**DANA DESA DAN PEMBERANTASAN TINDAK PIDANA KORUPSI\*)**

**Oleh:**

**DR. EDDY RIFAI, SH, MH\*\*)**

***Abstrak:*** *Kajian membahas**tentang adanya dana desa yang digelontorkan pemerintah yang cukup besar jumlahnya,yang berkemungkinan terjadinya tindak pidana korupsi. Adanya kerja sama (MOU) antara Kapolri, Mendagri dan Mendes dalam rangka pencegahan dan pengawasan dana desa tersebut.*

***Kata kunci****: Dana desa, tindak pidana korupsi.*

Polri bersama Kementerian Dalam Negeri dan Kementerian Desa, Pembangunan Daerah Tertinggal, dan Transmigrasi, serta Kementerian Dalam Negeri menandatangani nota kesepahaman (MoU) mengenai dana desa. Dalam nota kesepahaman tersebut, diatur kerja sama terkait pencegahan, pengawasan, dan penanganan permasalahan dana desa.

Acara penandatanganan MoU itu dihadiri oleh Kapolri Jenderal Pol Tito Karnavian, Mendagri Tjahjo Kumolo, dan Mendes Eko Putro Sandjojo, beserta jajaran di masing-masing lembaga. "Intinya bagaimana memperkuat pengawasan dana desa. Kita ketahui Polri punya unit sampai ke desa untuk ikut mengawasi," ujar Eko di kompleks Mabes Polri, Jakarta, Jumat (20/10/2017).

Adapun, ruang lingkup nota kesepahaman tersebut yaitu pemantapan dan sosialisasi regulasi terkait pengelolaan dana desa, penguatan pengawasan pengelolaan dana desa, fasilitasi bantuan pengamanan dalam pengelolaan dana desa, dan fasilitasi penanganan masalah dan penegakan hukum terhadap pengelolaan dana desa.

Selain itu, MoU juga mencakup pertukaran data dan informasi dana desa serta pembinaan dan penguatan kapasitas aparatur pemda, desa, dan masyarakat dalam pengelolaan dana desa. Nota kesepahaman tersebut berlaku untuk jangka waktu dua tahun setelah ditandatangani.

Sementara itu, Tito Karnavian menyebut bahwa pihaknya mengutamakan tindakan pencegahan. Polri mengerahkan Babinkamtibmas, Polsek, dan Polres untuk mengawasi program pembangunan dana desa di wilayah masing-masing.

----------

\*) Makalah disampaikan pada Diskusi Membedah Kedudukan MOU POLRI dan Menakar Urgensi Pembentukan Densus Tipikor, APEDI, Bandar Lampung, 11 November 2017

\*\*) Pengajar Fakultas Hukum Universitas Lampung

Penegakan hukum, kata dia, menjadi upaya terakhir yang dilakukan jika ada penyimpangan yang terjadi. "Nanti kita bisa lihat kasuistis. Kalau ada laporan atau temuan sendiri dari polisi bahwa uangnya dipakai tidak tepat sasaran, kita tindak," kata Tito.

Persoalannya adalah dalam penggunaan dana desa sama halnya dengan penggunaan dana pembangunan pada umumnya, yang dalam waktu belakangan ini terdapat kendala hambatan pelaksanaan pembangunan karena banyak kepala daerah yang takut berhadapan dengan aparat penegak hukum, meskipun terdapat aturan tentang diskresi dalam penyelenggaraan pemerintah.

Persoalan diskresi ini mencuat setelah Presiden Joko Widodo Jokowi memerintahkan kepada Kejaksaan dan Polri agar tidak memidanakan tindakan diskresi administrasi pemerintah dalam rangka kebijakan dan terobosan yang didasarkan atas niat yang baik. Presiden Jokowi tampaknya kecewa dengan penyerapan anggaran pemerintah terutama Pemerintah Daerah yang sangat rendah sebagai akibat dari kehati-hatian dan kekhawatiran kepala daerah dalam tindakan diskresi penggunaan anggarannya yang kemungkinan berdampak pada pelanggaran administrasi  (perbuatan melawan hukum) dan merugikan keuangan negara, dimana pelanggaran administrasi (perbuatan melawan hukum) dan kerugian keuangan negara ini sebagai unsur dari tindak pidana korupsi sehingga apabila terdapat adanya unsur pelanggaran administrasi (perbuatan melawan hukum) dan kerugian keuangan negara, maka kepala daerah dapat  dikenakan tindak pidana korupsi dan dijatuhi pidana karena melakukan tindak pidana korupsi.

**DISKRESI DALAM KEBIJAKAN PEMERINTAH**

Dari segi hukum pidana penggunaan diskresi  bukan merupakan tindak pidana dan pelakunya tidak dapat dipidana. Bahkan dalam UU Kepolisian secara jelas mengatur bahwa polisi dapat menggunakan diskresi yang pengaturannya  tidak *rigid* dan limitatif sehingga dapat diinterpretasikan secara luas. Dalam UU Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan, diskresi diatur secara *rigid* dan limitatif sehingga dapat diketahui ruang lingkup dan batas-batas penggunaan diskresi.

Pengaturan dalam UU tersebut menentukan norma bahwa diskresi dapat digunakan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan. Dalam hal mana diskresi tidak sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan maka diskresi dinyatakan tidak sah, termasuk pula pertanggungjawaban pelaku tindakan diskresi yang berdampak pada administrasi dan keuangan negara dimana pelaku mempertanggungjawabkan diskresi  yang menyimpang hanyalah apabila terdapat adanya penyalahgunaan wewenang.

Dalam hukum pidana sekalipun telah terpenuhi semua unsur-unsur tindak pidana untuk mempertanggungjawabkan pidana terhadap pelaku tindak pidana terdapat pula unsur subyektif yaitu unsur adanya kesalahan pada pelaku tindak pidana, dengan asas yang terkenal yaitu “tiada pidana tanpa kesalahan” *(geen straf zonder schuld).* Pengkajian tentang kesalahan ini pada umumnya telah dipelajari oleh mahasiswa  hukum pada perguruan tinggi hukum tetapi dalam praktek penegakan hukum oleh para sarjana hukum baik jaksa maupun hakim sangat jarang mempertimbangkan unsur kesalahan ini dalam surat tuntutan atau putusan pengadilan. Kajian tentang kesalahan khususnya unsur sifat melawan hukum barulah oleh penuntut umum atau dipertimbangkan oleh hakim apabila unsur tersebut menjadi salah satu unsur yang menjadi dasar dakwaan penuntut umum atau putusan pengadilan.

**SIFAT MELAWAN HUKUM MATERIEL**

Unsur perbuatan melawan hukum dalam hukum pidana terdapat ajaran tentang “sifat melawan hukum” (SMH) terdiri dari SMH formiel dan SMH materiel. Menurut SMH formiel, hukum adalah hukum tertulis yaitu peraturan perundang-undangan (*wet*). Terpenuhinya sifat melawan hukum apabila pelaku melanggar atu bertentangan dengan peraturan perundang-undangan (*onwetmatigedaad*). Dalam SMH materiel, hukum tidak hanya hukum tertulis tetapi juga hukum yang tidak tertulis (*unwritten law*) hukum adalah *recht*. Terpenuhinya sifat melawan hukum apabila pelaku melanggar atau bertentangan dengan hukum (*onrechtmatigedaad*).

SMH materil terdiri dari SMH materiel dalam fungsinya yang positif dan SMH materiel dalam fungsinya yang negatif. SMH materiel dalam fungsinya yang positif sebagaimana tercantum dalam Penjelasan Pasal 2 ayat (1) UU 31 Tahun 1999 jo UU No. 20 Tahun 2001 tentang Pemberantasan tindak pidana korupsi (UUTPK) “Yang dimaksud dengan secara melawan hukum dalam pasal ini mencakup perbuatan melawan hukum dalam arti formiel maupun dalam arti materiel, 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 dalam masyarakat, maka perbuatan tersebut dapat dipidana”.

Berdasarkan penjelasan pasal tersebut, maka suatu tindak pidana korupsi tidak melulu perbuatan yang melanggar undang-undang (formiel) saja, melainkan juga perbuatan yang dianggap tercela karena tidak sesuai dengan rasa keadilan atau norma-norma kehidupan masyarakat sekalipun hal itu tidak diatur di dalam suatu peraturan perundang-undangan (formiel) maka perbuatan tersebut dapat dipidana karena merupakan perbuatan melawan hukum.

Adanya rumusan sifat melawan hukum dalam arti materiel dalam fungsinya yang positif berdasarkan penjelasan Pasal 2 ayat (1) UUTPK mengakibatkan banyak pelaku-pelaku tindak pidana korupsi yang menggunakan segala cara dan strategi “pengelabuan hukum” yang dulu sulit untuk dibuktikan sebagai tindak pidana korupsi dapat dikenai pidana dengan Pasal 2 ayat (1) UUTPK.

Tetapi, penjelasan Pasal 2 ayat (1) UUTPK ini telah dicabut dengan putusan Mahkamah Konstitusi No. 3 Tahun 2006 karena dianggap tidak menunjukkan adanya kepastian hukum, sehingga UUTPK tidak lagi menganut ajaran sifat melawan hukum materiel dalam fungsinya yang positif. Oleh karena itu, terpenuhinya unsur melawan hukum apabila perbuatan pelaku melanggar atau perbuatan bertentangan dengan peraturan perundang-undangan (formiel).

Sedangkan, sifat melawan hukum materiel dalam fungsinya yang negatif terdapat dalam yurisprudensi, yaitu putusan MA No. 42/KR/1965 yang pada intinya menyatakan bahwa suatu perbuatan yang memenuhi unsur-unsur tindak pidana korupsi, dapat hilang sifat melawan hukumnya, sehingga pelaku tidak dapat dipidana apabila: 1. Negara tidak dirugikan; 2. Terdakwa tidak dapat untung; 3. Kepentingan umum dilayani. Berdasarkan yurisprudensi ini beberapa terdakwa tindak pidana korupsi dibebaskan atau dilepaskan oleh pengadilan karena pelaku tidak memenuhi unsur melawan hukum, padahal unsur-unsur lainnya telah terpenuhi. Salah satunya adalah Guru Besar Hukum Pidana Fakultas Hukum Universitas Padjadjaran Bandung dan penggiat anti korupsi Prof. Dr. Romli Atmasasmita, SH, LLM.

Putusan Mahkamah Agung (MA) tanggal 22 Desember 2010 dengan Majelis hakim yang menangani perkara adalah Muhammad Taufik selaku ketua majelis dan Zaharuddin Utama dan Suwardi masing-masing sebagai anggota dalam pertimbangannya menyatakan “Dari semua yang telah dipertimbangkan di atas, telah ternyata Terdakwa dalam jabatan Dirjen AHU yang melaksanakan Kebijakan Menteri tentang Sisminbakum secara materil tidak mendapat keuntungan, demikian pula terhadap uang sebesar Rp.1.316.407.000 yang belum ditetapkan dengan Peraturan Pemerintah sebagai PNBP tidak termasuk keuangan negara, tidak disetorkannya uang tersebut pada kas negara tidak menimbulkan kerugian negara, sedangkan pelaksanaan Sisminbakum yang sangat bermanfaat dan mempercepat pelayanan publik tetap berjalan dengan lancar dan baik, berdasarkan tiga hal tersebut yaitu: faktor terdakwa tidak mendapat keuntungan, faktor keuangan negara tidak dirugikan dan faktor kepentingan umum terlayani dengan baik, merupakan faktor-faktor yang menghapus sifat melawan hukum sebagai tindak pidana korupsi yang di dakwakan kepada Terdakwa dalam dakwaan Kesatu atau Kedua atau Ketiga atau Keempat, oleh karena itu Terdakwa harus dilepaskan dari segala tuntutan hukum”.

Dalam Naskah Akademik RUU KUHP (BPHN, 2016) dikemukakan berkaitan dengan pertanggungjawaban pidana, bertolak dari pokok pemikiran keseimbangan monodualistik, bahwa asas kesalahan *(asas culpabilitas)* merupakan pasangan dari asas legalitas yang harus dirumuskan secara eksplisit oleh UU. Secara eksplisit asas tiada pidana tanpa kesalahan (*geen straf zonder schuld*), yang di dalam KUHP tidak ada. Dengan adanya asas ini, maka seseorang tidak boleh dipidana, kecuali apabila ia terbukti bersalah telah melakukan tindak pidana, baik secara melakukan perbuatan (aktif) maupun tidak melakukan (pasif) yang diancam dengan pidana dalam UU. Seseorang dikatakan bersalah melakukan perbuatan pidana, jika ia melakukannya dengan sengaja (*dolus*) atau karena alpa (*culpa*) dengan segala jenisnya. Jadi rumusan yang berkaitan dengan pertanggungjawaban pidana merupakan pertanggungjawaban pidana yang berdasarkan kesalahan terutama dibatasi pada perbuatan yang dilakukan dengan sengaja (*dolus*). Dapat dipidananya delik *culpa* hanya bersifat perkecualian (eksepsional) apabila ditentukan secara tegas oleh undang-undang, sedang pertanggungjawaban terhadap akibat tertentu dari suatu tindak pidana yang oleh undang-undang diperberat ancaman pidananya, hanya dikenakan kepada terdakwa apabila ia sepatutnya tidak dapat menduga kemungkinan terjadinya akibat itu apabila sekurang-kurangnya ada kealpaan. Jadi tidak menganut doktrin “menanggung akibat secara murni”, namun tetap diorientasikan pada asas kesalahan.

Pertanggungjawaban pidana merupakan substansi yang sangat penting beriringan dengan masalah pengaturan tindak pidana. Pertanggungjawaban pidana adalah implementasi ide keseimbangan, antara lain sebagai berikut: Adanya asas tiada pidana tanpa kesalahan (*asas culpabilitas/asas geen straf zonder schuld*) yang merupakan asas kemanusiaan sebagai pasangan dari asas legalitas (*principle of legality*) yang merupakan asas kemasyarakatan.

Dalam RUU KUHP terdapat alasan pembenar dan alasan pemaaf sebagai alasan penghapus pidana. Jenis-jenis alasan pembenar masih mengacu pada KUHP lama, dimana alasan pembenar dirumuskan sebagai berikut: (1) orang yang melakukan perbuatan yang dilarang, tetapi dilakukan untuk melaksanakan ketentuan peraturan perundang-undangan, tidak dipidana. (2) setiap orang yang melakukan perbuatan yang dilarang, tetapi perbuatan tersebut untuk melaksanakan perintah jabatan, tidak dipidana. (3) setiap orang yang melakukan perbuatan yang dilarang karena keadaan darurat, tidak dipidana. (4) setiap orang yang terpaksa melakukan perbuatan yang dilarang karena pembelaan terhadap serangan atau ancaman serangan seketika yang melawan hukum terhadap diri sendiri atau orang lain, kehormatan kesusilaan, harta benda sendiri atau orang lain, tidak dipidana karena melaksanakan UU; melaksanakan perintah jabatan yang sah; keadaan darurat; atau pembelaan terpaksa. Walaupun demikian, alasan pembenar lainnya (yang tidak diletakkan di bawah judul alasan pembenar, tetapi tersimpul/tersirat dalam pasal lain), adalah tidak adanya “sifat melawan hukum secara materiel” (asas AVAW – *Afwezigheid Van Alle Materiele Wederrechtelijkheid*).

Alasan pemaaf terdiri dari kesalahan mengenai fakta dan kesalahan mengenai hukumnya (*error facti & error iuris*); daya paksa (relaktif); pembelaan terpaksa yang melampaui batas (*noodweer exces*); dengan iktikat baik melaksanakan perintah jabatan yang tidak sah. Terdapat alasan pemaaf lainnya (yang tidak diletakkan di bawah judul alasan Pemaaf, tetapi tersimpul/tersirat dalam pasal lain), yaitu tidak adanya kesalahan (asas *geen straf zonder schuld*); tidak mampu bertanggung jawab; dan anak dibawah umur 12 tahun.

Oleh karena itu, dapat dikatakan bahwa sejak dulu dan perkembangannya kedepan (RUU KUHP), pertanggungjawaban pidana tidak dapat memenjarakan tindakan diskresi administrasi pemerintah karena pelaku tidak melakukan perbuatan melawan hukum secara materiel yang dibuktikan dari terdakwa tidak mendapat untung, kepentingan umum terlayani, negara tidak dirugikan.\*\*\*