

# KRIMINALISASI KEBIJAKAN PEJABAT PUBLIK DALAM HUKUM PIDANA

Abdul Mutalib

Fakultas Syari'ah, Institut Agama Islam Negeri Ternate, Maluku Utara.

E-mail: [abdulmutalib@iain-ternate.ac.id](mailto:abdulmutalib@iain-ternate.ac.id)

**Abstrak:** Artikel ini bertujuan untuk membahas tentang cara penyelesaian terhadap kriminalisasi kebijakan pejabat publik. Pada konteks demokratisasi, Kebijakan pejabat publik lebih dipandang sebagai proses pengakomodasian kehendak berbagai *stakeholder* dalam masyarakat, ketimbang sebagai sebuah produk hukum yang mengikat dan dipaksakan. Disinilah kemudian hukum menjadi sangat penting untuk dibicarakan kontekstualitasnya, terutama dalam kaitanya dengan kebijakan pejabat publik sebagai instrument pengaturan masyarakat. Tulisan ini mencoba untuk mengulas sedikit, tentang kriminalisasi kebijakan pejabat publik, dalam hukum pidana. Metode yang digunakan normative dengan melakukan pendekatan konseptual, dimana untuk mengkaji masalah visi pembaharuan hukum terkait kriminilisasi kebijakan pejabat public, yang berbasis pada kajian teoritis serta doktrin-doktrin ahli hukum, bahwa apakah dapat dipidana dan dimintai pertanggungjawaban, seperti halnya pertanggungjawaban dalam konsep hukum pidana.

**Kata Kunci:** Kriminalisasi, Kebijakan Pejabat Publik, Hukum Pidana.

**Abstract:** This article aims to discuss how to solve the criminalization of public official policies. In the context of democratization, public official policies are seen as a process of accommodating the wishes of various stakeholders in society, the environment as a legally binding and enforced product. This is where law becomes very important to discuss its contextuality, especially in relation to the policies of public officials as an instrument of society. This paper tries to review a little about the criminalization of public official policies in criminal law. The method used by normative by the conceptual approach, which examines the problem of the vision of legal reform related to the criminalization of public official policies, which is based on theoretical studies and doctrines. legal experts, that can be convicted and held accountable, such as responsibility in the concept of criminal law.

**Keywords:** *Criminalization, Policy Public Officials, Criminal Law.*

## 1. Pendahuluan

Tidak bisa dipungkiri, selama ini persoalan hukum dan kebijakan pejabat publik, lebih-lebih dalam penyelenggaraan Negara, pemerintah telah berulang kali menimbulkan kekecewaan masyarakat. Fokus pada masalah kebijakan pejabat publik menjadi isu sentral dan masalah yang penting saat ini, terkait dengan praktik-praktik

menyimpang yang dilakukan oleh oknum pejabat pemerintahan. (Arsyad, 2013) Pejabat publik dalam rangka melakukan suatu tindakan hukum, harus didasari adanya kewenangan. Meskipun menurut hukum, kewenangan pejabat public diatur dalam bentuk peraturan perundang-undangan, akan tetapi dalam melakukan tindakan berdasarkan kewenangan tersebut, pejabat public dimungkinkan melakukan tindakan diluar ketentuan hukum tertulis.

Dalam konteks demokratisasi, kebijakan publik tidak lain merupakan proses kesepakatan antara negara atau pemerintah dengan masyarakat umum yang digunakan untuk mengendalikan praktik penyelenggara negara. Kebijakan pejabat publik lebih dipandang sebagai proses pengakomodasian kehendak berbagai stakeholder dalam masyarakat, ketimbang sebagai sebuah produk hukum yang mengikat dan dipaksakan. Mungkin pemahaman ini akan bertentangan dengan pengertian konvensional tentang hukum sebagai produk aturan yang dihasilkan pemerintah yang sah dan dapat dipaksakan pelaksanaannya di masyarakat.

Polemik tentang dapat atau tidaknya kebijakan dijerat dengan pidana, hingga kini masih menyisahkan persoalannya. Bagi kalangan yang sependapat tidak akan meperoalkannya, tetapi bagi kalangan yang tidak sependapat tentu akan mempertanyakannya. Menurut mereka belum tentu pembuat kebijakan tersebut mengetahui, bahwa kebijakannya tersebut melanggar hukum. Missal, jika setiap kebijakan dapat dikualifikasikan sebagai tindak pidana korupsi, tentu akan dilematis. Padahal diketahui bahwa kebijakan tersebut adalah bagian dari suatu system, jika seorang pejabat pemerintah takut mengambil suatu kebijakan maka roda pemerintahan tidakn akan berjalan sebagaimana yang diharapkan. (Effendy, 2012)

Negara-negara Eropa dan Amerika persoalan menyalahgunakan kewenangan dan korupsi bukanlah pada pemahaman “kebijakan”, tetapi lebih kepada persoalan hubungan antara kewenangan dengan bribery (Penyuapan). Kewenangan pejabat public yang berkaitan dengan kebijakan, baik yang terkait maupun yang aktif, tidak menjadi ranah hukum pidana sehingga kasus-kasus yang terjadi di Indonesia (soal kebijakan pejabat public di kriminalisasi) yang berkaitan dengan dugaan penyalahgunaan kewenangan dan perbuatan melawan hukum menimbulkan kesan adanya suatu “kriminalisasi Kebijakan”. (Adji, 2010) Penggunaan istilah kriminalisasi ini bukanlah makna sesungguhnya sebagai kebijakan criminal dalam tahap penyusunan undang-undang hukum pidana (Zaidan, 2016), dimana menjadikan sebuah perbuatan yang bukan tindak pidana menjadi tindak pidana. Kriminalisasi dalam hal ini lebih kepada pemahaman awam yang berkembang saat ini yaitu sebagai tindakan aparat penegak hukum menetapkan seseorang melakukan perbuatan melawan hukum atau sebagai pelaku kejahatan atas pemaksaan intepretasi undang-undang. Aparat penegak hukum dianggap seolah-olah

melakukan tafsiran sepihak atau tafsiran subjektif atas perbuatan seseorang, lalu diklasifikasikan sebagai pelaku tindak pidana.(Damang, 2020)

Pada prakteknya hal ini menimbulkan pertanyaan dalam hal apa tanggung jawab jabatan dan tanggung jawab pribadi di terapkan dalam kaitannya dengan kebijakan pemerintahan? Apakah ada batasan norma hukum yang dapat diterapkan terhadap kebijakan pemerintahan, baik dalam perspektif hukum administrasi dan pidana?.

Disinilah kemudian hukum menjadi sangat penting untuk dibicarakan kontekstualitasnya, terutama dalam kaitannya dengan kebijakan pejabat publik sebagai instrument pengaturan masyarakat. Kepastian hukum harus dapat berdiri dengan mengambil posisi yang sangat tepat. Artinya, di satu sisi hukum harus tepat memenuhi kebutuhan masyarakat terhadap kepastian hukum, sementara disisi lain ia tidak boleh menjadikan dirinya sebagai instrument sosial yang kaku. Kemampuan hukum dalam hal ini, pidana memainkan peran dan mengambil posisi yang tepat ditengah dinamika masyarakat, menjadikan pembahasan tentang kriminalisasi kebijakan pejabat publik dalam hukum pidana ini, kemudian pertanyaan yang muncul, apakah dapat dipidana. Jika demikian, apakah dapat dimintai pertanggungjawaban, seperti halnya pertanggungjawaban dalam konsep hukum pidana. Ini menjadi sesuatu hal yang seksi dan menarik untuk dibahas.

Berdasarkan latar belakang diatas, maka penulis tertarik untuk membahas. Apakah kebijakan pejabat publik dapat dikriminalisasi melalui hukum pidana? Akan tetapi mengingat permasalahan ini masih butuh penelitian yang panjang dan mendalam.

## 2. Metode

Metode penelitian yang digunakan adalah metode deskriptif normatif, terkait kriminalisasi kebijakan pejabat pemerintah, pendekatan konseptual (*conseptual approach*) digunakan untuk mengkaji masalah visi pembaruan hukum terkait kriminalisasi kebijakan pejabat publik dihubungkan dengan pandangan dan doktrin-doktrin ahli hukum dan pendekatan kasus (*case approach*) digunakan untuk mengkaji masalah dari segi praktik peradilan yang berkembang dalam merespon dan mengaktualisasikan hukum secara in concreto. Menurut Lili Rasjidi, "bahwa metode penelitian hukum yang original adalah metode penelitian hukum normatif"(Rasjidi & Rasjidi, 2009). Sehingga teknis analisis yang digunakan adalah teknis analisis kualitatif, yaitu menganalisis dan menguraikan masalah yang ada secara kualitatif dengan cara menguraikan berbagai fakta hukum selanjutnya dilakukan interpretasi atau penafsiran.

## 3. Pembahasan

Kriminalisasi Dalam Perspektif Kebijakan: Kriminalisasi atau Criminalization secara etimologi berasal dari bahasa Inggris yang mempunyai padanan dalam bahasa Belanda criminalisatie. Kriminalisasi bukan hanya satu kata, tetapi juga suatu peristilahan

(terminology) dalam hukum pidana materiel. Oleh karena itu, dalam pembentukan kaidah hukum pidana, kriminalisasi merupakan suatu obyek kajian yang penting. Dalam perspektif pembaharuan hukum pidana, kriminalisasi merupakan proses penetapan oleh penguasa atau pemerintah (Negara) melalui undang-undang pidana terhadap suatu perbuatan yang semula bukan merupakan perbuatan terlarang menjadi perbuatan terlarang dan dapat dikenai ancaman pidana bagi barang siapa yang melanggar larangan tersebut. (MediaNeliti, 2023)

Disamping itu pengertian kriminalisasi dapat pula dilihat dari Perspektif Nilai; "Proses perubahan nilai yang menyebabkan suatu perbuatan yang semula tidak dipandang sebagai hal tercela dan tidak diancam pidana, menjadi perbuatan yang tercela (immoral) serta dapat dikenai ancaman pidana".

Sebagaimana arti dari kriminalisasi tersebut diatas, pengertian kriminalisasi tidak terbatas pada penetapan suatu perbuatan sebagai tindak pidana dan dapat dipidana, tetapi juga termasuk penambahan (peningkatan) sanksi pidana terhadap tindak pidana yang sudah ada. Dilihat dari pembaharuan hukum pidana, berarti tidak terlepas dari bagaimana untuk menentukan, perbuatan apa yang seharusnya dijadikan tindak pidana? Dan, sanksi apa yang sebaiknya digunakan atau dikenakan kepada si pelanggar? Dari pertanyaan tersebut muncul Tiga istilah yaitu: (a). Kriminalisasi; proses penetapan suatu perbuatan yang semula bukan tindak pidana atau tidak ada diatur dalam hukum pidana, karna perkembangan masyarakat, kemudian menjadi tindak pidana atau di muat ke dalam hukum pidana, artinya tahap terakhir dari proses kriminalisasi adalah pembentukan hukum pidana. (b). Dekriminalisasi adalah kebalikan dari kriminalisasi, yaitu perbuatan yang semula merupakan tindak pidana kemudian karena perkembangan masyarakat dikeluarkan dari hukum pidana, artinya perbuatan tersebut tidak dianggap jahatlagi oleh masyarakat. (c). Depenalisasi adalah perbuatan yang dulunya diancam dengan tindak pidana, karena perkembangan masyarakat, ia dianggap bukan perbuatan yang perlu diancam dengan pidana lagi, tetapi sifat perbuatannya masih dianggap jahat. Oleh karena itu dalam depenalisasi ini sifat ancaman pidananya dicarikan pada pidana alternative lainnya, lantaran bobot kejahatannya berkurang. (Prasetyo, 2013)

Penetapan suatu perbuatan yang semulanya bukan perbuatan terlarang menjadi tindak pidana atau perbuatan terlarang dengan diancam piidana (sanksi) tertentu memerlukan sejumlah dasar pembenaran. Dasar pembenaran adalah dasar argumentasi fundamental yang digunakan pembentuk undang-undang untuk menetapkan suatu perbuatan sebagai tindak pidana disertai dengan sanksi pidana.

Dasar pembenaran untuk mengkriminalisasi suatu perbuatan sebagai tindak pidana banyak terletak diluar bidang hukum pidana. Artinya, dasar pembenaran tersebut berkaitan dengan fakto-faktor social diluar bidang hukum pidana. Adapun faktor-faktor yang termasuk dasar pembenaran tersebut adalah factor nilai, ilmu pengetahuan, dan faktor kebijakan. Kaidah hukum pidana jika ditinjau dari sudut nilai merupakan jalinan nilai yang berasal dari nilai-nilai social dan diproses melalui mekanisme politik kemudian

dituangkan dalam sebuah aturan yang sah. Dengan kata lain kaidah-kaidah hukum pidana merupakan nilai-nilai social yang hidup (terdapat) dalam masyarakat. Nilai-nilai sosial yang menjadi sumber pembentukan kaidah hukum pidana meliputi nilai-nilai dan kaidah moral, nilai dan kaidah agama, serta nilai dan norma budaya yang hidup dalam kesadaran masyarakat.

Hukum pidana mempunyai hubungan yang sangat kuat dengan moral, mengingat kuatnya pertalian antara hukum pidana dan moral merupakan masalah penting. Jerome Hall mengemukakan *bahwa The moral quality of the criminal law is the major issues of our times and permeates all the social disciplines.*(Atmasasmita, 1984) Artinya, kualitas moral hukum pidana merupakan isu penting pada waktu sekarang dan meliputi semua disiplin sosial.

Hubungan moral dan hokum pidana menampakkan diri terutama pada norma-norma prilaku yang kemudian diatur oleh hukum pidana. Apabila perbuatan amoral dijadikan sebagai perbuatan yang illegal menurut hukum pidana berarti ada kesesuaian antara kaidah moral dan kaidah hokum pidana. Namun adakalanya terjadi pertentangan antara nilai moral dan hokum pidana. Misalnya dalam masalah pengguguran kandungan dari korban perkosaan dan bunuh diri akibat stres.

Dengan demikian moralitas mempunyai relevansi terhadap kriminalitas meskipun terbatas. Hubungan hukum pidana dan moral melahirkan konsepsi kejahatan mala in se (kejahatan yang bukan hanya melanggar undang-undang, tetapi juga melanggar kaidah-kaidah moral) dan mala prohibita (kejahatan yang merupakan pelanggaran undang-undang). Pada dasarnya pembenaran untuk menyatakan suatu perbuatan sebagai tindak pidana (kejahatan) bermula dari pendapat bahwa kriminalitas itu bersifat merusak atau asusila(Saleh, 1983). Dasar pembenaran untuk mengkriminalisasikan suatu perbuatan menurut perspektif moral adalah karena perbuatan tersebut bersifat a-moral atau immoral dan dasar untuk mengkriminalisasikan suatu perbuatan karena perbuatan tersebut mengganggu moral yang hidup dalam masyarakat.

Nilai-nilai sosial yang menjadi sumber pembentukan kaidah hukum pidana meliputi nilai dan kaidah agama dalam konsepsi Islam kejahatan yang dikenal dengan istilah jinayah, jarimah, dan maksiat. Kata jinayah yang berarti perbuatan dosa, perbuatan salah ataupun kejahatan (Haliman, 2006). Kata jarimah ialah larangan-larangan syara' yang diancam oleh Allah SWT dengan hukuman had atau ta'dzir.

Penulis sedikit membahas tentang teori Kriminologi dalam aliran klasik juga aliran positif (Atmasasmita, 2013) dan teori *Fautes personnelles*, teori *Fautes de services*, yang dalam tulisan Krenenburg dan Vegting, terhadap pertanggungjawaban pejabat. landasan teori dalam penelitian ini, sebagai alat untuk menganalisis permasalahan dalam penelitian ini.

Pertama: asal mula perkembangan kriminologi, dari penyelidikan awal pada abad 19 yang dilakukan oleh Adolphe Quetelet (1797-1874) yang menghasilkan suatu statistik kesusilaan atau "moral statistic" (1842). Penyelidikan keduanya dilakukan Lambroso

(1853-1909) yang kemudian disusun dalam sebuah buku yang berjudul *L'Uomodelinquente* (1876). Pada pertengahan abad 20, ilmu kriminologi telah membawa perubahan pandangan yang dari semula kriminologi menyelidiki kausa kejahatan dalam masyarakat kemudian mulai mengalihkan pandangannya kepada proses pembentukan perundang-undangan yang berasal dari kekuasaan atau negara sebagai penyebab munculnya kejahatan dan penjahat baru dalam masyarakat. Hubungan antara kriminologi dengan hukum pidana ini sedemikian dekat sehingga jika diibaratkan sebagai “dua sisi di antara satu mata uang”, dimana hukum pidana pada dasarnya menciptakan kejahatan (kejahatan formal) dan rumusan dalam hukum pidana itulah yang menjadi kajian pokok kriminal. Menganalisis dengan menggunakan teori kriminologi, dalam Aliran Klasik yang didasarkan pada aliran kriminologi kritis. Landasan pemikiran aliran klasik:

- a. Pemerintah negara dibentuk untuk melindungi hak-hak tersebut dan muncul sebagai hasil perjanjian sosial antara yang di perintah dan yang memerintah.
- b. Kejahatan merupakan pelanggaran terhadap perjanjian sosial (point a). oleh karena itu kejahatan bisa merupakan kejahatan moral.
- c. Hukuman hanya dibenarkan selama hukuman itu dijatuhkan untuk memelihara perjanjian sosial. Oleh karena itu, tujuan hukuman adalah untuk mencegah kejahatan dikemudian hari.
- d. Setiap orang dianggap sama di muka hukum.

Aliran Positif; aliran ini mengakui manusia memiliki akal yang disertai kehendak bebas untuk menentukan pilihannya. Akan tetapi, aliran ini berpendapat bahwa kehendak mereka itu tidak terlepas dari pengaruh faktor lingkungan, dalam hal ini pemerintah. Secara sederhana aliran ini berpegang teguh pada keyakinan bahwa kehidupan seseorang dikuasai oleh hukum sebab akibat. Landasan pemikiran aliran positif:

- a. Kehidupan manusia atau kelompok masyarakat dikuasai oleh hukum sebab akibat.
- b. Masalah-masalah sosial – seperti kejahatan – ketidak sejahteraan dari pemerintah seperti kebijakan yang merugikan masyarakat, putusan-putusan pengadilan (hakim) yang tidak adil.
- c. Tingkah laku kriminal adalah hasil dari kondisi abnormalitas. Abnormalitas ini mungkin terletak pada diri individu atau juga pada lingkungannya.
- d. Tanda-tanda abnormalitas tersebut dapat dibandingkan dengan tanda-tanda yang normal. Sanksi adalah hukuman yang dibenarkan.

Kedua: Teori *fautes personnelles*, yaitu teori yang menyatakan bahwa kerugian terhadap pihak ketiga (masyarakat pada umumnya) itu dibebankan kepada pejabat yang karena tindakannya itu telah menimbulkan kerugian. Berdasarkan teori ini, beban tanggung jawab ditujukan pada pejabat selaku pribadi; *fautes de services*, yaitu teori

yang menyatakan bahwa kerugian terhadap pihak ketiga itu dibebankan kepada institusi dari pejabat yang bersangkutan. Sedangkan menurut teori yang kedua ini beban tanggung jawab ditujukan kepada instansi dari pejabat tersebut (HR, 2014)

**Kebijakan Pejabat Publik:** Dalam perkembangannya pengertian kebijakan baik perspektif hukum administrasi Negara, hukum perdata maupun hukum pidana adalah merupakan pengertian yang berada di wilayah abu-abu parameter kebijakan tersebut dari berbagai perspektif hukum, meskipun dengan segala teknikalitas akan mengalami kasulitan, tidak terkecuali menyangkut pemidanaan. Karena dikalangan para ahli hukum pidana hingga saat ini masih menjadi debatalitas. Oleh karena itu keputusan pejabat Negara baik dalam rangka *beleid (vrijbestuur)* maupun diskresi (*kebijakan-discretionary power*) maupun rangka *privaatrechtelijke* hingga saat ini masih menjadi ajang kajian akademis, baik menyangkut alasan penolakan maupun justifikasi pemidanaan.

Dari perspektif hukum administrasi Negara memang yang menjadi parameter, membatasi gerakan bebas kewenangan aparatur Negara adalah penyalahgunaan wewenang (*detournement de pouvoir*) dan sewenang-wenang (*abus de droit*) dan dalam area hukum pidana kriteria yang membatasi gerak bebas kewenangan aparatur negara disebut sebagai melawan hukum (*wederechtelijkheid*) dan menyalahgunakan kewenangan. Begitu juga dalam area hukum perdata perbuatan melawan hukum tersebut disebut sebagai *onrechtmatige daad* dan wanprestasi. Pengertian terakhir ini sering dipahami secara menyimpang oleh penegak hukum karena menganggap pengertian luas dari *onrechtmatige daad* dalam hukum perdata mempunyai pengertian yang sama dengan pengertian hukum pidana terhadap istilah *mateiels wederrechtelijkheid*. Pengertian *wederrechtelijkheid* dalam beberapa istilah kepustakaan dapat diartikan sebagai tanpa hak sendiri, bertentangan dengan hukum pada umumnya, bertentangan hak pribadi seseorang, bertentangan dengan hukum positif termasuk hukum perdata, hukum administrasi dan lain sebagainya (HR, 2014)

Pengertian atau definisi kebijakan sangatlah beragam. Secara umum kebijakan dapat dikatakan sebagai rumusan keputusan pemerintah yang menjadi pedoman tingkah laku guna mengatasi masalah public yang mempunyai tujuan, rencana dan program yang dilaksanakan secara jelas (Arsyad, 2013). Kebijakan dalam istilah bahasa Inggris adalah "policy" dan "politiek" (Belanda). Kata "policy" ada yang menerjemahkan menjadi "kebijakan" dan ada juga yang menerjemahkan menjadi "kebijaksanaan".

Menurut Perserikatan Bangsa-bangsa, kebijakan itu sebagai pedoman untuk bertindak. Pedoman itu boleh jadi amat sederhana atau kompleks, bersifat umum atau khusus, luas atau sempit, kabur atau jelas, longgar atau terperinci, bersifat kualitatif atau kuantitatif, public atau privat. Kebijaksanaan dapat berupa:

1. Suatu deklarasi mengenai suatu dasar pedoman bertindak,
2. Suatu arah tindakan tertentu,
3. Suatu program mengenai aktivitas-aktivitas tertentu atau suatu rencana (United Nations, 1975). (Abdul Wahab, 2001)

Menurut James E. Anderson bahwa kebijaksanaan itu adalah Serangkaian tindakan yang mempunyai tujuan tertentu yang diikuti dan dilaksanakan oleh seorang pelaku atau sekelompok pelaku guna memecahkan suatu masalah tertentu. Kemudian, Jika kita kaitkan dengan negara dalam hal ini pemerintah. Menurut, James E. Anderson yaitu "kebijakan-kebijakan yang dikembangkan oleh badan-badan dan pejabat-pejabat pemerintah".

David Easton juga memberikan defenisi kebijakan publik sebagai berikut, yaitu pengalokasian nilai-nilai secara sah kepada seluruh anggota masyarakat. Kemudian menurut Candler dan Plato berpendapat bahwa kebijakan publik merupakan; suatu bentuk intervensi yang kontinyu oleh pemerintah demi kepentingan orang-orang banyak terutama yang tidak berdaya dalam masyarakat agar mereka dapat hidup, dan ikut berpartisipasi dalam pemerintahan (Nugroho, 2008)

Thomas R. Dye mendefinisikan kebijakan publik sebagai berikut: "*Public Policy is whatever the government choose to do or not to do*". (apapun pilihan pemerintah untuk melakukan sesuatu atau tidak melakukan sesuatu). Menurut Dye, apabila pemerintah memilih untuk melakukan sesuatu, maka tentu ada tujuannya, karena kebijakan publik merupakan "tindakan" pemerintah. Apabila pemerintah memilih untuk tidak melakukan sesuatu, inipun merupakan kebijakan publik, yang tentu juga ada tujuannya (Winarno, 2014).

Dari berbagai pendapat diatas dapat disimpulkan bahwa, kebijaksanaan atau kebijakan negara itu adalah Serangkaian tindakan atau kebijakan-kebijakan yang mempunyai tujuan tertentu yang dikembangkan oleh badan-badan dan pejabat-pejabat pemerintah, yaitu pengalokasian nilai-nilai secara sah. Yang diikuti dan dilaksanakan oleh seorang pelaku, sekelompok pelaku atau seluruh kelompok masyarakat guna memecahkan suatu masalah tertentu.

Pemerintah/Pemerintahan: Secara teoritik dan praktik, terdapat perbedaan antara pemerintah dengan pemerintahan. Pemerintahan adalah segala urusan yang dilakukan oleh negara dalam menyelenggarakan kesejahteraan masyarakat dan kepentingan negara (HR, 2014). Sedangkan pemerintah adalah organ/alat atau aparat yang menjalankan pemerintahan.

Pemerintah sebagai alat kelengkapan negara dapat diartikan secara luas (*in the broad sense*) dan dalam arti sempit (*in the narrow sense*). Pemerintah dalam arti luas itu mencakup semua alat kelengkapan negara, yang pada pokoknya terdiri dari cabang-cabang eksekutif, legislatif, dan yudisial atau alat-alat kelengkapan lain yang bertindak untuk dan atas nama negara, sedangkan dalam pengertian sempit pemerintah adalah cabang kekuasaan eksekutif (Manan & Magnar, 1997)

Pemerintah dalam arti sempit adalah organ/alat perlengkapan negara yang diserahi tugas pemerintahan atau melaksanakan undang-undang, sedangkan pengertian luas pemerintah mencakup semua badan yang menyelenggarakan kekuasaan didalam negara baik eksekutif maupun legislative dan yudikatif (MD & Marbun, 1997).



Kedudukan Hukum Pemerintah: Pembagian hukum kedalam hukum public dan hukum privat yang dilakukan oleh ahli hukum Romawi, Ulpianus; ketika ia menulis "*Publicum ius est, quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem*" (hukum publik adalah hukum yang berkenaan dengan kesejahteraan negara Romawi, sedangkan hukum privat adalah hukum yang mengatur hubungan kekeluargaan), pengaruhnya cukup besar dalam sejarah pemikiran hukum, sampai sekarang. Salah satu pengaruh yang masih terasa hingga sekarang antara lain bahwa kita tidak dapat menghindarkan diri dari pembagian tersebut, termasuk dalam mengkaji dan memahami keberadaan pemerintah dalam melakukan pergaulan hukum.

Dalam perspektif hukum publik, negara adalah organisasi jabatan. menurut Logemann, "dalam bentuk kenyataan sosialnya, negara adalah organisasi yang berkeajaan dengan berbagai fungsi. Yang dimaksud dengan fungsi adalah lingkungan pekerjaan yang terperinci dalam hubungannya secara keseluruhan. Fungsi-fungsi ini dinamakan jabatan. dengan kata lain negara adalah organisasi jabatan" (Logemann, 1954). Menurut Bagir Manan, jabatan adalah lingkungan pekerjaan tetap yang berisi fungsi-fungsi tertentu yang secara keseluruhan mencerminkan tujuan dan tata kerja suatu organisasi. Negara berisi berbagai jabatan atau lingkungan kerja tetap dengan berbagai fungsi untuk mencapai tujuan negara (Manan, 1999). Pada saat badan hukum publik itu melakukan perbuatan-perbuatan seperti memuat peraturan (*regelin*), mengeluarkan kebijakan (*beleid*), menetapkan rencana (*hat plan*), dan keputusan (*beschikking*), kedudukannya adalah sebagai jabatan atau organisasi jabatan yang diatur dan tunduk pada hukum publik. Misalnya dalam hukum privat, ketika badan hukum publik terlibat dalam lalu lintas atau perbuatan keperdataan, ia dilekati dengan kecakapan hukum yang tunduk dan mengikat diri pada hukum privat.

Kedudukan Pemerintah dalam Hukum Publik: Disebutkan lagi dalam perspektif hukum publik negara adalah organisasi jabatan. diantara jabatan-jabatan kenegaraan ini ada jabatan pemerintahan. Sebagaimana dikemukakan oleh H.D van Wijlk/Willem Konijnenbelt yang mengatakan; "didalam hukum mengenai badan hukum, kita mengenal perbedaan antara badan hukum dan organ-organnya. Badan hukum adalah pendung hak-hak kebendaan. Badan hukum melakukan perbuatan melalui organ-organnya, yang mewakilinya. Perbedaan antara badan hukum dengan organ berjalan paralel dengan perbedaan anatara badan umum dengan organ pemerintahan. Paralelitas perbedaan itu kurang lebih tampak ketika menyangkut hubungan hukum yang berkaitan dengan harta kekayaan dari badan umum (yang digunakan oleh organ pemerintahan).

Meskipun jabatan pemerintahan ini dilekati dengan hak dan kewajiban atau diberi wewenang untuk melakukan tindakan hukum, namun jabatan tidak dapat bertindak sendiri. Jabatan adalah fisik. Perbuatan hukum jabatan dilakukan melalui perwakilan, yaitu pejabat. Pejabat bertindak untuk dan atas nama jabatan. Dengan demikian, kedudukan hukum pemerintah berdasarkan hukum public adalah sebagai wakil dari jabatan pemerintahan.

Keberadaan pemerintahan yang secara teoretik memiliki dua fungsi, sebagai wakil dari jabatan dan badan hukum. Yang masing-masing diatur dan tunduk pada hukum yang berbeda; hukum public dan hukum privat. Sering membingungkan bagi kebanyakan orang apalagi masyarakat awam. Kebingungan ini sekurang kurangnya ada tiga alasan. Pertama, kesukaran menentukan secara tegas kapan pemerintah bertindak dalam bidang keperdatan, dan kapan pemerintah bertindak dalam bidang public. Untuk meredakan kebingungan itu adalah dengan membahas kewenangan pemerintah.

Kewenangan Pemerintah: Azas Legalitas, Istilah azas legalitas dalam hukum pidana dinekal "*nullum delictum sine praevia lege poenali*" (tidak ada hukum tanpa undang-undang), dan dikenal pula dalam Hukum Islam yang bertumpu pada ayat "ma kaana mu'adzibiina hatta nab'atsa rasuula" (kami tidak menjatuhkan siksa sebelum kami mengutus seorang Rasul), yang selanjutnya dari ayat ini melahirkan kaidah hukum islam "tidak ada hukum bagi orang-orang berakal sebelum ada ketentuan nash".

Azas legalitas ini merupakan salah satu prinsip utama yang dijadikan sebagai dasar dalam setiap penyelenggaraan pemerintahan dan kenegaraan di setiap negara hukum terutama bagi negara-negara hukum dalam sistem Kontinental.pada mulanya azas legalitas dikenal dalam penarikan pajak oleh negara. Di Inggris terkenal dengan ungkapan, "tidak ada pajak tanpa (persetujuan) parlemen, atau di Amerika ada ungkapan, "pajak tanpa (persetujuan) parlemen adalah perampokan". Ini artinya, penarikan pajak hanya boleh dilakukan setelah ada undan-undang yang mengatur pemungutan dan penentuan pajak. Azas ini juga dinamakan dengan kekuasaan undang-undang.

Secara sederhana dapat disimpulkan, bahwa di luar undang-undang di anggap tidak ada hukum atau bukan hukum. Oleh karena itu, undang-undang dijadikan sebagai sendi utama penyelenggaraan kenegaraan dan pemerintahan, dengan kata lain, azas legalitas dalam gagasan hukum demokrasi-liberal memiliki kedudukan sentral, atau sebagai suatu fundamen dari negara hukum.

Selanjutnya gagasan negara hukum menuntut agar penyelenggaraan urusan kenegaraan dan pemerintahan harus didasarkan pada undang-undang dan memberikan jaminan terhadap hak-hak dasar rakyat. Azas legalitas menjadi dasar legitimasi tindakan pemerintahan dan jaminan perlindungan dari hak-hak rakyat.

Penerapan azas legalitas, menurut Indroharto, akan menunjang berlakunya "kepastian hukum" dan "kesamaan perlakuan". Kesamaan perlakuan terjadi karena setiap orang yang berada dalam situasiseperti yang ditentukan dalam ketentuan undang-undang itu berhak dan berkewajiban untuk berbuat seperti apa yang ditentukan dalam undang-undang tersebut. Sedangkan, kepastian hukum akan terjadi karena suatu peraturan dapat membuat semua tindakan yang akan dilakukan pemerintah itu dapat diramalkan atau diperkirakan lebih dahulu, dengan melihat kepada peraturan-peraturan yang berlaku, maka pada dasarnya dpat dilihat atau diharapkan apa yang akan dilakukan oleh aparat pemerintahan yang bersangkutan. Dengan demikian, warga masyarakat dapat menyesuaikan dengan keadaan tersebut. Artinya penyelenggaraan pemerintahan

yang didasarkan pada azas legalitas, berarti harus didasarkan pada undang (hukum tertulis).

Pada tulisan, Bagir Manan menyebutkan adanya kesulitan yang dihadapi oleh hukum tertulis, atau adanya kelemahan dalam hukum tertulis ini berarti pula adanya kelemahan dalam azas legalitas.

Meskipun azas legalitas mengandung kelemahan, namun ia tetap menjadi prinsip utama dalam setiap negara hukum. Dengan demikian, substansi azas legalitas adalah wewenang, yakni kemampuan untuk melakukan tindakan-tindakan hukum tertentu.

Dalam negara hukum, yang menempatkan azas legalitas sebagai sendi utama penyelenggaraan pemerintahan, wewenang pemerintahan itu berasal dari peraturan perundang-undangan. Seiring dengan pilar utama negara hukum, yaitu azas legalitas, maka berdasarkan prinsip ini tersirat bahwa wewenang pemerintahan berasal dari peraturan perundang-undangan, artinya sumber wewenang bagi pemerintah adalah peraturan perundang-undangan. Secara teoritik, kewenangan yang bersumber dari peraturan perundang-undangan tersebut diperoleh melalui tiga cara yaitu "atribusi", "delegasi", "mandat":

- a. Pada atribusi terjadi pemberian wewenang pemerintahan yang baru oleh suatu ketentuan dalam peraturan undang-undang.
- b. Pada delegasi terjadilah pelimpahan suatu wewenang yang telah ada oleh Badan atau jabatan yang telah memperoleh wewenang pemerintahan secara atribusi kepada Badan atau jabatan lainnya.
- c. Pada mandat yaitu pemberian wewenang oleh organ pemerintahan kepada organ lainnya untuk mengambil keputusan atas namanya.

Dalam kepustakaan terdapat pembagian mengenai sifat wewenang pemerintahan yakni terkait, fakultatif dan bebas terutama dalam kaitannya dengan kewenangan pembuatan dan penertiban keputusan-keputusan oleh organ pemerintahan, sehingga dikenal ada keputusan yang bersifat terikat dan bebas.

Meskipun kepada pemerintahan diberikan kewenangan bebas, namun dalam suatu negara hukum pada dasarnya tidak terdapat kebebasan dalam arti seluas-luasnya atau kebebasan tanpa batas. Baik itu penyerahan wewenang, sifat dan isi wewenang, maupun pelaksanaan wewenang tunduk pada batas-batas yuridis.

**Unsur-Unsur Tindakan Hukum Pemerintah:** Pemerintah adalah subjek hukum, sebagai pendukung hak-hak dan kewajiban-kewajiban. Sebagai subjek hukum, pemerintah sebagaimana subjek hukum lainnya melakukan berbagai tindakan baik tindakan nyata maupun tindakan hukum. Tindakan nyata adalah tindakan-tindakan yang tidak relevansi dengan hukum dan oleh karenanya tidak menimbulkan akibat-akibat hukum. Sedangkan tindakan hukum adalah akibat-akibat yang memiliki relevansi dengan hukum.

Bila dikatakan bahwa tindakan hukum pemerintahan itu merupakan pernyataan kehendak sepihak dari organ pemerintahan dan membawa akibat pada hubungan hukum atau keadaan hukum yang ada, maka kehendak organ tersebut tidak boleh mengandung cacat seperti kekhilafan, penipuan, paksaan, dan lain-lain yang menyebabkan akibat-akibat hukum tidak sah. Muchsan menyebutkan unsur-unsur tindakan hukum pemerintahan sebagai berikut (Ridwan HR 2014):

- a. perbuatan itu dilakukan oleh aparat pemerintah dalam kedudukannya sebagai penguasa maupun sebagai alat perlengkapan dengan prakarsa dan tanggung jawab sendiri.
- b. perbuatan tersebut dilaksanakan dalam rangka menjalankan fungsi pemerintahan.
- c. perbuatan tersebut dimaksudkan sebagai sarana untuk menimbulkan akibat hukum dibidang hukum.
- d. perbuatan yang bersangkutan dilakukan dalam rangka pemeliharaan kepentingan negara dan rakyat.

#### **Apakah Kebijakan Pejabat Publik Dapat Dikriminalisasi Melalui Hukum Pidana;**

Salah satu prinsip negara hukum adalah asas legalitas, yang mengandung makna bahwa setiap tindakan hukum individu maupun pemerintah harus berdasarkan perdasarkan pada peraturan perundang-undangan yang berlaku atau setiap tindakan hukum individu maupun pemerintah harus berdasarkan kewennagan yang diberikan oleh undang-undang, nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat dan yang berlaku.

Dalam perspektif hukum administrasi negara, tindakan hukum pemerintah itu selanjutnya dituangkan dalam dan dipergunakan beberapa instrument hukum dan kebijakan seperti, peraturan perundang-undangan (*regeling*), peraturan kebijakan (*beleidsregel*), dan keputusan (*beschikking*).

Seperti yang disebutkan diatas mengenai asas legalitas, bahwa dalam tidak ada perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana jika tidak ditentukan terlebih dahulu dalam perundang-undangan. Biasa dikenal dengan “ *nullum delictum nulla poena sinepraivie lege*” (tidak ada delik, tidak ada pidana tanpa peraturan terlebih dahulu). Artinya dalam hukum pidana tidak mengatur atau mengenal kebijakan atau sebuah kebijakan puclik dalam hukum pidana tidak dapat dipidanakan. Akan tetapi, dalam hukum pidana juga dikenal *teori condition sine qua non* atau teori ekuivalensi, bahwa yang dikatakan dalam teori ini adalah musebab dari suatu keadaan yang dilarang. Menurut teori ini, setiap syarat adalah sama nilainya.

Jadi setiap perbuatan atau tindakan hukum pemerintah, diluar dari rambu-rambu hukum yang telah ditentukan atau patut diduga melwan hukum dan atau melanggar hukum, yang mengatas namakan negara yang berlindung dibalik kekuasaanya, membuat kebijakan (yang berhubungan dengan percepatan sebuah anggaran dari APBD atau

APBN) yang bisa merugikan negara atau masyarakat umumnya (misal; korupsi, TPPU dll) adalah sebab yang dapat dipidanakan.

Kemudian dalam teori *fautes personnelles*, dan *fautes de services*. Pertama, teori *fautes personnelles* yaitu teori yang menyatakan bahwa kerugian terhadap pihak ketiga (masyarakat pada umumnya) itu dibebankan kepada pejabat yang karena tindakannya itu telah menimbulkan kerugian. Berdasarkan teori ini, beban tanggung jawab ditujukan pada pejabat selaku pribadi yang mengeluarkan kebijakan. Selanjutnya, *fautes de services*, yaitu teori yang menyatakan bahwa kerugian terhadap pihak ketiga itu dibebankan kepada institusi dari pejabat yang bersangkutan. Teori yang kedua ini beban tanggung jawab ditujukan kepada instansi dari pejabat tersebut.

Jadi, pejabat yang bertindak sebagai wakil dari jabatan, yang melakukan perbuatan atau pun tindakan dan atas nama jabatan. meskipun mempunyai kebebasan dalam melaksanakan sesuatu tugas yang dibebankan kepadanya, namun ia tidak dapat membebaskan diri dari hasil atau akibat kebebasan perbuatannya, dan ia dapat dituntut untuk melaksanakan secara layak apa yang diwajibkan kepadanya (secara administrasi) baru setelah itu melalui jalur pidana.

#### 4. Kesimpulan

Dalam hukum pidana, pada prinsipnya kebijakan pejabat public tidak dapat dikriminalisasikan atau dijadikan sebagai delik kejahatan. Namun, masalah kebijakan pejabat publik public, sebagaimana yang telah dipaparkan diatas, bila dikatakan bahwa tindakan hukum pemerintahan itu merupakan pernyataan kehendak sepihak dari organ pemerintahan dan membawa akibat pada hubungan hukum atau keadaan hukum yang ada, maka kehendak organ tersebut tidak boleh mengandung cacat seperti kekhilafan, penipuan, paksaan, dan lain-lain yang menyebabkan akibat-akibat hukum tidak sah. Dengan dasar pertimbangan analisa yang jauh dari sempurna penulis menyimpulkan, bahwa dapat dikriminalisasikan jika perbuatan tersebut benar-benar terindikasi ada pelanggaran atau melawan hukum yang menimbulkan akibat hukum.

Sebagaimana Prajudi Atmosudirdjo (Atmosudirdjo, 1981) menyebutkan beberapa persyaratan yang harus dipenuhi dalam penyelenggaraan pemerintahan, yaitu:

- a. *Efektivitas*, artinya kegiatannya harus mengenai sasaran yang telah ditetapkan.
- b. *Legimitas*, artinya kegiatan administrasi negara jangan sampai menimbulkan heboh oleh karena tidak dapat diterima oleh masyarakat setempat atau lingkungan yang bersangkutan.
- c. *Yuridikitas*, adalah syarat yang menyatakan bahwa perbuatan para pejabat administrasi negara tidak boleh melanggar hukum dalam arti luas.
- d. *Legalitas*, adalah syarat yang menyatakan perbuatan atau keputusan administrasi negara yang tidak boleh dilakukan tanpa dasar undang-undang (tertulis) dalam arti luas; bila sesuatu dijalankan dengan dalih "keadaan darurat",

- maka kedaruratan itu wajib dibuktikan kemudian; jika kemudian tidak terbukti, maka perbuatan tersebut dapat digugat ke pengadilan.
- e. *Moralitas* adalah salah satu syarat yang paling diperhatikan oleh masyarakat; moral dan ethic umum maupun kedinasan wajib dijunjung tinggi; perbuatan tidak senonoh, sikap kasar, kurang ajar, tidak sopan, kata-kata yang tidak pantas, dan sebagainya wajib dihindarkan.
  - f. *Efisiensi* wajib dikejar seoptimal mungkin; kehematan biaya dan produktifitas wajib diusahakan setinggi-tingginya.
  - g. Teknik dan teknologi yang setinggi-tingginya wajib dipakai untuk mengembangkan atau mempertahankan mutu prestasi yang sebaik-baiknya.

Oleh karna itu, kesimpulan mengenai kriminalisasi kebijakan pejabat publik dalam hukum pidana bisa dilihat dari beberapa aspek; (a). Pembatasan kriminalisasi; (b). Standar pembuktian; (c). Perlindungan hukum; (d). Perbedaan kesalahan administratif dan tindak pidana; (e). Penerapan asas legalitas; dan (f). Tujuan dari kriminalisasi harus jelas. Secara keseluruhan, kriminalisasi kebijakan pejabat publik dalam hukum pidana harus dilakukan dengan hati-hati dan sesuai dengan prinsip-prinsip hukum pidana. Ini untuk, memastikan bahwa pejabat publik dapat menjalankan tugasnya dengan efektif bahkan tanpa kekhawatiran tidak semestinya akan resiko pidana, sementara tetap memungkinkan penegakan hukum dan keadilan atas tindakan yang benar-benar melawan hukum.

## 5. Daftar Pustaka

- Abdul Wahab, S. (2001). *Analisis Kebijakan dari Formulasi ke Implementasi Kebijakan Negara*. Bumi Aksara.
- Adji, I. S. (2010). Tindak Pidana Korupsi UNCAC 2003: Beberapa Catatan Perubahan dalam Perspektif. In *Pusdiklat Teknis Peradilan Badan Litbang Diklat Kumdil MA-RI*. Pusdiklat Teknis Peradilan Badan Litbang Diklat Kumdil MA-RI.
- Arsyad, J. H. (2013). *Korupsi dalam perspektif HAN*. Sinar Grafika.
- Atmasasmita, R. (1984). *Bunga Rampai Kriminologi*. Rajawali.
- Atmasasmita, R. (2013). *Teori dan Kapita Selekta Kriminologi*. Rafika Aditama.
- Atmosudirdjo, P. (1981). *Hukum Administrasi Negara*. Ghalia Indonesia.
- Damang. (2020, September). *Meluruskan MAkna Kriminalisasi*. Negarahukum.Com.
- Effendy, M. (2012). *Kapita Selekta Hukum Pidana: Perkembangan dan Isu-Isu Aktual dalam Kejahatan Finansial dan Korupsi*. Referensi.
- Haliman. (2006). *Hukum Pidana Syari'at Islam*. Bulan Bintang.

- HR, R. (2014). *Hukum Administrasi Negara*. Rajawali Pers.
- Logemann. (1954). *Over The Theorie van een Stelling Staatsrecht* *Over The Theorie van een Stelling Staatsrecht*. Saksama.
- Manan, B. (1999). *Pengisian jabatan Presiden Melalui (dengan) Pemilihan Langsung*.
- Manan, B., & Magnar, K. (1997). *Beberapa Masalah Hukum Tata Negara Indonesia*. Alumni.
- MD, M. M., & Marbun. (1997). *Pokok-Pokok Hukmu Administrasi Negara*. Liberty.
- MediaNeliti. (2023). *Kebijakan Kriminalisasi dalam Reformasi* . Media Neliti.
- Nugroho, R. (2008). *Public Polcy*. elex media komputindo.
- Prasetyo, T. (2013). *Kriminalisasi dalam Hukum Pidana*. Nusa Media.
- Rasjidi, L., & Rasjidi, L. S. (2009). *Monograf: Filsafat Ilmu, Metode Penelitian, Dan Karya Tulis Ilmiah Hukum*.
- Saleh, R. (1983). *Hukum pidana sebagai konfrontasi manusia dan manusia*. Ghalia Indonesia.
- Winarno, B. (2014). *Kebijakan Publik*. CAPS(center Of Academic Publishing Service).
- Zaidan, M. A. (2016). *Kebijakan Kriminal*. Sinar Grafika.

**Conflict of interest statement:** The author(s) declares that the research was conducted in the absence of any commercial finance relationship that could be construed as a potential of interest.

**Copyright:** @UIRLRev. This is an open access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution 4.0 International License (CC-BY 4.0), which permits unrestricted use, distribution and reproduction in any medium, provided the original author and source are credited.

**UIR Law Review (UIRLRev)** is an open access and peer-reviewed journal published by Faculty of Law, Universitas Islam Riau, Indonesia.

