

**PENERAPAN AJARAN SIFAT MELAWAN
HUKUM TERHADAP PEJABAT PUBLIK YANG
MELAKSANAKAN DISKRESI DALAM TINDAK
PIDANA KORUPSI¹**

Oleh: Elisabeth Maria Teresa Kalumata²

Tommy F. Sumakul³

Daniel F. Aling⁴

ABSTRAK

Tujuan dilakukannya penelitian adalah untuk mengetahui bagaimanakah penerapan ajaran sifat melawan hukum terhadap pejabat publik yang melaksanakan Diskresi dalam Tindak Pidana Korupsi dan bagaimanakah Pertanggungjawaban pidana terhadap penggunaan Diskresi oleh pejabat public, di mana dengan metode penelitian hukum normatif disimpulkan: 1. Penerapan ajaran sifat melawan hukum materiil dalam fungsi negatif dikategorikan sebagai alasan pembenar yang berada diluar UU. Secara tidak langsung penerapan ajaran sifat melawan hukum materiil dalam fungsi yang negatif dengan pembatasan asas-asas pemerintahan yang baik dalam kaitannya dengan kewenangan diskresi oleh administrasi negara, mengalami pergeseran ekstensif. Hal tersebut secara tidak langsung menawarkan suatu kriteria baru bagi alasan pembenar. Artinya sepanjang penggunaan kewenangan diskresi oleh administrasi negara tidak memperhatikan asas-asas umum pemerintahan yang baik (AAUPB), maka tidak dapat di terapkan ajaran sifat melawan hukum dalam fungsi negatif. 2. Pertanggungjawaban dapat dibedakan menjadi 2 (dua), yaitu: (1) sebagai tanggungjawab jabatan, dan (2) sebagai tanggungjawab pribadi. Sebagai tanggungjawab jabatan apabila perbuatan hukum seseorang untuk dan atas nama jabatan yang di dalamnya tidak ada unsur maladministrasi. Sebagai tanggungjawab pribadi apabila berkaitan dengan maladministrasi dalam penggunaan wewenang maupun *public service*. Seorang pejabat yang melaksanakan tugas dan kewenangan jabatan atau membuat kebijakan akan dibebani tanggung jawab pribadi jika ia melakukan tindakan maladministrasi.

¹ Artikel Skripsi

² Mahasiswa pada Fakultas Hukum Unsrat, NIM. 17071101177

³ Fakultas Hukum Unsrat, Doktor Ilmu Hukum

⁴ Fakultas Hukum Unsrat, Magister Ilmu Hukum

Kata kunci: diskresi; pejabat publik;

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Dalam kekuasaan menjalankan jabatan terdapat sudut yang menggoda yakni kekuasaan diskresi, yaitu suatu jenis kekuasaan untuk menggunakan kewenangan berdasarkan kreatifitas pejabat itu. Kekuasaan itu diberikan oleh undang-undang dengan maksud agar jabatan yang disandang dapat dijalankan sebagaimana mestinya. Dalam kondisi itulah jabatan rawan diselewengkan, karena bersamaan dengan menjalankan kebijakan untuk publik, dengan mudah diselipkan niat untuk menarik keuntungan pribadi atau kelompok. Permasalahan yang menyangkut kebijakan tidak sedikit yang diproses dan dijerat dengan Undang-undang Tindak Pidana Korupsi, sehingga menimbulkan polemik. Namun, ada beberapa pejabat yang terperangkap menjadi koruptor karena tugas mereka yang melekat pada jabatan itu. Secara kebetulan tanda tangan para pejabat yang harus ada dalam kebijakan itu. Sehingga merekalah yang bertanggungjawab jika ternyata kebijakan itu menimbulkan kerugian Negara yang akhirnya dianggap sebagai tindak pidana korupsi, walaupun dana yang dihasilkan tidak dinikmati oleh pejabat tersebut.⁵

B. Rumusan Masalah

1. Bagaimanakah penerapan ajaran sifat melawan hukum terhadap pejabat publik yang melaksanakan Diskresi dalam Tindak Pidana Korupsi?
2. Bagaimana pertanggungjawaban pidana terhadap penggunaan Diskresi oleh pejabat publik?

C. Metode Penelitian

Jenis penelitian yang digunakan oleh penulis adalah penelitian yuridis normative.

⁵ Benny Irawan, *Diskresi sebagai Tindak Pidana Korupsi: Kajian Kriminologi dan Hukum terhadap Fenomena Pejabat Otoritas*, (Mimbar, Vol. XXVII, No.2, 2011) halaman 143-144

PEMBAHASAN

A. Penerapan Ajaran Sifat Melawan Hukum Terhadap Pejabat Publik Yang Melaksanakan Diskresi dalam Tindak Pidana Korupsi

Perbuatan melawan hukum sebagai padanan dari perbuatan administrasi Negara yang melawan hukum (*onrechtmatige overheidsdaad*), yaitu perbuatan yang disengaja maupun tidak disengaja melanggar UU, peraturan-peraturan formal yang berlaku dan keputusan dalam masyarakat yang seharusnya dipatuhi oleh penguasa, yang menimbulkan kerugian bagi individu.

Suatu keputusan disebut melawan hukum apabila (1) melanggar batas-batas yang ditentukan oleh hukum; dan (2) digunakan dengan cara yang tidak sesuai dengan tujuan pemberian wewenang⁶.

Konsepsi “perbuatan melawan hukum” (*onrechtmatige daad*) atau perbuatan melanggar hukum (Wirjono Prodjodikoro)⁷ yang diatur dalam pasal 1401 BW Belanda (atau pasal 1365 KUH Perdata Indonesia) telah melewati sejarah yang sangat panjang. Sebelum tanggal 31 januari 1919, hakim menafsirkan “melawan hukum” sebagai pelanggaran terhadap ketentuan yang dituangkan dalam pasal-pasal tertulis. Tetapi sejak tahun 1919 terjadi revolusi konsepsi di negeri Belanda, melalui kasus Cohen vs Lindenbaum (Arest Hoge Raad negeri Belanda tanggal 31 januari 1919), sehingga “melawan hukum” tidak lagi hanya di artikan sebagai pelanggaran terhadap peraturan perundang-undangan atau hukum tertulis semata, melainkan juga meliputi setiap pelanggaran terhadap hak orang lain yang dijamin oleh hukum, perbuatan yang bertentangan dengan kesucilaan ataupun kepentingan dalam pergaulan hidup masyarakat⁸. Dengan demikian, sejak tahun 1919 tindakan *onrechtmatige daad* tidak lagi terbatas pada *onrechtmatige daad*.

Berdasarkan yurisprudensi, tindakan hukum pemerintah yang bertentangan dengan AAUPB

merupakan suatu tindakan hukum yang tidak teratur (menyeleweng), sehingga bagi pemerintah berlaku pula, bahwa apa yang tidak pantas, termasuk perbuatan melawan hukum⁹.

Pada tanggal 20 November 1924 *Hoge Raad* telah mengeluarkan putusan yang terkenal dengan sebutan *Osterman Arrest* atau *November Revolutie*, yang menilai bahwa¹⁰ :

“ Perbuatan melawan hukum bukan hanya merupakan perbuatan atau perbuatan mengabaikan, yang melanggar hak orang lain, namun juga adalah merupakan perbuatan atau perbuatan mengabaikan yang bertentangan dengan kewajiban hukum si pelaku dan bahwa orang yang melanggar peraturan perundang-undangan telah melakukan perbuatan melawan hukum, tanpa mempersoalkan apakah peraturan tersebut bernilai keperdataan ataukah bersifat hukum publik”

Putusan tersebut sangat berpengaruh luas, sehingga dalam putusan *Hoge Raad* berikutnya, hakim tidak diperkenankan menguji atau mempertimbangkan *beleid* pemerintah, yang masih tetap berlaku hingga saat ini¹¹.

Pada prinsipnya unsur menyalahgunakan wewenang tidaklah sama dengan unsur melawan hukum khususnya dalam kajian tindak pidana korupsi (walaupun dalam pengertian UU anti Korupsi, unsur melawan hukum sudah terhisap dalam pengertian unsur penyalahgunaan wewenang). Karena itu penempatan kedua unsur itu merupakan pasal yang terpisah dalam UU anti Korupsi di Indonesia.

Girindo Pringgodigdo sebagaimana dikutip oleh Indriyanto mengatakan kewenangan diskresioner merupakan tindakan seketika dengan melihat urgensi serta situasi/kondisi yang dihadapi berupa pengambilan keputusan yang dapat bersifat pengaturan (tertulis) dan atau keputusan tertulis atau lisan didasarkan kekuasaan/wewenang diskresioner yang dimiliki¹².

⁹ A.D. Belifante, *Pokok-pokok Hukum*, Terj. Boerhanoeddin Soetan Batoeah, Binacipta, Bandung, 1983, hlm. 9.

¹⁰ Yopie Patiro, *Op Cit*, hlm. 171

¹¹ Sjachran Basah; *Eksistensi dan Tolak Ukur Badan Peradilan Administrasi di Indonesia*, Alumni, Bandung, 1985, hlm. 240-241

¹² Indriyanto Seno Adji, *Korupsi, Kebijakan Aparatur Negara dan Hukum Pidana*, Cv. Diadit Media, Jakarta, 2007. Hlm. 422

⁶ Yopie Patiro, *Diskresi Pejabat Publik Dan Tindak Pidana Korupsi*, (Bandung, Keni Media 2012) hlm. 169

⁷ Wirjono Prodjodikoro, *Perbuatan Melanggar Hukum Dipandang Dari sudut Hukum Perdata*, Mandar Maju, Bandung, 2020.

⁸ *Ibid*, hlm 8.

Namun demikian kewenangan diskresioner ini harus tetap selaras dengan maksud ditetapkannya kewenangan atau sesuai dengan tujuan akhirnya tersebut, yaitu harus sesuai dengan *doelgerichte* atau tujuan dari ditetapkannya kewenangan itu¹³. Dalam membicarakan kebijakan *beleid* tentunya berkaitan dengan pengertian pegawai negeri atau penyelenggara negara. Dalam kaitannya dengan pemberantasan tindak pidana korupsi, UU Nomor 20 Tahun 2001 dalam penjelasan Pasal 5 ayat (2) menyebutkan :

“Yang dimaksud dengan penyelenggara negara dalam pasal ini adalah penyelenggara negara sebagaimana dalam pasal 2 Undang-Undang Nomor 28 Tahun 1999 tentang Penyelenggara Negara yang Bersih dan Bebas dari Korupsi, Kolusi dan Nepotisme. Pengertian Penyelenggara negara tersebut berlaku pula untuk pasal-pasal berikutnya dalam Undang-Undang ini”

Memperhatikan penanganan kasus korupsi berkaitan dengan kebijakan (*beleid*) pejabat administrasi negara sejak dikeluarkannya Putusan MK Nomor 003/TUU-IV/2006 yang intinya menyatakan penjelasan Pasal 2 ayat (1) UU Nomor 31 Tahun 1999 tentang pemberantasan tindak pidana korupsi sebagaimana telah diubah dengan UU Nomor 20 Tahun 2001, dinyatakan bertentangan dengan UUD RI Tahun 1945 dan oleh karenanya tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat, sehingga berdasarkan hal tersebut, maka berlakunya sifat melawan hukum dalam arti materil positif sebagaimana yurisprudensi MA ternyata masih menimbulkan problematik dalam prakteknya. Namun penerapan sifat melawan hukum materil fungsi positif dalam proses pemidanaan masih ada dijumpai dalam kasus SISMINBAKUM (Sistem Administrasi Badan Hukum)¹⁴.

Dalam praktik peradilan khususnya melalui yurisprudensi maka Mahkamah Agung RI juga telah memberikan nuansa baru perbuatan melawan hukum materil bukan hanya dibatasi dari fungsi yang negatif sebagai alasan peniadaan pidana guna menghindari pelanggaran asas legalitas maupun penggunaan analogi yang dilarang oleh hukum pidana. Akan tetapi juga Mahkamah Agung dengan melalui

yurisprudensinya melakukan pergeseran perbuatan melawan hukum materil ke arah fungsi positif melalui kriteria limitatif dan kasuistik berupa “perbuatan pelaku yang tidak memenuhi rumusan delik dipandang dari segi kepentingan hukum yang lebih tinggi ternyata menimbulkan kerugian yang jauh tidak seimbang bagi masyarakat atau negara dibandingkan dengan keuntungan dari perbuatan pelaku yang tidak memenuhi rumusan delik tersebut”.

Sebagai salah satu contoh yurisprudensi Mahkamah Agung RI yang menerapkan sifat melawan hukum materil dengan fungsi negatif yang bertujuan menghilangkan alasan penghapus pidana (yang tidak tertulis) adalah dalam Putusan Mahkamah Agung RI Nomor : 42 K/Kr/1966 tanggal 8 Januari 1966 atas nama terdakwa Machroes Effendi (kemudian diikuti pula Putusan Mahkamah Agung Nomor : 71/K/1970 Tanggal 27 Mei 1972, Putusan Mahkamah Agung Nomor : 81/K/Kr/1973 tanggal 30 Mei 1977)¹⁵ dimana Mahkamah Agung berpendapat bahwa adanya 3 (tiga) sifat hilangnya unsur (*bestandellen*) melawan hukum materil sebagai alasan penghapus pidana (yang tidak tertulis) berupa faktor negara tidak dirugikan, kepentingan umum dilayani dan terdakwa tidak mendapat untung. Selain itu juga MA berpendirian dengan membenarkan pendapat dari Pengadilan Tinggi bahwa hilangnya sifat melawan hukum dapat juga dikarenakan asas-asas keadilan atau asas-asas hukum yang tidak tertulis sebagaimana pertimbangan itu disebutkan dengan redaksional sebagai berikut :

“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 suatu ketentuan dalam perundang-undangan, melainkan juga berdasarkan azas-azas keadilan atau azas-azas hukum yang tidak tertulis dan bersifat umum sebagaimana Pengadilan Tinggi dianggap adil dalam perkara penggelapan

¹³ *Ibid*

¹⁴ Yopie Patiro, *Loc.Cit*

¹⁵ Lilik Mulyadi, *Pergeseran Perspektif Dan Praktik Dari Mahkamah Agung Republik Indonesia Mengenai Putusan Pemidanaan*, Majalah Varia Peradilan, Tahun Ke XXI Nomor 246, Mei, 2006, Ikatan Hakim Indonesia (IKAHI), Jakarta, 2006, hlm. 22

yang formil terbukti dilakukan oleh terdakwa.”

Dengan tolak ukur sebagaimana dimensi diatas, maka berdasarkan kasus Machroes Effendi inilah timbul suatu yurisprudensi Mahkamah Agung RI Nomor : 42 K/Kr/1965 tanggal 8 Januari 1966 yang jelas menganut asas “perbuatan melawan hukum materil” dalam fungsi negatif. Sedangkan yurisprudensi Mahkamah Agung yang berpendirian perbuatan melawan hukum materil dalam fungsi positif terdapat dalam perkara Putusan Nomor : 275 K/Pid/1983 tanggal 29 Desember 1983 atas nama terdakwa Drs. R.S. Natalegawa (kemudian diikuti pula dalam Putusan Mahkamah Agung Nomor : 2477 K/Pid/1988 tanggal 23 Juli 1993, Putusan Mahkamah Agung Nomor : 1571 K/Pid/1993 tanggal 18 Januari 1995). Pada dasarnya, yurisprudensi Mahkamah Agung ini pertimbangan putusannya bersifat futuristik dengan titik tolak penafsiran yang keliru pengertian “melawan hukum” dari *yudex facti* diidentikan sebagai “melawan peraturan yang ada sanksi pidananya”, sebagaimana dikatakan dengan redaksional sebagai berikut :

“Menimbang, bahwa menurut Mahkamah Agung penafsiran terhadap sebutan “melawan hukum” tidak tepat, jika hal itu hanya dihubungkan dengan polisi perkreditan direksi yang menurut Pengadilan Negeri tidak melanggar peraturan hukum yang ada sanksi pidananya, akan tetapi sesuai pendapat yang sudah berkembang dalam ilmu hukum, seharusnya hal itu diukur berdasarkan asas-asas hukum tak tertulis, maupun asas-asas yang bersifat umum menurut kepatutan dalam masyarakat.”

Kemudian, yurisprudensi Mahkamah Agung tersebut secara implisit memberikan pertimbangan bahwa penanganan kasus ini mengacuh pada pengertian melawan hukum materil dari fungsi positif. Aspek ini lebih detail dipertimbangkan dengan redaksional sebagai berikut :

“Menimbang, bahwa menurut kepatutan dalam masyarakat khususnya dalam perkara-perkara tindak pidana korupsi, apabila pegawai negeri menerima fasilitas yang berlebihan serta keuntungan lainnya dari seorang lain dengan maksud agar pegawai negeri itu menggunakan kekuasaannya atau wewenangnya yang melekat pada jabatannya secara menyimpang,

hal itu sudah merupakan “perbuatan melawan hukum” karena menurut kepatutan perbuatan itu merupakan perbuatan yang tercelah atau perbuatan yang menusuk perasaan hati masyarakat banyak.”

Pada hakekatnya pertimbangan putusan Mahkamah Agung inilah yang dianggap sebagai perkembangan interpretasi futuristik yang menyelami perasaan keadilan masyarakat disatu pihak, sedangkan disisi lainnya berpendapat bahwa sejak putusan itu ajaran sifat melawan hukum materil telah mempunyai fungsi positif. Fungsi positif ini, menurut ajaran umum hukum pidana tidak diperbolehkan karena akan bertentangan dengan asas legalitas.

Apabila dikaji dari perspektif teoritis dan normatif ada beberapa implikasi tentang dimensi perbuatan melawan hukum materil pasca putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 003/PUU-IV/2006 tanggal 25 Juli 2006 khususnya terhadap eksistensi ketentuan Pasal 2 ayat (1) UU Nomor 31 Tahun 1999 jo UU Nomor 20 Tahun 2001, yaitu:¹⁶

- (1) Pasca putusan Mahkamah Konstitusi yang menentukan penjelasan Pasal 2 ayat (1) UU Nomor 31 Tahun 1999 jo UU Nomor 20 Tahun 2001 mengakibatkan perbuatan melawan hukum materil tidak diatur dan mempunyai landasan pijakan sebagai payung hukumnya. Konsekuensi dan implikasi demikian akan mengakibatkan secara normatif pengertian ketentuan Pasal 2 ayat (1) UU Nomor 31 Tahun 1999 jo UU Nomor 20 Tahun 2001 menjadi tidak jelas secara normatif dan implementasinya. Tegasnya, di satu sisi perbuatan melawan hukum materil dalam perkara tindak pidana korupsi ada dalam kenyataan di masyarakat akan tetapi di sisi lain secara normatif tidak diatur perundang-undangan oleh karena payung hukum perbuatan melawan hukum materil sebagaimana penjelasan ketentuan pasal 2 ayat (1) UU Nomor 31 Tahun 1999 jo UU Nomor 20 Tahun 2001 oleh Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 003/PUU-IV/2006 tanggal 25 Juli 2006 sudah dicabut karena dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.

¹⁶ Yopie Patiro, *Op Cit.* hlm. 180

- (2) Dalam yurisprudensi tetap yang dianut sejak lama dalam praktik peradilan ternyata Mahkamah Agung RI telah menerapkan adanya perbuatan melawan hukum materil baik dalam fungsi negatif (Putusan Mahkamah Agung RI Nomor : 42 K/Kr/1965 tanggal 8 Januari 1966, Putusan Mahkamah Agung Nomor : 71/K/1970 tanggal 27 Mei 1972, Putusan Mahkamah Agung Nomor : 81/K/Kr/1973 tanggal 30 Mei 1977) maupun fungsi positif (Putusan Mahkamah Agung RI Nomor : 275 K/Pid/1983 tanggal 29 Desember 1983, Putusan Mahkamah Agung Nomor : 2477 K/Pid/1988 tanggal 23 Juli 1993, Putusan Mahkamah Agung Nomor : 1571 K/Pid/1993 tanggal 18 Januari 1995). Konsekuensi logis dimensi demikian membawa suatu polarisasi pemikiran bahwa Mahkamah Agung ingin menjatuhkan hukuman sesuai nuansa dan paradigma asas keadilan yang walaupun tidak diatur dalam UU akan tetapi karena praktik dimasyarakat dianggap sebagai sebuah perbuatan tercela, maka aspek demikian tidak dapat dibiarkan dan pelakunya harus dijatuhi hukuman sesuai norma yang hidup dalam masyarakat dengan tetap mempergunakan parameter asas keadilan.
- (3) Dikaji dari perspektif kebijakan pidana maka hakim selaku pemegang kebijakan aplikatif harus menerapkan peraturan perundang-undangan. Oleh karena dimensi demikian maka hakim tidaklah harus berarti menjadi penyambung lidah atau corong UU akan tetapi hakim harus dapat menerapkan, sebagai filter dan mengimplementasikan peraturan tersebut yang masih bersifat abstrak terhadap kasus konkrit. Konsekuensi logis dimensi demikian hakim dihadapkan kepada pilihan keadilan, kepastian dan kemanfaatan. Di satu sisi perbuatan korupsi secara formal (perbuatan melawan hukum formal) tidak ada, akan tetapi di sisi lainnya secara materil (perbuatan melawan hukum materil) ada maka hakim sebagai kebijakan aplikasi harus menggali, memahami, dan menghayati norma-norma hukum yang hidup didalam masyarakat.

Dalam kaitannya dengan kebijakan pejabat administrasi negara yang di kategorikan sebagai tindak pidana korupsi, unsur penyalahgunaan wewenang sebagaimana telah diuraikan diatas memang telah diatur dalam UU Nomor 31 Tahun 1999 namun pemidanaan atas dasar *positif materiele wederechtelijk* haruslah memperhatikan permasalahan-permasalahan yang sensitive dalam hukum pidana antara lain yaitu:

- 1) Apabila perbuatan pelaku formil tidak *wederechtelijk* (tidak ada penyalahgunaan wewenang) maka pelaku harus dibebaskan dari segala tuduhan, artinya terhadap pelaku tidak dapat dikenakan pemidanaan. Sebagaimana disampaikan Badan Pembinaan Hukum Nasional, Departemen Hukum dan HAM melalui "Pengkajian tentang Asas-Asas Pidana Indonesia dalam Perkembangan Masa Kini dan Mendatang" berposisi dan mengklaim bahwa¹⁷:
"sebagian besar pihak, baik para ahli hukum pidana dari kalangan akademisi maupun praktisi, hingga kini mengharapkan agar ajaran perbuatan melawan hukum materil tidak dipergunakan dalam fungsinya positif, artinya apabila perbuatan dari pelaku ternyata tidak memenuhi rumusan deliknya atau tidak ada pelanggaran terhadap peraturan tertulisnya ataupun bila perbuatannya tidak ada pengaturannya dalam Undang-Undang, sehingga formil perbuatannya adalah tidak *wederechtelijk* meskipun materil perbuatannya adalah melawan hukum atau dipandang tercela, maka terhadap pelaku tidak dapat dikenakan atau dijatuhkan pidana mengingat berlakunya asas legalitas tersebut".
- 2) Harus ditentukan kriteria yang menentukan alasan-alasan yang mendasari diimplementasikannya ajaran perbuatan melawan hukum materil

¹⁷ Badan Pembinaan Hukum Nasional, *Pengkajian Hukum Tentang Asas-asas Pidana Indonesia dalam Perkembangan Masyarakat Masa Kini dan Mendatang*, Badan pembinaan Hukum Nasional, Departemen Hukum dan HAM RI, Jakarta, 2003, hlm.51

positif dalam kaitannya dengan unsur penyalahgunaan wewenang antara lain :

- a. Perbuatan pelaku yang tidak termasuk atau tidak memenuhi rumusan delik dipandang dari kepentingan hukum, ternyata menimbulkan kerugian yang jauh tidak seimbang bagi masyarakat atau negara dibandingkan dengan keuntungan yang disebabkan perbuatannya yang tidak melanggar peraturan perundang-undangan;
- b. Menimbulkan kerugian yang jauh tidak seimbang bagi masyarakat/negara adalah bahwa apabila seorang pegawai negeri dalam hal ini pejabat administrasi negara, meskipun tidak melakukan pelanggaran peraturan yang ada sanksi pidananya tetapi menerima fasilitas yang berlebihan serta keuntungan lainnya dari seseorang/badan/korporasi dengan maksud agar pejabat administrasi negara itu menggunakan kekuasaan atau wewenang yang melekat pada jabatannya secara berlebihan atau menyimpang.

Apabila melihat pada konteks penerimaan *judicial review* oleh MK terhadap penjelasan Pasal 2 ayat (1) UU Nomor 31 Tahun 1999 jo. UU Nomor 20 Tahun 2001, penerapan ajaran melawan sifat melawan hukum materil dalam fungsi positif sebagai dasar pemidanaan tentu tidak sejalan. Mengingat ajaran perbuatan melawan hukum materil dalam fungsi positif telah dianggap sebagai pelanggaran asas Legalitas sekaligus sebagai analogi hukum yang tidak dapat diterima dalam Hukum Pidana, maka Implementasi ajaran sifat melawan hukum materil dalam fungsi negatif yang mendapat toleransi dalam hukum pidana. Dalam hal ini penerapan ajaran melawan sifat hukum materil dalam fungsi negatif diposisikan sebagai alasan yang menghapuskan tindak pidana yang tidak tertulis dan dikategorikan sebagai alasan pembenar yang berada di luar Undang-Undang.

Dalam Teori Hukum Pidana, alasan-alasan yang menghapuskan pidana dibedakan menjadi:¹⁸

- a) Alasan Pembenar, yaitu alasan yang menghapus sifat melawan hukum perbuatan, sehingga apa yang dilakukan oleh terdakwa lalu menjadi patut dan benar;
- b) Alasan Pemaaf, yaitu alasan yang menghapuskan kesalahan terdakwa. Perbuatan yang dilakukan terdakwa tetap bersifat melawan hukum jadi tetap merupakan perbuatan pidana, tetapi tidak dapat dipidana, karena tidak ada kesalahan;
- c) Alasan Penghapus Penuntutan, disini soalnya bukan ada alasan pembenar maupun alasan pemaaf, jadi tidak ada pikiran mengenai sifatnya perbuatan maupun sifatnya orang yang melakukan perbuatan, tetapi pemerintah menganggap bahwa atas dasar utilitas atau kemanfaatannya kepada masyarakat, sebaiknya tidak diadakan penuntutan, yang menjadi pertimbangan disini adalah kepentingan umum. Kalau perkaranya tidak dituntut tentunya yang melakukan perbuatan tidak dapat dijatuhi pidana.

Oemar Seno Adji mengelompokkan alasan-alasan yang menghapuskan tindak pidana sebagai berikut:¹⁹

- a) Dasar alasan undang-undang yang tertulis sifatnya, artinya alasan-alasan untuk menghapuskan suatu tindak pidana itu memang ditentukan oleh undang-undang seperti misalnya dalam Pasal 44, Pasal 48-51 KUHP;
- b) Dasar alasan yang tidak tertulis sifatnya, artinya alasan-alasan untuk menghapuskan tindak pidana itu tidak ditentukan dalam Undang-Undang, tetapi didasarkan dari ilmu hukum/doktrin dan yang diterima oleh yurisprudensi.

Ukuran yang dapat digunakan administrasi negara dalam menggunakan wewenang dalam rangka mewujudkan suatu negara hukum tidak lain Asas-asas Umum Pemerintahan yang Baik sebagaimana dijelaskan dalam Pasal 10 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan adalah sebagai berikut :

- a. kepastian hukum;

¹⁸ Moeljatno, *Asas-Asas Hukum Pidana, edisi revisi*, Rineka Cipta, Jakarta, 2008, hlm.148

¹⁹ Oemar Seno Adji, *Hukum Pidana Pengembangan*, Cet. Pertama, Erlangga, Jakarta, 1985, hlm. 233-235

- b. kemanfaatan;
- c. ketidakberpihakan;
- d. kecermatan;
- e. tidak menyalahgunakan kewenangan;
- f. keterbukaan;
- g. kepentingan umum; dan
- h. pelayanan yang baik.

Secara tidak langsung penerapan ajaran sifat melawan hukum materil dalam fungsi yang negatif dengan pembatasan asas-asas pemerintahan yang baik dalam kaitannya dengan kewenangan diskresi oleh administrasi negara, mengalami pergeseran ekstensif. Oleh karena secara tidak langsung hal ini menawarkan suatu kriteria baru bagi alasan pembenar. Artinya sepanjang penggunaan kewenangan diskresi oleh administrasi negara tidak memperhatikan asas-asas umum pemerintahan yang baik (AAUPB), maka tidak dapat di terapkan ajaran sifat melawan hukum dalam fungsi negatif. kategori ini yang belum mewarnai putusan pengadilan dalam penanganan kasus korupsi, termasuk yang telah menjadi yurisprudensi.

B. Pertanggungjawaban pidana terhadap penggunaan Diskresi oleh pejabat publik

Setiap penggunaan wewenang oleh pejabat selalu disertai dengan tanggung jawab, sesuai dengan prinsip *yaknitidak ada kewenangan tanpa pertanggungjawabankarena* wewenang itu melekat pada jabatan.²⁰

Pertanggung jawaban pidana atau *criminal responsibility* menjurus kepada pemidanaan petindak dengan maksud menentukan apakah terdakwa atau tersangka dipertanggungjawabkan atas suatu tindakan pidana yang terjadi atau tidak. Untuk dapat dipidananya si pelaku, disyaratkan bahwa tindak pidana yang dilakukannya itu memenuhi unsur-unsur yang ditetapkan Undang-Undang. Seseorang akan dipertanggungjawabkan atas tindakan-tindakan tersebut, apabila tindakan tersebut melawan hukum serta tidak ada alasan pembenar atau peniadaan sifat melawan hukum untuk pidana yang dilakukannya.

Pertanggungjawaban dapat dibedakan menjadi 2 (dua), yaitu: (1) sebagai

tanggungjawab jabatan, dan (2) sebagai tanggungjawab pribadi.

Apabila perbuatan hukum seseorang untuk dan atas nama jabatan maka pertanggungjawabannya terletak pada jabatan. Jika ada ganti rugi atau denda, maka dibebankan pada APBN atau APBD. Sedangkan perbuatan seseorang dalam kapasitas selaku pribadi, maka konsekuensi dan pertanggungjawabannya terletak pada orang yang bersangkutan, tidak dapat dibebankan pada jabatan, tidak juga dibebankan pada APBN atau APBD ketika ada ganti rugi atau denda akibat kesalahan pribadi. Tanggung jawab pribadi berkaitan dengan maladministrasi dalam penggunaan wewenang maupun *public service*. Seorang pejabat yang melaksanakan tugas dan kewenangan jabatan atau membuat kebijakan akan dibebani tanggung jawab pribadi jika ia melakukan tindakan maladministrasi.²¹

Berdasarkan pasal 1 angka (3) UU No. 37 Tahun 2008 tentang Ombudsman Republik Indonesia, yang dimaksud Maladministrasi adalah “perilaku atau perbuatan melawan hukum, melampaui wewenang, menggunakan wewenang untuk tujuan lain dari yang menjadi tujuan wewenang tersebut, termasuk kelalaian atau pengabaian kewajiban hukum dalam penyelenggaraan pelayanan publik yang dilakukan oleh penyelenggara negara dan pemerintahan yang menimbulkan kerugian materiil dan/atau immaterial bagi masyarakat dan orang perseorangan”.

Secara ringkas dapat dikatakan bahwa setiap penyelenggaraan urusan pemerintahan yang didalamnya ada unsur maladministrasi dan merugikan warga negara, tanggung jawab dan tanggung gugatnya dibebankan kepada pribadi orang yang melakukan tindakan maladministrasi tersebut.

Dalam lapangan hukum administrasi, tidak semua administrasi atau jabatan yang menjalankan kewenangan pemerintah itu secara otomatis memikul tanggung jawab hukum, tergantung dengan cara apa jabatan itu memperoleh kewenangan. Jabatan yang menjalankan kewenangan atas dasar atribusi dan delegasi adalah sebagai pihak yang

²⁰ Ridwan, *Tiga Dimensi Hukum Administrasi dan Peradilan Administrasi*, Yogyakarta: FH UII Press, 2009, hlm. 51

²¹ Lutfil Ansori, “*Diskresi dan Pertanggung jawaban Pemerintah dalam Penyelenggaraan Pemerintah*”. *Jurnal Yuridis* Vol.2 No. 1 Juni 2015, Hlm. 11

memikul tanggung jawab hukum. Sedangkan yang menjalankan kewenangan atas dasar mandat bukan pihak yang memikul tanggung jawab hukum dan tanggung jawab dibebankan kepada pemberi mandat (*mandans*). Secara teoretik, pada atribusi dan delegasi itu terjadi peralihan wewenang dari *attribuans* dan *delegans* kepada *attributaris* dan *delegetaris*, sementara dalam hal mandat terjadi peralihan wewenang dari *mandans* kepada *mandataris*. Peralihan wewenang inilah yang menjadi dasar peralihan tanggungjawab sebagaimana prinsip diatas.²²

Dalam konsep hukum publik, pertanggungjawaban hukum itu berkaitan dengan penggunaan kewenangan yang tidak sesuai dengan norma hukum, baik dalam bentuk bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku, penyalahgunaan wewenang, nyata-nyata tidak masuk akal, maupun ada unsur sewenang-wenang yang mengakibatkan terlanggarnya hak-hak warga negara.

Pertanggungjawaban hukum pejabat yang menerbitkan keputusan diskresi harus dibedakan dari segi administrasi, perdata dan pidana. Dari segi administrasi, keputusan diskresi wajib dilaporkan secara tertulis kepada atasan langsung pejabat yang menerbitkan keputusan diskresi. Apabila menurut penilaian atasan pejabat yang menerbitkan keputusan diskresi, keputusan diskresi tersebut tidak dapat dibenarkan dari segi hukum dan dari segi kebijakan, maka atasan pejabat yang menerbitkan keputusan diskresi harus memerintahkan agar keputusan diskresi tersebut dicabut.

Keputusan diskresi yang menimbulkan akibat tindakan pidana, harus menjadi tanggung jawab Pejabat Administrasi Pemerintahan atau Badan yang bersangkutan dan Keputusan diskresi yang menimbulkan akibat pada kerugian perdata bagi perorangan, kelompok masyarakat, atau organisasi menjadi tanggung jawab Pejabat Pemerintah yang menetapkan keputusan diskresi serta keputusan diskresi yang diakibatkan oleh kelalaian Pejabat Administrasi Pemerintahan atau Badan, atau karena adanya kolusi, korupsi dan nepotisme, yang dapat merugikan keuangan negara/daerah dan atau

bertentangan dengan kebijakan negara, Pemerintah, dan Pemerintah Daerah atau dapat menguntungkan pihak ketiga, dan pihak lain menjadi tanggung jawab pribadi Pejabat Administrasi Pemerintahan yang tidak dapat dibebankan kepada negara baik perdata maupun pidana.

Untuk mengukur tindakan yang menyalahi wewenang diskresi dalam lapangan hukum administrasi negara adalah sebagai berikut:

1. Penyalahgunaan kewenangan untuk melakukan tindakan-tindakan yang bertentangan dengan kepentingan umum atau untuk menguntungkan kepentingan pribadi, kelompok atau golongan;
2. Penyalahgunaan kewenangan berupa penyimpangan dari tujuan umum;
3. Penyalahgunaan kewenangan untuk mencapai tujuan tertentu melalui penggunaan prosedur lain disamping itu dapat pula berupa:²³
4. Perbuatan yang tidak tepat, dalam hal terdapat beberapa opsi/pilihan tindakan; dan
5. Perbuatan yang tidak bermanfaat.

Terhadap tindakan/keputusan diskresi sebagaimana tersebut diatas yang menimbulkan kerugian perdata atau berakibat pada tindakan pidana serta melanggar batas-batas diskresi harus dinyatakan sebagai perbuatan melawan hukum yang dilakukan oleh pejabat administrasi pemerintahan (*onrechtmatige overheidsdaad*) yang dimuat di dalam amar putusan Pengadilan Tata Usaha Negara.

Sebagaimana disebutkan diatas, keputusan diskresi tidak dapat diuji secara hukum (*wetmatigheid*), pengujiannya lebih diarahkan kepada *doelmatigheid* dan karena itu batu ujinya adalah Asas-Asas Umum Pemerintah yang Baik (UU No. 30 Tahun 2014).

Apabila masyarakat merasa kepentingannya dirugikan oleh keputusan diskresi dapat mengajukan keberatan kepada pejabat yang menerbitkan keputusan diskresi. Terhadap keberatan masyarakat tersebut, pejabat yang menerbitkan keputusan diskresi tersebut wajib

23 Muchsin, "Fungsi, Tugas dan Wewenang Ombudsman menurut Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2008", *Varia Peradilan*, Mei 2009, hlm. 20

²² *Ibid.* hlm. 52

menjawabnya. Apabila masyarakat yang merasa kepentingannya dirugikan tersebut masih belum puas terhadap jawaban pejabat yang menerbitkan keputusan diskresi, maka dapat mengajukan banding administrasi kepada atasan langsung pejabat yang menerbitkan keputusan diskresi dan atasan langsung dari pejabat yang menerbitkan keputusan diskresi wajib pula menjawab atas banding administrasi tersebut. Upaya administrasi yang dapat ditempuh oleh masyarakat tersebut harus dicantumkan secara implisit di dalam keputusan diskresi. Apabila atasan langsung dari pejabat yang menerbitkan keputusan diskresi tersebut setuju dengan keberatan masyarakat, maka keputusan diskresi tersebut diperintahkan untuk dicabut, namun bila atasan langsung dari pejabat yang menerbitkan keputusan diskresi tersebut tidak setuju dengan keberatan masyarakat, maka masyarakat dapat mengajukan gugatan ke Pengadilan Tata Usaha Negara.

Selanjutnya, merujuk UU Administrasi Negara, lembaga yang berwenang menguji legalitas tindakan/keputusan diskresi adalah atasan langsung pejabat yang menerbitkan keputusan diskresi dan Pengadilan Tata Usaha Negara. Atasan langsung pejabat yang menerbitkan keputusan diskresi wajib menguji legalitas tindakan/keputusan diskresi meskipun tidak ada keberatan dan banding administrasi dari anggota masyarakat karena ada kewajiban melaporkan keputusan diskresi yang diterbitkan kepada atasan.

Sedangkan Pengadilan Tata Usaha Negara baru berwenang untuk menguji legalitas tindakan/keputusan diskresi apabila ada gugatan dan seluruh upaya administratif yang tersedia sudah ditempuh karena pada prinsipnya sebisa mungkin sengketa administrasi dapat diselesaikan oleh administrasi itu sendiri dan setelah seluruh upaya administrasi tidak berhasil, pengadilan sebagai benteng terakhir penegakan hukumlah yang akan memutuskannya. Meskipun upaya administratif sudah dilakukan, namun yang dijadikan sebagai obyek gugatan adalah tetap keputusan diskresi dan bukan jawaban atasan pejabat yang menerbitkan keputusan diskresi atas banding administrasi, karena apabila yang dijadikan obyek gugatan adalah jawaban atasan pejabat yang menerbitkan keputusan diskresi,

maka apabila gugatan dikabulkan dan Tergugat diwajibkan untuk mencabut keputusan obyek sengketa, maka yang dicabut adalah jawaban atasan pejabat yang menerbitkan keputusan diskresi dan bukan keputusan diskresi itu sendiri padahal yang dipersoalkan oleh masyarakat adalah keputusan diskresinya.

PENUTUP

A. Kesimpulan

1. Penerapan ajaran sifat melawan hukum materiil dalam fungsi negatif dikategorikan sebagai alasan pembenar yang berada diluar UU. Secara tidak langsung penerapan ajaran sifat melawan hukum materiil dalam fungsi yang negatif dengan pembatasan asas-asas pemerintahan yang baik dalam kaitannya dengan kewenangan diskresi oleh administrasi negara, mengalami pergeseran ekstensif. Hal tersebut secara tidak langsung menawarkan suatu kriteria baru bagi alasan pembenar. Artinya sepanjang penggunaan kewenangan diskresi oleh administrasi negara tidak memperhatikan asas-asas umum pemerintahan yang baik (AAUPB), maka tidak dapat di terapkan ajaran sifat melawan hukum dalam fungsi negatif.
2. Pertanggungjawaban dapat dibedakan menjadi 2 (dua), yaitu: (1) sebagai tanggungjawab jabatan, dan (2) sebagai tanggungjawab pribadi. Sebagai tanggungjawab jabatan apabila perbuatan hukum seseorang untuk dan atas nama jabatan yang di dalamnya tidak ada unsur maladministrasi. Sebagai tanggungjawab pribadi apabila berkaitan dengan maladministrasi dalam penggunaan wewenang maupun *public service*. Seorang pejabat yang melaksanakan tugas dan kewenangan jabatan atau membuat kebijakan akan dibebani tanggung jawab pribadi jika ia melakukan tindakan maladministrasi.

B. Saran

1. Meskipun adanya sifat melawan hukum yang implisit dan eksplisit dalam suatu pasal masih dalam perdebatan, tetapi tidak disangsikan lagi bahwa unsur ini merupakan unsur yang harus ada atau mutlak dalam suatu tindak pidana agar si

pelaku atau terdakwa dapat dilakukan penuntutan dan pembuktian di pengadilan. Untuk itu diharapkan adanya ketegasan menyangkut perbuatan melawan hukum di dalam hukum pidana termasuk perluasan asas legalitas yang terdapat di dalam faham hukum pidana.

2. Diharapkan pejabat pemerintah mampu mengetahui setiap resiko atas kebijakan yang diambilnya, khususnya dalam melakukan tindakan diskresi yang kini telah diatur lebih tegas dalam UU Administrasi Pemerintahan. Sehingga nantinya mampu mencermati yang mana tindakan yang patut dan sesuai dengan asas diskresi dan yang mana yang termasuk suatu perbuatan maladministrasi pemerintah serta memahami akibatnya bagi kepentingan masyarakat. Diharapkan pejabat pemerintah mampu mengetahui setiap resiko atas kebijakan yang di-ambilnya, khususnya dalam melakukan tindakan diskresi yang kini telah diatur lebih tegas dalam UU Administrasi Pemerintahan. Sehingga nantinya mampu mencermati yang mana tindakan yang patut dan sesuai dengan asas diskresi dan yang mana termasuk suatu perbuatan maladministrasi pemerintah serta memahami akibatnya bagi kepentingan masyarakat. Diharapkan pejabat pemerintah mampu mengetahui setiap resiko atas kebijakan yang diambilnya, khususnya dalam melakukan tindakan diskresi yang kini telah diatur lebih tegas dalam UU Administrasi Pemerintahan. Sehingga nantinya mampu mencermati yang mana tindakan yang patut dan sesuai dengan asas diskresi dan yang mana termasuk suatu perbuatan maladministrasi pemerintah serta memahami akibatnya bagi kepentingan masyarakat.

DAFTAR PUSTAKA

- Chairul Huda *"Dari Tiada Pidana Tanpa Kesalahan Menuju Kepada Tiada Pertanggungjawaban Pidana Tanpa Kesalahan"*, Kencana Prenada Media, Jakarta, 2006.
- H.A.Zainal Abidin Farid, *"Hukum Pidana"*, Sinar Grafika, Jakarta, 2007.
- Indriyanto Seno Adji, *Korupsi, Kebijakan Aparatur Negara dan Hukum Pidana*, Cv. Diadit Media, Jakarta, 2007.
- Wrijono Prodjodikoro, *Perbuatan Melawan Hukum*, Sumur Bandung, Bandung, 1990.
- Roeslan Saleh, *Sifat Melawan Hukum Dari Perbuatan Pidana*, Akasara Baru, Jakarta, 1987.
- Dwiyanto, (et al), *Reformasi Birokrasi Publik di Indonesia*, Gadjah Mada University Press, Yogyakarta 2006.
- Atmosudirdjo dan Prajudi, *Hukum Administrasi Negara*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1988.
- De smith S.A, *Constitutional and Administrative Law*, second edition, Penguin education, England, 1973.
- Juniarso Ridwan dan Achmad Sodik Sudrajat, *Hukum Administrasi Negara dan Kebijakan Pelayanan Publik*, Nuansa, Bandung, 2009.
- Hartanti Evi, *Pengertian Tindak Pidana Korupsi*, ed. kedua, Sinar Grafika, Jakarta, 2007.
- Kartini Kartono, *Patologi Sosial*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2003.
- Rohim, *Modus Operandi Tindak Pidana Korupsi*, Pena Multi Media, Jakarta, 2008.
- Jawade Hafidz Arsyad, *Korupsi dalam Perspektif HAN*, Sinar Grafika, Jakarta, 2017.
- Patiro Yopie, *Diskresi Pejabat Publik Dan Tindak Pidana Korupsi*, Keni Media, Jakarta 2012.
- Wirjono Prodjodikoro, *Perbuatan Melanggar Hukum Dipandang Dari sudut Hukum Perdata*, Mandar Maju, Bandung, 2020.
- A.D.Belifante, *Pokok-pokok Hukum*, Terj.Boerhanoeddin Soetan Batoeah, Binacipta, Bandung, 1983.
- Sjachran Basah; *Eksistensi dan Tolak Ukur Badan Peradilan Administrasi di Indonesia*, Alumni, Bandung, 1985.
- Oemar Seno Adji, *Hukum Pidana Pengembangan*, Cet. Pertama, Erlangga, Jakarta, 1985.
- Oemar Seno Adji *"Etika Profesional dan Hukum Pertanggungjawaban Pidana Dokter"*, Penerbit: Erlangga, Jakarta, 1991.
- Komarlah Emong Sapardjaja, *Ajaran Sifat Melawan Hukum Materil Dalam Hukum Pidana Indonesia*, studi kasus tentang penerapan dan perkembangannya dalam yurisprudensi, Alumni, Bandung, 2002.

Jurnal :

Benny Irawan, *Diskresi sebagai Tindak Pidana Korupsi: Kajian Kriminologi dan Hukum terhadap Fenomena Pejabat Otoritas*, (Mimbar, Vol. XXVII, No.2, 2011).