

Editor: Dr. H.S. Tisnanta, S.H., M.H.

TRIBUTE FOR

Prof. Abdulkadir Muhammad, S.H.

Jalan Sunyi

Sang Guru

Mendidik Dengan Cinta – Membentuk Insan Hukum Bernurani

Tribute For **Prof. Abdulkadir Muhammad, S.H.**

Jalan Sunyi

Sang Guru

Mendidik Dengan Cinta – Membentuk Insan Hukum Bernurani

W. Samudra

Perpustakaan Nasional RI: Katalog Dalam Terbitan (KDT)

JALAN SUNYI SANG GURU

(Mendidik Dengan Cinta – Membentuk Insan Hukum Bernurani)

Penulis:

Prof. Dr. Muhammad Akib, S.H., M.Hum, Prof. Dr. Maroni, SH. MH., Prof. Dr. Heryandi, SH. MH., Dr. FX. Sumarja, SH. MH., Dr. Sunaryo, S.H., M.H., Dr. Rudi Natamiharja, S.H.DEA., Dr. Bayu Sujatmiko, SH.MH., Dr. Zulfi Diane Zaini, S.H., M.H., Dr. Didiek R. Mawardi SH.MH, Dr. Slamet Haryadi, SH., M.Hum., Dr. Eddy Rifai, SH.MH., dr. Asri Agung Putra SH.MH., Sopian Sitepu, S.H., M.H., M.Kn., Ade Arif Firmansyah, SH.MH., Malicia Evendia, SH.MH., Ahmad Jahri, M.H., Idwin Saputra, SH.MH dan Rita Susanti, SH.MH., Fathoni, S.H., M.H., Ignasius Silalahi, SH.MH., Dr. Wahyu Sasongko, S.H., M.Hum., Dr. Muhammad Fakhri, SH.MH. Yulia K Wardani, SH.MH. Dedi Putra, SH., Dr. Nunung Rodliyah, M.A., Rilda Murniati, S.H., M.Hum., Elly Nurlaili, SH, M.H dan Dr. Amnawaty, S.H., M.H., Rohaini, S.H., M.H., Ph.D, Elizabeth Megatri, Ahmad Zazili, S.H., M.H., Aprilianti, S.H., M.H., Depri Liber Sonata, S.H., M.H., Dewi Septiana, S.H., M.H., Dianne Eka Rasmawati, S.H., M.H., Kasmawati, S.H., M.Hum., Kingkin Wahyuningdiah, S.H., M.H., Nilla Nargis, S.H., M.Hum., Ratna Syamsiar, S.H., M.H., Selvia Oktaviana, S.H., M.H., Wati Rahmi Ria, S.H., M.H., Siti Nurhasanah, S.H., M.H., Prof. I Gede AB Wiranata, S.H., M.H., Prof. Dr. Sudjarwo. M.S., Prof. Cipta Ginting, Anton Rizal Setiawan, S.H., M.H., Abdullah Fadri Auli, Supendi, SH.

Editor:

Dr. H.S. Tisnanta, S.H., M.H.

Desain Cover & Layout:

Team Aura Creative

Penerbit:

PKKP-HAM FH UNILA

Program Doktor Ilmu Hukum UNILA
dan

CV. Anugrah Utama Raharja (AURA)

xxvi + 546 hal : 15,5 x 23

cm Cetakan Januari 2019

ISBN: 978-623-211-024-3

Alamat:

Jl. Prof. Dr. Soemantri Brojonegoro, Komplek Unila

Gedongmehering Bandar Lampung

HP. 081281430268

E-mail : redaksiaura@gmail.com

Website : www.aura-publishing.com

Hak Cipta dilindungi Undang-undang

TRIBUTE FOR PROF. ABDULKADIR MUHAMMAD, S.H.

Jalan Sunyi Sang Guru

Mendidik Dengan Cinta - Membentuk Insan Hukum Bernurani

Kata Pengantar	viii
Riwayat Hidup Prof. Abdulkadir Muhammad, SH.....	x
Sambutan Dekan	xiii
Jalan Sunyi Sang Guru	xxiii

Bagian Pertama

Bagian Pertama adalah tulisan dari alumni dan kolega tentang testimoni siapa dan bagaimana Prof Kadir..... 1

- 1. Prof. Hi. Abdulkadir Muhammad Sang Guru Tersantun yang saya kenal Goresan Terakhir di Ujung Pena Buat "Sang Datuk Dari Sekayu".**
Prof. Dr. I Gede AB Wiranata, S.H., M.H.
(Guru Besar Hukum Perdata Fakultas Hukum Universitas Lampung)..... 3
- 2. UNTUK PROF. ABDULKADIR MUHAMMAD MISTER CLEAN DARI KERAJAAN HUKUM (Guru, Orang Tua, dan Panutan)**
Prof.Dr. Sudjarwo. M.S
(Guru Besar Fakultas Keguruan dan Ilmu Pendidikan Unila).... 13

Bagian Ketiga

Bagian kedua adalah artikel mantan mahasiswa dan kolega beliau yang berisi tentang berbagai pemikiran yang berkenaan dengan bidang keahlian yang mereka tekuni..... 155

15. **PENERAPAN DOKTRIN PELAMPAUAN KEWENANGAN PERSEROAN (ULTRA VIRES DOCTRINE) DALAM KEGIATAN BADAN USAHA PERSEROAN TERBATAS**
Dr. Zulfi Diane Zaini, S.H., M.H
(Alumni FH Unila, Dosen Fakultas Hukum UBL, Lulusan S3 UNPAD Bandung)..... 157
16. **REKONSTRUKSI KEBIJAKAN HUKUM USAHA MIKRO YANG BERKEADILAN**
Dr. Didiek R. Mawardi SH.MH
(Alumni FH Unila, Dosen STIH Kota Bumi, Lulusan S3 UNDIP Semarang)..... 171
17. **MENGHIDUPKAN MORAL DALAM ETIKA PROFESI HUKUM**
Dr. Slamet Haryadi,SH.,M.Hum.
(Alumni FH Unila, dosen STIH Kota Bumi, Hakim Adhoc Tipikor PT Tanjung Karang, Lulusan S3 UNDIP Semarang)..... 194
18. **PEMIDANAAN DISKRESI DAN AJARAN SIFAT MELAWAN HUKUM MATERIEL**
Dr. Eddy Rifai, SH.MH.
(Alumni Unila, Dosen Bagian Hukum Pidana Fak. Hukum Unila, Lulus S3 Hukum Univ. Indonesia)
Dr. Asri Agung Putra SH.MH.
(Alumni Unila, Dirdik Kejaksaan Agung, Lulusan S3 Unair Surabaya)..... 205

Pemidanaan Diskresi dan Ajaran Sifat Melawan Hukum Materiel

Dr. Eddy Rifai, SH.MH.

Alumni Unila, Dosen Bagian Hukum Pidana Fak. Hukum Unila,
Lulus S3 Hukum Univ. Indonesia

Dr. Asri Agung Putra SH.MH.

Alumni Unila, Dirdik Kejaksaan Agung,
Lulusan S3 Unair Surabaya

Dari segi hukum pidana penggunaan diskresi bukan merupakan tindak pidana dan pelakunya tidak dapat dipidana. Bahkan dalam UU Kepolisian secara jelas mengatur bahwa polisi dapat menggunakan diskresi yang pengaturannya tidak rigid dan limitatif sehingga dapat diinterpretasikan secara luas. Dalam UU Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan, diskresi diatur secara rigid dan limitatif sehingga dapat diketahui ruang lingkup dan batas-batas penggunaan diskresi.

Pengaturan dalam UU tersebut menentukan norma bahwa diskresi dapat digunakan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan. Dalam hal mana diskresi tidak sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan maka diskresi dinyatakan tidak sah, termasuk pula pertanggungjawaban pelaku tindakan diskresi yang berdampak pada administrasi dan keuangan negara dimana pelaku mempertanggungjawabkan diskresi yang menyimpang hanyalah apabila terdapat adanya penyalahgunaan wewenang.

Persoalan diskresi ini mencuat setelah Presiden Joko Widodo Jokowi memerintahkan kepada Kejaksaan dan Polri agar tidak memidanakan tindakan diskresi administrasi pemerintah dalam rangka kebijakan dan terobosan yang didasarkan atas niat yang baik. Presiden Jokowi tampaknya kecewa dengan penyerapan anggaran pemerintah terutama Pemerintah Daerah yang sangat rendah sebagai akibat dari kehati-hatian dan kekhawatiran kepala daerah dalam tindakan diskresi penggunaan anggarannya yang kemungkinan

berdampak pada pelanggaran administrasi (perbuatan melawan hukum) dan merugikan keuangan negara, dimana pelanggaran administrasi (perbuatan melawan hukum) dan kerugian keuangan negara ini sebagai unsur dari tindak pidana korupsi sehingga apabila terdapat adanya unsur pelanggaran administrasi (perbuatan melawan hukum) dan kerugian keuangan negara, maka kepala daerah dapat dikenakan tindak pidana korupsi dan dijatuhi pidana karena melakukan tindak pidana korupsi.

Dalam hukum pidana sekalipun telah terpenuhi semua unsur-unsur tindak pidana untuk mempertanggungjawabkan pidana terhadap pelaku tindak pidana terdapat pula unsur subyektif yaitu unsur adanya kesalahan pada pelaku tindak pidana, dengan asas yang terkenal yaitu "tiada pidana tanpa kesalahan" (*geen straf zonder schuld*). Pengkajian tentang kesalahan ini pada umumnya telah dipelajari oleh mahasiswa hukum pada perguruan tinggi hukum tetapi dalam praktek penegakan hukum oleh para sarjana hukum baik jaksa maupun hakim sangat jarang mempertimbangkan unsur kesalahan ini dalam surat tuntutan atau putusan pengadilan. Kajian tentang kesalahan khususnya unsur sifat melawan hukum barulah oleh penuntut umum atau dipertimbangkan oleh hakim apabila unsur tersebut menjadi salah satu unsur yang menjadi dasar dakwaan penuntut umum atau putusan pengadilan.

Sifat Melawan Hukum Materiel

Unsur perbuatan melawan hukum dalam hukum pidana terdapat ajaran tentang "sifat melawan hukum" (SMH) terdiri dari SMH formiel dan SMH materiel. Menurut SMH formiel, hukum adalah hukum tertulis yaitu peraturan perundang-undangan (*wet*). Terpenuhinya sifat melawan hukum apabila pelaku melanggar atau bertentangan dengan peraturan perundang-undangan (*onwetmatigedaad*). Dalam SMH materiel, hukum tidak hanya hukum tertulis tetapi juga hukum yang tidak tertulis (*unwritten law*) hukum adalah *recht*. Terpenuhinya sifat melawan hukum apabila pelaku melanggar atau bertentangan dengan hukum (*onrechtmatigedaad*).

SMH materiel terdiri dari SMH materiel dalam fungsinya yang positif dan SMH materiel dalam fungsinya yang negatif. SMH materiel

dalam fungsinya yang positif sebagaimana tercantum dalam Penjelasan Pasal 2 ayat (1) UU 31 Tahun 1999 jo UU No. 20 Tahun 2001 tentang Pemberantasan tindak pidana korupsi (UUTPK) "Yang dimaksud dengan secara melawan hukum dalam pasal ini mencakup perbuatan melawan hukum dalam arti formiel 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".

Berdasarkan penjelasan pasal tersebut, maka suatu tindak pidana korupsi tidak melulu perbuatan yang melanggar undang-undang (formiel) saja, melainkan juga perbuatan yang dianggap tercela karena tidak sesuai dengan rasa keadilan atau norma-norma kehidupan masyarakat sekalipun hal itu tidak diatur di dalam suatu peraturan perundang-undangan (formiel) maka perbuatan tersebut dapat dipidana karena merupakan perbuatan melawan hukum.

Adanya rumusan sifat melawan hukum dalam arti materiel dalam fungsinya yang positif berdasarkan penjelasan Pasal 2 ayat (1) UUTPK mengakibatkan banyak pelaku-pelaku tindak pidana korupsi yang menggunakan segala cara dan strategi "pengelabuan hukum" yang dulu sulit untuk dibuktikan sebagai tindak pidana korupsi dapat dikenai pidana dengan Pasal 2 ayat (1) UUTPK.

Tetapi, penjelasan Pasal 2 ayat (1) UUTPK ini telah dicabut dengan putusan Mahkamah Konstitusi No. 3 Tahun 2006 karena dianggap tidak menunjukkan adanya kepastian hukum, sehingga UUTPK tidak lagi menganut ajaran sifat melawan hukum materiel dalam fungsinya yang positif. Oleh karena itu, terpenuhinya unsur melawan hukum apabila perbuatan pelaku melanggar atau perbuatan bertentangan dengan peraturan perundang-undangan (formiel).

Sedangkan, sifat melawan hukum materiel dalam fungsinya yang negatif terdapat dalam yurisprudensi, yaitu putusan MA No. 42/KR/1965 yang pada intinya menyatakan bahwa suatu perbuatan yang memenuhi unsur-unsur tindak pidana korupsi, dapat hilang sifat melawan hukumnya, sehingga pelaku tidak dapat dipidana apabila: 1. Negara tidak dirugikan; 2. Terdakwa tidak dapat untung; 3. Kepentingan umum dilayani. Berdasarkan yurisprudensi ini beberapa

terdakwa tindak pidana korupsi dibebaskan atau dilepaskan oleh pengadilan karena pelaku tidak memenuhi unsur melawan hukum, padahal unsur-unsur lainnya telah terpenuhi. Salah satunya adalah Guru Besar Hukum Pidana Fakultas Hukum Universitas Padjadjaran Bandung dan penggiat anti korupsi Prof. Dr. Romli Atmasasmita, SH, LL.M.

Putusan Mahkamah Agung (MA) tanggal 22 Desember 2010 dengan Majelis hakim yang menangani perkara adalah Muhammad Taufik selaku ketua majelis dan Zaharuddin Utama dan Suwardi masing-masing sebagai anggota dalam pertimbangannya menyatakan "Dari semua yang telah dipertimbangkan di atas, telah ternyata Terdakwa dalam jabatan Dirjen AHU yang melaksanakan Kebijakan Menteri tentang Sisminbakum secara materil tidak mendapat keuntungan, demikian pula terhadap uang sebesar Rp.1.316.407.000 yang belum ditetapkan dengan Peraturan Pemerintah sebagai PNBP tidak termasuk keuangan negara, tidak disetorkannya uang tersebut pada kas negara tidak menimbulkan kerugian negara, sedangkan pelaksanaan Sisminbakum yang sangat bermanfaat dan mempercepat pelayanan publik tetap berjalan dengan lancar dan baik, berdasarkan tiga hal tersebut yaitu: faktor terdakwa tidak mendapat keuntungan, faktor keuangan negara tidak dirugikan dan faktor kepentingan umum terlayani dengan baik, merupakan faktor-faktor yang menghapus sifat melawan hukum sebagai tindak pidana korupsi yang di dakwakan kepada Terdakwa dalam dakwaan Kesatu atau Kedua atau Ketiga atau Keempat, oleh karena itu Terdakwa harus dilepaskan dari segala tuntutan hukum".

Dalam Naskah Akademik RUU KUHP (BPHN, 2016) dikemukakan berkaitan dengan pertanggungjawaban pidana, bertolak dari pokok pemikiran keseimbangan monodualistik, bahwa asas kesalahan (*asas culpabilitas*) merupakan pasangan dari asas legalitas yang harus dirumuskan secara eksplisit oleh UU. Secara eksplisit asas tiada pidana tanpa kesalahan (*geen straf zonder schuld*), yang di dalam KUHP tidak ada. Dengan adanya asas ini, maka seseorang tidak boleh dipidana, kecuali apabila ia terbukti bersalah telah melakukan tindak pidana, baik secara melakukan perbuatan (aktif) maupun tidak melakukan (pasif) yang diancam dengan pidana dalam UU. Seseorang dikatakan bersalah melakukan perbuatan pidana, jika ia melakukannya

dengan sengaja (*dolus*) atau karena alpa (*culpa*) dengan segala jenisnya. Jadi rumusan yang berkaitan dengan pertanggungjawaban pidana merupakan pertanggungjawaban pidana yang berdasarkan kesalahan terutama dibatasi pada perbuatan yang dilakukan dengan sengaja (*dolus*). Dapat dipidananya delik *culpa* hanya bersifat perkecualian (eksepsional) apabila ditentukan secara tegas oleh undang-undang, sedang pertanggungjawaban terhadap akibat tertentu dari suatu tindak pidana yang oleh undang-undang diperberat ancaman pidananya, hanya dikenakan kepada terdakwa apabila ia sepatutnya tidak dapat menduga kemungkinan terjadinya akibat itu apabila sekurang-kurangnya ada kealpaan. Jadi tidak menganut doktrin "menanggung akibat secara murni", namun tetap diorientasikan pada asas kesalahan.

Pertanggungjawaban pidana merupakan substansi yang sangat penting beriringan dengan masalah pengaturan tindak pidana. Pertanggungjawaban pidana adalah implementasi ide keseimbangan, antara lain sebagai berikut: Adanya asas tiada pidana tanpa kesalahan (*asas culpabilitas/asas geen straf zonder schuld*) yang merupakan asas kemanusiaan sebagai pasangan dari asas legalitas (*principle of legality*) yang merupakan asas kemasyarakatan.

Dalam RUU KUHP terdapat alasan pembedah dan alasan pemaaf sebagai alasan penghapus pidana. Jenis-jenis alasan pembedah masih mengacu pada KUHP lama, dimana alasan pembedah dirumuskan sebagai berikut: (1) orang yang melakukan perbuatan yang dilarang, tetapi dilakukan untuk melaksanakan ketentuan peraturan perundang-undangan, tidak dipidana. (2) setiap orang yang melakukan perbuatan yang dilarang, tetapi perbuatan tersebut untuk melaksanakan perintah jabatan, tidak dipidana. (3) setiap orang yang melakukan perbuatan yang dilarang karena keadaan darurat, tidak dipidana. (4) setiap orang yang terpaksa melakukan perbuatan yang dilarang karena pembelaan terhadap serangan atau ancaman serangan seketika yang melawan hukum terhadap diri sendiri atau orang lain, kehormatan kesusilaan, harta benda sendiri atau orang lain, tidak dipidana karena melaksanakan UU; melaksanakan perintah jabatan yang sah; keadaan darurat; atau pembelaan terpaksa. Walaupun demikian, alasan pembedah lainnya (yang tidak diletakkan di bawah judul alasan pembedah, tetapi tersimpul/tersirat dalam

pasal lain), adalah tidak adanya "sifat melawan hukum secara materiel" (asas AVAW – *Afwezigheid Van Alle Materiele Wederrechtelijkheid*).

Alasan pemaaf terdiri dari kesalahan mengenai fakta dan kesalahan mengenai hukumnya (*error facti & error iuris*); daya paksa (relaktif); pembelaan terpaksa yang melampaui batas (*noodweer excess*); dengan iktikat baik melaksanakan perintah jabatan yang tidak sah. Terdapat alasan pemaaf lainnya (yang tidak diletakkan di bawah judul alasan Pemaaf, tetapi tersimpul/tersirat dalam pasal lain), yaitu tidak adanya kesalahan (asas *geen straf zonder schuld*); tidak mampu bertanggung jawab; dan anak dibawah umur 12 tahun.

Oleh karena itu, dapat dikatakan bahwa sejak dulu dan perkembangannya kedepan (RUU KUHP), pertanggungjawaban pidana tidak dapat memenjarakan tindakan diskresi administrasi pemerintah karena pelaku tidak melakukan perbuatan melawan hukum secara materiel yang dibuktikan dari terdakwa tidak mendapat untung, kepentingan umum terlayani, negara tidak dirugikan***