

**Pergeseran Delik Korupsi dalam
Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor
25/PUU-XIV/2016**

***The Shifting of The Corruption Offense
on Constitutional Court Decision
Number 25/PUU-XIV/2016***

Fatkhurohman

Fakultas Hukum Universitas Widyagama
Jl. Taman Borobudur Indah No. 3 Malang
E-mail: pakfatkhur2@gmail.com

Nalom Kurniawan

Pusat P4TIK Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia
Jl. Medan Merdeka Barat No. 6 Jakarta
E-mail: nalom.mkri@gmail.com

Naskah diterima: 01/03/2017 revisi: 05/03/2017 disetujui: 15/03/2017

Abstrak

Putusan MK Nomor 25/PUU-XIV/2016 mencabut frasa “dapat” dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 *juncto* Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 tentang Perubahan Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (UU Tipikor). Putusan MK ini menafsirkan bahwa frasa “dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara” dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU Tipikor harus dibuktikan dengan kerugian keuangan negara yang nyata (*actual loss*) bukan potensi atau perkiraan kerugian keuangan negara (*potential loss*). Dalam pertimbangannya, setidaknya terdapat empat tolok ukur yang menjadi *ratio legis* MK menggeser makna substansi terhadap delik korupsi. Keempat tolok ukur tersebut adalah (1) *nebis in idem* dengan Putusan MK yang terdahulu yakni Putusan MK Nomor 003/PUU-IV/2006; (2) munculnya ketidakpastian hukum (*legal uncertainty*) dalam delik korupsi formil sehingga diubah menjadi delik materiil; (3) relasi/harmonisasi antara frasa “dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara” dalam pendekatan pidana pada UU Tipikor dengan pendekatan administratif pada Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2004 tentang Administrasi Pemerintahan

(UU AP); dan (4) adanya dugaan kriminalisasi dari Aparatur Sipil Negara (ASN) dengan menggunakan frasa “dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara” dalam UU Tipikor.

Kata Kunci: *Delik Korupsi, Delik Formiil dan Materiil, Kerugian Nyata, Perkiraan Kerugian.*

Abstract

Constitutional Court Decision No. 25/PUU-XIV/2016 revokes the phrase “may” in Article 2 paragraph (1) and Article 3 of Law No. 31 of 1999 in conjunction with Law No. 20 of 2001 on the amendment of Law No. 31 of 1999 on Eradication of Corruption (Corruption Act). Decision of this Court interpreted the phrase “may be detrimental to the state finance or economy of the state” in Article 2 (1) and Article 3 of Corruption Act must prove real state financial losses (actual loss) not a potential nor estimated financial losses of the state (potential losses). In the consideration of the judgment, at least, there are four benchmarks that become the ratio legis of the Court to shift the substance of the offense of corruption. The Four benchmarks are (1) nebis in idem with the previous Constitutional Court ruling that is Constitutional Court Decision Number 003/PUU-IV/2006; (2) the emergence of legal uncertainty in the formal corruption offense that it is converted into material offense; (3) the relationship/harmonisation between the phrases “may be detrimental to the state finance or economy of the state” in the criminal approach on Corruption Law with an administrative approach to Law No. 30 of 2004 on Governmental Administration (UU AP); and (4) alleged criminalization of State Civil Apparatus (ASN) by using the phrase “may be detrimental to the state finance or economy of the state” in the Anti-Corruption Act.

Keywords: *Corruption Offense, Formal & Material Offense, Actual Loss, Potential Loss*

PENDAHULUAN

Putusan tidak bulat dengan “score 5 vs 4” dalam Perkara Nomor 25/PUU-XIV/2016 ini diucapkan dalam sidang terbuka untuk umum pada hari Rabu, 25 Januari 2016 pukul 13:56 WIB. Sejak diucapkannya putusan *a quo*, maka keberlakuan delik dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 *juncto* Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 tentang Perubahan Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (UU Tipikor) telah bergeser maknanya karena sudah dinyatakan tidak berlaku dan bertentangan dengan UUD 1945. Pergeseran makna terhadap keberlakuan delik dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU Tipikor, bermula dari permohonan yang diajukan oleh 7 orang Pemohon dengan latar belakang PNS

dan pensiunan PNS dari berbagai daerah yang berbeda. Tiga orang dari tujuh Pemohon mendudukkan dirinya sebagai korban akibat keberlakuan Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU Tipikor karena telah didakwa berdasarkan ketentuan *a quo*. Sedangkan Pemohon lainnya mendalilkan bahwa ketentuan *a quo* berpotensi merugikan hak konstitusionalnya dalam kedudukannya sebagai Aparatur Sipil Negara (ASN). Sebagai ASN, para Pemohon kerap mengeluarkan keputusan dalam hal pelaksanaan kebijakan-kebijakan, berupa pelaksanaan proyek-proyek pembangunan di daerahnya masing-masing. Kebijakan tersebut berpotensi dipidana dengan keberlakuan ketentuan tersebut.

Keberatan para Pemohon, khususnya terhadap keberlakuan frasa “dapat” dan frasa “atau orang lain atau suatu korporasi”. Pemohon berargumentasi bahwa tidak mungkin sebagai pejabat negara, tidak mengeluarkan keputusan-keputusan yang bertujuan untuk melaksanakan proyek pembangunan di daerahnya masing-masing, serta tidak mungkin pula proyek-proyek yang dimenangkan pihak penyelenggara proyek (pemenang tender) tidak mendapat keuntungan dari proyek yang diselenggarakannya. Sehingga keberlakuan norma *a quo*, sewaktu-waktu dapat dikenakan kepada para Pemohon, meski dalam posisi melaksanakan tugas dan fungsinya sebagai ASN sebagaimana diperintahkan oleh peraturan perundang-undangan. Secara lengkap, rumusan Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU Tipikor berbunyi:

Pasal 2 ayat (1)

“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 penjara seumur hidup atau pidana penjara paling singkat 4 (empat) tahun dan paling lama 20 (dua puluh) tahun dan denda paling sedikit Rp. 200.000.000,00 (dua ratus juta rupiah) dan paling banyak Rp. 1.000.000.000,00 (satu milyar rupiah).”

Pasal 3

“Setiap orang yang dengan tujuan menguntungkan diri sendiri atau orang lain atau suatu korporasi, menyalahgunakan kewenangan, kesempatan atau sarana yang ada padanya karena jabatan atau kedudukan yang dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara, dipidana dengan pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara paling singkat 1 (satu) tahun dan paling lama 20 (dua puluh tahun) dan atau denda paling sedikit Rp. 50.000.000,00 (lima puluh juta rupiah) dan paling banyak Rp. 1.000.000.000,00 (satu milyar rupiah).”

Meski tidak mengabulkan keseluruhan permohonan para Pemohon, Mahkamah Konstitusi pada akhirnya memberikan tafsiran bahwa salah satu unsur delik korupsi adalah bersifat “*actual loss*” (kerugian negara yang nyata) dan bukan bersifat “*potential loss*” (potensi kerugian keuangan negara atau perkiraan kerugian keuangan negara) sebagaimana selama ini diatur dan dipraktikkan. Hal inilah yang membuat terjadinya pergeseran makna delik dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU Tipikor yang semula merupakan delik formil dan materiil menjadi delik materiil saja.

Dalam praktik, ketentuan Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU Tipikor kerap digunakan Jaksa Penuntut Umum (JPU) dalam mendakwa tersangka korupsi. Hal ini dapat dilihat dari 735 kasus korupsi yang diperiksa dan diputus pada tingkat kasasi sebagaimana data yang dilansir Lembaga Independen dan Advokasi untuk Independensi Peradilan (LeIP) tahun 2013. Berdasarkan jumlah perkara tersebut, 503 perkara atau 68,43% menggunakan ketentuan Pasal 3 UU Tipikor untuk menjerat pelaku tindak pidana korupsi, selebihnya menggunakan ketentuan Pasal 2 atau sekitar 147 perkara atau 20%¹, sedangkan sisa perkara lainnya menggunakan ketentuan berbeda. Hal yang menarik adalah, argumentasi para Pemohon yang menyatakan bahwa unsur “dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara” dinilai bertentangan dengan UUD 1945. Padahal dalam faktanya sebagaimana telah diuraikan di atas, dan menjadi pengetahuan publik, penggunaan ketentuan Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU Tipikor sangat dominan digunakan oleh JPU untuk mendakwa para koruptor. Penggunaan ketentuan tersebut, justru untuk menyelamatkan keuangan negara dan perekonomian negara, bukan sebaliknya. Sehingga permintaan para Pemohon untuk menyatakan agar ketentuan *a quo* bertentangan dengan UUD 1945 menjadi suatu paradoks dengan realitas publik.

Ketentuan Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU Tipikor jika ditinjau dari dua sudut pandang yang berbeda, boleh jadi dapat ditafsirkan berpotensi menimbulkan ketidakpastian hukum (*legal uncertainty*). Para Pemohon atau ASN bisa saja merasa cemas terhadap unsur “dapat merugikan keuangan negara”. Karena sebagai pengambil kebijakan yang mengeluarkan keputusan-keputusan untuk pelaksanaan proyek-proyek pembangunan di daerahnya masing-masing, bayang-bayang akan delik pidana dengan unsur dapat merugikan keuangan negara berpotensi

¹ Emerson Yuntho, et.al, “Penerapan Unsur Merugikan Keuangan Negara dalam Delik Tindak Pidana Korupsi”, (Laporan Hasil Penelitian, Indonesian Corruption Watch, 2004), h. 19.

dikenakan kepadanya suatu hari kelak. Pengambil kebijakan bisa menjadi peragu terhadap kebijakan yang akan diambilnya, bahkan bisa saja dibatalkan karena kekhawatirannya akan potensi pidana dikemudian hari. Dengan kondisi demikian, maka pembangunan di daerah menjadi terhambat, penyerapan anggaran menjadi rendah, kinerja pegawai tidak produktif, serta efek domino negatif lainnya terhadap pembangunan.

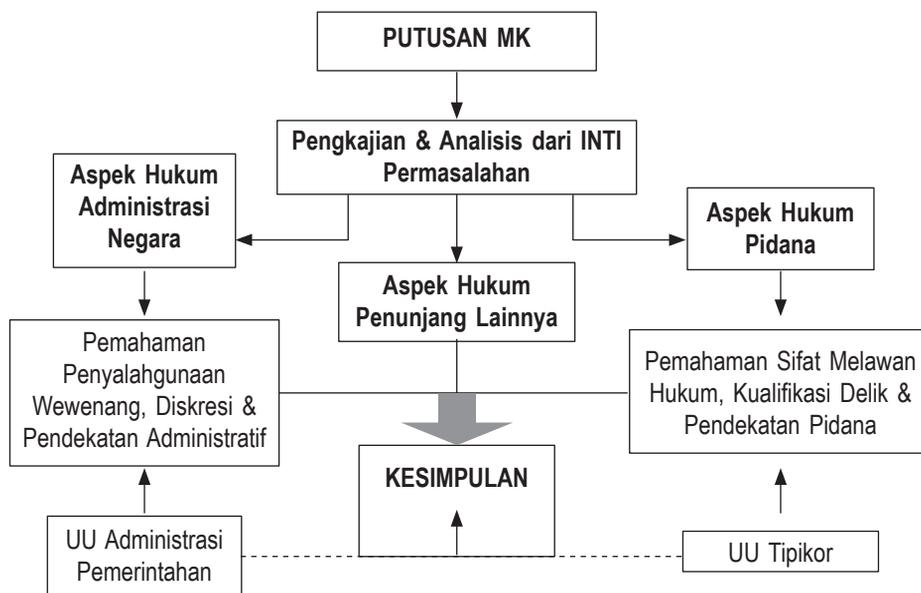
Namun sebaliknya, jika unsur delik “dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara” dikeluarkan dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU Tipikor, hal ini memberikan tantangan baru bagi peran dan tugas kewenangan Kepolisian, Kejaksaan, serta Komisi Pemberantasan Korupsi (KPK) dalam memberantas korupsi. Sebagaimana Putusan MK Nomor 25/PUU-XIV/2016 yang telah membatalkan frasa “dapat”, dalam kalimat “dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara” yang tercantum Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU Tipikor, maka delik yang semula merupakan delik formil telah berubah menjadi delik materiil. Karena makna kerugian negara tidak lagi bersifat *potential loss* melainkan harus merupakan kerugian yang nyata (*actual loss*). Dalam salah satu pertimbangan putusannya, MK berpandangan bahwa penerapan unsur kerugian negara dengan menggunakan konsepsi *actual loss* lebih memberikan kepastian hukum yang adil dan bersesuaian dengan upaya sinkronisasi dan harmonisasi antar instrumen hukum. Jika pertimbangan putusan ini merupakan upaya untuk menegakkan hukum materiil karena mengedepankan kerugian yang bersifat nyata, maka menjadi suatu pertanyaan, apakah pertimbangan putusan ini merupakan wujud keadilan substantif yang selama ini didengung-dengungkan oleh MK dengan bersandar kepada hukum progresif untuk melakukan terobosan-terobosan hukum dalam mencapai kemanfaatan dan keadilan hukum.² Jika benar demikian, maka luaran pikiran ini tentunya bertujuan untuk mencegah dan memberantas korupsi yang merupakan musuh bersama (*common enemy*) oleh siapapun dan sampai kapanpun.³

Namun pertimbangan putusan MK di atas, tidak sejalan dengan asumsi publik. Putusan MK tersebut justru dinilai menyulitkan pemberantasan korupsi. Jaksa Agung HM Prasetyo mengungkapkan bahwa dalam sejumlah perkara korupsi,

² La Ode Maulidin, “Analisis Putusan MK dalam Menyelesaikan Perselisihan Hasil Pemilu pada Ditinjau dari Perspektif Teori Hukum Progresif (Kajian Terhadap Putusan MK atas Sengketa Hasil Pemilu Kepala Daerah Jawa Timur dan Putusan MK dalam Perkara perselisihan Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah Kota Tangerang Selatan Tahun 2010)”, Jurnal Konstitusi Widyagama, Volume IV No.1, Juni 2011, h. 67

³ Bambang Soesatyo, *Presiden dalam Pusaran Politik Sengkuni*, Jakarta: RM BOOKS, PT.Wahana Semesta Intermedia: h. 151

sering kali jumlah kerugian keuangan negara dapat terus bertambah seiring dengan pengembangan kasus. Penegak hukum dipastikan akan sulit menjadikan seseorang menjadi tersangka jika kerugian negara tak boleh lagi bersifat potensi atau taksiran keuangan negara yang belum riil.⁴ Berdasarkan kondisi faktual di atas, penulis berupaya melakukan pengkajian terhadap putusan *a quo*. Pengkajian ini akan dibagi dalam dua aspek hukum, yakni hukum pidana dan hukum administrasi negara untuk menghasilkan kesimpulan yang objektif dan berimbang.



Untuk mengerucutkan beberapa permasalahan yang ada, maka pembahasan ini akan mengikuti alur kesimpulan putusan yang terdapat dalam Putusan MK Nomor 25/PUU-XIV/2016 yang nantinya bisa didapat perbandingan ilmiah secara hukum agar lebih fokus dan tidak melebar. Jika dicermati, terdapat empat pokok pertimbangan atau pendapat hukum yang bermuara pada Putusan MK bahwa unsur “dapat” harus berupa kerugian nyata (*actual loss*) yakni:

1. Tidak *nebis in idem* antara putusan MK *a quo* dengan putusan MK sebelumnya yang menguji frasa “dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara”, yakni Putusan MK Nomor 003/PUU-IV/2006;
2. Asas kepastian hukum (*legal certainty principle*) dan sinkronisasi pengaturan hukum nasional terkait delik korupsi;

⁴ Kompas, “Koruptor Makin Sulit Diproses Hukum”, 26 Januari 2017, h. 1

3. Keberadaan Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2004 tentang Administrasi Pemerintahan (UU AP) yang mengambil pendekatan administratif bukan pendekatan pidana;
4. Dugaan kriminalisasi Aparatur Sipil Negara (ASN) akibat *freis emmersen* yang dianggap korupsi.

PEMBAHASAN

1. Tidak *Nebis in Idem* terhadap Putusan MK Nomor 003/PUU-IV/2006

Sebelumnya frasa “dapat” dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU Tipikor pernah diuji dalam Putusan MK Nomor 003/PUU-IV/2006. Dalam putusan tersebut, MK menyatakan frasa “dapat” dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU Tipikor tidak bertentangan dengan UUD 1945. Kemudian Putusan MK Nomor 003/PUU-IV/2006 menjadi pertimbangan dalam Putusan MK Nomor 44/PUU-XI/2013 yang memohon pengujian diantaranya terkait Pasal 2 ayat (1) UU Tipikor. Dalam dua putusan sebelumnya, MK menyatakan bahwa frasa “dapat” dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU Tipikor tidak bertentangan dengan UUD 1945. Bahkan MK menegaskan bahwa frasa “dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara”, tidaklah bertentangan dengan hak atas kepastian hukum yang adil sebagaimana dimaksudkan oleh Pasal 28D ayat (1) UUD 1945. Tetapi, kemudian diuji kembali hingga akhirnya MK melalui Putusan Nomor 25/PUU-XIV/2016 menyatakan frasa “dapat”, bertentangan dengan UUD 1945.

Alasan hukum MK mengabulkan pengujian kembali karena adanya dasar pengujian yang berbeda, antara Putusan MK Nomor 003/PUU-IV/2006 yang menjadi pertimbangan Putusan MK Nomor 44/PUU-XI/2013 dengan Putusan MK Nomor 25/PUU-XIV/2016. Perbedaan dasar pengujian ini bisa diuji kembali karena adanya dasar hukum dalam Pasal 60 ayat (2) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi (UU MK) yang menyatakan bahwa:

“Ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dikecualikan jika materi muatan dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yang dijadikan dasar pengujian berbeda”.

Tabel Perbandingan Dasar Konstitusionalitas Pengujian UU Tipikor
khususnya Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3

| No | Dasar Konstitusional Pengujian Dalam Putusan Nomor 003/PUU-IV/2006 | Dasar Konstitusional Pengujian Dalam Putusan Nomor 44/PUU-XI/2013 | Dasar Konstitusional Pengujian Dalam Putusan Nomor 25/PUU-XIV/2006 |
|----|--|---|--|
| 1 | Pasal 28D ayat (1) | Pasal 1 ayat (3) | Pasal 1 ayat (3) |
| 2 | | Pasal 27 ayat (1) | Pasal 27 ayat (1) |
| 3 | | Pasal 28D ayat (1) (2) | Pasal 28D ayat (1) |
| 4 | | | Pasal 28G ayat (1) |
| 5 | | Pasal 28I ayat (2) | Pasal 28I ayat (4) (5) |

Jika dicermati lebih detail tabel perbandingan di atas, terdapat dasar pengujian yang sama antara Putusan MK Nomor 003/PUU-IV/2006, Putusan MK Nomor 44/PUU-XI/2013, dengan Putusan MK Nomor 25/PUU-XIV/2016. Yakni dasar pengujian Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 yang intinya tentang pengakuan, jaminan, perlindungan dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama dihadapan hukum. Kesamaan dasar pengujian ini berlandaskan pada dasar hukum Pasal 60 ayat (1) UU MK yang menyatakan bahwa:

“Terhadap materi muatan ayat, pasal dan/atau bagian dalam Undang-Undang yang telah diuji, tidak dapat dimohonkan kembali”.

Baik ketentuan Pasal 60 ayat (1) maupun ketentuan Pasal 60 ayat (2) UUMK dalam konteks pengujian undang-undang sebagaimana termuat dalam tabel di atas, pada prinsipnya tidaklah dilaksanakan secara normatif. Hal tersebut nampak jelas terlihat dalam pertimbangan Putusan Nomor 44/PUU-XI/2013 yang berbunyi:

“...meskipun ada perbedaan dasar pengujian antara permohonan Nomor 003/PUU-IV/2006 dengan permohonan a quo, yaitu Pasal 1 ayat (3), Pasal 27 ayat (1), Pasal 28D ayat (2), dan Pasal 28I ayat (2) UUD 1945, namun permohonan Pemohon tentang pengujian konstitusionalitas Pasal 2 ayat (1) dan Penjelasan Pasal 2 ayat (1) UU PTPK pada hakikatnya sama dengan permohonan Nomor 003/PUU-IV/2006 dan telah dipertimbangkan oleh Mahkamah dalam Putusan Nomor 003/PUU-IV/2006, tanggal 25 Juli 2006 sehingga permohonan tersebut adalah ne bis in idem”

Meski secara perbandingan jelas terlihat terdapat dasar pengujian konstitusional yang berbeda antara Perkara Nomor 44/PUU-XI/2013 dengan Perkara Nomor 003/PUU-IV/2006, namun MK dalam Perkara Nomor 44/PUU-

XI/2013 justru mempertimbangkan substansi kedua permohonan PUU dalam dua perkara *a quo*. Dengan penilaian bahwa substansi permohonan kedua perkara memiliki kesamaan, MK menggunakan Pasal 60 ayat (1) UUMK dan menyatakan bahwa permohonan Pemohon dalam Perkara Nomor 44/PUU-XI/2013 *ne bis in idem* dengan Perkara Nomor 003/PUU-IV/2006.

Tetapi berbeda halnya dengan Putusan Nomor 25/PUU-XIV/2016, meski Mahkamah sama-sama melihat substansi permohonan, namun Mahkamah mengkhususkan diri dengan mempertimbangkan realita kondisi hukum dalam norma (*law in text*) dengan hukum yang terjadi dalam kenyataan (*law in context*). Dalam pertimbangannya, Mahkamah menyatakan:

“...terdapat alasan yang mendasar bagi Mahkamah untuk mengubah penilaian konstitusionalitas dalam putusan sebelumnya, karena penilaian sebelumnya telah nyata secara berulang-ulang justru menimbulkan ketidakpastian hukum dan ketidakadilan dalam pemberantasan korupsi.”

Dengan dasar pertimbangan ini, Mahkamah melakukan *overriding decision* terhadap dua putusan sebelumnya. Namun yang menjadi persoalan adalah, meskipun terdapat berbagai dasar konstitusionalitas yang berbeda yang diajukan oleh Pemohon di dalam permohonannya, Mahkamah justru memberikan titik tekan pertimbangan kepada “adanya ketidakpastian hukum yang menimbulkan ketidakadilan dalam pemberantasan korupsi“. Dengan dasar pertimbangan ini, justru Mahkamah nampak sangat tidak konsisten dalam memberikan tafsir Pasal 28D ayat (1) UUD 1945. Bahkan yang menimbulkan pertanyaan adalah, bagaimana mungkin Mahkamah dapat melakukan *overriding decision* terhadap dua putusan sebelumnya dengan dasar konstitusionalitas yang telah digunakan tetapi dengan penafsiran yang berbeda. Padahal jelas tindakan tersebut akan menabrak Pasal 60 ayat (1) dan ayat (2) UUMK sendiri.

Jikalau pun alur pikir pertimbangan putusan MK diikuti, yakni melihat secara kontekstual (*law in context*) persoalan konstitusionalitas norma sebagaimana diajukan oleh Pemohon, sulit menemukan koherensi antara kerugian konstitusional yang dialami oleh Pemohon, dengan konstitusionalitas norma yang bertentangan dengan UUD 1945. Karena dalam pertimbangan putusnya, Mahkamah sama sekali tidak menyinggung kerugian konstitusional yang secara faktual dialami oleh Pemohon sebagaimana telah diuraikan oleh Pemohon dalam permohonannya yang termuat dalam duduk perkara. Sehingga, pertimbangan hukum Mahkamah

yang berupaya untuk melihat hukum yang terjadi dalam kenyataan menjadi terasa hambar. Dengan landasan konstruksi berfikir sebagaimana diuraikan di atas, justru penulis melihat adanya potensi ketidakpastian hukum yang terjadi dalam konteks pengujian undang-undang terhadap UUD 1945, karena Mahkamah tidak terang menentukan ukuran yang pasti akan sebuah tafsir konstitusionalitas penerapan norma UUD terhadap keberlakuan dan keberlangsungan suatu norma UU yang telah diuji beberapa kali.

Justru jika ditinjau secara faktual dan kontekstual, frasa “dapat” dalam kalimat “dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara”, haruslah dipandang sebagai satu kesatuan unsur delik dalam UU Tipikor. Karena dalam kenyataannya, kerugian keuangan negara atau perekonomian negara, sangat sulit ditentukan secara presisif jumlahnya. Bahkan dengan hilangnya frasa “dapat”, maka upaya untuk menyelamatkan kerugian keuangan negara atau perekonomian negara menjadi mustahil untuk dilakukan, karena harus menunggu tindak pidana korupsi telah sempurna dilaksanakan, yang berarti kerugian keuangan negara atau perekonomian negara dipastikan telah terjadi. Disinilah letak fungsi pencegahan (*preventive*) terhadap potensi kerugian keuangan negara atau perekonomian negara menjadi tidak bertaring lagi. Dengan kenyataan demikian, tak heran mantan Menteri Hukum dan HAM Amir Syamsudin menyatakan, “kenyataan di atas dianggap oleh sebagian masyarakat akan merugikan upaya pemerintah dalam upaya mencegah dan memberantas tindak pidana korupsi”.⁵

2. Kepastian Hukum dan Sinkronisasi Pengaturan Hukum terkait Delik Korupsi

Suatu hukum termasuk di dalamnya undang-undang diciptakan untuk tiga macam tujuan yakni keadilan, kepastian dan kemanfaatan. Dalam lingkungan hukum pidana, kepastian menjadi salah satu hal yang penting mengingat negara Indonesia menganut sistem hukum Eropa Kontinental. Asas legalitas menjadi hal yang penting sehingga suatu perbuatan tidak bisa dipidana tanpa ada peraturan terlebih dahulu yang mengaturnya (*nullum delictum nulla poena sineprevia legi poenale*).⁶

Terkait hal ini, harus dipahami dulu konsep dasar dari delik korupsi itu sendiri. Delik (tindak pidana) dalam hukum pidana dapat dibedakan menjadi dua yakni delik formiil dan delik materiil. Delik formiil adalah delik yang perumusannya lebih

⁵ Amir Syamsudin, Putusan MK dalam Penegakan Hukum Korupsi, Kompas, Kamis, 2 Februari 2017.

⁶ Andi Hamzah, *Bunga Rampai Hukum Pidana dan Acara Pidana* (Jakarta, 2001), h. 22.

menekankan pada perbuatan yang dilarang, dengan kata lain maksud pembentuk undang-undang yakni melarang melakukan perbuatan tertentu tanpa mensyaratkan terjadinya akibat apapun dari perbuatan tersebut. Sehingga, dalam delik formil, sudah dianggap selesai jika si pelaku telah menyelesaikan rangkaian perbuatan yang dirumuskan dalam rumusan delik.⁷ Dalam delik formiil, akibat bukan suatu hal yang penting dan bukan merupakan syarat selesainya suatu delik.⁸ Sedangkan delik materiil adalah delik yang perumusannya lebih menekankan pada akibat yang dilarang, dengan kata lain pembentuk undang-undang melarang terjadinya akibat tertentu. Dalam delik materiil, akibat adalah hal yang harus ada.⁹ Selesainya suatu delik materiil adalah apabila akibat yang dilarang dalam rumusan delik sudah benar-benar terjadi.¹⁰

Memahami aspek dasar di atas sangat penting kaitannya dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU Tipikor. Secara gramatikal, kedua pasal tersebut menganut delik formiil yang membawa konsekuensi bahwa seseorang dianggap tersangka jika sudah menyelesaikan rangkaian perbuatan yang dimaksudkan dalam rumusan Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU Tipikor. Sehingga kata “dapat” memberikan arti bahwa akibat “merugikan keuangan negara atau perekonomian negara” tidak harus benar-benar terjadi, yang penting (rangkaian) perbuatan pelaku sudah sesuai dengan rumusan delik ditambah dengan perbuatan tersebut memiliki peluang merugikan keuangan negara atau perekonomian negara.

Hal ini juga diperkuat dengan penafsiran otentik yang ada dalam Penjelasan Pasal 2 ayat (1) UU Tipikor:

“.....Dalam ketentuan ini kata “dapat” sebelum frasa “merugikan keuangan negara atau perekonomian negara” menunjukkan bahwa tindak pidana korupsi merupakan delik formiil, yaitu adanya tindak pidana korupsi cukup dipenuhinya unsur-unsur perbuatan yang dirumuskan, bukan dengan timbulnya akibat.”

Kedua penafsiran hukum di atas juga sejalan dengan pendapat hukum yang dikemukakan oleh Eddy O.S. Hiariej tentang pembagian delik sebagai *tatbestandmassigkeit* dan delik sebagai *wesensschau*. Delik sebagai *tatbestandmassigkeit* dapat diartikan perbuatan yang memenuhi unsur delik yang

⁷ *Ibid.*

⁸ RB Budi Prastowo, “Delik Formiil/Materiil, Sifat Melawan Hukum Formiil/Materiil dan Pertanggungjawaban Pidana dalam Tindak Pidana Korupsi (Kajian Teori Hukum Pidana terhadap Putusan MK Perkara No. 003/PUU-IV/2006)”, *Jurnal Hukum Pro Justitia*, Volume 24 No.3, Juli 2006, h. 213-214.

⁹ Andi Hamzah, *Op.Cit.*

¹⁰ RB Budi Prastowo, *Op.Cit.*

dirumuskan. Sedangkan delik sebagai *wesenshau* mengandung makna sebagai suatu perbuatan dikatakan telah memenuhi unsur delik bukan hanya dari rumusan delik tetapi perbuatan tersebut juga dimaksudkan oleh pembentuk UU.¹¹

Dalam Penjelasan Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU Tipikor, maksud dari pembentuk UU Tipikor adalah adanya tindak pidana korupsi cukup dipenuhinya unsur-unsur perbuatan yang dirumuskan, bukan dengan timbulnya akibat (delik formiil). Sehingga tidak perlu dibuktikan dengan adanya kerugian keuangan negara secara riil (*actual loss*). Dalam hal ini penulis memiliki kesamaan pendapat dengan *dissenting opinion* yang ada dalam Putusan MK tersebut, yakni bisa mengubah secara mendasar kualifikasi delik korupsi dari delik formiil menjadi delik materiil.

Pendapat hukum lain juga bisa digunakan untuk memperkuat pernyataan bahwa kualifikasi delik korupsi merupakan delik formiil yang tidak mutlak harus mensyaratkan kerugian keuangan negara secara riil yakni:

Pendapat Ahli Hukum Terkait Delik Formiil dalam Tindak Pidana Korupsi

| Ahli Hukum | Pendapat |
|----------------------|---|
| Tumpak H. Panggabean | "Kerugian negara tidak dipersyaratkan sudah timbul karena pada hakekatnya kerugian tersebut adalah akibat dari perbuatan memperkaya secara melawan hukum tersebut, cukup menurut akal orang pada umumnya bahwa dari suatu perbuatan dapat menimbulkan kerugian negara tanpa menyebut jumlah kerugian negara tersebut. Menjadi rancu apabila dihubungkan dengan 'unsur memperkaya diri sendiri, orang lain, atau suatu korporasi' karena darimana diperoleh penambahan kekayaan tersebut kalau belum terjadi kerugian negara?" |
| Prof. Komariah Emong | "Unsur 'dapat merugikan keuangan negara' seharusnya diartikan merugikan negara dalam arti langsung maupun tidak langsung. Artinya, suatu tindakan otomatis dapat dianggap merugikan keuangan negara apabila tindakan tersebut berpotensi menimbulkan kerugian negara. Jadi, ada atau tidaknya kerugian negara secara riil menjadi tidak penting." |

Sumber: Laporan Hasil Penelitian *Indonesian Corruption Watch*, 2014

Terkait dengan sinkronisasi hukum nasional, Putusan MK ini juga akan mengubah sistem penegakan tindak pidana korupsi yang selama ini dilakukan oleh penegak hukum. Frasa "dapat" yang harus dibuktikan dengan kerugian keuangan negara atau perekonomian negara yang riil (*actual loss*) bisa memperlambat jalannya penegakan hukum. Apalagi kewenangan lembaga negara yang bisa membuktikan kerugian keuangan negara yang riil ini pun masih tumpang tindih. Mengenai hal ini sudah diputus oleh MK dalam Putusan Nomor 31/PUU-X/2012

¹¹ Eddy O.S Hiariej, *Prinsip-Prinsip Hukum Pidana*, (Yogyakarta, 2014), h. 11

tertanggal 23 Oktober 2012. Dalam putusan *a quo*, MK menegaskan bahwa penyidik korupsi berhak melakukan koordinasi dengan lembaga apa pun, termasuk BPK dan BPKP, atau lembaga lain yang punya kemampuan menentukan kerugian negara.

Berdasarkan Putusan MK di atas, lagi-lagi memunculkan ketidakpastian hukum dalam *law in context* atau dalam tataran hukum acaranya. Apakah yang dimaksud itu Badan Pemeriksa Keuangan (BPK) atau Badan Pengawasan Keuangan dan Pembangunan (BPKP) atau Inspektorat di masing-masing lembaga atau akuntan publik? Bagaimana jika kerugian negara yang didakwa oleh KPK atau Jaksa Penuntut Umum ternyata berbeda dengan hasil audit dari lembaga yang disebutkan di atas tadi? Bagaimana jika perbedaan hasil kerugian keuangan negara itu dijadikan alasan pembenar bagi terdakwa supaya lolos dari jeratan hukum karena dianggap melanggar hak konstitusional? Belum lagi jika audit yang dilakukan memakan waktu yang lama, justru akan memperlambat proses hukum yang dilakukan oleh KPK, Kepolisian ataupun Jaksa Penuntut Umum. Implikasinya, hal ini memberikan ketidakpastian hukum dan ketidaksinkronan hukum nasional antara *law in text* dengan *law in context*.

3. Pendekatan Administratif dalam Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2004 tentang Administrasi Pemerintahan (UU AP)

Salah satu yang dijadikan alasan hukum Pemohon menganggap frasa “dapat” dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 bertentangan dengan UUD 1945 adalah munculnya Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2004 tentang Administrasi Pemerintahan (UU AP). Munculnya UU AP membawa penegasan bahwa Aparatur Sipil Negara (ASN) yang keliru atau melakukan kesalahan administrasi dalam menjalankan suatu administrasi negara maka pendekatan yang dilakukan adalah pendekatan administratif. Pendekatan pidana digunakan sebagai “senjata terakhir” (*ultimum remedium*). Hal ini mengacu dalam Pasal 20 ayat (4) UU AP:

Pasal 20 ayat (4)

“Jika hasil pengawasan aparat pemerintah berupa kesalahan administrasi yang menimbulkan kerugian negara sebagaimana dimaksud pada ayat (2) huruf c, dilakukan pengembalian uang negara paling lama 10 (sepuluh) hari kerja terhitung sejak diputuskan dan diterbitkan hasil pengawasan.”

Pasal 70 ayat (3)

“Dalam keputusan yang mengakibatkan pembayaran dari uang negara dinyatakan tidak sah, Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan wajib mengembalikan uang ke kas negara.”

Berangkat dari argumentasi ini, akan muncul dua pemahaman yakni penyalahgunaan wewenang (*detournement de pouvoir*) dan perbuatan melawan hukum (*onrechtmatigdaat*).¹² Montesqieu menyebutkan, adalah sebuah pengalaman yang abadi bahwa orang yang diberi kekuasaan cenderung menyalahgunakannya.¹³ Menurut Supandi, penyalahgunaan wewenang (*detournement de pouvoir*) merupakan konsep hukum administrasi negara yang memang banyak menimbulkan salah paham dalam memaknainya. Dalam praktiknya *detournement de pouvoir* seringkali dicampuradukkan dengan perbuatan sewenang-wenang (*willekeur/abus de droit*), penyalahgunaan sarana dan kesempatan, melawan hukum (*wederrechtelijkheid, onrechmatige daad*), atau bahkan memperluasnya dengan setiap tindakan yang melanggar aturan atau kebijakan apapun dan di bidang apapun.¹⁴

Dalam Pasal 17 UU AP diatur bahwa yang termasuk ke dalam penyalahgunaan wewenang adalah tindakan atau keputusan yang melampaui wewenang, mencampuradukkan wewenang dan/atau bertindak sewenang-wenang (*abuse of power*). Sedangkan akibat hukum dari penyalahgunaan wewenang adalah dibatalkan oleh pengadilan administratif dalam hal ini oleh Pengadilan Tata Usaha Negara (PTUN). Peradilan ini selanjutnya berkewajiban menyelesaikan sengketa dengan obyek keputusan (*beschikking*). Adapun keputusan yang bisa menjadi obyek sengketa PTUN sesuai dengan Pasal 1 angka 3 UU No 51 Tahun 2009 adalah suatu penetapan tertulis yang dikeluarkan oleh badan atau pejabat TUN yang berisi tindakan hukum tata usaha negara yang berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku, yang bersifat konkrit, individual dan final, yang menimbulkan akibat hukum bagi seseorang atau badan hukum perdata.¹⁵

Berdasarkan ketentuan dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU Tipikor dengan Pasal 20 ayat (4) dan Pasal 70 ayat (3) UU AP di atas, terdapat perbedaan mendasar antara perbuatan melawan hukum dengan penyalahgunaan wewenang. Pertama, aspek niat atau suasana kebathinan (*mens rea*) yang berbeda di antara keduanya. Untuk perbuatan melawan hukum dapat dipastikan terdapat unsur kesalahan dalam diri seseorang yang memang memiliki niat untuk memperkaya diri sendiri atau orang lain atau korporasi untuk merugikan keuangan negara. Sementara

¹² Lihat Pendapat Indra Perwira dalam Putusan MK Nomor 25/PUU-XIV/2016

¹³ Montesqieu, *De L'Esprit d Lois*, G Truc, ed, Paris, 1987, vol I, Book xi ch.4, h.162

¹⁴ Supandi, "Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan (Relevansinya Terhadap Disiplin Penegakan Hukum Administrasi Negara dan Penegakan Hukum Pidana)", Makalah tidak diterbitkan, h. 7

¹⁵ Zairin Harahap, *Hukum Acara Peradilan Tata Usaha Negara*, Edisi Revisi (Jakarta, Rajawali Pers; h. 65)

dalam penyalahgunaan wewenang, secara umum cenderung bisa saja terdapat unsur kesalahan atau bisa juga tidak. Kalaupun terdapat kesalahan, belum tentu ada niat untuk memperkaya dirinya atau orang lain atau suatu korporasi untuk merugikan keuangan negara.

Kedua, unsur akibat dari perbuatan (*actus reus*). Untuk perbuatan melawan hukum memiliki kecenderungan terdapat akibat kerugian bagi pihak lain, dalam konteks ini terjadinya kerugian keuangan negara. Sementara penyalahgunaan wewenang, cenderung mengarah kepada kerugian yang bersifat personal dengan kategori pelanggaran yang bersifat administratif. Sehingga frasa “dapat” dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU Tipikor sungguh tidak tepat jika materi muatannya dimasukkan penafsirannya ke dalam UU AP. Konsiderans yang memuat pokok pikiran dari unsur filosofis, yuridis dan sosiologis antara keduanya juga berbeda. Sehingga di antara keduanya, tidak memiliki relasi karena dibangun berdasarkan prinsip hukum yang tidak sama.

4. Dampak Kriminalisasi Aparatur Sipil Negara (ASN) Akibat *Freis Ermessen* yang Dianggap Korupsi

Dalam konteks Putusan MK ini, Pemohon membangun argumentasi bahwa kriminalisasi lahir karena penegak hukum banyak mendakwa Aparatur Sipil Negara (ASN) karena dianggap mengeluarkan kebijakan yang merugikan keuangan negara. Padahal, tindakan penegakan hukum yang dilakukan terhadap ASN merupakan tindakan murni penegakan hukum yang dilakukan untuk kemajuan suatu lembaga/instansi/daerah, demi menjaga tidak terjadinya penyimpangan keuangan negara yang menjadi tanggung jawabnya untuk mengelola. Mengenai kriminalisasi terhadap kebijakan, Indra Perwira mengatakan bahwa penyalahgunaan wewenang bisa terjadi karena 3 (tiga) hal yakni sumber wewenang, substansi wewenang dan asas kebebasan bertindak (*freis ermessen*). Jika terdapat kesalahan administrasi dimana ASN mengeluarkan suatu kebijakan, maka poin pertama dan poin kedua menggunakan pendekatan administratif sebagaimana tertuang dalam UU AP yang nantinya akan dibatalkan atau tidaknya oleh PTUN. Kedua poin inilah yang termasuk wewenang terikat yakni berdasarkan asas legalitas (peraturan perundang-undangan).¹⁶ UU AP lahir memang ditujukan untuk menghindari penyalahgunaan wewenang termasuk kesalahan administrasi di dalamnya.¹⁷

¹⁶ Lihat Fathudin, *Tindak Pidana Korupsi (Dugaan Penyalahgunaan Wewenang) Pejabat Publik (Perspektif Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan)*, Jurnal Cita Hukum. Vol. II No. 1, Juni 2015, h. 126

¹⁷ *Ibid*

Sementara, poin ketiga yakni asas kebebasan bertindak (*freis ermessen*) merupakan keistimewaan dari pengambil kebijakan jika suatu norma hukum ternyata belum mengatur atau tidak jelas aturannya, sehingga boleh mengeluarkan suatu kebijakan, atau disebut juga wewenang bebas atau diskresi.¹⁸ Secara terminologis, *freis ermessen* berasal dari kata *frei* yang berarti bebas, merdeka, tidak terikat. Kata *freis* berarti orang bebas, sedangkan kata *ermessen* berarti mempertimbangkan, menilai, menduga, penilaian, pertimbangan atau keputusan.¹⁹ Sehingga secara istilah *freis ermessen* berarti bebas mempertimbangkan atau bebas menilai. Maksudnya dapat dipandang sebagai asas yang bertujuan untuk mengisi kekurangan atau melengkapi asas legalitas supaya cita-cita negara hukum material dapat diwujudkan. Karena, asas *freies ermessen* memberikan keleluasaan bertindak kepada pemerintah untuk melaksanakan tugas-tugasnya tanpa terikat kepada undang-undang.

Terdapat tiga alasan atau keadaan kondisional yang menjadikan pemerintah dapat melakukan tindak diskresi atau tindakan atas inisiatif sendiri: *pertama*, belum ada peraturan perundang-undangan yang mengatur tentang penyelesaian *in concreto* terhadap suatu masalah, padahal masalah tersebut menuntut penyelesaian yang segera. *Kedua*, peraturan perundang-undangan yang menjadi dasar tindakan aparat pemerintah telah memberikan kebebasan sepenuhnya. *Ketiga*, adanya delegasi perundang-undangan, yaitu pemberian kekuasaan untuk mengatur sendiri kepada pemerintah yang sebenarnya kekuasaan ini dimiliki oleh aparat yang lebih tinggi tingkatannya.²⁰

Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan (UU AP) telah menganut perluasan makna diskresi ini. Ketentuan perihal diskresi diatur di dalam undang-undang tersebut mulai dari Pasal 25 sampai dengan Pasal 32. Ketentuan yang terdapat dalam pasal-pasal tersebut setidaknya memberikan kepastian hukum yang lebih jelas perihal prosedur penggunaan diskresi. Selain itu diatur pula mengenai batas-batas penggunaan diskresi oleh Badan/Pejabat Administrasi Pemerintahan. Ketentuan ini tentu menjadi spirit bagi pejabat pemerintah untuk dapat secara leluasa mengambil sebuah keputusan dalam rangka melayani dan memenuhi kepentingan rakyat.

Dalam Pasal 26 UU AP diatur perihal prosedur penggunaan diskresi antara lain: (a) Pejabat yang menggunakan diskresi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 25

¹⁸ *Ibid*

¹⁹ S.F. Marbun & Moh. Mahfud MD, *Pokok-Pokok Hukum Administrasi Negara*, (Yogyakarta, 2000), h. 9

²⁰ Ridwan H.R., *Hukum Administrasi Negara*, (Jakarta, 2008) h. 108

ayat (1) dan ayat (2) wajib menguraikan maksud, tujuan, substansi, serta dampak administrasi dan keuangan; (b) Pejabat yang menggunakan Diskresi sebagaimana dimaksud pada ayat (1) wajib menyampaikan permohonan persetujuan secara tertulis kepada Atasan Pejabat; (c) Dalam waktu 5 (lima) hari kerja setelah berkas permohonan diterima, Atasan Pejabat menetapkan persetujuan, petunjuk perbaikan, atau penolakan; dan (d) Apabila Atasan Pejabat sebagaimana dimaksud pada ayat (3) melakukan penolakan, Atasan Pejabat tersebut harus memberikan alasan penolakan secara tertulis.²¹

Artinya, UU AP sudah memberikan perlindungan hukum bagi ASN yang menggunakan diskresinya. Sehingga secara limitatif, tidak perlu ada kekhawatiran dari diri ASN ketika mengeluarkan suatu diskresi dan kemudian langsung dikriminalisasi oleh penegak hukum. Dalam konteks hukum administrasi pun, juga terdapat asas fundamental yang sangat penting bagi ASN dalam menyelenggarakan pemerintahan, yakni Asas-Asas Umum Pemerintahan Umum yang Baik (AAUPB). AM Donner mengungkapkan bahwa jika landasan peraturan kebijakan tidak didasarkan pada undang-undang, maka landasan yang biasa digunakan dalam pengambilan keputusan peraturan kebijakan harus didasarkan pada asas-asas umum pemerintahan yang baik (*algemene beginselen van behoorlek bestuur*). AM Donner menetapkan bahwa terdapat lima asas umum pemerintahan yang baik, yang tidak hanya diterapkan dalam kasus-kasus tertentu saja, akan tetapi dalam persoalan secara umum di dalam administrasi, asas-asas tersebut adalah antara lain asas kejujuran (*fair play*) asas kecermatan (*zorgvttldigheid*), asas kemurnian dalam tujuan (*zuiverheid van oogmerk*), asas keseimbangan (*evenwichtigheid*), dan asas kepastian hukum (*recht zekerheid*).²²

Secara substantif, tidak ada korelasi langsung yang membuat frasa “dapat” dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU Tipikor memberikan pembenaran untuk meng-kriminalisasi ASN yang mengeluarkan kebijakan yang diskresi. Hikmahanto Juwana sangat menekankan bahwa yang perlu diperhatikan bukanlah kebijakannya yang salah dan merugikan, tetapi niat jahat dari pengambil kebijakan ketika membuat kebijakan.²³ Artinya bahwa bukan karena kebijakan diskresi yang mengakibatkan ASN tersangkut masalah, tetapi niat batin (*mens rea*) dari si

²¹ Lihat Pasal 26 Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan

²² AM Donner seperti dikutip Amrah Muslimin, *Beberapa Asas dan Pengertian Pokok tentang Administrasi dan Hukum Administrasi*. (Bandung, 1985), h. 145-146

²³ Fathudin, *Tindak Pidana Korupsi (Dugaan Penyalahgunaan Wewenang) Pejabat Publik (Perspektif Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan)*, Jurnal Cita Hukum. Vol. II No. 1, Juni 2015, h. 123

pengambil kebijakan untuk memperkaya diri sendiri, orang lain atau korporasi yang menyebabkannya didakwa UU Tipikor.

Dengan demikian ada dua pembatasan yang selama ini menjadi perdebatan terkait pendekatan administratif dan pendekatan pidana jika ASN terkena tindak pidana korupsi. Sehingga dapat ditarik pembatasan bahwa jika kebijakannya yang keliru atau salah administrasi atau cacat prosedur, maka pendekatannya menggunakan pendekatan administratif yang berpangkal pada PTUN. Sementara, jika niat batin dari si pengambil kebijakan yang keliru, yang nyata-nyata untuk memperkaya diri sendiri, orang lain atau korporasi dan dapat merugikan keuangan Negara, maka digunakan pendekatan pidana sebagaimana yang tertuang dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU Tipikor.

KESIMPULAN

Berdasarkan hasil dan analisis penelitian, sebagai penutup dapat disimpulkan sebagai berikut:

Terdapat *nebis in idem* antara Putusan MK Nomor 25/PUU-XIV/2016 dengan Putusan MK yang terdahulu yakni Putusan MK Nomor 003/PUU-IV/2006. Kesamaan itu yakni berupa dasar pengujian dan materi yang diujikan sama yakni Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU Tipikor terhadap Pasal 28D ayat (1) UUD 1945. Dalam Putusan MK terdahulu mengatur bahwa frasa “dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara” dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU Tipikor tidak bertentangan dengan UUD 1945. Tetapi dengan Putusan MK terakhir, justru sebaliknya dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945. Berubahnya pendirian MK dalam Putusan terakhir memunculkan inkonsistensi penafsiran yang justru dapat menimbulkan ketidakpastian hukum.

Munculnya ketidakpastian hukum dalam delik korupsi dari delik formil menjadi delik materiil. Hal ini menyebabkan perubahan kualifikasi yang mendasar yakni penegak hukum harus membuktikan kerugian keuangan negara atau perekonomian negara secara nyata atau riil (*actual loss*). Implikasinya, hal ini dapat melahirkan ketidaksinkronan hukum dalam pemberantasan korupsi, karena harus ada pembuktian kerugian keuangan negara secara riil. Sehingga lembaga yang melakukan audit ini apakah BPK, BPKP, Inspektorat atau akuntan publik.

Tidak ada hubungan hukum frasa “dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara” antara pendekatan pidana dalam UU Tipikor dengan pendekatan administratif dalam Undang-Undang Nomor Nomor 30 Tahun 2004 tentang Administrasi Pemerintahan (UU AP). Hal ini didasarkan pada perbedaan yang mendasar antara perbuatan melawan hukum dalam delik korupsi dengan penyalahgunaan wewenang dalam kesalahan administrasi. Sehingga jelas keduanya memiliki sebab atau niat batin (*mens rea*) dan akibat atau hasil perbuatan (*actus reus*) yang berbeda.

Tidak ada implikasi kriminalisasi dari Aparatur Sipil Negara (ASN) dari frasa “dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara” dalam UU Tipikor sebagaimana yang ditakutkan oleh Pemohon. Kebijakan diskresi (*freis ermessen*) sudah mendapatkan payung hukum dalam UU AP dan jika dilandaskan dengan asas-asas pemerintahan umum yang baik, tidak akan lahir kriminalisasi. Karena yang salah bukan kebijakan diskresinya, melainkan niat jahat dari pengambil kebijakan untuk memperkaya diri sendiri, orang lain, atau korporasi yang dianggap dapat merugikan keuangan negara.

Berdasarkan kesimpulan di atas, terdapat beberapa rekomendasi sebagai berikut:

Perubahan kualifikasi delik harus mendapatkan perhatian serius di kalangan semua pemerhati hukum, terutama penegak hukum. Dalam hal ini Kepolisian, KPK, Kejaksaan maupun Pengadilan. Harus ada pemahaman yang sama tentang delik korupsi berikut unsur delik, hukum acara, proses penyidikan, penghitungan kerugian keuangan negara hingga yang paling fundamental, harus ditetapkan bersama siapa atau lembaga apa yang memiliki kewenangan untuk menghitung kerugian keuangan negara dalam perkara tindak pidana korupsi.

Menciptakan sistem alur penanganan tindak pidana korupsi yang bisa dipahami semua pihak baik dari sisi penegak hukum maupun dari sisi Aparatur Sipil Negara (ASN). Sistem ini harus memisahkan pendekatan administratif sebagaimana tertuang dalam UU AP dengan pendekatan pidana yang tertuang dalam pendekatan pidana.

DAFTAR PUSTAKA

Buku-Buku

- Bambang Soesatyo, *Presiden dalam Pusaran Politik Sengkuni*, Jakarta: RM BOOKS, PT.Wahana Semesta Intermedia.
- H.R, Ridwan. 2008. *Hukum Administrasi Negara*. Jakarta: Raja Grafindo Persada.
- Hamzah, Andi. 2001. *Bunga Rampai Hukum Pidana dan Acara Pidana*. Jakarta: Ghalia Indonesia.
- Hiariej, Eddy O.S. 2014. *Prinsip-Prinsip Hukum Pidana*. Yogyakarta: Aneka Jaya Cipta.
- Marbun, S.F dan Moh. Mahfud MD. 2000. *Pokok-Pokok Hukum Administrasi Negara*. Yogyakarta: Liberty.
- Montesqieu, *De L'Esprit d Lois*, G Truc, ed, Paris, 1987, vol I, Book xi ch.4,
- Muslimin, Amrah. 1985. *Beberapa Asas dan Pengertian Pokok tentang Administrasi dan Hukum Administrasi*. Bandung: Alumni.
- Zairin Harahap, *Hukum Acara Peradilan Tata Usaha Negara*, Edisi Revisi, Jakarta: Rajawali Pers

Laporan Penelitian

- Yuntho, Emerson, *et.al*. 2004. "Penerapan Unsur Merugikan Keuangan Negara dalam Delik Tindak Pidana Korupsi". Laporan Hasil Penelitian. Jakarta: Indonesian Corruption Watch.

Jurnal

- Fathudin, *Tindak Pidana Korupsi (Dugaan Penyalahgunaan Wewenang) Pejabat Publik (Perspektif Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan)* dalam Jurnal Cita Hukum. Vol. II No. 1, Juni 2015.
- Maulidin, La Ode. 2011. "Analisis Putusan MK dalam Menyelesaikan Perselisihan Hasil Pemilukada Ditinjau dari Perspektif Teori Hukum Progresif (Kajian Terhadap Putusan MK atas Sengketa Hasil Pemilu Kepala Daerah Jawa Timur dan Putusan MK dalam Perkara perselisihan Hasil Pemilihan Umum Kepala Daerah Kota Tangerang Selatan Tahun 2010" dalam Jurnal Konstitusi Widyagama, Volume IV No.1, Juni 2011. Malang: Pusat Kajian Konstitusi (Puskasi) FH Universitas Widyagama.

Prastowo, RB Budi. 2006. "Delik Formiil/Materiil, Sifat Melawan Hukum Formiil/Materiil dan Pertanggungjawaban Pidana dalam Tindak Pidana Korupsi (Kajian Teori Hukum Pidana terhadap Putusan MK Perkara No. 003/PUU-IV/2006" dalam Jurnal Hukum Pro Justitia, Volume 24 No.3, Juli 2006.

Makalah

Supandi. Tanpa Tahun. "Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan(Relevansinya Terhadap Disiplin Penegakan Hukum Administrasi Negara dan Penegakan Hukum Pidana)", Makalah tidak diterbitkan.

Koran

Kompas, "Koruptor Makin Sulit Diproses Hukum", Kamis, 26 Januari 2017.

Amir Syamsudin, Putusan MK dalam Penegakan Hukum Korupsi, Kompas, Kamis, 2 Pebruari 2017