

**PENYELESAIAN DISPARITAS PUTUSAN PEMIDANAAN
TERHADAP “KRIMINALISASI” KEBIJAKAN PEJABAT PUBLIK
(Settlement of Disparity in “Criminalized” Public Official Making and
Implementing Public Policy)**

Budi Suhariyanto
Pusat Penelitian dan Pengembangan Hukum dan Peradilan
Mahkamah Agung R.I.
Jl. Jend. A. Yani Kav.58 Cempaka Putih Timur Jakarta.
penelitihukomma@gmail.com

Tulisan Diterima: 11-02-2018; Direvisi: 01-09-2018; Disetujui Diterbitkan: 06-09-2018

DOI: <http://dx.doi.org/10.30641/dejure.2018.V18.353-366>

ABSTRACT

This article is aimed to discuss the method of settlement of disparity in criminalization cases of public official making and implementing public policies. Basically, public officials should be accountable only under the administrative laws, however in reality, the law enforcers have charged some public officials making and implementing public policies under criminal laws. Based on such facts, it is interesting to question some issues such as what are the “contact points” in charging the public officials whether under the administrative laws and criminal laws? and how far is the criminalization practices against the public officials making and implementing public policies in Indonesia? And why a method of settlement of the disparity is required? The discussion finds that there are some conceptual contact points related to the criminalization practices of the public officials making and implementing public policies (that may inflict losses to the state finance) both from normative and doctrinal aspects. In practices, the criminal judges have multi-interpretations in deciding whether to convict, release or dismiss the relevant public officials from all charges. To minimize the legal uncertainty due to the disparity, the President Instruction No. 1 of 2016 is issued to provide guidelines for the Police and Public Prosecutor to firstly apply the administrative laws before commencing any criminal investigation against the authorities (policies) misuse cases pursuant to the Law No. 30 of 2014. Since a President Instruction is not an instrument of legislations, its binding power has not been so strong, hence it is necessary to escalate its status into a President Regulation. In addition, to strengthen the solution in such disparity settlement it is also necessary for the Supreme Court to make the guideline for the judges in handling the criminal cases against public officials making and implementing public policies.

Keywords: *Criminal Charges, Criminalization, Public Officials, Public Policies*

ABSTRAK

Artikel ini bertujuan untuk membahas tentang cara penyelesaian disparitas pemidanaan terhadap kriminalisasi kebijakan pejabat publik. Pada dasarnya ranah pertanggungjawaban kebijakan pejabat publik identik dengan hukum administrasi, tetapi pada kenyataannya aparat penegak hukum melakukan proses pemidanaan terhadap pejabat publik pemilik kebijakan tersebut. Berdasarkan fakta tersebut, menarik dipermasalahkan beberapa hal yaitu: apa yang menjadi persinggungan kriminalisasi kebijakan pejabat publik menurut hukum administrasi dan hukum pidana? dan bagaimanakah praktik pemidanaan terhadap kriminalisasi kebijakan pejabat publik di Indonesia? serta mengapa diperlukan penyelesaian disparitas pemidanaan terhadap kriminalisasi kebijakan pejabat publik? Hasil pembahasan mengemukakan bahwa terdapat titik singgung konseptual terkait kriminalisasi pejabat pembuat dan pelaksana kebijakan (yang berakibat merugikan keuangan negara) baik secara normatif maupun doktrin. Pada praktiknya, para hakim peradilan pidana memiliki ragam tafsir dalam hal memutus penghukuman dan pembebasan serta pelepasan dari segala tuntutan hukum terhadap pejabat publik yang bersangkutan. Untuk meminimalisir ketidakpastian hukum akibat disparitas pemidanaan tersebut maka diterbitkan Inpres Nomor 1 Tahun 2016 untuk mengarahkan Kepolisian dan Kejaksaan agar sebelum melakukan penyidikan terhadap penyalahgunaan wewenang (kebijakan) agar mendahulukan proses hukum administrasi pemerintahan sesuai Undang-Undang Nomor 30 tahun 2014. Sehubungan kedudukan Inpres yang

De Jure

Akreditasi LIPI: No:740/AU/P2MI-LIPI/04/2016

notabene bukan merupakan jenis peraturan perundang-undangan maka daya ikatnya kurang kuat sehingga perlu dinaikkan statusnya menjadi sebuah Perpres. Selain itu untuk memperkuat solusi penyelesaian disparitas tersebut maka diperlukan juga penyusunan pedoman pemidanaan oleh Mahkamah Agung yang diperuntukkan bagi para hakim yang menangani perkara kriminalisasi kebijakan pejabat publik.

Kata Kunci: Pemidanaan, Kriminalisasi Kebijakan, Pejabat Publik

PENDAHULUAN

Pejabat publik, dalam konteks ilmu hukum administrasi negara, mempunyai kewenangan yang luas dalam menjalankan roda pemerintahan. Adanya kewenangan yang luas ini, dikarenakan pejabat publik merupakan pemangku utama otoritas penyelenggaraan kepentingan umum (*public service*) baik di tingkat pusat maupun di tingkat daerah. Dalam rangka melakukan suatu tindakan hukum, pejabat publik harus didasari adanya kewenangan. Meskipun menurut hukum, kewenangan pejabat publik diatur dalam bentuk peraturan perundang-undangan (hukum tertulis), akan tetapi dalam melakukan tindakan berdasarkan kewenangan tersebut, pejabat publik dimungkinkan melakukan tindakan di luar ketentuan hukum tertulis. Keadaan ini sebagai suatu konsekuensi, bahwa undang-undang dan peraturan tertulis lainnya seringkali tertinggal dalam mengantisipasi perkembangan zaman (*het recht hinkt achter de feiten aan*), perubahan nilai dalam masyarakat, dan meningkatnya kebutuhan hidup manusia seiring dengan kemajuan yang dicapainya di bidang ilmu pengetahuan dan teknologi (Susilo, 2014: 1).

Masalah kebijakan dan pelayanan publik menjadi isu sentral dan masalah yang penting saat ini, terkait dengan praktik-praktik menyimpang yang dilakukan oleh oknum pejabat pemerintahan dan pegawai pemerintahan (Arsyad, 2013: 157). Permasalahan yang menyangkut kebijakan akhir-akhir ini tidak sedikit yang diproses dan dijerat dengan Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 Jo. Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (UU Tipikor) sehingga menimbulkan polemik. Polemik tentang dapat atau tidaknya kebijakan dijerat dengan pidana, hingga kini masih menyisakan persoalannya. Bagi kalangan yang sependapat tidak akan mempersoalkannya, tetapi bagi kalangan yang tidak sependapat tentu akan mempertanyakan. Menurut mereka belum tentu pembuat kebijakan tersebut mengetahui, bahwa kebijakannya tersebut melanggar hukum. Jika

setiap kebijakan dapat dikualifikasi sebagai tindak pidana korupsi, tentu akan dilematis. Padahal diketahui bahwa kebijakan tersebut adalah bagian dari suatu sistem, jika seorang pejabat pemerintah takut mengambil suatu kebijakan maka roda pemerintahan tidak akan berjalan sebagaimana yang diharapkan (Effendy, 2012: 77).

Di Negara-negara Eropa dan Amerika, persoalan menyalahgunakan kewenangan dan korupsi bukanlah pada pemahaman “kebijakan”, tetapi lebih kepada persoalan hubungan antara kewenangan dengan *bribery* (penyuapan). Kewenangan pejabat publik yang berkaitan dengan kebijakan, baik yang terikat maupun yang aktif, tidak menjadi ranah hukum pidana sehingga kasus-kasus yang belakangan ini sering terjadi di Indonesia (Presiden, Menteri, Gubernur, Bupati, DPR, DPRD dan pejabat publik lainnya) dan berkaitan dugaan penyalahgunaan kewenangan dan perbuatan melawan hukum menimbulkan kesan adanya suatu “kriminalisasi kebijakan” (Adji, 2010: 5). Penggunaan istilah kriminalisasi ini bukanlah makna sesungguhnya sebagai kebijakan kriminal dalam tahap penyusunan undang-undang hukum pidana (Zaidan, 2016: 265) dimana menjadikan sebuah perbuatan yang bukan tindak pidana menjadi tindak pidana. Kriminalisasi dalam hal ini lebih kepada pemahaman awam yang berkembang saat ini yaitu sebagai tindakan aparat penegak hukum menetapkan seseorang melakukan perbuatan melawan hukum atau sebagai pelaku kejahatan atas pemaksaan interpretasi perundang-undangan. Aparat penegak hukum dianggap seolah-olah melakukan tafsir sepihak atau tafsir subyektif atas perbuatan seorang, lalu kemudian diklasifikasikan sebagai pelaku tindak pidana (Damang, 2015: 1).

Pada prakteknya selama ini terjadi pembuat kebijakan diproses secara hukum dan ditetapkan sebagai tersangka bahkan terpidana. Hal ini menimbulkan pertanyaan dalam hal apa tanggung jawab jabatan dan tanggung jawab pribadi diterapkan dalam kaitannya dengan kebijakan pemerintahan? Apakah ada batasan norma hukum yang dapat diterapkan terhadap

De Jure Akreditasi LIPI: No:740/AU/P2MI-LIPI/04/2016

kebijakan pemerintahan (Mustamu, 2011: 2) baik dalam perspektif hukum administrasi dan pidana? Mengemuka dalam praktik penegakan hukum khususnya dalam hal putusan pemidanaan terhadap kriminalisasi kebijakan pejabat publik yang ternyata beririsan dengan administrasi. Tidak sedikit kasus kriminalisasi kebijakan pejabat publik yang berujung pada pemidanaan, tetapi dalam proses peradilan justru memunculkan berbagai macam disparitas pemidanaan, di satu sisi dikenakan pemidanaan tetapi di sisi lain dibebaskan atau dilepaskan dari segala tuntutan hukum (Adji, 2009: 2). Pada tingkat *judex factie* dibenarkan kriminalisasi kebijakan pejabat publik, tetapi di tingkat *judex juris* sebaliknya yaitu pejabat publik tersebut dibebaskan dan dilepaskan dari tuntutan hukum.

Sebagai contoh pada kasus Ir. Akbar Tanjung, dimana pada *judex factie* (Pengadilan Negeri dan Pengadilan Tinggi) dia dipidana korupsi tetapi di tingkat Mahkamah Agung melalui putusannya Nomor 572 K/Pid/2003 membebaskan dari dakwaan karena tidak terbuktinya perbuatan korupsi penyalahgunaan kewenangan. Terdakwa dinyatakan telah menjalankan kewenangan diskresionernya. Hal yang sebaliknya terjadi pada kasus Hendrobudiyanto Mantan Direktur Bank Indonesia yaitu di tingkat Pengadilan Tinggi dilepaskan dari tuntutan hukum berdasarkan alasan pembenar bahwa kebijakan Negara merupakan area hukum administrasi Negara dan bukan hukum pidana. Namun pada tingkat Kasasi, Mahkamah Agung melalui putusannya Nomor 979 K/PID/2004 memutus Terdakwa Hendrobudiyanto bersalah dan dipidana. Menurut Mahkamah Agung, perbuatan Terdakwa selaku salah seorang Direksi Bank Indonesia telah memenuhi unsur “menyalahgunakan kewenangannya” dari tindak pidana yang dimaksud dalam Pasal 1 Ayat 1 sub (b) Undang-Undang No. 3 Tahun 1971.

Selain daripada disparitas putusan pemidanaan terhadap kriminalisasi kebijakan pejabat publik di atas dimana antara *judex factie* dan *judex juris* berbeda, terdapat pula putusan seirama antara *judex juris* dengan *judex factie* dalam hal membebaskan atau melepaskan terdakwa dari tuntutan hukum. Meskipun senada dalam menentukan bahwa kebijakan pejabat tersebut tidak dapat dipidana, tetapi dalam hal menetapkan terbukti atau tidaknya terdakwa menyalahgunakan wewenang dalam kebijakan

yang ditetapkannya, antara Pengadilan tingkat pertama dengan Kasasi berbeda pandangan. Namun demikian tetap dalam satu koridor, baik *judex juris* dan *judex factie* menyatakan bahwa apa yang dilakukan terdakwa adalah bagian dari kebijakan yang keberadaannya tidak dapat dipidana. Sebagaimana Putusan Mahkamah Agung Nomor 2 K/Pid.Sus/2010 yang menimbang bahwa “*Sesuai Keppres No.55 / 1993 perbuatan Terdakwa merupakan kebijakan (beleid) dan diskresi, serta perbuatannya tidak bertentangan dengan kewenangan yang bersangkutan, dan dalam keadaan demikian Pemerintah Daerah tidak dirugikan, Terdakwa sendiri tidak memperoleh keuntungan untuk pribadi sedangkan Proyek pengadaan tanah dapat berjalan sesuai aturan. Tidak ada dana yang dipergunakan oleh Terdakwa untuk kepentingan pribadinya, apa yang telah dilakukan oleh Terdakwa sebagai palaksana kebijakan Pemerintah Daerah, dengan demikian unsur penyalahgunaan kewenangan, kesempatan atau sarana yang ada pada diri Terdakwa karena jabatan atau kedudukan tidak terbukti sebagai perbuatan yang dapat dipidana, akan tetapi sebagai suatu kebijakan (beleid)*”.

Berdasarkan realitas disparitas putusan pemidanaan terhadap kriminalisasi kebijakan di atas maka sesungguhnya proses polemik kebijakan Negara sebagai area pada hukum administrasi Negara ataukah hukum pidana ini masih terus bergulir searah dengan segala irisan dan keterbatasan pemahaman polemik diantara para penegak hukum (Adji, 2009: 38-39). Apalagi disparitasnya bukan menyangkut perbedaan lamanya pidana, tetapi lebih mendasar adalah perbedaan dalam memberikan kualifikasi apakah perbuatan yang dimaksud adalah masuk ranah pidana ataukah tidak sehingga dapat dihukum ataukah harus dilepaskan dari segala tuntutan hukum karena senyatanya merupakan ranah hukum administrasi Negara. Disparitas pidana yang telah tumbuh dalam penegakan hukum ini tentu menimbulkan akibat yang tidak bisa dielakkan (Ricar, 2012: 246) yaitu pro-kontra bagi masyarakat akan mengemuka sehingga dikhawatirkan muncul skeptik dan apriori terhadap kinerja aparat penegak hukum serta apresiasi/penghargaan orang terhadap hukum menjadi rendah (Fatoni, 2008: 344). Dalam konteks ini maka menarik untuk dipermasalahkan yaitu:

De Jure

Akreditasi LIPI: No:740/AU/P2MI-LIPI/04/2016

1. Apa yang menjadi persinggungan kriminalisasi kebijakan pejabat publik menurut hukum administrasi dan hukum pidana?
2. Bagaimanakah praktik pemidanaan terhadap kriminalisasi kebijakan pejabat publik di Indonesia?
3. Mengapa diperlukan penyelesaian disparitas pemidanaan terhadap kriminalisasi kebijakan pejabat publik?

METODE PENELITIAN

Metode yuridis normatif digunakan dalam melakukan pengkajian prospek penyelesaian disparitas pemidanaan terhadap kriminalisasi kebijakan pejabat publik ini. Terdapat tiga pendekatan untuk mengkaji permasalahan yaitu pendekatan perundang-undangan (*statute approach*), pendekatan kasus (*case approach*), serta pendekatan konseptual (*conceptual approach*). Pendekatan perundang-undangan digunakan untuk mengkaji masalah secara normatif baik dari perspektif *ius constitutum* maupun *ius constituendum* terkait kriminalisasi kebijakan pejabat publik. Pendekatan kasus digunakan untuk mengkaji masalah dari segi praktik peradilan yang berkembang dalam merespon dan mengaktualisasikan hukum secara *in concreto*. Pendekatan konseptual digunakan untuk mengkaji masalah visi pembaruan hukum terkait kriminalisasi kebijakan pejabat publik dalam pertimbangan hukum yang tercantum pada putusan pengadilan dihubungkan dengan pandangan dan doktrin-doktrin ahli hukum (Panggabean, 2014: 170).

Sumber data yang digunakan adalah data sekunder yang terdiri atas bahan hukum primer berupa peraturan perundang-undangan dan putusan pengadilan, serta bahan hukum sekunder berupa literatur dan hasil penelitian. Peraturan perundang-undangan yang digunakan antara lain yang berkaitan dengan pengaturan pemidanaan kebijakan pejabat publik yaitu KUHP, Undang-Undang Tipikor, Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan, dan Instruksi Presiden Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 2016 tentang Percepatan Pelaksanaan Proyek Strategis Nasional. Putusan pengadilan yang dikaji adalah yang terkait dengan perkara kriminalisasi kebijakan pejabat publik yaitu

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 25/PUU/XIV/2016, Putusan Mahkamah Agung Nomor 572 K/Pid/2003, Putusan Mahkamah Agung Nomor 979 K/PID/2004, Putusan Pengadilan Tinggi DKI Jakarta No. 148/PID/2003/PT.DKI, dan Putusan Mahkamah Agung Nomor 2 K/Pid.Sus/2010.

Adapun literatur yang digunakan dalam kajian agar terhindar dari kekeliruan pandangan adalah yang berkaitan dengan disparitas putusan, pemidanaan, dan kriminalisasi kebijakan serta penafsiran hukum. Bahan-bahan hukum dan literatur tersebut dikumpulkan melalui metode sistematis dan dicatat dalam kartu antara lain permasalahannya, asas-asas, argumentasi, implementasi yang ditempuh, alternatif pemecahannya, dan lain sebagainya. Data yang telah dikumpulkan kemudian dideskripsikan dan diinterpretasikan sesuai pokok permasalahan selanjutnya disistematisasi, dieksplanasi, dan diberikan argumentasi. Metode analisis yang diterapkan untuk mendapatkan kesimpulan atas permasalahan yang dibahas adalah melalui analisis yuridis kualitatif.

PEMBAHASAN

A. Persinggungan Kriminalisasi Kebijakan Pejabat Publik antara Hukum Administrasi Negara dan Hukum Pidana

Pengertian atau definisi kebijakan sangatlah beragam. Secara umum kebijakan dapat dikatakan sebagai rumusan keputusan pemerintah yang menjadi pedoman tingkah laku guna mengatasi masalah publik yang mempunyai tujuan, rencana dan program yang dilaksanakan secara jelas (Arsyad, 2013: 154). Menurut Lembaga Administrasi Negara, kebijakan publik adalah suatu keputusan atau seperangkat keputusan untuk menghadapi situasi atau permasalahan, yang mengandung nilai-nilai tertentu, memuat ketentuan tentang tujuan, cara dan sarana serta kegiatan untuk mencapainya. Kebijakan publik dilaksanakan oleh lembaga-lembaga pemerintah yang berwenang menyelenggarakan pemerintahan negara dan pembangunan bangsa. Kebijakan publik sebagai keputusan dalam rangka penyelenggaraan pemerintahan negara tersebut meliputi (Lembaga Administrasi Negara, 2005: 106):

- a. Merupakan kebijakan negara yang berupa pilihan pemerintah untuk dilakukan atau tidak dilakukan;

De Jure Akreditasi LIPI: No:740/AU/P2MI-LIPI/04/2016

- b. Bertujuan menghadapi situasi atau permasalahan tertentu yang bermakna “demi kepentingan publik” yakni memperbaiki kualitas kehidupan dan penghidupan publik (adil, makmur, aman, sejahtera);
- c. Didasarkan atau selalu dilandaskan pada peraturan perundang-undangan, yang dikeluarkan oleh lembaga yang berwenang

Pada tahap formulasi dan evaluasi kebijakan, seorang pejabat publik harus mendasarkannya pada asas legalitas. Asas legalitas/keabsahan (*legaliteit beginsel/wetmatigheid van bestuur*) mencakup tiga aspek yaitu: wewenang, prosedur dan substansi. Artinya wewenang, prosedur maupun substansi harus berdasarkan peraturan perundang-undangan (asas legalitas), karena pada peraturan perundang-undangan tersebut sudah ditentukan tujuan diberikannya wewenang kepada pejabat administrasi, bagaimana prosedur untuk mencapai suatu tujuan serta menyangkut tentang substansinya (Subur dkk, 2014: 27). Pada setiap penggunaan wewenang itu di dalamnya terkandung pertanggungjawaban, namun demikian harus pula dipisahkan tentang tata cara memperoleh dan menjalankan wewenang oleh karena tidak semua pejabat yang menjalankan wewenang pemerintahan itu secara otomatis memikul tanggung jawab hukum. Pejabat yang memperoleh dan menjalankan wewenang secara atributif dan delegasi adalah pihak yang melaksanakan tugas dan atau pekerjaan atas dasar bukanlah pihak yang melaksanakan tugas dan atau pekerjaan atas dasar mandat bukanlah pihak yang memikul tanggung jawab hukum (Latif, 2014: 19). Melalui pertanggungjawaban hukum tersebut, dapat diuji penyalahgunaan wewenangnya yang berakibat pada konflik kepentingan antara pejabat pemerintah dengan masyarakat yang dirugikan (Kurniawan, 2018: 156).

Sementara itu pada perspektif hukum publik, yang berkedudukan sebagai subjek hukum adalah jabatan (*ambt*) yakni suatu lembaga dengan lingkup pekerjaan sendiri yang dibentuk untuk waktu yang lama dan kepadanya diberikan tugas dan wewenang. Pihak yang ditunjuk dan bertindak sebagai wakil adalah seseorang yang di satu sisi sebagai manusia (*natuurlijke persoon*) dan di sisi lain sebagai pejabat. Pejabat adalah seseorang yang bertindak sebagai wakil dari jabatan, yang melakukan perbuatan untuk dan atas nama jabatan (*ambtshalve*). Dalam kaitan dengan tanggung

jawab jabatan, jika perbuatan tersebut masih dalam tahapan *beleid*, hakim tidak bisa melakukan penilaian. Berbeda halnya dalam pembuatan *beleid* tersebut ada indikasi penyalahgunaan wewenang misalnya menerima suap, maka perbuatan pejabat tersebut dapat dituntut pidana (Latif, 2014: 19-20). Di sini yang dianggap sebagai perbuatan jahat bukanlah kebijakannya, melainkan niat jahat (*evii intent/mens rea*) dari pengambil kebijakan serta keputusan ketika membuat kebijakan (Priyanto, 2010: 51).

Ruang lingkup pertanggungjawaban pidana pejabat pembuat kebijakan yang menimbulkan kerugian keuangan Negara dalam hukum positif di Indonesia merupakan sebuah tindak korupsi. Hal tersebut dapat dilihat dari unsur-unsur yang terdapat pada Pasal 2 dan Pasal 3 Undang-Undang Tipikor. Dalam hal ini kebijakan yang merugikan keuangan Negara merupakan suatu bentuk korupsi yang disebut dengan *discretion corruption* yaitu merupakan korupsi yang dilakukan karena adanya kebebasan dalam menentukan kebijakan (Putradinata, Jaya dan Mulasari, 2016: 9). Terhadap kewenangan diskresi yang berakibat pada sanksi pidana, harus menjadi tanggung jawab Pejabat administrasi Negara atau Badan yang bersangkutan bilamana kewenangan diskresi yang menimbulkan akibat kerugian perdata bagi perorangan, kelompok masyarakat, atau organisasi juga menjadi tanggung jawab Pejabat administrasi negara yang bersangkutan. Begitu juga dengan kewenangan diskresi yang diakibatkan kelalaian Pejabat administrasi Pemerintahan oleh karena penyalahgunaan wewenang, yang dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara sehingga dapat menguntungkan pihak ketiga dan pihak lain menjadi tanggung jawab pribadi (*fault de personale*) Pejabat administrasi negara yang bersangkutan dan tidak dapat dibebankan kepada Negara (Patiro, 2012: 207-208).

Undang-Undang Administrasi Pemerintah mengatur kesalahan dari pejabat, namun terbatas pada kesalahan administrasi yang dapat juga mengakibatkan kerugian (keuangan) Negara sebagaimana diatur oleh Pasal 20A ayat (6) UU Nomor 30 Tahun 2014 yang menyatakan bahwa “pengembalian kerugian negara sebagaimana dimaksud pada ayat (4) dibebankan kepada Pejabat Pemerintahan, apabila kesalahan administratif sebagaimana dimaksud pada ayat (2) huruf c terjadi karena adanya unsur penyalahgunaan

De Jure

Akreditasi LIPI: No:740/AU/P2MI-LIPI/04/2016

Wewenang.” Sedangkan dalam Undang-Undang Tipikor secara tegas kesalahan dari pejabat yang merugikan keuangan Negara sebagaimana disebutkan Pasal 3 yang menyatakan bahwa “*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.*”

Ada persamaan unsur dalam kedua pasal tersebut, namun pertanggungjawabannya berbeda. Persamaan unsur dalam kedua pasal tersebut yaitu kedua pejabat tersebut melakukan kesalahan, dan ada kerugian Negara. Sedangkan perbedaan dari kedua pasal tersebut adalah kesalahan yang dimaksud dalam Pasal 20 Undang-Undang Administrasi Pemerintahan dapat terjadi karena kelalaian atau penyalahgunaan wewenang, sedangkan dalam Pasal 3 Undang-Undang Tipikor adalah kesalahan pelaku akibat melakukan sesuatu yang bertentangan dengan hukum (sifat melawan hukum) (Hartanto, 2016: 224). Majelis hakim pemeriksa perkara pidana pada umumnya akan melakukan penilaian atas perbuatan penyalahgunaan wewenang dalam tindak pidana korupsi menggunakan parameter peraturan perundang-undangan. Parameter peraturan perundang-undangan untuk menilai penyalahgunaan wewenang sebetulnya digunakan juga dalam hukum administrasi pada Pengadilan Tata Usaha Negara (PTUN) (Hartanto, 2016: 221). Idealnya, para penyidik perkara korupsi menunggu putusan PTUN yang berkekuatan hukum tetap (Rini, 2018: 271) tentang ada atau tidaknya penyalahgunaan kewenangan terhadap perkara yang dimaksud.

Secara normatif, peraturan perundang-undangan tentang pemberantasan tindak pidana korupsi tidak menjelaskan atau merumuskan secara rinci apa yang dimaksud menyalahgunakan kewenangan, termasuk dalam hal memaknai diskresi. Mengingat tidak adanya eksplisitas pengertian tersebut dalam Hukum Pidana, maka dipergunakan pendekatan ektensif berdasarkan doktrin yang dikemukakan oleh H.A. Demeersemen tentang kajian “*De Autonomie van bet Materiele Strafrecht*” (Otonomi dari Hukum Pidana Materiel). Intinya mempertanyakan apakah ada harmoni dan disharmoni antara pengertian yang sama antara Hukum Pidana, khususnya

dengan Hukum Perdata dan Hukum Tata Usaha Negara sebagai suatu cabang hukum lainnya. Di sini akan diupayakan keterkaitan pengertian yang sama bunyinya antara cabang ilmu Hukum Pidana dengan cabang ilmu hukum lainnya (Yulius, 2015: 377). Ajaran tentang “*Autonomie van het Materiele Strafrecht*” diterima oleh Pengadilan Negeri Jakarta Utara yang selanjutnya dikuatkan oleh Putusan Mahkamah Agung RI. No.1340 K/Pid/ 1992 tanggal 17 Februari 1992. Putusan ini kemudian diikuti oleh putusan-putusan pengadilan berikutnya (Suhariyanto, 2017: 64-65).

B. Praktik Pidanaan terhadap Kriminalisasi Kebijakan Pejabat Publik di Indonesia

Kriminalisasi kebijakan, dewasa ini sangat marak dalam pemberitaan baik media elektronik maupun media cetak. Tidak sedikit kepala daerah yang terkena dampak dari kebijakan yang dilakukan, hal ini membawa dampak apakah kebijakan yang dilakukan tersebut masuk dalam ranah hukum administrasi Negara atau hukum pidana (Priyanto, 2010: 46). Mahkamah Konstitusi dalam pertimbangan putusannya (Nomor 25/PUU/XIV/2016) menguraikan sebuah fakta bahwa dalam praktik seringkali disalahgunakan untuk menjangkau banyak perbuatan yang diduga merugikan keuangan negara, termasuk terhadap kebijakan atau keputusan diskresi atau pelaksanaan *freies ermessen* yang diambil bersifat mendesak dan belum ditemukan landasan hukumnya, sehingga seringkali terjadi kriminalisasi dengan dugaan terjadinya penyalahgunaan wewenang. Demikian juga terhadap kebijakan yang terkait dengan bisnis namun dipandang dapat merugikan keuangan negara maka dengan pemahaman kedua pasal tersebut sebagai delik formil seringkali dikenakan tindak pidana korupsi. Kondisi tersebut tentu dapat menyebabkan pejabat publik takut mengambil suatu kebijakan atau khawatir kebijakan yang diambil akan dikenakan tindak pidana korupsi sehingga diantaranya akan berdampak pada stagnasi proses penyelenggaraan negara.

Seringkali badan yudikatif telah mencampurkan dan menganggap sama antara unsur menyalahgunakan wewenang dan melawan hukum, bahkan tanpa disadari pula bahwa badan peradilan menerapkan asas perbuatan melawan hukum materiel dengan fungsi positif tanpa memberikan kriteria yang jelas untuk dapat

De Jure

 Akreditasi LIPI: No:740/AU/P2MI-LIPI/04/2016

menerapkan asas tersebut, yaitu melakukan pemidanaan berdasarkan asas kepatutan dengan menyatakan para pelaku telah melanggar asas-asas umum pemerintahan yang baik, tanpa bisa membedakannya dengan persoalan “*beleid*” yang tundak pada hukum administrasi Negara (Adji, 2009: 6). Sebagaimana dalam kasus Ir. Akbar Tanjung, dimana pada *judex factie* (Pengadilan Negeri dan Pengadilan Tinggi) dia dipidana (3 tahun) karena korupsi tetapi di tingkat Mahkamah Agung melalui putusannya Nomor 572 K/Pid/2003 membebaskan dari dakwaan karena tidak terbuktinya perbuatan korupsi penyalahgunaan kewenangan. Terdakwa dinyatakan telah menjalankan kewenangan diskresionernya. Majelis hakim kasasi menimbang bahwa:

Terdakwa melaksanakan instruksi lisan dari Presiden yang diambil dalam keadaan darurat untuk pengadaan sembako. Secara normatif, tidak ada aturan yang secara tegas menentukan apakah penggunaan dana non-budgetter untuk pengadaan barang dan jasa harus dilakukan berdasarkan Keppres No. 16 Tahun 1999 dan Keppres No. 18 Tahun 2000. Dalam rangka melaksanakan kewenangan diskresioner, Terdakwa telah mengambil kebijaksanaan bahwa sebelum dilaksanakan penunjukkan Terdakwa II sebagai pelaksana pengadaan dan pembagian sembako tersebut. Mengenai pengelolaan dan penggunaan dana non-budgetter yang tidak diatur dalam Keppres No. 16 Tahun 1994, maka ketentuan yang mengatur tentang pengadaan barang dan jasa sifatnya tidak imperatif dan dapat disimpangi oleh Terdakwa dalam keadaan darurat sosial berdasarkan kebijaksanaannya sendiri agar dapat mempercepat terlaksananya instruksi Presiden tersebut. Tentunya dalam keadaan darurat tersebut tidak dapat diharapkan menempuh prosedur dan cara-cara dalam keadaan normal, terlebih penggunaan dan pengelolaan uang negara dalam bentuk dana non-budgetter hanya diatur oleh kebiasaan atau “konvensi”, tidak seperti pengelolaan dana APBN. Selain itu perbuatan Terdakwa tersebut menurut majelis hakim kasasi, bukan bertanggung jawab pribadi, melainkan pertanggungjawaban jabatan, dalam hal ini datur hukum administrasi, bukan pidana.

Berbeda dengan putusan Ir. Akbar Tanjung di atas dimana di tingkat *judex factie* dihukum tetapi di tingkat Kasasi dibebaskan berdasarkan alasan dasar diskresioner, hal yang sebaliknya

terjadi pada kasus Hendrobudiyanto Mantan Direktur Bank Indonesia dimana di tingkat Pengadilan Tinggi dilepaskan dari tuntutan hukum berdasarkan alasan pembenar bahwa kebijakan Negara merupakan area hukum administrasi Negara dan bukan hukum pidana sebagaimana pertimbangan Putusan Pengadilan Tinggi DKI Jakarta No. 148/PID/2003/PT.DKI tanggal 29 Desember 2003 yang menyatakan bahwa:

“karena terbukti Keputusan Direksi Bank Indonesia tanggal 15 dan 20 September 1997 adalah sebagai Kebijaksanaan Pemerintah yang dilaksanakan oleh Bank Indonesia sebagai upaya untuk menyelamatkan sistem moneter dan Perbankan, maka Pengadilan Tinggi berpendapat bahwa Pengadilan tidak berhak menilai suatu kebijaksanaan (*beleid*) dari Pemerintah Cq. Bank Indonesia, terlepas dari pada apakah kebijaksanaan tersebut berhasil atau tidak untuk menyelamatkan sistem moneter atau perekonomian Negara. Walaupun Terdakwa terbukti melakukan perbuatan yang didakwakan kepadanya dalam dakwaan Primair, tetapi karena perbuatan Terdakwa bukan merupakan suatu perbuatan pidana, maka Terdakwa harus dilepas dari segala tuntutan hukum (*Onstlag van alle rechttevervolging*)”.

Namun pada tingkat Kasasi, Mahkamah Agung melalui putusannya Nomor 979 K/PID/2004 memutus Terdakwa Hendrobudiyanto bersalah dan dipidana. Menurut Mahkamah Agung, perbuatan Terdakwa selaku salah seorang Direksi Bank Indonesia telah memenuhi unsur “menyalahgunakan kewenangannya” dari tindak pidana yang dimaksud dalam Pasal 1 Ayat 1 sub (b) Undang-Undang No. 3 Tahun 1971. Dalam pertimbangan hukumnya, majelis hakim kasasi menjelaskan bahwa:

Terdakwa dan Direksi Bank Indonesia lainnya telah menyalahgunakan prosedur yang seharusnya dipergunakan untuk mencapai tujuan tertentu, tetapi telah menggunakan prosedur lain agar terlaksana, yaitu untuk mengatasi bank-bank yang sedang mengalami saldo negatif, seharusnya bukan dengan prosedur memberikan saldo debit yang memang tidak ada ketentuannya yang menjadi dasar hukum untuk menempuh prosedur tersebut, seharusnya menempuh prosedur pemberian saldo dalam bentuk fasilitas diskonto sebagaimana ditentukan dalam Pasal 32 Ayat (3) Undang-Undang No. 13 Tahun 1965

De Jure

Akreditasi LIPI: No:740/AU/P2MI-LIPI/04/2016

dan Pasal 37 Ayat (2) b Undang-Undang No. 7 Tahun 1992 dengan peraturan pelaksanaannya. Meskipun terbukti menyalahgunakan wewenang, namun menurut Mahkamah Agung, khusus mengenai pidana yang dijatuhkan, Mahkamah Agung berpendapat perlu disesuaikan dengan rasa keadilan bagi Terdakwa, mengingat Terdakwa tidak terbukti telah ikut menikmati hasil kejahatan tersebut, dan perbuatan Terdakwa dilaksanakan dalam rangka kebijaksanaan Pemerintah, hanya saja dalam pelaksanaannya tidak memperhatikan prinsip kehati-hatian yang dianut oleh Perbankan (*prudential banking*).

Selain daripada disparitas putusan pemidanaan terhadap kriminalisasi kebijakan pejabat publik di atas dimana antara *judex factie* dan *judex juris* berbeda, terdapat pula putusan seirama antara *judex juris* dengan *judex factie* dalam hal membebaskan atau melepaskan terdakwa Cosmas Lolonlun dari tuntutan hukum. Meskipun senada dalam menentukan bahwa kebijakan pejabat tersebut tidak dapat dipidana, tetapi dalam hal menetapkan terbukti atau tidaknya terdakwa menyalahgunakan wewenang dalam kebijakan yang ditetapkannya, antara Pengadilan tingkat pertama dengan Kasasi berbeda pandangan. Namun demikian tetap dalam satu koridor, baik *judex juris* dan *judex factie* menyatakan bahwa apa yang dilakukan terdakwa adalah bagian dari kebijakan yang keberadaannya tidak dapat dipidana. Sebagaimana Putusan Mahkamah Agung Nomor 2 K/Pid.Sus/2010 yang menimbang bahwa:

Sesuai Keppres No.55/1993 perbuatan Terdakwa merupakan kebijakan (beleid) dan diskresi, dengan membiayai penggantian tanaman dan lain-lain menggunakan anggaran yang telah ditentukan dalam DASK dan APBD. Meskipun dalam Keputusan Menteri Dalam Negeri No.29 Tahun 2002 ada larangan Pengguna Anggaran melakukan pengeluaran atas beban belanja Daerah untuk tujuan lain dari pada yang ditetapkan tetapi atasan yang bersangkutan tidak melakukan peneguran / pecegahan karena itu meski dalam DASK dan APBD tidak dilakukan perubahan untuk peruntukan pembayaran tanam tumbuhan merupakan perbuatan yang tidak bertentangan dengan kewenangan yang bersangkutan, dan dalam keadaan demikian Pemerintah Daerah tidak dirugikan, Terdakwa sendiri tidak memperoleh keuntungan untuk

pribadi sedangkan Proyek pengadaan tanah dapat berjalan sesuai aturan. Tidak ada dana yang dipergunakan oleh Terdakwa untuk kepentingan pribadinya, apa yang telah dilakukan oleh Terdakwa sebagai palaksana kebijakan Pemerintah Daerah, dengan demikian unsur penyalahgunaan kewenangan, kesempatan atau sarana yang ada pada diri Terdakwa karena jabatan atau kedudukan tidak terbukti sebagai perbuatan yang dapat dipidana, akan tetapi sebagai suatu kebijakan (beleid).

Berdasarkan pertimbangan-pertimbangan majelis hakim di atas, relevan kiranya dinyatakan bahwa Pejabat yang mengeluarkan suatu kebijakan tidak dapat diminta pertanggungjawaban pidananya, apabila dalam mengambil atau menetapkan kebijakan tersebut tidak ada suatu *kick back* yang diakibatkan, berupa penyalahgunaan wewenang dan dirinya memperoleh keuntungan atau menguntungkan orang lain dan telah menimbulkan kerugian negara. Penyalahgunaan wewenang itu dapat saja dilakukan karena pejabat pembuat kebijakan tersebut berbuat curang, tidak adil, menyembunyikan sesuatu, atau adanya unsur KKN (Korupsi, Kolusi, dan Nepotisme) dimana pejabat tersebut mendapat *advantage* baik langsung maupun secara tidak langsung atas kebijakan yang telah diambil. jadi berdasarkan syarat-syarat pemidanaan baik *actus reus* dan *mens rea*, asas-asas pemerintahan yang baik maupun pertanggungjawaban pidana, maka bukan membuat suatu kebijakan yang dapat dipidana (dikriminalisasi), tetapi adalah pejabat yang membuat kebijakan tersebut, jika dalam membuat kebijakan tersebut mengandung unsur penyalahgunaan wewenang atau dibalik kebijakan yang ditetapkan itu pejabat tersebut memperoleh keuntungan untuk diri sendiri atau orang lain dan dapat menimbulkan kerugian negara (Effendy, 2012: 87).

C. Urgensi Penyelesaian Disparitas Pemidanaan terhadap Kriminalisasi Kebijakan Pejabat Publik

Pada dasarnya disparitas adalah ketidaksetaraan hukuman antara kejahatan yang serupa (*same offence*) dalam kondisi atau situasi serupa (*comparable circumstances*) (Puslitbang Mahkamah Agung, 2010: 6). Disparitas pidana (*disparity of sentencing*) yang dimaksudkan disini adalah penerapan pidana yang tidak sama terhadap tindak pidana yang sama (*the same offence*)

De Jure Akreditasi LIPI: No:740/AU/P2MI-LIPI/04/2016

atau terhadap tindak-tindak pidana yang sifat berbahayanya dapat diperbandingkan (*offence comparable seriousness*) tanpa disertai dasar pertimbangan/penalaran yang sah (*valid reason*) (Langkun dkk, 2014: 40). Tidak hanya sekedar dimaknai perbedaan atas beratnya hukuman yang dijatuhkan pada terdakwa dalam suatu perkara yang sejenis, tetapi juga meliputi perbedaan dalam pelepasan atau pembebasan dari hukuman tanpa didasari atas pendefinisian hukum yang sama. Kekacauan definisi atau ketidakjelasan perumusan suatu pengertian hukum dapat menimbulkan multi interpretasi sehingga menyebabkan perbedaan perlakuan terhadap pelanggar yang kesalahannya sebanding (Ricar, 2012: 244).

Sebagaimana pemahaman yang berkembang dalam praktik peradilan atas kriminalisasi kebijakan pejabat publik, dimana kerangka hukum administrasi Negara membatasi gerak bebas kewenangan aparatur Negara (*discretionary power*) adalah *detournement de povoiuir* (penyalahgunaan wewenang) dan *abus de droit* (sewenang-wenang), sedangkan dalam area hukum pidana memiliki pula kriteria yang membatasi gerak bebas kewenangan aparatur Negara berupa “*wederrechtelijkheid*” dan “menyalahgunakan kewenangan”. Permasalahannya manakala aparatur Negara melakukan perbuatan yang dianggap menyalahgunakan kewenangan dan melawan hukum, artinya mana yang akan dijadikan ujian bagi penyimpangan aparatur Negara ini, hukum administrasi Negara ataukah hukum pidana, khususnya dalam perkara-perkara tindak pidana korupsi. Pemahaman yang berkaitan dengan penentuan yurisdiksi inilah yang masih sangat terbatas dalam kehidupan praktik yudisial (Adji, 2009: 2-3). Tidak terhindarkan, persinggungan konsep dalam disparitas putusan kriminalisasi kebijakan publik, menyebabkan terjadinya persinggungan kewenangan mengadili diantara dua pengadilan yang berbeda.

Secara normatif, Undang-Undang Administrasi Pemerintahan memberikan kewenangan kepada Pengadilan Tata Usaha Negara untuk menilai ada atau tidaknya unsur penyalahgunaan wewenang yang dilakukan oleh Badan atau Pejabat Pemerintahan. Ketentuan tersebut diatur dalam Pasal 21 Ayat (2) yang menyebutkan: “Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan dapat mengajukan permohonan kepada Pengadilan untuk menilai ada atau tidak

ada unsur penyalahgunaan wewenang dalam keputusan dan/atau tindakan”. *Beleid* ini muncul sebagai akibat dari tidak adanya forum pembelaan bagi badan atau pejabat pemerintahan yang diduga telah melakukan penyalahgunaan wewenang selain di ranah hukum pidana dan yang bersangkutan merasa menjadi korban kriminalisasi terhadap kebijakan pejabat publik (Permana, 2016: 48). Kriminalisasi yang terjadi terhadap kebijakan-kebijakan pejabat publik, dapat menimbulkan ketidakpastian hukum, bahkan dalam konteks lebih luas dapat merusak hukum itu sendiri karena telah mensuperiorkan aspek hukum tertentu (pidana) dan menegaskan fungsi dan peran yang seharusnya dijalankan oleh aspek/domain hukum lain seperti hukum perdata dan administrasi serta segmen hukum lain yang ada (Iqbal, 2014: 103). Atas dasar kenyataan ini timbul pemikiran agar hukum pidana digunakan secara hati-hati dan dioperasionalkan benar-benar sebagai obat yang terakhir (*ultimum remedium*) dan serta merta tidak didayagunakan sebagai obat yang utama (*primum remedium*) (Muladi dan Sulistyani, 2016: 60-61).

Secara responsif, Presiden Joko Widodo menerbitkan Instruksi Presiden Nomor 1 Tahun 2016 tentang Percepatan Pelaksanaan Proyek Strategis Nasional. Secara instruktif, Presiden memerintahkan Kejaksaan (Jaksa Agung RI) dan Kepolisian (Kepala Kepolisian RI) agar mendahulukan proses Administrasi Pemerintahan sesuai ketentuan Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan sebelum melakukan penyidikan atas laporan masyarakat yang menyangkut penyalahgunaan wewenang dalam pelaksanaan Proyek Strategis Nasional. Dalam konteks ini Presiden mengharapkan bahwa pejabat bersangkutan (yang dikriminalisasi kebijakannya dalam proyek strategis nasional) tidak dapat diperiksa dalam konteks hukum pidana, perdata, maupun administrasi. Pintu bagi aparat penegak hukum untuk membawa ke ranah pidana ataupun ranah hukum lainnya baru terbuka ketika Pengadilan TUN memutus sebaliknya (Fakhrullah, 2015: 13).

Sehubungan Instruksi Presiden RI Nomor 1 Tahun 2016 hanya berlaku bagi Kejaksaan Agung dan Polri sebagai organ pemerintahan yang berada di bawah dan bertanggung jawab kepada Presiden, tetapi tidak berlaku bagi Komisi Pemberantasan Korupsi (KPK) yang juga memiliki kewenangan

De Jure

 Akreditasi LIPI: No:740/AU/P2MI-LIPI/04/2016

atributif untuk melakukan penyelidikan dan/atau penyidikan terhadap masalah tersebut. Selain itu, Instruksi Presiden RI Nomor 1 Tahun 2016, yang merupakan “*policy rules*” atau “*beleidsregels*” atau “*quasi legislation*” atau “*pseudowetgeving*” secara formal bukan peraturan perundang-undangan, sehingga tidak dapat melakukan pengecualian terhadap keberlakuan Undang-Undang Administrasi Pemerintahan hanya terhadap proyek strategis nasional saja. Undang-Undang Administrasi Pemerintahan merupakan aturan yang bersifat umum dan berlaku bagi semua warga Negara dan semua keadaan seperti diatur dalam undang-undang tersebut (Sahlan, 2016: 182). Dalam konteks ini usaha pemerintah untuk menyelesaikan persoalan disparitas pemidanaan terhadap kriminalisasi pejabat publik memiliki kelemahan dan akan menghadapi kendala, baik dari aspek regulasi (substansi hukum) Instruksi Presiden yang keberadaannya di bawah undang-undang, aspek struktur hukum (subjek penegak hukum KPK yang tidak dibawah Presiden dan Pengawas yang tidak termasuk dalam APIP yaitu Badan Pemeriksa Keuangan) maupun objeknya yang terbatas hanya pada proyek strategis nasional dan tidak dengan selainnya. Perlu kiranya diinisiasi peningkatan derajat instruksi Presiden tersebut menjadi sebuah Peraturan Presiden sehingga lebih mempunyai daya ikat dan perlu juga diperluas objek penegak hukum dan aparatur terkait masuk dalam pengaturannya.

Selain itu Instruksi Presiden Nomor 1 Tahun 2016 yang menghendaki dan mengarahkan proses hukum administrasi didahulukan sebelum melakukan penyidikan tindak pidana korupsi dalam hal penyalahgunaan wewenang (kebijakan) terkendala dengan keberlakuan Peraturan Mahkamah Agung Nomor 4 Tahun 2015 tentang Pedoman Beracara dalam Penilaian Unsur Penyalahgunaan Wewenang yang menyatakan bahwa PTUN berwenang menerima, memeriksa, dan memutus permohonan penilaian ada atau tidak ada penyalahgunaan wewenang dalam Keputusan dan/atau Tindakan Pejabat Pemerintahan sebelum adanya proses pidana. Empat kata dari “sebelum adanya proses pidana” menjadi kata kunci pembatasan persinggungan kewenangan mengadili penyalahgunaan wewenang antara Pengadilan TUN dengan Pengadilan Tipikor. Namun demikian, Perma Nomor 4 Tahun 2015 tidak memberikan penjelasan tentang yang

dimaksud dengan proses pidana. Secara eksplisit dapat dimaknai bahwa pembatasan berupa ketentuan “sebelum adanya proses pidana” ini seolah memberikan kesan bahwa proses peradilan pidana dapat menyampingkan proses peradilan administrasi terkait penilaian ada atau tidak adanya penyalahgunaan wewenang (Elpah, 2016: 69).

Diterbitkannya Instruksi Presiden RI Nomor 1 Tahun 2016 ini patut diapresiasi, karena apa yang diperintahkan oleh Presiden tersebut merupakan respon atas kegelisahan para pejabat yang melaksanakan tugasnya memformulasi dan melaksanakan kebijakan yang sangat khawatir dengan kriminalisasi kebijakan oleh penegak hukum. Meskipun dalam putusan pemidanaan masih disparitas dimana pada suatu kasus dipidana dan kasus lainnya dibebaskan atau dilepaskan dari tuntutan hukum. Namun tidak dapat disangkal bahwa perspektif tafsir yang berbeda diantara putusan-putusan pemidanaan ini sesungguhnya diawali dengan proses penegakan hukum oleh Penyidik dan Penuntut Umum yang secara represif. Pandangan Presiden untuk mengendalikan para penegak hukum yang berada di bawah pemerintahannya agar tidak secara tergesa-gesa melakukan kriminalisasi kebijakan pejabat publik tanpa melalui atau mempertimbangan proses hukum administrasi pemerintahan merupakan langkah strategis untuk meminimalisir disparitas pemidanaan kebijakan publik. Dapat dikatakan posisi strategis ini sebagai upaya di bagian hulu penegakan hukum atas kriminalisasi kebijakan pejabat publik. Sementara itu dalam bagian hilir yaitu proses di lembaga peradilan juga tidak kalah pentingnya untuk mengambil sikap juga dan berusaha menyelesaikan disparitas pemidanaan kebijakan yang terpatrit dalam realitas multi tafsir hakim pengadilan tindak pidana korupsi.

Berkaitan dengan badan yudikatif dalam usaha menyelesaikan disparitas pemidanaan kebijakan, Mahkamah Agung RI pernah mengadakan pembahasan dan menerbitkan pendapat (melalui Rapat Kerja Nasional yang diselenggarakan pada tanggal 2-6 September 2007 di Makassar) yang menyatakan bahwa suatu kebijakan merupakan persoalan “kebebasan kebijakan” (*beleidsvrijheid, freies ermessen*) dari aparatur negara dalam melaksanakan tugas publiknya, sehingga tidak dapat dinilai oleh hakim pidana atau hakim perdata. Tolok ukur

De Jure

 Akreditasi LIPI: No:740/AU/P2MI-LIPI/04/2016

pembatasan penggunaan *freies ermesen* adalah parameter asas-asas umum pemerintahan yang baik. Kebijakan-kebijakan tersebut hanya tunduk dan dinilai dari segi hukum administrasi dan hukum tata negara, karena merupakan domain hukum administrasi negara. Kebijakan itu tidak dapat dinilai oleh hakim, baik dari segi penerapan hukum publik (pidana) maupun dari segi hukum privat (perdata). Hal itu disebabkan kebijakan administrasi ini, parameter hukumnya hanya bisa dinilai dari aspek *recht-matigheid* dan bukan *dolmatigheid*. Dalam hal ini, undang-undang pemberantasan tindak pidana korupsi tidak dapat diterapkan, karena aspek *administrative penal law* menyangkut produk kebijakan-kebijakan yang diberikan kewenangannya oleh hukum administrasi Negara.

Memang diakui bahwa secara normatif pendapat atau kesepakatan Rapat Kerja Nasional Mahkamah Agung bukanlah suatu peraturan perundang-undangan yang keberadaannya mengikat secara umum pada penegak hukum dan para hakim secara khusus. Meskipun di dalam hirarki peraturan perundang-undangan tidak ada dan hanya sebatas "arahan/pendapat" dari Pimpinan Mahkamah Agung, namun dalam kenyataan praktik di lapangan, para hakim memberikan perhatian khusus terhadap pendapat Rapat Kerja Nasional yang dinyatakan oleh Pimpinan Mahkamah Agung. Tidak sedikit putusan pengadilan baik pada tingkat pertama, banding maupun Mahkamah Agung yang menggunakan pendapat dari hasil Rapat Kerja Nasional Mahkamah Agung dalam memberikan suatu pertimbangan hukum saat memutus perkara tindak pidana korupsi yang berkaitan dengan kriminalisasi kebijakan pejabat publik. Misalnya dapat ditemukan dalam Putusan Mahkamah Agung Nomor 2529 K/PID.SUS/2015 pada halaman 25 s/d 27, secara eksplisit pendapat dalam Rapat Kerja Nasional tersebut diakomodasi sebagai pertimbangan hukum majelis hakim. Sesungguhnya bila dilihat dari perspektif konteks bahwa suatu pendapat Pimpinan Mahkamah Agung dalam suatu Rapat Kerja Nasional mempunyai arti yang khusus bagi para hakim karena sebelumnya biasanya didahului dengan adanya suatu polemik hukum di kalangan hakim tentang bagaimanakah acuan atau batasannya pembuat atau pelaksana kebijakan dapat dipertanggungjawabkan secara hukum pidana dan hukum administrasi Negara.

Sementara itu ditinjau dari optik politik hukum, melalui pendapat dalam Rapat Kerja Nasional tersebut di atas, Mahkamah Agung hendak menyelesaikan permasalahan multi tafsir hakim dalam pemidanaan kebijakan pejabat publik untuk kembali kepada dasar teoritis, bahwa Kebijakan adalah suatu tindakan yang berada dalam satu sistem yang dapat diambil oleh pejabat negara atau pejabat pemerintahan, hanya saja kebijakan yang bagaimana yang tidak dapat di kriminalisasi, namun terhadap pembuat kebijakan (persoon) tersebut dapat dikenakan pemidanaan, apabila dibalik kebijakan tersebut terdapat unsur penyalahgunaan wewenang atau mendapat keuntungan untuk dirinya sendiri atau orang lain dan perbuatan tersebut telah menimbulkan kerugian Negara (Effendy, 2012: 88).

Selain melalui pendapat Rakernas Mahkamah Agung, perlu juga secara konsisten pengadilan yang memeriksa dan memutus perkara kriminalisasi kebijakan pejabat publik memperhatikan juga kaidah dalam yurisprudensi Putusan Mahkamah Agung Nomor 42 K/Kr/1965. Mahkamah Agung berpendapat bahwa sesuatu tindakan pada umumnya dapat hilang sifatnya sebagai melawan hukum bukan hanya didasarkan pada suatu ketentuan dalam perundang-undangan, melainkan juga berdasarkan asas-asas keadilan atau asas-asas hukum yang tidak tertulis dan bersifat umum sebagaimana faktor bahwa Negara tidak dirugikan, kepentingan umum dilayani dan Terdakwa sendiri tidak mendapatkan keuntungan (Suhariyanto, 2017: 65-66). Paling tidak terdapat tiga parameter secara kumulatif untuk menjustifikasi apakah suatu kebijakan telah memasuki ranah hukum pidana, yakni: *Pertama*, jika suatu kebijakan dijadikan pintu masuk untuk melakukan kejahatan. Hal ini tentunya harus dibuktikan dengan ajaran kausalitas dalam hukum pidana bahwa antara kebijakan dan kejahatan tersebut merupakan satu rangkaian terjadinya suatu tindak pidana. *Kedua*, ada aji mumpung dalam pengambilan kebijakan. *Aji mumpung* berkaitan erat dengan sikap batin seseorang dalam melakukan suatu perbuatan dan tentunya tidak mudah dibuktikan. *Ketiga*, kebijakan tersebut melanggar peraturan. Pengertian pengaturan di sini sangat luas. Tidak harus melanggar undang-undang, tetapi cukup melanggar peraturan perundang-undangan lain termasuk peraturan yang dibuat pejabat publik atau lembaga Negara

De Jure Akreditasi LIPI: No:740/AU/P2MI-LIPI/04/2016

(Soni, 2010: 130-131).

Selain melalui upaya Pemerintah menerbitkan Instruksi Presiden RI Nomor 1 Tahun 2016 dan pendapat Rapat Kerja Nasional Mahkamah Agung, tidak berlebihan kiranya bilamana diinisiasi pembentukan pedoman pemidanaan atas perkara kriminalisasi kebijakan pejabat publik. Jika sebuah Instruksi Presiden mempunyai prospek pengendalian di wilayah “hulu” penegak hukum (Kepolisian dan Kejaksaan) maka di wilayah “hilir” penyelesaian atas dipersalahkannya kriminalisasi kebijakan oleh pengadilan diperlukan pedoman pemidanaan. Melalui pedoman pemidanaan akan diuraikan batasan dan unsur-unsur yang berkepastian tentang penilaian kriminalisasi kebijakan pejabat publik sehingga berguna mengatasi persoalan disparitas putusan pemidanaan. Sesungguhnya berdasarkan parameter-parameter yang terdapat dalam putusan-putusan Pengadilan dan Mahkamah Agung saat membebaskan atau melepaskan para Terdakwa yang dikriminalisasi atas kebijakan (yang dibuat maupun yang dilaksanakannya), dapat dijadikan sebagai pemahaman konstruktif untuk bahan penyusunan pedoman pemidanaan. Dengan demikian baik secara prospektif, persoalan disparitas pemidanaan terhadap kriminalisasi kebijakan pejabat publik dapat diatasi baik oleh badan eksekutif melalui kewenangan Presiden maupun badan yudikatif melalui penerbitan pedoman pemidanaan dalam menangani perkara kriminalisasi kebijakan pejabat publik.

PENUTUP

KESIMPULAN

Terdapat titik singgung konseptual terkait kriminalisasi pejabat pembuat dan pelaksana kebijakan yang berakibat merugikan keuangan negara baik secara normatif maupun doktrin antara hukum pidana dengan hukum administrasi. Pada praktiknya, para hakim peradilan pidana memiliki ragam tafsir dalam hal memutus penghukuman dan pembebasan serta pelepasan dari segala tuntutan hukum terhadap pejabat publik yang bersangkutan. Untuk meminimalisir ketidakpastian hukum akibat disparitas pemidanaan tersebut maka diterbitkan Inpres Nomor 1 Tahun 2016 untuk mengarahkan Kepolisian dan Kejaksaan agar sebelum melakukan penyidikan terhadap penyalahgunaan wewenang (kebijakan) mendahulukan proses hukum

administrasi pemerintahan sesuai Undang-Undang Nomor 30 tahun 2014. Tidak dapat disangkal bahwa perspektif tafsir yang berbeda diantara putusan-putusan pemidanaan dari peradilan pidana sesungguhnya diawali dengan proses penegakan hukum oleh Penyidik dan Penuntut Umum. Pandangan Presiden untuk mengendalikan para penegak hukum yang berada di bawah pemerintahannya agar tidak secara tergesa-gesa melakukan kriminalisasi kebijakan pejabat publik tanpa melalui atau mempertimbangan proses hukum administrasi pemerintahan merupakan langkah strategis untuk meminimalisir disparitas pemidanaan kebijakan publik. Dapat dikatakan posisi strategis ini sebagai upaya di bagian hulu penegakan hukum atas kriminalisasi kebijakan pejabat publik. Sementara itu dalam bagian hilir yaitu proses di lembaga peradilan juga tidak kalah pentingnya untuk mengambil sikap juga dan berusaha menyelesaikan disparitas pemidanaan kebijakan yang terpatrit dalam realitas multi tafsir hakim pengadilan tindak pidana korupsi.

SARAN

Sehubungan kedudukan Inpres yang notabene bukan merupakan jenis peraturan perundang-undangan maka daya ikatnya kurang kuat sehingga pemerintah (Presiden) perlu mengubah Inpres tersebut menjadi sebuah Perpres sehingga penegak hukum lain di luar Kepolisian dan Kejaksaan dapat mengindahkannya juga. Selain itu untuk memperkuat solusi penyelesaian disparitas tersebut maka diperlukan juga penyusunan pedoman pemidanaan oleh Mahkamah Agung yang diperuntukkan bagi para hakim yang menangani perkara kriminalisasi kebijakan pejabat publik. Pedoman Pemidanaan tersebut dapat disusun dengan mengacu pendapat Rakernas Mahkamah Agung tahun 2007. Dengan demikian dapat dijelaskan batasan dan unsur-unsur yang berkepastian tentang penilaian kriminalisasi kebijakan pejabat publik sehingga berguna mengatasi persoalan disparitas putusan pemidanaan.

DAFTAR KEPUSTAKAAN**Buku**

- Adji, Indriyanto Seno. *Korupsi dan Penegakan Hukum*, Diadit Media, Jakarta. 2009.
- Arsyad, Jawade Hafids. *Korupsi dalam Perspektif HAM (Hukum Administrasi Negara)*, Sinar Grafika, Jakarta, 2013
- Effendy, Marwan. *Kapita Selekta Hukum Pidana: Perkembangan dan Isu-Isu Aktual dalam Kejahatan Finansial dan Korupsi*, Referensi, Jakarta, 2012
- Elpah, Dani. *Titik Singgung Kewenangan Antara Pengadilan Tata Usaha Negara dengan Pengadilan Tipikor dalam Menilai Terjadinya Penyalahgunaan Wewenang*, Jakarta, Puslitbang Hukum dan Peradilan MA, 2016
- Hadjon, Philipus.M. *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat di Indonesia*, Peradaban, Surabaya, 2007
- Langkun, Tama S. dkk. *Studi Atas Disparitas Pemidanaan Perkara Tindak Pidana Korupsi*, ICW, Jakarta, 2014
- Iqbal, Moch. *Kriminalisasi Kebijakan Pejabat Publik*, Puslitbang Hukum dan Peradilan Badan Litbang Diklat Mahkamah Agung RI, Jakarta, 2014.
- Latif, Abdul. *Hukum Administrasi dalam Praktik Tindak Pidana Korupsi*, Kencana, Jakarta, 2014
- Lembaga Administrasi Negara, *Sistem Administrasi Negara Republik Indonesia*, LAN, Jakarta, 2005.
- Muladi dan Sulistyani, Diah. *Kompleksitas Perkembangan Tindak Pidana dan Kebijakan Kriminal*, Alumni. Bandung, 2016
- Panggabean, HP. *Penerapan Teori Hukum dalam Sistem Peradilan Indonesia*. Alumni. Bandung. 2014
- Patiro, Yopie Morya Immanuel. *Diskresi Pejabat Publik dan Tindak Pidana Korupsi*, Keni Media, Bandung, 2012.
- Permana, Tri Indra Cahya. *Catatan Kritis terhadap Perluasan Kewenangan Mengadili Peradilan Tata Usaha Negara*, Genta Press, Yogyakarta, 2016
- Ricar, Zarof. *Disparitas Pemidanaan Pembalakan Liar dan Pengaruhnya terhadap Penegakan Hukum di Indonesia*, Alumni, Bandung, 2012.
- Soni, Aloysius. *Century Gate: Mengurai Konspirasi Penguasa-Pengusaha*, Kompas Media Nusantara, Jakarta, 2010.
- Subur, dkk. *Bunga Rampai Peradilan Administrasi Kontemporer*, Genta Press, Yogyakarta, 2014
- Suhariyanto, Budi. *Titik Singgung Pertanggungjawaban Diskresi Pejabat Pemerintahan dalam Aspek Hukum Administrasi dan Hukum Pidana*, Puslitbang Hukum dan Peradilan Badan Litbang Diklat Mahkamah Agung RI, Jakarta, 2017
- Susilo, Agus Budi. *Makna dan Kriteria Diskresi Keputusan Pejabat Publik*, Laporan Penelitian, Puslitbang Hukum dan Peradilan Mahkamah Agung, Jakarta, 2014
- Zaidan, M. Ali. *Kebijakan Kriminal*, Sinar Grafika, Jakarta, 2016.

Makalah dan Jurnal

- Adji, Indriyanto Seno. *Tindak Pidana Korupsi-UNCAC 2003: Beberapa Catatan Perubahan dalam Perspektif*, Makalah disampaikan dalam acara pelatihan hakim angkatan IX, Pusdiklat Teknis Peradilan Badan Litbang Diklat Kumdil MA-RI, Megamendung Bogor 25 April-12 Mei 2010.
- Fakrullah, Zudan Arif. *Tindakan Hukum bagi Aparatur Penyelenggara Pemerintahan*. Makalah disampaikan dalam Seminar Nasional dalam rangka H.U.T. IKAHI Ke-62 dengan tema “Undang-Undang Administrasi Pemerintahan, Menguatkan atau Melemahkan Upaya Pemberantasan Korupsi” di Hotel Mercure Ancol, Jakarta tahun 2015
- Fatoni, Syamsul. Pendekatan Logika Hukum sebagai Upaya Meminimalisir Disparitas Pidana dalam Sistem Peradilan Pidana, *Jurnal Media Hukum* Volume 15 Nomor 2 Desember 2008
- Hartanto, Heri. Pertanggungjawaban Hukum Pejabat Pemerintahan terhadap Keputusan Diskresi yang Menimbulkan Kerugian

De Jure Akreditasi LIPI: No:740/AU/P2MI-LIPI/04/2016

Keuangan Negara. *Jurnal Imiah Fakultas Hukum Universitas Udayana*, Volume 38 Nomor 3, Desember 2016

Kurniawan, M. Beni. Penggunaan Diskresi dalam Pemberian Status Kewarganegaraan Indonesia terhadap Archandra Thahar Ditinjau dari Asas Pemerintahan yang Baik. *Jurnal Dejure*, Volume 18 Nomor 2, Juni 2018

Mustamu, Julista. Diskresi dan Tanggungjawab Administrasi Pemerintahan, *Jurnal Sasi* Volume 17 Nomor 2 April-Juni 2011

Priyatno, Dwidja. Kriminalisasi Kebijakan. *Jurnal Wawasan Hukum*, Volume 23 Nomor 2, September 2010.

Putradinata, Risky. Jaya, Nyoman Sarikat dan Mulasari, Jaya. Pertanggungjawaban Pidana Pejabat Pembuat Kebijakan (*Policy Maker*) Atas diambalnya Kebijakan yang Menimbulkan Kerugian Keuangan Negara, *Diponegoro Law Journal*, Volume 5 Nomor 3, Tahun 2016

Rini, Nicken Sarwo. Penyalahgunaan Kewenangan Administrasi dalam Undang-Undang Tindak Pidana Korupsi. *Jurnal Dejure*, Volume 18 Nomor 2, Juni 2018.

Sahlan, Mohammad. Kewenangan Peradilan Tipikor Pasca Berlakunya Undang-Undang No. 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan. *Jurnal Arena Hukum*, Volume 9 Nomor 2, Agustus 2016.

Salim, Amarullah. *Perbuatan Melawan Hukum yang Dilakukan oleh Penguasa Menurut Hukum Perdata Beserta Masalah Ganti Rugi*, Bahan Kuliah Pekan Orientasi dan Penataran Peradilan Tata Usaha Negara, Jakarta, 1994.

Yulius. Perkembangan Pemikiran dan Pengaturan Penyalahgunaan Wewenang di Indonesia (Tinjauan Singkat dari Perspektif Hukum Administrasi Negara Pasca Berlakunya Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014). *Jurnal Hukum dan Peradilan*, Volume 4 Nomor 3, November 2015.

Internet dan Media Massa

Damang, *Meluruskan Makna Kriminalisasi*, dalam www.negarahukum.com, tanggal 25 Maret 2015