai dengan Surat Keputusan Menteri Dalam Negeri dan Otonomi Daerah tanggal 27 Desember 1961 No. U.P. 7/10/15-2990 dengan pangkat Ahli Tata Praja tingkat I pada Kantor Bupati Kepala Daerah Sambas dan berdasarkan Surat Residen Ketua JBPP tingkat I Kal-Bar tanggal 10 Juli 1962 No. 331/BPP I diangkat sebagai Wakil Ketua JBPP tingkat I Sambas.

b. mengeluarkan dan memberikan D.O. (*delivery order*) gula insentif kepada pihak lain, seperti : orang tertentu, karyawan dan badan-badan penyalur.

c. begitu juga, mengirimkan gula insetif padi ke daerah-daerah dan lain-lain.

d. berdasarkan pemeriksaan alat-alat bukti, pengeluaran dan pemberian D.O. gula insentif tersebut mendapatkan selisih harga yang tidak ia nikmati, melainkan antara lain untuk memperbaiki rumah (patih) dinas yang ditempatinya. Selain itu juga, pengiriman gula insentif padi ke daerah-daerah (kewedanaan) agar tidak susut lebih banyak karena disimpan terlalu lama.

Pengadilan Negeri di Singkawang dalam putusannya No. 6/1964 Tolakan tanggal 24 September 1964 telah memutuskan dan menghukum Machroes Effendi dengan pidana penjara 1 (satu) tahun 6 (enam) bulan karena terbukti telah melanggar Pasal 372 KUHP jo. Pasal 52 KUHP. Namun demikian pada tingkat banding, Pengadilan Tinggi di Jakarta dalam putusannya No. 164/1964 P.T. tanggal 27 Januari 1965 telah memutuskan dan membatalkan putusan Pengadilan Negeri di Singkawang tersebut dengan melepaskan Machroes Effendi

dari segala tuntutan hukum (*onslag van alle rechtsvervolging*). Menurut Pengadilan Tinggi di Jakarta, meskipun perbuatan-perbuatan Machroes Effendi telah terbukti tetapi bukan merupakan tindak pidana dikarenakan faktor-faktor (1) negara tidak dirugikan, (2) kepentingan umum dilayani dan (3) terdakwa tidak mendapatkan untung. Dalam tingkat kasasi, Mahkamah Agung memutuskan dan menguatkan putusan Pengadilan Tinggi di Jakarta dengan pertimbangan, antara lain :

- (ad.a) bahwa menurut Mahkamah Agung, bukanlah Pengadilan tinggi dalam putusannya menganggap 3 faktor tersebut sebagai unsur-unsur, melainkan adanya 3 faktor tadi dianggap menghapuskan sifat melawan-hukum dari tindakannya terdakwa;
- Bahwa benar-tidaknya ada 3 faktor dalam perkara itu sendiri, pada hakekatnya mengenai penilaian terhadap suatu kejadian atau suatu keadaan, sehingga tidak dapat dipertimbangkan pada pemeriksaan tingkat kasasi;
- Bahwa Mahkamah Agung pada azasnya dapat membenarkan pendapat dari Pengadilan Tinggi tersebut, bahwa suatu tindakan pada umumnya dapat hilang sifatnya sebagai melawan-hukum bukan hanya berdasarkan sesuatu ketentuan dalam perundang-undangan,



melainkan juga berdasarkan azas-azas keadilan dan azas-azas hukum yang tidak tertulis dan bersifat umum sebagaimana misalnya 3 faktor tersebut diatas yang oleh Pengadilan Tinggi dianggap ada dalam perkara penggelapan yang formil terbukti dilakukan oleh terdakwa itu; Bahwa berhubung dengan itu dengan tepat Pengadilan Tinggi dalam pertimbangannya menyatakan perbuatan-perbuatan yang terbukti dilakukan oleh terdakwa bukanlah merupakan suatu tindak-pidana;

Putusan Mahkamah Agung di atas telah pula diikuti oleh putusan-putusan Mahkamah Agung yang lainnya, seperti : Putusan No. 97 K/Kr/ 1973 tanggal 17 Oktober 1973 dan Putusan No. 81 K/Kr/1973 tanggal 16 Desember 1976. Oleh karena itu, sifat melawan hukum materil dalam fungsinya yang negatif sudah merupakan yurisprudensi tetap.

Dalam putusan No. 97 K/Kr/ 1973 tanggal 17 Oktober 1973, Mahkamah Agung memeriksa dan memutus perkara kasasi penggelapan jabatan ex. Pasal 415 KUHP jo. Pasal 1 ayat (1) huruf c jo. Pasal 24 ayat (1) Perpu No. 24 tahun 1960 jo. Undang-undang No. 1 tahun 1961 dengan terdakwa Sabar Soediman bin Hadiprodo. Pemeriksaan perkara ini dilakukan oleh Majelis Hakim dengan Prof. Subekti, S.H. (Ketua Majelis) dan Sri Widodojati Wiratmo Soekito, S.H. serta Busthanul Arifin, S.H. (Anggota Majelis). Adapun kasus posisi dari perkara itu, sebagai berikut :

a. Sabar Soediman bin Hadiprodo adalah Direktur Utama P.N. Telekomunikasi Pusat di Bandung (DIRMATEL) berdasarkan Surat Keputusan Menteri Perhubungan No. P.37/19/5/Phb, tanggal 7 April 1967.

b. bersama-sama dengan R.M.A. Surianegara sebagai Direktur Keuangan P.N. Telekomunikasi Pusat di Bandung, mendepositokan atau membiarkan atau memberikan kesempatan didepositokan oleh Surianegara selaku Direktur Keuangan atau orang lain uang eksploitasi sejumlah Rp 250.000.000,00 (dua ratus lima puluh juta rupiah).



c. pendepositoan sejumlah uang eksploitasi tersebut terperinci, yakni :

- Rp 100.000.000,00 (seratus juta rupiah) di Bank Exim cabang Bandung;
- Rp 100.000.000,00 (seratus juta rupiah) di BNI 1946 Bandung; dan
- Rp 50.000.000,00 (lima puluh juta rupiah) di Bank Exim cabang Jakarta.

d. uang eksploitasi yang didepositokan tersebut menurut anggaran belanja rutin dipergunakan untuk membayar kepada Siemens dan untuk membayar pembangunan proyek (gedung) P.N. Telekomunikasi di Yogyakarta (Jawa Tengah).

e. berdasarkan pemeriksaan alat-alat bukti, pendepositoan uang eksploitasi tersebut merupakan tindakan-tindakan kebijaksanaan dalam pengelolaan uang P.N. yang menguntungkan P.N., sesuai dengan program kerja P.N. dan atas sepengetahuan serta dibenarkan oleh atasan Sabar Soediman bin Hadiprodjo.

Pengadilan Negeri Bandung dalam putusannya No. 23/1970 Pidana, tanggal 30 Desember 1970 telah memutuskan dan menghukum Sabar Soediman bin Hadiprodjo dengan pidana penjara 4 (empat) tahun karena terbukti melanggar Pasal 415 KUHP jo. Pasal 1 ayat (1) huruf c jo. Pasal 24 ayat (1) Perpu No. 24 tahun 1960 jo. Undang-undang No. 1 tahun 1961. Tetapi pada tingkat banding, Pengadilan Tinggi di Bandung dalam putusannya No. 30/1971/Pid/PT.B tanggal 19 Januari 1972 telah memutuskan dan membatalkan putusan Pengadilan Negeri Bandung tadi dengan melepaskan Sabar Soediman bin Hadiprodjo dari segala tuntutan hukum (*onslag van alle rechtsvervolging*).

Dalam menimbang, Pengadilan Tinggi di Bandung menyatakan bahwa (1) perbuatan mendepositokan uang P.N. dalam rekening bank P.N. yang bersangkutan pada bank pemerintah bukan merupakan tindak pidana korupsi



karena uang tersebut tidak hilang dan (2) pendepositoan uang eksploitasi tersebut merupakan tindakan-tindakan kebijaksanaan dalam pengelolaan uang

P.N. yang menguntungkan P.N., sesuai dengan program kerja P.N. dan atas sepengetahuan serta dibenarkan oleh atasan Sabar Soediman bin Hadiprodjo.

Oleh karena itu, negara tidak dirugikan, kepentingan umum dilayani dan terdakwa pribadi tidak mendapat untung. Dalam tingkat kasasi, Mahkamah Agung memutus dan menguatkan putusan Pengadilan Tinggi Bandung dengan pertimbangan, antara lain :

Menimbang atas keberatan-keberatan tersebut Mahkamah Agung berpendapat :

Mengenai keberatan 1,2,3,4,5,6,7 dan 8 :

Bahwa keberatan-keberatan tersebut semuanya tidak dapat diterima, karena Pengadilan Tinggi dalam pertimbangan dan putusannya telah tepat;

Sedangkan dalam putusan No. 81 K/Kr/1973 tanggal 16 Desember 1976,

Mahkamah Agung memeriksa dan memutus perkara kasasi "penggelapan jabatan" ex. Pasal 415 KUHP jo. Pasal 1 sub c Perpu No. 21 Tahun 1960 dengan

terdakwa Ir. Moch. Otjo Danaatmadja bin Danaatmadja. Pemeriksaan perkara ini dilakukan oleh Majelis Hakim dengan Prof. Oemar Seno Adji, S.H. sebagai Ketua serta Z. Asikin Kusumah Atmadja, S.H. dan Purwosunu, S.H. sebagai anggota.

Adapun kasus posisi perkara tersebut, sebagai berikut :

a. Ir. Moch. Otjo Danaatmadja bin Danaatmadja adalah Kepala Kesatuan Pemangku Hutan Kabupaten Garut.

b. dalam tahun anggaran 1969/1970 telah menerima uang anggaran reboisasi tahun 1969/1970 dengan perincian sebagai berikut :

- dari anggaran Pembangunan Pemda	Rp	505.000,00
- dari anggaran rutin	Rp	2.153.820,00
- dari anggaran Pemerintah Pusat	Rp	<u>2.248.000,00</u> +
	Rp	4.906.820,00

c. telah menerima lagi uang anggaran reboisasi tahun 1970/1971 sebagai berikut :

- dari anggaran Pembangunan Pemda	Rp	1.100.000,00
- dari anggaran rutin	Rp	766.080,00
- dari anggaran Pemerintah Pusat	Rp	<u>3.900.000,00</u> +
	Rp	5.766.080,00

d. jumlah seluruh uang anggaran reboisasi tahun 1969/1970 dan uang anggaran reboisasi tahun 1970/1971 adalah Rp 10.672.900,00 (sepuluh juta enam ratus tujuh puluh dua ribu sembilan ratus). Uang tersebut sejumlah Rp 9.486.875,00 telah dipergunakan sesuai dengan anggarannya, sementara sisanya sejumlah Rp 1.186.025 telah dibagikan dan diberikan kepada karyawan-karyawan Kehutanan Garut, yakni :

- Ebeng Barnas bin Wiradinata, KBKPH Benghulu Utara, sejumlah Rp 150.000,00 (seratus lima puluh ribu rupiah);
- Rd. Gandasmita bin Rd. Moch. Nabil, KBKPH Cikajang, sejumlah Rp 90.000,00 (sembilan puluh ribu rupiah);
- Jaja Surja bin Ojo Sikardja, KBKPH Pameungpeuk, sejumlah Rp 225.000,00 (dua ratus dua puluh lima ribu rupiah)
- Sasmita bin Moch. Idjadji, KBKPH Bajongbong, secara berangsur-angsur sejumlah Rp 541.275,00 (lima ratus empat puluh satu ribu dua ratus tujuh puluh lima rupiah)

- Toma bin Salhi, KBKPH Leles, secara berangsur-angsur sejumlah Rp 179.750 (seratus tujuh puluh sembilan ribu tujuh ratus lima puluh rupiah)

Pengadilan Negeri Garut dalam Putusannya No. 20/1971 Pid.BPN,Grt tanggal 8 Januari 1971 telah memutuskan dan menghukum Ir. Moch. Otjo

Danaatmadja bin Danaatmadja dengan pidana penjara 3 (tiga) bulan karena terbukti melanggar Pasal 415 KUHP jo. Pasal 1 sub c Perpu No. 21 Tahun 1960.

Namun demikian pada tingkat banding, Pengadilan Tinggi di Bandung dalam putusannya No. 45/1972/Pid/PT.B tanggal 28 Desember 1972 memutuskan dan

membatalkan putusan Pengadilan Negeri Bandung di atas dengan melepaskan Ir.

Moch. Otjo Danaatmadja bin Danaatmadja dari segala tuntutan hukum (*onslag van alle rechtsvervolging*). Menurut Pengadilan Tinggi di Bandung, meskipun

perbuatan-perbuatan Ir. Moch. Otjo Danaatmadja bin Danaatmadja telah sesuai dengan tuduhan I tetapi bukan merupakan kejahatan dan pelanggaran

dikarenakan faktor-faktor (1) terdakwa tidak mendapatkan untung (2), negara/masyarakat tidak dirugikan, dan (3) kepentingan umum dilayani. Putusan

Pengadilan Tinggi di Bandung ini diputus dan dikuatkan oleh Mahkamah Agung.

Selengkapnya Mahkamah Agung menimbang, sebagai berikut :

Menimbang, bahwa secara keseluruhan (terhadap keberatan-keberatan ad. 1,2,3,4, dan 5) Mahkamah Agung berpendapat :

bahwa putusan Pengadilan Tinggi di Bandung No. 45/1972/Pid/PT.B tanggal 28 Desember 1972 dalam pertimbangan : "bahwa berdasarkan kenyataan-kenyataan yang diuraikan di atas, yaitu faktor kepentingan umum yang dikerjakan oleh terdakwa, faktor kepentingan pribadi yang tidak diperoleh oleh terdakwa dan akhirnya faktor kerugian yang tidak diderita oleh negara dan masyarakat, semuanya ini adalah faktor-faktor yang mempunyai nilai untuk menghapuskan sifat melawan hukum (wederrechtelijkheid) dari perbuatan-perbuatan terdakwa yang formil masuk rumusan tindak pidana yang dituduhkan kepada terdakwa", menyandarkan putusannya tersebut pada : putusan Mahkamah Agung No. 42/K/Kr./1965 tanggal 8 Januari 1966 yang dalam pertimbangannya mengatakan : "bahwa Mahkamah Agung pada azasnya dapat membenarkan pendapat Pengadilan Tinggi tersebut, bahwa suatu tindakan pada umumnya dapat hilang sifatnya sebagai melawan hukum





bukan hanya berdasarkan suatu ketentuan dalam perundang-undangan, melainkan juga berdasarkan azas-azas keadilan dan azas-azas hukum yang tidak tertulis dan bersifat umum sebagaimana misalnya 3 faktor tersebut di atas yang oleh Pengadilan Tinggi dianggap ada dalam perkara penggelapan yang formil terbukti dilakukan oleh terdakwa itu”, sedangkan ketiga faktor yang disebut adalah negara tidak dirugikan, kepentingan umum dilayani dan terdakwa sendiri tidak dapat untung, dianggap menghapuskan sifat melawan hukum dari tindakan terdakwa; putusan Mahkamah Agung No. 72 K/Kr./1972 tertanggal 27 Mei 1972 yang – dengan menyatakan dalam salah satu pertimbangannya : “Bahwa yurisprudensi pada waktu sekarang jelas menganut materiele wederrechtelijkheid;” – mengakui dengan tegas-jelas adanya azas “materiele wederrechtelijkheid” dalam yurisprudensi sebagai sumber hukum; bahwa khususnya dalam putusan Pengadilan Tinggi dan Mahkamah Agung, azas “materiele wederrechtelijkheid” mengandung suatu pengertian tentang “wederrechtelijkheid” yang diartikan secara materiil menurut isinya, dan memegang peranan negatif dalam pengertian, bahwa suatu perbuatan tidak dapat dipidana, apabila tidak terdapat azas “wederrechtelijkheid” dan materiil tidak “wederrechtelijk”, walaupun formil adalah “wederrechtelijk” karena memenuhi segala unsur dari suatu tindak pidana; bahwa sebaliknya, suatu perbuatan formil tidak wederrechtelijk, meskipun perbuatan tersebut materieel wederrechtelijk, tidak dapat dipidana berdasarkan Pasal 1 ayat 1 K.U.H.Pidana yang mensyaratkan adanya suatu peraturan pidana untuk masing-masing tindak pidana; bahwa azas tersebut merupakan suatu “buitenwettelijke strafuitsluitingsgrond”, suatu “buitenwettelijk rechtsvaardigingsgrond” dan sebagai suatu alasan yang “buitenwettelijk” sifatnya, merupakan suatu “fait d’excuse” yang tidak tertulis, seperti dirumuskan oleh doktrin dan yurisprudensi; bahwa dapat dikatakan, bahwa tidak ada “materiele wederrechtelijkheid” (ontbreken van ataupun afwezigheid van) hanya dapat diterima, apabila suatu perbuatan yang termasuk dalam rumusan delik menimbulkan suatu keuntungan yang demikian dapat dirasakan, dipandang dari sudut ketertiban hukum, sehingga itu seimbang dengan kerugian secukupnya yang disebabkan karena perbuatan adalah bertentangan dengan undang-undang” (konklusi Langmeijer pada putusan HR 1 Oktober 1949, Nederlandsche Jurisprudentie 1950, No. 178, van Bemmelen – Ons strafrecht I hal. 116) ataupun apabila perbuatan yang meskipun memenuhi unsur-unsur dari suatu tindak pidana dan yang materiil tidak “wederrechtelijk” itu adalah social adequat dan mempunyai arti penuh (zinvol), (Ter Heide, Mr. D. Hazewinkel-Suringa bewerkt door Remmelink, halaman 306); Menimbang, bahwa azas “materiele wederrechtelijkheid” selain diakui dalam putusan-putusan Mahkamah Agung dan merupakan yurisprudensi, perundang-undangan, ialah Undang-undang No. 3 Tahun 1971 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, yang dalam Penjelasanannya memidanakan perbuatan memperkaya diri sendiri atau orang lain atau suatu badan yang dilakukan secara “melawan hukum”



dan dengan mengemukakan sarana melawan hukum dalam penjelasan tersebut terkandung didalamnya pengertian melawan hukum formil maupun materiil; bahwa dengan demikian, baik oleh yurisprudensi maupun oleh perundang-undangan tertentu, kedua-duanya sumber hukum utama, diakui azas "materiele wederrechtelijkheid" secara tegas-jelas, dan dipandang sebagai suatu kenyataan hukum yang tidak dirugikan oleh sikap restriktif dan moderat dari beberapa negara dalam mengadakan evaluasi terhadap "materiele wederrechtelijkheid" ini dalam peradilan khususnya; bahwa tertuduh/terkasasi dalam menjalankan tugas pekerjaannya, selaku insinyur kehutanan dengan memperhitungkan biaya reboisasi yang tidak dikurangi kemanfaatannya, dengan tidak mengambil keuntungan untuk dirinya sendiri dan dengan memperoleh tanah, dan menambah mobilitas serta untuk kesejahteraan pegawai, kepentingan umum dilayani dan Negara tidak dirugikan, secara materieel tidak melakukan perbuatan yang melawan hukum, walaupun perbuatannya itu termasuk dari delik yang bersangkutan; bahwa perbuatannya tersebut adalah sicial adekuat dan menimbulkan keuntungan yang demikian dapat dirasakan sehingga ia seimbang dengan kerugian yang ditimbulkan karena perbuatannya itu bertentangan dengan undang-undang; bahwa hal demikian tidak mengurangi ketentuan, bahwa perumusan tentang social adekuat ataupun balans dalam untung rugi pada hakekatnya mengenai penilaian terhadap suatu kejadian atau suatu keadaan, yang tidak termasuk dalam pertimbangan pada pemeriksaan dalam tingkat kasasi;

Ketiga faktor yang telah disebut di atas tidak mudah untuk diterapkan dalam konteks tindak pidana korupsi yang berkaitan dengan penyalahgunaan wewenang sekarang. Hal ini didasarkan pada 2 (dua) pertimbangan.

Pertimbangan pertama, perumusan penyalahgunaan wewenang dalam tindak pidana korupsi ex. Pasal 3 UUPTPK 1999 sangat berbeda dengan perumusan tindak pidana penggelapan jabatan ex. Pasal 415 KUHP jo. Pasal 8 UUPTPK 1999 jo. Pasal 1 angka 2 UUPPTPK 2001; dengan perkataan lain, bahwa perumusan Pasal 3 UUPTPK 1999 lebih luas daripada perumusan Pasal 415 KUHP jo. Pasal 8 UUPTPK 1999 jo. Pasal 1 angka 2 UUPPTPK 2001. Perbedaan yang tampak tegas-jelas, misalnya, faktor menguntungkan diri sendiri tidak dapat dipergunakan sebagai alasan pembenar terhadap Pasal 3 UUPTPK 1999, karena perumusan

Pasal 3 UUPTPK 1999 tidak hanya memuat faktor menguntungkan diri sendiri, melainkan juga faktor menguntungkan orang lain atau faktor menguntungkan suatu badan. walaupun diri sendiri tidak mendapat untung tidak berarti, bahwa terdakwa lepas dari tuntutan hukum. Faktor diri sendiri tidak menikmati keuntungan hanya salah satu pertimbangan untuk meringankan pidana. Dalam putusan Mahkamah Agung No. 977 K/Pid/2004 tanggal 10 Juni 2005 dinyatakan, antara lain :

Menimbang, bahwa namun demikian khusus lamanya pidana yang dijatuhkan maka Mahkamah Agung berpendapat perlu disesuaikan dengan rasa keadilan bagi terdakwa, mengingat terdakwa terbukti telah tidak menikmati hasil kejahatan tersebut dan perbuatan terdakwa dilaksanakan dalam rangka kebijaksanaan pemerintah, hanya saja dalam pelaksanaannya tidak memperhatikan prinsip kehati-hatian yang dianut oleh perbankan (*prudential banking*);

Menimbang, bahwa berdasarkan alasan-alasan tersebut Mahkamah Agung akan menjatuhkan pidana yang lamanya dapat memenuhi tujuan pemidanaan yang lebih bersifat korektif dan edokatif (*sic. edukatif, pen.*) dengan tetap memperhatikan tujuan pemidanaan yang bersifat preventif;

Pertimbangan kedua, penggelapan jabatan *ex. Pasal 415 KUHP jo. Pasal 8 UUPTPK 1999 jo. Pasal I angka 2 UUPPTK 2001* merupakan kejahatan (*misdrif*) yang telah menjadi bagian integral dalam KUHP sejak *Penal Code*, sehingga memiliki nilai-nilai sebagai ukuran yang sesuai dengan hukum pidana.<sup>438</sup> Sedangkan Penyalahgunaan wewenang dalam tindak pidana korupsi

*ex. Pasal 3 UUPTPK 1999* merupakan kejahatan (*misdrif*) yang berdasarkan doktrin otonomi hukum pidana berasal dari hukum administrasi negara, sehingga mempunyai standar sebagai ukuran menurut hukum administrasi negara. Tidak tepat, bahwa penyalahgunaan wewenang mempergunakan nilai-nilai sebagai ukuran yang berlaku dalam hukum pidana, kecuali penyalahgunaan wewenang telah mendapatkan penjelasan secara eksplisit dari pembentuk undang-undang

<sup>438</sup>Bandingkan dengan P.A.F Lamintang, *Dasar-dasar Hukum Pidana Indonesia, Op.Cit.*, hal. 349 s.d. hal 351

dan/atau memiliki kepentingan hukum yang berlainan dengan kepentingan hukum yang terdapat dalam hukum administrasi negara.

Berdasarkan pertimbangan-pertimbangan tersebut, maka kecermatan dapat menjadi pilihan yang akurat bagi adanya alasan pembenar di luar perundang-undangan (*buiten-wettelijk rechtsvaardigingsgrond*) yang menghapuskan sifat melawan hukum terhadap Pasal 3 UUPTK 1999, sekaligus merupakan perluasan dari alasan pembenar yang terdapat dalam KUHP (*binnen-wettelijk rechtsvaardigingsgrond*) dan alasan pembenar di luar perundang-undangan (*buiten-wettelijk rechtsvaardigingsgrond*) pemberatasan tindak pidana korupsi yang sudah ada sekarang.

Di Belanda, kecermatan sebagai alasan pembenar yang demikian sudah diterima sejak putusan HR mengenai *Veearts* tanggal 30 Oktober 1933, NJ: 1933, bl. 918, menurut ajaran hukum fungsional dari J. Ter Heide.<sup>439</sup> Kecermatan tersebut dikemukakan secara tersirat dalam putusan *Hoge Raad* itu yang telah memberikan pertimbangan, sebagai berikut :

*dat hierin reeds een aanwijzing is gelegen voor de juistheid van de stelling, dat – tenzij de wet uitdrukkelijk het tegendeel bepaalt – een veearts, die, naar juist wetenschappelijk inzicht, in het welbrengen belang van vee, op dat vee een zekere behandeling toepass, zich niet schuldig maakt aan een strafbare gedraging;* (Terjemahan bebas : bahwa di dalam sini suatu petunjuk telah diletakkan demi ketepatan pendirian, bahwa – kecuali undang-undang menentukan dengan tegas sebaliknya – seorang dokter hewan yang betul-betul memahami hewan ternak, berdasarkan ilmu pengetahuan yang teliti, melaksanakan suatu perlakuan tertentu pada hewan ternak itu, tidak dipersalahkan melakukan suatu perbuatan yang dapat dipidana;)

*O. nu, dat het hier in aanmerking komende art. 8<sup>2</sup> Veewet, onder bedreiging van straf, verbiedt het opzettelijk vee in verdachten toestand brengen, terwijl dan volgens de bewoordingen van dat artikel, beschouwd in verband met de art. 7, 15 en 16 Veewet en art. I Koninklijk Besluit van 25 April 1922, S, 220, daaronder valt het opzettelijk brengen van gezonde of niet verdachte koeien in een*

<sup>439</sup>Lihat dalam Roeslan Saleh, *Sifat Melawan Hukum dari Perbuatan Pidana*, Op.Cit., hal. 33 sampai dengan hal. 37; lihat juga, F.C Bogert, *Voor Rechtvaardiging en Schulduitsluiting*, Deventer : Kluwer, 2005, hal. 158



*verblijfplaats van aan mond- en klauwzeer lijdend vee;* (Terjemahan bebas : O. saat ini, bahwa Pasal 8<sup>2</sup> undang-undang hewan ternak yang diperhatikan di sini, mengancam dengan pidana, melarang membawa dengan sengaja hewan ternak ke dalam keadaan yang mencurigakan, tapi kemudian menurut serangkaian kata-kata pasal itu, dianggap berhubungan dengan Pasal 7, 15 dan 16 undang-undang hewan ternak dan Pasal I Keputusan Ratu tanggal 24 April 1922, S, 220, yang meliputi membawa dengan sengaja sapi yang sehat atau yang tidak mencurigakan ke dalam tempat hewan ternak yang menderita penyakit mulut dan kuku;)

*O. echter dat niet kan worden aangenomen, dat volgens genoemd artikel zoude kunnen worden gestraf de veearts, die, bij het toepassen van een zekere behandeling van het aan zijne zorg toevertrouwde vee – hier dus het brengen van gezonde koeien in een besmetten stal – handelt niet slechts volgens hetgeen naar eigen inzicht geoorloofd en wetenschappelijk aangewezen is, doch ook volgens in zijn wetenschap algemeen als juist erkende richtsnoeren, en die daarbij, ook alweer volgens algemeen erkende deskundig inzicht, door voorkoming van ernstig lijden, het heil van het in verdachte toestand gebracht vee bevordert;* (Terjemahan bebas : O. tetapi yang tidak dapat diterima bahwa menurut pasal tersebut seorang dokter hewan akan dapat dipidana saat melaksanakan perlakuan tertentu pada hewan ternak yang dipercayakan kepada pemeliharaannya – jadi, di sini membawa sapi yang sehat ke dalam sebuah kandang yang tertular penyakit -, yang melakukan tidak hanya sesuai dengan hal-hal yang diperkenankan menurut pendapatnya dan ditunjukkan ilmu pengetahuan, tetapi juga menurut ilmu pengetahuan umumnya sebagai pedoman yang diakui tepat, lagi pula menurut pendapat ahli yang diakui umum, dengan mencegah penyakit yang serius, mendukung penyelamatan hewan ternak dibawa ke dalam keadaan yang mencurigakan;)

*O. dat hiertegen niet met vrucht kan worden aangevoerd, dat iemand, die een met straf bedreiging handeling verricht, in elk geval strafbaar is, wanneer niet de wet zelf met zoovele woorden een strafuitsluitingsgrond aanwijst; dat zich immers het geval kan voordoen, dat de wederrechtelijkheid in de delictomschrijving zelve geen uitdrukking heeft gevonden en niettemin geen veroordeeling zal kunnen volgen op grond dat de onrechtmatigheid der gepleegde handeling in het gegeven geval blijk te ontbreken en derhalve dan het betrokken wetsartikel op de letterlijk onder de delictomschrijving vallende handeling niet van toepassing is;* (Terjemahan bebas : O. yang terhadap ini tidak dapat dikatakan wajar, bahwa seseorang yang melakukan suatu perbuatan yang diancam dengan pidana, pastilah dipidana, bilamana undang-undang tidak menunjukkan suatu alasan penghapusan pidana dengan banyak kata-kata; yang sesungguhnya hal tersebut dapat terjadi, bahwa sifat melawan hukum telah tidak ditemukan secara tegas dalam perumusan tindak pidana itu sendiri dan dengan demikian tidak akan dapat diikuti pembedaan atas dasar bahwa pelanggaran hukum perbuatan yang dilakukan dalam perkara tersebut tampak tidak ada dan karena itu maka pasal undang-undang yang terkait tidak diterapkan



secara harafiah terhadap perbuatan yang terdapat dalam perumusan tindak pidana;)

*O. nu dat de strafwet zich wel in de delictomschrijving van zoodanige bewoordingen kan bedienen, dat voor dergelijke, buiten den tekst der wet zelven liggende beschouwingen, geen ruimte wordt gelaten, doch zulks hier niet het geval is,* (Terjemahan bebas : O. saat ini, bahwa undang-undang pidana itu sendiri dapat memberlakukan dalam perumusan tindak pidana serangkaian kata-kata, yang untuk pandangan-pandangan yang terletak di luar teks undang-undang sedemikian rupa, tidak diberi ruang, tetapi yang seperti ini di sini bukan merupakan masalah;)

Kecermatan terlihat dari peran yang dilakukan oleh seorang dokter hewan dalam memberikan perlakuan tertentu pada hewan ternak, yakni : sapi. Dokter hewan tersebut telah mempertimbangkan resiko dan tindakannya. Walaupun perlakuan tertentu telah membahayakan sapi yang sehat dan yang tidak tertular, tapi tindakannya didasarkan pada pengalaman, ilmu pengetahuan dan pendapat ahli sedemikian rupa sehingga menghapuskan sifat melawan hukum yang terkandung dalam perumusan tindak pidana.

Di antara 2 (dua) kemungkinan implikasi di atas, maka kemungkinan implikasi pertama yang paling logis untuk diterapkan pada penyalahgunaan wewenang dalam tindak pidana korupsi jo Pasal 3 UUPTK 1999, dengan perkataan lain, asas kecermatan dan asas kepatutan berlaku sebagai sifat melawan hukum materil dalam fungsinya yang positif (*Positieve Werking der Materiele Wederrechtelijkheid*).

Berdasar atas perspektif yuridis, konsep sifat melawan hukum materil (*materiele wederrechtelijkeheid*) berpangkal dari kewajiban atau keharusan bagi hakim untuk memeriksa, mengadili dan memutus perkara yang diajukan kepadanya. Dengan perkataan lain, hakim tidak boleh menolak perkara yang diajukan kepadanya dengan alasan hukumnya tidak ada, hukumnya tidak jelas atau hukumnya kurang jelas. Oleh karena itu, hakim mendapat ruang untuk





menciptakan hukum (*rechtschepping*) dan menemukan hukum (*rechtsvinding*) sesuai dengan kesadaran hukum masyarakat (*rechtsgevoel*) yang berdasar pada hukum tidak tertulis sebagaimana ditentukan dalam Pasal 5 ayat (1) Undang-undang No. 48 Tahun 2009, sebagai berikut : "Hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat." Maksud dari ketentuan Pasal 5 ayat (1) Undang-undang No. 48 Tahun 2009 ini terdapat dalam penjelasannya, yakni : "Ketentuan ini dimaksudkan agar putusan hakim dan hakim konstitusi sesuai dengan hukum dan rasa keadilan masyarakat." Bahkan dalam Pasal 50 ditetapkan, bahwa "Putusan pengadilan selain harus memuat alasan dan dasar putusan, juga memuat pasal tertentu dari peraturan perundang-undangan yang bersangkutan atau sumber hukum tak tertulis yang dijadikan dasar untuk mengadili." Kewajiban dan keharusan hakim demikian juga berlaku di Belgia yang dikenal dengan *La Doctrine du Sens-Clair* sebagaimana dituangkan dalam *Cassatie* 20 Oktober 1954, Arr. Cass. 1953, 65 jo. *Cassatie* 22 Desember 1994, Arr. Cass. 1994, 1150 serta di Jerman yang disebut dengan *doktrin der eindeutiger wortlaut*.

Dalam konteks hukum pidana, Pasal 5 ayat (1) sub b Undang-undang Darurat Nomor 1 Tahun 1955 tentang Tindakan-tindakan untuk Menyelenggarakan Susunan, Kekuasaan dan Atjara Pengadilan-pengadilan Sipil juga menentukan bahwa perbuatan yang hidup dalam masyarakat dapat merupakan tindak pidana bila tiada bandingannya dalam KUHP. Begitu pula menurut *ius constituendum*, Pasal 1 ayat (3) RUU-KUHP Draft Februari 2008 menentukan bahwa berlakunya asas legalitas jo. Pasal 1 ayat (1) KUHP tidak mengurangi berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat yang menentukan



seseorang patut dipidana walau perbuatannya tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan. Pengakuan terhadap hukum yang tidak tertulis tersebut semata-mata agar terciptanya rasa keadilan sebagaimana diatur dalam Pasal 12 RUU-KUHP Draft Februari 2008.

Konsep sifat melawan hukum yang materil (*materiele wederrechtelijkeheid*) tersimpul pula dari putusan-putusan pengadilan, terutama putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia. Berkaitan dengan tindak pidana korupsi, sudah sejak lama sifat melawan hukum yang materil dalam fungsinya yang negatif dimuat dalam putusan-putusan MARI. Putusan-putusan MARI tersebut, antara lain : (1) Putusan Mahkamah Agung RI Nomor: 42 K/Kr/1965 tanggal 8 Januari 1966 dengan terdakwa Macroes Effendi, (2) Putusan Mahkamah Agung RI No. 72/K/1970 tanggal 27 Mei 1972 dengan terdakwa Mohamad Toha Ilyas dan Wilson Hutahuruk, (3) Putusan Mahkamah Agung No. 97 K/Kr/1973 tanggal 17 Oktober 1973 dengan terdakwa Sabar Soedirman bin Hadiprodjo, dan (4) Putusan Mahkamah Agung RI No. 81/K/Kr/1973 tanggal 30 Mei 1977 dengan terdakwa Ir. Moch. Otjo Danaatmadja. Sifat melawan hukum yang materil dalam fungsinya yang negatif ini dikenal sebagai alasan penghapusan pidana di luar perundang-undangan (*Buitenwettelijke strafuitsluitingsgrond*). Kemudian, Sifat melawan hukum yang materil ini bergerak dan bergeser dari fungsinya yang negatif menuju ke fungsinya yang positif. Sifat melawan hukum yang materil dalam fungsinya yang positif ini dianut sejak putusan Mahkamah Agung RI No. 275 K/Pid/1982 tanggal 29 Desember 1983 atas nama terdakwa Drs. R.S. Natalegawa, kemudian diikuti pula dalam Putusan Mahkamah Agung RI No. 2477 K/Pid/1988 tanggal 23 Juli 1993 dan Putusan Mahkamah Agung RI No. 1571 K/Pid/1993 tanggal 18 Januari 1995.



Bahkan setelah putusan Mahkamah Konstitusi No. 003/PUU-IV/2006 tanggal 25 Juli 2006, Mahkamah Agung RI tetap konsisten menganut sifat melawan hukum yang materil dalam fungsinya yang positif. Putusan-putusan Mahkamah Agung RI tersebut meliputi, antara lain : (1) Putusan Mahkamah Agung RI No. 996 K/Pid/2006 tanggal 16 Agustus 2006 atas nama terdakwa Hamdani Amin dan (2) Putusan Mahkamah Agung RI No. 1974 K/Pid/2006 tanggal 13 Oktober 2006 atas nama terdakwa Prof. Dr. Rusadi Kantaprawira SH. Dengan demikian, sifat melawan hukum yang materil dalam fungsinya yang positif merupakan yurisprudensi tetap (*vaste jurisprudentie* atau *standar arrest*). Penerima dan penganut sifat melawan hukum materil dalam fungsinya yang positif bukan hanya Indonesia satu-satunya. Hukum pidana di Belanda pun telah menerima dan menganut sifat melawan hukum materil dalam fungsinya yang positif tersebut, meskipun terkesan diam-diam dan malahan terselubung. Hal ini tertuang dalam *Dreigbrief-arrest* (putusan Surat Ancaman),<sup>440</sup> HR 9 Februari 1971, NJ 1972, 1, yang merupakan salah satu putusan *Hoge Raad* di Belanda berkaitan dengan sifat melawan hukum sebagai bagian inti delik perumusan tindak pidana pemerasan (*afpersing*) ex. Pasal 317 WvS.

Berdasarkan perspektif filosofis, konsep sifat melawan hukum materil berangkat dari penerapan dan penegakan hukum dan keadilan menurut Pancasila.<sup>441</sup> Pancasila merupakan sumber dari segala sumber bagi hukum dan keadilan di Indonesia. Khususnya mengenai keadilan, Pancasila memuat nilai-nilai yang adil tersebut di dalam sila-silanya. Penegasan ini dapat ditemukan dalam Pidato Sambutan Presiden RI dalam Peringatan Hari Lahirnya Pancasila, tanggal 1 Juni 1967, di Jakarta sebagaimana telah dikutip sebelumnya.

<sup>440</sup>N. Jörg dan C. Kelk, *Op.Cit.*, hal. 121

<sup>441</sup>Lihat dalam Pasal 2 ayat (2) Undang-undang No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman





Keadilan berkaitan dengan penyalahgunaan wewenang telah dibahas dalam Bab II di muka, sedangkan keadilan berhubungan dengan sifat melawan hukum yang bersumber pada Pancasila akan dibahas di sini. Dalam pandangan sila kedua Pancasila, keadilan berpokok pangkal dari adanya keseimbangan, keselarasan dan keserasian. Hal ini telah ditegaskan berkali-kali dalam Pidato Sambutan Presiden RI di pelbagai kesempatan. Misalnya, Pidato Peringatan Ulang Tahun ke-25 Universitas Gajah Mada tanggal 19 Desember 1974 di Yogyakarta,<sup>442</sup> Amanat pada Pembukaan RAKER Gubernur Kepala Daerah seluruh Indonesia tanggal 6 Februari 1974 di Jakarta,<sup>443</sup> dan Pidato Kenegaraan tanggal 16 Agustus 1975 di Jakarta.<sup>444</sup>

Keseimbangan, keselarasan dan keserasian ini berlaku bagi seluruh aspek kehidupan dan penghidupan manusia Indonesia. Salah satu aspek kehidupan dan penghidupan tersebut adalah hukum. Bagian terpenting dari aspek hukum dimaksud adalah terciptanya keseimbangan, keselarasan dan keserasian antara penerapan dan penegakan hukum yang tertulis dan hukum yang tidak tertulis di Indonesia. Hukum yang tertulis terjawantahkan dalam peraturan perundang-undangan sebagaimana yang tercantum dalam Pasal 7 Undang-undang No. 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, sedangkan hukum yang tidak tertulis terdapat dalam seperangkat ide-ide, asas-asas dan ketentuan-ketentuan guna menyasikan hubungan manusia dan menertibkan perilakunya dalam masyarakat,<sup>445</sup> seperti : hukum adat (*Adatsrecht*), hukum kebiasaan (*Gewoonterecht*), asas-asas hukum yang berlaku umum (*Algemene*

<sup>442</sup>CSIS (Centre For Strategic and International Studies), *Pandangan Presiden Soeharto tentang Pancasila*, Op.Cit., hal. 43

<sup>443</sup>*Ibid.*, hal. 44

<sup>444</sup>*Ibid.*

<sup>445</sup>Lihat Roscoe Pound, *Law Finding Through Experience and Reason*, Atlanta : Foot and Davies Inc. (University of Georgia Press), 1960, hal. 1

*erkende rechtsbeginselen*),<sup>446</sup> dan lain-lain. Hukum yang tertulis dibutuhkan untuk menjaga perdamaian dan mempertahankan ketertiban, sementara hukum yang tidak tertulis diperlukan untuk mencapai dan mempertahankan keadilan. Roscoe Pound<sup>447</sup> menulis, antara lain :

*Law is needed to achieve and maintain justice. Laws are needed to keep the peace – to maintain order. Law is experience developed by reason and corrected by further experience. Its immediate task is the administration of justice; the attainment of full and equal justice to all. The task of laws is one policing, of maintaining the surface of order.* (Terjemahan bebas : Hukum dibutuhkan untuk mencapai dan mempertahankan keadilan. Peraturan dibutuhkan untuk menjaga perdamaian – mempertahankan ketertiban. Tugas langsungnya adalah menyelenggarakan peradilan; mendapat keadilan yang utuh dan sama bagi semua. Tugas peraturan adalah mengendalikan; mempertahankan keadaan yang tertib)

Alur jalan pemikiran (*gedachtengang*) yang demikianpun telah mendapat pengakuan dan penegasan pada Pasal 28D ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yang tertulis : "Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama dihadapan hukum." Berkaitan dengan bunyi Pasal 28D ayat (1) ini, Moh. Mahfud MD<sup>448</sup> selaku Ketua Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia menjelaskan dengan menyatakan, antara lain :

Demikian juga Pasal 28D ayat (1) yang menegaskan, setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil. Jadi penekanannya bukan pada kepastian hukum saja, tetapi pada kepastian hukum yang adil.

Selanjutnya Moh. Mahfud MD<sup>449</sup> menegaskan :

Dalam hal ini, menurut garis politik hukum UUD 1945 hasil amandemen, dalam memeriksa dan memutus perkara, hakim konstitusi dimungkinkan atau harus malahan, untuk membuat hukum sendiri (*judge made law*) sesuai dengan nilai-nilai keadilan. Hal itu bisa dipandang sebagai bagian

<sup>446</sup>G.J. Wiarda, *Op.Cit.*, hal. 76

<sup>447</sup>*Loc.Cit.*

<sup>448</sup>Moh. Mahfud MD, "Peran Mahkamah Konstitusi dalam Pengembangan Hukum dan Demokrasi di Indonesia," Makalah disampaikan Kuliah Umum di Universitas Islam Malang, Malang, 21 November 2009, hal. 14

<sup>449</sup>*Ibid.*, hal 14-15





dari strategi pembangunan hukum yang responsif. Secara lebih konkrit, manifestasi keadilan substantif tersurat dalam *irah-irah* tiap putusan MK. Putusan MK dibuat "*Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa*," bukan "*Demi Kepastian Hukum Berdasarkan Undang-Undang*". Ini menjadi dasar yang menjustifikasi hakim membuat putusan untuk menegakkan keadilan meski jika terpaksa melanggar ketentuan formal undang-undang yang menghambat tegaknya keadilan.

Pendapat Moh Mahfud MD tersebut memberikan pengarahannya, bahwa peraturan perundang-undangan berorientasi pada kepastian hukum dan hukum tidak tertulis berorientasi pada keadilan yang keduanya harus saling melengkapi dan saling mengisi. Tetapi jika perlu dan terpaksa demi keadilan yang substantif, peraturan perundang-undangan dapat dikesampingkan dan malahan dilanggar serta hukum yang tidak tertulis dipertahankan dan diberlakukan.

Di samping itu, para pendiri negara juga telah mengakui keberadaan hukum yang tidak tertulis ini. Hal ini dapat ditemukan dalam Penjelasan Undang-

Undang Dasar Negara Tahun 1945 yang tersurat, sebagai berikut :

Pokok-pokok pikiran tersebut meliputi suasana kebatinan dari Undang-Undang Dasar Negara Indonesia. Pokok-pokok pikiran ini mewujudkan cita-cita hukum (*Rechtsidee*) yang menguasai hukum dasar negara, baik hukum yang tertulis (Undang-Undang Dasar) maupun hukum yang tidak tertulis.

Yang dimaksud dengan pokok-pokok pikiran dalam Penjelasan Undang-Undang Dasar Negara Tahun 1945 ialah (1) Negara bertujuan melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia dengan berdasar atas persatuan dengan mewujudkan keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia, (2) Negara hendak mewujudkan keadilan sosial bagi seluruh rakyat, (3) Negara yang berkedaulatan Rakyat, berdasar atas kerakyatan dan permusyawaratan perwakilan, dan (4) negara berdasar atas Ketuhanan Yang Maha Esa menurut dasar kemanusiaan yang adil dan beradab. Dengan demikian berdasarkan Pancasila maupun Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun



1945, hukum yang tidak tertulis merupakan bagian dari hukum nasional yang tetap harus dipertahankan melalui penerapan dan penegakannya guna menciptakan keadilan.

Berdasar atas perspektif teoretis, konsep melawan hukum yang materil (*materiele wederrechtelijkeheid*) merujuk pada hukum tidak tertulis yang tumbuh dan berkembang di dalam masyarakat. Menurut sifat melawan hukum yang materil, bahwa belum tentu kalau semua perbuatan yang mencocoki larangan dan keharusan perundang-undangan bersifat melawan hukum. Bagi mereka yang berpendirian ini, hukum bukanlah merupakan undang-undang semata-mata, di samping perundang-undangan (hukum yang tertulis) masih terdapat pula hukum yang tidak tertulis, yaitu norma-norma atau kenyataan-kenyataan yang berlaku dalam masyarakat (*onrecht*). Pengikut ajaran tersebut ialah Pompe, H.B. Vos, van Bemmelen dan van Hattum, J.E. Jonkers, D. Hazewinkel-Suringa serta N. Jörg dan C. Kelk.<sup>450</sup> Di Indonesia, pengikut ajaran ini, antara lain : Mardjono Reksodipoetro dan Romli Atmasasmita.<sup>451</sup>

Namun demikian, para pakar hukum pidana tersebut memandang sifat melawan hukum yang materil secara berbeda. W.P.J. Pompe, H.B. Vos, van Bemmelen dan van Hattum serta D. Hazewinkel-Suringa menganut ajaran sifat melawan hukum yang materil dalam fungsinya yang negatif, sedangkan J.E. Jonkers, N. Jörg dan C. Kelk, Mardjono Reksodipoetro serta Romli Atmasasmita mengakui dan menganut ajaran sifat melawan hukum yang materil dalam fungsinya yang positif.

Ajaran sifat melawan hukum yang materil dalam fungsinya yang negatif berkembang berdasar atas teori hukum pidana fungsional yang dikemukakan

<sup>450</sup>Lihat hal. 89

<sup>451</sup>Lihat hal. 90



oleh J. Ter Heide,<sup>452</sup> yang menyatakan bahwa jika suatu perbuatan bertentangan dengan rumusan tindak pidana dalam perundang-undangan tetapi sesuai, pantas dan patut dengan peranan sosial dan harapan-harapan peranan yang dituntut darinya maka secara materil tidak dapat dipidana. Sebagai contoh adalah *Vee-Arts Arrest* tahun 1933, yang menurut J Ter Heide,<sup>453</sup> "dokter hewan telah melakukan sepenuhnya menurut norma-norma medis; dia telah bermain baik dan sesuai dengan peranannya." Ajaran ini pula telah memperoleh pengakuan di Indonesia, antara lain, dari Oemar Senoadji<sup>454</sup> yang kemudian diikuti dan dianutnya dalam putusan MARI No. 81K/Kr/1973 tanggal 30 Maret 1977.

Berlainan dengan ajaran sebelumnya, ajaran sifat melawan hukum yang materil dalam fungsinya yang positif ini berkembang berdasar atas adanya yuridiksi peradilan tertentu dan penunjukan perundang-undangan yang dikemukakan J.E. Jonkers atau berdasar atas adanya norma semu (*vage norm*) atau istilah yang terbuka (*open term*) dalam perumusan tindak pidana yang dikemukakan oleh N. Jörg dan C. Kelk. Dalam hal yang disebut pertama, sifat melawan hukum yang materil dalam fungsinya yang positif itu diatur dan ditentukan dalam Pasal 15 AB jo. Pasal 11 AB atau Pasal 5 ayat (3) huruf b Undang-undang Darurat No. 1 Tahun 1951 yang diikuti dan dianut oleh Mardjono Reksodiputro dan Romli Atmasasmita. Dalam hal yang disebut kedua, sifat melawan hukum yang materil dalam fungsinya yang positif dimuat dan diputuskan dalam HR 9 Februari 1971, NJ 1972, 1 yang dikenal dengan *Dreibrief-arrest*. Selain itu, ada dimuat dan diputus juga dalam HR 21 Februari

<sup>452</sup>Dikutip dari Roeslan Saleh, *Sifat Melawan Hukum dari Perbuatan Pidana*, Jakarta : Aksara Baru, 1987, hal. 33

<sup>453</sup>*Ibid.* hal. 36

<sup>454</sup>Oemar Senoadji, "Undang-undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi dan penerapannya," Kertas Kerja dalam Simposium Perhimpunan Sarjana Hukum Indonesia, 1 Oktober 1983, Jakarta, dalam Albert Hasibuan (ed.), *2 Guru Besar Berbicara tentang Hukum*, Bandung : Alumni, 1985, hal 62-63

1938, NJ 1938, 929 yang dikenal dengan *Hohner-arrest* dan HR. 14 Oktober 1940, NJ 1941, 87 yang dikenal dengan *Gevangenisvoedsel-arrest*. Keberadaan sifat melawan hukum yang materil dalam fungsinya yang positif ini diakui oleh Roeslan Saleh meski tidak diikuti dan dianut olehnya.

Berhubungan dengan penyalahgunaan wewenang dalam tindak pidana korupsi di Indonesia, di satu pihak penyalahgunaan wewenang merupakan bagian inti delik dalam perumusan tindak pidana korupsi ex. Pasal 3 UUPTPK 1999 yang termasuk dalam norma semu atau istilah terbuka. Di lain pihak, penyalahgunaan wewenang merupakan variasi atau kata yang bersependan dengan sifat melawan hukum dalam perumusan tindak pidana korupsi ex. Pasal 3 UUPTPK 1999. Sebagai bagian inti delik, penyalahgunaan wewenang hendak melindungi kepentingan hukum berupa integritas penyelenggara negara serta pegawai negeri, kepercayaan masyarakat terhadap integritas penyelenggara negara serta pegawai negeri tersebut, serta milik negara. Hal itu sudah pasti menimbulkan implikasi terhadap unsur sifat melawan hukum yang materil dalam fungsinya yang positif, karena penyalahgunaan wewenang juga merupakan variasi atau kata yang bersependan dengan sifat melawan hukum yang materil dalam fungsinya yang positif tadi. Oleh karena itu, sifat melawan hukum yang materil dalam fungsinya yang positif tersebut perlu mendapatkan penafsiran sosial-adekuat bahwa suatu perbuatan merupakan tindak pidana korupsi karena bertentangan dengan kecermatan yang patut dalam pergaulan masyarakat.





## BAB IV PENUTUP

### 4.1. Kesimpulan

Berdasarkan hasil penelitian yang telah dilakukan sebagaimana yang telah diuraikan dalam BAB III, di bawah ini dapat ditarik kesimpulan-kesimpulan.

1. a. Pengaturan tindak pidana korupsi dalam konvensi Anti-korupsi PBB, Konvensi Pidana Korupsi CE, Konvensi Korupsi OAS dan Konvensi Korupsi AU membedakan muatan pokok dan muatan pelengkap dalam mengkriminalisasi tindak pidana korupsi. Muatan pokok terdiri dari :
  - penyuaapan pejabat publik; penyuaapan pejabat publik negara lain dan pejabat organisasi internasional; penggelapan, penyalahgunaan dan pengalihan lainnya kekayaan pejabat publik; penyucian hasil kejahatan; dan Menghalang-halangi peradilan. Sedangkan muatan pelengkap meliputi :
    - penyuaapan sektor swasta; penggelapan sektor swasta; memperdagangkan pengaruh; penyalahgunaan fungsi; memperkaya secara melawan hukum; dan menyembunyikan. Pengaturan tindak pidana korupsi di beberapa negara, seperti : Inggris, Belanda, Jerman dan Amerika Serikat memiliki kecenderungan untuk direduksi menjadi tindak pidana penyuaapan pejabat publik, karena pembuktiannya yang lebih mudah. Sementara itu di Indonesia, pengaturan tindak pidana korupsi lebih luas. Penyalahgunaan wewenang harus dipertahankan dalam perumusan perundang-undangan pemberantasan korupsi yang akan datang, karena sudah sesuai dengan pengertian korupsi dan tindak pidana korupsi, merupakan muatan pelengkap dan demi kesinambungan yurisprudensi.





b. Hampir tidak ada negara yang mencantumkan secara tegas dan tersendiri bagian inti delik penyalahgunaan wewenang tersebut dalam perundang-undangan pemberantasan tindak pidana korupsinya. Namun demikian, bagian inti delik penyalahgunaan wewenang tetap merupakan karakteristik tindak pidana korupsi di berbagai negara dengan memakai istilah atau perkataan lain yang bersepadan dengannya, seperti : (1) "*in strijd met zijn plicht te handelen*" (untuk melakukan yang bertentangan dengan kewajibannya) atau "*in zijn bediening iets te doen of na te laten*" (untuk berbuat atau mengabaikan sesuatu dalam tugasnya), (2) "*such foreign official to do or omit to do any act in violation of the lawful duty of such official*" (Pejabat asing tersebut melakukan atau tidak melakukan suatu perbuatan yang melanggar kewajiban yang sah dari jabatan itu), (3) "*doing or forbearing to do anything in respect of any matter or transaction whatsoever*" (melakukan atau tidak melakukan segala sesuatu yang berkaitan dengan suatu masalah atau transaksi apapun), atau (4) "*daß er eine Diensthandlung vorgenommen hat oder künftig vornehme und dadurch seine Dienstpflichten verletzt hat oder verletzen würde,*" (bahwa ia telah bermaksud atau bermaksud kemudian melakukan suatu pelayanan dan karena itu telah melanggar kewajibannya atau kewajiban pelayanannya telah dilanggar,). Kecuali dari itu, hanya Indonesia yang memuat bagian inti delik penyalahgunaan wewenang dalam Pasal 3 UUPTK 1999.

c. Kepentingan hukum yang harus dilindungi dari penyalahgunaan wewenang adalah integritas penyelenggara negara serta pegawai negeri dan kepercayaan terhadap integritas penyelenggara negara

serta pegawai negeri itu. Oleh karena itu, sebenarnya kriteria penyalahgunaan wewenang yang berkembang dalam hukum administrasi negara diadopsi kriteria bagian inti delik penyalahgunaan wewenang dalam tindak pidana korupsi melalui doktrin otonomi hukum pidana yang meliputi (1) tindakan-tindakan pejabat tersebut adalah benar ditujukan untuk kepentingan umum, tetapi telah menyimpang dari tujuan apa kewenangan tersebut diberikan oleh undang-undang atau peraturan yang lain; (2) kecermatan; dan (3) Kepatutan.

2. a. Hubungan antara penyalahgunaan wewenang di satu pihak dengan sifat melawan hukum di lain pihak memiliki pola variasi; dan bukan hubungan berpola *species-genus* yang selama ini dilansir.

b. Berdasar atas hubungan berpola variasi tersebut, maka asas kecermatan dan asas kepatutan merupakan titik singgung kriteria antara penyalahgunaan wewenang dengan sifat melawan hukum dan perbuatan melanggar hukum. Di satu pihak, bagian inti delik penyalahgunaan wewenang yang bermuatan asas kecermatan dan asas kepatutan ini merupakan variasi dari bagian inti delik dan unsur sifat melawan hukum dalam Pasal 2 UUPTK 1999 dan di lain pihak dalam beberapa yurisprudensi Mahkamah Agung, bagian inti delik penyalahgunaan wewenang yang bermuatan asas kecermatan dan asas kepatutan tadi berimplikasi dengan bagian inti delik dan unsur sifat melawan hukum dalam Pasal 2 UUPTK 1999. Ada terdapat 2 (dua) kemungkinan implikasi dikandungnya asas kecermatan dalam penyalahgunaan wewenang terhadap bagian inti delik dan unsur sifat melawan hukum, yakni : (1) undang-undang pemberatasan tindak pidana korupsi Indonesia pada



khususnya dan hukum pidana Indonesia pada umumnya telah menganut sifat melawan hukum materil dalam fungsinya yang positif; dan (2) pada saat yang bersamaan, terbuktinya asas kecermatan dan asas kepatutan tersebut dalam kasus-kasus penyalahgunaan wewenang maka perbuatannya bukan merupakan kejahatan dan pelanggaran; dengan perkataan lain, terbuktinya kecermatan dan kepatutan merupakan alasan pembenar di luar undang-undang yang merupakan perluasan dari Pasal 50 KUHP dan Pasal 51 KUHP sebagai alasan pembenar yang terdapat dalam undang-undang serta yurisprudensi Mahkamah Agung No. 42K/Kr./1965 sebagai alasan pembenar yang terdapat di luar KUHP. Kemungkinan yang pertama merupakan pilihan yang paling logis.

#### 4.2. Rekomendasi

Peraturan perundang-undangan pemberatasan tindak pidana korupsi di Indoensia belum memberikan penjelasan yang memadai mengenai bagian inti delik penyalahgunaan wewenang; dan juga peraturan perundang-undangan lainnya yang memuat penyalahgunaan wewenang sebagai bagian inti deliknya. Berkaitan dengan itu, ada terdapat keperluan segera untuk :

1. Memberikan penjelasan mengenai kriteria bagian inti delik penyalahgunaan wewenang dalam perundang-undangan pemberatasan tindak pidana korupsi;
2. Memuatnya dalam penjelasan peraturan perundang-undangan pemberatasan tindak pidana korupsi yang akan datang.

Di samping ha-hal yang telah disebutkan sebelumnya, maka ada juga terdapat perhatian untuk mempertimbangkan sebagai berikut.



3. Menambah satu pasal baru dalam Rancangan Kitab Undang-undang Hukum Pidana pada umumnya dan Rancangan Undang-undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi pada khususnya berkaitan dengan doktrin hukum pidana yang relatif guna menciptakan harmonisasi hukum.

4. Dalam pembentukan perundang-undangan pidana umumnya dan undang-undang tindak pidana korupsi khususnya, seyogyanya pembentuk undang-undang harus memperhatikan tingkat kesulitan pembuktian perkataan atau istilah yang dipergunakan dalam perumusan tindak pidananya. Apabila perkataan atau istilah tersebut telah memiliki penjelasan dalam bidang hukum yang lain, maka pembentuk undang-undang dapat mengadopsinya berdasarkan kesamaan kepentingan hukum yang hendak dilindungi dan eksplisitasnya melalui penunjukan dalam sub pasal-pasalhnya. Namun demikian, apabila perkataan atau istilah tersebut tidak memiliki penjelasan dalam bidang hukum yang lain maka harus diberikan penjelasan sendiri.

5. Pemerintah harus lebih teliti ketika melaksanakan tugas dan wewenangnya dalam rangka menyelenggarakan pemerintahan, menyelenggarakan administrasi pemerintahan dan menyelenggarakan pelayanan umum, karena fakta dan data menunjukkan bahwa terdakwa penyalahgunaan wewenang dalam tindak pidana korupsi secara umum adalah penyelenggara negara serta pegawai negeri. Oleh karena itu, pemerintah perlu menyosialisasikan dan menginternalisasikan "integritas" secara berkesinambungan mulai dari pengrekrutan pegawai hingga purna tugas.

6. Aparat penegak hukum tindak pidana korupsi (Kepolisian RI, Kejaksaan Agung RI, Komisi Pemberantasan Korupsi, dan Mahkamah Agung RI) perlu mempersamakan persepsi mengenai penyalahgunaan wewenang dalam tindak





pidana korupsi dalam wadah yang ada, seperti : Mahkejapol. Hal ini dilakukan agar pemberantasan tindak pidana korupsi menjadi lebih efektif. Di samping itu, persamaan persepsi juga harus terbentuk sedemikian rupa antara aparat penegak hukum tindak pidana korupsi di satu pihak dengan pemerintah di lain pihak. Dengan persepsi yang sama, ada terdapat harapan bahwa kuantitas dan kualitas penyalahgunaan wewenang dalam tindak pidana korupsi semakin menurun.



## DAFTAR PUSTAKA

A. Buku-buku dan *Text-book*

Achmad Soema di Pradja, *Hukum Pidana dalam Yurisprudensi*, Bandung : Armico, 1990.

Adams, Bert N. dan R.A. Sydie, *Sociological Theory*, California : Pine Forge Press, 2001.

Amir Syamsuddin, Nurhasyim Ilyas dan Yosef B. Badoeda, *Putusan Perkara Akbar Tandjung : analisis yuridis para ahli hukum*, Jakarta : Pustaka Sinar Harapan, 2004.

Andi Hamzah, *Korupsi dalam Pengelolaan Proyek Pembangunan*, Jakarta : Akademika Pressindo, 1985.

-----, *Korupsi di Indonesia : Masalah dan Pemecahannya*, Desertasi, Jakarta : PT Gramedia Pustaka Utama, 1991.

----- dan Irdan Dahlan, *Surat Dakwaan*, Bandung : Alumni, 1987.

A S Hornby, *Oxford Advanced Learner's Dictionary*, Fifth Edition, Oxford : Oxford University Press, 1995.

Ateng Syafrudin, *Kepala Daerah*, Bandung : Citra Aditya Bakti, 1994.

A Zainal Abidin Farid, *Hukum Pidana I*, Jakarta : Sinar Grafika, 1995.

Bogert, F.C, *Voor Rechtaardiging en Schulduitsluiting*, Deventer : Kluwer, 2005.

Bradley, A.W. dan Keith Ewing (Ed.), *Constitutional and Administrative Law*, Essex (England) : Longman Group UK Ltd., Cetakan XI, 1993.

Bruggink, JJH, *Rechtsreflecties : Grondbegrippen uit de rechtstheorie*, Deventer : Kluwer, 1993.

Carper, Donald L., John A. McKinsey dan Bill W. West, *Introduction to Law*, Belmont, California : Cengage Learning, 2007.

Chidir Ali, *Yurisprudensi Hukum Pidana Indonesia*, Jilid 1, Bandung : Armico, 1986.

CLA (The Commonwealth Lawyer' Association), *Parliamentary Supermacy and Judicial Independence : A Commonwealth Approach : Proceedings of The Letimer House Joint Colloquium, June 1998*, John Hatchard dan Peter Slinn (editor), London : Cavendish Publishing Limited, 1999.

Cleiren, C.P.M., J.F. Nijboer, dan J.H. Crijns, *Strafrecht : Tekst & Commentaar*, ed. 7, Deventer : Kluwer, 2008.

CSIS (*Centre For Strategic and International Studies*), *Pandangan Presiden Soeharto tentang Pancasila*, Jakarta : CSIS, 1979.

De Commissie inzake Algemene Bepalingen van Administratief Recht, *Algemene Bepalingen van Administratief Recht*, Alphen aan den Rijn : H.D. Tjeenk Willink bv, 1984.

Dicey, Albert Venn, *Lectures Introduction to Study The Law of The Constitutional*, Charleston, SC : BiblioBazaar LLC, 2009.

Dieter Götz dan Hans Wellmann, *Taschenwörterbuch Deutsch als Fremdsprache*, Berlin : Langenscheidt KG, 2003.

Djoko Prakoso, *Segi-segi Kepidanaan dalam Kepegawaian Indonesia*, Jakarta : Sungguh Jaya Bersaudara, 1987.

E Utrecht, *Hukum Pidana I (Rangkaian Sari Kuliah)*, Surabaya : Pustaka Tinta Mas, 1986.

Ellias-Jones, Ian, *Essensial Administrative law*, London : Cavendish Publishing Limited, 2003.

Engelbrecht, *De Wetboeken, Wetten en Verordeningen Benevens De Grondwet van De Republiek Indonesie*, Jakarta : PT Ichtar Baru-Van Hoeve, 1989.

Enright, Christopher, *Federal Administrative Law*, Sydney : The Federation Press, 2001.

Enschedé, Ch.J. dan M. Bosch, *Beginnselen van Strafrecht*, CJ.Deventer : Kluwer, ed. 11, 2005.

Erichsen, Hans-Uwe, Derk Ehler, dan Peter Badura, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Berlin : Walre de Gruyter, 2002.

Ferejohn, John, Jack N. Rakove dan Jonathan Riley, *Constitutional Culture and Democratic Rule*, Cambridge : Cambridge University Press, 2001.

Fijnaut, Cyrille dan James B Jacobs, *Organized Crime and Its Containment : A Transatlantic Initiative*, Alphen aan Rijn : Kluwer, 1991.

Frans Hendra Winata, *Suara Rakyat Hukum Tertinggi*, Jakarta : Penerbit Buku Kompas, 2009.

Gijssels, Jan dan Mark van Hoecke, *Wat is Rechtsteorie ?* Antwerpen : Kluwer Rechtswetenschappen, 1982.

Goldworthy, Jeffrey, *Parliament Sovereignty : Contemporary Debates*, Cambridge : Cambridge University Press, 2010.

Gropp, Walter, *Strafrecht : Allgemeiner Teil*, Berlin : Springer, ed. 3, 2005.



Hall, Daniel E., *Administrative Law : Bureaucracy in a Democracy*, New Jersey : Upper Saddle River, Second Edition, 2003.

Hasibuan, Albert (ed.), *2 Guru Besar Berbicara tentang Hukum*, Bandung : Alumni, 1985.

Hawke, Neil, *Introduction to Administrative Law*, Kentucky : Cavendish-Routledge, 1999.

Hazewinkel-Suringa, D., *Inleiding tot De Studie van Het Nederlandse Strafrecht*, Haarlem : H.D. Tjeenk Willink & Zoon N.V. ,1953.

Hoefnagels, G. Peter, *The Other Side of Criminology : An Inversion of The Concept of Crime*, Deventer, Holland : Kluwer, 1973.

Hoflich, Peter dan Frank Weller, *Strafrecht, Schnell Erfasst*, Berlin : Springer, 2005.

Huisman, RJMH, *Algemeen Bestuursrecht : Een Inleiding*, Amsterdam : Kobra. tt.

Hullu, J. de, *Materieel Strafrecht : over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlans recht*, Deventer : Kluwer, ed.3. , 2006.

Hunter, Rosemary, Richard Ingleby dan Richard Johnstone (editor), *Thinking About Law : Perspectives on the history, philosophy and sociology of law*, New South Wales : Allen & Unwin, 1995.

Indriyanto Seno Adji, *Korupsi dan Hukum Pidana*, Desertasi, Jakarta : Kantor Pengacara dan Konsultan Hukum "Prof. Oemar Seno Adji, SH, 2002.

Ismail Suny, Yayasan Pusat Studi Ekonomi dan Pembangunan Sosial, *Pakar Hukum Menyatakan Akbar Tanjung Tidak Layak Jadi Terdakwa*, Jakarta : Yayasan Pusat Studi Ekonomi dan Pembangunan Sosial, 2002.

J. Salusu dan A Ariobimo Nusantara, *Pengambilan Keputusan Stratejik untuk Organisasi Publik dan Organisasi Non-profit*, Jakarta : Grasindo, 2004.

Jazim Hamidi, *Penerapan Asas-asas Umum Penyelenggaraan Pemerintahan yang Layak (AAUPPL) di Lingkungan Peradilan Administrasi Indonesia : Upaya Menuju "Clean and Stable Government"*, Bandung : Citra Aditya Bakti, 1999.

JE. Sahetapy dan B Mardjono Reksodiputro, *Parados dalam Kriminologi*, Jakarta : Rajawali Pers, 1989.

Jewkes, Yvonne, Gayle Letherby, *Criminology : A reader*, London : Sage Publications, 2002.

Jonkers, Johann Christoph Gerhard, *Over Javaansch Strafrecht*, Charleston, SC : BiblioBazaar, 2008.

Jonkers, J.E., *Handboek van Het Nederlandsch-Indische Strafrecht*, Leiden : E.J. Brill, 1946.





Jorg, N. en C. Kelk, *Strafrecht met mate*, Alphen aan den Rijn : Samson H.D. Tjeenk Willink, 1988.

Joseph, Jonathan, *Social Theory : Conflict, Cohesion and Consent*, Edinburgh : Edinburgh University Press Ltd. , 2003.

Koenen-Endepols-Heeroma, *Handwoordenboek der Nedrlandse Taal*, 22ste Druk, Groningen : J B Wolters, 1948.

Koopmans, Thijmen, *Court and Political Institutions : a Comparative View*, Cambridge : Cambridge University Press, 2003.

Korteweg-Wiers, M.J.S., et.al., *Hoofdpijnen van het Ambtenarenrecht*, Alphen aan den Rijn : Samson HD Tjeenk Willink (s-Gravenhage) VUGA, Tweede Drukken, 1988.

Kuntjoro Purbopranoto, *Beberapa Catatan Hukum Tata Pemerintahan dan Peradilan Administrasi Negara*, Bandung : Alumni, 1985.

K Wantjik Saleh, *Tindak Pidana Korupsi dan Suap*, Jakarta : Ghalia Indonesia, 1983.

Landon, William J., *Politics, Patriotism and language : Niccolo Machiavelli's "secular patria" and the creation of an Italian National Identity*, New York : Peter Lang Publishing, 2005.

Le-Sueur, Andrew, Javan Herberg dan Rosalind English, *Principles of Public Law*, London : Cavendish Publishing Limited, 1999.

Made Sadhi Astuti, *Pemidanaan terhadap Anak Sebagai Pelaku Tindak Pidana*, Malang : IKIP Malang, 1997.

Masruchin Rubai dan Made S Astuti Djajuli, *Hukum Pidana I*, Malang : Jurusan Hukum Pidana Fakultas Hukum Unibraw, 1989.

Mast, André, et. al., *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen : Wolters Kluwer Belgium NV. , 2006.

McLean, Iain dan Alistair McMillan (editor), *The Concise Oxford Dictionary of Politics*, ed. Ke-3, Oxford : Oxford University Press, 2009.

Meier, Robert E, *Crime and Society*, Boston : Allyn and Bacon, 1993.

Meuwissen, DHM, *Recht en Vrijheid : Inleiding in de Rechtsfilosofie*, Utrecht : Uitgeverij Het Spectrum, 1982.

Michiels, F.C.M.A., *Hoofdzaken van het Bestuursrecht*, Alphen aan Rijn : Kluwer, 2006.

Mochtar Kusumaatmadja, *Fungsi dan Perkembangan Hukum dalam Pembangunan Nasional*, Bandung : Lembaga Penelitian Hukum dan Kriminologi Fakultas Hukum – Universitas Padjadjaran dan Binacipta, tt.



Moeljatno, *Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban dalam Hukum Pidana*, Jakarta : Bina Aksara, 1983.

-----, *Azas-azas Hukum Pidana*, Jakarta : Bina Aksara, 1987.

M.Sudradjat Bassar, *Hukum Pidana (Pelengkap KUHP)*, Bandung : Armico, 1983.

Nauw, Alain De, *Inleiding tot het Bijzonder Strafrecht*, Deventer : Kluwer, 2005.

Oemar Seno Adji, *Peradilan Bebas Negara Hukum*, Jakarta : Erlangga, 1985.

PAF Lamintang, *Dasar-dasar Hukum Pidana Indonesia*, Bandung : Sinar Baru, 1984.

-----, *Hukum Pidana Indonesia*, Bandung : Sinar Baru, 1990.

Philipus M Hadjon, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat di Indonesia*, Surabaya : PT Bina Ilmu, 1987.

Pompe, W.P.J., *Handboek van Het Nederlandse Strafrecht*, Zwolle : N.V. Uitgevers-Maatschappij, W.E.J. Tjeenk Willink, 1950.

Pound, Roscoe, *Law Finding Through Experience and Reason*, Atlanta : Foot and Davies Inc. (University of Georgia Press) , 1960.

Prajudi Atmosudirdjo, *Hukum Administrasi Negara*, Jakarta : Ghalia Indonesia, 1981.

Rawls, John, *A Theory of Justice*, Massachusetts : The Belknap Press of Harvard University Press Cambridge, 1971.

RBSI Legal Editorial Staff (comp. and edit.), *Supreme Court Advanced Decisions*, Vol. 78, All cases decided by The Supreme Court from January 16 – February 3 1997, Manila : Rex Book Store, 1997.

Roeslan Saleh, *Sifat Melawan Hukum dari Perbuatan Pidana*, Jakarta : Aksara Baru, 1987.

Romli Atmasasmita, *Tindak Pidana Narkotika Transnasional dalam Sistem Hukum Pidana Indonesia*, Bandung : PT Citra Aditya Bakti, 1997.

Rummelink, Jan dan Derkje Hazewinkel-Suringa, *Inleiding tot de Studie van het Nederlandse Strafrecht*, Deventer : Kluwer, 1999.

Ruyver, Brice, et. al., *Anti-Corruptie Strategieën : De Aanpak van Corruptie en Beïnvloeding bij De Hormonendelinquen en Vleesfraude : Een Case-Studie*, Apeldoorn : Malku, 1999.

Sheptycki, James W.E., Ali Wardak, dan James Hardie-Bick (editor), *Transnational and Comparative Criminology*, London : Glasshouse Press, 2005.

Sikkema, E., *Ambtelijke Corruptie in het Strafrecht : Een Studie over Omkoping en Andere Ambtsdelicten*, Amsterdam : Boom Juridische Uitgevers, 2005.



Silos, Leonardo R, *The Power of The Leader : Mind and Meaning in Leadership*, Quezon City, Phi : Goodwill Trading Co., Inc. , 2003.

Simons, D., *Leerboek van Het Nederlandsche Strafrecht : Eerste Deel Algemeene Leerstukken*, Groningen : P. Noordhoff, 1927.

Soedarto, *Kapita Selektia Hukum Pidana*, Bandung : Alumni, 1981.

Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif*, Jakarta : Radjawali Pers, 1985.

-----, *Sosiologi Suatu Pengantar*, Jakarta: PT Rajawali Persada, Cetakan 23, 2001.

Smith, ESQ, John William, *A Selection of Leading Cases on Various Branches of The Law*, Philadelphia : T & J.W. Johnson, Vol. 2, 1855.

Stott, David dan Alexandra Felix, *Principles of Administrative Law*, London : Cavendish Publishing Limited, 1997.

Sumantoro, *Aspek-aspek Pidana di Bidang Ekonomi*, Jakarta : Ghalia Indonesia, 1990.

Sunaryati Hartono, *Bhineka Tunggal Ika sebagai Asas Hukum bagi Pembangunan Hukum Nasional*, Bandung : Citra Aditya Bakti, 2006.

Syaikh Muhammad bin Shaleh al-Utsaimin, *Prinsip-prinsip Dasar Keimanan*, (penjmh. Ali Makhtum Assalamy), Jakarta : PT Megatama Sofwa Pressindo, 2003.

Tim Penerjemah Badan Pembinaan Hukum Nasional Departemen Kehakiman, *KUHP : Kitab Undang-undang Hukum Pidana* , Jakarta : Pustaka Sinar Harapan, 1988.

Tresna, *Azas-azas Hukum Pidana*, Jakarta: PT Tiara Limited, 1955.

van Apeldoorn, L.J., et.al, *Van Apeldoorn's Inleiding tot de Studie van Nederlandse Recht*, Alphen aan Rijn : Kluwer, 2003.

van Bemmelen, J.M., *Ons Strafrecht I : algemene deel het materiele strafrecht*, penerj. Hasnan, Bandung : Binacipta, 1984.

----- en H. Burgersdijk, *Arresten over Strafrecht*, Haarlem : H.D. Tjeenk Willink & Zoon N.V. , 1949.

-----, Th.W. van Veen, D.H. De Jong, dan G. Knigge, *Het Materiele Strafrecht : Ons Strafrecht Deel I*, veertiende druk, Deventer :Kluwer, 2003.

----- en W.F.C. van Hattum, *Hand- en Leerboek van Het Nederlandse Strafrecht : Deel I Algemene Leerstukken*, Arnhem : S. Gouda Quint – D. Brouwer en Zoon, 1953.

van Kreveld, J.H., *Beleidsregels in het Recht*, Deventer : Kluwer, 1983.



Visser, Marjolein J.C., *Zorgplichtbepalingen in het Strafrecht*, Deventer : Gouda Quint, 2001.

Von Mehren, Arthur Taylor, dan James Gordley, *The Civil Law System : An Introduction to The Comparative Study of Law*, [S.I.] : Little Brouwn, 1971.

Vos, H.B., *Leerboek van Nederlands Strafrecht*, Haarlem : H.D. Tjeenk Willink & Zoon N.V., 1950.

Walsh, Anthony, *Race and Crime : A Biosocial Analysis*, New York : Nova Publisher, 2004.

Westphal, Jonathan, *Justice*, Indianapolis IN: Hackett Publishing, 1996.

Wiarda, G.J., *Drie Typen van Rechtsvinding*, Zwolle : Tjeenk Willink, 1980.

Whittington, Keith E., *Constitution Construction : Divided Powers and Constitutional Meaning*, London : Harvard University Press, 1999.

-----, *Political Foundations of Judicial Supremacy : The Presidency, The Supreme Court and Constitutional Leadership in US History*, Princeton : Princeton University Press, 2007.

W.J.S. Poerwadarminta, *Kamus Umum Bahasa Indonesia*, Jakarta : Balai Pustaka, 1987.

Wolterstorff, Nicholas, *Justice : Rights and Wrongs*, New Jersey : Princeton University Press, 2008.

Zevenbergen, W., *Leerboek van het Nederlandse strafrecht*, Groningen : Wolters, 1924.

## **B. Karya ilmiah bukan Buku atau Text Book**

Attamimi, A. Hamid S, "Peranan Keputusan Presiden Republik Indonesia dalam Penyelenggaraan Pemerintahan Negara : Suatu Studi Analisis mengenai Keputusan Presiden yang Berfungsi dalam kurun waktu Pelita I – Pelita IV," Desertasi, Fakultas Pascasarjana Universitas Indonesia, Jakarta., 1990.

Bagir Manan, "Penegakan Hukum yang Berkeadilan," *Varia Peradilan*, Tahun ke XX, No. 241, November 2005.

Bagir Manan, "Fakultas Syariah dalam Perspektif Peradilan Satu Atap," *Varia Peradilan*, Tahun ke XXII, No. 257, April 2007.

Barda Nawawi Arief, "Beberapa Aspek Pengembangan Ilmu Hukum Pidana (Menyongsong Generasi Baru Hukum Pidana Indonesia)," Pidato Pengukuhan Jabatan Guru Besar pada Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, 1994.



Golofast, Elena, "Theorien zu Korruption (Institutionenökonomie, Soziologie, Rechtswissenschaften, und Politologie)," Arbeitspapier erstellt im Rahmen des Bank- und Finanzwirtschaftlichen Seminars, Zurich : Universität Zurich, Institut für Schweizerisches Bankwesen, 2006.

Guse Prayudi, "Sifat Melawan Hukum Undang-undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi," *Varia Peradilan*, Majalah Hukum, Tahun Ke-XXII No. 254, Jakarta : IKAH, Januari 2007.

Kuhne, Martina dan Ueli Schneider, "Bekämpfung von Korruption auf Nationalem Level : Am Beispiel der Schweiz," Doktoranden Seminar zu Korruption, Zurich : Universität Zurich, 2007.

Mardjono Reksodipoetro, "Pembaharuan Hukum Pidana," Kumpulan Karangan Buku Keempat. Pusat Pelayanan Hukum dan Keadilan (d/h Lembaga Kriminologi) Universitas Indonesia, 1995.

Mochtar Kusumaatmadja, "Manusia dan Pembangunan," dalam *Jurnal Ilmu Hukum dan pengetahuan Masyarakat Padjadjaran*, No. 1, Jilid XIX, 1990

Moh. Mahfud MD, "Peran Mahkamah Konstitusi dalam Pengembangan Hukum dan Demokrasi di Indonesia," Makalah disampaikan Kuliah Umum di Universitas Islam Malang, Malang, 21 November 2009.

Roording, J.F.L, "Corruptie in het Nederlandse strafrecht," *Delikt en Delinkwent*, 32 (2002), cet. 2.

van den Heuvel, G.A.A.J, "Collusie tussen Overheid en Bedrijf : een Vergeten hoofdstuk uit de organisatiecriminologie," Rede uitgesproken bij aanvaarding van het ambt van hoogleraar in de Criminologie aan de Universiteit Maastricht , vrijdag, 23 Januari 1998.

Zimring, Franklin E. dan David T Johnson, 1998, "On The Comparative Study of Corruption," *Brit.J.Criminol.* Ed. 45, Oxford : Oxford University Press on behalf of the Centre for Crime and Justice Study (ISTD), 1998.

### **C. Rancangan Peraturan Perundang-undangan dan Peraturan Perundang-undangan**

Rancangan Undang-undang Administrasi Pemerintahan

*Strafgesetzbuch* (StGB).

KUHP (Kitab Undang-undang Hukum Pidana), Tim Penerjemah Badan Pembinaan Hukum Nasional, Departemen Kehakiman, Jakarta : Pustaka Sinar Harapan, 1988.

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945



Undang-undang Darurat Nomor 1 Tahun 1955 tentang Tindakan-tindakan untuk Menyelenggarakan Susunan, Kekuasaan dan Atjara Pengadilan-pengadilan Sipil

Undang-undang Nomor 3 Tahun 1971 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi

Undang-undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara

Undang-undang Nomor 28 Tahun 1999 tentang Penyelenggara Negara yang Bersih dan Bebas dari Korupsi, Kolusi dan Nepotisme.

Undang-undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi

Undang-undang Nomor 20 Tahun 2001 tentang Perubahan atas Undang-undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi

Undang-undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi

Undang-undang Nomor 25 Tahun 2009 tentang Pelayanan Umum

United Nations, 2006, *Compendium of International Legal Instruments on Corruption*, Vienna : United Nations Office on Drug and Crime, Second edition.

*Wetboek van Strafrecht (WvS) Baru*

#### D. Internet

Acton, John Dalberg-, 1<sup>st</sup> Baron Acton, [http://en.wikipedia.org/wiki/John\\_Dalberg-Acton](http://en.wikipedia.org/wiki/John_Dalberg-Acton), diunduh Jumat, tanggal 20 Agustus 2010, jam 06.41 WIB

Encyclopedia, <http://encyclopedia2.thefreedictionary.com/Georg+Jellinek>, diunduh Kamis, 12 Agustus 2010, jam. 15.17 WIB.

Mahkamah Konstitusi, <http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/>

Romli Atmasasmita, "Politik Hukum Pemberantasan Korupsi : Lex Specialis Systemic Versus Lex Specialis Derogat Lex Generali," <http://www.legalitas.org/?q=blog/08&page=23>,

RUU-KUHP Draft Februari 2008, diakses dari <http://www.legalitas.org/proses/rancangan.php?k=2008&h=Rancangan%20Peraturan%20Perundang-undangan>, Jum'at 3 Oktober 2008, jam 22.00 WIB.

SF. Marbun, "Menggali dan Menemukan Asas-Asas Umum Pemerintahan Yang Baik di Indonesia, dalam Dimensi-Dimensi Pemikiran Hukum Administrasi Negara," UII Press, Yogyakarta, 2001, dikutip dari <http://thetantoindonesia.blogspot.com/2009/11/peranan-hukum-tidak-tertulis.html>, Senin 23 November 2009, jam 06.13 WIB





van Daalen, O.L., "Samenvatting Bestuursrecht (1999-2000)," 13 Juni 2001, <http://www.xs4all.nl/>, diakses tanggal 15 Januari 2008

<http://www.watchindonesia.org/>

**E. Majalah dan Koran**

Donny Kleden, "Kejahatan Kerah Putih," *Kompas*, Kamis, 13 November 2008.

*Kompas*, "Pemerintahan dari Aceh sampai Papua terjerat, Perlu Strategi Progresif untuk Perangi Korupsi," Senin, 21 Juli 2008.