

Penanggung Jawab
Dian Rosita

Dewan Redaksi

Arsil
Nur Syarifah
Yura Pratama

Redaksi Pelaksana

Ariehta Eleison Sembiring

Desain Sampul

Yura Pratama
Sarah Dwita

Percetakan

Bina Karya

Alamat Redaksi

LeIP
Puri Imperium
Office Plaza,
Ground Floor,
Unit G1A,
Jalan Kuningan Madya
Kav 5-6, Kuningan,
Jakarta, 12980.
Phone (021) 83791616.
ISSN: 1412 - 7059

LeIP merupakan organisasi non-pemerintah yang sejak awal memposisikan diri mendorong independensi peradilan secara sistematis dan terus menerus melalui kerja-kerja di bidang kajian, pengembangan opini dan edukasi publik serta advokasi.

Daftar Isi

Editorial	2
------------------	----------

Kajian dan Anotasi Putusan 1

Telaah Kritis Pertimbangan Mahkamah Agung Mengenai Perbuatan Melawan Hukum	3
--	----------

Kajian dan Anotasi Putusan 2

Hukuman Berbeda atas PMH Materil yang Serupa	17
--	-----------

Opini

Kekaguman dan Kritik atas Pemikiran Satjipto Rahardjo	27
---	-----------

Inforial

Penalaran dan Penemuan Hukum	32
------------------------------	-----------

Biodata Anotator dan Penulis

34

Dictum diterbitkan sebagai alat kontrol publik atas putusan-putusan pengadilan dan untuk memperkaya perkembangan serta diskursus ilmu hukum secara umum. Redaksi menerima naskah kajian atas putusan pengadilan yang belum pernah diterbitkan media lain. Naskah ditulis di atas kertas A4, 1 spasi, 15 halaman disertai catatan kaki dan daftar pustaka. Naskah dikirim melalui e-mail : office@leip.or.id. Redaksi berwenang mengedit naskah tanpa merubah substansi. Naskah terpilih akan mendapatkan honor dari redaksi.

Editorial

Perbuatan Melawan Hukum tiada henti menjadi perbincangan dan kajian para *law scholar* di negeri ini. Mulai dari aspek perbedaan antara Perbuatan Melawan Hukum (PMH) dalam kajian Hukum Perdata dan kajian Hukum Pidana, polemik putusan Mahkamah Agung pascaputusan Mahkamah Konstitusi Nomor 003/PUU-IV/2006 yang menyatakan Pasal 2 ayat (1) UU No. 31 Tahun 1999 tidak memiliki kekuatan hukum tetap, hingga persoalan PMH Materil dan Formil.

Jurnal Dictum edisi kali ini mengambil tema kajian Perbuatan Melawan Hukum dalam Kajian Pidana. Putusan yang dipilih untuk jadi objek kajian merupakan putusan Mahkamah Agung (MA) yang menarik sekaligus memiliki nilai polemik di dalamnya. Pada Putusan pertama yang dikaji ialah Putusan Nomor 2608K/Pid/2006. Putusan tersebut dikaji oleh Prof. Dr. Eddy O.S Hiariej, S.H, M.H, Guru Besar Hukum Pidana Universitas Gadjah Mada. Putusan ini menarik karena pada bagian Pertimbangan dinyatakan MA tetap menafsirkan unsure melawan hukum dalam pengertian formil dan materil, meski putusan MK telah menyatakan sifat melawan hukum materil sudah tidak dapat lagi menjadi unsur pidana karena telah dinyatakan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat.

Pada putusan kedua, Putusan Nomor 2K /PID.SUS/2010 dan Putusan Nomor 2088 K/Pid. Sus/2012, akan dikaji oleh Nanda Tanjung S.H, Kepala Operasional YLBHI-LBH Semarang. Kedua putusan ini menarik karena kedua putusan ini bersubstansi serupa namun dengan penghukuman yang berbeda. Selain itu, pada putusan kedua, anomali terjadi ketika hakim menyatakan perbuatan terdakwa bukan merupakan korupsi dan dilakukan untuk menangani keadaan darurat, namun faktanya, terdakwa pada putusan kedua tetap dihukum.

Selain tulisan dari kedua anotorator itu, dimuat juga Opini dari Ariehta Eleison Sembiring (Peneliti LeIP), yang menulis tentang pemikiran Satjipto Rahardjo dan kritik kecil terhadap pemikiran beliau. Dimuat juga Inforial yang ditulis oleh Alfeus Jebabun (Peneliti LeIP) mengenai Diskusi bertema Penalaran dan Penemuan Hukum yang diadakan oleh LeIP dengan mengundang pembicara Dr. Sidharta, pakar Filsafat Hukum.

Akhir kata, kepada pembaca diucapkan selamat membaca.

Dewan Redaksi

Kajian dan Anotasi atas Putusan 1

Telaah Kritis Pertimbangan Mahkamah Agung Mengenai Perbuatan Melawan Hukum (Studi Putusan MA No. Putusan MA No. 2608 K/ PID/2006 dan 334 K/PID.SUS/2009)¹

Oleh: Eddy O.S. Hiariej²

“..... Di samping lapangan formil, kita harus meninjau pula lapangan materiil, sehingga dari perpaduan antara dua segi ini, tertentulah isi atau makna perbuatan pidana..... tinjauan dari segi formil ini perlu, berhubungan dengan asas legalitet..... tinjauan dari segi materiil sebaliknya, diperlukan, oleh karena baru dengan adanya ini, aturan-aturan hukum mempunyai isi atau mendapat arti, dan bukan suatu pengertian dalam lisan atau tulisan belaka. Yang kami maksudkan di sini, adalah segi pergaulan masyarakat, dalam mana, atau untuk siapa, aturan-aturan hukum itu berlaku....”³

Pengantar

Mengawali tulisan ini, penulis mengutip pernyataan Moeljatno yang pada intinya menyatakan bahwa dalam lapangan hukum pidana, sifat melawan hukum sebagai unsur mutlak perbuatan pidana, ada yang bersifat formal dan ada yang bersifat material. Hal ini penting ditegaskan, karena tulisan ini akan membahas penerapan pengertian perbuatan melawan hukum oleh Mahkamah Agung terkait dengan Putusan Mahkamah Konstitusi 003/PUU-IV/2006 Tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 sebagaimana yang telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 Tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, yang mana Putusan tersebut menyatakan bahwa Penjelasan Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (UU PTPK) tidak mengikat secara hukum.

Tulisan berikut ini mencoba melakukan telaah kritis terhadap dasar pertimbangan putusan MK dan penafsiran Mahkamah Agung mengenai perbuatan melawan hukum dan juga mencoba memberi masukan bagaimana seharusnya Mahkamah Agung menerapkannya dalam pertimbangan putusan.

1 Tulisan ini merupakan pengembangan dari tulisan Penulis dengan judul “Telaah Kritis Putusan Mahkamah Konstitusi Dan Dampaknya Terhadap Pemberantasan Korupsi”, *Mimbar Hukum*, Fakultas Hukum UGM Volume 18. Nomor 3, Oktober 2006.

2 Guru Besar Hukum Pidana Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada

3 Moeljatno, *Perbuatan Pidana Dan Pertanggungjawab Dalam Hukum Pidana*, Pidato Diesnatalis Ke IV Universitas Gadjah Mada, Sitihiinggil Yogyakarta, 19 Desember 1955.

Sifat Melawan Hukum⁴

Salah satu elemen dari perbuatan pidana adalah frasa “melawan hukum”. Dalam hukum pidana, istilah “melawan hukum” adalah frasa yang dapat dilihat dari berbagai ajaran. Apakah melawan hukum dalam artian “elemen melawan hukum” atautkah melawan hukum dalam artian “pengertian melawan hukum” atautkah melawan hukum dalam artian “sifat melawan hukum”. Telaah terhadap berbagai ajaran melawan hukum tersebut seolah-olah serupa tetapi tidak sama. Dari segi “Elemen melawan Hukum” masih terdapat tiga pandangan, masing-masing adalah pandangan formal, pandangan materiil dan pandangan tengah.

Sifat melawan hukum umum diartikan sebagai syarat umum dapat dipidananya suatu perbuatan sebagaimana definisi perbuatan pidana oleh Ch.J. Enschede sebagai, “een menselijke gedraging die valt binnen de grenzen van delictsomschrijving, wederrechtelijk is en aan schuld te wijten”

Tulisan ini akan dimulai dari teori mengenai ‘sifat melawan hukum’. Mengapa hal ini begitu sangat penting untuk selalu dijelaskan? Karena setiap delik/tindak pidana memiliki *wederrechtelijkheid*. Undang-undang yang memuat larangan atau perintah membuat sanksi sebagai akibat tidak dipatuhinya larangan atau perintah tersebut. Salah satu unsur perintah atau larangan itu adalah *wederrechtelijkheid*. Jika unsur *wederrechtelijkheid* tidak terbukti, sifat dapat dihukum menjadi hapus⁵. Dalam hukum pidana istilah “sifat melawan hukum” adalah satu frase yang memiliki 4 makna. Keempat makna tersebut adalah sifat melawan hukum umum, sifat melawan hukum khusus, sifat melawan hukum formal dan sifat melawan hukum materiil⁶.

Sifat melawan hukum umum diartikan sebagai syarat umum dapat dipidananya suatu perbuatan sebagaimana definisi perbuatan pidana oleh Ch.J. Enschede sebagai, “*een menselijke gedraging die valt binnen de grenzen van delictsomschrijving, wederrechtelijk is en aan schuld te wijten*” (perbuatan pidana adalah suatu perbuatan manusia yang termasuk dalam rumusan delik, melawan hukum, dan kesalahan yang dapat dicelakan padanya)⁷.

Sedangkan Pompe mendefinisikan perbuatan pidana secara teoritis sebagai suatu kelakuan yang bertentangan dengan hukum (*onrechtmatig of wederrechtelijk*), yang diadakan karena pelanggaran bersalah (*aan schuld van de overtreder te wijten*) dan yang dapat dihukum (*strafbaar*)⁸. Dan Moeljatno memberikan pengertian dengan suatu perbuatan yang melanggar perintah yang telah melarang perbuatan tersebut (perbuatan tersebut bersifat melawan hukum), yang mana ada ancaman

4 Intisari tulisan perihal sifat melawan hukum ini dimuat dalam Eddy O.S Hiariej, *Memahami Sifat Melawan Hukum*, KOMPAS, 3 Agustus 2006, hlm. 6

5 Leden Marpaung, 2012, *Asas-Teori-Praktek Hukum Pidana*, Cetakan ketujuh, Sinar Grafika, Jakarta, hlm. 56.

6 Schaffmeister, Keijzer, Sutorius, 1995, *Hukum Pidana*, diterjemahkan oleh Sahetapy, Liberty, hlm.39.

7 Enschede, 2002, *Beginnselen van Strafrecht*, Kluwer, Deventer, hlm. 156. bandingkan pula dengan Komariah Emong Sapardjaja, 2002, *Ajaran Sifat melawan Hukum Material Dalam Hukum Pidana Indonesia*, Penerbit Alumni, Bandung, hlm. 23.

8 Utrecht, 1960. *Hukum Pidana I*, Penerbitan Universitas, Bandung, hlm.252.

sanksi atas perbuatan yang melanggar larangan tersebut⁹, dan perbuatan tersebut memenuhi unsur delik, serta merupakan perbuatan tercela, sehingga dapat dipertanggungjawabkan secara pidana. Penyebutan perbuatan atau tindak pidana ini banyak dipersamakan oleh ahli-ahli pidana Indonesia merupakan padanan kata dari bahasa Belanda yang disebut dengan *strafbaar feit*. Simons mengartikannya sebagai suatu perbuatan/*handeling* yang diancam dengan pidana, yang bersifat melawan hukum, yang berhubungan dengan kesalahan dan yang dilakukan oleh orang yang mampu bertanggung jawab¹⁰.

Dalam tataran teori, ajaran dari Schaffmeister, Sutorius, dan Keijzer, mengajarkan bahwa untuk menentukan suatu perbuatan itu apakah merupakan suatu perbuatan pidana ataukah bukan harus berdasarkan syarat minimal untuk suatu perbuatan dapat dipidana, yaitu: *Pertama*, harus dengan memenuhi secara keseluruhan *bestandeel delict* (unsur-unsur delik). Artinya, *bestandeel delict* itu bersifat kumulatif, jadi rumusan delik itu menunjukkan apa yang harus dibuktikan menurut hukum, dan semua yang tercantum dalam rumusan delik harus dibuktikan menurut hukum acara pidana. *Kedua*, perbuatan tersebut merupakan suatu perbuatan yang bersifat melawan hukum, hal ini senada dengan teori yang dikemukakan oleh Vosyang menganut pendirian materiil¹¹. *Ketiga*, perbuatan tersebut merupakan suatu perbuatan tercela, artinya perbuatan tersebut dianggap sebagai suatu perbuatan yang tidak patut/pantas dan harus diberikan sanksi. Syarat yang *pertama* tersebut disebut juga dengan unsur-unsur delik tertulis atau persyaratan tertulis untuk dapat dipidananya suatu perbuatan. Sedangkan syarat *kedua* dan *ketiga* merupakan syarat umum untuk dapat dipidananya suatu perbuatan meskipun tidak disebutkan dalam rumusan delik secara tertulis, sehingga disebut juga dengan unsur di luar undang-undang. Adapun Rummelink, mensyaratkan secara umum untuk dapat mempidanakan suatu perbuatan adalah : *Pertama*, perbuatan tersebut bersifat melawan hukum (*wederrechtelijkeid*). *Kedua*, ada 'kesalahan' (*schuld*) secara pidana dalam perbuatan yang dilakukan subjek hukum tersebut, baik kesalahan sebagai kesengajaan (*dolus*), maupun kesalahan sebagai kealpaan (*culpa*). *Ketiga*, subjek hukum yang melanggar tersebut harus mampu bertanggung jawab menurut hukum pidana (*toerekeningsvatbaarheid*)¹².

Sifat melawan hukum khusus, biasanya kata "melawan hukum" dicantumkan dalam rumusan delik. Dengan demikian sifat melawan hukum merupakan syarat tertulis untuk dapat dipidananya suatu perbuatan. Sebenarnya penyebutan kata "melawan hukum" secara eksplisit dalam rumusan delik merujuk pada ilmu hukum Jerman yang diajarkan sejumlah pakar antara lain, Zevenbergen dan pengikutnya di Belanda, Simons. Menurut pandangan ini, melawan hukum hanya merupakan unsur delik sepanjang disebutkan dengan tegas dalam peraturan perundang-undangan. Bersama-sama dengan Pompe, Simons merupakan perwakilan dari Pandangan Formil dalam memandang mengenai "elemen melawan hukum".

9 Moeljatno, 2002, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Cetakan Ketujuh, PT. Rineka Cipta, Jakarta, hlm. 54.

10 *Ibid.*, hlm. 56.

11 *Ibid.*, hlm. 130-131.

12 Jan Rummelink, 2003, *Hukum Pidana; Komentar atas Pasal-Pasal Terpenting dari Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Belanda dan Padanannya dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Indonesia*, Cetakan Pertama, PT. Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, hlm. 86.

Berbeda dengan pandangan sebagian besar ilmuwan hukum pidana Belanda yang berangkat dari anggapan bahwa siapa yang melakukan suatu perbuatan perundang-undangan pidana berarti ia melakukan tindak pidana dan dengan demikian bertindak secara melawan hukum¹³. Dengan kata lain, kendatipun kata "melawan hukum" tidak disebutkan dalam rumusan delik, maka secara diam-diam sifat melawan hukum tersebut telah ada dalam suatu delik¹⁴. Lebih tegasnya lagi dinyatakan oleh Hazewinkel Suringa, "*De wederrechtelijkeheid is slecht daar, waar de wet haar noemt, element en verder alleen maar het kenmerk van ieder delict*" (melawan hukum merupakan unsur mutlak jika disebutkan dengan tegas dalam undang-undang, jika tidak maka sifat melawan hukum adalah sebagai ciri suatu peristiwa pidana)¹⁵. Suringa merupakan ahli pidana yang mengambil pandangan tengah mengenai elemen melawan hukum.

Oleh karena itu ada yang berpendapat agar kata "melawan hukum" tidak perlu dicantumkan. Sebab jika dicantumkan, maka jaksa harus membuktikan sifat melawan hukum tersebut dalam dakwaannya. Perihal tidak perlunya pencantuman kata "melawan hukum" dalam rumusan delik secara tegas dikatakan oleh van Hamel, "*De onrechtmatigheid van het delict is een der bestanddeelen van het algemeen begrip.... De strafwetgever stelt dit bestanddeel meestal niet, maar hij veronderstelt het altijd...*"¹⁶. Senada dengan Hamel adalah Schaffmeister yang menyatakan, "*Daarom hoefde de wetgever in zijn visie niet steeds de wederrechtelijkeheid en de verwijtbaarheid in de wetteksten te nemen : het zijn algemene voorwaarden van strafbaarheid...*"¹⁷.

Selanjutnya, Sifat melawan hukum formal mengandung arti semua bagian (unsur-unsur) dari rumusan delik telah dipenuhi. Sedangkan sifat melawan hukum material terdapat dua pandangan. *Pertama*, sifat melawan hukum material dilihat dari sudut perbuatannya. Hal ini mengandung arti perbuatan yang melanggar atau membahayakan kepentingan hukum yang hendak dilindungi oleh pembuat undang-undang dalam rumusan delik tertentu. *Kedua*, sifat melawan hukum material dilihat dari sudut sumber hukumnya. Hal ini mengandung makna bertentangan dengan hukum tidak tertulis atau hukum yang hidup dalam masyarakat, asas-asas kepatutan atau nilai-nilai keadilan dan kehidupan sosial dalam masyarakat¹⁸.

Sifat melawan hukum material dalam hukum pidana ini sebenarnya berasal dari Jerman dengan salah satu ilmunya adalah Von Liszt. Secara tegas Von Liszt menyatakan bahwa setiap perbuatan yang anti-sosial adalah *wederrechtelijk*¹⁹. Perkembangan selanjutnya, sifat melawan

13 Ibid., hlm. 192.

14 Utrecht, *Op. Cit.* hlm. 274

15 Hazewinkel Suringa, 1968, *Inleiding Tot De Studie van het Nederland Strafrecht*, H.D.-T.W & Zoon N.V. Haarlem, hlm. 128. Bandingkan juga dengan Utrecht, Ibid, hlm. 268.

16 Sifat melawan hukum dari suatu perbuatan pidana adalah bagian dari suatu pengertian yang umum.... Pembuat undang-undang tidak pernah menyatakan bagian ini tetapi selalu merupakan dugaan. Lihat Komariah Emong Sapardjaja, *Ibid*, hlm. 23.

17 Karena itu pembuat undang-undang menurut pendapatnya, tidak perlu selalu mencantumkan sifat melawan hukum dan kesalahan dalam teks undang-undang : hal itu merupakan syarat umum bagi sifat dapat dipidanya suatu perbuatan. *Ibid*, hlm. 24

18 Barda Nawawi Arief, 2005, *Masalah Kodifikasi, Unifikasi Dan Konsep Ajaran Sifat Melawan Hukum Material Dalam RUU KUHP*, Focus Group Discussion terhadap RUU KUHP, Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia, Yogyakarta, 25 Juni 2005, hlm. 8.

19 Utrecht, *Ibid*, hlm. 270.

hukum material ini masih dibagi lagi menjadi sifat melawan hukum material dalam fungsinya yang negatif dan sifat melawan hukum material dalam fungsinya yang positif.

Sifat melawan hukum material dalam fungsinya yang negatif berarti meskipun perbuatan memenuhi unsur delik tetapi tidak bertentangan dengan rasa keadilan masyarakat, maka perbuatan tersebut tidak dipidana. Sedangkan sifat melawan hukum material dalam fungsinya yang positif, mengandung arti bahwa meskipun perbuatan tersebut tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan, namun jika perbuatan tersebut dianggap tercela karena tidak sesuai dengan rasa keadilan atau norma-norma kehidupan sosial dalam masyarakat, maka perbuatan tersebut dapat dipidana.

Apabila kita mengkaji Pasal 2 ayat (1) undang-undang pemberantasan tindak pidana korupsi berikut penjelasannya, secara jelas terlihat bahwa sifat melawan hukum dalam undang-undang tersebut mengandung keempat makna yang telah diuraikan di atas. Sifat melawan hukum umum dan sifat melawan hukum formal telah melekat dengan sendirinya, mengingat korupsi adalah perbuatan pidana. Sementara sifat melawan hukum khusus tergambar dari kata-kata “melawan hukum” yang ada dalam rumusan delik. Sedangkan sifat melawan hukum material secara eksplisit dicantumkan dalam penjelasan.

Anotasi Terhadap Dasar Pertimbangan Mahkamah Konstitusi

Berdasarkan pemahaman terhadap sifat melawan hukum secara *kaufaab* sebagaimana telah diuraikan di atas, kiranya penulis merasa perlu untuk memberikan anotasi terhadap dasar pertimbangan Mahkamah Konstitusi sebagai berikut: *Pertama, dasar pertimbangan Mahkamah Konstitusi yang menyatakan bahwa pembuat undang-undang pemberantasan tindak pidana korupsi sesungguhnya bukan hanya menjelaskan Pasal 2 ayat (1) tentang unsur melawan hukum, melainkan telah melahirkan norma baru yang memuat digunakannya ukuran-ukuran yang tidak tertulis dalam undang-undang secara formal untuk menentukan perbuatan yang dapat dipidana.*

Pertimbangan tersebut adalah keliru, justru Penjelasan Pasal 2 ayat (1) menegaskan sikap batin pembentuk undang-undang, bahwa sifat melawan hukum yang dimaksud dalam undang-undang tersebut tidak hanya sifat melawan hukum formal tetapi juga sifat melawan hukum material baik dari sudut pandang perbuatannya maupun dari sudut pandang sumber hukumnya. Sifat melawan hukum material dari sudut pandang perbuatannya yaitu kepentingan hukum yang hendak dilindungi oleh pembuat undang-undang adalah keuangan dan perekonomian negara. Sedangkan sifat melawan hukum material sudut pandang sumber hukumnya yaitu perbuatan bertentangan dengan hukum tidak tertulis atau hukum yang hidup dalam masyarakat, asas-asas kepatutan atau nilai-nilai keadilan dan kehidupan sosial dalam masyarakat.

dasar pertimbangan Mahkamah Konstitusi yang menyatakan bahwa pembuat undang-undang pemberantasan tindak pidana korupsi sesungguhnya bukan hanya menjelaskan Pasal 2 ayat (1) tentang unsur melawan hukum, melainkan telah melahirkan norma baru

Kalaupun kata "melawan hukum" tidak dijelaskan secara eksplisit seperti yang terdapat dalam Pasal 2 ayat (1), maka secara implisit harus ditafsirkan bahwa kata "melawan hukum" yang dimaksud tidak hanya melawan hukum formal tetapi juga melawan hukum material. Vos – ilmuwan hukum pidana yang mengajarkan sifat melawan hukum material – secara tegas menyatakan bahwa melawan hukum sebagai unsur konstitutif setiap perbuatan pidana, tidak hanya melawan hukum tertulis tetapi juga melawan hukum tidak tertulis dalam masyarakat²⁰. Vos memformulir perbuatan yang bersifat melawan hukum sebagai perbuatan yang oleh masyarakat tidak dibolehkan²¹. Bersama dengan Vos, Moelajtno juga merupakan para ahli yang berpandangan secara materiil terhadap elemen melawan hukum. Pendapat Vos tersebut juga diperkuat oleh Enschede yang menyatakan bahwa melawan hukum termasuk juga di dalamnya adalah norma dalam masyarakat²².

Senada dengan Vos dan Enschede adalah van Hattum yang menyatakan bahwa dalam sejarah pembentukan *Wetboek van Strafrecht* di *Tweede Kamer* (parlemen) Belanda sebagaimana diuraikan dalam *Memorie van Toelichting*, tidak ada bukti bahwa arti melawan hukum hanya terbatas pada bertentangan dengan hukum tertulis²³. Demikian pula Pompe yang menyatakan *Wederrechtelijk betekent : in strijd met het recht, hetgeen ruimer is dan in strijd met de wet. Behalve wettelijke voorschriften kunnen hier ongegeschreven regelen in aanmerking komen* (melawan hukum berarti bertentangan dengan hukum, baik hukum yang tertulis maupun yang tidak tertulis)²⁴.

Kedua, dasar pertimbangan Mahkamah Konstitusi yang menyatakan perbuatan yang demikian telah menyebabkan kriteria perbuatan melawan hukum (Pasal 1365 KUHPerdara) yang dikenal dalam hukum perdata (*onrechtmatige daad*), seolah-olah telah diterima menjadi satu ukuran melawan hukum dalam hukum pidana (*wederrechtelijkheid*).

Berdasarkan dasar pertimbangan tersebut, hemat penulis, Mahkamah Konstitusi tidak membaca sejarah secara utuh, arti dari kata melawan hukum. Sesungguhnya – menurut van Bemmelen – tidak ada perbedaan antara arti melawan hukum dalam hukum pidana dengan arti melawan hukum di bidang perdata²⁵. Pendapat van Bemmelen ini diperkuat oleh Pompe ketika menyatakan bahwa sifat melawan hukum tidak hanya menyangkut hukum tertulis tetapi juga hukum tidak tertulis.

Pompe menyatakan bahwa arti *wederrechtelijk* (sifat melawan hukum dalam hukum pidana) sesuai dengan arti *onrechtmatige daad* (perbuatan melanggar hukum dalam hukum perdata) dengan merujuk pada putusan *Hoge Raad*, 31 Januari 1919. Menurut putusan *Hoge Raad* yang dimaksud dengan perbuatan melanggar hukum (*onrechtmatige daad*) ialah melakukan atau tidak melakukan suatu perbuatan yang (a) melanggar hak orang lain, (b) bertentangan dengan kewajiban hukum yang melakukan perbuatan tersebut dan yang (c) bertentangan dengan kesucilaan, serta asas-asas pergaulan dalam masyarakat²⁶.

20 Utrecht, *Op. Cit.*, hlm. 269.

21 Moeljatno, *Asas-Asas ...*, *Op. Cit.*, hlm. 131.

22 Enschede, *Op. Cit.*, hlm. 157

23 Utrecht, *Op. Cit.*, hlm. 271.

24 *Ibid*, 272.

25 Komariah, *Op. Cit.*, hlm. 33

26 Utrecht, *Op. Cit.*, hlm. 272. Bandingkan dengan Munir Fuady, 2010, *Perbuatan Melawan Hukum (Pendekatan*

Komariah Emong Sapardjaja dalam disertasinya secara gamblang menjelaskan arti melawan hukum dalam hukum perdata dengan menyandingkan ketentuan Pasal 1382 *Code Civil* Perancis, Pasal 1401 *Burgelijk Wetboek* Belanda dan Pasal 1365 KUHPerdata Indonesia. Secara tegas Pasal 1382 *Code Civil* Perancis menyatakan "*tout fait quelconque de L'homme, qui cause un dommage, oblige celui pa la faute duquel il est arrive, a le reparer*". Sementara dalam Pasal 1401 *Burgelijk Wetboek* Belanda menyebutkan "*Elke onrechtmatige daad, waardoor aan een ander schade wordt toegebracht, stelt dengene door wiens schuld die schade veroorzaakt is in de verplichting om dezelfde te goeden*". Sedangkan Pasal 1365 KUHPerdata Indonesia berbunyi, "*Tiap perbuatan melanggar hukum, yang membawa kerugian kepada orang lain, mewajibkan orang yang karena salahnya menerbitkan kerugian itu, mengganti kerugian tersebut*".

Dengan menyandingkan ketiga ketentuan tersebut terlihat langsung bahwa teks Belanda berisikan ketentuan *onrechtmatige daad* yang tidak ada dalam Pasal 1382 *Code Civil* Perancis. Dengan kata lain, pembentuk undang-undang di Belanda lah yang sengaja merubah perkataan "... *tout fait quelconque de l'homme...*" yang sama artinya dengan *wederrechtelijk* dengan perkataan *onrechtmatig*, untuk menegaskan bahwa tidak setiap perbuatan yang mengakibatkan kerugian kepada seseorang adalah melawan hukum. Komariah kemudian mengutip pendapat Hoffman yang menyatakan unsur dari perbuatan melawan hukum (*onrechtmatige daad*) adalah harus ada yang melakukan perbuatan, bersifat melawan hukum, menimbulkan kerugian dan adanya kesalahan yang dapat dicitakan²⁷.

Bandingkan pengertian *onrechtmatige daad* dengan definisi *wederechtelijk* sebagai unsur mutlak setiap perbuatan pidana yang diartikan oleh Vos sebagai *formeele wederrechtelijkeheid* yaitu perbuatan yang bertentangan dengan hukum positif dan *materiele wederrechtelijkeheid* yaitu perbuatan yang bertentangan dengan asas-asas umum atau norma hukum yang tidak tertulis²⁸. Bandingkan pula dengan pandangan perbuatan pidana dari Pompe yang membagi ke dalam dua pandangan. Pandangan pertama yakni pandangan teoretis dari perbuatan pidana sebagai kelakuan yang bertentangan dengan hukum (*wederrechtelijk* atau *onrechtmatig*) yang diadakan karena pelanggar bersalah dan diberi hukuman untuk mempertahankan tata hukum dan menyelamatkan kesejahteraan umum. Sedangkan pandangan kedua, yaitu pandangan hukum positif dari perbuatan pidana adalah perbuatan yang oleh undang-undang ditentukan sebagai suatu perbuatan yang menyebabkan dijatuhkan hukuman²⁹.

Dalam konteks undang-undang pemberantasan tidak pidana korupsi sebenarnya terlihat jelas bahwa melawan hukum dalam hukum pidana (*wederrechtelijk*) dengan melawan hukum dalam hukum perdata (*onrechtmatige*) tidak memiliki perbedaan. Hal ini dindikasikan dengan adanya ketentuan Pasal 33 Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 sebagaimana yang telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 Tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi yang menyatakan, "*Dalam hal tersangka meninggal dunia pada saat dilakukan penyidikan, sedangkan secara nyata telah ada kerugian keuangan negara, maka penyidik segera menyerahkan berkas perkara hasil penyidikan kepada Jaksa Pengacara Negara atau diserahkan kepada instansi yang*

Kontemporer), Cetakan III, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm. 6-9.

27 Komariah, *Op. Cit.*, hlm. 33 – 36.

28 Bambang Poernomo, 1983, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Ghalia Indonesia, hlm. 115.

29 Utrecht, *Op. Cit.*, hlm. 253-254

dirugikan untuk dilakukan gugatan perdata terhadap ahli warisnya". Sudah barang tentu pasal yang akan digunakan dalam KUHPerdara adalah Pasal 1365 perihal *onrechtmatige daad* atau perbuatan melawan hukum.

Ketiga, dasar pertimbangan Mahkamah Konstitusi yang menyatakan Pasal 28D ayat (1) UUD mengakui dan melindungi hak konstitusional warga negara untuk memperoleh jaminan dan perlindungan hukum yang pasti. Dalam bidang hukum pidana, hal ini diterjemahkan sebagai asas legalitas. 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.

Terhadap pertimbangan tersebut, hemat penulis, Mahkamah Konstitusi berpegang teguh pada asas legalitas yang lahir dari aliran klasik dalam hukum pidana dengan tujuan untuk melindungi kepentingan individu. Padahal, dalam hukum pidana, kejahatan yang berakibat terhadap keamanan dan kesejahteraan masyarakat sebagai wujud nyata aliran modern dalam hukum pidana yakni untuk melindungi masyarakat, asas legalitas tidak berlaku mutlak.

Pada dasarnya asas legalitas yang dikemukakan oleh Anselm von Feuerbach adalah untuk menghindari kesewenang-wenangan penguasa terhadap warga negaranya. Oleh karena itu asas tersebut mempunyai dua fungsi yaitu fungsi melindungi dan fungsi instrumentasi. Fungsi melindungi artinya undang-undang pidana melindungi rakyat terhadap kekuasaan yang tanpa batas dari pemerintah. Sedangkan fungsi instrumenasi artinya di dalam batas-batas yang ditentukan undang-undang, pelaksanaan kekuasaan oleh pemerintah tegas-tegas diperbolehkan³⁰.

Sebenarnya pemberlakuan surut hukum pidana dapat dibenarkan apabila kepentingan yang hendak dilindungi lebih besar bila dibandingkan dengan pelanggaran terhadap asas legalitas itu sendiri. Hal yang sama pernah dilakukan di Jerman yang *notabene* asas tersebut diciptakan oleh pakar hukum pidana Jerman sendiri yakni dalam kasus *Marines van de Lubbe*. Pada tanggal 31 Januari 1933, *Marines van de Lubbe* dan teman-temannya membakar *Reichstagsgebouw* (Gedung Walikota) di Berlin. Pemerintah Jerman kemudian mengeluarkan Undang-Undang 29 Maret 1933 yang memuat ketentuan bahwa undang-undang tersebut berlaku surut sampai tanggal 31 Januari 1933, sebagai peraturan untuk melindungi kepentingan rakyat dan negara³¹. Artinya, berdasarkan *principle of justice, principle of legality* ini dapat dikesampingkan.

Keempat, dasar pertimbangan Mahkamah Konstitusi yang menyatakan konsep melawan hukum yang secara formil tertulis, mewajibkan pembuat undang-undang untuk merumuskan secermat dan serinci mungkin merupakan syarat untuk menjamin kepastian hukum.

Terhadap dasar pertimbangan ini, penulis berpendapat, memang benar ketentuan pidana harus jelas dan tegas sebagai perwujudan asas *lex certa*, tetapi adanya perilaku menyimpang dalam masyarakat untuk mensiasati agar tidak dijerat oleh suatu aturan hukum tidaklah dapat dikesampingkan. Bukankah menurut Vos, "... *Starfrecht zìch richt tegen min of meer abnormale*

30 *Ibid*, hlm.4

31 Bambang Poernomo, *Op. Cit.*, hlm.71.

gedragingen...” (Hukum pidana pada umumnya adalah melawan kelakuan-kelakuan yang tidak normal)³².

Selain itu, merumuskan setiap tingkah laku manusia dalam suatu rumusan delik adalah tidak mungkin, sementara dinamika masyarakat selalu berkembang. Jika hakim dalam mengadili hanya berkuat pada aturan yang rinci, maka tidaklah berlebihan ungkapan usang dalam Bahasa Belanda yang menyatakan *Het recht binkt achter de feiten aan* (hukum itu ketinggalan dari peristiwanya). Hukum di sini adalah hukum tertulis atau undang-undang yang perubahannya harus melalui prosedur sehingga tidak dapat setiap kali dilakukan untuk disesuaikan dengan keadaan³³. Oleh karena itu, hakim harus menggali hukum yang hidup dalam masyarakat yang senantiasa berkembang untuk menerapkannya dalam peristiwa konkrit.

Kelima, dasar pertimbangan Mahkamah Konstitusi yang menyatakan konsep melawan hukum materiil yang merujuk pada hukum tidak tertulis dalam ukuran kepastian, kehati-hatian dan kecermatan yang hidup dalam masyarakat, sebagai suatu norma keadilan, merupakan ukuran yang tidak pasti dan berbeda-beda dari satu lingkungan masyarakat tertentu ke lingkungan masyarakat lainnya.

Tanggapan penulis terhadap dasar pertimbangan ini adalah bahwa Mahkamah Konstitusi memaknai kepastian hukum secara sempit sebagai kepastian undang-undang. Padahal kepastian hukum dalam arti luas tidak semata apa yang tertulis dalam undang-undang tetapi juga hukum yang berkembang dalam masyarakat. Oleh sebab itu dalam mengadili perkara, hakim dapat melakukan interpretasi untuk menemukan hukum yang bersumber dari asas-asas kepastian dan keadilan masyarakat.

Demikian juga dalam rangka penegakan hukum, tidak hanya kepastian hukum semata yang perlu diperhatikan, namun juga kemanfaatan dan keadilan perlu mendapat perhatian khusus³⁴. Memang sudah merupakan suatu antinomi yang mana tuntutan-tuntutan keadilan selalu berbenturan dengan tuntutan-tuntutan kepastian hukum. Semakin tepat dan tajam suatu aturan hukum, semakin terdesaklah keadilan. Keadaan ini yang oleh van Apeldoorn dikenal dengan istilah *summum ius, summa iniuria* (Keadilan yang tertinggi adalah ketidakadilan yang tertinggi)³⁵. Komentar Hugo de Groot terhadap hal ini adalah bahwa keanekaragaman sikap manusia adalah tidak tentu sementara undang-undang harus menetapkan sesuatu tertentu. Dalam prakteknya, untuk menanggulangi yang tidak tertampung oleh undang-undang, hakim diberi kebebasan untuk menafsirkan peraturan untuk menghilangkan atau mengurangi ketidakadilan³⁶.

Anotasi Terhadap Pertimbangan Putusan MA No. 2608 K/PID/2006

Sebagaimana telah dijelaskan sejak awal, bahwa tulisan ini akan membahas pertimbangan *judex juris* MA dalam putusan yang dimaksud hanya tentang ‘perbuatan melawan hukum’ dalam

32 Utrecht, *Op. Cit.*, hlm.285.

33 Sudikno Mertokusumo, 2003, *Mengenal Hukum : Suatu Pengantar*, Liberty, Yogyakarta, hlm. 103.

34 *Ibid*, hlm.160.

35 van Apeldoorn, 1990, *Pengantar Ilmu Hukum*, Pradnya Paramita, Jakarta, hlm.13.

36 *Ibid*, hlm. 14

sudut pandang *judex juris* putusan *a quo*. Adapun resume dari kasus dalam putusan *a quo* adalah sebagai berikut:

*Terdakwa yang merupakan Kepala Bagian Penyusunan dan Rencana Kebutuhan Sekretariat Jenderal KPU menyalahgunakan kewenangannya dalam pengadaan tinta sidik jari Pemilu Legislatif tahun 2004. Penyalahgunaan kewenangan dilakukannya dengan cara merahasiakan nilai total Harga Perkiraan Sendiri (HPS) perusahaan-perusahaan yang menjadi calon rekanan, menerima uang saku dari Julinda Juniarti (Direktur Operasional PT. NKO yang akhirnya menjadi perusahaan yang mengadakan tinta) ketika menilik perusahaan tinta di India bersama-sama dengan Terdakwa, dan mengajukan surat permohonan pembebasan biaya masuk yang harus dibayar oleh rekanan. Jaksa berhasil membuktikan perbuatan ini sebagai korupsi sehingga Terdakwa dibukum empat tahun penjara. Di tahap Kasasi, Pemohon mendalilkan bahwa putusan *judex facti* salah karena menerapkan ajaran melawan hukum materil positif berdasarkan penjelasan Pasal 2 UU 31 Tahun 1999 sementara itu penjelasan pasal 2 tersebut sebelumnya telah dinyatakan tidak mengikat oleh MK melalui putusannya No. 003/PUU-IV/2006 tanggal 25 Juli 2006. Atas alasan tersebut MA menyatakan bahwa MA tetap mengartikan 'melawan hukum' dalam pasal 2 UU Tipikor tersebut hingga meliputi juga melawan hukum materil dalam fungsi positif.*

In casu a quo, *judex juris* secara jelas dan tegas tetap berpendirian yang bertentangan dengan putusan MK yang disebutkan dalam tulisan ini. Menurut Penulis, apa yang dilakukan oleh *judex juris* tersebut adalah merupakan suatu penafsiran hukum yang diperkenankan, bahkan kalau boleh Penulis katakan adalah sangat tepat dalam menerapkan doktrin dari para ahli hukum. Karena apabila hanya berpatokan pada sifat melawan hukum formil untuk menjerat suatu perbuatan yang diduga sebagai perbuatan pidana, maka sama saja dengan membawa para hakim kembali ke zaman revolusi Perancis dengan semboyan yang terkenal dari Montesquieu bahwa hakim adalah *qui prononce les paroles de loi*³⁷. Padahal tugas hakim yang demikian, sebagaimana yang diungkapkan oleh Montesquieu sudah sejak lama ditinggalkan.

Menurut Sudikno Mertokusumo, hakim adalah pembentuk hukum yang secara mandiri memberi bentuk kepada isi undang-undang dan menyesuaikan dengan kebutuhan-kebutuhan. Pandangan ini dikenal sebagai pandangan materiil yuridis atau otonom. Penganut pandangan ini adalah Wiarda, Bulow, Ehrlich, Geny, Holmes, Frank dan Scholten³⁸. Oleh karenanya apa yang dilakukan oleh *judex juris* tersebut bukanlah merupakan sesuatu yang menyalahi penerapan hukum, karena kekuasaan kehakiman itu bersifat bebas untuk mengadili, termasuk bebas dari pengaruh apa atau siapapun, selama tidak menyimpang dari Pancasila atau bertentangan dengan kepentingan negara dan bangsa Indonesia³⁹. Senada pula dengan ajaran bahwa hakim harus menggali hukum yang hidup dalam masyarakat⁴⁰ yang senantiasa berkembang untuk menerapkannya dalam peristiwa konkrit.

Dalam putusan yang menerapkan suatu sifat melawan hukum material, terutama dalam suatu kasus korupsi (meskipun harus tetap dinilai *case by case* dalam menilai sikap batin Terdakwa), hakim seolah-olah terjun ke tengah masyarakat untuk mengenali, merasakan, dan

37 Jan Rummelink, *Op. Cit.*, hlm. 45

38 Sudikno Mertokusumo, 2001, *Penemuan Hukum (sebuah pengantar)*, Liberty, Yogyakarta, hlm.42.

39 Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum ...*, *Op. Cit.*, hlm. 135-136.

40 Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.

menyelami perasaan hukum dan keadilan yang hidup dalam masyarakat, jangan jadi *corpus alineum* (lembaga asing) karena produknya tidak mencerminkan kegelisahan dan penderitaan bangsanya⁴¹. Artinya hakim mampu menjadi *living interpretator* yang dapat menangkap semangat keadilan dan tidak terbelenggu oleh kekakuan normatif prosedural suatu peraturan perundang-undangan, sehingga hakim bukan hanya menjadi corong undang-undang (*la bouche de la loi*)⁴², karena bobot dan kualitas seorang hakim itu dilihat dari bobot putusannya seperti yang sering dikatakan oleh Bismar Siregar⁴³.

Bahwa ada 2 tipe pengadilan. *Pertama*, pengadilan yang berjalan seperti mesin yang menerapkan hukum dengan membaca prosedur dan pasal-pasalunya serta mengeja UU (*black letter law*). *Kedua*, pengadilan yang menjalankan hukum dengan nurani (*conscience of the court*), yang mana hakim berpikir dengan nurani dan merasakan pikirannya. Dalam hal mewabahnya korupsi di Indonesia, membutuhkan pengadilan dengan tipe yang kedua⁴⁴, sehingga hemat penulis, seharusnya hakim tidak mempertimbangkan sifat melawan hukum formil saja, namun juga sifat melawan hukum materiil. Dengan menjalankan pengadilan seperti pada tipe pertama, hanya menempatkan Indonesia sebagai negara hukum kacangan sebagai bentuk dramatisasi *formele rechtstaat* atau negara hukum dalam arti formil⁴⁵.

Anotasi Terhadap Pertimbangan Putusan MA No. 334 K/PID.SUS/2009

Resume kasus adalah sebagai berikut:

Terdakwa yang merupakan Kepala Bagian Keuangan SEKDA Kabupaten Oku didakwa karena tindakannya yang diduga merupakan penyalahgunaan wewenang dengan mengeluarkan dana RPKK demi kepentingan perjalanan dinas (SPDP) yang tidak sesuai dengan jumlah yang seharusnya dan tanpa disertai pertanggungjawaban yang layak. Terdakwa diputus bebas oleh PN Baturaja. Di tahap Kasasi, JPU mendalilkan bahwa putusan judex facti adalah salah karena menurut JPU perbuatan Terdakwa tersebut memang terbukti dan memenuhi unsur pasal tindak pidana korupsi. Atas alasan tersebut MA menyatakan bahwa MA mengartikan ‘melawan hukum’ dalam pasal 2 UU Tipikor tersebut hanya sebatas melawan hukum formil, namun menyatakan bahwa perbuatan Terdakwa tersebut nyata merupakan suatu perbuatan melawan hukum, sehingga menghukum Terdakwa 2 tahun dan denda Rp. 50.000.000,-.

Pada dasarnya terhadap putusan ini ada beberapa catatan yang menurut Penulis merupakan kesalahan penerapan hukum, terutama mengenai permohonan kasasi terhadap putusan bebas yang sudah jelas tidak diperbolehkan oleh KUHAP dan didasarkan pada putusan yang dianggap sebagai suatu yurisprudensi, padahal putusan tersebut merupakan putusan yang keliru. Serta mengenai ‘pengertian melawan hukum’, yang mana menurut Beccaria sebagaimana yang dikutip oleh Roeslan Saleh, dapat disimpulkan bahwa yang dimaksud dengan ‘melawan

41 Satjipto Rahardjo, *Determinasi Antikorupsi*, Kompas, 6 Maret 2006.

42 Fredrik J Pinakurnary, *Lapindo dan Pidana Mutlak*, Kompas, 24 November 2006.

43 Benjamin Mangkoedilaga, *Peluang Terobosan di MA*, Kompas.

44 Satjipto Rahardjo, *Determinasi ...*, *Loc. Cit.*

45 Satjipto Rahardjo, *Indonesia Jangan Menjadi Negara Hukum “Kacangan”*, Kompas, 19 Agustus 2002.

hukum' dalam perbuatan melawan hukum adalah 'melawan/bertentangan dengan undang-undang'. Hanya undang-undangleh yang boleh menentukan perbuatan mana sajakah yang dapat dipidana, sanksi-sanksi apakah dan atas perbuatan-perbuatan mana pula dapat dijatuhkan, dan bagaimanakah tepatnya peradilan pidana harus terjadi. Pendapat ini diperkuat pula oleh John Henry Merryman, "*every crime and every penalty shall be embodied in a statute enacted by legislature*"⁴⁶.

Pusat pembahasan Penulis terhadap putusan ini adalah penafsiran *judex juris* yang menyatakan bahwa 'melawan hukum' dalam pasal 2 UU Tipikor tersebut hanya sebatas melawan hukum formil. Apalagi pemikiran para hakim didominasi pemikiran yang seperti ini, sedikit banyak tentunya akan berpengaruh dalam pemberantasan korupsi. Bila merujuk pada pengertian sifat melawan hukum sebagaimana tersebut di atas, alasan pembentuk undang-undang memagari undang-undang korupsi dengan keempat makna sifat melawan hukum.

Pertama, kejahatan korupsi adalah kejahatan yang berkaitan dengan nasib orang banyak karena keuangan negara yang dirugikan tentunya akan sangat bermanfaat untuk meningkatkan kesejahteraan rakyat⁴⁷. *Kedua*, kepentingan hukum yang akan dilindungi oleh pembentuk undang-undang (sifat melawan hukum material dari sudut pandang perbuatannya) sebagai urat nadi suatu bangsa dalam melakukan pembangunan. *Ketiga*, kejahatan korupsi hampir selalu dilakukan secara terorganisir⁴⁸ dengan modus operandi yang canggih sehingga acap kali dapat lolos dari rumusan dalam undang-undang pemberantasan tindak pidana korupsi (sifat melawan hukum formal). Dalam konteks yang demikian, korupsi dapat dikualifikasikan sebagai *white collar crime* seperti yang didefinisikan oleh Sutherland sebagai "*.....crime committed by a person of respectability and high social status in the course of his occupation.....*"⁴⁹.

Dan apabila pemikiran *judex juris* tersebut diterima, maka menurut Penulis setidaknya akan menimbulkan dampak sebagai berikut : *Pertama*, dalam hal penyidikan dan penuntutan, aparat penegak hukum harus bekerja ekstra karena perbuatan yang disangkakan atau didakwa sebagai korupsi harus memenuhi unsur formal yang begitu terbatas. Padahal moral korup dari para koruptor selau mencari celah agar tidak dapat dijerat undang-undang. Kendatipun dengan perkembangan zaman banyak kejahatan dilakukan dengan modus operandi yang canggih sehingga diperlukan teknik atau prosedur khusus untuk mengungkap suatu kejahatan⁵⁰. *Kedua*,

46 Chairul Huda, 2011, Dari "Tiada Pidana Tanpa Kesalahan' Menuju Kepada 'Tiada Pertanggungjawaban Pidana Tanpa Kesalahan' (Tinjauan Kritis Terhadap Teori Pemisahan Tindak Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana), Cetakan Ke-4, Kencana, Jakarta, hlm. 20-21.

47 Eddy O.S Hiariiej, 2005, *Membasmi Korupsi*, Mimbar Hukum Fakultas Hukum UGM, No.51/X/2005, hlm. 323.

48 Kejahatan terorganisasi adalah terjemahan dari *organized crime* yang di kalangan komunitas Cina dikenal sebagai secret society. Lebih jauh **Francis Ianni** mendefinisikan *organized crime* sebagai, "*.....secret criminal organizations like the Italian – American or Sicilian Mafia families are not formal organizations like goverments or business corporations. That are not rationally structured into statutses and functions in order to "maximize profits" and carry out tasks efficiently. Rather, they are traditional social systems, organized by action and by cultural values which have nothing to do with modern bureaucratic virtues.....*". Lihat Sahetapy, J.E., 1997, *Kejahatan Gotong Royong*, Makalah Diskusi Panel Fakultas Hukum, 22 November 1997, hlm.1.

49 Ellen S. Podgor, 1993, *White Collar Crime*, West Publishing, hlm.1.

50 Dani Krisnawati, Eddy O.S Hiariiej, Marcus Priyo Gunarto, Sigid Riyanto dan Supriyadi, Bunga Rampai Hukum Pidana Khusus, Pena, hlm. 3.

pola korupsi zaman Orde Baru oleh penguasa akan tumbuh subur sebagai perwujudan korupsi struktural. Pada masa itu, banyak perbuatan yang sebenarnya memperkaya kelompok tertentu namun dibungkus dengan baju hukum, apakah itu dalam bentuk peraturan pemerintah ataukah dalam bentuk Keputusan Presiden. Korupsi terstruktur semacam ini meskipun mengusik asas kepatutan dalam masyarakat namun tidak dapat dinyatakan melawan hukum formal karena setiap tindakan mempunyai dasar hukum tertulis. Tentunya hal ini sama sekali bukanlah harapan kita terhadap hukum yang kita punyai.

Kesimpulan

Bahwa MA dalam menerapkan sifat melawan hukum untuk ‘melawan’ tindak pidana korupsi, haruslah dengan tetap menggunakan keempat sifat melawan hukum sebagaimana yang Penulis sebutkan, karena begitu ‘berbahayanya dan sistemiknya’ kejahatan korupsi ini. Hal ini didukung pula dengan adanya kebebasan Hakim di Indonesia untuk menjalankan kekuasaan kehakimannya dalam menghadapi persoalan yang dihadapkan kepadanya, sehingga hukum telah mengamanahkan kepada hakim untuk dapat menggali dan menyelami perasaan hukum dan keadilan yang hidup dalam masyarakat, dan putusan dari hakim itulah yang akan menentukan kualitas dari hakim itu sendiri. Oleh karenanya MA sebagai lembaga peradilan tertinggi di Indonesia, haruslah dapat menangkap dan memahami kegelisahan dan penderitaan bangsanya akibat dari kejahatan korupsi, sehingga tidak hanya menjadi corong dari undang-undang/ *la bouche de la loi*.

MA dalam menerapkan sifat melawan hukum untuk ‘melawan’ tindak pidana korupsi, haruslah dengan tetap menggunakan keempat sifat melawan hukum

Daftar Pustaka

- Apeldoorn, van., 1990, *Pengantar Ilmu Hukum*, Pradnya Paramita, Jakarta.
- Arief, Barda Nawawi, 2005, *Masalah Kodifikasi, Unifikasi Dan Konsep Ajaran Sifat Melawan Hukum Material Dalam RUU KUHP*, Focus Group Discussion terhadap RUU KUHP, Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia, Yogyakarta.
- Enschede, Ch.J., 2002, *Beginnselen van Strafrecht*, Kluwer, Deventer.
- Fuady, Munir, 2010, *Perbuatan Melawan Hukum (Pendekatan Kontemporer)*, Cetakan III, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung.
- Hiariej, Eddy O.S, 2005, *Membasmi Korupsi, Mimbar Hukum Fakultas Hukum UGM*, No.51/X/2005.
- _____, *Memahami Sifat Melawan Hukum*, KOMPAS, 3 Agustus 2006,
- Huda, Chairul, 2011, *Dari ‘Tiada Pidana Tanpa Kesalahan’ Menuju Kepada ‘Tiada Pertanggungjawaban Pidana Tanpa Kesalahan’ (Tinjauan Kritis Terhadap Teori Pemisahan Tindak Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana)*, Cetakan Ke-4, Kencana, Jakarta.

- Krisnawati, Dani, Hiariej, Eddy O.S, Gunarto, Marcus Priyo, Riyanto, Sigid, dan Supriyadi, Bunga Rampai Hukum Pidana Khusus, Pena, Jakarta.
- Mangkoedilaga, Benjamin, Peluang Terobosan di MA, Kompas.
- Marpaung, Leden, 2012, *Asas-Teori-Praktek Hukum Pidana*, Cetakan ketujuh, Sinar Grafika, Jakarta
- Mertokusumo, Sudikno, 2001, *Penemuan Hukum (sebuah pengantar)*, Liberty, Yogyakarta.
- _____, 2003, *Mengenal Hukum : Suatu Pengantar*, Liberty, Yogyakarta.
- Moeljatno, 2002, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Rineka Cipta.
- _____, *Perbuatan Pidana Dan Pertanggungjawab Dalam Hukum Pidana*, Pidato Diesnatalis Ke IV Universitas Gadjah Mada, Sitihiinggil Yogyakarta, 19 Desember 1955.
- Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 033/PUU-IV/2006.
- Pinakunary, Fredrik J, *Lapindo dan Pidana Mutlak*, Kompas, 24 November 2006.
- Podgor, Ellen S., 1993, *White Collar Crime*, West Publishing.
- Poernomo, Bambang, 1983, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Ghalia Indonesia.
- Rahardjo, Satjipto, *Determinasi Antikorupsi*, Kompas, 6 Maret 2006.
- _____, Indonesia Jangan Menjadi Negara Hukum “Kacangan”, Kompas, 19 Agustus 2002.
- Rommelink, Jan, 2003, *Hukum Pidana*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta.
- Sahetapy, J.E., 1997, *Kejahatan Gotong Royong*, Makalah Diskusi Panel Fakultas Hukum, 22 November 1997.
- Sapardjaja, Komariah Emong, 2002, *Ajaran Sifat melawan Hukum Material Dalam Hukum Pidana Indonesia*, Penerbit Alumni, Bandung.
- Schaffmeister, D., Keijzer, N., Sutorius, E., PH., 1995, *Hukum Pidana*, diterjemahkan oleh Sahetapy, J.E., Liberty.
- Suringa, Hazewinkel, 1968, *Inleiding Tot De Studie van het Nederlanf Strafrecht*, H.D.-T.W & Zoon N.V.Haarlem.
- Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1971 Tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi.
- Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 sebagaimana yang telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 Tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi.
- Undang-Undang 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman
- Utrecht, E., 1960. *Hukum Pidana I*, Penerbitan Universitas, Bandung.

Kajian dan Anotasi atas Putusan 2 Hukuman Berbeda atas PMH Materil yang Serupa Tinjauan atas Putusan Nomor 2K /PID.SUS/2010 dan Nomor 2088 K/Pid.Sus/2012

Oleh: Nanda Tanjung¹

1

Kasus Posisi

Tulisan ini akan mencoba mengkaji dua putusan Mahkamah Agung. Kedua putusan itu ialah Putusan Nomor 2K /PID.SUS/2010 dan Nomor 2088 K/Pid.Sus/2012. Nama terdakwa tidak dapat disebutkan karena permintaan redaksi jurnal ini. Maka, untuk memudahkan, saya akan menamai terdakwa pada putusan pertama sebagai terdakwa A dan untuk putusan kedua sebagai terdakwa B. Putusan Nomor 2K /PID.SUS/2010 selanjutnya akan disebut “putusan pertama” dan Putusan Nomor 2088 K/Pid.Sus/2012 sebagai “putusan kedua”.

Pada putusan pertama, terdakwa A merupakan mantan Kepala Bagian Umum dan Perlengkapan Sekda Kabupaten Maluku Tenggara Barat. Sesuai dengan Surat Keputusan Bupati Maluku Tenggara Barat Nomor : 579-394 tahun 2003, terdakwa A melakukan pembebasan lahan yang lahannya kemudian akan digunakan untuk pembangunan kantor DPRD dan Pemerintah Daerah. Pembebasan lahan ini mendapat anggaran sekitar Rp. 1 miliar pada tahun 2004 dan Rp. 1,8 miliar pada 2006.

Apabila merujuk kepada Dokumen Anggaran Satuan Kerja (DASK)-nya, maka anggaran sebesar disebut di atas itu hanya ditujukan untuk pembebasan lahan saja. Atas inisiatif terdakwa A, anggaran tersebut tidak hanya digunakan untuk membebaskan lahan, tetapi juga untuk membayar ganti rugi tanaman yang ada di atasnya. Perbuatan terdakwa A ini dilakukan tanpa sebelumnya melakukan revisi terhadap DASK yang memuat pendapatan dan belanja setiap Perangkat Daerah. DASK merupakan dasar pelaksanaan oleh Pengguna Anggaran.

Atas perbuatannya ini, terdakwa A diperiksa dan diajukan ke persidangan atas tuduhan telah melakukan korupsi. Jaksa mengkalkulasi kerugian negara yang timbul adalah sebesar Rp.2.175.359.095. Jaksa menyatakan bahwa terdakwa A telah melanggar Pasal 38 ayat (2) Keputusan Menteri Dalam Negeri Nomor 29 Tahun 2002 tentang Pedoman Pengurusan, Pertanggungjawaban, dan Pengawasan Keuangan Daerah

Di tingkat pertama, Jaksa lalu menuntut terdakwa A dihukum penjara 5 tahun dan denda Rp. 400 juta serta membayar uang pengganti Rp. 2,2 miliar. Di pengadilan tingkat pertama, terdakwa A divonis bebas (*vrijspreek*). Jaksa yang tidak puas lantas mengajukan kasasi. Di tingkat

1 Kepala Operasional YLBHI-LBH Semarang.

kasasi, Jaksa kalah. Mahkamah Agung (MA) menguatkan vonis pengadilan negeri dengan pertimbangan hukum bahwa walaupun telah terjadi pelanggaran terhadap Kepmendagri Nomor No. 29 Tahun 2002, namun terdakwa A tidak pernah ditegur atau dicegah oleh atasannya. Selain tindakan terdakwa A itu juga tidak memunculkan kerugian pada keuangan negara. Perbuatan terdakwa A juga tidak membawa keuntungan pribadi.

Sementara di putusan kedua, meski bersubstansi serupa, terdakwa B dijatuhi hukuman satu tahun di tingkat kasasi. Kasus terdakwa B ini bermula ketika dirinya yang pada waktu itu menjabat sebagai direktur di salah satu Rumah Sakit Umum Daerah di provinsi Kalimantan Selatan. RSUD yang dipimpinnya ini mendapatkan anggaran sekitar Rp. 1,26 miliar dari APBD II untuk pengadaan obat-obatan pada Tahun Anggaran 2008.

Terdakwa B melakukan pengadaan obat-obatan itu dengan menunjuk PT AU. Perbuatan terdakwa B dalam penunjukan langsung dan pembayaran yang dilakukan tersebut melanggar Peraturan Pemerintah Nomor 58 Tahun 2005 tentang Pengelolaan Keuangan Daerah Pasal 61 ayat (1) dan Pasal 17 ayat (5) Peraturan Presiden No. 95 Tahun 2007 Tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah. Selain itu, terdakwa B juga didalilkan melakukan korupsi karena pada saat distribusi obat-obatan ke RSUD, PT AU hanya mendistribusikan 31,5 % barang. Sementara, 68,5 % sisanya dituduh telah dikorupsi oleh terdakwa B.

Jaksa berkeyakinan bahwa perbuatan terdakwa B melakukan penunjukan langsung, bukan melalui pelelangan umum melawan hukum. Dikarenakan, menurut Pasal 17 ayat (5) Peraturan Presiden No. 95 Tahun 2007 Tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah, penunjukan langsung dapat dilaksanakan jika dalam keadaan tertentu. Yang dimaksud keadaan tertentu yakni :

- a. penanganan darurat untuk pertahanan negara, keamanan dan keselamatan masyarakat yang pelaksanaan pekerjaannya tidak dapat ditunda, atau harus dilakukan segera, termasuk penanganan darurat akibat bencana alam; dan/atau
- b. pekerjaan yang perlu dirahasiakan yang menyangkut pertahanan dan keamanan negara yang ditetapkan oleh Presiden ; dan/atau
- c. pekerjaan yang berskala kecil dengan nilai maksimum Rp. 50.000.000,00 (lima puluh juta rupiah) dengan ketentuan: untuk keperluan sendiri, teknologi sederhana, resiko kecil, dilaksanakan oleh penyedia barang / jasa usaha orang perseorangan, dan badan usaha kecil termasuk koperasi kecil.

Jaksa mencoba membuktikan bahwa perbuatan terdakwa B ini dilakukan untuk memperkaya korporasi yaitu RSUD yang dia pimpin dan mengakibatkan negara mengalami kerugian sebesar Rp. 797.947.057. Penghitungan ini sesuai dengan Laporan Hasil Audit Perhitungan Kerugian Keuangan Negara oleh BPKP Kalimantan Selatan nomor SR-9460 / PW16 / 5 / 2010 tanggal 29 Desember 2010. Jaksa menuntut terdakwa B dengan penjara 4 tahun 6 bulan dan denda Rp. 100.000.000. Pengadilan Negeri memutus terdakwa B dihukum penjara 1 tahun 6 bulan dan denda Rp. 50.000.000,- . Apabila denda tidak dibayar, akan diganti kurungan selama 2 bulan. Di tingkat banding, hukuman terdakwa B dikurangi menjadi 1 tahun. Di tingkat kasasi, terdakwa B dihukum satu tahun.

Dalil pembelaan terdakwa B ialah bahwa penunjukan langsung yang dilakukannya telah sesuai prosedur karena memenuhi syarat “penanganan keadaan darurat” di mana stok obat telah menipis sehingga membutuhkan pengadaan obat-obatan segera. Soal kerugian negara, apa yang dilakukan terdakwa B justru membawa keuntungan bagi negara.

Kendala dalam Menganalisa Kasus

Posisi kasus di atas memang tampak panjang. Namun, perlu diketahui, penulis memuat uraian posisi kasus demikian karena bermaksud agar pembaca memahami kedua kasus terlebih dahulu. Untuk mengintisarikan kedua putusan tersebut bukanlah pekerjaan yang mudah. Dengan bahasa yang cenderung diulang-ulang dan jumlah halaman yang terlalu banyak akan menjadi kesukaran tersendiri.

Namun, baiklah, penulis akan masuk ke dalam kendala yang dialami dalam menganalisa kedua kasus pada kedua putusan di atas. *Pertama*, pada putusan A, Jaksa menyebut besaran kerugian negara tanpa melibatkan BPKP dalam penghitungannya. Sementara, pada kasus B, BPKP dilibatkan. Sehingga, ketika terdakwa A diputus bebas dengan pertimbangan hakim bahwa perbuatan terdakwa A tidak mengakibatkan kerugian negara, maka akan timbul pertanyaan apakah pertimbangan ini disebabkan oleh ketiadaan penghitungan yang lebih ketat untuk membuktikan bahwa negara telah merugi.

Kedua, dengan membaca putusan, sukar berharap kita dapat mengerti logika dakwaan Jaksa mengenai kerugian negara. Ditambah, kita juga sukar menangkap logika pembelaan dari terdakwa soal ternyata perbuatan terdakwa tersebut khususnya pada persoalan terdakwa tidak merugikan negara tetapi malah menguntungkan negara. Penulis juga kesukaran menemukan logika dari tuduhan memperkaya diri sendiri yang dialamatkan Jaksa kepada kedua terdakwa. Ini mungkin disebabkan oleh teknis penulisan putusan.

Dalam tulisan ini akan dibahas mengenai perbuatan melawan hukum (PMH) materiil dalam arti positif dan negatif. Lalu, akan mengulas persoalan diskresi yang dapat dipidana yakni diskresi yang terdapat perbuatan melawan hukum di dalamnya.

Perbuatan Melawan Hukum Materiil

Perbuatan melawan hukum ialah syarat untuk dapat dipidananya seseorang. Secara sederhana, tindak pidana dapat didefinisikan sebagai kelakuan manusia yang memenuhi unsure delik, bersifat melawan hukum, dan dapat dicela. Meski demikian, PMH tersebut tidak perlu selalu disebutkan secara eksplisit dalam suatu peraturan dan tidak perlu selalu dibuktikan keberadaannya.² Misalnya untuk kasus pembunuhan, tidak perlu dibuktikan apakah perbuatan pelaku menghilangkan nyawa orang lain dilakukan dengan melawan hukum. Dengan kata lain, ada sifat melawan hukum yang implisit dan eksplisit.

2 Schaffmeister dkk, *Hukum Pidana*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 2011. Hlm. 38.

PMH dalam Hukum Pidana dapat dikatakan diderivasi dari apa yang disebut perbuatan melawan hukum dalam hukum perdata. Di dalam hukum perdata, PMH (*onrechtmatige daad*) diatur di dalam Pasal 1365 KUH Perdata. Pengaturan ini diderivasi dari Pasal 1382 Kode Sipil Perancis. PMH dapat diartikan sebagai perbuatan yang melanggar hak subyektif orang lain atau melanggar wewenang yang dimiliki orang lain itu yang diberikan oleh hukum. Apabila melihat kepada buku “Perbuatan Melawan Hukum” karangan Rosa Agustina, hak subyektif itu dapat diartikan sebagai:

1. Hak perorangan seperti kebebasan, kehormatan, nama baik; dan
2. Hak atas harta kekayaan, hak kebendaan, dan hak mutlak lainnya.³

Dalam menerjemahkan Pasal 1365 atau tentang PMH di atas, Subekti mengatakan bahwa satu perbuatan dikatakan sebagai perbuatan hukum apabila perbuatan itu melanggar hukum, membawa kerugian kepada orang lain, mewajibkan orang lain mengganti kerugian yang timbul bukan karena kesalahan orang lain tersebut.⁴

Menjadi penting untuk menyampaikan sedikit tentang konsepsi PMH di dalam hukum perdata. Alasannya, dalam PMH perdata, ditegaskan tentang adanya satu perbuatan seseorang yang menimbulkan kerugian bagi yang lain. Ini menjadi penting karena dapat menjadi acuan ketika melihat PMH dalam pidana. Namun, meski PMH dalam Hukum Pidana ini diderivasi dari PMH perdata, terdapat perbedaan tujuan penegakkan hukum di antara Hukum Pidana dan Hukum Perdata terhadap kasus PMH. Jika di dalam pidana, hukuman dijatuhkan untuk memidanakan pelaku PMH, maka di dalam Hukum Perdata, penghukuman dilakukan untuk meniadakan kerugian dari pihak yang dirugikan.

Kembali kepada pengaturan perbuatan melawan hukum di dalam Hukum Pidana (*wederrechtelijke*). Dalam Hukum Pidana, PMH dibagi dua yakni PMH Materil dan Formil. PMH Formil adalah perbuatan yang memenuhi unsur delik sehingga dapat dipidana. Dogma PMH Formil ini berakar dari asas legalitas yang membatasi penghukuman terhadap satu perbuatan sejauh telah ada peraturan yang mengaturnya. Jika ada alasan pembenar atau penghapus pidana, alasan tersebut harus juga disebutkan di dalam undang-undang.

PMH Materil dapat diartikan sebagai perbuatan melawan hukum yang tidak hanya terdapat di dalam undang-undang, tetapi juga melihat berlakunya asas-asas hukum yang tidak tertulis juga. Sifat melawan hukum pada perbuatan tersebut dapat dihapuskan karena undang-undang juga karena norma hukum tidak tertulis. Moeljatno, dalam buku “Ajaran Sifat Melawan Hukum Materiel dalam Hukum Pidana Indonesia”, karangan Komariah Emong Sapardjaja⁵ mengatakan “di samping memenuhi syarat formil, perbuatan harus pula betul-betul dirasakan oleh masyarakat sebagai perbuatan yang tak boleh atau yang tak patut dilakukan. Oleh karena apa? Karena bertentangan dengan atau menghambat tercapainya tata dalam pergaulan masyarakat yang dicita-citakan”.

3 Rosa Agustina, *Perbuatan Melawan Hukum*, Universitas Indonesia, Jakarta, 2003. Hlm. 38.

4 R. Subekti dan Tjitrosudibio, *Kitab Undang-undang Hukum Perdata*, PT Pradnya Paramita, Jakarta, 1996. Hlm. 298.

5 Komariah Emong Sapardjaja, *Ajaran Sifat Melawan Hukum Materiel dalam Hukum Pidana Indonesia*, Alumni, Bandung, 2002. Hlm. 56.

PMH Materil terbagi dua yakni PMH Materil dalam fungsi negatif dan dalam fungsi positif. PMH Materil dalam fungsi negatif diartikan sebagai perbuatan seseorang yang meski memenuhi rumusan delik, namun dilihat dari isinya ternyata bukan perbuatan yang tercela dan tidak bertentangan dengan hukum tak tertulis di masyarakat. Terhadap PMH Materil negatif ini seharusnya tidak tercela dan tidak dapat dijatuhi pidana.⁶

Sementara itu, PMH Materil positif ialah perbuatan yang tidak memenuhi unsur delik, namun karena menurut penilaian masyarakat perbuatan tersebut dianggap tercela, maka secara positif perbuatan itu dapat disebut melawan hukum.⁷ Juniver Girsang pada buku ini menuliskan ketidaksetujuannya terhadap PMH Materil positif. Menurutnya, sifat melawan hukum dalam fungsi positif bertentangan dengan asas legalitas. Selain itu, ukuran tercela secara sosiologis ini sungguh relative dan berbeda-beda antara satu tempat dengan tempat lainnya. Fenomena demikian akan menghasilkan ketidakpastian hukum.

Diskresi yang Melawan Hukum

Sebelum membahas diskresi yang melawan hukum, penulis akan menuliskan sedikit mengenai putusan MA yang mendalilkan PMH dapat hilang sifat melawan hukumnya bukan hanya karena pengaturan di dalam undang-undang, tetapi juga berdasarkan asas-asas keadilan atau asas hukum tidak tertulis yang bersifat umum seperti halnya tiga faktor seperti: negara tidak dirugikan, kepentingan umum terlayani, dan terdakwa tidak mendapatkan untung. Bunyi pertimbangan ini terdapat di dalam putusan Mahkamah Agung No. 42 K/Kr/1965 tanggal 8 Januari 1966 atas nama terdakwa Machroes Effendi.

Tiga faktor tersebut di atas penting untuk disampaikan terlebih dahulu karena akan membantu menganalisa perbuatan yang dilakukan terdakwa A dan terdakwa B. Akan dilihat apakah perbuatan mereka ini menimbulkan kerugian negara (meski dalam kedua putusan, pembuktian kerugian negara sungguh terbatas), apakah kepentingan umum terganggu atau justru terlayani, dan apakah terdakwa mendapatkan keuntungan dari perbuatannya tersebut.

Terdakwa A dan terdakwa B dibawa ke meja hijau dikarenakan diskresi yang mereka lakukan. Terdakwa A melakukan diskresi dengan menggunakan anggaran yang dianggarkan untuk pembebasan lahan tidak hanya untuk membebaskan lahan tetapi juga untuk membayar tanaman yang berada di atas lahan. Untuk terdakwa B, ia melakukan diskresi dengan jalan penunjukan langsung dalam pengadaan obat-obatan dengan argumentasi bahwa persediaan obat sudah menipis dan harus tersedia segera demi keselamatan pasien di RSUD yang ia pimpin.

Berangkat dari kasus ini, maka apa itu sebenarnya diskresi menjadi perlu disinggung barang sedikit. Diskresi, menurut S. Prajudi Atmosudirjo, adalah kebebasan bertindak atau mengambil keputusan dari para pejabat administrasi negara yang berwenang dan berwajib menurut pendapat sendiri.⁸ Diskresi dibutuhkan sebagai pelengkap legalitas. Maksudnya,

6 Juniver Girsang, *Abuse of Power: Penyalahgunaan Kekuasaan Aparat Penegak Hukum dalam Penanganan Tindak Pidana Korupsi*, JG Publishing, Jakarta, 2012. Hlm. 112-113.

7 *Ibid*, hlm. 112.

8 S. Prajudi Atmosudirjo, *Hukum Administrasi Negara*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1994. Hlm 82.

memang terdapat asas legalitas yang mengatakan bahwa setiap tindakan administrasi negara harus berdasarkan undang-undang. Namun, muskil bagi undang-undang untuk mengatur segala sesuatu. Sehingga, diskresi atau kebebasan berbuat tersebut menjadi dibutuhkan.⁹

Esmi Warassih mengatakan untuk melaksanakan kebijakan publik, para pejabat administrasi negara dapat menentukan kebijakannya sendiri sesuai dengan situasi di mana pejabat tersebut berada. Terutama yang berkaitan dengan ketersediaan sumber daya seperti tenaga ahli, staf terampil, sumber daya informasi, dan dana. Diskresi menjadi fenomena penting untuk mengimplementasikan kebijakan publik. Harapannya, hasil atau tujuan yang maksimal dapat tercapai.¹⁰

Dua pendapat ahli di atas menjelaskan bagaimana seharusnya diskresi bekerja. Keterbatasan pengaturan dari undang-undang memberi ruang bagi pejabat administrasi untuk melakukan diskresi. Namun, diskresi tidak secara arbitrari dilakukan. Diskresi memiliki aspek teleologis untuk mengimplementasikan kebijakan publik demi tercapainya hasil atau tujuan yang maksimal. Diskresi memiliki batasan agar tidak arbitrari.

Menurut Anna Erliyana,¹¹ diskresi dapat diambil dalam kondisi menghadapi permasalahan yang mendesak serta tiba-tiba yang sifatnya akumulatif. Suatu persoalan baru dapat dikualifikasi sebagai persoalan penting apabila persoalan tersebut menyangkut kepentingan umum, sedangkan kriteria kepentingan umum harus ditetapkan oleh suatu peraturan perundang-undangan.

Pada kasus terdakwa A, pembebasan lahan dan tanaman di atasnya merupakan upaya yang dilakukan terdakwa A demi pembangunan kantor DPRD dan Pemda. Kantor DPRD dan Pemda merupakan kepentingan umum dan juga kepentingan Pemerintah Daerah itu sendiri. Dalam anggaran memang dana yang ada hanya ditujukan untuk pembebasan lahan, tidak termasuk tumbuhan di atasnya. Namun, tumbuhan di atasnya juga merupakan hak dari pemilik lahan yang harus masuk dalam penghitungan ganti kerugian.

Di dalam Hukum Perdata, ada yang dikenal dengan Hak Tanggungan. Dalam Pasal 1 Undang-undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan atas Tanah Beserta Benda-Benda yang Berkaitan dengan Tanah juncto Undang-undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-pokok Agraria, dinyatakan bahwa objek Hak Tanggungan mencakup tanah berikut atau tidak berikut benda-benda yang menjadi satu kesatuan dengan tanah tersebut. Artinya, tanaman yang menjadi satu kesatuan dengan tanah dapat menjadi bagian dari tanah yang diganti rugi ketika dilakukan pembebasan lahan. Hal ini juga sesuai dengan Pasal 1 ayat (6) Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 15 Tahun 1975 tentang Ketentuan Mengenai Tata Cara Pembebasan Tanah.

Untuk terdakwa B, keselamatan pasien yang membutuhkan obat-obatan dan peralatan medis lainnya tentu merupakan kepentingan umum. Apabila melihat pada Pasal 1 angka (11)

9 Tri Cahya Indra Permana, dalam tesisnya berjudul *Pengujian Keputusan Diskresi oleh Pengadilan Tata Usaha Negara*, www.eprints.undip.ac.id/25016/1/TRI_CAHYA_INDR_A_PERMANA.pdf. Hlm. 30.

10 Esmi Warassih, *Pranata Hukum: Sebuah Telaah Sosiologis*, PT. Suryandaru Utama, Semarang, 2005. Hlm 138-139.

11 *Ibid*, Tri Cahya Indra Permana. Hlm. 34.

Undang-undang Nomor 29 tahun 2004 tentang Praktik Kedokteran, disebutkan bahwa profesi dokter atau dokter gigi dilaksanakan berdasarkan keilmuan yang bersifat melayani masyarakat. Mengobati pasien dalam konteks ini dapat juga disebut sebagai melayani masyarakat.

Meski demikian, diskresi juga memiliki tolak ukur untuk mengetahui apakah diskresi yang dilakukan merupakan diskresi yang benar atau malah menjadi penyalahgunaan kekuasaan (*detournemen de pouvoir*). Tolak ukur dimaksud ialah nilai-nilai yang biasa disebut sebagai Asas-asas Umum Pemerintahan yang Bersih (AUPB). Pada Pasal 3 Undang-undang Nomor 28 tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Negara yang Bersih dan Bebas dari Korupsi, Kolusi, dan Nepotisme, disebutkan beberapa asas AUPB, yakni:

1. Asas Kepastian Hukum;
2. Asas Tertib Penyelenggaraan Negara;
3. Asas Keterbukaan;
4. Asas Proporsionalitas;
5. Asas Profesionalitas; dan
6. Asas Akuntabilitas.

Ada banyak sekali pendapat ahli Hukum Administrasi terkait penyalahgunaan kekuasaan melalui diskresi yang dilakukan pejabat administrasi negara. Namun, penulis tertarik untuk menggunakan pendapat Yopie Patirol mengenai indikasi penyalahgunaan kekuasaan. Yopi memang terkesan merangkum berbagai pendapat tentang penyalahgunaan kekuasaan, namun pendapatnya lebih mudah dimengerti. Penyalahgunaan kekuasaan dirumuskannya sebagai perbuatan yang:¹²

1. Mengabaikan persyaratan-persyaratan yang ditemukan dalam prosedurnya;
2. Melakukan pendelegasian wewenang yang padahal peraturan perundangan tidak membolehkan;
3. Wewengangnya sudah dicabut dan dialihkan ke pejabat/badan administrasi negara yang lain;
4. Tindakan pemerintah merupakan wewengangnya, namun dalam pelaksanaannya melampaui wewenang yang ada padanya; dan
5. Menggunakan wewenang tidak sesuai dengan hukum.

Selain itu, penyalahgunaan kekuasaan dapat terjadi apabila ada *willekeur* (perbuatan sewenang-wenang). *Willekeur* itu berbentuk:¹³

1. Melakukan tindakan yang dilarang untuk dilakukan;

12 Yopie Morya Immanuel Patirol, *Diskresi Pejabat Publik dan Tindak Pidana Korupsi*, Keni Media, Bandung, 2012. Hlm. 175.

13 *Ibid*, *Diskresi Pejabat*..... Hlm. 176.

2. Tindakan pemerintah dilakukan dengan tujuan yang salah dengan alasan-alasan yang tidak logis serta secara substansial tidak dipertimbangkan secara rasional dan relevan;
3. Tindakan tersebut berada di luar hukum dan kepatutan masyarakat.

Untuk mendekati dua putusan yang menjadi kajian dalam tulisan ini, uraian-uraian tentang diskresi di atas dapat menjadi kacamata analisa. Beberapa pokok uraian yang menjadi acuan analisa adalah soal apakah perbuatan terdakwa A dan B dilakukan untuk menyelenggarakan kepentingan umum, apakah ada kerugian keuangan negara, dan apakah ada motif untuk menguntungkan diri-sendiri atau korporasi dalam pelaksanaan diskresi tersebut.

Analisa Kasus

Dari dua putusan di atas, untuk putusan pertama terhadap terdakwa A, peristiwa tersebut disebut sebagai PMH Materil dalam fungsi negatif. Artinya, perbuatan terdakwa A mungkin saja memenuhi unsur delik karena telah melanggar ketentuan di dalam Kepmendagri Nomor No. 29 Tahun 2002, tetapi tidak dapat dihukum karena tidak tercela dan tidak bertentangan dengan hukum tak tertulis di masyarakat. Perbuatan terdakwa A juga demi menyelenggarakan kepentingan umum, negara tidak dirugikan, dan terdakwa A tidak diuntungkan karena perbuatannya. Paling tidak ini yang terdapat di dalam putusannya.

Putusan yang diterima terdakwa A sangat mungkin bernuansa sama dengan putusan terhadap terdakwa Machroes Effendi. Di dalam Putusan Mahkamah Agung Nomor 42 K/Kr/1966 tanggal 8 Januari 1966 atas nama terdakwa Machroes Effendi, MA berpendapat bahwa terdapat tiga alasan hilangnya unsur melawan hukum materil yang menjadi alasan penghapusan pidana yakni: negara tidak dirugikan, kepentingan umum dilayani, dan terdakwa tidak mendapat keuntungan dari perbuatannya. Setelah putusan ini dijatuhkan, putusan-putusan MA selanjutnya banyak yang mengacu kepada putusan tersebut.

Dalam pertimbangan putusan kasasinya, hakim yang mengadili mengatakan bahwa terdakwa A memang melanggar Kepmendagri Nomor No. 29 Tahun 2002, namun terdakwa A tidak pernah ditegur atau dicegah oleh atasannya. Selain tindakan terdakwa A itu juga tidak memunculkan kerugian pada keuangan negara. Perbuatan terdakwa A juga tidak membawa keuntungan pribadi.

Yang kontroversial justru ada pada putusan kedua. Pada putusannya, halaman 65, dikatakan bahwa alasan-alasan kasasi terdakwa B dapat dibenarkan. Hakim juga menyebut bahwa terdakwa B tidak memiliki niat jahat untuk melakukan tindak pidana. Hakim juga melegitimasi perbuatan terdakwa B dengan mengatakan bahwa kehendak terdakwa B adalah benar karena untuk memenuhi stok obat-obatan di rumah sakit yang telah habis sementara banyak pasien yang memerlukan. Hakim bahkan menggunakan kata “terbukti bermanfaat” untuk apa yang terdakwa B lakukan.

Kata “terbukti” tentu ditarik hakim berdasarkan fakta-fakta dalam penerapan hukum yang diambil pengadilan negeri dan pengadilan tinggi. Kata “terbukti” memberikan penguatan terhadap perbuatan terdakwa, baik apakah itu terbukti bersalah maupun terbukti tidak bersalah.

Menjadi anomali ketika hakim meyakini perbuatan terdakwa B terbukti bermanfaat namun putusan yang diambil hakim justru menghukum terdakwa B.

Hakim juga mengatakan bahwa terdakwa B sama sekali tidak menikmati hasil baik dari rekanan yang ditunjuk langsung dalam pengadaan obat-obatan tersebut maupun dari perbuatannya sendiri. Menggunakan analisa diskresi yang melawan hukum di atas, tentu perbuatan terdakwa B ini tidak dapat dikategorikan sebagai diskresi yang melawan hukum (*detournement de pouvoir*). Semakin menambah keanehan ketika dasar hakim menjatuhkan penghukuman terhadap terdakwa B adalah karena terdakwa B melanggar Pasal 17 ayat (5) Peraturan Presiden No. 95 Tahun 2007 tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah (lihat di bagian posisi kasus di halaman 2 di atas).

Padahal, Pada Pasal 17 ayat (5) itu disebutkan bahwa penunjukan langsung dapat dilakukan sebagai langkah penanganan keadaan darurat untuk pertahanan negara, keamanan, dan **keselamatan masyarakat yang pelaksanaannya tidak dapat ditunda**. Kalimat di samping ini ditekankan karena penulis hendak menunjukkan sebenarnya apa yang dilakukan terdakwa B sudah memenuhi kriteria legalitas penunjukan langsung.

Kata “untuk memenuhi stok obat-obatan di rumah sakit yang telah habis sementara banya pasien yang membutuhkan” menunjuk kepada dua peristiwa yakni yang pertama stok obat telah habis, dan yang kedua yakni pasien membutuhkan”. Premis ini dapat dipersamakan sebenarnya dengan syarat “keselamatan masyarakat yang pelaksanaannya tidak dapat ditunda” dalam legalitas penunjukan langsung dalam Pasal 17 ayat (5) Perpres No. 95 Tahun 2007.

Di dalam pertimbangan putusan kedua terhadap terdakwa B sukar kita temukan logika perbuatan melawan hukum terdakwa B dalam diskresi yang ia lakukan. Pada alasan kasasi terdakwa B, dikatakan bahwa apa yang dilakukan terdakwa B adalah soal administrasi semata yang tidak perlu berujung hingga ke pengadilan. Artinya, Pasal 3 Undang-undang Nomor 31 tahun 1999 tentang Tindak Pidana Korupsi sebagaimana terdapat di dalam dakwaan kedua Jaksa Penuntut Umum tidak seharusnya ditimpakan kepadanya.

Di dalam pertimbangan putusan kedua terhadap terdakwa B sukar kita temukan logika perbuatan melawan hukum terdakwa B dalam diskresi yang ia lakukan.

Kesimpulan

Jika membaca dua putusan tersebut, pada putusan pertama kita akan menemukan asas Perbuatan Melawan Hukum Materil dalam arti negatif. Terdakwa A memang melakukan pelanggaran aturan namun seperti telah dijelaskan di atas, perbuatan terdakwa A tersebut tidak dapat dipidana. PMH Materil dalam arti negatif dapat juga disebut sebagai alasan penghapusan pidana.

Namun, berbeda cerita dengan apa yang dialami terdakwa B. Meski berbeda, namun sebenarnya antara perbuatan terdakwa A dan terdakwa B sebenarnya memiliki banyak persamaan. Yang nyata ialah perbedaan terdapat pada penghukuman. Terdakwa B dihukum satu tahun.

Pembaca dapat mengukur diskresi yang dilakukan terdakwa B, apakah sudah benar atau justru mempunyai intensi melawan hukum, dari uraian-uraian mengenai diskresi dan penyalahgunaan kekuasaan yang telah dipaparkan di atas.

Namun, terlepas dari kasus, apa yang menarik juga bagi penulis adalah bahwa akan sangat sukar bagi *law scholar* untuk menganalisa kasus dalam satu putusan apabila hanya menggunakan putusan semata. Putusan sangat terbatas memberikan gambaran kasus yang terjadi, argumentasi Jaksa dan argumentasi pembelaan terdakwa, pertimbangan hukum hakim dan hakim MA, dan logika penentuan putusan.

Hakim tidak lebih lanjut menjelaskan logika penghukuman dengan dikaitkan kepada pembelaan terdakwa dan tuntutan Jaksa.

Kasus terdakwa B misalnya, apa yang terdapat di dalam pertimbangan hakim MA, seperti yang telah diuraikan di atas, terdengar membenarkan perbuatan terdakwa B. Namun, pada bagian akhir pertimbangan menyatakan permohonan kasasi terdakwa B diterima, namun terdakwa B tetap dipidana. Alasan mengapa tetap dipidana hanya disebutkan karena melanggar Perpres dan UU Tipikor. Hakim tidak lebih lanjut menjelaskan logika penghukuman dengan dikaitkan kepada pembelaan terdakwa dan tuntutan Jaksa.

Daftar Pustaka

- Esmi Warassih, *Pranata Hukum: Sebuah Telaah Sosiologis*, PT. Suryandaru Utama, Semarang, 2005.
- Juniver Girsang, *Abuse of Power: Penyalahgunaan Kekuasaan Aparat Penegak Hukum dalam Penanganan Tindak Pidana Korupsi*, JG Publishing, Jakarta, 2012.
- Komariah Emong Sapardjaja, *Ajaran Sifat Melawan Hukum Materiel dalam Hukum Pidana Indonesia*, Alumni, Bandung, 2002.
- Rosa Agustina, *Perbuatan Melawan Hukum*, Universitas Indonesia, Jakarta, 2003.
- R. Subekti dan Tjitrosudibio, *Kitab Undang-undang Hukum Perdata*, PT Pradnya Paramita, Jakarta, 1996.
- Schaffmeister dkk, *Hukum Pidana*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 2011.
- S. Prajudi Atmosudirjo, *Hukum Administrasi Negara*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1994.
- Tri Cahya Indra Permana, dalam tesisnya berjudul *Pengujian Keputusan Diskresi oleh Pengadilan Tata Usaha Negara*, www.eprints.undip.ac.id/25016/1/TRI_CAHYA_INDR_A_PERMANA.pdf.
- Yopie Morya Immanuel Patiro, *Diskresi Pejabat Publik dan Tindak Pidana Korupsi*, Keni Media, Bandung, 2012.

Opini

Tuntutan Pengembalian Harta Benda yang Dibeli Selama Terjadinya Hubungan diKekaguman dan Kritik atas Pemikiran Satjipto Rahardjo

Pendahuluan

Siapa ahli hukum di Indonesia yang di sepanjang hidupnya dengan disiplin membicarakan arti penting *the conscience of the court* (hati nurani pengadilan)? Siapa pula ahli hukum yang “meneriakkan” tentang nilai moral harus terkandung di dalam hukum? Dia adalah Satjipto Rahardjo (almarhum). Guru besar Ilmu Hukum dengan spesialisasi Sosiologi Hukum ini menjadi ahli hukum yang termasyur di Indonesia dalam lima tahun terakhir.

Satjipto menjadi guru dari banyak ilmuwan hukum di Indonesia. Dedikasinya dalam mengembangkan teori Hukum Progresif¹ membuahkan semacam mazhab yang terus dikembangkan oleh para mahasiswanya di Universitas Diponegoro (Undip), kampus tempat ia mengajar dahulu, hingga merambat ke kampus lainnya. Satjipto hadir dengan gugatannya atas lacur para penegak hukum di negeri ini. Baginya, yang paling hakiki itu adalah pengutamaan terhadap substansi, bukan prosedur dan birokrasi, dalam ikhtiar menggapai keadilan. Prosedur dan birokrasi, baginya, potensial menjadi dalih para penegak hukum yang tidak bermoral untuk melakukan kejahatannya.

Tjip, begitu ia disapa, bahkan menyarankan penegak hukum agar tidak takut melakukan “*rule breaking*” (penerobosan aturan) dalam merespons dinamika sosial yang selalu bergerak meninggalkan aturan hukum yang beku. Untuk menguatkan pendapatnya, Tjip mengambil contoh seorang Hakim Mahkamah Agung Amerika Serikat, John Marshall, yang mendeklarasikan kewenangan Mahkamah Agung Amerika Serikat untuk membatalkan undang-undang yang dibuat Kongres.² Ketika hal ini dijalankan oleh John Marshall, Amerika belum memiliki peraturan yang melegitimasi hal itu. Inisiatif John Marshall ini berkontribusi atas lahirnya *judicial-review*.

Satjipto, dengan Hukum Progresif-nya, hendak menjawab kejenuhan masyarakat yang miris hatinya menyaksikan serial penegakan hukum yang digambarkan begitu perkasa terhadap “orang kecil” namun begitu lisut menghadapi pemilik kekuasaan/modal. Sebagai contoh, kasus Minah yang mengambil 3 butir kakao dan kasus Kholil bersama Basar yang mengambil semangka. Mereka semua harus merasakan sesaknya udara sel tahanan dan harus memikul stigma sebagai pencuri akibat vonis irasional yang menyatakan mereka bersalah.

1 Jika memang Hukum Progresif dapat disebut teori. Karena, Satjipto menolak pengungkungan penerapan hukum oleh dogma dan teori. Lihat Satjipto Rahardjo, *Mempercepat Reformasi*, Kompas, 23 Juni 2003.

2 Satjipto Rahardjo, *Penegakan Hukum Progresif*, (2010). Hlm. 169.

Sementara, untuk kasus korupsi misalnya, vonis yang dijatuhkan didominasi dengan vonis bebas/lepas. Media Metro Tv pada 29 Agustus 2013, mengulas secara khusus mengenai hal ini. Ulasan yang diberi judul “Darurat Hakim Tipikor” itu menyebut selama 3,5 tahun perjalanan Pengadilan Tipikor, terdapat 328 kasus vonis bebas dan vonis kurang dari satu tahun. Sementara, putusan penjara di atas 10 tahun hanya berjumlah lima kasus. Melihat contoh kasus ini, kita menjadi mengerti mengapa Satjipto menekankan pentingnya *the conscience of the court*.³

Satjipto gelisah melihat pengadilan yang dijalankan minus hati nurani. Dia menuliskan kegelisahannya dalam artikel yang dimuat di kolom Opini, Kompas, dengan membubuhkan judul “Kediktatoran Pengadilan” pada tulisannya.⁴ Pengadilan seharusnya beroperasi untuk mewakili dan mendengar suara rakyat. Yang berlangsung selama ini, pengadilan absen dalam melihat fakta bahwa memang ada relasi kuasa yang tidak seimbang ketika rakyat kecil terseret dalam kasus hukum. Baginya, pengadilan perlu mendengar mereka, orang-orang yang *unrepresented* (tidak terwakilkan) dan *under-represented* (kurang terwakilkan), yang merindukan persamaan kedudukan di dalam hukum.

Apa yang didalilkan Satjipto dapat menjadi refleksi moral bagi siapa saja baik penegak hukum, akademisi, mahasiswa Ilmu Hukum, bahkan orang awam. Baginya, moral orang yang menerapkan hukum jauh lebih berpengaruh terhadap pencapaian keadilan daripada penyusunan sekumpulan peraturan hukum yang lengkap. Penegak hukum harus berani mengatakan “salah” untuk yang memang salah dan mengatakan “benar” untuk yang benar.

Namun selain dengan integritas, sebagaimana yang dikehendaki Satjipto, hendaklah kita berhukum dengan nalar kritis. Maka, tulisan ini tidak semata menunjukkan kekaguman atas pemikiran Satjipto, namun juga mencoba menampilkan kritik atasnya.

Sinisme Satjipto atas Hukum

Saya menggunakan kata sinisme di sini karena dari berbagai tulisan Satjipto, kita dapat menangkap satu nuansa penihilan atas hukum. Ia mengasosiasikan hukum sebagai Hukum Modern. Hukum modern, dipandanginya, sebagai pranata hukum yang tidak tumbuh dari budaya Indonesia, melainkan dari kebudayaan liberal. Mari lihat pendapat Satjipto di bawah ini:

Hukum Modern memiliki berbagai kelebihan dibanding dengan hukum tradisional, tetapi keunggulannya juga terbatas. Salah satu keterbatasan adalah keterkaitannya yang kuat kepada prosedur serta format-format. Dalam konteks arsitektur yang demikian itu, **maka keadilan menjadi susah didapat, oleh karena hukum modern sudah semakin menjadi teknologi belaka.** Sebagai teknologi, maka prestasi dan kinerja hukum akan banyak ditentukan oleh manusia yang mengoperasikan teknologi itu. Di sinilah letak tragedi hukum modern. Ketika masyarakat mendambakan kehadirannya sebagai lembaga yang memberikan keadilan, masyarakat sepertinya hanya melihat operator-operator hukum yang sibuk saja.⁵

3 Tulisan Satjipto Rahardjo yang menyinggung persoalan *The Conscience of the Court* dapat dilihat di opini Kompas yang berjudul *Penegakan Hukum Progresif*, Kompas, 15 Juli 2002.

4 Satjipto Rahardjo, *Kediktatoran Pengadilan*, Kompas, 23 April 2001.

5 Satjipto Rahardjo, *Penegakan Hukum ke Jalur Lambat*, Kompas, 19 Juli 1999.

Satjipto juga mengatakan bahwa hukum tertulis itu cacat sejak dilahirkan. Penyebabnya, rumusan kata dalam undang-undang tidak akan pernah mampu mencakup seluruh unsur ideal yang muncul dan hidup dalam perkembangan sosial. Maka, seketika hukum itu dibekukan menjadi hukum tertulis, seketika itu juga hukum itu cacat. Ini mengingatkan kita pada adagium *lex dura sed tamen scripta* (hukum itu keras dan kaku, begitulah sifat tertulis itu).⁶ Dalam artikel yang lain, Satjipto mengatakan bahwa semenjak kemunculan hukum modern 200 tahun lalu, hubungan antara hukum dan keadilan jadi semakin rumit.

Satjipto juga mengkritik prinsip *the Rule of Law*. Ia mengatakan bahwa prinsip itu hanya berkehendak untuk melindungi individu dan mengunggulkan kemerdekaan individu. Baginya, teori *the Rule of Law* bersifat liberal dan menyatu menjadi hukum modern. Hukum modern merupakan salah satu objek kritisisme dari Satjipto. Hukum modern disebutnya sebagai sesuatu yang artifisial.⁷ Maka silogismenya ialah kritik atas hukum modern berarti kritik terhadap *the Rule of Law*.

Kritik Satjipto juga dialamatkan kepada penerapan hukum di Amerika Serikat, yang disebutnya sebagai pranata yang hanya memberi ruang bagi pencari kemenangan, bukan keadilan. Kasus pembunuhan O.J Simpson kerap disebutnya sebagai pencorengan terhadap keadilan di Amerika. Hukum modern memiliki segudang kelemahan dan potensi besar untuk “dimain-mainkan”⁸ demi mencari keuntungan sendiri.

Mengkritisi Satjipto dengan *the Rule of Law*

The Rule of Law tidak luput dari kritik Satjipto Rahardjo. Baginya, prinsip ini merupakan prinsip yang tidak lahir dari budaya negeri ini, melainkan lahir dari budaya liberal yang mengagungkan hak individu. Satjipto tidak sama sekali keliru karena teori *the Rule of Law* (TRL) yang pertama kali dicetuskan oleh A.V. Dicey ini memang lahir dalam konteks sosial ketika prinsip *laissez faire* dan hak-hak individu sedang dalam masa memuncak di Inggris. Namun, tidak tepat jika pelaksanaan TRL lantas senantiasa dilekatkan dengan konteks sosial di atas, jika sementara Bryan Tamanaha saja mengatakan TRL tidak memiliki satu persetujuan mengenai apa definisi sebenarnya dari teori ini.⁹

Menurut hemat penulis, tiada mengapa jika satu teori lahir dalam satu konteks sosial tertentu (katakanlah konteks ketika masa individualisme berjaya), asalkan dalam praktiknya, nilai individualisme dimaksud tidak lantas memunculkan ketidakadilan baru dengan memberi ruang besar atas hegemoni individu yang menindas masyarakat. Kita bisa mengkritisi lebih lanjut mengenai apakah TRL memunculkan eksese bagi penegakan hukum di Indonesia, dengan melihat pendapat Dicey dalam menjabarkan apa itu TRL. Dicey mengatakan bahwa TRL adalah supremasi atau pengutamaan hukum, yang berlawanan dengan kekuasaan semena-mena.¹⁰

6 Satjipto Rahardjo, *Penegakan Hukum*.... Hlm. 10.

7 Satjipto Rahardjo, *Supremasi Hukum yang Benar*, Kompas, 6 Juni 2002.

8 Kata yang dipakai Satjipto Rahardjo dalam tulisannya. *Ibid*.

9 Bryan Z. Tamanaha, *On the Rule of Law*, Inggris, (2004), hlm. 4.

10 “It means in the first place, the absolute supremacy or predominance of regular law as opposed to the influence of arbitrary power”. A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, (1982), hlm. 42.

Di dalam TRL, tiap individu dipandang sama di depan hukum, tidak memandang ras, kelas sosial, gender dan lainnya. Bahkan, pejabat pemerintah yang membuat hukum pun diikat dan tunduk pada hukum. Marjanne Termorshuizen-Artz merumuskan empat komponen dalam TRL,¹¹ yakni:

1. Pemerintah dibatasi oleh hukum;
2. Legal formal yang bersifat umum, jelas, diketahui publik, prospektif, dan dapat diprediksi;
3. Perlindungan hak individu;
4. Pencegahan terhadap akumulasi kekuasaan.

Dari empat komponen di atas, memang terdapat syarat untuk melindungi hak individu. Namun, sebenarnya, nilai perlindungan individu dimaksud tidak berifat membahayakan masyarakat. Marjanne menjabarkan perlindungan individu dimaksud sebagai perlindungan dari dicabutnya nyawa seseorang, dicabutnya kebebasan, dan dicabutnya properti seseorang tanpa satu proses hukum yang benar. Artinya, hak individu di sini berlaku absolut sekaligus relatif. Absolut dalam arti, tanpa proses hukum yang benar maka hak individu itu akan tetap menjadi hak si individu. Menjadi relatif karena ada proses hukum yang dapat mencabut hak-hak individu tersebut jika memang diatur di dalam aturan hukum yang benar. Dengan demikian, menolak penerapan TRL berarti membuka ruang bagi tidak terbatasnya penggunaan kekuasaan oleh penguasa.

Hukum Progresif yang Belum Elaboratif

Satjipto hadir dengan pengejawantahan berbagai pemikirannya ke dalam satu konsep yang dikenal dengan Hukum Progresif. Secara sederhana, aliran hukum ini ingin mengutamakan pencapaian keadilan dengan tidak dipaku oleh aturan-aturan yang kaku. Baginya, hukum itu untuk manusia, bukan sebaliknya. Menegakan teks perundang-undangan bukan tujuan teleologis bagi Hukum Progresif. Satjipto mendekati persoalan hukum positif ini dengan kacamata sosiologi.

Yang menjadi persoalan dalam memahami apa itu Hukum Progresif ialah tidak ada literatur yang ditulis Satjipto untuk mengulas secara komprehensif apa Hukum Progresif itu. Misalnya, di dalam buku berjudul *Penegakan Hukum Progresif* (2010) atau *Membedah Hukum Progresif* (2006), tidak ada elaborasi teoritis mengenai Hukum Progresif. Kedua buku ini merupakan buku yang memuat kembali tulisan Satjipto Rahardjo yang berserak di media massa seperti Kompas. Kumpulan artikel tidak bisa dideduksi hingga membuahakan satu pemahaman tentang Hukum Progresif.

Penempatan kata “progresif” dalam judul buku tersebut memang terdengar sungguh progresif. Namun sekaligus memiliki bahaya karena banyak pihak yang memahami substansi pemikiran Satjipto sebagai legitimasi untuk tidak tunduk dan terkungkung oleh hukum positif dan prosedur-prosedur di dalamnya. Dalam beberapa diskursus hukum misalnya, hukum tertulis didakwa oleh para penganut Hukum Progresif sebagai penyebab dari kesemrawutan penegakan hukum. Akibatnya, yang mengetren kini ialah jika satu peristiwa hukum terjadi, sementara penegak hukum atau institusi penegak hukum dipandang secara subjektif bekerja

11 Marjanne Termorshuizen-Artz, *the Rule of Law*, Jentera edisi 3, November 2004.

tidak sesuai dengan yang diharapkan seseorang/sekelompok orang, maka penegak hukum atau institusi penegak hukum tersebut akan dikategorikan tidak progresif.

Sementara, W. Friedman memandang bahwa di satu sisi, positivisme itu berusia sama tuanya dengan filsafat. Friedman mendeduksi hal ini dari perdebatan dua jenis pemikir yang mana satu jenis melihat dunia dari sudut pandang konsep dan ide secara a priori dan di jenis yang lain memandang bahwa ada sesuatu yang mendahului konsep/ide. Di sisi lain, Friedman juga mengamini bahwa elaborasi positivisme berkembang pesat ketika perkembangan sains juga sedang berkembang pesat.¹² Filsafat merupakan ibu dari ilmu pengetahuan. Dengan panjangnya lintasan waktu yang dihadapi, filsafat dan positivisme tentu memiliki keistimewaan yang membuat mereka dapat bertahan. Namun, bukan berarti tulisan ini ingin mengatakan bahwa positivisme dan positivisme hukum itu tidak dapat dikritik.

Maksud dari mengemukakan pendapat Friedman di sini ialah bahwa kritik Satjipto Rahardjo terhadap positivisme hukum tidak dapat dituntaskan hanya melalui artikel-artikel yang terpecar. Kritik terhadap positivisme hukum ialah proyek yang cukup serius yang sangat jarang pernah dilakukan oleh ilmuwan hukum di Indonesia. Memandang positivisme hukum dibangun oleh dasar pikir sejak masa lampau dan mengingat bahwa Satjipto menolak satu konsepsi hukum yang bukan berasal dari budaya Indonesia, maka tentu saja Satjipto memerlukan tenaga, pemikiran, dan kedisiplinan yang tidak kecil agar dapat sukses menghasilkan satu pemikiran hukum yang paripurna.

Hal itu tentu saja muskil terjadi, karena Satjipto telah berpulang. Tulisan ini sebenarnya berangkat dari seruan beliau sendiri yang menuntut nalar kritis dalam menegakan hukum. Kritisme sederhana ini tidak lantas mengurangi kekaguman penulis terhadap seorang Satjipto Rahardjo.

Daftar Pustaka

- Rahardjo Satjipto, *Penegakan Hukum Progresif*, Jakarta, Penerbit Buku Kompas, 2010.
- Tamanaha, Bryan Z, *On the Rule of Law*, Inggris, Cambridge University Press, 2004.
- Dicey, A.V, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Indianapolis, Liberty Fund, 1982.
- Termorshuizen-Artz, Marjanne, *the Rule of Law*, Jentera edisi 3, November 2004.

Artikel Media Massa

- Rahardjo Satjipto, *Mempercepat Reformasi*, Kompas, 23 Juni 2003.
- Rahardjo Satjipto, *Penegakan Hukum Progresif*, Kompas, 15 Juli 2002.
- Rahardjo Satjipto, *Kediktatoran Pengadilan*, Kompas, 23 April 2001.
- Rahardjo Satjipto, *Penegakan Hukum ke Jalur Lambat*, Kompas, 19 Juli 1999.
- Rahardjo Satjipto, *Supremasi Hukum yang Benar*, Kompas, 6 Juni 2002.

¹² W. Friedman, *Legal Theory (fifth edition)*, (2002), hlm. 253.

PENALARAN DAN PENEMUAN HUKUM¹

Dalam tradisi *civil law system*, norma positif dalam peraturan perundang-undangan dipandang sebagai sumber hukum formal yang utama. Para pembentuk undang-undang, pada umumnya berkeyakinan bahwa ketentuan yang mereka rumuskan sudah mengakomodasi dan mengantisipasi pelanggaran-pelanggaran hukum terkait dengan substansi yang diatur oleh peraturan tersebut. Namun pada kenyataannya, hukum selalu berjalan tertatih di belakang peristiwa konkret. Peraturan perundang-undangan akan tertinggal oleh fakta yang mendahuluinya seiring dengan perubahan sosial yang terjadi di masyarakat.

Hal ini sering mengakibatkan *legal gap* (kesenjangan hukum) antara hukum yang hidup di tengah masyarakat dengan hukum yang tertulis di atas kertas. Pada kondisi inilah hakim memainkan peran yang amat signifikan untuk “mengisi” celah tersebut melalui putusan yang mengandung penemuan hukum. Penemuan hukum oleh hakim tidak dapat dipisahkan dari penalaran hukum, karena penemuan hukum itu sendiri lahir dari aktivitas penalaran hukum. Penemuan hukum yang dilakukan hakim harus tercermin dalam pertimbangan putusan

Demikian kesimpulan diskusi “Penalaran Hukum dan Penemuan Hukum” yang dilaksanakan Lembaga Kajian dan Advokasi untuk Independensi Peradilan (LeIP) bersama Forum Diskusi Hakim Indonesia (FDHI) di Indonesia Jentera School of Law, Jakarta, Sabtu (5/10/2013). Diskusi tersebut menghadirkan pakar Filsafat Hukum, Dr. Shidarta, sebagai pembicara. Hadir juga para anggota FDHI, peneliti LeIP, jaringan LSM, serta beberapa media.

Menurut Shidarta, putusan hakim harus memuat pertimbangan-pertimbangan yang bisa diterima secara nalar di kalangan institusi kehakiman, forum ilmu pengetahuan hukum, masyarakat luas, dan para pihak yang berperkara. Hakim, lanjut Shidarta, perlu mencermati apakah putusannya berpotensi untuk dikoreksi atau dibatalkan oleh rekan-rekannya di jenjang pengadilan berikutnya. Hakim juga perlu mencermati apakah putusannya sejalan dengan doktrin ilmu pengetahuan hukum. Pada gilirannya, putusan itu pun wajib memperhatikan tanggapan masyarakat luas, dan dalam hidup yang lebih spesifik juga perlu mendapatkan tanggapan dari mereka yang terlibat langsung di dalam perkara itu.

Putusan yang berkualitas lahir dari hasil penalaran hukum. Menurut Shidarta, terdapat lima langkah penalaran hukum. Pertama, mengidentifikasi fakta. Hal ini dilakukan untuk menghasilkan suatu struktur kasus yang sungguh diyakini oleh hakim sebagai kasus yang riil terjadi. Hakim akan melakukan identifikasi atas setiap versi kasus itu dengan membuang keterangan-keterangan yang irelevan, sehingga ia sampai pada keyakinan tentang posisi kasus yang sesungguhnya, yang disebut sebagai struktur kasus atau struktur fakta.

1 Diintisarikan oleh Alfeus Jebabun.

“Jadi hakim dihadapkan pada dialektika informasi yang disodorkan masing-masing pihak, agar ia dapat membuat sintesis tertentu yang dapat dijadikan sebagai sumber “otonom” bagi yang bersangkutan ketika menyelesaikan kasus tersebut”, katanya.

Kedua, hakim melakukan pengkualifikasian dengan menerjemahkan kasus itu ke dalam peristilahan yuridis. Fakta-fakta yang dikemukakan para pihak umumnya diformulasikan dalam simbol. Misalnya, mengambil milik orang lain dengan maksud dimiliki secara melawan hukum, diberi kualifikasi sebagai pencurian. Menghilangkan nyawa orang lain sebagai pembunuhan. Namun, Shidarta mengingatkan, pengkualifikasian tersebut dapat mudah dilakukan apabila kasus yang dihadapi strukturnya sederhana. Terhadap kasus yang kompleks, misalnya tindak pidana yang bersifat konkursus, pengkualifikasian itu menjadi rumit. Hal ini bisa diatasi dengan langkah ketiga, menyeleksi sumber hukum dan aturan hukum yang relevan. Terhadap kasus yang kompleks, terkadang sumber hukumnya tidak dapat diacu secara cepat, sehingga dibutuhkan penyeleksian aturan-aturan secara lebih tepat dan dilakukan secara hati-hati. Apabila ada sumber-sumber hukum yang kontradiktif, hakim harus mengambil sikap melalui pendekatan sistem. Dalam hal ini, asas-asas hukum dapat digunakan untuk membantu mencari pemecahan dari situasi kontradiksi itu.

Keempat, menghubungkan struktur aturan dengan struktur kasus dan mencari alternatif-alternatif penyelesaian yang mungkin. Dalam kasus yang kompleks (*hard case*), hakim atau majelis hakim sangat mungkin memiliki lebih dari satu alternatif jawaban atas masalah yang ditanganinya. Setiap aturan, secara deduktif akan melahirkan minimal satu jawaban. Tiap-tiap alternatif harus diverifikasi dengan argumentasi yang tepat. Kerjasama antara hakim-hakim yang duduk dalam satu majelis diuji dalam langkah keempat ini. Hakim yang baik harus menerima apabila argumentasi yang diajukannya dikritik oleh rekannya. Bahkan ia pun wajib mengkritisi penalarannya sendiri. Namun demikian, mengingat profesi hakim yang independen, hakim yang bersikeras mempertahankan alternatif lain di luar putusan rekan-rekannya, harus tetap dihormati, dan argumentasinya dimuat dalam putusan berupa *dissenting opinion* ataupun *concurring opinion*.

Kelima, menetapkan pilihan atas salah satu alternatif untuk diformulasikan sebagai putusan akhir. Putusan hakim menunjukkan keterampilan dan seni bernalar praktis. Putusan yang baik, yang mempersiapkan diri agar dapat menjadi bahan diskursus publik, akan memperhatikan penggunaan terminologi hukum dan pemaknaannya secara tepat. Dalam formulasi putusan ini, teknik menguraikan pembuktian menjadi sisi yang paling penting. Dengan demikian, putusan hakim harus dilengkapi dengan pertimbangan dan argumentasi yang tepat, runtut, dan proporsional, sehingga bisa menggambarkan keterampilan dan seni bernalar dari si penyusun putusan.

Menurut Shidarta, untuk memastikan terdapat pertimbangan-pertimbangan, hakim terutama diwajibkan memperagakan penalarannya melalui serangkaian silogisme. Hal ini diperlukan untuk memastikan ketepatan pemahaman hakim terhadap struktur aturan. Hal ini menjadi penting terutama jika terdapat beberapa pasal yang dijadikan pijakan sekaligus. Menyembunyikan silogisme justru akan membuat putusan itu kehilangan nilainya sebagai *motivering vonis* dan terdorong kepada kesesatan yang berbahaya, di mana *jumping conclusion* akan terjadi.

Biodata Anotator dan Penulis

Eddy O.S. Hiariej

Penulis lahir di Ambon 10 April 1973 dengan nama Edward Omar Sharif Hiariej. Meraih gelar Sarjana hingga Doktor dari Universitas Gadjah Mada. Menjadi staf pengajar Fakultas Hukum UGM sejak tahun 1999 dan memperoleh gelar sebagai Guru Besar Hukum Pidana Fakultas Hukum UGM sejak tanggal 1 September 2010. Mengampu mata kuliah - mata kuliah yang berkaitan dengan hukum pidana dan teori hukum, pengantar hukum, hukum teknologi, serta tentang Hak Asasi Manusia. Pernah mengikuti 32 *Study Session Human Rights Short Course* dan 29 *Study Session Human Rights Teaching* di Strasbourg, Perancis pada tahun 2001. *Foreign Observer, General Election in Philipina*, tahun 2001. Dialog East Asia Common Space In South Korea, tahun 2004. Sampai dengan saat ini lebih dari 100 karya tulis ilmiah dan artikel telah dimuat dalam majalah ilmiah dan berbagai media cetak. Beberapa buku yang pernah ditulis bersama adalah *Curah Gagas Dari Bulaksumur : Meluruskan Jalan Reformasi*, tahun 2003. *Rekomendasi Untuk Presiden*, tahun 2004. Berbagai penelitian juga telah dilakukan seperti penelitian mengenai implikasi reposisi TNI – Polri Dalam Bidang Hukum pada tahun 2000.

Nanda Tanjung

Seusai menamatkan studi Ilmu Hukum di Universitas Islam Sultan Agung, Semarang, Nanda langsung bergabung dengan YLBHI-LBH Semarang, pada 2010. Nanda bergerak dalam advokasi perburuan. Sebagai seorang advokat, ia berkeyakinan bahwa advokat memiliki tanggung-jawab kemanusiaan untuk berkontribusi terhadap perlindungan hak kaum terpinggirkan. Beberapa kasus yang diadvokasinya seperti kasus pembangunan PLTU di Batang, Jawa Tengah dan beberapa kasus pemutusan hubungan kerja di Jawa Tengah.

Ariehta Eleison Sembiring

Pendidikan Ilmu Hukum ditempuhnya di Universitas Katolik Soegijapranata, Semarang. Semasa mahasiswa, sempat dikirim mewakili kampusnya pada Konferensi Mahasiswa Universitas Kristen-Katolik Se-Asia (ACUCA) di Keimyung University, Korea Selatan dan World-Harvard Model United Nations di National University of Singapore, Singapura. Setelah tamat, ia bergabung dengan YLBHI-LBH Semarang di bawah Divisi Lingkungan Hidup. Kini, ia menjadi Peneliti di LeIP.