

PERTANGGUNGJAWABAN HUKUM PEJABAT PEMERINTAHAN TERHADAP KEPUTUSAN DISKRESI YANG MENIMBULKAN KERUGIAN KEUANGAN NEGARA

Oleh:

Heri Hartanto¹

Fakultas Hukum Universitas Sebelas Maret

Abstrak

Kekuasaan diskresi merupakan konsep yang kontroversial. Sumber kontroversi tersebut adalah adanya inisiatif sendiri dari pemegang kekuasaan dimana berpotensi menabrak prinsip *rule of law*. Hal ini disebabkan diskresi merupakan sifat bawaan dari kekuasaan tanpa menunggu adanya peraturan perundang-undangan terdahulu sehingga berpotensi disalahgunakan. Penggunaan wewenang diskresi dapat menimbulkan dampak positif maupun negatif, merugikan masyarakat atau bahkan merugikan keuangan negara. Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan, mencoba memberikan petunjuk bagaimana penggunaan kekuasaan diskresi. Namun tetap saja tindakan diskresi bersifat subjektif, tergantung kearifan dari pemegang kekuasaan. Tuntutan kejelasan konsep diskresi itu sendiri suatu yang tidak terelakan ketika pada saat yang sama membahas tentang isu uji keabsahannya yang akan berujung pada pertanggungjawaban bagi pelakunya. Tindakan diskresi pada prinsipnya merupakan perbuatan dibidang Administrasi Negara sehingga pertanggungjawabannya juga dilakukan dalam lingkup Administrasi Negara. Namun hal ini bersinggungan erat jika diskresi dilakukan dengan penyalahgunaan wewenang yang menimbulkan kerugian keuangan negara, maka pertanggungjawabannya tidak hanya pada hukum Administrasi.

Kata kunci: diskresi, penyalahgunaan wewenang, pertanggungjawaban.

Abstract

Discretionary power is a controversial concept. Such controversy is sourced from the own initiative of the authorities which potentially contrary to the rule of law. This is due to the innate nature of discretionary power where it can be used without waiting for the previous Laws and Regulations which potentially lead to be misused. The use of discretionary powers can have positive or negative impacts, harming the public or even detrimental to the country's finances. Law No. 30 of 2014 on Government Administration tries to give a guidance to use the discretionary powers. Still, the discretionary measures are subjective, depending on the wisdom of the authorities. Demands on the clarity of the discretionary concept itself is inevitable when at the same time discussing the issue of the validity of the test will lead to accountability for the doers. The act of discretion in principle is an act in the field of State Administration so that the responsibility is also carried out within the scope of the State Administration. But if the act of discretion is conducted with the abuse of authority causing losses to the state, then the responsibility is not only in the field of Administrative Law.

Keywords: discretion, abuse of authority, responsibility.

I. PENDAHULUAN

1.1 Latar Belakang

Beberapa tahun terakhir, kinerja kepala daerah (Bupati/Walikota) cenderung menurun yang ditandai dengan rendahnya penyerapan anggaran di daerah. Menurut Menteri Dalam Negeri Tjahjoe Kumolo, hal ini disebabkan oleh kekhawatiran kepala daerah terhadap “kriminalisasi” terhadap kinerja di daerahnya. Ketakutan ini membuat Pemerintah Daerah memilih tidak menggunakan Anggaran Pendapatan dan Belanja Daerah (APBD) untuk program pembangunan yang telah direncanakan.

Sebelumnya Presiden Joko Widodo memberikan 5 instruksi yang berisi *pertama*, kebijakan diskresi tidak bisa dipidanakan, *kedua*, tindakan administrasi pemerintahan juga tidak bisa dipidanakan,

¹ Heri Hartanto adalah dosen pada Fakultas Hukum Universitas Sebelas Maret.

ketiga, potensi kerugian negara yang dinyatakan Badan Pemeriksa Keuangan masih diberi peluang selama 60 hari untuk dibuktikan kebenarannya, *keempat*, potensi kerugian negara juga harus konkret, tidak mengada-ada, *kelima*, kasus yang berjalan di Kepolisian dan Kejaksaan tidak boleh diekspos ke media secara berlebihan sebelum masuk ke tahap penuntutan.²

Ketakutan para kepala daerah dalam melaksanakan tugas pemerintahan dapat berdampak negatif kepada masyarakat, karena pelayanan kepada masyarakat dan pembangunan di daerah akan menurun. Pemerintah sebagai pelaku hukum publik yang dilekatkan hak dan kewajiban untuk menggunakan dan menjalankan berbagai peraturan perundang-undangan serta wewenang diskresi. Disamping itu pemerintah juga dilekatkan dengan kewajiban memberikan pelayanan publik atau menjalankan fungsi pelayanan. Terkait hal tersebut, Tatiek Sri Djatmiati³ berpendapat pelayanan publik merupakan hak-hak sosial dasar masyarakat (*social right*). *Social right* merupakan *the right to receive*, hak untuk menerima dari Pemerintah seperti pendidikan, jaminan sosial dan sebagainya. Oleh karena itu pemerintah wajib memberikan pelayanan terbaik kepada masyarakat.

Bagi Pemerintah Indonesia, fungsi pelayanan terhadap masyarakat terutama dalam upaya mewujudkan kesejahteraan sosial, pendidikan, kesehatan, pekerjaan, dan lain sebagainya merupakan amanat Pancasila dan UUD NRI 1945, disamping itu tuntutan hak asasi manusia untuk memenuhi *the right to receive* warga negara. Kewajiban pemerintah untuk memberikan pelayanan umum mengharuskan pemerintah terlibat aktif dalam kehidupan warga negaranya. Seiring dengan perkembangan masyarakat, pelayanan yang harus diberikan pemerintah menjadi semakin banyak dan semakin kompleks sehingga apa yang harus dikerjakan oleh pemerintah sulit ditentukan secara definitif.

Dilekatkannya wewenang diskresi kepada organ pemerintah bertujuan agar dapat mengambil respon yang cepat terhadap kebutuhan masyarakat, karena kebutuhan masyarakat tidak selalu dapat dipenuhi dengan peraturan perundang-undangan yang ada. Seringkali peraturan perundang-undangan tertinggal dengan kondisi masyarakat yang telah berkembang dengan pesat. Sehingga organ pemerintahan dalam menerjemahkan isi peraturan perundang-undangan dituntut tidak terjebak dalam arti gramatikal. Menurut Satjipto Rahardjo,⁴ perumusan hukum ke dalam teks peraturan perundang-undangan bisa menyebabkan hukum terjebak pada persoalan kebahasaan dan hanya berkuat pada masalah permainan kebahasaan. Kalau hukum itu dituntut untuk membuat rumusan-rumusan, maka pada waktu yang sama hukum sama dengan ditakdirkan untuk gagal menjalankan tugas tersebut. Dalam perspektif ini Satjipto Rahardjo memberi istilah “hukum sudah cacat sejak lahir”, masyarakat diatur oleh hukum yang cacat karena ketidakmampuannya untuk merumuskan dengan tepat hal-hal yang ada di masyarakat. Maka masyarakatpun diatur oleh hukum yang cacat sejak awal.

Latar belakang dari kekuasaan diskresi adalah perubahan situasi dan kondisi masyarakat dan lingkungannya yang tidak dapat diprediksi oleh keberlakuan peraturan perundang-undangan, disisi lain untuk menjaga kontinuitas pemerintahan, organ pemerintah harus melakukan tindakan. Oleh karena itu, justifikasi bagi kekuasaan diskresi adalah pembedaan antara kondisi normal dan abnormal terkait pemberlakuan hukum. Dalam kondisi yang normal, maka asas legalitas berlaku, namun dalam

² <http://nasional.kompas.com/read/2016/07/19/16291951/mendagri.minta.kepala.daerah.tak.takut.gunakan.anggaran>, diakses tanggal 21 Desember 2016.

³ Tatiek Sri Djatmiati, 2007, “Perizinan sebagai Instrumen Yuridis dalam Pelayanan Publik”, Orasi Pengukuhan Guru Besar Hukum Administrasi Fakultas Hukum Universitas Airlangga, Surabaya, h. 7.

⁴ Satjipto Rahardjo. 2006. *Hukum dalam Jagad Ketertiban*, Jakarta: Penerbit UKI Press, h. 168.

kondisi abnormal asas legalitas diabaikan. Pembedaan situasi normal dan abnormal berkenaan dengan asas legalitas adalah hal yang wajar dan alami. Situasi masyarakat tidaklah konstan dan perubahan situasi masyarakat tidak selalu dapat diantisipasi oleh peraturan perundang-undangan (asas legalitas), dengan demikian diskresi bertujuan untuk mengantisipasi kondisi yang abnormal tersebut.⁵

1.2 Rumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang tersebut, Penulis ingin mengulas tentang bagaimana pertanggungjawaban pejabat yang melakukan diskresi yang merugikan keuangan negara.

II. PEMBAHASAN

Diskresi adalah Keputusan dan/atau Tindakan yang ditetapkan dan/atau dilakukan oleh Pejabat Pemerintahan untuk mengatasi persoalan konkret yang dihadapi dalam penyelenggaraan pemerintahan dalam hal peraturan perundang-undangan yang memberikan pilihan, tidak mengatur, tidak lengkap atau tidak jelas, dan/atau adanya stagnasi pemerintahan.⁶ Diskresi sering disebut dengan *Ermessen* yaitu mempertimbangkan, menilai, menduga, menilai, pertimbangan dan keputusan. Menurut Philipus M. Hadjon, kebebasan bertindak (*Freies Ermessen*) pada dasarnya berarti kebebasan untuk menerapkan peraturan dalam situasi konkret, kebebasan untuk mengukur situasi konkret tersebut dan kebebasan untuk bertindak meskipun belum ada pengaturannya secara tegas.⁷ Kewenangan bebas dalam hal ini bukan dalam arti kemerdekaan yang lepas dari bingkai hukum, namun tetap terikat pada norma hukum umum yang berasal dari asas, undang-undang, norma hukum dan asas-asas pemerintahan yang baik.

Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan (selanjutnya disingkat UU Administrasi Pemerintahan) telah mengatur bagaimana selayaknya aparatur pemerintah bekerja, selain itu juga mengatur bagaimana tata cara menggunakan wewenang diskresi. Diskresi merupakan prinsip mendasar yang dimiliki oleh aparatur pemerintah dalam menjalankan pemerintahan. Asas ini memberikan legitimasi atas kebijakan yang diambil oleh pemerintah demi kepentingan umum. Berdasarkan prinsip ini, seorang pejabat tidak dapat dipidana selama mengikuti rambu-rambu penggunaan diskresi. Sejatinya diskresi merupakan kekuasaan yang bebas dan dapat digunakan untuk mengatasi masalah tertentu. Namun, saat ini ruang diskresi semakin sempit. Hampir semua urusan pemerintahan telah diatur oleh regulasi dan aturan teknis yang terperinci. Bahkan, penggunaan diskresi pun telah diatur secara tertulis dalam UU Administrasi Pemerintahan. Penggunaan diskresi pun diatur prosedurnya, sesuatu yang sebenarnya menyalahi konsep diskresi itu sendiri.

Dalam praktik pemerintahan, penggunaan diskresi seharusnya tidak perlu dikhawatirkan oleh pejabat pemerintah. Selain sebagai asas dalam menjalankan fungsi pemerintahan, diskresi juga

⁵ Krishna D. Darumurti. 2012. *Kekuasaan Diskresi Pemerintah*. Bandung: Penerbit PT. Aditya Bakti, h. 8-9.

⁶ Pasal 1 angka 9 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 292, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5601.

⁷ Philipus M. Hadjon. 1980. *Pengertian-Pengertian Dasar tentang Tindak Pemerintahan (bestuurshandeling)*. Surabaya: Penerbit Djumali, h. 40-41.

telah memiliki landasan hukum yang kuat berdasarkan UU Administrasi Pemerintahan. Adapun yang menjadi persoalan adalah penyalahgunaan diskresi (*discretionary corruption*), karena pemahaman yang keliru atas diskresi atau adanya niat jahat untuk memperoleh keuntungan tertentu. Karenanya, diskresi berpotensi dijadikan alasan untuk melanggar prosedur hukum.

Hampir setiap tahun pejabat tingkat Kementerian memproduksi aturan teknis yang menjelaskan bagaimana kewenangan itu dijalankan. Walaupun terkadang aturan-aturan yang diterbitkan pemerintah pusat inilah pangkal masalahnya. Jadi, masalahnya bukan pada diskresi, melainkan pada penyalahgunaan diskresi yang berujung pada korupsi.⁸

Dalam konsep hukum administrasi, setiap pemberian wewenang kepada suatu badan atau pejabat pemerintahan selalu disertai dengan tujuan dan maksud diberikannya wewenang itu, sehingga penerapan wewenang harus sesuai dengan tujuan dan maksudnya tersebut.⁹ Jika penerapan wewenang tidak sesuai dengan tujuan dan maksud diberikannya wewenang, maka dapat dikatakan telah terjadi penyalahgunaan wewenang (*detournement de pouvoir*).

Parameter tujuan dan maksud pemberian wewenang dalam menentukan terjadinya penyalahgunaan wewenang dikenal dengan asas spesialisitas (*specialialifeitsbeginsel*).¹⁰ Asas spesialisitas menjadi landasan bagi kewenangan pemerintah untuk bertindak dengan mempertimbangkan pada suatu tujuan. Setiap wewenang pemerintah diatur dalam peraturan perundang-undangan dengan tujuan tertentu yang telah pasti. Dalam menggunakan wewenangnya, pejabat pemerintahan harus mempertimbangkan kepentingan yang terkait yang diatur oleh peraturan perundang-undangan. Permasalahannya jika ketentuan tujuan itu tidak ada (tidak diatur), maka akan muncul pertentangan apa yang harus dilakukan untuk menjalankan perintah peraturan perundang-undangan.

Ada kalanya pemerintah dituntut untuk bertindak sesuatu untuk mengatasi suatu keadaan tertentu, di sisi lain tidak ada dasar peraturannya, atau samar-samar mengatur. Untuk mengukur apakah tindakan pemerintah itu termasuk diskresi atau penyalahgunaan wewenang, harus berdasarkan pada asas spesialisitas yang mendasari wewenang itu sendiri yang berkaitan dengan kepentingan umum tertentu.

Kewenangan diskresi bisa terjadi karena peraturan perundang-undangan tidak mengatur kewenangan pemerintah sama sekali atau samar. Dalam hal terjadi situasi mendesak dan sangat diperlukan diambil keputusan namun tidak ada dasar hukum. Pertanyaan yang timbul saat melaksanakan wewenang di luar apa yang telah ditentukan dalam peraturan perundang-undangan (asas legalitas), asas spesialisitas dapat digunakan sebagai parameter ada tidaknya penyalahgunaan wewenang. Dalam kondisi seperti ini, diskresi harus didasarkan pada Asas-Asas Umum Pemerintahan Yang Baik (AAUPB). AAUPB ini dipakai untuk menilai kekuasaan bebas atau kekuasaan diskresi tersebut masih dalam koridor *rechtmatigheid*.¹¹

⁸ Diskresi atau Korupsi, *Harian Kompas*, 11 Agustus 2016.

⁹ Nur Basuki Minarno. 2011. *Penyalahgunaan wewenang dalam Pengelolaan Keuangan Daerah yang Berimplikasi Tindakan Pidana Korupsi*. Surabaya: Penerbit Laksbang Mediatama, h.80.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Nur Basuki Minarno, *Op.Cit.*, h. 86.

Diskresi sebagai salah satu sarana yang memberikan ruang bergerak bagi pejabat pemerintahan untuk melakukan tindakan tanpa harus terikat sepenuhnya dengan peraturan perundang-undangan.¹² Disisi lain, diskresi membuka peluang terjadinya benturan kepentingan antara pemerintah dalam menjalankan tugasnya yang harus menaati peraturan perundang-undangan dan tidak boleh semena-mena. Bahkan A.V. Dicey berpendapat,¹³ bahwa “*the rules of law and discretionary are contradictory*” (Negara hukum dan kekuasaan diskresi itu bertentangan). Pendapat ini merupakan karakter pemikiran positivisme, cenderung kaku, membaca peraturan perundang-undangan sesuai teksnya tanpa penafsiran. Pejabat pemerintahan dan aparat penegak hukum lebih banyak berpikiran positivisme, menjalankan apa yang ada dalam teks perundang-undangan dan tidak melakukan penafsiran. Sedangkan dalam Undang-Undang Administrasi Pemerintahan telah berpikiran post-positivisme dengan memberikan ruang untuk melakukan diskresi meskipun dengan batasan yang tegas.¹⁴

Pejabat pemerintahan yang memiliki kekuasaan diskresi yang luas dan tidak terstruktur merupakan potensi akan lahirnya tindakan sewenang-wenang, sehingga wewenang diskresi ini perlu pembatasan dan ada mekanisme pertanggungjawaban bagi pejabat yang melakukan diskresi. Pertanggungjawaban harus dilakukan sesuai dengan lingkup perbuatan dan kesalahan yang dilakukan oleh pejabat tersebut. Apabila perbuatan diskresi yang dilakukan pejabat mengandung kesalahan, maka pertanggungjawabannya harus sesuai dengan lingkup bidang perbuatan yang pejabat tersebut lakukan (Hukum Administrasi Negara). Oleh karenanya, keputusan diskresi yang dilakukan oleh pejabat tidak selalu dapat dikategorikan sebagai perbuatan korupsi.

Peraturan perundang-undangan yang sering berubah-ubah dan terkadang tidak sesuai dengan kebutuhan serta kondisi yang dihadapi, menuntut pejabat harus cermat dan cerdas dalam bertindak. Hal ini menimbulkan ketakutan para pejabat yang berhadapan langsung dengan masyarakat untuk melaksanakan tugasnya, disisi lain aparat pemerintahan memang cenderung berpikiran positivistik. Apabila melakukan sesuai dengan isi peraturan teknisnya, maka tidak akan memberikan hasil yang baik kepada masyarakat, tetapi jika membuat suatu kebijakan dalam menjalankan tugasnya dengan sedikit keluar dari peraturan perundang-undangan, maka pertanggungjawabannya diuji dengan pemeriksaan perkara dugaan korupsi.

Wewenang diskresi bertujuan untuk memberikan *doelmatigheid* dalam penyelenggaraan urusan pemerintah, tetapi prinsip *doelmatigheid* tidak boleh digunakan untuk mengesampingkan prinsip *rechtmaticheid*, kecuali benar-benar dapat ditunjukkan bahwa hal tersebut sangat diperlukan sebagai suatu yang terpaksa untuk mencapai tujuan pemerintahan yang sah berdasarkan atas hukum.¹⁵ Perlu dihapuskan kesan seolah-olah diskresi adalah kebijakan yang berkaitan dengan *doelmatigheid* tetapi tidak terkait dengan *rechtmaticheid* bahkan dianggap boleh menyimpangi *rechtmaticheid*. Unsur *rechtmaticheid* sebagai dasar keputusan diskresi haruslah bertujuan dan memberikan manfaat yang dibenarkan oleh hukum. Setiap tindakan pejabat di luar wewenangnya yang telah ditetapkan oleh hukum meskipun dengan alasan diskresi adalah tindakan melampaui batas wewenang atau menyalahgunakan wewenang atau bahkan melawan hukum.

¹² Utrecht. 1988. *Pengantar Hukum Administrasi Negara*. Surabaya: Penerbit Pustaka Tinta Emas, h. 30.

¹³ Ridwan. 2014. *Diskresi dan Tanggungjawab Pemerintah*. Yogyakarta: Penerbit UII Press, h.151.

¹⁴ Erlын Indarti, *Diskresi dan Paradigma Sebuah Telaah Filsafat Hukum*, Pidato Pengukuhan Guru Besar, Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, http://eprints.undip.ac.id/28180/1/Erlын_Indarti.pdf, diakses tanggal 23 Desember 2016.

¹⁵ Bagir Manan. 2003. *Teori dan Politik Konstitusi*. Yogyakarta: Penerbit FH UII Press, h. 152.

Secara umum diskresi dapat dianggap sah secara hukum jika terpenuhi syarat-syarat berupa : legalitas dan rasionalitas yang meliputi pertimbangan yang relevan, kejujuran dan keterbukaan, tujuan yang layak dan konsistensi.¹⁶ Legalitas bukan berarti bentuk diskresinya diatur jelas dalam peraturan perundang-undangan, tetapi tersirat dalam peraturan perundang-undangan yang bersangkutan. Rasionalitas berarti setiap tindakan pengambilan keputusan atas dasar diskresi harus didasarkan pada alasan yang dapat diterima oleh akal sehat. Keputusan harus memuat pertimbangan yang relevan, didasarkan pada kejujuran atau keterbukaan untuk tujuan yang baik dan terdapat konsistensi. Syarat diskresi ini kemudian diatur lebih konkret pada Pasal 24 Undang-Undang Administrasi Pemerintahan, yang berisi:

- a. sesuai dengan tujuan diskresi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 22 ayat (2);
- b. tidak bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan;
- c. sesuai dengan AAUPB;
- d. berdasarkan alasan-alasan yang objektif;
- e. tidak menimbulkan konflik kepentingan; dan
- f. dilakukan dengan itikad baik.

Syarat ini mencegah perbuatan penyalahgunaan wewenang, baik dalam bentuk sewenang-wenang, penyalahgunaan wewenang, mencampur adukan wewenang¹⁷ atau bahkan perbuatan melawan hukum yang dilakukan oleh pejabat pemerintahan. Keputusan pejabat tersebut dapat diuji pada Pengadilan Tata Usaha Negara dan dapat dinyatakan tidak sah apabila terbukti terjadi perbuatan sewenang-wenang, penyalahgunaan wewenang, mencampur adukan wewenang dalam pengambilan keputusan. Dalam kasus keputusan yang dinyatakan tidak sah menimbulkan kerugian keuangan negara, maka badan pemerintahan berkewajiban mengganti kerugian negara tersebut,¹⁸ namun ketika kerugian negara tersebut terjadi karena penyalahgunaan wewenang oleh pejabat, maka pejabat tersebut secara pribadi yang harus mengembalikan keuangan negara.¹⁹

Parameter penyalahgunaan wewenang sebagaimana yang dimaksud dalam Pasal 17 ayat (2) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan dengan sifat melawan hukum dalam hukum pidana khususnya pidana korupsi memiliki irisan yang sangat tipis, terkadang sangat sulit membedakan apakah perbuatan pejabat tersebut merupakan penyalahgunaan wewenang yang harus dipertanggungjawabkan dengan cara hukum Administrasi Negara, atau sudah termasuk melawan hukum dalam konteks pidana.

Penjelasan unsur melawan hukum dalam Pasal 2 Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (selanjutnya disingkat Undang-Undang PTPK) dan penyalahgunaan wewenang dalam Pasal 3 Undang-Undang PTPK hanya pada Pasal 2 yang terdapat

¹⁶ Ridwan, *Op.Cit.*, h.155.

¹⁷ Pasal 17 Ayat (2) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 292, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5601.

¹⁸ Pasal 20 Ayat (5) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 292, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5601.

¹⁹ Pasal 20 Ayat (6) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 292, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5601.

penjelasan yang memadai. Diaturinya unsur melawan hukum dan penyalahgunaan wewenang dalam Undang-Undang PTPK menjadikan ketidak jelasan konsep dan parameter untuk menentukan kategori perbuatan dan bagaimana pertanggungjawabannya.

Dalam Hukum Administrasi Negara, dikenal konsep *onrechtmatigheid* (melawan hukum). Parameter untuk menentukan hal itu adalah peraturan perundang-undangan dan AAUPB. Sehingga *onrechtmatigheid* adalah genus-nya dan peraturan perundang-undangan dan AAUPB adalah *species*-nya. Persoalan di atas muncul dari putusan pengadilan (perkara pidana) terjadi keragaman penafsiran tentang konsep dan parameter unsur melawan hukum dan penyalahgunaan wewenang. Hak tersebut dapat dilihat dari tabel di bawah ini:²⁰

No	PUTUSAN	PARAMETER PENYALAHGUNAAN WEWENANG
1	MA. RI. Nomor : 380K/Pid/2001	SK Presiden, SK Menteri Keuangan, SKB Direksi BI dengan BPPN
2	PN. Jakarta Pusat Nomor : 449/Pid.B/2002	Asas kepatutan
3	PT. Jakarta Nomor : 171/Pid.B/2002	Asas kecermatan
4	MA.RI. Nomor : 572K/Pid/2003	Asas-asas Umum Penyelenggaraan Pemerintahan yang Baik
5	PN. Jakarta Pusat Nomor : 2043/Pid.B/2001	Asas kepatutan
6	MA.RI. Nomor : 336K/Pid/2000	Peraturan Daerah
7	MA.RI. Nomor : 223/Pid/2002	Peraturan Daerah dan Surat Keputusan Bupati

Mejelis Hakim memeriksa perkara pidana pada umumnya akan melakukan penilaian atas perbuatan penyalahgunaan wewenang dalam tindak pidana korupsi menggunakan parameter peraturan perundang-undangan. Parameter peraturan perundang-undangan untuk menilai penyalahgunaan wewenang sebetulnya digunakan juga dalam Hukum Administrasi pada Pengadilan Tata Usaha Negara (PTUN), namun pada PTUN memiliki pendekatan yang berbeda dengan pemeriksaan pidana korupsi. Dalam hukum administrasi, majelis hakim PTUN hanya menilai apakah Keputusan Tata Usaha Negara yang diterbitkan Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara sah atau tidak. Dalam hukum pidana, khususnya perkara korupsi, untuk menentukan apakah perbuatan tersebut merupakan perbuatan pidana atau tidak, dan apakah pelakunya dapat dijatuhi sanksi pidana atau tidak didasarkan pada asas legalitas. Dasar penjatuhan sanksi pidana hanya dapat diberikan atas dasar Undang-Undang, Peraturan Daerah Provinsi atau Peraturan Daerah Kabupaten/Kota, hal ini dikarenakan dalam Pasal 15 ayat (1) Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undang, muatan materi tentang ketentuan pidana hanya dapat diatur dalam Undang-Undang, Peraturan Daerah Provinsi atau Peraturan Daerah Kabupaten/Kota. Sehingga tidak tepat jika penjatuhan sanksi pidana didasarkan para peraturan perundang-undangan diluar 3 (tiga) peraturan tersebut.

²⁰ Nur Basuki Minarno, *Op. Cit.*, h. 177.

Parameter peraturan perundang-undangan dipakai untuk mengukur penyalahgunaan wewenang dalam kategori wewenang terikat, tetapi dalam wewenang bebas (diskresi) parameter yang digunakan adalah AAUPB. Asas legalitas (*wetmatigheid van bestuur* dalam hukum administrasi) tidak cukup untuk menilai keputusan diskresi, karena diskresi diambil diluar dari keadaan normal yang telah ditentukan dalam peraturan perundang-undangan. Sehingga dalam memeriksa perkara korupsi harus terlebih dahulu dilihat apakah keputusan yang dibuat Pejabat Pemerintahan masuk klasifikasi wewenang terikat atau wewenang bebas. Pada kategori wewenang terikat, untuk menilai ada tidaknya penyalahgunaan wewenang menggunakan asas legalitas, sedangkan dalam kategori wewenang bebas (diskresi) menggunakan parameter AAUPB.

Permasalahan penerapan peraturan perundang-undangan, selain undang-undang dan peraturan daerah, yang digunakan sebagai dasar untuk menjatuhkan sanksi pidana masih banyak perdebatan terkait apakah melanggar asas legalitas atau tidak.²¹ Argumen pertama mengatakan peraturan perundang-undangan, seluruh jenis peraturan perundang-undangan yang diatur dalam Pasal 7 ayat (1) Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undang, dipakai sebagai landasan untuk membuktikan penyalahgunaan wewenang, sedangkan Pasal 3 Undang-Undang PTPK digunakan untuk menjatuhkan sanksi pidana. Argumentasi lain berpendapat peraturan perundang-undangan selain undang-undang dan peraturan daerah tidak dapat menjadi dasar menuntut dan memidanakan tersangka/terdakwa.

Penulis mencoba membandingkan dengan ketentuan hukum administrasi. Dasar pengajuan atau alasan mengajukan gugatan tata usaha negara yaitu keputusan tata usaha negara yang digugat bertentangan dengan peraturan perundang-undangan dan AAUPB.²² Maka Hakim Pengadilan Tata Usaha Negara harus melakukan penelaahan atas norma peraturan perundang-undangan yang diduga dilanggar. Terkadang Undang-Undang tidak mengatur seluruh muatan materi secara komprehensif. Undang-Undang hanya mengatur muatan materi pokok-pokok saja, dan mendelegasikan pengaturan teknisnya dengan peraturan lain dibawah Undang-Undang. Masalah semakin rumit ketika peraturan perundang-undangan di bawah Undang-Undang tidak memiliki dasar pengaturannya dalam Undang-Undang. Patut diingat dalam Undang-Undang PTPK, kerugian keuangan negara merupakan salah satu unsur penting, sehingga dalam keputusan diskresi yang salah dan bersifat penyalahgunaan wewenang, tidak dapat dipidana sepanjang tidak ada kerugian keuangan negara.

Wewenang diskresi dapat dilakukan dengan alasan peraturan perundang-undangan tidak mengatur atau mengatur secara samar-samar. Selain itu diskresi juga dapat dilakukan dengan alasan keadaan mendesak, sedangkan secara filosofi pemerintahan tidak boleh berhenti meskipun hanya sedetik dengan alasan wewenang tersebut tidak ada landasarn hukumnya. Asas dan pengujian berdasarkan peraturan perundang-undangan tidak dapat diberlakukan pada peraturan yang bersifat kebijaksanaan (diskresi). Suatu peraturan kebijaksanaan (diskresi) tidak dapat diuji oleh hukum positif, karena memang tidak ada dasar peraturan perundang-undangan yang mengaturnya. Peraturan yang bersifat kebijaksanaan (diskresi) lebih diarahkan pada *doelmatigheid* dan karena itu alat ukurnya adalah AAUPB.

²¹ *Ibid.*, h. 181.

²² Pasal 53 ayat (2) Undang-Undang Nomor 9 Tahun 2004 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2004 Nomor 35, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4380.

Unsur melawan hukum dalam Penjelasan Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang PTPK meliputi sifat melawan hukum formil dan materiil, tetapi dengan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 003/PUU-IV/2006 hanya sebatas sifat melawan hukum formil, yaitu bertentangan dengan peraturan perundang-undangan. Pasal 1 ayat (1) KUHP menganut ajaran legalitas formal (*noella poena sine lege*), maka melawan hukum dalam hal ini diartikan secara sempit sebagai bertentangan dengan Undang-Undang (*lege*). Artinya suatu perbuatan diklasifikasi sebagai melawan hukum diartikan sempit bertentangan dengan peraturan-undangan (tertulis).²³ Dalam konteks persidangan pidana, untuk menyatakan bahwa perbuatan terdakwa melawan hukum (formil) dengan suatu pembuktian bahwa perbuatan terdakwa bertentangan dengan Peraturan Pemerintah, Keputusan Presiden, atau Peraturan Menteri, maka timbul pertanyaan, apabila perbuatan tersebut dipidana, apakah bertentangan dengan asas legalitas?

Menjawab pertanyaan di atas, unsur melawan hukum merupakan instrumen atau modus dalam tindak pidana korupsi. Parameter yang dipakai untuk menilai ada tidaknya unsur melawan hukum dalam peraturan perundang-undangan. Menurut Andi Hamzah sebagaimana dikutip oleh Nur Basuki Minarno,²⁴ terjadinya pertukaran antara konsep penyalahgunaan wewenang dengan konsep melawan hukum dikarenakan adanya keterkaitan kesalahan (*schuld*) dengan melawan hukum (*wederrechtelijk*). Tidak mungkin ada kesalahan (*schuld*) tanpa adanya melawan hukum (*wederrechtelijk*), tetapi mungkin saja ada melawan hukum (*wederrechtelijk*) tanpa ada kesalahan (*schuld*).

Mahkamah Agung dalam Putusan Nomor 30/K/Kr/1969 memberikan kaidah hukum: “dalam setiap tindak pidana itu selalu terdapat unsur melawan hukum dari perbuatan yang dituduhkan, walaupun dari rumusan delik tidak selalu mencantumkan unsur melawan hukum”.²⁵ Sehingga unsur melawan hukum selalu ada dalam rumusan delik pidana meskipun dalam rumusan pasal-pasal ada yang menguraikan dengan tegas unsur melawan hukum (*wederrechtelijk*) sebagai unsur delik²⁶ dan pasal ada yang tidak secara tegas menjadikan melawan hukum (*wederrechtelijk*) sebagai unsur delik. Dari segi pembuktiannya, tindak pidana yang dituduhkan harus benar-benar dibuktikan dengan seluruh unsur dari rumusan delik baru pelakunya dapat dinyatakan bersalah.

Apabila melawan hukum (*wederrechtelijk*) dinyatakan secara tegas sebagai unsur dari rumusan delik, maka tentang adanya melawan hukum (*wederrechtelijk*) itu harus dibuktikan dalam setiap proses peradilan. Sedangkan tidak disebutkannya secara tegas unsur melawan hukum (*wederrechtelijk*) dalam rumusan pasal diartikan rumusan melawan hukum (*wederrechtelijk*) dianggap tercantum dalam rumusan pasal. Hal tersebut diartikan untuk memberi kesempatan kepada tertuduh untuk membuktikan bahwa sifatnya yang melawan hukum (*wederrechtelijk*) dari perbuatannya itu sebenarnya tidak benar, dengan kata lain memberi kesempatan kepada tertuduh tentang beban pembuktian sebaliknya.²⁷

Dalam rumusan bunyi Pasal 3 Undang-Undang PTPK menyebutkan “penyalahgunaan wewenang” sebagai melawan hukum (*wederrechtelijk*), namun tidak dirumuskan dengan jelas dan tegas

²³ R.B. Budi Prastowo, *Delik Formil/Materiil, Sifat Melawan Hukum Formil/Materiil dan Pertanggungjawaban Pidana dalam Tindak Pidana Korupsi, Kajian Teori Hukum Pidana terhadap Putusan Mahkamah Konstitusi R.I. Perkara Nomor 003/PUU-IV/2006*, Jurnal Hukum Pro Justitia, 2006, Vol. 24, No. 3, h. 216.

²⁴ Nur Basuki Minarno, *Op.Cit.*, h. 201.

²⁵ P.A.F. Lamintang dan Samosir. 1983. *Hukum Pidana Indonesia*. Bandung: Penerbit Sinar Baru, h. 235

²⁶ P.A.F. Lamintang. 2013. *Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia*. Bandung: Penerbit PT. Citra Aditya Bakti, h.377.

²⁷ *Ibid.*, h. 378-378.

bagaimana perbuatan melawan hukum (*wederrechtelijk*) tersebut dilakukan. Maka unsur melawan hukum (*wederrechtelijk*) dianggap ada dalam Pasal 3 Undang-Undang PTPK tersebut. Namun terbuk-tinya melawan hukum (*wederrechtelijk*) belum cukup untuk menghukum pelakunya, perlu dibuktikan faktor kesalahan dari pelakunya. Kesalahan merupakan salah satu unsur yang fundamental disamping sifat melawan hukum dari perbuatan, yang harus dipenuhi untuk menghukum pelakunya. Menurut Sudarto, dipidananya seseorang tidaklah cukup apabila orang itu telah melakukan perbuatan yang bertentangan dengan hukum atau bersifat melawan hukum (*wederrechtelijk*). Meskipun pembuatnya memenuhi rumusan delik dalam undang-undang, tetapi masih diperlukan hal lain untuk menjatuhkan pidana, yaitu bahwa orang yang melakukan perbuatan itu mempunyai kesalahan atau bersalah (*subjective guild*). Dengan perkataan lain, orang tersebut harus dapat dipertanggungjawabkan atas perbuatannya atau jika dilihat dari sudut perbuatannya baru dapat dipertanggungjawabkan kepada orang tersebut. Disini berlaku apa yang disebut “*asas tiada pidana tanpa kesalahan*” (*keine strafe ohne schuld* atau *geen strafzonder schuld* atau *nulla poena sine culpa*), culpa di sini dalam arti luas meliputi juga kesengajaan.²⁸

Pasal 20 Undang-Undang Administrasi Pemerintahan juga mengatur kesalahan dari pejabat, namun terbatas pada kesalahan administrasi yang dapat juga mengakibatkan kerugian (keuangan) negara. Sedangkan dalam Pasal 3 Undang-Undang PTPK secara tegas kesalahan dari pejabat yang merugikan keuangan negara. Ada beberapa persamaan unsur dalam kedua pasal tersebut, namun pertanggungjawabannya berbeda. Persamaannya pertama adalah pelaku adalah pejabat negara, kedua pejabat tersebut melakukan kesalahan, dan ketiga adalah ada kerugian negara. Sedangkan perbedaan dari kedua pasal tersebut adalah kesalahan yang dimaksud dalam Pasal 20 Undang-Undang Administrasi Pemerintahan dapat terjadi karena kelalaian atau penyalahgunaan wewenang, sedangkan dalam Pasal 3 Undang-Undang PTPK kesalahan pelaku akibat melakukan sesuatu yang bertentangan dengan hukum (sifat melawan hukum).

Penilaian apakah perbuatan pejabat termasuk dalam kesalahan administrasi atau kesalahan pejabat akibat melakukan sesuatu yang bertentangan dengan hukum (sifat melawan hukum) pidana. Apabila perbuatan pejabat tersebut telah memenuhi unsur penyalahgunaan wewenang ataupun bersifat melawan hukum (*wederrechtelijk*), maka untuk menentukan klasifikasi perbuatan pejabat tersebut apakah bidang hukum administrasi negara atau hukum pidana (korupsi) harus dinilai *opzet* dari pelakunya. Pejabat tersebut harus memiliki pengetahuan tentang sifat melawan hukum dari perbuatannya, tentang sifat dapat dihukum karena perbuatannya atau sifat yang tidak dapat dibenarkan menurut kepatutan dan pergaulan hidup dari perbuatannya.²⁹ Serta menginginkan akibat dari perbuatan yang ia lakukan, yaitu diuntungkan dirinya sendiri, orang lain ataupun korporasi.

²⁸ Sudarto. 1983. *Hukum dan Perkembangan Masyarakat*. Bandung: Penerbit Sinar Baru, h. 85.

²⁹ P.A.F. Lamintang, *Op.Cit.*, h. 321-322.

III. PENUTUP

3.1 Kesimpulan

Kesalahan Pejabat Pemerintahan yang menimbulkan kerugian keuangan negara pada prinsipnya harus dikembalikan oleh Pejabat yang melakukan kesalahan. Baik penyelesaian melalui hukum administrasi maupun hukum pidana korupsi, menuntut direhabilitasinya kerugian negara oleh pihak yang bersalah. Dalam hukum administrasi, ganti rugi terhadap kesalahan Pejabat Pemerintah yang merugikan keuangan negara menjadi beban Badan Pemerintahan terkait, kecuali jika kesalahan tersebut diakibatkan perbuatan penyalahgunaan wewenang, maka Pejabat Pemerintahan tersebut secara pribadi harus bertanggungjawab mengganti kerugian negara yang diakibatkan oleh perbuatannya. Apabila kesalahan dari Pejabat Pemerintahan bersifat melawan hukum (*wederrechtelijk*), maka Pejabat Pemerintahan tersebut tidak hanya dihukum membayar uang pengganti, tetapi juga dijatuhi sanksi pidana sesuai dengan kesalahannya.

DAFTAR PUSTAKA

Buku

- Darumurti, Krishna D.. 2012. *Kekuasaan Diskresi Pemerintah*. Bandung: Penerbit PT. Aditya Bakti
- Djamiati, Tatiek Sri, 2007, “*Perizinan sebagai Instrumen Yuridis dalam Pelayanan Publik*”, Orasi Pengukuhan Guru Besar Hukum Administrasi Fakultas Hukum Universitas Airlangga, Surabaya.
- Hadjon, Philipus M.. 1980. *Pengertian-Pengertian Dasar tentang Tindak Pemerintahan (bestuurshandeling)*. Surabaya: Penerbit Djumali.
- Lamintang, P.A.F. dan Samosir. 1983. *Hukum Pidana Indonesia*. Bandung: Penerbit Sinar Baru.
- Lamintang, P.A.F.. 2013. *Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia*. Bandung: Penerbit PT. Citra Aditya Bakti.
- Manan, Bagir. 2003. *Teori dan Politik Konstitusi*. Yogyakarta: Penerbit FH UII Press.
- Minarno, Nur Basuki. 2011. *Penyalahgunaan wewenang dalam Pengelolaan Keuangan Daerah yang Berimplikasi Tindak Pidana Korupsi*. Surabaya: Penerbit Laksbang Mediatama.
- Rahardjo, Satjipto. 2006. *Hukum dalam Jagad Ketertiban*, Jakarta: Penerbit UKI Press.
- Ridwan. 2014. *Diskresi dan Tanggungjawab Pemerintah*. Yogyakarta: Penerbit UII Press.
- Sudarto. 1983. *Hukum dan Perkembangan Masyarakat*. Bandung: Penerbit Sinar Baru.
- Utrecht. 1988. *Pengantar Hukum Administrasi Negara*. Surabaya: Penerbit Pustaka Tinta Emas.

Jurnal

R.B. Budi Prastowo, *Delik Formil/Materiil, Sifat Melawan Hukum Formil/Materiil dan Pertanggung-jawaban Pidana dalam Tindak Pidana Korupsi, Kajian Teori Hukum Pidana terhadap Putusan Mahkamah Konstitusi R.I. Perkara Nomor 003/PUU-IV/2006*, Jurnal Hukum Pro Justitia, 2006, Vol. 24, No. 3.

Peraturan Perundang-undangan

Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 292, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5601.

Undang-Undang Nomor 9 Tahun 2004 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2004 Nomor 35, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4380.

Surat Kabar

Diskresi atau Korupsi, *Harian Kompas*, 11 Agustus 2016

Internet

<http://nasional.kompas.com/read/2016/07/19/16291951/mendagri.minta.kepala.daerah.tak.takut.gunakan.anggaran>.

Erlyn Indarti, Diskresi dan Paradigma Sebuah Telaah Filsafat Hukum, Pidato Pengukuhan Guru Besar, Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, http://eprints.undip.ac.id/28180/1/Erlyn_Indarti.pdf.