
**POTENSI PENYALAHGUNAAN KEWENANGAN OLEH PEJABAT
ADMINISTRASI NEGARA DALAM PENGAMBILAN DAN
PELAKSANAAN KEBIJAKAN PUBLIK
(*POTENTIAL FOR ABUSE OF AUTHORITY BY
THE ADMINISTRATIVE OFFICERS
OF THE STATE OF PUBLIC POLICY MAKING AND EXECUTION*)**

**Ujang Charda S.
Dosen Tetap Fakultas Hukum Universitas Subang (UNSUB)
E-mail : jurnal@sthb.ac.id**

Abstract

The potential abuse of power that motivated malicious intent would be to have the perfection that is attached to the power, because the positions of power can do anything with a plea for and on behalf of its authority under the legislation. Therefore, the act of state administration in upholding the rule of law requires for its implementation, otherwise the power itself is determined by the legal limits. To that end, the law and the power of an absolute element in a society of law in the sense of community that is governed by law and that any act or authority is not misused.

Keywords : legitimasi – administrasi negara – kebijakan public

A. PENDAHULUAN

Indonesia sebagai negara yang berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, maka segala aspek kehidupan dalam bidang kemasyarakatan, kebangsaan, dan kenegaraan termasuk pemerintahan harus senantiasa berdasarkan atas hukum.¹ Hal ini merupakan perwujudan dari asas legalitas di bidang hukum administrasi negara yang menurut H.D. Stout memiliki makna “pemerintah tunduk kepada undang-undang”² atau “asas legalitas menentukan,

bahwa semua ketentuan yang mengikat warga negara harus berdasarkan pada undang-undang”.³ Asas legalitas menjadi dasar legitimasi tindakan pemerintahan dan jaminan perlindungan hak-hak rakyat yang dijamin dalam UUD 1945, oleh karena penerapan asas legalitas akan menunjang berlakunya kepastian hukum dan kesamaan perlakuan.⁴

Dalam kaitan tersebut, pemerintah berwenang melakukan pembentukan undang-undang dan peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang yang secara materiil mengikat

¹ Lihat Pasal 1 ayat (3) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

² H. D. Stout dalam Ridwan HR., *Hukum Administrasi Negara*, RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2006, hlm. 65.

³ *Ibid.*, hlm. 66.

⁴ Eni Rohyani, “Kriminalisasi Perbuatan Administrasi Negara”, *Seminar Nasional Kriminalisasi Kebijakan*, Diselenggarakan oleh Program Doktor Ilmu Hukum PPs UNISBA, Hotel Preanger Bandung, 5 Juni 2010, hlm. 1.

umum; penetapan *beschikking* yang bersifat individual, konkret, dan final;⁵ pelaksanaan tindakan administrasi yang nyata dan aktif; dan pelaksanaan fungsi administrasi dalam hal banding administrasi.⁶ Di samping itu, pemerintah memiliki kewenangan *freis ermessen*, yaitu kewenangan untuk membuat peraturan atas inisiatif sendiri terutama dalam menghadapi persoalan genting yang belum ada peraturannya, serta kekuasaan untuk menafsirkan sendiri berbagai aturan yang bersifat enumeratif.⁷

Kewenangan tersebut diberikan dengan kesadaran, bahwa pembuat undang-undang tidak mampu merinci atau mengkaji setiap masalah yang timbul secara detail, sehingga pemerintah harus mengembangkan inisiatif sendiri dan sikap visioner agar mampu menyelesaikan permasalahan yang dihadapi. Ukuran, bahwa perbuatan atau tindakan yang dilakukan oleh pemerintah daerah bukan penyalahgunaan wewenang, berarti perbuatan itu harus *wetmatig, rechtmatig, dan doelmatig*.⁸

Di dalam praktik penyelenggaraan negara, tidak jarang perbuatan atau tindakan hukum administrasi negara yang dilakukan oleh pejabat pemerintah yang dimaksudkan untuk memberikan perlindungan terhadap masyarakat atau untuk mengatasi kegentingan yang memaksa, menimbulkan pelanggaran atau penyimpangan dan/atau menimbulkan kerugian terhadap keuangan negara yang

oleh hakim, jaksa, polisi, dan KPK dikualifikasikan sebagai tindak pidana korupsi, sehingga berakibat pada penjatuhan sanksi pidana dan sanksi administratif berupa pemberhentian atau pemecatan pejabat pemerintah dari kedudukannya sebagai pegawai negeri. Hal ini membawa implikasi yang sangat serius, karena menimbulkan fenomena ketakutan, keengganan, dan keraguan pejabat negara untuk melakukan tindakan atau perbuatan hukum administrasi, sehingga mempengaruhi kinerja aparat pemerintah dan mengganggu penyelenggaraan pemerintahan secara keseluruhan.

Hal tersebut menimbulkan dua kubu antara yang pro dan yang kontra. Kubu pro mengatakan, bahwa sebuah kebijakan khususnya kebijakan pejabat administrasi negara tidak boleh atau tidak dapat dipidanakan, karena berada pada rezim hukum administrasi negara.⁹ Sementara kubu yang kontra mengatakan, bahwa sebuah kebijakan yang diambil oleh seorang pejabat publik dapat saja dipidanakan dalam arti menjadi sebuah tindak pidana apabila memang kebijakan yang diambil tersebut berpotensi merugikan keuangan negara atau memang disengaja sebagai modus untuk melakukan kejahatan, dalam hal ini misalnya melakukan tindak pidana korupsi dengan berlindung di balik legalitas pengambilan keputusan sebuah kebijakan tersebut. Dengan kata lain, sebuah kebijakan dapat

⁵ Pasal 1 angka 3 UU Nomor 5 Tahun 1986.

⁶ *Idem*.

⁷ *Idem*.

⁸ *Idem*.

⁹ Edi Setiadi, "Kriminalisasi Kebijakan dan Bekerjanya Hukum Pidana", *Seminar Nasional Kriminalisasi Kebijakan*, Diselenggarakan oleh Program Doktor Ilmu Hukum PPs UNISBA, Hotel Preanger Bandung, 5 Juni 2010, hlm. 1.

dipidanakan apabila dapat ditemukan *criminal mind* dari kebijakan tersebut.¹⁰

Membahas kebijakan negara (*staatsbeleid*), penyalahgunaan wewenang (*detournement de pouvoir*) yang merupakan bahasan Hukum Administrasi Negara, kemudian dimanfaatkan oleh Hukum Pidana, misalnya tertuang dalam unsur “menyalahgunakan wewenang” (Pasal 1 ayat (1) b Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1971 jo. Pasal 3 Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999), unsur “melawan hukum” (Pasal 1 ayat (1) huruf a Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1971 jo. Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999), unsur “dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian Negara” Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 jo. Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001.

Apabila melihat karakteristik dan modus operandi dari suatu tindak pidana korupsi, maka dapat dijelaskan bahwa kecenderungan seorang pejabat publik terkena kasus korupsi dapat saja terjadi karena tindak pidana korupsi salah satu karakteristiknya adalah akal-akalan, penyembunyian kenyataan, misleading dan pada dimensi kejahatan yang selalu menggunakan kekuasaan dan pada ruang lingkup jabatan serta pekerjaannya.¹¹

A. PEMBAHASAN

1. Legitimasi Kewenangan Pejabat Administrasi Negara

Secara historis, asas pemerintahan berdasarkan undang-undang itu berasal dari pemikiran abad ke-19 yang berjalan

seiring dengan keberadaan negara hukum klasik atau negara liberal (*de liberale rechtsstaatidee*) dan dikuasai oleh berkembangnya pemikiran hukum legalistik-positivistik, terutama pengaruh aliran hukum legisme yang menganggap hukum hanya apa yang ditulis dalam undang-undang.¹² Oleh karena itu, undang-undang menjadi sendi utama penyelenggaraan pemerintahan dengan asas legalitas sebagai sentral atau fundamen dari negara hukum.

Asas legalitas berkaitan erat dengan gagasan demokrasi dan gagasan negara hukum. Gagasan demokrasi menuntut setiap bentuk undang-undang dan berbagai keputusan mendapat persetujuan dari wakil rakyat dan sebanyak mungkin memperhatikan kepentingan rakyat.¹³ Asas legalitas menjadi dasar legitimasi tindakan pemerintah dalam menjamin perlindungan hak-hak rakyat, bahkan Sjachran Basah mengemukakan, bahwa asas legalitas merupakan upaya mewujudkan duet integral secara harmonis antara paham kedaulatan hukum dan paham kedaulatan rakyat berdasarkan prinsip monodualistis selaku pilar-pilar yang sifat hakikatnya konstitutif¹⁴ dan penerapan asas legalitas akan menunjang berlakunya kepastian hukum dan kesamaan perlakuan.¹⁵

Setiap penyelenggaraan kenegaraan dan pemerintahan harus memiliki legitimasi, yaitu kewenangan yang diberikan undang-undang.¹⁶ Dengan

¹⁰ *Idem.*

¹¹ *Idem.*

¹² Ridwan HR., *Hukum ... Op. Cit.*, hlm. 95.

¹³ *Ibid.*, hlm. 96.

demikian, kewenangan tersebut pada dasarnya tidak terdapat kebebasan dalam arti yang seluas-luasnya atau bebas tanpa batas dalam suatu negara hukum. Oleh karena itu, substansi asas legalitas adalah wewenang, yaitu kemampuan untuk melakukan tindakan-tindakan hukum tertentu.¹⁷ Kewenangan memiliki kedudukan penting dalam kajian dalam kajian Hukum Tata Negara dan Hukum Administrasi Negara, sehingga F.A.M. Stroink dan J.G. Steenbeek menyebutnya sebagai konsep inti dalam Hukum Tata Negara dan Hukum Administrasi Negara.¹⁸ Kewenangan di dalamnya terkandung hak dan kewajiban.¹⁹

Seiring dengan pilar utama negara hukum, yaitu asas legalitas, berdasarkan prinsip ini tersirat wewenang pemerintahan yang bersumber dari peraturan perundang-undangan, artinya sumber wewenang bagi pemerintah adalah peraturan perundang-undangan. Secara teoritis, kewenangan yang bersumber dari peraturan perundang-undangan tersebut diperoleh melalui tiga cara, yaitu atribusi, delegasi, dan mandat. Atribusi adalah pemberian wewenang pemerintahan oleh pembuat undang-undang kepada organ pemerintahan, delegasi adalah pelimpahan wewenang pemerintah dari satu organ pemerintah kepada organ pemerintahan lainnya, sedangkan mandat terjadi ketika organ pemerintahan mengizinkan

kewenangannya dijalankan oleh organ lain atas namanya.²⁰

Peraturan perundang-undangan harus menjadi sumber wewenang bagi setiap tindakan pemerintah dan dasar bagi pemerintah untuk melakukan perbuatan hukum publik adalah adanya kewenangan (*bevoegdheids*). Melalui kewenangan yang bersumber pada peraturan perundang-undangan tersebut pemerintah melakukan tindakan hukum dan pemberian wewenang tersebut harus dinyatakan secara tegas dalam peraturan perundang-undangan. Dalam Hukum Administrasi Negara yang dilekati dengan kewenangan atau penyandang hak dan kewajiban hukum publik adalah jabatan, hal ini berbeda dengan hukum privat adalah kecakapan bertindak (*bekwaamheid*) dari subjek hukum.

Pengertian jabatan ini adalah fiksi dalam hukum, oleh karena jabatan dilaksanakan oleh pejabat, yaitu manusia yang menduduki jabatan itu agar berjalan secara nyata. Jabatan merupakan subjek hukum, yaitu pendukung hak dan kewajiban yang tidak terpisahkan dari pejabat yang menjabat jabatan tersebut. Jabatan diberikan wewenang agar dapat menjamin kesinambungan hak dan kewajiban. Tanggung gugat sehubungan dengan suatu perbuatan hukum publik adalah pada jabatan. Dengan demikian, gugatan dalam sengketa tata usaha negara ditujukan kepada pejabat yang membuat

¹⁴ Sjachran Basah dalam *Ibid.*, hlm. 97.

¹⁵ Indroharto dalam *Idem.*

¹⁶ *Ibid.*, hlm. 100.

¹⁷ *Ibid.*, hlm. 101.

¹⁸ *Idem.*

¹⁹ *Ibid.*, hlm. 102.

²⁰ *Ibid.*, hlm. 105.

keputusan.

Terkait dengan pengertian jabatan, perlu dijelaskan terlebih dahulu mengenai subjek hukum yang bersengketa dalam perspektif Hukum Administrasi Negara adalah orang atau badan hukum dengan Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara. Pejabat disebut alat perlengkapan negara yang bertindak untuk dan atas nama jabatan, hal tersebut karena jabatan adalah suatu lembaga dengan lingkup pekerjaan sendiri yang dibentuk untuk waktu lama dan kepadanya diberikan tugas dan wewenang. Oleh karena jabatan merupakan fiksi atau abstraksi yang oleh hukum diangkat menjadi realita hukum yang merupakan personifikasi yang diciptakan oleh hukum.

Tindakan jabatan tersebut dilakukan oleh wakil, yaitu seseorang yang pada satu pihak sebagai manusia (*natuurlijke persoon*) yang tunduk pada hukum privat, pada pihak yang lain adalah untuk dan atas nama jabatan sebagai pejabat yang tunduk pada hukum publik. Jadi apabila Direktur Jenderal (Dirjen) pada saat menandatangani keputusan adalah sebagai pejabat yang mempunyai dua kedudukan, yaitu sebagai manusia (*natuurlijke persoon*) dan dalam kualitasnya sebagai Dirjen yang merupakan personifikasi dari alat perlengkapan negara.

Seseorang sebagai pejabat adalah ketika ia menjalankan kewenangannya untuk dan atas nama jabatan. Dalam hal Dirjen sebagai pejabat menetapkan kebijakan teknis sesuai dengan kewenangannya berdasarkan peraturan

perundang-undangan yang berlaku, maka yang bersangkutan melaksanakan kebijakan aparatur negara (*overheidbeleids*) yang merupakan lingkup hukum administrasi negara. Apabila terjadi sengketa dalam wilayah Hukum Administrasi Negara dengan merujuk pada Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara sebagaimana diubah dengan Undang-Undang Nomor 9 Tahun 2004, maka semua aspek kewenangan, penyelesaian sengketa, proses pengajuan gugatan, pembuktian dan putusan pada prinsipnya diatur dengan peraturan perundang-undangan tersebut.

W.F. Prins mengatakan, bahwa pekerjaan pemerintahan sebagian besar di luar ditujukan kepada usaha memenuhi kebutuhan nyata yang untuk sebagian bergerak di luar bidang hukum yang disebut sebagai perbuatan materiel (*feitelijke handeling*).²¹ Kuntjoro Purbopranoto menyebut *feitelijke handeling* dengan tindak pemerintahan yang berdasarkan fakta.²² Namun demikian setiap tindakan pemerintah agar memiliki legitimasi harus mendasarkan pada wewenang yang diberikan oleh undang-undang. Artinya pejabat administrasi dalam penyelenggaraan pemerintahan dan penggunaan wewenang kekuasaannya terikat pada peraturan perundang-undangan yang memberikan jaminan terhadap hak-hak dasar rakyat.

Dengan kata lain, setiap penyelenggaraan kenegaraan dan pemerintahan memiliki legitimasi, yaitu kewenangan yang diberikan oleh undang-

²¹ W.F. Prins dalam Philipus M. Hadjon, et. al., *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia*, Gadjah Mada University Press, Yogyakarta, 2008, hlm. 175-176.

undang untuk melakukan tindakan-tindakan hukum tertentu.²³ Untuk memberi penilaian kewenangan seorang pejabat dalam membuat suatu kebijakan harus dilihat sumber kewenangan pejabat yang membuat kebijakan. Kewenangan dapat berasal dari atribusi, yaitu terjadinya pemberian wewenang yang baru oleh suatu ketentuan dalam suatu peraturan perundang-undangan. Dalam hal ini dilahirkan atau diciptakan suatu wewenang pemerintahan baru yang bersumber pada suatu delegasi atau mandat.²⁴ Legislator yang kompeten untuk memberi atribusi wewenang dibedakan antara yang berkedudukan sebagai *original legislator dan delegated legislator*.²⁵

Bagaimana apabila keputusan dikeluarkan oleh pejabat yang tidak berwenang (*onvoegdheid*)? Dalam hal dibuat oleh pejabat yang tidak berwenang, maka disebut sebagai keputusan yang cacat mengenai kewenangan (*bevoegdheidsgebreken*) yang meliputi:²⁶

- a. *Onbevoegdheid ratione materiae*, apabila suatu keputusan tidak ada dasarnya dalam peraturan perundang-undangan atau dikeluarkan oleh pejabat yang tidak berwenang.
- b. *Onbevoegdheid ratione loci*,

keputusan yang diambil oleh pejabat yang berada di luar wilayahnya secara geografis.

- c. *Onbevoegdheid ratione temporis*, apabila keputusan dibuat oleh pejabat yang belum berwenang atau tidak berwenang lagi untuk mengeluarkan keputusan.

Pemerintah atau administrasi negara merupakan subjek hukum, sebagai pendukung hak-hak dan kewajiban-kewajiban. Pemerintah sebagai subjek hukum seperti halnya subjek hukum lainnya melakukan berbagai tindakan, baik tindakan nyata (*feitlijkhandelingan*) maupun tindakan hukum (*rechtshandelingan*).²⁷ Tindakan nyata adalah tindakan-tindakan yang tidak ada relevansinya dengan hukum dan karenanya tidak menimbulkan akibat-akibat hukum,²⁸ sedangkan tindakan hukum menurut R.J.M. Huisman, tindakan berdasarkan sifatnya dapat menimbulkan akibat hukum tertentu atau *een rechtshandeling is gericht op het scheppen van rechten of plichten* (tindakan hukum adalah tindakan yang dimaksudkan untuk menciptakan hak dan kewajiban).²⁹

Muchsan mengemukakan, bahwa tindakan hukum pemerintah memiliki unsur-unsur sebagai berikut:³⁰

- a. Perbuatan itu dilakukan oleh

²² Kuntjoro Purbopranoto dalam *Idem*.

²³ Pejabat negara dalam melaksanakan kewajibannya tunduk pada hukum (undang-undang), sehingga berlaku asas *equality before the law*, yaitu bahwa para pejabat penguasa negara di dalam dan pada waktu menjalankan kewajiban untuk negara tidak kebal hukum, tidak boleh melanggar hukum, tidak boleh melanggar tata kesopanan, oleh karenanya melanggar tata kesopanan pun sudah sama dengan melanggar hukum, dan tidak boleh melanggar kode etik. Lihat Prajudi Atmosudirdjo, *Hukum Administrasi Negara*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1988, hlm. 23-24.

²⁴ Ridwan HR., *Op. Cit.*, hlm. 104.

²⁵ *Idem*.

²⁶ Totok Soeprijanto dalam <http://www.google.com/search?q=kriminalisasi+kebijakan&hl=id&gbv=2&prmd=ivns&ei=uw8GUfCyCsTQrQflwYGgDA&start=0&sa=N>, akses 17 Januari 2012, jam 14 : 35 WIB.

aparatus pemerintah dalam kedudukannya sebagai penguasa maupun sebagai alat perlengkapan pemerintahan (bertuursorganen) dengan prakata dan tanggung jawab sendiri.

- b. Perbuatan tersebut dilaksanakan dalam rangka menjalankan fungsi pemerintahan.
- c. Perbuatan tersebut dimaksudkan sebagai sarana untuk menimbulkan akibat hukum di bidang hukum administrasi.
- d. Perbuatan yang bersangkutan dilakukan dalam rangka pemeliharaan kepentingan negara dan rakyat.

Unsur-unsur yang dikemukakan oleh Muchsan ini perlu ditambah, terutama dalam kaitannya dengan hukum yang mengedepankan asas legalitas atau *wetmatigheid van bestuur*, yaitu perbuatan hukum administrasi harus didasarkan pada peraturan perundang-undangan yang berlaku.³¹ Oleh karena itu, pemerintah hanya dapat melakukan perbuatan hukum jika memiliki legalitas atau didasarkan pada undang-undang yang merupakan perwujudan dari aspirasi warga negara. Dalam negara hukum demokrasi, tindakan pemerintahan harus mendapatkan legitimasi dari rakyat yang secara formal tertuang dalam undang-undang.³²

Perbuatan administrasi negara tersebut dalam menegakan hukum memerlukan kekuasaan bagi pelaksanaannya, sebaliknya kekuasaan itu sendiri ditentukan batas-batasnya oleh hukum. Secara populer, Mochtar Kusumaatmadja mengungkapkan sebuah slogan : "Hukum tanpa kekuasaan angan-angan, kekuasaan tanpa hukum adalah kelaliman".³³ Oleh karena itu, hukum dan kekuasaan merupakan suatu unsur yang mutlak dalam suatu masyarakat hukum dalam arti masyarakat yang diatur oleh dan berdasarkan hukum agar setiap perbuatan atau kewenangannya tidak disalahgunakan.

Pentingnya hukum sebagai batasan kewenangan agar tidak terjadi penyalahgunaan kewenangan secara absolut yang oleh Lord Acton, seorang ahli sejarah Inggris, dikatakan sebagai : "*Power tends to corrupt, but absolut power corrupts absolutly*" (terjemahan bebasnya adalah kekuasaan cenderung disalahgunakan, tetapi kekuasaan yang mutlak pasti disalahgunakan).³⁴ Di sisi lain, penyalahgunaan kewenangan sering bermotifkan niat jahat, yang apabila dilekatkan dengan kekuasaan akan sempurna atau dengan kata lain kejahatan akan sempurna kalau dilekatkan dengan kekuasaan,³⁵ karena dengan kekuasaan pejabat dapat melakukan perbuatan dengan dalih demi dan untuk atas nama

²⁷ *Ibid.*, hlm. 113.

²⁸ *Idem.*

²⁹ *Idem.*

³⁰ Muchsan dalam *Ibid.*, hlm. 116.

³¹ *Ibid.*, hlm. 117.

³² *Ibid.*, hlm. 96.

³³ Mochtar Kusumaatmadja, *Fungsi dan Perkembangan Hukum dalam Pembangunan Nasional*, Binacipta, Bandung, Tanpa Tahun, hlm. 35.

kewenangan yang dimilikinya berdasarkan peraturan perundang-undangan. Pejabat yang seperti itu dapat dikualifikasikan sebagai manusia yang tidak mulia, karena memperoleh pendapatan dari kejahatan.³⁶

Penyalahgunaan kekuasaan dalam bidang ekonomi tentunya melibatkan pihak-pihak *upper economic class* (seperti misalnya konglomerat) maupun *upper power class* (seperti misalnya pejabat tinggi) yang melakukan konspirasi dan bertujuan untuk kepentingan ekonomi tertentu yang kemudian meluas, bersifat sistemik dan terstruktural. Bentuk kejahatan struktural ini memasukan format korupsi sebagai bagian dari kejahatan yang terorganisir.³⁷

Penyalahgunaan kewenangan yang bermotifkan niat korupsi merupakan penyakit jiwa yang berupa keinginan untuk memiliki/menguasai harta yang tidak dibenarkan oleh norma/aturan. Dengan istilah lain, upaya meraih sesuatu dengan menghalalkan segala cara, tidak memperhatikan halal dan haram. Perilaku korupsi bertentangan dengan norma apapun dan di manapun, korupsi boleh dikatakan sebagai penyakit yang akan menjalar dan merasuki tubuh manusia apabila tidak dicegah atau diobati, membuat tubuh menjadi rusak, sakit, kurus dan akhirnya mati, karena digerogoti oleh penyakit tersebut.

Uang negara yang semestinya

ditasyarufkan untuk kepentingan rakyat mewujudkan keadilan dan kemakmuran rakyat secara merata, dengan korupsi uang negara tersebut diselewengkan oleh orang yang punya jabatan/kewenangan untuk memperkaya diri sendiri atau kroninya/jamaahnya, sehingga porsi untuk kemakmuran dan keadilan rakyat tidak dapat diwujudkan. Apabila perilaku korupsi bukan lagi sebagai perbuatan dosa, tetapi sudah dianggap sebagai sesuatu perbuatan yang lumrah, tidak berdosa, tidak dilarang agama, tidak bertentangan dengan hukum, maka korupsi akan menjadi suatu budaya. Jika demikian keadaannya, maka sudah terjadi degradasi nilai kemanusiaan, merosotnya jiwa kemanusiaannya dan kemungkaran akan merajarela serta manusia tidak memperdulikan lagi nilai ketuhanan³⁸ yang dapat digolongkan ke dalam perbuatan *dzolim*, karena mengambil hak orang lain yang memunculkan ekses negatif adanya ketidakadilan dan menyengsarakan orang lain.

Tidak heran jika kemungkaran dari waktu ke waktu semakin menjadi-jadi, karena terjadinya degradasi moral oknum pejabat negara dan tidak lagi memperhatikan seruan firman Allah SWT dalam Q.S. Ali-Imron ayat 104 yang artinya :

"Hendaknya ada di antara kamu golongan umat yang menyeru kepada

³⁴ Ujang Charda S., *Disiplin Ilmu Hukum : Sebuah Pengembaraan dalam Memahami Fondasi, Struktur, Arsitektur & Kesejarahan Ilmu Hukum*, Bungo Abadi, Bandung, 2009, hlm. 135.

³⁵ Subarsyah Sumadikara, *Kejahatan Politik (Kajian dalam Perspektif Kejahatan Sempurna)*, Kencana Utama, Bandung, 2009, hlm. ii.

³⁶ Prajudi Atmosudirdjo, *Op. Cit.*, hlm. 176.

³⁷ Satya Arinanto & Ninuk Triyanti (ed.), *Memahami Hukum dari Konstruksi Sampai Oplementasi*, RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2009, hlm. 163.

kebijakan, menyerukan kepada yang makruf dan mencegah perbuatan mungkar dan mereka itulah orang-orang yang beruntung”.

Polemik kekuasaan dan korupsi sudah menjadi pasangan langgeng dalam suatu birokrasi kekuasaan, bahkan Michael Levi menunjukkan adanya suatu trend baru berupa *crimes by government* dalam arti ekstensif, suatu kejahatan yang melibatkan pejabat publik sebagai karakteristik *white collar crime* yang sulit tingkat pembuktiannya, sulit pula menentukan status pelakunya dan selalu dapat berlindung dengan justifikasi lemahnya norma legislatif, bahkan *beyond the law* dengan memanfaatkan norma di balik asas legalitas yang relatif.³⁹ Hukum tidak lagi *law as a tool of social engineering* (hukum sebagai sarana pembaharuan masyarakat) sebagaimana yang dikemukakan oleh Roscoe Pound,⁴⁰ tetapi berubah menjadi *law as a tool crime*. Kesemua ini sekaligus mempertegas betapa korupsi telah merusak sistem ketatanegaraan, baik eksekutif, legislatif, bahkan yudikatif yang melibatkan polisi, jaksa, begitu pula hakim. Hal ini membuktikan simbol mengakarnya korupsi dalam sistem ketatanegaraan⁴¹ yang dimaknai sebagai representasi korupsi kelembagaan yang sistemik.

Sebagaimana diakui oleh August Bequai, bahkan korupsi kelembagaan merupakan karakteristik dan krisis di abad ke-20 dari kejahatan kerah putih yang

meliputi para birokrat publik di hampir semua sektor kelembagaan politik dan ketatanegaraan, baik yang independen maupun yang terikat birokrasi kelembagaan.⁴² *Political corruption* sebagai format korupsi kelembagaan sangat mengganggu stabilitas politik sebagaimana ditegaskan Stephen Rosoff, sebagai berikut:⁴³

“Corrupt activities of public official can destroy a stability of the state and the potential effectivities of all types of governmental programmes, hinder development and victimized individuals and groups”.

Atas dasar uraian tersebut, baik buruknya suatu kekuasaan tergantung bagaimana kekuasaan tersebut dipergunakan, artinya kekuasaan senantiasa harus diukur dengan kegunaannya untuk mencapai suatu tujuan yang sudah ditentukan atau disadari oleh masyarakat lebih dahulu. Hal ini merupakan suatu unsur yang mutlak bagi kehidupan masyarakat yang tertib dan bahkan bagi setiap bentuk organisasi yang teratur. Unsur pemegang kekuasaan merupakan faktor penting dalam hal dipergunakan kekuasaan yang dimilikinya itu sesuai dengan kehendak masyarakat. Oleh karena itu, di samping keharusan adanya hukum sebagai alat pembatas, juga bagi pemegang kekuasaan ini diperlukan syarat-syarat lainnya, seperti memiliki watak yang jujur dan rasa pengabdian

³⁸ Satya Arinanto & Ninuk Triyanti (ed.), *Op. Cit.*, hlm. 153.

³⁹ Michael Levi dalam *Ibid.*, hlm. 162-163.

⁴⁰ Mochtar Kusumaatmadja, *Konsep-konsep Hukum dalam Pembangunan*, Alumni, Bandung, 2002, hlm. 88.

⁴¹ *Idem.*

⁴² August Bequai dalam *Idem.*

⁴³ Stephen Rosoff dalam *Idem.*

terhadap kepentingan masyarakat.

Salah satu tindakannya adalah dituangkan ke dalam keputusan yang ditujukan untuk individu tertentu dan memiliki sifat norma yang konkrit⁴⁴ sesuai dengan peraturan perundang-undangan. Peraturan perundang-undangan adalah dasar bagi pembuatan dan penerbitan keputusan, dan tidak mungkin ada keputusan tanpa ada peraturan perundang-undangan, karena salah satu unsur dan bahkan menjadi syarat keputusan adalah berdasarkan peraturan perundang-undangan. Itu sebabnya dalam rangkaian norma hukum publik, keputusan disebut sebagai norma penutup, atau sebagai ujung tombak dari rangkaian norma.⁴⁵

Keputusan harus dibuat dengan memperhatikan syarat materiil berupa dibuat oleh organ pemerintah yang berwenang, tidak boleh memuat kekurangan atau cacat hukum, tidak boleh bertentangan dengan peraturan dasarnya, sedangkan syarat formil berupa dibuat berdasarkan prosedur yang ditentukan dalam peraturan dasarnya, diberi bentuk yang sudah ditentukan, penetapan waktu berlaku, pengumuman (*bekendmaking*) atau pemberitahuan kepada yang terkena keputusan, tanda tangan (*ondertekening*) pejabat yang berwenang.⁴⁶

Jika syarat materiil dan formil tersebut telah terpenuhi, maka keputusan itu sah menurut hukum (*rechtsgeldig*) dan memiliki kekuatan hukum material dan formil (*materiel en formeel rechtskracht*),

yakni tidak dapat dibatalkan begitu saja oleh pihak yang berkepentingan, pihak ketiga, hakim, organ pemerintah yang lebih tinggi, maupun organ yang membuat keputusan itu sendiri.⁴⁷ Hal ini merupakan konsekuensi dari prinsip yang melandasi keputusan, yaitu prinsip praduga *rechtmatig*, yaitu bahwa setiap keputusan yang dikeluarkan oleh pemerintah tidak untuk dicabut kembali, kecuali setelah ada pembatalan (*vernietiging*) dari pengadilan.⁴⁸

Prinsip praduga *rechtmatig* ini diterapkan untuk memenuhi prinsip lain yang memiliki keterkaitan erat dengan keputusan, yaitu prinsip kepastian hukum yang menghendaki keputusan yang telah dikeluarkan itu tidak dapat begitu saja dicabut tanpa alasan-alasan yang dibenarkan atau sah menurut hukum. Keputusan yang telah dikeluarkan dan selalu dianggap sah menurut hukum ini bukan berarti keputusan yang bersangkutan tidak dapat dicabut. Dapat saja keputusan tersebut dicabut, apabila ternyata ada kekeliruan atau mengandung cacat lainnya dan diketahui dengan jelas.⁴⁹

Keputusan adalah pernyataan kehendak sepihak (*enijzdigе schriftelijke wilsverklaring*) pejabat pemerintahan (*bestuursorgaan*) berdasarkan kewenangan hukum publik (*publiekbevoegdheid*) yang ditujukan untuk peristiwa konkrit dan individual dengan maksud untuk menimbulkan akibat hukum.⁵⁰ Ciri inti dari keputusan adalah bahwa ketentuan diarahkan kepada

⁴⁴ Ridwan, *Tiga Dimensi Hukum Administrasi dan Peradilan Administrasi*, FH UII, Yogyakarta, 2009, hlm. 71.

⁴⁵ *Idem*.

⁴⁶ *Ibid.*, hlm. 72.

⁴⁷ *Idem*.

diadakannya akibat hukum, menciptakan hak dan kewajiban terhadap seseorang, kelompok orang atau objek. Ditinjau dari segi sasarannya, keputusan ini ada dua kemungkinan, ditujukan ke dalam (*naar binnen gericht*), yaitu keputusan berlaku ke dalam lingkungan administrasi sendiri, dan ditujukan ke luar (*naar buiten gericht*) yang berlaku bagi warga negara atau badan hukum perdata. Atas dasar pembagian ini lalu dikenal dua jenis keputusan, yaitu keputusan intern (*interne beschikking*) dan keputusan ekstern (*externe beschikking*).⁵¹

Keputusan yang diambil oleh pejabat pemerintah bukan merupakan peristiwa biasa tetapi peristiwa hukum yang mana perbuatan, keadaan, kejadian yang akibatnya diatur oleh hukum. Lebih lanjut Sudikno memberikan pengertian, bahwa peristiwa hukum pada hakikatnya adalah kejadian, keadaan atau perbuatan orang yang oleh hukum dihubungkan dengan akibat hukum.⁵² Oleh karenanya perbuatan/kewenangan pejabat pemerintah tersebut, baik sesuai dengan hukum maupun tidak sesuai dengan hukum (disalahgunakan) akibatnya tetap berada dalam ruang lingkup aturan.

1. Perlindungan Hukum Terhadap Pejabat Negara sebagai Pengambil dan Pelaksana Kebijakan Publik

Hikmahanto Juwana mengemukakan, bahwa dalam ilmu hukum bicara mengenai kebijakan, keputusan berikut para pelakunya, maka akan masuk dalam ranah hukum administrasi negara yang tentunya

harus dibedakan dengan hukum pidana yang mengatur sanksi atas perbuatan jahat. Bila kebijakan serta keputusan dianggap salah dan pelakunya dapat dipidana, maka ini berarti kesalahan dari pengambil kebijakan serta keputusan merupakan suatu perbuatan jahat (tindak pidana), ini tentu tidak benar.⁵³ Oleh karenanya kebijakan tidak boleh dipidanakan, tetapi kalau ada sisi-sisi lain dari kebijakan itu yang keluar dari yang seharusnya, ada penyimpangan, penyimpangannya itu yang dapat diperkarakan, bukan kebijakan, bukan *beleid*.⁵⁴

Pada prinsipnya kesalahan dalam pengambilan kebijakan atau keputusan tidak dapat dipidana, karena dalam hukum administrasi negara tidak dikenal sanksi pidana. Sanksi yang dikenal dalam hukum administrasi negara, antara lain teguran baik lisan maupun tertulis, penurunan pangkat, demosi dan pembebasan dari jabatan, bahkan diberhentikan dengan tidak hormat dari jabatan.⁵⁵ Meskipun demikian, terhadap prinsip umum bahwa kebijakan serta keputusan yang salah tidak dapat dikenai sanksi pidana, terdapat pengecualian yang paling tidak ada 3 (tiga), yaitu:⁵⁶

- a. Kebijakan serta keputusan dari pejabat yang bermotifkan melakukan kejahatan internasional atau dalam konteks Indonesia diistilahkan sebagai pelanggaran hak asasi manusia

⁴⁸ *Idem*.

⁴⁹ *Ibid.*, hlm. 74.

⁵⁰ *Idem*.

⁵¹ *Ibid.*, hlm. 72.

⁵² Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum Suatu Pengantar*, Liberty, Yogyakarta, 1996, hlm. 42.

berat. Dalam doktrin hukum internasional yang telah diadopsi dalam peraturan perundang-undangan di sejumlah negara, kebijakan pemerintah yang bertujuan melakukan kejahatan internasional telah dikriminalisasikan. Adapun kejahatan internasional yang dimaksud ada empat kategori, yaitu kejahatan terhadap kemanusiaan, genoside, kejahatan perang, dan perang agresi.

- b. Meskipun suatu anomali, kesalahan dalam pengambilan kebijakan serta keputusan secara tegas ditentukan dalam peraturan perundang-undangan. Contoh di Indonesia adalah ketentuan yang terdapat dalam Pasal 165 Undang-Undang Pertambangan Mineral dan Batubara. Ketentuan tersebut memungkinkan pejabat yang mengeluarkan ini di bidang pertambangan dikenai sanksi pidana.
- c. Kebijakan serta keputusan yang bersifat koruptif atau pengambil kebijakan dalam mengambil kebijakan serta keputusan bermotifkan kejahatan. Di sini yang dianggap sebagai perbuatan jahat bukanlah kebijakannya, melainkan niat jahat (*evil entenst/mens rea*) dari pengambil kebijakan serta keputusan ketika

membuat kebijakan. Contohnya adalah pejabat yang membuat kebijakan serta keputusan untuk menyuap pejabat publik lainnya atau kebijakan yang diambil oleh pejabat karena ada motif untuk memperkaya diri sendiri atau oranglain.

Dalam contoh terakhir ini, sebuah surat keputusan kepala daerah dapat saja menimbulkan perbuatan melawan hukum dan penyalahgunaan wewenang apabila memang perbuatan menerbitkan suatu kebijakan tersebut ada hal yang tersembunyi untuk melakukan suatu kejahatan. Fakta seperti ini hanya dapat diungkap dan diuraikan melalui teori kausalitas,⁵⁷ bahwa antara kebijakan yang diambil oleh seorang kepala daerah dan kejahatan yang dilakukan merupakan rangkaian yang menyebabkan terjadinya suatu tindak pidana.⁵⁸ Jadi harus terungkap, bahwa suatu akibat tertentu menjadi *bestanddeel* (bagian inti delik untuk unsur konstitutif yang dinyatakan dengan tegas dalam undang-undang).

Selanjutnya untuk menilai apakah suatu kebijakan yang diambil itu merupakan suatu kejahatan, dalam hukum pidana sejak tahun 1930 dikenal asas "tiada pidana tanpa kesalahan" (*keine strafe ohne schuld*) hanya yang bersalah atau perbuatan yang dipertanggungjawabkan kepada pembuat yang dapat dipidana,⁵⁹ hal ini menurut Idema, bahwa kesalahan dalam hukum

⁵³ Hikmahanto Juwana dalam Dwidja Priyatno, "Perlindungan Hukum Terhadap Pengambilan dan Pelaksanaan Kebijakan", *Seminar Nasional Kriminalisasi Kebijakan*, Diselenggarakan oleh Program Doktor Ilmu Hukum PPs UNISBA, Hotel Preanger Bandung, 5 Juni 2010, hlm. 5.

⁵⁴ *Ibid.*, hlm. 2.

⁵⁵ Hikmahanto Juwana, "Thwal Kriminalisasi kebijakan", akses tanggal 16 Pebruari 2010, jam 14 : 30 WIB.

⁵⁶ Hikmahanto Juwana dalam Dwidja Priyatno, *Loc. Cit.*

pidana merupakan jantungnya,⁶⁰ dan sejalan dengan itu Sauer mengemukakan, bahwa dalam hukum pidana ada tiga pengertian dasar, yaitu sifat melawan hukum (*unrecht*), kesalahan (*schuld*), dan pidana (*strafe*).⁶¹

Adapun kesalahan mengandung unsur kesengajaan, kelalaian (*culpa*) dan dapat dipertanggungjawabkan. Menurut Hazewinkel Suringa mensyaratkan pengenaan pidana adalah adanya kesalahan dan melawan hukum.⁶² Kesengajaan atau kelalaian merupakan dapat dilihat dari sikap batin dari pelaku (*actus reus*).⁶³ Unsur *actus reus* ini sangat sulit pembuktiannya, apakah keluarnya sebuah kebijakan itu ada indikasi sengaja atau lalai, untuk hal tersebut dapat digunakan teori kesalahan dan macam-macam kesengajaan. Menurut Vos dan Zevenbergen, “sengaja” itu tidak mensyaratkan pelaku “mengetahui”, bahwa perbuatannya adalah melanggar hukum. Mengetahui atau tidak mengetahui, bahwa perbuatannya melanggar hukum bukan syarat adanya “sengaja”, begitu juga mengetahui atau tidak mengetahui, bahwa kelalaian yang dilakukannya adalah suatu perbuatan yang bertentangan dengan hukum, bukan syarat “kelalaian”. Dalam tataran empirik hakim tinggal membuktikan adanya kesesuaian fakta atau bukti yang kuat serta valid dari

sebuah kebijakan dan akibat yang ditimbulkan terdapat penyesatan untuk terjadinya suatu kejahatan.⁶⁴

Unsur yang terpenting dari suatu tindak pidana adalah melawan hukum (*wederrechtelijke*) dalam hal ini bertentangan dengan hukum yang pengertiannya sama dengan Pasal 1365 BW yang dimulai pada tahun 1919, di mana *Hoge Raad* mulai menafsirkan perbuatan melawan hukum dalam arti luas pada perkara *Lindenbaum vs. Cohen* dengan mengatakan, bahwa perbuatan melawan hukum harus diartikan sebagai perbuatan atau tidak berbuat yang bertentangan dengan hak subjektif, kaidah kesusilaan, kepatutan dalam masyarakat.⁶⁵

Perbuatan melawan hukum dapat dilakukan, baik oleh individu maupun penguasa. Oleh karena itu, kebijakan yang diambil penguasa untuk kepentingan umum tidak dapat digugat, bahwa soal perbuatan melanggar hukum oleh penguasa di samping harus diukur dengan undang-undang, peraturan-peraturan formal yang berlaku juga harus tetap diukur dengan batas kepatutan dalam masyarakat.⁶⁶ Untuk itu, suatu kebijakan yang dikeluarkan oleh seorang pejabat publik tidak boleh melanggar hukum dalam arti melanggar perundang-undangan yang lain atau perundang-undangan yang berlaku di masyarakat.

⁵⁷ Edi Setiadi, *Op. Cit.*, hlm. 6.

⁵⁸ *Idem*.

⁵⁹ Andi Hamzah, *Asas-asas Hukum Pidana*, Rineka Cipta, Jakarta, 2008, hlm. 104.

⁶⁰ Idema dalam Muladi & Dwidja Priyatno, *Pertanggungjawaban Korporasi dalam Hukum Pidana*, STHB, Bandung, 1991, hlm. 55.

⁶¹ Sauer dalam *Ibid.*, hlm. 55-56.

⁶² Totok Soeprijanto, *Loc. Cit.*

⁶³ Kata tersebut diambil dari suatu maxim yang berbunyi : *actus non est reus nisi mens sit rea*, yang maksudnya adalah suatu perbuatan tidak menjadikan seseorang bersalah kecuali pikirannya adalah salah. Lihat Muladi & Dwidja Priyatno, *Op. Cit.*, hlm. 88.

Pembuktian ada tidaknya unsur melawan hukum (dalam arti materiil dan formil)⁶⁷ merupakan upaya perlindungan hukum terhadap pengambil dan pelaksana kebijakan.⁶⁸

Mahkamah Konstitusi dalam Putusan Nomor : 003/PUU-IV/2006 menyatakan Penjelasan Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi sebagaimana telah diubah dengan Undang-undang Nomor 20 Tahun 2001 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2001 Nomor 134, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4150) sepanjang frase yang berbunyi:

"Yang dimaksud dengan secara melawan hukum dalam Pasal ini mencakup perbuatan melawan hukum dalam arti formil maupun dalam arti materiil, yakni meskipun perbuatan tersebut tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan, namun apabila perbuatan tersebut dianggap tercela karena tidak sesuai dengan rasa keadilan atau norma-norma kehidupan sosial dalam masyarakat, maka perbuatan tersebut dapat dipidana **tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat**".⁶⁹

Dalam konteks kebijakan yang

dikategorikan sebagai tindak pidana dan terdapat perbuatan melawan hukum, maka kebijakan tersebut di samping tidak boleh melanggar undang-undang, juga harus sesuai dengan asas kepatutan, proporsional, dan memenuhi prinsip-prinsip atau asas-asas umum pemerintahan yang baik.⁷⁰ Sebuah kebijakan yang diambil tidak boleh keluar dari pelaksanaan kewenangan seorang pejabat atau melampaui batas kewenangan yang telah ditentukan oleh undang-undang atau peraturan, maka disitulah telah terjadi adanya penyalahgunaan kewenangan.

Sebuah kebijakan yang diambil tidak boleh keluar dari pelaksanaan kewenangan seorang pejabat atau melampaui batas kewenangan yang telah ditentukan oleh undang-undang atau peraturan, maka disitulah telah terjadi adanya penyalahgunaan kewenangan.

Pengertian penyalahgunaan kewenangan dalam Hukum Administrasi Negara menurut Jean Rivero dan Waline dapat diartikan dalam 3 (tiga) wujud, yaitu:⁷¹

- a. Penyalahgunaan kewenangan untuk melakukan tindakan-tindakan yang bertentangan dengan kepentingan umum atau untuk menguntungkan kepentingan pribadi, kelompok atau golongan.

⁶⁴ Edi Setiadi, *Op. Cit.*, hlm. 5.

⁶⁵ Totok Soeprijanto, *Loc. Cit.*

⁶⁶ *Idem.*

⁶⁷ Sofjan Sastrawidjaja, *Hukum Pidana : Asas Hukum Pidana Sampai dengan Alasan Peniadaan Pidana*, Armico, Bandung, 1995, hlm. 151.

⁶⁸ Suatu kebijakan yang diambil dengan melanggar peraturan lain merupakan perbuatan melawan hukum. Perbuatan melawan hukum dalam doktrin hukum pidana sampai sekarang masih terbelah dua ajaran antara ajaran melawan hukum formil dan ajaran melawan hukum materiil. Lihat Dwidja Priyatno, *Op. Cit.*, hlm. 7.

-
- b. Penyalahgunaan kewenangan dalam arti, bahwa tindakan pejabat tersebut adalah benar ditujukan untuk kepentingan umum, tetapi menyimpang dari tujuan apa kewenangan tersebut diberikan oleh undang-undang atau peraturan-peraturan lain.
 - c. Penyalahgunaan kewenangan dalam arti menyalahgunakan prosedur yang seharusnya dipergunakan untuk mencapai tujuan tertentu, tetapi telah menggunakan prosedur lain agar terlaksana.

Bentuk ketiga yang dinamakan *abuse of procedure* (atau penyalahgunaan kewenangan dalam arti menyalahgunakan prosedur yang seharusnya dipergunakan untuk mencapai tujuan tertentu, tetapi menggunakan prosedur lain agar terlaksana) ini seringkali dipergunakan penegak hukum untuk melakukan kriminalisasi bentuk-bentuk perbuatan dalam ruang lingkup/ranah kompetensi Hukum Administrasi Negara dan Hukum Perdata sebagai koruptif. Jadi kesimpulannya, sebuah kebijakan dari administrasi negara dapat merupakan suatu tindak pidana apabila mekanisme seperti disebutkan di atas dilanggar. Oleh karenanya perlu diketahui, bahwa *entry point* dari perbuatan korupsi (kejahatan yang selalu berhubungan dengan kebuah

kebijakan publik) adalah perbuatan-perbuatan yang sepertinya legal, tetapi mengandung unsur penyesatan dalam pengambilan keputusan/kebijakan tersebut.

Dalam rangka kepastian hukum dan nuansa keadilan, serta perlindungan hukum khususnya atas kriminalisasi kebijakan, kepada pengambil dan pelaksana kebijakan menurut Dwidja Priyatno harus secara tegas dimuat dalam peraturan perundang-undangan dalam bentuk kebijakan legislasi.⁷² Dengan mengacu pula pada tugas dan fungsi keadministrasian serta peraturan yang ada sesuai dengan kenyataan melalui *freies ermessen* yang memberikan peluang kepada pemerintah untuk membuat peraturan tentang hal-hal yang belum ada pengaturan atas inisiatif sendiri dalam menyelesaikan persoalan yang bersifat mendesak berdasarkan asas keselamatan dan kesejahteraan umum sebagai hukum tertinggi (*solus populi suprema lex*).⁷³

Agar *freies ermessen* dapat ditoleransi menurut norma-norma hukum administrasi negara, maka tindakan pemerintah harus *wetmatige* atau *rechtmatige*, artinya sikap tindak pemerintah harus tetap berada dalam ruang lingkup batas-batas yang dimungkinkan oleh hukum, bukan yang dengan tegas dilarang oleh hukum, serta memenuhi kriteria sebagai berikut:⁷⁴

⁶⁹ Cetak tebal oleh Penulis.

⁷⁰ Pasal 1 angka 6 Undang-Undang tentang Penyelenggaraan Negara yang Bersih dan Bebas dari Korupsi, Kolusi dan Nepotisme, menyatakan bahwa Asas Umum Pemerintahan Negara yang Baik adalah menjunjung tinggi norma kesucilaan, kepatutan dan norma hukum, untuk mewujudkan Penyelenggara Negara yang bersih dan bebas dari korupsi, kolusi, dan nepotisme, dan menurut Pasal 3, bahwa Undang-Undang Nomor 28 Tahun 1999, bahwa asas-asas umum penyelenggaraan negara meliputi : 1. Asas Kepastian Hukum; 2. Asas Tertib Penyelenggaraan Negara; 3. Asas Kepentingan Umum; 4. Asas Keterbukaan; 5. Asas Proporsionalitas; 6. Asas Profesionalitas; dan 7. Asas Akuntabilitas.

⁷¹ Jean Rivero dan Waline dalam Satya Arinanto & Ninuk Triyanti (ed.), *Op. Cit.*, hlm. 169.

- a. Tidak menyalahi atau menyimpang dari hierarki peraturan perundang-undangan, artinya peraturan perundang-undangan yang ditetapkan tidak boleh bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi tingkatannya (*lex superiori derogate legi inferiori*).
- b. Tidak melanggar hak dan kewajiban asas warga negara.
- c. Harus sesuai dengan tujuan pemberian wewenang.
- d. Diterapkan dalam rangka menyelenggarakan kepentingan umum dan mewujudkan kesejahteraan rakyat.

Untuk melindungi kedudukan hukum pejabat administrasi negara yang tidak boleh menolak mengambil keputusan dan adanya asas, bahwa keselamatan dan kesejahteraan rakyat adalah hukum yang tertinggi, selalu ada kemungkinan dalam pengambilan keputusan atau tindakan pemerintah, timbul kerugian negara, namun sebetulnya hal tersebut dilakukan untuk mencegah kerugian atau risiko yang jauh lebih tinggi. Oleh karena itu, eksistensi *freies ermessen* yang dikriminalisasikan dapat membahayakan sendi-sendi penyelenggaraan negara dan pada tataran yang lebih tinggi mengancam kehidupan bernegara yang sehat.⁷⁵

Kriminalisasi perbuatan pejabat administrasi negara tidak hanya dalam koridor persepsi atau penafsiran semata-mata, akan tetapi telah dikukuhkan secara

normatif dalam berbagai undang-undang, misalnya UU Tata Ruang, UU Jalan, UU Sampah, UU Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup, oleh karenanya seyogianya penerapan sanksi pidana harus merupakan upaya terakhir, hal ini dilihat dari sisi fungsi dan peranan hukum pidana dengan hukum lainnya, maka sifat *ultimum remedium* tetap masih harus dipertahankan dibandingkan dengan sifat *primum remedium*⁷⁶ dalam arti penggunaan hukum pidana untuk mempertahankan ketertiban dalam masyarakat sebagai senjata terakhir setelah bidang-bidang hukum lain digunakan⁷⁷ dengan tetap mempertahankan konsekuensi, bahwa hukum harus ditegakkan meskipun dunia runtuh (*fiat justitia et pereat mundus*).⁷⁸

Berdasarkan uraian di atas, apabila terdapat kesalahan sebagaimana asas “tiada pidana tanpa kesalahan” (*keine strafe ohne schuld*) hanya orang yang bersalah atau perbuatan yang dipertanggungjawabkan kepada pembuat yang dapat dipidana dan adanya unsur melawan hukum yang dirumuskan secara jelas, sebagai inti delik (*bestand delen*) serta unsur-unsur tindak pidana, maka peradilan pidana mempunyai kompetensi. Namun apabila suatu dakwaan telah dikaitkan dengan masalah kewenangan ataupun jabatan dan kedudukan pejabat dalam kapasitasnya melaksanakan kewenangan dalam jabatan, maka hal tersebut tidak terlepas dari pertimbangan-pertimbangan hukum aspek Hukum

⁷² *Idem*.

⁷³ Ujang Charda S., “Pendidikan Tinggi Hukum Mencetak Sarjana Hukum *Homo Juridicus* dan *Homo Ethicus*”, Jurnal Wawasan Hukum Edisi Khusus, STHB, Bandung, September 2006, hlm. 75. Lihat juga Eni Rohyani, Op. Cit., hlm. 5.

⁷⁴ *Ibid.*, hlm. 6.

Administrasi Negara (HAN), di mana pada dasarnya berlaku prinsip pertanggungjawaban jabatan yang harus dibedakan dan dipisahkan dari prinsip pertanggungjawaban perorangan atau individu atau pribadi sebagaimana yang berlaku sebagai prinsip yang berlaku dalam hukum pidana.

Perlu kita sepakati bahwa, ranah hukum administrasi negara tidak dapat dicampur-adukan dengan hukum pidana, walaupun diakui bahwa tidak dapat dihindari adanya titik singgung hukum pidana dengan hukum administrasi negara. Apabila perbuatan pemerintah yang masih dalam koridor *freies ermessen* terdapat kekeliruan, maka lembaga-lembaga pengawas yang akan berperan dengan alat uji berupa asas negara berdasarkan hukum, asas-asas umum pemerintahan yang baik (kepastian hukum, ketertiban penyelenggaraan negara, kepentingan umum, keterbukaan, proporsionalitas, profesionalitas, dan akuntabilitas), moral, dan etika.

Untuk itu, seyogianya pengaturan mengenai pemberatan sanksi pidana hanya untuk perbuatan pejabat administrasi negara yang murni melakukan tindak pidana (korupsi misalnya), hal ini dilakukan agar tidak seorangpun dibiarkan menikmati apa yang dihasilkan dari perbuatan jahat (*ne malis expedit esse malos*),⁷⁹ untuk perbuatan yang mengikuti asas *freies ermessen* yang mengutamakan kepentingan dan

kesejahteraan umum sebagai hukum tertinggi harus dilihat sebagai berfungsi dan berperannya pemerintah dalam menjalankan kewenangannya sebagai alat perlengkapan negara untuk dan atas negara dalam bertindak, mengisi, melengkapi, dan mengembangkan hukum administrasi negara, agar tidak terjadi kekosongan hukum (*rechtsvacuum*) dalam hukum administrasi negara, oleh karenanya fungsi negara dan pemerintah makin luas, baik di bidang politik, ekonomi, sosial dan kultural.⁸⁰ Hal ini tentu saja makin luas pula peranan Hukum Administrasi Negara untuk menciptakan negara kesejahteraan, sehingga akhirnya menjadi *social service state*, sebab negara dibebani tugas servis publik.⁸¹

Kewenangan dari aparatur negara, baik perbuatan yang dilakukan sesuai dengan peraturan perundang-undangan (kewenangan mengikat) maupun menyimpangi peraturan perundang-undangan (kewenangan aktif), dan dilakukan sesuai pula dengan asas-asas umum pemerintahan yang baik, dalam kondisi yang mendesak, urgensi, dan atau darurat sifatnya merupakan *overheidsbeleid* dalam area Hukum Administrasi Negara yang tidak menjadi yurisdiksi dan makna penyalahgunaan kewenangan maupun melawan hukum (formal maupun materiil) dalam hukum pidana, khususnya tindak pidana korupsi asalkan penyimpangan tersebut pada akhirnya sesuai dan dengan diarahkan

⁷⁵ *Ibid.*, hlm. 13.

⁷⁶ Romli Atmasasmita, "Korupsi di Kalangan Legislatif", Makalah pada Seminar Korupsi di Kalangan Legislatif, Ikadin Cabang Bandung, 8 Juli 2004, hlm. 2.

⁷⁷ Edi Setiadi, *Op. Cit.*, hlm. 3.

⁷⁸ Sudikno Mertokusumo, *Op. Cit.*, hlm. 140.

pada *doelgerichte*⁸² atau tujuan ditetapkannya dari kewenangan itu.⁸³ Oleh karenanya, kewenangan yang keluar dari *doelgerichte* merupakan penyimpangan, maka di sinilah arena hukum pidana menjadi pijakannya.⁸⁴

Hukum pidana merupakan salah satu alat kontrol sosial yang formal, meliputi aturan-aturan yang ditafsirkan dan ditegakkan oleh peradilan, dan secara umum dibuat oleh pembentuk undang-undang. Fungsinya membuat batasan-batasan perilaku warga negara, dan menjadi tuntunan aparat serta menetapkan keadaan penyimpangan atau perilaku yang tidak dapat diterima.⁸⁵

C. PENUTUP

Suatu kebijakan tidak dapat dipidana, namun terhadap pembuat kebijakan dapat dikenakan pemidanaan apabila dibalik kebijakan tersebut adanya potensi penyalahgunaan wewenang atau mendapat keuntungan untuk dirinya sendiri atau orang lain yang telah menimbulkan kerugian/perekonomian Negara, kecuali tidak dapat dimintakan pertanggungjawaban pidana apabila di balik kebijakan tersebut tidak ada suatu kickback. Oleh karena itu, perlindungan hukum atas dugaan kriminalisasi kebijakan terhadap pengambil dan pelaksana kebijakan harus secara tegas diatur dalam peraturan perundang-undangan sebagai alasan penghapusan

pidana, yaitu menghapuskan sifat melawan hukum (alasan pembenar) dengan sifat *ultimum remedium* tetap masih dipertahankan dibandingkan dengan sifat *primum remedium* dalam arti penggunaan hukum pidana untuk mempertahankan ketertiban dalam masyarakat, setelah bidang-bidang hukum lain digunakan yang pelaksanaannya mengacu pada asas-asas umum pemerintahan yang baik.

DAFTAR PUSTAKA

Buku-buku :

Andi Hamzah, *Sistem Pidana dan Pemidanaan Indonesia*, Pradnya Paramita, Jakarta, 1993.

_____, *Asas-asas Hukum Pidana*, Rineka Cipta, Jakarta, 2008.

Astim Riyanto, *Negara Kesatuan : Konsep, Asas dan Aktualitanya*, Yapendo, Bandung, 2006.

Kirdi Dipoyudo, *Keadilan Sosial*, Rajawali Press, Jakarta, 1985.

Mochtar Kusumaatmadja, *Fungsi dan Perkembangan Hukum dalam Pembangunan Nasional*, Binacipta, Bandung, Tanpa Tahun.

_____, *Konsep-konsep Hukum dalam Pembangunan*, Alumni, Bandung,

⁷⁹ Andi Hamzah, *Sistem Pidana dan Pemidanaan Indonesia*, Pradnya Paramita, Jakarta, 1993, hlm. 29.

⁸⁰ A. Mukhtie Fadjar, *Tipe Negara Hukum*, Banyumedia, Malang, 2005, hlm. 28.

⁸¹ Ni'matul Huda, *Negara Hukum, Demokrasi & Judicial Review*, UII Press, Yogyakarta, 2005, hlm. 8. Lihat Kirdi Dipoyudo, *Keadilan Sosial*, Rajawali Press, Jakarta, 1985, hlm. 145. Lihat Astim Riyanto, *Negara Kesatuan : Konsep, Asas dan Aktualitanya*, Yapendo, Bandung, 2006, hlm. 11.

⁸² Satya Arinanto & Ninuk Triyanti (ed.), *Op. Cit.*, hlm. 169.

⁸³ *Idem.*

⁸⁴ *Ibid.*, hlm. 177.

-
2002. Bandung, 1995.
- Mukhtie Fadjar, A., Tipe Negara Hukum, Banyumedia, Malang, 2005.
- Muladi & Dwidja Priyatno, Pertanggungjawaban Korporasi dalam Hukum Pidana, STHB, Bandung, 1991.
- Ni'matul Huda, Negara Hukum, Demokrasi & Judicial Review, UII Press, Yogyakarta, 2005.
- Philipus M. Hadjon, et. al., Pengantar Hukum Administrasi Indonesia, Gajah Mada University Press, Yogyakarta, 2008.
- Prajudi Atmosudirdjo, Hukum Administrasi Negara, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1988.
- Ridwan HR., Hukum Administrasi Negara, RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2006.
- _____, Tiga Dimensi Hukum Administrasi dan Peradilan Administrasi, FH UII, Yogyakarta, 2009.
- Satya Arinanto & Ninuk Triyanti (ed.), Memahami Hukum dari Konstruksi Sampai Oplementasi, RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2009.
- Sofjan Sastrawidjaja, Hukum Pidana : Asas Hukum Pidana Sampai dengan Alasan Peniadaan Pidana, Armico, Bandung, 1995.
- Subarsyah Sumadikara, T., Kejahatan Politik (Kajian dalam Perspektif Kejahatan Sempurna), Kencana Utama, Bandung, 2009.
- Sudikno Mertokusumo, Mengenal Hukum Suatu Pengantar, Liberty, Yogyakarta, 1996.
- Ujang Charda S., Disiplin Ilmu Hukum : Sebuah Pengembaraan dalam Memahami Fondasi, Struktur, Arsitektur & Kesejarahan Ilmu Hukum, Bungo Abadi, Bandung, 2009.
- Jurnal dan Makalah :**
- Dwidja Priyatno, "Perlindungan Hukum Terhadap Pengambilan dan Pelaksanaan Kebijakan", Seminar Nasional Kriminalisasi Kebijakan, Diselenggarakan oleh Program Doktor Ilmu Hukum PPs UNISBA, Hotel Preanger Bandung, 5 Juni 2010.
- Edi Setiadi, "Kriminalisasi Kebijakan dan Bekerjanya Hukum Pidana", Seminar Nasional Kriminalisasi Kebijakan, Diselenggarakan oleh Program Doktor Ilmu Hukum PPs UNISBA, Hotel Preanger Bandung, 5 Juni 2010.
- Eni Rohyani, "Kriminalisasi Perbuatan Administrasi Negara", Seminar Nasional Kriminalisasi Kebijakan, Diselenggarakan oleh Program

⁸⁵ *Ibid.*, hlm. 204.

Doktor Ilmu Hukum PPs UNISBA,
Hotel Preanger Bandung, 5 Juni 2010.

Romli Atmasasmita, "Korupsi di Kalangan Legislatif", Makalah pada Seminar Korupsi di Kalangan Legislatif, Ikadin Cabang Bandung, 8 Juli 2004.

Ujang Charda S., "Pendidikan Tinggi Hukum Mencetak Sarjana Hukum Homo Juridicus dan Homo Ethicus", Jurnal Wawasan Hukum Edisi Khusus, STHB, Bandung, September 2006.

Sumber lain:

Hikmahanto Juwana, "Ihwal Kriminalisasi kebijakan", , akses tanggal 16 Pebruari 2010, jam 14:30 WIB.

T o t o k S o e p r i j a n t o d a l a m
<http://www.google.com/search?q=kriminalisasi+kebijakan&hl=id&gbv=2&prmd=ivns&ei=uw8GUfCyCsTQrQflwYGgDA&start=0&sa=N>, akses 17 Januari 2012, jam 14:35 WIB.