



SALINAN

**PUTUSAN
Nomor 25/PUU-XIV/2016**

**DEMI KEADILAN BERDASARKAN KETUHANAN YANG MAHA ESA
MAHKAMAH KONSTITUSI REPUBLIK INDONESIA**

[1.1] Yang mengadili perkara konstitusi pada tingkat pertama dan terakhir, menjatuhkan putusan dalam perkara Pengujian Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi sebagaimana diubah dengan Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, diajukan oleh;



1. Nama : **Firdaus S.T., M.T.**
Pekerjaan : PNS Dinas PU & Perumahan Rakyat, Provinsi Sulawesi Barat
Alamat : Perumahan Legenda Garden Block Nomor 7 Mamuju, Provinsi Sulawesi Barat

Sebagai-----**Pemohon I;**

2. Nama : **Drs. H. Yulius Nawawi**
Pekerjaan : Pensiunan PNS
Alamat : Kebun Jeruk Saung Naga, Kampung III/128 Kecamatan Baturaja Barat, Baturaja, Provinsi Sumatera Selatan

Sebagai-----**Pemohon II;**

3. Nama : **Ir. H. Imam Mardi Nugroho**
Pekerjaan : Pensiunan PNS (Mantan Sekretaris Daerah Provinsi Kepulauan Bangka Belitung Tahun 2008 sampai dengan Tahun 2013)
Alamat : Jalan HOS. Cokroaminoto Nomor 4 Sungailiat, Bangka, Provinsi Kepulauan Bangka Belitung

Sebagai-----**Pemohon III;**

4. Nama : **Ir. H. A. Hasdullah, M.Si.**
 Pekerjaan : Kepala UPTD Bina Marga Wilayah III Makassar,
 Provinsi Sulawesi Selatan
 Alamat : Bukit Baruga, Jalan Malino Nomor 6 Makassar,
 Provinsi Sulawesi Selatan
 Sebagai-----**Pemohon IV;**
5. Nama : **H. Sudarno Eddi, S.H., M.H.**
 Pekerjaan : PNS (Inspektur Provinsi Lampung)
 Alamat : Jalan Hendro Suratmin, Gg. Bintaro II Nomor 83A
 Sukarame, Bandar Lampung, Provinsi Lampung
 Sebagai-----**Pemohon V;**
6. Nama : **Jamaludin Masuku, S.H.**
 Pekerjaan : PNS
 Alamat : BTN Manusela Blok E Nomor 25 Desa Air Kuning,
 Ambon, Provinsi Maluku
 Sebagai-----**Pemohon VI;**
7. Nama : **Jempin Marbun, S.H.**
 Pekerjaan : PNS
 Alamat : Bumi Intan Permai P-17-18 RT/RW 019/005
 Kelurahan Gebang, Kecamatan Sidoarjo,
 Kabupaten Sidoarjo, Provinsi Jawa Timur
 Sebagai-----**Pemohon VII;**

Berdasarkan Surat Kuasa Khusus, masing-masing bertanggal 29 Januari 2016 dan 5 Februari 2016, memberi kuasa kepada **Heru Widodo, S.H., M.Hum., Dr. Maqdir Ismail, S.H., LL.M., M. Rudjito, S.H., LL.M., Ignatius Supriyadi, S.H., Supriyadi, S.H., Zainab Musyarrifah, S.H., Andi Ryza Fardiansyah, S.H., Hartanto, S.H., M. Ikhsan, S.H., Dhimas Pradana, S.H., Aan Sukirman, S.H., dan Prima Rinaldo, S.H., M.H.,** para Pengacara/Konsultan Hukum pada kantor HERU WIDODO LAW OFFICE (“HWL”), *Legal Solution and Beyond*, yang beralamat di Menteng Square AO-12 Lantai 3, Jalan Matraman Raya Nomor 30-E, Pegangsaan, Menteng, Jakarta, 10320, bertindak secara sendiri-sendiri maupun bersama-sama untuk dan atas nama pemberi kuasa;

Selanjutnya disebut sebagai -----**para Pemohon;**

- [1.2] Membaca permohonan para Pemohon;
 Mendengar keterangan para Pemohon;
 Mendengar dan membaca keterangan Presiden;
 Membaca keterangan Dewan Perwakilan Rakyat;
 Mendengar dan membaca keterangan Pihak Terkait Dr. Drs. Yesaya Buiney, MM.;
- Mendengar dan membaca keterangan ahli para Pemohon;
 Memeriksa bukti-bukti surat/tertulis para Pemohon;
 Memeriksa bukti-bukti surat/tertulis Pihak Terkait Dr. Drs. Yesaya Buiney, MM.;
- Membaca kesimpulan para Pemohon.

2. DUDUK PERKARA

[2.1] Menimbang bahwa Pemohon telah mengajukan permohonan bertanggal 22 Februari 2016 yang diterima di Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi (selanjutnya disebut Kepaniteraan Mahkamah) pada tanggal 22 Februari 2016 berdasarkan Akta Penerimaan Berkas Permohonan Nomor 30/PAN.MK/2016 dan telah dicatat dalam Buku Registrasi Perkara Konstitusi pada tanggal 17 Maret 2016 dengan Nomor 25/PUU-XIV/2016, yang telah diperbaiki dan diterima di Kepaniteraan Mahkamah pada tanggal 5 April 2016, pada pokoknya menguraikan hal-hal sebagai berikut:

A. KEWENANGAN MAHKAMAH KONSTITUSI

1. Ketentuan Pasal 24C ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD 1945) menyatakan:

“Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar...”

2. Ketentuan Pasal 29 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman menyatakan:

“Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk:

a. menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945”

3. Selanjutnya, Pasal 10 ayat (1) huruf a Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana diubah dengan Undang-

Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (UU MK) menyatakan:

“Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk:

a. menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945,”

4. Para Pemohon mengajukan permohonan pengujian atas Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi *juncto* Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 tentang Perubahan Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (**“UU TIPIKOR”**), khususnya frasa **“atau orang lain atau suatu korporasi”** dan kata **“dapat”** yang selengkapnya berbunyi sebagai berikut :

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 penjara 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)”*.

5. Oleh karena permohonan para Pemohon adalah pengujian Undang-Undang terhadap UUD 1945, maka Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili permohonan ini.

B. KEDUDUKAN HUKUM (LEGAL STANDING) PARA PEMOHON

1. Pasal 51 ayat (1) UU MK, menyatakan:

“Pemohon adalah pihak yang menganggap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan oleh berlakunya undang-undang, yaitu:

a. perorangan warga negara Indonesia;

- b. kesatuan masyarakat hukum adat sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam undang-undang;
- c. badan hukum publik atau privat; atau
- d. lembaga negara.”

2. Penjelasan 51 ayat (1) UU MK, menyatakan:

“Yang dimaksud dengan ‘hak konstitusional’ adalah hak-hak yang diatur dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945”.

3. Mengacu pada ketentuan Pasal 51 ayat (1) UU MK beserta penjelasannya, terdapat dua syarat yang harus dipenuhi untuk menguji apakah Pemohon memiliki kedudukan hukum (*legal standing*) dalam perkara pengujian Undang-Undang, yaitu terpenuhinya kualifikasi untuk bertindak sebagai Pemohon, dan adanya hak dan/atau kewenangan konstitusional dari Pemohon yang dirugikan dengan berlakunya suatu Undang-Undang;
4. Kualifikasi para Pemohon dalam permohonan ini adalah “perorangan warga negara Indonesia”.
5. Mengenai parameter kerugian konstitusional, MK telah memberikan pengertian dan batasan tentang kerugian konstitusional yang timbul karena berlakunya suatu Undang-Undang, yakni harus memenuhi 5 (lima) syarat sebagaimana diuraikan dalam Putusan Nomor 006/PUU-III/2005 dan Nomor 011/PUU-V/2007, sebagai berikut:
- a. adanya hak dan/atau kewenangan konstitusional para Pemohon yang diberikan oleh UUD 1945;
 - b. bahwa hak dan/atau kewenangan konstitusional para Pemohon tersebut dianggap oleh para Pemohon telah dirugikan oleh suatu Undang-Undang yang diuji;
 - c. bahwa kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional para Pemohon yang dimaksud bersifat spesifik (khusus) dan aktual atau setidaknya bersifat potensial yang menurut penalaran yang wajar dapat dipastikan akan terjadi;
 - d. adanya hubungan sebab akibat (*causal verband*) antara kerugian dan berlakunya Undang-Undang yang dimohonkan pengujian;
 - e. adanya kemungkinan bahwa dengan dikabulkannya permohonan maka kerugian dan/atau kewenangan konstitusional yang didalilkan tidak akan atau tidak lagi terjadi.

6. **Pemohon I** adalah warga negara Indonesia yang didakwa melanggar Pasal 3 UU TIPIKOR, dan telah dipidana selama 1 tahun dan denda sebesar Rp. 50.000.000,00 (lima puluh juta rupiah) dengan pidana pengganti selama 1 (satu) bulan kurungan berdasarkan putusan Pengadilan Negeri Mamuju Nomor 08/Pid.Sus/TPK/2013/PN.MU.
7. **Pemohon II** adalah warga negara Indonesia yang didakwa melanggar Pasal 2 ayat (1) atau Pasal 3 UU TIPIKOR.
8. **Pemohon III**, adalah warga negara Indonesia yang didakwa melanggar Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU TIPIKOR berdasarkan surat Dakwaan Nomor PDS-05/PKPIN : Ft.1/10/2015 dengan register perkara Nomor 29/Pid.Sus.TPK/2015/PN.Pgp di Pengadilan Negeri Pangkalpinang.
9. **Pemohon IV**, adalah warga negara Indonesia yang pada saat ini adalah aparatur sipil negara yang sedang menjabat sebagai Kepala UPTD Bina Marga Wilayah III Makassar, Provinsi Sulawesi Selatan, yang berpotensi dikenakan ketentuan Pasal 2 ayat (1) atau Pasal 3 UU TIPIKOR"
10. **Pemohon V**, adalah warga negara Indonesia yang pada saat ini adalah aparatur sipil negara yang sedang menjabat sebagai Inspektur pada Inspektorat Provinsi Lampung yang berpotensi dikenakan ketentuan Pasal 2 ayat (1) atau Pasal 3 UU TIPIKOR.
11. **Pemohon VI**, adalah warga negara Indonesia yang pada saat ini adalah aparatur sipil negara yang sedang menjabat sebagai PNS di Provinsi Maluku yang berpotensi dikenakan ketentuan Pasal 2 ayat (1) atau Pasal 3 UU TIPIKOR".
12. **Pemohon VII**, adalah warga negara Indonesia yang pada saat ini adalah aparatur sipil negara yang mengabdikan di wilayah hukum Provinsi Jawa Timur yang berpotensi dikenakan ketentuan Pasal 2 ayat (1) atau Pasal 3 UU TIPIKOR".
13. Bahwa frasa "**atau orang lain atau suatu korporasi**" dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU TIPIKOR tersebut, sangat merugikan dan/atau potensial pasti merugikan para Pemohon, yang dalam menjalankan tugas dan kewenangannya dalam jabatan pemerintahan di pemerintahan daerah, tidak dapat menghindari dari tindakan mengeluarkan keputusan, khususnya dalam hal penentuan pelaksanaan proyek pemerintahan, dipastikan menguntungkan orang lain atau suatu korporasi. Tidak ada

perseorangan atau korporasi yang bersedia melaksanakan pekerjaan proyek pemerintahan apabila tidak mendatangkan menguntungkan baginya, karena mereka adalah para pengusaha yang bekerja untuk mendapat keuntungan. Para Pemohon merasa dirugikan hak-hak konstitusionalnya yang dijamin oleh UUD 1945 yaitu hak untuk mendapatkan kepastian hukum, hak untuk mendapatkan perlakuan sama, hak untuk mendapatkan jaminan dan perlindungan atas rasa aman dengan frasa tersebut, karena frasa tersebut merugikan hak-hak para Pemohon selaku aparatur sipil negara yang bertindak dengan itikad baik dalam menyelenggarakan pemerintahan negara.

14. Bahwa demikian juga, kata “**dapat**” dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU TIPIKOR, mengakibatkan kerugian bagi para Pemohon yang selalu diliputi rasa khawatir dan rasa tidak aman dalam mengambil setiap kebijakan atau keputusan, karena setiap keputusan yang diambil akan selalu berisiko untuk dinyatakan sebagai kejahatan korupsi, walaupun keputusan tersebut menguntungkan bagi rakyat. Adanya kata “dapat” tersebut mengandung ketidakpastian sehingga para Pemohon akan tidak mendapatkan perlindungan hukum yang pasti dan adil karena setiap keputusan para Pemohon yang berkaitan dengan penentuan pelaksana proyek sangat potensial dan pasti dapat merugikan keuangan negara walaupun proses keluarnya keputusan tersebut telah dilakukan dengan hati-hati dan berdasarkan kewenangan yang telah diberikan oleh undang-undang sesuai dengan prinsip penyelenggaraan pemerintahan yang baik. Akibat adanya kata “dapat” dalam ketentuan tersebut dipastikan terjadi kriminalisasi terhadap aparatur sipil negara karena unsur kerugian yang dimaksud bukanlah unsur esensial dalam tindak pidana korupsi, sehingga keputusan yang tidak merugikan keuangan negara bahkan menguntungkan bagi rakyat banyak pun tetap dapat dipidana. Dengan kata lain, berdasarkan kedua ketentuan pasal tersebut, dapat terjadi bahwa seseorang aparatur sipil negara mengambil keputusan yang menguntungkan bagi pihak lain tetapi juga menguntungkan bagi negara dan atau rakyat, padahal sama sekali tidak menguntungkan bagi pejabat ASN yang bersangkutan maka pejabat ASN tersebut tetap dikenai tindak pidana korupsi.

15. Bahwa dengan diberlakukannya Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan (“UU AP”), telah mengubah cara pandang hukum pemberantasan tindak pidana korupsi yang selama ini dilakukan dengan pendekatan penindakan yang mempergunakan alat hukum tindak pidana korupsi, menjadi pendekatan administratif dengan cara penyelesaian berdasarkan hukum administrasi. UU AP menegaskan bahwa kesalahan administrasi yang mengakibatkan kerugian negara yang selama ini dikenai tindak pidana korupsi karena adanya perbuatan melanggar hukum dan adanya kerugian negara harus ditinjau kembali. Sebagaimana ditegaskan pengaturannya dalam Pasal 20, Pasal 70, Pasal 71 serta Pasal 80 UU AP, kesalahan administratif harus dilakukan melalui penyelesaian secara administratif, tidak dengan pendekatan pidana.
16. Bahwa dalam hal permohonan *a quo* dikabulkan oleh Mahkamah Konstitusi, maka proses pemidanaan menjadi lebih memberikan kepastian hukum kepada para Pemohon, *in casu*, perbuatan yang dilakukan oleh aparatur sipil negara yang diduga melanggar peraturan administrasi, yang karena kelalaiannya memenuhi peraturan ataupun karena tidak sesuai dengan kepatutan baru akan menjadi delik korupsi setelah melalui tahapan penyelesaian hukum administratif, dan penyidikan tidak lagi sekedar mengawali hanya dengan berbekal makna “dapat”, tetapi akan memulai prosesnya setelah benar-benar mengantongi bukti adanya kerugian negara yang nyata, bukan sekedar potensi, yang tidak jarang faktor kerugian negara tersebut baru akan dihitung setelah adanya penetapan tersangka. Tindakan penyidikan tersebut tidak lain karena pemaknaan kerugian negara atau perekonomian negara “**tidak merupakan akibat yang harus nyata terjadi**”, (sebagaimana dimuat dan dipertimbangkan dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 003/PUU-IV/2006 tanggal 25 Juli 2006).
17. Berdasarkan alasan-alasan tersebut Pemohon I, II, III, IV, V, VI, dan VII telah mengalami kerugian konstitusional dan/atau potensial pasti mengalami kerugian, dengan diberlakukannya pasal-pasal yang dimohonkan pengujian, sehingga dengan demikian, para Pemohon telah memenuhi syarat *legal standing* sebagai dimaksud dalam Putusan Nomor

006/PUU-III/2005 dan Nomor 011/PUU-V/2007, untuk mengajukan permohonan ini.

OBJEK PERMOHONAN

1. Bahwa yang menjadi objek permohonan para Pemohon adalah memohon pengujian Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU TIPIKOR khususnya frasa "**atau orang lain atau suatu korporasi**" dan kata "**dapat**", yang selengkapnya menyatakan sebagai berikut:

- **Pasal 2 ayat (1) UU TIPIKOR:**

*"(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 penjara 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 UU TIPIKOR :**

*"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)".*

2. Menurut para Pemohon kata "dapat" dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU TIPIKOR tersebut bertentangan dengan UUD 1945, khususnya Pasal 1 ayat (3), Pasal 27 ayat (1), Pasal 28G ayat (1), Pasal 28D ayat (1), Pasal 28I ayat (4) dan Pasal 28I ayat (5) UUD 1945 yang menyatakan :

- **Pasal 1 ayat (3) UUD 1945**

"Negara Indonesia adalah negara hukum".

- **Pasal 27 ayat (1) UUD 1945**

"Segala warga negara bersamaan kedudukannya di dalam hukum dan pemerintahan dan wajib menjunjung hukum dan pemerintahan itu dengan tidak ada kecualinya".

- **Pasal 28G ayat (1) UUD 1945**

"Setiap orang berhak atas perlindungan diri pribadi, keluarga, kehormatan, martabat dan harta benda yang dibawah kekuasaannya, serta berhak atas rasa aman dan perlindungan dari ancaman ketakutan untuk berbuat atau tidak berbuat sesuatu yang merupakan hak asasi".

- **Pasal 28D ayat (1) UUD 1945**

Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum.

- **Pasal 28I ayat (4) UUD 1945**

“Perlindungan, pemajuan, penegakkan, dan pemenuhan hak asasi manusia adalah tanggung jawab negara, terutama pemerintah”.

- **Pasal 28I ayat (5) UUD 1945**

“Untuk menegakkan dan melindungi hak asasi manusia sesuai dengan prinsip negara hukum yang demokratis, maka pelaksanaan hak asasi manusia dijamin, diatur dan dituangkan dalam peraturan perundang-undangan”

3. Bahwa Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU TIPIKOR pernah dimohonkan pengujian dalam perkara Nomor 003/PUU-IV/2006, tertanggal 25 Juli 2006, namun permohonan ini memiliki **alasan dan dasar konstitusionalitas yang berbeda** dengan permohonan yang telah diputus tersebut. Perbedaan dimaksud adalah sebagai berikut :

- a. Jika permohonan dalam perkara Nomor 003/PUU-IV/2006 mendasarkan pada ketentuan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945, yang hanya menekankan alasannya pada hak untuk mendapatkan pengakuan, jaminan, perlindungan kepastian hukum yang adil, serta perlakuan yang sama dalam hukum berdasarkan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945, sedangkan permohonan ini menekankan pada pentingnya tanggung jawab negara menjalankan pemerintahan negara berdasarkan prinsip-prinsip negara hukum sebagaimana yang dijamin dalam Pasal 1 ayat (3) UUD 1945 *juncto* Pasal 27 ayat (1), Pasal 28I ayat (4) dan Pasal 28I ayat (5) UUD 1945;
- b. Permohonan sebelumnya tidak mendasarkan pada adanya jaminan negara bahwa setiap warga negara berhak atas rasa aman dan perlindungan dari ancaman ketakutan untuk berbuat atau tidak berbuat sesuatu sesuai hak asasi, sedangkan permohonan ini mendasarkan juga permohonannya pada jaminan rasa aman dan perlindungan dari ancaman ketakutan berdasarkan Pasal 28G ayat (1) UUD 1945.
- c. Terdapat perkembangan baru dalam politik hukum Indonesia yang mengharuskan adanya penyesuaian dan sinkronisasi terhadap hukum dan perundang-undangan yang ada sebelumnya (sebagaimana akan

diuraikan dalam bagian “Alasan-alasan Permohonan angka 1 huruf a s/d e” dan seterusnya di bawah ini).

Dengan demikian, permohonan ini, **berbeda batu uji** dan **argumentasi yuridisnya**, sehingga **tidak ne bis in idem** dengan permohonan dalam perkara Nomor 003/PUU-IV/2006 yang diputuskan tanggal 25 Juli 2006 lalu, sehingga selaras dengan ketentuan Pasal 60 ayat (2) UU MK, yang menyatakan bahwa, *“Ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dapat dikecualikan jika materi muatan dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yang dijadikan dasar pengujian berbeda”*.

C. ALASAN-ALASAN PERMOHONAN

Mengenai kata “dapat” dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU TIPIKOR

1. Bahwa dalam Putusan Mahkamah Nomor 003/PUU-III/2006 tertanggal 25 Juli 2006, Mahkamah Konstitusi menolak untuk mengabulkan penghapusan kata “dapat” dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU TIPIKOR, dengan alasan pokok bahwa tindak pidana korupsi adalah tindak pidana formil, bukan tindak pidana materil, sehingga unsur merugikan keuangan negara bukanlah unsur esensial. Menurut pertimbangan Mahkamah Konstitusi dalam putusan tersebut, ada atau tidak adanya tindak pidana korupsi tidak tergantung pada ada atau tidaknya kerugian negara, tetapi cukup dibuktikan bahwa telah ada perbuatan melawan hukum, sehingga ada atau tidak ada kata “dapat” tidak penting lagi.

Menurut Pemohon, pertimbangan tersebut tidak sesuai lagi dengan perkembangan politik hukum pemberantasan korupsi di Indonesia, sebagaimana diuraikan di bawah ini :

a. UU AP telah mengubah cara pandang hukum pemberantasan tindak pidana korupsi yang selama ini dilakukan dengan pendekatan penindakan yang mempergunakan alat hukum pidana dalam hal ini tindak pidana korupsi, menjadi pendekatan administratif dan cara penyelesaian berdasarkan hukum administrasi. Undang-Undang tersebut hendak menegaskan bahwa kesalahan administrasi yang mengakibatkan kerugian negara yang selama ini dikenai tindak pidana korupsi karena adanya perbuatan melanggar hukum dan adanya kerugian negara harus ditinjau kembali. Kesalahan administratif dari yang bersifat ringan sampai yang paling berat harus dilakukan melalui penyelesaian secara administratif, tidak dengan

pendekatan pidana. Hal tersebut dapat dibaca dalam Pasal 20, Pasal 70, Pasal 71 serta Pasal 80 UU AP yang menyatakan:

Pasal 20 ayat (4):

“Jika hasil pengawasan aparat pemerintah berupa terdapat kesalahan administrasi yang menimbulkan kerugian negara sebagaimana dimaksud pada ayat (2) huruf c, dilakukan pengembalian uang negara paling lama 10 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.”

Pasal 71:

- “(1) Keputusan dan/atau Tindakan dapat dibatalkan apabila:*
- a. terdapat kesalahan prosedur; atau*
 - b. terdapat kesalahan substansi.*
- (2) Akibat hukum Keputusan dan/atau Tindakan sebagaimana dimaksud pada ayat (1):*
- a. tidak mengikat sejak saat dibatalkan atau tetap sah sampai adanya pembatalan; dan*
 - b. berakhir setelah ada pembatalan.*
- (3) Keputusan pembatalan dilakukan oleh Pejabat Pemerintahan dan/atau Atasan Pejabat dengan menetapkan dan/atau melakukan Keputusan baru dan/atau Tindakan Pejabat Pemerintahan atau berdasarkan perintah Pengadilan.*
- (4) Penetapan Keputusan baru sebagaimana dimaksud pada ayat (3) menjadi kewajiban Pejabat Pemerintahan.*
- (5) Kerugian yang timbul akibat Keputusan dan/atau Tindakan yang dibatalkan menjadi tanggung jawab Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan.”*

Pasal 80 :

- “(1) Pejabat Pemerintahan yang melanggar ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 8 ayat (2), Pasal 9 ayat (3), Pasal 26, Pasal 27, Pasal 28, Pasal 36 ayat (3), Pasal 39 ayat (5), Pasal 42 ayat (1), Pasal 43 ayat (2), Pasal 44 ayat (3), Pasal 44 ayat (4), Pasal 44 ayat (5), Pasal 47, Pasal 49 ayat (1), Pasal 50 ayat(3), Pasal 50 ayat (4), Pasal 51 ayat (1), Pasal 61 ayat (1), Pasal 66 ayat (6), Pasal 67 ayat (2), Pasal 75 ayat (4), Pasal 77 ayat (3), Pasal 77 ayat (7), Pasal 78 ayat (3), dan Pasal 78 ayat (6) dikenai sanksi administratif ringan.*
- (2) Pejabat Pemerintahan yang melanggar ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 25 ayat (1), Pasal 25 ayat (3), Pasal 53 ayat (2), Pasal 53 ayat (6), Pasal 70 ayat (3), dan Pasal 72 ayat (1) dikenai sanksi administratif sedang.*
- (3) Pejabat Pemerintahan yang melanggar ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 17 dan Pasal 42 dikenai sanksi administratif berat.*
- (4) Pejabat Pemerintahan yang melanggar ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) atau ayat (2) yang menimbulkan kerugian*

pada keuangan negara, perekonomian nasional, dan/atau merusak lingkungan hidup dikenai sanksi administratif berat.”

- b. Jika membandingkan antara isi Pasal 2 ayat (1) UU TIPIKOR, yang menyatakan “*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 penjara dengan penjara ...*”; dengan isi pasal-pasal dalam UU AP sebagaimana dikutip di atas, maka seluruh kesalahan administrasi yang merugikan keuangan negara dipastikan telah memenuhi unsur tindak pidana korupsi.

UU AP adalah undang-undang yang diterbitkan tahun 2014, sedangkan UU TIPIKOR diterbitkan pada tahun 1999 – 2001. Hal tersebut menunjukkan bahwa politik hukum di bidang pemberantasan tindak pidana korupsi sudah berubah, dari yang mengutamakan pendekatan pidana menjadi mengutamakan pendekatan hukum administrasi negara, dari pendekatan yang mengutamakan penghukuman pidana penjara menjadi pendekatan yang mengutamakan pengembalian uang negara.

- c. Dalam perspektif UU AP dikaitkan dengan UU TIPIKOR sebagaimana dimaksud dalam Pasal 2 ayat (1) UU TIPIKOR, “kesalahan administrasi” menurut UU AP adalah merupakan suatu “perbuatan melawan hukum” menurut UU TIPIKOR. “Kesalahan administrasi” merupakan kesalahan yang diakibatkan oleh pelanggaran hukum atau peraturan administrasi termasuk pelanggaran atas Asas-asas Umum Pemerintahan yang Baik (AUPB). Jika “kesalahan administrasi” dalam perspektif UU AP, dipergunakan pendekatan hukum pidana, dalam hal ini UU TIPIKOR, maka seluruh kesalahan administrasi baik pelanggaran peraturan administrasi yang tertulis maupun AUPB, dapat merupakan unsur perbuatan melawan hukum dalam perspektif UU TIPIKOR. Dengan demikian, jika mempertahankan pengertian delik formil dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU TIPIKOR, akan bertentangan dengan politik hukum yang baru sebagaimana tercermin dalam UU AP.

- d. Lahirnya UU AP bertujuan untuk “*menciptakan kepastian hukum, dan mencegah terjadinya penyalahgunaan wewenang*” (vide Pasal 3 huruf b dan c). Undang-Undang tersebut juga dimaksudkan agar penyelenggaraan Administrasi Pemerintahan berdasarkan asas legalitas dan asas

perlindungan terhadap hak asasi manusia (vide Pasal 5 huruf a dan huruf). Penegasan tersebut sebagai respon atas kesalahan praktik kriminalisasi pelanggaran administrasi yang dilakukan berdasarkan Pasal 2 ayat (1) UU TIPIKOR.

- e. Sebagaimana ditegaskan dalam klausul menimbang huruf c UU AP, “*bahwa untuk mewujudkan pemerintahan yang baik, khususnya bagi pejabat pemerintahan, undang-undang tentang administrasi pemerintahan menjadi landasan hukum yang dibutuhkan guna mendasari keputusan dan/atau tindakan pejabat pemerintahan untuk memenuhi kebutuhan hukum masyarakat dalam penyelenggaraan pemerintahan*”. Hal ini menjadi penting karena sebagaimana diterangkan dalam Penjelasan Undang-Undang tersebut bahwa UU AP keberadaannya untuk meningkatkan pemerintahan yang baik (*good governance*) dan sebagai upaya untuk mencegah praktik korupsi, kolusi, dan nepotisme, karena dipahami bahwa birokrasi yang baik transparan dan profesional akan menciptakan keadilan dan kepastian hukum;
2. Bahwa Mahkamah Konstitusi dalam Putusan Nomor 003/PUU-III/2006 menjadikan delik korupsi sebagai delik formil dengan merujuk pada *United Nation Convention Against Corruption, 2003* yang telah diratifikasi Indonesia dengan Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2006, (dalam hal ini disebut: Konvensi Anti Korupsi). Tidak adanya unsur merugikan keuangan negara dalam Konvensi Anti Korupsi adalah wajar karena cakupan delik korupsi menurut Konvensi Anti Korupsi sudah diuraikan secara sangat *limitatif*, yaitu hanya terkait dengan delik:
 - a. Suap (*bribery*);
 - b. Penggelapan dalam jabatan (*Emblezzlement, missappropriation or other diversion of property by public official*);
 - c. Memperdagangkan pengaruh (*trading influence*);
 - d. Penyalahgunaan jabatan/fungsi (*abuse of function*);
 - e. Pejabat publik memperkaya diri secara tidak sah (*Illicit Enrichment*);
 - f. Suap di sector swasta (*bribery in the privat sector*);
 - g. Penggelapan dalam perusahaan swasta;
 - h. Pencucian hasil kejahatan (*laundering of proceeds of crime*);
 - i. Menyembunyikan adanya kejahatan korupsi (*concealment*); serta

j. Menghalang-halangi proses peradilan (*obstruction of justice*).

Seluruh jenis delik tersebut tidak lagi memerlukan unsur merugikan keuangan negara, karena jenis delik korupsi sudah diuraikan sedemikian rupa. Hal berbeda jika merujuk Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU TIPIKOR, maka apabila unsur kerugian negara dihilangkan atau tidak menjadi unsur delik, maka delik korupsi menjadi delik “keranjang sampah”. Artinya seluruh perbuatan yang dilakukan oleh aparatur sipil negara yang melanggar peraturan administrasi, kelalaian memenuhi peraturan atau karena tidak sesuai dengan kepatutan adalah merupakan delik korupsi. Akibat menjadikan delik korupsi [khususnya dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU TIPIKOR] sebagai delik formil, maka banyak sekali aparatur sipil negara yang hanya karena lalai atau karena suatu diskresi kebijakan untuk kepentingan umum yang lebih menguntungkan bagi negara atau rakyat dikenai tindak pidana korupsi. Akibat lebih lanjut, banyak sekali aparatur sipil negara yang tidak berani mengambil kebijakan dengan diskresi bahkan sama sekali takut mengambil kebijakan yang justru akan merugikan bagi perputaran perekonomian negara.

3. Bahwa berdasarkan uraian tersebut di atas jelaslah bahwa menjadikan tindak pidana korupsi sebagai tindak pidana formil, sudah tidak relevan lagi, sehingga adanya kata “dapat” dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU TIPIKOR bertentangan dengan prinsip-prinsip konstitusi sebagaimana diuraikan di atas. Unsur “kerugian negara” adalah unsur esensial dalam tindak pidana korupsi karena menyangkut kejahatan terhadap negara yang merugikan kepentingan rakyat banyak. Jika tidak ada unsur kerugian negara, bagaimana mungkin seseorang dinyatakan melakukan korupsi. Tidak ada korupsi tanpa kerugian negara, kecuali dalam hal tindak pidana suap, gratifikasi, dan tindak pidana lain yang berkaitan dengan tindak pidana korupsi tidak memerlukan adanya unsur kerugian negara secara langsung.
4. Bahwa mengenai pergeseran pemaknaan keberlakuan pasal-pasal dalam undang-undang yang semula konstitusional menjadi inkonstitusional, pernah diputus oleh Mahkamah Konstitusi dalam Perkara Nomor 14/PUU-XI/2013, yang pada pokoknya menyatakan Pemilu tidak serentak adalah inkonstitusional, sedangkan semula dalam Putusan Nomor 51-52-59/PUU-VI/2008, bertanggal 18 Februari 2009 Pemilu tidak serentak adalah konstitusional.

Pada pertimbangan hukum Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 14/PUU-XI/2013, Mahkamah Konstitusi berpendapat:

“... bahwa masalah konstitusional yang diajukan oleh Pemohon, yaitu permohonan pengujian konstitusionalitas Pasal 3 ayat (5) UU 42/2008, pernah diperiksa dan diputuskan oleh Mahkamah dalam Putusan Nomor 51-52-59/PUU-VI/2008, bertanggal 18 Februari 2009.

... bahwa menurut Mahkamah, Putusan Nomor 51-52-59/PUUVI/2008, bertanggal 18 Februari 2009 tersebut, yang merujuk pada praktik ketatanegaraan sebelumnya yang dalam putusan tersebut disebut sebagai desuetudo atau konvensi ketatanegaraan. Hal demikian bukanlah berarti bahwa praktik ketatanegaraan tersebut adalah dipersamakan dengan atau merupakan ketentuan konstitusi sebagai dasar putusan untuk menentukan konstitusionalitas penyelenggaraan Pilpres setelah Pemilu Anggota Lembaga Perwakilan. Putusan tersebut harus dimaknai sebagai pilihan penafsiran Mahkamah atas ketentuan konstitusi yang sesuai dengan konteks pada saat putusan tersebut dijatuhkan. Praktik ketatanegaraan, apalagi merujuk pada praktik ketatanegaraan yang terjadi hanya sekali, tidaklah memiliki kekuatan mengikat seperti halnya ketentuan konstitusi itu sendiri. Apabila teks konstitusi baik yang secara tegas (expresis verbis) maupun yang secara implisit sangat jelas, maka praktik ketatanegaraan tidak dapat menjadi norma konstitusional untuk menentukan konstitusionalitas norma dalam pengujian Undang-Undang. Kekuatan mengikat dari praktik ketatanegaraan tidak lebih dari keterikatan secara moral, karena itu praktik ketatanegaraan biasa dikenal juga sebagai ketentuan moralitas konstitusi (rules of constitutional morality), yaitu kekuatan moralitas konstitusional yang membentuk kekuasaan dan membebani kewajiban yang secara legal tidak dapat dipaksakan tetapi dihormati dan dianggap mengikat (rules of constitutional morality, create powers and imposed obligations which are not legally enforceable, but which are regarded as binding). Dalam hal ini, penyimpangan dalam praktik ketatanegaraan, secara konstitusional adalah tidak patut, tetapi bukan berarti inkonstitusional. Bahkan pada praktik di berbagai negara common law, “praktik ketatanegaraan” cenderung diletakkan di bawah rule of law dan common law (hukum yang bersumber dari putusan pengadilan), serta tidak mengikat pengadilan karena dianggap bukan hukum. Dengan demikian, menurut Mahkamah, praktik ketatanegaraan yang menjadi pertimbangan Mahkamah dalam Putusan Nomor 51-52-59/PUU-VI/2008, bertanggal 18 Februari 2009 tersebut, bukanlah berarti bahwa penyelenggaraan Pilpres setelah Pemilu Anggota Lembaga Perwakilan merupakan permasalahan konstitusionalitas, melainkan merupakan pilihan penafsiran konstitusional yang terkait dengan konteks pada saat putusan itu dibuat..... “

5. Bahwa berdasarkan alasan-alasan tersebut menurut para Pemohon, Mahkamah dapat mengubah pandangannya atas suatu pasal atau norma yang telah diuji sebelumnya karena pertimbangan perkembangan politik hukum dan situasi sosial yang berubah. Pengujian kembali tersebut dilakukan dengan alasan sebagaimana yang diuraikan berikut ini.
6. Bahwa dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia kata “dapat” antara lain bermakna: **“mampu”, “sanggup”, “bisa”, “boleh”, serta “mungkin”.**

Berdasarkan makna bahasa tersebut kata “**dapat**” tidak memiliki makna yang pasti. Dari segi bahasa, rumusan frasa “**dapat**” merugikan keuangan atau perekonomian negara dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU TIPIKOR tersebut bisa bermakna:

- merugikan keuangan negara
- “mungkin” merugikan keuangan negara;
- “potensial” merugikan keuangan negara, serta
- “tidak harus” merugikan keuangan negara yang nyata.

Dengan ragam makna kata “dapat” tersebut menimbulkan ketidakpastian dalam penerapan hukum pidana oleh para penegak hukum yang implikasinya dapat menimbulkan ketidakadilan bagi warga negara.

7. Bahwa dalam praktik hukum, kata “dapat” telah menimbulkan ketidakpastian dalam penerapan hukum pidana oleh para penegak hukum yang implikasinya menimbulkan ketidakadilan bagi warga negara. Ketidakpastian hukum karena adanya kata dapat ini, bukan dalam tataran pelaksanaan, tetapi dalam pemaknaan norma. Hal ini semakin tegas apabila dihubungkan praktik hukum terutama jika dikaitkan dengan ketentuan Pasal 55 KUHP, tentang penyertaan. Penyertaan tidak dimaknai dengan makna kualitas kontribusi yang cukup signifikan atau substansial dari peserta pelaku perbuatan pidana. Penyertaan dan kawan peserta melakukan perbuatan pidana hanya dilekatkan begitu saja dalam surat dakwaan bahkan kemudian dalam putusan pengadilan, tanpa pernah ada penjelasan kualifikasi kawan-kawan peserta dan kerjasama dengan kesadaran dan erat. Apabila kita simak secara cermat isi Pasal 55 ayat (1) KUHP, maka terdapat tiga kategori pelaku, *pertama* yang **melakukan**; *kedua* **menyuruh lakukan**, dan *ketiga* **turut melakukan** perbuatan. Senyatanya dalam praktik peradilan tidak pernah ada ketegasan kedudukan seseorang “sebagai orang yang melakukan perbuatan” dan sekaligus “menyuruh melakukan perbuatan” atau “turut serta melakukan”, sebagaimana dimaksud oleh Pasal 55 ayat (1) KUHP. Hal ini menjadi berbeda jika dibandingkan dengan **Putusan Hoge Raad** tanggal 2 Desember 2014, ECLI:NL:HR:2014:3474, yang pada pokoknya menyatakan bahwa “**seseorang dapat dianggap masuk dalam kategori bersama-sama apabila ada kualitas kontribusi yang cukup signifikan atau substansial dalam perbuatan pidana dan kualifikasi dari bersama-sama yaitu adanya kerjasama dengan kesadaran dan erat (Voor**

de kwalificatie medeplegen is vereist dat sprake is van nauwe en bewuste samenwerking)". Hal ini kemudian ini dibuktikan dalam pembuktian sejak awal terutama berkenaan dengan kerjasama yang dilakukan secara sengaja dan sadar. Pembuktiannya dapat dilihat dari adanya fakta intensitas kerjasama, pembagian tugas, pembagian peran dalam pelaksanaan kejahatan dan adanya kehadiran pelaku pada saat-saat penting dan tidak pernah berhenti pada waktu pelaksanaan perbuatan pidana dilakukan; (<http://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:HR:2014:3474>)

8. Bahwa di dalam memaknai kerugian negara atau perekonomian negara, Mahkamah dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 003/PUU-IV/2006 tanggal 25 Juli 2006, antara lain menyatakan "**..mengkualifikasikannya sebagai delik formil, sehingga adanya kerugian negara atau perekonomian negara tidak merupakan akibat yang harus nyata terjadi**".

Pertimbangan Mahkamah yang demikian ini menurut hemat para Pemohon sudah tidak sesuai lagi dengan perkembangan politik pemberantasan korupsi, karena kualifikasi kerugian keuangan negara atau perekonomian negara itu adalah delik materiil. Sebab menurut **Pasal 1 angka 22, Undang-undang Nomor 1 Tahun 2004** tentang Perbendaharaan Negara, dinyatakan, "**Kerugian Negara/Daerah adalah kekurangan uang, surat berharga, dan barang, yang nyata dan pasti jumlahnya sebagai akibat perbuatan melawan hukum baik sengaja maupun lalai**".

Kerugian keuangan atau daerah nyata dan pasti ini, adalah kata lain dari kerugian itu harus betul-betul ada dan merupakan akibat yang nyata dari perbuatan melawan hukum atau menyalahgunakan kewenangan, sehingga menjadi delik materiil. Apalagi menurut UU AP bahwa untuk menilai ada atau tidaknya perbuatan menyalahgunakan wewenang dapat diuji melalui peradilan tata usaha negara sebagai pendekatan administratif dan cara penyelesaian berdasarkan hukum administrasi, karena penyelesaian melalui hukum pidana dijadikan upaya terakhir dalam hal penegakan hukum, sebagai *ultimum remedium*. Perubahan pandangan dalam pemberantasan korupsi ini, tentu harus dimaknai bahwa yang dapat dihukum melakukan perbuatan pidana korupsi adalah orang yang secara materiil melakukan perbuatan pidana korupsi dan secara materiil merugikan keuangan negara atau perekonomian negara,

bukan orang dianggap melakukan perbuatan korupsi karena jabatan, tetapi karena kejahatan.

9. Bahwa mengenai timbulnya ketidakpastian hukum dalam norma yang menggunakan kata “dapat” telah banyak diputuskan oleh Mahkamah Konstitusi sebagai inkonstitusional karena mengandung ketidakpastian hukum dan ketidakadilan, khususnya dalam putusan-putusan sebagai berikut :
 - a. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 18/PUU-XII/2014, tanggal 21 Januari 2015, yang salah satu amarnya memutuskan, bahwa kata “dapat” dalam Pasal 95 ayat (1) Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup bertentangan dengan UUD 1945. Pertimbangan Mahkamah Konstitusi menyatakan, bahwa kata dapat tersebut menimbulkan ketidakpastian hukum dalam penegakan hukum lingkungan, yaitu dengan adanya kata “dapat” memberikan alternatif melakukan koordinasi atau pun tidak melakukan koordinasi dalam penegakan hukum lingkungan, padahal menurut Mahkamah Konstitusi koordinasi dalam penegakan hukum lingkungan adalah mutlak dilakukan.
 - b. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 57/PUU-IX/2011 tanggal 17 April 2012, pada halaman 61 diktum [3.10.4) mempertimbangkan bahwa “Adapun mengenai dalil para Pemohon bahwa dalam pengaturan tersebut menimbulkan ketidakpastian dan ketidakadilan hukum sebagaimana dimaksud Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 karena ketentuan pasal tersebut di dalam Penjelasannya terdapat kata “dapat” yang berarti Pemerintah boleh mengadakan atau boleh pula tidak mengadakan “tempat khusus untuk merokok” di tempat kerja, di tempat umum, dan di tempat lainnya, Mahkamah berpendapat bahwa dalil para Pemohon tersebut dapat dibenarkan. Selain itu, Mahkamah juga berpendapat bahwa kata “dapat” dalam Pasal *a quo* berimplikasi tiadanya proporsionalitas dalam pengaturan tentang “tempat khusus merokok” yang mengakomodasi antara kepentingan perokok untuk merokok dan kepentingan publik untuk terhindar dari ancaman bahaya kesehatan dan demi meningkatnya derajat kesehatan. Hal tersebut karena merokok merupakan perbuatan, yang secara hukum legal atau diizinkan, sehingga dengan kata “dapat” tersebut berarti pemerintah boleh mengadakan atau tidak mengadakan “tempat khusus untuk merokok”. Hal itu akan dapat menghilangkan kesempatan bagi para perokok untuk

merokok manakala pemerintah dalam implementasinya benar-benar tidak mengadakan “tempat khusus untuk merokok” di tempat kerja, di tempat umum, dan di tempat lainnya;”.

- c. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 34/PUU-VIII/2010 tanggal 1 November 2011 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan. Mahkamah konstitusi dalam putusannya menyatakan bahwa kata “dapat” dalam Penjelasan Pasal 114 Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Menurut Mahkamah, terdapat ketidaksinkronan norma yang penafsirannya berpotensi merugikan hak-hak warga negara yaitu Pasal 114 UU 36/2009 dan Penjelasan yang menyatakan bahwa yang dimaksud dengan “peringatan kesehatan” adalah “tulisan yang jelas dan mudah terbaca dan dapat disertai gambar atau bentuk lainnya”. Namun, Pasal 199 ayat (1) UU 36/2009 menyatakan bahwa, *“Setiap orang yang dengan sengaja memproduksi atau memasukkan rokok ke dalam wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia dengan tidak mencantumkan peringatan kesehatan berbentuk gambar sebagaimana dimaksud dalam Pasal 114 dipidana penjara ...”*. Kata “dapat” di dalam Penjelasan Pasal 114 UU 36/2009 adalah bermakna alternatif yaitu pencantuman peringatan kesehatan yang berbentuk tulisan yang jelas dan mudah terbaca tersebut dapat disertai atau tidak disertai gambar atau bentuk lainnya, sedangkan Pasal 199 ayat (1) UU 36/2009 dapat dimaknai imperatif yaitu peringatan kesehatan harus mencantumkan selain tulisan juga bentuk gambar.

Kata “**dapat**” dalam Penjelasan Pasal 114 UU 36/2009 yang dihubungkan dengan pengertian “wajib mencantumkan peringatan kesehatan” dalam Pasal 114 UU 36/2009 mengandung dua pengertian yang berbeda sekaligus yaitu kumulatif dan alternatif. Padahal, penjelasan dari suatu pasal diperlukan justru untuk menjelaskan dengan rumusan yang tegas supaya dapat memaknai kata “wajib mencantumkan peringatan kesehatan” dalam ketentuan Pasal 114 Undang-Undang *a quo* menjadi lebih jelas dan tegas, sehingga tidak menimbulkan penafsiran lain. Oleh karena rumusan Penjelasan Pasal 114 Undang-Undang *a quo* yang menyatakan, “Yang dimaksud dengan “peringatan kesehatan” dalam ketentuan ini adalah

tulisan yang jelas dan mudah terbaca dan dapat disertai gambar atau bentuk lainnya” menimbulkan penafsiran yang tidak jelas dan tegas, apalagi bila dihubungkan dengan ketentuan sanksi pidana yang tercantum dalam Pasal 199 ayat (1) UU 36/2009 yang merujuk pada Pasal 114 UU 36/2009 beserta Penjelasannya. Dengan demikian, kata ”wajib mencantumkan peringatan kesehatan” dalam ketentuan Pasal 114 Undang-Undang *a quo* haruslah dimaknai wajib mencantumkan peringatan kesehatan dalam bentuk tulisan yang jelas dan mudah terbaca dan disertai gambar atau bentuk lainnya. Hal demikian dapat dilakukan dengan menghilangkan kata ”dapat” dalam Penjelasan Pasal 114 UU 36/2009.

- d. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 137/PUU-VII/2009 tanggal 27 Agustus 2010, Mahkamah konstitusi dalam putusannya menyatakan bahwa kata ”**dapat**” dalam Pasal 68 ayat (4) Undang-Undang Nomor 18 Tahun 2009 tentang Peternakan dan Kesehatan Hewan bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Tahun 1945. Mahkamah Konstitusi mempertimbangkan, bahwa Pasal 68 ayat (4) UU 18/2009 yang dimohonkan pengujian oleh para Pemohon menyatakan, “*Dalam ikut berperan serta mewujudkan kesehatan hewan dunia melalui Siskeswanas sebagaimana dimaksud pada ayat (2), Menteri **dapat** melimpahkan kewenangannya kepada otoritas veteriner*”, yang menurut para Pemohon kata, “**dapat**” berakibat pada pelanggaran hak kewenangan profesi dokter hewan diturunkan menjadi kewenangan politik.

Prinsip kehati-hatian dalam impor produk hewan segar yang akan dimasukkan ke dalam wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia sebagaimana yang dikemukakan dalam mempertimbangkan pengujian Pasal 59 ayat (2) UU 18/2009 di atas juga menjadi pertimbangan dalam pengujian pasal *a quo*. Peran serta mewujudkan kesehatan hewan dunia melalui Siskeswanas selain memperhatikan prinsip kehati-hatian, yang tak kalah pentingnya adalah prinsip ekonomi yang telah diterima secara universal yakni penempatan manusia pada posisi yang sesuai dengan otoritasnya, *the right man on the right place* yang bertujuan antara lain untuk mencapai keberhasilan dan keberdayagunaan. Spesialisasi, tipisasi, atau taylorisasi yang terkandung dalam prinsip *the right man on the right place* yang diperkenalkan oleh F.W. Taylor sebetulnya lebih dahulu

diperkenalkan oleh Nabi Muhammad SAW ketika beliau bersabda, *“Apabila suatu urusan diserahkan kepada yang bukan ahlinya, tunggulah saat kehancurannya”*.

Berdasarkan asas kehati-hatian dan demi menghindari risiko kerugian, prinsip penempatan manusia pada posisi yang sesuai dengan otoritasnya untuk mencapai efisiensi dan efektivitas yang semuanya bertujuan untuk melindungi masyarakat Indonesia bahkan dunia, dan untuk memajukan kesejahteraan umum, Pemerintah dalam hal ini Menteri melimpahkan kewenangan Siskeswanas kepada otoritas veteriner. Dengan demikian kata **“dapat”** yang memberikan diskresi kepada Menteri untuk melimpahkan kewenangannya kepada pejabat yang tidak memiliki otoritas *veteriner* adalah kontraproduktif dengan tujuan melindungi dan meningkatkan kesejahteraan masyarakat, sehingga bertentangan dengan konstitusi. Dengan demikian Pasal 68 ayat (4) UU 18/2009 menjadi, *“Dalam ikut berperan serta mewujudkan kesehatan hewan dunia melalui Siskeswanas sebagaimana dimaksud pada ayat (2), Menteri melimpahkan kewenangannya kepada otoritas veteriner”*.

10. Bahwa UUD 1945 mengharuskan adanya jaminan bahwa setiap orang berhak atas rasa aman dan perlindungan dari ancaman ketakutan. Adanya kata **“dapat”** dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU TIPIKOR, menimbulkan rasa takut dan khawatir bagi setiap orang yang sedang menduduki jabatan dalam pemerintahan, karena setiap tindakannya dalam mengeluarkan keputusan atau tindakan dalam jabatannya selalu dalam intaian ancaman pidana korupsi karena kebijakan penyelenggara negara yang merugikan negara bahkan menguntungkan negara atau menguntungkan rakyat sekalipun, tetap dapat dipidana. Padahal, kewajiban penyelenggara negara seperti para Pemohon adalah mengeluarkan keputusan dalam menjalankan tugas negara bagi kepentingan rakyat. Akibat adanya kata **“dapat”** dalam pasal tersebut setiap warga negara yang menduduki jabatan pemerintahan yang karena jabatannya setiap saat mengeluarkan keputusan atau kebijakan negara selalu diliputi rasa tidak aman, rasa takut dikenai sanksi pidana korupsi. Dengan demikian kata **“dapat”** dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU TIPIKOR bertentangan dengan Pasal 28G ayat (1) UUD 1945.

11. Bahwa prinsip negara hukum adalah satu prinsip yang paling *elementer* dalam penyelenggaraan pemerintahan di Indonesia. Prinsip tersebut diletakkan dalam Pasal 1 ayat (3) UUD 1945 yaitu pada bahagian atau bab yang mengatur hal-hal yang paling *elementer* dalam konstitusi Indonesia. Salah satu prinsip dasar negara hukum baik dalam system hukum eropa kontinental maupun pada sistem Anglo Saxon adalah penyelenggaraan pemerintahan yang harus berdasarkan atas hukum atau dalam bahasa lain disebut *due process of law*. Prinsip tersebut secara tersurat maupun tersirat dapat dibaca dalam Pasal 27 ayat (1), Pasal 28D ayat (1), Pasal 28I ayat (4) dan Pasal 28I ayat (5) UUD 1945. Pasal-pasal tersebut pada satu sisi menjamin setiap warga negara diperlakukan sama di hadapan hukum dan pemerintahan dan pada sisi lain mewajibkan negara menegakkan jaminan tersebut dalam berbagai kebijakannya baik dalam bentuk Undang-Undang maupun tindakan dan kebijakan konkrit. Hal tersebut dapat dijelaskan sebagai berikut :
- a. Dari ketentuan Pasal 27 ayat (1) dan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945, terdapat jaminan atas warga negara untuk diperlakukan sama dalam hukum dan pemerintahan, dan pengakuan, jaminan, perlindungan dan dan kepastian hukum yang adil.
 - b. Pada sisi lain, dari ketentuan Pasal 28I ayat (4) dan Pasal 28I ayat (5), jelas sekali mewajibkan dan menjadi tanggung jawab negara terutama pemerintah untuk memberikan perlindungan, pemajuan, penegakkan, dan pemenuhan hak asasi manusia. Konstitusi juga mewajibkan negara bahwa untuk menegakkan dan melindungi hak asasi manusia sesuai dengan prinsip negara hukum yang demokratis, maka pelaksanaan hak asasi manusia dijamin, diatur dan dituangkan dalam peraturan perundang-undangan. Dengan demikian UUD 1945 mewajibkan negara untuk menegakkan dan melindungi hak-hak warga negara dan membuat berbagai peraturan perundang-undangan untuk menjamin bahwa perlindungan dan penegakkan hak asasi manusia tersebut dilaksanakan dengan sebaik-baiknya.
12. Bahwa menurut para Pemohon, kata “**dapat**” dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU TIPIKOR, memberi peluang dan keleluasaan kepada negara dalam hal ini aparat penegak hukum untuk bertindak sewenang-wenang dan mengabaikan kewajibannya bertindak atas dasar hukum yang jelas dan pasti karena tidak

ada *rule* yang jelas yang mewajibkan negara untuk menghindari tindakan sewenang-wenang. Akibatnya, dipastikan terjadi pelanggaran atas hak-hak asasi manusia yang merupakan salah satu prinsip fundamental dari negara hukum. Salah satu bentuk implementasi dari prinsip negara hukum adalah ada dan terciptanya jaminan hak yang sama bagi setiap orang untuk diperlakukan sama dihadapan hukum dan pemerintahan. Perbedaan perlakuan ini akan menyebabkan tercederainya hak-hak konstitusional warga negara yang dijamin oleh konstitusi.

13. Salah satu persoalan yang memungkinkan terjadinya pelanggaran atas perlakuan sama di hadapan hukum dan pemerintahan adalah adanya ketentuan hukum pidana yang multitafsir dan ambigu sehingga aparat penegakkan hukum dapat menerapkan tindakan atau kebijakan yang berbeda atas suatu perbuatan yang sama. Dalam hal ini, adanya kata “**dapat**” dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU TIPIKOR memungkinkan aparat penegak hukum memperlakukan tindakan atau kebijakan yang berbeda atas perbuatan yang sama. Hal demikian bertentangan dengan prinsip negara hukum yang dianut oleh Negara Kesatuan Republik Indonesia yang termuat dalam Pasal 1 ayat (3) UUD 1945 *juncto* Pasal 27 ayat (1) UUD 1945.
14. Bahwa dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2004 tentang Perbendaharaan Negara, Pasal 1 angka 22, menyatakan, "*kerugian negara atau daerah adalah kekurangan uang, surat berharga dan barang yang nyata dan pasti jumlahnya sebagai akibat perbuatan yang melawan hukum baik sengaja maupun lalai*". Dengan demikian, menjadi jelas bahwa kerugian negara itu harus nyata dan pasti jumlahnya dan terjadi sebagai akibat perbuatan melawan hukum. Adanya kata “dapat” dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU TIPIKOR menimbulkan ketidakpastian hukum karena adanya pertentangan antara satu undang-undang dengan undang-undang yang lainnya, sehingga melanggar prinsip kepastian hukum yang adil yang dijamin dalam UUD 1945.
15. Bahwa dalam rangka memenuhi prinsip negara hukum tersebut, negara Republik Indonesia dalam konstitusinya mengakui dan menjamin bahwa setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum. Pengakuan dan jaminan ini tercermin dalam asas hukum yang universal dan dianut di Indonesia yaitu asas legalitas. Menurut asas legalitas, tidak ada perbuatan yang dapat

dipidana tanpa ada peraturan yang telah ada sebelum perbuatan pidana dilakukan (*nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine, nullum crimen sine poena legali*). Asas tersebut menjadi prinsip yang digunakan untuk membatasi kekuasaan negara dalam melindungi warga negara dari ketidakadilan atas nama penegakan hukum.

16. Bahwa hukum pidana menyangkut hubungan hukum antara negara yang memiliki kekuasaan memaksa dan menghukum, dengan warga negara yang lemah. Untuk menghindari kesewenang-wenangan negara (penguasa) yang diwakili oleh aparat penegak hukum, hukum pidana memberikan jaminan kepada warga negara melalui penerapan hukum pidana yang secara universal mengakomodasi prinsip atau asas legalitas. Asas ini dimaksudkan untuk memberikan kepastian hukum dalam penerapan pidana agar terjadi keseimbangan dan keadilan antara kepentingan publik yang harus dijaga oleh negara dengan perlindungan serta jaminan kepastian hukum dan keadilan bagi warga negara.
17. Bahwa asas legalitas mengandung empat prinsip pokok yaitu, *lex scripta, lex certa, lex stricta* dan *non-retroactive*. Hukum pidana dan undang-undang hukum pidana memenuhi asas legalitas hanya jika memenuhi syarat : i) undang-undang hukum pidana itu harus tertulis (*lex scripta*), ii) undang-undang hukum pidana itu harus memiliki rumusan yang pasti serta tidak bermakna ganda, iii) rumusan Undang-Undang pidana harus tegas dan tidak dapat dimaknai lain (*lex stricta*), serta iv) undang-undang hukum pidana tidak boleh berlaku surut (*non-retroactive*). Jika rumusan Undang-Undang hukum pidana tidak mengandung salah satu atau lebih dari syarat-syarat asas legalitas tersebut maka Undang-Undang hukum pidana tersebut bertentangan dengan prinsip-prinsip universal negara hukum. Kesemua asas dan prinsip itu dimaksudkan agar penerapan pidana melindungi warga negara dari kesewenang-wenangan negara atau aparat penegak hukum dan memberi jaminan kepastian hukum dan keadilan agar seseorang tidak dihukum berdasarkan kemauan sepihak dari negara (aparat penegak hukum). Adanya kata “dapat” dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU TIPIKOR, bertentangan dengan salah satu prinsip pokok negara hukum yang dimaksud Pasal 1 ayat (3) UUD 1945, yaitu adanya jaminan oleh negara untuk memberikan pengakuan, jaminan, perlindungan dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang

sama di hadapan hukum (*vide* Pasal 28D ayat (3) UUD 1945 melalui asas legalitas;

18. Bahwa berdasarkan seluruh argumentasi para Pemohon tersebut di atas, kata “dapat” dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU TIPIKOR beralasan hukum untuk dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945.

Mengenai Frasa “atau orang lain atau suatu korporasi” dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU TIPIKOR

19. Bahwa frasa “*atau orang lain atau suatu korporasi*” mengandung makna yang ambigu dan tidak pasti, karena akan menjangring seluruh perbuatan yang disengaja, tidak disengaja atau bahkan perbuatan yang diawali dengan maksud baik. Rumusan frasa “*atau orang lain atau suatu korporasi*” dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU TIPIKOR tersebut memungkinkan seseorang dikenai tindak pidana korupsi walaupun seorang aparatur sipil negara mengeluarkan suatu kebijakan dengan itikad baik dan menguntungkan negara atau rakyat dan pada saat yang lain menguntungkan orang lain atau korporasi, padahal kebijakan tersebut sama sekali bukan merupakan perbuatan jahat. Pertanyaan filosofisnya adalah apakah kita akan menjerumuskan seseorang yang dengan tulus bekerja untuk negara dan rakyat ke penjara, hanya karena rumusan undang-undang tindak pidana korupsi yang tidak jelas dan tidak pasti.
20. Bahwa pencantuman menguntungkan orang lain atau korporasi dalam konvensi PBB adalah suatu yang seharusnya, karena tindak pidana korupsi dalam konvensi PBB tersebut tidak memasukkan rumusan tindak pidana sebagaimana dimana dimaksud dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU TIPIKOR. Keseluruhan jenis tindak pidana yang dimaksud dalam konvensi tersebut hanya berkaitan dengan suap menyuap, penyalahgunaan jabatan, penyalahgunaan pengaruh dan lain-lain sebagaimana telah diuraikan di atas. Pencantuman frasa “*atau orang lain atau suatu korporasi*” dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU TIPIKOR menjadikan tindak pidana korupsi akan menjangring para aparatur sipil negara yang berkerja dengan itikad baik. Perumusan norma pidana yang demikian jelas melanggar prinsip kepastian hukum yang adil yang dijamin oleh konstitusi.
21. Berdasarkan uraian tersebut di atas, frasa “*atau orang lain atau suatu korporasi*” bertentangan dengan UUD 1945.

D. PETITUM

Berdasarkan hal-hal yang telah diuraikan di atas dan disertai bukti-bukti terlampir serta keterangan para ahli yang didengar dalam pemeriksaan perkara, dengan ini para Pemohon mohon kepada Mahkamah Konstitusi yang terhormat agar berkenan memberikan putusan sebagai berikut:

1. Mengabulkan permohonan para Pemohon untuk seluruhnya;
2. Menyatakan kata "*dapat*" dan frasa "*atau orang lain atau suatu korporasi*" dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi sebagaimana diubah dengan Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 tentang Perubahan Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
3. Menyatakan kata "*dapat*" dan frasa "*atau orang lain atau suatu korporasi*" dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi sebagaimana diubah dengan Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 tentang Perubahan Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat;
4. Memerintahkan pemuatan putusan ini dalam Berita Negara Republik Indonesia sebagaimana mestinya.

ATAU

Apabila Mahkamah berpendapat lain mohon Putusan seadil-adilnya (*ex aequo et bono*).

[2.2] Menimbang bahwa untuk membuktikan dalil-dalilnya, para Pemohon telah mengajukan alat bukti surat/tulisan yang diberi tanda bukti P-1 sampai dengan bukti P-11 sebagai berikut:

1. Bukti P-1 : Fotokopi Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (LN Tahun 1999 No. 140, TLN No. 3874);
2. Bukti P-2 : Fotokopi Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (LN Tahun

- 2001 No. 134, TLN No. 4150);
3. Bukti P-3 : Fotokopi Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan (LN Tahun 2014 No. 292, TLN No. 5601);
 4. Bukti P-4 : Fotokopi Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
 5. Bukti P-5 : Salinan Putusan Perkara Tindak Pidana Korupsi No. 08/Pid.Sus/TPK/2013/PN.MU atas nama Terdakwa Firdaus, S.T., M.T tertanggal 16 Juli 2013;
 6. Bukti P-6 : Keputusan Gubernur Sulawesi Selatan Nomor 4/I/TAHUN 2015 tentang Pengangkatan Pejabat Pengguna Anggaran Kuasa Pengguna Anggaran, Pejabat Yang Diberi Wewenang Menandatangani SPM, Pejabat Yang Diberi Wewenang Mengesahkan SPJ, Bendahara Penerimaan, Bendahara Pengeluaran, Bendahara Penerimaan Pembantu Dan Bendahara Pengeluaran Pembantu Pada Satuan Kerja Perangkat Daerah Provinsi Sulawesi Selatan Tahun Anggaran 2015, tertanggal 2 Januari 2015 berikut Lampirannya;
 7. Bukti P-7 : Fotokopi Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2004 Tentang Perbendaharaan Negara (LN 2004 Nomor 5, TLN No. 4355);
 8. Bukti P-8 : Fotokopi Surat Dakwaan Nomor Reg Perkara: PDS-03/N.6.14/Ft.1/2014 tertanggal 25 Februari 2014;
 9. Bukti P-9 : Fotokopi Surat Dakwaan Nomor Reg Perkara: PDS-05/PKPIN/Ft.1/10/2015 tertanggal 19 Oktober 2015;
 10. Bukti P-10 : Fotokopi Petikan Keputusan Gubernur Kepala Daerah Tingkat I Lampung Nomor : PD/281/UP/1980 yang ditunjukkan kepada Sdr. Sudarno Eddi
 11. Bukti P-11 : Fotokopi Petikan Keputusan Gubernur Kepala Daerah Tingkat I Jawa Timur Nomor : 821.13/1739/042/1993 yang ditunjukkan kepada Sdr. Jempin Marbun

Selain itu, Pemohon juga mengajukan 6 (enam) orang ahli yang didengar keterangannya di bawah sumpah/janji dalam persidangan tanggal 10

Mei 2016, 24 Mei 2016, dan 7 Juni 2016, pada pokoknya menerangkan sebagai berikut:

1. Prof. H.A.S. Natabaya, S.H., LL.M.

- Bahwa kata “dapat” dalam Pasal 2 dan Pasal 3 menimbulkan ketidakpastian hukum, padahal dalam tindak pidana korupsi adanya kerugian negara harus pasti yang dalam hal ini ditentukan oleh Badan Pemeriksa Keuangan;
- Bahwa terdapat pergeseran pengertian pertanggungjawaban pejabat dengan adanya UU AP. Pasal 20 ayat (4) UU AP menyatakan, *“Jika hasil pengawasan aparat intern pemerintah berupa terdapat kesalahan administratif yang menimbulkan kerugian keuangan negara sebagaimana dimaksud pada ayat (2) huruf c, dilakukan pengembalian kerugian keuangan negara paling lama 10 (sepuluh) hari kerja terhitung sejak diputuskan dan diterbitkannya hasil pengawasan.”* Pasal 70 ayat (3) UU AP menyatakan, *“Dalam hal Keputusan yang mengakibatkan pembayaran dari uang negara dinyatakan tidak sah, Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan wajib mengembalikan uang ke kas Negara”*. Dengan demikian dalam penyelesaian tindak pidana korupsi yang ditonjolkan adanya pencegahan;
- Bahwa keberadaan Peraturan Mahkamah Agung Nomor 4 Tahun 2015 hanya berlaku ke dalam, yakni bagaimana penyelesaian perkara di lingkungan Mahkamah Agung. Pasal 2 ayat (1) yang menyatakan, pengadilan berwenang menerima, memeriksa, dan memutus permohonan penilaian ada dan tidak ada penyalahgunaan wewenang dalam keputusan dan/atau tindakan pejabat pemerintah sebelum adanya proses pidana, seolah-olah merupakan peraturan pelaksana dari UU AP. Oleh karena itu, Peraturan Mahkamah Agung tidak boleh membatasi hak seseorang untuk mengajukan permohonan penyalahgunaan wewenang dan menjadi masalah karena hanya bisa diuji di Mahkamah Agung;
- Bahwa pendekatan Konvensi Perserikatan Bangsa-Bangsa tentang Korupsi (*United Nations Convention Against Corruption*) tahun 2003 berbeda dengan Undang-Undang Tindak Pidana Korupsi yang lebih banyak delik mengenai jabatan, dengan kata lain memindahkan pasal-pasal dari KUHP. Konvensi Perserikatan Bangsa-Bangsa tentang Korupsi meskipun telah diratifikasi, namun tidak ditindaklanjuti, sehingga perlu ada perubahan

undang-undang tindak pidana korupsi dengan mengacu pada ratifikasi tersebut;

- Bahwa kalau tindak pidana korupsi merupakan delik formil maka tidak perlu memakai kata “dapat”, sedangkan sekarang ini menjadi delik materiil sehingga harus ada unsur kerugian negara;

2. Dr. Indra Perwira, S.H., M.H.

Pertama, tentang penyalahgunaan wewenang (*detournement de pouvoir*). Dalam ajaran Hukum Administrasi atau Hukum Tata Usaha Negara pengertian “penyalahgunaan wewenang” kerap dibedakan dari “perbuatan melawan hukum oleh penguasa” (*onrechtmatig overheidsdaat*), tetapi sesuai dengan perkembangan ajaran melawan hukum, ada ahli yang memasukkan *detournement de pouvoir* itu sebagai salah satu bentuk dari *onrechtmatig overheidsdaat*.

Perbedaan antara perbuatan melawan hukum oleh penguasa dan penyalahgunaan wewenang adalah pada perbuatan melawan hukum oleh penguasa ada unsur kesalahan (sengaja atau lalai) dan ada unsur kerugian bagi pihak orang lain (orang atau badan hukum). Sedangkan penyalahgunaan wewenang bisa mengandung unsur kesalahan bisa juga tidak, serta bisa mengakibatkan kerugian bagi pihak lain, bisa juga tidak ada kerugian bagi pihak lain tetapi kerugian bagi badan administrasi itu sendiri atau kerugian negara.

Terjadinya Penyalahgunaan Wewenang oleh Pejabat atau Badan Administrasi dapat ditelusuri dari tiga hal, yaitu dari sumber wewenang, substansi wewenang, dan asas kebebasan bertindak (*freies ermessen*). Seperti dimaklumi, suatu wewenang selain bersumber dari undang-undang (*atribus*), bisa bersumber dari pelimpahan (*delegasi*) atau penugasan (*mandat*). Di mana yang kedua dan ketiga biasanya tidak sejelas yang pertama, bahkan terhadap wewenang atribusi dalam prakteknya tidak jarang Pejabat Administrasi itu melakukan misinterpretasi.

Kemudian dari aspek substansi wewenang, bahwa berkembangnya tugas-tugas administrasi negara merupakan suatu keniscayaan. Pada saat tugas-tugas itu didistribusi kepada badan atau pejabat administrasi bisa terjadi saling bersinggungan atau berimpit satu sama lain. Misalnya, antara tugas

pengelolaan drainase dan air limbah domestik, antara pertanian dan perkebunan, antara taman nasional dan pariwisata, dan sebagainya.

Selanjutnya, sejak diperkenalkannya konsep negara pengurus (*the welfare state*) yang mewajibkan negara terlibat langsung membangun kesejahteraan umum. asas kebebasan bertindak (*freies ermessen*) yang melekat pada wewenang administrasi. Meski sesuai prinsip negara hukum setiap kewenangan harus berdasarkan hukum, tetapi pada situasi dan kondisi tertentu di mana hukum belum atau tidak jelas mengatur maka pejabat atau badan administrasi tersebut harus membuat tindakan atau keputusan berdasarkan kebijakan (*discretionary of power*). Kadang *freies ermessen* itu dituangkan dalam bentuk peraturan yang kita kenal sebagai peraturan kebijakan (*beleid regel*).

Dari ketiga hal tersebut, tindakan dari badan atau pejabat administrasi yang bersifat *freies ermessen* itu yang paling berpotensi terhadap penyalahgunaan wewenang. Dalam praktek sejak terbitnya UU TIPIKOR, Pejabat atau Badan Administrasi cenderung tidak berani membuat *freies ermessen* karena takut terjerat tindak pidana korupsi. Padahal dari perspektif Hukum Administrasi, Pejabat atau Badan Administrasi yang tidak melakukan tindakan padahal seharusnya melakukan dalam upaya pelayanan publik dan pemenuhan hak-hak masyarakat, termasuk pada kategori “tidak menjalankan kewajiban hukum” yang merupakan salah satu bentuk dari perbuatan melawan hukum oleh penguasa (*onrechtmatig overheidsdaat*).

Kedua, akibat hukum dari penyalahgunaan wewenang.

Dalam Ilmu Hukum Administrasi, termasuk ke dalam penyalahgunaan wewenang apabila tindakan atau keputusan pejabat dan/atau badan administrasi dilakukan tanpa wewenang, melampaui wewenang, dan/atau bertindak sewenang-wenang (*abuse of power*). Hampir sama dengan itu dalam Pasal 17 UU AP, penyalahgunaan wewenang meliputi tindakan atau keputusan yang melampaui wewenang, mencampuradukan wewenang, dan/atau bertindak sewenang-wenang.

Apapun bentuk dari penyalahgunaan wewenang itu akibat hukumnya adalah sama, yaitu dapat dibatalkan (*vernietigbaar* atau *voidable*) oleh putusan pengadilan administrasi, baik atas alasan pengujian formal (*formale toetsing*) atau pengujian materil (*materiale toetsing*). Perlu dimaklumi dalam hukum

administrasi ada asas yang menyatakan setiap putusan dan/atau tindakan administrasi harus dianggap sah sampai dibatalkan oleh pejabat yang berwenang atau oleh pengadilan. Tampaknya hal tersebut ditegaskan dalam UU AP. Suatu tindakan dan/atau putusan administrasi dianggap tidak sah atau batal berdasarkan putusan pengadilan yang berkekuatan hukum tetap. Jika putusan pengadilan menyatakan tidak sah, maka akibat hukum yang timbul dari keputusan dan/atau tindakan administrasi tersebut harus dikembalikan pada kondisi semula sebelum terbitnya keputusan dan/atau tindakan tersebut. Termasuk jika keputusan dan/atau tindakan administrasi itu mengakibatkan kerugian (keuangan) negara, maka harus dikembalikan.

Adanya UU AP itu tidak menutup upaya administrasi (*administrative rechtspraak*) sebagaimana dikenal dalam Undang-Undang Nomor 5 tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara. Selain oleh pengadilan, keputusan dan/atau tindakan administrasi dapat dibatalkan oleh pejabat yang berwenang berdasarkan Undang-undang.

Dengan demikian, meski ada istilah sama dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU TIPIKOR, yaitu frasa "kerugian negara", tetapi di antara keduanya tidak ada hubungan sama sekali karena dibangun atas dua prinsip hukum yang berbeda.

Ketiga, hubungan kesalahan administrasi dan perbuatan melawan hukum.

Tata kelola pemerintahan berjalan sesuai dengan proses manajemen, dimulai dari tahap perencanaan sampai pada tahap evaluasi (POAC). Dalam pengawasan yang merupakan instrumen evaluasi kerap ditemukan kekurangan dan kesalahan, sehingga dengan kesalahan atau kekurangan tersebut dapat ditempuh langkah-langkah perbaikan ke depan. Kesalahan administrasi tersebut dapat berupa kesalahan dalam tertib administrasi, (seperti pencatatan, dokumen dan arsip), kesalahan laporan keuangan, dan kesalahan dalam capaian kinerja. Terhadap kesalahan administrasi tersebut dilakukan perbaikan atau penyempurnaan administrasi. Misalnya, kesalahan atas temuan laporan keuangan (*financial audit*) harus ditindaklanjuti dengan perbaikan laporan keuangan. Kesalahan atas temuan laporan kinerja (*performance audit*) harus ditindaklanjuti dengan perbaikan kinerja.

Apabila dalam pemeriksaan itu diduga ada unsur tindak pidana (delik), maka atas permintaan penyidik dapat dilakukan pemeriksaan untuk tujuan tertentu (*investigation audit*). Jadi suatu kekeliruan besar apa yang terjadi dalam

praktek selama ini di mana penyidik langsung memeriksa pejabat administrasi hanya berdasarkan hasil pemeriksaan atas Laporan Keuangan (*financial audit*). Kesalahan administrasi tidak serta merta mengandung perbuatan melawan hukum (*onregmatig overheidsdaat*) karena perbuatan melawan hukum itu dapat dilakukan tanpa adanya kesalahan administrasi. Perbuatan melawan hukum dalam Hukum Administrasi, selain bermakna sempit bertentangan dengan undang-undang (*onwetmatig*) juga secara luas bertentangan dengan kewajiban hukum sendiri, hak orang lain, kesusialaan dan kewajaran. Sementara UU AP justru menghubungkan kesalahan administratif itu dengan penyalahgunaan wewenang, khususnya kesalahan administrasi yang menimbulkan kerugian keuangan negara.

Keempat, Langkah penegakan hukum administrasi dalam hal terjadi penyalahgunaan kewenangan melalui peradilan administrasi (PTUN).

Pada mulanya kompetensi peradilan administrasi terbatas pada tindakan dan/atau putusan badan dan/atau pejabat administrasi yang bersifat konkrit, individual dan final. Kompetensi peradilan administrasi atas penyalahgunaan wewenang baru diberikan oleh UU AP. Antara keduanya terdapat perbedaan dari aspek *legal standing*, acara, dan putusan. Oleh sebab itu wajar apabila Mahkamah Agung menerbitkan Perma Nomor 4 Tahun 2015. Dengan adanya Perma tersebut, maka terhadap ketentuan UU AP harus dilakukan penafsiran sistematis. Sebab jika hanya mengandalkan penafsiran otentik maka menjadi ganjil. Pasal 20 menyatakan antara lain, jika ditemukan kesalahan administrasi yang menimbulkan kerugian keuangan negara akibat penyalahgunaan wewenang, maka dilakukan pengembalian kerugian negara dalam jangka waktu paling lama 10 hari sejak diterbitkannya hasil pengawasan. Sementara menurut Perma Nomor 4 Tahun 2015, rangkain proses mulai dari penerimaan perkara, pemeriksaan, sampai terbitnya putusan pengadilan dapat menempuh waktu tiga bulan. Belum terhitung jika ada banding. Oleh karena itu waktu 10 hari dalam UU AP dapat ditafsirkan sebagai jangka waktu pejabat administrasi untuk mengajukan atau tidak permohonan pembuktian unsur penyalahgunaan wewenang. Hal ini penting disampaikan agar nanti tidak terjadi, begitu masa 10 hari terlampaui dan pejabat administrasi itu belum mengembalikan kerugian keuangan negara, padahal dia telah mengajukan permohonan ke peradilan administrasi, lantas dia diperiksa penyidik dengan alasan kerugian negara.

Kelima, Perma Nomor 4 Tahun 2015

Adanya frasa "...sebelum adanya proses pidana" dalam Pasal 2 ayat (1) dipahami sebagai penegasan terhadap kompetensi absolut dari peradilan administrasi, dan penegasan bahwa unsur penyalahgunaan wewenang itu berada dalam ranah hukum administrasi. Dari perspektif politik hukum, frasa tersebut menegaskan apa yang menjadi gejala umum di negeri Belanda dan di beberapa negara Eropa, yaitu mengoptimalkan penggunaan instrumen penegakan hukum administrasi dari pada pidana. Penegakan hukum pidana menjadi *ultimum remedium*. Dalam hal ini, Crinice Le Roy menggambarkan hukum administrasi mendesak hukum pidana dan perdata. Gejala sebaliknya terjadi di negeri ini, hukum pidana mendesak hukum administrasi dan hukum perdata. Tidak sedikit persoalan wanprestasi beralih rupa menjadi delik pengelapan, dan tidak sedikit pula kesalahan administrasi beralih rupa menjadi delik korupsi.

Adapun frasa "...setelah adanya hasil pengawasan aparat pengawasan interen pemerintah" dipahami sebagai upaya perlindungan hukum bagi pejabat dan/atau badan administrasi dari dugaan dan tuduhan serampangan yang sering dilontarkan oleh pihak-pihak eksternal pemerintah.

Perkembangan hukum administrasi sungguh unik. Pada masa Orde Baru terbit Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara, sehingga memiliki hukum administrasi formal, tetapi belum memiliki hukum administrasi materil, kecuali sebagian kecil di Undang-Undang Kepegawaian. Hukum administrasi materil tidak dibuat pada masa Orde Baru karena penguasa berkepentingan menggunakan birokrasi sebagai mesin politik. Pada masa itu asas-asas umum pemerintahan yang layak (*algemene begenselen van behorlijk bertuur*) hanya berkembang dalam doktrin.

Pasca reformasi terdapat keterkaitan yang erat antara aparatatur pemerintahan yang bersih dan pemberantasan korupsi. Oleh sebab itu diterbitkan dua Undang-Undang, UU TIPIKOR yang didalamnya terdapat delik tentang kerugian negara [Pasal 2 ayat (1)], sementara hukum keuangan dan perbendaharaan negara masih berdasarkan *Indishe Comptabiliteitwet* (ICW) Stbd 1925 No.448. ICW tersebut baru dicabut dengan Undang-undang Nomor 17 Tahun 2003 tentang Keuangan Negara dan Undang-undang Nomor 1 Tahun 2004 tentang Perbendaharaan Negara. Terdapat pula delik tentang

penyalahgunaan wewenang, sementara hukum administrasi materil tentang penyalahgunaan wewenang baru lahir dengan UU AP.

Jika dibandingkan dengan Republik Rakyat China, sejak revolusi budaya dibutuhkan waktu 20 tahun untuk membangun birokrasi yang bersih dan berwibawa, termasuk peningkatan tunjangan kesejahteraan pegawai, setelah itu baru mereka menindak tegas koruptor. Sementara kita memberantas korupsi di atas birokrasi yang masih bekerja dalam sistem yang masih dalam perbaikan.

3. Prof. Dr. Eddy O.S. Hiariej, S.H., M.Hum.

Pada tahun 2009, ahli pernah diminta untuk melakukan *review* terhadap penelitian yang dilakukan oleh Badan Penelitian dan Pengembangan Kejaksaan Agung Republik Indonesia mengenai pasal-pasal yang digunakan untuk menjerat pelaku tindak pidana korupsi. Hasil penelitian tersebut menunjukkan Lebih dari 80% tersangka korupsi selalu dijerat Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi. Mengapa kedua pasal tersebut sering digunakan oleh penegak hukum? **Pertama**, kedua pasal tersebut mengandung norma kabur yang dapat digunakan untuk menjerat siapapun yang melakukan perbuatan apapun. Norma kabur pada hakikatnya bertentangan dengan prinsip *nullum crimen nulla poena sine lege certa* sebagai syarat mutlak yang terkandung dalam asas legalitas. **Kedua**, konsekuensi logis suatu norma kabur, di persidangan sangat mudah dibuktikan oleh penuntut umum. **Ketiga**, undang-undang pemberantasan tindak pidana korupsi secara keseluruhan disusun dalam suasana kebatinan reformasi yang menuntut membasmi korupsi sampai ke akar-akarnya sehingga menggunakan hukum pidana sebagai *lex talionis* atau hukum balas dendam. Penggunaan hukum pidana sebagai *lex talionis* sudah tidak lagi sesuai dengan paradigma hukum pidana moderen sebagaimana dalam konvensi PBB mengenai antikorupsi yang secara implisit menganut keadilan korektif, rehabilitatif dan restoratif. Keadilan korektif berkenaan dengan hukuman yang dijatuhkan kepada terpidana. Sedangkan, keadilan rehabilitatif berhubungan dengan upaya untuk memperbaiki terpidana. Sementara keadilan restoratif berkaitan dengan pengembalian aset negara yang dikorup.

Dalam praktik penegakan hukum di Indonesia, kedua pasal tersebut selalu didakwa dengan bentuk primair – subsidair. Pasal 2 ayat (1) sebagai dakwaan

primair, sedangkan Pasal 3 sebagai dakwaan subsidair. Ada dua asumsi konstruksi dakwaan yang demikian. **Pertama**, ancaman pidana Pasal 2 ayat (1) lebih berat dibandingkan Pasal 3. **Kedua**, membuktikan Pasal 2 ayat (1) lebih mudah jika dibandingkan dengan Pasal 3. Konsekuensi lebih lanjut, jika Pasal 2 ayat (1) tidak terbukti, maka diharapkan yang terbukti adalah Pasal 3.

Secara teoretik sebenarnya tidak demikian karena membuktikan Pasal 3 jauh lebih sulit dari pada Pasal 2 ayat (1). Adapun arumentasi teoretiknya adalah sebagai berikut. **Pertama**, adanya kata-kata “dengan tujuan” dalam Pasal 3 menandakan corak kesengajaan dalam pasal *a quo* adalah kesengajaan sebagai maksud. Artinya, antara motivasi, perbuatan dan akibat harus benar-benar terwujud. Jika salah satu saja tidak terwujud, maka penuntut umum harus dianggap gagal membuktikan kesengajaan sebagai maksud dalam pasal *a quo*. **Kedua**, konsekuensi logis dari kata-kata “dengan tujuan”, penuntut umum harus bekerja ekstra untuk membuktikan corak kesengajaan sebagai maksud dan bukan corak kesengajaan lainnya. Artinya, pasal *a quo* telah menutup peluang adanya kesengajaan sebagai kepastian atau kesengajaan sebagai kemungkinan (**van Bemmelen** dan **van Hattum**, 1953 halaman 256 dan 273). Hal ini berbeda dengan Pasal 2 ayat (1) yang mana penuntut umum hanya cukup membuktikan adanya kesengajaan tanpa harus membuktikan lebih lanjut corak dari kesengajaan tersebut. **Ketiga**, pada dasarnya penyalahgunaan wewenang dalam Pasal 3 adalah salah satu pengertian melawan hukum sebagaimana dimaksud dalam Pasal 2 ayat (1) (**van Hamel**, 1913, halaman 270). Dengan demikian, tidaklah dapat diterima secara akal sehat bila ada putusan pengadilan yang menyatakan pasal 2 ayat (1) tidak terbukti sedangkan Pasal 3-nya terbukti. **Keempat**, harus ada hubungan kausalitas antara penyalahgunaan kewenangan, kesempatan atau sarana dengan jabatan atau kedudukan pelaku. Dalam hal ini ajaran kausalitas dari **Brickmayer** yaitu “*meist wirksame bedingung*” : syarat yang paling utama untuk menentukan akibat (**Vos**, 1950 halaman 78).

Masih dalam praktik pengadilan, celakanya tidak terdapat pemahaman yang sama di antara penegak hukum terkait kedua pasal tersebut. Tidak jarang terhadap suatu kasus, terdapat perbedaan antara satu institusi penegak hukum dengan institusi penegak hukum lainnya. Hal ini pernah dialami **Hotasi Nababan**, terpidana kasus korupsi penyewaan pesawat Boeing. Kasus *a quo*

dihentikan penyidikannya oleh Bareskrim Mabes Polri, demikian pula KPK melalui Direktur Pengaduan Masyarakat dengan alasan bahwa tidak cukup bukti. Namun, Bidang Pidana Khusus Kejaksaan Agung berpendapat bahwa sudah cukup bukti adanya Tipikor. Anehnya, Bidang Perdata dan Tata Usaha Negara Kejaksaan Agung memenangkan gugatan perdata di Pengadilan Washington DC Amerika dalam kasus yang sama. Artinya, dalam Kejaksaan Agung sendiri terdapat silang pendapat. Ada yang menyatakan kasus *a quo* adalah tindak pidana korupsi dan ada yang menyatakan kasus *a quo* adalah perdata.

Demikian pula pemahaman hakim di persidangan terhadap kedua pasal tersebut. Suatu ketika, Saya mendengarkan keterangan sebagai ahli dalam kasus korupsi bioremediasi oleh PT Chevron. Terjadi perdebatan antara salah seorang anggota majelis hakim dan saya. Hakim menyatakan bahwa kasus bioremediasi sudah tepat diadili menggunakan Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU TIPIKOR, bukan menggunakan Undang-Undang Lingkungan Hidup dengan argumentasi bahwa unsur kerugian meyanan negara tidak terdapat dalam Undang-Undang Lingkungan Hidup. Saya kemudian menyanggah pernyataan tersebut dengan memberi ilustrasi sebagai berikut: Sebuah mobil milik Bank Indonesia yang biasanya dipakai membawa uang, tiba-tiba disergap oleh dua orang bersenjata api dan mengambil uang dalam mobil yang jumlahnya ratusan miliar rupiah. Apakah kedua orang tersebut akan dijerat dengan pasal pencurian dengan kekerasan ataukah Pasal 2 ayat (1) undang-undang pemberantasan tindak pidana korupsi ? Saya selanjutnya menyatakan kalau hakim yang mulia konsisten, maka kedua orang tersebut harus dijerat dengan Pasal 2 ayat (1) UU TIPIKOR karena dalam pasal pencurian dengan kekerasan tidak ada unsur kerugian keuangan negara. Hanya penuntut umum dan hakim yang mengalami sesat pikir yang akan menjerat kedua orang tersebut dengan Pasal 2 ayat (1) UU TIPIKOR. Mendengar pernyataan saya, hakim tersebut terperanjat dan tidak berbicara sepele katapun.

Dari silang pendapat ini, dapat dipastikan bahwa hakim yang bersangkutan tidak memahami pembagian delik sebagai *tatbestandmassigkeit* dan delik sebagai *wesenschau*. Secara sederhana *tatbestandmassigkeit* dapat diartikan perbuatan yang memenuhi unsur delik yang dirumuskan, sedangkan *wesenschau* mengandung makna suatu perbuatan dikatakan telah memenuhi

unsur delik tidak hanya karena perbuatan tersebut telah sesuai dengan rumusan delik tetapi perbuatan tersebut juga dimaksudkan oleh pembentuk Undang-Undang (Vos, 1950, halaman 35). Perbuatan kedua orang tersebut telah memenuhi Pasal 2 ayat (1), tetapi pembentuk undang-undang tidak bermaksud untuk menyatakan perbuatan yang demikian sebagai tindak pidana korupsi. Tegasnya, perbuatan kedua orang tersebut *tatbestandmassigkeit* memenuhi unsur tindak pidana korupsi, tetapi tidak dimaksudkan oleh pembentuk undang-undang atau tidak *wesenschau* sebagai tindak pidana korupsi. Dengan demikian, kedua orang tersebut dituntut dengan pencurian dengan kekerasan.

Pasal-pasal *a quo* yang tengah diuji dalam sidang yang mulia ini – sebagaimana yang telah diutarakan di atas – adalah pasal-pasal yang tidak memenuhi prinsip *lex certa*, bersifat multi tafsir sehingga membahayakan bagi kepastian hukum.

PERTAMA, adalah unsur “melawan hukum”. Paling tidak, ada 3 hal yang berkaitan dengan frasa “melawan hukum”. **Pertama**, elemen melawan hukum. Selalu menjadi pertanyaan mendasar, apakah elemen atau unsur melawan hukum merupakan unsur mutlak suatu perbuatan pidana ataukah tidak? Tidak ada kesepakatan di antara para ahli hukum pidana terhadap pertanyaan ini. Paling tidak ada tiga pandangan terkait elemen melawan hukum ini, masing-masing pandangan formil, pandangan materiil dan pandangan tengah. Menurut pandangan formil, elemen melawan hukum bukanlah unsur mutlak perbuatan pidana. Melawan hukum merupakan unsur perbuatan pidana jika disebut secara tegas dalam rumusan delik. Berbeda dengan pandangan formil adalah pandangan materiil yang menyatakan bahwa melawan hukum adalah unsur mutlak dari setiap perbuatan pidana. Sebenarnya pandangan materiil yang menyatakan bahwa melawan hukum merupakan unsur mutlak dari perbuatan pidana berasal dari hukum pidana Jerman dan bukan merupakan hukum pidana Belanda. Selain pandangan formil dan pandangan materiil terhadap elemen melawan hukum, masih ada pandangan ketiga yang disebut sebagai pandangan tengah. Pandangan ini dikemukakan oleh **Hazewinkel Suringa** bahwa melawan hukum adalah unsur mutlak jika disebutkan dalam rumusan delik, jika tidak, melawan hukum hanya merupakan tanda dari suatu delik. **Kedua**, pengertian melawan hukum. Dalam *Memorie van Toelichting* atau

sejarah pembentukan KUHP di Belanda tidak ditemukan apakah yang dimaksudkan dengan kata “*hukum*” dalam frase “*melawan hukum*”. Jika merujuk pada postulat *contra legem facit qui id facit quod lex prohibet; in fraudem vero qui, salvis verbis legis, sententiam ejus circumuenit*, maka dapat diartikan bahwa seseorang dinyatakan melawan hukum ketika perbuatan yang dilakukan adalah suatu perbuatan yang dilarang oleh hukum. Dalam Kongres Ahli Hukum Pidana se-dunia di Berlin pada tahun 1934 disimpulkan bahwa ada 4 pengertian hukum dalam frasa “*melawan hukum*”, masing-masing adalah hukum objektif, hukum subjektif, tanpa kewenangan dan hukum tertulis – hukum tidak tertulis. **Ketiga**, sifat melawan hukum. Dalam hukum pidana istilah “*sifat melawan hukum*” atau *wederrechtelijkheid* adalah satu frase yang memiliki empat makna. Keempat makna tersebut adalah sifat melawan hukum umum, sifat melawan hukum khusus, sifat melawan hukum formil dan sifat melawan hukum materiil. Sifat melawan hukum umum adalah syarat umum dapat dipidananya suatu perbuatan sebagaimana definisi perbuatan pidana oleh **Ch.J. Enschede** sebagai, “*een menselijke gedraging die valt binnen de grenzen van delictsomschrijving, wederrechtelijk is en aan schuld te wijten*” (perbuatan pidana adalah suatu perbuatan manusia yang termasuk dalam rumusan delik, melawan hukum, dan kesalahan yang dapat dicelakan padanya). Sifat melawan hukum khusus atau *speciale wederrechtelijkheid*, biasanya kata “*melawan hukum*” dicantumkan dalam rumusan delik. Dengan demikian sifat melawan hukum merupakan syarat tertulis untuk dapat dipidananya suatu perbuatan. Sifat melawan hukum formil atau *formeel wederrechtelijkheid* mengandung arti semua bagian (unsur-unsur) dari rumusan delik telah dipenuhi. Sifat melawan hukum materiil atau *materieel wederrechtelijkheid* terdapat dua pandangan. Sifat melawan hukum materiil dilihat dari sudut perbuatannya. Hal ini mengandung arti perbuatan yang melanggar atau membahayakan kepentingan hukum yang hendak dilindungi oleh pembuat undang-undang dalam rumusan delik tertentu. Biasanya sifat melawan hukum materiil ini dengan sendirinya melekat pada delik-delik yang dirumuskan secara materiil. Selanjutnya sifat melawan hukum materiil dilihat dari sudut sumber hukumnya masih dibagi lagi menjadi sifat melawan hukum materiil dalam fungsinya yang negatif dan sifat melawan hukum materiil dalam fungsinya yang positif. Sifat melawan hukum materiil dalam fungsinya yang

negatif berarti meskipun perbuatan memenuhi unsur delik tetapi tidak bertentangan dengan rasa keadilan masyarakat, maka perbuatan tersebut tidak dipidana. Sedangkan sifat melawan hukum materiil dalam fungsinya yang positif, mengandung arti bahwa meskipun perbuatan tersebut tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan, namun jika perbuatan tersebut dianggap tercela karena tidak sesuai dengan rasa keadilan atau norma-norma kehidupan sosial dalam masyarakat, maka perbuatan tersebut dapat dipidana.

KEDUA, unsur “*dapat merugikan keuangan negara*”. Ada beberapa catatan Ahli mengenai unsur tersebut: **Pertama** dengan adanya kata “dapat”, menandakan bahwa delik tersebut dikonstruksi secara formal (delik formal) yang lebih menitikberatkan pada perbuatan dan bukan akibat. Artinya, tidak perlu ada kerugian negara secara nyata tetapi cukup adanya potensi kerugian keuangan negara. Dalam tataran praktis, kerugian keuangan negara harus dihitung secara pasti. **Kedua**, tidak ada sinkronisasi dan harmonisasi perundang-undangan kita terkait terminologi “keuangan negara”. Sebagai misal, berdasarkan Undang-Undang Perseroan Terbatas dan Undang-Undang Badan Usaha Milik Negara, sumber keuangan yang berasal dari negara ketika berada dalam suatu perseroan terbatas maupun badan usaha milik negara adalah kekayaan terpisah dan tidak termasuk keuangan negara. Sedangkan, berdasarkan Undang-Undang Keuangan Negara maupun Undang-Undang Badan Pemeriksa Keuangan, segala pendapatan yang bersumber dari keuangan negara adalah termasuk terminologi “keuangan negara”. **Ketiga**, terkait siapakah yang berwenang untuk menentukan adanya kerugian keuangan negara? Apakah BPK, BPKP, akuntan publik ataukah inspektorat kementerian? Ironisnya, banyak kasus korupsi di persidangan, hasil audit yang dilakukan oleh BPK berbeda secara diametral dengan BPKP, yang satu menyatakan ada kerugian keuangan negara sedangkan yang satunya tidak. **Keempat**, apakah adanya kerugian keuangan negara serta merta harus ada tindak pidana korupsi? Anggapan yang demikian telah mengalami sesat pikir aparat penegak hukum karena tidak selamanya adanya kerugian keuangan negara harus ada tindak pidana korupsi. Dapat saja terjadi kerugian keuangan negara namun dalam konteks administrasi atau perdata. Sebenarnya pembentuk undang-undang pemberantasan tindak pidana korupsi sudah mengantisipasi kerugian keuangan negara yang bukan korupsi

dengan ketentuan Pasal 32 Undang-Undang *a quo*. Akan tetapi praktis ketentuan pasal ini hampir tidak pernah digunakan. **Kelima**, merujuk pada *United Nation Convention Against Corruption, 2003* yang telah diratifikasi Indonesia dengan Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2006, tidak adanya unsur merugikan keuangan negara dalam Konvensi Anti Korupsi adalah wajar karena cakupan delik korupsi menurut Konvensi Anti Korupsi sudah diuraikan secara sangat limitatif yang meliputi suap, penggelapan dalam jabatan, memperdagangkan pengaruh, penyalahgunaan jabatan, pejabat publik memperkaya diri secara tidak sah, suap di sektor swasta, penggelapan dalam perusahaan swasta, pencucian hasil kejahatan, menyembunyikan adanya kejahatan korupsi dan menghalang-halangi proses peradilan.

KETIGA, dengan menggunakan metode interpretasi komparatif yang berarti melaksanakan Undang-Undang dengan cara membandingkannya dengan negara lain atas suatu Undang-Undang yang timbul dari konvensi internasional, maka keberadaan Pasal 2 dan Pasal 3 Undang-Undang *a quo* sudah tidak relevan lagi. Di samping tidak satu pun negara di dunia ini yang memiliki rumusan tindak pidana korupsi sebagaimana yang diatur dalam Pasal 2 dan Pasal 3 Undang-Undang *a quo*, Selain itu juga rumusan tersebut mendistorsi *United Nation Convention Against Corruption, 2003* yang telah diratifikasi Indonesia dengan Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2006, khusus terkait korupsi di sektor privat.

KEEMPAT, konstruksi Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 yang demikian, ibarat pedang bermata dua. Di satu sisi, sangat efektif untuk menjerat para pejabat negara, politisi dan pebisnis yang secara sendiri-sendiri atau berkolaborasi untuk merampok uang rakyat dengan modus operandi yang canggih demi kepentingan pribadi, golongan atau partai politik tertentu. Di sisi lain, tidak jarang pula kedua pasal tersebut digunakan oleh aparat penegak hukum yang terjerembab dalam kubangan mafia peradilan untuk memeras calon tersangka atau digunakan untuk menyingkirkan lawan-lawan politik. Bahkan, kedua pasal tersebut juga dapat digunakan untuk menjerat penggiat antikorupsi yang bersuara keras terhadap institusi penegak hukum tertentu.

KESIMPULAN

Berdasarkan uraian argumentasi teoretik di atas, adapun kesimpulan ahli bahwa Pasal 2 dan Pasal 3 UU TIPIKOR bertentangan dengan UUD 1945,

khusus Pasal 1 ayat (3), Pasal 28D ayat (1) dan Pasal 28I ayat (4) yang berkaitan dengan prinsip negara hukum berupa kepastian hukum dan perlindungan terhadap hak asasi manusia.

4. Dr. Harjono, S.H., MCL.

- Di dalam menganalisis persoalan yang diajukan oleh Pemohon, ahli mengambil posisi dari sudut ilmu hukum, yaitu *recht wetenschap*. Salah satu bagian dari ilmu hukum *recht wetenschap* itu adalah apa yang disebut sebagai *normatieve wetenschap* atau pengetahuan mengenai norma. Itu dari pengantar ilmu hukumnya Purnadi Purwacaraka dan demikian juga Prof. Suryono Sukanto yang menghidupi teori-teori tentang ilmu hukum.
- Bicara mengenai *normatieve wetenschap* maka kalau dikaitkan dengan pasal yang dimohonkan para Pemohon, maka *normatieve wetenschap*-nya harus dimulai dengan bunyi dari norma yang dipersoalkan. Karena itu normanya ada Pasal 2 dan Pasal 3 UU TIPIKOR.
- Norma ditulis dalam satu bahasa dan kemudian bahasa itu mempunyai *begrip* atau pengertian, maka pendekatan *normatieve wetenschap* tidak bisa dipisahkan dengan pengertian-pengertian yang timbul dari yang ditulis di dalam pasal itu. Pendekatan norma *normatieve wetenschap* sikap ini juga berakibat pada norma-norma yang lain. Oleh karena itu, perlu analisis relasi dengan norma-norma yang lain, karena norma *normatieve wetenschap* tidak hanya memahami satu norma, tapi hubungan antara satu norma dengan norma yang lain.
- Hukum yang berlaku bagi para Pemohon sebagai pejabat tata usaha negara adalah bukan hukum biasa, khususnya pegawai negeri dan pejabat. Karena kalau hukum biasa artinya hukum perdata, tetapi hukum khusus. Sebagaimana definisi yang disampaikan oleh Utrecht tentang hukum administrasi negara, yaitu hukum khusus yang memungkinkan administrasi negara menjalankan tugasnya. Jadi, kalau administrasi negara itu modalnya hanya hukum perdata, maka administrasi negara atau pejabat itu tidak bisa melaksanakan tugas khususnya. Oleh karena itu, perlu ada hukum administrasi negara yang disebut sebagai hukum yang menguji hubungan-hubungan istimewa agar supaya administrasi negara bisa menjalankan tugas yang khusus, sebagai keistimewaan dari hukum yang mengatur beberapa Pemohon itu adalah adanya hukum administrasi negara.

- Administrasi negara mempunyai wewenang yang pengertiannya berbeda dengan hak dalam hukum perdata. Hak dapat digunakan atau tidak digunakan tergantung kepada pemilik hak, pemegang hak yang punya otonom sepenuhnya. Sedangkan kewenangan publik diberikan karena adanya kewajiban. Perbuatan administrasi negara wajib untuk dilakukan, oleh karena itu administrasi negara tidak bisa menghindar untuk tidak melakukan satu perbuatan administrasi negara. Jadi, wewenang itu beda dengan hak. Wewenang itu timbul karena tugas dan tugas itu harus dilakukan.
- Dalam pemberlakuan Hukum Administrasi Negara, dikenal *presumption of legality* sejauh perbuatan tersebut masih dalam ranah hukumnya. maksudnya perbuatan administrasi yang tidak berkaitan dengan lingkungan hukum menjadi wewenangnya tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat karena tidak mempunyai dasar hukum. Sedangkan perbuatan administrasi negara yang masih dalam lingkungan hukum, kewenangan berlaku asas kesahan perbuatan atau *presumption of legality*. Jadi, segala sesuatu yang dibuat oleh administrasi negara itu berlaku *presumption of legalities*. Dianggap sebagai sah adanya sampai perbuatan tersebut dicabut oleh pembuatnya atau dibatalkan oleh pejabat atasan atau dinyatakan tidak sah oleh putusan pengadilan.
- Hukum administrasi negara mengatur tata cara satu perbuatan administrasi negara, diputus atau prosedur yang harus ditempuh, serta menentukan bidang substansi atau objek perbuatan administrasi yang menjadi wewenangnya. Dalam kapasitas sebagai pejabat administrasi, seseorang harus melakukan kewajibannya dan melaksanakan kewajiban tersebut dengan cara menggunakan wewenang yang dipunyai untuk melakukan perbuatan sesuai dengan prosedur yang diwajibkan.
- Sebagai pejabat, orang yang berwenang menjalankan jabatannya dalam melaksanakan kewajibannya dapat saja salah dalam menggunakan kewenangan (*misuse of authority*), atau bisa juga menyalahgunakan kewenangan atau *abuse the powers*, dari kedua tindakan tersebut terdapat perbedaan yang mendasar. *Misuse of power* timbul karena kekurangcermatan, tidak saksama dalam membuat atau melakukan keputusan dengan tanpa maksud tertentu, kecuali untuk menjalankan

kewajiban. Kesalahan dalam membuat keputusan macam ini biasanya terjadi dalam memenuhi prosedur yang disyaratkan, yang sering disebut sebagai kesalahan administrasi. Dan kesalahan ini dapat dilakukan perbaikan dengan maksud mengembalikan pada prosedur yang seharusnya. Jadi, untuk *misuse of authority* ini atau kesalahan administrasi, ini bisa dikoreksi, internal bisa dikoreksi. Sedangkan pejabat yang sering melakukan kesalahan dapat dimutasi bahkan didemosi karena tidak cakap. Penyalahgunaan kewenangan dilakukan dengan kesengajaan, bahkan dapat dilakukan dengan cara melakukan manipulasi seolah-olah prosedur telah dipenuhi dan pelaku mempunyai maksud tertentu yang tidak sejalan dengan kewajiban sebagai pejabat yaitu untuk mendapatkan keuntungan milik pribadi, salah satu di antaranya adalah memperkaya diri sendiri atau orang lain yang menyebabkan kerugian negara.

- Konsep perbuatan administrasi yang kemudian menyimpang dari prosedur, bisa disebabkan karena *misuse of authority*, tapi disebabkan juga penyalahgunaan kekuasaan. Penyalahgunaan kekuasaan ada maksud sesuatunya karena memperkaya diri sendiri, maka bahkan dia bisa membuat manipulasi-manipulasi di dalam menggunakan kewenangannya.
- Prinsip utama dalam hukum pidana adalah prinsip nonretroaktif atau juga disebut sebagai prinsip *legality*, yakni suatu asas yang menyatakan bahwa tiada perbuatan pidana sebelum adanya hukum yang melarang perbuatan tersebut. Di samping adanya larangan terlebih dahulu, sebelum suatu pidana dijatuhkan, unsur yang penting dalam negara hukum adalah bahwa larangan tersebut dibuat oleh lembaga yang berwenang untuk menentukan larangan tersebut. Jadi kalau larangan itu bukan datangnya dari kekuasaan legislatif, maka dalam teori negara hukum, itu bukan sesuatu bisa menjadi hukum, tidak mempunyai kekuatan mengikat.
- Dalam hubungannya dengan asas nonretroaktif atau asas legalitas dapatlah disimpulkan bahwa baru ada perbuatan pidana kalau kekuasaan legislatif menetapkannya. Kekuasaan yudisial tidak dapat menetapkan suatu perbuatan adalah perbuatan pidana. Penafsiran yudisial, penafsiran undang-undang oleh hakim dalam penerapan hukum tidak dapat dihindari. Demikian juga penafsiran terdapat rumusan ketentuan hukum pidana dalam ayat maupun pasal Undang-Undang. Namun, khusus hukum pidana,

penafsiran tersebut dibatasi bahwa penafsiran ekstensif dan analogi secara doktrin dilarang oleh di dalam hukum pidana. Larangan tersebut tentunya ada dasarnya, yaitu baik penafsiran ekstensif maupun analogi dapat menciptakan perbuatan pidana atau delik baru yang lahir pada saat penafsiran ekstensif atau analogi diterapkan kepada terdakwa, dan bahkan kasus hukumnya timbul baru yaitu hukum muncul kemudian. Jadi kalau ada penafsiran ekstensif atau analogi, maka itu sebetulnya menciptakan hukum baru. Menciptakan hukum baru ini baru diketahui oleh yang mestinya harus tunduk pada ketentuan hukum pada saat dia dihukum. Oleh karena itu, prinsip dalam hukum pidana tidak akan memperbolehkan adanya penafsiran ekstensif dan penafsiran yang analogi.

- Ironisnya kalau saja tirani peradilan lahir justru tidak dari keinginan untuk mempraktikkan, tetapi kekurangpahaman hakim bisa saja terjadi, bukan ada niat tetapi kekurangpahaman hakim bisa menimbulkan suatu hal yang seperti itu tentang bagaimana tidak bolehnya melakukan suatu penafsiran ekstensif dan analogi itu karena penafsiran ekstensif dan analogi tidak lain melahirkan perbuatan pidana baru, maka kalau hal demikian dipratikkan oleh peradilan sama halnya peradilan mengambil alih peran legislatif, maka berdasar pada asas-asas yang berlaku pada hukum pidana sebagaimana tersebut di atas, timbul suatu kebutuhan dalam penerapan suatu perbuatan hukum adalah perbuatan pidana demi kepastian hukum merumuskan perbuatan pidana haruslah memenuhi syarat *lex scripta*, *lex certa*, dan *lex stricta*. Itu usaha-usaha agar supaya penafsiran yang menimbulkan hukum baru itu dihambat oleh adanya tiga asas tersebut.
- Unsur Pasal 2 ayat (1) yang menjadi rasiologis dari pasal ini beda dengan *asbabul nuzul* karena rasiologis itu kalau dalam hukum Islam barangkali disebut *ilat*, karena menjadi dilarang *ilat*-nya. Hukum pidana mempunyai lingkup untuk berlakunya, mempunyai *coverage*, karena kalau tidak setiap orang yang merampok harta yang secara langsung maupun tidak langsung negara dapat dirugikan seperti hilangnya aset pemerintah yang dibeli oleh APBN karena digondol maling, hilangnya uang untuk gaji PNS karena dirampok, hilangnya pajak atas kendaraan bermotor karena kendaraannya dicuri. Persoalannya sudah atukah akan contoh kasus tersebut akan diperiksa pengadilan Tipikor? Padahal Pasal 5, Undang-Undang Tipikor itu,

Peradilan Tipikor, “Pengadilan tindak pidana korupsi merupakan satu-satunya pengadilan yang berwenang memeriksa, mengadili, memutus, dalam perkara tindak pidana korupsi” per definisi. Padahal ada ketentuan pasal yang mengatakan bahwa pengadilan Tipikor adalah satu-satunya. Jadi pasal ini menimbulkan anomali-anomali, menimbulkan ketidakpastian hukum. Praktik selama ini belum pernah dikemukakan kasus pencurian mobil seperti yang dicontohkan diadili Tipikor.

- Ahli berpendapat bahwa dengan memperhatikan praktik selama ini tidak akan ada kasus dicontohkan akan dibawa ke Tipikor. Korupsi adalah *extraordinary crime* dan untuk itu peradilan Tipikor lahir oleh karena memenuhi Pasal 2 ayat (1). Anti korupsi, perbuatan melawan hukum dalam contoh di atas seharusnya diadili oleh peradilan Tipikor. Kalau sampai saat ini belum ada kasus dicontohkan masuk peradilan Tipikor, bukan disebabkan utamanya karena semata-mata tidak ada kasus yang serupa, tetapi polisi, jaksa, bahkan hakim PN, PT, dan MK masih memandang ketiga contoh kasus adalah perbuatan pencurian, penipuan, dan bukan perbuatan korupsi.
- Secara legal formal, kasus yang ditangani di atas apabila diperiksa dalam peradilan umum, putusannya tidak sah kalau mengacu kepada Pasal 5 Undang-Undang Peradilan Tipikor. Karena satu-satunya yang mengadili korupsi adalah Undang-Undang Tipikor. Kalau sekarang ada kasus diputus oleh pengadilan negeri, tidak sah itu sebetulnya. Karena rumusnya jelas dan perbuatan pidana tadi masuk ke dalam ketentuan sebagai korupsi, terpenuhi unsur semuanya. Karena ada kata dapat merugikan negara. Akan tetapi mengapa tidak diadili di Tipikor? Kalau tidak diadili di Tipikor, selama ini kalau ada kasus seperti itu adalah kasus tidak sah karena diputus oleh pengadilan yang tidak diberi kewenangan untuk itu. Ini hal-hal yang menyangkut menurut saya ada anomali-anomali di dalam Undang-Undang Korupsi.
- Secara formal, unsur delik Pasal 3 UU TIPIKOR terpenuhi apabila ada contoh seorang atasan menyusur bawahannya untuk mengerjakan proyek dengan memberikan persetujuan izin tidak masuk, padahal di waktu yang sama bawahan tersebut harus mengerjakan pekerjaan kantor yang lebih penting, sehingga terjadi adanya perbuatan melanggar hukum, manipulasi

pemberian izin, negara dirugikan. Tetapi pertanyaannya, akankah kasus itu diproses sebagai delik pidana korupsi di pengadilan tipikor? Lebih daripada itu, apakah ini juga *original intent* dari pembuat Undang-Undang? Apa itu yang dimaksudkan oleh pembuat Undang-Undang? Perbuatan seperti itu? Kalau tidak, tetapi mengapa perbuatan seperti memenuhi unsur sebagai perbuatan korupsi? Pasal ini menggunakan frasa setiap orang dan menyalahgunakan kewenangan. Kesempatan atau sarana yang ada padanya. Karena menggunakan frasa setiap orang, maka larangan ini tidak terbatas ditujukan kepada pejabat dan penyelenggara negara, Pasal 3 UU TIPIKOR. Dengan demikian, kewenangan, kesempatan, atau sarana tidak harus kewenangan, kesempatan, sarana pejabat penyelenggara negara. Bisa saja, kewenangan yang timbul dari anggaran organisasi kemasyarakatan atau anggaran dari badan usaha. Pasal 3 UU TIPIKOR tidak mengaitkan pejabat setiap orang. Tapi kalau setiap orang kemudian jabatan disebut, tidak mungkin orang bukan pejabat publik, namun mempunyai kekuasaan publik. Setiap orang punya jabatan, mungkin jabatan itu timbul dari anggaran dari sebuah badan hukum swasta.

- Contoh lain mengenai pelanggaran terhadap ketentuan Undang-Undang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, sebetulnya per-definisi itu adalah perbuatan korupsi. Akan tetapi apa yang terdapat dalam Undang-Undang? Itu disebut pelanggaran dan pelanggarannya hanya denda. Kalau pelanggaran ini denda sekian, denda sekian, denda sekian. Bagaimana kata dapat itu kemudian *coverage*-nya perbuatan-perbuatan yang demikian luas itu bisa masuk di dalam delik ekonomi karena Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU TIPIKOR? Itu persoalan-persoalan yang berhubungan dengan kata dapat.
- Pasal 2 dan Pasal 3 UU TIPIKOR, terdapat ancaman terhadap percobaan. Percobaan pada Pasal 2 dan Pasal 3 diatur di Pasal 15. Tidak pernah ada orang dituntut percobaan dengan suatu delik yang terkualifikasi. Adakah orang maju ke pengadilan, didakwa karena dia melakukan penganiayaan yang dapat menimbulkan matinya orang? Pasti dia berhenti pada penganiayaan saja. Matinya orang, tidak bisa kalau itu percobaan. Karena apa? Karena itu if (kalau). Tapi, ketentuan Pasal 15 ini percobaannya itu percobaan penuh dari Pasal 2 dan Pasal 3, yaitu dapat menimbulkan.

Bagaimana suatu percobaan yang kemudian deliknya delik dapat menimbulkan. Dapat menimbulkan, itu masih hipotesis, karena percobaan dengan melakukan Pasal 15 karena adanya apa yang disebut sebagai rekaan-rekaan yang dipenuhi oleh *suudzon*. Jadi, menghakimi rekaan-rekaan yang di-*suudzon*-i. Karena belum terjadi semua, pada Pasal 15 dan Pasal 2 ini langsung percobaan, kalau itu sampai dijatuhkan dan hakim mengatakan bisa dihukum karena pasal percobaan berarti hakim itu dipenuhi oleh prasangka-prasangka *suudzon* yang secara hipotetis dan secara real tidak terjadi, tetapi bisa dijatuhkan, karena ada kata dapat di situ. Inilah kira-kira norma itu bisa meng-*coverage* perbuatan-perbuatan yang semestinya secara *ilat*-nya secara rasiologisnya itu tidak menjadi tujuan dari Undang-Undang Korupsi itu sendiri. Kalau itu mau disesuaikan dengan *ilat*-nya, sehingga penjelasan Pasal 2 dan Pasal 3 itu harus hilang. Dan kata dapat harus dihilangkan dari rumusan sesuai *norm as a norm*.

- Sekarang sudah ada UU AP. Terdapat perbedaan mengenai penyalahgunaan kewenangan yang diatur dalam UU TIPIKOR, karena penyalahgunaan kewenangan dalam UU AP adalah salah di dalam menggunakan kewenangan atau *misuse authority*. Mengapa? Karena kemudian bisa menjadi perbaiki lagi, bisa batal.
- Ketentuan UU AP isinya adalah *misuse of authority* bukan penyalahgunaan wewenang. Terhadap administrasi negara, mestinya proses ini diperhatikan di dalam melihat apakah dia melakukan penyalahgunaan. Jangan karena memang dia baru *misuse of authority*, menggunakan wewenang yang salah, yang mestinya bisa dikoreksi dan bagaimana kemudian menjamin koreksi. Sampai inilah satu-satunya di mana kemudian secara materiil pejabat yang mengeluarkan keputusan itu bisa minta fatwa ke Peradilan Tata Usaha Negara jika terdapat ke ragu-ragu dalam keputusannya untuk dikatakan putusan yang akan dilakukan sah atau tidak. Ini jelas, ini adalah mekanisme interen yang mestinya harus dihargai, harus dipertimbangan kalau akan melihat apakah administrasi negara akan melakukan penyalahgunaan wewenang. Karena ada dua kriteria *misuse of authority* dan *abuse of power* yang berbeda.

5. Dr. Dian Puji N. Simatupang, S.H., M.H.

- Bahwa frasa terkait dengan kata “dapat” merugikan keuangan negara dan menguntungkan orang atau korporasi sebagaimana menimbulkan norma yang tidak terstruktur atau *instructure problem*. Dalam teori hukum administrasi negara dan keuangan publik, suatu bentuk norma perintah dan larangan pengaturan bagi administrasi dan warga masyarakat tanpa disadari menciptakan masalah yang tidak terstruktur (*ill-structured problems*), masalah yang tidak terstruktur menurut William N. Dunn dalam *Public Policy Analysis* bercirikan norma yang diterapkan praktik secara berbeda-beda, dengan nilai manfaat yang tidak diketahui dan ditetapkan dengan cara yang tidak konsisten. Hasilnya tidak dapat diestimasi dan tingkat ketidakpastiannya sangat tinggi.
- Konsep dan norma di dalam kata dapat dan juga norma orang lain atau korporasi pada hakikatnya menimbulkan *instructure problem* tersebut, beberapa fakta dan pengambilan keputusan kebijakan administrasi dan administrasi keuangan negara dan daerah akibat dari *instructure problem* pada norma tersebut, antara lain:
 1. Ketidakjelasan norma, syarat, dan prosedur dalam pengaturan administrasi/administrasi keuangan, sehingga tidak memenuhi norma, syarat, dan prosedur dianggap sebagai perbuatan melawan hukum (peraturan perundang-undangan), meskipun misalnya norma hanya diatur dalam suatu peraturan administrasi.
 2. Pelampauan batasan dan pelaksanaan wewenang selalu dianggap merugikan keuangan negara.
 3. Suatu pembayaran yang sah, tetapi didasarkan kesalahan administrasi sebagai menguntungkan orang lain atau korporasi, yang merugikan keuangan negara, tetapi paradoksnya penilaian kerugian negara dilakukan dengan metode dan standar penilaian kerugian negara yang tidak tersistem dan tidak terstandar, dan tidak menyakinkan secara memadai (*un-reasonable assurance*).
 4. Makna dan hakikat tindakan hukum dalam pasal perundang-undangan yang tidak jelas melalui pengambilan kebijakan langsung dianggap melawan hukum yang merugikan keuangan negara.

- Bahwa Akibat Hukum dari permasalahan tersebut di atas, menyebabkan:
 1. Ketidakpastian hukum menyangkut norma yang menjadi batasan perbuatan melawan hukum dan unsur merugikan keuangan negara, apakah pelanggaran atas norma jabatan pun yang dalam teori pelaksanaannya bergantung pada situasi dan kondisi pada saat diterapkan, juga dianggap sebagai norma hukum, yang memenuhi kriteria dapat merugikan keuangan negara.
 2. Tiadanya jaminan perlindungan hukum, yang menyangkut penilaian sampai pada simpulan “dapat” merugikan keuangan negara dan sampai pada penilaian “menguntungkan orang lain atau korporasi”. Tidak ada kesempatan untuk memberikan penjelasan saat proses pemeriksaan (asersi), karena objektivitas pemeriksaan telah dilakukan sendiri, dengan metode yang jauh dari sistem dan standar, sehingga kemungkinan menciptakan konflik dan sengketa hasil audit.
- Implikasi yang terjadi terhadap Perilaku Aparatur yaitu:
 1. Apabila norma “dapat” dapat dipersonifikasikan dengan cara subyektif tanpa berkepastian hukum dan tanpa jaminan perlindungan hukum, perilaku aparatur dalam pengelolaan keuangan negara menjadi hanya memenuhi syarat dan prosedur, padahal tujuan manfaat pengelolaan keuangan negara yang diwujudkan dengan pelaksanaan APBN/APBD adalah untuk mencapai tujuan bernegara, yang semakin kurang perhatiannya, karena aparatur hanya berupaya memenuhi syarat dan prosedur. Tidak berpikir mengenai kemanfaatan.
 2. Norma “dapat” seakan-akan membatasi tindakan pada batasan syarat dan prosedural sebagai ketaatan terhadap “hukum”, seakan-akan terbatas formalitas, yang akhirnya secara filosofis dianggap keadilan dan penegakan hukum adalah soal syarat dan prosedur aturan saja. Hukum tidak lagi menjadi alat mendukung inovasi, kecepatan, kemudahan, dan penyesuaian perkembangan layanan kepada masyarakat.
- Perbandingan dari sistem karakter hukum. Hukum perdata mempunyai sistemnya, konsep asas *contrarius actus* menetapkan bahwa apabila penyelesaian perdata pemeriksaan perdata terlebih dahulu, demikian juga apabila pemeriksaan hukum administrasi ada, maka pemeriksaan administrasi dilakukan. Tetapi apabila suatu ketentuan menyatakan bahwa

dia merupakan hukum pidana, maka ketentuan hukum pidana menjadi salah satu yang premium remedium tetapi selain sebagai prinsip, hukum pidana merupakan *ultimum remedium*.

- Dari konsep dapat merugikan keuangan negara dan menguntungkan orang lain, sebaiknya harus secara sistem melihat pada tiga motivasi untuk menentukan sejauh mana masuk kepada ranah hukum administrasi atau ranah hukum pidana. Kalau pada ranah hukum pidana. Persoalan paksaan, suap, dan juga tipuan yang dibuktikan adanya penerimaan uang secara tidak sah pada hakikatnya memang menjadi ranah hukum pidana. Tetapi apabila salah kira dualing menurut Utrecht van der Valk. Sebenarnya penyelesaian yang disediakan oleh administrasi itu sendiri sehingga silakan administrasi menyelesaikannya berdasarkan ketentuan-ketentuan perundang-undangan yang berlaku. Penyelesaiannya terdapat dalam dua Undang-Undang yang sudah tersedia, yaitu Pasal 59 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2004 tentang Perbendaharaan Negara yang mengatur pengembalian dan tindakan sanksi administrasi lainnya. Yang kedua, di dalam Pasal 20 AP berkaitan dengan pengembalian keuangan negara dengan jangka waktu paling lama 10 hari kerja.
- Adapun mengenai salah kira berdasarkan penelitian yang pernah dilakukan pada waktu disertasi, 72.7% beberapa perkara yang seharusnya administrasi semua dipidanakan. Konsep itu terjadi karena semua salah kira atau dualing berkaitan dengan wewenangnya seseorang terhadap hak seseorang atau badan hukum atau salah kira terhadap peraturan perundang-undangan, misalnya setelah normanya dibaca penjelasannya hanya berisi cukup jelas kemudian dia salah menerapkan hukum, ternyata juga dipidanakan.
- Demikian juga salah kira terhadap maksud norma peraturan administrasi pun soal surat edaran dan juga pelaksana surat peraturan menteri misalnya, juga dianggap kemudian sebagai pidana. Padahal penyelesaian salah kira seperti ini menurut Van der Valk dan Utrecht merupakan bagian dari penyelesaian hukum administrasi.
- Sejak berlakunya UU AP sebenarnya memberikan batasan secara tegas bahwa apabila memang suatu tindakan administrasi didasarkan pada suap, ancaman, tipu muslihat yang dibuktikan dengan perolehan yang tidak sah,

maka sebenarnya memang menjadi kompetensinya pengadilan umum atau pengadilan pidana. Tetapi pengambilan keputusan yang melampaui wewenang atau penyalahgunaan wewenang atas dasar salah kira menurut UU AP, maka yang menjadi wewenang kompetensi Pengadilan Tata Usaha Negara.

- Berkaitan dengan frasa kata dapat bahwa di dalam UU TIPIKOR memang menimbulkan tiga kepastian hukum menyangkut sistem hukum secara keseluruhan. Padahal ketentuan penyelesaian ada di dalam Undang-Undang Perbendaharaan dan U AP. Kata dapat juga tidak menimbulkan jaminan perlindungan hukum kepada aparatur dan/atau seseorang badan hukum yang beritikad baik yang dinilai merugikan negara atas kelalaiannya dan bukan bentuk kesengajaan dalam bentuk ancaman, suap, atau tipuan untuk menerima sesuatu secara tidak sah.
- Apabila terjadi penilaian terhadap penyalahgunaan wewenang, maka penyelesaian terlebih dahulu dilakukan oleh APIP dengan menilai tiga penilaian tersebut. Tidak terdapat kesalahan, terdapat kesalahan administrasi, atau terdapat kesalahan administrasi yang merugikan keuangan negara. Jadi, esensinya sebenarnya penyelesaian administrasi sesuai dengan asas *contrarius actus* maka diberikan kesempatan hukum administrasi menyelesaikan terlebih dahulu.
- Upaya hukumnya apabila aparatur penegak hukum atau badan pemerintah keberatan atas penilaian APIP, maka dapat dilakukan pengujian di Pengadilan Tata Usaha Negara. Hal yang sudah diatur pelaksanaannya dengan Peraturan Mahkamah Agung Nomor 5 Tahun 2015. Badan dan/atau pejabat pemerintahan yang merasa kepentingan dirugikan pun oleh hasil pengawasan juga dapat mengajukan ke Pengadilan Tata Usaha Negara.
- Penyalahgunaan wewenang dalam perkembangannya sekarang dalam hukum administrasi ternyata sudah diidentifikasi jenisnya. Sehingga penyalahgunaan wewenang sebagaimana dimaksud di dalam UU AP ini sudah diatur secara tegas dan diselesaikan menurut ketentuan di dalam Pasal 20 UU AP.
- Salah satu contoh bahwa misalnya ketika ada alokasi anggaran pengadaan barang tidak ada tapi kebutuhan ada dan diperlukan saat itu juga dapatkah membeli barang tersebut untuk kepentingan yang diperlukan pada saat itu

juga, maka sebenarnya, apabila kata dapat tetap diterapkan maka kemungkinan orang tidak akan mampu melakukan pembelian karena takut dituduh sebagai merugikan keuangan negara. Padahal sebenarnya ketentuan tersebut ada di dalam Pasal 27 Undang-Undang Keuangan Negara. Bahwa dapat dikeluarkan uang terlebih dahulu untuk kemudian apabila keadaan mendesak atau tidak terduga yang kemudian dimasukkan di dalam APBN tambahan perubahan dan/atau laporan realisasi anggaran.

- Hal ini sebenarnya, tentu apabila kata dapat tersebut dapat diperluas karena menurut ketentuan norma itu sendiri. Yang terakhir, pada hakikatnya inilah yang terjadi dalam praktik yang akibat dari penerapan norma dapat tersebut. Yaitu seharusnya suatu sistem penentuan kerugian negara itu adalah diawali dengan pemeriksaan finansial untuk membuktikan adanya kekurangan uang yang nyata dan pasti. Setelah itu apabila memang diketahui jumlahnya secara nyata dan pasti, maka dilanjutkan dengan pemeriksa *performance* untuk menyimpulkan, apakah kekurangan tersebut akibat *maladministration*, maka kembali ke Pasal 20 UU AP, atau merupakan *mens rea* terpenuhinya niat jahat seseorang, suap, tipuan, maupun juga ancaman, maka dilakukan dengan penyelesaian pidana.
- Dalam praktik sekarang yang terjadi dari pemeriksaan finansial langsung ke pernyataan kesimpulan melawan perbuatan melawan hukum pidana, adanya kesewenang-wenangan tersebut atau potensi kesewenang-wenangan tersebut, pada hakikatnya tentu sebagai akibat penerapan norma tersebut, langsung maupun tidak langsung yang akan merugikan jaminan perlindungan hukum terhadap warga masyarakat dan juga kepastian hukum itu sendiri.

6. Dr. Maruarar Siahaan, S.H.

Pendahuluan

Salah satu kontroversi dalam pengujian Undang-Undang (*judicial review*) terkait erat dengan konteks dalam interpretasi norma, yang terkadang sangat membawa jauh makna norma jika dilihat dari teks secara harfiah. Oleh karena itu tidak dapat mengandalkan satu metode interpretasi secara berdiri sendiri, tanpa bantuan metode lainnya, untuk dapat menangkap makna yang sesuai dengan spirit dan aspirasi dalam konstitusi sebagai sumber validitas norma yang dibentuk berdasarkan politik hukum yang dapat dirumuskan MK dalam

pilihan yang termuat dalam amar putusan. Hal lain yang menjadi perhatian adalah apakah suatu posisi yang telah ditentukan MK dalam ukuran konstitusionalitas norma berdasarkan putusan yang telah diambil dalam *judicial review* atas satu norma berdasarkan batu uji konstitusional tertentu pada suatu masa, dapat mengubah posisinya tersebut.

Memang ada norma yang berasal dari jurisprudensi MK, bahwa, meskipun suatu norma telah pernah diuji, berdasarkan batu uji konstitusional tertentu pada suatu masa menurut UU MK tidak dapat diuji lagi, dengan alasan konstitusionalitas yang berbeda dapat dimohonkan pengujian kembali. Hanya saja relevankan alasan konstitusionalitas yang berbeda tersebut untuk mengubah posisi semula, akan banyak ditentukan oleh perkembangan dan perubahan mendasar yang dapat dikemukakan untuk menunjukkan pentingnya menyesuaikan posisi semula dengan tafsir konstitusional yang baru.

Pengujian Norma Pasal 2 dan Pasal 3 UU 31 tahun 1999 Dengan Alasan Berbeda.

Pengujian yang diajukan oleh Pemohon dalam perkara ini adalah terhadap:

1. Pasal 2 ayat (1) UU TIPIKOR, yang menyatakan, “...*secara melawan hukum, melakukan perbuatan memperkaya diri sendiri atau orang lain atau suatu korporasi yang dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara...*”
2. Pasal 3 UU TIPIKOR, “...*menguntungkan diri sendiri atau orang lain atau suatu korporasi, menyalahgunakan kewenangan, kesempatan atau sarana yang ada padanya karena jabatan atau atau kedudukan, yang dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara...*”.

Dalam Perkara Nomor 03/PUU-IV/2006 tanggal 25 Juli 2006, MK telah pernah menguji norma tersebut, dan dengan alasan konstitusional Pemohon saat itu, norma tersebut dianggap bertentangan dengan Pasal 28D ayat (1), dengan mengabulkan permohonan untuk sebagian dengan pertimbangan sebagai berikut:

1. Frasa “dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara” tidak bertentangan dengan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945, sepanjang ditafsirkan bahwa frasa “dapat” sebelum frasa “merugikan keuangan negara atau perekonomian negara” menunjukkan bahwa tindak pidana tersebut merupakan delik formil, yaitu adanya tindak pidana korupsi

dipandang cukup terbukti dengan dipenuhinya unsurperbuatan yang dirumuskan, bukan digantungkan kepada timbulnya akibat. Hal demikian tidak dipandang menimbulkan ketidak pastian hukum;

2. Konsep melawan hukum materiil (*materiele wederrechtelijk*) yang merujuk pada hukum tidak tertulis dalam ukuran kepatutan, kehati-hatian dan kecermatan yang hidup dalam masyarakat, sebagai norma keadilan, adalah merupakan ukuran yang tidak pasti, dan berbeda-beda dari satu lingkungan masyarakat tertentu, kelingkungan masyarakat lainnya, sehingga apa yang melawan hukum di suatu tempat mungkin ditempat lain diterima dan diakui sebagai sesuatu yang sah dan tidak melawan hukum, menurut ukuran yang dikenal dalam kehidupan masyarakat setempat, sehingga tidak sesuai dengan perlindungan dan jaminan kepastian hukum yang adil yang dimuat dalam Pasal 28D ayat (1) UUD 1945.

Permohonan para Pemohon dalam perkara ini, merujuk pada alasan konstitusional yang berbeda, yaitu dengan menguji Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU TIPIKOR terhadap Pasal 1 ayat (3) tentang negara hukum, Pasal 27 ayat (1) tentang persamaan dalam hukum dan pemerintahan, Pasal 28G ayat (1) tentang hak atas rasa aman dan perlindungan dari ancaman ketakutan untuk berbuat atau berbuat sesuatu yang merupakan hak asasi, dan Pasal 28D ayat (1) tentang hak atas jaminan kepastian hukum yang adil dan perlakuan hukum yang sama, dan Pasal 28I ayat (4) yaitu perlindungan, pemajuan, penegakan dan pemenuhan hak asasi manusia adalah tanggung jawab negara, terutama pemerintah. Dengan alasan konstitusionalitas yang disebut Pemohon, memang dapat dikatakan alasan konstitusionalitas pengujian berbeda.

Perubahan Posisi MK Dari Putusan Semula.

Perubahan posisi MK tentang konstitusionalitas norma dari putusan semula, memang dimungkinkan, meskipun Pasal 60 UU MK menyatakan bahwa satu norma yang telah diuji, tidak dapat lagi diuji dengan alasan konstitusionalitas yang sama. Dengan alasan konstitusional yang disebut dalam putusan sebelumnya, dapat terjadi pergeseran karena alasan alasan mendasar berikut:

1. Perubahan konteks sosial politik, ekonomi, dan kultural mendasar yang menyebabkan tafsir yang digunakan sebelumnya menjadi kurang memadai sehingga justru menimbulkan ketidakpastian hukum dan ketidakadilan

dalam mencapai tujuan bernegara. Lahirnya UU Pemerintahan Aceh yang memperbolehkan calon perseorangan maju menjadi peserta pemilihan kepala daerah, telah mengakibatkan pergeseran posisi MK semula yang tidak membenarkan calon perseorangan dalam pilkada.

2. Krisis ekonomi yang menyebabkan resesi dan depresi di Amerika Serikat pada tahun 1930-an telah memaksa Mahkamah Agung Amerika Serikat keluar dari posisi filosofis dan prinsip konstitusi yang mempertahankan *free market economy* dan kebebasan berkontrak, dan mengubah posisinya—meskipun untuk sementara dan kasuistis - dengan membenarkan campur tangan Pemerintah (*state intervention*) dalam kebebasan berkontrak, khususnya dalam *social welfare legislation* yang dikeluarkan Pemerintahan President Roosevelt. Demikian juga kesadaran sosial politik yang tumbuh kemudian, mengubah makna norma konstitusi tentang “*separate but equal*” dalam perkara *Plessy vs Ferguson* sebagai tidak diskriminatif, secara radikal diubah dalam putusan *Brown vs Board of Education* yang menghapuskan segregasi untuk menghapus diskriminasi.
3. Terjadinya perubahan kebijakan dalam penyelenggaraan pemerintahan dan administrasi negara yang termuat dalam peraturan perundang-undangan baru, yang membutuhkan harmonisasi dan synchronisasi dengan peraturan perundang-undangan yang terbit sebelumnya, menjadi hal yang merupakan perubahan konteks. Terbitnya UU AP dengan pendekatan administratif dalam penyelesaian kerugian negara yang timbul, sehingga tampaknya ingin menegaskan doktrin bahwa hukum pidana merupakan upaya terakhir (*ultimum remedium*), dapat mempengaruhi interpretasi tentang konstitusionalitas norma. Jika timbul keadaan bahwa Undang-Undang yang dilahirkan justru tidak menimbulkan *order* (tertib sistem hukum) melainkan *disorder*, sehingga terjadi ketidakserasian antara satu Undang-Undang dengan Undang-Undang yang lain, karena terbentuknya Undang-Undang dalam waktu dan konteks sosial politik yang berbeda, boleh jadi timbul hukum yang tidak sistematis. Adalah menjadi tugas hakim untuk menafsirkan melalui konstitusionalitas norma dengan *the spirit of the constitution* dan asas perundang-undangan untuk dapat menerapkannya secara sistematis kembali.

4. Implementasi putusan MK tentang inkonstitusionalitas norma tertentu yang sudah diputus, kemungkinan tidak berlangsung secara efektif, yang boleh jadi timbul karena kesalahpahaman tentang kewenangan konstitusional, yang membutuhkan penegasan dan tafsir baru yang dapat memberi pemaknaan yang lebih jelas. Putusan Mahkamah Agung Nomor 2064K/Pid/2006 tertanggal 8 Januari 2007 menyatakan dengan tegas tidak akan mengikuti tafsir MK dalam Putusan Nomor 03/PUU-IV/2006 melainkan akan mengikuti doktrin dan yurisprudensi Mahkamah Agung.
5. Penyerapan anggaran untuk menggerakkan kehidupan ekonomi Indonesia ternyata rendah, juga terjadi karena adanya **“ketakutan dikriminalisasi”** daripada pengambil keputusan (kuasa pengguna anggaran/KPA) karena belum jelasnya pembedaan kerugian negara yang timbul karena kesalahan administratif dengan masalah korupsi. Hal ini juga menyebabkan perlunya penegasan kembali akan kepastian hukum dari rumusan Tipikor dalam Pasal 2 dan Pasal 3 UU TIPIKOR.

Kepastian Hukum Yang Adil dan Hak Bebas dari Ancaman Ketakutan.

Kata **“dapat** merugikan keuangan negara dan atau perekonomian negara” dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU TIPIKOR yang dinyatakan tidak bertentangan dengan UUD 1945 dalam Putusan MK Nomor 03/PUU-IV/2006, menyebabkan unsur kerugian keuangan negara dan perekonomian negara tidak selalu harus timbul tetapi cukup apabila dalam bentuk kemungkinan saja, karena menurut MK hal ini hendak mengatakan bahwa tindak pidana dalam norma tersebut merupakan delik formil. Ada tidaknya tindak pidana korupsi dalam kedua pasal tersebut tidak tergantung pada unsur kerugian negara yang terjadi, melainkan cukup apabila secara formil unsur tindak pidana lain dipenuhi. Rumusan dan frasa tersebut menyebabkan terjadinya pasal yang memang dapat menampung banyak perbuatan (*catching all*), termasuk apabila kerugian yang terjadi merupakan suatu risiko dari diskresi yang harus diambil dalam ketiadaan pengaturan secara jelas, atau dalam hal BUMN, apabila ada tindakan yang ditimbang secara bisnis merupakan aksi bisnis yang benar menurut argumen *“business judgement rule”*, tetapi ketika perbuatan tersebut dipandang dapat merugikan negara, dan memenuhi unsur melawan hukum dengan kategori formil sebagai bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku, dan bertentangan dengan hak subjektif orang lain, dan

dalam jurisprudensi MA yang dikutip dalam putusan MA di atas, juga bertentangan dengan kepatutan dan kehati-hatian yang dituntut dalam masyarakat.

Dengan norma yang dapat meliputi banyak perbuatan sebagai tindak pidana korupsi demikian (*catching all*), menjadikan pembagian bidang hukum Tata Usaha Negara, hukum perdata dan Hukum Pidana, menyangkut perbuatan melawan hukum dari perspektif masing-masing tidak relevan lagi. Tetapi pertanyaan yang diajukan apakah dari sudut konstitusi dengan cita hukum –melindungi segenap bangsa, memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, dan ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial – maka perumusan yang kembali kepada hakekat hukum pidana untuk menegaskan prinsip ***lex scripta, lex stricta, dan lex certa***, tidak harus juga meliputi UU TIPIKOR tanpa mengurangi intensitas pemberantasan korupsi yang meraja lela, untuk mewujudkan kewajiban konstitusional negara dalam menghormati, memajukan, melindungi dan memenuhi (*to respect, to promote, to protect and to fulfil*) hak asasi manusia tersebut.

Dengan mempertimbangkan perumusan tindak pidana korupsi secara tegas untuk mengikuti rumusan *United Nation Convention Against Corruption, 2003* yang telah diratifikasi Indonesia dengan Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2006, yang tidak memuat unsur “dapat merugikan keuangan negara” dalam delik korupsi menurut Konvensi Anti Korupsi karena sudah diuraikan secara sangat limitatif sebagai tindak pidana, suap, penggelapan dalam jabatan, memperdagangkan pengaruh, penyalahgunaan jabatan, pejabat publik yang memperkaya diri secara tidak sah, suap di sector swasta, penggelapan dalam perusahaan swasta, pencucian hasil kejahatan, menyembunyikan adanya kejahatan korupsi dan menghalang-halangi proses peradilan, apakah tidak dirasakan perlunya revisi UU TIPIKOR. Hal demikian sesungguhnya akan menyebabkan perdebatan yang berlangsung menjadi tidak penting lagi. Itu berarti yang harus dilakukan adalah revisi UU TIPIKOR, dengan memperhatikan perkembangan yang terjadi dalam bidang hukum tata usaha negara, perkembangan penyelenggaraan kekuasaan negara dalam perspektif pembangunan ekonomi serta menerapkan “***comparative study interpretation***” dengan melihat perkembangan global dalam kewajiban

internasional Indonesia menurut ***UN Convention on Anti Corruption*** yang sudah diterima melalui ratifikasi konvensi tersebut.

Kata dapat secara objektif merujuk kepada sesuatu yang tidak pasti, yang memerlukan perumusan kembali tanpa mengurangi ketegasan dalam pemberantasan korupsi. Dengan seluruh perkembangan yang diutarakan sebelumnya, maka sudah waktunya untuk menyelaraskan prinsip konstitusi dalam perumusan norma dalam UU Tindak Pidana Korupsi.

Kesimpulan.

1. Pergeseran posisi MK dalam menetapkan konstitusionalitas norma dapat terjadi karena terjadinya perubahan fundamental secara sosial, ekonomi, politik, psikologi dan budaya yang menyebabkan perlunya pemaknaan ulang;
2. Perubahan peraturan perundang-undangan dan kebijakan penyelenggaraan pemerintahan memerlukan upaya sinkronisasi dan harmonisasi norma dari Undang-Undang yang relevan;
3. Hukum Pidana tetap mendapat tempat sebagai *ultimum remedium*, yang akan diterapkan ketika *remedium* yang lain tidak tepat lagi digunakan;
4. Unsur kepastian hukum yang adil dan hak untuk bebas dari rasa takut berbuat dan tidak berbuat dalam konteks yang berubah, menjadi indikator konstitusionalitas norma yang harus ditafsirkan kembali untuk menegaskan makna dalam kondisi yang berubah

[2.3] Menimbang bahwa terhadap permohonan Pemohon tersebut, Presiden dalam persidangan tanggal 21 April 2016 menyampaikan keterangan lisan dan keterangan tertulis yang diterima di Kepaniteraan Mahkamah tanggal 16 Mei 2016 yang menguraikan hal-hal sebagai berikut:

I. POKOK PERMOHONAN PARA PEMOHON

1. Bahwa para Pemohon dalam permohonannya merasa dirugikan dengan berlakunya Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 pada kata "**dapat**" dan frasa "**atau orang lain atau suatu korporasi**" UU Tipikor bertentangan dengan Pasal 1 ayat (3), Pasal 27 ayat (1), Pasal 28G ayat (1), Pasal 28D ayat (1), Pasal 28I ayat (4), dan Pasal 28I ayat (5) UUD 1945.
2. Bahwa menurut para Pemohon Putusan MK Nomor 003/PUU-IV/2006 terhadap kata "**dapat**" yang menyatakan "bahwa tindak pidana korupsi

adalah tindak pidana formil, bukan tindak pidana materil, sehingga unsur merugikan keuangan negara bukanlah unsur esensial” sudah tidak relevan dengan perkembangan politik hukum Indonesia.

3. Bahwa para Pemohon beranggapan kata “**dapat**” dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 bertentangan dengan prinsip negara hukum dengan menyatakan:
 - a. menurut Kamus Besar Indonesia kata “**dapat**” tidak mempunyai makna yang pasti;
 - b. kata “**dapat**” juga dapat menimbulkan ketidakpastian dalam penerapan hukum pidana;
4. Bahwa frasa “**atau orang lain atau suatu korporasi**” mengandung makna yang ambigu dan tidak pasti, karena akan menjangkit seluruh perbuatan yang disengaja, atau tidak disengaja atau bahkan perbuatan yang diawali dengan maksud baik. Rumusan frasa “**atau orang lain atau suatu korporasi**” dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU Tipikor tersebut memungkinkan seseorang dikenai tindak pidana korupsi walaupun seorang apartur sipil negara mengeluarkan suatu kebijakan dengan itikad baik dan menguntungkan negara atau rakyat dan pada saat yang lain menguntungkan orang lain atau korporasi, padahal kebijakan tersebut sama sekali bukan merupakan perbuatan jahat.

II. PERMOHONAN *NE BIS IN IDEM*

Pemerintah keberatan terhadap dalil para Pemohon yang menyatakan bahwa permohonan para Pemohon tidak *ne bis in idem* dengan Perkara Nomor 003/PUU-IV/2006 yang diputus pada tanggal 25 Juli 2006 dengan alasan sebagai berikut :

- a. Bahwa tentang *ne bis in idem* diatur dalam Pasal 60 Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (UU MK) sebagai berikut :
 - 1) *Terhadap materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian dalam undang-undang yang telah diuji, tidak dapat dimohonkan kembali.*
 - 2) *Ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dapat dikecualikan jika materi muatan dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yang dijadikan dasar pengujian berbeda.*

- b. Bahwa pasal-pasal *a quo* yang diuji telah pernah diuji dan telah diputus oleh Mahkamah pada tanggal 25 Juli 2006 dalam Nomor 003/PUU-IV/2006 dengan amar putusan menolak permohonan.
- c. Bahwa para Pemohon mendalilkan batu uji diantara keduanya adalah berbeda. Pemohonan "003" dengan batu uji Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 sedangkan permohonan ***in casu*** dengan batu uji Pasal 1 ayat (3), Pasal 27 ayat (1), Pasal 28I ayat (4) dan Pasal 28I ayat (5) UUD 1945, karenanya permohonan ***tidak ne bis in idem***.
- d. Bahwa menurut Pemerintah meskipun secara formil batu uji keduanya berbeda tetapi secara materiil dalil-dalil diantara keduanya mempunyai persamaan dan permohonan petitem yang sama juga yaitu kata "**dapat**" dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945, oleh karenanya permohonan para Pemohon adalah ***ne bis in idem***.

Berdasarkan dalil-dalil di atas, Pemerintah berpendapat permohonan para Pemohon adalah ***ne bis in idem*** dan adalah tepat jika Yang Mulia Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi menyatakan permohonan para Pemohon tidak dapat diterima.

III. KEDUDUKAN HUKUM (*LEGAL STANDING*) PARA PEMOHON

Sehubungan dengan kedudukan hukum (*legal standing*) para Pemohon, Pemerintah berpendapat sebagai berikut:

1. Berdasarkan Pasal 51 ayat (1) UUMK:
Pemohon adalah pihak yang menganggap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan oleh berlakunya undang-undang, yaitu:
 - a) perorangan WNI;
 - b) kesatuan masyarakat hukum adat sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip negara kesatuan RI yang diatur dalam undang-undang;
 - c) badan hukum publik dan privat, atau
 - d) lembaga negara.
2. Berdasarkan Putusan MK Nomor 006/PUU-III/2005 tanggal 31 Mei 2005 dan Nomor 011/PUU-V/2007 tanggal 20 September 2007, dan putusan-putusan selanjutnya Mahkamah telah berpendirian bahwa kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional harus memenuhi 5 (lima) syarat yaitu:

- a. adanya hak konstitusional para Pemohon yang diberikan oleh Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.
 - b. hak konstitusional para Pemohon tersebut dianggap oleh para Pemohon telah dirugikan oleh suatu Undang-Undang yang diuji.
 - c. kerugian konstitusional para Pemohon yang dimaksud bersifat spesifik atau khusus dan aktual atau setidaknya bersifat potensial yang menurut penalaran yang wajar dapat dipastik akan terjadi.
 - d. adanya hubungan sebab akibat antara kerugian dan berlakunya Undang-Undang yang dimohonkan untuk diuji.
 - e. adanya kemungkinan bahwa dengan dikabulkannya permohonan maka kerugian konstitusional yang didalilkan tidak akan atau tidak lagi terjadi.
3. Pemohon I adalah perorangan warga negara Indonesia yang didakwa melanggar Pasal 3 UU Tipikor dan pada saat ini telah berstatus terpidana yang telah dijatuhi hukuman pidana berdasarkan putusan Pengadilan Negeri Mamuju Nomor 08/Pid.Sus/TPK/2013/PN.MU dan telah dipidana selama 1 (satu) tahun dan denda sebesar Rp. 50.000.000,00 (lima puluh juta rupiah) dengan pidana pengganti selama 1 (satu) bulan kurungan, Pemohon I dalam permohonan *a quo* tidak menjelaskan apakah benar yang menjadi penyebab Pemohon I dipidana dikarenakan penerapan kata “dapat” pada Pasal 2 dan Pasal 3 UU Tipikor, sehingga Pemohon I merasa dilanggar hak konstitusionalnya. Dengan adanya Putusan Pengadilan Negeri Mamuju tersebut, membuktikan bahwa perbuatan yang dilakukan oleh Pemohon I secara nyata telah memenuhi unsur-unsur yang terdapat dalam UU Tipikor berdasarkan putusan pengadilan yang telah berkekuatan hukum tetap.
4. Pemohon II dan Pemohon III adalah perorangan warga negara Indonesia yang pada saat ini berstatus terdakwa tindak pidana korupsi, Seharusnya para Pemohon pada saat pemeriksaan dan tahap penyidikan, apabila merasa hak-haknya tidak diberikan dan/atau penetapan tersangka terhadap para Pemohon tidak sesuai dengan aturan maka para Pemohon dapat melakukan praperadilan melalui lembaga pra peradilan sesuai dengan peraturan perundang-undangan.
5. Pemohon IV, V, VI, dan VII adalah perorangan warganegara Indonesia

yang pada saat ini adalah Aparatur Sipil Negara yang berpotensi dikenakan ketentuan Pasal 2 ayat (1) atau Pasal 3 UU Tipikor. Dalam permohonan *a quo* tidak tergambar adanya hubungan sebab akibat antara kerugian yang diderita oleh para Pemohon dengan berlakunya Undang-undang yang diuji. Rasa takut dan khawatir yang dirasakan oleh para Pemohon adalah alasan yang mengada-ngada sebagai seorang Aparatur Sipil Negara yang bekerja berdasarkan peraturan-peraturan yang berlaku dan sesuai dengan Asas-asas Umum Pemerintahan yang Baik (*Good Governance*). Dengan demikian, timbulnya rasa takut dan khawatir para Pemohon, bukanlah persoalan Konstitusionalitas melainkan lebih kepada permasalahan implementasi penegakan hukum terutama penegakan terhadap pemberantasan tindak pidana korupsi.

6. Pasal *a quo* merupakan ketentuan yang sangat penting dalam rangka pemberantasan tindak pidana korupsi, sehingga sangat salah jika suatu ketentuan yang bertujuan untuk menciptakan keadaan negara yang bersih dan bebas dari tindakan korupsi dianggap bertentangan dengan UUD 1945.
7. Pemerintah juga menyayangkan para Pemohon yang berstatus sebagai pegawai ASN, yang kurang dapat memahami tugasnya dalam ketentuan Pasal 11 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2014 tentang Aparatur Sipil Negara dimana Pegawai ASN bertugas:
 - 1) melaksanakan kebijakan publik yang dibuat oleh Pejabat Pembina Kepegawaian sesuai dengan **ketentuan peraturan perundang-undangan**;
 - 2) memberikan **pelayanan publik** yang profesional dan berkualitas; dan
 - 3) mempererat persatuan dan kesatuan Negara Kesatuan Republik Indonesia.
8. Jika para Pemohon yang status dirinya sebagai pegawai ASN melaksanakan tugasnya sesuai yang diisyaratkan dalam ketentuan Undang-Undang yakni melaksanakan tugas sesuai ketentuan peraturan perundang-undangan maka dengan pasal *a quo* pemohon tidak akan terjadi kerugian apapun apalagi kerugian konstitusional.
9. Pemerintah juga memastikan kepada pegawai ASN untuk tidak khawatir dan tidak perlu merasa tidak aman dikenakan tindak pidana korupsi atas

semua kebijakan yang diambil atau diputus sepanjang para ASN bekerja sesuai dengan peraturan perundang-undangan, dalil kerugian para Pemohon muncul sebagai akibat kurang memahami pasal-pasal yang diuji karena yang dilarang dalam pasal-pasal yang diuji adalah memperkaya diri sendiri atau orang lain atau korporasi yang melawan hukum, Sedangkan yang memperkaya orang lain atau korporasi dengan tidak melawan hukum bukanlah merupakan tindak pidana korupsi.

10. Bahwa meskipun putusan Mahkamah menguntungkan para Pemohon namun tidak akan dapat menghilangkan kerugian para Pemohon, tetapi yang dapat menghilangkan kerugian para Pemohon adalah bekerja sesuai dengan peraturan perundang-undangan.

Berdasarkan hal tersebut di atas, Pemerintah berpendapat permohonan para Pemohon tidak memenuhi kualifikasi sebagai pihak yang memiliki kedudukan hukum (*legal standing*) dan adalah tepat jika Yang Mulia Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi secara bijaksana **menyatakan permohonan Pemohon tidak dapat diterima** (*niet ontvankelijke verklard*).

IV. PENJELASAN PEMERINTAH TERHADAP POKOK PERKARA PARA PEMOHON

1. Bahwa sebelum pemerintah memberikan penjelasan terkait dengan pokok perkara yang diajukan oleh para Pemohon, terlebih dahulu pemerintah mempertegas kembali bahwa terhadap Uji Materil perkara *a quo* telah beberapa kali diajukan ke Mahkamah Konstitusi, hal ini dibuktikan dengan adanya putusan Mahkamah Konstitusi **Nomor 003/PUU-IV/2006 dan perkara Nomor 44/PUU-XI/2013**. Dimana dalam pertimbangan hukum perkara **Nomor 003/PUU-IV/2006 yang kemudian dipertimbangkan kembali dalam perkara Nomor 44/PUU-XI/2013**, sebagai berikut:

“menimbang bahwa Pasal 2 ayat (1) UU PTPK mengandung unsur sebagai berikut:

- a. Unsur perbuatan melawan hukum,*
- b. Unsur memperkaya diri sendiri atau orang lain atau suatu korporasi,*
- c. Unsur dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara....*

... menimbang bahwa dengan adanya penjelasan yang menyatakan kata “dapat” sebelum frasa merugikan keuangan negara atau perekonomian negara kemudian mengkualifikasikannya sebagai delik formil sehingga dengan adanya kerugian negara atau perekonomian negara tidak

merupakan akibat yang harus nyata terjadi, mahkamah berpendapat bahwa hal demikian ditafsirkan bahwa unsur kerugian negara harus dibuktikan dan harus dapat dihitung, meskipun sebagai perkiraan atau meskipun belum terjadi. Kesimpulan demikian harus ditentukan dengan ahli dibidangnya. Faktor kerugian baik secara nyata atau berupa kemungkinan, dilihat sebagai hal yang memberatkan atau meringankan dalam openjatuhan pidana sebagaimana diuraikan dalam penjelasan Pasal 4, bahwa pengembalian keuangan kerugian negara hanya dipandang sebagai faktor meringankan. Oleh karenanya persoalan dapat dalam Pasal 2 ayat (1) UU PTPK, lebih merupakan soal pelaksanaan dalam praktek oleh penegak hukum dan bukan menyangkut konstitusionalitas norma.

Menimbang dengan demikian Mahkamah berpendapat bahwa frase dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara tidaklah bertentangan dengan hak dan kepastian hukum yang adil sebagaimana yang dimaksudkan oleh Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 sepanjang ditafsirkan sesuai dengan tafsiran Mahkamah di atas (*conditionally constitutional*).

Menimbang bahwa dengan disahkan atau diratifikasinya United Convention Against Corruption dengan UU Nomor 7 Tahun 2006, dalam konvensi mana kerugian mana tidak mutlak merupakan unsur tindak pidana korupsi (*it shall not be necessary*), tetapi harus melibatkan *public official*, maka mahkamah berpendapat unsur "barang siapa" dalam Pasal 2 ayat (1) tersebut harus juga ditafsirkan dalam kaitannya dengan perbuatan *public official*. Indonesia sebagai negara pihak, sebaiknya segera menyesuaikan dengan cara melakukan perubahan atas UU PTPK yang didasarkan atas kajian konseptual dan komprehensif dalam satu kesatuan sistem hukum berdasarkan UUD 1945.

Menimbang bahwa dengan demikian mahkamah menilai memang terdapat persoalan konstitusionalitas dalam kalimat pertama dalam penjelasan Pasal 2 ayat (1) UU PTPK sehingga Mahkamah perlu mempertimbangkan lebih lanjut hal-hal sebagai berikut:

1. Pasal 28D ayat (1) mengakui dan melindungi hak konstitusional warga negara untuk memperoleh jaminan dan perlindungan hukum yang pasti dengan mana dalam bidang hukum pidana diterjemahkan sebagai asas legalitas yang dimuat dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP, bahwa asas tersebut merupakan satu tuntutan akan kepastian hukum dimana orang hanya dapat dituntut dan diadili atas dasar suatu peraturan perundang-undangan yang tertulis (*lex scripta*) yang telah lebih dahulu ada.
2. Hal demikian menuntut bahwa suatu tindak pidana memiliki unsur melawan hukum, yang harus secara tertulis lebih dahulu telah berlaku, yang merumuskan perbuatan apa atau akibat apa dari perbuatan manusia secara jelas dan ketat yang dilarang sehingga karenanya dapat dituntut dan dipidana, sesuai dengan prinsip *nullum crimen sine lege stricta*;
3. Konsep melawan hukum yang secara formil tertulis (*formele wederrechtelijk*), yang mewajibkan pembuat undang-undang untuk merumuskan secermat dan serinci mungkin (*vide Jan Remmelink*,

hukum pidana, 2003:358) merupakan syarat untuk menjamin kepastian hukum (lex certa) atau yang dikenal juga dengan istilah Bestimmtheitsgebot;

Menimbang bahwa berdasarkan uraian di atas, konsep melawan hukum materiil (materielle wederrechtelijk), yang merujuk pada hukum tidak tertulis dalam ukuran kepatutan, kehati-hatian dan kecermatan yang hidup dalam masyarakat, sebagai satu norma keadilan, adalah merupakan ukuran yang tidak pasti, dan berbeda-beda dari satu lingkungan masyarakat tertentu ke lingkungan masyarakat lainnya, sehingga apa yang melawan hukum di satu tempat mungkin ditempat lain diterima dan diakui sebagai sesuatu yang sah dan tidak melawan hukum, menurut ukuran yang dikenal dalam kehidupan masyarakat setempat, sebagaimana yang disampaikan ahli Prof. Dr. Andi Hamzah, SH dalam persidangan;

Menimbang bahwa oleh karena Penjelasan Pasal 2 ayat (1) UU PTPK kalimat pertama tersebut, merupakan hal yang tidak sesuai dengan perlindungan dan jaminan kepastian hukum yang adil yang dimuat dalam Pasal 28D ayat (1) UUD 1945. Dengan demikian Penjelasan Pasal 2 ayat (1) UU PTPK sepanjang mengenai frasa “yang dimaksud dengan secara melawan hukum” dalam pasal ini mencakup perbuatan-perbuatan melawan hukum dalam arti formil maupun dalam arti materil, yakni meskipun perbuatan tersebut tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan, namun apabila perbuatan tersebut dianggap tercela karena tidak sesuai dengan rasa keadilan atau norma-norma kehidupan sosial masyarakat, maka perbuatan tersebut dinyatakan bertentangan dengan UU 1945.

Berdasarkan Pertimbangan Mahkamah tersebut, menurut Mahkamah meskipun ada perbedaan dasar pengujian diantara 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 dalam Putusan Nomor 003/PUU-IV/2006 tanggal 25 Juli 2006 sehingga permohonan tersebut adalah ne bis in idem.

Bahwa dalam Penjelasan Pasal 10 ayat (1) UU MK mengatur bahwa putusan Mahkamah Konstitusi bersifat final yang artinya langsung memperoleh kekuatan hukum sejak diucapkan dan tidak ada upaya hukum lain yang dapat ditempuh sehingga selain sifat final juga mencakup kekuatan hukum mengikat (final and binding).

Bahwa selanjutnya dalam ketentuan Pasal 60 ayat (1) UU MK menyatakan, “Terhadap materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian dalam undang-undang yang telah diuji, tidak dapat dimohonkan pengujian kembali,” dan Pasal 60 ayat (2) UU MK menyatakan, “Ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dapat dikecualikan jika materi

muatan dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yang dijadikan dasar pengujian berbeda". Ketentuan ini menegaskan permohonan terhadap materi ayat, pasal ataupun bagian dalam undang-undang yang telah diuji tidak dapat dimohonkan kembali (*ne bis in idem*) kecuali materi muatan dalam UUD 1945 yang dijadikan dasar pengujian berbeda.

Berdasarkan penjelasan dan pertimbangan perkara Nomor 003/PUU-IV/2006 yang kemudian dipertimbangkan kembali dalam perkara Nomor 44/PUU-XI/2013 di atas, dihubungkan dengan permohonan para Pemohon dalam perkara *a quo* yang menjadikan Pasal 1 ayat (3), Pasal 27 ayat (1), Pasal 28G ayat (1), dan Pasal 28D ayat (1), Pasal 28I ayat (5) UUD 1945 sebagai batu uji, terdapat materi muatan UUD 1945 yang pada hakikatnya sama dengan yang pernah diuji pada perkara Nomor 003/PUU-IV/2006 dan telah dipertimbangkan kembali dalam perkara Nomor 44/PUU-XI/2013. Materi muatan dalam UUD 1945 yang sama yaitu Pasal 28D ayat (1).

Dengan demikian permohonan para Pemohon dalam perkara *a quo* adalah *ne bis in idem*, namun demikian Pemerintah menyerahkan sepenuhnya kepada Yang Mulia Ketua/Majelis Hakim Konstitusi untuk mempertimbangkan dan menilainya apakah Permohonan *a quo* yang diajukan para Pemohon merupakan *ne bis in idem* atau tidak.

2. Bahwa dalam permohonan *a quo*, para Pemohon mengajukan pengujian (*judicial review*) terhadap ketentuan Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU Tipikor, yang menyatakan:

Pasal 2

- (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*".

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"

Ketentuan tersebut di atas oleh para Pemohon dianggap bertentangan dengan ketentuan Pasal 1 ayat (3), Pasal 28D ayat (1), dan Pasal 28I ayat (4) UUD 1945, yang menyatakan bahwa :

Pasal 1

- (3) *Negara Indonesia adalah negara hukum.*

Pasal 27

- (1) *Segala warga negara bersamaan kedudukannya didalam hukum dan pemerintahan dan wajib menjunjung hukum dan pemerintahan itu dengan tidak ada kecualinya.*

Pasal 28G

- (1) *Setiap orang berhak atas perlindungan diri pribadi, keluarga, kehormatan, martabat dan harta benda yang di bawah kekuasaannya, serta berhak atas rasa aman dan perlindungan dari ancaman ketakutan untuk berbuat atau tidak berbuat sesuatu yang merupakan hak asasi.*

Pasal 28D

- (1) *Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum.*

Pasal 28I

- (4) *Perlindungan, pemajuan, penegakan, dan pemenuhan hak asasi manusia adalah tanggung jawab negara terutama pemerintah.*

Pasal 28

- (5) *Untuk menegakan dan melindungi hak asasi manusia sesuai dengan prinsip Negara hukum yang demokratis, maka pelaksanaan hak asasi manusia dijamin, diatur dan dituangkan dalam peraturan perundang-undangan.*

Terhadap permohonan tersebut, Pemerintah menyampaikan hal-hal sebagai berikut:

2.1 Bahwa dalam lampiran Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undang (UU No. 12 Tahun 2011), pada konsideran berisi uraian singkat mengenai pokok pikiran yang menjadi pertimbangan dan alasan pembentukan Peraturan Perundang-undangan yang memuat unsur-unsur filosofis, yuridis dan sosiologis yang menjadi latar belakang pembuatannya.

Jika konsideran dari UU Tipikor diperhatikan dapat diketahui bahwa konsideran dari UU Tipikor tersebut telah memenuhi konsideran seperti yang dimaksud oleh UU No. 12 Tahun 2011 tersebut karena

dalam Konsideran UU Tipikor telah memuat unsur-unsur, sebagai berikut:

I. Unsur filosofis

UU Tipikor dibuat dalam rangka untuk mewujudkan masyarakat adil dan makmur berdasarkan Pancasila dan UUD 1945.

II. Unsur yuridis

UU Tipikor dibuat atas dasar TAP MPR Nomor XI/MPR/1998 untuk mengganti Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1971 yang dinilai sudah tidak sesuai lagi dengan perkembangan kebutuhan hukum dalam masyarakat.

III. Unsur sosiologis

Dengan UU Tipikor diharapkan upaya untuk mencegah dan memberantas Tindak pidana korupsi dapat lebih efektif, karena tindak pidana korupsi sangat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara dan menghambat pembangunan nasional.

2.2 Bahwa Tindak pidana korupsi merupakan kejahatan yang luar biasa (*extra ordinary crime*), yang memiliki berbagai macam modus operandi. Korupsi telah menimbulkan kerugian negara yang sangat besar yang pada gilirannya dapat berdampak pada timbulnya krisis di berbagai bidang. Untuk itu, upaya pencegahan dan pemberantasan korupsi perlu semakin ditingkatkan dan diintensifkan dengan tetap menjunjung tinggi hak asasi manusia dan kepentingan masyarakat. Agar dapat menjangkau berbagai modus operandi penyimpangan keuangan negara atau perekonomian negara yang semakin canggih dan rumit maka tindak pidana yang diatur dalam Undang-Undang ini dirumuskan sedemikian rupa sehingga tindak pidana korupsi dirumuskan secara tegas sebagai tindak pidana formil. Hal ini sangat penting untuk pembuktian. Dengan rumusan secara formil yang dianut dalam Undang-Undang ini, meskipun hasil korupsi telah dikembalikan kepada negara, pelaku tindak pidana korupsi tetap diajukan ke pengadilan dan tetap dipidana.

2.3 Bahwa dalam pembentukan UU Tipikor, pembentuk UU mengharapkan UU Tipikor mampu memenuhi dan mengantisipasi perkembangan kebutuhan hukum masyarakat dalam rangka

mencegah dan memberantas secara lebih efektif, setiap bentuk tindak pidana korupsi yang sangat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara pada khususnya serta masyarakat pada umumnya.

Keuangan negara yang dimaksud adalah seluruh kekayaan negara dalam bentuk apapun, yang dipisahkan atau yang tidak dipisahkan, termasuk di dalamnya segala bagian kekayaan negara dan segala hak dan kewajiban yang timbul karena:

a) berada dalam penguasaan, pengurusan, dan pertanggungjawaban pejabat lembaga negara, baik di tingkat pusat maupun di daerah;

b) berada dalam penguasaan, pengurusan, dan pertanggungjawaban Badan Usaha Milik Negara/Badan Usaha Milik Daerah, yayasan, badan hukum, dan perusahaan yang menyertakan modal negara, atau perusahaan yang menyertakan modal pihak ketiga berdasarkan perjanjian dengan negara. Sedangkan yang dimaksud dengan Perekonomian Negara adalah kehidupan perekonomian yang disusun sebagai usaha bersama berdasarkan asas kekeluargaan ataupun usaha masyarakat secara mandiri yang didasarkan pada kebijakan Pemerintah, baik di tingkat pusat maupun di daerah sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku yang bertujuan memberikan manfaat, kemakmuran, dan kesejahteraan kepada seluruh kehidupan rakyat.

Agar dapat menjangkau berbagai modus operandi penyimpangan keuangan negara atau perekonomian negara yang semakin canggih dan rumit, maka tindak pidana yang diatur dalam UU Tipikor dirumuskan sedemikian rupa sehingga meliputi perbuatan-perbuatan memperkaya diri sendiri atau orang lain atau suatu korporasi secara "melawan hukum".

3. Bahwa para Pemohon mempersoalkan Putusan MK Nomor 003/PUU-IV/2006 dengan alasan tidak sesuai dengan semangat Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan (UU AP) yang menurut para Pemohon pendekatan pemberantasan tindak pidana korupsi

tidak lagi dengan cara pemidanaan tetapi menjadi pendekatan administrasi dan penyelesaiannya dengan cara hukum administrasi. Pemerintah menjelaskan:

- a. Putusan MK Nomor 003/PUU-IV/2006 sampai saat ini relevan dan valid.
- b. Bahwa para Pemohon keliru dalam memaknai hubungan antara UU Tipikor dengan UU AP. Secara sederhana kedua Undang-Undang mempunyai ciri kekhususan yang berbeda, yang satu mengatur tentang tindak pidana khusus yakni korupsi sedangkan yang satu lagi mengatur secara khusus tentang administrasi pemerintahan.
 - Ide dasar dibentuknya UU AP adalah para pejabat dan petugas administrasi negara di Indonesia lebih banyak menjalankan tugasnya pada kebiasaan-kebiasaan dan bukan pada hukum positif yang mengatur administrasi negara. Dalam praktik administrasi semacam itu akan tumbuh subur *bureaucratic click* dan *patron client relationship*, yaitu penyelesaian persoalan di dalam dan di luar kantor melalui cara-cara yang tidak legal-formal, yang sangat rawan penyimpangan, penyalahgunaan jabatan serta beragam perbuatan tercela lain atau *mal administrasi*. Untuk itulah diperlukan kerangka hukum yang jelas dan tegas yang mengatur bagaimana para aparatur negara/pemerintah bertindak, sebagaimana diupayakan agar terbangun prinsip *legal rational impersonal*, sehingga setiap interaksi dan persoalan di kantor/kedinasan diselesaikan menurut hukum.
 - Tujuannya adalah dalam rangka pembenahan penyelenggaraan pemerintahan di dalam upaya meningkatkan pemerintahan yang baik (*good governance*) dan sebagai upaya untuk mencegah praktik korupsi, kolusi, dan nepotisme serta untuk menjadi landasan hukum untuk mengenali apakah sebuah keputusan yang dikeluarkan oleh pejabat pemerintahan telah sesuai dengan kewenangannya, atau tindakan tersebut terdapat kesalahan administrasi atau penyalahgunaan wewenang. Sehingga keberadaan UU AP bukan untuk merubah pola pendekatan penyelesaian tindak pidana korupsi atau untuk mereduksi undang-

undang TIPIKOR tetapi justru untuk memberikan rambu-rambu tindakan pejabat pemerintahan untuk tidak melakukan yang bukan merupakan kewenangannya dalam rangka mencegah terjadinya tindak pidana korupsi, kolusi dan nepotisme. UU AP mengatur secara khusus mencegah perbuatan tindak pidana korupsi dilingkungan pejabat pemerintahan sedangkan UU TIPIKOR, mengatur pemberantasan tindak pidana korupsi secara umum.

➤ Terkait permohonan *a quo* yang membandingkan antara Pasal 20, Pasal 70, Pasal 71 dan Pasal 80 UU AP dengan Pasal 2 UU TIPIKOR pemerintah menjelaskan:

a. Pasal 20, Pasal 70, Pasal 71 dan Pasal 80 UU AP substansi pokoknya adalah **administrasi prosedural** dan **penyalahgunaan wewenang**, penyelesaiannya di PTUN dalam hal PTUN memutus terkait kesalahan administrasi prosedural penyelesaiannya berupa pengembalian, tetapi jika bukan merupakan kesalahan administrasi prosedural dan merupakan kesalahan penyalahgunaan wewenang penyelesaiannya diserahkan di pengadilan umum. Sementara substansi pokoknya Pasal 2 UU TIPIKOR adalah **perbuatan memperkaya diri sendiri atau orang lain atau korporasi yang dilakukan secara melawan hukum**. Unsur melawan hukum yang dimaksud pasal *a quo* merupakan sarana untuk melakukan perbuatan memperkaya diri sendiri, orang lain atau korporasi. Dengan demikian, sebagai akibat hukum dari perumusan ketentuan pasal *a quo*, meskipun suatu perbuatan telah merugikan keuangan negara atau perekonomian Negara, tetapi jika tidak dilakukan tidak secara melawan hukum, perbuatan “memperkaya diri sendiri atau orang lain atau suatu korporasi” tersebut bukan merupakan tindak pidana korupsi sebagaimana dimaksud pasal *a quo*.

b. Sehingga substansi kedua ketentuan tersebut sangatlah jauh berbeda, dan jika cara memahami kedua ketentuan tersebut sebagaimana cara para Pemohon sangatlah ironis, yang secara tidak langsung bahwa UU AP mengantikan UU

TIPIKOR jika demikian maka harapan negara menjadi Negara yang bersih dari KKN akan hilang, yang pada akhirnya akan merubah prinsip negara hukum menjadi negara kekuasaan.

4. Bahwa menurut para Pemohon kata “dapat” dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 bertentangan dengan prinsip negara hukum dan prinsip hukum pidana yang mendalilkan berbagai putusan MK, pemerintah menjelaskan sebagai berikut:
 - a. Pandangan para Pemohon terhadap kata “**dapat**” dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 bertentangan dengan prinsip negara hukum, Pemerintah menjelaskan bahwa Prinsip negara hukum adalah adanya perlindungan yang sama (*equal protection*) atau persamaan dalam hukum (*equality before the law*). Dalam Negara hukum kedudukan penguasa dengan rakyat dimata hukum adalah sama (sederajat), yang membedakan hanyalah fungsinya, yakni pemerintah berfungsi mengatur dan rakyat yang diatur. Tindakan penguasa harus berdasarkan undang-undang atau berlaku *asas legalitas*, maka dalam negara hukum materiil tindakan dari penguasa dalam hal mendesak demi kepentingan warga negara dibenarkan bertindak menyimpang dari undang-undang atau berlaku *asas Opportunitas*. Anggapan para Pemohon yang mendalilkan kata “**dapat**” bertentangan dengan negara hukum sangatlah salah karena negara demi kepentingan warga negaranya tidak hanya dapat melakukan *asas legalitas* tetapi juga dibenarkan melakukan *asas Opportunitas*. Sehingga jika para Pemohon mendalilkan kata “**dapat**” bertentangan dengan prinsip negara hukum para Pemohon sangatlah tidak benar dalam memahami arti negara hukum.
 - b. Bahwa para Pemohon mendalilkan kata “**dapat**” terhadap beberapa putusan MK pemerintah menjelaskan bahwa MK mempunyai kewenangan dan pertimbangan dalam menguji materi Undang-Undang. Artinya bahwa kata “**dapat**” dalam penerapan berbagai peraturan bisa mempunyai arti dan makna yang berbeda, tergantung bagaimana kata “**dapat**” digunakan. Sehingga jika MK memutuskan kata “**dapat**” berbeda dengan berbagai Undang-Undang yang lain sangatlah wajar dan benar, dengan alasan pertimbangannya dalam

menguji materi juga berbeda. Akan salah jika MK telah memutus kata “**dapat**” di satu Undang-Undang kemudian serta merta memberikan putusan yang sama diberbagai Undang-Undang lain, yang jika hal ini terjadi berarti MK tidak lagi menguji materi tetapi hanya menguji kata.

- c. Bahwa terhadap kata “**dapat**”, para Pemohon juga menganggap bertentangan dengan asas legalitas ketentuan pidana (*lex scripta, lexcerta, lex stricta dan non rextroactive*), pemerintah menjelaskan, bahwa pada teknis proses pembentukan peraturan perundang-undangan disamping membuat rumusan yang baik juga memperhitungkan berlakunya (implementasi) dapat atau tidaknya peraturan tersebut dilaksanakan. Dengan prinsip Undang-Undang dibuat harus *implementatif* (dapat dilaksanakan). Kata “**dapat**” bukan kata yang mati, tetapi berfungsi untuk memberikan solusi keberlakuannya suatu rumusan. Jika semua rumusan dipaksakan dengan keharusan hal tersebut bisa mempengaruhi berlakunya suatu Undang-Undang, sehingga kata “**dapat**” sering diterapkan dalam rumusan suatu peraturan. kata “**dapat**” bisa dimaknai pilihan, dan kata “**dapat**” juga bisa dimaknai bukan pilihan.

contoh rumusan:

Pasal 25 UU DIKTI

Program spesialis merupakan pendidikan keahlian lanjutan **yang dapat** bertingkat dan diperuntukkan bagi lulusan program profesi yang telah berpengalaman sebagai profesional untuk mengembangkan bakat dan kemampuannya menjadi spesialis.

(rumusan di atas kata “dapat” bukan pilihan karena menimbulkan akibat dengan didahului kata “yang”)

Pasal 90 UU DIKTI

Perguruan Tinggi lembaga negara lain **dapat** menyelenggarakan pendidikan Tinggi di wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.

Rumusan di atas kata “dapat” merupakan pilihan bisa menyelenggarakan bisa tidak.

- d. Para Pemohon juga menganggap kata “**dapat**” bertentangan dengan prinsip hukum pidana *lex scripta, lex certa, lex stricta dan non*

retroactive, pemerintah menjelaskan, bahwa meskipun hukum pidana merupakan ketentuan yang harus tegas tetapi sifat keberlakuannya tetap harus diperhitungkan. Secara praktik pembentukan peraturan perundang-undangan kata “dapat” bisa diterapkan diberbagai pengaturan baik dilingkup hukum umum, hukum pidana, perdata dan lain sebagainya. Dalam merumuskan ketentuan hukum pidana pembentuk Undang-Undang secara umum tetap memperhatikan asas-asas, teori-teori hukum serta substansi kepentingan (politik hukum). Dalam menentukan politik hukum Undang-Undang pembentuk Undang-Undang dapat menyesuaikan dari karakteristik masyarakat yang diatur, sehingga dalam pembentukan Undang-Undang diperlukan sistem pembentukan yang sinergi dengan mempertimbangkan dari berbagai hal. Untuk menggunakan kata “**dapat**” dalam suatu rumusan Undang-Undang tidak ada larangan dalam teori maupun dari segi teknis, kata “**dapat**” tetap masih bisa digunakan sesuai kebutuhan dan cara penempatannya. **Artinya bahwa pasal yang diuji bersifat *lex scripta, lex certa, lex stricta, dan non retroactive*.**

- e. Bahwa salah satu amanat dari UUD 1945 adalah, mendapatkan aparatur-aparatur pengemban dan penegak hukum yang professional, berintegritas, dan disiplin yang mendukung sarana dan prasarana hukum serta perilaku hukum masyarakat atau dengan kata lain penegakan hukum dan keadilan. Penegakan hukum dapat diartikan sebagai proses dilakukannya upaya untuk tegaknya atau berfungsinya norma-norma hukum secara nyata sebagai pedoman perilaku dalam lalu lintas atau hubungan-hubungan hukum dalam kehidupan bermasyarakat dan bernegara, sebagaimana disampaikan oleh Jimly Asshiddiqie dalam Pembangunan Hukum Dan Penegakan Hukum Di Indonesia, pada acara Seminar “*Menyoal Moral Penegak Hukum*” dalam rangka Lustrum XI Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada tahun 2006, sedangkan Karen Lebacqz, didalam bukunya “*Teori-Teori Keadilan*”, Nusa Media, Bandung, Tahun Ke-15, halaman 61, menjelaskan bahwa nilai keadilan tidak harus mempertaruhkan kesejahteraan atau hak-haknya demi kebaikan orang lain, dan kondisi bagi keadilan tercapai jika pribadi-pribadi yang sama-sama tidak

berkepentingan mengemukakan klaim-klaim yang bertentangan mengenai pembagian keuntungan sosial didalam kondisi kelangkaan yang moderat. Masalah keadilan muncul, jika terjadi situasi kelangkaan dan konflik kepentingan, dan prinsip-prinsip keadilan diperoleh, bukan dengan mengevaluasi kemanfaatan dari tindakan-tindakan (atau kecenderungan tindakan), melainkan dari pilihan rasional didalam kondisi yang adil. Sejalan dengan itu Soerjono Soekanto didalam bukunya "*faktor yang mempengaruhi penegakkan hukum*", Raja Grafindo, Jakarta, 2011, halaman 5 memberikan penjelasan bahwa hukum dan penegakan hukum, secara konsepsional inti dan arti penegakan hukum terletak pada kegiatan menyaserasikan, hubungan nilai-nilai yang bertabrakan didalam kaidah-kaidah yang mantap dan sikap tindak sebagai rangkaian penjabaran nilai tahap akhir, untuk menciptakan, memelihara, dan mempertahankan kedamaian pergaulan hidup dan merupakan sebagian faktor penegakan hukum yang tidak bisa diabaikan, karena jika diabaikan akan menyebabkan tidak tercapainya penegakkan hukum yang diharapkan. Jimly Asshiddiqie dan Ali Safa'at, didalam bukunya "*Teori Hans Kelsen Tentang Hukum*", Konstitusi Press, Jakarta 2012, halaman 13 mendefenisikan hukum adalah, tata aturan (*rules*) sebagai suatu sistem aturan-aturan tentang perilaku manusia, dengan demikian hukum tidak menunjuk pada suatu aturan tunggal (*rule*), tetapi seperangkat aturan (*rules*) yang memiliki suatu kesatuan sehingga dapat dipahami sebagai suatu sistem, konsekuensinya adalah tidak mungkin memahami hukum jika hanya memperhatikan satu aturan saja. Satjipto Rahardjo dalam bukunya "*Ilmu Hukum*", PT.Citra Aditya Bakti, Bandung, 2000 halaman 5 sampai halaman 6, mengemukakan hukum adalah norma-norma yang abstrak yang dapat mengatur masyarakat, dan hukum dibentuk karena pertimbangan keadilan (*gerechtigheit*), disamping sebagai kepastian hukum (*rechtssicherheit*) dan kemanfaatan (*zweckmassigkeit*) dan pembaharuan, sedangkan aliran hukum positif menyamakan hukum dengan Undang-undang, tidak ada hukum diluar Undang-Undang. Sehingga harus diakui bahwa salah satu sumber hukum adalah Undang-Undang (*legisme*).

- f. Bahwa selain itu dalam proses penanganan perkara tindak pidana korupsi, yang dikategorikan sebagai kejahatan luar biasa (*extraordinary crime*) dengan asas "*actus non facit reum, nisi men sit rea*" yang mengajarkan, tidaklah seseorang itu dapat dimintai pertanggungjawaban secara pidana walaupun perbuatannya telah memenuhi rumusan delik, kecuali dalam perbuatan tersebut ada niat jahat atau sikap batin pelaku yang dapat dicela. "*Men sit rea*" atau niat jahat atau sikap batin tercela dari pelaku dalam tindak pidana korupsi adalah apabila perbuatan melawan hukum yang dilakukan pelaku dimaksudkan atau ditujukan untuk menguntungkan atau memperkaya diri sendiri, orang lain atau suatu korporasi dan pelaku menyadari perbuatan tersebut dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara.
5. Atas frasa "atau orang lain atau korporasi" menurut pemerintah, frase tersebut tidak mengandung makna yang ambigu tetapi justru memberikan kepastian hukum, asal dalam memaknai frase tersebut dimaknai dalam rangkaian seluruh ayat atau pasal.

Dalam hal ini Pemerintah menjelaskan:

- a. Bahwa bahasa perundang-undangan mempunyai corak atau gaya yang khas yang bercirikan kejernihan pengertian, kelugasan, kebakuan, dan keserasian sehingga dalam memaknai pasal suatu peraturan harus lugas yang tidak bisa diartikan kata perkata atau kalimat per kalimat tetapi harus dimaknai secara keseluruhan ayat atau pasal sehingga memperoleh kejernihan pengertian.
- b. Terhadap rumusan pasal *a quo* yang berbunyi: "Setiap orang yang secara melawan hukum melakukan perbuatan memperkaya diri sendiri **"atau orang lain atau suatu korporasi"** yang dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara, dipidana penjara..."

Pemerintah menjelaskan:

- bahwa rumusan Pasal 2 ayat (1) UU Tipikor tersebut terdiri dari:

- 1) setiap orang

Sebagaimana yang dinyatakan dalam Pasal 1 angka 3 yang dimaksud dengan setiap orang adalah orang perorangan dan/atau korporasi.

2) secara melawan hukum

Sebelum ada Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 003/PUU-IV/2006, konsep melawan hukum masih mengacu kepada 2 (dua) ajaran melawan hukum yaitu: melawan hukum dalam arti Formil dan dalam arti materil.

Menurut Roeslan Saleh dalam bukunya "Sifat Melawan Hukum dari Perbuatan Hukum Pidana", mengemukakan melawan hukum materil tidaklah hanya sekedar bertentangan dengan hukum tertulis, tetapi juga bertentangan dengan hukum tidak tertulis. Sebaliknya melawan hukum dalam arti formil adalah bertentangan dengan hukum tertulis saja.

Bahwa setelah adanya putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 003/PUU-IV/2006, Mahkamah menafsirkan unsur melawan hukum pasal 2 ayat (1) UU Tipikor adalah tidak boleh lagi mempergunakan ajaran atau konsep melawan hukum materil dalam fungsinya yang positif, tetapi harus mempergunakan ajaran atau konsep melawan hukum formil.

3) memperkaya diri sendiri atau orang lain atau suatu korporasi

"memperkaya diri sendiri atau orang lain atau suatu korporasi" rumusan dengan kata atau mempunyai unsur yang sama baik perbuatan korupsi yang untuk "memperkaya diri sendiri" atau "orang lain" atau suatu "korporasi" merupakan perbuatan tindak pidana korupsi".

4) yang dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian Negara.

"yang dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian Negara" dalam rumusan ini tidak bisa hanya dimaknai kata "dapat" saja tetapi harus dimaknai dengan kata "yang dapat" karena makna "yang dapat" dalam rumusan tersebut mempunyai makna menimbulkan akibat, akibatnya yang dilakukan untuk memperkaya diri sendiri atau orang lain atau suatu korporasi adalah merugikan keuangan negara atau perekonomian negara"

- c. bahwa modus tindak pidana korupsi secara umum bekerjasama dengan orang lain, secara fakta telah banyak ditemukan terhadap koruptor yang telah tertangkap, yang hasil korupsinya dititipkan atau di atasnamakan anak, istri, teman atau orang lain atau di yayasan, perusahaan, atau badan usaha dan lain- lain, dengan maksud untuk mengaburkan barang bukti. Dalam kasus tindak pidana korupsi bukti yang sangat kuat adalah hasil dari korupsi, sehingga koruptor akan sangat lihai untuk menyembunyikanya dengan tujuan agar penegak hukum tidak dapat menemukan barang bukti.
- d. Jika frasa **“atau orang lain atau korporasi”** dihilangkan maka resikonya adalah dalam kasus tindak pidana korupsi yang hasil korupsinya di titipkan orang lain atau korporasi bukan lagi menjadi delik pidana karena pembuktiannya hanya hasil korupsi yang ada pada dirinya.
- e. frasa **“memperkaya diri sendiri atau orang lain atau korporasi”** mempunyai bobot delik pidana yang sama ketiga frase **“diri sendiri”** **“orang lain”** dan **“korporasi”** merupakan satu kesatuan yang tidak boleh salah satupun dihilangkan.
- f. Jika permohonan dikabulkan maka tidak hanya menurunnya atau melemahnya upaya pemberantasan tindak pidana korupsi, akan tetapi akan menghilangkan roh delik tindak pidana korupsi. Dimana frasa **“atau orang lain atau korporasi”** sebagai dasar hukum untuk mengejar dan mengembalikan kekayaan negara yang di korupsi, menjadi hilang. Yang akibatnya bisa saja koruptornya dipenjara tetapi hasil korupsinya tidak bisa dikembalikan kenegara karena kekayaan yang dikorupsi tidak berada dalam kekuasaan diri koruptor.

V. PETITUM

Berdasarkan penjelasan dan argumentasi tersebut di atas, Pemerintah memohon kepada Yang Mulia Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi yang memeriksa, mengadili, dan memutus permohonan pengujian Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, memberikan putusan sebagai berikut:

1. Menolak permohonan para Pemohon seluruhnya atau setidaknya menyatakan permohonan pengujian para Pemohon tidak dapat diterima (*niet ontvankelijk verklaard*);
2. Menerima Keterangan Pemerintah secara keseluruhan;
3. Menyatakan para Pemohon tidak memiliki kedudukan hukum (*Legal Standing*);
4. Menyatakan ketentuan Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, tidak bertentangan terhadap Pasal 1 ayat (3), Pasal 27 ayat (1), Pasal 28G ayat (1), Pasal 28D ayat (1), Pasal 28I ayat (4), dan Pasal 28I ayat (5) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Namun demikian apabila Yang Mulia Ketua/Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi berpendapat lain, mohon putusan yang bijaksana dan seadil-adilnya.

[2.4] Menimbang bahwa terhadap permohonan Pemohon tersebut, Dewan Perwakilan Rakyat menyampaikan keterangan tertulis yang diterima di Kepaniteraan Mahkamah tanggal 22 Juli 2016 yang menguraikan hal-hal sebagai berikut:

1. Kedudukan Hukum (*legal standing*) Para Pemohon.

Kualifikasi yang harus dipenuhi oleh Pemohon sebagai pihak telah diatur dalam ketentuan Pasal 51 ayat (1) Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 *juncto* Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Mahkamah Konstitusi (selanjutnya disebut Undang-Undang tentang Mahkamah Konstitusi), yang menyatakan bahwa "*Para Pemohon adalah pihak yang menganggap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan oleh berlakunya undang-undang, yaitu:*

- a. *perorangan warga negara Indonesia;*
- b. *kesatuan masyarakat hukum adat sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam undang-undang;*
- c. *badan hukum publik atau privat; atau*
- d. *lembaga negara*".

Hak dan/atau kewenangan konstitusional yang dimaksud ketentuan Pasal 51 ayat (1) tersebut, dipertegas dalam penjelasannya, bahwa yang dimaksud dengan “*hak konstitusional*” adalah “*hak-hak yang diatur dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.*” Ketentuan Penjelasan Pasal 51 ayat (1) ini menegaskan, bahwa hanya hak-hak yang secara eksplisit diatur dalam UUD 1945 saja yang termasuk “*hak konstitusional*”.

Oleh karena itu, menurut Undang-Undang tentang Mahkamah Konstitusi, agar seseorang atau suatu pihak dapat diterima sebagai Pemohon yang memiliki kedudukan hukum (*legal standing*) dalam permohonan pengujian undang-undang terhadap UUD 1945, maka terlebih dahulu harus menjelaskan dan membuktikan:

- a. Kualifikasinya sebagai Pemohon dalam permohonan *a quo* sebagaimana dimaksud dalam Pasal 51 ayat (1) UU Mahkamah Konstitusi;
- b. Hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya sebagaimana dimaksud dalam “Penjelasan Pasal 51 ayat (1)” dianggap telah dirugikan oleh berlakunya undang-undang *a quo*.

Mengenai batasan kerugian konstitusional, Mahkamah Konstitusi telah memberikan pengertian dan batasan tentang kerugian konstitusional yang timbul karena berlakunya suatu Undang-Undang harus memenuhi 5 (lima) syarat (vide Putusan Nomor 006/PUU-III/2005 dan Nomor 011/PUU-V/2007) yaitu sebagai berikut:

- a. adanya hak dan/atau kewenangan konstitusional Pemohon yang diberikan oleh UUD 1945;
- b. bahwa hak dan/atau kewenangan konstitusional Pemohon tersebut dianggap oleh Pemohon telah dirugikan oleh suatu Undang-Undang yang diuji;
- c. kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional Pemohon yang dimaksud bersifat spesifik (khusus) dan aktual atau setidaknya bersifat potensial yang menurut penalaran yang wajar dapat dipastikan akan terjadi;
- d. adanya hubungan sebab akibat (*causal verband*) antara kerugian dan berlakunya Undang-Undang yang dimohonkan pengujian;

e. adanya kemungkinan bahwa dengan dikabulkannya permohonan maka kerugian dan/atau kewenangan konstitusional yang didalilkan tidak akan atau tidak lagi terjadi.

Jika kelima syarat tersebut tidak dipenuhi oleh para Pemohon dalam perkara pengujian Undang-Undang *a quo*, maka sesungguhnya tidak ada hak dan/atau kewenangan konstitusional para Pemohon yang dirugikan dengan berlakunya ketentuan pasal-pasal Undang-Undang *a quo* yang dimohonkan pengujian.

Terhadap kedudukan hukum (*legal standing*) tersebut, DPR RI menyerahkan sepenuhnya kepada Ketua/Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi yang mulia untuk mempertimbangkan dan menilai apakah Pemohon memiliki kedudukan hukum (*legal standing*) atau tidak sebagaimana yang diatur oleh Pasal 51 ayat (1) Undang-Undang tentang Mahkamah Konstitusi dan berdasarkan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 006/PUU-III/2005 dan Nomor 011/PUU-V/2007.

2. PENGUJIAN MATERIIL ATAS PASAL 2 AYAT (1) DAN PASAL 3 UU PEMBERANTASAN TINDAK PIDANA KORUPSI

1) Bahwa Pasal 1 ayat (3) UUD 1945 menegaskan bahwa Indonesia adalah negara hukum, artinya bahwa negara dan pemerintah dalam menyelenggarakan negara dan pemerintahan tentu harus berdasarkan hukum dan peraturan perundang-undangan. Bahwa jika dikaitkan dengan Pasal 1 ayat (3) UUD 1945, maka undang-undang merupakan hukum yang harus dijunjung tinggi dan dipatuhi dalam kehidupan berbangsa dan bernegara. Gagasan negara hukum yang dianut UUD 1945 ini menegaskan adanya pengakuan normatif dan empirik akan prinsip supremasi hukum (*Supremacy of Law*) yaitu bahwa undang-undang sebagai landasan yuridis dalam menyelesaikan permasalahan bangsa dan negara.

2) Bahwa pengakuan normatif mengenai supremasi hukum adalah pengakuan yang tercermin dalam perumusan hukum dan/atau peraturan perundang-undangan. Sedangkan pengakuan empirik adalah pengakuan yang tercermin dalam perilaku masyarakat yang taat pada hukum. Bahwa selain asas supremasi hukum dalam konsep negara hukum sebagaimana dianut dalam UUD 1945 yaitu asas legalitas (*Due Process of Law*). Dalam konsep negara hukum dipersyaratkan berlakunya asas legalitas dalam segala bentuknya, yaitu bahwa segala tindakan penyelenggara negara dan

pemerintahan harus didasarkan atas peraturan perundang-undangan. Dengan demikian setiap perbuatan atau tindakan administrasi harus didasarkan atas aturan atau *“rules and procedures” (regels)*.

- 3) Bahwa Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 mengamanatkan bahwa *“setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum”*, ketentuan ini mengandung makna bahwa konstitusi telah memberikan jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil bagi setiap warga negara dari tindakan pemerintah/aparat penegak hukum. Bahwa selain itu, setiap warga negara juga mempunyai hak memperoleh perlindungan dari ancaman ketakutan untuk berbuat atau tidak berbuat sesuatu sebagaimana diatur dalam Pasal 28G ayat (1) UUD n 1945 yang mengamanatkan, bahwa *“Setiap orang berhak atas perlindungan diri pribadi, keluarga, kehormatan, martabat, dan harta benda yang di bawah kekuasaannya, serta berhak atas rasa aman dan perlindungan dari ancaman ketakutan untuk berbuat atau tidak berbuat sesuatu yang merupakan hak asasi.”*
- 4) Bahwa korupsi di Indonesia terjadi secara sistematis dan meluas sehingga tidak hanya merugikan keuangan negara, tetapi juga telah melanggar hak-hak sosial dan ekonomi masyarakat secara luas, maka pemberantasan korupsi perlu dilakukan dengan cara luar biasa. Dengan demikian, pemberantasan tindak pidana korupsi harus dilakukan dengan cara yang khusus, antara lain penerapan sistem pembuktian terbalik yakni pembuktian yang dibebankan kepada terdakwa. Untuk mencapai kepastian hukum, menghilangkan keragaman penafsiran, dan perlakuan adil dalam memberantas tindak pidana korupsi, Pembangunan Nasional bertujuan mewujudkan manusia Indonesia seutuhnya dan masyarakat Indonesia seluruhnya yang adil, makmur, sejahtera, dan tertib berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945. Untuk mewujudkan masyarakat Indonesia yang adil, makmur, dan sejahtera tersebut, perlu secara terus menerus ditingkatkan usaha-usaha pencegahan dan pemberantasan tindak pidana pada umumnya serta tindak pidana korupsi pada khususnya. Di tengah upaya pembangunan nasional di berbagai bidang, aspirasi masyarakat untuk memberantas korupsi dan bentuk

penyimpangan lainnya semakin meningkat, karena dalam kenyataan adanya perbuatan korupsi telah menimbulkan kerugian negara yang sangat besar yang pada gilirannya dapat berdampak pada timbulnya krisis di berbagai bidang. Untuk itu, upaya pencegahan dan pemberantasan korupsi perlu semakin ditingkatkan dan diintensifkan dengan tetap menjunjung tinggi hak asasi manusia dan kepentingan masyarakat.

- 5) Bahwa Undang-Undang *a quo* diharapkan mampu memenuhi dan mengantisipasi perkembangan kebutuhan hukum masyarakat dalam rangka mencegah dan memberantas secara lebih efektif setiap bentuk tindak pidana korupsi yang sangat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara pada khususnya serta masyarakat pada umumnya. Agar dapat menjangkau berbagai modus operandi penyimpangan keuangan negara atau perekonomian negara yang semakin canggih dan rumit, maka tindak pidana yang diatur dalam Undang-Undang *a quo* dirumuskan sedemikian rupa sehingga meliputi perbuatan-perbuatan memperkaya diri sendiri atau orang lain atau suatu korporasi secara "melawan hukum" dalam pengertian formil dan materil. Dengan perumusan tersebut, pengertian melawan hukum dalam tindak pidana korupsi dapat pula mencakup perbuatan-perbuatan tercela yang menurut perasaan keadilan masyarakat harus dituntut dan dipidana.
- 6) Bahwa dalam Undang-Undang *a quo* tindak pidana korupsi dirumuskan secara tegas sebagai tindak pidana formil. Hal ini sangat penting untuk pembuktian. Dengan rumusan secara formil yang dianut dalam Undang-Undang ini, meskipun hasil korupsi telah dikembalikan kepada negara, pelaku tindak pidana korupsi tetap diajukan ke pengadilan dan tetap dipidana. Perkembangan baru yang diatur dalam Undang-Undang ini adalah korporasi sebagai subjek tindak pidana korupsi yang dapat dikenakan sanksi. Hal ini tidak diatur dalam Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1971.
- 7) Bahwa kata "*dapat*" sudah dijelaskan dan telah sejalan dengan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 003/PUU-IV/2006 halaman 15 justru memberikan keadilan karena Mahkamah Konstitusi menolak untuk mengabulkan penghapusan kata "*dapat*" dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 Undang-Undang *a quo*, dengan alasan pokok bahwa tindak pidana

korupsi adalah tindak pidana formil, bukan tindak pidana materiil, sehingga unsur merugikan keuangan negara bukanlah unsur esensial. dalam Penjelasan Pasal 2 ayat (1) dan Penjelasan Pasal 3 Undang-Undang *a quo* menunjukkan bahwa tindak pidana korupsi merupakan delik formil yaitu adanya tindak pidana korupsi cukup dengan dipenuhinya unsur-unsur perbuatan yang sudah dirumuskan bukan dengan timbul akibat. Bahwa pembuat Undang-Undang mengantisipasi kemungkinan kata “dapat” dengan memberikan penjelasan dalam penjelasan pasal demi pasal. Tindak pidana yang ditentukan dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 Undang-Undang *a quo* merupakan tindak pidana yang telah selesai, tidak terkandung ketentuan tindak pidana percobaan.

- 8) Bahwa keliru para Pemohon mempertentangkan Undang-Undang *a quo* dengan Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2004 tentang Administrasi Pemerintahan (selanjutnya disebut UU Administrasi Pemerintahan), karena dalam permohonan pengujian Undang-Undang, yang dilakukan pengujian adalah undang-undang terhadap UUD 1945, bukan pengujian Undang-Undang terhadap Undang-Undang.
- 9) Bahwa kata “*dapat*” dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 Undang-Undang U *a quo* yang dimohonkan pengujian oleh para Pemohon telah sesuai dengan Prinsip Hukum pidana yaitu “*personal responsibility*” yang artinya tanggung jawab pidana adalah tanggung jawab pribadi. Dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 Undang-Undang *a quo* yang dilakukan oleh aparatur sipil negara dengan tujuan-tujuan yang tidak dibenarkan dan khususnya untuk tindak pidana korupsi yang mengakibatkan kerugian negara atau perekonomian negara maka hal tersebut merupakan perbuatan melawan hukum yang dipertanggung jawabkan secara pribadi dan masuk ruang lingkup hukum pidana.
- 10) Bahwa frasa “*atau orang lain atau suatu korporasi*” dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 Undang-Undang *a quo* yang dimohonkan pengujian oleh para Pemohon bertujuan agar dapat menjangkau berbagai modus operandi penyimpangan keuangan negara atau perekonomian negara yang semakin canggih dan rumit, maka tindak pidana yang diatur dalam Undang-Undang *a quo* Undang-Undang ini dirumuskan sedemikian rupa sehingga meliputi perbuatan-perbuatan memperkaya diri sendiri atau

orang lain atau suatu korporasi secara "melawan hukum" dalam pengertian formil dan materiil. Dengan perumusan tersebut, pengertian melawan hukum dalam tindak pidana korupsi dapat pula mencakup perbuatan-perbuatan tercela yang menurut perasaan keadilan masyarakat harus dituntut dan dipidana. Bahwa perasaan keadilan masyarakat dapat melihat pada teori keadilan oleh John Rawls dalam bukunya *a theory of justice* menjelaskan teori keadilan sebagai *the difference principle of fair equality of opportunity*. Inti *the difference principle* adalah bahwa perbedaan sosial dan ekonomi harus diatur agar memberikan manfaat yang paling besar bagi mereka yang paling kurang beruntung. Lebih lanjut John Rawls menegaskan bahwa program penegakan keadilan yang berdimensi kerakyatan haruslah memperhatikan dua prinsip keadilan yaitu *pertama*, memberikan hak dan kesempatan yang sama atas kebebasan dasar yang paling luas seluas kebebasan yang sama bagi setiap orang. *Kedua*, mampu mengatur kembali kesenjangan sosial ekonomi yang terjadi sehingga dapat memberi keuntungan yang bersifat timbal balik (*reciprocal benefits*) bagi setiap orang. (John Rawls, *A Theory of Justice*, Oxford University Press, 1973, terjemahan dalam Bahasa Indonesia oleh Uzair Fauzan dan Heru Prasetyo, *Teori Keadilan*, Yogyakarta, Pustaka Pelajar, 2006).

- 11) Bahwa dalam Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang *a quo* mengatur agar istilah korupsi diartikan sebagai setiap orang baik pejabat pemerintah, aparatur sipil negara, maupun swasta yang secara melawan hukum melakukan perbuatan memperkaya diri sendiri atau korporasi yang dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara. Ketentuan *a quo* dapat dipahami bahwa unsur yang terkandung dalam pasal ini dan harus dibuktikan berkaitan dengan suatu tindak pidana korupsi adalah *Pertama*, adanya pelaku dalam hal ini setiap orang; *Kedua*, adanya perbuatan yang mana perbuatan tersebut melawan hukum; *Ketiga*, tujuan dari perbuatan tersebut yakni untuk memperkaya diri sendiri, orang lain atau korporasi; *Keempat*, akibat perbuatan tersebut yaitu dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara. Unsur tersebut harus dipenuhi sebagai satu kesatuan dan tidak hanya dipahami dengan hanya mengambil kata "*dapat*" saja.

- 12) Bahwa demikian pula ketentuan Pasal 3 Undang-Undang *a quo*, terkait frasa “*atau orang lain atau suatu korporasi*” harus dapat dipahami secara komprehensif dengan isi Pasal 3 Undang-Undang *a quo* dan tidak hanya mengambil satu frasa yang justru mengaburkan isi Pasal tersebut.
- 13) Bahwa berdasarkan pandangan tersebut, DPR RI berpandangan ketentuan Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi tidak bertentangan dengan Pasal 1 ayat (3), Pasal 27 ayat (1), Pasal 28D ayat (1), Pasal 28G ayat (1), Pasal 28I ayat (4), dan Pasal 28I ayat (5) UUD 1945.

Bahwa berdasarkan dalil-dalil tersebut di atas, DPR RI memohon agar kiranya, Ketua Majelis Hakim Konstitusi memberikan amar putusan sebagai berikut:

1. Menyatakan bahwa para Pemohon tidak memiliki kedudukan hukum (*legal standing*) sehingga permohonan *a quo* harus dinyatakan tidak dapat diterima (*niet ontvankelijk verklaard*);
2. Menyatakan permohonan *a quo* ditolak untuk seluruhnya atau setidaknya permohonan *a quo* tidak dapat diterima;
3. Menyatakan Keterangan DPR RI diterima secara keseluruhan;
4. Menyatakan Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi Sebagaimana Telah Diubah Dengan Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 tidak bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
5. Menyatakan Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi Sebagaimana Telah Diubah Dengan Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 tetap memiliki kekuatan hukum mengikat.

Apabila Ketua/Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi yang mulia berpendapat lain, mohon putusan yang seadil-adilnya (*ex aequo et bono*).

[2.5] Menimbang bahwa Pihak Terkait Dr. Drs. Yesaya Buiney, MM menyampaikan keterangan lisan dan keterangan tertulis dalam persidangan tanggal 20 Juni 2016 yang mengemukakan hal-hal berikut:

A. KEWENANGAN MAHKAMAH KONSTITUSI

1. Ketentuan Pasal 24C ayat (1) UUD 1945 menyatakan: *“Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar...”*
2. Ketentuan Pasal 29 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman menyatakan: *“Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk:*
 - a. *menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945”*
3. Selanjutnya, Pasal 10 ayat (1) huruf a UU Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana diubah dengan UU Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas UU Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi menyatakan: *“Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk: a. menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945,”*
4. Pihak Terkait mengajukan permohonan pengujian atas Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi *juncto* Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (**“UU TIPIKOR”**), khususnya frasa **“atau orang lain atau suatu korporasi”** dan kata **“dapat”** yang selengkapnya berbunyi sebagai berikut :

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 penjara 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)”.

5. Oleh karena permohonan Pihak Terkait adalah pengujian undang-undang terhadap UUD 1945, maka Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili permohonan ini.

B. KEDUDUKAN HUKUM (*LEGAL STANDING*) PIHAK TERKAIT

1. Bahwa Pihak Terkait adalah warga negara Indonesia yang pernah menjadi Terdakwa dalam perkara Tindak Pidana Korupsi Nomor Register 73/Pid.Sus-TPK/2014/PN JAP tertanggal 1 Desember 2014 yang disidangkan di Pengadilan Tipikor Klas 1A Jayapura-Papua kemudian dinyatakan tidak terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi *juncto* Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi dimana sesuai amanah Pasal 27 ayat (1) UUD 1945, yang berbunyi, “*Segala warga negara bersamaan kedudukannya di dalam hukum dan pemerintahan itu dengan tidak ada kecualinya*”.
2. Bahwa adapun kronologis permasalahan yang dialami Pihak Terkait sebagai berikut:
 - a. Bahwa Pihak Terkait adalah Bupati Terpilih Kabupaten Waropen Papua Periode 2010-2015 yang dilantik pada tanggal 15 November 2010.
 - b. Bahwa pada tanggal 19 November 2010 Pihak Terkait mengeluarkan Disposisi agar mulai tanggal 22 November 2010 memblokir Rekening Kas Daerah Kabupaten Waropen Papua pada Bank BRI km 7 Waropen dengan tujuan untuk Tertib Administrasi keuangan pada masa transisi.
 - c. Bahwa pada masa pemblokiran tersebut ternyata Kepala Badan Pengelolaan dan Aset Daerah Kabupaten Waropen atas nama Drs.

PAULINUS HALLAN secara pribadi telah memerintahkan Kepala Unit BRI Kabupaten Waropen untuk mencairkan dana sebesar Rp. 3.000.000.000,- (tiga milyar rupiah) guna menyelesaikan hutang KPU Kabupaten Waropen.

- d. Bahwa dari Fakta Persidangan tidak terungkap peran Pihak Terkait untuk memerintahkan pencairan dana tersebut baik secara lisan dan tertulis, namun Pihak Terkaityang awalnya diputus bebas oleh Pengadilan Negeri Klas IA Jayapura akhirnya pada tanggal 25 April 2016 oleh Mahkamah Agung divonis bersalah dengan hukuman yang sangat fantastis yaitu 5 (lima) Tahun dan 6 (enam) bulan sertadenda sebesar Rp.200.000.00,- (dua ratus juta rupiah).
 - e. Bahwa fenomena Pejabat Publik di Papua sangat menarik karena menjadi simbol “Kepala Suku” yang mengayomi semua masyarakat. Karena symbol tersebut maka Pejabat Publik mengurus semua kepentingan masyarakat mulai dari kelahiran sampai kematian.
3. Bahwa Pemohon sebagai Pihak Terkait mempunyai kepentingan langsung maupun tidak langsung dengan diajukannya permohonan uji materiil dalam perkara aquo, sebagaimana diatur dalam ketentuan Pasal 14 Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 06/PMK/2005 tentang Pedoman Beracara dalam Perkara Pengujian Undang-Undang, yang berbunyi:
- ayat (1) : *“Pihak Terkait yang dimaksud Pasal 13 ayat (1) huruf g adalah pihak yang berkepentingan langsung atau tidak langsung dengan pokok permohonan”.*
- ayat (2) : *“Pihak Terkait yang berkepentingan langsung adalah pihak yang hak dan/atau kewenangannya terpengaruh oleh pokok permohonan.”*
4. Bahwa dengan diajukannya permohonan pengujian *a quo*, maka kepentingan hukum Pemohon Pihak Terkait dalam menggunakan haknya untuk dlakukannya proses hukum secara transparan sebagaimana mestinya, secara langsung maupun tidak langsung berpotensi dirugikan atau terkena dampaknya, jika Undang-Undang yang diuji dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945 dan dinyatakan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat;

C. OBJEK PERMOHONAN

1. Bahwa yang menjadi objek permohonan Pihak Terkait adalah memohon pengujian Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU TIPIKOR khususnya frasa “**atau orang lain atau suatu korporasi**” dan kata “**dapat**”, yang selengkapnya menyatakan sebagai berikut:

- **Pasal 2 ayat (1) UU TIPIKOR**

*“(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 penjara 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 UU TIPIKOR**

*“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)”.*

2. Menurut Pihak Terkait kata “dapat” dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU TIPIKOR tersebut bertentangan dengan UUD 1945, khususnya Pasal 1 Ayat (3), Pasal 27 ayat (1), 28G ayat (1), Pasal 28D ayat (1), Pasal 28I ayat (4) dan Pasal 28I ayat (5) UUD 1945 yang menyatakan :

- **Pasal 1 ayat (3) UUD 1945**

“Negara Indonesia adalah negara hukum”.

- **Pasal 27 ayat (1) UUD 1945**

“Segala warga negara bersamaan kedudukannya di dalam hukum dan pemerintahan dan wajib menjunjung hukum dan pemerintahan itu dengan tidak ada kecualinya”.

- **Pasal 28G ayat (1) UUD 1945**

“Setiap orang berhak atas perlindungan diri pribadi, keluarga, kehormatan, martabat dan harta benda yang dibawah kekuasaannya, serta berhak atas rasa aman dan perlindungan dari ancaman ketakutan untuk berbuat atau tidak berbuat sesuatu yang merupakan hak asasi”.

- **Pasal 28D ayat (1) UUD 1945**

Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum.

- **Pasal 28I ayat (4) UUD 1945**

“Perlindungan, pemajuan, penegakkan, dan pemenuhan hak asasi manusia adalah tanggung jawab negara, terutama pemerintah”.

- **Pasal 28I ayat (5)UUD 1945**

“Untuk menegakkan dan melindungi hak asasi manusia sesuai dengan prinsip negara hukum yang demokratis, maka pelaksanaan hak asasi manusia dijamin, diatur dan dituangkan dalam peraturan perundang-undangan”

3. Bahwa Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU TIPIKOR pernah dimohonkan pengujian dalam perkara Nomor 003/PUU-IV/2006, tertanggal 25 Juli 2006, namun permohonan ini memiliki **alasan dan dasar konstitusionalitas yang berbeda** dengan permohonan yang telah diputus tersebut. Perbedaan dimaksud adalah sebagai berikut:

Permohonan sebelumnya tidak mendasarkan pada adanya jaminan negara bahwa setiap warga negara berhak atas rasa aman dan perlindungan dari ancaman ketakutan untuk berbuat atau tidak berbuat sesuatu sesuai hak asasi, sedangkan permohonan ini mendasarkan juga permohonannya pada jaminan rasa aman dan perlindungan dari ancaman ketakutan berdasarkan Pasal 28G ayat (1) UUD 1945.

Oleh karenanya permohonan ini, **berbeda argumentasi hukumnya**, sehingga **tidak dikategorikan sebagai *ne bis in idem*** dengan permohonan dalam perkara Nomor 003/PUU-IV/2006 yang diputuskan tanggal 25 Juli 2006 lalu, sehingga selaras dengan ketentuan Pasal 60 ayat (2) UU Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, yang menyatakan

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

D. ADAPUN HAL-HAL YANG MENJADI ALASAN-ALASAN PERMOHONAN

Perihal kata “dapat” dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU Tindak Pidana Korupsi

1. Putusan Mahkamah Nomor 003/PUU-III/2006 tertanggal 25 Juli 2006, Mahkamah Konstitusi menolak untuk mengabulkan penghapusan kata “dapat” dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU TIPIKOR. Menurut Pihak Terkait, pertimbangan tersebut tidak sesuai lagi dengan perkembangan politik hukum pemberantasan korupsi di Indonesia dewasa ini karena:

a. Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan menegaskan bahwa penyelesaian dugaan Tindak Pidana Korupsi harus diawali dengan penyelesaian berdasarkan Hukum Administratif antara lain:

a) Pasal 20 ayat (4)

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

b) 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.”

c) Pasal 71

“(1) Keputusan dan/atau Tindakan dapat dibatalkan apabila:

- a. terdapat kesalahan prosedur; atau*
- b. terdapat kesalahan substansi.*

(2) Akibat hukum Keputusan dan/atau Tindakan sebagaimana dimaksud pada ayat (1):

- a. tidak mengikat sejak saat dibatalkan atau tetap sah sampai adanya pembatalan; dan*

b. berakhir setelah ada pembatalan.

- (3) Keputusan pembatalan dilakukan oleh Pejabat Pemerintahan dan/atau Atasan Pejabat dengan menetapkan dan/atau melakukan Keputusan baru dan/atau Tindakan Pejabat Pemerintahan atau berdasarkan perintah Pengadilan.*
- (4) Penetapan Keputusan baru sebagaimana dimaksud pada ayat (3) menjadi kewajiban Pejabat Pemerintahan.*
- (5) Kerugian yang timbul akibat Keputusan dan/atau Tindakan yang dibatalkan menjadi tanggung jawab Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan.”*

d) Pasal 80

- “(1) Pejabat Pemerintahan yang melanggar ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 8 ayat (2), Pasal 9 ayat (3), Pasal 26, Pasal 27, Pasal 28, Pasal 36 ayat (3), Pasal 39 ayat (5), Pasal 42 ayat (1), Pasal 43 ayat (2), Pasal 44 ayat (3), Pasal 44 ayat (4), Pasal 44 ayat (5), Pasal 47, Pasal 49 ayat (1), Pasal 50 ayat(3), Pasal 50 ayat (4), Pasal 51 ayat (1), Pasal 61 ayat (1), Pasal 66 ayat (6), Pasal 67 ayat (2), Pasal 75 ayat (4), Pasal 77 ayat (3), Pasal 77 ayat (7), Pasal 78 ayat (3), dan Pasal 78 ayat (6) dikenai sanksi administratif ringan.*
- (2) Pejabat Pemerintahan yang melanggar ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 25 ayat (1), Pasal 25 ayat (3), Pasal 53 ayat (2), Pasal 53 ayat (6), Pasal 70 ayat (3), dan Pasal 72 ayat (1) dikenai sanksi administratif sedang.*
- (3) Pejabat Pemerintahan yang melanggar ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 17 dan Pasal 42 dikenai sanksi administratif berat.*
- (4) Pejabat Pemerintahan yang melanggar ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) atau ayat (2) yang menimbulkan kerugian pada keuangan negara, perekonomian nasional, dan/atau merusak lingkungan hidup dikenai sanksi administratif berat.”*

- b. Bahwa jika membandingkan antara isi Pasal 2 ayat (1) UU TIPIKOR, yang menyatakan “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 penjara dengan penjara ...”; dengan isi pasal-pasal dalam UU AP sebagaimana dikutip di atas, maka seluruh kesalahan administrasi yang merugikan keuangan negara dipastikan telah memenuhi unsur tindak pidana korupsi.

2. Bahwa berdasarkan uraian tersebut di atas jelaslah bahwa menjadikan tindak pidana korupsi sebagai tindak pidana formil, sudah tidak relevan lagi, sehingga adanya kata “dapat” dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU TIPIKOR bertentangan dengan prinsip-prinsip konstitusi sebagaimana diuraikan di atas. Unsur “kerugian negara” adalah unsur esensial dalam tindak pidana korupsi karena menyangkut kejahatan terhadap negara yang merugikan kepentingan rakyat banyak. Jika tidak ada unsur kerugian negara, bagaimana mungkin seseorang dinyatakan melakukan korupsi. Tidak ada korupsi tanpa kerugian negara, kecuali dalam hal tindak pidana suap, gratifikasi dan tindak pidana lain yang berkaitan dengan tindak pidana korupsi tidak memerlukan adanya unsur kerugian negara secara langsung.

3. Bahwa dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia kata “dapat” antara lain bermakna: “**mampu**”, “**sanggup**”, “**bisa**”, “**boleh**”, serta “**mungkin**”. Berdasarkan makna bahasa tersebut kata “**dapat**” tidak memiliki makna yang pasti. Dari segi bahasa, rumusan frasa “**dapat**” merugikan keuangan atau perekonomian Negara dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU TIPIKOR tersebut bisa bermakna :

- merugikan keuangan negara
- ”mungkin” merugikan keuangan negara;
- ”potensial” merugikan keuangan negara, serta
- ”tidak harus” merugikan keuangan negara yang nyata.

Dengan ragam makna kata ”dapat” tersebut menimbulkan ketidakpastian dalam penerapan hukum pidana oleh para penegak hukum yang implikasinya dapat menimbulkan ketidakadilan bagi warga negara.

4. Bahwa didalam memaknai kerugian negara atau perekonomian negara, Mahkamah dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 003/PUU-IV/2006 tanggal 25 Juli 2006, antara lain menyatakan, “..**mengkualifikasinya**

sebagai delik formil, sehingga adanya kerugian negara atau perekonomian negara tidak merupakan akibat yang harus nyata terjadi".

Pertimbangan Mahkamah yang demikian ini menurut hemat Pihak Terkait sudah tidak sesuai lagi dengan perkembangan politik pemberantasan korupsi, karena kualifikasi kerugian keuangan negara atau perekonomian negara itu adalah delik materil. Sebab menurut **Pasal 1 angka 22, Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2004** tentang Perbendaharaan Negara, dinyatakan, "**Kerugian Negara/Daerah adalah kekurangan uang, surat berharga, dan barang, yang nyata dan pasti jumlahnya sebagai akibat perbuatan melawan hukum baik sengaja maupun lalai**".

5. Bahwa mengenai timbulnya ketidakpastian hukum dalam norma yang menggunakan kata "dapat" telah banyak diputuskan oleh Mahkamah Konstitusi sebagai inkonstitusional karena mengandung ketidakpastian hukum dan ketidak-adilan, khususnya dalam putusan-putusan sebagai berikut :

a. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 137/PUU-VII/2009 tanggal 27 Agustus 2010, Mahkamah konstitusi dalam putusannya menyatakan bahwa kata "**dapat**" dalam Pasal 68 ayat (4) Undang-Undang Nomor 18 Tahun 2009 tentang Peternakan dan Kesehatan Hewan bertentangan dengan Undang-Undang Dasar 1945. Mahkamah Konstitusi mempertimbangkan, bahwa Pasal 68 ayat (4) UU 18/2009 yang dimohonkan pengujian oleh Pihak Terkait menyatakan, "*Dalam ikut berperan serta mewujudkan kesehatan hewan dunia melalui Siskeswanas sebagaimana dimaksud pada ayat (2), Menteri dapat melimpahkan kewenangannya kepada otoritas veteriner*", yang menurut Pihak Terkait kata, "**dapat**" berakibat pada pelanggaran hak kewenangan profesi dokter hewan diturunkan menjadi kewenangan politik.

Prinsip kehati-hatian dalam impor produk hewan segar yang akan dimasukkan ke dalam wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia sebagaimana yang dikemukakan dalam mempertimbangkan pengujian Pasal 59 ayat (2) UU 18/2009 di atas juga menjadi pertimbangan dalam pengujian pasal *a quo*. Peran serta mewujudkan kesehatan

hewan dunia melalui Siskeswanas selain memperhatikan prinsip kehati-hatian, yang tak kalah pentingnya adalah prinsip ekonomi yang telah diterima secara universal yakni penempatan manusia pada posisi yang sesuai dengan otoritasnya, *the right man on the right place* yang bertujuan antara lain untuk mencapai keberhasilgunaan dan keberdayagunaan. Spesialisasi, tipisasi, atau taylorisasi yang terkandung dalam prinsip *the right man on the right place* yang diperkenalkan oleh F.W. Taylor sebetulnya lebih dahulu diperkenalkan oleh Nabi Muhammad SAW ketika beliau bersabda, “*Apabila suatu urusan diserahkan kepada yang bukan ahlinya, tunggulah saat kehancurannya*”.

Berdasarkan asas kehati-hatian dan demi menghindari risiko kerugian, prinsip penempatan manusia pada posisi yang sesuai dengan otoritasnya untuk mencapai efisiensi dan efektivitas yang semuanya bertujuan untuk melindungi masyarakat Indonesia bahkan dunia, dan untuk memajukan kesejahteraan umum, Pemerintah dalam hal ini Menteri melimpahkan kewenangan Siskeswanas kepada otoritas veteriner. Dengan demikian kata “**dapat**” yang memberikan diskresi kepada Menteri untuk melimpahkan kewenangannya kepada pejabat yang tidak memiliki otoritas *veteriner* adalah kontraproduktif dengan tujuan melindungi dan meningkatkan kesejahteraan masyarakat, sehingga bertentangan dengan konstitusi. Dengan demikian Pasal 68 ayat (4) UU 18/2009 menjadi, “*Dalam ikut berperan serta mewujudkan kesehatan hewan dunia melalui Siskeswanas sebagaimana dimaksud pada ayat (2), Menteri melimpahkan kewenangannya kepada otoritas veteriner*”.

- b. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 34/PUU-VIII/2010 tanggal 1 November 2011 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan. Mahkamah konstitusi dalam putusannya menyatakan bahwa kata “dapat” dalam Penjelasan Pasal 114 Undang-Undang Nomor 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Menurut Mahkamah, terdapat ketidaksinkronan norma yang penafsirannya berpotensi merugikan hak-hak warga negara yaitu

Pasal 114 UU 36/2009 dan Penjelasannya yang menyatakan bahwa yang dimaksud dengan "peringatan kesehatan" adalah "tulisan yang jelas dan mudah terbaca dan dapat disertai gambar atau bentuk lainnya". Namun, Pasal 199 ayat (1) UU 36/2009 menyatakan bahwa, "Setiap orang yang dengan sengaja memproduksi atau memasukkan rokok ke dalam wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia dengan tidak mencantumkan peringatan kesehatan berbentuk gambar sebagaimana dimaksud dalam Pasal 114 dipidana penjara ...". Kata "dapat" di dalam Penjelasan Pasal 114 UU 36/2009 adalah bermakna alternatif yaitu pencantuman peringatan kesehatan yang berbentuk tulisan yang jelas dan mudah terbaca tersebut dapat disertai atau tidak disertai gambar atau bentuk lainnya, sedangkan Pasal 199 ayat (1) UU 36/2009 dapat dimaknai imperatif yaitu peringatan kesehatan harus mencantumkan selain tulisan juga bentuk gambar.

Kata "dapat" dalam Penjelasan Pasal 114 UU 36/2009 yang dihubungkan dengan pengertian "wajib mencantumkan peringatan kesehatan" dalam Pasal 114 UU 36/2009 mengandung dua pengertian yang berbeda sekaligus yaitu kumulatif dan alternatif. Padahal, penjelasan dari suatu pasal diperlukan justru untuk menjelaskan dengan rumusan yang tegas supaya dapat memaknai kata "wajib mencantumkan peringatan kesehatan" dalam ketentuan Pasal 114 Undang-Undang *a quo* menjadi lebih jelas dan tegas, sehingga tidak menimbulkan penafsiran lain. Oleh karena rumusan Penjelasan Pasal 114 Undang-Undang *a quo* yang menyatakan, "Yang dimaksud dengan "peringatan kesehatan" dalam ketentuan ini adalah tulisan yang jelas dan mudah terbaca dan dapat disertai gambar atau bentuk lainnya" menimbulkan penafsiran yang tidak jelas dan tegas, apalagi bila dihubungkan dengan ketentuan sanksi pidana yang tercantum dalam Pasal 199 ayat (1) UU 36/2009 yang merujuk pada Pasal 114 UU 36/2009 beserta Penjelasannya. Dengan demikian, kata "wajib mencantumkan peringatan kesehatan" dalam ketentuan Pasal 114 Undang-Undang *a quo* haruslah dimaknai wajib mencantumkan peringatan kesehatan dalam bentuk tulisan yang jelas dan mudah terbaca dan disertai gambar atau bentuk lainnya. Hal demikian dapat

dilakukan dengan menghilangkan kata "dapat" dalam Penjelasan Pasal 114 UU 36/2009.

- c. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 57/PUU-IX/2011 tanggal 17 April 2012, pada halaman 61 diktum [3.10.4) mempertimbangkan bahwa "Adapun mengenai dalil Pihak Terkait bahwa dalam pengaturan tersebut menimbulkan ketidakpastian dan ketidakadilan hukum sebagaimana dimaksud Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 karena ketentuan pasal tersebut di dalam Penjelasan terdapat kata "dapat" yang berarti Pemerintah boleh mengadakan atau boleh pula tidak mengadakan "tempat khusus untuk merokok" di tempat kerja, di tempat umum, dan di tempat lainnya, Mahkamah berpendapat bahwa dalil Pihak Terkait tersebut dapat dibenarkan. Selain itu, Mahkamah juga berpendapat bahwa kata "dapat" dalam pasal *a quo* berimplikasi tiadanya proporsionalitas dalam pengaturan tentang "tempat khusus merokok" yang mengakomodasi antara kepentingan perokok untuk merokok dan kepentingan publik untuk terhindar dari ancaman bahaya kesehatan dan demi meningkatnya derajat kesehatan. Hal tersebut karena merokok merupakan perbuatan, yang secara hukum legal atau diizinkan, sehingga dengan kata "dapat" tersebut berarti pemerintah boleh mengadakan atau tidak mengadakan "tempat khusus untuk merokok". Hal itu akan dapat menghilangkan kesempatan bagi para perokok untuk merokok manakala pemerintah dalam implementasinya benar-benar tidak mengadakan "tempat khusus untuk merokok" di tempat kerja, di tempat umum, dan di tempat lainnya;"
- d. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 18/PUU-XII/2014, tanggal 21 Januari 2015, yang salah satu amarnya memutuskan, bahwa kata "dapat" dalam Pasal 95 ayat (1) Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup bertentangan dengan UUD 1945. Pertimbangan Mahkamah Konstitusi menyatakan, bahwa kata dapat tersebut menimbulkan ketidakpastian hukum dalam penegakan hukum lingkungan, yaitu dengan adanya kata "dapat" memberikan alternatif melakukan koordinasi atau pun tidak melakukan koordinasi dalam penegakan hukum lingkungan,

padahal menurut Mahkamah Konstitusi koordinasi dalam penegakan hukum lingkungan adalah mutlak dilakukan.

6. Bahwa UUD 1945 mengharuskan adanya jaminan bahwa setiap orang berhak atas rasa aman dan perlindungan dari ancaman ketakutan. Adanya kata “dapat” dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU TIPIKOR, menimbulkan rasa takut dan khawatir bagi setiap orang yang sedang menduduki jabatan dalam pemerintahan, karena setiap tindakannya dalam mengeluarkan keputusan atau tindakan dalam jabatannya selalu dalam intaian ancaman pidana korupsi karena kebijakan penyelenggara negara yang merugikan negara bahkan menguntungkan negara atau menguntungkan rakyat sekalipun, tetap dapat dipidana. Padahal, kewajiban penyelenggara negara seperti Pihak Terkait adalah mengeluarkan keputusan dalam menjalankan tugas negara bagi kepentingan rakyat. Akibat adanya kata “**dapat**” dalam pasal tersebut setiap warga negara yang menduduki jabatan pemerintahan yang karena jabatannya setiap saat mengeluarkan keputusan atau kebijakan negara selalu diliputi rasa tidak aman, rasa takut dikenai sanksi pidana korupsi. Dengan demikian kata “**dapat**” dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU TIPIKOR bertentangan dengan Pasal 28G ayat (1) UUD 1945.
7. Bahwa prinsip negara hukum adalah satu prinsip yang paling *elementer* dalam penyelenggaraan pemerintahan di Indonesia. Prinsip tersebut diletakkan dalam Pasal 1 ayat (3) UUD 1945 yaitu pada bahagian atau bab yang mengatur hal-hal yang paling *elementer* dalam konstitusi Indonesia. Salah satu prinsip dasar negara hukum baik dalam system hukum eropa kontinental maupun pada sistem Anglo Saxon adalah penyelenggaraan pemerintahan yang harus berdasarkan atas hukum atau dalam bahasa lain disebut *due process of law*. Prinsip tersebut secara tersurat maupun tersirat dapat dibaca dalam Pasal 27 ayat (1), Pasal 28D ayat (1), Pasal 28I ayat (4) dan Pasal 28I ayat (5) UUD 1945. Pasal-pasal tersebut pada satu sisi menjamin setiap warga negara diperlakukan sama di hadapan hukum dan pemerintahan dan pada sisi lain mewajibkan negara menegakkan jaminan tersebut dalam berbagai kebijakannya baik dalam bentuk undang-undang maupun tindakan dan kebijakan konkrit. Hal tersebut dapat dijelaskan sebagai berikut:

- a. Dari ketentuan Pasal 27 ayat (1) dan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945, terdapat jaminan atas warga negara untuk diperlakukan sama dalam hukum dan pemerintahan, dan pengakuan, jaminan, perlindungan dan dan kepastian hukum yang adil.
 - b. Pada sisi lain, dari ketentuan Pasal 28I ayat (4) dan Pasal 28I ayat (5), jelas sekali mewajibkan dan menjadi tanggung jawab negara terutama pemerintah untuk memberikan perlindungan, pemajuan, penegakkan, dan pemenuhan hak asasi manusia. Konstitusi juga mewajibkan negara bahwa untuk menegakkan dan melindungi hak asasi manusia sesuai dengan prinsip negara hukum yang demokratis, maka pelaksanaan hak asasi manusia dijamin, diatur dan dituangkan dalam peraturan perundang-undangan. Dengan demikian UUD 1945 mewajibkan negara untuk menegakkan dan melindungi hak-hak warga negara dan membuat berbagai peraturan perundang-undangan untuk menjamin bahwa perlindungan dan penegakkan hak asasi manusia tersebut dilaksanakan dengan sebaik-baiknya.
8. Bahwa menurut Pihak Terkait, kata “**dapat**” dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU TIPIKOR, memberi peluang dan keleluasaan kepada negara dalam hal ini aparat penegak hukum untuk bertindak sewenang-wenang dan mengabaikan kewajibannya bertindak atas dasar hukum yang jelas dan pasti karena tidak ada *rule* yang jelas yang mewajibkan negara untuk menghindari tindakan sewenang-wenang. Akibatnya, dipastikan terjadi pelanggaran atas hak-hak asasi manusia yang merupakan salah satu prinsip fundamental dari negara hukum. Salah satu bentuk implementasi dari prinsip negara hukum adalah ada dan terciptanya jaminan hak yang sama bagi setiap orang untuk diperlakukan sama dihadapan hukum dan pemerintahan. Perbedaan perlakuan ini akan menyebabkan tercederainya hak-hak konstitusional warga negara yang dijamin oleh konstitusi.
 9. Bahwa pengalaman Pihak Terkait sebagai korbanadanya kata “**dapat**” dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU TIPIKOR memungkinkan aparat penegak hukum memperlakukan tindakan atau kebijakan yang berbeda atas perbuatan yang sama. Hal demikian bertentangan dengan prinsip negara hukum yang dianut oleh Negara Kesatuan Republik Indonesia

yang termuat dalam Pasal 1 ayat (3) UUD 1945 *juncto* Pasal 27 ayat (1) UUD 1945.

10. Bahwa dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2004 tentang Perbendaharaan Negara, Pasal 1 angka 22, menyatakan, "*kerugian negara atau daerah adalah kekurangan uang, surat berharga dan barang yang nyata dan pasti jumlahnya sebagai akibat perbuatan yang melawan hukum baik sengaja maupun lalai*". Dengan demikian, menjadi jelas bahwa kerugian negara itu harus nyata dan pasti jumlahnya dan terjadi sebagai akibat perbuatan melawan hukum. Adanya kata "dapat" dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU TIPIKOR menimbulkan ketidakpastian hukum karena adanya pertentangan antara satu Undang-Undang dengan undang-undang yang lainnya, sehingga melanggar prinsip kepastian hukum yang adil yang dijamin dalam UUD 1945.
11. Bahwa berdasarkan seluruh argumentasi Pihak Terkait tersebut di atas, kata "dapat" dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU TIPIKOR beralasan hukum untuk dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945.
12. Bahwa frasa "*atau orang lain atau suatu korporasi*" mengandung makna yang ambigu dan tidak pasti, karena akan menjangkit seluruh perbuatan yang disengaja, tidak disengaja atau bahkan perbuatan yang diawali dengan maksud baik. Rumusan frasa "*atau orang lain atau suatu korporasi*" dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU TIPIKOR tersebut memungkinkan seseorang dikenai tindak pidana korupsi walaupun seorang apatour sipil negara mengeluarkan suatu kebijakan dengan itikad baik dan menguntungkan negara atau rakyat dan pada saat yang lain menguntungkan orang lain atau korporasi, padahal kebijakan tersebut sama sekali bukan merupakan perbuatan jahat. Pertanyaan filosofisnya adalah apakah kita akan menjerumuskan seseorang yang dengan tulus bekerja untuk negara dan rakyat ke penjara, hanya karena rumusan undang-undang tindak pidana korupsi yang tidak jelas dan tidak pasti.
13. Bahwa pencantuman menguntungkan orang lain atau korporasi dalam konvensi PBB adalah suatu yang seharusnya, karena tindak pidana korupsi dalam konvensi PBB tersebut tidak memasukkan rumusan tindak pidana sebagaimana dimana dimaksud dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU TIPIKOR. Keseluruhan jenis tindak pidana yang dimaksud dalam

konvensi tersebut hanya berkaitan dengan suap menyuap, penyalahgunaan jabatan, penyalahgunaan pengaruh dan lain-lain sebagaimana telah diuraikan di atas. Pencantuman frasa “*atau orang lain atau suatu korporasi*” dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU TIPIKOR menjadikan tindak pidana korupsi akan menjaring para aparatur sipil negara yang berkerja dengan itikad baik. Perumusan norma pidana yang demikian jelas melanggar prinsip kepastian hukum yang adil yang dijamin oleh konstitusi.

14. Berdasarkan uraian tersebut di atas, frasa “*atau orang lain atau suatu korporasi*” bertentangan dengan UUD 1945.

E. PETITUM

Berdasarkan hal-hal yang telah kamiuraikan di atas, maka Pihak Terkait mohon kepada Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi Yang Mulia agar berkenan memberikan putusan sebagai berikut:

1. Mengabulkan permohonan Pihak Terkait untuk seluruhnya;
2. Menyatakan kata “*dapat*” dan frasa “*atau orang lain atau suatu korporasi*” dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi sebagaimana diubah dengan Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
3. Menyatakan kata “*dapat*” dan frasa “*atau orang lain atau suatu korporasi*” dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi sebagaimana diubah dengan Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 tentang Perubahan Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat;
4. Memerintahkan pemuatan putusan ini dalam Berita Negara Republik Indonesia sebagaimana mestinya.

ATAU

Jika Mahkamah Konstitusi berpendapat lain mohon Putusan seadil-adilnya (*ex aequo et bono*).

[2.6] Menimbang bahwa untuk membuktikan dalil-dalilnya, Pihak Terkait Dr. Drs. Yesaya Buiney, MM telah mengajukan alat bukti surat/tulisan yang diberi tanda bukti PT-1 sampai dengan bukti PT-5 sebagai berikut:

1. Bukti P-T1 : Fotokopi Kutipan Putusan Pidana Nomor 73/Pid.Sus-TPK/2014/PN.Jap tanggal 15 April 2015;
2. Bukti PT-2 : Fotokopi Putusan Nomor 73/Pid.Sus-TPK/2014/PN.Jap tanggal 15 April 2015;
3. Bukti PT-3 : Fotokopi Petikan Putusan Mahkamah Agung Pasal 226 KUHP Nomor 2011 K/PID.SUS/2015, tanggal 25 April 2016;
4. Bukti PT-4 : Fotokopi Surat Pengantar Kepada Yth. Sdr. Ketua Pengadilan Negeri di Jayapura Nomor 922/TU/2016/2011K/PID.SUS/2015 tanggal 04 Mei 2016;
5. Bukti PT-5 : Salinan Akta Pemberitahuan Putusan Mahkamah Model 61/Pid/PN, Nomor 13/Akta.Pid.Sus-TPK/2015/PN.Jap, tanggal 9 Juni 2015;

[2.7] Menimbang bahwa para Pemohon mengajukan kesimpulan tertulis yang pada pokoknya tetap dengan pendiriannya;

[2.8] Menimbang bahwa untuk mempersingkat uraian dalam putusan ini, segala sesuatu yang terjadi di persidangan cukup ditunjuk dalam Berita Acara Persidangan, yang merupakan satu kesatuan yang tidak terpisahkan dengan putusan ini;

3. PERTIMBANGAN HUKUM

Kewenangan Mahkamah

[3.1] Menimbang bahwa berdasarkan Pasal 24C ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (selanjutnya disebut UUD 1945), Pasal 10 ayat (1) huruf a Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2011 Nomor 70, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5226,

selanjutnya disebut UU MK), dan Pasal 29 ayat (1) huruf a Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 157, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5076), Mahkamah berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji Undang-Undang terhadap UUD 1945;

[3.2] Menimbang bahwa oleh karena permohonan para Pemohon adalah pengujian konstusionalitas norma Undang-Undang, *in casu* frasa “dapat” dan frasa “atau orang lain atau suatu korporasi” dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi sebagaimana diubah dengan Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (selanjutnya disebut UU Tipikor) terhadap UUD 1945 maka Mahkamah berwenang mengadili permohonan para Pemohon;

Kedudukan Hukum (*Legal Standing*) Pemohon

[3.3] Menimbang bahwa berdasarkan Pasal 51 ayat (1) UU MK beserta Penjelasan, yang dapat mengajukan permohonan pengujian Undang-Undang terhadap UUD 1945 adalah mereka yang menganggap hak dan/atau kewenangan konstusionalnya yang diberikan oleh UUD 1945 dirugikan oleh berlakunya suatu Undang-Undang, yaitu:

- a. perorangan warga negara Indonesia (termasuk kelompok orang yang mempunyai kepentingan sama);
- b. kesatuan masyarakat hukum adat sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam Undang-Undang;
- c. badan hukum publik atau privat;
- d. lembaga negara;

Dengan demikian, Pemohon dalam pengujian Undang-Undang terhadap UUD 1945 harus menjelaskan dan membuktikan terlebih dahulu:

- a. kedudukannya sebagai Pemohon sebagaimana dimaksud dalam Pasal 51 ayat (1) UU MK;

- b. kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional yang diberikan oleh UUD 1945 yang diakibatkan oleh berlakunya Undang-Undang yang dimohonkan pengujian;

[3.4] Menimbang pula bahwa Mahkamah sejak Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 006/PUU-III/2005 bertanggal 31 Mei 2005 dan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 11/PUU-V/2007 bertanggal 20 September 2007, serta putusan-putusan selanjutnya berpendirian bahwa kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional sebagaimana dimaksud dalam Pasal 51 ayat (1) UU MK harus memenuhi lima syarat, yaitu:

- a. adanya hak dan/atau kewenangan konstitusional Pemohon yang diberikan oleh UUD 1945;
- b. hak dan/atau kewenangan konstitusional tersebut oleh Pemohon dianggap dirugikan oleh berlakunya Undang-Undang yang dimohonkan pengujian;
- c. kerugian konstitusional tersebut harus bersifat spesifik (khusus) dan aktual atau setidaknya-tidaknya potensial yang menurut penalaran yang wajar dapat dipastikan akan terjadi;
- d. adanya hubungan sebab-akibat (*causal verband*) antara kerugian dimaksud dan berlakunya Undang-Undang yang dimohonkan pengujian;
- e. adanya kemungkinan bahwa dengan dikabulkannya permohonan maka kerugian konstitusional seperti yang didalilkan tidak akan atau tidak lagi terjadi;

[3.5] Menimbang bahwa berdasarkan uraian sebagaimana tersebut pada paragraf [3.3] dan paragraf [3.4] di atas, selanjutnya Mahkamah akan mempertimbangkan mengenai kedudukan hukum (*legal standing*) para Pemohon dalam permohonan *a quo* yang pada pokoknya mendalilkan sebagai berikut:

[3.5.1] Bahwa Pemohon I adalah perseorangan warga negara Indonesia yang telah dijatuhi hukuman berdasarkan putusan Pengadilan Negeri Mamuju Nomor 08/Pid.Sus/TPK/2013/PN.MU karena didakwa melanggar Pasal 3 UU Tipikor [vide bukti P-5];

[3.5.2] Bahwa Pemohon II dan Pemohon III adalah perseorangan warga negara Indonesia yang pada saat ini didakwa melanggar Pasal 2 ayat (1) dan/atau Pasal 3 UU Tipikor [vide bukti P-8 dan bukti P-9];

[3.5.3] Bahwa Pemohon IV sampai dengan Pemohon VII adalah perseorangan warga negara Indonesia yang pada saat ini sebagai Aparatur Sipil Negara yang

berpotensi dikenakan ketentuan Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU Tipikor [vide bukti P-6, bukti P-10 dan bukti P-11];

[3.5.4] Bahwa para Pemohon mendalilkan memiliki hak konstitusional yang dijamin oleh UUD 1945. Menurut para Pemohon hak konstitusional tersebut telah dirugikan dengan berlakunya Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU Tipikor, dengan alasan bahwa berdasarkan kedua ketentuan pasal tersebut dapat terjadi seseorang Aparatur Sipil Negara (ASN) mengambil keputusan yang menguntungkan bagi pihak lain bahkan juga menguntungkan bagi negara atau rakyat, akan tetapi bagi ASN yang bersangkutan tetap dikenai tindak pidana korupsi, meskipun tidak pula menguntungkan bagi ASN yang bersangkutan;

[3.6] Menimbang bahwa berdasarkan uraian dalam paragraf **[3.3]** dan paragraf **[3.4]** dihubungkan dengan dalil permohonan para Pemohon di atas dalam paragraf **[3.5]**, menurut Mahkamah, para Pemohon telah menjelaskan kualifikasinya sebagai perserorangan warga negara Indonesia. Terlepas dari benar atau tidaknya dalil para Pemohon mengenai inkonstitusionalitasnya norma Undang-Undang yang dimohonkan pengujian dalam permohonan *a quo*, telah terang bagi Mahkamah bahwa para Pemohon telah menjelaskan secara spesifik dan aktual atau setidaknya-potensial mengenai kerugian hak konstitusionalnya, yang secara kausalitas disebabkan oleh berlakunya Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU Tipikor. Kerugian konstitusional tersebut memiliki kemungkinan tidak akan atau tidak lagi terjadi jika Mahkamah mengabulkan permohonan para Pemohon yaitu menyatakan frasa “dapat” dan frasa “atau orang lain atau suatu korporasi” dalam kedua pasal *a quo* bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat [vide petitum permohonan para Pemohon]. Dengan demikian, menurut Mahkamah para Pemohon memiliki kedudukan hukum (*legal standing*) untuk mengajukan permohonan *a quo*;

[3.7] Menimbang bahwa oleh karena Mahkamah berwenang mengadili permohonan *a quo*, dan para Pemohon memiliki kedudukan hukum (*legal standing*) untuk mengajukan permohonan *a quo* maka selanjutnya Mahkamah akan mempertimbangkan pokok permohonan;

Pokok Permohonan

[3.8] Menimbang bahwa pokok permohonan para Pemohon adalah pengujian konstitusionalitas Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU Tipikor, yang masing-masing menyatakan,

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 penjara 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)".*

terhadap Pasal 1 ayat (3), Pasal 27 ayat (1), Pasal 28D ayat (1), Pasal 28G ayat (1), dan Pasal 28I ayat (4) dan ayat (5) UUD 1945, yang masing-masing menyatakan,

Pasal 1 ayat (3) UUD 1945

Negara Indonesia adalah negara hukum.

Pasal 27 ayat (1) UUD 1945

Segala warga negara bersamaan kedudukannya di dalam hukum dan pemerintahan dan wajib menjunjung hukum dan pemerintahan itu dengan tidak ada kecualinya.

Pasal 28D ayat (1) UUD 1945

Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum.

Pasal 28G ayat (1) UUD 1945

Setiap orang berhak atas perlindungan diri pribadi, keluarga, kehormatan, martabat, dan harta benda yang di bawah kekuasaannya, serta berhak atas rasa aman dan perlindungan dari ancaman ketakutan untuk berbuat atau tidak berbuat sesuatu yang merupakan hak asasi.

Pasal 28I UUD 1945

(1) ...
dst

- (4) *Perlindungan, pemajuan, penegakan, dan pemenuhan hak asasi manusia adalah tanggung jawab negara, terutama pemerintah.*
- (5) *Untuk menegakkan dan melindungi hak asasi manusia sesuai dengan prinsip negara hukum yang demokratis, maka pelaksanaan hak asasi manusia dijamin, diatur, dan dituangkan dalam peraturan perundang-undangan.*

[3.9] Menimbang bahwa para Pemohon mengajukan pengujian konstitusionalitas terhadap norma Undang-Undang *a quo* sebagaimana disebutkan pada paragraf [3.8] di atas dengan alasan-alasan yang pada pokoknya sebagai berikut:

1. Bahwa Mahkamah dalam Putusan Nomor 003/PUU-III/2006, bertanggal 25 Juli 2006, yang telah mempertimbangkan ada atau tidak adanya tindak pidana korupsi tidak tergantung pada ada atau tidaknya kerugian negara tetapi cukup dibuktikan telah ada perbuatan melawan hukum sehingga ada atau tidak ada kata “dapat” tidak penting lagi, menurut para Pemohon tidak sesuai lagi dengan perkembangan politik hukum pemberantasan korupsi, yakni dengan lahirnya Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan (UU AP) yang mengutamakan dari pendekatan pidana menjadi pendekatan hukum administrasi dan dari penghukuman pidana penjara menjadi pengembalian uang negara;
2. Bahwa Mahkamah dalam Putusan Nomor 003/PUU-III/2006 menjadikan delik korupsi sebagai delik formil dengan merujuk pada *United Nation Convention Against Corruption, 2003* yang telah diratifikasi Indonesia melalui Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2006. Konvensi Anti Korupsi tersebut tidak memasukkan unsur merugikan keuangan negara karena cakupan delik korupsinya sudah diuraikan secara limitatif. Berbeda dengan Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU Tipikor yang apabila menghilangkan unsur kerugian negara sebagai delik maka menjadi delik “keranjang sampah”, artinya seluruh perbuatan yang dilakukan oleh Aparatur Sipil Negara (ASN) yang melanggar, lalai atau tidak sesuai dengan kepatutan merupakan delik korupsi. Akibatnya, banyak ASN tidak berani mengambil kebijakan sehingga merugikan perekonomian negara;
3. Bahwa menjadikan tindak pidana korupsi sebagai tindak pidana formil sudah tidak relevan lagi, sehingga adanya kata “dapat” dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU Tipikor bertentangan dengan Pasal 1 ayat (3), Pasal 27 ayat (1), Pasal 28G ayat (1), Pasal 28D ayat (1), Pasal 28I ayat (4), Pasal 28I ayat (5)

UUD 1945. Menurut para Pemohon, unsur kerugian negara adalah unsur esensial dalam tindak pidana korupsi, tidak ada korupsi tanpa kerugian negara;

4. Bahwa menurut para Pemohon, Mahkamah dapat mengubah pandangannya atas suatu pasal atau norma yang telah diuji sebelumnya karena pertimbangan perkembangan politik hukum dan situasi sosial yang berubah;
5. Bahwa kata “dapat” dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU Tipikor menimbulkan rasa takut dan khawatir bagi setiap orang yang sedang menduduki jabatan dalam pemerintahan, karena setiap tindakannya dalam mengeluarkan keputusan atau tindakan dalam jabatannya selalu dalam intaian ancaman pidana korupsi.
6. Bahwa menurut para Pemohon, kata “dapat” dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU Tipikor, memberi peluang dan keleluasaan kepada negara dalam hal ini aparat penegak hukum untuk bertindak sewenang-wenang dan mengabaikan kewajibannya bertindak atas dasar hukum yang jelas dan pasti karena tidak ada *rule* yang jelas yang mewajibkan negara untuk menghindari tindakan sewenang-wenang. Selain itu, memungkinkan aparat penegak hukum memperlakukan tindakan atau kebijakan yang berbeda atas perbuatan yang sama.
7. Bahwa frasa “atau orang lain atau suatu korporasi” mengandung makna yang ambigu dan tidak pasti, karena akan menjaring seluruh perbuatan yang disengaja, tidak disengaja atau bahkan perbuatan yang diawali dengan maksud baik. Rumusan frasa “atau orang lain atau suatu korporasi” dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU Tipikor tersebut memungkinkan seseorang dikenai tindak pidana korupsi walaupun seorang aparatur sipil negara mengeluarkan suatu kebijakan dengan itikad baik dan menguntungkan negara atau rakyat dan pada saat yang lain menguntungkan orang lain atau korporasi, padahal kebijakan tersebut sama sekali bukan merupakan perbuatan jahat.

[3.10] Menimbang bahwa setelah Mahkamah memeriksa dengan saksama permohonan dan bukti-bukti surat/tulisan yang diajukan oleh para Pemohon, keterangan ahli dari para Pemohon, keterangan Presiden, keterangan tertulis Dewan Perwakilan Rakyat, keterangan dan bukti-bukti surat/tulisan Pihak Terkait Dr. Drs. Yesaya Buiney, MM, dan kesimpulan tertulis para Pemohon, yang

selengkapnya termuat dalam Duduk Perkara, selanjutnya Mahkamah berpendapat sebagai berikut.

[3.10.1] Bahwa Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU Tipikor telah dimohonkan pengujian dan telah diputus Mahkamah dalam Putusan Nomor 003/PUU-IV/2006, bertanggal 25 Juli 2006, sehingga dalam hal ini berlaku ketentuan Pasal 60 UU MK, yaitu bahwa terhadap materi muatan ayat, pasal, dan/atau bagian dalam Undang-Undang yang telah diuji, tidak dapat dimohonkan pengujian kembali, kecuali jika materi muatan dalam UUD 1945 yang dijadikan dasar pengujian berbeda. Untuk itu perlu dipertimbangkan terlebih dahulu apakah permohonan *a quo ne bis in idem* ataukah tidak.

Bahwa dasar pengujian yang digunakan permohonan Nomor 003/PUU-IV/2006 adalah Pasal 28D ayat (1) UUD 1945, sedangkan dalam permohonan *a quo* menggunakan juga Pasal 1 ayat (3), Pasal 27 ayat (1), Pasal 28G ayat (1), dan Pasal 28I ayat (4) dan ayat (5) UUD 1945, sehingga terdapat perbedaan dasar pengujian konstitusionalitas dengan permohonan Nomor 003/PUU-IV/2006. Berdasarkan pertimbangan tersebut serta dikaitkan dengan Pasal 60 ayat (2) UU MK, Mahkamah menilai permohonan *a quo* tidak *ne bis in idem* sehingga selanjutnya Mahkamah memeriksa pokok permohonan *a quo*.

[3.10.2] Bahwa kata “dapat” dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU Tipikor sebagaimana disebutkan di atas pernah diputus Mahkamah dalam Putusan Nomor 003/PUU-IV/2006, bertanggal 25 Juli 2006, dengan menyatakan tidak bertentangan dengan hak atas kepastian hukum yang adil sebagaimana dimaksudkan oleh Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 sepanjang ditafsirkan sesuai dengan tafsiran Mahkamah (*conditionally constitutional*), yakni bahwa unsur kerugian negara harus dibuktikan dan harus dapat dihitung, meskipun sebagai perkiraan atau meskipun belum terjadi.

[3.10.3] Bahwa setelah Putusan Mahkamah Nomor 003/PUU-IV/2006, pembentuk Undang-Undang mengundang Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan (UU Administrasi Pemerintahan) yang di dalamnya memuat ketentuan antara lain; Pasal 20 ayat (4) mengenai pengembalian kerugian negara akibat kesalahan administratif yang terjadi karena adanya unsur penyalahgunaan wewenang oleh pejabat pemerintahan; Pasal 21 mengenai kompetensi absolut peradilan tata usaha negara untuk memeriksa ada atau tidak

adanya dugaan penyalahgunaan wewenang yang dilakukan oleh pejabat pemerintahan; Pasal 70 ayat (3) mengenai pengembalian uang ke kas negara karena keputusan yang mengakibatkan pembayaran dari uang negara dinyatakan tidak sah; dan Pasal 80 ayat (4) mengenai pemberian sanksi administratif berat kepada pejabat pemerintahan karena melanggar ketentuan yang menimbulkan kerugian negara. Dengan demikian berdasarkan ketentuan-ketentuan tersebut, maka dengan adanya UU Administrasi Pemerintahan, kesalahan administratif yang mengakibatkan kerugian negara dan adanya unsur penyalahgunaan wewenang oleh pejabat pemerintahan tidak selalu dikenai tindak pidana korupsi. Demikian juga dengan penyelesaiannya yang tidak selalu dengan cara menerapkan hukum pidana, bahkan dapat dikatakan dalam penyelesaian kerugian negara, UU Administrasi Pemerintahan tampaknya ingin menegaskan bahwa penerapan sanksi pidana sebagai upaya terakhir (*ultimum remedium*);

[3.10.4] Bahwa dengan keberadaan UU Administrasi Pemerintahan dikaitkan dengan kata “dapat” dalam Pasal 2 ayat (1) dan ayat (3) UU Tipikor menurut Mahkamah menyebabkan terjadinya pergeseran paradigma penerapan unsur merugikan keuangan negara dalam tindak pidana korupsi. Selama ini, berdasarkan Putusan Mahkamah Nomor 003/PUU-IV/2006 pemahaman kata “dapat” dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU Tipikor menyebabkan perbuatan yang akan dituntut di depan pengadilan bukan saja karena perbuatan tersebut “merugikan keuangan negara atau perekonomian negara secara nyata” akan tetapi hanya “dapat” menimbulkan kerugian saja pun sebagai kemungkinan atau *potential loss*, jika unsur perbuatan tindak pidana korupsi dipenuhi, sudah dapat diajukan ke depan pengadilan. Dalam perkembangannya dengan lahirnya UU Administrasi Pemerintahan maka kerugian negara karena kesalahan administratif bukan merupakan unsur tindak pidana korupsi. Kerugian negara menjadi unsur tindak pidana korupsi jika terdapat unsur melawan hukum dan penyalahgunaan kewenangan. Dalam hal adanya penyalahgunaan kewenangan, suatu perbuatan baru dapat diklasifikasikan sebagai tindak pidana korupsi apabila berimplikasi terhadap kerugian negara (kecuali untuk tindak pidana korupsi suap, gratifikasi atau pemerasan), pelaku diuntungkan secara melawan hukum, masyarakat tidak dilayani, dan perbuatan tersebut merupakan tindakan tercela. Dengan demikian bila dikaitkan dengan Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU Tipikor, maka penerapan unsur merugikan keuangan negara telah bergeser dengan menitikberatkan pada

adanya akibat, tidak lagi hanya perbuatan. Dengan perkataan lain kerugian negara merupakan implikasi dari: 1) adanya perbuatan melawan hukum yang menguntungkan diri sendiri atau orang lain atau suatu korporasi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 2 ayat (1) UU Tipikor dan 2) penyalahgunaan kewenangan dengan tujuan menguntungkan diri sendiri atau orang lain atau suatu korporasi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 3 UU Tipikor. Berdasarkan hal tersebut menurut Mahkamah unsur merugikan keuangan negara tidak lagi dipahami sebagai perkiraan (*potential loss*) namun harus dipahami benar-benar sudah terjadi atau nyata (*actual loss*) untuk dapat diterapkan dalam tindak pidana korupsi;

[3.10.5] Bahwa pencantuman kata “dapat” dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU Tipikor membuat delik dalam kedua pasal tersebut menjadi delik formil. Hal itu menurut Mahkamah dalam praktik seringkali disalahgunakan untuk menjangkau banyak perbuatan yang diduga merugikan keuangan negara, termasuk terhadap kebijakan atau keputusan diskresi atau pelaksanaan asas *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 di antaranya akan berdampak pada stagnasi proses penyelenggaraan negara, rendahnya penyerapan anggaran, dan terganggunya pertumbuhan investasi. Kriminalisasi kebijakan terjadi karena terdapat perbedaan pemaknaan kata “dapat” dalam unsur merugikan keuangan negara dalam tindak pidana korupsi oleh aparat penegak hukum, sehingga seringkali menimbulkan persoalan mulai dari perhitungan jumlah kerugian negara yang sesungguhnya sampai kepada lembaga manakah yang berwenang menghitung kerugian negara. Oleh karena dipraktikkan secara berbeda-beda menurut Mahkamah pencantuman kata “dapat” dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU Tipikor menimbulkan ketidakpastian hukum dan telah secara nyata bertentangan dengan jaminan bahwa setiap orang berhak atas rasa aman dan perlindungan dari ancaman ketakutan sebagaimana ditentukan dalam Pasal 28G ayat (1) UUD 1945. Selain itu, menurut Mahkamah kata “dapat” dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU

Tipikor juga bertentangan dengan prinsip perumusan tindak pidana yang harus memenuhi prinsip hukum harus tertulis (*lex scripta*), harus ditafsirkan seperti yang dibaca (*lex stricta*), dan tidak multitafsir (*lex certa*), oleh karenanya bertentangan dengan prinsip negara hukum sebagaimana ditentukan dalam Pasal 1 ayat (3) UUD 1945.

[3.10.6] Bahwa penerapan unsur merugikan keuangan dengan menggunakan konsepsi *actual loss* menurut Mahkamah lebih memberikan kepastian hukum yang adil dan bersesuaian dengan upaya sinkronisasi dan harmonisasi instrumen hukum nasional dan internasional, seperti dengan UU Administrasi Pemerintahan sebagaimana diuraikan dalam paragraf **[3.10.2]** dan paragraf **[3.10.3]** di atas, Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2004 tentang Perbendaharaan Negara (UU Perbendaharaan Negara) dan Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2006 tentang Badan Pemeriksa Keuangan (UU BPK) serta Konvensi Perserikatan Bangsa-Bangsa Anti Korupsi, 2003 (*United Nation Convention Against Corruption, 2003*) yang telah diratifikasi Indonesia melalui Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2006. Pasal 1 angka 22 UU Perbendaharaan Negara dan Pasal 1 angka 15 UU BPK mendefinisikan, "*Kerugian negara/Daerah adalah kekurangan uang, surat berharga, dan barang, yang nyata dan pasti jumlahnya sebagai akibat perbuatan melawan hukum baik sengaja maupun lalai*". Berdasarkan ketentuan tersebut konsepsi kerugian negara yang dianut adalah konsepsi kerugian negara dalam arti delik materiil, yakni suatu perbuatan dapat dikatakan merugikan keuangan negara dengan syarat harus adanya kerugian negara yang benar-benar nyata atau aktual. Konsepsi tersebut sebenarnya sama dengan penjelasan kalimat "secara nyata telah ada kerugian negara" yang tercantum dalam Pasal 32 ayat (1) UU Tipikor sebagaimana dijelaskan dalam Penjelasan yang menyatakan sebagai kerugian yang sudah dapat dihitung jumlahnya berdasarkan hasil temuan instansi yang berwenang atau akuntan publik yang ditunjuk. Selain itu, agar tidak menyimpang dari semangat Konvensi PBB Anti Korupsi maka ketika memasukkan unsur kerugian negara dalam delik korupsi, kerugian negara tersebut harus benar-benar sudah terjadi atau nyata. Hal ini dikarenakan delik korupsi yang terdapat dalam Konvensi PBB Anti Korupsi telah diuraikan secara jelas meliputi suap, penggelapan dalam jabatan, memperdagangkan pengaruh, penyalahgunaan jabatan, pejabat publik memperkaya diri secara tidak sah, suap di sektor swasta, penggelapan dalam perusahaan swasta, pencucian uang hasil kejahatan,

menyembunyikan adanya kejahatan korupsi, dan menghalang-halangi proses peradilan.

[3.10.7] Bahwa berdasarkan Pasal 1 ayat (3) dan Pasal 28G ayat (1) UUD 1945 dan memperhatikan perkembangan pengaturan dan penerapan unsur merugikan keuangan negara sebagaimana diuraikan di atas, terdapat alasan yang mendasar bagi Mahkamah untuk mengubah penilaian konstiusionalitas dalam putusan sebelumnya, karena penilaian sebelumnya telah nyata secara berulang-ulang justru menimbulkan ketidakpastian hukum dan ketidakadilan dalam pemberantasan korupsi. Dengan demikian kata “dapat” dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU Tipikor bertentangan dengan UUD 1945 seperti yang didalilkan oleh para Pemohon beralasan menurut hukum;

[3.10.8] Bahwa frasa “atau orang lain atau suatu korporasi” dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU Tipikor menurut Mahkamah berbeda dengan kata “dapat” dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU Tipikor karena merupakan rumusan yang bersifat alternatif dalam rangka untuk menjangkau juga modus tindak pidana dalam hal hasil korupsi misalnya disembunyikan kepada orang lain atau suatu korporasi. Oleh karena itu, walaupun pelaku tidak memperkaya diri sendiri atau menguntungkan diri sendiri namun apabila melakukan perbuatan melawan hukum atau menyalahgunakan kewenangan yang merugikan keuangan negara dan dalam hal ini orang lain atau suatu korporasi diuntungkan atau bertambah kekayaannya, dikenai tindak pidana korupsi. Terkait hal ini Mahkamah perlu menegaskan bahwa terlepas dari pada penggunaan hasil korupsi untuk kepentingan pelaku sendiri atau orang lain atau suatu korporasi, akan tetapi nyatanya korupsi tidak hanya merugikan keuangan negara tetapi juga merupakan pelanggaran terhadap hak-hak sosial dan ekonomi masyarakat secara luas serta dampak dari besaran nilai kerugian negara yang sangat berpengaruh terhadap terganggunya pembangunan dan perekonomian negara/daerah, oleh karenanya setiap tindak pidana korupsi digolongkan sebagai kejahatan yang pemberantasannya harus dilakukan secara luar biasa atau biasa disebut sebagai perbuatan yang bersifat *extra ordinary crime*. Berdasarkan hal tersebut, dalil para Pemohon terhadap frasa “atau orang lain atau suatu korporasi” dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU Tipikor tidak beralasan menurut hukum.

[3.11] Menimbang bahwa berdasarkan seluruh uraian pertimbangan tersebut di atas, menurut Mahkamah dalil-dalil para Pemohon beralasan menurut hukum untuk sebagian.

4. KONKLUSI

Berdasarkan penilaian atas fakta dan hukum sebagaimana diuraikan di atas, Mahkamah berkesimpulan:

- [4.1] Mahkamah berwenang mengadili permohonan *a quo*;
- [4.2] Para Pemohon memiliki kedudukan hukum (*legal standing*) untuk mengajukan permohonan *a quo*;
- [4.3] Pokok permohonan para Pemohon beralasan menurut hukum untuk sebagian.

Berdasarkan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2011 Nomor 70, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5226), serta Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 157, Tambahan Lembaran Negara Nomor 5076).

5. AMAR PUTUSAN

Mengadili,

1. Mengabulkan permohonan para Pemohon untuk sebagian;
2. Menyatakan kata “dapat” dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi sebagaimana diubah dengan Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2001 Nomor 134, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4150) bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat;

3. Menolak permohonan para Pemohon untuk selain dan selebihnya;
4. Memerintahkan pemuatan Putusan ini dalam Berita Negara Republik Indonesia sebagaimana mestinya;

6. PENDAPAT BERBEDA (*DISSENTING OPINIONS*)

Terhadap putusan Mahkamah ini sepanjang mengenai kata “dapat” dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU Tipikor terdapat 4 (empat) Hakim Konstitusi yaitu I Dewa Gede Palguna, Suhartoyo, Aswanto, dan Maria Farida Indrati memiliki pendapat berbeda (*dissenting opinions*), sebagai berikut:

Para Pemohon mendalilkan bahwa, dalam praktik hukum, kata “dapat” dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU Tipikor (Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi) telah menimbulkan ketidakpastian dalam penerapan hukum pidana oleh penegak hukum yang implikasinya menimbulkan ketidakadilan bagi warga negara sehingga harus dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat. Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU Tipikor masing-masing selengkapya berbunyi sebagai berikut:

Pasal 2:

(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 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 miliar rupiah).

Pasal 3:

Setiap orang yang dengan tujuan menguntungkan diri sendiri atau orang lain atau suatu korporasi, menyalahgunakan wewenang, 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.1000.000.000,00 (satu miliar rupiah).

Kami berpendapat, keberadaan kata “dapat” dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU Tipikor tidak bertentangan dengan kepastian hukum, sebagaimana didalilkan para Pemohon. Berkenaan dengan kata “dapat” tersebut, dalam Penjelasan Pasal 2 ayat (1) UU Tipikor dikatakan, antara lain, “...*Dalam ketentuan ini, kata ‘dapat’ sebelum frasa “merugikan keuangan negara atau perekonomian negara” menunjukkan bahwa tindak pidana korupsi merupakan delik formil, yaitu adanya tindak pidana korupsi cukup dengan dipenuhinya unsur-unsur perbuatan yang sudah dirumuskan bukan dengan timbulnya akibat*”. Sementara itu, dalam Penjelasan Pasal 3 UU Tipikor dikatakan, “*Kata ‘dapat’ dalam ketentuan ini diartikan sama dengan Penjelasan Pasal 2*”. Dengan demikian, menghilangkan kata “dapat” dari rumusan kedua norma pasal tersebut akan mengubah secara mendasar kualifikasi delik dari tindak pidana korupsi, dari dari formil menjadi delik materiil. Konsekuensinya, jika akibat yang dilarang, yaitu “*merugikan keuangan negara atau perekonomian negara*” belum atau tidak terjadi meskipun unsur “*secara melawan hukum*” dan unsur “*memperkaya diri sendiri atau atau orang lain atau suatu korporasi*” telah terpenuhi, maka berarti belum terjadi tindak pidana korupsi.

Sesungguhnya terhadap kata “dapat” dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU Tipikor tersebut telah pernah dimohonkan pengujian dan telah dinyatakan ditolak, sebagaimana tertuang dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 003/PUU-IV/2006. Dalam pertimbangan hukum putusan Mahkamah tersebut dikatakan, antara lain:

Menimbang bahwa dengan memperhatikan seluruh argumen yang disampaikan oleh semua pihak sebagaimana tersebut di atas dikaitkan dengan Penjelasan Pasal 2 ayat (1) UU PTPK, maka persoalan pokok yang harus dijawab adalah:

- 1. Apakah pengertian kata “dapat” dalam Pasal 2 ayat (1) UU PTPK yang pengertiannya dijelaskan dalam Penjelasan Pasal 2 ayat (1) bahwa dengan penambahan kata “dapat” tersebut menjadikan tindak pidana korupsi dalam Pasal 2 ayat (1) a quo menjadi rumusan delik formil;*
- 2. Apakah dengan pengertian sebagaimana dijelaskan pada butir 1 tersebut di atas, frasa “dapat merugikan keuangan negara atau*

perekonomian negara”, yang diartikan baik kerugian yang nyata (actual loss) maupun hanya yang bersifat potensial atau berupa kemungkinan kerugian (potential loss), merupakan unsur yang tidak perlu dibuktikan atau harus dibuktikan;

Menimbang bahwa kedua pernyataan tersebut akan dijawab dengan pemahaman bahwa kata “dapat” dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU PTPK menyebabkan perbuatan yang akan dituntut di depan pengadilan, bukan saja karena perbuatan tersebut “merugikan keuangan negara atau perekonomian negara secara nyata”, akan tetapi hanya “dapat” menimbulkan kerugian saja pun sebagai kemungkinan atau potential loss, jika unsur perbuatan perbuatan tindak pidana korupsi dipenuhi, sudah dapat diajukan ke pengadilan. Kata “dapat” tersebut harus dinilai pengertiannya menurut Penjelasan Pasal 2 ayat (1) tersebut di atas, yang menyatakan bahwa kata “dapat” tersebut sebelum frasa “merugikan keuangan negara atau perekonomian negara”, menunjukkan bahwa tindak pidana tersebut merupakan delik formil, yaitu adanya tindak pidana korupsi, cukup hanya dengan dipenuhinya unsur perbuatan yang dirumuskan, bukan dengan timbulnya akibat. Karena itu Mahkamah dapat menerima penjelasan Pasal 2 ayat (1) sepanjang menyangkut kata “dapat” sebelum frasa “merugikan keuangan negara atau perekonomian negara”;

Menimbang bahwa Mahkamah berpendapat, kerugian yang terjadi dalam tindak pidana korupsi, terutama yang berskala besar, sangatlah sulit untuk dibuktikan secara tepat dan akurat. Ketepatan yang dituntut sedemikian rupa, akan menimbulkan keraguan, apakah jika satu angka jumlah kerugian diajukan dan tidak selalu dapat dibuktikan secara akurat, namun kerugian telah terjadi, akan berakibat pada terbukti tidaknya perbuatan yang didakwakan. Hal demikian mendorong antisipasi atas akurasi kesempurnaan pembuktian, sehingga menyebabkan dianggap perlu mempermudah beban pembuktian tersebut. Dalam hal tidak dapat diajukan bukti akurat atas jumlah kerugian nyata atau perbuatan yang dilakukan adalah sedemikian rupa bahwa kerugian negara dapat terjadi, telah dipandang cukup untuk menuntut dan memidana pelaku, sepanjang unsur dakwaan lain berupa unsur memperkaya diri atau orang lain atau suatu korporasi dengan cara melawan hukum (wederrechtelijk) telah terbukti. Karena, tindak pidana korupsi digolongkan oleh undang-undang a quo sebagai delik formil. Dengan demikian, kategori tindak pidana korupsi digolongkan sebagai delik formil, di mana unsur-unsur perbuatan harus terpenuhi, dan bukan sebagai delik materil, yang mensyaratkan akibat perubahan berupa kerugian yang timbul tersebut harus telah terjadi. Kata “dapat” sebelum frasa “merugikan keuangan negara atau perekonomian negara”, dapat dilihat dalam arti yang sama dengan kata “dapat” yang mendahului frasa “membahayakan keamanan orang atau barang, atau keselamatan negara dalam keadaan perang”, sebagaimana termuat dalam Pasal 387 KUHP. Delik demikian dipandang terbukti, kalau unsur perbuatan

pidana tersebut telah terpenuhi, dan akibat yang dapat terjadi dari perbuatan yang dilarang dan diancam pidana tersebut, tidak perlu harus telah terjadi;

Menimbang bahwa menurut Mahkamah hal demikian tidaklah menimbulkan ketidakpastian hukum (*onrechtzekerheid*) yang bertentangan dengan konstitusi sebagaimana yang didalilkan Pemohon. Karena, keberadaan kata “dapat” sama sekali tidak menentukan faktor ada atau tidaknya ketidakpastian hukum yang menyebabkan seseorang yang tidak bersalah dijatuhi pidana korupsi atau sebaliknya orang melakukan tindak pidana korupsi tidak dapat dijatuhi pidana;

Menimbang bahwa dengan asas kepastian hukum (*rechtszekerheid*) dalam melindungi hak seseorang, hubungan kata “dapat” dengan “merugikan keuangan negara” tergambar dalam dua hubungan yang ekstrim: (1) nyata-nyata merugikan negara atau (2) kemungkinan dapat menimbulkan kerugian. Hal yang terakhir ini lebih dekat dengan maksud mengkualifikasikan delik korupsi menjadi delik formil. Di antara dua hubungan tersebut sebenarnya masih ada hubungan yang “belum nyata terjadi”, tetapi dengan mempertimbangkan keadaan khusus dan kongkret di sekitar peristiwa yang terjadi, secara logis dapat disimpulkan suatu akibat yaitu kerugian negara akan terjadi. Untuk mempertimbangkan keadaan khusus dan kongkret di sekitar peristiwa yang terjadi, yang secara logis dapat disimpulkan kerugian negara terjadi atau tidak terjadi, haruslah dilakukan oleh ahli dalam keuangan negara, perekonomian negara, serta ahli dalam analisis hubungan perbuatan dengan kerugian;

Menimbang bahwa dengan adanya penjelasan yang menyatakan bahwa kata “dapat” sebelum frasa “merugikan keuangan negara atau perekonomian negara”, kemudian mengkualifikasikannya sebagai delik formil, sehingga adanya kerugian negara atau perekonomian negara tidak merupakan akibat yang harus nyata terjadi, Mahkamah berpendapat bahwa hal demikian ditafsirkan bahwa unsur kerugian negara harus dibuktikan dan harus dapat dihitung, meskipun sebagai perkiraan atau meskipun belum terjadi. Faktor kerugian, baik secara nyata atau berupa kemungkinan, dilihat sebagai hal yang memberatkan atau meringankan dalam penjatuhan pidana, sebagaimana diuraikan dalam Penjelasan Pasal 4, bahwa pengembalian kerugian negara hanya dapat dipandang sebagai faktor yang meringankan. Oleh karenanya persoalan kata “dapat” dalam Pasal 2 ayat (1) UU PTPK, lebih merupakan persoalan pelaksanaan dalam praktik oleh aparat penegak hukum, dan bukan menyangkut konstitusionalitas norma;

Menimbang dengan demikian Mahkamah berpendapat bahwa frasa “dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara”, tidaklah bertentangan dengan hak atas kepastian hukum yang adil sebagaimana dimaksud oleh Pasal 28D ayat (1) UUD 1945, sepanjang ditafsirkan sesuai dengan tafsiran Mahkamah di atas (*conditionally constitutional*).

Hingga saat ini, tidak terdapat perubahan mendasar dalam pandangan akademik berkenaan dengan *nature* perbuatan korupsi yang, apabila dibiarkan mengakar kuat, dalam skala besar sesungguhnya ia bukan hanya telah bermetamorfosis menjadi kejahatan luar biasa (*extraordinary crime*) melainkan juga dapat diposisikan sebagai *hostis humani generis*, musuh bersama umat manusia, mengingat proliferasinya yang tidak memandang negara, baik negara maju maupun negara berkembang, dan daya rusaknya terhadap mentalitas manusia serta terhadap kemampuan negara dalam menunaikan kewajiban konstitusionalnya bagi pemenuhan hak-hak ekonomi dan sosial warganya. Oleh karena itu, pernyataan mantan Sekretaris Jenderal Perserikatan Bangsa-Bangsa, Kofi Annan, yang menilai korupsi sebagai “wabah berbahaya dengan efek merusak yang sangat besar terhadap masyarakat” sama sekali bukan pernyataan yang berlebihan. Dalam kata pengantarnya untuk menyambut kehadiran Konvensi PBB Melawan Korupsi (*United Nations Convention Against Corruption*), Kofi Annan antara lain mengatakan:

Corruption is an insidious plague that has a wide range of corrosive effects on societies. It undermines democracy and the rule of law, leads to violations of human rights, distorts markets, erodes the quality of life and allows organized crime, terrorism and other threats to human security to flourish. This evil phenomenon is found in all countries – big and small, rich and poor – but it is in the developing world that its effects are most destructive.

Corruption hurts the poor disproportionately by diverting funds intended for development, undermining a Government’s ability to provide basic services, feeding inequality and injustice and discouraging foreign aid and investment. Corruption is a key element in economic underperformance and a major obstacle to poverty alleviation and development.

I am therefore very happy that we now have a new instrument to address this scourge at the global level. The adoption of the United Nations Convention against Corruption will send a clear message that the international community is determined to prevent and control corruption. It will warn the corrupt that betrayal of the public trust will no longer be tolerated. And it will reaffirm the importance of core values such as honesty, respect for the rule of law, accountability and transparency in promoting development and making the world a better place for all.

Dengan demikian, meskipun berdasarkan kaidah penafsiran teleologis atau sosiologis dalam penafsiran hukum pada umumnya dan penafsiran konstitusi pada khususnya tersedia justifikasi bagi Mahkamah untuk mengubah pendiriannya, kami berpendapat, dalam konteks persoalan *a quo* tidak terdapat alasan mendasar dalam kondisi empirik-sosiologis yang secara rasional dapat digunakan sebagai

alasan kuat bagi Mahkamah sehingga perlu meninggalkan pendiriannya sebagaimana dinyatakan dalam Putusan di atas.

Lagi pula, dengan telah diundangkannya Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan (UU Administrasi Pemerintahan) kekhawatiran bahwa adanya kata “dapat” dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU Tipikor berpotensi menjadikan seseorang pejabat pemerintah, termasuk para Pemohon, dapat dijatuhi pidana tanpa adanya kesalahan yang berupa kerugian negara, menurut kami tidaklah beralasan. UU Administrasi Pemerintahan telah memberikan perlindungan terhadap pejabat pemerintah apabila yang bersangkutan diduga melakukan penyalahgunaan wewenang yang merugikan keuangan negara. Sebab, menurut Undang-Undang *a quo*, terhadap adanya dugaan penyalahgunaan wewenang dapat dilakukan mekanisme pengujian melalui Pengadilan Tata Usaha Negara, sedangkan ada atau tidaknya penyalahgunaan wewenang yang diduga menimbulkan kerugian negara, hal tersebut akan diputuskan berdasarkan hasil pengawasan aparat intern pemerintah [vide Pasal 19 dan Pasal 20 UU Administrasi Pemerintahan]. Ketentuan demikian jelas merupakan penegasan akan adanya bentuk perlindungan terhadap pejabat pemerintah karena dengan adanya mekanisme tersebut aparat penegak hukum tidak serta-merta dapat mendalilkan adanya penyalahgunaan wewenang oleh pejabat pemerintah, termasuk ada atau tidaknya kerugian negara.

Berdasarkan seluruh pertimbangan di atas, kami berpendapat bahwa terhadap permohonan para Pemohon sepanjang berkenaan dengan kata “dapat” dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UU Tipikor, Mahkamah seharusnya menolak permohonan *a quo*.

Demikian diputuskan dalam Rapat Permusyawaratan Hakim oleh sembilan Hakim Konstitusi, yaitu Arief Hidayat selaku Ketua merangkap Anggota, Anwar Usman, Maria Farida Indrati, I Dewa Gede Palguna, Suhartoyo, Aswanto, Manahan M.P Sitompul, Patrialis Akbar, dan Wahiduddin Adams, masing-masing sebagai Anggota, pada hari **Kamis**, tanggal **delapan**, bulan **September**, tahun **dua ribu enam belas**, dan pada hari **Senin**, tanggal **lima**, bulan **Desember**, tahun **dua ribu enam belas**, yang diucapkan dalam Sidang Pleno Mahkamah Konstitusi terbuka untuk umum pada hari **Rabu**, tanggal **dua puluh lima**, bulan **Januari**, tahun **dua ribu tujuh belas**, selesai diucapkan **pukul 13.56 WIB**, oleh sembilan

Hakim Konstitusi, yaitu Arief Hidayat selaku Ketua merangkap Anggota, Anwar Usman, Maria Farida Indrati, I Dewa Gede Palguna, Suhartoyo, Aswanto, Manahan M.P Sitompul, Patrialis Akbar, dan Wahiduddin Adams, masing-masing sebagai Anggota, dengan didampingi oleh Syukri Asy'ari sebagai Panitera Pengganti, dihadiri oleh para Pemohon/kuasanya, Presiden atau yang mewakili, Dewan Perwakilan Rakyat atau yang mewakili, dan Pihak Terkait.

KETUA,

ttd.

Arief Hidayat

ANGGOTA-ANGGOTA,

ttd.

ttd.

Anwar Usman

Maria Farida Indrati

ttd.

ttd.

I Dewa Gede Palguna

Suhartoyo

ttd.

ttd.

Aswanto

Manahan M.P Sitompul

ttd.

ttd.

Patrialis Akbar

Wahiduddin Adams

PANITERA PENGGANTI,

ttd.

Syukri Asy'ari