

BAB II

LANDASAN TEORI DAN KAJIAN PUSTAKA

A. Landasan Teori

Guna menjawab suatu penelitian diperlukan landasan teori dan kerangka konseptual agar dalam perjalanan penelitian ini tidak menjadi melebar dan lebih fokus dalam menjawab permasalahan. Teori adalah proposisi atau keterangan yang saling berhubungan dalam sistem deduksi yang menggunakan suatu penjelasan atau suatu gejala. Teori merupakan abstraksi intelektual dimana pendekatan secara rasional digabungkan dengan pengalaman empiris, sehingga teori tentang ilmu merupakan suatu penjelasan rasional yang sesuai dengan objek penelitian dijelaskannya dan untuk mendapat verifikasi, maka harus didukung oleh data empiris yang mampu mengungkap kebenaran.⁴⁰

Adapun landasan teori yang digunakan dalam penelitian ini yaitu, pemahaman teori bekerjanya hukum, ajaran sifat melawan hukum, tindak pidana korupsi dan pembaharuan hukum pidana.

1. Teori Bekerjanya Hukum

Lawrence M. Friedman mengemukakan bahwa efektif dan berhasil tidaknya penegakan hukum tergantung tiga unsur sistem hukum, yakni struktur hukum (*struktur of law*), substansi hukum (*substance of the law*) dan budaya hukum (*legal culture*). Struktur hukum menyangkut aparat penegak hukum, substansi hukum meliputi perangkat perundang-undangan dan budaya hukum merupakan hukum yang hidup (*living law*) yang dianut dalam suatu masyarakat.⁴¹

⁴⁰ Juhaya S Praja, *Teori Hukum dan Aplikasinya*, Pustaka Media, Bandung, 2011, hal. 53.

⁴¹ <http://Khoirumah96.blogspot.com/2016/03/normal-false-false-en-us-x-none.htm...>, diakses pada tanggal 5 Maret 2019, jam 20:08

Efektif dipadankan dengan istilah dalam bahas Inggris “*effectiveness*”, dalam perkembangannya beberapa ahli hukum juga menggunakan istilah “*efektivitas*” hukum.⁴² menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia diartikan sebagai ada efeknya, manjur atau mujarab, dapat membawa hasil, berhasil guna⁴³, sehingga apabila dijabarkan sebagai berikut :

a. Struktur hukum

Lawrence M. Friedman mengatakan, Legal Struktur adalah ⁴⁴:

“is one basic and obvious element the legal system. Substance (the rules) is another. When an observer tries to describe a legal system in cross section, to speak, he is likely to speak of these two element. The structure of a system is its skeletal frame work; it's a permanent shape, the institusional body of a system, though, rigid bones that keep the process flowing within bounds. Whe describe the structure of judicial system when the talk about the number of judges, the jurisdiction of courts, how higher court are stacked on top of lower courts, what persons are attached to various courts, and what their roles consist of”.

Yang terjemahannya : struktur hukum adalah merupakan salah satu elemen dasar dan jelas tentang sistem hukum. Substansi (aturan) adalah hal lain. Ketika seorang pengamat mencoba untuk menggambarkan suatu sistem hukum sepintas, untuk berbicara, ia cenderung untuk berbicara dari dua elemen tersebut. Struktur adalah kerangka kerja rangkanya yang berbentuk permanen, tangguh, pondasi yang menjaga proses mengalir dalam batas-batas. Friedman menggambarkan struktur dari sistem peradilan ketika berbicara tentang jumlah hakim, yurisdiksi pengadilan, bagaimana pengadilan yang lebih tinggi yang ditumpuk di atas pengadilan yang lebih rendah, apa yang orang-orang yang melekat pada berbagai pengadilan, dan apa peran mereka terdiri dari sistem institusional.

⁴²Jean d'Aspremont, “*Effectivity*” in *International Law, Self-Empowerment Against Epistemological Claustrophobia*, ASIL Proceedings, 2014, hal. 1

⁴³ Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, Kamus Besar Bahasa Indonesia, Balai Pustaka, Jakarta, hal. 352

⁴⁴ Lawrence M. Friedman, *The Legal System A Social Science Prespective*, Russel Sage Foundation, New York, 1975, hal. 14

Friedman juga menjelaskan :

“To begin with, the legal sytem has the structure of a legal system consist of elements of this kind: the number and size of courts; their jurisdiction ...Strukture also means how the legislature is organized ...what procedures the police department follow, and so on. Strukture, in way, is a kind of crosss section of the legal system...a kind of still photograph, with freezes the action.”⁴⁵

Struktur dari sistem hukum terdiri atas unsur berikut ini, jumlah dan ukuran pengadilan, yurisdiksinya (termasuk jenis kasus yang berwenang mereka periksa), dan tata cara naik banding dari pengadilan ke pengadilan lainnya. Struktur juga berarti bagaimana badan legislative ditata, apa yang boleh dan tidak boleh dilakukan oleh presiden, prosedur ada yang diikuti oleh kepolisian dan sebagainya. Jadi struktur hukum (*legal struktur*) terdiri dari lembaga hukum yang ada dimaksudkan untuk menjalankan perangkat hukum yang ada.

b. Subtansi Hukum

Dari segi substansi hukum Friedman mengatakan bahwa, *“the substance is composed of a substantive rules and rules about how institutions should behave”*.⁴⁶ Di sini Friedman mengatakan bahwa substansi terdiri dari substansi hukum dan aturan tentang bagaimana lembaga harus bersikap.

Friedman juga menjelaskan :

“Another aspect of the legal system is its substance. by this is meant the actual rules, norm, and behavioral patterns of people inside the system ...the stress here is on living law, not just rules in law books”.⁴⁷

Yang dimaksud dengan substansinya adalah aturan, norma, dan pola perilaku nyata manusia yang berada dalam system itu. Jadi substansi hukum menyangkut peraturan perundang-undangan yang berlaku yang memiliki kekuatan yang mengikat dan menjadi pedoman bagi aparat penegak hukum.

⁴⁵ *Ibid.*, hal. 14

⁴⁶ *Ibid.*, hal. 14

⁴⁷ *Ibid.*, hal. 15

c. Budaya hukum

Dari segi budaya hukum, Friedman mengatakan bahwa *“legal culture its is the element of social attitude and value. Legal culture may also effect the rate use, that is, attitudes toward whether it is right or wrong, useful or useles...”*.⁴⁸ Dapat dilihat bahwa Friedman mengatakan bahwa budaya hukum adalah unsur sikap dan nilai masyarakat. Budaya hukum juga dapat mempengaruhi penggunaan tingkat, yaitu sikap terhadap apakah itu benar atau salah, berguna atau tidak berguna.

Friedman juga berpendapat :

“The third component of legal system, of legal culture. By this we mean people’s attitudes toward law and legal system their belief ...in other word, is the climinate of social thought and social force wicch determines how law is used, avoided, or abused”.

Kultur hukum menyangkut budaya hukum yang merupakan sikap manusia (termasuk budaya hukum aparat penegak hukumnya) terhadap hukum dan sistem hukum. Sebaik apapun penataan struktur hukum untuk menjalankan aturan hukum yang ditetapkan dan sebaik apapun kualitas substansi hukum yang dibuat tanpa didukung budaya hukum oleh orang-orang yang terlibat dalam sistem dan masyarakat maka penegakan hukum tidak akan berjalan secara efektif.⁴⁹

Sebelum mengemukakan tentang efektifitas hukum, mengemukakan tentang “apa itu hukum ?” Antoni Allott mengemukakan pengertian hukum menjadi tiga yaitu :

The use of three different forms of typography is not accidental. It is my argument that all discussion of law heretofore has been confused by the linguistic poverty and ambiguity of English, when we speak about law we do not know if we are meant to be talking about law as an abstract conception, or as an observable social phenomenon in a given society. To try to reduce this source of ambiguity, I propose to use three distinct words to refer to three different phenomena.

⁴⁸ *Ibid*, hal. 16

⁴⁹ Lihat Zenhadianto, *Teori Sistem Hukum dari Lawrence M. Friedman*, <http://zenhadianto.blogspot.co.id/2014/01/teori-sistem-hukum-lawrence-m-friedman.html> diakses tanggal 3 Februari 2016, jam 6:47

- 1) *LAW = the general idea or concept of legal institution abstracted from any particular occurrence of them.*
- 2) *Law = a coherent, total, particular legal system prevailing in a given community or country.*
- 3) *law = a particular normative provision of a Law; a rule of norm of a given legal system.⁵⁰*

We can then see that our single question , “What is law” ?, has three different meanings according as we use one or other of the three words LAW, Law, or law in the question. Previous enquiries have tended to concentrate on LAW, though with periodic and often uncharted deviations to Law.

Artinya : penggunaan tiga jenis tipografi berbeda bukanlah suatu kebetulan. Ini adalah argumen saya bahwa semua pembahasan mengenai hukum sampai sekarang telah dikacaukan dengan miskin bahasa Inggris, ketika kita berbicara tentang hukum kita tidak tahu apakah kita dimasukkan untuk berbicara tentang hukum sebagai penyebutan yang abstrak, atau sebagai fenomena sosial yang dapat diamati dalam masyarakat yang diberikan. Untuk mencoba mengurangi sumber ambiguitas ini, maka saya mengusulkan untuk menggunakan tiga kata yang berbeda untuk merujuk pada tiga fenomena yang berbeda :

- 1) *LAW* : Hukum gagasan atau konsep lembaga hukum yang bersifat umum dari setiap kejadian tertentu dari mereka;
- 2) *Law* : Sistem hukum yang koheren, lengkap, dan tertentu yang berlaku di masyarakat atau negara;
- 3) *Law* : ketentuan tambahan yang diberikan oleh hukum; sebuah aturan atau norma dari sistem hukum yang diberikan.

Kita kemudian dapat melihat bahwa pertanyaan tunggal kita, apa hukum ? memiliki makna yang berbeda menurut waktu sesuai kita menggunakan salah satu dari tiga kata *LAW*, *Law*, atau *law* dalam pertanyaan tersebut. Pertanyaan sebelumnya telah cenderung berkonsentrasi pada hukum, meskipun dengan periodik dan seringkali belum dipetakan pada hukum.

Selanjutnya Anthony Allott menyampaikan teori efektivitas hukum yaitu :

*so far as a norm or a law is concerned, we can tell if it is effective if, its purpose being preventive, its existence and application prevent the conduct disapproved of. If its purpose curative, to remedy some deficiency or disorder, its effectiveness is measured by the extent to which the deficiency or disorder disappears.*⁵¹

Artinya sejauh norma atau hukum yang difokuskan, kita dapat mengetahui efektif jika tujuannya untuk melakukan pencegahan, untuk memperbaiki beberapa kekurangan atau kelainan, efektivitasnya diukur dengan sejauh mana kekurangan atau kelainannya hilang.

Selanjutnya Anthoni Allot juga berpandangan sebagai berikut :

*“Effectiveness of law, as I see it, is measured by the degree of compliance; in so far as a law is preventif, i.e., designed to discourage behavior which is disapproved of, one can see if that behavior is indeed diminished or absent. In so far as a law is curative, i.e., operating ex post facto to rectify some failing or in-justice or dispute, we can see how far it serves to achieve these ends. In so far as a law facilitative, i.e. providing formal recognition, regulation and protection for an institution of the law, such as marriage or contracts, presumably the measure of its effectifness is the extent to wich the fascilities are in fact taken up by those eligible to do so and the extent to which the institution so regulated is in fact insulated against attack. Disregard of the norms of matrimony by a third party adulterer, for instance, indicates a partial failure in the protective mechanism of the law marriage.”*⁵²

Kemudian mengenai alasan tidak efektifan hukum, Anthony Allot mengatakan sebagai berikut :

*“the firs reason lies at the originating or transmitting end, in the equipment which formulates and “emits” a norm. A second reason for ineffectiveness of laws lies in the possible conflict between the aims of the legislator and the nature of the society in which he intends his law to operate.*⁵³ Lebih lanjut Anthony Allot menyatakan : *“ Lastly, we note failures in implementation of law. Very often there are no sufficient implementing norm, orders, institutions, or processes*

⁵¹ Antony Allott, *Ibid.*, hal. 29

⁵² Anthony Allot, *The Effectiveness of laws*, Valparaiso University Law Review, vol. 15, Number 2, Winter 1981, hal 234 – 235

⁵³ *Ibid*, hal 236-237

*incorporated in the law, which is left to make its way, along with all the rest of the legislated and unlegislated law, as best as it can.*⁵⁴

Sehingga keefektifan hukum dipengaruhi oleh faktor seperti adanya pemerintahan yang efektif, kekuasaan yang berwenang untuk mengontrol (mengawasi), termasuk adanya lembaga penegak hukum yang efektif, dan sebagainya.

Bekerjanya hukum dimulai dengan pembuatan hukum, pembuatan hukum merupakan pencerminan model masyarakat, menurut Chambliss dan Seidman,⁵⁵ model masyarakat dapat dibedakan dalam 2 model, yaitu :

1. Model kesepakatan nilai-nilai (*value consensus*)

Bahwa pembuatan hukum adalah menetapkan nilai-nilai yang berlaku dalam masyarakat. Pembuatan hukum merupakan pencerminan nilai-nilai yang disepakati oleh warga masyarakat.

2. Model masyarakat konflik

Bahwa pembuatan hukum dilihat sebagai proses adu kekuatan, negara merupakan senjata di tangan lapisan masyarakat yang berkuasa. Sekalipun terdapat pertentangan nilai-nilai, negara tetap dapat berdiri sebagai badan tidak memihak (*value neutral*).

Pembentukan hukum sekaligus juga untuk melakukan analisis teoritis terhadap implementasi hukum. Menurut teori ini, pembentukan hukum dan implementasinya tidak akan lepas dari pengaruh atau asupan kekuatan-kekuatan sosial dan personal, terutama pengaruh atau asupan kekuatan politik. Itulah sebabnya kualitas dan karakter hukum juga tidak lepas dari pengaruh bekerjanya kekuatan-kekuatan dan personal tersebut, terutama kekuatan-kekuatan politik pada saat hukum itu dibentuk.

⁵⁴ *Ibid*, hal 238

⁵⁵ Dian Aulia, *Kaitan Hukum dan Politik dengan Teori Bekerjanya Hukum dalam Masyarakat*, dianauliacloud.blogspot.com, dikutip dari Robert B. Seidman & William J. Chambliss, *Order, and Power*, Printed in United States of America, Published Stimulant Costly in Canada Library of Congress Catalog Card No. 78-111948, diakses pada tanggal 12 Maret 2019 jam 08.58.

Dari model bekerjanya hukum tersebut, oleh Seidman merumuskan beberapa pernyataan teoritis sebagai berikut :

1. Setiap peraturan hukum itu menunjukkan aturan-aturan tentang bagaimana seseorang pemegang peran diharapkan untuk bertindak.
2. Tindakan apa yang akan diambil oleh seseorang pemegang peran sebagai respons terhadap peraturan hukum, sangat tergantung dan dikendalikan oleh peraturan hukum yang berlaku, dari sanksi-sanksinya, dari aktivitas lembaga pelaksanaannya, serta dari seluruh kompleks kekuatan sosial, politik, dan lain sebagainya yang bekerja atas dirinya.
3. Tindakan apa yang akan diambil oleh lembaga pelaksana sebagai respons terhadap peraturan-peraturan hukum, sangat tergantung dan dikendalikan oleh peraturan hukum yang berlaku, dari sanksi-sanksinya, dan dari seluruh kompleks kekuatan sosial, politik, dan lain sebagainya yang bekerja atas dirinya, serta dari umpan balik yang datang dari pemegang peran dan birokrasi.⁵⁶

Membuat hukum menjadi efektif, diperlukan suatu proses efektivitas hukum. Dalam hal ini istilah efektivitas hukum digunakan dan diartikan sebagai suatu proses yang bermuara pada pentaatan hukum. Soerjono Soekanto menyatakan bahwa efektivitas hukum merupakan proses yang bertujuan agar supaya hukum berlaku efektif, menurut Soerjono Soekanto ada lima faktor yaitu :

- a. Hukumnya sendiri;
- b. Penegak hukum, yakni pihak-pihak yang membentuk maupun menerapkan hukum;
- c. Sarana dan fasilitas yang mendukung penegakan hukum;
- d. Masyarakat, yakni lingkungan dimana hukum tersebut berlaku atau diterapkan;

⁵⁶ *Ibid.*

- e. Kebudayaan, yakni sebagai hasil karya cipta, dan rasa yang didasarkan pada karsa manusia di dalam pergaulan hidup.⁵⁷

Berdasar teori efektivitas hukum Soerjono Soekanto, efektif atau tidaknya suatu hukum ditentukan oleh 5 (lima) faktor tersebut di atas. Kelima faktor di atas saling berkaitan dengan eratnyanya, oleh karena merupakan esensi dari penegakan hukum, juga merupakan tolok ukur dari efektivitas penegakan hukum.⁵⁸

Sudarto mengemukakan ada keterkaitan antara hukum pidana dengan ideologi politik suatu bangsa beliau mengemukakan :

Pengaturan dalam hukum pidana merupakan pencerminan dari ideologi politik dari suatu bangsa di mana hukum itu berkembang dan merupakan hal yang penting bahwa seluruh bangunan hukum itu bertumpu pada pandangan politik yang sehat dan konsisten. KUHP dari negara-negara Eropa Barat yang bersifat individualistik-kapitalis itu bercorak lain daripada KUHP dari negara-negara Eropa Timur yang berpandangan politik Sosialis. Di negara kita pandangan politik ini berdasarkan Pancasila, sedangkan pandangan tentang hukum pidana erat sekali hubungannya dengan pandangan umum tentang hukum, tentang negara dan masyarakat dan tentang kriminalitas (kejahatan).⁵⁹

Sehingga menurut Sudarto ada keterkaitan antara bekerjanya hukum di suatu negara dengan ideologi politik dalam suatu negara maka hukum akan berjalan efektif apabila hukum dibentuk sesuai dengan nilai ideologi politik suatu negara. Oleh karena ideologi negara Indonesia adalah Pancasila maka sistem hukum pidana nasional harus sesuai dengan nilai-nilai Pancasila.

⁵⁷ Soerjono Soekanto, *Faktor-Faktor yang Mempengaruhi Penegakan Hukum*, Rajawali Press, Jakarta, 2004, hal. 8

⁵⁸ Triyana Yohanes, Disertasi : *Kekuatan Hukum Putusan Dispute Settlement Body World Trade Organization dalam Kaitannya dengan Keefektifan dan Keadilan Penyelesaian Sengketa*, Program Doktor Ilmu Hukum Program Pasca Sarjana Fakultas Hukum Universitas Sebelas Maret Surakarta, 2017, hal. 50

⁵⁹ Sudarto, *Hukum Pidana dan Perkembangan Masyarakat*, Sinar Baru, Bandung, 1983, hal. 63

2. Teori Keadilan Berdasarkan Pancasila

Masalah keadilan, bukanlah hal yang baru dibicarakan para ahli, namun pembicaraan keadilan telah dimulai sejak jaman Aristoteles, bahkan setiap ahli *mempunyai* pandangan yang berbeda tentang esensi keadilan. Kata keadilan berasal dari kata adil. Dalam bahasa Inggris, disebut "*justice*", bahasa Belanda disebut dengan "*rechtvaardig*". Adil diartikan dapat diterima secara objektif. Keadilan dimaknai sifat (perbuatan, perlakuan) yang adil⁶⁰. Ada tiga pengertian adil, yaitu:

- a. tidak berat sebelah;
- b. berpihak pada kebenaran;
- c. sepatutnya atau tidak sewenag-wenang.

Jhon Stuart Mill menyajikan pendapatnya tentang pengertian keadilan. Keadilan *adalah* :

"nama bagi kelas-kelas aturan moral tertentu yang menyoroti kesejahteraan manusia lebih dekat daripada dan karenanya menjadi kewajiban yang lebih absolute-aturan penuntun hidup apa pun yang lain. Keadilan juga merupakan konsepsi di mana kita menemukan salah satu esensinya, yaitu hak yang diberikan kepada individu mengimplikasikan dan memberikan kesaksian mengenai kewajiban yang lebih mengikat."⁶¹

Menurut Jhon Stuart Mill bahwa eksistensi keadilan merupakan aturan moral. Moral adalah berbicara tentang baik dan buruk. Aturan moral ini harus difokuskan untuk kesejahteraan manusia. Sementara itu yang menjadi esensi atau hakikat keadilan adalah merupakan hak yang diberikan kepada individu untuk melaksanakannya, Notonegoro menyajikan tentang konsep keadilan. Keadilan adalah :

"Kemampuan untuk memberikan kepada diri sendiri dan orang lain apa yang semestinya, apa yang telah menjadi haknya. Hubungan antara manusia yang terlibat di dalam penyelenggaraan keadilan terbentuk dalam pola yang disebut hubungan keadilan segitiga, yang meliputi

⁶⁰ Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Balai Pustaka, Jakarta, 1989, hal. 7

⁶¹ Salim H.S. & Erlies Septiana Nurbani, *Op. Cit.*, hal. 26

keadilan distributif (*disributive justice*), keadilan bertaat atau legal (*legal justice*), dan keadilan komutatif (*komutative justice*).⁶²

Selanjutnya teori-teori yang menganalisis tentang keadilan adalah :

a. Plato

Plato mengemukakan tentang esensi keadilan yang dikaitkan dengan kemanfaatan. Ia mengemukakan bahwa:

”Keadilan mempunyai hubungan yang baik dan adil ditentukan oleh pernyataan bahwa yang belakangan menjadi bermanfaat dan berguna hanya apabila sebelumnya dimanfaatkan; yang menyatakan bahwa gagasan tentang keadilan menghasilkan satu-satunya nilai dari gagasan tentang kebaikan”.⁶³

Konsep keadilan yang dikemukakan oleh Plato erat kaitannya dengan kemanfaatan. Sesuatu bermanfaat apabila sesuai dengan kebaikan. Kebaikan merupakan substansi keadilan.

b. Aristoteles

Aristoteles membagi keadilan menjadi dua macam, yaitu: keadilan dalam arti umum dan keadilan dalam arti khusus. Keadilan dalam arti umum adalah keadilan yang berlaku bagi semua orang, tidak membedakan antara orang yang satu dengan yang lainnya (*justice for all*). Keadilan dalam arti khusus merupakan keadilan yang berlaku hanya ditujukan pada orang tertentu saja (khusus).

Kemudian Aristoteles juga mengemukakan konsep keadilan, yaitu menurut hukum dan kesetaraan. Dalam konsep tersebut tidak adil dipakai, baik bagi orang yang melanggar hukum maupun orang yang menerima lebih dari haknya, yaitu orang yang berlaku tidak jujur. Orang yang taat pada hukum dan orang yang jujur keduanya pasti adil. Sehingga yang adil berarti mereka yang benar menurut hukum dan mereka yang berlaku seimbang atau jujur. Yang tidak adil berarti mereka yang melanggar hukum atau mereka yang berlaku tidak seimbang atau tidak jujur.

⁶² *Ibid*, hal. 26

⁶³ *Ibid*, hal 29

Di samping itu, Aristoteles juga membagi keadilan menjadi dua macam, yaitu keadilan distributif dan keadilan korektif. Keadilan distributif dijalankan dalam distribusi kehormatan, kemakmuran, dan aset-aset lain yang dapat dibagi dari komunitas yang bisa dialokasikan di antara para anggotanya secara merata atau tidak merata oleh legislator. Prinsip keadilan distributif adalah kesetaraan yang proporsional (seimbang). Keadilan korektif merupakan keadilan yang menyediakan prinsip korektif dalam transaksi privat, keadilan korektif dijalankan oleh hakim dalam menyelesaikan perselisihan dan memberikan hukuman terhadap para pelaku kejahatan.⁶⁴

c. Thomas Aquinas

Thomas Aquinas mengaitkan hukum dengan agama. Melalui teorinya tentang keadilan hukum, Aquinas menyisipkan sebuah pesan luhur tentang betapa pentingnya mutu dari isi suatu aturan hukum. Aquinas menempatkan keadilan hukum sebagai keadilan umum, yang diandaikan berakar pada hukum alam (yang tidak lain mencerminkan keluhuran Ilahi). Menaati hukum bermakna sama dengan bersikap baik dalam segala hal. Jadi perilaku hukum paralel dengan perilaku moral.⁶⁵

d. Jeremy Bentham

Teori dari Jeremy Bentham adalah individualisme utilitarian. Katanya, alam telah menempatkan umat manusia di bawah pemerintahan dua penguasa atau raja, yakni suka dan duka. Dua raja itu menentukan apa yang kita lakukan, apa yang kita katakan, dan apa yang kita pikirkan.

Raja suka adalah kekayaan, kekuasaan, nama baik, perbuatan baik, persahabatan, pengetahuan, dan persekutuan. Kebalikan dari raja suka itu adalah raja duka. Tapi menurut Bentham penekanan pengertian dari raja suka adalah kebahagiaan. Hukum sebagai tatanan hidup bersama harus diarahkan untuk menyokong si raja suka dan mengekang

⁶⁴ Salim H.S. & Erlies Septiana Nurbani, *Op. Cit.*, hal. 27

⁶⁵ Bernard L. Tanya, Yoan N. Simanjuntak, Markus Y. Hage, *Op. Cit.*, hal. 57

si raja duka. Dengan kata lain hukum harus berbasis manfaat bagi kebahagiaan manusia dengan cara menciptakan kebebasan maksimum bagi individu agar dapat mengejar apa yang baik baginya.⁶⁶

e. Hans Kelsen

Hans Kelsen menyajikan esensi keadilan. Keadilan adalah :

”Sebuah kualitas yang mungkin, tetapi bukan harus, dari sebuah tatanan sosial yang menuntun terciptanya hubungan timbal balik di antara sesama manusia. Baru setelah itu ia merupakan sebuah bentuk kebaikan manusia, karena memang manusia itu adil bilamana perilakunya sesuai dengan norma-norma tatanan sosial yang seharusnya memang adil. Maksud tatanan sosial yang adil adalah bahwa peraturan itu menuntun perilaku manusia dalam menciptakan kondisi yang memuaskan bagi semua manusia dengan kata lain bahwa supaya semua orang bisa merasa bahagia dalam peraturan tersebut”.⁶⁷

Esensi keadilan menurut Hans Kelsen adalah sesuai dengan norma-norma yang hidup dan berkembang dalam masyarakat. Norma-norma yang hidup dan berkembang dalam masyarakat, tidak hanya norma hukum, tetapi juga norma yang lainnya, seperti norma agama, norma kesusilaan, dan lainnya. Tujuan dari norma yang dibuat tersebut adalah mencapai kebahagiaan. Kebahagiaan dalam konsep ini, bukan hanya kebahagiaan individual, tetapi kebahagiaan bagi semua manusia atau orang.

f. H.L.A. Hart

H.L.A Hart mengemukakan tentang prinsip-prinsip keadilan. Ia mengemukakan bahwa :

”Dalam berbagai penerapan konsep keadilan bahwa para individu di hadapan yang lainnya berhak atas kedudukan relatif berupa kesetaraan atau ketidaksetaraan tertentu. Ini merupakan sesuatu yang harus dipertimbangkan dalam ketidakpastian kehidupan sosial ketika beban atau manfaat hendak dipulihkan ketika terganggu. Dari situlah menurut tradisi keadilan dipandang sebagai pemeliharaan atau pemulihan keseimbangan (*balance*) atau jatah bagian (*proportion*) dan kaidah pokoknya sering dirumuskan sebagai perlakuan hal yang

⁶⁶ *Ibid.*, hal. 83

⁶⁷ Salim H.S. & Erlies Septiana Nurbani, *Op. Cit.*, hal 30

serupa dan tidak serupa, kendatipun demikian kita perlu menambahkan padanya dan perlakukan hal-hal yang berbeda dengan cara yang berbeda.”⁶⁸

Prinsip keadilan menurut Hart adalah bahwa individu mempunyai kedudukan yang setara antara satu dengan lainnya.

g. Jhon Stuart Mill

Jhon Stuart Mill menyajikan tentang teori keadilan, ia mengemukakan bahwa :

”Tidak ada teori keadilan yang bisa dipisahkan dari tuntutan kemanfaatan. Keadilan adalah istilah yang diberikan kepada aturan-aturan yang melindungi klaim-klaim yang dianggap esensial bagi kesejahteraan masyarakat, klaim-klaim untuk memegang janji diperlakukan dengan setara”.⁶⁹

Jhon Stuart Mill mefokuskan konsep keadilan pada perlindungan terhadap klaim-klaim. Tujuan klaim itu, yaitu untuk meningkatkan kesejahteraan dan memegang janji secara setara. Setara diartikan kedudukan orang adalah sejajar (sama tingginya), sama kedudukannya atau kedudukannya seimbang.

h. Jhon Rawls

Pengembang lain teori keadilan adalah Jhon Rawls. Jhon Rawls menyajikan tentang konsep keadilan sosial. Keadilan sosial merupakan : ”prinsip kebijaksanaan rasional yang diterapkan pada konsep kesejahteraan agregatif (hasil pengumpulan) kelompok”.⁷⁰

Subyek utama keadilan sosial adalah struktur masyarakat, atau lebih tepatnya, cara lembaga-lembaga sosial utama mendistribusikan hak dan kewajiban fundamental serta menentukan pembagian keuntungan dari kerjasama sosial.

Lebih lanjut Jhon Rawls menegaskan bahwa program penegakan keadilan yang berdimensi kerakyatan haruslah memperhatikan dua prinsip keadilan, yaitu : pertama, memberi hak dan kesempatan yang

⁶⁸ *Ibid*, hal. 30

⁶⁹ *Ibid*, hal. 29

⁷⁰ Jhon Rawls, *A Theori of Justice Teori Keadilan*, Yogyakarta, Pustaka Pelajar, 2006, hal. 26

sama atas kebebasan dasar yang paling luas seluas kebebasan yang sama bagi setiap orang. Kedua, mampu mengatur kembali kesenjangan sosial ekonomi yang terjadi sehingga dapat memberi keuntungan yang bersifat timbal balik (*reciprocal benefits*) bagi setiap orang, baik mereka yang berasal dari kelompok beruntung maupun tidak beruntung.⁷¹

i. Keadilan Substansial

Selama ini hukum hanya berprinsip teguh kepada keadilan yang sifatnya prosedural bukan keadilan substansial. Dalam hal ini, keadilan prosedural merupakan keadilan yang mengacu pada bunyi undang-undang. Sepanjang keadilan bunyi undang-undang terwujud, tercapailah keadilan secara formal. Masih perlu pengkajian lebih lanjut apakah secara materiel keadilan itu benar-benar dirasakan adil secara morak bagi banyak pihak atau tidak. Para penegak keadilan prosedural sering memedulikannya. Para penegak keadilan prosedural, biasanya itu, biasanya tergolong kaum positivistik dan tidak melihat betapa masyarakat tidak merasakan keadilan yang sejatinya. Hukum merupakan sarana mewujudkan keadilan yang tidak sekedar formalitas. Bagi kaum positivistik, keputusan-keputusan hukum dapat dideduksikan secara logis dari peraturan-peraturan yang sudah ada lebih dahulu tanpa perlu menunjuk kepada tujuan-tujuan sosial, kebijakan, serta moralitas. Betapapun tidak adil dan terbatasnya bunyi undang-undang yang ada. Hukum adalah perintah undang-undang dan dari situ kepastian hukum bisa ditegakkan.⁷²

Keadilan substantif (keadilan substansial) dimaknai sebagai : *“Justice fairly administered according to rules of substantive law, regardless of any procedural errors not affecting the litigant’s substantive rights”*⁷³. (keadilan cukup diberikan sesuai dengan aturan

⁷¹ Salim H.S. & Erlies Septiana Nurbani, *Op. Cit.*, hal. 31

⁷² Fawaidurrahman, *Mencari Keadilan Hukum di Indonesia: Membendung Keadilan Prosedural Menuju Keadilan Subatansial*. <http://fawaidroh.wordpress.com>. Diakses 28 Februari 2019 pukul 05:05

⁷³ Bryan A. Garner (Editor in Chief). 2004, *Black’s Law Dictionary*, 8 th Edition, Thompson-West Publising Co., St. Paul, hal. 881

hukum substantif, meskipun ada keasalahan prosedural yang tidak memengaruhi hak-hak substantif yang berperkara). Berdasarkan definisi tersebut dapat dimaknai bahwa keadilan substantif adalah keadilan yang diberikan sesuai dengan aturan-aturan hukum substantif, tanpa melihat kesalahan-kesalahan prosedural yang tidak berpengaruh pada hak-hak substantif para pihak.⁷⁴

Suasana berkurangnya kepercayaan pada hukum tampak jelas dalam sejumlah karya ilmiah belakangan ini, kritik atas hukum selalu ditujukan pada tidak memadainya hukum sebagai sarana perubahan dan sebagai sarana untuk mewujudkan keadilan substantif. Kegelisahan tersebut tetap masih ada, namun saat ini ada sebuah catatan baru yang ditemukan oleh penunjukan berkali-kali terhadap legitimasi. Tanda bahaya yang bersifat konservatif tentang terkikisnya otoritas, penyalahgunaan aktivisme hukum dan macetnya “hukum dan ketertiban” (*law and order*) diteriakkan dalam gerakan pembaruan kembali yang radikal yang berfokus pada mandul dan korupnya tertib hukum.⁷⁵

Keadilan substantif memang menciptakan ketidakpastian hukum, tetapi menciptakan ketenangan hakim memberikan keadilan bagi kasus yang ditangani. Selain itu, putusan hakim akan mendorong berbagai perubahan dalam penyusunan peraturan perundang-undangan yang tidak memberikan keadilan. Jika hakim (termasuk hakim konstitusi) hanya sekedar menerapkan arti sebagaimana isi undang-undang dalam kasus yang ditanganinya maka kekuasaan legislatif dan eksekutif (birokrasi), sehingga untuk apa kekuasaan kehakiman ?⁷⁶ mengutip kata Roberto M. Unger, yaitu :

⁷⁴ Muhammad Taufiq, *Keadilan Substansial Memangkas Rantai Birokrasi Hukum*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2014, hal. 45.

⁷⁵ Philipe Nonet & Philip Selznick, *Hukum Responsif Pilihan dimasa Transisi*, Ford Foundation Huma, Jakarta, 2003, hal. 3

⁷⁶ Muhammad Taufiq, *Op. Cit.*, hal. 56

“an ideal of justice when it makes the uniform application of general rules the keystone of justice of when it establishes principle whose validity is supposedly independent of choices among conflicting values. It is procedural when it imposes condition on the legitimacy of the processes by which social advantages are exchanged and distributed. It is substantive when it governs the actual outcome of distributive decision or of bargains.

(keadilan yang ideal adalah formal ketika aturan-aturan umum dipraktikkan secara seragam sebagai dasar keadilan atau ketidakadilan menegakkan prinsip-prinsip yang keabsahannya diharapkan bebas dari pilihan diantara nilai-nilai yang berlawanan. Ia adalah prosedural ketika menetapkan syarat-syarat bagi legitimasi proses dimana keuntungan sosial saling dipertukarkan atau terdistribusi. Ia adalah substantif ketika ia menentukan hasil aktual dari keputusan distributif atau bagi penawaran-penawaran)⁷⁷.

Dalam praktek hukum di Indonesia, seringkali para penegak hukum telah menjalankan tugasnya sesuai dengan aturan main yang ada, dalam artian aturan main yang formal. Terhadap kasus tindak pidana korupsi misalnya, sesuai hukum yang berlaku, jaksa dan KPK sudah melakukan penyelidikan, penyidikan dan penuntutan ke pengadilan. Pengacara yang mewakili Terdakwa sudah menjalankan fungsinya untuk membela dan mempertahankan hak-hak tersangka. Dan hakim sudah mendengar kedua belah pihak, sehingga dikeluarkanlah putusan hakim. Semua aturan hukum yang relevan sudah dipertimbangkan dan diterapkan. Serta semua formalitas dan tata cara yuridis sudah diikuti.

Persoalannya, mengapa terhadap penegakan hukum yang demikian masih saja banyak masyarakat yang tidak puas, dan masih saja dikatakan bahwa penegakan hukum di Indonesia masih saja ditenggarai sangat rendah dan sudah mencapai titik nadir. Inilah masalahnya, yakni tidak terpenuhinya nilai keadilan, terutama keadilan masyarakat.⁷⁸

⁷⁷ Roberto Unger, *Law in Modern Society*, New York : The Free Press, 1976, hal. 194

⁷⁸ Faisal, *Ilmu Hukum sebuah Kajian Kritis, Filsafat, Keadilan dan Tafsir*, Thafa media, Yogyakarta, 2015, hal. 18

Pembicaraan mengenai refleksi filsafat hukum yang menfokuskan diri pada cita-cita hukum yaitu bagaimana mencapai keadilan substantif, pada kenyataannya makna keadilan saat ini telah terkikis oleh paradigma yang sangat kaku, hanya melihat sisi keadilan pada ejaan pasal per pasal dalam mewujudkan keadilan prosedural. Berangkat dari pemikiran Satjipto Rahardjo yaitu gagasan hukum progresif yang lahir sebagai oposisi keilmuan terhadap paham positivisme hukum.⁷⁹

Gagasan ini kemudian muncuat kepermukaan dan menjadi kajian yang sangat menarik ditelaah lebih lanjut. Apa yang digagas oleh Satjipto Rahardjo ini menawarkan perspektif, spirit, dan cara baru mengatasi “kelumpuhan hukum di Indonesia”. Progresif berasal dari kata progress yang berarti kemajuan. Hukum hendaknya mampu mengikuti perkembangan zaman, mampu menjawab perubahan zaman dengan segala dasar di dalamnya, serta mampu melayani kepentingan masyarakat dengan menyandarkan pada aspek moralitas dari sumber daya manusia penegak hukum itu sendiri.⁸⁰

Dilihat dari kemunculannya, hukum progresif adalah bagian dari proses pencarian kebenaran yang tidak pernah berhenti. Hukum progresif yang dapat dipandang sebagai yang sedang mencari jati diri bertolak dari realitas empirik tentang bekerjanya hukum di masyarakat, berupa ketidakpuasan dan keprihatinan terhadap kinerja dan kulaitas penegak hukum dalam setting Indonesia akhir abad ke-20. Dalam prosesnya pencariannya itu, Satjipto Rahardjo kemudian berkesimpulan bahwa salah satu penyebab menurunnya kinerja dan kualitas penegak hukum di Indonesia adalah dominasi paradigma positivisme dengan formalitasnya yang melekat.⁸¹

⁷⁹ *Ibid.*, hal. 18

⁸⁰ Satjipto Rahardjo, *Membedah hukum Progresif*, Buku Kompas Cet II, Jakarta, 2006, hal. xx

⁸¹ Satjipto Rahardjo, *Sisi-Sisi lain dari Hukum di Indonesia*, Jakarta, Kompas, 2003, hal. 22-25

Keadilan substantif dengan hukum progresif akan selalu mencerminkan diri pada kenyataan hukum di masyarakat. Setidaknya hukum progresif ini secara konseptual harus berdiri atas tiga varian pokok, yaitu :

- 1) Menempatkan diri sebagai kekuatan “pembebasan” yaitu membebaskan diri dari tipe, cara berfikir, asas dan teori hukum yang legistik-dogmatik, analitis-positivistik. Sekalian dengan ciri pembebasan itu, keadilan progresif lebih mengutamakan “tujuan” daripada “prosedur”.
- 2) Didasarkan pada “logika kepatutan sosial” dan tidak semata-mata berdasarkan pada logika peraturan. Sehingga dalam hal ini keadilan progresif dapat menjunjung tinggi moralitas. Hati nurani ditempatkan sebagai penggerak, pendorong sekaligus pengendali aktivitas perjuangan itu.
- 3) Paling utama keadilan progresif banyak bertumpu pada kualitas dan kemampuan sumberdaya manusia penegak hukumnya. Faktor moralitas menjadi amat penting, seperti empati, kejujuran dan keberanian.⁸²

Pada kode etik dan pedoman perilaku hakim, adil bermakna menempatkan sesuatu pada tempatnya dan memberikan yang menjadi haknya, yang didasarkan pada suatu prinsip bahwa semua orang sama kedudukannya di depan hukum. Dengan demikian, tuntutan yang paling mendasar dari keadilan adalah memberikan perlakuan dan memberi kesempatan yang sama (*equality and fairness*) terhadap setiap orang. Oleh karenanya seseorang yang melaksanakan tugas atau profesi di bidang peradilan yang memikul tanggung jawab menegakkan hukum yang adil dan benar harus selalu berlaku adil dengan tidak membedakan orang.⁸³

⁸² Faisal, *Ilmu Hukum sebuah Kajian Kritis, Filsafat, Keadilan dan Tafsir*, Op. Cit., hal. 51

⁸³ Komisi Yudisial RI 2012, *Keputusan Bersama Ketua Mahkamah Agung RI dan Ketua Komisi Yudisial RI Nomor 047/KMA/SKB/IV/2009, 02/SKB/P.KY/IV/2009 Tentang Kode Etik dan Pedoman Perilaku Hakim*, Jakarta : Komisi Yudisial RI, hal. 11

j. Keadilan menurut Pancasila

Keadilan Pancasila terkait dengan negara hukum Pancasila, karena keadilan merupakan tujuan dari hukum, kalau hukum menurut Pancasila maka keadilan juga harus berdasarkan Pancasila. Dengan melihat ide dasar mengenai konsep negara hukum Indonesia sebagaimana dinyatakan secara tegas dalam Undang-Undang Dasar 1945, tentu tidak dapat dipisahkan dari keberadaan Pancasila sebagai dasar negara, sumber dari segala sumber hukum dan jiwa bangsa Indonesia. Dengan kata lain, Pancasila menjiwai seluruh kehidupan negara hukum Indonesia. Karena Pancasila merupakan filsafat merupakan filsafat bangsa Indonesia dan filsafat itu merupakan pemikiran yang meliputi "*de zin van wereld en leven*" (makna dari dunia dan kehidupan).⁸⁴

Negara hukum Pancasila terdiri dari dua suku kata yakni "negara hukum" dan "Pancasila". Negara hukum dapat diartikan sebagai segala aktifitas atau perbuatan yang dilakukan harus berdasarkan hukum (peraturan perundang-undangan) dan dapat dimintakan pertanggungjawaban berdasarkan hukum. Sedangkan Pancasila berarti jiwa bangsa yang merupakan *filosofische grondslag* dan *common platforms* sekaligus sebagai cita hukum (*rechtsidee*) yang merupakan bintang pemandu dalam menjalankan seluruh kehidupan bangsa Indonesia (baik di bidang hukum, politik, ekonomi, sosial budaya, pertahanan dan keamanan maupun bidang-bidang lainnya) dan hal ini dilakukan untuk mencapai tujuan nasional.

Sehingga negara hukum Pancasila dapat dimaknai sebagai segala aktivitas dalam kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara yang dilaksanakan berdasarkan Pancasila sebagai jiwa bangsa Indonesia. Artinya, Pancasila sebagai roh dan negara sebagai

⁸⁴ I Ketut Adi Purnama, dikutip dari bukunya Yopi Gunawan dan Kristian, *Perkembangan Konsep Negara Hukum dan Negara Hukum Pancasila*, Aditama, Bandung, 2015, hal. 82.

badannya. Oleh karena itu, dalam menjalankan kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara harus dimahkotai dengan Pancasila yakni untuk melindungi segenap bangsa dan seluruh tumpah darah Indonesia; memajukan kesejahteraan umum; mencerdaskan kehidupan bangsa dan ikut melaksanakan perdamaian dunia, berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial.⁸⁵

Sebagaimana telah dikemukakan dalam latarbelakang Konsep keadilan sosial yang berasal dari pemikiran barat yang mendasarkan diri pada suatu landasan filsafat barat baik aliran filsafat *idealism*, *realism*, *liberalism* dan *utilitarianisme* maupun yang mendasarkan diri pada aliran filsafat lainnya seperti filsafat Marx, filsafat engel dan filsafat Bakunin, tidak serta merta identik dengan konsep keadilan menurut pandangan bangsa Indonesia. Perbedaan ini timbul karena pandangan hidup barat yang bersifat individualistis, liberal, dan materialistis dengan cara berfikirnya yang abstrak, analitis dan sistematis, berbeda dengan pandangan hidup bangsa Indonesia yang lebih mengutamakan kepentingan keluarga dan hidup dalam alam yang diliputi suasana magis metafisis dengan cara berfikirnya yang konkrit dan riil. Walaupun terdapat perbedaan konsep keadilan menurut pemikiran barat dan pemikiran Indonesia, namun ada kesamaan dalam hal tertentu, karena dari konsep tersebut unsur-unsur pokok yang bernilai universal dari keadilan menurut pemikiran barat terdapat pula dalam konsep keadilan menurut pandangan bangsa Indonesia yang berdasarkan Pancasila. Baik berdasarkan falsafah umum dari barat maupun berdasarkan pandangan Pancasila, pada dasarnya konsep keadilan tersebut mengarah pada berlakunya prinsip keadilan sosial, yaitu keadilan yang lebih banyak memberikan perhatian dan bobot kepada kesejahteraan masyarakat.⁸⁶

⁸⁵ Yopi Gunawan dan Kristian, *Op. cit.*, hal. 94

⁸⁶ Bahder Johan Nasution, *Negara Hukum dan Hak Asasi Manusia*, Mandar Maju Bandung, 2014, hal. 109

Konsep keadilan menurut pandangan bangsa Indonesia tertuang dalam Pancasila yang merupakan filsafat bangsa. Di dalam literature Indonesia, banyak pendapat yang mengatakan Pancasila sebagai filsafat, antara lain Notonagoro mengatakan : Pancasila dalam Negara RI sebagai dasar Negara dalam pengertian filsafat. Drijarkara menyebut Pancasila sebagai dalil-dalil filsafat. Soediman Kartohadiprojo mengatakan Pancasila sebagai filsafat bangsa Indonesia. Ruslan Abdul Gani menyebutkan Pancasila adalah filsafat Negara yang lahir sebagai *collective ideology* dari seluruh bangsa Indonesia. Di samping itu masih banyak sarjana lain dalam tulisannya yang menyebut Pancasila sebagai filsafat antara lain Bung Karno, Soepomo, Bung Hatta dan Moh. Yamin.⁸⁷

Keadilan Pancasila adalah suatu keadilan yang bercirikan atau berlandaskan pada nilai-nilai serta berlandaskan pada identitas dan karakteristik yang terdapat pada Pancasila. Nilai-nilai yang menjadi landasan bagi keadilan Pancasila adalah :

1. Ketuhanan Yang Maha Esa;
2. Kemanusiaan yang adil dan beradab;
3. Persatuan Indonesia;
4. Kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam permusyawaratan perwakilan;
5. Keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia.

Konsep keadilan Pancasila dirumuskan dalam sila kedua Pancasila Kemanusiaan yang adil dan beradab dan sila kelima Pancasila keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia. Sila kemanusiaan yang adil dan beradab dijabarkan dalam butir-butir Pancasila berdasarkan ketetapan MPR No. II/MPR/1978 tentang Pedoman Penghayatan dan Pengamalan Pancasila (P-4). Dalam rumusan tersebut sikap adil digambarkan sebagai : bermartabat, sederajat, saling mencintai, sikap

commit to user

⁸⁷ *Ibid.* hal. 109

tepa selira, tidak sewenang-wenang, mempunyai nilai kemanusiaan, membela kebenaran dan keadilan serta menghormati dan kerjasama dengan bangsa lain. Sedang makna adil dijabarkan pada sila kelima Pancasila yaitu gotong royong, keseimbangan antara hak dan kewajiban, memiliki fungsi sosial hak milik dan hidup sederhana. Sehingga dengan mengacu pada rumusan tersebut di atas keadilan menurut bangsa Indonesia adalah keadilan sosial⁸⁸. Namun demikian untuk memahami konsep keadilan Pancasila dalam kedudukan Pancasila sebagai sistem filsafat maka nilai keadilan dalam sila kedua dan sila kelima tersebut di atas harus dikaitkan pula dengan sila sila yang lain.

Sehingga dapat dijelaskan keadilan Pancasila adalah keadilan yang absolute hanya ada pada Tuhan Yang Maha Esa, sila pertama Pancasila merupakan konsep keadilan yang sesungguhnya, seadil-adilnya dan maha adil. Dalam kedudukan Pancasila sebagai suatu sistem filsafat dimana antara sila yang satu dengan sila yang lain saling terkait. Peninjauan kelima sila Pancasila dalam kesatuannya, terutama diperlukan untuk memahami keterkaitan antara satu sila dengan sila lainnya, dengan pemahaman secara utuh. Artinya untuk memahami keadilan sosial yang sesuai dengan pandangan hidup manusia Indonesia, tanpa memperhatikan nuansa keagamaannya yang berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa, demikian juga bila tidak memahami kemanusiaanya yang adil dan beradab di dalam persatuan Indonesia yang segala sesuatunya diputuskan, dan diatur berdasarkan asas kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam permusyawaratan perwakilan, untuk mewujudkan keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia. Tanpa Pancasila yang tercantum dalam

⁸⁸ *Ibid.*, hal. 111

Pembukaan UUD 1945 maka Negara Republik Indonesia tidak akan pernah ada.⁸⁹

Dari pandangan di atas mengenai teori keadilan maka masing-masing memiliki fokus kajian tentang keadilan. Plato memandang keadilan dari kemanfaatan, Aristoteles memandang keadilan dari hukum dan kesetaraan, Thomas Aquinas keadilan hukum sebagai keadilan umum, yang diandaikan berakar pada hukum alam (yang tidak lain mencerminkan keluhuran Ilahi, Jeremy Bentham memandang keadilan kebahagiaan individu. Jhon Rawls memandang keadilan dari keadilan sosial. Sedangkan keadilan Pancasila memandang bahwa keadilan bersumber pada nilai-nilai keadilan berketuhanan, keadilan yang berperikemanusiaan, keadilan yang membawa persatuan, keadilan permusyawaratan, dan keadilan sosial.

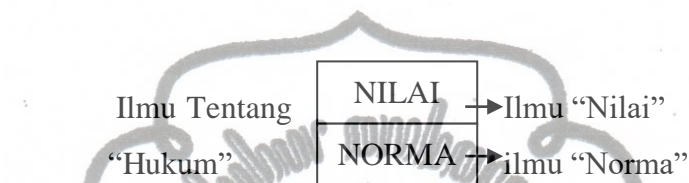
Keadilan sosial adalah sila kelima dalam Pancasila. Sila kelima ini tidak lain merupakan ujung harapan dari semua sila lainnya. Sila pertama sampai dengan sila keempat saling berkaitan satu sama lainnya. Ketuhanan Yang Maha Esa, Kemanusiaan Yang adil dan beradab, persatuan Indonesia, kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam permusyawaratan perwakilan. Kesemua ini harus menghasilkan keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia. Karena itu, perumusan kelima sila itu pada alenia IV Pembukaan UUD 1945 diakhiri dengan kalimat, “serta dengan mewujudkan keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia”.⁹⁰

⁸⁹ *Ibid.* hal. 112

⁹⁰ Jimly Asshiddiqie, *Pesan keadilan Sosial*, Makalah Kuliah Umum tentang Paradigma Keadilan Sosial dalam Hukum dan Pembangunan di hadapan para dosen Fakultas Hukum se-Malang, tanggal 12 April 2011, hal. 1

Barda Nawawi Arief mengemukakan ilmu hukum pidana normatif pada hakekatnya bukan semata-mata ilmu tentang norma, tetapi juga ilmu tentang nilai. Secara skematis dapat kiranya digambarkan sebagai berikut⁹¹ :

Bagan I
Skema ilmu Hukum Pidana



Aspek "norma" merupakan aspek luar atau aspek lahiriah yang nampak dan terwujud dalam perumusan perundang-undangan, sedangkan aspek "nilai" merupakan aspek batiniah/kejiwaan yang ada di balik atau di belakang norma.⁹² Norma dan nilai merupakan satu kesatuan, maka ilmu hukum pidana seyogyanya mencakup kajian kedua-duanya. Kajian ilmu hukum pidana yang semata-mata terfokus pada kajian norma dan terlepas dari kajian nilai, merupakan kajian yang partial, timpang dan bahkan dapat berbahaya.⁹³

Nilai-nilai itu terdiri dari nilai moralitas umum yang mendasari hukum pidana (seperti nilai keadilan, kebenaran, kejujuran, kepercayaan dan kasih sayang antar sesama) dan juga nilai-nilai kesusilaan nasional (NKN) atau nilai-nilai berkehidupan kebangsaan yang dicita-citakan oleh masyarakat/ bangsa Indonesia di berbagai bidang. Sekiranya yang dicita-citakan sistem hukum nasional adalah sistem hukum Pancasila, maka sepatutnyalah dikaji dan dikembangkan Sistem Hukum Pidana yang mengandung nilai-nilai Pancasila, yaitu

⁹¹ Barda Nawawi Arief, *Beberapa Aspek Pengembangan Ilmu Hukum Pidana (menyongsong Generasi Baru Hukum Pidana Indonesia)*, Pustaka Magister, Semarang, 2011, hal. 58

⁹² *Ibid.*, Hal. 58

⁹³ *Ibid.*, hal. 59

hukum pidana yang berorientasi pada nilai-nilai Ketuhanan Yang Maha Esa, hukum pidana yang berkemanusiaan yang adil dan beradab”, hukum pidana yang mengandung nilai persatuan, hukum pidana yang dijiwai nilai kerakyatan yang dipimpin oleh hikmah kebijaksanaan dalam permusyawaratan perwakilan, dan hukum pidana yang berkeadilan sosial.⁹⁴

Penguatan ajaran sifat melawan hukum materiil dalam pemberantasan tindak pidana korupsi maka perlu penguatan norma yang dijiwai nilai-nilai Ketuhanan, Kemanusiaan, Persatuan Indonesia, Permasyarakatan mufakat dan keadilan sosial sebagaimana yang terkandung dalam sila Pancasila.

3. Teori Ajaran Sifat Melawan Hukum

Dalam *Memori van toelichting* atau sejarah pembentukan KUHP di Belanda tidak ditemukan apakah yang dimaksudkan dengan kata ”hukum” dalam frase ”melawan hukum”, jika merujuk pada *postulat contra legem facit qui id facit quod lex prohibet; in fraudem vero qui, salvis verbis legis, sententiam ejus circumuenit*, maka dapat diartikan bahwa seseorang dinyatakan melawan hukum ketika perbuatan yang dilakukan adalah suatu perbuatan yang dilarang oleh hukum. Van Hamel mencoba menjelaskan apakah yang dimaksud dengan kata ”hukum” dalam frase ”melawan hukum” sebagai berikut:

Seperti telah dinyatakan, banyak pasal dalam kitab undang-undang hukum pidana, unsur-unsur delik tentang melawan hukum dinyatakan dengan istilah ”melawan hukum” yang digunakan terhadap kelakuan... jadi ada dua keterangan yang berseberangan. 1. Positif: melawan hukum berarti bertentangan dengan hukum (objektif, seperti ajaran Simons dalam bukunya halaman 191) atau merusak hak orang lain (subjektif, seperti Noyon); 2. Negatif, melawan hukum berarti tidak berdasarkan hukum (objektif) atau tanpa kewenangan (subjektif seperti Mahkamah Agung).⁹⁵

⁹⁴ *Ibid.*, hal. 61-62

⁹⁵ Eddy O.S. Hiarij, *Op. cit.*, hal. 190

Pengertian melawan hukum itu sendiri, dikemukakan oleh Simons sebagai berikut :

Apa arti yang harus diberikan mengenai istilah melawan hukum dalam ketentuan ini? Sedangkan menurut pandangan orang banyak istilah tersebut tidak lain dari pada tanpa hak sendiri. Menurut pendapat saya, hanya ada satu pandangan yang dapat diterima mengenai adanya melawan hukum bahwa ada kelakuan yang bertentangan dengan hukum. Tanpa hukum mempunyai arti yang lain dari pada bertentangan dengan hukum, dan istilah melawan hukum menunjuk hanya pada arti yang terakhir. Hukum yang dituju oleh perbuatan tersebut tidak harus suatu hak yang subjektif tetapi juga dapat merupakan suatu hak pada umumnya. Mana yang benar, tergantung pada sifat perbuatan pidana dan tergantung pada rumusan pembentuk undang-undang untuk istilah tersebut.⁹⁶

Berdasarkan yang dikemukakan Van Hammel dan Simons paling tidak ada tiga pengertian "hukum" dalam frase "melawan hukum" :

- a. Pertama hukum dalam pengertian *objectif recht* yang dikemukakan Simons yakni hukum dalam pengertian hukum tertulis dan menolak hukum tidak tertulis;
- b. Kedua, hukum dalam pengertian *subjectief recht* seperti yang dikemukakan Noyon, artinya melawan hak seseorang;
- c. Ketiga, pengertian "hukum" dalam frase "melawan hukum" diartikan sebagai tanpa kewenangan.⁹⁷

Pandangan Simons terkait pengertian hukum semata hanyalah hukum tertulis atau undang-undang ditentang oleh Noyon dan Langemaijer sebagai berikut :

Dari dulu sudah kelihatan bahwa pendapat pertama adalah yang terkuat baik menurut tata bahasa sistematis. "melawan hukum" menunjuk pada bertentangan dengan bukan hanya kehilangan dukungan dalam hukum, tetapi juga bertentangan dengan hukum tanpa membedakan apakah tertulis ataukah tidak tertulis dan apakah pada seseorang karena tidak adanya kelakuan itu lalu demikian suatu hal subjektif dalam arti teknis yuridis. Juga secara

⁹⁶ *Ibid*, hal. 191

⁹⁷ *Ibid*, hal. 192

apriori lebih gampang untuk menduga bahwa pembentuk undang-undang menggantungkan dapat dipidanya suatu kelakuan yaitu bertentangan atau tidak dengan hukum objektif. Apakah pembentuk undang-undang akan menyatakan dipidanya bila tidak ada hak subjektif untuk berkelakuan demikian atau baru dipidana bila bertentangan dengan hukum objektif yang melanggar hak subjektif orang lain.

Pendapat Noyon dan Langemeijer mendapat sokongan dari Pompe yang secara tegas menyatakan : istilah melawan hukum banyak dipakai dalam rumusan delik. Apa arti istilah dalam undang-undang. Ini bukan soal teori hukum umum tetapi interpretasi undang-undang. Tidak sukar untuk memberi jawaban umum atas pertanyaan ini. Bahwa melawan hukum berarti bertentangan dengan hukum.

Selanjutnya masih menurut Pompe melawan hukum berarti bertentangan dengan hukum, tidak hanya sebatas bertentangan dengan undang-undang. Selain dari peraturan perundang-undangan tertulis, harus diperhatikan aturan-aturan yang tidak tertulis.

Dengan demikian pengertian "hukum" dalam frase "melawan hukum" meliputi : Pertama, hukum tertulis atau *objectief recht*. Kedua, *subjectief recht* atau hak orang lain. Ketiga, tanpa kekuasaan atau tanpa kewenangan, hal ini berdasarkan Putusan Hoge Raad 18 Desember 1911 W.Nr. 9263. Keempat, hukum tidak tertulis. Dalam konteks hukum di Indonesia termasuk dalam hukum tidak tertulis adalah hukum adat norma-norma lainnya yang terkandung dalam masyarakat.⁹⁸

Menurut wujudnya atau sifatnya tindak pidana itu adalah perbuatan yang melawan hukum. Namun, tidak semua perbuatan yang melawan hukum atau yang merugikan masyarakat diberi sanksi atau dincam dengan pidana. Dengan demikian, suatu tindak pidana mensyaratkan adanya undang-undang atau hukum yang melarang suatu perbuatan dan sekaligus

juga menetapkan ancaman terhadap perbuatan tersebut.⁹⁹ Juga dikatakan Prof Sudarto salah satu unsur dari tindak pidana adalah unsur sifat melawan hukum. Unsur ini merupakan suatu penilaian objektif terhadap perbuatan, dan bukan terhadap si pembuat. Bilamanakah sesuatu perbuatan itu dikatakan melawan hukum ? yaitu apabila perbuatan itu masuk dalam delik sebagaimana dirumuskan dalam undang-undang dalam bahasa Jerman disebut *tatbestandsmatig*. Namun tidak semua perbuatan yang memenuhi rumusan delik itu senantiasa bersifat melawan hukum, sebab mungkin ada hal yang menghilangkan sifat melawan hukumnya perbuatan tersebut. (misal Pasal 51 Ayat (1) KUHP, Pasal 50 KUHP).¹⁰⁰

4. Teori Penemuan Hukum

Paul Scholten pada prinsipnya menyatakan bahwa hukum itu ada, tetapi masih harus ditemukan. Masih menurut Scholten adalah khayal anggapan seseorang kalau undang-undang itu telah mengatur segalanya secara tuntas, oleh karena itu penemuan hukum berbeda dengan penerapan hukum. Dalam penemuan hukum ditemukan sesuatu yang baru yang dapat dilakukan dengan penafsiran, analogi, maupun penghalusan hukum. Penegakan hukum yang mengandalkan penggunaan logika, melainkan melibatkan penilaian dan memasuki ranah pemberian makna¹⁰¹.

Penemuan hukum menurut Sudikno Mertokusumo adalah proses pembentukan hukum oleh hakim atau aparat hukum lainnya yang ditugaskan untuk menerapkan hukum umum pada peristiwa konkret. Selanjutnya Sudikno Mertokusumo mengutip pendapatnya Eikema Holmes penemuan hukum didefinisikan sebagai konkretisasi atau individualisasi

⁹⁹ Nyoman Serikat Putra Jaya, *Relevansi Hukum Pidana Adat dalam Pembaharuan Hukum Pidana Nasional*, P.T. Citra Aditya Bandung, 2005, hal. 45

¹⁰⁰ Sudarto, *Op. Cit.*, hal. 76

¹⁰¹ Anthon Freddy Susanto, *Sistematika Hukum: dari Dekonstruksi Teks menuju Progresifitas Makna*, Refika Aditama, Bandung, 2005, hal. 10.

peraturan hukum yang bersifat umum dengan mengingat peristiwa konkrit tertentu¹⁰².

Loudoe mengemukakan penemuan hukum adalah suatu proses yang logis belaka melalui subsumsi dari fakta pada ketentuan undang-undang, tetapi juga penilaian dari fakta untuk kemudian menemukan hukumnya¹⁰³. J.A. Pontier penemuan hukum sebuah reaksi terhadap situasi-situasi problematik yang dipaparkan orang dalam peristilahan hukum, penemuan hukum diarahkan pada pemberian jawaban atas pertanyaan-pertanyaan tentang hukum yang ditimbulkan oleh kejadian-kejadian konkret¹⁰⁴.

Ada dua unsur penting dalam penemuan hukum. Pertama hukum/sumber hukum dan kedua adalah fakta. Pada awalnya unsur hukum/sumber hukum adalah undang-undang. Hal ini berkaitan dengan postulat yang dikenal dengan istilah “*De wet is onschendbaar*” undang-undang tidak dapat diganggu gugat), akan tetapi dalam perkembangannya tidak semua hukum ditemukan dalam undang-undang¹⁰⁵, oleh karena itu unsur hukum/sumber hukum dalam penemuan hukum tidak hanya meliputi undang-undang semata, melainkan juga meliputi sumber hukum lainnya, yaitu doktrin, yurisprudensi, perjanjian, dan kebiasaan¹⁰⁶.

Kekuasaan kehakiman merupakan badan yang sangat menentukan isi dan kekuatan kaidah-kaidah hukum positif. Kekuasaan kehakiman diwujudkan dalam tindakan pemeriksaan, penilaian dan penetapan nilai perilaku manusia tertentu serta menentukan nilai situasi konkret dan menyelesaikan persoalan atau konflik yang ditimbulkan secara imparial

¹⁰² Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum sebuah Pengantar*, Liberty, Yogyakarta, 2001, hal. 38

¹⁰³ Jhon Z Loudoe, *Menemukan Hukum melalui Tafsir dan Fakta*, Bina Aksara, Jakarta, 1985, hal. 5

¹⁰⁴ J.A. Pontier, 2008, *Penemuan Hukum*, Penerjemah B. Arief Sidharta, Jendela Masa Pustaka, Bandung, hal 1

¹⁰⁵ *Ibid.*, hal. 20

¹⁰⁶ Eddy O.S Hiariej, 2009, *Asas Legalitas dan Penemuan Hukum dalam Hukum Pidana*, Erlangga, Jakarta, hal. 56

berdasarkan hukum sebagai patokan objektif.¹⁰⁷ Dalam kenyataan konkret, kewenangan kekuasaan kehakiman dilaksanakan oleh hakim.¹⁰⁸

Pada dasarnya tugas hakim adalah memberi Putusan dalam setiap perkara atau konflik yang dihadapkan kepadanya, untuk dapat menyelesaikan perselisihan atau konflik secara imparial berdasarkan hukum yang berlaku, maka hakim harus selalu mandiri, bebas dari pengaruh pihak manapun terutama dalam mengambil putusan.¹⁰⁹ Dalam memutus hakim harus mempertimbangkan segala aspek yang bersifat, yuridis, sosiologis, dan filosofis, sehingga keadilan yang ingin dicapai diwujudkan, dan dipertanggungjawabkan dalam putusan hakim adalah keadilan yang berorientasi pada keadilan hukum (*legal justice*), keadilan masyarakat (*social justice*), dan keadilan moral (*moral justice*).¹¹⁰

Putusan hakim akan terasa begitu dihargai dan mempunyai nilai kewibawaan, jika putusan tersebut dapat merefleksikan rasa keadilan hukum masyarakat dan juga merupakan sarana bagi masyarakat pencari keadilan untuk mendapatkan kebenaran dan keadilan. Sebelum memutus, hakim harus bertanya kepada hati nuraninya, apakah putusannya nantinya akan membawa kemaslahatan ataukah sebaliknya membawa *kemudlorotan*, sehingga untuk itu hakim harus memiliki otak yang cerdas dan disertai nurani yang bersih.¹¹¹

Hakim dalam memeriksa, mengadili, dan memutuskan suatu perkara yang dihadapkan kepadanya, pertama-tama harus menggunakan hukum tertulis terlebih dahulu, yaitu peraturan perundang-undangan, tetapi kalau peraturan perundang-undangan tersebut tidak cukup atau tidak tepat dengan permasalahan dalam suatu perkara, maka barulah hakim akan mencari dan

¹⁰⁷ Lili Rasjidi dan Ira Thania Rasjidi, *Dasar-Dasar Filsafat dan Teori Hukum*, Citra aditya Bakti, Bandung, 2004, hal. 93

¹⁰⁸ Ahmad Rifai, *Penemuan Oleh Hakim dalam Perspektif Hukum Progresif*, Jakarta, 2011, hal. 2

¹⁰⁹ Lili Rasjidi dan Ira Thania Rasjidi, *Op. Cit.*, hal. 94

¹¹⁰ Lilik Mulyadi, *Pergeseran Perspektif dan Praktik Mahkamah Agung Mengenai Putusan Pemidanaan*, Varia Peradilan Edisi No. 246 bulan Mei 2006, Ikahi, Jakarta, 2006, hal. 21

¹¹¹ Ahmad Rifai, *Op. Cit.*, hal. 3

menemukan sumber-sumber hukum yang lain seperti yurisprudensi, diktrin, traktat, kebiasaan atau hukum tidak tertulis.¹¹²

Pada prinsipnya Undang-Undang terkadang tidak cukup memuaskan bagi penegak hukum dan pencari keadilan. Terutama bagi hakim sebagai penegak hukum dan keadilan, tidak dapat menemukan keadilan hanya dalam undang-undang, tetapi ia juga tidak dapat untuk tidak menerapkan undang-undang. Karena itu, dalam putusan-putusan hakim sering ditemukan kaidah-kaidah baru sebagai hasil menyampingkan suatu ketentuan-ketentuan peraturan perundang-undangan.¹¹³

Pasal 10 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman menentukan : "Pengadilan dilarang menolak untuk memeriksa, mengadili, memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya."

Selanjutnya pada Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman menentukan bahwa : "hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat."

Dari ketentuan Pasal tersebut dapat disimpulkan bahwa hakim mempunyai kedudukan yang penting dalam suatu sistem hukum, begitu pula dalam sistem hukum di Indonesia, karena hakim melakukan fungsi yang pada hakekatnya melengkapi ketentuan-ketentuan hukum tertulis melalui penemuan hukum (*rechtvinding*) yang mengarah pada penciptaan hukum baru (*creation of new law*).¹¹⁴

¹¹² *Ibid*, hal. 6

¹¹³ Komariah Emong Supardjaja, *Op. Cit.*, hal. 57

¹¹⁴ Mochtar Kusumaatmaja, *Konsep-Konsep Hukum dalam Pembangunan*, Alumni, Bandung, 2002, hal. 99.

B. Kajian Pustaka

1. Konsepsi Hukum Pidana dan Dimensionalnya

a. Pengertian Hukum Pidana

Hukum pidana didefinisikan sebagai aturan hukum, yang mengikatkan kepada suatu perbuatan yang memenuhi syarat-syarat tertentu suatu akibat yang berupa pidana (definisi dari Mezger).¹¹⁵ Jadi hukum pidana berpokok pada 2 hal, yaitu : (1) perbuatan yang memenuhi syarat-syarat tertentu, (2) pidana.

Perbuatan yang memenuhi syarat-syarat tertentu itu dimaksudkan perbuatan yang dilakukan oleh orang, yang memungkinkan adanya pemberian pidana. Perbuatan semacam itu dapat disebut “perbuatan yang dapat dipidana”, atau disingkat “perbuatan jahat” (*Verbrechen* atau *crime*). Oleh karena itu perbuatan jahat ini harus ada orang yang melakukannya maka persoalan tentang “perbuatan tertentu” itu diperinci menjadi dua, yaitu perbuatan yang dilarang dan orang yang melanggar larangan itu.

Pidana dimaksudkan adalah penderitaan yang sengaja dibebankan kepada orang yang melakukan perbuatan yang memenuhi syarat-syarat tertentu itu. Di dalam hukum pidana modern, pidana ini juga meliputi apa yang disebut “tindakan tata tertib” (*tuchtmaatregel*, *Masznahme*). Di dalam pengetahuan hukum adat Ter Haar memakai istilah (adat) reaksi.

Pompe, membandingkan hukum pidana dengan hukum tata negara, hukum perdata dan bidang hukum lainnya, memberi pengertian sederhana terhadap hukum pidana sebagai suatu keseluruhan dari peraturan-peraturan yang sedikit – banyak bersifat umum yang terdiri dari keadaan konkret, abstrak dan aturan-aturan. (*Het strafrecht wordt, evenals het staatsrecht, het burgerlijk recht en andere delen van het*

¹¹⁵ Sudarto, *Hukum Pidana I*, Yayasan Sudarto Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, Semarang hal. 9

*recht, gewoonlijk opgevat als een geheel van min of meer algemene, van de concrete omstandigheden abstraherende, regels).*¹¹⁶

Pengertian hukum pidana lainnya dikemukakan oleh Van Hammel :¹¹⁷

“..... het samenstel van de beginselen en regelen, welke de staat (resp. Eenige andere openbare rechtsgemeenschap) volgt, inzoover hij, als handhaver der openbare rechtsorde, onrecht verbiedt en aan de overtreding zijner rechtsvoorschriften voor den overtreder een bijzonder leed als straf verbint”.

Suatu *keseluruhan* dari asas-asas dan aturan-aturan yang ditaati negara (atau masyarakat hukum umum lainnya) yang mana mereka adalah pemelihara ketertiban hukum umum telah melarang perbuatan-perbuatan yang bersifat melanggar hukum dan telah mengaitkan pelanggaran terhadap aturan-aturan dengan suatu penderitaan yang bersifat khusus berupa pidana.

Pengertian hukum pidana yang lebih luas, dikemukakan oleh Moeljatno yang menyatakan bahwa hukum pidana adalah bagian dari keseluruhan hukum yang berlaku di suatu negara yang mengadakan dasar-dasar dan mengatur ketentuan tentang perbuatan yang tidak boleh dilakukan, dilarang yang disertai ancaman pidana bagi barang siapa yang melakukan. Kapan dan dalam hal apa kepada mereka yang telah melanggar larangan itu dapat dikenakan sanksi pidana dan dengan cara bagaimana pengenaan pidana itu dilaksanakan.¹¹⁸

Eddy O. S. Hieriej mendefinisikan hukum pidana adalah sebagai aturan hukum dari suatu negara yang berdaulat, berisi perbuatan yang dilarang atau perbuatan yang diperintahkan, disertai dengan sanksi pidana bagi yang melanggar atau yang tidak mematuhi, kapan dan dalam hal apa sanksi pidana itu dijatuhkan dan bagaimana pelaksanaan pidana tersebut yang pemberlakuannya dipaksakan oleh negara. Pengertian yang demikian meliputi baik hukum pidana materiil maupun pidana formil.¹¹⁹

¹¹⁶ Eddy O. S. Hieriej, *Prinsip-Prinsip Hukum Pidana*, Cahaya Atma Pustaka, Yogyakarta, 2014, hal. 12

¹¹⁷ *Ibid.*, hal. 13

¹¹⁸ Moeljatno, *Asas-asas Hukum Pidana*, Rineka Cipta, 2009, hal. 1

¹¹⁹ Eddy O. S. Hieriej, *Pengantar Hukum Pidana Internasional*, Erlangga, 2009, hal. 4

b. Fungsi Hukum Pidana

Fungsi hukum pidana menurut Soedarto dibedakan menjadi 2 yaitu fungsi yang umum dan fungsi yang khusus. Fungsi hukum pidana yang umum sama dengan fungsi hukum pada umumnya, yaitu mengatur hidup kemasyarakatan atau menyelenggarakan tata dalam masyarakat. Fungsi hukum pidana yang khusus ialah melindungi kepentingan hukum terhadap perbuatan yang hendak memperkosanya (*Rechtsguterschutz*) dengan sanksi yang berupa pidana yang sifatnya lebih tajam jika dibandingkan dengan sanksi yang terdapat cabang hukum lainnya. Kepentingan-kepentingan hukum (benda-benda) hukum ini boleh dari orang seorang dari badan atau dari kolektiva, misalnya masyarakat, negara dan sebagainya. Sanksi yang tajam itu dapat mengenai harta benda, kehormatan, badan dan kadang-kadang nyawa seseorang yang memperkosa benda-benda hukum itu.¹²⁰

Herbert L. Packer mengemukakan tindak pidana tidak hanya imoral melainkan juga harus perbuatan yang berlawanan dengan pandangan umum masyarakat (*the criminal sanction should ordinarily be significant social dissent, as immoral*), dan ditambah lagi perbuatan itu yang *harms to others*.¹²¹ Pencelaan dalam penentuan tindak pidana merupakan fungsi hukum pidana. *The essential function of criminal law is to express and reinforce a society's moral seriousness about certain public rules of civilized behaviour*.¹²²

Penggunaan upaya hukum, termasuk hukum pidana sebagai salah satu alat untuk mengatasi masalah sosial termasuk dalam bidang kebijakan penegakan hukum. Di samping itu karena tujuannya untuk mencapai kesejahteraan masyarakat pada umumnya, maka kebijakan penegakan hukum ini pun termasuk dalam bidang kebijakan sosial, yaitu

¹²⁰ Sudarto, *Op. Cit.*, hal. 11-12

¹²¹ Herbert L. Packer, *The Limits of Criminal Saction*, California : Stanford University Press, 1968, hal 264

¹²² Murphy and Coleman, *Philosophy of law*, California : Stanford University Press, 1968, hal 255

segala usaha yang rasional untuk mencapai kesejahteraan masyarakat. Sebagai suatu masalah yang termasuk masalah kebijakan, maka penggunaan hukum pidana sebenarnya tidak merupakan keharusan. Tidak ada kemutlakan dalam bidang kebijakan, karena pada hakekatnya dalam masalah kebijakan orang dihadapkan pada penilaian dan pemilihan dari berbagai alternatif.¹²³

c. Sumber Hukum Pidana

1) Sumber hukum pidana tertulis

a) Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP)

Sumber utama dari hukum pidana Indonesia yang tertulis adalah Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP), nama aslinya "*Wetboek van Strafrecht voor Nederlandsch Indie (WvS)*", sebuah titah Raja (*Koninklijk Besluit* atau KB), tanggal 15 Oktober 1915 No. 33 dan mulai berlaku sejak tanggal 1 Januari 1918. KUHP ini merupakan turunan dari *Wetboek van Strafrecht Negeri Belanda (W.v.S.Bld.)*, yang selesai dibuat tahun 1881 dan mulai berlaku pada tahun 1886. Tidak 100 % sama, melainkan diadakan penyimpangan-penyimpangan menurut kebutuhan dan keadaan tanah jajahan Hindia Belanda dahulu, akan tetapi asas-asas dan dasar filsafatnya tetap sama.¹²⁴

KUHP, yang sekarang berlaku ini setelah Proklamasi 17 Agustus 1945 mendapat perubahan-perubahan yang penting berdasarkan Undang-Undang No. 1 tahun 1946. Pasal 1 berbunyi : "dengan menyimpang seperlunya dari Peraturan Presiden Republik Indonesia tertanggal 10 Oktober 1945 No 2 menetapkan, bahwa peraturan hukum pidana yang sekarang

¹²³ Barda Nawawi Arif, *Kebijakan Legislatif dalam Penanggulangan Kejahatan dengan Pidana Penjara*, Cetakan ke-4, Yogyakarta : Genta Publishing, 2010, hal. 17-18

¹²⁴ Sudarto, *Op. Cit.*, hal. 15

berlaku, ialah peraturan-peraturan hukum pidana yang ada pada tanggal 8 Maret 1942.¹²⁵

Sementara itu Pemerintah Hindia Belanda pada tahun 1945 kembali ke Indonesia setelah mengungsi selama jaman pendudukan Jepang (1942-1945) juga mengadakan perubahan-perubahan terhadap W.v.S.N.I. (KUHP), misal dengan Staat blad 1945 No. 135 : *Tijdelijke buitengewone bepalingen van Strafrecht* (ketentuan-ketentuan sementara yang luar biasa mengenai hukum pidana) Pasal 570.¹²⁶

Sudah barang tentu perubahan-perubahan yang dilakukan kedua pemerintahan yang saling bermusuhan menimbulkan “dualisme” dalam KUHP, sehingga untuk mengatasi hal itu dikeluarkanlah Undang-Undang No. 73 tahun 1958 (L.N. 1958 No. 127), yang antara lain menyatakan bahwa Undang-Undang Republik Indonesia No. 1 tahun 1946 berlaku untuk seluruh wilayah Indonesia dan berlaku sebagai kodifikasi hukum pidana Indonesia.¹²⁷

b) ***Memorie van Toelichting* (Memori penjelasan)**

Memorie van Toelichting atau sering disebut “M.v.T. secara harfiah berarti memori penjelasan. M.v.T. adalah penjelasan atas rencana undang-undang pidana, yang diserahkan oleh Menteri Kehakiman (Belanda) bersama dengan rencana Undang-Undang itu kepada *Tweede Kamer* (Parlemen) Belanda.

Rancangan Undang-Undang ini kemudian pada tahun 1881 disahkan menjadi Undang-Undang dan akhirnya pada tanggal 1 September 1886 mulai berlaku.¹²⁸ M.v.T. masih disebut dalam pembicaraan KUHP, karena M.v.T. dari W.v.S Belanda tahun

¹²⁵ Sudarto, *Op. Cit.*, hal. 15

¹²⁶ Sudarto, *Op. Cit.*, hal. 16

¹²⁷ Sudarto, *Op. Cit.*, hal. 16

¹²⁸ Sudarto, *Op. Cit.*, hal. 18

1886 dapat digunakan pula untuk memperoleh penjelasan dari Pasal-Pasal yang tersebut di KUHP yang sekarang berlaku.¹²⁹

c) Peraturan-Peraturan Hukum Pidana di luar KUHP

Sumber hukum pidana tertulis lainnya, ialah peraturan pidana di luar KUHP yaitu peraturan-peraturan pidana yang tidak dikodifikasikan yang tersebar dalam Undang-undang atau Peraturan-peraturan dari Pemerintah Pusat atau Daerah yang jumlahnya banyak sekali, diantaranya adalah :

- Undang-Undang Darurat No. 12 tahun 1951 (L.N. 1951 No. 78) tentang Peraturan "*Ordonatie Tijdelijke Bijzondere Strafbepalingen*" S. 1948 – 17, dan Undang-Undang No. 8 tahun 1948 mengatur pemilikan senjata api tanpa hak;
- Undang-Undang Tindak Pidana Ekonomi (Undang-Undang Darurat No. 7 tahun 1955);
- Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi Undang-Undang No. 31 tahun 1999 Jo. Undang-Undang No. 20 tahun 2001;
- Undang-Undang Penghapusan Kekerasan Dalam Rumah Tangga Undang-Undang No. 24 tahun 2004;
- Undang-Undang lalu-lintas dan angkutan Jalan Undang-Undang No. 22 tahun 2009;
- Undang-Undang Perlindungan anak Undang-Undang no. 35 tahun 2014;
- Dan sebagainya....

2) Sumber Hukum Pidana Tidak Tertulis

Hukum Pidana Adat merupakan sumber hukum tidak tertulis, dasar hukum berlakunya hukum pidana adat, ialah Pasal 131 I.S. (*Indische Staatsregeling*) Jo. A.B. (*Algemene Bepalingen van Wetgeving*). Semasa berlakunya Undang-Undang Dasar Sementara 1950 dapat ditunjukkan beberapa Pasal yang dapat dijadikan dasar,

commit to user

¹²⁹ Sudarto, *Op. Cit.*, hal. 19

ialah Pasal 32, Pasal 43 ayat (4), Pasal 104 ayat (1), Pasal 14, Pasal 13 ayat (3) dan Pasal 16 ayat (2).¹³⁰

Pasal 5 ayat (3) sub b Undang-Undang Darurat No. 1 tahun 1951 (L.N. 1951-9) yang berbunyi selengkapnya : “Hukum materiil sipil dan untuk sementara waktu pun hukum materiil pidana sipil yang sampai kini berlaku untuk kaula-kaula daerah swapraja dan orang-orang yang dahulu diadili oleh Pengadilan Adat, ada tetap berlaku untuk kaula-kaula dan orang itu dengan pengertian : bahwa suatu perbuatan yang menurut hukum yang hidup harus dianggap perbuatan pidana, akan tetapi tiada bandingnya dalam Kitab Hukum Pidana Sipil, maka dianggap diancam dengan hukuman yang tidak lebih dari tiga bulan penjara dan/atau denda lima ratus rupiah, yaitu sebagai hukuman pengganti bilamana hukuman adat yang dijatuhkan tidak diikuti oleh pihak yang terhukum dan penggantian yang dimaksud dianggap sepadan oleh hakim dengan dasar kesalahan terhukum”.¹³¹

d. Asas Legalitas

1) Pengertian, makna asas legalitas

Berlakunya hukum pidana menurut waktu, asas yang berlaku di dalamnya dikenal dengan asas legalitas (*principle of legality*).¹³² Asas legalitas dalam hukum pidana begitu penting untuk menentukan apakah suatu peraturan hukum pidana dapat diberlakukan terhadap tindak pidana yang terjadi.¹³³

Menurut hukum pidana asas legalitas mengandung pengertian bahwa, “tiada suatu perbuatan dapat dipidana kecuali atas kekuatan aturan pidana dalam perundang-undangan yang telah ada, sebelum perbuatan dilakukan”, sebagaimana yang tercantum dalam Pasal 1

¹³⁰ Sudarto, *Op. Cit.*, hal. 17

¹³¹ Sudarto, *Op. Cit.*, hal. 18

¹³² Mahrus Ali, *Dasar-Dasar Hukum Pidana*, Sinar Grafika, Jakarta, 2012, hal. 59

¹³³ A fuad Usfa dan Tongat, *Pengantar Hukum Pidana*, Cetakan Kedua, UMM Press, Malang, 2004, hal. 9

kuat (1) KUHP, adalah pengertian baku dari asas legalitas. Asas ini dalam bahasa latin dikenal dengan *nullum delictum nulla poena sine praevia lege* (tiada delik, tidak ada pidana tanpa peraturan terlebih dahulu).¹³⁴

Terdapat empat prinsip yang berkaitan dengan *nullum delictum nulla poena sine praevia lege* yang merupakan dasar asas legalitas:¹³⁵

- a) Pertama Prinsip *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*, tidak ada perbuatan pidana, tidak ada pidana tanpa undang-undang sebelumnya;
- b) Kedua Prinsip *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*, tidak ada perbuatan pidana, tidak ada pidana tanpa undang-undang tertulis;
- c) Ketiga Prinsip *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*, tidak ada perbuatan pidana, tidak ada pidana tanpa aturan undang-undang yang jelas;
- d) Keempat Prinsip *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*, tidak ada perbuatan pidana, tidak ada pidana tanpa undang-undang yang ketat;

Moeljatno menyatakan bahwa asas legalitas mengandung tiga makna : pertama, tidak ada perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana kalau hal itu terlebih dahulu belum dinyatakan dalam suatu aturan undang-undang. Kedua, untuk menentukan adanya perbuatan pidana tidak boleh digunakan analogi. Ketiga, aturan-aturan hukum pidana tidak boleh berlaku surut.¹³⁶

Makna asas legalitas menurut Wirjono Prodjodikoro adalah, bahwa sanksi hukum pidana dapat ditentukan dengan undang-undang

¹³⁴ Mahrus Ali, *Op. Cit.*, hal. 60

¹³⁵ Eddy O.S. Hiarij, *Op. Cit.*, hal. 4

¹³⁶ Moeljatno, *Asas-asas Hukum Pidana*, Cetakan kedelapan, Edisi Revisi, Rineka Cipta, Jakarta, 2008, hal. 28

dan ketentuan pidana tidak boleh berlaku surut.¹³⁷ Hamir mirip dengan Wirjono Prodjodikoro adalah pendapatnya Sudarto, dia mengemukakan adanya dua hal yang terkandung dalam asas legalitas. Pertama, suatu tindak pidana harus dirumuskan dalam peraturan perundang-undangan. Kedua, peraturan perundang-undangan ini harus ada sebelum terjadinya tindak pidana. Selanjutnya Sudarto menambahkan dua konsekuensi dari makna peraturan harus dirumuskan adalah perbuatan seseorang yang tidak tercantum dalam undang-undang tidak dapat dipidana dan adanya larangan penggunaan analogi. Sedangkan konsekuensi makna peraturan perundang-undangan ini harus ada sebelum terjadinya tindak pidana adalah tidak boleh berlaku surutnya hukum pidana.¹³⁸

Makna asas legalitas juga dikemukakan oleh Groenhuijsen yang dikutip oleh Komariah Emong Sapardjaja,¹³⁹ yaitu terdapat makna yang terkandung dalam asas legalitas yaitu :

- a) Pembuat undang-undang tidak boleh memberlakukan suatu ketentuan pidana berlaku mundur;
- b) Semua perbuatan yang dilarang harus dimuat dalam rumusan delik yang sejelas-jelasnya;
- c) Hakim dilarang menyatakan bahwa terdakwa melakukan perbuatan pidana didasarkan pada hukum tidak tertulis atau hukum kebiasaan;
- d) Terhadap peraturan hukum pidana dilarang menerapkan analogi.

Schaffmeister, Keijzer, dan Sutorius memaknai asas legalitas secara lebih rinci :¹⁴⁰

¹³⁷ Wirjono Prodjodikoro, *Asas-asas Hukum Pidana di Indonesia*, Refika Aditama, Bandung, 2003, hal. 42

¹³⁸ Sudarto, *Op. Cit.*, hal. 23

¹³⁹ Komariah Emong Sapardjaja, *Op. Cit.*, hal. 6

¹⁴⁰ D. Schaffmeister, N. Keijzer, dan E.P.H. Sutorius, *Hukum Pidana*, diterjemahkan oleh J.E. Sahetapy, Liberty, Yogyakarta, 1995, hal. 6 - 14

- a) Seseorang tidak dapat dipidana kecuali berdasarkan ketentuan pidana menurut undang-undang;
- b) Tidak ada penerapan undang-undang pidana berdasarkan analogi;
- c) Seseorang tidak dapat dipidana hanya berdasarkan kebiasaan;
- d) Tidak boleh ada perumusan delik yang kurang jelas;
- e) Tidak ada kekuatan surut suatu ketentuan pidana (*non retro active principle*);
- f) Tidak ada pidana lain, kecuali yang ditentukan oleh undang-undang;
- g) Penuntutan pidana hanya boleh dilakukan menurut cara yang ditentukan oleh undang-undang.

Berdasarkan pendapat para ahli mengenai asas legalitas tersebut di atas, maka dapat disimpulkan ada tiga makna yang terkandung dalam asas legalitas yaitu : pertama, ketentuan pidana yang berisi perbuatan pidana yang disertai ancaman pidana harus tertulis dalam perundang-undangan. Kedua, seseorang tidak dapat dipidana sebelum ada ketentuan pidana terlebih dahulu. Ketiga, pembentuk undang-undang tidak boleh memberlakukan surut suatu ketentuan pidana.

Selanjutnya menurut Eddy O. S. Hiariej dengan merujuk ketiga frasa yang dikemukakan oleh Feurbach yang melahirkan asas legalitas, yakni *nulla poena sine lege* (tidak ada pidana tanpa undang-undang), *nulla poena sine crimine* (tidak ada pidana tanpa perbuatan pidana) dan *nullum crimen sine poena legali* (tidak ada perbuatan pidana tanpa pidana menurut undang-undang), asas ini berlaku baik dalam hukum pidana materiil maupun dalam hukum pidana formil. Frasa *nulla poena sine lege* dan *nulla poena sine crimine* lebih mengarah pada hukum pidana materiil yang berisi perbuatan yang

dilarang beserta ancaman pidananya, sedangkan frasa terakhir, *nullum crimen sine poena legali* lebih mengarah pada hukum formil.¹⁴¹

2) Sejarah lahirnya asas legalitas

Asas legalitas pertama kali diciptakan oleh Paul Johan Anslem von Feuerbach (1775-1833), seorang sarjana hukum pidana Jerman dalam bukunya *Lehrbuch des penlichen recht* pada tahun 1801. Bambang Poernomo menyatakan apa yang dirumuskan oleh Feurbach mengandung arti yang sangat mendalam, yang dalam bahasa latin berbunyi : *nulla poena sine lege; nulla poena sine crimine, nullum crimen sine poena legali*¹⁴², ketiga frase ini kemudian oleh freubach dikembangkan menjadi *adagium nullum delictum, nulla poena sine praevia legi poenali*.¹⁴³

Jauh sebelum lahirnya asas legalitas, prinsipal hukum Romawi memperlihatkan wajah tatanan hukum yang individualistis, sedangkan dalam bidang politik kebebasan warga negara semakin dibelenggu. Menurut Moeljatno, dalam *Tijdschrift v. Strafrecht* 45, halaman 337, disebutkan bahwa zaman Romawi dikenal adanya *crimen extra ordinaria*, yaitu kejahatan-kejahatan yang tidak disebutkan dalam undang-undang. Di antara *crimen extra ordinaria* ini terdapat *crimen stellionatus* yang *letterlijk* artinya perbuatan jahat atau durjana. Ketika hukum Romawi kuno diterima di Eropa Barat pada abad pertengahan, *crimen extra ordinaria* ini diterima oleh raja-raja yang berkuasa dan para raja itu cenderung menggunakan hukum pidana itu sewenang-wenang menurut kehendak dan kebutuhannya.¹⁴⁴

¹⁴¹ Eddy O.S. Hiariej, *Op. Cit.*, hal. 27

¹⁴² Bambang Poernomo, *Manfaat telaah Ilmu Hukum Pidana dalam Membangun Model Penegakan Hukum di Indonesia*, Pidato Pengukuhan Jabatan Guru Besar pada Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta, 1989, hal. 8

¹⁴³ Jan Remmelink, *Hukum Pidana: Komentar atas Pasal-Pasal terpenting dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Belanda dan Padanannya dalam Kitab Undang-Undang Hukum pidana, Indonesia*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2003, hal. 603

¹⁴⁴ Moeljatno, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Rineka Cipta, Jakarta, 2000, hal. 34

Pada zaman itu, sebagian besar hukum pidana tidak tertulis, sehingga dengan kekuasaannya yang sangat absolut, raja dapat menyelenggarakan pengadilan dengan sewenang-wenang. Penduduk tidak mengetahui secara pasti mana perbuatan yang dilarang dan mana perbuatan yang tidak dilarang. Proses pengadilan berjalan tidak adil karena hukum ditetapkan menurut perasaan hukum dari hakim yang mengadili¹⁴⁵. Pada saat yang bersamaan muncul para ahli fikir seperti Montesquieu dan JJ Rousseau yang menuntut agar kekuasaan raja dibatasi dengan undang-undang tertulis. Demikiannlah yang terjadi, pasca revolusi Perancis, struktur hukum mulai dibangun dengan adanya hubungan antara yang memerintah dan yang diperintah, antara kekuasaan negara dan individu¹⁴⁶.

Menurut van der Donk dan Hazewinkel Suringa, baik ajaran Montesquieu maupun Rousseau mempersiapkan penerimaan umum terhadap asas legalitas, akan tetapi dalam ajaran kedua tokoh tersebut tidak terdapat rumusan asas legalitas. Maksud dari pelajaran kedua tokoh tersebut adalah melindungi individu terhadap tindakan hakim yang sewenang-wenang, yaitu melindungi kemerdekaan pribadi individu terhadap tuntutan tindakan yang sewenang-wenang¹⁴⁷. Sementara komentar Hans Kelsen terhadap prinsip *nulla poena sine lege, nullum crimen sine lege* adalah ekspresi *legal positivism* dalam hukum pidana¹⁴⁸.

Jika dilihat dari situasi dan kondisi lahirnya asas legalitas, sulitlah dinafikan bahwa asas tersebut ditujukan untuk melindungi kepentingan individu, sebagai ciri utama tujuan hukum pidana klasik¹⁴⁹. Aliran klasik lahir sebagai reaksi terhadap *ancient regime* yang *arbitrair* pada abad ke 18 di Perancis, yang banyak

¹⁴⁵ Bambang Poernomo, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Rineka Cipta, Jakarta, 2000 hal 24

¹⁴⁶ Rene David & Jhon E.C. Brierley, *Major Legal Systems In The World Today*, Third Edition, Steven & Sons, London, 1985, hal. 63

¹⁴⁷ E. Utrecht, *Hukum Pidana I*, Penerbitan Universitas, Bandung, 1960, hal. 194

¹⁴⁸ Hans Kelsen, *General Theory Of Law and State*, Russel & Russel, New York, 1944, hal. 52

¹⁴⁹ Jan Remmelink, *Op. Cit.*, hal. 356

menimbulkan ketidakpastian hukum, ketidaksamaan dalam hukum, dan ketidakadilan. Aliran ini menghendaki hukum pidana yang tersusun sistematis dan bertitik berat pada kepastian hukum. Tujuan hukum pidana saat itu hanyalah untuk melindungi kepentingan individu dari kesewenang-wenangan penguasa. Dalam sistem pemidanaan, aliran klasik pada prinsipnya hanya menganut single track system, yakni sistem sanksi tunggal, berupa jenis sanksi pidana¹⁵⁰. Sistem pemidanaan pada aliran klasik melahirkan teori absolut yang melahirkan “pembalasan” adalah legitimasi pemidanaan¹⁵¹.

Aliran klasik dalam hukum pidana berpijak pada tiga tiang : *Pertama*, asas legalitas yang menyatakan bahwa tidak ada pidana tanpa undang-undang, tidak ada perbuatan pidana tanpa undang-undang, dan tidak ada penuntutan tanpa undang-undang. *Kedua*, asas kesalahan yang berisi bahwa orang hanya dapat dipidana untuk tindak pidana yang dilakukannya dengan sengaja atau akibat kesalahan semata. *Ketiga*, adalah asas pembalasan yang sekuler yang berisi bahwa pidana secara konkret tidak dikenakan dengan maksud untuk mencapai sesuatu hasil yang bermanfaat, melainkan setimpal dengan berat atau ringannya perbuatan yang dilakukan¹⁵².

Terkait dengan asas legalitas yang diajarkan oleh Freuerbach, sebenarnya menghendaki penjeratan yang tidak melalui pengenaan pidana, namun melalui ancaman pidana di dalam perundang-undangan, sehingga kejahatan dan pidananya harus dicantumkan dengan jelas. Teori asas legalitas Freuerbach ini kemudian dikenal dengan *psychologische dwang*¹⁵³. Artinya, untuk menentukan kemudia

¹⁵⁰ M. Sholehuddin, *Sistem Sanksi dalam Hukum Pidana: Ide Dasar Double Track System & Implementasinya*, P.T. Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2004, hal. 25.

¹⁵¹ Arnold, H. Loewy, *Criminal Law*, Nutshell Series of west Publishing Company, St. Paul Minnesota, 1987, hal. 5

¹⁵² Muladi & Barda Nawawi Arief, *Teori-Teori dan Kebijakan Pidana*, Alumni, Bandung, 1992, hal. 27

¹⁵³ Ch.J, Enschede, *Beginnselen van Strafrecht*, Kluwer, Deventer, hal. 26

perbuatan-perbuatan yang dilarang dalam suatu undang-undang pidana, bukan hanya perbuatan-perbuatan itu saja yang harus dituliskan dengan jelas dalam undang-undang pidana, tetapi juga macam-macam pidana yang diancamkan. Hal ini dimaksudkan agar orang yang akan melakukan perbuatan pidana dapat mengetahui terlebih dahulu apa pidana yang diancamkan. Dengan demikian diharapkan ada perasaan takut dalam batin orang tersebut untuk melakukan perbuatan yang dilarang¹⁵⁴. Oleh van der Donk dikatakan maksud ajaran Feuerbach ini membatasi hasrat manusia berbuat jahat¹⁵⁵.

Menurut perkembangannya kemudian asas legalitas diadaptasikan di beberapa negara. Perihal adaptasi ini dikemukakan oleh Hazewinkel Suringa setelah diterjemahkan oleh Eddy O.S. Hiariej sebagai berikut :

Prinsip dari Pasal 1 dimuat dalam konstitusi pada abad ke-19; dalam abad ke-20 di beberapa negara asas tersebut dilepas. Di Rusia pada tahun 1926, di Jerman pada tahun 1935 asas kepastian dan persamaan individu dihapus, selama hakim pidana menilai perbuatan-perbuatan tidak saja dari rumusan delik, tetapi juga dari pandangan masyarakat (apakah perbuatan tersebut membahayakan masyarakat dengan akibat yang ditimbulkan). Penerapan undang-undang dengan analogi dalam hal tertentu diperbolehkan¹⁵⁶.

Dari apa yang dikemukakan oleh Suringa, Bambang Poernomo menyimpulkan bahwa Rusia adalah negara pertama yang mengesampingkan asas legalitas pada tahun 1926. Waktu itu alasannya adalah karena asas legalitas lebih menitik beratkan perlindungan pada kepentingan individu, padahal kepentingan masyarakatlah yang harus diutamakan¹⁵⁷. Sementara Jerman negara yang nota bene tempat dimana asas legalitas lahir mengesampingkan asas tersebut dengan menghapus larangan analogi dalam hukum

¹⁵⁴ MoelJatno, *Op. Cit.*, Hal. 25

¹⁵⁵ E. Utrecht, *Op. Cit.*, hal. 195

¹⁵⁶ Eddy O.S. Hiariej, *Op. Cit.*, hal. 16

¹⁵⁷ Bambang Pornomo, *Asas-asas Hukum Pidana, Op. Cit.*, hal. 72

pidana yang dipengaruhi pemerintahan nasional sosialis (NAZI) yang berkuasa pada masa itu dengan memperkenalkan *Lex van der Lubbe*¹⁵⁸.

Sedangkan di Belanda, asas legalitas ini diadaptasikan pada tahun 1945 setelah perang dunia kedua berakhir. Pemerintah Belanda mengeluarkan *Besluit Buitengewoon Strafrecht* (BBS) atau ketetapan hukum pidana luar biasa yang memberlakukan surut delik terhadap keamanan negara sejak tanggal 22 Desember 1943. Pasal 3, BBS menetapkan Pasal 1 KUHP tidak berlaku bagi penetapan, sebagaimana yang diatur dalam Ketetapan London¹⁵⁹.

Di Indonesia sendiri, pada zaman pemerintah kolonial Hindia Belanda asas legalitas pernah diselewengkan dengan dikeluarkannya *Brisbane Ordonantie*. Brisbane adalah kota kecil di Australia yang digunakan oleh pemerintah kolonial Hindia Belanda untuk melarikan diri dari kejaran bala tentara Jepang (Dai Nippon) agar mereka dapat terus melanggengkan kekuasaan pemerintah kolonial Hindia Belanda di sana selama perang dunia kedua. Ketika Jepang menyerah kepada Sekutu dalam perang dunia kedua, pemerintah kolonial Hindia Belanda mengeluarkan *staatsblaad* yang kemudian dikenal dengan nama S. 45 – 135 atau biasa disebut dengan *Brisbane Ordonantie*.

Dalam konsideran ordonantie tersebut dikatakan antara lain “bahwa demi kepentingan keamanan negara, perbuatan-perbuatan pidana, perbuatan-perbuatan mana begitu berbahaya yang patut dipidana tanpa memperhatikan atau menggunakan ketentuan Pasal 1 KUHP. Selanjutnya, dalam Pasal 18 *Brisbane Ordonantie* secara eksplisit dinyatakan bahwa ketentuan Pasal 1 KUHP tidak diterapkan terhadap *ordonantie* ini¹⁶⁰.

¹⁵⁸ Maceteld Boot, *Nullum Crimen Sine Lege and the Subject Matter Jurisdiction of the International Criminal Court : Genocide, Crimes Against Humanity, War Crimes*, Intersentia, Antwerpen – Oxford – New York, 2001, hal. 86

¹⁵⁹ Ch.J, Enschede, *Op. Cit.*, hal. 27

¹⁶⁰ J.E. Sahetapy, *Asas Retroaktif: Suatu Kajian Ulang*, KHN Nesletter, Edisi Mei 2003, Hal. 20-

Perihal sejarah perkembangan asas legalitas dalam hukum pidana, menurut Bambang Poernomo, dengan segala faktor yang mempengaruhinya, terdapat empat macam sifat ajaran yang dikandung oleh asas legalitas, yaitu :

- a) Asas legalitas hukum pidana yang bertitik berat pada perlindungan individu untuk memperoleh kepastian dan persamaan hukum. Adagium yang dipakai oleh ajaran ini, menurut G.W. Paton, adalah *nulla poena sine lege*. Perlindungan individu diwujudkan dengan adanya keharusan lebih dahulu untuk menentukan perbuatan pidana dan pemidanaan dalam undang-undang;
- b) Asas legalitas hukum pidana bertitik berat pada dasar dan tujuan pemidanaan agar dengan sanksi pidana itu hukum pidana bermanfaat bagi masyarakat sehingga tidak ada lagi pelanggaran hukum yang dilakukan oleh masyarakat. Adagium yang dipakai oleh ajaran ini adalah ciptaan Feuerbach: *nullum delictum, nulla poena sine praevia lege poenali*;
- c) Asas legalitas hukum pidana bertitik berat tidak hanya pada ketentuan tentang perbuatan pidana saja agar orang menghindari perbuatan tersebut, tetapi juga pada ancaman pidananya, agar penguasa tidak sewenang-wenang dalam menjatuhkan pidana;
- d) Asas legalitas hukum pidana bertitik berat pada perlindungan hukum kepada negara dan masyarakat. Asas legalitas di sini bukan hanya didasarkan pada kejahatan yang ditetapkan oleh undang-undang saja, akan tetapi didasarkan pada ketentuan hukum yang berdasarkan ukurannya dapat membahayakan masyarakat. Oleh karena itu, tidak mungkin ada suatu perbuatan jahat yang timbul kemudian dapat meloloskan diri dari tuntutan hukum. Dengan mengutip pendapat Paton, Bambang Poernomo

menyatakan bahwa adagium yang dipakai di sini adalah *nullum crimen sine poena*¹⁶¹.

Penjelasan tentang makna dan sejarah asas legalitas mengisyaratkan bahwa asas tersebut sesungguhnya menjadikan aturan hukum tertulis sebagai satu-satunya pedoman di dalam menentukan terlarangnya suatu perbuatan. Asas legalitas juga dapat mengakibatkan hukum pidana dan praktik penegakannya akan menjadi statis dan kaku. Karena dalam kenyataannya, tidak semua perbuatan tercela dan merugikan selalu sudah ada aturan hukum pidananya yang tertulis¹⁶².

Asas legalitas secara tidak langsung juga menyebabkan lenyapnya hukum pidana adat yang masih dijunjung tinggi di beberapa daerah. Asas legalitas hanya mengakui hukum pidana yang tertulis dalam perundang-undangan. Akibatnya di luar yang tertulis dalam undang-undang tidaklah dinilai sebagai hukum walaupun secara nyata eksis dan diakui sebagai hukum oleh kehidupan masyarakat. Pemaknaan asas legalitas yang demikian juga akan menyuburkan paham individualisme yang jelas-jelas bertentangan secara diametral dengan paham kolektivisme yang dianut di Indonesia¹⁶³.

3) Asas Legalitas Menurut Hukum Pidana Nasional

Perkembangan dianutnya ajaran asas legalitas formal yang menekankan pada aturan hukum tertulis, ternyata menimbulkan persoalan realitas kehidupan masyarakat Indonesia menunjukkan bahwa pluralisme hukum yang bersumber dari kebiasaan atau hukum adat merupakan suatu yang nyata, hidup, diakui dan dipraktikkan oleh mereka. Pengertian asas legalitas dalam arti formil tidak sesuai

¹⁶¹ Bambang Poernomo, *Op. Cit.*, hal. 71-73

¹⁶² M. Abdul Kholiq, *Buku Pedoman Kuliah Hukum Pidana*, Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia, Yogyakarta, 2002, hal. 57

¹⁶³ *Ibid.*, hal. 57

dengan alam Indonesia dan merupakan pengingkaran terhadap eksistensi hukum adat¹⁶⁴.

Atas dasar itu, kehadiran Pasal 5 ayat (3) sub b Undang-Undang Nomor 1 Drt. Tahun 1951¹⁶⁵ yang menegaskan diakuinya hukum pidana adat (hukum pidana tidak tertulis), untuk menjadi sumber atau dasar hukum ditetapkannya suatu perbuatan sebagai tindak pidana, merupakan upaya agar asas legalitas tidak hanya dalam pengertian formil melainkan juga dalam pengertian yang materiil. Banyak ahli yang mengatakan bahwa kehadiran undang-undang tersebut telah mengakomodir eksistensi hukum pidana adat dan menjadikan asas legalitas dalam pengertian formil dan materiil¹⁶⁶.

Dalam R KUHP September 2019¹⁶⁷ pengertian asas legalitas secara tegas tidak hanya dalam arti formil tapi juga dalam arti materiil. Hal tersebut sesuai dengan ketentuan Pasal 1 ayat (1) dan ayat (2) dan Pasal 2 ayat (1) dan ayat (2) Bab I tentang ruang lingkup berlakunya ketentuan peraturan perundang-undangan pidana, yang selengkapnya berbunyi :

Pasal 1

- (1) Tidak ada satu perbuatan pun yang dapat dikenai sanksi pidana dan/atau tindakan kecuali atas kekuatan peraturan pidana dalam peraturan perundang-undangan yang telah ada sebelum perbuatan dilakukan;
- (2) Dalam menetapkan adanya tindak pidana dilarang digunakan analogi;

Pasal 2

- (1) Ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 ayat (1) tidak mengurangi berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat

¹⁶⁴ Mahrus Ali, *Dasar-Dasar Hukum Pidana*, Sinar Grafika, Jakarta, 2012, hal. 66

¹⁶⁵ Bunyi Pasal 5 ayat (3) sub b UU No. 1 Drt. Tahun 1951 :

1. Dalam hal tindak pidana yang tidak ada bandingnya dalam KUHP dianggap diancam dengan pidana penjara paling lama tiga bulan atau denda paling banyak Rp. 500,- (lima ratus rupiah);
2. Dapat dijatuhi pidana penjara paling lama sepuluh tahun apabila sanksi adat sangat berat;
3. Apabila ada bandingnya dalam KUHP, selalu diterapkan sanksi yang mirip dalam KUHP.

¹⁶⁶ Mahrus Ali, *Op. Cit.*, hal. 66

¹⁶⁷ DPR-RI, *Rancangan Undang-Undang Republik Indonesia Tentang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana*, Hasil Pembahasan Panitia Kerja R-KUHP DPR-RI September 2019, hal. 2

- yang menentukan bahwa seseorang patut dipidana walaupun perbuatan tersebut tidak diatur dalam Undang-Undang ini.
- (2) Hukum yang hidup dalam masyarakat sebagaimana dimaksud pada ayat (1) berlaku dalam tempat hukum itu hidup dan sepanjang tidak diatur dalam undang-undang ini dan sesuai dengan nilai-nilai yang terkandung dalam Pancasila, Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, hak asasi manusia, dan asas-asas hukum umum yang diakui masyarakat beradab.

Pasal tersebut, sebagaimana ketentuan Pasal 2 ayat (1) dan Ayat (2) mengakui berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat sesuai dengan nilai-nilai Pancasila dan / atau prinsip-prinsip hukum umum yang diakui oleh masyarakat bangsa-bangsa. Ini berarti, bahwa konsep KUHP di samping menganut asas legalitas formil juga menganut asas legalitas materiil.

Dalam perspektif filosofis diakui bahwa hukum yang hidup, sesungguhnya tidak dapat dilepaskan dari pokok pemikiran yang menjadi landasan bangun Konsep KUHP, yakni hukum yang mampu mewujudkan dan sekaligus menjamin keseimbangan antara kepentingan individu dan kepentingan masyarakat serta keseimbangan antara aspek kepastian hukum dan keadilan hukum. Asas legalitas formal cenderung melindungi kepentingan individu demi kepastian hukum, sedangkan asas legalitas materiil cenderung melindungi kepentingan masyarakat demi keadilan hukum. Dua hal tersebut ingin diseimbangkan dalam bangunan hukum pidana nasional mendatang melalui penerimaan asas legalitas materiil sekaligus¹⁶⁸.

¹⁶⁸ Mahrus Ali, *Op. Cit.*, hal. 71

2. Konsep Melawan Hukum

a. Pengertian dan Istilah Sifat Melawan Hukum

1) Menurut hukum Perdata

Arti melawan hukum bidang hukum pidana, menurut Van Bemmelen, tidak ada bedanya dengan arti melawan hukum di bidang hukum perdata, seperti yang termuat dalam Pasal 1401 BW Belanda (Pasal 1365 KUHPerdata)¹⁶⁹. Teks Pasal 1401 BW Belanda berbunyi : *"Elke onrechtmatige daad, waardoor aan een ander schade veroorzaakt is in de verplichting om dezelfde te goeden"*¹⁷⁰ atau terjemahan menurut Subekti, Pasal 1365 KUHPer berbunyi : "tiap perbuatan melanggar hukum, yang membawa kerugian kepada seorang lain, mewajibkan orang yang karena salahnya menerbitkan kerugian itu, mengganti kerugian tersebut".¹⁷¹ Dan Munir Fuady Pasal 1365 KUH Perdata, yang dimaksud dengan perbuatan melanggar hukum adalah perbuatan yang melawan hukum yang dilakukan oleh seseorang yang karena salahnya telah menimbulkan kerugian bagi orang lain¹⁷².

Mengenai istilah "perbuatan melawan hukum" ini, dalam bahasa Belanda disebut dengan istilah *"onrechtmatige daad"* atau dalam bahasa Inggris disebut dengan istilah *"tort"* yang berarti "salah" (*wrong*).¹⁷³

Sejak tahun 1919, di negeri Belanda, dan demikian juga di Indonesia, perbuatan melawan hukum telah diartikan secara luas, yakni mencakup salah satu dari perbuatan-perbuatan sebagai berikut :

- a. perbuatan yang bertentangan dengan hak orang lain;
- b. perbuatan yang bertentangan dengan kewajiban hukum sendiri;

¹⁶⁹ Komariah Emong Sapardjaja, *Op. Cit.*, hal. 33

¹⁷⁰ W.A. Engelbrecht, *De Wetboeken, Wetten en Verordeningen Benevens de Grondwet van de Republiek Indonesie*, P.P. Ichtiar Baru – Van Hoeve, Jakarta, 1989, hal. 329

¹⁷¹ R. Subekti dan R. Tjitrosudibio, *Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Edisi Revisi*, Pradnya Paramita, Jakarta, 1995, hal. 346

¹⁷² Munir Fuady, *Perbuatan Melawan Hukum (Pendekatan Kontemporer)*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2013, hal. 3

¹⁷³ *Ibid*, hal. 2

- c. perbuatan yang bertentangan dengan kesusilaan;
- d. perbuatan yang bertentangan dengan kehati-hatian atau keharusan dalam pergaulan masyarakat yang baik.¹⁷⁴

2) Menurut hukum administrasi negara

Dalam hukum administrasi negara melawan hukum diartikan sebagai melanggar hukum oleh penguasa (*Onrechtmatige Overheidsdaad*)¹⁷⁵, melihat praktik peradilan administrasi, dalam menguji Keputusan Administrasi Negara yang dapat digugat, maka melawan hukum dapat diartikan pada perbuatan 4 hal sebagai berikut¹⁷⁶.

- a. Bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku (*in strijd met een algemeen verbindend voorschrift*);
- b. Penyalahgunaan wewenang (*detournement depouvoir*);
- c. Sewenang-wenang (*kennelijk onredelijk*);
- d. Bertentangan dengan asas-asas pemerintahan yang baik (*in strijd met enig in het algemene rechtsbewustzijn levend beginsel van behoorlijk bestuur* (abbb);

Terkait dengan perbuatan melawan hukum yang dilakukan oleh penguasa tersebut di atas maka apabila perbuatannya untuk menguntungkan diri sendiri atau orang lain atau suatu korporasi dan berakibat dapat menyebabkan kerugian keuangan negara atau perekonomian negara maka masuk pada ketentuan Pasal 3 UU No. 31 tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi.

3) Menurut Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP)

Arti "melawan hukum" dalam rumusan delik dalam KUHP, yakni :

- a. Tegas dipakai istilah "melawan hukum" (*wederrechtelijk*) dalam Pasal-Pasal KUHP :

¹⁷⁴ *Ibid*, hal. 6

¹⁷⁵ Philipus M. Hadjon dkk, *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia*, Gadjah Mada University Press, Yogyakarta, 1999, hal. 304

¹⁷⁶ *Ibid*, hal. 328

Tabel 1
Rumusan Delik dalam KUHP yang tegas memakai istilah
melawan hukum

No.	Pasal	Ketentuan	Bab
1	167 (1)	Memaksa masuk ke dalam rumah atau ruangan atau pekarangan tertutup yang dipakai orang lain dengan melawan hukum , atau berada di situ dengan melawan hukum , dan atas permintaan yang berhak atau suruhannya tidak pergi dengan segera,	Kejahatan terhadap ketertiban Umum
2	168 (1)	Memaksa masuk ke dalam ruangan untuk dinas umum, atau berada di situ dengan melawan hukum dan atas permintaan pejabat yang berwenang tidak pergi dengan segera,	
	179	Sengaja menodai kuburan atau dengan sengaja dan melawan hukum menghancurkan atau merusak tanda peringatan di tempat kuburan,	
	180	Sengaja dan melawan hukum menggali atau mengambil jenazah, atau memindahkan atau mengangkut jenazah yang sudah digali atau diambil,	
	189	Pada waktu ada kebakaran, dengan sengaja dan melawan hukum menyembunyikan atau membikin tak dapat dipakai, perkakas-perkakas atau alat-alat pemadam api atau dengan cara apapun merintangi atau menghalang-halangi pekerjaan memadamkan api,	Kejahatan yang membahayakan keamanan umum bagi orang atau barang

	190	Pada waktu ada atau akan ada banjir, dengan sengaja dan melawan hukum menyembunyikan atau membikin tak dapat dipakai, bahan-bahan untuk tanggul atau perkakas-perkakas atau menggagalkan usaha untuk membetulkan tanggul-tanggul atau bangunan-bangunan pengairan, atau merintangi usaha untuk mencegah atau menahan banjir,	
	198	Dengan sengaja dan melawan hukum menenggelamkan atau mendamparkan, menghancurkan, membikin tidak dapat dipakai atau merusak kapal,	
	219	Secara melawan hukum merobek, membikin tak dapat dibaca atau merusak maklumat yang diumumkan atas nama penguasa yang berwenang atau menurut ketentuan undang-undang, dengan maksud untuk mencegah atau menyukarkan orang mengetahui isi maklumat itu,	Kejahatan terhadap penguasa umum
	253 (2)	Membikin materai (palsu) dengan cap yang asli secara melawan hukum	Pemalsuan materai dan merek
	254 (2)	Membubuhi barang-barang tersebut dengan merek (palsu) atau tanda, dengan menggunakan cap yang asli secara melawan hukum	
	256 (2)	Membubuhi merek pada barang atau bungkusnya dengan memakai cap yang asli secara melawan hukum	
	257	Memakai, menjual, menawarkan, menyerahkan, mempunyai persediaan untuk dijual, atau memasukkan ke Indonesia, materai, tanda atau merek yang tidak asli, dipalsu atau dibikin secara melawan hukum, ataupun benda-benda dimana merek itu	

		dibubuhkannya secara melawan hukum, selodah-olah materai, tanda atau mereka itu asli, tidak dipalsu dan tidak dibikin secara melawan hukum, atauoun tidak dibubuhkan secara melawan hukum pada benda-benda itu,	
	328	Membawa pergi seseorang dari tempat kediamannya atau tempat tinggalnya sementara, dengan maksud untuk menempatkan orang itu secara mealwan hukum di bawah kekuasaannya atau kekuasaan orang lain, atau untuk menempatkan dia dalam keadaan sengsara;	Kejahatan terhadapap kemerdekaan orang
	329	Sengaja dan melawan hukum menyangkut orang ke daerah lain, padahal orang itu telah membuat perjanjian untuk bekerja di suatu tempat tertentu,	
	333 (1)	Sengaja dan melawan hukum merampas kemerdekaan seseorang, atau meneruskan perampasan kemerdekaan yang demikian,	
	333 (4)	Sengaja dan melawan hukum memberi tempat untuk perampasan kemerdekaan,	
	334 (1)	Karena kealpaannya menyebabkan seseorang dirampas kemerdekaannya secara melawan hukum, atau diteruskannya perampasan kemerdekaan yang demikian,	
	335 (1) ke 1	Secara melawan hukum memaksa orang lain supaya melakukan, tidak melakukan atau membiarkan sesuatu, dengan memakai kekerasan, sesuatu perbuatan lain maupun perlakuan yang tak menyenangkan, atau dengan memakai ancaman kekerasan, sesuatu perbuatan lain maupun	

		perlakuan yang tak menyenangkan, baik terhadap orang itu sendiri maupun orang lain;	
	339	Pembunuhan yang diikuti, disertai atau didahului oleh suatu perbuatan pidana yang dilakukan dengan maksud untuk mempersiapkan atau mempermudah pelaksanaannya, atau untuk melepaskan diri sendiri maupun peserta lainnya dari pidana dalam hal tertangkap tangan, ataupun untuk memastikan penguasaan barang yang diperolehnya secara melawan hukum,	
	362	Mengambil barang sesuatu, yang seluruhnya atau sebagian kepunyaan orang lain, dengan maksud untuk dimiliki secara melawan hukum,	Kejahatan terhadap harta kekayaan
	368 (1)	Dengan maksud menguntungkan diri sendiri atau orang lain secara melawan hukum, memaksa seorang dengan kekerasan atau ancaman kekerasan, untuk memberikan barang sesuatu, yang seluruhnya atau sebagian adalah kepunyaan orang itu atau orang lain, atau supaya membuat hutang maupun menghapuskan piutang,	
	369 (1)	Dengan maksud untuk menguntungkan diri sendiri atau orang lain secara melawan hukum, dengan ancaman pencemaran baik dengan lisan maupun tulisan atau dengan ancaman akan membuka rahasia, memaksa seorang supaya memberikan barang sesuatu yang seluruhnya atau sebagian kepunyaan orang itu atau orang lain, atau supaya membuat utang atau menghapuskan piutang,	
		<i>commit to user</i>	

	372	Dengan sengaja dan melawan hukum memiliki barang sesuatu yang seluruhnya atau sebagian adalah kepunyaan orang lain, tetapi yang ada dalam kekuasaannya bukan karena kejahatan, diancam, karena penggelapan,	
	378	Dengan maksud menguntungkan diri sendiri atau orang lain secara melawan hukum dengan memakai nama palsu atau martabat palsu, dengan tipu muslihat, ataupun rangkaian kebohongan, menggerakkan orang lain untuk menyerahkan barang sesuatu kepadanya, atau supaya memberi hutang maupun menghapuskan piutang,	
	382	Dengan maksud untuk menguntungkan diri sendiri atau orang lain secara melawan hukum, atas kerugian penanggung asuransi atau pemegang surat <i>bodemerij</i> yang sah, menimbulkan kebakaran atau ledakan pada suatu barang yang dipertanggungkan terhadap bahaya kebakaran, atau mengaramkan, mendamparkan, menghancurkan, merusakkan, atau membikin tidak dapat dipakai, kapal yang dipertanggungkan atau yang muatannya maupun upah yang akan diterima untuk pengangkutan muatannya maupun upah yang akan diterima untuk pengangkutan muatannya yang dipertanggungkan, ataupun yang atasnya telah diterima <i>bodemerij</i> ,	
	389	Dengan maksud untuk menguntungkan diri sendiri atau orang lain secara melawan hukum, menghancurkan, memindahkan, membuang atau membikin tak dapat dipakai sesuatu yang digunakan untuk menentukan batas pekarangan,	

	390	Dengan maksud menguntungkan diri sendiri atau orang lain secara melawan hukum, dengan menyiarkan kabar bohong yang menyebabkan harga barang-barang dagangan, dana-dana atau surat-surat berharga menjadi turun naik,	
	406 (1)	Dengan sengaja dan melawan hukum menghancurkan, merusakkan, atau membikin tak dapat dipakai atau menghilangkan barang sesuatu yang seluruhnya atau sebagian milik orang lain,	Kejahatan Penghancuran atau perusakan barang
	408	Dengan sengaja dan melawan hukum menghancurkan, merusakkan, atau membikin tak dapat dipakai bangunan-bangunan, kereta api, trem, telegrap, telephon atau listrik, atau bangunan-bangunan untuk membendung, membagi atau menyalurkan air, saluran gas, air atau saluran yang digunakan untuk keperluan umum,	
	448	Seorang penumpang kapal Indonesia yang merampas kekuasaan atas kapal secara melawan hukum,	Kejahatan pelayaran
	453	Seorang nahkoda kapal Indonesia yang sesudah dimulai penerimaan atau penyewaan kelasi, tetapi sebelum perjanjian habis dengan sengaja dan melawan hukum menarik diri dari pimpinan kapal itu,	
	455	Seorang anak buah kapal yang dengan sengaja dan melawan hukum tidak mengikuti atau tidak meneruskan perjalanan, yang telah disetujui,	

	466	Seorang nahkoda kapal Indonesia, yang dengan maksud untuk menguntungkan diri sendiri atau orang lain secara melawan hukum, atau untuk menutupi perbuatan itu menjual kapalnya, atau meminjam uang dengan mempertanggungkan kapalnya atau perlengkapan kapal itu atau perbekalannya, atau menjual atau menggadaikan barang muatan atau barang perbekalan kapal itu, atau mengurangi kerugian atau belanja, atau tidak menjaga supaya buku-buku harian di kapal dipelihara menurut undang-undang, ataupun tidak mengurus keselamatan surat-surat kapal, ketika meninggalkan kapalnya,	
	467	Seorang nahkoda kapal Indonesia, yang dengan maksud untuk menguntungkan diri sendiri atau orang lain secara melawan hukum, atau untuk menutupi keuntungan yang demikian, mengubah haluan kapalnya,	
	472	Dengan sengaja dan melawan hukum, menghancurkan, merusakkan, atau membikin tak dapat dipakai muatan, perbekalan atau barang keperluan yang ada dalam kapal,	
	479a (1)	Dengan sengaja dan melawan hukum menghancurkan, membuat tidak dapat dipakai atau merusak bangunan untuk pengamanan lalu lintas udara atau menggagalkan usaha untuk pengamanan bangunan tersebut,	
	522	Menurut undang-undang dipanggil sebagai saksi, ahli atau juru bahasa tidak datang secara melawan hukum,	Pelanggaran terhadap Penguasaan Umum

- b. Dengan istilah lain misalnya "tanpa mempunyai hak untuk itu" (Pasal 303, 548, 549 KUHP), "tanpa izin" (*zonder verlof*) (Pasal 496, 510 KUHP), "dengan melampaui kewenangannya" (Pasal 430 KUHP), "tanpa mengindahkan cara-cara yang ditentukan oleh peraturan umum" (Pasal 429 KUHP).¹⁷⁷

Tabel 2

Rumusan Delik dalam KUHP yang memakai istilah lain

No.	Pasal	Ketentuan	istilah
	303	Tanpa mendapat izin sengaja menawarkan atau memberi kesempatan untuk permainan judi	Tanpa mendapat izin (<i>zonder verlof</i>)
	548	Tanpa wewenang membiarkan unggas ternaknya berjalan di kebun atau tanah benihan maupun tanaman;	Tanpa wenang
	549	Tanpa wenang membiarkan ternaknya berjalan di kebun, tanah perumputan, benihan atau tanaman, tanah yang disiapkan untuk dibanahi atau ditanami maupun tanah yang hasilnya belum diangkut, ataupun tanah yang oleh pemiliknya, dengan cara jelas, dilarang memasukinya;	
	496	Tanpa izin kepala Polisi atau pejabat yang ditunjuk untuk itu, membakar barang tak bergerak kepunyaan sendiri,	Dengan melampaui kewenangannya
	510	Tanpa izin kepala Polisi atau pejabat lain yang ditunjuk untuk itu mengadakan keramaian atau tontonan,	
	430	Pejabat yang dengan melampaui kekuasaannya, menyuruh memperlihatkan kepadanya atau merampas surat, kartu pos,	

¹⁷⁷ Sudarto, *Op. Cit.*, hal. 83.

	429	Pejabat yang melampaui kekuasaannya atau tanpa mengindahkan cara-cara yang ditentukan dalam peraturan umum, memaksa masuk ke dalam rumah, ruangan atau pekarangan tertutup yang dipakai oleh orang lain,	Tanpa mengindahkan cara-cara yang ditentukan oleh peraturan umum
--	-----	--	--

Pencantuman istilah “melawan hukum”, “tanpa izin”, “melampaui kewenangannya”, dan “tanpa mengindahkan cara-cara yang ditentukan oleh peraturan umum” dalam KUHP adalah agar orang yang melakukan perbuatan sesuai dengan hak atau kewenangannya tidak termasuk dalam rumusan tindak pidana. Menurut penjelasan W.v.S yang dikutip oleh Komariah Emong Sapardjaja dari pendapat Noyon dan Langemeijer bahwa *“het gevaar kon zijn, dat anders ook hij die van zijn recht gebruik maakte, zonder daarom juist nultvoering te geven wettelijk voorschrift in de bepaling der strafwet zoude vallen”*. Bahwa seseorang yang berbuat sesuai dengan hak yang dipunyainya, dan karenanya menjalankan peraturan perundang-undangan, akan termasuk dalam rumusan tindak pidana.¹⁷⁸

b. Pembagian Sifat Melawan Hukum

1) Menurut Ajaran Sifat Melawan Hukum

Berbicara mengenai perbuatan melawan hukum maka tidak lepas dari ajaran sifat melawan hukum. Ajaran sifat melawan hukum dibedakan menjadi dua yaitu :

a) Penganut ajaran sifat melawan hukum formil

Penganut ajaran ini mengatakan bahwa suatu perbuatan itu bersifat melawan hukum apabila perbuatan itu diancam pidana dan dirumuskan sebagai delik dalam undang-undang. Jadi, menurut ajaran ini melawan hukum sama dengan melawan atau bertentangan dengan undang-undang atau hukum tertulis.

¹⁷⁸ Komariah Emong Sapardjaja, *Ajaran Sifat Melawan Hukum Materiil dalam Hukum Pidana Indonesia*, P.T. Alumni, Bandung, 2013, hal. 24

b) Penganut ajaran sifat melawan hukum materiil

Penganut ajaran ini berpendapat bahwa suatu perbuatan itu melawan hukum atau tidak, tidak hanya yang terdapat dalam undang-undang atau hukum tertulis saja, tetapi harus dilihat berlakunya asas-asas hukum yang tidak tertulis. Jadi, menurut ajaran ini melawan hukum sama dengan bertentangan dengan hukum tidak tertulis termasuk tata susila.¹⁷⁹

2) Menurut Istilah Sifat Melawan Hukum

Selanjutnya dalam dogmatik hukum pidana istilah "sifat melawan hukum" tidak selalu berarti sama. Ada empat makna yang berbeda-beda tetapi masing-masing dinamakan sama, yaitu sifat melawan hukum. Untuk mengetahui artinya, keempat makna yang berbeda-beda tersebut harus selalu ditanyakan dalam hubungan apa sifat melawan hukum itu dipakai. Untuk itu perlu dibedakan.¹⁸⁰ Kemudian macam makna melawan hukum tersebut adalah sebagai berikut :

a) Sifat melawan hukum umum

Sifat melawan hukum umum diartikan syarat umum untuk dapat dipidananya perbuatan yang memenuhi rumusan tindak pidana dalam undang-undang. Suatu tindak pidana pada dasarnya dinyatakan perbuatan manusia, bersifat melawan hukum, dan dapat dicela. Dengan sifat melawan hukum umum diartikan sifat melawan hukum sebagai syarat tidak tertulis untuk dapat dipidananya suatu perbuatan yang memenuhi rumusan tindak pidana. Dengan demikian, untuk dapat dipidana suatu perbuatan berlaku suatu syarat bahwa perbuatan itu bersifat melawan

¹⁷⁹ Nyoman Serikat Putra Jaya, *Op. Cit.*, hal. 45-46

¹⁸⁰ Schaffmeister, D., Keijzer, N. dikutip dalam bukunya Nyoman Serikat Putra Jaya, *Relevansi Hukum Pidana Adat dalam Pembaharuan Hukum Pidana Nasional*, P.T. Citra Aditya Bandung, 2005, hal. 47

hukum, yang dalam hal ini bertentangan dengan hukum, tidak adil.¹⁸¹

b) Sifat melawan hukum khusus

Sifat melawan hukum adakalanya tercantum secara tegas dalam rumusan tindak pidana. Jadi, sifat melawan hukum merupakan syarat tertulis untuk dapat dipidananya perbuatan. Sifat melawan hukum yang menjadi bagian tertulis dari rumusan tindak pidana dinamakan sifat melawan hukum khusus. Juga, dinamakan "sifat melawan hukum faset". Sifat melawan hukum ini timbul sehubungan ada perbuatan-perbuatan yang sifat melawan hukumnya tidak dapat ditentukan lebih dahulu. Oleh karena itu, pembentuk undang-undang mencantumkan secara tegas sifat melawan hukum dalam rumusan tindak pidana. Dengan perkataan lain, sifat melawan hukum sungguh menjadi bagian undang-undang, jadi syarat tertulis untuk dapat dipidana.¹⁸²

c) Sifat Melawan hukum formil

Sifat melawan hukum formil atau *formeel wederrechtelijkheid* mengandung arti semua bagian (unsur-unsur) dari rumusan delik telah dipenuhi. Jonkers menyatakan : melawan hukum formal jelas adalah karena bertentangan dengan undang-undang. Demikian pula Simons menyatakan : untuk dapat dipidana suatu perbuatan harus mencocoki rumusan delik dalam suatu ketentuan tertulis dalam undang-undang pidana.¹⁸³ Sifat melawan hukum formal merupakan syarat untuk dapat dipidananya perbuatan bersumber pada asas legalitas.¹⁸⁴

¹⁸¹ *Ibid*, hal. 47

¹⁸² Nyoman Serikat Putra Jaya, *Op. Cit.*, hal. 48

¹⁸³ Eddy O.S. Hiarij, *Op. cit.*, hal. 197

¹⁸⁴ Nyoman Serikat Putra Jaya, *Op. Cit.*, hal. 48

d) Sifat Melawan hukum materiil

Sifat melawan hukum materiil atau *materieel wederrechtelijkheid* terdapat dua pandangan. Pertama, sifat melawan hukum materiil 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. Biasanya sifat melawan hukum materiil ini melekat pada delik-delik yang dirumuskan secara materiil. Kedua, sifat melawan hukum materiil 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 masyarakat.¹⁸⁵

Dalam perkembangan selanjutnya, sifat melawan hukum materiil ini dibagi menjadi dua yaitu :

1) sifat melawan hukum materiil dalam fungsinya yang negatif

Ajaran sifat melawan hukum dalam fungsinya yang negatif mengakui kemungkinan adanya hal-hal di luar undang-undang menghapus sifat melawan hukumnya perbuatan yang memenuhi rumusan undang-undang, jadi hal tersebut sebagai alasan penghapus sifat melawan hukum.

2) sifat melawan hukum materiil dalam fungsinya yang positif

Ajaran sifat melawan hukum dalam fungsinya yang positif menganggap sesuatu perbuatan tetap sebagai suatu delik, meskipun tidak nyata diancam dengan pidana dalam undang-undang, apabila bertentangan dengan hukum atau ukuran-ukuran lain yang ada di

luar undang-undang. Jadi di sini diakui hukum yang tidak tertulis sebagai sumber hukum yang positif.¹⁸⁶

c. Pembuktian Unsur Sifat Melawan Hukum

Unsur sifat melawan hukum itu ada dalam rumusan delik yang dibagi menjadi dua bagian, yakni :

- 1) Tercantum dengan tegas dalam rumusan delik, maka dalam hal ini unsur melawan hukum harus dibuktikan.
- 2) Tidak tercantum dalam rumusan delik, ada dua pandangan¹⁸⁷, yakni:
 - a) Jika unsur sifat melawan hukum dianggap mempunyai fungsi yang positif¹⁸⁸ untuk sesuatu delik, (artinya ada delik kalau perbuatan itu bersifat melawan hukum), maka harus dibuktikan;
 - b) Jika unsur sifat melawan hukum dianggap mempunyai fungsinya yang negatif¹⁸⁹, (artinya tidak ada unsur sifat melawan hukum pada perbuatan merupakan pengecualian untuk adanya sesuatu delik), maka tidak perlu dibuktikan.

3. Tindak Pidana Korupsi

a. Arti dan Definisi Korupsi

Secara etimologis kata korupsi berasal dari bahasa latin yaitu:¹⁹⁰

- *Corruptio* (kata benda) : hal yang merusak, hal membuat busuk, pembusukan, penyuapan, kerusakan, kebusukan, kemerosotan.
- *Corumpere* (kata kerja): menghancurkan, merusak, merusak bentuk, meutarbalikkan, membusukkan, memalsukan, merosotkan, mencemarkan, menyuap, melanggar, menggodai, memperdayakan.

¹⁸⁶ Sudarto, *Op. Cit.*, hal. 82

¹⁸⁷ *Ibid.*, hal. 82-83

¹⁸⁸ Melawan hukum dalam fungsinya yang positif adalah melawan hukum berarti bertentangan dengan hukum, lihat Van Hamel yang dikutip eddy O.S. Hiarij, *Op. Cit.*, hal. 190.

¹⁸⁹ Melawan hukum dalam fungsinya yang negatif adalah melawan hukum berarti tidak berdasarkan hukum (objektif) atau tanpa kewenangan (subjektif seperti Mahkamah Agung), lihat Van Hamel yang dikutip eddy O.S. Hiarij, *Op. Cit.*, hal. 190.

¹⁹⁰ K. Prent, J. Adisubrata, dan WJS. Poerwadarminta (penyusun), *Kamus Latin- Indonesia*, hal. 200.

- *Corruptor* (pelaku) : perusak, pembusuk, penyuap, penipu, penggoda, pemerdaya, pelanggar.
- *Corruptus-a-um* (kata sifat) : rusak, busuk, hancur, tidak utuh, tidak murni, merosot, palsu.

Arti etimologis itu mengungkapkan gambaran adanya perubahan kondisi dari keutuhan, kebaikan, dan kebenaran asli-asali yang merosot, dan kemerosotan itu merupakan akibat perbuatan seperti menyuap, menipu, memalsukan, merusak bentuk, dan sebagainya. Pelakunya disebut *corruptor*. Apa yang dianggap sebagai kemerosotan dapat dikenakan pada apa yang menyangkut keutuhan fisik dan integritas moral.¹⁹¹

Arnold Heidenheimer dan Michael Johnston, dua otoritas dalam studi korupsi, membuat tiga kategori definisi yang diajukan *Oxford English Dictionary*, definisi yang masih mencerminkan keluasan arti korupsi.¹⁹²

- Definisi fisik : Kerusakan atau kebusukan segala sesuatu, terutama melalui penghancuran keutuhan dan penghancuran bentuk dengan akibat yang menyertainya, yaitu kerusakan dan kehilangan keutuhan, menjijikan dan busuk.
- Definisi moral : Penyelewengan atau penghancuran integritas dalam pelaksanaan kewajiban publik melalui suap dan hadiah.
- Penjungkirbalikan segala sesuatu dari kondisi asli kemurnian, misalnya penyelewengan lembaga, adat istiadat dan sebagainya dari kemurnian asli; situasi penjungkirbalikan.

Korupsi juga sering dipahami secara organik hal tersebut disampaikan oleh Petter B. Forsberg dan Kristofer Severinsson menggunakan istilah “virus” dalam literatur korupsi (misalnya : “korupsi

¹⁹¹ B. Herry Priyono, *Korupsi Melacak Arti, Menyimak Implikasi*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2018, hal. 23

¹⁹² Arnold Heidenheimer dan Michael Johnston (eds.), *Political Corruption: concepts and Contexts* (New Brunswick) : Transaction Publisher, 2007, hal 6-7, dalam bukunya B. Herry Priyono, *Korupsi Melacak Arti, Menyimak Implikasi*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2018, hal. 23

sebagai kanker”). Mereka menemukan bahwa metafor virus rupanya mengungkapkan dua hal. Pertama, ciri korupsi yang secara tersembunyi destruktif dan infeksiif bagi organisasi dan kelompok. Kedua, ciri korupsi yang menyebar dan beranak-pinak. Dengan metafor “virus yang berciri organik dan biologis”, korupsi dipahami sebagai “gejala berciri dinamis, berubah-ubah, dan hidup dengan daya swacipta internalnya.”¹⁹³

Korupsi juga terkait dengan paham teologis. Maryvonne Genaux menunjuk akar teologis semua paham korupsi. Dalam teologi, korupsi dipakai mengungkapkan ciri moral manusia (bisa mati, cacat) di hadapan ciri keabadian dan tidak membusuknya Tuhan (*incorruptus*). Ahli hukum Laura Underkuffler juga menyimpulkan bahwa konsep korupsi berakar dari dunia agama yang bersandar pada paham religius tentang kebaikan dan kejahatan, kebenaran dan kesalahan.¹⁹⁴

Cara lain mendefinisikan korupsi disampaikan oleh Seumas Miller dalam bukunya yang berjudul *Corruption and anti Corruption* dengan mendaftar aneka perbuatan yang secara paradigmatis disebut korupsi :¹⁹⁵

- Suap : seorang kontraktor bangunan menyuap pejabat negara untuk mendapatkan tender pembangunan gedung pemerintah.
- Nepotisme : Pejabat pemerintah mengangkat saudaranya yang tidak kompeten dan punya kualifikasi menjadi pegawai di lingkungan kantornya.
- Kolusi : Menteri, ketua partai politik, dan pengusaha swasta bersekongkol mengatur kompetisi kuota impor daging sapi untuk perusahaan yang bersedia memberikan suap bagi kepentingan pribadi ketiga pihak pertama dan bagi kepentingan keuangan partai.

¹⁹³Petter B. Forsberg dan Kristofer Severinsson, ‘Exploring the Virus Metaphor in Corruption Theory : Corruption as a virus ?’, *Ephemera : Theory and Politics in Organization*, 2015, hal. 455-457, dalam bukunya B. Herry Priyono, *Korupsi Melacak Arti, Menyimak Implikasi*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2018, hal. 24

¹⁹⁴Laura S. Underkuffler, *Captured by Evil*, hal 2 dalam B. Herry Priyono, *Korupsi Melacak Arti, Menyimak Implikasi*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2018, hal. 24

¹⁹⁵Seumas Miller, *Corruption and anti Corruption*, dalam B. Herry Priyono, *Korupsi Melacak Arti, Menyimak Implikasi*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2018, hal. 24

- *State Capture* : Pengusaha menyuap pejabat negara dan legislator untuk melakukan kompromi atas peraturan resmi atau undang-undang bagi kepentingan pengusaha tersebut.
- Patronasi : Partai politik memenangkan pemilihan umum kemudian memerintah dan mencopot semua pegawai yang mendukung oposisi dan mengantinya dengan orang-orang yang mendukung partai tersebut.
- Konflik Kepentingan : Seorang anggota Dewan Perwakilan Rakyat punya saham di perusahaan tambang dan mendesakkan undang-undang yang memberi konsesi pajak bagi perusahaan tersebut.
- Politik Uang : Partai politik menggalang perolehan suara dengan membeli atau memberi sejumlah uang dan fasilitas lain kepada para pemilih.
- Plagiarisme : Seorang dosen melakukan penilaian makalah/ertikel/ buku dengan sebagian atau keseluruhan isi diambil dari orang lain tanpa pengakuan atau rujukan sumber.
- Penipuan : Mahasiswa/i mengisi tanda tangan presensi kuliah yang tidak dihadiri; mahasiswa/i memalsu tandatangan presensi rekan mahasiswanya yang tidak hadir dalam kuliah, dan sebaliknya mahasiswa/i yang tidak hadir dalam kuliah meminta orang lain untuk memalsu tandatangan.
- Gratifikasi : Mahasiswa memberikan pelayanan seks kepada dosennya sebagai imbalan bagi nilai ujian.
- Insportivitas : Olahragawan yang mengonsumsi obat terlarang untuk meningkatkan penampilannya dalam suatu kompetisi.
- Diskriminasi : seorang camat yang bertanggungjawab atas alokasi pupuk dan benih tanaman bagi petani miskin menyingkirkan kelompok petani miskin atas dasar keyakinan agama yang tidak sama dengan atau atas dasar perbedaan keanggotaan partai politik.
- Penipuan Profesi : Beberapa dokter bersekongkol menolak memberi kesaksian yang memberatkan rekan dokter kendati mereka tahu kolega

tersebut telah melakukan malpraktik kedokteran dalam suatu operasi yang menyebabkan kematian pasien.

- Penipuan Bukti : Polisi memalsukan bukti untuk memastikan bahwa seseorang tersangka dijatuhi hukuman.

Di awal tahun 2002, selama proses negosiasi yang melahirkan dokumen *United Nations Conventions Against Corruption (UNCAC)*, mengambil langkah “untuk tidak mendefinisikan korupsi”, tetapi hanya mendaftar jenis-jenis tertentu perbuatan korupsi. *UNCAC* adalah dokumen resmi hukum dan dimaksudkan menjadi dasar hukum bagi penindakan. Karena itu jenis perbuatan yang didefinisikan sebagai korupsi tidak bisa – tidak konkret dan terpilah. Dalam pasal-pasal *UNCAC* dicakup, misalnya, “penyuapan kepada pejabat negara”, “penyuapan kepada pejabat publik negara asing dan pejabat organisasi internasional”, “penggelapan, pencurian atau pengalihan kepemilikan oleh pejabat publik”, “jual beli pengaruh”, “penyalahgunaan fungsi”, “memperkaya diri secara haram”, “penyuapan di sektor swasta”, “penggelapan kepemilikan di sektor swasta”, “pemutihan berkas kejahatan”.¹⁹⁶

Daftar perbuatan yang disebut korupsi tersebut di atas bisa diperpanjang lagi seiring perkembangan zaman. Daftar akan semakin panjang. Namun dalam siasat ini terlihat beberapa kelemahan, diantaranya : *Pertama*, menyebut jenis-jenis perbuatan yang diterapkan atau dicakup sebagai korupsi adalah satu hal, sedangkan mendefinisikan korupsi adalah hal lain. Daftar itu menyebut jenis-jenis kondisi/tindakan yang dapat digolongkan sebagai korupsi, tetapi itu masih jauh dari definisi korupsi. *Kedua*, bahkan segera terlihat ketidakterpilahan konseptual. Contoh “penipuan” dalam daftar contoh di atas. Perbuatan korup yang dilakukan mahasiswa yang memalsu tanda tangan kehadiran kuliah memang melibatkan penipuan, tetapi tidak semua penipuan dapat

¹⁹⁶ United Nation Office on Drugs and Crime, *United Nations Convention Against Corruption*, Pasal 15 – Pasal 42, hal. 17 – 29 dalam B. Herry Priyono, *Korupsi Melacak Arti, Menyimak Implikasi*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2018, hal. 28

disebut korupsi. *Ketiga*, persoalan ketidakterpilahan konseptual juga terlihat dalam tumpang tindih kategori satu dan kategori lain. Misalnya, kolusi sebagai bentuk korupsi yang terjadi dalam kuota impor daging dalam contoh di atas bertumpang tindih dengan konflik kepentingan, suap, *state capture*, dan pemburuan-rente. Tentu, penindakan hukum menuntut pembedaan jenis-jenis perbuatan itu. Dan rumusan hukum dengan mudah menangani perbedaan itu dengan menerapkan pasal kolusi, pasal suap, pasal pemburuan rente, dan sebagainya.¹⁹⁷

Di Indonesia korupsi didefinisikan dalam Undang-Undang Nomor 31 tahun 1999 Jo. Undang-Undang Nomor 20 tahun 2001 Pasal 2 dan Pasal 3:

- secara melawan hukum melakukan perbuatan memperkaya diri sendiri atau orang lain atau suatu korporasi yang dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara.
- dengan tujuan menguntungkan diri sendiri atau orang lain atau suatu korporasi, menyalahgunakan kewenangan, kesempatan atau sarana yang ada padanya karena jabatan atau kedudukan yang dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara.

Kemudian definisi yang mencakup 29 jenis tindak pidana dijelaskan dalam 13 Pasal. Dari rumusan di atas dapat dikenali bahwa definisi korupsi dalam hukum di Indonesia menyimpan bias ekonomistik. Maksudnya korupsi dipahami terutama sebagai masalah kerugian keuangan dan perekonomian. Juga kerugian keuangan itu dipahami terutama dalam kaitan dengan keuangan negara, maka dalam rumusan di atas tersimpan bias yang disebut “sentrisme negara”.

Sebelum memahami definisi korupsi ada bias dalam definisi korupsi. Bias definisi korupsi merupakan keterbatasan dalam memahami korupsi sebagai penetapan hukum. memahami konsep korupsi sebagai apa yang ditulis hukum bukan untuk diabaikan. Namun cara memahami juga mencampuradukkan metode penanganan dan substansi korupsi. Ada

tiga bias definisi dalam memahami korupsi diantaranya bias hukum, bias sentrisme-negara dan bias ekonomi.

1) Bias Hukum

Bias hukum menunjuk pada penentuan suatu perbuatan/praktik sebagai korupsi atau bukan korupsi sejauh ditetapkan atau tidak ditetapkan undang-undang atau hukum. maka, misalnya sejauh undang-undang tidak menetapkan tindakan memberi atau menerima suap sebagai korupsi, perbuatan itu tidak dianggap sebagai korupsi dan tidak dapat dituntut sebagai korupsi. Sebaliknya, memberi atau menerima suap disebut korupsi sejauh ditetapkan demikian dalam undang-undang. Pokok ini berlaku untuk perbuatan lain seperti pencurian anggaran pemerintah, kolusi, nepotisme, politik uang, gratifikasi, dan sebagainya. Itu juga berarti bisa saja suatu perbuatan secara substantif jelas-jelas merupakan korupsi tetapi tidak ditetapkan melanggar hukum korupsi, sebab hukum tidak/belum menetapkan demikian.¹⁹⁸

Pokok itu mengisyaratkan, meskipun hukum begitu sentral bagi penetapan korupsi yang perlu ditangani, arti korupsi bukan sekedar soal penetapan hukum dan pelanggaran hukum. begitu pula tidak semua pelanggaran hukum merupakan korupsi. Fakta bahwa biasanya perbuatan yang disebut korupsi ditetapkan sebagai pelanggaran hukum tidak niscaya berarti bahwa korupsi adalah soal penetapan hukum. ahli hukum Laura Underkuffler mengungkapkan “batasan hukum pidana tentu berguna untuk mengungkapkan penilaian kita bahwa penuntutan kasus korupsi harus dilakukan dengan aturan hukum. namun, bukan fakta ilegalitas itu sendiri yang mendasari penilaian dan penetapan korup”.¹⁹⁹

¹⁹⁸ B. Herry Priyono, *Op. Cit.*, hal. 32 *commit to user*

¹⁹⁹ Laura S. Underkuffler, *Captured by evil*, dalam B. Herry Priyono, *Op. Cit.*, hal. 34

2) Bias Sentrisme-Negara

Bias sentrisme-negara biasanya terungkap dalam penyamaan arti publik (*Public*) dengan tata kelembagaan negara (*the state*) dan pemerintah (*government*). Korupsi dipahami sebagai gejala dan perbuatan menyelewengkan perbedaan ranah publik pemerintahan dan ranah privat. Ambillah contoh definisi korupsi menurut Bank Dunia : “Penyalahgunaan jabatan publik bagi keuntungan pribadi”.²⁰⁰ Istilah jabatan publik dalam definisi ringkas itu memang tidak dengan sendirinya berarti jabatan negara atau pemerintahan. Dalam kaitannya dengan masalah korupsi, sumber bias terletak dalam arah memahami jabatan publik sebagai otoritas yang melekat pada kelembagaan negara atau pemerintah.

3) Bias Ekonomi

Bias ekonomi menunjuk pada arti korupsi sebagai penyelewengan keuangan atau sumber daya publik yang diukur berdasarkan kerugian keuangan. Karena istilah “publik” pada umumnya disamakan dengan lembaga atau pemangku jabatan kenegaraan/pemerintahan (bias sentrisme-negara), bias ekonomi dalam pengertian korupsi di sini biasanya juga terkait dengan bias sentrisme-negara.²⁰¹

Sebagai contoh definisi korupsi bias ekonomi terlihat pada ketentuan Pasal 2 Undang-Undang Nomor 31 tahun 1999 Jo. Undang-Undang Nomor 20 tahun 2001 “secara melawan hukum melakukan perbuatan memperkaya diri sendiri atau orang lain atau suatu korporasi yang dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara”. Pasal 3 Undang-Undang Nomor 31 tahun 1999 Jo. Undang-Undang Nomor 20 tahun 2001 “dengan tujuan menguntungkan diri sendiri atau orang lain atau suatu korporasi menyalahgunakan kewenangan, kesempatan atau sarana yang ada

²⁰⁰ World Bank, *Helping Countries Combat Corruption: The Role of World Bank* (Washington, DC, 1997, hal 8 dalam B. Herry Priyono, *Op. Cit.*, hal. 34

²⁰¹ B. Herry Priyono, *Op. Cit.*, hal. 36

padanya karena jabatan atau kedudukan yang dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara”.

Dari ketiga bentuk bias definisi di atas segera terlihat betapa arti substantif korupsi begitu luas, kaya dan licin bagai belut. Menetapkan arti korupsi ke dalam definisi operasional yang spesifik tentu menjadi prasyarat presisi bagi penanganan hukum, atau menjadi tuntutan metodologis agar gejala korupsi dapat diteliti. Namun, ciri spesifik definisi juga mudah terpeleset ke bias-bias di atas.²⁰²

Definisi korupsi memiliki keragaman. Berbagai kemungkinan definisi dewasa ini diantaranya yang dipakai oleh World Bank : Korupsi adalah penyalahgunaan jabatan publik bagi keuntungan pribadi²⁰³. *Transparency International* (TI) organisasi internasional non-pemerintah yang bergerak dalam bidang anti-korupsi dan dikenal dengan laporan tahunan *Corruption Perception Index (CPI)*, sampai tahun 2012, TI menunjuk korupsi sebagai penyalahgunaan jabatan publik bagi keuntungan pribadi “(*The abuse of public office for private gain*)”. Definisi itu sama dengan yang dipakai World Bank dalam beberapa konteks lain, TI mendefinisikan korupsi sebagai “penyalahgunaan kekuasaan yang dimandatkan demi keuntungan pribadi” (*the abuse of entrusted power for private gain*).²⁰⁴

Di Indonesia juga pernah dilakukan dialog tentang persoalan tata-kelola bagi usaha penjernihan arti konsep korupsi. Dalam dialog tentang persoalan tata-kelola yang diselenggarakan di Bogor Jawa Barat bulan Oktober 2003, dan melibatkan para ilmuwan sosial dari Australia dan Indonesia, perhatian tertuju ke “pencarian esensi arti umum korupsi dan menemukan itu dalam definisi yang bahkan lebih luas dari definisi TI yang sudah diperbarui”. Definisi Bogor mengartikan korupsi sebagai “penyalahgunaan kekuasaan mandat” (*the abuse of entrusted power*).

²⁰² B. Herry Priyono, *Op. Cit.*, hal. 37

²⁰³ World Bank, *Helping Countries Combat Corruption*, hal. 8 dalam B. Herry Priyono, *Op. Cit.*, hal. 38

²⁰⁴ B. Herry Priyono, *Op. Cit.*, hal. 38

Definisi Bogor sengaja mencopot kalimat “demi keuntungan pribadi” (*for the private gain*), dengan alasan bahwa ungkapan itu justru menyempitkan arti korupsi sebagai “soal ciri individual keuntungan keuangan atau semacamnya yang tidak dengan sendirinya ada di jantung masalah-masalah korupsi yang besar”. Definisi Bogor menunjuk penyelewengan kekuasaan yang dimandatkan sebagai inti pengertian korupsi.²⁰⁵

Definisi TI yang dimodifikasi definisi Bogor lebih luas, kurang terbebani dengan bias sentrisme-negara dan dapat mencakup korupsi di berbagai sektor, termasuk bisnis swasta, bahkan antar-bisnis swasta. Dalam studi korupsi kebingungan itu akan terus terlibat dan mendorong pengolahan lebih lanjut. Justru karena usaha studi (yang dibedakan dengan penanganan kasus korupsi) digerakkan oleh pencarian terbuka, harapan akan kesimpulan yang definitif tentang definisi korupsi mungkin juga ibarat mengejar fatamorgana. Dalam banyak hal dapat dikatakan bahwa usaha analitis definisi korupsi menghadapi dilema sebagai berikut. Di satu pihak adalah aspirasi untuk mewadahi dalam definisi inklusif keanekaragaman perbuatan/praktik yang dilihat sebagai korupsi. Di lain pihak adalah aspirasi menetapkan secara spesifik jenis perbuatan/praktik korup yang dituntut bagi penindakan maupun penelitian.²⁰⁶ Seperti ditulis Robert Williams, “jika dipatok terlalu sempit, definisi tidak komprehensif. Bila terlalu luas, definisi akan menjadi kabur dan tidak punya presisi²⁰⁷.”

Studi korupsi pada perkembangannya akan terus ditandai dilema. Literatur korupsi juga ditandai beberapa strategi untuk memahami kekayaan dan kompleksitas konsep korupsi melalui tipologi. Di sini akan disajikan beberapa contoh tipologi definisi korupsi yaitu :

²⁰⁵ A.J. Brown, *What are We Trying to Measure ? Reviewing the Basic of Corruption Definition* dalam B. Herry Priyono, *Op. Cit.*, hal. 39

²⁰⁶ B. Herry Priyono, *Op. Cit.*, hal. 40 *commit to user*

²⁰⁷ Robert Williams, *New Concept for Old*, dalam B. Herry Priyono, *Op. Cit.*, hal. 40

Pertama, tipologi yang memakai kekuatan figuratif metafor, dengan membedakan korupsi yang berciri “memakan rumput” (*grass-eating*) dan berciri memakan daging (*meat-eating*). Tipologi ini dipakai dalam laporan Komisi Knapp tentang korupsi di Kepolisian Kota New York pada dekade 1970-an.²⁰⁸ Istilah “pemakan rumput” secara metaforis menunjuk pada praktik para polisi yang menerima suap hanya apabila mereka ditawari, sedangkan “pemakan daging” menunjuk praktik para polisi yang aktif memburu suap dan karena itu berciri memangsa. Atau dengan kata lain penggolongan ini untuk membedakan tipe korupsi reaktif dan proaktif.

Kedua, tipologi yang membedakan antara korupsi kecil dan korupsi besar. Korupsi kecil (*petty*) menunjuk pada berbagai praktik seperti penyuapan yang dilakukan warga kebanyakan dalam hidup sehari-hari, seperti menyuap petugas untuk mempercepat pengurusan berkas, suap untuk petugas polisi lalu lintas agar tidak menerapkan sanksi bagi pelanggar bermotor, dan semacamnya. Sedangkan korupsi besar (*grand*) menunjuk pada penyelewengan jabatan yang dilakukan para anggota kelompok elite, melibatkan kerugian publik yang besar dalam skala yang besar pula.²⁰⁹ Kalau di Indonesia Korupsi Pembangunan Wisma Atlet, Suap kepada Ketua Mahkamah Konstitusi, korupsi pengadaan kartu identitas elektronik (e-KTP) merupakan contoh korupsi skala besar.

Ketiga, tipologi yang diajukan oleh Arnold Heidenheimer yang membedakan korupsi hitam (*black*), korupsi putih (*white*) dan korupsi abu-abu (*grey*).²¹⁰ Korupsi hitam menunjuk praktik yang dipandang korup entah oleh kalangan elite atau warga biasa. Korupsi putih menunjuk praktik yang meskipun tergolong korup namun diterima

²⁰⁸ George Braziller, *The Knapp Commission Report on Police Corruption*, New York: Brazziller dalam B. Herry Priyono, *Op. Cit.*, hal. 40

²⁰⁹ Leslie Holmes, *Corruption : A Very Short Introduction*, dalam B. Herry Priyono, *Op. Cit.*, hal. 40

²¹⁰ Arnold J. Heidenheimer, *Perspectives on the Perception of Corruption* dalam B. Herry Priyono, *Op. Cit.*, hal. 41

sebagai wajar baik oleh kalangan elite maupun warga biasa yang tidak menghendaki pelaku dihukum. Sedangkan korupsi abu-abu menunjuk praktik yang dianggap korup oleh kaum elite namun tidak dipandang korup oleh warga biasa, atau sebaliknya dilihat korup oleh warga biasa tetapi tidak dianggap korup oleh kalangan elite.

Selanjutnya dengan latarbelakang tersebut di atas Arnold Heidenheimer seorang perintis studi korupsi menggolongkan definisi korupsi dalam tiga kategori, yaitu definisi yang berporos pada jabatan publik (*public office-centered definition*), definisi yang berporos pada mekanisme pasar (*market-centered definition*), dan definisi yang berporos pada kepentingan publik (*public interest-centered definition*).²¹¹

Pertama, definisi yang berporos pada jabatan publik mengarahkan perhatian pada berbagai tindakan, praktik, kondisi, dan gejala yang menyangkut penyelewengan otoritas yang dimandatkan pada jabatan publik (*public office*). Apa yang dimaksud jabatan publik menyangkut pelaksanaan mandat segala kekuasaan, kewenangan, jabatan, posisi, aturan dan semacamnya yang melekat pada lembaga-lembaga tata kedaulatan dan para pemanggunya atau relasi antar tata kedaulatan, entah mandat itu tercipta karena pemilihan atau penunjukan.²¹²

Kedua, definisi yang berporos pada mekanisme pasar sebenarnya lebih merupakan rincian definisi yang berporos pada jabatan publik ketimbang sebagai definisi yang secara kategoris berbeda. Jabatan publik dipandang sebagai mandat yang perolehan dan kinerjanya tidak didasarkan pada jual beli. Lugasnya, jabatan publik bukanlah komoditas. Penyelewengan dalam rupa transaksi jual beli penggunaan kewenangan jabatan lembaga negara/pemerintah inilah yang disebut korupsi menurut definisi yang berporos pada mekanisme pasar. Contohnya seorang

²¹¹ Arnold J. Heidenheimer, *Introduction to Part I*, dalam B. Herry Priyono, *Op. Cit.*, hal. 42

²¹² B. Herry Priyono, *Op. Cit.*, hal. 42

pegawai pemerintah menganggap jabatan publiknya sebagai bisnis yang dikeruk bagi keuntungan maksimal. Karena itu apa saja yang melekat pada jabatan tersebut menjadi obyek maksimalisasi. Besarnya perolehan bergantung pada situasi pasar dan kecerdikannya untuk memaksimalkan perolehan bergantung pada kurva permintaan publik. Definisi pasar menentukan suatu tindakan/praktik disebut korupsi sebenarnya bukan maksimalisasi keuntungan pribadi itu sendiri, melainkan perbuatan yang mengubah mandatoris jabatan publik (*mandat criteria*) menjadi transaksi jual beli pasar (*market criteria*).²¹³

Ketiga, definisi yang berporos pada kepentingan publik mengartikan korupsi sebagai penjungkirbalikan dan penyelewengan kepentingan bersama. Contohnya adalah definisi korupsi yang diajukan Arnold A. Rogow dan Harold Lasswell “penyelewengan tanggung jawab terhadap sekurangnya satu sistem tatanan publik atau sistem kewargaan serta menghancurkan sistem seperti itu kapan pun dan di mana pun”. Atau definisi yang diajukan oleh Carl Friedrich menyampaikan “korupsi dapat dikatakan terjadi ketika pemegang kekuasaan yang berkewajiban atas hal-hal tertentu melakukan tindakan yang mengistimewakan pihak yang menyediakan imbalan dan dengan itu menyebabkan kerusakan pada kehidupan publik dan kepentingan publik”. Bila dicermati contoh definisi yang berporos pada kepentingan publik di atas mirip dengan definisi korupsi yang berporos pada jabatan publik. Bedanya, definisi yang berporos pada kepentingan publik membidik arti korupsi dari dampaknya, yaitu kerusakan tatanan publik atau sistem kewargaan atau juga kehidupan publik dan kepentingan publik.²¹⁴

Memahami definisi korupsi di sini akan disajikan sebagai horizon untuk membuka lanskap kekayaan arti korupsi, bukan untuk memecahkan persoalan arti dan definisi. Horizon itu akan berguna untuk memahami keragaman nuansa, paradoks dan ironi yang terlibat dalam

²¹³ *Ibid.*, hal. 45

²¹⁴ *Ibid.*, hal. 46

perkembangan arti korupsi. Ada tiga kriteria dalam memahami definisi korupsi yaitu keterbatasan pendekatan ekonomi, arti substantif dan konsep menurut masyarakat.

Pertama, keterbatasan pendekatan ekonomi yang dominan dalam studi korupsi dan kebijakan anti-korupsi dewasa ini. Pendekatan ekonomi memandang korupsi terutama sebagai transaksi untung rugi para individu yang bereaksi terhadap insentif, tidak terlalu berbeda dengan praktik perdagangan biasa. Ini problematis, bukan hanya karena membawa pengucian arti korupsi ke soal kerugian keuangan (apa yang terjadi jika korupsi menguntungkan ?) dan individualisasi ciri korupsi, melainkan juga karena ciri teknokratis agenda solusinya. Inilah yang disebut “ekonomisme reduksionis”.²¹⁵

Kedua, arti substantif yang ada di jantung konsep korupsi. Masalahnya perlu dipahami dalam konteks tegangan ini. Di satu pihak, bersama lonjakan perhatian juga berkembang kritik pedas bahwa korupsi hanya konsep etnosentris dunia Barat yang “tidak punya manfaat analitis”, “tidak menjelaskan apa-apa” dan “menjadi alat manipulasi ideologis relativisme budaya: korup atau tidak-korup itu relatif. Di lain pihak, semakin banyak studi memperlihatkan bahwa korupsi bukan konsep khas Barat dan modern, melainkan konsep yang integral dalam semua tradisi peradaban sejauh tradisi itu punya paham tatanan masyarakat dan pemerintahan, entah Eropa, Islam, India, atau China. Apa yang dipertaruhkan di sini adalah keterpahaman antar-tradisi yang memungkinkan bukan hanya komunikasi tapi juga tindakan bersama.²¹⁶

Ketiga, jika semua masyarakat punya konsep korupsi, bisakah ditunjuk kriteria apa yang dipakai untuk mendefinisikan apa yang korup dan tidak korup ? di sini para ahli studi korupsi berdebat. Kekayaan literatur studi korupsi ditandai perdebatan teoritis tentang soal ini. Diego

²¹⁵ Staffan Anderson & Paul M. Heywood, “The Politics of Perception : Use Of Abuse Of Transparency Internationals Approuach to Measuring Corruption”, Political studies, 57/4, 2009, hal 751 dalam B. Herry Priyono, *Op. Cit.*, hal. 49

²¹⁶ B. Herry Priyono, *Op. Cit.*, hal. 50

Gambetta menunjuk ciri relasional korupsi sebagai “strategi berurusan dengan orang lain dalam suasana terkendala dan di bawah pedoman yang mengatur tindakan mereka”. Korupsi selalu melibatkan bagian atau keseluruhan kaitan tiga pihak: pihak pemberi kepercayaan (*truster*), pihak yang diberi kepercayaan (*fiduciary*), pihak koruptor (*corrupter*). Relasi mandat antara pihak truster dan fiduciary adalah syarat terjadinya korupsi, sedangkan keterlibatan pihak ketiga bisa ada atau tidak ada. Korupsi selalu berciri “benalu terhadap relasi mandat”. Gambetta mengajukan prediksi “semakin banyak relasi berdasarkan mandat, semakin besar pula potensi korupsi”. Sebaliknya kesempatan korupsi itu nol dalam situasi tiadanya relasi mandat.²¹⁷ Bentuk-bentuk praktik penyelewengan mandat bisa bervariasi dari konteks ke konteks lain, biasanya “melekat dan berkembang biak bersama ilalang lain seperti penipuan, pencurian, intimidasi, atau kolusi.”²¹⁸

Kriteria penyelewengan mandat/kepercayaan sebagai pembentuk arti korup dan tidak korup tentu berguna. Bagi Underkuffler, konsepsi itu merupakan bagian “teori cangkang” (*shell theories*), “yang mengartikan korupsi dengan memakai dasar normatif lain yang tidak terkait dan tidak diuji (hukum, kewajiban publik, dsb). Konsepsi seperti itu masih perlu menjelaskan apa yang persis harus dijelaskan : mengapa kepercayaan/mandat itu normatif ? apa yang membuat normatif ? pada akhirnya menurut Underkuffler penyelewengan mandat dan kewajiban publik menunjuk pada “penyelewengan hukum, regulasi atau aturan bertindak yang ada”. Maka, korupsi menjadi “sekedar runtuhnya sistem keyakinan yang mendasari sistem politik tertentu”.²¹⁹

Sebagaimana telah disebutkan di atas bahwa definisi korupsi terlihat betapa arti substantif korupsi begitu luas, kaya dan licin bagai belut. Menetapkan arti korupsi ke dalam definisi operasional yang

²¹⁷ Diego Gambetta, “*Corruption : An Analytical Map*”, hal 35 dalam B. Herry Priyono, *Op. Cit.*, hal. 51

²¹⁸ *Ibid*, hal. 51

²¹⁹ Laura S. Underkuffler, *Captured by evil*, dalam B. Herry Priyono, *Op. Cit.*, hal. 52

spesifik tentu menjadi prasyarat presisi bagi penanganan hukum, atau menjadi tuntutan metodologis agar gejala korupsi dapat diteliti. Apa yang membuat perbuatan tertentu disebut korup, sedangkan perbuatan lain (atau bahkan perbuatan sama) tidak disebut korup ? ini menyangkut kriteria penetapan yang diburu oleh para ahli studi korupsi. Pokok ini dipandang sentral mengapa korupsi menjadi persoalan sepanjang zaman di semua tradisi kebudayaan.

b. Tindak Pidana Korupsi

Dalam kaitannya dengan istilah "korupsi", maka dalam perkembangan hukum pidana materiil di Indonesia digunakan dua istilah tersebut, yaitu "tindak pidana" dan "perbuatan pidana". Bila ditinjau dari segi istilah korupsi yang berasal dari kata "*corrupteia*", yaitu yang berasal dari bahasa latin berarti "*bribery*" atau "*seduction*", maka yang diartikan dengan "*corrupto*" dalam bahasa latin ialah "*corrupter*" atau "*seducer*".²²⁰ Dari kata "*bribery*" tersebut kemudian dapat diartikan sebagai memberikan/menyerahkan kepada seorang untuk agar orang tadi berbuat untuk/guna keuntungan (dari) pemberi. Sedangkan yang diartikan dengan "*seduction*" ialah "*very attractive and charming, likely to lead a person astray (but often with no implication of immorality)*". Sedang "*bribery*" ialah "*promised to subject in order to get him to do something (often something wrong) in favour the giver*".²²¹

Sebagaimana telah disebutkan di awal mengenai definisi korupsi bahwa korupsi memiliki arti substantif yang begitu luas, kaya dan licin bagai belut. Menetapkan arti korupsi ke dalam definisi operasional yang spesifik tentu menjadi prasyarat presisi bagi penanganan hukum, atau menjadi tuntutan metodologis agar gejala korupsi dapat diteliti. Apa yang membuat perbuatan tertentu disebut korup, sedangkan perbuatan lain

²²⁰ Moeljatno, *Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban dalam Hukum Pidana*, Diklat, Yogyakarta, 1969, hal. 8 -9

²²¹ *The Advanced Learner's Dictionary of current English*, second edition, oleh A.S. Hornby, E.V. Gatenby & H. Wakefield.

(atau bahkan perbuatan sama) tidak disebut korup ? ini menyangkut kriteria penetapan yang diburu oleh para ahli studi korupsi. Pokok ini dipandang sentral mengapa korupsi menjadi persoalan sepanjang zaman di semua tradisi kebudayaan.

Menetapkan korupsi sebagai tindak pidana diukur ketika perbuatan/praktik sebagai korupsi sejauh ditetapkan atau tidak ditetapkan undang-undang atau hukum²²². Negara Indonesia suatu perbuatan korupsi dikatakan sebagai tindak pidana korupsi terlihat dalam rumusan perbuatan tindak pidana korupsi dalam Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1971 ada perbedaan cara penempatan ketentuan tentang apa yang termasuk tindak pidana korupsi jika dibandingkan dengan UU No. 31 Tahun 1999 Jo. UU No. 20 tahun 2001. Cara penempatan ketentuan apa yang termasuk tindak pidana korupsi di dalam UU No. 3 Tahun 1971 terdapat pada Pasal 1 yang menentukan "dihukum, karena tindak pidana korupsi, ialah dan seterusnya".

Dari ketentuan ini dapat diketahui bahwa apa yang termasuk tindak pidana korupsi di dalam UU No. 3 tahun 1971 adalah hanya tindak pidana seperti yang terdapat pada satu Pasal yaitu Pasal 1 UU No. 3 Tahun 1971, sedangkan dalam UU No. 31 Tahun 1999 sebagaimana diubah dengan UU No. 20 tahun 2001 istilah tindak pidana korupsi termuat dalam beberapa Pasal yaitu pada BAB II Tindak Pidana Korupsi dari Pasal 2 sampai dengan Pasal 20 Undang-Undang Nomor 31 tahun 1999 Jo. Undang-Undang Nomor 20 tahun 2001.

c. Unsur-Unsur Tindak Pidana Korupsi

Tindak pidana korupsi yang termuat dalam Undang-Undang No. 31 tahun 1999 Jo. Undang-Undang No. 20 tahun 2001 ada banyak jenisnya diantaranya :

- 1) Tindak Pidana Korupsi merugikan keuangan negara:
 - a) Jenis tindak pidana korupsi merugikan keuangan negara secara melawan hukum (Pasal 2 ayat (1) dan ayat (2);
 - b) Jenis tindak pidana korupsi menyalahgunakan kewenangan, kesempatan atau sarana yang ada padanya karena jabatan atau kedudukan (Pasal 3);
- 2) Tindak pidana korupsi penyuapan aktif:
 - a) Jenis tindak pidana korupsi penyuapan aktif atau memberi suap kepada pegawai negeri atau penyelenggara negara (Pasal 5 ayat (1) huruf a dan Pasal 5 ayat (1) huruf b);
 - b) Jenis tindak pidana korupsi penyuapan aktif atau memberi suap kepada hakim atau advokat (Pasal 6 ayat (1) huruf a dan b);
 - c) Jenis tindak pidana korupsi memberi hadiah atau janji kepada pegawai (Pasal 13);
- 3) Tindak pidana Korupsi Penyuapan pasif atau menerima suap:
 - a) Jenis tindak pidana korupsi penyuapan pasif atau menerima suap oleh pegawai negeri atau penyelenggara negara (Pasal 5 ayat (2), Pasal 12 huruf a dan b, dan Pasal 11);
 - b) Jenis tindak pidana korupsi penyuapan pasif atau suap yang diterima oleh hakim atau advokat (Pasal 12 huruf c);
- 4) Tindak pidana korupsi Penggelapan dalam Jabatan:
 - a) Jenis tindak pidana korupsi penggelapan uang atau surat berharga yang disimpan karena jabatan (Pasal 8);
 - b) Jenis tindak pidana korupsi memalsu buku-buku atau daftar yang khusus untuk pemeriksaan administrasi (Pasal 9);
 - c) Jenis tindak pidana korupsi penggelapan atau merusak barang bukti (Pasal 10 huruf a, b, dan c);
- 5) Tindak Pidana Korupsi Pemerasan (Pasal 12 huruf e, f dan g);
- 6) Tindak Pidana Korupsi Perbuatan curang:
 - a) Jenis tindak pidana korupsi perbuatan curang dalam pemborongan, leveransir, dan rekanan (Pasal 7);

- b) Jenis tindak pidana korupsi perbuatan curang atas tanah negara (Pasal 12 huruf h);
 - c) Tindak pidana korupsi benturan kepentingan dalam pengadaan (Pasal 12 huruf i);
- 7) Tindak Pidana Korupsi menerima Gratifikasi (Pasal 12 B Jo. Pasal 12 C).

Dalam tulisan ini oleh karena berkaitan dengan judul penelitian maka hanya akan penulis paparkan unsur-unsur tindak pidana korupsi Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang No. 31 tahun 1999 Jo. Pasal 20 tahun 2001, yang bunyi lengkapnya sebagai berikut :

“Setiap orang yang secara melawan hukum melakukan perbuatan memperkaya diri sendiri atau orang lain atau suatu korporasi yang dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara, dipidana penjara dengan penjara seumur hidup atau penjara paling singkat 4 (empat) tahun dan paling lama 20 (dua puluh) tahun dan denda paling sedikit Rp. 200.000.000,- (dua ratus juta rupiah) dan paling banyak Rp. 1.000.000.000,- (satu milyar rupiah)”.

Apabila diurai berdasarkan unsurnya, maka tindak pidana korupsi yang tertuang dalam Pasal 2 ayat (1) mengandung unsur-unsur sebagai berikut :

- 1) Setiap orang;
- 2) Secara melawan hukum;
- 3) Memperkaya diri sendiri, orang lain atau suatu korporasi;
- 4) Dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara.

Ad. 1) Setiap orang

Setiap orang adalah orang perseorangan atau termasuk korporasi, korporasi adalah kumpulan orang dan atau kekayaan yang terorganisir baik merupakan badan hukum maupun bukan badan hukum sebagaimana dimaksud Pasal 1 angka 1 dan 3 Undang-Undang No. 31 tahun 1999 Jo. Undang-Undang no. 20 tahun 2001.

Ad. 2) Secara melawan hukum

Menurut Penjelasan Undang-Undang No. 31 tahun 1999 Jo. Undang-Undang no. 20 tahun 2001 yang dimaksud 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.

Lebih lanjut pada penjelasan umum Undang-Undang No. 31 tahun 1999 Jo. Undang-Undang no. 20 tahun 2001 alenia kelima menyebutkan tujuan mencantumkan frase “melawan hukum” adalah agar dapat menjangkau berbagai modus opreandi penyimpangan keuangan negara atau perekonomian negara yang semakin canggih dan rumit, maka tindak pidana yang diatur dalam Undang-Undang ini dirumuskan sedemikian rupa sehingga meliputi perbuatan-perbuatan memperkaya diri sendiri atau orang lain atau suatu korporasi secara melawan hukum dalam pengertian formal maupun materiil. Dengan perumusan tersebut, pengertian melawan hukum dalam tindak pidana korupsi dapat pula mencakup perbuatan-perbuatan tercela yang menurut persaan keadilan masyarakat harus dituntut dan dipidana.

Penjelasan tersebut khusus mengenai frase “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” berdasarkan Putusan Mahkamah Konstitusi No.003/PUU-IV/2006 dinyatakan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.

Ad. 3) Memperkaya diri sendiri, orang lain atau suatu korporasi

Memperkaya dapat diartikan mengacu pada SEMA No. 7 tahun 2012 tentang Rumusan Hukum Hasil Rapat Pleno Kamar Mahkamah Agung sebagai Pedoman Pelaksanaan tugas bagi Pengadilan ini juga mengandung hukum pidana formil yang bersifat responsif. Dalam bagian

hukum pidana khusus SEMA tersebut, diatur tentang solusi terhadap beberapa masalah hukum tindak pidana korupsi yang dihadapi di pengadilan tipikor. Salah satunya berkaitan dengan bagaimana menyikapi dakwaan terhadap Terdakwa Penyelenggara Negara yang melakukan tindak pidana dengan kerugian negara yang besar. Apabila unsur memperkaya diri sendiri, orang lain, atau korporasi dalam Pasal 2 tidak terbukti, maka dikenakan Pasal 3, dengan ambang batas minimal Rp. 100.000.000,- (seratus juta rupiah). Adalah tidak adil apabila menjatuhkan pidana bagi Terdakwa yang hanya merugikan keuangan negara di bawah Rp. 100.000.000,- (seratus juta rupiah).²²³

Ad. 4) Dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara

Kata “dapat” sebelum frasa “merugikan keuangan negara atau perekonomian negara” menunjukkan bahwa tindak pidana korupsi cukup dengan dipenuhinya unsur-unsur perbuatan yang sudah dirumuskan bukan dengan timbulnya akibat.

d. Ajaran Sifat Melawan Hukum dalam Tindak Pidana Korupsi

Perbuatan memperkaya diri sendiri dengan sarana yang dipersyaratkan, ialah melawan hukum dalam UU No. 3 tahun 1971 tentang Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (U2PTK) yang merupakan pengganti dari perundang-undangan sebelumnya Undang-Undang Nomor 24 Prp Tahun 1960 yang di dalamnya dengan sarana karena “melakukan suatu kejahatan atau pelanggaran” dan yang tampaknya mensyaratkan bahwa tersangka/terdakwa lebih dahulu melakukan kejahatan atau pelanggaran untuk memperkaya diri.

Dalam kenyataannya banyak perbuatan untuk memperkaya diri sendiri, tidak dapat dipidana berdasarkan peraturan lama karena tidak selamanya didahului oleh suatu kejahatan atau pelanggaran (walaupun

²²³ Gazalba Saleh : Hakim Agung MA RI, *Peran Mahkamah Agung RI dalam Membentuk Hukum Pidana Formil yang Restoratif dan Responsif dengan Berbasis Keadilan*, Makalah : disampaikan pada Penataran Dosen dan Praktisi Hukum Pidana dan Kriminologi tingkat Nasional, Surabaya Hotel Gunawangsa Merr, 29 November – 1 Desember 2017. Hal. 7

menurut rasa kepatutan masyarakat perbuatan tersebut dapat dituntut dan dipidana).²²⁴ Inilah yang menyebabkan bahwa persyaratan “karena melakukan kejahatan atau pelanggaran” dalam peraturan Undang-Undang Nomor 24 Prp Tahun 1960 itu diganti dengan kata “melawan hukum” yang dalam Rancangan UU No. 3 tahun 1971 menyebutkan ²²⁵:

“dengan mengemukakan sarana “melawan hukum” seperti dalam hukum perdata yang pengertiannya dalam undang-undang ini juga meliputi perbuatan-perbuatan yang bertentangan dengan norma kesopanan yang lazim atau yang bertentangan dengan keharusan dalam pergaulan hidup untuk bertindak cermat terhadap orang lain, barangnya maupun haknya ...” dan yang demikian dimaksudkan untuk lebih mudah dalam pembuktian tentang perbuatan yang dapat dipidana .

Menurut Oemar Seno Aji tanpa ada maksud untuk mengangkat suatu “*onrechtmatige daad*” sebagai suatu tindak pidana yang “*wederrechtelijk*” sifatnya, maka pengertian tersebut dalam undang-undang ini yang merupakan unsur dari tindak pidana ini mempunyai pengertian yang luas dan yang menyerupai pengertian tentang “*onrechtmatige daad*” sesudah tahun 1919.²²⁶

Berbeda dengan KUHP yang secara tegas menganut sifat melawan hukum yang formil, maka dalam UU No. 31 Tahun 1999 Jo. UU No.20 Tahun 2001 tindak pidana korupsi menganut ajaran sifat melawan hukum (SMH) yang formil dan materiil, hal tersebut tertuang dalam ketentuan Penjelasan Umum Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, dinyatakan :

”Agar dapat menjangkau berbagai modus operandi penyimpangan keuangan negara atau perekonomian negara yang semakin canggih dan rumit, maka tindak pidana yang diatur dalam undang-undang ini dirumuskan sedemikian rupa sehingga meliputi perbuatan-perbuatan memperkaya diri sendiri atau orang lain atau suatu korporasi secara “melawan hukum” dalam pengertian formil dan materiil. Dengan perumusan tersebut, pengertian melawan hukum dalam tindak pidana korupsi dapat pula mencakup perbuatan-perbuatan tercela

²²⁴ Oemar Seno Adji, *Hukum Pidana Pengembangan*, Erlangga, Jakarta, 1985, hal. 251

²²⁵ *Ibid.*, hal. 251

²²⁶ *Ibid.*, hal. 251

yang menurut perasaan keadilan masyarakat harus dituntut dan dipidana.”

Selanjutnya, dalam Penjelasan Pasal 2 Ayat (1) ditegaskan :

”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 dinaggap tercela karena tidak sesuai dengan rasa keadilan atau norma-norma kehidupan sosial dalam masyarakat, maka perbuatan tersebut dapat dipidana. Dalam ketentuan ini, kata ”dapat” sebelum frase ”merugikan keuangan atau perekonomian negara” menunjukkan bahwa tindak pidana korupsi merupakan delik formil, yaitu adanya tindak pidana korupsi cukup dengan dipenuhinya unsur-unsur perbuatan yang sudah dirumuskan bukan timbulnya akibat”.

Menurut Barda Nawawi Arief, dari Penjelasan Umum dan Penjelasan Pasal 2 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 dapat disimpulkan sebagai berikut²²⁷:

- 1) dari ”penjelasan” undang-undang di atas, tampak jelas sikap yang diambil oleh pembuat Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999, yaitu :
 - a) Menganut ajaran sifat melawan hukum formil dan sifat melawan hukum materiil;
 - b) Menganut sifat melawan hukum materiil dalam fungsinya yang positif dengan kriteria bahwa perbuatan yang tidak diatur dalam perundang-undangan itu dipandang sebagai perbuatan tercela karena tidak sesuai dengan rasa keadilan atau tidak sesuai dengan norma-norma kehidupan sosial dalam masyarakat.
- 2) Penjelasan formal/otentik dari pembuat undang-undang itu terkesan hanya membatasi berlakunya SMH materiil dalam fungsinya yang positif terhadap tindak pidana korupsi yang dirumuskan dalam Pasal 2 Ayat (1), yaitu terhadap tindak pidana dalam Pasal 3, yaitu

²²⁷ Barda Nawawi Arief, *Pembaharuan Hukum Pidana dalam Perspektif Kajian Perbandingan*, PT Citra Aditya Bakti, 2005, hal. 33 - 37

”menyalahgunakan kewenangan, kesempatan, atau sarana yang ada padanya karena jabatan atau kedudukan”. Namun menurut Barda Nawawi Arief sebenarnya sikap pembuat undang-undang yang menganut SMH materiil juga ditujukan terhadap tindak pidana korupsi dalam Pasal 3.

4. Putusan Mahkamah Kontituti

a. Kewenangan Mahkamah Konstitusi

Wewenang yang dimiliki Mahkamah Konstitusi telah diatur di Konstitusi negara Indonesia yaitu pada ketentuan Pasal 24 C Undang-Undang Dasar 1945 pada ayat (1) dan ayat (2) dirumuskan sebagai wewenang dan kewajiban.

1) Wewenang tersebut meliputi :

- a) Menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar;
- b) Memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar;
- c) Memutus pembubaran partai politik dan;
- d) Memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum.

2) Sedangkan kewajiban Mahkamah Kontituti adalah memberikan putusan atas pendapat DPR mengenai dugaan pelanggaran hukum yang dilakukan oleh Presiden dan /atau Wakil Presiden menurut Undang-Undang Dasar.

Kekuasaan menjalankan peradilan yang dimiliki oleh Mahkamah Konstitusi sebagai lembaga dijalankan oleh hakim konstitusi. Pasal 24 C ayat (3) UUD 1945 menyatakan bahwa Mahkamah Konstitusi memiliki sembilan orang hakim konstitusi yang ditetapkan oleh Presiden, yang diajukan masing-masing terdiri atas : 3 orang yang diajukan oleh Mahkamah Agung, 3 orang diajukan oleh Dewan Perwakilan Rakyat, dan 3 orang diajukan oleh Presiden.

Ad. 1) Wewenang Mahkamah Konstitusi

- a) Menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar;

commit to user

Istilah pengujian peraturan perundang-undangan dapat dibagi berdasarkan subyek yang melakukan pengujian, obyek peraturan yang diuji dan waktu pengujian. Dilihat dari subyek yang melakukan pengujian, pengujian dapat dilakukan oleh hakim (*toetsingsrecht van de rechter* atau *judicial review*), pengujian oleh lembaga legislatif (*legislatif review*), maupun pengujian oleh lembaga eksekutif (*executive review*)²²⁸.

Pengujian oleh hakim diatur baik sebelum dan sesudah perubahan UUD 1945. Pengaturan mengenai pengujian peraturan perundang-undangan pada masa berlakunya UUD 1945, pertama kali diatur pada Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman Undang-Undang No. 14 tahun 1970, yang mengatur pengujian terhadap peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang merupakan kewenangan Mahkamah Agung. Sedangkan pengujian undang-undang terhadap UUD merupakan kewenangan Mahkamah Konstitusi.

Pengujian undang-undang oleh lembaga legislatif (*legislative review*) dilakukan dalam kapasitas sebagai lembaga yang membentuk dan membahas serta menyetujui undang-undang (bersama-sama Presiden). Sebelum perubahan UUD 1945, pengujian undang-undang terhadap UUD berada pada MPR berdasarkan Ketetapan MPR RI Nomor III/MPR/2000 tentang Sumber Hukum dan Tata Urutan Peraturan Perundang-undangan.

Pengujian oleh lembaga eksekutif (*executive review*) dilakukan terhadap peraturan perundang-undangan yang dibentuk oleh lembaga eksekutif. Salah satu contoh pengujian oleh lembaga eksekutif adalah dalam pengujian Peraturan Daerah (Perda).²²⁹

²²⁸ Sekertaris Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, Mahkamah Konstitusi, Jakarta, 2006, hal. 187

²²⁹ Khelda Ayunita, *Pengantar hukum Konstitusi dan Acara Mahkamah Konstitusi*, Mitra Wacana Media, Jakarta, 2017, hal. 90-91

Dilihat dari obyek yang diuji, maka peraturan perundang-undangan yang diuji terbagi atas : pertama, seluruh peraturan perundang-undangan (*legislative acts dan executive acts*) dan tindakan administratif (*administrative action*) terhadap UUD diuji oleh hakim pada seluruh jenjang peradilan. Kedua, Undang-undang terhadap UUD diuji oleh hakim-hakim pada Mahkamah Knstitusi (*Constatutional Court*), sedangkan peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang diuji oleh hakim-hakim di Mahkamah Agung (*Supreme Court*).²³⁰

Pembagian lainnya adalah berdasarkan waktu pengujian, yaitu pengujian dilakukan sesudah undang-undang disahkan (*judicial review*) dan pengujian yang dilakukan sebelum undang-undang disahkan (*judicial preview*).²³¹ Jimly Asshiddiqie mengemukakan perbedaan *judicial review* dan *judicial preview* sebagai berikut : jika pengujian itu dilakukan terhadap norma hukum yang bersifat abstrak dan umum (*general and abstract norms*) secara '*a posteriori*', maka pengujian itu dapat disebut sebagai '*judicial review*'. Akan tetapi jika pengujian itu bersifat '*a priori*', yaitu terhadap rancangan undang-undang yang telah disahkan oleh parlemen tetapi belum diundangkan sebagaimana mestinya, maka namanya bukan '*judicial review*', melainkan '*judicial preview*'.²³²

Berdasarkan Pasal 24 C ayat (1) Perubahan ketiga UUD 1945, salah satu kewenangan Mahkamah Konstitusi adalah bahwa Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap UUD.

²³⁰ *Ibid.*, hal. 92

²³¹ *Ibid.*, hal. 92

²³² Jimly Asshiddiqie, *Model-model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*, cet.2, Konstitusi Press, Jakarta, 2005, hal. 6

- b) Memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar;

Dalam sistem ketatanegaraan Indonesia hubungan antara satu lembaga negara dengan lembaga negara yang lainnya diikat oleh prinsip *checks and balances*. Dalam prinsip tersebut, lembaga-lembaga negara itu diakui sederajat, dan saling mengimbangi satu sama lain.

Sebagai implikasi adanya mekanisme *checks and balances* pada hubungan yang sederajat itu, ada kemungkinan dalam pelaksanaa kewenangan masing-masing lembaga negara timbul perbedaan dan / atau perselisihan dalam menafsirkan amanat Undang-Undang Dasar. Jika timbul persengketaan pendapat semacam itu, diperlukan organ tersendiri yang disertai tugas untuk memutus final atas hal itu. Dalam sistem ketatanegaraan yang telah diadopsi dalam UUD 1945, mekanisme penyelesaian sengketa kewenangan demikian dilakukan melalui proses peradilan tata negara, yang dalam sistem ketatanegaraan Indonesia dikenal dengan Mahkamah Konstitusi.

Sengketa kewenangan lembaga negara yang memperoleh kewenangan dari UUD adalah sengketa yang timbul dalam bidang hukum tata negara sebagai akibat satu lembaga negara menjalankan kewenangan yang diberikan UUD 1945 padanya, telah menghilangkan, merugikan atau mengganggu kewenangan lembaga negara lain.

Lembaga negara yang dapat menjadi pemohon dalam perkara sengketa kewenangan konstitusional lembaga negara adalah:

- Dewan Perwakilan Rakyat (DPR);
- Dewan Perwakilan Daerah (DPD);
- Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR);
- Presiden;
- Badan Pemeriksa Keuangan (BPK);

- Pemerintahan Daerah (Pemda);
- Lembaga negara lain yang kewenangannya diberikan oleh UUD 1945;

Berdasarkan praktik, sengketa kewenangan konstitusional lembaga negara ini dapat terjadi karena beberapa hal :

- Adanya tumpang tindih (*overlapping*) kewenangan antara satu lembaga negara dengan lembaga negara lainnya yang diatur dalam konstitusi atau Undang-Undang Dasar;
- Adanya kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diperoleh dari konstitusi atau Undang-Undang Dasar yang diabaikan oleh lembaga negara lainnya;
- Adanya kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diperoleh dari konstitusi atau Undang-Undang Dasar yang dijalankan oleh lembaga negara lainnya, dan sebagainya.

c) Memutus pembubaran partai politik;

Keberadaan partai politik menjadi salah satu ciri utama negara demokrasi modern. Bahkan, partai politik merupakan salah satu pilar demokrasi modern, yaitu demokrasi perwakilan. Untuk menjembatani antara pemerintah dan rakyat diperlukan adanya partai politik. Peran partai politik adalah menata aspirasi rakyat yang berbeda-beda, dijadikan “pendapat umum” sehingga dapat menjadi bahan pembutan keputusan yang teratur.²³³

Pengadilan yang berwenang memutus pembubaran partai politik adalah Mahkamah konstitusi sebagaimana dimaksud dalam ketentuan Pasal 24 C ayat (1) UUD 1945. Pemohon dalam pembubaran partai politik adalah Pemerintah yang dapat diwakili oleh Jaksa Agung dan /atau Menteri yang ditugasi oleh Presiden. Pemberian hak mengajukan permohonan pembubaran partai politik

²³³ Kranenburg, R dan Tk. B. Sabaroedin, *Ilmu Negara Umum*, cetakan kesebelas, Pradnya Paramita, Jakarta, 1989, hal. 115.

hanya kepada Pemerintah adalah untuk mencegah terjadinya saling menuntut pembubaran di antara partai politik yang ada.

Partai politik yang dapat dimohonkan pembubaran ke Mahkamah Konstitusi meliputi baik partai politik lokal maupun partai politik nasional. Kedudukan partai politik yang dimohonkan pembubaran adalah sebagai termohon. Partai politik tersebut dapat didampingi atau diwakili oleh kuasa hukumnya. Adapun alasan pembubaran Partai Politik oleh Mahkamah Konstitusi adalah apabila :

- Ideologi bertentangan dengan UUD 1945;
- Asas bertentangan dengan UUD 1945;
- Tujuan bertentangan dengan UUD 1945;
- Program bertentangan dengan UUD 1945;
- Kegiatan bertentangan dengan UUD 1945;
- Akibat dari kegiatan menganut, mengembangkan, serta menyebarluaskan ajaran Komunisme / Marxisme – Leninisme, atau
- Pengurus partai politik menggunakan partai politiknya untuk melakukan tindak pidana kejahatan terhadap keamanan negara.

d) Memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum.

Pemilu merupakan sebuah sarana bagi rakyat untuk berpartisipasi dalam menentukan arah penyelenggaraan pemerintahan. Pemilu berfungsi sebagai sarana legitimasi politik bagi pemerintah yang berkuasa. Permasalahan Pemilu di Indonesia pada dasarnya meliputi beberapa hal, yaitu :

- Tindak pidana Pemilu;
- Pelanggaran administrasi Pemilu;
- Sengketa yang timbul dalam penyelenggaraan Pemilu;
- Perselisihan hasil pemilu;

Tindak pidana Pemilu diselesaikan melalui proses hukum pidana dan hukum acara pidana. Terkait Pelanggaran administrasi

Pemilu diserahkan kepada KPU / KPUD dengan dibantu oleh data-data dari Bawaslu dan / atau Panwaslu. Mengenai sengketa yang timbul dalam penyelenggaraan Pemilu diserahkan penyelesaiannya kepada Bawaslu dan Panwaslu. Terhadap perselisihan hasil Pemilu, sebagaimana ditentukan Pasal 24 C UUD 1945 diselesaikan melalui Mahkamah Konstitusi.

Mahkamah Konstitusi akan menilai substansi pelaksanaan Pemilu. Akan tetapi dilihat pelaksana Pemilu sudah mampu mengefektifkan asas-asas Pemilu, Luber dan Jurdil²³⁴, atau asas-asas tersebut diabaikan saja. Mahkamah Konstitusi dalam sengketa Pemilu merupakan lembaga peradilan pada tingkat pertama dan terakhir mengenai hasil Pemilu, sehingga memang berkaitan dengan hal yang bersifat kuantitatif, yaitu selain menyelesaikan sengketa terkait dengan angka signifikan hasil akhir Pemilu Mahkamah juga mengadili konstitusionalitas pelaksanaan Pemilu. Terkait dengan perkara yang bersifat melanggar kualitatif Pemilu akan menjadi perhatian (*concern*) Mahkamah hanya apabila prinsip-prinsip Pemilu yang ditentukan dalam Pasal 22 E ayat (1) dan ayat (5) UUD 1945 dilanggar.

Jenis Pemilu yang sengketa hasilnya menjadi wewenang Mahkamah Konstitusi untuk mengadili dan memutus adalah meliputi :

- Pemilu Legislatif yang meliputi pemilihan umum untuk anggota DPR, DPD, dan DPRD;
- Pemilihan umum Presiden dan Wakil Presiden dan
- Pemilihan umum Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah.

Ad. 2) Kewajiban Mahkamah Konstitusi yaitu Memutuskan Pendapat DPR dalam Proses Pemberhentian Presiden dan/Wakil Presiden dalam Masa Jabatannya

²³⁴ Asas Luber (Langsung, umum, bebas, dan rahasia) dan Jurdil (Jujur dan adil) adalah asas Pemilu yang ditentukan dalam Pasal 22 E ayat (1) UUD 1945.

Pengaturan tentang pemberhentian Presiden dan /atau Wakil Presiden dalam Perubahan UUD 1945 merupakan salah satu instrumen mewujudkan pemerintahan presidensiil. Hal itu sesuai dengan salah satu kesepakatan dasar tentang arah perubahan UUD 1945, yakni memurnikan dan memperkuat sistem presidensiil.

Salah satu ciri utama dalam sistem presidensiil adalah masa jabatan pemerintahan atau Presiden telah ditentukan (*fixed term of office*). Hal ini sama sekali berbeda dengan masa jabatan pemerintahan dalam sistem parlementer yang tidak ditentukan secara pasti, melainkan bergantung kepada kepercayaan dari parlemen sehingga dapat sangat singkat ataupun sangat lama.

Berdasarkan UUD 1945, masa jabatan Presiden dan /atau Wakil Presiden telah ditentukan, yaitu 5 (lima) tahun dan hanya dapat dipilih kembali pada jabatan yang sama untuk satu kali masa jabatan lagi. Pada prinsipnya dalam masa jabatan 5 (lima) tahun itu kedudukan Presiden dan / atau Wakil Presiden tidak dapat diganggu gugat, kecuali dengan alasan yang oleh UUD 1945 ditentukan dapat menjadi dasar pemberhentian.

Pemberhentian Presiden dan/atau Wakil Presiden merupakan mekanisme khusus yang diatur pada Bab IX Hukum Acara Memutus Pendapat DPR dalam proses Pemberhentian Presiden dan /atau Wakil Presiden dalam masa jabatannya kasus luar biasa, atau bahkan diharapkan tidak pernah terjadi. Namun jika pelanggaran itu terjadi, Presiden dan /atau Wakil Presiden tetap harus bertanggung jawab secara hukum sebagai wujud prinsip negara hukum. Karena kedudukan yang dimiliki, pertanggungjawaban tidak dapat dilakukan melalui mekanisme hukum biasa, melainkan melalui mekanisme khusus yang di dalamnya terdapat proses *impeachment*.

Impeachment adalah prosedur di mana seorang pejabat publik yang dipilih, didakwa melakukan pelanggaran hukum. Namun demikian, impeachment tidak mengharuskan berakhir pada pemberhentian (*removal from office*). Impeachment lebih tepat diartikan sebagai pernyataan atau pendapat yang mendakwa, atau dapat dipararelkan dengan pengertian dakwaan dalam hukum pidana. Adanya impeachment tidak harus berakhir dengan pemakzulan, sedangkan adanya pemakzulan pasti telah didahului dengan impeachment.

Mengenai pemberhentian Presiden dan /atau Wakil Presiden diatur pada Pasal 7A dan Pasal 7B UUD 1945:

Pasal 7A : “Presiden dan / atau Wakil Presiden dapat diberhentikan dalam masa jabatannya oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat atas usul Dewan Perwakilan Rakyat, baik apabila terbukti telah melakukan pelanggaran hukum berupa pengkhianatan terhadap negara, korupsi, penyuapan, tindak pidana berat lainnya, atau perbuatan tercela maupun apabila terbukti tidak lagi memenuhi syarat sebagai Presiden dan / atau wakil Presiden”.

Pasal 7B (1): “usul pemberhentian Presiden dan /atau Wakil Presiden dapat diajukan oleh Dewan Perwakilan Rakyat kepada Majelis Permusyawaratan Rakyat hanya dengan terlebih dahulu mengajukan permintaan kepada Mahkamah Konstitusi untuk memeriksa, mengadili, dan memutus pendapat Dewan Perwakilan Rakyat bahwa Presiden dan / atau Wakil Presiden telah melakukan pelanggaran hukum berupa pengkhianatan terhadap negara, korupsi, penyuapan, tindak pidana berat lainnya, atau perbuatan tercela; dan/ atau pendapat bahwa Presiden dan /atau Wakil Presiden tidak lagi memenuhi syarat sebagai Presiden dan /atau Wakil Presiden”.

Berdasarkan ketentuan Pasal 7A dan 7B ayat (1) UUD 1945 tersebut, maka Mahkamah Konstitusi atas usul pemberhentian Presiden dan /atau Wakil Presiden dapat diajukan oleh Dewan Perwakilan Rakyat kepada Majelis Permusyawaratan Rakyat mempunyai kewajiban

untuk memeriksa, mengadili, dan memutus pendapat Dewan Perwakilan Rakyat bahwa Presiden dan / atau Wakil Presiden telah melakukan pelanggaran hukum berupa pengkhianatan terhadap negara, korupsi, penyuapan, tindak pidana berat lainnya, atau perbuatan tercela; dan/ atau pendapat bahwa Presiden dan /atau Wakil Presiden tidak lagi memenuhi syarat sebagai Presiden dan /atau Wakil Presiden.

b. Hukum Acara Mahkamah Konstitusi

1) Pengertian Hukum Acara Mahkamah Kontitusi

Mahkamah Konstitusi adalah lembaga yang menyelenggarakan peradilan konstitusi sehingga sering disebut Pengadilan Konstitusi (*constitutional court*). Hal tersebut tercermin dari dua hal lain yaitu:

- a) Perkara-perkara yang menjadi wewenang Mahkamah Konstitusi adalah perkara-perkara konstitusional, yaitu perkara yang menyangkut konsistensi pelaksanaan norma-norma konstitusi.
- b) Sebagai konsekwensinya, dasar utama yang digunakan oleh Mahkamah Konstitusi dalam memeriksa, mengadili, dan memutus perkara adalah konstitusi itu sendiri.

Hukum acara Mahkamah Konstitusi adalah hukum formil yang berfungsi untuk menegakkan hukum materiilnya, yaitu bagian dari hukum konstitusi yang menjadi wewenang Mahkamah Konstitusi. Oleh karena itu keberadaan Hukum Acara Mahkamah Konstitusi dapat disejajarkan dengan Hukum Acara Pidana, Hukum Acara Perdata, dan Hukum Acara Peradilan Tata Usaha Negara. Hukum acara Mahkamah Konstitusi memiliki karakteristik khusus, karena hukum materiil yang hendak ditegakkan tidak merusjuk

pada undang-undang atau kitab undang-undang tertentu, melainkan konstitusi sebagai hukum dasar sistem hukum itu sendiri²³⁵.

2) Sumber Hukum Acara Mahkamah Konstitusi

Para ahli hukum pada umumnya membagi sumber hukum dalam dua jenis, yaitu : sumber hukum materiil dan sumber hukum formil. Sumber hukum materiil adalah tempat dari mana hukum itu di ambil. Untuk dapat melihat sumber hukum materiil dari sebuah aturan harus terlebih dahulu dilihat isi dari aturan tersebut, kemudian melacak faktor-faktor yang mempengaruhi pembentukan hukum sehingga menghasilkan karakter isi hukum yang demikian. Sumber hukum formil adalah tempat atau sumber dari mana suatu aturan memperoleh kekuatan hukum. Hal ini berkaitan dengan bentuk atau cara yang menyebabkan peraturan itu menjadi secara formal berlaku.²³⁶

Sumber hukum materiil pada hukum acara Mahkamah Konstitusi adalah bersumber dari nilai-nilai Pancasila yang diyakini kebenarannya oleh bangsa Indonesia, yaitu Pancasila, asas-asas hukum terkait dengan penyelenggaraan peradilan yang disesuaikan dengan karakteristik hukum acara Mahkamah Konstitusi dan dijadikan sebagai asas hukum acara Mahkamah Konstitusi asas tersebut dipengaruhi oleh teori atau ajaran hukum, terutama teori konstitusi dan ilmu hukum tata negara²³⁷.

Sumber hukum formil hukum acara Mahkamah Konstitusi adalah : Pasal 24C ayat (6) UUD 1945 menyatakan bahwa hukum acara merupakan salah satu hal terkait dengan keberadaan Mahkamah Konstitusi yang akan diatur dengan undang-undang. Hukum acara Mahkamah Konstitusi diatur di dalam Undang-Undang No. 24 tahun 2003 Jo. UU No. 8 tahun 2011 tentang

²³⁵ Khelda Ayunita, *Op. Cit.*, hal. 115

²³⁶ *Ibid.*, hal. 118

²³⁷ *Ibid.*, hal. 119

perubahan atas undang-undang Nomor 24 tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.

3) Asas-Asas Hukum Acara Mahkamah Konstitusi

Asas hukum merupakan jantung yang menghubungkan antara aturan hukum dengan cita-cita dan pandangan masyarakat di mana hukum itu berlaku (asas hukum obyektif)²³⁸. Di sisi lain, asas hukum dapat dipahami sebagai norma umum yang dihasilkan dari pengendapan hukum positif (asas hukum subyektif)²³⁹.

Dalam konteks Hukum Acara Mahkamah Konstitusi yang dimaksud dengan asas dalam hal ini adalah prinsip-prinsip dasar yang bersifat umum sebagai panduan atau bahkan ruh dalam penyelenggaraan peradilan konstitusi. Adapun asas dalam beracara di Mahkamah Konstitusi adalah sebagai berikut :

a) Persidangan terbuka untuk umum

Ketentuan Pasal 13 UU No. 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, dan juga ditegaskan dalam Pasal 40 ayat (1) Undang-Undang No. 24 tahun 2003 Jo. UU No. 8 tahun 2011 tentang perubahan atas undang-undang Nomor 24 tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, bahwa sidang Mahkamah Konstitusi terbuka untuk umum, kecuali rapat permusyawaratan hakim, kecuali undang-undang menentukan lain. Hal ini berlaku secara universal dan berlaku di semua lingkungan peradilan.

Keterbukaan sidang ini merupakan salah satu bentuk social control dan juga bentuk akuntabilitas Hakim. transparansi dan akses publik secara luas yang dilakukan Mahkamah Konstitusi dengan membuka, bukan hanya sidang tetapi juga proses persidangan yang dapat dilihat atau dibaca melalui transkripsi, berita acara dan putusan yang

²³⁸ Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, Alumni, Bandung, 1982, hal. 85 -86

²³⁹ Khelda Ayunita, *Op. Cit.*, hal. 120

dipublikasikan lewat dunia maya. Tersedianya salinan putusan dalam bentuk hard copy yang dapat diperoleh pihak Pemohon dan Termohon setelah sidang pembacaan putusan yang dilakukan dalam sidang terbuka untuk umum merupakan interpretasi Mahkamah Konstitusi terhadap keterbukaan dan asas sidang terbuka untuk umum tersebut.

b) Independen dan imparsial

Pasal 2 Undang-Undang No. 24 tahun 2003 Jo. UU No. 8 tahun 2011 tentang perubahan atas undang-undang Nomor 24 tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa Mahkamah Konstitusi merupakan salah satu lembaga negara yang melakukan kekuasaan kehakiman yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan.

Untuk dapat memeriksa dan mengadili suatu perkara secara obyektif serta memutus dengan adil, hakim dan lembaga peradilan harus independen dalam arti tidak dapat diintervensi oleh lembaga dan kepnetingan apapun, serta tidak memihak kepada salah satu pihak yang berperkara atau imparsial.

c) Peradilan dilaksanakan secara cepat, sederhana dan biaya ringan

Prinsip peradilan yang cepat, sederhana dan biaya ringan ditegaskan dalam Pasal 2 ayat (4) Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman. Dalam Undang-Undang Mahkamah Konstitusi sendiri sama sekali tidak disebutkan mengenai biaya perkara. Hal ini berbeda dengan beberapa perkara peradilan di bawah Mahkamah Agung. Penjelasan atas ayat (2) Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman tersebut menyatakan bahwa yang dimaksud dengan sederhana adalah pemeriksaan dan penyelesaian perkara dilakukan dengan cara yang efisien dan

efektif sedangkan biaya murah adalah biaya perkara yang dapat terpikul oleh rakyat.

Prinsip peradilan cepat, sederhana, dan biaya ringan dimaksudkan agar proses peradilan dan keadilan itu sendiri dapat diakses oleh seluruh lapisan masyarakat. Prinsip ini sangat terkait dengan upaya mewujudkan salah satu unsur negara hukum, yaitu *equality before the law*. Jika pengadilan berjalan dengan rumit dan kompleks, berbelit-belit, serta membutuhkan biaya yang mahal, maka hanya sekelompok orang tertentu yang memiliki kemampuan berperkara di Pengadilan, dan hanya orang-orang inilah yang pada akhirnya dapat menikmati keadilan.²⁴⁰

d) Hak untuk didengar secara seimbang (*audi et alteram partem*)

Pada persidangan di Mahkamah Konstitusi misalnya pada persidangan mengenai pengujian undang-undang maka pemohon dan pemerintah serta DPR maupun pihak yang berkaitan langsung dengan undang-undang yang dimohonkan untuk diuji juga diberi hak yang sama untuk didengar. Bahkan stakeholder lain yang merasa mempunyai kepentingan dengan undang-undang yang diuji tersebut harus didengar jika pihak yang terkait tersebut mengemukakan keinginannya untuk memberi keterangan.²⁴¹

e) Hakim aktif dan juga pasif dalam persidangan

Pada saat suatu perkara sudah masuk ke pengadilan, hakim dapat bertindak pasif atau aktif bergantung dari jenis kepentingan yang diperkarakan. Dalam perkara-perkara yang menyangkut kepentingan individual, hakim cenderung pasif. Sebaliknya, dalam perkara yang banyak menyangkut kepentingan umum, hakim cenderung aktif.

²⁴⁰ *ibid.*, hal. 124

²⁴¹ *ibid.*, hal. 125

Sesuai dengan sifat perkara konstitusi yang selalu lebih banyak menyangkut kepentingan umum dan tegaknya konstitusi, maka hakim konstitusi dalam persidangan selalu aktif menggali keterangan dan data baik dari alat bukti, saksi, ahli, maupun pihak terkait²⁴². Hakim tidak hanya tergantung pada alat bukti dan keterangan yang disampaikan oleh Pemohon dan pihak terkait maupun dari keterangan saksi dan ahli yang diajukan oleh pihak-pihak tersebut, tetapi hakim konstitusi dapat memanggil saksi dan/atau ahli sendiri bahkan memerintahkan suatu alat bukti diajukan ke Mahkamah Konstitusi. Hakim Konstitusi juga dapat mengundang para pakar yang didengar keterangannya dalam forum diskusi tertutup.

Mekanisme *constitutional control* harus digerakkan pemohon dengan satu permohonan dan dalam hal demikian hakim bersifat pasif dan tidak boleh bersifat aktif melakukan inisiatif untuk menggerakkan mekanisme Mahkamah Konstitusi memeriksa perkara tanpa diajukan dengan satu permohonan. Maka sekali permohonan diajukan tersebut didaftarkan dan mulai diperiksa, disebabkan adanya kepentingan umum yang termuat didalamnya secara langsung atau tidak langsung akan memaksa hakim untuk bersikap aktif dalam proses dan tidak menggantungkan proses hanya pada inisiatif pihak-pihak, baik dalam rangka menggali keterangan maupun bukti-bukti yang dianggap perlu untuk membuat jelas dan terang hal diajukan dalam permohonan tersebut.²⁴³

²⁴² Lihat Pasal 41 Undang-Undang No. No. 24 tahun 2003 Jo. UU No. 8 tahun 2011 tentang perubahan atas undang-undang Nomor 24 tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi

²⁴³ Khelda Ayunita, *Op. Cit.*, hal. 127

f) *Uis curia novit*

Asas *ius curia novit* adalah asas bahwa pengadilan tidak boleh menolak untuk memeriksa, mengadili dan memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan hakim wajib memeriksa dan mengadilinya²⁴⁴, hal tersebut sesuai dengan ketentuan Pasal 16 UU No. 48 Tahun 2009 tentang Undang-Undang Pokok Kekuasaan Kehakiman “*Pengadilan tidak boleh menolak untuk memeriksa, mengadili dan memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya*”.

g) Asas praduga Keabsahan (*Praesumptio iustae causae*)

Asas praduga keabsahan adalah bahwa tindakan penguasa dianggap sah sesuai aturan hukum sampai dinyatakan sebaliknya. Berdasarkan asas ini, semua tindakan penguasa baik berupa produk hukum maupun tindakan konkret harus dianggap sah sampai ada pembatalan. Sah dalam hal ini berarti sesuai dengan asas dan ketentuan hukum baik dari sisi materi maupun prosedur yang harus ditempuh.

Perwujudan dari asas ini dalam wewenang Mahkamah Konstitusi dapat dilihat pada kekuatan mengikat putusan Mahkamah Konstitusi adalah sejak selesai dibacakan dalam sidang pleno pengucapan putusan terbuka untuk umum.²⁴⁵

4) Akibat Hukum Putusan Mahkamah Konstitusi

a) Final dan mengikat

Sifat final tersebut berarti bahwa putusan Mahkamah Konstitusi langsung memperoleh kekuatan hukum tetap sejak diucapkan dalam persidangan dan tidak ada upaya hukum yang

²⁴⁴ *Ibid.*, hal. 127

²⁴⁵ *Ibid.*, hal. 129

dapat ditempuh. Sifat mengikat putusan Mahkamah konstitusi berbeda dengan peradilan pada umumnya. Jika di peradilan umum putusan hanya mengikat bagi pihak yang berperkara (interpartes) maka putusan Mahkamah Konstitusi juga mengikat bagi semua orang dan badan hukum yang ada di Indonesia²⁴⁶.

b) Memiliki Kekuatan pembuktian

Sebuah putusan Mahkamah konstitusi memiliki kekuatan pembuktian. Pada Pasal 60 Undang-Undang Mahkamah konstitusi menyatakan setiap muatan ayat, pasal dan/atau bagian dalam undang-undang yang telah diuji tidak dapat dimohonkan untuk diuji kembali. Dengan demikian putusan Mahkamah Konstitusi tersebut merupakan sebagai alat bukti yang dapat digunakan, karena diperoleh dari putusan yang telah memperoleh kekuatan hukum yang pasti²⁴⁷.

c) Kekuatan eksekutorial

Putusan Mahkamah Konstitusi dimaksudkan sebagai perbuatan hukum lembaga negara untuk mengakhiri sengketa yang akan meniadakan atau menciptakan hukum. Kekuatan eksekutorial putusan Mahkamah Konstitusi adalah ketika putusan itu diumumkan. Mahkamah Konstitusi dalam putusannya mengandung nilai hukum yang mesti ditaati dan langsung dapat dieksekusi²⁴⁸.

d) *Erga Omnes*

Putusan Mahkamah Konstitusi bersifat *erga omnes* yang berarti mengikat dan harus ditaati oleh seluruh warga negara Indonesia. Selain itu putusan Mahkamah Konstitusi bersifat final artinya sudah tidak ada lagi upaya hukum seperti banding,

²⁴⁶ *Ibid.*, hal. 146

²⁴⁷ *Ibid.*, hal. 148

²⁴⁸ *Ibid.*, hal. 149

kasasi dan lainnya. Pada pengujian undang-undang, putusannya akan mengikat kepada seluruh warga negara Indonesia²⁴⁹.

Mahkamah Konstitusi merupakan Pegawai Konstitusi, dalam arti bahwa konstitusi yang telah ada kini harus dihormati, tidak boleh dilanggar, diinjak-injak oleh siapa pun. Putusan Mahkamah Konstitusi memperoleh kekuatan hukum tetap sejak selesai diucapkan dalam sidang pleno terbuka umum. Hal ini merupakan konsekuensi dari putusan Mahkamah Konstitusi yang dibentuk oleh UUD 1945 sebagai final²⁵⁰.

5. Pembaharuan Hukum Pidana

Makna dan hakekat politik hukum (pembaharuan hukum) berhubungan erat dengan latar belakang dan pentingnya diadakan politik hukum atau pembaharuan hukum itu sendiri, Satjipto Rahardjo, dalam tulisannya yang berjudul : “Pembangunan Hukum Yang diarahkan Kepada Tujuan Nasional”, berpendapat bahwa fungsi hukum setelah kemerdekaan 17 Agustus 1945 adalah mengutamakan kemakmuran rakyat yang sebesar-besarnya, maka keputusan demikian harus dirumuskan dalam kaidah-kaidah hukum, dan struktur hukumnya pun harus menyediakan kemungkinan untuk melakukan hal itu.²⁵¹

Barda Nawawi Arief mengemukakan ilmu hukum pidana normatif pada hakekatnya bukan semata-mata ilmu tentang norma, tetapi juga ilmu tentang nilai.²⁵² Aspek “norma” merupakan aspek luar atau aspek lahirian yang nampak dan terwujud dalam perumusan perundang-undangan,

²⁴⁹ *Ibid.*, hal. 149

²⁵⁰ *Ibid.*, hal. 150

²⁵¹ Nyoman Serikat Putra Jaya, *Politik Hukum*, Badan Penerbit Universitas Diponegoro, Semarang, 2016, hal. 67

²⁵² Barda Nawawi Arief, *Beberapa Aspek Pengembangan Ilmu Hukum Pidana*, *Op. Cit.*, hal. 58

sedangkan aspek “nilai” merupakan aspek dalam atau aspek batiniah/kejiwaan yang ada di balik atau dibelakang norma.²⁵³

Bagi mereka yang melihat hukum pidana dari aspek “norma” substantifnya, maka permasalahan pokok hukum pidana terdiri dari masalah tindak pidana, masalah kesalahan dan masalah pidana, karena memang ketiga hal itulah yang diatur dalam norma-norma hukum pidana substantif. Namun apabila hukum pidana dilihat dari aspek “nilai”, maka permasalahan pokoknya lebih mendasar yaitu masalah konsep nilai atau ide dasar yang menjiwai/ melandasi norma-norma substantif dari hukum pidana itu sendiri. Oleh karena itu masalah sentral dari hukum pidana berhubungan erat dengan masalah konsep nilai (dari sudut sosio-filosofik), sosio-politik dan sosio-kultural)²⁵⁴.

Barda Nawawi Arief dalam berbagai tulisannya menawarkan 2 (dua) pendekatan dalam melaksanakan pembaharuan hukum khususnya hukum pidana, yaitu (1) pendekatan yang berorientasi pada kebijakan (*policy-oriented approach*) dan (2) pendekatan yang berorientasi pada nilai (*value-oriented approach*).²⁵⁵ Politik hukum atau pembaharuan hukum pada hakekatnya merupakan upaya untuk mengadakan reorientasi dan reformasi hukum yang sesuai dengan nilai-nilai sentral sosio politik, sosio filosofis dan sosio kultur masyarakat Indonesia yang melandasi kebijakan sosial dan kebijakan penegakan hukum di Indonesia.²⁵⁶

Sosio-politik memberikan penjelasan bagaimana sebaiknya hukum itu dibentuk sesuai dengan tujuan negara dan perkembangan-perkembangan dunia internasional. Politik hukum menitikberatkan pada kebijakan yang akan ditempuh dalam mengadakan pembaharuan hukum serta perubahan-perubahan yang harus dilakukan terhadap lembaga hukum guna dapat menyesuaikan diri dengan perkembangan dunia di era globalisasi ini. Politik hukum berperan dalam penyusunan hukum yang dicita-citakan (*“Ius*

²⁵³ *Ibid.*, hal. 58

²⁵⁴ *Ibid.*, hal. 59

²⁵⁵ Nyoman Serikat Putra Jaya, *Politik Hukum*, Op. Cit. Hal. 68

²⁵⁶ Barda Nawawi Arief, *Beberapa Aspek Pengembangan Ilmu Hukum Pidana*, Op. Cit., hal. 32

Constituendum”) sehingga terwujud hukum yang betul-betul diterapkan dalam peristiwa konkret (*“Ius Operatum”*).²⁵⁷

Sosio-filosofis memberikan penjelasan mengenai filsafat umum yang diterapkan pada hukum atau gejala-gejala hukum, juga pertanyaan-pertanyaan paling dalam dibahas dalam hubungannya dengan makna, landasan, struktur, dan sejenisnya dari kenyataan.²⁵⁸ Filsafat hukum dapat dibagi ke dalam sejumlah wilayah diantaranya ontologi hukum, aksiologi hukum, ideologi hukum, epistemologi hukum, teleologi hukum, ajaran ilmu dan logika hukum.²⁵⁹

Sosio-kultural menurut P. Vinke memberikan definisi spesialisasi ilmu yang baik dengan analisa teoritikal maupun dengan penelitian empirikal menetapkan dan menjelaskan apa dan bagaimana pengaruh suatu proses kemasyarakatan terhadap suatu aturan hukum menggerakkan suatu proses kemasyarakatan berpengaruh terhadapnya.²⁶⁰ Sosiologi hukum tidak membatasi diri pada suatu penelitian berkenaan dengan aturan-aturan hukum dalam konteks kemasyarakatan mereka. Pembedaan yang dilakukan dalam sosiologi hukum diantaranya Sosiologi-makro, sosiologi-meso, dan sosiologi-mikro.²⁶¹

Berkenaan dengan pandangan ajaran sifat melawan hukum materiil dalam tindak pidana korupsi maka perlu melihat dari bangunan tata hukum di Indonesia. Tata hukum adalah keseluruhan norma-norma hukum dan asas-asas yang mendasarinya merupakan tertib hukum yang dibangun di atas empat elemen dasar yaitu : adanya penguasa yang berwenang, adanya asas moral, adanya kesatuan waktu dan tempat berlakunya.²⁶²

²⁵⁷ Nyoman Serikat Putra Jaya, *Politik Hukum, Op. Cit.* Hal. 44

²⁵⁸ *Ibid.*, hal. 45

²⁵⁹ *Ibid.*, hal. 46

²⁶⁰ *Ibid.*, hal. 48

²⁶¹ *Ibid.*, hal. 48

²⁶² Penguasa yang berwenang yaitu Pemerintah Indonesia, asas moral yang tertuang dalam dasar Negara Pancasila, kesatuan waktu saat pernyataan kemerdekaan Indonesia 17 Agustus 1945, dan tempat berlakunya yaitu di wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia. I Dewa Gede Atmadja,

B. Arief Sidartha berpendapat bahwa sistem hukum dalam arti sempit disebut tata hukum, yang pada dasarnya merupakan produk interaksi kesadaran hukum dan proses politik. Yang dimaksud sistem hukum adalah keseluruhan asas-asas hukum, aturan-aturan hukum, tertulis dan tidak tertulis, pranata-pranata hukum serta putusan-putusan hukum yang tersusun dan saling berkaitan sehingga mewujudkan satu kesatuan yang relatif utuh. Walaupun mewujudkan keutuhan, namun sistem hukum itu selalu merupakan sistem yang terbuka yang mampu selalu berubah dan berkembang.²⁶³

Sistem hukum dalam konteks "*family law*", menurut Enry W. Ehrman dalam bukunya "*Comparative Legal Culture*", sistem hukum itu mencakup :

- a. *Romano Germano System* yakni sistem hukum sipil (*Civil Law System*), dianut negara-negara Eropa Kontinental;
- b. *Sosialist Law System* yakni sistem hukum di negara-negara Sosialis-Komunis, Eropa Timur, disebut juga *Socialist-legality*;
- c. *Common Law System* yakni Sistem hukum juga sistem hukum Anglo saxon;
- d. *Non-western Law System*, yaitu antara lain : *Islamic Law, Hindu Law, Japan Law, African Law, Traditional system*.

Perlu dicatat bahwa menurut Rene David dalam bukunya "*The Major System In The World*", menggolongkan sistem hukum Indonesia menganut "sistem campuran" yaitu sistem hukum barat, sistem hukum adat, dan sistem hukum Islam. Sehingga tidak hanya melulu *civil law system*.²⁶⁴

Dalam hubungan ini, Soenaryati Hartono membuat klasifikasi bangunan *tata* hukum Indonesia dalam sistem hukum dari sebelum abad ke-14 sampai IS (Stb. 1885 No. 2) dan setelah Proklamasi, secara ringkas digambarkan dalam bagan di bawah ini :

Membangun Negara Hukum Yang Bermartabat : Membangun Hukum Indonesia, Setara Press, Malang, 2013, hal. 121

²⁶³ Bernard Arief Sidharta, *Refleksi Tentang Struktur Ilmu Hukum*, Op. Cit., hal. 76

²⁶⁴ I Dewa Gede Atmadja, Op. Cit., hal. 122.

Tabel 3

Klasifikasi bangunan *tata* hukum Indonesia dalam sistem hukum dari sebelum abad ke-14 sampai IS (Stb. 1885 No. 2) dan setelah Proklamasi

Keadaan sebelum Abad ke-14	Keadaan pada Abad ke-14	Keadaan pada Abad ke-17	Keadaan setelah IS (S.1855 No. 2)	Keadaan setelah Kemerdekaan
Berlaku hukum adat (asli Indonesia) yang bersifat komunal dan tidak tertulis	Terdapat unsur hukum adat (asli) dan resepsi atas ; hukum agama Hindu dan Hukum Islam	Terdapat unsur hukum adat (asli) dan resepsi atas : hukum agama Hindu, Hukum Islam, hukum agama Kristen/Katholik.	Terdapat unsur: Hukum adat (asli), hukum Islam, Hukum Barat.	Terdapat mix sistem: Sistem hukum adat, sistem hukum Islam, dan sistem hukum Barat

Lebih jauh Sunaryati Hartono mengidealkan sistem hukum nasional menjadi "supra" sistem dari sub-sub sistem hukum Barat, Hukum Adat dan hukum Islam.²⁶⁵ Selanjutnya Prof Barda Nawawi Arief menyatakan dilihat dari sudut teoritik/konseptual tentang sistem hukum, maka Sistem Hukum Nasional (SHN) dapat dikatakan sebagai kesatuan dari berbagai sub-sistem nasional, yaitu : "substansi hukum nasional", "Struktur hukum nasional" dan "budaya hukum nasional".²⁶⁶ Dengan demikian, kalau ingin membentuk sistem hukum nasional, maka harus mengadakan pembaruan di tiga bidang yang membentuk sistem hukum tersebut.²⁶⁷

Apabila Sistem Hukum Nasional dilihat sebagai substansi hukum, maka dapatlah dikatakan bahwa Sistem hukum nasional adalah Sistem hukum Pancasila. Apabila dijabarkan lebih lanjut, SHN Pancasila adalah SHN yang berlandaskan/berorientasi pada tiga pilar/nilai keseimbangan Pancasila yaitu:

- a. Berorientasi pada nilai-nilai "Ketuhanan" (bermoral religius);
- b. Berorientasi pada nilai-nilai "Kemanusiaan" (humanistik); dan

²⁶⁵ *Ibid.*, hal. 123

²⁶⁶ Barda Nawawi Arief, *Pembangunan Sistem Hukum Nasional Indonesia*, Pustaka Magister, Semarang, 2015, hal. 12

²⁶⁷ Nyoman Serikat, *Politik hukum*, *Op. Cit.*, hal. 87

- c. Berorientasi pada nilai-nilai “Kemasyarakatan” (nasionalistik, demokratik, berkeadilan sosial).²⁶⁸

Karena Pancasila merupakan nilai-nilai filosofis kultural yang fundamental, maka dapatlah ditegaskan bahwa strategi pembangunan SHN dimulai dari pembangunan kultural (budaya hukum nasional), karena nilai-nilai Pancasila inilah merupakan ruh/jiwa/nur/ nilai-dasar/ide-dasar dari SHN.²⁶⁹ Dengan demikian, ide konsep yang terkandung dalam sila-sila Pancasila harus terimplementasi ke dalam cabang-cabang hukum yang hendak diperbaharui artinya bagaimana menciptakan hukum pidana yang Berketuhanan Yang Maha Esa, yang berperikemanusiaan, yang mementingkan persatuan kebangsaan, yang berkedaulatan rakyat demokrasi, serta berkeadilan sosial.²⁷⁰

Mengenai Putusan Mahkamah Konstitusi No. 003/PUU-IV/2006 tertanggal 25 Juli 2006, yang menyatakan Penjelasan Pasal 2 ayat (1) UU No. 31 Tahun 1999 tidak mempunyai kekuatan hukum yang mengikat, artinya pengertian melawan hukum dalam undang-undang tindak pidana korupsi menjadi melawan hukum formil, Barda Nawawi Arief²⁷¹ tidak sependapat dengan logika/konstruksi hukum MK di atas, berdasarkan alasan:

- a. Asas kepastian hukum (asas KH) dalam UUD 1945 tidak dapat diidentikan atau tidak senafas/sejiwa dengan asas legalitas menurut Pasal 1 ayat (1) KUHP yang lebih menekankan pada kepastian formal/UU (*certainty of law; written law certainty; Formal/legal certainty*);
- b. Pengujian UU seharusnya dilandaskan pada asas (termasuk asas “kepastian hukum”) yang ada dalam konstitusi (UUD 1945), bukan asas yang ada dalam KUHP;

²⁶⁸Barda Nawawi Arief, *Op. Cit.*, hal. 13

²⁶⁹ *Ibid*, hal. 18

²⁷⁰ Nyoman Serikat, Politik hukum, *Op. Cit.*, hal. 89

²⁷¹Barda Nawawi Arief, *Perkembangan asas-asas*, *Op. Cit.*, hal.14 -17

- c. Pasal 28 D UUD 1945 menyatakan "setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum". Jadi dalam UUD 1945 tidak digunakan istilah "kepastian hukum" saja; tetapi "kepastian hukum yang adil"; dan tidak pernah menyatakan, bahwa "kepastian hukum" sama artinya dengan "kepastian undang-undang" atau identik dengan asas legalitas dalam KUHP.
- d. Penggunaan istilah "kepastian hukum yang adil" dalam UUD 1945 senafas dengan Pasal 3 ayat (2) UU Kekuasaan Kehakiman No. 4 tahun 2004 (sekarang menjadi Pasal 2 ayat 2 UU No. 48 tahun 2009) yang menyatakan : "peradilan negara menerapkan dan menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila". Jadi lebih mengandung "asas keseimbangan" dan lebih mengandung makna "kepastian substantif/materiil" (*substantive/meterial certainty*), tidak sekedar kepastian formal (*formal/legal certainty*).
- e. Asas keseimbangan (formal dan materiil; hukum dan keadilan) dan asas melawan hukum materiil (melawan hukum tidak tertulis) terlihat pula dengan diakuinya "masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup" dalam Amandemen UUD 1945 (Pasal 18 B:2).
- f. Tidak diakuinya (diharamkannya) hukum tidak tertulis dengan bertolak dari asas legalitas (Pasal 1 KUHP) sangat tidak relevan dengan jiwa/semangat UUD 1945. Hukum tidak tertulis yang diharamkan pada masa lahirnya asas legalitas (zaman revolusi Perancis) adalah "hukumnya raja/penguasa" (yang tidak tertulis). Hal ini tidak dapat disamakan dengan hukum tidak tertulis Indonesia, yang pada hakekatnya merupakan "hukum rakyat" atau "hukum yang hidup di masyarakat". Terlebih dengan adanya UU kekuasaan Kehakiman Pasal 5 ayat (1) UU No. 48 tahun 2009 seperti dikemukakan di atas, hakim konstitusi pun wajib menggali,

mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.

- g. Pengertian/pemahaman asas legalitas sebagai "*lex scripta*", "*lex certa*", dan "*lex stricta*", sudah banyak mendapat kritik Dr. Marjanne Termorshuizen antara lain mengemukakan : "*the view that a lex scripta can be certa, that is to say certain, in the sense of unambiguos, cannot be maintained. There is no such thing as a legal provision which is clear and unambiguous in all circumstances*" (pandangan bahwa hukum tertulis itu jelas dan pasti, dalam arti tidak ambigius, tidak dapat dipertahankan. Tidak ada suatu ketentuan hukum yang jelas dan tidak ambigius dalam semua keadaan).
- h. Douglas N Husak dan Craig A Callender dalam tulisannya berjudul "*wilful Ignorance, Knowledge, and the 'Equal Culpability' Thesis A Study of The Deeper Significance of The Principle of legality*" mengemukakan, bahwa "*Fidelity to law cannot be construen merely as fidelity to statutory law, but must be understood as fidelity to the principle of justice that underlie statutory law*". (kebenaran/ketepatan/kepastian hukum tidak dapat ditafsirkan semata-mata sebagai kebenaran/ketepatan/kepastian UU, tetapi harus dipahami sebagai kebenaran prinsip keadilan yang mendasar UU). Dari pendapat inipun terlihat, bahwa asas legalitas tidak dapat diartikan semata-mata sebagai kepastian/kebenaran UU (formal), tetapi kepastian/kebenaran substantif (materiil).
- i. Moeljatno sewaktu menjelaskan berlakunya/penerapan KUHP berdasarkan UU No. 1 tahun 1946, pernah menyatakan : "revolusi dalam bidang tata hukum menghendaki penghapusan dari segala hal yang sifatnya lapuk dan usang untuk diganti dengan yang segar bermanfaat dan progresif, maka jalan pikiran yang yuridis formal tadi hendaknya diganti dengan yang yuridis materiil dalam arti bahwa kata-kata yang dipakai dalam peraturan, hendaknya

ditafsirkan sehingga makna peraturan menjadi menjadi sesuai sekali dan seirama dengan dinamika dan progresivitas masyarakat dimana peraturan tadi diharapkan memberi manfaatnya. Kata-kata dalam peraturan adalah penting dan merupakan batasan untuk pengertian daripada isi peraturan. Tetapi batasan itu janganlah ditetapkan secara minimal, artinya hanya mengingat vorm atau wujudnya peraturan, bahkan jika perlu diperluas sampai maksimal, sehingga aturan itu tidak dirasakan baik secara langsung maupun tak langsung sebagai perintang setidaknya tanpa kearah penyelesaian revolusi kita”.

Dari pendapat Moeljatno di atas terlihat, bahwa janganlah semata-mata berpikiran yuridis formal (*tekstual minimalis*), tetapi hendaknya diperluas ke yuridis materiil sesuai dengan dinamika/progresivitas masyarakat atau dengan kata lain ke arah pemikiran maksimalis kontekstual/substantif.

Selanjutnya berdasarkan hukum positif Indonesia terdapat ketentuan yang memberikan peluang untuk tidak memberlakukan asas legalitas secara mutlak²⁷² ialah terdapat dalam ketentuan UU No. 1 Drt. 1951 dan UU No. 4 tahun 2004. Pasal 5 ayat (3) sub b UU No. 1 Drt. 1951 serta Pasal 25 ayat (1) dan Pasal 28 ayat (1) UU No. 4 tahun 2004, memberikan landasan hukum bagi diterapkannya hukum pidana adat atau hukum tidak tertulis untuk menuntut dan memberikan pidana suatu perbuatan yang tidak diatur dalam undang-undang, sepanjang menurut hukum pidana adat atau hukum tidak tertulis perbuatan tersebut dapat atau patut dipidana. Dengan demikian, undang-undang pidana dan hukum pidana adat atau hukum tidak tertulis mempunyai kedudukan yang sama, ialah sama-sama sebagai sumber hukum pidana.

Dokumen internasional dalam Artikel 15 ayat (2) Konvensi Internasional tentang “Hak-hak Politik dan Sipil” ialah : “tidak sesuatupun

²⁷² Nyoman Serikat Putra Jaya, *Pemberlakuan Hukum Pidana Secara Retroaktif sebagai Penyeimbang Asas Legalitas dan Asas Keadilan Suatu Pergeseran Paradigma dalam Ilmu Hukum Pidana*, Pidato Pengukuhan Guru Besar, Fakultas Hukum UNDIP, Semarang, 2004, hal. 38

dalam pasal ini yang akan menghambat hak pengadilan dan pemidanaan terhadap perbuatan seseorang (tidak berbuat) yang pada saat dilakukan merupakan kejahatan menurut prinsip-prinsip hukum umum yang diakui masyarakat bangsa-bangsa”.

Artikel 15 Konvensi Internasional tentang “Hak-hak Politik dan Sipil”, memuat sumber hukum yang dapat dijadikan dasar untuk mempertanggungjawabkan seseorang secara pidana ialah (1) hukum nasional atau internasional dan (2) prinsip-prinsip hukum umum yang diakui oleh masyarakat bangsa-bangsa.

Pasal 10 Ayat (1) UU No. 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman yang menyebutkan “*Pengadilan dilarang menolak untuk memeriksa, mengadili, dan memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya*”. selanjutnya Pasal 5 Ayat (1) UU No. 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman juga menyebutkan “*Hakim dan Hakim Konstitusi wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat*”.

Dalam Pasal 2 ayat (1) dan (2) Rancangan Undang-Undang tentang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (RUU-KUHP) 2015 yang merupakan (*Ius Constituendum*) juga menentukan adanya peluang berlakunya ajaran melawan hukum materiil yaitu :

- (1) Ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 ayat (1) tidak mengurangi berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat yang menentukan bahwa seorang patut dipidana walaupun perbuatan tersebut tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan.
- (2) Berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat sebagaimana dimaksud pada ayat (1) sepanjang seseuai dengan nilai-nilai yang terkandung dalam Pancasila, hak asasi manusia, dan prinsip-prinsip hukum umum yang diakui masyarakat bangsa-bangsa.
- (3) Berkaitan dengan pembaharuan hukum, mengingat ajaran sifat melawan hukum materiil dalam Perundang-undangan tindak pidana

korupsi pada awalnya telah diterapkan namun dengan adanya Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 003/PUU-IV/2006 ajaran sifat melawan hukum materiil dalam Undang-Undang tindak pidana korupsi dinyatakan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat maka perlu dilakukan restrukturisasi/rekontruksi²⁷³ yaitu dengan memberlakukan kembali ajaran sifat melawan hukum materiil dalam perundang-undangan tindak pidana korupsi karena lebih sesuai dengan bangunan sistem hukum nasional yaitu sistem hukum Pancasila karena nilai-nilai Pancasila inilah merupakan ruh/jiwa/nur/nilai-dasar/ide-dasar dari sistem hukum nasional.

C. Penelitian yang Relevan dan Kebaruan Penelitian

1. Disertasi Komariah Emong Sapardjaja

Komariah Emong Sapardjaja dalam disertasinya yang berjudul “Ajaran Sifat Melawan Hukum Materiil dalam Hukum Pidana Indonesia” membahas tentang sifat melawan hukum materiil, penerapan dan perkembangannya dalam Yurisprudensi (hasil studi banding di Belanda, Indonesia dan Amerika Serikat) dan membahas tentang Konkretisasi ajaran sifat melawan hukum materiil dalam hukum pidana Indonesia.

Kesimpulan dari disertasi beliau adalah hakim dalam menafsirkan ajaran melawan hukum materiil adalah penafsiran yudisial tidak merubah undang-undang, demikian juga penafsiran yang dibuat oleh hakim terlebih-lebih lagi dalam hukum pidana tidak dapat merubah undang-undang.²⁷⁴

Walaupun demikian tetap saja bagi hukum pidana, penafsiran teleologis hanya dapat dipakai apabila belum ada suatu ketentuan undang-undang yang mengatur secara tegas perbuatan yang dilanggar oleh seseorang

²⁷³ Restrukturisasi mengandung arti “penataan kembali”. Dalam kaitannya dengan menata ulang bangunan sistem hukum pidana Indonesia, maka istilah restrukturisasi sangat dekat dengan rekontruksi, yaitu membangun kembali” sistem hukum pidana nasional, Barda Nawawi Arief, *Op. Cit.*, hal. 36

²⁷⁴ Komariah Emong Sapardjaja, *Op. Cit.*, hal. 224

sebagai akibat perkembangan baru.²⁷⁵ Khususnya di Indonesia, walaupun itu dimungkinkan bahkan karena mengingat keadaan perundang-undangan pidana Indonesia sekarang kadang-kadang diperlukan untuk mengantisipasi bentuk-bentuk kejahatan baru, tetapi penafsiran ekstensif ini perlu dibatasi.²⁷⁶ Jadi kajian beliau mengkaji pada pemberlakuan ajaran sifat melawan hukum materiil dalam hukum pidana secara umum.

Perbedaan dengan penelitian penulis adalah, bahwa penulis akan mengkaji ajaran sifat melawan hukum materiil fokus pada tindak pidana korupsi setelah adanya Putusan Mahkamah Konstitusi No: 003/PUU-IV/2006 dan ingin menguatkan atau memberlakukan kembali ajaran sifat melawan hukum materiil yang pernah berlaku yang kemudian telah dijudicial review oleh Mahkamah Konstitusi.

2. Disertasi Juniver Girsang

Juniver Girsang dalam disertasinya yang berjudul “Implementasi Ajaran Sifat Melawan Hukum Materiil dalam Tindak Pidana Korupsi dihubungkan dengan Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia No : 003/PUU-IV/2006”. Juniver Girsang dalam disertasinya sependapat dengan Putusan Mahkamah Konstitusi No: 03/PUU-IV/2006 dengan alasan ajaran sifat melawan hukum materiil dapat menimbulkan ketidakpastian hukum dan penyalahgunaan wewenang (*abuse of power*) oleh aparatur penegak hukum.

Perbedaan dengan penelitian penulis adalah, bahwa kalau Juniver Girsang sependapat dengan Putusan Mahkamah Konstitusi No: 03/PUU-IV/2006 tapi penulis tidak sependapat dengan Putusan Mahkamah Konstitusi tersebut dan akan menguatkan atau memberlakukan kembali ajaran sifat melawan hukum materiil yang pernah berlaku yang kemudian telah dijudicial review oleh Mahkamah Konstitusi.

²⁷⁵ *Ibid*, hal. 225

²⁷⁶ *Ibid*, hal. 226

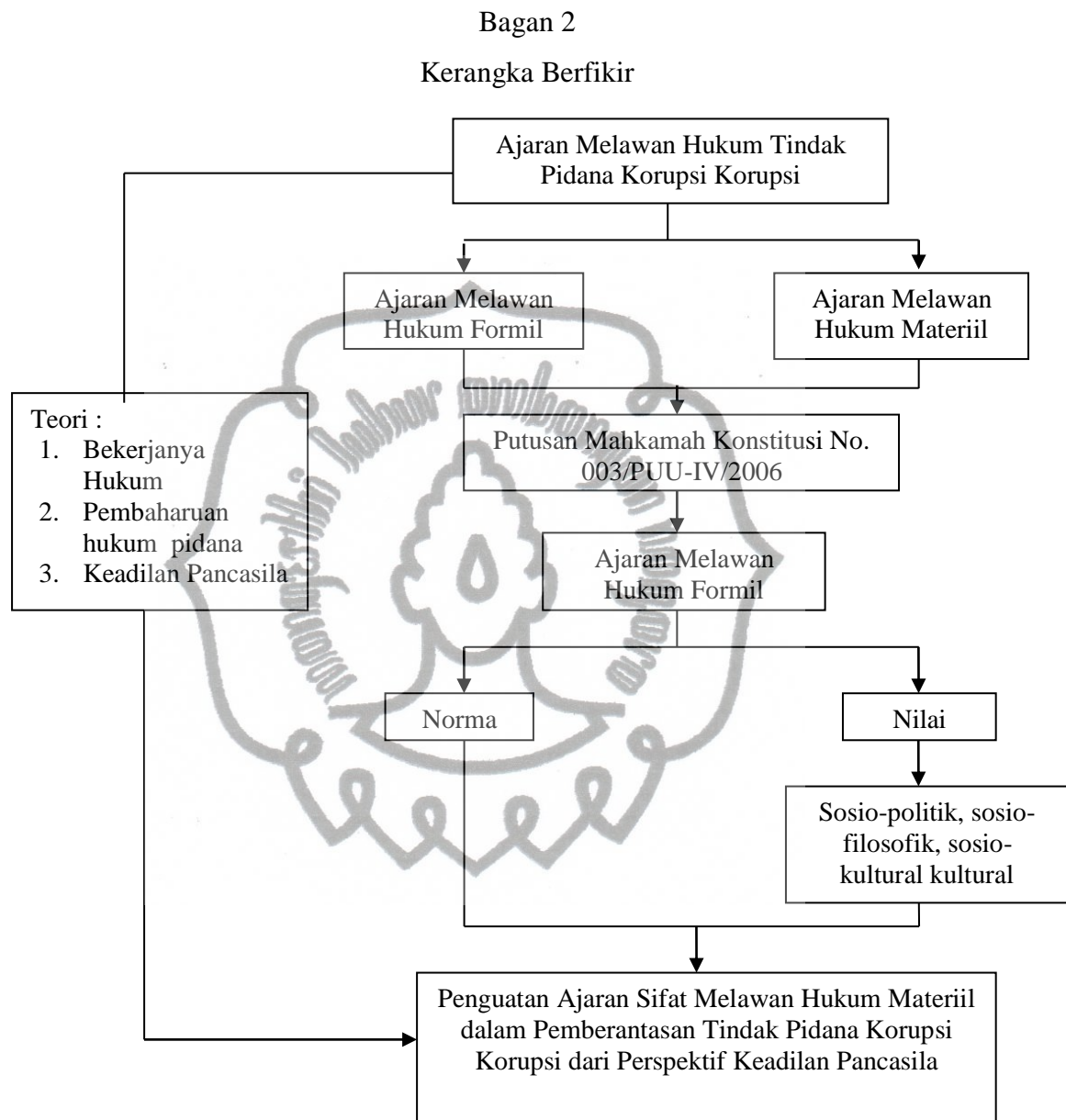
3. Disertasi Tjandra Sridjaja Pradjonggo

Tjandra Sridjaja Pradjonggo dalam disertasinya yang berjudul “Sifat Melawan Hukum dalam Tindak Pidana Korupsi”. Tjandra Sridjaja Pradjonggo berpendapat sikap konstruktif terhadap ajaran sifat melawan hukum. Tidak semata-mata mengartikan sifat melawan hukum secara formil, namun juga tidak berpendirian sepenuhnya materiil negatif maupun positif. Penerapan ajaran sifat melawan hukum materiil dalam fungsi negatif juga perlu dibatasi dalam kerangka asas dan kebijakan hukum. Hal tersebut tidak berbeda dalam menilai penerapan ajaran sifat melawan hukum materiil dalam fungsi positif. Tidak semata-mata melepaskan dari ikatan norma. Pemberian arti secara melawan hukum dengan demikian tidak bertolak dari pengertian formil atau materiil dalam fungsi negatif maupun positif, namun bertolak dari pemberian arti norma dalam tiga dimensi, yaitu peraturan, asas dan kebijakan.²⁷⁷

Perbedaan dengan penelitian penulis adalah, bahwa penulis akan mengkaji ajaran sifat melawan hukum materiil fokus pada tindak pidana korupsi setelah adanya Putusan Mahkamah Konstitusi No: 003/PUU-IV/2006 dan ingin menguatkan atau memberlakukan kembali ajaran sifat melawan hukum materiil yang pernah berlaku yang kemudian telah dijudicial review oleh Mahkamah Konstitusi dari sisi keadilan Pancasila.

²⁷⁷ Tjandra Sridjaja, *Sifat Melawan Hukum tindak Pidana Korupsi*, Indonesia Lawyers Club, Jakarta, 2010, hal. 232

D. Kerangka Berfikir



Sesuai dengan Penjelasan Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang No. 31 tahun 1999 dan Peraturan Perundang-undangan lainnya terkait tindak pidana korupsi, ajaran sifat melawan hukum yang diterapkan adalah ajaran melawan hukum materiil, yaitu perbuatan 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. Namun berdasarkan Putusan Mahkamah Konstitusi No. 003/PUU-IV/2006 ketentuan tersebut dinyatakan tidak mempunyai kekuatan hukum karena bertentangan dengan Pasal 28 D UUD 1945, sehingga ajaran melawan hukum yang diterapkan setelah Putusan Mahkamah Konstitusi tersebut menjadi ajaran melawan hukum formal yang mengakibatkan mempersempit makna perbuatan melawan hukum bagi pelaku tindak pidana korupsi hanya terbatas melawan hukum peraturan perundang-undangan tertulis saja, selanjutnya dari Putusan Mahkamah Konstitusi yang memberi makna melawan hukum adalah melawan hukum formal di analisis dengan pendekatan hukum adalah terdiri dari norma dan nilai, nilai terdiri dari (sosio-politik, sosio-filosofik dan sosio-kultural) dikaitkan dengan Pancasila dengan mendasarkan teori bekerjanya hukum, teori ajaran sifat melawan hukum dan teori pembaharuan hukum pidana maka penulis akan menguatkan ajaran sifat melawan hukum materiil dalam pemberantasan tindak pidana korupsi perspektif keadilan Pancasila.