

Volume 1, Nomor 1, Juni 2009

ISSN 2085-6644

# JURNAL CITA HUKUM

**JCH**

Diterbitkan oleh :  
Fakultas Hukum  
Dan  
Program Magister Ilmu Hukum  
Universitas Lambung Mangkurat

JCH	Volume 1	Nomor 1	Halaman 1 - 142	Banjarmasin Juni 2009	ISSN 2085-6644
-----	----------	---------	--------------------	--------------------------	-------------------

**JURNAL CITA HUKUM (JCH)**  
**ISSN 2085-6644**  
**Volume 1, Nomor 1, Juni 2009, hlm. 1-142**

---

Terbit dua kali setahun pada bulan Juni dan Desember. Berisi tulisan yang diangkat dari hasil penelitian, hasil pemikiran atau resensi buku yang berasal dari kajian-kajian hukum. ISSN 2085-6644

---

Jurnal Cita Hukum (JCH) merupakan perubahan nama dari Jurnal Orientasi (Majalah Pembinaan Pengembangan Hukum dan Kemasyarakatan), ISSN 0216-1592 yang diterbitkan Fakultas Hukum Universitas Lambung Mangkurat.

---

**Pelindung**

Dekan Fakultas Hukum Universitas Lambung Mangkurat  
Ketua Program Magister Ilmu Hukum Universitas Lambung Mangkurat

**Ketua Pengarah**

Rachmadi Usman, SH, MH.

**Ketua Penyunting**

H. Aberan, SH, MH.

**Sekretaris Penyunting**

Yulia Qamariyanti, SH, M.Hum.

**Anggota Penyunting**

Hj. Erlina, SH, MH.

M. Rifqinizamy, SH, LLM.

Rahmat Budiman, SH.

**Mitra Bestari :**

Dr.H.Abdurrahman, SH, MH. (Mahkamah Agung RI);

Prof. Dr. Abdullah Sulaiman, SH, MH. (Fakultas Hukum Universitas Islam Jakarta);

Prof.Dr.M.Arif Amrullah, SH, M.Hum. (Fakultas Hukum Universitas Jember);

Prof.Dr.H.M.Hadin Muhjad,SH,M.Hum.(Fakultas Hukum Universitas Lambung Mangkurat);

Dr. Ridwan Khairandy, SH, MH. (Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia);

Dr.Ahmad Ubbe, SH, MH. (Badan Pembinaan Hukum Nasional RI);

DR. Abdul Halim Barkatullah, SH, MH .(Fakultas Hukum Universitas Lambung Mangkurat);

Hj.Gusti Muzainah, SH, MH. (Fakultas Syariah IAIN Antasari Banjarmasin);

Djoni S. Gozali, , S.H., M.Hum.(Fakultas Hukum Universitas Lambung Mangkurat);

Tavinayati, SH, MH. .(Fakultas Hukum Universitas Lambung Mangkurat);

H. Ichsan Anwary, SH, MH. (Fakultas Hukum Universitas Lambung Mangkurat);

Diana Haiti, SH, MH. (Fakultas Hukum Universitas Lambung Mangkurat);

**Tata Usaha & Keuangan :**

Rolly Muliazi, S.Ag, MH;

Muhammad Eldy, A.Md;

Fakhrudin, SE;

Khjratin Ni'mah, SE.

**Alamat :**

Fakultas Hukum dan Program Magister Ilmu Hukum Universitas Lambung Mangkurat,

Jalan Brigjend H.Hasan Basry Banjarmasin 70123.

**Faximilie:** 0511-3305255. **Telpon:** 0511-3305255. 3305648

**Hp:** 081351323769/085249774568, **e-mail:** jurnalcitahukum\_unlam@yahoo.com

**DAFTAR ISI**

Susunan Pengelola	i
Daftar Isi	ii
Persepsi Pengusaha Industri Roti tentang Arti dan Fungsi Merek dalam Dunia Perdagangan di Kota Banjarmasin <i>Tavinayati</i> (Fakultas Hukum Universitas Lambung Mangkurat)	1-17
Perlindungan Hukum terhadap Pekerja Rumah Tangga Perempuan Subkontrak di Kota Banjarmasin <i>Syahrida, Diana Rahmawati dan Erlina</i> (Fakultas Hukum Universitas Lambung Mangkurat)	18-43
Perlindungan Hukum terhadap Hak Kekayaan Intelektual Kerajinan Tradisional Kain Sasirangan <i>Diana Rahmawati</i> (Fakultas Hukum Universitas Lambung Mangkurat)	44-67
Putusan Mahkamah Konstitusi Berkaitan dengan Penjelasan Pasal 2 ayat (1) Berkaitan dengan Penjelasan Pasal 2 Ayat (1) Undang-undang Nomor 31 Tahun 1999 <i>Mispansyah</i> (Fakultas Hukum Universitas Lambung Mangkurat)	68-85
Pengaruh Cara Berpikir Religiomagis dan Ajaran Islam Terhadap Hukum Adat di Indonesia <i>Rahmat Budiman</i> (Fakultas Hukum Universitas Lambung Mangkurat)	86-97
Perlindungan Hak Cipta Tradisional dan Penyelesaian Sengketa dalam Hukum Perdata Internasional <i>Rudy Indrawan</i> (Fakultas Hukum Universitas Lambung Mangkurat)	98-109
Beberapa Kesulitan dalam Menentukan Titik-titik Taut dalam Hukum Perdata Internasional <i>Werhan Asmin</i> (Fakultas Hukum Universitas Lambung Mangkurat)	110-123

Tanggung Jawab Sosial Perusahaan dan Tanggung Jawab Lingkungan Eksplorasi dan Eksploitasi <i>Akhmadi Yusran</i> (Fakultas Hukum Universitas Lambung Mangkurat)	124-138
Biodata Penulis	139
Indeks Pengarang	140
Pedoman Penulisan Jurnal Cita Hukum (JCH)	141

**PUTUSAN MAHKAMAH KONSTITUSI  
BERKAITAN DENGAN PENJELASAN PASAL 2 AYAT (1)  
UNDANG-UNDANG NOMOR 31 TAHUN 1999**

\*Mispansyah

\*mis\_pansyah.shmh.@yahoo.co.id., Fakultas Hukum Universitas Lambung Mangkurat,  
Banjarasin

**Abstract:** Decision Constitutional Court Number 003/ PUU-IV/2006 mentioned that Legal Material Defact component according elucidation article 2 pharagraph (1) I Act Number 31 of 1999 Corruption delict not force anymore. Constitutional Court in their consideration give opinion utility of Legal Material Defact component will rise legal uncertainty. Actually Constitution of 1945 mention follow to legal unwritten (values in society) so basicly existence of Legal Material Defact will garrantie legal certainty. Because this provision get legal implication against fairly value and definition corruption delict, couldn't reach fairness, and so conduct unbalance the third value in Law, certainty, utility and fairness. Legal implication relating definition of corruption delict in Act Number 31 of 1999 only adopt legal formil defact component, and that will cause legal empty in corruption delict

**Kata kunci :** Mahkamah Konstitusi, UU No.31 Th.1999, pemberantasan korupsi

Perubahan yang mendasar dalam Undang-undang Nomor 31 Tahun 1999 sebagaimana direvisi oleh Undang-undang Nomor 20 Tahun 2001 tentang Perubahan atas Undang-undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (selanjutnya disebut UU PTPK), adalah adanya aspek ajaran sifat melawan hukum materiil (*materiil wederrechtelijkheid*). Adanya ajaran sifat melawan hukum materiil dalam Undang-undang Nomor 31 Tahun 1999 tidak hanya menjadi suatu perdebatan oleh kalangan akademisi akan tetapi juga oleh para praktisi hukum, baik hakim, jaksa maupun pengacara.

Pada tanggal 25 Juli 2006 Mahkamah Konstitusi mengeluarkan putusan Nomor 003/PUU-IV/2006 yang menyatakan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat mengenai penjelasan Pasal 2 ayat (1) Undang-undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi sebagaimana direvisi dengan Undang-undang Nomor 20 Tahun 2001 tentang Perubahan atas Undang-undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2001 Nomor 134 Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4150), sepanjang frasa yang berbunyi:

Yang dimaksud dengan secara 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” dinyatakan oleh Mahkamah Konstitusi **tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat**. Mahkamah Konstitusi dalam pertimbangannya dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 003/PUU-IV/2006”.2006. Tanggal 25 Juli 2006 menganggap bahwa:

1. Pasal 28D ayat (1) Undang-undang Dasar 1945 mengakui dan melindungi hak konstitusional warga negara untuk memperoleh jaminan dan perlindungan hukum yang pasti, dengan mana dalam bidang hukum pidana diterjemahkan sebagai asas legalitas yang dimuat dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP, bahwa asas tersebut merupakan satu tuntutan akan kepastian hukum di mana orang hanya dapat dituntut dan diadili atas dasar suatu peraturan perundang-undangan yang tertulis (*lex scripta*) yang telah lebih dahulu ada;
2. Hal demikian menuntut bahwa suatu tindak pidana memiliki unsur melawan hukum, yang harus secara tertulis lebih dahulu telah berlaku, yang merumuskan perbuatan apa atau akibat apa dari perbuatan manusia secara jelas dan ketat dilarang, sehingga karenanya dapat dituntut dan dipidana, sesuai dengan prinsip *nullum crimen sine lege stricta*;
3. Konsep melawan hukum yang secara formil tertulis (*formele wederrechtelijk*) yang mewajibkan pembuat undang-undang, untuk merumuskan secermat dan serinci mungkin merupakan syarat untuk menjamin kepastian hukum (*lex certa*), atau yang dikenal juga dengan istilah *Bestimmtheitsgebot* (Mahkamah Konstitusi, 2006: 75).

Mahkamah Konstitusi dalam pertimbangannya menganggap bahwa, unsur melawan hukum materiil dianggap tidak memberikan kepastian hukum bagi masyarakat dalam perkara tindak pidana korupsi. Pertimbangan Putusan Mahkamah Konstitusi inilah yang menarik Penulis untuk untuk dibahas, karena unsur melawan hukum materiil dalam kajian hukum pidana memang tidak asing lagi untuk diperdebatan, baik di Indonesia maupun di negeri Belanda.

Beranjak dari latar belakang masalah di atas, maka yang ingin dikaji lebih mendalam adalah mengenai unsur melawan hukum materiil sebagai faktor yang menimbulkan ketidakpastian hukum dan implikasi yuridis tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat unsur melawan hukum materiil dalam rumusan tindak pidana korupsi.

## PEMBAHASAN

### Unsur Melawan Hukum Materiil Sebagai Faktor Yang Menimbulkan Ketidakpastian

Dalam rangka menjawab legal issue utama tersebut, maka perlu diuraikan mengenai keberadaan unsur melawan hukum formil dan unsur melawan hukum materiil dalam tindak pidana korupsi. Juga dikemukakan mengenai persamaan ajaran sifat melawan hukum dalam hukum pidana dan perbuatan melawan hukum dalam hukum perdata. Selanjutnya akan dibahas mengenai apakah unsur melawan hukum materiil sebagai faktor yang menimbulkan ketidak pastian hukum.

### Keberadaan Unsur Melawan Hukum Formil dan Unsur Melawan Hukum Materiel dalam Tindak Pidana Korupsi

Pembahasan mengenai keberadaan ajaran sifat melawan hukum formil dan melawan hukum materiel, tidak terlepas dari adanya aliran mazhab-mazhab dalam hukum yaitu aliran mazhab *Positivisme hukum* (hukum positif) yang melihat hukum dalam arti tertulis, aliran mazhab sejarah hukum, aliran mazhab *Sociological Jurisprudence*, yaitu hukum tidak hanya dalam undang-undang tetapi juga nilai-nilai peraturan dalam masyarakat (tertulis), juga mazhab realisme hukum (*Legal Realism*).

Teori Kelsen tentang Hukum Murni berinduk pada Neokantianisme; Positivisme Hukum dari H.L.A.Hart berkaitan dengan ajaran Rasionalisme Kritis dari Karl Popper yang juga menjadi inspirasi bagi Hans Albert dalam mengembangkan hukum empiris (Satjipto Rahardjo, 2006: 162). Kemudian H.L.A. Hart mengemukakan ciri dari mazhab positivisme hukum sebagai berikut:

1. Hukum hanyalah perintah penguasa;
2. Tidak ada hubungan mutlak antara hukum dan moral dan etika;
3. Analisa tentang konsepsi-konsepsi hukum dibedakan dari penyelidikan sejarah dan sosiologi;
4. Sistem hukum haruslah sistem yang logis, tetap dan bersifat tertutup yang diperoleh atas dasar logika, tanpa mempertimbangkan aspek sosial, politik, moral, maupun etik (Firman Muntaqo dalam Satjipto Rahardjo, 2006: 162).

Hans Kelsen mempertajam faham dari John Austin, dengan menyatakan bahwa hukum bukan saja harus dibersihkan dari anasir-anasir moral, akan tetapi juga dari anasir-anasir sosiologis, sebagaimana yang diajarkan oleh Mazhab Hukum Alam tentang persepsi hukum kebiasaan, serta konsepsi keadilan. Alur pikir Hans Kelsen, yang hendak memisahkan unsur non-hukum dari hukum dikenal dengan "Teori Hukum Murni (*the pure theory of law*)". (Soerjono Soekanto, 1980: 144-145).

Berdasarkan uraian di atas dapat ditarik pemahaman bahwa, penganut mazhab positivisme hukum, dari segi bentuk maka "hukum dilihat sebagai undang-undang", dari segi isi sebagai "perintah penguasa". Aliran mazhab positivisme hukum menurut Penulis dianut oleh ajaran sifat melawan hukum formil yang melihat bahwa, yang

dimaksud melawan hukum hanyalah melawan hukum dalam arti tertulis (undang-undang), dan ini tercantum dalam Pasal 1 ayat 1 KUHP yaitu asas legalitas.

Friederich Carl Von Savigny, Hendry Summer Mine dari mazhab sejarah hukum menolak pendapat itu. Kritik yang dilontarkan oleh aliran sejarah hukum terhadap positivisme hukum adalah bahwa, hukum tidak hanya sekedar dikeluarkan oleh penguasa publik dalam bentuk undang-undang, namun hukum adalah jiwa bangsa (*volkgeist*), yang isinya berupa aturan tentang kebiasaan hidup masyarakat (Firman Muntaqo dalam Satjipto Rahardjo, 2006: hal. 164). Menurut von Savigny menegaskan dalam ajarannya bahwa hukum itu tidak dibuat, tetapi tumbuh dan berkembang bersama masyarakat (Lili Rasjidi, 1988: 53). Di Indonesia van Vollenhoven, Ter Haar, serta tokoh-tokoh adat lainnya (Soerjono Soekanto, 1980: 42).

Mazhab *Sociological Jurisprudence* mengakomodir mazhab positivis dan sejarah hukum, tokohnya yaitu Eugen Ehrlich dan Roscoe Pound. Mazhab ini menyatakan bahwa, "hukum yang baik adalah hukum yang sesuai dengan hukum yang hidup dalam masyarakat. Rumusan demikian diintrodusir dalam rangka menemukan hubungan antara hukum dan masyarakat, antara hukum tertulis dengan hukum tidak tertulis yang bertujuan demi menghadirkan kepastian hukum dan *living law* (Lili Rasjidi dan IB Wyasa Putra, 1990: 83).

Roscoe Pound mengemukakan konsep "*law as a tool of social engineering*" (hukum sebagai alat untuk merubah masyarakat. Namun fungsi hukum sebagai alat untuk merubah masyarakat bukan atas dasar faham hukum positivis yang memaknakan hukum (*law*) sebagai peraturan perundang-undangan termasuk kebijaksanaan pemerintah (Firman Muntaqo dalam Satjipto Rahardjo, 2006: 166).

Uraian tersebut di atas memberikan gambaran, bahwa mazhab hukum sangat berpengaruh terhadap pemaknaan apa hukum itu, dari dan di mana hukum itu tumbuh, bagaimana hukum itu ditemukan, diciptakan, atau dirumuskan; bagaimana hubungan hukum dengan moral, etika, serta system social lainnya, termasuk mempengaruhi terhadap ajaran sifat melawan hukum materiel yang menurut Penulis lebih banyak dipengaruhi oleh *Sociological Jurisprudence* yang mengakomodir hukum tertulis (peraturan perundang-undangan) dengan hukum tidak tertulis (nilai-nilai yang berlaku di masyarakat).

Simon mengemukakan pengertian melawan hukum dalam arti formil, maksudnya suatu perbuatan melawan hukum adalah setiap perbuatan yang bertentangan dengan peraturan-peraturan yang tertulis saja (Indriyanto Seno Adji, 2006: 63). Pemahaman ini tidak sama dengan di Indonesia, karena Indonesia masih mengenal hukum tidak tertulis yaitu moralitas manusia itu sendiri, agama, kaidah-kaidah susila, kesopaan, adat dan kebiadaan. Hal inilah yang disebut sebagai sifat melawan hukum materiel.

Dalam Hukum Pidana melawan hukum materiel ini terbagi dua ajaran sifat melawan hukum yaitu ajaran Sifat Melawan Hukum Formiil yang berakhir pada kepastian, dan ajaran Sifat Melawan Hukum Materiel yang berakhir pada keadilan (Komariah Ernong Sapardjaja, 2002: 6).



Adanya perbedaan pandangan itu kelihatannya berkisar pada pemberian makna "materiel" dalam istilah "sifat melawan hukum materiel itu sendiri. Sebenarnya apabila diidentifikasi ada 2 (dua) pandangan mengenai pemahaman ini yaitu:

**Pertama** melihat makna "materiel" dari sifat perbuatan yang dilarang dalam perumusan delik tertentu (undang-undang), jadi yang dilihat secara materiel adalah "perbuatannya". **Kedua**, melihat makna "materiel" dari sudut sumber hukum, jadi yang dinilai secara materiel adalah "sumber hukumnya" (Barda Nawawi Arief, 2004: 2-4).

**Pandangan pertama**, pandangan ini bisa ditemui misalnya menurut D.Schaffmeister, Nico Keijer dan E.PH.Sutorius dalam bukunya "Hukum Pidana" yang mengungkapkan 4 (empat) makna yang berbeda-beda tetapi masing-masing sama mengenai sifat melawan hukum, yaitu:

1. Sifat melawan hukum umum, ini diartikan sebagai syarat umum untuk dapat dipidana yang tersebut dalam rumusan pengertian perbuatan pidana yaitu kelakuan manusia yang termasuk dalam rumusan delik, bersifat melawan hukum dan dapat dicela;
2. Sifat melawan hukum khusus, yaitu ada kalanya kata "bersifat melawan hukum" tercantum secara tertulis dalam rumusan delik, jadi sifat melawan hukum merupakan syarat tertulis untuk dapat dipidana, sifat melawan hukum menjadi bagian tertulis dari rumusan delik dinamakan sifat melawan hukum khusus atau "sifat melawan hukum faset";
3. Sifat melawan hukum formal, ini diartikan bahwa semua bagian yang tertulis dari rumusan delik telah terpenuhi, jadi semua syarat tertulis untuk dapat dipidana;
4. Sifat melawan hukum materiel, ini diartikan bahwa sifat melawan hukum berarti melanggar atau membahayakan kepentingan hukum yang hendak dilindungi oleh pembentuk undang-undang dalam rumusan delik tertentu (D. Schaffmeister N. Keijzer & E.Ph.R Sutorius, TN: 39).

**Pandangan kedua**, melihat makna "materiel" dari sudut sumber hukum, jadi yang dinilai secara materiel adalah "sumber hukumnya" menurut pandangan kedua ini, makna atau pengertian Sifat Melawan Hukum Formal dan Sifat Melawan Hukum Materiel sebagai berikut:

1. Sifat Melawan Hukum Formal diartikan identik dengan melawan hukum atau bertentangan dengan undang-undang atau kepentingan hukum (perbuatan maupun akibat) yang disebutkan dalam undang-undang, jadi "hukum" disamakan dengan Undang-Undang (*WET*). Oleh karena itu Sifat Melawan Hukum Formal identik dengan "*onwetmatige daad*";
2. Sifat Melawan Hukum Materiel, diidentikan sama dengan melawan hukum tidak tertulis atau hukum yang hidup ditengah masyarakat (*unwritten law the living law*), yaitu bertentangan dengan asas-asas kepatutan, nilai-nilai sosial yang hidup di masyarakat termasuk hukum adat, tata susila, jadi "hukum" tidak dimaknai dengan "*WET*", tetapi

dimaknai dengan "RECHT", oleh karena itu Sifat Melawan Hukum Materiel diidentikkan dengan "onrechtmatige daad" (Barda Nawawi Arief, 2004: 4).

Pada pandangan kedua inilah makna Sifat Melawan Hukum Materiel dibedakan dalam Sifat Melawan Hukum Materiel dalam fungsinya yang positif, dan Sifat Melawan Hukum dalam fungsinya yang negatif (Barda Nawawi Arief, 2004: 5). Di berbagai negara konsep Sifat Melawan Hukum Formil dan Materiel juga dijumpai dalam doktrin atau teori kepustakaan mereka, antara lain: Dalam KUHP Korea Pasal 20, KUHP Kanada Pasal 7 (3.76) tentang "crime against humanity" juga menurut *International Covenant on Civil and Political Rights* (ICCPR) Pasal 15 (Barda Nawawi Arif, 2004: 9).

Dalam Undang-Undang No.31 Tahun 1999 mengenai Sifat melawan hukum materiel dinyatakan dalam Penjelasan Pasal 2 ayat (1) bahwa:

Yang dimaksud dengan "secara melawan hukum" dalam Pasal ini mencakup perbuatan melawan hukum dalam arti formil maupun dalam arti materiel. 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.

Dari penjelasan undang-undang di atas, tampak jelas Undang-undang Nomor 31 Tahun 1999 yaitu:

1. Menganut ajaran Sifat Melawan Hukum formil dan Sifat melawan Hukum Materiel;
2. Menganut ajaran Sifat Melawan Hukum Materiel dalam fungsinya yang positif (mengadakan pidana) dengan kriteria bahwa perbuatan yang tidak diatur dalam perundang-undangan itu dipandang sebagai "perbuatan tercela" karena:
  - a. Tidak sesuai dengan rasa keadilan atau;
  - b. Tidak sesuai dengan norma-norma kehidupan sosial dalam masyarakat (Barda Nawawi Arief, 2005: 33).

Namun secara eksplisit dalam penjelasan di atas juga menganut sifat melawan Hukum materiel dalam fungsinya yang negatif (meniadakan pidana). Apabila dikaitkan dengan adanya dua pandangan yang dikemukakan terdahulu, dapat pula disimpulkan bahwa Undang-undang Nomor 31 Tahun 1999 termasuk dalam pandangan kedua, khususnya sifat melawan hukum materiel yang luas (fungsinya positif dan fungsinya negatif) tetapi terbatas hanya dalam tindak pidana korupsi.

#### **Persamaan Perbuatan Melawan Hukum dalam Hukum Perdata dan Unsur Melawan Hukum Materiel dalam Tindak Pidana Korupsi**

Berikutnya untuk menjelaskan bahwa hukum itu tidak hanya dalam bentuk undang-undang (tertulis), maka perlu diuraikan mengenai adanya persamaan antara perbuatan melawan hukum dalam hukum perdata dengan melawan hukum dalam

hukum pidana. Menurut Wirjono Prodjodikoro bahwa dalam penyebutan delik dalam hukum pidana, memiliki persamaan dengan perbuatan melawan hukum dalam hukum perdata. Ketentuan perbuatan melawan hukum yang disebut dalam Pasal 1365 KUH Perdata atau Pasal 1401 BW lama berasal dari Pasal 1382 Code Civil Perancis, kemudian Subekti menterjemahkannya dalam Pasal 1365 KUHPerdata yaitu: "Tiap perbuatan melanggar hukum yang membawa kerugian kepada seorang lain, mewajibkan orang yang karena salahnya menerbitkan kerugian itu, mengganti kerugian tersebut" (R. Subekti & Tjitrosudibio, 1970: 298).

Penafsiran perbuatan melawan hukum secara luas oleh *Hoge Raad* mulai diterapkan pada Tahun 1919, antara lain dapat dilihat dalam *Arrest* tanggal 31 Januari 1919 dalam perkara Lindenbaum melawan Cohen di mana *Hoge Raad* berpendapat bahwa perbuatan melawan hukum harus diartikan sebagai berbuat atau tidak berbuat yang bertentangan dengan atau melanggar:

1. Hak subyektif orang lain;
2. Kewajiban hukum pelaku;
3. Kaedah kesusilaan;
4. Kepatutan dalam masyarakat (Setiawan, 1987: 176).

Dari uraian tersebut di atas, setelah *Arrest Hoge Raad* tanggal 31 Januari 1919 para hakim-hakim pengadilan menafsirkan terhadap pelanggaran hukum perdata tidak saja meliputi pelanggaran terhadap undang-undang tetapi meliputi pula pelanggaran terhadap hukum tidak tertulis yang berlaku di dalam masyarakat, artinya mereka menafsirkan dalam arti luas.

Menurut Satochid Kartanegara bahwa arti "*wederrechtelijkheid*" sebenarnya sama dengan arti "*onrechtmatige*" dalam pengertian hukum perdata. Untuk menguatkan pendapat tersebut, para penganut paham "*wederrechtelijkheid*" menggunakan *Arrest Hoge Raad* Tanggal 13 Januari 1919 mengenai Pasal 1365 BW Indonesia (1401 BW Belanda), yaitu dalam *Arrest* tersebut yang dimaksud "*onrechtmatige daad*" tidak hanya perbuatan-perbuatan yang melanggar hak-hak subyektif orang lain dan bertentangan dengan kewajiban hukum dari pelaku, tetapi juga perbuatan-perbuatan yang bertentangan dengan kesopanan dan nilai pergaulan dalam masyarakat (Setiawan, 1987: 176). Demikian juga Pompe berpendapat bahwa pengertian "*onrechtmatige daad*" itu sama pengertiannya dengan "*wederrechtelijkheid*" dalam arti materiel (Setiawan, 1987: 30). Mengenai perbuatan melawan hukum dalam Hukum Pidana yaitu dalam Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP) pengertian sifat melawan hukum, dapat kita temukan dalam beberapa Pasal ada yang menyebutkan dengan berbagai macam, yaitu KUHP Pasal 430 dengan sebutan "melampaui kekuasaannya" Pasal 496, 510, dengan sebutan "tanpa izin" Pasal 303 dengan sebutan tanpa mendapat izin, Pasal 548, 549 dengan tanpa wenang, dan lain sebagainya, yang pada pokoknya rumusan kata-kata sebutan "melawan hukum" tidak selalu dicantumkan secara tegas dalam rumusannya.

Demikian disebutkan beberapa Pasal dalam KUHP mengenai unsur sifat melawan hukum, ataupun yang tidak dengan tegas menyebutkan sifat melawan hukum. Keterkaitan pengertian perbuatan melawan hukum dalam Hukum Perdata

dengan Hukum Pidana. Vos merumuskan putusan *Hoge Raad* Tahun 1919 kasus *Arrest Cohen-Lindenbaum* mengenai "onrechmatigedaad" yang pengertiannya sesuai dengan rumusan "Wederrechtelijkeheid" mendekati pengertian "onrechtmatige daad" dalam hukum perdata. Begitu juga menurut Komariah Emong Sapardjaja, arti melawan hukum di bidang tindak pidana korupsi tidak ada bedanya dengan melawan hukum dalam hukum perdata (Komariah Emong Sadardjaja, 2002: 35).

Dari uraian yang dikemukakan di atas bahwa perbuatan melawan hukum dalam arti luas menurut Hukum Perdata ataupun perbuatan melawan hukum secara materiel menurut Hukum Pidana dimana keduanya mempunyai persamaan pengertian, yaitu perbuatan-perbuatan yang bertentangan dengan norma kesopanan, ataupun juga bertentangan dengan nilai-nilai kepatutan dalam masyarakat, atau seperti yang disebutkan oleh Lobby Luqman sebagai perbuatan tercela menurut masyarakat (Indriyanto Seno Adji, 2006: 66).

Apabila diperhatikan juga di dalam hukum mengenai perbuatan melawan hukum ada istilah *Wet* dan ada istilah *Recht*, maka pengertian perbuatan melawan hukum (*Wet*) diartikan perbuatan melawan peraturan perundang-undangan (tertulis), apabila seseorang telah melakukan perbuatan melawan hukum tertulis, maka perbuatannya telah bersifat melawan hukum, karenanya dapat dipidana. Jadi lebih kepada melawan hukum formil. Sedangkan perbuatan melawan hukum (*Recht*) diartikan perbuatan yang bertentangan dengan norma kesopanan, kesusilaan dan nilai-nilai dalam masyarakat, jadi suatu perbuatan dipandang melawan hukum apabila dipandang tercela oleh masyarakat, sehingga disebut aliran hukum materiel. Sehingga *Rech* lebih luas dari *Wet* pengertiannya.

Sehingga dari pemaparan di atas dapat Penulis simpulkan bahwa ada persamaan mengenai konsep sifat perbuatan melawan hukum perdata dengan sifat melawan hukum dalam hukum pidana, hal ini bisa dilihat dari kasus *Hoge Raad* Tahun 1919 kasus *Arrest Cohen-Lindenbaum* mengenai "onrechmatigedaad" yang pengertiannya sesuai dengan rumusan "Wederrechtelijkeheid" mendekati pengertian "onrechtmatige daad" dalam hukum perdata, yaitu melawan hukum tidak hanya perbuatan melawan peraturan perundang-undangan dalam arti tertulis, tetapi juga melawan hukum terhadap nilai-nilai kesopanan, kesusilaan dan nilai-nilai yang dianggap tercela oleh masyarakat setempat.

### **Unsur melawan hukum materiel sebagai faktor yang menimbulkan ketidakpastian hukum dalam tindak pidana korupsi**

Berkaitan dengan putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 003/PUU-IV/2006 (2006: 75) yang memutuskan "tidak mempunyai kekuatan mengikat" unsur melawan hukum materiel dalam tindak pidana korupsi

Dengan pernyataan Mahkamah Konstitusi tersebut, bagi Penulis menimbulkan persoalan apakah unsur melawan hukum materiel sebagai faktor yang menimbulkan ketidakpastian hukum dalam tindak pidana korupsi? Dasar yang dijadikan oleh Mahkamah Konstitusi adalah karena unsur melawan hukum materiel bertentangan dengan asas legalitas, pandangan ini sangat dipengaruhi oleh mazhab positivis.

Dengan pemikiran tersebut, maka pada abad XIX lahir di daratan Eropa Barat faham tentang yang dikenal dengan faham kodifikasi atau juga mazhab positivis sebagaimana dijelaskan dalam pembahasan di atas. Faham ini ringkasnya berpendirian bahwa suatu bidang hukum tertentu dapat dituangkan ke dalam wujud tertulis (Mahkamah Konstitusi, 2006: 118). Diantara penulis-penulis yang mengkritisi faham kodifikasi yaitu Eugen Ehrlich dengan memperkenalkan ajaran "*Sociologische Jurisprudenz*" (Mahkamah Konstitusi, 2006: 123). Mazhab *Sociological Jurisprudence* yang menggabungkan hukum tertulis dan hukum yang hidup dalam masyarakat.

Bilamana diperhatikan bagian Pembukaan dan bagian Penjelasan yang mengenai Penjelasan Umum Undang-Undang Dasar 1945 (UUD 1945), di situ akan terbuka gambaran tentang bagaimana sistematika pemikiran hukum menurut UUD 1945 tersebut (Moh. Koesno, 1994: 110).

Bagian pertama, adalah penuangan ilmiah tentang apa yang dinamakan Hukum Dasar. Tentang Hukum Dasar itu dalam aliran pikiran yang dianut oleh UUD 1945 dibedakan dalam tiga hal yaitu: Pertama, jiwa Hukum Dasar, Kedua Hukum Dasar yang keadaannya adalah tidak tertulis, dan Ketiga ialah Hukum Dasar yang berada dalam keadaan tertulis. Kedua macam bentuk Hukum Dasar tersebut terakhir itu bergantung kepada jiwa Hukum Dasar yang disebut di dalam Penjelasan UUD 1945 sebagai suasana kebatinan atau dengan istilah asing disebut "*Geistliche Hintergrund*" (Moh. Koesno, 1994: 111).

Bagian kedua dari Penjelasan tersebut merumuskan secara garis pokok apa yang menjadi butir-butir isi, kedudukan serta peranan dari *Rechtsidee* yang dianut. Atas dasar Penjelasan Umum itu dapat diketahui tentang apa arti dan peranan dari UUD 1945. Bagi *Rechtsidee* kita UUD 1945 adalah merupakan Garis-Garis Besar instruksi yang bersumber pada Hukum Dasar kita mengenai tugas-tugas dan kewajiban Penyelenggara Negara dan Pemerintah. Dengan demikian dapatlah dikatakan bahwa UUD 1945 adalah hanya sebagian kecil saja dari Hukum Dasar. Karenanya UUD 1945 tunduk kepada Hukum Dasar Tidak Tertulis yang selanjutnya tunduk kepada *Rechtsidee* kita. (Moh. Koesno, 1994: 111). Sehingga dengan demikian UUD 1945 sebenarnya mengakui dan menerapkan hukum tidak tertulis disamping hukum tertulisnya (Moh. Koesno, 1994: 111).

Berdasarkan penjelasan umum UUD 1945 maka sebenarnya konstitusi Republik Indonesia mengakui keberadaan hukum tidak tertulis, bahkan mengharuskan ketundukan dengan UUD 1945, namun Penulis tidak bisa memahami mengapa Mahkamah Konstitusi menganggap bahwa Pasal 2 ayat 1 dan Penjelasan yang menimbulkan ketidakpastian hukum dan asas legalitas.

Mahkamah Konstitusi agaknya menterjemahkan kepastian hukum dengan asas legalitas dalam hukum pidana, sehingga menafsirkan bahwa Ajaran sifat melawan hukum materiel menimbulkan ketidakpastian hukum, padahal UUD 1945 menegaskan bahwa hukum dasar juga harus tunduk kepada hukum tidak tertulis, dengan demikian sebenarnya UUD 1945 mengakui hukum tidak tertulis termasuk sifat melawan hukum materiel.

Menurut Penulis seharusnya Mahkamah Konstitusi melihat kembali Penjelasan umum UUD 1945 yang mengakui keberadaan hukum tidak tertulis, sebagaimana dikemukakan oleh Moh. Koesno yaitu Tentang Hukum Dasar itu dalam aliran pikiran yang dianut oleh UUD 1945 dibedakan dalam tiga hal yaitu: **Pertama**, jiwa Hukum Dasar, **Kedua** Hukum Dasar yang keadaannya adalah tidak tertulis, dan **Ketiga** ialah Hukum Dasar yang berada dalam keadaan tertulis. Oleh karena itu menurut Penulis kalau hanya memahami undang-undang tertulis saja, berarti kembali kepada pemikiran abad ke-19 masa aliran positivisme hukum.

Pengakuan atau pemberian tempat kepada hukum yang hidup atau hukum tidak tertulis sebagai sumber hukum itu, bahkan ditegaskan pula dalam aturan yang bersifat umum, yaitu dalam Pasal 18 B ayat (2) UUD 1945 amandemen ke-2, UU Kekuasaan Kehakiman Nomor 14 Tahun 1970 (yang mencabut UU Nomor Tahun 1964) yang kemudian mengalami perubahan berdasar UU Nomor 35 Tahun 1999 Pasal 23 ayat (1) dan direvisi dengan UU No. 4 Tahun 2004 Pasal 25 ayat (1).

Seharusnya Mahkamah Konstitusi dapat memahami dan membedakan antara "peraturan/undang-undang" (*gesetz, wet, rule*) dengan "kaidah" (*recht, norm*) maka yang peraturan (*gesetz, wet, rule*) lebih mengarah pada peraturan perundang-undangan dan ini dalam arti hukum tertulis saja, sedangkan kaidah/hukum di dalamnya termasuk undang-undang (dalam arti tertulis) juga hukum yang berlaku di masyarakat atau aturan tidak tertulis. Dengan demikian unsur melawan hukum materiil itu termasuk dalam hukum/kaidah yang tidak tertulis, dan Penulis menyimpulkan dengan diberlakukannya unsur melawan hukum materiil akan tetap terwujud kepastian hukum.

Mahkamah Konstitusi seharusnya tidak memutuskan tidak mengikat secara hukum unsur melawan hukum materiil. Dengan dikeluarkannya keputusan tersebut menurut penulis sama saja tidak memberlakukannya, karena menyatakan tidak mengikat secara hukum, dimana bagi aparat penegak hukum (polisi, jaksa dan hakim) yang berpikiran legalistik dan cenderung mempertahankan status quo, maka mereka akan mengacu pada pendapat Mahkamah Konstitusi, daripada mereka (polisi, jaksa, hakim) diminta untuk menggali hukum yang hidup ditengah masyarakat.

Berdasarkan uraian di atas, dapat disimpulkan bahwa penggunaan unsur melawan hukum materiil dalam fungsinya yang positif ataupun negatif, dalam tindak pidana korupsi tidak akan mengakibatkan ketidakpastian hukum, karena sebenarnya dalam Penjelasan UUD 1945 memberikan penegasan pengakuan hukum tidak tertulis, dan dalam teori hukum kepastian hukum tidak identik dengan kepastian undang-undang (*wet, rule, gezets*) tetapi yang dimaksud adalah kepastian hukum yaitu (*recht, norm*) yaitu baik hukum tertulis maupun tidak tertulis yaitu nilai-nilai yang hidup di tengah masyarakat.

## Implikasi Yuridis Tidak Mempunyai Kekuatan Hukum Mengikat Terhadap Unsur Melawan Hukum Materiil Dalam Rumusan Tindak Pidana Korupsi

**Peranan unsur melawan hukum materiil dalam tindak pidana korupsi.**

Berikutnya Penulis uraikan mengenai penggunaan sifat melawan hukum materiil dalam tindak pidana korupsi di Indonesia. Namun penggunaan sifat melawan hukum materiil di Indonesia terbagi dua yaitu dalam fungsinya yang positif dan dalam fungsinya yang negatif.

Kasus putusan hakim yang menggunakan sifat melawan hukum materiil dalam fungsinya yang positif (untuk memidana/menghukum) yaitu: **Pertama, kasus SIAB** (Sisa Anggaran Belanja) yaitu dalam putusan Mahkamah Militer Tinggi (Mahmilti) II Jawa Bagian Barat, tanggal 21 Desember 1978, terhadap Letjen Polisi Drs.Siswadi. Kedua, Kasus Samadikun Hartono (Putusan Mahkamah Agung RI0 sebagai Presiden Komisaris PT. Bank Modern Tbk, bersama-sama dengan Bambang Trianto Dalam kasus Samadikun Hartono tersebut Mahkamah Agung telah merumuskan yaitu diterimanya patokan adanya unsur melawan hukum materiil dalam fungsinya yang positif yaitu demi memenuhi tuntutan keadilan, jadi unsur melawan hukum materiil dimaknai dalam arti luas.

Adapun mengenai penggunaan unsur melawan hukum dalam fungsinya yang negatif (sifatnya untuk menghilangkan pidana), diuraikan dalam beberapa kasus berikut ini: **Pertama, Kasus Penyalahgunaan DO Gula** dengan terdakwa Machroes **Kasus Ketiga**, yaitu dikenal dengan **Korupsi di Bank Bumi Daya** yang dilakukan oleh Endang Widjaja Kasus Keempat, dikenal dengan sebutan Kasus Reboisasi Hutan dengan terdakwa Ir. Moch.Otjo Danaatmadja bin Danaatmadja. Berdasarkan pemaparan di atas dapat disimpulkan bahwa dalam Yurisprudensi di Indonesia dikenal adanya dua ajaran sifat melawan hukum materiil yaitu dalam fungsinya yang positif dan negatif.

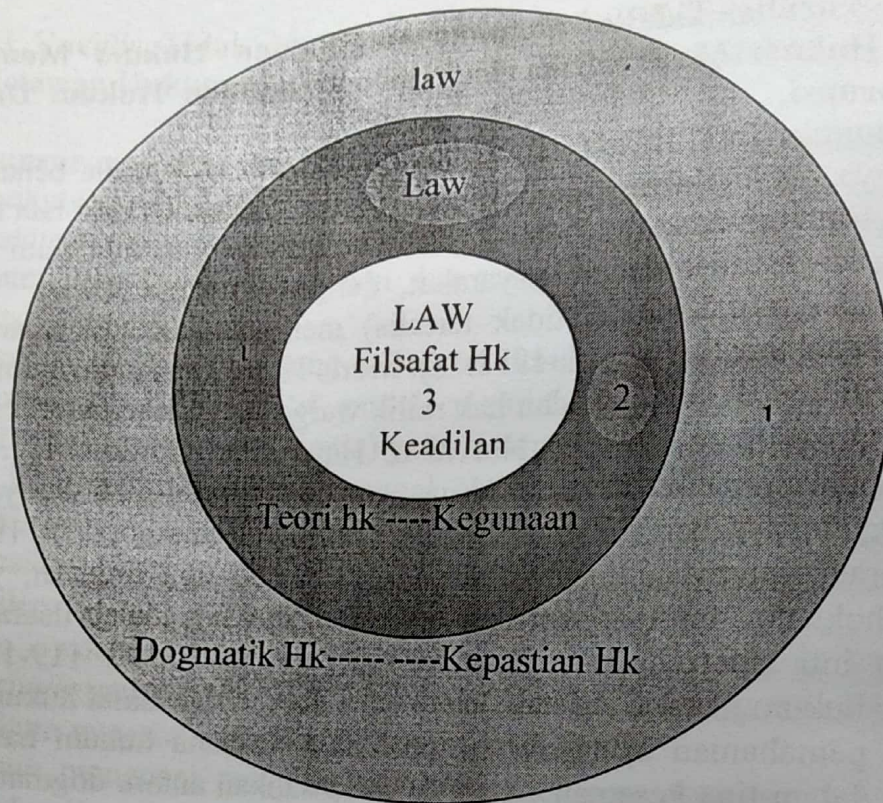
Tindak Pidana Korupsi adalah kejahatan luar biasa dan sudah tersistemik dan meluas, sehingga kejahatannya dikategorikan kejahatan luar biasa *Extra Ordinary Crimes* dimana termasuk dalam kejahatan kerah putih *White Collar Crimes*, dimana kejahatan ini dilakukan oleh orang-orang yang mempunyai intelektualitas yang baik, dan kejahatan ini telah merusak sendi-sendi kehidupan berbangsa dan bernegara, dan kejahatan ini telah merusak sendi-sendi kehidupan berbangsa dan bernegara, dan Penulis melihat bahwa dimuatnya Penjelasan Pasal 2 ayat (1) bahwa yang dimaksud "melawan hukum" yaitu baik yang melawan hukum formil maupun melawan hukum materiil, maka terlihat bahwa keinginan pembentuk undang-undang, untuk menjerat pelaku tindak pidana korupsi dengan luar biasa, tidak seperti penanganan pelaku kejahatan biasa *Blue Collar Crimes*. Sehingga sangat jelas bahwa dimuatnya unsur melawan hukum materiil untuk menjerat kejahatan luar biasa termasuk korupsi.

Berdasarkan pemaparan di atas keberadaan unsur melawan hukum materiil dalam tindak pidana korupsi, sebagai alat untuk mencegah tindak kejahatan luar biasa dalam hal ini Tindak Pidana Korupsi, yang telah memberikan dampak luas, tidak hanya merugikan negara tetapi juga telah merusak sendi-sendi perekonomian masyarakat, sehingga penanganannya-pun dengan luar biasa.

### **Implikasi Yuridis Tidak Mempunyai Kekuatan Hukum Mengikat Unsur Melawan Hukum Materiil Terhadap Nilai Keadilan Hukum Dalam Tindak Pidana Korupsi.**

Menurut John Rawls bahwa hukum menjadi adil apabila benar-benar dalam penerapannya sesuai dengan **jiwa** (ditulis tebal oleh Penulis) dari tata hukum positif, jadi tujuan hukum adalah keadilan. Keadilan terpenuhi apabila terjadi keseimbangan antar institusi-institusi dalam masyarakat, dengan memperhatikan pertimbangan-pertimbangan moral (hukum tidak tertulis) mengenai keadilan dan ketidakadilan (Putusan Mahkamah Agung RI, 1978:16). Moris Hawkins, menyatakan tujuan hukum adalah perlindungan kehidupan dan hak milik warganegara serta terciptanya ketertiban umum dan kesopanan (Morris, Norval & Hawkins, Gordon, 1959: 26). Menurut Gustav Radbrug bahwa hukum itu harus memenuhi nilai-nilai dasar yaitu : kepastian hukum, kegunaan dan keadilan hukum (Satjipto Rahardjo, 1991: 19). Begitu juga dengan paradigma dalam ajaran Ilmu hukum ada tiga lingkaran, yaitu lingkaran dogmatik hukum, teori hukum dan lingkaran terakhir adalah Filsafat Hukum yang merupakan inti dari hukum (Bernard Arief Sidharta, 2000: 119-120). Nilai-nilai spritualitas hukum justru terletak dalam teori hukum dan filsafat hukum tersebut, oleh karenanya pemahaman aparaturnya penegak dan pelaksana hukum harus menjadikan hukum itu dalam tiga kesatuan yang tidak terpisahkan antara dogmatik hukum, teori hukum dan filsafat hukum. Antony Allot juga menunjukkan bahwa hukum itu harus dipahami dalam tiga tataran yaitu *LAW, Law, law*. *LAW* hukum dalam arti luas dimensi asas dan moralitas dalam hukum, *Law* adalah dalam arti perundang-undangan, sedangkan *law* adalah hukum dalam tarap implementasi kebijakan (Bruggink, JJH, 1996: 120). sebagai ilustrasi dari keseimbangan hukum akan Penulis gambarkan berikut ini:





Gambaran Ilustrasi keseimbangan di atas dapat Penulis jelaskan bahwa, struktur dalam ilmu hukum itu ada tiga (3) lingkaran yaitu Dogmatik hukum yaitu lingkaran ke-1 hukum dalam arti sempit yaitu Peraturan perundang-undangan (*law*), lingkaran ke-2 yaitu teori hukum atau (*Law*) dan lingkaran ke-3 adalah Filsafat Hukum yaitu Hukum dalam arti luas (*LAW*) tidak hanya hukum dalam arti tertulis (undang-undang) juga meliputi hukum tidak tertulis.

Versi yang lain dari aspek fungsi hukum juga ada tiga, yaitu lingkaran ke-1 adalah Kepastian Hukum yaitu disini berkenaan dengan asas legalitas yang diidentikan dengan kepastian undang-undang, namun Penulis lebih cenderung kepada kepastian hukum (tidak hanya tertulis juga tidak tertulis) bukan undang-undang saja (tertulis). Lingkaran ke-2 adalah Kegunaan hukum dan lingkaran ke-3 adalah Keadilan. Ketiga lingkaran tersebut sebenarnya saling melengkapi, sehingga tercipta keseimbangan hukum.

Dengan dikeluarkannya putusan pada tanggal 25 Juli 2006 oleh Mahkamah Konstitusi Nomor 003/PUU-IV/2006, yang menyatakan tidak mengikat mengenai penjelasan Pasal 2 ayat (1) Undang-undang Nomor 31 Tahun 1999. Maka dapat ditarik kesimpulan, implikasi yuridis terhadap nilai keadilan dalam tindak pidana korupsi tidak akan terwujud dan menghilangkan keadilan hukum yang diinginkan, karena hukum itu tidak hanya dalam pengertian tertulis (undang-undang) tetapi juga hukum yang hidup ditengah masyarakat. Sehingga dengan dinyatakan tidak mengikat maka para hakim akan cenderung memutus perkara korupsi hanya dalam artian formil

dan akan mengabaikan nilai keadilan hukum, dan akan tetap pada *status quo*, dan tidak akan melahirkan hakim yang progresif.

### Implikasi Yuridis Tidak Mempunyai Kekuatan Hukum Mengikat Unsur Melawan Hukum Materiil Terhadap Rumusan Tindak Pidana Korupsi.

Berbicara mengenai implikasi yuridis tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat (menurut penulis pencabutan) unsur melawan hukum materiil terhadap rumusan tindak pidana korupsi. Maka perlu dijelaskan mengenai rumusan tindak pidana korupsi dalam beberapa ketentuan undang-undang tindak pidana korupsi yang pernah berlaku. Undang-undang Nomor 24 Prp Tahun 1960 hanya mengenal unsur "melakukan kejahatan dan pelanggaran". Undang-undang Nomor 3 Tahun 1971 memuat unsur melawan hukum (formil dan materiil).

Dalam Undang-undang Nomor 31 Tahun 1999 secara tegas menyebutkan "unsur melawan hukum", sebagai bagian inti (*bestanddeel*) delik. Dengan sendirinya melawan hukum harus tercantum di dalam surat dakwaan, sehingga harus dibuktikan adanya "melawan hukum". Jika tidak dapat dibuktikan, putusannya adalah bebas. Selanjutnya yang dimaksud dengan melawan hukum secara formil ialah apabila seluruh bagian inti delik sudah dipenuhi atau dapat dibuktikan, dengan sendirinya dianggap perbuatan itu telah melawan hukum. Sebaliknya, arti melawan hukum secara materiil ialah bukan saja perbuatan yang bertentangan dengan undang-undang, melainkan juga perbuatan yang bertentangan dengan kepatutan, kelaziman di dalam pergaulan masyarakat dipandang sebagai perbuatan melawan hukum. Jadi, seperti dikatakan oleh Pompe, pengertiannya sama dengan melanggar hukum (*onrechtmatig*) di dalam hukum perdata sebagaimana halnya dalam *Arrest Hoge Raad* Tanggal 31 Januari 1919 yang terkenal yaitu *Cohen-Lindenbaum*. Menurut Ter Heyde (Guru Besar Sosiologi Hukum di Belanda) penerapan melawan hukum materiil, yang melakukan pendekatan secara sosiologis, memperluas pengertian unsur melawan hukum materiil (*materiële wederrechtelijkheid*), (Bruggink, JJH, 1996: 127).

Meskipun ajaran sifat melawan hukum materiil terbagi dalam fungsinya yang positif dan negatif, tetapi Yurisprudensi Indonesia menafsirkan unsur "melawan hukum" secara sosiologis, tetapi diterapkan secara Positif dan Negatif, yang meliputi melawan hukum formil maupun materiil. Memang diakui berdasarkan pengertian melawan hukum secara materiil yang negatif itu menjadi (penghapus pidana) /alasan pembenar/pemaaf yang tidak tertulis. Pendapat ini dituangkan dalam Putusan Mahkamah Agung dalam perkara korupsi. Kasus Machrus Effendi (kasus DO Gula) Putusan MA tanggal 8 Januari 1966 No 42K/Kr/1965, kasus korupsi Otto Danaatmadja tanggal 30 Maret 1977 Putusan Mahkamah Agung No 81 K/Kr/1973, kasus dokter hewan dengan terdakwa I Gede Sudana Putusan Mahkamah Agung No 43 K/Kr/1973, Kasus Korupsi di Bank Bumi Daya terdakwa R.S.Natalegawa tanggal 15 Desember 1983.

Namun ada juga hakim yang menerapkan melawan hukum materiil dalam fungsinya positif yang menghukum (memidana) terdakwa berdasarkan ketentuan hukum tidak tertulis, yaitu dalam Kasus SIAB (Sisa Anggaran Belanja) yaitu dalam

putusan Mahkamah Militer Tinggi (Mahmilti) II Jawa Bagian Barat, tanggal 21 Desember 1978, terhadap Letjen Polisi Drs.Siswadi. Mahkamah militer. Kemudian dalam kasus Samadikun Hartono tersebut Mahkamah Agung telah merumuskan yaitu diterimanya patokan adanya unsur melawan hukum materiil dalam fungsinya yang positif yaitu demi memenuhi tuntutan keadilan, jadi unsur melawan hukum materiil dimaknai dalam arti luas.

Dengan keluarnya Putusan Mahkamah Konstitusi mengenai tidak mengikatnya unsur melawan hukum materiil dalam tindak pidana korupsi, maka telah mengakibatkan berubahnya rumusan Pasal 2 ayat 1 dan penjelasannya, maka rumusan itu hanya menganut melawan hukum formil saja. Sehingga rumusan dalam Undang-undang Nomor 31 Tahun 1999 hanya dalam arti sempit yaitu unsur melawan hukum dalam arti formil, yang mengakibatkan kekosongan hukum, karena sebenarnya unsur melawan hukum materiil dalam ajarannya, terbagi dua yaitu dalam fungsinya yang positif (mengadakan pidana) dan negatif (meniadakan pidana).

## **SIMPULAN DAN SARAN**

### **Simpulan**

Penggunaan unsur melawan hukum materiil baik dalam fungsinya yang positif maupun negatif dalam tindak pidana korupsi tidak akan mengakibatkan ketidakpastian hukum, karena yang dimaksud hukum (tidak hanya tertulis tetapi juga tidak tertulis) dimana dalam hukum perdata dan pidana mempunyai titik persamaa memahami Perbuatan Melawan Hukum dan unsur melawan hukum, begitu juga Undang-Undang Tindak Pidana Korupsi mengakui adanya unsur melawan hukum materiil. Dalam Konstitusi UUD 1945 juga mengakui keberadaan hukum tidak tertulis, dengan demikian kepastian hukum tidak identik dengan kepastian undang-undang (*wet, rule, gezets*) tetapi yang dimaksud adalah kepastian hukum yaitu (*recht, norm*) yaitu baik hukum tertulis maupun tidak tertulis yaitu nilai-nilai yang hidup di tengah masyarakat.

Unsur melawan hukum materiil dalam tindak pidana korupsi, berperan untuk meminimalisir tindak pidana korupsi. Dengan putusan Mahkamah Konstitusi yaitu tidak mempunyai kekuatan hukum mengikatnya penjelasan Pasal 2 ayat (1) Undang-undang Nomor 31 Tahun 1999 terhadap nilai keadilan, maka akan menyebabkan aparat penegak hukum mengabaikan keadilan hukum. Bagi rumusan tindak pidana korupsi, akan mengakibatkan berubahnya rumusan Pasal 2 ayat 1 Undang-undang Nomor 31 Tahun 1999 hanya dalam arti sempit yaitu unsur melawan hukum dalam arti formil, pemikiran ini kembali ke abad ke-19 silam.

### **Saran**

Meskipun Mahkamah Konstitusi telah memutuskan tidak mengikatnya Penjelasan Pasal 2 ayat (1) yang menjelaskan unsur melawan hukum materiil dalam tindak pidana korupsi, hendaknya para aparat penegak hukum (polisi, jaksa, KPK, dan

Hakim), dalam menangani tindak pidana korupsi tetap memperhatikan dan menerapkan penjelasan Pasal 2 ayat 1 sebelum diputus Mahkamah Konstitusi, karena dalam hukum pidana yang dicara adalah kebenaran materiil.

Aparat penegak hukum (polisi, jaksa, KPK dan Hakim) Dalam menangani perkara korupsi hendaknya menyeimbangkan nilai kegunaan, kepastian dan keadilan, bukan mengalahkan salah satu nilai tersebut, yaitu ketika kepastian yang ditonjolkan kemudian keadilan yang dikalahkan, atau ketika keadilan ditonjolkan lalu kepastian dikesampingkan, melainkan harus seimbang, dimana didalam putusan ada kepastian, kegunaan, dan keadilannya.

Hendaknya komposisi Anggota Mahkamah Konstitusi yang direkrut juga terdapat dari kalangan ahli hukum pidana yang dikenal bersih, dan komitmen penegakan hukum, sehingga tidak akan terjadi lagi kekeliruan dalam memahar unsur melawan hukum materiel dalam hukum pidana.

## REFERENSI

- Abdussalam. 2006. *Prospek Hukum Pidana Indonesia dalam Mewujudkan Rasa Keadilan Masyarakat*. Jakarta: Restu Agung.
- Agustina, Rosa, 2003. *Perbuatan Melawan Hukum*. Jakarta: Fakultas Hukum Universitas Indonesia.
- Arief, Barda, Nawawi. 2005. *Pembaharuan Hukum Pidana Dalam Perspektif Kajian Perbandingan*. PT. Citra Aditya Bakti..
- , 2005. *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*. PT. Citra Aditya Bakti.
- Brugging, 1996. *Refleksi tentang Hukum (terjemahan)*, Citra Aditya Bakti, Bandung.
- Djojodirdjo, Moegni. 1982. *Perbuatan Melawan Hukum*. Jakarta: Pradnya Paramita.
- Enschede, CH.J. & A. Heijder Dalam buku Indriyanto Seno Adji. 2006. *Korupsi Kebijakan Aparatur Negara & Hukum Pidana*. Jakarta: CV. Diadit Media.
- Friedmann W. (terjemah) oleh Sylviana Murni. 1990. *Teori dan Filsafat Hukum*. Jakarta: Rajawali Press.
- Hamzah, Andi. 2005, *Pemberantasan Korupsi Melalui Hukum Pidana Nasional dan Internasional*, Jakarta:RadjaGrafindo Persada.
- Ibrahim, Jhonny, 2005. *Teori dan Metode Penelitian Hukum Normatif*. Malang: Bayumedia.
- Kelsen, Hans (Terjemahan). 2006. *Teori Hukum Murni, Dasar-Dasar Ilmu Hukum Normatif*. Bandung: Nusamedia & Nuansa.
- Kelsen, Hans. (*General Theory of Law and State*) Somardi (Terjemahan). 2007. *Teori umum Hukum dan Negara (Dasar-dasar Ilmu Hukum Normatif Sebagai Ilmu Hukum Deskriptif-Empirik*. Jakarta: BEE Media Indonesia.
- Mertokusumo, Sudikno 1991. *Mengenal Hukum (Suatu Pengantar)*. Yogyakarta: Liberty.
- Moelyatno. 1987. *Asas-Asas Hukum Pidana*. Jakarta: Bina Aksara.

- N.E, Algra. & K. Van Duyvendijk (Terjemahan) oleh J.C.T. Simorangkir & H. Boerhanoeddin Soetan Batoeah. 1983. *Mula Hukum (Rechtsaanvang)*. Jakarta: Bina Cipta.
- Nitibaskara, Tb. Rahman, 2006. *Tegakkan Hukum Gunakan Hukum*. Jakarta: Nitibaskara, Tb. Rahman, 2006. *Tegakkan Hukum Gunakan Hukum*. Jakarta:
- Nitibaskara, Tb. Rahman, 2006. *Tegakkan Hukum Gunakan Hukum*. Jakarta:
- Poernomo, Bambang 1981. *Asas-Asas Hukum Pidana*. Yogyakarta: Ghalia Indonesia.
- Poerwadarminta. 1976. *Kamus Umum Bahasa Indonesia*. Jakarta: PN Balai Pustaka.
- Poerwadarminta, W.J.S. 1985, *Kamus Umum Bahasa Indonesia*, Jakarta: Balai Pustaka.
- Prodjodikoro, Wirdjono. 1986. *Asas-asas Hukum Pidana di Indonesia*. Bandung: Eresco.
- Rahardjo, Satjipto. 2006. *Membedah Hukum Progresif*. Jakarta: Penerbit Buku KOMPAS
- Rammelink, Jan. 2003. *Komentar Atas Pasal-Pasal Terpenting dari KUHP Belanda dan Padanannya Dalam KUHP Indonesia*. Jakarta: PT. Gramedia Pustaka Utama.
- Rawls, Jhon.(Terjemahan). 2006. *Teori Keadilan (A Theory of Justice)*. Yogyakarta: Pustaka Pelajar.
- Schaffmeister, D., N. Keijzer & E.Ph.R. Sutorius, 1995. *Hukum Pidana, Konsorsium Ilmu Hukum, Departemen P & K*, Yogyakarta: Liberty.
- Sapardjaja, Ny.Komariah Emong 2002. *Ajaran Sifat Melawan Hukum Materiel dalam Hukum Pidana Indonesia*. Bandung : Alumni.
- Seno Adji, Indriyanto, 2006. *Korupsi, Kebijakn Aparatur Negara dan Hukum Pidana*, Jakarta: CV. Diadit Media
- Sidarta, Bernard Arief. 2000. *Refleksi Tentang Struktur Ilmu Hukum (Sebuah Penelitian tentang Fundasi Kefilsafatan dan Sifat Keilmuan Ilmu Hukum Sebagai landasan Pengembangan Ilmu Hukum Nasional Indonesia*. Bandung: CV. Mandar Maju.
- Termoshuizen, Marjanne "Asas Legalitas dalam Hukum Pidana Indonesia –Belanda". 2006. *Makalah* disampaikan pada acara Refreshing Course Guru Besar Hukum Pidana Indonesia-Belanda tanggal 6-7 April 2006 di Banjarmasin, Fakultas Hukum Unlam.

### **Bahan Jurnal Ilmiah /Majalah/Buletin/Surat Kabar**

- Arief, Barda Nawawi. "Konsep Ajaran Sifat Melawan Hukum Materiel dalam Hukum Pidana". 6-7 Mei 2004. *Makalah* Disampaikan pada Seminar Nasional Aspek Pertanggungjawaban Pidana dalam Kebijakan Publik dari Tindak Pidana Korupsi Kerjasama Kejaksaan Agung RI & FH UNDIP. Semarang: Kerjasama Kejaksaan Agung RI & FH UNDIP. Hal. 2-4

### **Peraturan Perundang-undangan**

- Undang-undang Dasar Republik Indonesia 1945

- Kitab Undang-undang Hukum Pidana
- Kitab Undang-undang Hukum Perdata
- Undang-undang Republik Indonesia Nomor 24 (Prp) Tahun 1960 tentang *Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi*
- Undang-undang Republik Indonesia Nomor 3 Tahun 1971 tentang *Tindak Pidana Korupsi*
- Undang-undang Republik Indonesia Nomor 28 Tahun 1999 tentang *Penyelenggaraan Negara yang Bersih dan Bebas dari Korupsi, Kolusi dan Nepotisme*
- Undang-undang Republik Indonesia Nomor 31 Tahun 1999 Tentang *Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi*;
- Undang-undang Republik Indonesia Nomor 20 Tahun 2001 Tentang *Perubahan atas Undang-Undang 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi*;
- Undang-undang Republik Indonesia Nomor 30 Tahun 2002 tentang *Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi*
- Undang-undang Republik Indonesia Nomor 24 Tahun 2003 tentang *Mahkamah Konstitusi*
- Peraturan Pemberantasan Korupsi Penguasa Perang Pusat (Angkatan Darat dan Laut) Nomor Prt/Peperpu/013/1958

