Bab III

KEABSAHAN PENGGUNAAN ASAS RETROAKTIF TENTANG PEMBERHENTIAN PEGAWAI NEGERI SIPIL

3.1. Keabsahan Hukum Pemberhentian Pegawai Negeri Sipil

Pemberhentian seorang Pegawai Negeri Sipil secara garis besar dalam praktik menurut Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2014 Tentang Aparatur Sipil Negara hanya disebutkan dua macam yakni pemberhentian hormat dan pemberhentian tidak dengan hormat.

Pemberhentian Hormat (Pasal 87 Ayat 1 huruf (a-d))	Pemberhentian Tidak Dengan Hormat (Pasal 87 Ayat 4 huruf (a-d))
Meninggal dunia Atas permintaan sendiri Mencapai batas usia pensiun Tidak caka jasmani/rohani sehingga tidak dapat menjalankan tugas dan kewajibannya	Melakukan penyelewengan terhadap Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 Dihukum penjara atau kurungan berdasarkan putusan pengadilan berkekuatan hukum tetap karena tela melakukan tindak pidana abatan atau tindak pidana yang ada hubungannya dengan jabatan dan/atau tindak pidana umum

	Menjadi anggota dan/atau pengurus partai politik Dihukum penjara berdasarkan putusan pengadilan yang berkekuatan hukum tetap karena melakukan tindak idana dengan pidana penjara paling singkat dua tahun dan pidana yang dilakukan dengan berencana

Keterangan di atas menjelaskan bahwa, apabila seorang PNS dipidana penjara atau kurungan berdasarkan keputusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap karena melakukan suatu tindak pidana kejahatan jabatan atau tindak pidana kejahatan yang ada hubungannya dengan jabatan atau pekerjaannya, maka pegawai negeri sipil yang bersangkutan harus diberhentikan tidak dengan hormat karena telah menyalahgunakan kepercayaan yang diberikan kepadanya. Berdasarkan amanat UU ASN, PNS harus profesional, bebas dari intervensi politik dalam menyelenggarakan pelayanan publik bagi masyarakat, dan mampu menjalankan peran sebagai perekat peratuan dan kesatuan bangsa berdasarkan Pancasila dan UUD 1945.

Data dari Badan Kepegawaian Negara (BKN) pada tanggal 12 September 2018, data pegawai bermasalah korupsi yang belum dipecat berjumlah 2.259 orang. Selain itu yang ada di Institusi Kementerian atau Lembaga tingkat pusat sebanyak 98 PNS. Sehingga total keseluruhannya sebanyak 2.357 PNS yang terlibat masalah

korupsi. Atas dasar ini, Menteri Dalam Negeri bersama Menteri Pendayagunaan Aparatur Negara dan Reformasi Birokrasi (MenPANRB) dan Kepala BKN menandatangani Surat Keputusan Bersama (SKB) terkait pemecatan 2.357 PNS yang berstatus Koruptor yaitu Surat Edaran Nomor 180/6867/SJ tanggal 10 September 2018 tentang Penegakan Hukum Terhadap Pegawai Negeri Sipil yang Telah Dijatuhi Hukuman Berdasarkan Putusan Pengadilan. SKB tersebut secara umum mengatur pemberhentian tidak dengan hormat para PNS yang terlibat kasus korupsi.

Pemberhentian ASN melalui SKB tersebut mempunyai tujuan yang baik, yaitu Pemerintah ingin menciptakan pemerintahan yang bersih dan berwibawa sebagai wujud dari spirit Undang-Undang Nomor 28 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Negara yang Bersih dan Bebas dari Korupsi, Kolusi, dan Nepotisme dan untuk menjalankan amanah UU ASN khususnya Pasal 87 huruf (a), (b), (c) dan (d)

Selanjutnya, bila dilihat dari sudut pandang lain, SKB tersebut dianggap sebagai sebuah ancaman, bukan hanya bagi 2.357 PNS yang sedang menunggu keputusan pemberhentian tidak dengan hormat oleh Pejabat Pembina Kepegawaian (PPK) di masing-masing instansi namun juga PNS yang di daerah, melainkan masa depan seluruh PNS di Indonesia. Hal ini tidak hanya berdampak kepada PNS tetapi juga berdampak kepada keluarga yang menjadi tanggungan PNS tersebut. SKB ini juga bersifat retroaktif (berlaku surut) yang artinya semua ASN yang telah menjalani hukuman minimal dua tahun kurungan dan membayar denda atas kerugian negara tetap diberhentikan dengan tidak hormat.

Selain Pasal 87 di atas, ketentuan ini juga diperkuat dalam Pasal 250 Peraturan Pemerintah Nomor 17 Tahun 2020 tentang Perubahan atas PP Nomor 11 Tahun 2017 tentang Manajemen PNS, kemudian dalam Pasal 251 PP Manajemen PNS dijelaskan bahwa PNS diberhentikan tidak dengan hormat sebagai PNS apabila dipidana penjara atau kurungan berdasarkan keputusan Pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap, karena: a. Melakukan suatu tindak pidana kejahatan jabatan atau tindak pidana kejahatan yang ada hubungannya dengan jabatan; dan b. Melakukan suatu tindak pidana kejahatan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 104 sampai dengan Pasal 161 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana.

Berdasarkan aturan dalam PP Manajemen PNS menjelaskan bahwa seorang PNS yang diberhentikan tidak dengan hormat sebagai PNS tidak akan mendapatkan jaminan pensiun. Seperti telah diuraikan sebelumnya tujuan pemberian jaminan pensiun kepada PNS ialah untuk membiayai kehidupannya agar dapat hidup dengan layak di hari tuanya. Melalui pensiun PNS memperoleh penghasilan yang besarnya berpedoman kepada pangkat dan masa kerjanya sebagaimana ditentukan menurut Pasal 88 ayat (1) UU ASN dan Pasal 281 PP Manajemen PNS. Oleh karena itu, sejak menjadi tersangka dan ditahan seorang PNS hanya menerima 50% (lima puluh persen) dari penghasilan jabatan terakhir sebagai PNS. Penghasilan inilah yang digunakan untuk menghidupi keluarganya selama berada dalam tahanan sampai dengan diterbitkannya putusan mengenai pemberhentian tidak dengan hormat sebagai PNS oleh pejabat yang berwenang.

3.2. Asas Retroaktif Dalam Pemberhentian Pegawai Negeri Sipil

Penerapan asas retroaktif dalam teori hukum tata negara pada dasarnya tidak berlaku asas legalitas secara mutlak, sebagaimana tercantum dalam Pasal 57 dan Pasal 58 Ayat (6) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan,

Pasal 57

“Keputusan berlaku pada tanggal ditetapkan, kecuali ditentukan lain dalam Keputusan atau ketentuan peraturan perundang-undangan yang menjadi dasar Keputusan”.

Pasal 58 Ayat (6)

"Keputusan tidak dapat diterapkan secara retroaktif kecuali untuk menghindari kerugian besar dan/atau mengabaikan hak-hak masyarakat."

Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan telah membuka ruang akan pemberlakuan suatu aturan secara surut dan dibatasi pada keputusan saja. Keputusan dimaksud adalah ketetapan tertulis yang dikeluarkan oleh Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan dalam penyelenggaraan pemerintahan. Keputusan dalam bentuk ketetapan tertulis bisa berupa izin, konsesi atau dispensasi dan keputusan lainnya dalam bentuk ketetapan tertulis.

Setiap undang-undang yang dibuat dalam rangka memberikan pengaturan hukum bagi masyarakat tidak boleh bertentangan dengan konstitusi sebagai norma hukum tertinggi negara. Hal ini disebabkan norma dasar sebagai norma tertinggi itu dibentuk langsung oleh masyarakat dan menjadi dasar tertinggi dari validitas keseluruhan tatanan hukum, membentuk suatu kesatuan tatanan hukum. Dalam sistem hierarkhi perundang-undangan, norma undang-undang tidak boleh

bertentangan dengan norma konstitusi, sehingga jika terdapat norma undang-undang yang bertentangan dengan konstitusi, maka undang-undang tersebut mengandung cacat sejak kelahirannya (*in abtio*).

Pelaksanaan asas retroaktif memiiki fungsi sebagai karena kekurangan yuridis secara khusus mengatur tentang pemberhentian hormat atau tidak hormat pejabat yang melakukan tindak pidana. Menurut van der Pot, sebagaimana dikutip oleh E. Utrecht dalam Hukum Administrasi Negara Indonesia, kekurangan yuridis harus jelas ditujukan identifikasi apakah masuk ke dalam perbuatan melawan hukum administrasi atau perbuatan melawan hukum pidana. Misalnya, suatu aparatur sipil negara yang karena tugas pokok dan wewenang jabatannya harus menandatangani dokumen anggaran, kemudian dalam pelaksanaannya oleh anak buahnya terjadi perbuatan pidana khusus tidak dapat dimintakan pertanggungjawaban pidana karena menandatangani dokumen anggaran adalah tugas dan wewenangnya secara jabatan, bukan karena kemauannya sendiri. Hal ini dikecualikan jika setelah menandatangani juga menerima sesuatu dalam bentuk suap atau gratifikasi, tentu terhadapnya dikenakan pertanggungjawaban pidana karena menerima sesuatu, tetapi bukan karena menandatangani dokumen yang secara hukum administrasi negara sah karena jabatannya.

Ditetapkannya SKB Tiga Menteri terbukti mengisi kekosongan hukum, khususnya prosedur pengenaan sanksi pemberhentian bagi Pegawai Negeri Sipil yang divonis melakukan tindak pidana jabatan atau tindak pidana terkait dengan hubungan jabatan melalui putusan pengadilan yang bersifat final.

Berdasarkan pernyataan tersebut, tampak bahwa mekanisme pengambilan keputusan untuk menjatuhkan sanksi kepada pejabat yang melakukan tindak pidana diarahkan oleh SKB Tiga Menteri, yang tidak dimuat dalam peraturan perundang-undangan (*regeling*) melainkan dalam peraturan kebijakan (*beleidsregel*). Perlu ditegaskan kembali bahwa SKB Tiga Menteri ini sebagai peraturan pada prinsipnya tidak dapat dijadikan dasar pemberlakuan sanksi dan juga tidak memuat sanksi pidana, dan tidak pula secara ilmiah peraturan tersebut memuat sanksi pidana.

Mengenai hierarki, Hukum tata negara mempunyai pengertian SKB Tiga Menteri yang dapat disebut peraturan kebijakan (*beleidsreegel*), yang tidak termasuk dan tidak dapat digolongkan sebagai peraturan perundang-undangan. HD van Wijk/Willem Konijnenbelt mengatakan secara fungsional bahwa penyebutan definisi umum yang berkaitan erat dengan :[20]

1. Badan Pemerintah
2. Kewenangan pemerintah tidak terikat secara tegas
3. Berisi ketentuan-ketentuan umum dan berfungsi untuk menjalankan kekuasaan

Peraturan kebijakan dibuat atas dasar *freies emerssen* atau kewenangan diskresi, yang mana sebagai norma hukum sebenarnya mengikat dan oleh karena itu orang-orang yang terkena regulasi tersebut tidak dapat berbuat apa-apa selain mematuhi regulasi tersebut.

[20] H.D. van Wijk/Willem Konijnenbelt, Hoofdstukken van Administratief Recht, 1997.

Pejabat pemerintahan yang menggunakan diskresi harus memenuhi syarat:

a. sesuai dengan tujuan diskresi (melancarkan penyelenggaraan pemerintahan;
b. mengisi kekosongan hukum; memberikan kepastian hukum; dan mengatasi stagnasi pemerintahan dalam keadaan tertentu guna kemanfaatan dan kepentingan umum);
c. tidak bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan sesuai dengan AUPB;
d. berdasarkan alasan yang objektif
e. tidak menimbulkan konflik kepentingan; dan
f. dilakukan dengan itikad baik.

Penampakan SKB Tiga Menteri dalam rangka pelaksanaan pemberhentian PNS sebenarnya harus dirumuskan sesuai ketentuan Pasal 87 Ayat (2) dan Pasal 87 Ayat (4) huruf b dan d UU Aparatur Sipil Negara. Ketentuan yang sama tentang alasan pemberhentian PNS juga diatur dalam Pasal 247 sd 252 PP Disiplin Pegawai Negeri Sipil.

Berdasarkan kedua muatan materi peraturan perundang-undangan tersebut tujuan khusus dibentuknya SKB Tiga Menteri yakni memberikan hak bagi Pejabat Pembina Kepegawaian dan Pejabat Yang Berwenang untuk menjadikan prosedur pemberhentian Pegawai Negeri Sipil yang diputus berdasarkan putusan hakim berkekuatan hukum tetap atas sebab tindak pidana kejahatan jabatan atau tindak pidana yang ada hubungannya dengan jabatan.

Sesungguhnya peran penegak hukum dalam penerbitan SKB Tiga Menteri hanyalah melaksanakan kebijakan pemerintah pusat yang dalam prosesnya menerapkan asas kebijaksanaan (*sapientia*) sejalan dengan kehendak untuk mewujudkan pemerintah yang bersih bebas dari Korupsi Kolusi dan Nepotisme (KKN).

Kemudian dari aspek penegakan hukum bidang kepegawaian. Asas kebijaksanaan menghendaki pemerintah dalam melaksanakan tugas dan pekerjaannya diberi kebebasan dan keleluasaan untuk menerapkan kebijaksanaan tanpa harus terpaku pada peraturan perundang-undangan formal. Disini dapat diartikan bahwasanya SKB Tiga Menteri terkategori peraturan kebijakan yang dibuat oleh pemerintah.[21]

3.3. Kausalitas Pemberlakuan Asas Retroaktif Terhadap Pemberhentian Pegawai Negeri Sipil

Belum selesai dengan adanya prosedur pelaksanaan pemberhentian Pegawai Negeri Sipil yang telah menjalani pidana dikarenakan belum ada prosedur pelaksanaan penegakkan peraturan perundang-undangan UU Aparatur Sipil Negara, maka dengan terbitnya SKB Tiga Menteri sama saja dengan melanggar hukum manakala diberlakukan secara surut, terlebih lagi untuk menutupi kelalaian dalam penegakkan hukum yang sudah seyogyanya dilaksanakan sebelumnya.

[21] Salinan Putusan Resmi "Putusan PU Nomor 87/PUU-XVI/2018", Mahkamah Konstitusi, h. 19-20

Penegakkan Hukum dengan melanggar hukum dapat diartikan mengakibatkan permasalahan hukum.[22]

Surat Keputusan Bersama antara Mendagri, MenpanRB, dan Kepala BKN Nomor 182/6597/SJ, Nomor 15 Tahun 2018 dan Nomor 153/KEP/2018 (untuk selanjutnya disebut SKB Tiga Menteri) hanya memuat 5 (lima) peraturan yang menjadikan ruang lingkupnya, yakni :

a. Tata cara penjatuhan sanksi kepada Pegawai Negeri Sipil yang dipidana berdasarkan putusan pengadilan berkekuatan hukum tetap akibat tindak pidana jabatan atau tindak pidana yang berhubungan dengan jabatan
b. Kebijakan pemberian sanksi kepada pejabat Pembina kepegawaian dan pejabat Yang Berwenang yang lalai melaksanakan pengenaan sanksi kepada Pegawai Negeri Sipil
c. Peningkatan sistem informasi kepegawaian,
d. Optimalisasi pengawasan dan penguatan peran aparat pengawasan internal pemerintah; dan
e. Pemantauan terpadu terhadap pelaksanaan keputusan bersama.

Ruang lingkup mempunyai masing-masing wilayah penerapan aturan dan norma terbagi menjadi wilayah tempat (*loci*), wilayah waktu (*temporis*), wilayah

[22] *Ibid*

personal (*personengebied*), dan wilayah materi (*materiae*).[23] Melihat dari aspek tersebut maka SKB Tiga Menteri akan dirumuskan sebagai berikut :

Wilayah Tempat (*loci*)

Wilayah keberlakuan tempat pada SKB Tiga Menteri ini adalah Negara Republik Indonesia (NKRI) khususnya ditujukan kepada Badan Publik Negara

Wilayah Waktu (*temporis*)

Wilayah keberlakuan waktu pada SKB Tiga Menteri ini dimulai sejak putusan pengadilan berkekuatan hukum tetap dan berlaku tanggal 13 September 2018 hingga paling lama berlaku bulan Desember 2018.

Wilayah personal (*personengebied*)

Wilayah keberlakuan person pada SKB Tiga Menteri ini ditujukkan kepada:

a. Pegawai Negeri Sipil yang divonis hukuman berdasarkan putusan pengadilan bersifat final akibat tindak pidana jabatan atau tindak pidana yang berkaitan dengan jabatan
b. Pejabat Pembina Kepegawaian dan Pejabat Yang Berwenang ditegaskan dalam UU Aparatur Sipil Negara

Wilayah Materi (*zakengebied*)

[23] Arzhi Jiwantara, "Kedudukan Surat Keputusan Menteri Bersama Dalam Negeri,Menteri Pendayagunaan Aparatur Negara dan Reformasi Birokrasi, dan Badan Kepegawaian Negara Dalam Hierarki Peraturan Perundang-Undangan Di Indonesia", Vol 34, 2019, p 260-267

Wilayah keberlakuan materi pada SKB Tiga Menteri ini adalah berhubungan dengan pemberhentian tidak hormat, penjatuhan sanksi, optimalisasi pengawasan, dan monitoring pelaksanaannya.

Kelemahan ruang lingkup SKB Tiga Menteri tidak disebutkan sifat pelanggaran yang dilaksanakan oleh Pejabat Yang Berwenang dan Pejabat Pembina Kepegawaian. Sifat pelanggaran menentukan jenis sanksi yang dikenakan kepada PyB dan PPK sehingga hal tersebut terlihat sebagai ancaman belaka.[24]

Kelemahan yang terakhir adalah kepastian hukum dalam pelaksanaan aturan Pemberhentian Pegawai Negeri Sipil pada SKB Tiga Menteri sebab dalam diktumnya tertulis pemberhentian dilakukan terhitung semenjak putusan pengadilan berkekuatan hukum tetap yang bermakna SKB Tiga Menteri ini dapat diberlakukan secara surut sebagaimana hal tersebut sangat bertentangan dengan asas legalitas.

Artinya, segala keputusan (putusan) yang bersifat final (in kracht van gewijsde) terhitung mulai tanggal 13 September 2018 menjadi dasar untuk mengeluarkan keputusan (beschikking) tentang pemberhentian hormat atau tidak hormat pejabat yang melakukan tindak pidana terhadap mereka yang memiliki jabatan atau pidana. perbuatan yang berhubungan dengan jabatan.

[24] *Ibid*

Penerapan SKB 3 menteri secara retroaktif akan mengakibatkan beberapa permasalahan hukum, seperti:

1) Tidak sesuai dengan Asas-Asas Umum Pemerintahan Yang Baik
2) Tidak dapat diterapkan pada keputusan yang bersifat konstitutif (beschikking rechtsscheppend). Putusan yang mengakibatkan batalnya hak dan kewajiban yang ada yang berlaku bagi penerima putusan. Penerapan putusan secara retroaktif menimbulkan cacat hukum yang berujung pada ketidakefektifan hukum.
3) Penerapan keputusan secara retroaktif sama saja dengan orientasi terhadap aturan yang belum ada atau belum ada. Ini diklasifikasikan sebagai "*aperte onredelijkheid*", yang sebenarnya tidak masuk akal saat mengeluarkan keputusan.

Perbuatan sewenang-wenang berdasarkan doktrin hukum tata negara dapat mengandung unsur penyalahgunaan wewenang (*willekeur*) dan harus dianggap tidak absah (*onrechtmatig*) karena melanggar larangan kesewenang-wenangan dalam Prinsip AUPB.

Menurut Kranenburg-Vegting yang dikutip oleh Utrecht mengatakan[25], ada kalanya isi dan suatu keputusan dikeluarkan tidak sesuai dengan dasar peraturan, dengan demikian suatu keputusan dapat dibentuk :

1) Tidak ada alasan

[25] *E. Utrecht*, Pengantar "Hukum Administrasi Negara", Cetakan 9, Disadur dan direvisi *Moh. Saleh Djinjang*, Jakarta: Ichtiar Baru, 1985,, h.110-112

2) Salah alasan

3) Alasan kurang tepat

4) *Detournement de pouvoir* (penyalahgunaan wewenang)

Klasifikasi penerbitan keputusan seringkali *Detournement de pouvoir* manakala hal tersebut bertentangan dengan hukum dan bisa digugat ke ranah peradilan tata usaha negara.

Indrarto berpendapat bahwa dalam kaitannya dengan SKB, secara garis besar yang dimaksud adalah keputusan tata usaha pemerintahan yang memuat pedoman-pedoman yang harus ditempuh oleh instansi atau pejabat tata usaha pemerintahan yang bersangkutan. Selain itu, Indrarto juga menjelaskan bahwa norma SKB bersifat umum – abstrak dan sama dengan peraturan kebijakan sehingga tidak dapat dibatalkan oleh hakim tata usaha negara.[26]

Dengan berlakunya SKB Tiga Menteri, para menteri menegaskan norma hukum yang terkandung dalam SKB tersebut sehingga menciptakan persaingan mutlak bagi Pengadilan Tata Usaha Negara, karena tidak terbatas pada putusan-putusan yang bersifat konkrit individual, tetapi mulai menembus keputusan yang bersifat umum - konkret dan abstrak - individu.

SKB Tiga Menteri menteri pada dasarnya memuat ciri-ciri umum - konkrit. Masyarakat umumnya tidak secara tegas menyebut subjek hukum sebagai penerima, diktumnya menyebut pegawai negeri dan pejabat pembinaan kepegawaian. Sedangkan konkritnya mengatur masalah penjatuhan sanksi berupa

[26] Indroharto.(1995). *Loc.cit*

pemberhentian tidak dengan hormat pejabat yang telah divonis putusan akhir oleh pengadilan karena melakukan pelanggaran jabatan atau jabatan, serta penjatuhan sanksi terhadap pejabat dan pejabat yang berwenang. dari pelayanan publik.

SKB Tiga menteri jika dipadukan sesuai perundang-undangan dan AUPB sepertinya tidak kontradiktif karena :

1) Disusun dan dikeluarkan oleh pejabat yang berwenang di lingkungan aparatur negara, yaitu Mendagri, MenpanRB, serta Kepala BKN
2) Isi SKB 3 menteri ini hanya merupakan pedoman (*rechtslijn*) penjatuhan sanksi bagi PNS karena melakukan pelanggaran profesi atau tindak pidana sehubungan dengan jabatannya berdasarkan putusan pengadilan yang sudah berkekuatan hukum tetap *(in kracht van gewijsde)* SKB Tiga Menteri ini tidak memuat sanksi pidana;
3) Tidak ditemukan pelanggaran AUPB dalam SKB Tiga Menteri

PRO PATRIA