

**BUSINESS JUDGEMENT RULE DIKAITKAN DENGAN TINDAK PIDANA  
KORUPSI YANG DILAKUKAN OLEH DIREKSI BADAN USAHA MILIK  
NEGARA TERHADAP KEPUTUSAN BISNIS YANG DIAMBIL**

**Frans Affandhi  
Bismar Nasution, Mahmul Siregar, Mahmud Mulyadi**

**(frans\_affandhi@yahoo.com)**

**ABSTRACT**

*When the SOE Board of Directors took the decision to run the company with the aim of seeking a profit, then the decision that will contain the business implications and legal implications. If it turns out, the decision was made a loss-making state enterprises fail or raised, then the SOE Board of Directors should not be prosecuted by the Anti-Corruption Act. This is because in the business world there are rules Business Judgment Rule (BJR) which regulates the sanctions to the Board of Directors. Such liability can not be sought from the Board of Directors of SOEs if: 1) The loss is not due to error or negligence; 2) It has been doing the maintenance of good faith and prudence for the benefit and in accordance with the purposes and objectives of the company; 3) There is a conflict of interest, either directly or indirectly, for the management of the resulting losses; and 4) have taken action to prevent and arising or continuing losses.*

*Keywords : Business Judgment Rule; Directors of State Own Enterprise; Decision Maker*

## **I. PENDAHULUAN**

### **A. Latar Belakang**

Direksi Badan Usaha Milik Negara (selanjutnya disebut BUMN), dalam melaksanakan tugasnya sehari-hari mengalami dilema dalam mengambil keputusan. Di satu sisi, Direksi BUMN dituntut untuk mencari keuntungan/laba terhadap perusahaan yang dijalankannya.<sup>1</sup> Sedangkan, di sisi lain, keputusan bisnis yang diambil dalam menjalankan perusahaan ketika salah dalam mengambil keputusan tersebut, dianggap merugikan keuangan Negara dan diancam dengan Undang-Undang No. 31 Tahun 1999 sebagaimana telah diubah melalui Undang-Undang No. 20 Tahun 2001 tentang Tindak Pidana Korupsi (selanjutnya disebut UU Tipikor).<sup>2</sup>

Pertanggungjawaban tersebut tidak dapat dimintakan kepada Direksi BUMN apabila<sup>3</sup> :

1. Kerugian tersebut bukan karena kesalahan atau kelalaiannya;
2. Telah melakukan pengurusan dengan itikad baik dan kehati-hatian untuk kepentingan dan sesuai dengan maksud dan tujuan perseroan;
3. Tidak mempunyai benturan kepentingan baik langsung maupun tidak langsung atas tindakan pengurusan yang mengakibatkan kerugian; dan

---

<sup>1</sup> Prasetyo, "Penerapan *Business Judgment Rule* Dalam Restrukturisasi Transaksi Komersial PT. (Persero) Berdasarkan Undang-Undang No. 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas", (Yogyakarta : Disertasi, Program Doktor Fakultas Hukum UGM, 2013).

<sup>2</sup> Erman Rajagukguk, "Perlindungan Hukum Terhadap Risiko Pengambilan Keputusan Yang Diambil Oleh Direktur dan Komisaris", disampaikan pada Panel Diskusi "Governance dan Risiko Kriminalisasi : Kasus di Industri Telekomunikasi" yang diselenggarakan oleh Lembaga Komisaris dan Direktur Indonesia (LKDI), di Jakarta, 30 April 2014, menyatakan bahwa : "Beberapa perkara korupsi merupakan kriminalisasi dari tindakan bisnis (perdata). Jalan pikirannya adalah bahwa satu transaksi bisnis saja yang menurut anggapan Jaksa Penuntut Umum terlalu mahal telah merugikan keuangan perusahaan. Karena perusahaan adalah Badan Usaha Milik Negara Persero yang modalnya berasal dari APBN maka menurut Undang-Undang No. 17 Tahun 2003 tentang Keuangan Negara adalah merupakan keuangan negara, maka tindakan dalam transaksi bisnis tersebut telah merugikan keuangan negara. Merugikan keuangan negara dan menguntungkan orang lain adalah tindak pidana korupsi. Bahkan Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (Undang-Undang No. 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi sebagaimana dirubah dengan Undang-Undang No. 20 Tahun 2001 tentang Perubahan Undang-Undang No. 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi) juga memasukkan "yang dapat merugikan keuangan negara" adalah termasuk tindak pidana korupsi walaupun kerugian itu belum terjadi. Dipihak lain Undang-Undang No. 1 Tahun 2004 tentang Perbendaharaan Negara yang lahir kemudian menyatakan bahwa kerugian Negara/Daerah adalah kekurangan uang, surat berharga, dan barang, yang nyata dan pasti jumlahnya sebagai akibat perbuatan melawan hukum baik sengaja maupun lalai".

<sup>3</sup> Lihat : Pasal 97 ayat (5) Undang-Undang No. 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas.

4. Telah mengambil tindakan untuk mencegah dan timbul atau berlanjut kerugian tersebut.

BUMN berbentuk Perseroan sebagai usaha Negara dengan konstruksi hukum sama dengan Perseroan Terbatas (selanjutnya disebut PT), tentu mempunyai alasan-alasan hukum tertentu. Karakter yang menarik pada PT adalah statusnya sebagai badan hukum yang mempunyai kekayaan terpisah atau *separate legal entity* dan modal yang terbagi atas saham-saham (*shares*).

Konsekuensi hukum dari *separate legal entity* adalah agar Persero dapat memiliki kekayaan dan bertindak sebagai subjek hukum atau *rechtspersoon*, membuat perjanjian, menuntut dan dituntut, melaksanakan hak-hak dan kewajiban yang diberikan oleh Negara atau dalam istilah Chidir Ali agar mempunyai *rechtsbevoegheid*. Status badan hukum pada Persero ini adalah penting, untuk memisahkan diri dari pengaruh pemiliknya, dalam hal ini, untuk melepaskan BUMN dari Negara sebagai pemiliknya (Pemegang Sahamnya). Meskipun Rudhi Prasetya menyatakan bahwa : "...that an enterprise needs not only a separate personality, but also the authority to devise its own budgetary and accounting procedures in accordance with well established (or sometime newly established) commercial principles and to frame and apply its own personal relations". Terlepasnya BUMN dari kekuasaan negara, mempunyai arti bahwa segala akibat dan hutang yang timbul dari kegiatan BUMN sebagai subjek hukum harus ditanggung oleh BUMN itu sendiri. Tagihan pada BUMN tidak dapat dituntut kepada harta kekayaan pribadi pengurus maupun Pemegang Sahamnya, meskipun seandainya saham-saham dikuasai oleh satu orang saja. Hal ini penting untuk memisahkan harta Negara dari harta BUMN, yang mempunyai budgeting dan accountants procedures sendiri, sehingga pihak ketiga hanya dapat menuntut sampai batas harta BUMN, dan tidak dapat menggugat atau menagih pada Negara.

Kekayaan Negara, dalam UU BUMN, modal pemerintah pada BUMN merupakan kekayaan negara yang dipisahkan, tetapi, pada Undang-Undang No. 17 Tahun 2003 tentang Keuangan Negara, kekayaan negara yang dipisahkan termasuk kekayaan negara, notabene, apabila ada hutang-hutang bisnis sebuah BUMN, Pemerintah tidak pernah mau ikut bertanggung jawab untuk melunasinya.<sup>4</sup> Dengan demikian, *Business Judgement Rule* harus diterapkan dengan tegas agar tercipta kepastian hukum dalam bidang hukum perusahaan di Indonesia.

Berdasarkan uraian-uraian di atas, dapat dilihat bahwa *Business Judgement Rule* belum diterapkan dengan tegas di Indonesia, sehingga menyebabkan Direksi BUMN selalu mengalami ketidak-pastian hukum dalam mengambil keputusan bisnis. Oleh sebab itu, "*BUSINESS JUDGEMENT RULE DIKAITKAN DENGAN TINDAK PIDANA KORUPSI YANG DILAKUKAN OLEH DIREKSI BADAN USAHA MILIK NEGARA (BUMN) TERHADAP KEPUTUSAN BISNIS YANG DIAMBIL*", layak untuk dikaji dan diteliti lebih lanjut karena terdapat beberapa persoalan menarik di dalamnya.

## B. Rumusan Masalah

Berdasarkan uraian latar belakang tersebut di atas, maka rumusan masalah di dalam penulisan tesis ini yaitu sebagai berikut:

1. Apakah *Business Judgement Rule* dapat diterapkan dan digunakan oleh Direksi BUMN yang diduga telah melakukan tindak pidana korupsi yang merugikan keuangan negara?
2. Bagaimana *Business Judgement Rule* dikaitkan dengan tindak pidana korupsi yang diduga dilakukan oleh Direksi BUMN Persero terhadap keputusan bisnis yang diambil?

## C. Tujuan Penelitian

Terkait dengan judul dan permasalahan yang dikemukakan dalam penelitian ini, maka tujuan penelitian ini yaitu sebagai berikut:

1. Untuk mengetahui dan menganalisis apakah *Business Judgement Rule* dapat diterapkan dan digunakan oleh Direksi BUMN atau tidak sebagai pembelaannya karena diduga telah melakukan tindak pidana korupsi yang merugikan keuangan negara;
2. Untuk mengetahui dan menganalisis *Business Judgement Rule* dikaitkan dengan tindak pidana korupsi yang diduga dilakukan oleh Direksi BUMN Persero terhadap keputusan bisnis yang diambil.

---

<sup>4</sup> Fenomena penegakan hukum pidana korupsi pada BUMN beberapa tahun terakhir menarik untuk diteliti karena banyaknya Direksi BUMN yang dituntut atas kerugian negara akibat perbuatannya yang merugikan keuangan BUMN berbentuk PT. Selanjutnya, putusan yang timbul dari sejumlah Majelis Hakim berbeda-beda. Perbedaan tersebut karena tidak adanya kesamaan pemahaman dan penafsiran hakim apakah keuangan BUMN berbentuk PT merupakan keuangan negara atau bukan. Timbulnya fenomena karena UU Tipikor dan Undang-Undang No. 17 Tahun 2003 tentang Keuangan Negara memasukkan kekayaan BUMN sebagai keuangan negara, sehingga ada Penyidik, Penuntut Umum, dan Hakim berpedoman kepada ketentuan tersebut dan ada yang tidak sependapat.

#### D. Manfaat Penelitian

Diharapkan penelitian ini dapat memberikan manfaat baik yang bersifat praktis maupun teoretis.

Dari segi teoretis, hasil penelitian ini diharapkan dapat memberikan kontribusi pemikiran serta pemahaman dan pandangan baru serta dapat menjadi bahan kajian lebih lanjut untuk melahirkan konsep-konsep ilmiah yang ada. Dengan penelitian ini juga diharapkan dapat memperkaya pemahaman akademisi di bidang ilmu hukum, khususnya hukum perusahaan.

Manfaat dari segi praktis, diharapkan penelitian dapat manfaat bagi kalangan BUMN sebagai pedoman dan masukan dalam menentukan kebijakan maupun regulasi dalam upaya pengembangan hukum nasional ke depan terkait dengan penerapan *Business Judgment Rule* dalam pengelolaan perusahaan

## II. KERANGKA TEORI

Teori badan hukum yaitu teori realistik (*realist theory*) ini sering juga disebut sebagai teori organ (*organ theory*) dari Otto van Gierke, menyatakan bahwa badan hukum itu adalah suatu realitas sesungguhnya sama seperti sifat kepribadian alam manusia ada di dalam pergaulan hukum. Keberadaan badan hukum dalam tata hukum sama saja dengan keberadaan manusia sebagai subjek hukum. Bahwa suatu organisasi atau lembaga dapat menjadi subjek hukum (*rechts subject*) sama halnya manusia (*natuurlijke persoon*).<sup>5</sup> Badan hukum juga memiliki hak dan kewajiban yang sama dengan subjek hukum lainnya. Hal tersebut dapat terjadi apabila suatu perkumpulan atau suatu lembaga telah memenuhi syarat yang ditentukan dalam pendirian suatu badan hukum sesuai yang diatur dalam ketentuan yang berlaku. Jadi, badan hukum bukanlah khayalan dari hukum sebagaimana diajarkan oleh teori fiksi, melainkan benar (realistik) ada dalam kehidupan hukum. Dalam hal ini badan hukum tersebut bertindak lewat organ-organnya, sehingga teori ini disebut juga sebagai teori organ.

Badan hukum terbagi atas 2 (dua) jenis yaitu badan hukum publik (*personne morale / publiek rechtspersoon*) dan badan hukum *privaat* (*personne juridique / privaet rechtspersoon*). Badan hukum publik adalah badan hukum yang didirikan berdasarkan hukum publik atau yang menyangkut kepentingan publik atau orang banyak atau negara umumnya. Badan ini merupakan badan-badan negara dan mempunyai kekuasaan wilayah atau merupakan lembaga yang dibentuk oleh yang berkuasa berdasarkan perundang-undangan yang dijalankan secara fungsional oleh eksekutif atau badan pengurus yang diberikan tugas untuk itu. Untuk melaksanakan tugasnya, badan hukum publik mempunyai kewenangan mengeluarkan kebijakan publik, baik yang mengikat umum maupun yang tidak mengikat umum.

Sedangkan badan hukum *privaat* adalah badan hukum yang didirikan berdasarkan hukum *privaat* (sipil) yang menyangkut kepentingan pribadi orang di dalam badan hukum tersebut. Badan hukum ini merupakan badan swasta yang didirikan oleh orang-perorangan atau badan hukum untuk tujuan tertentu. Sehingga mengedepankan unsur-unsur kepentingan individual di dalamnya. Ciri utama dari badan hukum *privaat* yaitu tidak mempunyai kewenangan mengeluarkan kebijakan publik yang mengikat umum, sehingga kebijakan yang dikeluarkan hanya mengikat orang-orang atau badan hukum yang berhubungan dengan badan hukum ini.

Negara sebagai badan hukum publik dalam menjalankan kewenangannya dilakukan melalui organ yang diwakili oleh pemerintah. Negara sebagai badan hukum publik dapat membentuk badan hukum publik seperti daerah maupun badan hukum *privaat* atau ikut tergabung dalam suatu badan hukum *privaat*. Namun, dalam domain yang berbeda tersebut, kedudukan hukum negara berbeda pula. Dalam kedudukan sebagai badan hukum publik, negara berhubungan dengan subjek lain dalam konteks hukum publik yang sifatnya mengikat umum. Sedangkan dalam kedudukan sebagai badan hukum privat, negara melakukan hubungan hukum dengan subjek lain berdasarkan hukum *privaat*.

Apabila dicermati dalam Undang-Undang No. 17 Tahun 2003 tentang Keuangan Negara, maka BUMN yang ada di Indonesia lebih mendekati apa yang di Belanda namakan sebagai *public rechtelijk organisatie* yang *full state* (penuh dimiliki Negara) atau sepenuhnya untuk kepentingan Negara/Rakyat Indonesia.

Teori badan hukum digunakan dalam penelitian ini karena objek penelitiannya adalah Badan Usaha Milik Negara (BUMN) berbentuk Perseroan Terbatas. Konsep teori badan hukum terkait dengan harta kekayaannya BUMN yaitu mengenai prinsip *separate legal entity*. Azas ini

<sup>5</sup> Arifin P. Soeria Atmadja, "Transformasi Status Hukum Negara Sebagai Teori Hukum Keuangan Publik Yang Berdimensi Pengetahuan Eksistensi Badan Hukum", makalah dalam Workshop Pencerahan dari Pakar untuk membedah topik Keuangan Negara dan Kerugian Negara, diselenggarakan Selasa, 28 November 2006 di Hotel Sahid, Jakarta.

mengisyaratkan bahwa pemilik perusahaan berbeda dengan perusahaannya. Harta perusahaan berbeda dengan harta pemilik perusahaan, atau dengan kata lain, ada pemisahan harta kekayaan. BUMN adalah termasuk ke dalam *privaat rechtspersoon*.

Di dalam hukum perseroan, dikenal doktrin *Business Judgement Rule* yang mengajarkan bahwa Direksi Perseroan tidak bertanggung jawab atas kerugian yang timbul dari suatu tindakan pengambilan keputusan, apabila tindakan tersebut didasarkan pada itikad baik dan hati-hati. Direksi mendapat perlindungan hukum tanpa perlu memperoleh pembenaran dari pemegang saham atau pengadilan atas keputusan yang diambilnya dalam konteks pengelolaan perusahaan.<sup>6</sup>

Doktrin *Business Judgement Rule* akan melindungi direksi dari kewajiban atas keputusan bisnis yang menimbulkan kerugian pada korporasi. Dalam sistem hukum *common law* untuk pertanggung jawaban Direksi Korporasi dapat dilihat pertimbangan pengadilan dalam perkara *Gries Sports Enterprises, Inc. v. Cleveland Browns Football Co., Inc.* 26 Ohio St.3d 15, 496 N.E.ed 959 (1986) :

*“The business judgement rule is a principle of corporate governance that has been part of the common law for at least one hundred fifty years. It has traditionally operated as a shield to protect directors form liability for their decisions. If the directors are entitled to the protection of the rule, then the courts should not interfere with or second-guess their decisions. If the directors are not entitled to the protection of the rule, then the courts scrutinize the decision as to its intrinsic fairness is rebuttable presumption that directors are better equiped than the courts to make business judgments and that the directors acted without self-dealing or personal interest and exercised reasonable diligence and acted with good fait. A party challenging a board of directors’ decision bears the burden of rebutting the presumption that the decision was a proper exercise of the business judgment of the board”.*<sup>7</sup>

Dalam sistem hukum nasional doktrin *Business Judgement Rule* telah diakomodasi dalam Undang-Undang No. 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas. Menyangkut tugas seorang direksi Pasal 92, menyatakan bahwa :

- 1) “Direksi menjalankan pengurusan perseroan untuk kepentingan perseroan dan sesuai dengan maksud dan tujuan perseroan;
- 2) Direksi berwenang menjalankan pengurusan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) sesuai dengan kebijakan yang dipandang tepat, dalam batas yang ditentukan dalam undang-undang ini dan/atau anggaran dasar”.

Lebih lanjut Pasal 97, menyatakan bahwa :

- 1) “Direksi bertanggung jawab atas pengurusan perseroan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 92 ayat (1);
- 2) Pengurusan sebagaimana dimaksud pada ayat (1), wajib dilaksanakan setiap anggota direksi dengan itikad baik dan penuh tanggung jawab;
- 3) Setiap anggota direksi bertanggung jawab penuh secara pribadi atas kerugian perseroan apabila yang bersangkutan bersalah atau lalai menjalankan tugasnya sesuai dengan ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (2);
- 4) Dalam hal direksi terdiri dari 2 (dua) anggota direksi atau lebih, tanggung jawab sebagaimana dimaksud pada ayat (3) berlaku secara tanggung renteng bagi setiap anggota direksi;
- 5) Anggota direksi tidak dapat dipertanggungjawabkan atas kerugian sebagaimana dimaksud pada ayat (3) apabila dapat membuktikan :
  - a. Kerugian tersebut bukan karena kesalahan atau kelalaiannya;
  - b. Telah melakukan pengurusan dengan itikad baik dan kehati-hatian untuk kepentingan dan sesuai dengan maksud dan tujuan perseroan;
  - c. Tidak mempunyai benturan kepentingan baik langsung maupun tidak langsung atas tindakan pengurusan yang mengakibatkan kerugian; dan
  - d. Telah mengambil tindakan untuk mencegah timbul atau berlanjutnya kerugian tersebut;
- 6) Atas nama perseroan, pemegang saham yang mewakili paling sedikit 1/10 (satu persepuluh) bagian dari jumlah seluruh saham dengan hak suara dapat mengajukan gugatan melalui pengadilan negeri terhadap anggota direksi yang karena kesalahan atau kelalaiannya menimbulkan kerugian pada perseroan;

<sup>6</sup> Erman Rajagukguk, *Nyanyi Sunyi Kemerdekaan Menuju Indonesia Negara Hukum Demokratis*, Fakultas Hukum Universitas Indonesia, (Depok : Lembaga Studi Hukum dan Ekonomi, 2006), hal. 390.

<sup>7</sup> Lewis D. Solomon, et.al., *Corporation Law and Policy Materials and Problems*, 3<sup>rd</sup> Ed., American Casebook Series, (St.Paul, Minn : West Publishing Co., 1994), hal. 695.

- 7) Ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (5) tidak mengurangi hak anggota direksi lain dan/atau anggota Dewan Komisaris untuk mengajukan gugatan atas nama perseroan”.

Dari ketentuan Pasal 97 UU PT, dapat ditarik benang merah bahwa prinsip *Business Judgment Rule* telah diakomodasi dalam UU PT khususnya pada huruf b, c, dan d, sedangkan huruf a yang menyatakan : kerugian tersebut bukan karena kesalahan dan kelalaiannya adalah merupakan ketentuan yang sudah jelas, dan ketentuan ini merupakan tambahan di UU PT.

Pada Pasal 97 ayat (2) UU PT, mengatakan bahwa kepengurusan perusahaan terletak di tangan direksi harus berdasarkan itikad baik dan tanggung jawab. Ukuran tanggung jawab dan itikad baik inilah yang tidak ada. Namun, tidak boleh juga dikatakan tidak ada. Hal ini dapat dilihat melalui *Business Judgment Rule* yang berdasarkan *fiduciary duty*.

*Fiduciary duty* terbagi 2 (dua), yaitu : *duty of care*, dan *duty of loyalty*. Prinsip ini terdapat pada Pasal 97 ayat (2) dan ayat (3) UU PT. Prinsip itikad baik dan tanggung jawab yang diutarakan Pasal 97 ayat (2) di atas sudah sama dengan prinsip *fiduciary duty* yang terdapat dalam *Business Judgment Rule*, maka selanjutnya akan dibahas mengenai *fiduciary duty* dan pembagiannya.

### III. HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN

#### A. Penerapan dan Penggunaan *Business Judgment Rule* oleh Direksi BUMN

*Business Judgment Rule* terdapat pada Pasal 97 ayat (5) Undang-Undang No. 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas dan berlaku bagi Perseroan Terbatas (PT). BUMN Persero jelas berbadan hukum PT. Hal ini dapat dilihat pada bagian angka 3 Mengingat UU BUMN, yaitu : “Undang-Undang No. 1 Tahun 1995 tentang Perseroan Terbatas (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1995 Nomor 13, Tambahan Lembaran Negara Nomor 3587)”, dan saat ini Undang-Undang No. 1 Tahun 1995 tersebut telah dicabut dan dinyatakan tidak berlaku dengan Undang-Undang No. 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas.

Berdasarkan Pasal 11 Undang-Undang No. 19 Tahun 2003, menyatakan bahwa : “Terhadap Persero berlaku segala ketentuan dan prinsip-prinsip yang berlaku bagi perseroan terbatas sebagaimana diatur dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1995 tentang Perseroan Terbatas”. Penjelasan Pasal 11, mengatakan bahwa : “Mengingat persero pada dasarnya merupakan Perseroan Terbatas, semua ketentuan Undang-Undang No. 1 Tahun 1995 tentang Perseroan Terbatas, termasuk juga segala peraturan pelaksanaannya, berlaku juga bagi persero”. Dengan demikian, terhadap BUMN Persero berlaku pula prinsip-prinsip perseroan terbatas, maka prinsip *Business Judgment Rule* berlaku juga bagi BUMN Persero yang berbadan hukum Perseroan Terbatas.

Ketergantungan antara badan hukum (PT) dengan pengurus menjadi sebab mengapa antara badan hukum dan pengurus lahir kewajiban fidusia (*fiduciary duties*). Dimana kewajiban tersebut merupakan kewajiban pengurus selalu sebagai pihak yang dipercaya bertindak dan menggunakan wewenangnya hanya untuk kepentingan perseroan semata dan hal ini bisa muncul ketika satu pihak berbuat sesuatu bagi kepentingan pihak lain dengan mengesampingkan kepentingan pribadinya sendiri. Selain kewajiban berdasarkan *fiduciary duties*, direksi masih memiliki kewajiban yang lain, yaitu<sup>8</sup> :

1. “*Duty of Care*, direktur dalam menjalankan perusahaan berdasarkan kewenangan yang ada dan harus selalu waspada dan bertindak dengan perhitungan yang cermat. Dalam kaitannya dengan *Duty of Care*, direksi dituntut pertanggung jawabannya secara hukum;
2. *Duty of Loyalty*, sikap setia yang harus ditunjukkan oleh direksi dalam perusahaan adalah sikap yang didasarkan pada pertimbangan rasional dan profesional;
3. *Duty of Skill*, kemampuan atau keahlian mengurus perseroan merupakan persyaratan yang harus dimiliki oleh direksi dan komisaris;
4. *Duty to Act Lawfully*, direksi yang diberi kepercayaan oleh pemegang saham berkewajiban untuk memimpin perseroan berdasarkan hukum yang berlaku”.

Teori *fiduciary duty* adalah suatu kewajiban yang ditetapkan oleh undang-undang bagi seseorang yang memanfaatkan orang lain, dimana kepentingan pribadi seseorang yang diurus oleh pribadi lainnya, yang sifatnya hanya hubungan atasan-bawahan sesaat. Orang yang mempunyai kewajiban ini harus melaksanakannya berdasarkan suatu standar dari kewajiban (*standard of duty*) yang paling tinggi sesuai dengan yang dinyatakan oleh hukum. Sedangkan *fiduciary* ini adalah seseorang yang memegang peran sebagai suatu wakil (*trustee*) atau suatu peran yang

<sup>8</sup> Ridwan Khairandy, *Op.cit.*, hal. 209-212.

disamakan dengan sesuatu yang berperan sebagai wakil, dalam hal ini peran tersebut didasarkan kepercayaan dan kerahasiaan (*trust and confidence*) yang dalam peran ini meliputi ketelitian (*scrupulous*), itikad baik (*good faith*), dan keterusterangan (*candor*). *Fiduciary* ini termasuk hubungan seperti, pengurus atau pengelola, pengawas, wakil atau wali, dan pelindung (*guardian*), termasuk juga di dalamnya, seorang *lawyer* yang mempunyai hubungan *fiduciary* dengan *client*-nya.<sup>9</sup>

Dalam pengelolaan perseroan atau perusahaan, para anggota direksi dan komisaris sebagai salah satu organ vital dalam perusahaan tersebut yang merupakan pemegang amanah (*fiduciary*) yang harus berperilaku sebagaimana layaknya pemegang kepercayaan.<sup>10</sup> Dalam hal ini direksi memiliki posisi *fiducia* dalam pengurusan perusahaan dan mekanisme hubungan harus secara *fair*. Menurut pengalaman *common law* hubungan itu dapat didasarkan pada teori *fiduciary duty*.<sup>11</sup> Hubungan *fiduciary duty* tersebut didasarkan atas kepercayaan dan kerahasiaan (*trust and confidence*) yang dalam peran ini meliputi, ketelitian (*scrupulous*), itikad baik (*good faith*), dan keterusterangan (*candor*). Dalam memahami hubungan pemegang kepercayaan (*fiduciary relationship*) tersebut, *common law* mengakui bahwa orang yang memegang kepercayaan (*fiduciary*) secara natural memiliki potensi untuk menyalahgunakan wewenangnya. Oleh sebab itu, hubungan pemegang kepercayaan itu harus didasarkan kepada standar yang tinggi.<sup>12</sup>

Negara-negara *common law* seperti Amerika Serikat yang telah mempunyai standar yang jelas untuk menentukan apakah seorang direktur dapat dimintai pertanggungjawabannya dalam tindakan yang diambilnya, yaitu didasarkan pada standar *duty of loyalty* dan *duty of care*. Kewajiban utama dari direktur adalah kepada perusahaan secara keseluruhan bukan kepada pemegang saham baik secara individu maupun kelompok.<sup>13</sup> Sesuai dengan posisi seorang direktur sebagai sebuah *trustee* dalam perusahaan. Posisi ini mengharuskan seorang direktur untuk tidak bertindak ceroboh dalam melakukan tugasnya (*duty of care*).<sup>14</sup> Selain itu dalam melakukan tugasnya tersebut seorang direktur tidak boleh mengambil keuntungan untuk dirinya sendiri atas perusahaan (*duty of loyalty*).<sup>15</sup> Pelanggaran terhadap kedua prinsip tersebut dalam hubungannya dengan *Fiduciary Duty* dapat menyebabkan direktur untuk dimintai pertanggung jawaban hukumnya secara pribadi terhadap perbuatan yang dilakukannya. baik kepada para pemegang saham maupun kepada pihak lainnya.<sup>16</sup>

*Fiduciary duties* di dalam PT pada hakikatnya berkaitan dengan kedudukan, wewenang, dan tanggung jawab direksi. Pelanggaran terhadap kewajiban fidusia berakibat pada timbulnya tanggung jawab pribadi direksi. Sementara itu, untuk pembelaan direksi dalam suatu perseroan dapat digunakan prinsip *Business Judgment Rule*. Prinsip pembelaan direksi ini (*Business Judgment Rule*) dapat diukur berdasarkan *fiduciary duties*. *Business Judgment Rule* yang diukur berdasarkan *fiduciary duty* di dalam suatu perseroan terbatas, apabila dikaitkan dengan Pasal 11 Undang-Undang No. 19 Tahun 2003 tentang Badan Usaha Milik Negara beserta Penjelasannya, maka Direksi BUMN Persero dapat menggunakan Pasal 97 ayat (5) UUP (Business Judgment Rule) yang diukur dengan *fiduciary duty* sebagai pembelaannya apabila dirinya dituntut oleh Pemegang Saham (Negara) terhadap kebijakan maupun keputusan bisnis yang diambilnya. Doktrin atau prinsip *fiduciary duty* tersebut dapat dijumpai dalam Pasal 97 ayat (1) dan (2) UUP, yang menyatakan bahwa : “Direksi bertanggung jawab atas pengurusan Perseroan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 92 ayat (1)”. Ayat (2), menyatakan bahwa : “Pengurusan sebagaimana dimaksud pada ayat (1), wajib dilaksanakan setiap anggota Direksi dengan itikad baik dan penuh tanggung jawab”. Pelanggaran terhadap hal ini dapat menyebabkan Direksi bertanggung jawab penuh secara pribadi apabila yang bersangkutan bersalah atau lalai menjalankan tugasnya tersebut.<sup>17</sup>

Dalam konteks direktur, sangat penting untuk mengontrol perilaku dari para direktur yang mempunyai posisi dan kekuasaan besar dalam mengelola perusahaan, termasuk menentukan

<sup>9</sup> Henry Campbell Black, *Op.cit.*, hal. 625, dikutip dari Bismar Nasution, “Pertanggung Jawaban Direksi Dalam Pengelolaan Perseroan”, *Op.cit.*, hal. 1.

<sup>10</sup> Bismar Nasution, *Ibid.*, hal. 1.

<sup>11</sup> 375 U.S. 180, 195-196 (1965) dalam *Ibid.*, hal. 2.

<sup>12</sup> Charity Scott, “*Caveat Vendor : Broker-Dealer Liability Under The Securities Exchange Act.*”, *Securities Regulation Law Journal*, Vol. 17, 1989, hal. 291, dalam *Ibid.*, hal. 2.

<sup>13</sup> Lihat : Janet Dine, *Company Law- Sweet &Maxwell's Textbook Series*, Sweet & Maxwell, 2001, hal 217, dalam *Ibid.*, hal. 2.

<sup>14</sup> Denis Keenan & Josephine Biscare, *Smith & Keenan's Company Law For Students*, Financial Times, Pitman Publishing, 1999, hal 317, dalam *Ibid.*, hal. 2.

<sup>15</sup> Joel Seligman, *Corporations Cases and Materials*, Little Brown and Company Boston New York Toronto London, 1995, dalam *Ibid.*, hal. 2.

<sup>16</sup> Philip Lipton dan Abraham Herzberg, *Understanding Company Law*, Brisbane, The Book Law Company Ltd, 1992, hal 342, dalam *Ibid.*, hal. 2.

<sup>17</sup> Bismar Nasution, *Ibid.*, hal. 2.

standar perilaku (*standard of conduct*) untuk melindungi pihak-pihak yang akan dirugikan apabila direktur berperilaku tidak sesuai dengan kewenangannya atau berperilaku tidak jujur.<sup>18</sup>

Untuk membebaskan pertanggungjawaban terhadap direktur atau pengurus korporasi, maka harus dibuktikan adanya pelanggaran terhadap kekuasaan kewajiban kewenangan yang dimilikinya. Pengurus korporasi dalam hal ini harus dapat dibuktikan telah melanggar *good faith* yang dipercayakan padanya dalam menjalan korporasi atau perusahaan, sebagaimana diatur dalam prinsip *fiduciary duty*.<sup>19</sup>

Jika menghubungkannya dengan *identification theory* dalam wacana *common law* sebagaimana telah diuraikan di atas, kesalahan yang dilakukan oleh anggota direksi atau pejabat korporasi lainnya hanya dapat dibebaskan pada korporasi jika memenuhi syarat<sup>20</sup> :

1. “Tindakan yang dilakukan oleh mereka berada dalam batas tugas atau instruksi yang diberikan pada mereka;
2. Bukan merupakan penipuan yang dilakukan untuk perusahaan;
3. Dimaksudkan untuk menghasilkan atau mendatangkan keuntungan bagi korporasi”.

Ketiga poin di atas dianut oleh *Common Law Country*. Dengan kata lain, jika salah satu syarat ini tidak dipenuhi, maka kesalahan tersebut tidak dapat dipikul oleh korporasi, namun harus dipikul secara pribadi oleh organ korporasi yang melakukan tindakan tersebut.<sup>21</sup>

Di Indonesia prinsip *Business Judgment Rule* tersebut terdapat pada Pasal 97 ayat (2) dan (5) UUPt yang berlaku bagi Direksi, yang menyebutkan bahwa :

Pasal 97 ayat (2) : “Pengurusan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) wajib dilaksanakan setiap anggota Direksi dengan itikad baik dan penuh tanggung jawab”.

Pasal 97 ayat (5) : “Anggota direksi tidak dapat dipertanggung jawabkan atas kerugian sebagaimana dimaksud pada ayat (3) apabila dapat membuktikan:

- a. Kerugian tersebut bukan karena kesalahan atau kelalaiannya;
- b. Telah melakukan pengurusan dengan itikad baik dan kehati-hatian untuk kepentingan dan sesuai dengan maksud dan tujuan Perseroan;
- c. Tidak mempunyai benturan kepentingan baik langsung maupun tidak langsung atas tindakan pengurusan yang mengakibatkan kerugian; dan
- d. Telah mengambil tindakan untuk mencegah timbul atau berlanjutnya kerugian tersebut”.

Bagi Dewan Komisaris, prinsip *Business Judgment Rule* diatur dalam Pasal 114 ayat (2) dan (5) UUPt, yang menyatakan bahwa :

Pasal 114 ayat (2) :

“Setiap anggota Dewan Komisaris wajib dengan itikad baik, kehati-hatian dan bertanggung jawab dalam menjalankan tugas pengawasan dan pemberian nasihat kepada Direksi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 108 ayat (1) untuk kepentingan Perseroan dan sesuai dengan maksud dan tujuan Perseroan”.

Pasal 114 ayat (5) :

“Anggota Dewan Komisaris tidak dapat dipertanggungjawabkan atas kerugian sebagaimana dimaksud pada ayat (3) apabila dapat membuktikan :

- a. Telah melakukan pengawasan dengan itikad baik dan kehati-hatian untuk kepentingan Perseroan dan sesuai dengan maksud dan tujuan Perseroan;
- b. Tidak mempunyai kepentingan pribadi baik langsung maupun tidak langsung atas tindakan pengurusan Direksi yang mengakibatkan kerugian; dan
- c. Telah memberikan nasihat kepada Direksi untuk mencegah timbul atau berlanjutnya kerugian tersebut”.

Dengan demikian, tugas dan kewajiban Direksi dan Dewan Komisaris BUMN Persero harus dijalankan dengan “itikad baik” dan “penuh tanggung jawab”.<sup>22</sup> Baik Penjelasan Pasal 97 ayat (2) maupun Penjelasan Pasal 114 ayat (2) UUPt tidak menjelaskan atau memberikan tolok ukur tentang apa yang dimaksudkan dengan itikad baik. Dikaitkan dengan ketentuan Pasal 99 ayat (1) huruf b. UUPt, Direksi beritikad tidak baik apabila antara lain mengetahui bahwa dalam melakukan tindakannya itu anggota Direksi tersebut mempunyai benturan kepentingan dengan

<sup>18</sup> Janet Dine, *Company Law*, Macmillan Press Ltd., 1998, hal 179, dalam *Ibid.*, hal. 2.

<sup>19</sup> Bismar Nasution, *Ibid.*, hal. 2-3.

<sup>20</sup> *Ibid.*, hal. 3.

<sup>21</sup> *Ibid.*, hal. 3.

<sup>22</sup> Bagi Direksi BUMN Persero, pengurusan dan pengelolaan BUMN Persero harus dilaksanakan dengan itikad baik dan penuh tanggung jawab sebagaimana diatur dalam Pasal 97 ayat (2) UUPt. Sedangkan, bagi Dewan Komisaris BUMN Persero, pengawasan BUMN Persero juga dilaksanakan dengan itikad baik dan tanggung jawab ditambah lagi dengan prinsip kehati-hatian sebagaimana diatur dalam Pasal 114 ayat (2) UUPt.

Perseroan”. Sementara itu, menurut Penjelasan Pasal 97 ayat (2) UUP, yang dimaksudkan dengan “penuh tanggung jawab” adalah memperhatikan Perseroan dengan seksama dan tekun.<sup>23</sup>

Berdasarkan Pasal 97 ayat (2) UUP yang mengatakan bahwa kepengurusan perusahaan terletak di tangan direksi harus berdasarkan itikad baik dan tanggung jawab. Namun, menurut Bismar Nasution, ukuran tanggung jawab dan itikad baik inilah yang tidak ada. Tetapi, tidak boleh juga dikatakan tidak ada, ukuran ini dapat dilihat melalui *Business Judgment Rule* yang berdasarkan prinsip *fiduciary duty*.<sup>24</sup>

*Fiduciary duty* terbagi 2 (dua), yaitu : *duty of care* dan *duty of loyalty*. Prinsip ini terdapat pada Pasal 97 ayat (2) dan (3) UUP,<sup>25</sup> yang menyebutkan bahwa :

Pasal 97 ayat (2) : “Pengurusan sebagaimana dimaksud pada ayat (1), wajib dilaksanakan setiap anggota Direksi dengan itikad baik dan penuh tanggung jawab”.

Pasal 97 ayat (3) : “Setiap anggota Direksi bertanggung jawab penuh secara pribadi atas kerugian Perseroan apabila yang bersangkutan bersalah atau lalai menjalankan tugasnya sesuai dengan ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (2)”.

## **B. *Business Judgment Rule* Dikaitkan Dengan Tindak Pidana Korupsi Yang Diduga Dilakukan oleh Direksi Bumn Persero Terhadap Keputusan Bisnis Yang Diambil**

Menurut Erman Radjagukguk mengenai Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang No. 31 Tahun 1999 tentang Tindak Pidana Korupsi sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang No. 20 Tahun 2001 tentang Perubahan atas Undang-Undang No. 31 Tahun 1999, yang berbunyi :

“Setiap orang yang secara melawan hukum melakukan perbuatan memperkaya diri sendiri atau orang lain atau suatu korporasi yang dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara, dipidana dengan pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara paling singkat 4 (empat) tahun dan paling lama 20 (dua puluh) tahun dan denda paling sedikit Rp. 200.000.000,- (dua ratus juta rupiah) dan paling banyak Rp. 1.000.000.000,- (satu milyar rupiah).”

Pasal 2 ayat (1) UU Tipikor tersebut menurutnya bertentangan dengan Pasal 1 ayat (3) UUD 1945 (Perubahan Keempat) yang berbunyi : “Negara Indonesia adalah negara hukum”. Erman Radjagukguk memberi alasan-alasan sebagai berikut<sup>26</sup>:

1. “Para penyusun Rancangan Undang-Undang atau perancang undang-undang memiliki kewajiban mematuhi prinsip *Rule of Law*. Sebagai bagian dari kewajiban itu, mereka harus memastikan agar kerangka rancangan mereka ada kejelasan, ketelitian, dan konsistensi. Tanpa kejelasan dan ketelitian, undang-undang tidak dapat diprediksi. Prinsip Negara Hukum menuntut agar sebanyak mungkin orang mengetahui tentang apa yang diperintahkan kepada mereka berdasarkan undang-undang, hal-hal apa yang diberikan kepada mereka berdasarkan undang-undang, dan perilaku apa yang mereka harapkan dari pejabat. Adanya kejelasan dan ketelitian dalam RUU itu sendiri menempatkan tugas penyusun RUU sebagai dasar dari pemerintahan yang bersih dan pembangunan.
2. Kewajiban penyusun RUU yang jelas dan teliti berasal juga dari tuntutan-tuntutan pemerintahan demokrasi yang berupaya mengadakan reformasi; untuk menggunakan hukum yang mengubah perilaku-perilaku bermasalah dan dalam pengambilan keputusan secara tidak sepihak. Kedua hal tersebut menuntut agar menggunakan hukum dalam mendorong perilaku-perilaku yang menjadi sasaran dari peraturan perundang-undangan – baik warga masyarakat maupun para pejabat. Dalam pembangunan tugas utama hukum yaitu mengatur perilaku-perilaku, baik perilaku peran utama maupun dari para pejabat dalam lembaga-lembaga pelaksanaan (Penegak Hukum).
3. Demokrasi menuntut kejelasan dan ketelitian dari para perancang undang-undang. Pada prinsipnya, melalui peraturan perundang-undangan yang dibuat oleh badan pembuat undang-undang yang dipilih secara demokratis, Rakyat menentukan perilaku penguasa. Prinsip Negara Hukum akan runtuh apabila para pejabat yang menjadi sasarannya para hakim dan penegak hukum lainnya tidak mematuhi hukum. Tanpa itu demokrasi berada dalam posisi yang sangat lemah. Para perancang undang-

<sup>23</sup> Sutan Remy Sjahdeini, “Tanggung Jawab Pribadi Direksi dan Komisaris”, Jurnal Hukum Bisnis, Jakarta, 2001, hal. 23.

<sup>24</sup> Bismar Nasution, “Pertanggung Jawaban Direksi Dalam Pengelolaan Perseroan”, Op.cit., hal. 1.

<sup>25</sup> *Ibid.*, hal. 1.

<sup>26</sup> Ann Sidman, Robert B. Seidman, Nalin Abeysekere, dalam Erman Rajagukguk, *Ibid.*, hal. 8-10.

undang wajib memastikan agar RUU mereka mendorong perilaku-perilaku pejabat yang diinginkan, karena sesuai dengan prinsip Negara Hukum (*Rule of Law*), yaitu pemerintahan harus berdasarkan hukum, sebagaimana disebutkan dalam Pasal 1 ayat (3) UUD 1945 : “Negara Indonesia adalah negara hukum”.

4. Untuk memastikan bahwa prediksi dapat dibuat, guna mendorong adanya perilaku yang sesuai dengan pemerintahan yang bersih, dan memastikan bahwa khususnya para pejabat pemerintah mematuhi ketentuan-ketentuan dalam undang-undang, serta para pihak yang dituju undang-undang memiliki akses yang mudah terhadap isi dari undang-undang yang bersangkutan. Sebagai syarat pertama dari kemudahan untuk memperoleh akses, kerangka undang-undang – pengungkapan dari strukturnya secara keseluruhan, perincian tentang siapa melakukan apa, serta kejelasan, ketelitian dan konsistensi kalimat-kalimat dalam undang-undang sehingga memberikan kepastian bagi para pihak yang dituju tentang kewajiban-kewajiban mereka menurut hukum. Untuk memastikan bahwa prediksi dapat dibuat, dan memastikan agar undang-undang sesungguhnya mendorong perilaku-perilaku yang diinginkan baik untuk mencapai pembangunan maupun pengambilan keputusan tidak secara sepihak, dan untuk melindungi pengendalian demokratis terhadap pemerintah, maka para penyusun RUU harus mampu menghasilkan undang-undang yang terperinci, teliti, jelas dan dapat diakses.
5. Pasal 2 ayat (1) yang memuat kalimat : “... yang dapat merugikan keuangan Negara ...”, menggunakan kata-kata yang samar-samar. Bagaimana hukum harus ditetapkan atau hukuman dijatuhkan berdasarkan suatu peristiwa yang belum terjadi, belum tentu terjadi atau mungkin tidak terjadi. Kata-kata “... yang dapat merugikan keuangan Negara ...”, pada prakteknya kata-kata ini dapat berarti apa saja sesuai dengan pilihan pembacanya. Bagaimana besar akibatnya bagi tersangka yang dijatuhi hukuman berdasarkan kata-kata di atas, tetapi ternyata kemudian kerugian Negara itu tidak terjadi. Ketika sebuah kasus dibawa ke pengadilan, hal tersebut secara implisit memberikan wewenang kepada hakim untuk merumuskan peraturan-peraturan terperinci yang diperlukan. Ketidakpastian kata-kata demikian tentu saja tidak diinginkan. Membuat RUU yang samar-samar adalah tidak baik, sebuah istilah yang samar-samar memberikan kewenangan kepada setiap pejabat yang melaksanakan undang-undang tersebut, secara tanpa batas. Hal ini dapat menimbulkan apa yang disebut “*Judicial Dictatorship*” yang tentu saja bertentangan dengan Pasal 1 ayat (3) UUD 1945 : “Negara Indonesia adalah Negara hukum”.

Pasal 2 ayat (1) memuat kata-kata “...yang dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara ...”, telah bertentangan dengan Pasal 28 ayat (1) UUD 1945 yang berbunyi “Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama dihadapan hukum berdasarkan alasan-alasan berikut<sup>27</sup> :

1. Kata-kata : “... yang dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara...”, yang dapat ditafsirkan menurut kehendak siapa saja yang membacanya tidak mendatangkan kepastian hukum kepada pencari keadilan dan Penegak Hukum, karena perbuatan atau peristiwa tersebut belum nyata atau belum tentu terjadi dan belum pasti jumlahnya.
2. Telah ada definisi “Kerugian Negara” yang menciptakan kepastian hukum, yaitu sebagaimana yang tercantum dalam Undang-Undang No. 1 Tahun 2004 tentang Perbendaharaan Negara, Pasal 1 ayat (22) : “Kerugian Negara/Daerah adalah kekurangan uang, surat berharga, dan barang, yang nyata dan pasti jumlahnya sebagai akibat perbuatan melawan hukum baik sengaja maupun lalai” (garis bawah dari saya). “Kerugian negara yang nyata dan pasti jumlahnya...”, memberi kepastian hukum”.

Menurut Erman Radjagukguk memberi kesimpulan dari sudut hirarki peraturan perundang-undangan<sup>28</sup> :

1. “Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang Tindak Pidana Korupsi tersebut agar tidak diperlakukan karena bertentangan dengan Pasal 1 ayat (3) dan Pasal 28 ayat (1) UUD 1945, atau kata “dapat” dihilangkan sehingga, berbunyi : “Setiap orang yang secara melawan hukum melakukan perbuatan memperkaya diri sendiri atau orang lain atau suatu korporasi yang merugikan keuangan negara...”.
2. Hal tersebut di atas tidak akan menimbulkan kekosongan hukum, dengan adanya pengertian yang mendatangkan kepastian hukum, sebagaimana tercantum dalam

<sup>27</sup> Erman Rajagukguk, *Op.cit.*, hal. 10.

<sup>28</sup> *Ibid.*, hal. 11.

pengertian kerugian sebagaimana disebut dalam Pasal 1 ayat (22) Undang-Undang No. 1 Tahun 2004 tentang Perbendaharaan Negara.

3. Alasan tidak berlakunya Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang No. 31 Tahun 1999 sebagaimana dirubah dengan Undang-Undang No. 20 Tahun 2001, sesuai pula dengan azas Hukum Pidana sebagaimana tersebut dalam Pasal 1 ayat (2) KUHP : “Jika undang-undang diubah, setelah perbuatan itu dilakukan, maka kepada tersangka dikenakan ketentuan yang menguntungkan baginya”.

Lebih lanjut menurut Erman Radjagukguk, telah terjadi perubahan pengertian “Kerugian Negara” itu oleh pembuat undang-undang karena Undang-Undang No. 1 Tahun 2004 tentang Perbendaharaan Negara tersebut juga memuat sanksi-sanksi pidana, Pasal 64 Undang-Undang No. 1 Tahun 2004 menyatakan : “Bendahara, Pegawai Negeri bukan bendahara, dan pejabat lain yang telah ditetapkan untuk mengganti kerugian negara/daerah dapat dikenai sanksi administratif dan/atau sanksi pidana. Putusan pidana tidak membebaskan dari tuntutan ganti rugi”.

4. Terjadinya suatu perubahan undang-undang ditandai dengan perubahan perasaan (keyakinan) hukum pada pembuat undang-undang. Tiap-tiap perubahan, baik dalam perasaan hukum dari pembuat undang-undang, maupun dalam keadaan karena waktu, boleh diterima sebagai perubahan undang dalam arti kata Pasal 1 ayat perubahan tersebut tidak disebutkan dalam redaksi Pasal (2) KUHP; walaupun 2 ayat (1) Undang-Undang Tindak Pidana Korupsi No. 31 Tahun 1999 yang telah dirubah dengan Undang-Undang No. 20 Tahun 2001”.

Berdasarkan uraian-uraian tersebut di atas, maka secara hukum, kekayaan BUMN Persero tidak dapat dikategorikan sebagai keuangan negara, karena kekayaan BUMN Persero merupakan kekayaan negara yang dipisahkan yang berasal dari keuangan negara yang dipisahkan.

1. Aset BUMN tidak dapat dikatakan sebagai kekayaan negara karena :
  - a. BUMN sebagai badan hukum memisahkan harta kekayaan pemilik dan kekayaan badan hukum serta pengurusnya. Hal ini dikarenakan acuan dalam pengelolaan BUMN adalah UUPT dan UU BUMN;
  - b. Menurut Erman Radjagukguk memandang masih terdapat kerancuan pengertian keuangan negara pada beberapa peraturan yaitu pada bagian Penjelasan UU Keuangan Negara dengan pengertian pada UU Tipikor dan pengertian “keuangan negara” pada UU Keuangan Negara sendiri.
2. Kerugian atas transaksi pada BUMN (Persero) bukan kerugian negara, hal ini mengacu pada UUPT serta praktek bisnis yang berlaku.
3. Menurut Erman Radjagukguk berpendapat terhadap kerugian di atas pemerintah (pemegang saham) pada BUMN Persero dapat mengajukan upaya tuntutan perdata maupun pidana kepada Direksi/Komisaris dan tidak dapat dikategorikan kerugian negara.
4. Pemahaman mengenai kerugian negara dikembalikan kepada pengertian kerugian negara yang di atur dalam UU Perbendaharaan Negara.

Meskipun BUMN adalah bagian dari keuangan negara berdasarkan Putusan Mahkamah Konstitusi No. 48 dan 62/PUU-XI/2013, akan tetapi, *Business Judgment Rule* masih dapat digunakan untuk pembelaan Direksi BUMN dalam hal pengambilan keputusan. Alasan ini semata adalah alasan pembenar karena Direksi BUMN yang mengambil keputusan tersebut tidak dapat dihitung dengan satu kali transaksi saja, namun, harus dihitung dari satu tahun buku. Dalam hukum pidana, penggunaan *Business Judgment Rule* digunakan sebagai alasan pembenar, karena apabila sebagai alasan pemaaf, maka tindakan Direksi BUMN tersebut adalah salah di mata hukum, dan hukum memaafkannya. Oleh karena itu, *Business Judgment Rule* dapat digunakan dan diterapkan dalam pembelaan Direksi BUMN ketika mengambil keputusan bisnis yang diduga telah melakukan tindak pidana korupsi.

*Business Judgment Rule* sama dengan apa yang diatur dalam Pasal 97 ayat (5) UUPT. Pada intinya setiap keputusan bisnis yang diambil harus mengandung kerugian. Dalam kaitannya untuk menentukan apakah keuangan BUMN Persero merupakan keuangan negara, maka berdasarkan Putusan Mahkamah Konstitusi No. 62/PUU-XI/2013 tertanggal 03 Februari 2014 yang putusannya menolak permohonan Para Pemohon, padahal, sudah seharusnya Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi yang memeriksa, mengadili dan memutus perkara tersebut untuk menerima permohonan tersebut. Hal ini sejalan dengan *dissenting opinion* yang disampaikan salah satu Majelis Hakim tersebut yaitu Hakim, Harjono, yang mengatakan bahwa keuangan BUMN Persero bukan merupakan keuangan negara karena BUMN Persero merupakan entitas perseroan terbatas, oleh karena itu, dikaitkan dengan penentuan kerugian negara yang dilakukan audit oleh BPK, maka BPK seharusnya menerapkan prinsip-prinsip pemeriksaan tata kelola keuangan berdasarkan prinsip perseroan terbatas sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku.

#### IV. KESIMPULAN DAN SARAN

##### A. Kesimpulan

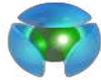
Setelah melakukan penelitian mengenai “Sanksi Tindakan Sebagai Alternatif Penanggulangan Kejahatan Psikotropika Bagi Pecandu dan Anak Sebagai Pelaku Dalam Perspektif Kebijakan Hukum Pidana”, didapat kesimpulan sebagai berikut:

1. *Business Judgment Rule* dapat diterapkan dan digunakan oleh Direksi BUMN yang diduga telah melakukan tindak pidana korupsi yang merugikan keuangan negara karena setiap Direksi BUMN Persero berbadan hukum perseroan terbatas dapat dibela dengan menggunakan Pasal 97 UUPD apabila dituntut oleh pemegang saham (dalam hal ini Negara) atau dewan komisaris mengenai kebijakan yang diambilnya. Namun, dalam pembuktiannya Direksi BUMN Persero tersebut harus membuktikan bahwa dalam mengambil keputusan tersebut sudah menganut prinsip *fiduciary duty*, yaitu *duty of care* dan *duty of loyalty*. Hal ini merupakan ukuran bagi Direksi BUMN Persero untuk menjalankan perusahaan dengan iktikad baik dan tanggung jawab. Sebuah BUMN Persero tidak selamanya menguntungkan *shareholders*, melainkan dapat merugi. Namun, hal ini tidak dapat seenaknya saja dalam menyalahkan Direksi tersebut.
2. Hubungan *Business Judgment Rule* dengan tindak pidana korupsi yang diduga dilakukan oleh Direksi BUMN Persero terhadap keputusan bisnis yang diambil adalah bahwa salah satu unsur yang harus dibuktikan terlebih dahulu adalah apakah kekayaan BUMN Persero adalah keuangan negara. Berdasarkan *dissenting opinion* salah satu Majelis Hakim dalam Putusan Mahkamah Konstitusi No. 62/PUU-XI/2013 tertanggal 03 Februari 2014, pada intinya menyatakan bahwa kekayaan BUMN Persero tidak dapat dikategorikan sebagai keuangan negara, karena kekayaan BUMN Persero merupakan kekayaan negara yang dipisahkan yang berasal dari keuangan negara yang dipisahkan. BUMN Persero sebagai badan hukum memisahkan harta kekayaan pemilik kekayaan badan hukum serta pengurusnya. Hal ini dikarenakan acuan dalam pengelolaan BUMN adalah UUPD dan UU BUMN. *Dissenting opinion* diperbolehkan dalam suatu putusan pengadilan karena pengambilan keputusan tidak berdasarkan musyawarah mufakat, maka Majelis Hakim mengambil voting, sehingga, Majelis Hakim yang tidak sependapat tersebut, pendapatnya harus dimasukkan juga ke dalam putusan tersebut. Dikaitkan dengan Putusan Mahkamah Konstitusi sudah final dan mengikat, namun, penggunaan *Dissenting Opinion* untuk dasar pembelaan seorang Direksi BUMN yang diduga melakukan tindak pidana korupsi adalah sah-sah saja. *Dissenting Opinion* tersebut sebagai pintu masuk penerapan *Business Judgment Rule*.

##### B. Saran

Dari kesimpulan-kesimpulan yang telah dikemukakan di atas, maka dapat diajukan beberapa saran sebagai berikut:

1. Sebaiknya Direksi BUMN Persero yang melakukan pengurusan pengelolaan BUMN Persero bekerja dengan mengedepankan prinsip *duty of care* dan *duty of loyalty*. Dimana kedua prinsip tersebut diperlukan agar Direksi BUMN Persero berbadan hukum Perseroan Terbatas dapat menggunakan doktrin *Business Judgment Rule* dengan sebaik-baiknya.
2. Sebaiknya UU BUMN, UU Keuangan Negara, UU Tipikor, dan UU Perbendaharaan Negara lebih berkepastian hukum dengan merubah pemahaman kekayaan negara yang dipisahkan adalah keuangan negara yang saling kontradiksi di dalam UU BUMN, UU Keuangan Negara, UU Tipikor dan UU Perbendaharaan Negara harus direvisi dan disesuaikan dengan prinsip-prinsip yang terdapat pada hukum perseroan. Hal ini dikarenakan BUMN Persero berbadan hukum perseroan terbatas. PT merupakan ruang lingkup hukum privat yang tidak dapat dicampuradukkan dengan hukum publik. Apabila kekayaan negara yang dipisahkan adalah keuangan negara, mengartikan bahwa seluruh hutang-hutang yang dibuat oleh BUMN Persero merupakan hutang-hutang yang dibuat oleh Negara, padahal Negara dalam hal ini adalah Pemegang Saham dari BUMN Persero tersebut. Pemahaman tersebut merupakan pemahaman yang salah dan harus diperbaiki dengan melakukan revisi terhadap undang-undang tersebut.



## DAFTAR PUSTAKA

### I. Buku

- Keenan, Denis & Josephine Biscare, *Smith & Keenan's Company Law For Students*, Financial Times, Pitman Publishing, 1999.
- Lipton, Philip dan Abraham Herzberg, *Understanding Company Law*, Brisbane, The Book Law Company Ltd, 1992.
- Rajagukguk, Erman., *Nyanyi Sunyi Kemerdekaan Menuju Indonesia Negara Hukum Demokratis*, Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Depok : Lembaga Studi Hukum dan Ekonomi, 2006.
- Seligman, Joel, *Corporations Cases and Materials*, Little Brown and Company Boston New York Toronto London, 1995.
- Solomon. Lewis D., et.al., *Corporation Law and Policy Materials and Problems*, 3<sup>rd</sup> Ed., American Casebook Series, St.Paul, Minn : West Publishing Co., 1994.

### II. Tesis dan Jurnal

- Atmadja. Arifin P. Soeria., "Transformasi Status Hukum Negara Sebagai Teori Hukum Keuangan Publik Yang Berdimensi Pengetahuan Eksistensi Badan Hukum", makalah dalam Workshop Pencerahan dari Pakar untuk membedah topik Keuangan Negara dan Kerugian Negara, diselenggarakan Selasa, 28 November 2006 di Hotel Sahid, Jakarta.
- Prasetio, "Penerapan Business Judgement Rule Dalam Restrukturisasi Transaksi Komersial PT. (Persero) Berdasarkan Undang-Undang No. 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas", Yogyakarta : Disertasi, Program Doktor Fakultas Hukum UGM, 2013.
- Rajagukguk, Erman., "Perlindungan Hukum Terhadap Risiko Pengambilan Keputusan Yang Diambil Oleh Direktur dan Komisaris", disampaikan pada Panel Diskusi "Governance dan Risiko Kriminalisasi : Kasus di Industri Telekomunikasi" yang diselenggarakan oleh Lembaga Komisaris dan Direktur Indonesia (LKDI), di Jakarta, 30 April 2014.
- Scott, Charity, "*Caveat Vendor : Broker-Dealer Liability Under The Securities Exchange Act.*", *Securities Regulation Law Journal*, Vol. 17, 1989.
- Sjahdeini, Sutan Remy., "Tanggung Jawab Pribadi Direksi dan Komisaris", *Jurnal Hukum Bisnis*, Jakarta, 2001.

### III. Perundang-undangan

- Undang-Undang No. 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas.

### IV. Putusan Pengadilan

- Putusan Mahkamah Konstitusi No. 48 dan 62/PUU-XI/2013.