

**BAB II**

**TINJAUAN KEPUSTAKAAN TENTANG PERTANGGUNGJAWABAN**

**PIDANA TERHADAP PERBUATAN *TRADING IN INFLUENCE***

**DALAM TINDAK PIDANA KORUPSI**

**A. Pengertian Tindak Pidana**

Konsep tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana yang dikemukakan para ahli pada dasarnya mengarah kepada dua hal, yaitu ajaran yang memasukan pengertian pertanggungjawaban pidana ke dalam pengertian tindak pidana atau yang dikenal dengan doktrin/ajaran monisme, dan ajaran yang mengeluarkan secara tegas pengertian pertanggungjawaban pidana dari pengertian tindak pidana atau yang dikenal dengan doktrin/ajaran dualisme.

Di dalam ajaran *monisme*, konsep pertanggungjawaban pidana, kesalahan, kemampuan bertanggungjawab dan alasan pemaaf menjadi satu kesatuan atau tidak terpisahkan dengan konsep tindak pidana. Para ahli yang dalam memberikan pengertian tindak pidana yang didalamnya memasukan keempat hal tersebut, sesungguhnya berpandangan bahwa antara tindak pidana dengan pertanggungjawaban pidana/kesalahan tidak dapat dipisahkan. Implikasinya, pembuktian unsur objektif (tindak pidana) dan unsur subjektif (kesalahan) tidak dipisahkan. Hakim akan secara otomatis menyatakan bahwa terdakwa terbukti bersalah melakukan tindak pidana jika perbuatan yang dilarang dan diancam

pidana serta didalamnya terdapat kesalahan terbukti berdasarkan fakta – fakta yang terungkap dalam persidangan.

Dibawah ini dikemukakan pengertian tindak pidana yang dikemukakan para ahli yang menganut/ajaran monisme sebagai berikut:

1. J.E. Jonkers merumuskan peristiwa pidana sebagai perbuatan yang melawan hukum (*wederrechtelijk*) yang menghubungkan dengan kesengajaan atau kesalahan yang dilakukan oleh orang yang dapat dipertanggungjawabkan.<sup>1</sup>
2. H.J. van Scravendijk mendefinisikan tindak pidana adalah kelakuan orang yang begitu bertentangan dengan keinsyafan hukum sehingga kelakuan itu diancam dengan hukuman, asal dilakukan oleh seorang yang karena itu dapat dipersalahkan.<sup>2</sup>
3. Van Hamel mengartikan *straffbaar feit* sebagai kelakuan orang yang dirumuskan dalam *wet*, yang bersifat melawan hukum, yang patut dipidana dan dilakukan dengan kesalahan.<sup>3</sup>
4. Simons mengartikan bahwa *straffbaar feit* adalah kelakuan yang diancam dengan pidana, bersifat melawan hukum dan berhubungan dengan kesalahan yang dilakukan oleh orang yang mampu bertanggung jawab.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Van Bemmelen, *Hukum Pidana 1 : Hukum Pidana Materiil bagian Umum*. 1987. Binacipta. Bandung. Hlm. 135

<sup>2</sup> Sudarto, *Hukum dan Hukum Pidana*. 1981. Alumni. Bandung. Hlm.87

<sup>3</sup> Moeljatno, *Asas – asas Hukum Pidana*.2008. Rineka Cipta, Cet. Kedelapan, Edisi Revisi. Jakarta. Hlm. 61

<sup>4</sup> S.R.Sianturi, *Asas – asas Hukum Pidana di Indonesia dan Penerapannya* . 1986. Alumni AHAEM-PTAHAEM. Jakarta. Hlm. 205

5. Komariah Emong Supardjadja, mengatakan bahwa perbuatan pidana adalah suatu perbuatan manusia yang memenuhi rumusan delik, melawan hukum dan pembuat bersalah melakukan perbuatan itu.<sup>5</sup>
6. Indrianto Seno Adji mengatakan bahwa perbuatan pidana adalah perbuatan seseorang yang diancam pidana, perbuatannya bersifat melawan hukum, terdapat suatu kesalahan dan bagi pelakunya dapat dipertanggungjawabkan atas perbuatannya.<sup>6</sup>

Dari beberapa pengertian tindak pidana di atas, kata “kesengajaan”, “kealpaan”, “mampu bertanggungjawab”, “pembuat bersalah”, “dapat dipersalahkan” dan “dapat dipertanggungjawabkan” dimasukkan sebagai bagian dari pengertian tindak pidana. Padahal secara teoretik antara perbuatan yang dilarang dan orang yang melakukan perbuatan itu merupakan hal yang berbeda, sekalipun hal itu tidak menimbulkan persoalan dalam praktik penegakan hukum sepanjang pembuktian kesalahan pelaku tetap dilakukan hakim bersamaan dengan pembuktian tindak pidananya.

Pada sisi lain, di dalam ajaran/doktrin dualisme, pengertian tindak pidana semata menunjuk kepada perbuatan baik secara aktif maupun secara pasif. Sedangkan apakah pelaku ketika melakukan tindak pidana patut dicela atau memiliki kesalahan, tidak lagi merupakan wilayah tindak pidana tapi sudah

---

<sup>5</sup> Komariah Emong Supardjadja, *Ajaran Melawan Hukum dalam Hukum Pidana Indonesia: Studi kasus tentang Penerapan dan Perkembangannya dalam Yurisprudensi*. 2002. Alumni. Bandung. Hlm. 22

<sup>6</sup> Indrianto Seno Adji, *Korupsi dan Hukum Pidana*. 2002. Kantor Pengacara & Konsultan Hukum Prof. Oemar Seno Adji & Rekan. Jakarta. Hlm. 155

masuk pada diskusi pertanggungjawaban pidana/kesalahan. Dengan lain perkataan, apakah *inkonkreto* yang melakukan perbuatan tadi sungguh – sungguh dijatuhi pidana atau tidak, itu sudah diluar arti tindak pidana.

Jika ajaran ini secara konsisten diikuti oleh hakim dalam memeriksa, mengadili dan memutus perkara tindak pidana, langkah pertama yang harus dilakukan adalah apakah terdakwa terbukti melakukan perbuatan yang dilarang sesuai dengan pasal yang didakwakan penuntut umum. Manakala hakim, berdasarkan fakta – fakta hukum yang terungkap di muka persidangan, berkeyakinan bahwa terdakwa memang terbukti melakukan perbuatan yang dilarang, langkah berikutnya adalah apakah pada saat melakukan tindak pidana itu terbukti bersalah. Namun sebaliknya, bila terdakwa tidak terbukti melakukan perbuatan yang dilarang, aspek kesalahan terdakwa tidak perlu dibuktikan lagi, karena tidak melakukan perbuatan yang dilarang, aspek kesalahan terdakwa tidak perlu dibuktikan lagi, karena tidak mungkin menyatakan terdakwa bersalah, sedangkan dia sendiri tidak melakukan perbuatan yang dilarang. Dengan mengikuti pola berpikir dalam ajaran/doktrin dualisme ini, sebenarnya pertimbangan hukum hakim akan runtut dan sistematis.

Di bawah ini dikemukakan pengertian tindak pidana yang dikemukakan para ahli yang menganut doktrin/ajaran dualisme, sebagai berikut:

1. Marshall mengatakan”*a crime is any act or omission prohibited by law for the protection of the public and punishable by the state in a judicial proceeding in its own name*” yang artinya suatu tindak pidana adalah perbuatan atau omisi

yang dilarang oleh hukum untuk melindungi masyarakat dan dapat dipidana berdasarkan prosedur hukum yang berlaku.<sup>7</sup>

2. Moelyatno mengatakan bahwa tindak pidana merupakan “Perbuatan yang dilarang oleh suatu aturan hukum larangan mana disertai ancaman (sanksi) yang berupa pidana tertentu, bagi barangsiapa yang melanggar larangan tersebut.”<sup>8</sup> Pada kesempatan lain, Moelyatno mengatakan dengan substansi yang sama bahwa tindak pidana adalah “perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana, barangsiapa melanggar larangan tersebut”.<sup>9</sup>
3. Roeslan Saleh mengemukakan pendapatnya mengenai pengertian tindak Pidana yaitu : “sebagi perbuatan yang oleh aturan hukum pidana dinyatakan sebagai perbuatan yang dilarang”.<sup>10</sup>

Dari tiga pengertian tindak pidana di atas, kata atau frase “kesengajaan”, “kealpaan”, “mampu bertanggungjawab”, tidak lagi dimasukkan sebagai bagian dari pengertian tindak pidana , karena sebagaimana disebutkan diatas, perbincangan mengenai kesalahan pelaku merupakan tahap kedua setelah pelaku dinyatakan terbukti melakukan perbuatan dilarang.

## **B. Penggolongan Tindak Pidana**

---

<sup>7</sup> Marshall dalam Andi Hamzah, *Asas-asas Hukum Pidana*. 1994. Rineka Cipta. Jakarta. Hlm. 89

<sup>8</sup> Moeljatno, *Asas – asas Hukum Pidana*.2008. Rineka Cipta, Cet. Kedelapan, Edisi Revisi. Jakarta. Hlm. 59

<sup>9</sup> Ibid

<sup>10</sup> Roeslan Saleh, *Tindak Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana: Dua pengertian Dasar dalam hukum pidana*. 1981. Aksara Baru. Jakarta. Hlm. 13

Di dalam *Memorie van Toelichting* (M.v.T), dijelaskan bahwa Pembentuk Undang – Undang Pidana mengatakan sebagai berikut:

1. Ada perbuatan – perbuatan yang oleh hukum dan yang oleh undang – undang dinyatakan merupakan tindak pidana.
2. Adakalanya diadakan ancaman pidana terhadap suatu perbuatan yang sudah merupakan pelanggaran hukum, sebelum pembentuk undang – undang membicarakannya atau yang kita anggap tidak baik, meskipun pembentuk undang – undang tidak membicarakannya.
3. Adakalanya suatu perbuatan yang dalam arti “filsafat hukum” (*rechtsphilosofich*) baru menjadi pelanggaran hukum, oleh karena dinyatakan demikian oleh undang – undang. Jadi perbuatan tersebut tidak baiknya hanya dikenal dari bunyi undang – undang.<sup>11</sup>

Dari penjelasan M.v.T tersebut, banyak para ahli yang berpandangan bahwa kejahatan (*misdrifven*) adalah tindak pidana yang berdasarkan hukum (*rechtsdelicten*), sedangkan pelanggaran adalah tindak pidana berdasarkan undang – undang (*wetsdelicten*).

Kemudian Moeljatno melanjutkan atau melebarkan pemaknaannya mengenai tindak pidana. Bagi Moeljatno tindak pidana adalah suatu perbuatan yang

---

<sup>11</sup> I Made Widnyana, *Asas – Asas Hukum Pidana*. 2010. PT Fikahati Aneska. Jakarta. Hlm. 37

memiliki unsur dan dua sifat yang berkaitan. Unsur-unsur tindak pidana itu dibagi menjadi dua macam, yakni subjektif dan objektif yaitu<sup>12</sup>

### 1. Subyektif

Unsur subjektif adalah berhubungan dengan diri sipelaku dan termasuk ke dalamnya yaitu segala sesuatu yang terkandung dihatinya. Artinya, asas pokok hukum pidana itu “Tak ada hukuman kalau tak ada kesalahan” kesalahan yang dimaksud disini adalah sengaja dan kealpaan. Untuk itu unsur - unsur subjektif adalah unsur - unsur yang melekat pada diri si pelaku atau yang berhubungan pada diri si pelaku dan termasuk kedalamnya yaitu segala sesuatu yang terkandung di dalam hatinya.<sup>13</sup>

### 2. Obyektif

Unsur objektif adalah unsur - unsur yang melekat pada diri sipelaku atau yang ada hubungannya dengan keadaan - keadaannya, yaitu dalam keadaan - keadaan mana tindakan – tindakan dari sipelaku itu harus dilakukan. Maksudnya, Unsur pokok objektif delik adalah unsur yang terdapat di luar diri pelaku tindak pidana.

Unsur ini meliputi :

- a. Perbuatan atau kelakuan manusia, dimana perbuatan atau kelakuan manusia itu ada yang aktif (berbuat sesuatu), misal membunuh (Pasal 338 KUHP). *“Barang siapa dengan sengaja merampas nyawa orang lain,*

---

<sup>12</sup> Moeljatno. *Asas-Asas Huukum Pidana*. 1993. Rineka Cipta. Jakarta. Hlm. 69

<sup>13</sup> P. A. F Limintang, *Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia*. 1990. cetakan 2 Sinar Baru. Bandung. Hlm 184

*diancam karena pembunuhan dengan pidana penjara paling lama lima belas tahun”.*

- b. Akibat yang menjadi syarat mutlak dari delik. Hal ini terdapat dalam delik material atau delik yang dirumuskan secara material, misalnya pembunuhan (Pasal 338 KUHP).
- c. Ada unsur melawan hukum. Setiap perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana oleh peraturan perundang-undangan hukum pidana itu harus bersifat melawan hukum, meskipun unsur ini tidak dinyatakan dengan tegas dalam perumusan.

### **C. Jenis – Jenis Tindak Pidana**

Sudarto menyebutkan jenis – jenis tindak pidana, sebagai berikut:<sup>14</sup>

1. Kejahatan dan pelanggaran.

Pembagian delik ini, dianut dalam sistem KUHP

2. Delik formil dan delik materiil

- a. Delik formil itu adalah delik yang perumusannya dititik beratkan kepada perbuatan yang dilarang. Delik tersebut telah selesai dengan dilakukannya perbuatan seperti tercantum dalam rumusan delik. Pada delik formil, suatu akibat tertentu hanya dapat memberatkan atau meringankan pidana, tetapi juga tanpa akibat perbuatan itu sendiri sudah dilarang dan dapat dipidana. Misal: penghasutan (Pasal 169 KUHP); di muka umum menyatakan

---

<sup>14</sup> Sudarto, *Hukum Pidana I*. 1990. Cet ke-2 Yayasan Sudarto Fakultas Undip. Semarang. Hlm. 56

perasaan kebencian, permusuhan atau penghinaan terhadap satu atau lebih golongan rakyat di Indonesia (Pasal 156 KUHP); penyuapan (Pasal 209, 210 KUHP); sumpah palsu (Pasal 242 KHP); pemalsuan surat (Pasal 263 KUHP); pencurian (Pasal 362 KUHP).

- b. Delik materiil itu adalah delik yang perumusanya dititikberatkan kepada akibat yang tidak dikehendaki (dilarang). Delik ini baru selesai apabila akibat yang tidak dikehendaki itu telah terjadi. Kalau belum, maka paling banyak hanya ada percobaan. Pada delik materiil kita berbicara tentang akibat “konstitutif” Misal: pembakaran (Pasal 187 KUHP); penipuan (Pasal 378 KUHP), pembunuhan (Pasal 338 KUHP). Batas antara delik formil dan delik materiil tidak tajam, misalnya Pasal 362 KUHP.

3. Delik *commissionis*, delik *omissionis* dan delik *commissionis per omissionem commissa*.<sup>15</sup>

- a. Delik *commissionis*: delik yang berupa pelanggaran terhadap larangan, ialah berbuat sesuatu yang dilarang, pencurian, penggelapan, penipuan.
- b. Delik *omissionis*: delik yang berupa pelanggaran terhadap perintah, ialah tidak melakukan sesuatu yang diperintahkan/diharuskan, missal: tidak menghadap sebagai saksi di muka pengadilan (Pasal 522 KUHP, tidak menolong orang yang memerlukan pertolongan (Pasal 532 KUHP).
- c. Delik *commissionis per omissionem commissa*: delik yang berupa pelanggaran larangan (dus delik *commissionis*), akan tetapi dapat dilakukan

---

<sup>15</sup> Ibid. Hlm. 57

dengan cara tidak berbuat. Misal: seorang ibu yang membunuh anaknya dengan tidak memberi air susu ( Pasal 338, 340 KUHP); seseorang penjaga wissel yang menyebabkan kecelakaan kereta api dengan sengaja tidak memindahkan wissel (Pasal 194 KUHP).

4. Delik dolus dan delik *culpa* (*doleuse en culpose delicten*)
  - a. Delik dolus: delik yang memuat unsur kesengajaan, missal: Pasal-Pasal 187, 197, 245, 263, 310, 338 KUHP
  - b. Delik *culpa*: delik yang memuat kealpaan sebagai salah satu unsur, missal: Pasal – Pasal 195, 197, 201, 203, 231 ayat 4, 359 dan 360 KUHP.
5. Delik tunggal dan delik berganda (*enkelvoudige en samengestelde delicten*).
  - a. Delik tunggal: delik yang cukup dilakukan dengan perbuatan satu kali
  - b. Delik berganda: delik yang baru merupakan delik, apabila dilakukan beberapa kali perbuatan, misal: Pasal 481 KUHP (penadahan sebagai kebiasaan).
6. Delik yang berlangsung terus dan delik yang tidak berlangsung terus (*voortdurende en niet voortdurende/aflopende delicten*).<sup>16</sup>

Delik yang berlangsung terus: delik yang mempunyai ciri, bahwa keadaan terlarang itu berlangsung terus, missal: merampas kemerdekaan seseorang (Pasal 333 KUHP).
7. Delik aduan dan bukan delik aduan (*klachtdelicten en niet klachtdelicten*).

---

<sup>16</sup> Ibid. Hlm. 58

Delik aduan: delik yang penuntutnya hanya dilakukan apabila ada pengaduan dari pihak yang terkena (*gelaedeerde partij*), missal: penghinaan (Pasal 310 dst jo. 319 KUHP), perzinahan (Pasal 284 KUHP), *chantage* pemerasan dengan ancaman pemerasan (Pasal 335 ayat 1 sub 2 KUHP jo ayat 2).

8. Delik sederhana dan delik yang ada pemberatannya (*eenvoudige en gequalificeerde delicten*).

Delik yang ada pemberatannya, missal: penganiayaan yang menyebabkan luka berat atau matinya orang (Pasal 351 ayat 2,3 KUHP, pencurian pada waktu malam hari (Pasal 363 KUHP)

Ada delik yang ancaman pidananya diperingan karena dilakukan dalam keadaan tertentu, misal: pembunuhan kanak-kanak (Pasal 341 KUHP. Delik ini disebut "*geprivilegeerd delict*".

Delik sederhana, misal: penganiayaan (Pasal 351 KUHP), pencurian (Pasal 362 KUHP)

9. Delik ekonomi (biasanya disebut tindak pidana ekonomi) dan bukan delik ekonomi.

Apa yang disebut tindak pidana ekonomi itu terdapat dalam Pasal 1 Undang – Undang Darurat No. 7 tahun 1955 tentang Tindak Pidana Ekonomi.

10. Kejahatan ringan: dalam KUHP ada kejahatan – kejahatan ringan ialah Pasal 364, 373, 375, 379, 482, 384, 352, 302 (1), 315, 497 KUHP.<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> Ibid. Hlm. 59

#### **D. Model dan Fungsi Rumusan Delik (Perbuatan Pidana)**

Andi Hamzah mengatakan bahwa rumusan delik dirumuskan dalam berbagai cara, seperti:<sup>18</sup>

1. Pada umumnya, rumusan suatu delik berisi “bagian inti” (*bestanddelen*), yang harus sesuai dengan perbuatan yang dilakukan. Disebut (*bestanddelen*) dan bukan “unsur delik”, karena unsur (*element*) suatu delik juga di luar rumusan, misalnya delik pencurian terdiri dari bagian inti (*bestanddelen*):
  - a. Mengambil
  - b. Barang yang seluruhnya atau sebagian kepunyaan orang lain
  - c. Dengan maksud memiliki
  - d. Melawan hukum

Keempat bagian delik ini harus sesuai dengan perbuatan nyata yang dilakukan. Oleh karena itu harus termuat di dalam surat dakwaan. Apabila satu atau lebih bagian inti ini tidak dapat dibuktikan di Sidang Pengadilan, maka terdakwa bebas.

Di dalam rumusan delik pencurian ini tidak ditemui unsur “sengaja”, karena dengan mengambil sudah tersirat unsur tersebut. Lagi pula tidak ada delik pencurian yang dilakukan dengan kealpaan (*culpa*). Berbeda misalnya dengan rumusan delik pembunuhan (Pasal 338 KUHP, di situ hanya ada dua bagian inti (*bestanddelen*) yaitu:

---

<sup>18</sup> Andi Hamzah, *Asas – Asas Hukum Pidana*. 2008. Edisi revisi Rineka Cipta. Jakarta. Hlm.

- a. Sengaja
- b. Menghilangkan nyawa orang lain.

Di dalam rumusan ini terdapat bagian inti “sengaja”, karena ada delik menghilangkan nyawa yang lain yang dilakukan dengan kealpaan (*culpa*), Pasal 359 KUHP dan 361 KUHP.<sup>19</sup>

2. Ada pula rumusan delik yang tidak menyebut unsur – unurnya atau kenyataan-kenyataan sebagai bagian inti (*bestanddelen*) delik, seperti delik penganiayaan (Pasal 351 KUHP), perdagangan wanita (Pasal 297 KUHP), perkelahian tanding (Pasal 184 KUHP). Pembuat undang- undang dalam hal ini tidak memaparkan unsur – unsur delik berupa bagian inti, karena khawatir dengan membuat rumusan demikian mungkin ternyata sangat sempit pengertiannya sehingga sangat sulit dijalankan semestinya. Menentukan kenyataan – kenyataan demikian diserahkan kepada hakim dan tentu juga dalam ilmu hukum pidana.
3. Bentuk yang ketiga yang paling umum ialah hanya mencantumkan unsur – unsur atau kenyataan – kenyataan berupa bagian inti (*bestanddelen*) belaka tanpa kualifikasi, seperti Pasal – Pasal 106, 108, 167, 168, 209, 279, 259, 479 a dan banyak lagi.
4. Ada pula rumusan delik yang mencantumkan bagian intinya saja tanpa kualifikasi, tetapi sebenarnya mempunyai nama populer dalam masyarakat dan

---

<sup>19</sup> Ibid. Hlm. 92

dalam pelajaran buku hukum pidana, seperti Pasal 415 KUHP dengan nama “penggelapan oleh pegawai negeri atau pejabat”, Pasal 279 KUHP dengan nama “bigami”, Pasal 296 KUHP dengan nama “mucikari” (*koppelarij*).

Hampir tiap ketentuan yang memuat rumusan delik diakhiri dengan ancaman pidana (sanksi). Kadanag – kadang ancaman pidana itu terletak di permulaan rumusan, seperti Pasal 295 KUHP, yang mulai dengan “Di pidana ke 1...”ada pula ancaman pidananya tercantum di dalam Pasal lain, seperti delik korupsi, tercantum didalam Pasal 28 UUPTPK, sedangkan rumusnya pada Pasal 1 ayat 1 sub a – sub e.<sup>20</sup>

Baik dalam hukum pidana maupun dalam hukum acara pidana, rumusan delik menduduki tempat yang sangat penting. Jika diteliti betul, rumusan delik mempunyai 2 fungsi, yaitu:

1. Ditinjau dari hukum pidana materiil, mempunyai fungsi melindungi dari hukum mengingat rasio dari asas legalitas.
2. Dilihat dari hukum acara pidana, rumusan delik masih mempunyai fungsi lain yang dinamakan fungsi petunjuk bukti. Rumusan delik menunjukkan apa yang harus dibuktikan menurut hukum. Sesungguhnya semua yang tercantum dalam rumusan delik (tetapi tidak lebih dari itu) harus dibuktikan menurut aturan hukum acara pidana.<sup>21</sup>

#### **E. Unsur – Unsur Perbuatan Pidana**

---

<sup>20</sup> Ibid. Hlm. 93

<sup>21</sup> Schafmeister, Keijzer dan Sutorious, *Hukum Pidana*. 1995. Liberty Yogyakarta. Hlm. 26

Tidak dapat dijatuhkan pidana karena suatu perbuatan yang tidak termasuk dalam rumusan delik. Ini tidak berarti bahwa selalu dapat dijatuhi pidana kalau perbuatan itu tercantum dalam rumusan delik. Untuk itu diperlukan dua syarat: perbuatan itu bersifat melawan hukum dan dapat dicela. Dengan demikian, rumusan pengertian “perbuatan pidana” menjadi jelas, suatu perbuatan pidana adalah perbuatan manusia yang termasuk dalam ruang lingkup rumusan delik, bersifat melawan hukum dan dapat dicela.

Perbuatan manusia: bukan mempunyai keyakinan atau niat tetapi hanya melakukan atau tidak melakukan, dapat dipidana. Yang juga dianggap perbuatan manusia adalah perbuatan badan hukum. Dalam ruang lingkup rumusan delik: semua rumusan delik yang tertulis harus dipenuhi.

Bersifat melawan hukum: suatu perbuatan yang memenuhi semua unsur rumusan delik yang tertulis (misalnya, sengaja membunuh orang lain) tidak dapat dipidana kalau tidak bersifat melawan hukum (misalnya, sengaja membunuh tentara musuh oleh suatu tentara dalam perang).

Dapat dicela: suatu perbuatan yang memenuhi semua unsur delik yang tertulis dan juga bersifat melawan hukum namun tidak dapat dipidana kalau tidak dapat dicela pelakunya. Misalnya kalau dia berada kesesatan yang dapat dimaafkan (ingat putusan terkenal tahun 1916 tentang “susu dan air/ H.R 14-02-1916). Sifat melawan hukum dan sifat dapat dicela itu merupakan syarat umum untuk dapat

dipidananya perbuatan, sekalipun tidak disebut dalam rumusan delik. Inilah yang dinamakan unsur di luar undang – undang, jadi tidak tertulis.<sup>22</sup>

#### **F. Sifat Melawan Hukum**

Dalam dogmatik hukum pidana, istilah “sifat melawan hukum” tidak selalu berarti sama. Ada empat makna yang berbeda – beda, tetapi yang masing – masing dinamakan sama yaitu sifat melawan hukum. Harus selalu ditanyakan dalam hubungan apa istilah itu dipakai untuk mengetahui artinya. Sifat melawan hukum dapat dibedakan menjadi 4 (empat) jenis, yaitu:

##### 1. Sifat melawan hukum umum

Ini diartikan sebagai syarat umum untuk dapat dipidana yang tersebut dalam rumusan pengertian perbuatan pidana. Perbuatan pidana adalah kelakuan manusia yang termasuk dalam rumusan delik, bersifat melawan hukum dan dapat dicela.

##### 2. Sifat melawan hukum khusus

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 yang menjadi bagian tertulis dari rumusan delik dinamakan: sifat melawan hukum khusus. Juga dinamakan “sifat melawan hukum facet”.

##### 3. Sifat melawan hukum formal

---

<sup>22</sup> Ibid. Hlm. 27

Istilah ini berarti: semua bagian yang tertulis dari rumusan delik telah dipenuhi (jadi semua syarat tertulis untuk dapat dipidana). Sifat melawan hukum formal terjadi karena memenuhi rumusan delik dari undang – undang. Sifat melawan hukum formal merupakan syarat untuk dapat dipidananya perbuatan bersumber pada asas legalitas.

#### 4. Sifat melawan hukum materiil

Sifat melawan hukum materiil berarti melanggar atau membahayakan kepentingan hukum yang hendak dilindungi oleh pembentuk undang – undang dalam rumusan delik tertentu.<sup>23</sup>

Menurut Moelyatno, pengertian tindak pidana harus dilihat dari dua segi, yaitu segi formal berhubungan dengan asas legalitas tercantum dalam Pasal 1 KUHP dan segi Materiil karena menyangkut isi atau makna tindak pidana, perbuatan harus betul – betul dirasakan oleh masyarakat sebagai perbuatan yang tidak boleh tidak patut dilakukan karena bertentangan dengan, atau menghambat akan tercapainya tata dalam pergaulan masyarakat yang dicita-citakan oleh masyarakat itu, selanjutnya beliau mengatakan:

... bahwa untuk adanya perbuatan pidana, di samping mencocoki syarat – syarat formal, unsur sifat melawan hukum adalah syarat mutlak yang takdapat ditinggalkan, ini berarti bahwa dalam lapangan prosessuil sifat itu harus pembuktiannya kepada Penuntut Umum. Dalam hal ini kami berpendapat bahwa jika tak disebut dalam rumusan delik, unsur sifat melawan hukumnya dianggap diam – diam ada, kecuali jika dibuktikan sebaliknya oleh pihak Terdakwa, karena pada umumnya dengan

---

<sup>23</sup> Ibid. Hlm 39

mencocoki rumusan undang – undang sifat melawan hukumnya perbuatan sudah ternyata pula.<sup>24</sup>

Pengertian melawan hukum formal berarti perbuatan yang melanggar atau bertentangan dengan undang – undang. Sedangkan melawan hukum secara materiil berarti bahwa meskipun perbuatan itu tidak diatur dalam perundang – undangan tetapi adalah melawan hukum apabila perbuatan itu dianggap tercela karena tidak sesuai dengan rasa keadilan atau norma – norma kehidupan sosial dalam masyarakat, seperti bertentangan dengan adat istiadat, moral, nilai agama dan sebagainya, maka perbuatan itu dapat dipidana.<sup>25</sup>

### **G. Pengertian Tindak Pidana Korupsi**

Korupsi secara etimologis berasal dari bahasa latin yaitu “*corruptio*” atau “*corruptus*” yang kemudian muncul dalam banyak bahasa Eropa seperti Inggris dan Prancis yaitu “*corruption*”, dalam bahasa Belanda “*korruptie*” yang selanjutnya muncul pula dalam perbendaharaan bahasa Indonesia : korupsi, yang dapat berarti suka di suap.<sup>26</sup> Korupsi juga berasal dari kata “*corrupteia*” yang berarti “*bribery*” yang berarti memberikan/menyerahkan kepada seseorang agar

---

<sup>24</sup> Prayitno Iman Santosa, *Pertanggungjawaban Tindak Pidana Korupsi*. 2015. PT Alumni. Bandung. Hlm 17

<sup>25</sup> Darwan Prinst, *Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi*. 2002. PT Citra Aditya Bakti. Bandung. Hlm 29

<sup>26</sup> Andi Hamzah, *Pemberantasan Korupsi Melalui Hukum Pidana Nasional dan Internasional*, 2015. Ed. Revisi Cet. 7, Rajawali Pers. Jakarta, Hlm 4

orang tadi berbuat untuk keuntungan pemberi, atau juga berarti *seduction* yang berarti sesuatu yang menarik untuk seseorang berbuat menyeleweng.<sup>27</sup>

John M. Echols dan Hassan Shadily menerjemahkan korupsi secara harfiah berarti jahat atau busuk, sedangkan A.I.N Kramer ST. Menerjemahkan sebagai busuk atau dapat disuapi.<sup>28</sup>

Kompleksitas dari korupsi bisa dilihat dari pengertian korupsi itu sendiri. Menurut Bambang Poernomo korupsi adalah<sup>29</sup>:

1. Memperkaya diri sendiri atau orang lain atau suatu badan yang secara langsung atau tidak langsung atau diketahui atau patut disangka dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara.
2. Menguntungkan diri sendiri atau orang lain atau suatu badan dengan menyalahgunakan kewenangan karena jabatan atau kedudukan yang secara langsung atau tidak langsung dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara.
3. Kejahatan tertentu dalam KUHP yang menyangkut kekuasaan umum, pekerjaan pembangunan, penggelapan atau pemerasan yang berhubungan dengan jabatan.
4. Memberikan hadiah atau janji kepada pegawai negeri dengan mengingat suatu kekuasaan atau wewenang yang melekat pada jabatan atau kedudukannya.

---

<sup>27</sup> Hermien Hadiati Koeswadji, *Korupsi di Indonesia dari Delik Jabatan ke Tindakan Pidana Korupsi*, 1994. Citra Aditya Bakti, Bandung, Citra Aditya Bakti. Hlm 32

<sup>28</sup> Darwan Prinst, *Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi*. 2002. PT. Citra Aditya Bakti, Bandung. Hlm 1

<sup>29</sup> Bambang Pornomo, *Tindak Pidana Korupsi*. 1982. Ghalia Indonesia, Jakarta. Hlm 66

5. Tidak melapor setelah menerima pemberian atau janji kepada yang berwajib dalam waktu yang sesingkat – singkatnya tanpa alasan yang wajar sehubungan dengan kejahatan jabatan.

Berikut ini dikemukakan beberapa pengertian korupsi dari berbagai sumber yaitu:

1. *Black's Law Dictionary*, korupsi adalah perbuatan yang dilakukan dengan maksud untuk memberikan suatu keuntungan yang tidak resmi dengan hak-hak dari pihak lain secara salah menggunakan jabatannya atau karakternya untuk mendapatkan suatu keuntungan untuk dirinya sendiri atau orang lain.<sup>30</sup>
2. *Transparency International* yang bermarkas di Berlin, Jerman merumuskan pengertian korupsi yaitu korupsi mencakup perilaku dari pejabat – pejabat di sektor publik, apakah politikus atau pegawai negeri, dimana mereka secara tidak benar dan melanggar hukum memperkaya diri sendiri atau pihak lain yang dekat dengan mereka dengan cara menyalahgunakan kewenangan publik yang dipercayakan kepada mereka.<sup>31</sup>
3. David H. Bayley didasarkan pada *webster's Third New International Dictionary(1961)* adalah perangsang (seorang pejabat pemerintah) berdasarkan iktikad buruk misalnya suap) agar melakukan pelanggaran kewajibannya.<sup>32</sup>

---

<sup>30</sup> Rohim, *Modus Operandi Tindak Pidana Korupsi*. 2008. Pena Multi Media , Depok. Hlm 2

<sup>31</sup> Sunaryandi Amin, *Tindak Pidana Korupsi dan Upaya Pencegahannya*. 1999. Sinar Grafika. Jakarta. Hlm 274

<sup>32</sup> Mochtar Lubis & James C. Scott, *Bunga Rampai Korupsi*. 1995. LP3ES, Jakarta. Hlm. 86

4. Purwadarminta, mendefinisikan korupsi sebagai perbuatan yang buruk seperti penggelapan uang, penerimaan uang sogok dan sebagainya<sup>33</sup>

Definisi secara rinci yang lebih menekankan pada jabatan di pemerintahan dapat dilihat dari pendapat di bawah ini:<sup>34</sup>

1. Menurut Bayley, perkataan korupsi dikaitkan dengan perbuatan – perbuatan penyuapan yang berhubungan dengan penyalahgunaan wewenang atau kekuasaan sebagai akibat adanya pertimbangan dari mereka yang memegang jabatan.
2. M Mac Mallan, seorang pejabat dikatakan korup apabila ia menerima suap yang dirasakan sebagai dorongan untuk melakukan sesuatu yang ia bisa lakukan dalam tugas jabatannya padahal ia selama menjalankan tugasnya seharusnya tidak boleh berbuat demikian.
3. J.S. Nye, korupsi adalah perilaku yang menyimpang dari kewajiban – kewajiban normal suatu peranan jawatan pemerintahan, karena kepentingan pribadi demi mengejar status dan gengsi, atau melanggar peraturan dengan jalan melakukan atau mencari pengaruh bagi kepentingan pribadi.

Rumusan pengertian mengenai korupsi tersebut di atas terlihat bahwa korupsi pada umumnya merupakan kejahatan yang dilakukan oleh kalangan menengah ke atas, atau yang dinamakan dengan *White Collar Crime* yaitu kejahatan yang dilakukan oleh orang-orang yang berkelebihan kekayaan dan dipandang

---

<sup>33</sup> Poerwadarminta, *Kamus Umum Bahasa Indonesia*. 1976. Rajawali, Jakarta. Hlm 524

<sup>34</sup> Soedjono Dirdjosisworo, *Fungsi Perundang-undangan Pidana dalam Penanggulangan Korupsi di Indonesia*, 1984. Sinar Baru, Bandung. Hlm. 16

“terhormat”, karena mempunyai kedudukan penting baik dalam pemerintahan atau di dunia perekonomian,<sup>35</sup> Selaras dengan pendapat di atas, menurut Indriyanto Seno Adji, bahwa tak dapat dipungkiri korupsi merupakan *White Collar Crime* dengan perbuatan yang selalu mengalami dinamisasi modus operandinya dari segala sisi sehingga dikatakan sebagai *invisible Crime* yang penanganannya memerlukan kebijakan hukum pidana.<sup>36</sup> Kebijakan hukum pidana ini tentu harus memiliki karakteristik nilai-nilai keadilan yang dapat dirasakan oleh seluruh rakyat Indonesia, jadi pertimbangan utamanya adalah keberpihakan pada kepentingan ekonomi rakyat atau kepentingan umum.

Mengenai tindakan yang termasuk korupsi, Carl J. Friesrich berpendapat bahwa:

Pola korupsi dapat dikatakan ada apabila seorang memegang kekuasaan yang berwenang untuk melakukan hal-hal tertentu seperti seorang pejabat yang bertanggung jawab melalui uang atau semacam hadiah lainnya yang tidak diperbolehkan oleh undang-undang; membujuk untuk mengambil langkah yang menolong siapa saja yang menyediakan hadiah dan dengan demikian benar-benar membahayakan kepentingan umum.<sup>37</sup>

Menyikapi korupsi ini, Robert Klitgaard secara kritis menyatakan bahwa:

Korupsi ada apabila seseorang secara tidak sah meletakkan kepentingan pribadi di atas kepentingan masyarakat dan sesuatu yang dipercayakan kepadanya untuk dilaksanakan. Korupsi muncul dalam berbagai bentuk dan dapat bervariasi dari yang kecil sampai monumental. Korupsi dapat melibatkan

---

<sup>35</sup> Sudarto, *Hukum dan Hukum Pidana*.1977. Alumni, Bandung. Hlm 102

<sup>36</sup> Indriyanto Seno Adji, *Korupsi Kebijakan Aparatur Negara dan Hukum Pidana*.2006. Diadit Media, Jakarta. Hlm.374

<sup>37</sup> Martiman Prodjohamidjojo, *Penerapan Pembuktian dalam Delik Korupsi*.2009. Mandar Maju, Bandung. Hlm.9

penyalahgunaan perangkat kebijaksanaan, ketentuan tarif, dan perkreditan, kebijakan sistem irigasi dan perumahan, penegakan hukum dan peraturan berkaitan dengan keselamatan umum, pelaksanaan kontrak dan pelunasan pinjaman atau melibatkan prosedur yang sederhana. Hal itu dapat terjadi pada sektor swasta atau sektor publik dan sering terjadi dalam kedua sektor tersebut secara simultan. Hal itu dapat jarang atau meluas terjadinya, pada sejumlah negara yang sedang berkembang, korupsi telah menjadi sistemik. Korupsi dapat melibatkan janji, ancaman atau keduanya; dapat dimulai oleh seorang pegawai negeri atau masyarakat yang berkepentingan, dapat mencakup perbuatan tidak melakukan atau melakukan; dapat melibatkan pekerjaan yang tidak sah maupun yang sah; dapat di dalam ataupun di luar organisasi publik. Batas-batas korupsi sangat sulit didefinisikan dan tergantung pada hukum lokal dan adat kebiasaan.<sup>38</sup>

## **H. Atas Dasar Substansi Objek dan Tingkah Laku atau Perbuatan dalam**

### **Rumusan Tindak Pidana Korupsi**

#### 1. Tindak Pidana Korupsi Murni

Tindak pidana korupsi murni adalah tindak pidana korupsi yang substansi objeknya mengenai hal yang berhubungan dengan perlindungan hukum terhadap kepentingan hukum yang menyangkut keuangan negara, perekonomian negara dan kelancaran pelaksanaan tugas/pekerjaan pegawai negeri atau pelaksana pekerjaan yang bersifat publik. Atas dasar kepentingan hukum yang dilindungi dalam hal dibentuknya tindak pidana korupsi kelompok ini dapat dibedakan lagi menjadi empat kelompok berikut:

- a. Tindak pidana korupsi yang dibentuk dengan substansi untuk melindungi kepentingan hukum terhadap keuangan negara dan perekonomian negara.

---

<sup>38</sup> Chaerudin, dkk. *Strategi Pencegahan dan Penegakan Hukum Tindak Pidana Korupsi*. 2008. Refika aditama, Bandung. Hlm.3-4

- b. Tindak pidana korupsi yang dibentuk untuk melindungi kepentingan hukum terhadap kelancaran tugas – tugas dan pekerjaan pegawai negeri atau orang – orang yang pekerjaannya berhubungan dan menyangkut kepentingan umum.
- c. Tindak pidana korupsi yang dibentuk untuk melindungi kepentingan hukum terhadap keamanan umum bagi barang atau orang atau keselamatan negara dalam keadaan perang dari perbuatan yang bersifat menipu.
- d. Tindak pidana korupsi yang dibentuk untuk melindungi kepentingan hukum mengenai terselenggaranya tugas – tugas publik atau pekerjaan pegawai negeri. Hal ini menyangkut kepentingan umum dari penyalahgunaan kewenangan dan sarana karena pekerjaannya atau jabatan yang dimilikinya sebagai pegawai negeri atau berkedudukan dan tugasnya untuk kepentingan umum. Tindak pidana korupsi kelompok keempat merupakan kejahatan jabatan artinya, subjek hukumnya pegawai negeri (disamakan dengan pegawai negeri) yang menjalankan tugas – tugas pekerjaan yang menyangkut kepentingan publik dengan menyalahgunakan kedudukan.<sup>39</sup>

## 2. Tindak Pidana Korupsi Tindak Murni

Tindak pidana korupsi tidak murni ialah tindak pidana yang substansi objeknya mengenai perlindungan hukum terhadap kepentingan hukum bagi

---

<sup>39</sup> Adami Chazawi. *Hukum Pidana Korupsi DI Indonesia*. 2016. Ed.Rev. Cet 1. Rajawali Pers. Jakarta. Hlm 16

kelancaran pelaksanaan tugas – tugas penegak hukum dalam upaya pemberantasan tindak pidana korupsi.<sup>40</sup>

Dilihat dari sudut unsur tingkah laku dalam rumusan tindak pidana korupsi dapat dibedakan antara tindak pidana korupsi aktif dan tindak pidana korupsi pasif.

#### 1. Tindak Pidana Korupsi Aktif

Tindak pidana korupsi aktif atau tindak pidana korupsi positif ialah tindak pidana korupsi yang dalam rumusnya mencantumkan unsur perbuatan aktif. Perbuatan aktif atau perbuatan materiil yang bisa disebut juga perbuatan jasmani adalah perbuatan yang untuk mewujudkannya diperlukan gerakan tubuh atau bagian dari tubuh orang.<sup>41</sup>

#### 2. Tindak Pidana Korupsi Pasif atau Negatif

Tindak pidana korupsi pasif adalah tindak pidana yang unsur tingkah lakunya dirumuskan secara pasif. Sebagaimana diketahui bahwa tindak pidana pasif itu adalah tindak pidana yang melarang untuk tidak berbuat aktif (disebut perbuatan pasif). Di dalam kehidupan sehari – hari, adakalanya seseorang berada dalam suatu situasi dan atau kondisi tertentu dan orang itu diwajibkan (disebut kewajiban hukum) untuk melakukan suatu perbuatan (aktif) tertentu. Apabila dia tidak menuruti kewajiban hukumnya untuk berbuat (aktif) tertentu tersebut artinya dia telah melanggar kewajiban

---

<sup>40</sup> Ibid. Hlm. 17

<sup>41</sup> Ibid. Hlm. 19

hukumnya untuk berbuat tadi, maka dia dipersalahkan melakukan suatu tindak pidana pasif tertentu.

Dalam doktrin hukum pidana, tindak pidana pasif dibedakan menjadi (a) tindak pidana pasif murni dan (b) tindak pidana pasif yang tidak murni. Tindak pidana pasif murni ialah tindak pidana pasif yang dirumuskan secara formal atau yang pada dasarnya semata-mata unsur perbuatannya adalah berupa perbuatan pasif. Tindak pidana korupsi pasif menurut UU No. 31 tahun 1999 jo UU No. 20 tahun 2001 semuanya adalah tindak pidana pasif murni.

Sedangkan tindak pidana pasif yang tidak murni adalah berupa tindak pidana yang pada dasarnya berupa tindak pidana aktif tetapi dapat dilakukan dengan cara tidak berbuat atau tidak melakukan perbuatan aktif. Tindak pidana yang mengandung akibat terlarang (tindak pidana materiil) yang dilakukan dengan tidak berbuat aktif sehingga dengan tidak berbuat (yang melanggar kewajiban hukumnya untuk berbuat) menimbulkan akibat yang dilarang oleh undang – undang. Misalnya, pembunuhan (Pasal 338 KUHP) sesungguhnya merupakan tindak pidana aktif (karena perbuatan menghilangkan nyawa orang lain). Akan tetapi, pembunuhan itu bisa tergolong perbuatan pasif, misalnya seorang ibu bermaksud membunuh bayi

yang baru dilahirkannya dengan tidak menyusui bayinya sehingga bayi itu meninggal.<sup>42</sup>

### **I. Pengertian *Trading in Influence***

UNCAC tidak memberikan definisi terkait dengan pengaruh ataupun definisi perdagangan pengaruh. Untuk itu, peneliti mengambil beberapa rujukan pengertian, di antaranya:

#### 1. *Oxford Dictionary*

*Oxford Dictionary*<sup>43</sup> menggunakan terminologi *influence peddling*. Pengertiannya adalah, “*the use of position or political influence on someone’s behalf in exchange for money or favour.*” Merujuk kepada *Oxford Dictionary*, maka ada dua hal yang menjadi titik tekan:

- a. Perdagangan pengaruh merupakan bentuk penggunaan posisi atau pengaruh politik atas nama seseorang. Subjek definisi tersebut harus dibedakan, karena “penggunaan posisi” berarti perdagangan pengaruh dilakukan langsung oleh pihak yang berkuasa; sementara “pengaruh politik atas nama seseorang” berarti menggunakan akses kedekatan dengan pihak yang sedang berkuasa.
- b. *kick back* dari perdagangan pengaruh tersebut berbentuk uang atau bantuan.

Inilah yang sebenarnya tujuan dari upaya perdagangan pengaruh. Hal ini

---

<sup>42</sup> Ibid. Hlm. 22

<sup>43</sup> <http://www.oxforddictionaries.com> dalam Tim Peneliti Indonesia Corruption Watch. Op.cit. Hlm. 44

tentu sejalan dengan frasa “*undue advantage*” (keuntungan yang tidak semestinya) sebagaimana yang diatur dalam UNCAC.

## 2. *Black Law Dictionary*<sup>44</sup>

Menurut *Black Law Dictionary*, pengertian *undue influence* adalah: “*The improper use of power or trust in a way that deprives a person of free will and substitutes another's objective.*” Jika dicermati, pengertian dalam *Black Law Dictionary* mempunyai pengertian yang lebih luas daripada pengertian pengaruh sebagaimana yang terdapat dalam *Oxford Dictionary*. Pengertian dalam *Black Law Dictionary* ini tidak membatasi pada penggunaan posisi atau pengaruh politik atas nama seseorang saja, melainkan sampai kepada penggunaan kekuasaan yang tidak semestinya yang mengganggu objektivitas.

## 3. Menurut Artidjo Alkostar

Pengaruh adalah suatu tekanan yang mempengaruhi sikap orang untuk menentukan pendapatnya sehingga dengan demikian lebih bersifat tekanan, di mana tekanan dapat berupa: (1) tekanan kekuasaan politik, dan (2) tekanan ekonomi. Dalam arti kata memberi janji, apa pun bentuknya yang berupa yang menguntungkan bagi orang mau dan dapat dipengaruhi. Orang yang mempengaruhi itu bisa mempunyai kekuasaan politik dan kekuasaan ekonomi dan bisa juga yang dipengaruhi memperoleh keuntungan ataupun keduanya baik yang mempengaruhi maupun yang dipengaruhi karena transaksional itu proses

---

<sup>44</sup> *Black Law Dictionary* dalam Tim Peneliti Indonesia Corruption Watch Ibid, Hlm. 44

jual beli.<sup>45</sup> Yang dapat digolongkan sebagai orang yang memiliki pengaruh adalah:<sup>46</sup>

- a. Pejabat publik sebagaimana mengacu kepada Pasal 1 angka 8 Undang-Undang Keterbukaan Informasi Publik;
- b. Ketua Umum Partai Politik dan strukturnya ke bawah;
- c. Orang yang memiliki hubungan kekeluargaan dengan
- d. pejabat publik;
- e. Pengusaha.

#### ***J. Unsur – Unsur Trading in Influence***

Dari pengaturan *trading in influence* sebagaimana yang terdapat dalam Pasal 18 UNCAC tersebut, dapat ditarik elemen-elemen yang terkandung di dalamnya, di antaranya:<sup>47</sup>

1. Frasa “Setiap negara pihak dapat mempertimbangkan .....” menunjukkan bahwa tindakan yang dikriminalisasikan sebagai ‘*trading in influence*’ bersifat *non-mandatory offences*. Artinya, tidak ada kesepakatan di antara *state party* untuk mengriminalisasi tindakan tersebut sebagai tindak pidana korupsi. Pilihan untuk mengadopsi atau tidak diserahkan kembali kepada masing-masing negara yang meratifikasi konvensi tersebut.

---

<sup>45</sup> Artidjo Alkostar dalam Tim Peneliti Indonesia Corruption Watch Ibid,Hlm. 45

<sup>46</sup> Ibid

<sup>47</sup> Peneliti dapatkan dari Eddy O.S Hiariej tentang *Memahami 'Traiding in Influence' Dalam Kerangka UNCAC Sebagai Instrumen Pemberantasan Korupsi Di Indonesia* melalui Email eddyosh@yahoo.com, Pada hari Jum'at, 27 Januari 2017 Pukul 09.48 WIB. Hlm 14 dan 15

Hakikat Pasal 18a dan Pasal 18b UNCAC mendefinisikan ‘*trading in influence*’ menjadi dua bagian, yakni: *active trading in influence* sebagaimana terdapat dalam Pasal 18a; dan *pasive trading in influence* sebagaimana yang terdapat dalam Pasal 18b. *Active trading in influence* berarti memberikan tawaran untuk memperdagangkan pengaruh, sedangkan *pasive trading in influence* berarti menerima tawaran memperdagangkan pengaruh.

2. Bentuk kesalahan dalam pasal tersebut adalah kesengajaan yang berarti menghendaki adanya pengetahuan dan kehendak (*weten en wilen*) dari pelaku. Bahkan, kalau ditelaah lebih detil, terdapatnya kata-kata ‘...dengan maksud...’ dalam Pasal tersebut, yang telah membatasi corak kesengajaannya adalah kesengajaan sebagai maksud. Artinya, pelaku menghendaki perbuatan beserta akibatnya. Kesengajaan sebagai maksud atau *opzet als oogmerk* adalah kesengajaan untuk mencapai suatu tujuan. Artinya, antara motivasi seseorang melakukan perbuatan, tindakan dan akibatnya benar-benar terwujud. Motivasi seseorang sangat mempengaruhi perbuatannya (*affectio tua nomen imposit operi tuo*). *Opzet als oogmerk* adalah bentuk kesengajaan yang paling sederhana.
3. Konsekuensinya lebih lanjut, corak kesengajaan lainnya yaitu kesengajaan sebagai kepastian dan kesengajaan sebagai kemungkinan (*dolus eventualis* atau *inkauf nehmen*) tidak memenuhi bentuk kesalahan dalam *trading in influence*. Perumusan yang demikian telah mempersempit ruang gerak jaksa

penuntut umum untuk hanya membuktikan corak kesengajaan sebagai maksud. Bentuk kesengajaan dengan corak kesengajaan sebagai maksud pada dasarnya tidak mudah untuk dibuktikan. Akan tetapi kesulitan untuk membuktikan corak kesengajaan sebagai maksud tersebut, diimbangi dengan wujud penyalahgunaan pengaruh yang sangat mudah dibuktikan.

Hal ini tersirat dalam kata-kata, ‘...yang nyata atau yang dianggap ada...’. Artinya, untuk membuktikan adanya penyalahgunaan pengaruh, tidak mesti ada penyalahgunaan pengaruh secara nyata, tetapi cukup berdasarkan suatu anggapan bahwa perbuatan tersebut adalah penyalahgunaan pengaruh. Untuk membuktikan corak kesengajaan sebagai maksud seperti yang terdapat dalam rumusan pasal tersebut biasanya dengan menggunakan teori kesengajaan yang diobjektifkan, sehingga orang tersebut dianggap memperdagangkan pengaruh.

4. Subjek hukum yang dapat dipidana atau *addresat* dari Pasal tersebut tidak hanya pejabat publik, tetapi juga setiap orang, baik yang mempunyai hubungan dengan pejabat publik tersebut maupun tidak. Dapatlah dikatakan bahwa rumusan Pasal tersebut ada perluasan pertanggungjawaban pidana terhadap pelaku yang memperdagangkan pengaruh. Tidak hanya seseorang yang memperdagangkan pengaruh terhadap pejabat publik, tetapi juga perantara dalam perbuatan memperdagangkan pengaruh (*broker*) dapat dimintakan pertanggungjawaban pidana. Tegasnya, rumusan Pasal tersebut mengandung teori penyertaan yang ekstensif.

Menurut Pasal 2 (a) UNCAC, seorang pejabat publik adalah setiap orang yang memegang legislatif, eksekutif, administratif atau kantor pengadilan, baik diangkat atau dipilih, atau orang lain yang melakukan fungsi publik atau menyediakan layanan umum. Pasal 18 UNCAC bertujuan untuk mencakup semua kemungkinan kategori pejabat publik.

Terlepas dari 'pejabat menurut status', setiap orang yang menyediakan layanan publik dianggap sebagai pejabat publik tanpa memandang statusnya. Umumnya memang tidak menekankan status semata, melainkan fungsi yang membuat pemangku otoritas rentan terhadap korupsi.

5. Dengan istilah “*keuntungan yang tidak semestinya/undue advantages*,” UNCAC mencakup lingkup yang luas dari insentif dijanjikan atau ditawarkan kepada pejabat publik atau orang lain.<sup>48</sup>

Secara sederhana, bentuk keuntungan yang tidak semestinya tersebut mengarah kepada dua bentuk. Bentuk pertama dapat berupa jabatan. Bentuk kedua dapat berupa keuntungan materil. Dalam konteks perdagangan pengaruh, sasaran materil seringkali menjadi tujuan yang paling utama para pelaku tersebut melakukan perdagangan pengaruh.

#### **K. Bentuk-Bentuk *Trading in Influence***

*Trading in influence* merupakan sebuah bentuk korupsi yang sulit untuk digambarkan dan dipahami,<sup>49</sup> karena memiliki tingkat kerumitan tersendiri.

---

<sup>48</sup> Julia Philipp dalam Tim Peneliti Indonesia Corruption Watch. Op,cit. Hlm. 19

Banyak negara yang sudah menerapkan ketentuan-ketentuan yang terkait dengan perdagangan pengaruh, seperti di Perancis, Spanyol dan Belgia. Namun tidak jarang pula di beberapa negara di belahan dunia lain juga enggan untuk menerapkan aturan tersebut.

Beberapa negara yang meratifikasi Konvensi CoE seperti Swedia, Denmark, dan Inggris mereservasi (meniadakan atau mengubah akibat hukum)<sup>50</sup> konvensi yang terkait dengan *trading in influence*. Di Swedia, sebagian besar kasus yang terkait dengan *trading in influence* yang diatur dalam Pasal 12 CoE dijerat dengan ketentuan pasal suap biasa. Artinya, *trading in influence* digolongkan sebagai tindak pidana suap yang bisa dijerat dengan pasal penyipuan. Sedangkan Denmark memandang *trading in influence* sebagai perbuatan yang berkaitan dengan suap di sektor swasta, jadi tidak bisa menjangkau perbuatan-perbuatan yang dilakukan oleh pejabat publik (*public official*).<sup>51</sup>

Bahkan di Inggris, *trading in influence* tidak diatur secara tegas dalam hukum negara tersebut dengan alasan kriminalisasi terhadap perbuatan tersebut dapat mempengaruhi aktivitas pelobian yang diakui (*acknowledged lobbying activities*). Demikian pula halnya dengan Swedia yang tidak menjerat semua pelaku *trading in influence* karena kriminalisasi terhadap perbuatan ini dapat

---

<sup>49</sup> Willike Slingerland dalam Tim Peneliti Indonesia Corruption Watch Ibid, Hlm. 28

<sup>50</sup> J.G. Starke, *Pengantar Hukum Internasional*, Edisi Kesepuluh, Sinar Grafika, Jakarta, 1997, hlm. 611.

<sup>51</sup> Willike Slingerland, dalam Tim Peneliti Indonesia Corruption Watch. Op.cit. Hlm. 28

menimbulkan konflik dengan hak atas kebebasan berekspresi mengingat aktivitas lobi-melobi (di negara tersebut) tidak dipandang sebagai perbuatan ilegal.<sup>52</sup>

Walaupun pertimbangan di beberapa negara di atas yang menganggap perdagangan pengaruh dalam bentuk lobi-lobi menyulitkan untuk dikriminalisasi karena merupakan bagian dari praktek bisnis atau relasi-relasi lainnya, namun praktek lobi pada kenyataannya banyak juga yang menyimpang. Khususnya lobi-lobi yang berujung kepada keuntungan materil dan mengabaikan kepentingan umum (*public interest*). Lain halnya jika lobi tersebut dilakukan pada sektor swasta dan tidak ada irisannya dengan kepentingan umum, maka hal tersebut tentu saja dapat dibenarkan. Namun apabila sudah keluar dari jalurnya maka harus ada tindakan hukum terhadap penyimpangan tersebut.

Dari berbagai literatur, perdagangan pengaruh merupakan bentuk *trilateral relationship* dalam korupsi. Kejahatan tersebut setidaknya melibatkan tiga pihak: yakni dua pelaku dari sisi pengambil kebijakan –termasuk orang yang menjual pengaruhnya (tidak mesti harus pejabat publik atau penyelenggara negara); dan pemberian sesuatu yang menginginkan keuntungan dari pejabat publik atau penyelenggara negara. Setidaknya terdapat tiga pola dalam perdagangan pengaruh:<sup>53</sup>

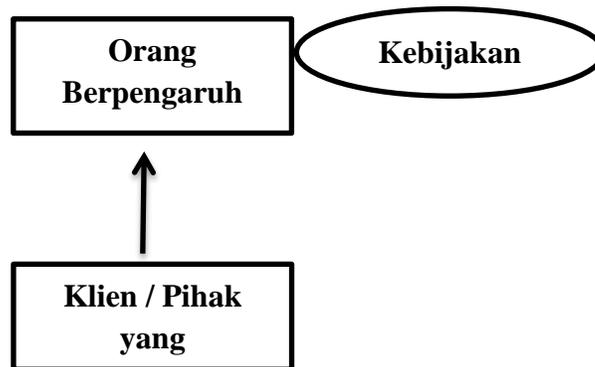
#### 1. Pola Vertikal

---

<sup>52</sup> Ibid

<sup>53</sup> Tim Peneliti Indonesia Corruption Watch. Op.cit. Hlm. 29

Perdagangan pengaruh dengan pola vertikal atau ke atas dapat digambarkan sebagai berikut:



a. Penjelasan:

- 1) Model perdagangan pengaruh dengan pola vertikal banyak terjadi karena transaksi politik atau lembaga tertentu dengan orang yang berpengaruh.
- 2) Dalam model perdagangan pengaruh vertikal, pihak yang berpengaruh merupakan pihak yang memiliki kekuasaan/ kewenangan. Pengaruh yang dimilikinya digunakan untuk memberikan insentif kepada perorangan atau kelompok tertentu.

b. Contoh ilustrasi kasus

Seorang pengusaha (baca A) yang menjadi donator politik seorang kepala daerah (B) ingin merevisi jumlah nominal retribusi dalam sebuah Perda Retribusi, karena memberatkan bisnisnya. Perda Retribusi tersebut mengatur bahwa setiap truk atau mobil tambang yang melewati Kabupaten

Berani harus membayar retribusi sebesar Rp 20.000 per ton hasil tambang yang melintasi jalanan tersebut.

c. Posisi pihak

- 1) A merupakan seorang pengusaha tambang sekaligus merupakan salah satu donatur dalam pemilihan kepala daerah di Kabupaten Berani. A menjadi donatur bagi B pada saat mencalonkan diri menjadi kepala daerah.
- 2) B merupakan kepala daerah di Kabupaten Berani.

d. Kronologis kasus<sup>54</sup>

- 1) Sebagai seorang pengusaha tambang di Kabupaten Berani, A sangat berkeinginan Perda Retribusi Kabupaten Berani terkait dengan besaran retribusi bahan tambang yang melintasi jalan kabupaten untuk direvisi. Hal ini dilakukan untuk memperbesar *margin* keuntungan yang diperoleh pengusaha tersebut.
- 2) Perda tersebut mengatur setiap hasil tambang berupa batu bara yang melintasi Kabupaten Berani wajib dikenakan retribusi sebesar Rp. 20.000 per ton. Si pengusaha ingin nominal tersebut dikurangi menjadi hanya Rp. 5.000 per ton.

---

<sup>54</sup> Ibid. Hlm. 30

- 3) Untuk merealisasikan niatnya tersebut, si pengusaha melobi si bupati. Karena pernah menjadi donatur politiknya, si bupati tidak berkeberatan untuk merubah perda itu.
  - 4) Bupati kemudian melakukan sebuah tindakan tertentu untuk merevisi secara terbatas Peraturan Daerah Retribusi tersebut bersama DPRD Kabupaten Berani. Revisi ini pun menemui jalan mulus karena si bupati memiliki mayoritas pendukung di DPRD.
  - 5) Revisi perda pun berhasil dilakukan sehingga nominal
  - 6) retribusi turun drastis hanya menjadi Rp 5.000 per ton.
- e. Analisis kasus<sup>55</sup>

Dalam ilustrasi kasus di atas, si kepala daerah menggunakan otoritas yang dia miliki untuk memberikan insentif khusus kepada donatur politiknya berupa revisi peraturan daerah untuk mengurangi nominal retribusi. Retribusi yang awalnya Rp 20.000 berubah menjadi Rp. 5.000. Sulit untuk dibantah bahwa motivasi si kepala daerah dalam merubah aturan tersebut disebabkan karena faktor si pengusaha tambang pada masa lalu pernah menjadi donatur politiknya. Dalam kasus ini, si kepala daerah tidak menerima dana langsung. Namun revisi tersebut dilakukan atas motivasi balas jasa kepada donatur politiknya tersebut. Jika si bupati/kepala daerah menerima uang atas jasa merevisi perda dilakukan dia

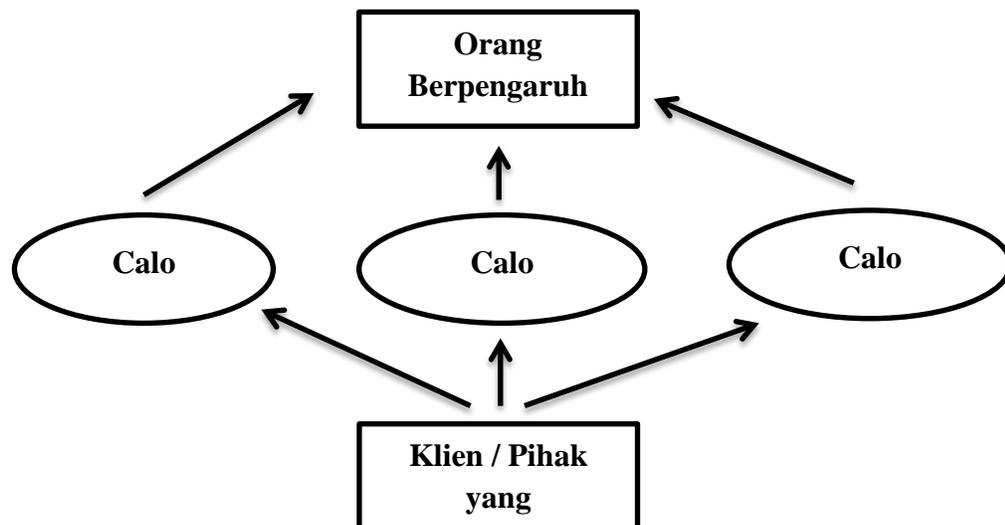
---

<sup>55</sup> Ibid. Hlm. 31

bisa langsung dikenakan dengan Pasal - Pasal suap. Namun karena tidak menerima uang secara langsung, maka tidak bisa dijerat dengan pasal-pasal suap di sisi yang lain, si kepala daerah pun tidak bisa dijerat dengan delik merugikan keuangan negara, misalnya Pasal 2 Undang-Undang Tipikor karena kekurangan unsur “melawan hukum” .

## 2. Pola Vertikal dengan Broker

Pola perdagangan pengaruh vertikal dengan calo/ *broker* dapat diilustrasikan sebagai berikut:<sup>56</sup>



### a. Penjelasan

- 1) Model perdagangan pengaruh vertikal dengan broker lazim terjadi pada lingkungan kekuasaan dan jabatan publik. Mereka yang dekat dengan kekuasaan salah satunya adalah keluarga. Dalam model ini, broker

---

<sup>56</sup> Ibid. Hlm. 32

menjadi individu atau kelompok yang memanfaatkan pengaruh si pejabat publik.

2) Modal ini lazim terjadi dalam proyek-proyek pengadaan dan penempatan seseorang menjadi penyelenggara negara.

b. Contoh ilustrasi kasus

Pihak yang berpengaruh (baca A) merupakan seorang hakim agung yang menjadi salah satu majelis dalam sengketa sebidang tanah di Jl. Gatot Subroto. A memiliki seorang anak yang berprofesi sebagai seorang pegawai swasta. Untuk mengetahui dan mempengaruhi putusan si hakim agung di tingkat kasasi, si pihak berperkara (baca C) dapat menghubungi anaknya A.

c. Kronologis kasus:<sup>57</sup>

1) Sengketa sebidang tanah seluas 4000 M2 di Jalan Gatot Subroto memasuki tahapan kasasi di Mahkamah Agung. C sebagai tergugat ingin memenangkan perkaranya di tingkat kasasi, karena sudah dua kali kalah di tingkat pertama dan banding.

2) Untuk dapat memenangkan perkaranya tersebut, C menemui B karena ia mengetahui bahwa Hakim A memiliki seorang anak, yakni B tersebut.

3) Tujuan C menemui B adalah untuk melobi agar B dapat mempengaruhi putusan dalam sengketa *a quo*.

---

<sup>57</sup> Ibid. Hlm. 33

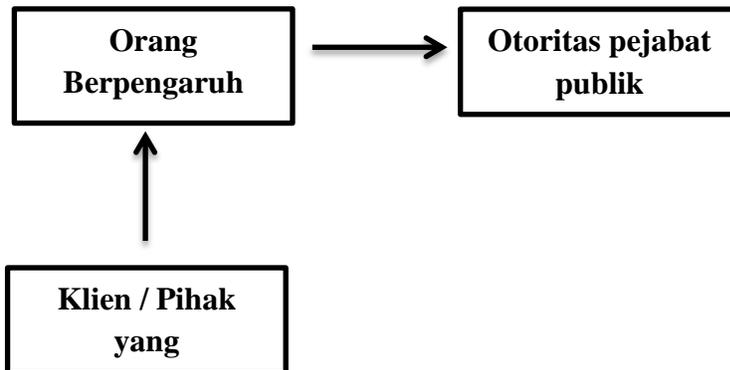
- 4) Agar B mau melakukan lobi, C memberikan B sebuah mobil sedan sport seharga Rp 500.000.000 (lima ratus juta rupiah).
- 5) Lobi anak kepada orang tua berhasil (baca B kepada A), sehingga si C dimenangkan dalam sengketa tersebut. Dalam melakukan lobinya, B menceritakan kepada ayahnya sebagai hakim bahwa B dijanjikan sebuah mobil jika C menang

d. Analisa aktor

- 1) Sebagai hakim, A sudah dipengaruhi anak dalam mengambil keputusan sebuah perkara. Walaupun tidak menerima uang, ia dapat dijerat dengan pasal perdagangan pengaruh pasif, karena putusannya telah memberikan manfaat dan keuntungan yang tidak semestinya bagi anaknya tersebut.
- 2) Sebagai pegawai swasta, B sudah menerima janji untuk mempengaruhi orang tua nya (hakim A), sehingga ia dijerat dengan perdagangan pengaruh pasif.
- 3) Sebagai pihak yang berperkara, C memberikan sesuatu kepada B agar mempengaruhi A. Oleh karena itu, yang bersangkutan dapat dijerat dengan perdagangan pengaruh aktif. dalam perkara tersebut. Mobil ditujukan kepada B, bukan kepada A sebagai hakim.

3. Pola Horizontal

Perdagangan pengaruh dengan bentuk horizontal atau mendatar dapat digambarkan dalam bagan sebagai berikut:<sup>58</sup>



a. Penjelasan

- 1) Dalam model perdagangan pengaruh horizontal, klien atau pihak berkepentingan bersama calo merupakan dua pihak yang aktif, sementara otoritas pejabat publik merupakan pihak yang dipengaruhi.
- 2) Klien menyerahkan uang kepada pihak berpengaruh yang bukan penyelenggara negara.
- 3) Jika klien langsung menyerahkan uang kepada otoritas pejabat publik, maka dapat langsung dijerat dengan pasal suap.
- 4) Model kedua horizontal banyak terjadi di lingkup partai politik yang memiliki jaringan kepada kekuasaan eksekutif. Orang-orang yang berada di struktur pemerintah dalam mengambil kebijakan sering

---

<sup>58</sup> Ibid.

dipengaruhi oleh faktor eksternal, terutama yang berasal dari partai politiknya sendiri.<sup>59</sup>

b. Contoh Ilustrasi kasus

Seorang pengusaha (Baca: A) mendekati seorang Ketua Umum Partai Politik (Baca: B) untuk memperoleh sebuah proyek pengadaan dengan cara mempengaruhi pejabat publik yang satu partai dengan B. Pejabat publik yang dipengaruhi tersebut kita sebut dengan "C".

c. Posisi Pihak:

- 1) A merupakan seorang pengusaha yang disebut dengan klien. A mendekati B dengan tujuan mempermudah lobi kepada C untuk mendapatkan sebuah proyek.
- 2) B merupakan seorang ketua umum partai politik. B bukanlah seorang pejabat publik yang berlatar belakang penyelenggara negara, namun dia memiliki akses kekuasaan khususnya kepada C yang merupakan kader dari partai politiknya.
- 3) C merupakan pejabat publik. Di tangan pejabat publik ini, sebuah kebijakan dan keputusan dilahirkan. Sehingga C yang merupakan pejabat publik atas permintaan atau pengaruh ketua umum partai politik tersebut menyalahgunakan kekuasaan yang dimilikinya untuk membantu A dalam mendapatkan proyek.

d. Kronologis kasus<sup>60</sup>

---

<sup>59</sup> Ibid. Hlm. 34

- 1) Sebagai seorang pengusaha konstruksi, A mendapat kabar bahwa di Kementerian Pekerjaan Umum akan diadakan proyek senilai 114 milyar rupiah untuk proyek irigasi di daerah Indonesia Bagian Timur. Sebagai seorang pengusaha, A sangat berminat untuk bisa memenangkan proyek pengerjaan tersebut. Namun A sadar bahwa untuk memenangkan proyek tersebut tidak akan mudah karena pasti akan muncul banyak pesaing.
- 2) Menyadari kondisi tersebut, A kemudian mendekati menteri pekerjaan umum melalui B yang notabene merupakan ketua umum partai politik si menteri. Hal ini disadari bahwa menteri akan sangat mudah dipengaruhi jika sang ketua umum sudah dapat dipengaruhi.
- 3) Si pengusaha kemudian memberikan janji kepada B sebagai ketua umum partai akan mendapatkan uang sebesar 5 persen dari nilai proyek jika dia dimenangkan dalam tender di Kementerian Pekerjaan Umum tersebut.
- 4) Proses tender berjalan, pada akhirnya hasil tender memenangkan A karena B berhasil mempengaruhi C untuk memenangkan proyek tersebut.
- 5) Karena dapat memenangkan tersebut, A kemudian menyerahkan uang sebesar 5 persen dari nilai proyek yang diperoleh kepada B sebagai ucapan terima kasih karena telah membantu memenangkan proyek tersebut.

---

<sup>60</sup> Ibid. Hlm. 35

e. Analisa kasus<sup>61</sup>

Dari gambaran di atas dapat ditunjukkan bahwa pengaruh yang dimiliki ketua umum partai digunakan untuk mempengaruhi kadernya dalam sebuah pengadaan di Kementerian Pekerjaan Umum. Ini dilakukan karena adanya sebuah *commitment fee* sebesar 5 persen dari nilai proyek yang dapat dijanjikan. Kasus di atas menunjukkan bentuk *trading in influence* sebagai *trilateral relationship*: karena ada pihak berpengaruh (B), pihak yang mempengaruhi (A), dan pihak yang dipengaruhi (C).

Dalam kasus di atas, apakah delik suap bisa digunakan untuk menjerat ketua umum partai politik tersebut sebagai pihak yang mempengaruhi pejabat publik? Jawabannya tidak. Hal ini disebabkan ketua umum bukanlah seorang pejabat publik yang memiliki kekuasaan dan kewenangan yang melekat padanya (*direct authorities*), sehingga pasal-pasal suap dalam Undang-Undang Tipikor (Pasal 5, Pasal 11, dan Pasal 12 a) tidak bisa digunakan untuk menjerat yang bersangkutan. Akibatnya, ketua umum partai politik dengan kekuasaan politik yang dimilikinya tersebut tidak bisa dijerat secara hukum melalui Pasal suap dalam Undang-Undang Tipikor. Padahal yang bersangkutan merupakan *beneficiary actor* karena menerima *commitment fee* dari si pengusaha atas proyek pemerintah.<sup>62</sup>

---

<sup>61</sup> Ibid.

<sup>62</sup> Ibid. Hlm. 36

## **L. Pengertian Persekongkolan**

Undang - Undang Nomor 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat memberikan pengaturan mengenai Persekongkolan. Secara yuridis sebagaimana tercantum dalam Pasal 1 butir 8 Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1999, pengertian persekongkolan atau konspirasi usaha diartikan sebagai:

“Bentuk kerja sama yang dilakukan oleh pelaku usaha dengan pelaku usaha lain dengan maksud untuk menguasai pasar bersangkutan bagi kepentingan pelaku usaha yang bersekongkol”

Adapun pengertian “larangan persekongkolan tender”, sebagaimana diatur dalam Pasal 22 Undang – Undang No. 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat adalah:

“Pelaku usaha dilarang bersekongkol dengan pihak lain untuk mengatur dan/atau menentukan pemegang tender sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat”

Pasal 22 Undang – Undang No. 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat diuraikan ke dalam beberapa unsur sebagai berikut:

### **1. Unsur Pelaku Usaha**

Sebagaimana dimaksud pada Pasal 1 angka 5 Undang – Undang No. 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, bahwa pelaku usaha adalah setiap orang perorangan atau badan usaha, baik yang

berbentuk badan hukum atau bukan badan hukum yang didirikan dan berkedudukan atau melakukan kegiatan dalam wilayah hukum negara RI, baik sendiri maupun bersama – sama melalui perjanjian, menyelenggarakan berbagai kegiatan usaha dalam bidang ekonomi.

## 2. Unsur bersekongkol

Bersekongkol diartikan sebagai kerjasama yang dilakukan oleh pelaku usaha dengan pihak lain atas inisiatif siapapun dengan cara apapun dalam upaya memenangkan peserta tender tertentu. Adapun istilah tersebut mengandung unsur – unsur sebagai berikut: Kerjasama antara dua pihak atau lebih, Secara terang – terangan maupun diam – diam melakukan tindakan penyesuaian dokumen dengan peserta lainnya, Membandingkan dokumen tender sebelum penyerahan, menciptakan persaingan semu, menyetujui dan atau memfasilitasi terjadinya persekongkolan, tidak menolak melakukan suatu tindakan meskipun mengetahui atau sepatutnya mengetahui bahwa tindakan tersebut dilakukan untuk mengatur dalam rangka memenangkan peserta tender tertentu, pemberian eksklusif oleh penyelenggara tender ataupun pihak terkait secara langsung/tidak langsung kepada pelaku usaha yang mengikuti tender dengan cara melawan hukum.

## 3. Unsur pihak lain

Pihak lain menunjukkan bahwa persekongkolan selalu melibatkan lebih dari satu pelaku usaha. Pengertian pihak lain dalam hal ini meliputi para pihak yang terlibat, baik secara horizontal maupun vertical dalam proses penawaran tender.

#### 4. Unsur mengatur dan menentukan pemenang tender

Mengatur dan atau menentukan pemenang tender adalah suatu perbuatan para pihak yang terlibat dalam proses tender secara bersekongkol yang bertujuan untuk menyingkirkan pelaku usaha lain sebagai pesaingnya dan/atau untuk memenangkan peserta tender tertentu dengan berbagai cara. Pengaturan dan/atau penentuan pemenang tender tersebut meliputi, antara lain menetapkan kriteria pemenang, persyaratan teknik, keuangan, spesifikasi, proses tender dan sebagainya. Pengaturan dan penentuan pemenang tender dapat dilakukan secara horizontal maupun vertikal artinya baik dilakukan oleh pelaku usaha atau panitia pelaksana.

#### 5. Unsur persaingan usaha tidak sehat

Persaingan usaha tidak sehat adalah persaingan antara pelaku usaha dalam menjalankan kegiatan produksi dan atau pemasaran barang dan atau jasa yang dilakukan dengan cara tidak jujur atau melawan hukum atau menghambat persaingan usaha.

Secara umum yang dikatakan bersekongkol adalah kerja sama yang dilakukan oleh pelaku usaha dengan pihak lain atas inisiatif siapa pun dengan cara apa pun dalam upaya memenangkan peserta tender tertentu.<sup>63</sup> Ada juga yang menyamakan istilah persekongkolan (*conspiracy*) dengan istilah *collusion* (kolusi), yakni sebagai: “*A secret agreement between two or more people for*

---

<sup>63</sup> Susanti Adi Nugroho, *Hukum Persaingan Usaha di Indonesia*.2014. Cet.2. Prenadamedia Group. Jakarta. Hlm.288

*deceive or produlent purpose*” artinya bahwa dalam kolusi ada suatu perjanjian rahasia yang dibuat oleh dua orang atau lebih dengan tujuan penipuan atau penggelapan yang sama artinya dengan konspirasi dan cenderung berkonotasi negatif.<sup>64</sup>

Persekongkolan tender merupakan kegiatan yang biasa dilakukan oleh para pelaku usaha, dengan cara melakukan kesepakatan – kesepakatan guna memenangkan tender. Kegiatan tersebut tidak jarang mengakibatkan hambatan bagi pelaku usaha yang tidak terlibat dalam kesepakatan dan dampak lebih jauh dapat mengakibatkan kerugian bagi pihak penyelenggara karena terdapat ketidak-wajaran mengenai harga. Persekongkolan tender (*bid rigging*) termasuk salah satu perbuatan yang dianggap merugikan negara, karena terdapat unsur manipulasi harga penawaran dan cenderung menguntungkan pihak yang terlibat dalam persekongkolan.

#### **M. Jenis – Jenis Persekongkolan**

Persekongkolan dalam tender merupakan suatu bentuk kerja sama yang dilakukan oleh dua atau lebih pelaku usaha dalam rangka memenangkan peserta tender tertentu. Perjanjian ini dapat dilakukan oleh satu atau lebih peserta yang menyetujui satu peserta dengan harga yang paling rendah dan melakukan penawaran dengan harga di atas harga perusahaan yang direkayasa sebagai pemenang. Kesepakatan semacam ini bertentangan dengan proses pelelangan

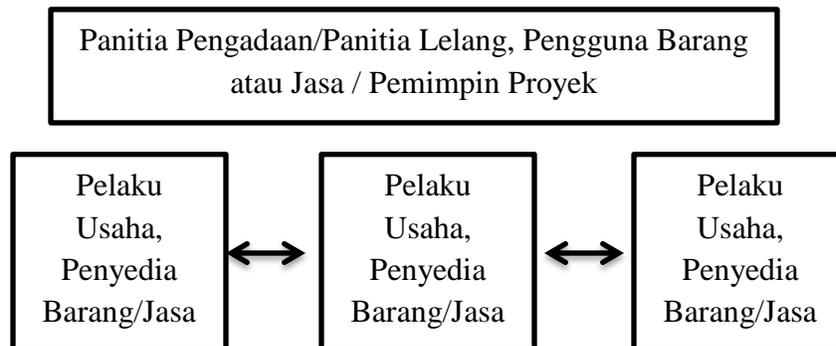
---

<sup>64</sup> Knaud Hansen dalam Susanti Adi Nugroho, *Hukum Persaingan Usaha di Indonesia*.Ibid.Hlm.289

yang wajar, karena penawaran umum dirancang untuk menciptakan keadilan dan menjamin dihasilkannya harga yang murah dan paling efisien.<sup>65</sup> Oleh karena itu, persekongkolan dalam penawaran tender dianggap menghalangi terciptanya persaingan yang sehat di kalangan para penawar yang beriktikad baik untuk melakukan usaha di bidang bersangkutan.

Persekongkolan dalam Tender membedakan tiga jenis persekongkolan dalam tender yaitu persekongkolan horizontal, persekongkolan vertikal dan gabungan persekongkolan vertikal dan horizontal.

#### 1. Persekongkolan Horizontal



Persekongkolan Horizontal Merupakan persekongkolan yang terjadi antara pelaku usaha atau penyedia barang dan jasa dengan sesama pelaku usaha atau penyedia barang dan jasa pesaingnya. Jadi persekongkolan tender merupakan perbuatan yang dilakukan oleh peserta tender untuk memenangkan satu peserta tender melalui persaingan semu. Oleh karena itu, tender kolusif tidak terkait

<sup>65</sup> Budi Kagramanto, *Larangan Persekongkolan tender (perspektif Hukum Persaingan Usaha)*. 2008. Srikandi, Jakarta. Hlm. 33

dengan struktur pasar dan tidak terdapat unsur persaingan. Persekongkolan tender merupakan perbuatan yang mengutamakan aspek perilaku, berupa perjanjian untuk bersekongkol yang dilakukan secara diam – diam. Dalam persekongkolan tender, penawar menentukan perusahaan tertentu yang harus mendapat pekerjaan melalui harga kontrak yang diharapkan. Kecenderungan itu terdapat di semua negara, termasuk Indonesia, seperti arisan di beberapa proyek lembaga instansi pemerintah. Persekongkolan tender yang terjadi tidak jarang melibatkan pemerintah, dalam hal ini panitia pengadaan barang atau atasannya serta pejabat terkait dengan pengadaan barang dan jasa tersebut.<sup>66</sup> dalam praktek terdapat beberapa modus beroperasinya persekongkolan penawaran tender antara lain<sup>67</sup>

*a. Bid Suppression*

Tekanan terhadap penawaran (*Bid Suppression*) artinya bahwa satu atau lebih penawar setuju untuk tidak mengikuti pelelangan atau menarik penawaran yang telah diajukan sebelumnya dan memberi kesempatan agar penawar lain dapat memenangkan pelelangan tersebut.

*b. Complementary bidding*

Penawaran yang saling melengkapi (*Complementary bidding*) yaitu kesepakatan diantara para penawar dimana dua atau lebih penawar setuju terhadap siapa yang akan memenangkan penawaran. Pemenang yang

---

<sup>66</sup> Susanti Adi Nugroho, *Hukum Persaingan Usaha di Indonesia*.Op,cit. 293 Hlm.288

<sup>67</sup> Ibid. Hlm. 294 -297

dirancang kemudian mengatakan kepada penawar lain mengenai harga yang direncanakan, sehingga mereka akan melakukan penawaran dengan harga yang lebih tinggi. Sebaliknya pemenang yang dirancang akan memerintahkan penawar lain untuk menawar di tingkat harga yang ditentukan, sehingga harga penawaran calon pemenang menjadi lebih rendah dari pada pesaing yang lain. Tindakan tersebut menciptakan kesan seolah – olah terdapat persaingan sesungguhnya diantara mereka, sehingga kontraktor yang dirancang berhasil memenangkan tender

*c. Bid rotation*

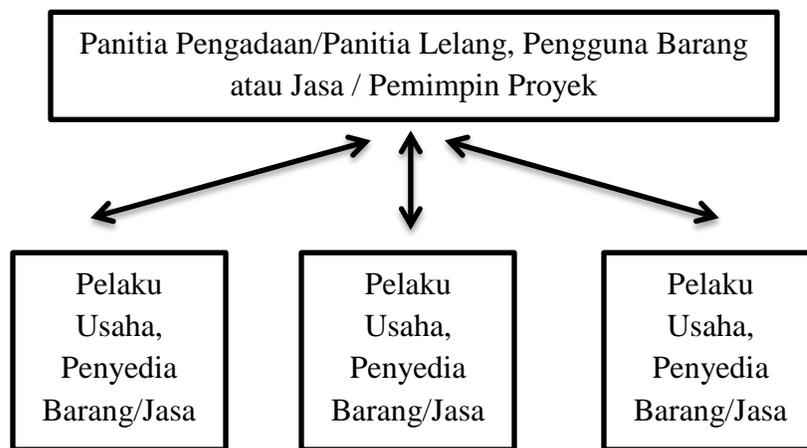
Perputaran penawaran atau arisan tender (*bid rotation*) adalah pola penawaran tender di mana satu dari penawar setuju untuk kembali sebagai penawar yang paling rendah. Dalam hal ini, penawar tender lain (selain pemenang yang sudah ditentukan sebelumnya), secara bersama – sama akan menawar setinggi – tingginya, sebelum sampai pada gilirannya untuk memenangkan tender. Seringkali perputaran (arisan) ini menetapkan adanya jaminan, bahwa mereka akan mendapat giliran untuk memenangkan tender. Kadang kala dalam beberapa pola semacam ini, terdapat perjanjian untuk mengantisipasi, bahwa penawar yang kalah dalam tender akan menjadi subkontraktor bagi pihak yang dimenangkan.

*d. Market division*

Pembagian pasar (*Market division*) adalah pola penawaran tender yang terdiri dari beberapa cara untuk memenangkan tender melalui pembagian

pasar. Melalui metode ini, para penawar dapat merancang wilayah geografis maupun pelanggan tertentu, sehingga jika terdapat kontrak di wilayah tertentu, seluruh penawar sudah mengetahui penawar mana yang akan memenangkan tender.

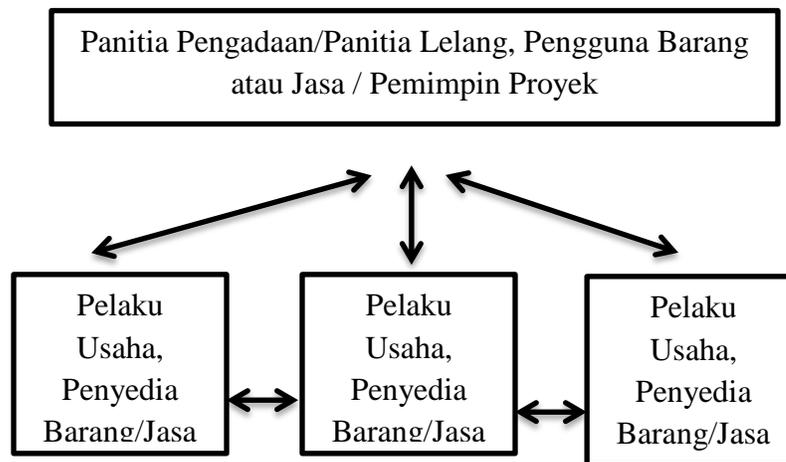
## 2. Persekongkolan Vertikal



Persekongkolan Vertikal Merupakan persekongkolan yang terjadi antara antara salah satu atau beberapa pelaku usaha atau penyedia barang dan jasa dengan panitia tender atau panitia lelang atau pengguna barang dan jasa atau pemilik atau pemberi pekerjaan. Persekongkolan ini dapat terjadi dalam bentuk panitia tender atau panitia lelang atau pengguna barang dan jasa atau pemilik atau pemberi pekerjaan bekerja sama dengan salah satu atau beberapa peserta tender. Dalam hal ini biasanya panitia tender memberikan berbagai kemudahan

atas persyaratan – persyaratan bagi seorang penawar sehingga dia dapat memenangkan penawaran tersebut.<sup>68</sup>

### 3. Persekongkolan Horizontal dan Vertikal



Merupakan persekongkolan antara panitia tender atau panitia lelang atau pengguna barang dan jasa atau pemilik atau pemberi pekerjaan dengan pelaku usaha atau penyedia barang dan jasa. Persekongkolan ini dapat melibatkan dua atau tiga pihak yang terkait dalam proses tender. Baik antara peserta tender sendiri maupun antara peserta tender atau penyedia jasa dengan pihak lain. Pihak lain ini biasanya pengguna barang dan jasa atau panitia tender atau pemiliknya (persekongkolan vertikal)

Salah satu bentuk persekongkolan ini adalah tender fiktif yakni baik panitia tender, pemberi pekerjaan, maupun para pelaku usaha, melakukan suatu proses tender hanya secara administratif dan tertutup. Persekongkolan ini dapat melibatkan dua atau tiga pihak terkait proses tender, misalnya tender fiktif yang

<sup>68</sup> Ibid. Hlm. 297

melibatkan panitia, pemberi pekerjaan dan pelaku usaha yang melakukan penawaran secara tertutup.<sup>69</sup>

## N. Pendekatan *Per Se* dan *Rule of Reason* dalam Penegakan Hukum Perasingan Usaha

### 1. Per se illegal



Kata “*per se*” berasal dari bahasa latin, berarti *by itself, in itself, taken alone, by means of itself, through it self, inherently, in isolation, unconnected with other matters, simply as such, in its own nature without reference to its relation*. Apabila suatu aktivitas adalah jelas maksudnya dan mempunyai akibat merusak, tidak perlu mempermasalahkan masuk akal atau tidaknya peristiwa yang sama (dengan peristiwa yang sedang diadili) untuk menentukan bahwa peristiwa yang bersangkutan merupakan pelanggaran hukum persaingan.<sup>70</sup>

Prinsip ini dikenal dengan “*per se doctrine*”. Per se illegal, yang sering juga disebut *per se violation* dalam hukum persaingan adalah istilah yang mengandung maksud bahwa jenis – jenis perjanjian tertentu (misalnya penetapan harga/*horizontal price fixing*) atau perbuatan – perbuatan tertentu dianggap secara inheren bersifat antikompetitif dan merugikan masyarakat tanpa perlu

<sup>69</sup> Ibid. Hlm. 298 - 299

<sup>70</sup> Hendry Campbell dalam Susanti Adi Nugroho, *Hukum Persaingan Usaha di Indonesia*.Op,cit. Hlm.693

dibuktikan bahwa perbuatan tersebut secara nyata telah merusak persaingan.<sup>71</sup> Artinya suatu ketentuan bersifat *per se illegal* tidak diperlukan lagi pembuktian dampak larangan tersebut sehingga jika ada pelaku usaha yang melakukan sesuatu yang dinyatakan secara eksplisit dilarang oleh undang – undang, pelaku usaha tersebut dinyatakan melanggar, tanpa perlu membuktikan hasil atau akibat tindakan yang dilakukan.

Pendekatan ini mirip dengan konsep delik formal dalam hukum pidana karena titik beratnya adalah unsur formal dari suatu perbuatan. Kemudahan dalam penerapan dari *per se illegal* antara lain<sup>72</sup>:

- a. Tidak memerlukan pengetahuan teori untuk ekonomi dan pengumpulan data bisnis. Hakim hanya membuktikan apakah suatu perjanjian atau perbuatan memengaruhi persaingan.
- b. Adanya kepastian usaha , efisiensi dalam proses litigasi dan sebagai alat untuk mencegah dampak dari persaingan artinya bahwa pendekatan ini hemat biaya dalam proses litigasi, biaya administrasi dan sumber juridis lainnya.

Pengujian terhadap ada tidaknya persaingan melalui pendekatan *per se illegal* memberikan kepastian. Adanya larangan yang tegas, dapat memberikan kepastian bagi perusahaan untuk mengetahui keabsahan suatu perbuatan. Hal ini memungkinkan mereka untuk mengatur dan menjalankan usaha tanpa khawatir adanya gugatan hukum di kemudian hari, yang menimbulkan kerugian berlipat

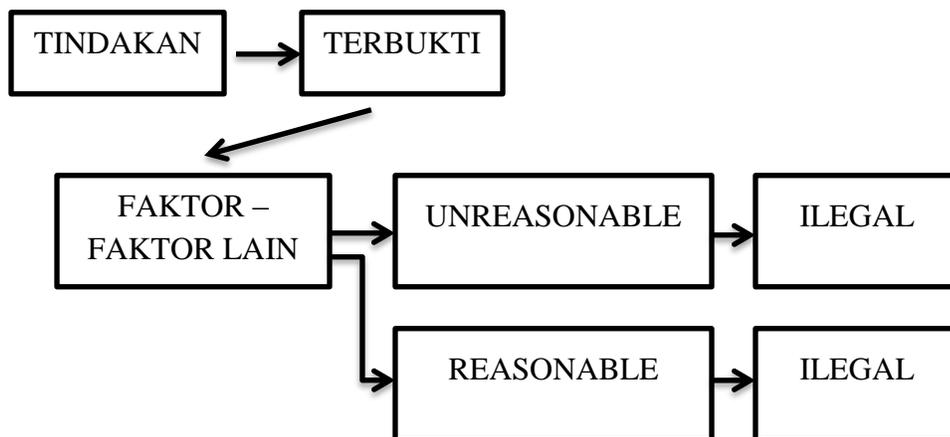
---

<sup>71</sup> Ibid.

<sup>72</sup> Ibid. hlm 702

ganda. Dengan perkataan lain, bahwa pendekatan *per se illegal* dapat memperingatkan perusahaan sejak awal mengenai perbuatan apa saja yang dilarang dan menjauhkan mereka untuk mencoba melakukannya.<sup>73</sup>

## 2. Rule of Reason



*Rule of Reason* adalah suatu doktrin yang dibangun berdasarkan penafsiran atas ketentuan *Sherman antitrust act* oleh mahkamah agung amerika serikat. Pendekatan ini merupakan kebalikan dari pendekatan *per se illegal*. Pendekatan *rule of reason* adalah suatu pendekatan yang menentukan meskipun suatu perbuatan telah memenuhi rumusan undang – undang, namun jika ada alasan objektif yang dapat membenarkan perbuatan tersebut, maka perbuatan itu bukan merupakan suatu pelanggaran. Artinya, penerapan hukum tergantung pada akibat yang ditimbulkannya, apakah perbuatan itu telah menimbulkan praktik monopoli atau persaingan usaha tidak sehat karena titik beratnya adalah unsur materiel dari

<sup>73</sup> Carl Keyesen and Donald Turner dalam A. M. Tri Anggraini, *Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Tidak Sehat Perse Illegal atau Rule of Reason*. Op,cit. Hlm 94

perbuatannya.<sup>74</sup> Jadi penerapan hukum dalam pendekatan *rule of reason* mempertimbangkan alasan – alasan mengapa dilakukanya suatu tindakan/suatu perbuatan pelaku usaha.

Untuk menetapkan prinsip ini, tidak hanya diperlukan pengetahuan ilmu hukum tetapi penguasaan terhadap ilmu ekonomi. Dengan perkataan lain, pendekatan *rule of reason*, apabila suatu perbuatan yang dituduhkan melanggar hukum persaingan, maka pencari fakta harus memperhatikan dan menentukan apakah perbuatan tersebut menghambat persaingan, dan apakah perbuatan itu tidak adil atau mempunyai pertimbangan lainnya. dapat dikatakan bahwa *rule of reason* lebih memfokuskan kepada melihat akibat yang dimunculkan dari suatu perbuatan yang dilakukan.

Keunggulan *rule of reason* adalah menggunakan analisis ekonomi untuk mencapai efisiensi guna mengetahui dengan pasti apakah suatu tindakan pelaku usaha memiliki implikasi kepada persaingan. Dengan perkataan lain, apakah suatu tindakan menghambat persaingan atau mendorong persaingan.<sup>75</sup> Namun demikian pendekatan *rule of reason* mengandung juga kelemahan yaitu penerapan *rule of reason* merupakan perangkat peradilan meliputi proses litigasi yang akan membutuhkan biaya amat besar.<sup>76</sup> Keputusan peradilan berdasarkan *rule of reason* akan menimbulkan biaya – biaya lain, seperti biaya hilangnya

---

<sup>74</sup> Susanti Adi Nugroho, *Hukum Persaingan Usaha di Indonesia*. Op,cit. 711

<sup>75</sup> Robert H. Bork dalam A. M. Tri Anggraini, *Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Tidak Sehat Perse Illegal atau Rule of Reason*. Op,cit. Hlm. 126

<sup>76</sup> Albert A. Foer dalam A. M. Tri Anggraini, *Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Tidak Sehat Perse Illegal atau Rule of Reason*. Ibid. Hlm. 140

kesempatan pelaku usaha yang dipaksa untuk mengikuti proses persidangan yang *relative* lama.<sup>77</sup>

Kelemahan lainya dari *rule of reason* dan mungkin merupakan kelemahan yang paling utama adalah bahwa *rule of reason* yang digunakan oleh para hakim dan juri mensyaratkan pengetahuan teori ekonomi dan sejumlah data ekonomi yang kompleks, dimana mereka belum tentu memiliki kemampuan yang cukup untuk memahaminya, guna dapat menghasilkan keputusan yang rasional.<sup>78</sup>

#### **O. Pertanggungjawaban Pidana**

Dalam hukum pidana konsep “pertanggungjawaban” merupakan konsep sentral yang dikenal dengan ajaran kesalahan. Dalam bahasa latin ajaran kesalahan dikenal dengan sebutan *mens rea*. Doktrin *mens rea* dilandaskan pada suatu perbuatan tidak mengakibatkan seseorang bersalah kecuali jika pikiran orang itu jahat. Dalam bahasa inggris doktrin tersebut dirumuskan dengan *an act does not make a person guilty, unless the mind is legally blameworthy*. Berdasarkan asas tersebut ada dua syarat yang harus dipenuhi untuk dapat memidana seseorang, yaitu ada perbuatan lahiriah yang terlarang/perbuatan pidana (*actus reus*) dan ada sikap batin jahat/tercela (*mens rea*).

Roeslan Saleh menyatakan bahwa pertanggungjawaban pidana diartikan sebagai:

---

<sup>77</sup> Thomas A. Piraino dalam A. M. Tri Anggraini, *Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Tidak Sehat Perse Illegal atau Rule of Reason*. Ibid.

<sup>78</sup> Ibid. Hlm. 141

Diteruskanya celaan yang objektif yang ada pada pada perbuatan pidana dan secara subjektif memenuhi syarat untuk dapat dipidana karena perbuatannya itu. Maksud celaan objektif adalah bahwa perbuatan yang dilakukan oleh seseorang memang merupakan suatu perbuatan yang dilarang. Indikatornya adalah perbuatan tersebut melawan hukum baik dalam arti melawan formil maupun melawan hukum materiil. Sedangkan maksud celaan subjektif menunjuk kepada orang yang melakukan perbuatan yang dilarang tadi. Sekalipun perbuatan yang dilarang telah dilakukan oleh seseorang, namun jika orang tersebut tidak dapat dicela karena pada dirinya tidak terdapat kesalahan, maka pertanggung-jawaban pidana tidak mungkin ada.<sup>79</sup>

Chairul Huda menyatakan bahwa:

Dasar adanya tindak pidana adalah asas legalitas, sedangkan dasar dapat dipidanya pembuat adalah asas kesalahan. Ini berarti bahwa pembuat tindak pidana hanya akan dipidana jika ia mempunyai kesalahan dalam melakukan tindak pidana tersebut. Kapan seseorang dikatakan mempunyai kesalahan menyangkut masalah pertanggungjawaban pidana. Oleh karena itu, pertanggungjawaban pidana adalah pertanggungjawaban orang terhadap tindak pidana yang dilakukannya. Tegasnya, yang dipertanggung jawabkan orang itu adalah tindak pidana yang dilakukannya. Terjadinya pertanggungjawaban pidana karena telah ada tindak pidana yang dilakukan oleh seseorang. Pertanggungjawaban pidana pada hakikatnya merupakan suatu mekanisme yang dibangun oleh hukum pidana untuk bereaksi terhadap pelanggaran atas “kesepakatan menolak” suatu perbuatan tertentu.<sup>80</sup>

Khusus terkait celaan objektif dan celaan subjektif ini, Sudarto mengatakan bahwa:

Dipidananya seseorang tidaklah cukup apabila orang itu telah melakukan perbuatan yang bertentangan dengan hukum atau bersifat melawan hukum (celaan objektif). Jadi meskipun

---

<sup>79</sup> Hanafi Amrani dan Mahrus Ali, *Sistem Pertanggungjawaban Pidana Perkembangan dan Penerapannya*. 2015. Rajawali Pers. Jakarta. Hlm. 21

<sup>80</sup> Chairul Huda, *Dari Tiada Pidana Tanpa Kesalahan Menuju Kepada Tiada Pertanggungjawaban Pidana Tanpa Kesalahan*. 2006. Kencana. Cet. Kedua. Jakarta. Hlm.68

perbuatan tersebut memenuhi rumusan delik dalam undang – undang dan tidak dibenarkan, namun hal tersebut belum memenuhi syarat penjatuhan pidana. Untuk pemidaan masih perlu adanya syarat untuk penjatuhan pidana, yaitu orang yang melakukan perbuatan itu mempunyai kesalahan atau bersalah (celaan subjektif). Orang tersebut harus dipertanggungjawabkan atas perbuatannya atau jika dilihat dari sudut perbuatannya, perbuatannya baru dapat dipertanggungjawabkan kepada orang tersebut.<sup>81</sup>

Sudarto menyatakan bahwa agar seseorang memiliki aspek pertanggungjawaban pidana, dalam arti dipidananya pembuat, terdapat beberapa syarat yang harus dipenuhi yaitu:<sup>82</sup>

1. Adanya suatu tindak pidana yang dilakukan oleh pembuat.
2. Adanya unsur kesalahan berupa kesengajaan atau kealpaan.
3. Adanya pembuat yang mampu bertanggung jawab.
4. Tidak ada alasan pemaaf.

Dari pendapat diatas dapat dikatakan bahwa, kesalahan mengandung unsur pencelaan terhadap seseorang yang telah melakukan tindak pidana. Pencelaan yang dimaksud adalah pencelaan berdasarkan hukum yang berlaku. Untuk menentukan adanya kesalahan seseorang harus memenuhi beberapa unsur, yaitu:

1. Adanya kemampuan bertanggung jawab pada si pembuat.

Kemampuan bertanggung jawab dapat diartikan sebagai kondisi batin yang normal atau sehat dan mampunya akal seseorang dalam membeda – bedakan hal-

---

<sup>81</sup> Sudarto. *Hukum dan Hukum Pidana*. 1986. Alumni. Bandung. Hlm. 85

<sup>82</sup> Sudarto, *Hukum dan Hukum Pidana*. 1986. Alumni, Bandung. Hlm 77

hal yang baik dan yang buruk atau dengan kata lain mampu untuk menginsyafi sifat melawan hukumnya suatu perbuatan dan sesuai dengan keinsyafan itu mampu untuk menentukan adanya kemampuan bertanggung jawab, yaitu faktor akal dan faktor kehendak. Akal yaitu dapat membedakan antara perbuatan yang diperbolehkan dan yang tidak diperbolehkan, sedangkan kehendak yaitu dapat menyesuaikan tingkah lakunya dengan keinsyafan atas sesuatu yang diperbolehkan dan yang tidak diperbolehkan.<sup>83</sup>

Keadaan batin yang normal atau sehat ditentukan oleh faktor akal pembuat yang dapat dilihat dari akalinya mampu membeda - bedakan perbuatan yang boleh dilakukan dan perbuatan yang tidak boleh dilakukan. Kemampuan pembuat untuk membeda - bedakan perbuatan yang boleh dilakukan dan tidak boleh dilakukan, menyebabkan yang bersangkutan dapat dipertanggung jawabkan dalam hukum pidana, ketika melakukan tindak pidana. Dapat dipertanggung jawabkan karena akalinya yang sehat dapat membimbing kehendaknya untuk menyesuaikan dengan yang ditentukan oleh hukum, padanya diharapkan untuk selalu berbuat sesuai dengan yang ditentukan hukum.<sup>84</sup>

Mengenai kemampuan bertanggung jawab, Simons mengartikannya sebagai suatu keadaan psikis, yang membenarkan adanya penerapan suatu upaya

---

<sup>83</sup> Mahrus Ali, *Dasar - Dasar Hukum Pidana*. 2011. Sinar Grafika, Jakarta. Hlm. 171

<sup>84</sup> *ibid*

pemidanaan, baik dilihat dari sudut umum maupun orangnya.<sup>85</sup> Seseorang yang dikatakan mampu bertanggung jawab jika jiwanya sehat, apabila;

- a. Ia mampu untuk mengetahui atau menyadari bahwa perbuatannya bertentangan dengan hukum
- b. Ia dapat menentukan kehendaknya sesuai dengan kesadaran tersebut.<sup>86</sup>

Dalam KUHP, ketentuan mengenai kemampuan bertanggung jawab diatur dalam buku I bab III Pasal 44 ayat (1) yang berbunyi:

“Barangsiapa melakukan perbuatan yang tidak dapat dipertanggungjawabkan kepadanya karena jiwanya cacat dalam pertumbuhan atau terganggu karena penyakit, tidak dipidana.”

Dilihat dalam Pasal 44 ayat (1) dijelaskan bahwa seseorang yang jiwanya cacat atau terganggu tidak dapat dipidana, hal ini disebabkan karena orang tersebut tidak mampu menyadari bahwa perbuatannya bertentangan dengan hukum serta tindakan yang dilakukan diluar dari kesadarannya, maka orang tersebut tidak dapat dipertanggungjawabkan secara hukum.

## 2. Hubungan batin antara pembuat dengan perbuatannya

Mengenai hubungan batin antara pembuat dengan perbuatannya, keinginan dalam melakukan suatu perbuatan pidana muncul dari keadaan batin si pembuat yang kemudian pikirannya mengarahkan dirinya untuk melakukan perbuatan tersebut atau tidak. “Dalam hukum pidana penggunaan pikiran yang kemudian

---

<sup>85</sup> Sudarto, *Hukum dan Perkembangan Masyarakat*.1983. Sinar Baru, Bandung. Hlm. 95

<sup>86</sup> Muladi dan Dwidja priyatno, *Op.cit.* hal. 74

mengarahkan pembuatnya melakukan tindak pidana, disebut sebagai bentuk kesalahan yang secara teknis disebut dengan kesengajaan.”<sup>87</sup> Kesalahan ini dapat dilihat dari sudut: menurut akibatnya ia adalah hal yang dapat dicegah (*verwiltbaarheid*) dan menurut hakekatnya ia, adalah hal dapat dihindarkannya (*Vermijdbaarheid*) perbuatan yang melawan hukum.

**a. Kesengajaan (Dolus)**

Dalam kitab Undang-undang Hukum Pidana (*Crimineel Wetboek*) Tahun 1809 dicantumkan: “Sengaja ialah kemauan untuk melakukan atau tidak melakukan perbuatan-perbuatan yang dilarang atau diperintahkan oleh undang-undang”. Dalam Memorie van Toelichting (MvT) Menteri Kehakiman sewaktu Pengajuan *Criminiet Wetboek* 1881 (yang menjadi Kitab Undang-undang Hukum Pidana Indonesia Tahun 1915), dijelaskan: “Sengaja” diartikan: “dengan sadar dan kehendak melakukan suatu kejahatan tertentu”.

Beberapa sarjana merumuskan *de will* sebagai keinginan, kemauan, kehendak, dan perbuatan merupakan pelaksanaan dari kehendak. *De will* (kehendak) dapat ditujukan terhadap perbuatan yang dilarang dan akibat yang dilarang. Ada dua teori yang berkaitan dengan pengertian “sengaja”, yaitu teori kehendak dan teori pengetahuan atau membayangkan.<sup>88</sup>

---

<sup>87</sup> Chairul Huda, Op.cit hal. 107

<sup>88</sup> Sudarto, *Hukum Pidana I*, 1990, penerbit Yayasan Sudarto, hal. 102-105. Lihat juga A. Zainal Abidin Farid, 1995, *Hukum Pidana I*, Cetakan Pertama, Sinar Grafika, Jakarta., hal. 282-285.

Menurut teori kehendak, sengaja adalah kehendak untuk mewujudkan unsur-unsur delik dalam rumusan undang-undang. sebagai contoh, A mengarahkan pistol kepada B dan A menembak mati B; A adalah “sengaja” apabila A benar-benar menghendaki kematian B.

Menurut Teori pengetahuan atau teori membayangkan, manusia tidak mungkin dapat menghendaki suatu akibat karena manusia hanya dapat mengingini, mengharapkan atau membayangkan adanya suatu akibat. Adalah “sengaja” apabila suatu akibat yang ditimbulkan karena suatu tindakan dibayangkan sebagai maksud tindakan itu dan karena itu tindakan yang bersangkutan dilakukan sesuai dengan bayangan yang terlebih dahulu telah dibuat. Teori itu menitikberatkan pada apa yang diketahui atau dibayangkan si pembuat, ialah apa yang terjadi pada waktu ia berbuat.

Dari kedua teori tersebut, Prof. Moeljatno lebih cenderung kepada teori pengetahuan atau membayangkan. Alasannya adalah : “Karena dalam kehendak dengan sendirinya diliputi pengetahuan. Sebab untuk menghendaki sesuatu, orang lebih dahulu sudah harus mempunyai pengetahuan (gambaran) tentang sesuatu itu. Tapi apa yang diketahui seseorang belum tentu juga dikehendaki olehnya. Lagi pula kehendak merupakan arah, maksud atau tujuan perbuatannya. Konsekuensinya ialah, bahwa untuk menentukan sesuatu perbuatan yang dikehendaki oleh terdakwa, maka (1) harus dibuktikan bahwa perbuatan itu sesuai dengan motifnya untuk berbuat dan bertujuan yang hendak dicapai; (2) antara

motif, perbuatan dan tujuan harus ada hubungan kausal dalam batin terdakwa.<sup>89</sup>

Dalam ilmu hukum pidana pada umumnya dibedakan tiga macam kesengajaan, yaitu :

1) Kesengajaan sebagai maksud (*opzet alsoogmerk*),

Bentuk kesengajaan ini merupakan turunan dari teori kehendak (*de will*). Dalam kesengajaan ini, seseorang melakukan tindak pidana yang dilakukan untuk mencapai suatu tujuan. Menurut Jonkers kesengajaan ini merupakan bentuk yang paling murni dan sederhana.<sup>90</sup> Menurut van Hattum, *opzet alsoogmerk* itu hanya dapat ditunjukkan kepada tindakan-tindakan baik untuk melakukan sesuatu atau tidak berbuat sesuatu ataupun tindakan untuk menimbulkan akibat yang dilarang oleh undang-undang. Para penyusun MvT telah mengartikan kesengajaan itu sebagai “melakukan tindakan yang terlarang secara dikehendaki dan dimengerti.”<sup>91</sup>

Perkataan ”dengan maksud” dalam pasal ini adalah terjemahan dari perkataan ”*met het oogmerk*” yang berarti bahwa kesengajaan (*opzet*) pada pasal ini haruslah ditafsirkan sebagai *opzet* dalam arti sempit atau

---

<sup>89</sup> Moeljatno (1994) Asas-asas Hukum Pidana, Cetakan Kedua, Bina Aksara, Jakarta, hal. 172-173.

<sup>90</sup> Hamzah Hatrik (1996). Asas Pertanggungjawaban Korporasi dalam Hukum Pidana Indonesia (Strict Liability dan Vicarious Liability), RajaGrafindo Persada, Jakarta. hal. 89.

<sup>91</sup> PAP. Lamintang (2003). Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia. Bandung: Citra Aditya Bakti, hal. 312.

semata-mata sebagai *opzet als oogmerk*. Dalam hal ini maksud sipelaku tidak boleh ditafsirkan lain kecuali ”dengan maksud untuk menguntungkan dirinya sendiri atau orang lain secara melawan hukum.”<sup>92</sup>

2) Kesengajaan dengan kesadaran akan kepastian (*Opzet met Bewustheid van Zekerheid of Noodzakelijkheid*).

Bentuk kesengajaan ini merupakan turunan dari teori mengetahui atau membayangkan. Kesengajaan dengan kesadaran akan kepastian adalah kesengajaan bahwa pelaku dengan perbuatannya itu tidak bertujuan untuk mencapai akibat yang menjadi dasar dari *delict* tetapi si pelaku tahu benar bahwa akibat itu pasti akan mengikuti perbuatan itu, kalau hal itu terjadi.

Menurut J. Remmelink, kesengajaan ini dikatakan ada jika maksud tujuan si pelaku tertuju pada hal lain (yang bisa namun tidak harus berbentuk delik), namun pada saat yang sama di dalam diri pelaku ada keyakinan bahwa tujuan dari maksudnya itu tidak mungkin tercapai tanpa sekaligus menimbulkan akibat yang sebenarnya tidak dikehendaki. Dalam hal ini tidak dituntut adanya kepastian, namun cukup bahwa hal itu dianggap sangat mungkin terjadi.<sup>93</sup>

---

<sup>92</sup> P.A.F. Lamintang dan C. Djisman Samosir (1983). Hukum Pidana Indonesia. Bandung: Sinar Baru, hal. 160.

<sup>93</sup> J. Remmelink (2014). Pengantar Hukum Pidana Material 1 (*Inleding Tot De Studie Van Het Nederlandse Strafrecht*). Yogyakarta: Maharsa, hal. 176-177.

Contoh klasik adalah suatu kasus yang terjadi tahun 1875 di Kota pelabuhan Bremerheven (Jerman) . Kasus ini terkait dengan percobaan pembunuhan yang dilakukan oleh Thomas van Bremerheven dengan berencana meledakkan kapal dengan bom dilaut lepas yang diasuransikan. Ini merupakan maksud tujuan perbuatannya. Usaha mendapatkan premi merupakan maksud lainnya, tujuan yang berfungsi sebagai motif untuk melakukan peledakkan. Pelaku sesungguhnya tidak menginginkan matinya anak buah kapal, namun pelaku niscaya memiliki keyakinan tentang kemungkinan akan adanya awak kapal yang mati. Sikap batin menghendaki penghancuran kapal, juga jika perlu mengorbankan nyawa awak kapal, merupakan terkategori kesengajaan (dolus) menurut Mahkamah Tinggi Jerman (*Reichgericht*).<sup>94</sup>

- 3) Kesengajaan dengan kesadaran kemungkinan (*Opzet met Waarschijnlijkheid Bewustzinj*).

Bentuk kesengajaan ini juga merupakan turunan dari teori mengetahui atau membayangkan. Kesengajaan secara keinsyafan kemungkinan (*Opzet met waarschijnlijkheid Bewustzinj*) bahwa pelaku memandang akibat dari apa yang dilakukannya tidak sebagai suatu hal yang niscaya terjadi, melainkan sekedar sebagai suatu kemungkinan bahwa hal pasti terjadi. “*waarschijnlijkheid*”.

---

<sup>94</sup> *Ibid.*

Sebagai contoh Yurisprudensi Hooge Raad (MA Belanda) terkenal dengan peristiwa “ *de Hoornse Taart*”, Arrest Kue Tar tanggal 19 Juni 1911. Kejadiannya adalah seorang pelaku mengirimkan Kue Taar yang sudah diisi dengan racun kepada A dengan maksud untuk membunuh si A dengan memakan kue taar beracun tersebut. Ternyata si A tidak memakan kue Taar tersebut, tetapi justru yang memakannya adalah istri si A sehingga istri si A tersebut meninggal dunia. Hakim memutuskan dalam Putusannya bahwa si pelaku dinyatakan bersalah telah melakukan percobaan pembunuhan terhadap si A dan bersalah secara sengaja membunuh Istri si A. Alasan pertimbangan hakim ialah walaupun kehendak langsung pelaku adalah untuk membunuh (kematian) si A, namun si pelaku dapat dipersalahkan karena tidak mengambil suatu tindakan pencegahan terhadap suatu kejadian yang dapat disadari akan kemungkinan bahwa istri si A atau anggota keluarga lainnya yang mungkin saja memakan kue Taar beracun tersebut. Dalam kondisi ini si Pelaku dianggap dapat menyadari (menginsyafi) bahwa tidak hanya si A saja yang memakan kue tersebut, akan tetapi kemungkinan besar orang-orang lain atau anggota keluarga lainnya yang berada di sekitarnya bisa memakan kue tersebut. Kesalahan si Pelaku tergolong dalam bentuk Kesengajaan dengan kesadaran kemungkinan (*Opzet met*

*waarschijnlijkheid Bewustzinj*).<sup>95</sup> Bentuk lain dari kesalahan disamping kesengajaan adalah kealpaan (*culpa*).

#### **b. Kealpaan (*culpa*)**

KUHP kita tidak menjelaskan apa yang dimaksud dengan kealpaan. Menurut M.v.T kealpaan adalah ada keadaan yang sedemikian membahayakan keamanan orang atau barang, atau mendatangkan kerugian terhadap seseorang yang sedemikian besarnya dan tidak dapat diperbaiki lagi, sehingga undang – undang juga bertindak terhadap kekurangan penghati – hati, sikap sembrono (*teledor*), pendekn kata “*sculd*” (kealpaan yang menyebabkan keadaan tadi).<sup>96</sup>

Menurut Hazewinkel Suringa ilmu pengetahuan hukum dan jurisprudensi mengartikan “*schuld*” (kealpaan), sebagai:

- a. Kekurangan penduga-duga, atau
- b. Kekurangan penghati – hati.

Van Hamel mengatakan, kealpaan mengandung dua syarat :

- a. Tidak mengadakan penduga – duga sebagaimana diharuskan oleh hukum.
- b. Tidak mengadakan penghati – hati sebagaimana diharuskan oleh hukum.

Menurut simons, pada umumnya “*schuld*” (kealpaan) mempunyai dua unsur:<sup>97</sup>

- a. Tidak adanya penghati –hati, disamping

---

<sup>95</sup> S.R. Sianturi, *Op. Cit.*, hal 263-264.

<sup>96</sup> I Made Widyana. *Op.cit.* Hlm 72

<sup>97</sup> Sudarto. *Op.cit.* 124

b. Dapat diduga akibatnya

Pompe mengatakan, ada 3 macam yang masuk kealpaan (*onachtzaamheid*):

- a. Dapat mengirakan (*kunen verwachten*) timbulnya akibat;
- b. Mengetahui adanya kemungkinan (*kennen der mogelijkheid*):
- c. Dapat mengetahui adanya kemungkinan (*kunnen kennen van de mogelijkheid*)

Tetapi nomor 2 dan 3 hanya apabila mengetahui atau dapat mengetahuinya itu menyangkut juga kewajiban untuk menghindarkan perbuatannya(=untuk tidak melakukan perbuatan).<sup>98</sup>

Kealpaan (*culpa*), dibedakan menjadi:

- a. Kealpaan yang disadari : akibat yang (secara primer) tidak dikehendaki dianggap dengan sembrono tidak akan terjadi.
- b. Kealpaan yang tidak disadari : orang tidak berpikir meskipun dia sehausnya berpikir.<sup>99</sup>

### 3. Alasan Penghapus Kesalahan atau Alasan pemaaf

Dalam doktrin hukum pidana dibedakan antara alasan yang menghapus sifat melawan hukumnya suatu perbuatan atau dikenal dengan alasan penghapus kesalahan atau dikenal dengan alasan pemaaf. Dibedakanya alasan pembenar dari alasan pemaaf karena keduanya menfunyai fungsi yang berbeda. Adanya alasan pembenar berujung pada “pembenaran” atas tindak pidana yang sepintas lalu

---

<sup>98</sup> Ibid. Hlm 125

<sup>99</sup> Schafmeister, Keijzer dan Sutoriou. Op.cit Hlm. 86

melawan hukum, sedangkan alasan pemaaf berdampak pada “pemaafan” pembuatnya sekalipun telah melakukan tindak pidana yang melawan hukum. Alasan pemaaf pada dasarnya berhubungan erat dengan pembuat tindak pidana. Dalam situasi tertentu, sekalipun pembuat suatu tindak pidana dapat dicela, tetapi celaan tersebut menjadi hilang atau celaan tidak dapat diteruskan kepadanya, karena pembuat tindak pidana tidak dapat berbuat lain selain melakukan tindak pidana itu.

Dalam hukum pidana yang termasuk ke dalam alasan pemaaf antara lain daya paksa (*overmach*), pembelaan terpaksa yang melampaui batas (*noodweer akses*) dan pelaksanaan perintah jabatan tanpa wewenang yang didasari oleh itikad baik.

Untuk adanya *criminal liability* seseorang di samping melakukan *criminal act* (perbuatan pidana) orang itu juga harus mempunyai kesalahan (*guilt*). Hal ini dinyatakan dalam kalimat latin: “*Actus non facit reum, nisi mens sit rea*” (*an act does not make a person guilty, unless the mind is guilty*). Jadi untuk adanya pertanggungjawaban pidana tidak cukup dengan dilakukannya perbuatan pidana saja, akan tetapi disamping itu harus ada kesalahan atau sikap batin yang dapat dicela, ternyata pula dalam asas hukum tidak tertulis: tidak dipidana jika ada kesalahan (*Geen straf zonder schuld, ohne schuld keine strafe*).