

## **DISKRESI DALAM PERSPEKTIF TINDAK PIDANA KORUPSI**

**Ichsan Anwary<sup>1</sup> Dimas Purnama Putra<sup>2</sup>**

*Fakultas Hukum Universitas Lambung Mangkurat*

*E:Mail ichsan.anwary@ulm.ac.id*

*Kejaksaan Negeri Tanah Laut*

*dimaspp@gmail.com*

### **Abstract**

*The purpose that will be stated in the writing of this thesis is to study and analyze discretionary actions which can include unlawful actions, whether discretion can be punished.*

*The type of legal research used is normative legal research. The approach used, namely the statutory approach, conceptual approach, and case approach.*

*The results of this study explain that First, public policies made and carried out in good faith, certainly cannot be criminalized. On the contrary, policies which are made and carried out in bad faith (against the law and or abuse of authority) which are realized to have a detrimental impact on the country's finances or the country's economy, are criminal acts (corruption). Second, that a policy maker is adhered to with authority. In making a policy, a policy maker must consider the benefits of the policy in the public interest that he protects. Third, the basic policy cannot be convicted in the public interest is the 1966 MA Jurisprudence. Fourth, if the policy maker when making policies contains elements of bribery, threats, and fraud can still be convicted.*

**Keywords:** *Discretionary, act criminal corruption.*

### **Abstrak**

*Tujuan yang akan dikemukakan dalam penulisan tesis ini adalah untuk mengkaji dan menganalisis mengenai tindakan diskresi yang dapat termasuk tindakan melanggar hukum, apakah tindakan diskresi dapat dipidana.*

*Jenis penelitian hukum yang digunakan adalah penelitian hukum normatif. Pendekatan yang digunakan, yaitu pendekatan peraturan perundang-undangan (statute approach), pendekatan konseptual (conceptual approach), serta pendekatan kasus (case approach).*

*Hasil penelitian ini menjelaskan bahwa Pertama, kebijakan publik yang dibuat dan dijalankan dengan itikad baik, pastilah tidak dapat dikriminalisasikan. Sebaliknya kebijakan yang dibuat dan dijalankan dengan itikad buruk (melawan hukum dan atau menyalahgunakan wewenang) yang disadarinya membawa dampak merugikan keuangan negara atau perekonomian negara, adalah merupakan tindak pidana (korupsi). Kedua, bahwa seorang pengambil kebijakan dilekati dengan wewenang. Dalam mengambil kebijakan, seorang pengambil kebijakan harus mempertimbangkan manfaat atau tidaknya kebijakan tersebut demi kepentingan umum yang dilidunginya. Ketiga, dasar kebijakan tidak bisa dipidana demi kepentingan umum adalah Yurisprudensi MA tahun 1966. Keempat, apabila pengambil kebijakan ketika mengambil kebijakan mengandung unsur suap, ancaman, dan penipuan tetap bisa dipidana.*

**Kata Kunci :** *diskresi, tindak pidana korupsi.*

## PENDAHULUAN

Tanggal 8 Januari 2016 Presiden Joko Widodo telah mengeluarkan Instruksi Nomor 1 Tahun 2016 Tentang Percepatan Pelaksanaan Proyek Strategis Nasional, salah satu dari Instruksi Presiden ini pada diktum keenam yang ditujukan kepada Jaksa Agung Republik Indonesia dan Kepala Kepolisian Negara Republik Indonesia menginstruksikan : Mendahulukan proses administrasi Pemerintahan sesuai ketentuan Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan sebelum melakukan penyidikan atas laporan masyarakat yang menyangkut penyalahgunaan wewenang dalam pelaksanaan Proyek Strategis Nasional. Meneruskan/menyampaikan laporan masyarakat yang diterima oleh Kejaksaan Agung Republik Indonesia atau Kepolisian Negara Republik Indonesia mengenai penyalahgunaan wewenang dalam pelaksanaan Proyek Strategis Nasional kepada pimpinan kementerian/lembaga atau Pemerintah Daerah untuk dilakukan pemeriksaan dan tindak lanjut penyelesaian atas laporan masyarakat, termasuk dalam hal diperlukan adanya pemeriksaan oleh Aparat Pengawasan Intern Pemerintah. Melakukan pemeriksaan atas hasil audit Aparat Pengawasan Intern Pemerintah mengenai temuan tindak pidana yang bukan bersifat administratif yang disampaikan oleh pimpinan kementerian/

lembaga atau Pemerintah Daerah sesuai ketentuan peraturan perundang-undangan.

Melakukan pemeriksaan atas hasil audit Aparat Pengawasan Intern Pemerintah sebagaimana dimaksud pada angka 3, dengan berdasarkan: Asas-Asas Umum Pemerintahan yang Baik, alasan yang objektif, tidak menimbulkan konflik kepentingan dan dilakukan dengan itikad baik. Tidak mempublikasikan pemeriksaan secara luas kepada masyarakat sebelum tahapan penyidikan. Menggunakan pendapat dan/atau penjelasan/keterangan ahli dari kementerian/lembaga yang berwenang sebagai tafsir resmi dari peraturan perundang-undangan terkait. Menyusun peraturan internal mengenai tata cara (Standar Operasional dan Prosedur/SOP) penanganan laporan masyarakat yang menyangkut penyalahgunaan wewenang dalam pelaksanaan Proyek Strategis Nasional sebagai dasar pelaksanaan tugas di masing-masing jajaran unit instansi vertikal. Memberikan pendampingan/pertimbangan hukum yang diperlukan dalam percepatan pelaksanaan proyek strategis nasional Melakukan pembinaan dan pengawasan terhadap jajaran dibawahnya dan memberikan tindakan apabila terdapat penyimpangan dan pelanggaran.

Selanjutnya Presiden menghimbau kepada penegak hukum agar tidak mengkriminalisasi diskresi yang diambil oleh pejabat pemerintah, khususnya pemerintah

daerah, Pernyataan tersebut disampaikan Presiden di Istana Bogor, 24 Agustus 2015. Intinya, Presiden meminta aparat penegak hukum tidak mempidanakan diskresi. Lalu, aparat penegak hukum tidak sembarangan mempidanakan tindakan administrasi pemerintahan,<sup>1</sup> bahkan Presiden merencanakan membuat aturan anti kriminalisasi pejabat pemerintah. Sikap Presiden tersebut merupakan respons atas keluhan para kepala daerah dan pejabat pemerintah yang takut mengambil keputusan lantaran khawatir akan diperkarakan. Hal itu mengingat hingga saat ini sudah ratusan kepala daerah terjerat korupsi dan ada ribuan aparatur yang diproses tindak pidana korupsi.

Apabila kita perhatikan kasus korupsi yang terjadi di daerah, maka ada beberapa jenis kasus korupsi yaitu mulai dari pengadaan barang dan jasa, pengelolaan aset, pengelolaan anggaran, perizinan, pelayanan publik, hingga perjalanan dinas. Semuanya itu merupakan bidang-bidang yang rentan korupsi. Korupsi di bidang pengadaan proyek-proyek pembangunan yang dibiayai APBN atau APBD mendominasi temuan perkara di daerah. Ada bermacam-macam modus operandi yang digunakan dalam korupsi sektor ini.

Modus operandi yang paling sering adalah persekongkolan antara birokrasi dan pihak ketiga yang sudah terjadi sejak tahap

perencanaan yang berujung pada suap kepada pejabat tertentu. Sering juga melibatkan politisi di legislatif. Kemudian, rekayasa dokumen pengadaan dan *mark up* harga. Selanjutnya, kesalahan prosedur pelaksanaan pengadaan.

Keuntungan bagi pejabat biasanya didapat dengan jalan suap, gratifikasi, *kick back*, *mark up*, dan rekayasa harga. Di sektor lain, korupsi biasanya didahului penyalahgunaan wewenang dengan melanggar aturan hukum. Atau boleh jadi tak ada pelanggaran hukum atau penyalahgunaan wewenang, tetapi karena menerima suap atau gratifikasi, maka diproses hukum. Itulah pola korupsi yang secara umum terjadi di birokrasi, khususnya di pemerintahan daerah. Terlihat tingkat kepatuhan aparatur pada aturan hukum dan prosedur administrasi dalam menjalankan kewenangan sangat rendah. Terkadang korupsi terjadi bukan karena kebijakan yang diambil, melainkan semata karena menerima suap atau gratifikasi dalam menjalankan tugas dan kewenangan.

Diskresi merupakan prinsip mendasar yang dimiliki oleh aparatur pemerintah dalam mengelola pemerintahan. Asas ini memberikan legitimasi atas kebijakan yang diambil oleh pemerintah demi kepentingan umum. Berdasarkan prinsip ini, seorang pejabat tidak dapat dipidana selama mengikuti rambu-rambu penggunaan diskresi. Sesungguhnya diskresi merupakan kekuasaan yang bebas dan dapat digunakan untuk mengatasi

---

1 Media Indonesia, 20 Juli 2016

masalah tertentu. Namun, saat ini ruang diskresi sudah kian sempit. Hampir semua urusan pemerintahan telah diatur oleh peraturan perundang-undangan dan peraturan teknis yang rigid. Bahkan, penggunaan diskresi pun telah diatur secara tertulis dalam UU No, 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan. Penggunaan diskresi pun ada prosedurnya, sesuatu yang sebenarnya menyalahi konsep diskresi itu sendiri.

Penggunaan diskresi dalam praktik pemerintahan seharusnya tidak perlu dikhawatirkan oleh pejabat pemerintah. Selain sebagai asas dalam menjalankan fungsi pemerintahan, diskresi juga telah memiliki landasan hukum yang kuat berdasarkan UU Administrasi Pemerintahan. Yang menjadi persoalan adalah penyalahgunaan diskresi (*discretionary corruption*). Penyalahgunaan itu terjadi karena pemahaman yang keliru atas diskresi atau adanya niat jahat untuk memperoleh keuntungan tertentu. Ada banyak salah kaprah tentang diskresi. Diskresi kerap kali dijadikan alasan untuk melanggar prosedur hukum. Misalnya dalam hal pengadaan barang dan jasa. Ketika pejabat pengadaan melakukan penunjukan langsung dengan alasan diskresi pejabat yang bersangkutan, padahal mekanisme itu tidak boleh dilakukan karena tidak memenuhi syarat menurut aturan pengadaan. Ini jelas bukan diskresi, tetapi penyalahgunaan diskresi.

Pengadaan barang dan jasa dalam pengelolaan anggaran dan aset Negara perlu dipahami, dimana ruang diskresi sebenarnya sudah sangat terbatas. Hal ini dikarenakan telah diatur dalam peraturan perundang-undangan tersendiri berikut dengan peraturan teknisnya. Hampir setiap tahun Kementerian Keuangan dan Kementerian Dalam Negeri memproduksi peraturan teknis yang menjelaskan bagaimana kewenangan itu dijalankan. Walaupun terkadang peraturan yang diterbitkan pemerintah pusat inilah pangkal masalahnya. Jadi, masalahnya bukan pada diskresi, melainkan pada penyalahgunaan diskresi yang berujung pada korupsi.

Melihat modus korupsi birokrasi dan penyalahgunaan diskresi yang sering terjadi, maka pemerintah harus mempercepat proses pembenahan birokrasi. Kekuasaan diskresi yang besar tanpa tata kelola pemerintahan yang baik hanya akan melahirkan praktik korupsi yang masif. Presiden tidak boleh menutup mata atas kebobrokan birokrasi di daerah bahwa masih banyak yang mencoba menyalahgunakan jabatan demi keuntungan tertentu. Jangan sampai diskresi digunakan untuk bersembunyi di balik rencana jahat untuk mencuri uang negara dan melakukan sesuatu yang terkesan legal-formal tetapi dilakukan karena ada motif keuntungan pribadi, kelompok, atau kroni-kroninya. Pada saat yang sama, Presiden punya PR besar untuk mempercepat reformasi di tubuh

kepolisian dan kejaksaan. Kekhawatiran banyak daerah untuk mencairkan anggaran dalam APBD guna pembiayaan program dan kegiatan daerah, yang memicu kelambanan penyerapan anggaran, sejatinya tak beralasan. Pasalnya, dengan telah berlakunya UU No 23 Tahun 2014 jis UU No 2 Tahun 2015 dan UU No 9 Tahun 2015 tentang Pemerintahan Daerah (UU Pemda) dan UU No 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan (UU AP), di satu sisi telah terjadi perluasan wilayah administrasi dalam kebijakan penganggaran dan di sisi lain terjadi penyempitan wilayah pidana korupsi.

Kian meluasnya wilayah administrasi di ranah kebijakan pemda tersebut, meskipun sering dianggap bertentangan dengan semangat anti korupsi, sejatinya secara normatif telah cukup memproteksi pelaksanaan program dan kegiatan di daerah dari potensi kriminalisasi. Dengan demikian, tak ada alasan bagi ketakutan dikriminalisasi bagi aparatur sipil negara dalam pencarian anggaran daerah yang kini menjadi keprihatinan bagi pemerintah.

Tersendatnya pencairan anggaran daerah oleh sejumlah daerah telah menyebabkan banyak daerah tak mampu mengeksekusi program dan kegiatan yang telah direncanakan melalui Rencana Pembangunan Jangka Menengah daerah (RPJMD), Rencana Kerja Pembangunan Daerah (RKPD), dan Rencana Strategis Satuan Kerja Pemerintah Daerah (Renstra SKPD). UU AP juga

mengatur bahwa pejabat pemerintah diberi kewenangan menggunakan diskresi dalam pelaksanaan kebijakan. Namun, penggunaan wewenang diskresi tersebut harus didasarkan atas tujuan yang bersifat limitatif, sebagaimana diatur pada Pasal 22 Ayat (2) UU AP, antara lain, melancarkan penyelenggaraan pemerintahan, mengisi kekosongan hukum, dan mengatasi stagnasi pemerintahan.

Terdapat sejumlah persyaratan ketat dalam penggunaan diskresi, antara lain harus didasarkan alasan-alasan yang obyektif, tidak menimbulkan konflik kepentingan dan didasarkan itikad baik. Diskresi juga tak boleh jadi selubung bagi tindakan sewenang-wenang atau penyalahgunaan wewenang sehingga terdapat prosedur cukup ketat dalam penggunaan wewenang diskresi bagi pejabat pemerintah. Dalam teori perundang-undangan terdapat salah satu asas penting, yaitu asas kesesuaian (*congruency*) yang bermakna bahwa UU harus diterapkan sesuai dengan tujuan pembentukannya dan harus dicegah perbedaan antara bunyi UU dan penegakannya. Berdasarkan asas tersebut, sejauh diskresi diterapkan dalam koridor tujuan pembentukan norma hukum tersebut untuk memperlancar penyelenggaraan pemerintahan di daerah dalam rangka memberikan pelayanan publik kepada rakyat, dapat digunakan sebagai rujukan bagi pemda untuk tak perlu khawatir kebijakan-kebijakannya dikriminalisasi.

Dramatisasi ketakutan pencairan anggaran di daerah justru kontraproduktif bagi upaya perbaikan kondisi perekonomian. UU No 1 Tahun 2004 tentang Perbendaharaan Negara sejatinya juga telah mengatur secara proporsional wilayah administrasi pertanggungjawaban anggaran dan tindak lanjut penanganannya secara hukum jika sungguh-sungguh ditemukan indikasi terjadinya tindak pidana korupsi dalam penggunaan anggaran. Pejabat yang bertanggung jawab di bidang anggaran tetap diberikan waktu yang memadai untuk melakukan rekonsiliasi administratif dan hak untuk mengajukan keberatan atas penetapan pembebanan kerugian negara/daerah jika ditemukan adanya inkonsistensi dalam pelaporan penggunaan anggaran daerah.

Berkaca pada ketentuan-ketentuan tersebut di atas, sejatinya daerah telah memperoleh jaminan perlindungan hukum yang memadai dalam pelaksanaan program dan kegiatan di daerah sehubungan dengan penggunaan anggaran daerah. Bahkan, jaminan perlindungan hukum yang diberikan oleh negara melalui serangkaian ketentuan mengenai inovasi daerah dan diskresi telah memperluas jangkauan wilayah administratif dalam kebijakan penganggaran. Ketentuan-ketentuan itu seharusnya dapat memberikan "ruang bernapas" yang memadai bagi para pejabat daerah untuk melaksanakan berbagai program dan kegiatan yang menjadi urusan daerah sesuai dengan amanat UU Pemda,

sehingga tidak perlu ada kekhawatiran berlebihan dan *dramatisasi* terjadinya *kriminalisasi* dalam penyelenggaraan pemerintahan jika sungguh-sungguh beritikad baik dalam melayani rakyat.

Ancaman itu terkesan semakin menakutkan setelah Komisi Pemberantasan Korupsi (KPK) hadir dan berkali-kali menunjukkan taringnya, melakukan operasi tangkap tangan. Mereka yang tertangkap tangan tak hanya anggota DPR atau pejabat pemerintahan eksekutif, tetapi juga aparat penegak hukum seperti advokat dan hakim. Semenjak banyak penyelenggara pemerintahan terkena kasus korupsi, muncullah suara yang menginginkan perlindungan hukum terhadap penyelenggara pemerintah, khususnya kepala daerah. Mereka yang bersuara keras meminta perlindungan itu terkesan menjadikan penegakan hukum korupsi sebagai 'kambing hitam' minimnya realisasi anggaran atau minimnya pembangunan. Mereka tak bisa berkreasi karena takut tersandung tuduhan korupsi. Mereka mengadu berkali-kali kepada petinggi negara ini, minta ini minta itu, yang intinya agar 'jangan dikriminalisasi' kalau sedang menjalankan tugas. Apalagi kalau dalam menjalankan tugas itu mereka membuat 'jalan pintas', agar program lebih cepat terealisasi. Pemerintah pun menyambutnya. Berkali-kali kepala pemerintahan meminta aparat penegak hukum tak melakukan kriminalisasi terhadap pengambil kebijakan.

Berdasarkan latar belakang masalah tersebut, adalah : Apakah tindakan diskresi dapat termasuk tindakan melanggar hukum? dan Apakah tindakan diskresi dapat dipidana?

### **TINDAKAN DISKRESI YANG TERMASUK TINDAKAN MELANGGAR HUKUM**

Pemerintah dituntut untuk memenuhi kepentingan masyarakat terutama berbagai kebutuhan dasar. Tuntutan ini sebagai bagian dari tugas penyelenggaraan pemerintahan dalam negara hukum yang tidak saja sebagai penjaga malam (*nachtwachterstaat*) untuk menjaga ketertiban dan ketentraman. Adanya tuntutan terpenuhinya kesejahteraan masyarakat merupakan *conditio sine quo non* yang harus dilakukan oleh pemerintah sebagai akibat krisis ekonomi pasca Perang Dunia II terutama yang terjadi pada negara-negara di Eropa. Negara hukum dengan tujuan pemenuhan kesejahteraan masyarakat ini sering dikenal dengan istilah *welfare state* atau *welvaartsstaat*.

Penggunaan istilah ini tidak dapat dimaknai dalam ranah hukum sebagaimana dikemukakan oleh Philipus M. Hadjon, bahwa: "Didorong oleh krisis ekonomi setelah Perang Dunia II, lahirlah konsep "welvaartsstaat" yang kemudian lebih dikenal dengan nama "verzorgingsstaat". *Welvaartsstaat* dan *verzorgingsstaat* merupakan konsep-konsep sosiologi dan

politikologi".<sup>2</sup> Idealnya dalam pendekatan hukum lebih baik digunakan istilah *sociale rechtsstaat* (negara hukum kemasyarakatan) atau *sociale democratische rechtsstaat* di mana pemerintah memiliki fungsi untuk mengendalikan kehidupan masyarakat dengan menggunakan instrumen yuridis (termasuk diskresi) dan pada sisi lain memungkinkan masyarakat untuk berperan serta dalam pengendalian tersebut.

Perkembangan konsep "negara hukum" sekarang ini telah menghasilkan suatu konsep negara hukum kesejahteraan (*social service state; welvaarstaat*). Dalam suatu negara hukum yang demikian ini, tugas negara sebagai *public servant* adalah menyelenggarakan dan mengupayakan suatu kesejahteraan sosial (yang oleh Lemaire disebut dengan: *bestuurszorg*) bagi masyarakatnya, jadi, tugas negara bukan hanya sebagai pemelihara keamanan dan ketertiban saja. Oleh karena itu maka negara melakukan campur tangan hampir di setiap sektor kehidupan masyarakat, yang menyebabkan semakin besarnya keterlibatan administrasi negara di dalamnya.

Salah satu alasan nyata bagi pertumbuhan kekuasaan administrasi negara di negara-negara demokrasi modern adalah

---

2 Philipus M. Hadjon, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat di Indonesia, Sebuah Studi tentang Prinsip-Prinsipnya dan Penanganannya oleh Pengadilan Dalam Lingkungan Peradilan Umum dan Pembentukan Peradilan Administrasi*, Edisi Khusus, Penerbit Peradaban, Cet. Pertama, 2007, hal. 72.

dengan pudarnya falsafah *laissez faire* dan meningkatnya peranan negara dalam bidang sosial-ekonomi. Seperti diketahui, *laissez faire* menginginkan sedikitnya peranan negara dalam mengontrol usaha-usaha pribadi dalam masyarakat dan besarnya peranan individu dalam melakukan kebebasan berkontrak. Falsafah ini ternyata justru menimbulkan penderitaan bagi manusia, karena ia mengakibatkan terjadinya eksploitasi oleh kelompok masyarakat yang kuat terhadap kelompok masyarakat yang lemah.

Berdasarkan hal tersebut maka timbul pemikiran-pernikiran mengenai konsep negara kesejahteraan. Friedmann dalam bukunya *The Rule of Law and The Welfare State* menyebutkan adanya lima fungsi dan negara kesejahteraan, yaitu sebagai *protector*, *provider*, *regulator*, *entrepreneur*, dan sebagai *arbitrator*. Dalam rangka menjalankan fungsi ini, negara harus memiliki lembaga-lembaga dan standar perlakuan yang menjamin terselenggaranya kesejahteraan sosial. Sebagai wakil rakyat secara keseluruhan, negara harus mengatur dan menjalankan keadilan diantara sektor-sektor masyarakat yang berbeda. Lembaga dan standar perlakuan tadi dimaksudkan untuk menjamin terselenggaranya keadilan dan kesejahteraan masyarakat yang dilaksanakan melalui suatu sistem administrasi negara, maka perilaku dan tindakan suatu sistem administrasi negara harus diatur melalui suatu

hukum, khususnya Hukum Administrasi Negara.

Hukum Administrasi Negara ini mengikat pula kepada berbagai perusahaan milik negara maupun pemerintah daerah, Perkembangan konsep negara hukum seperti telah disinggung pada awal tulisan ini, erat kaitannya dengan peranan Hukum Administrasi Negara di dalamnya. Pada konsep *polizeistaat* boleh dikatakan belum berkembang Hukum Administrasi Negara, barulah pada *nachtwakerstaat* Hukum Administrasi Negara mulai muncul, meskipun sangat terbatas. Pada *welvaarstaat* peranan Hukum Administrasi Negara menjadi semakin luas dan dominan. Hal ini menunjukkan semakin aktifnya negara terlibat dan melakukan campur tangan dalam setiap aspek kehidupan masyarakat. Sangatlah sulit membayangkan suatu negara modern pada saat ini tanpa adanya Hukum Administrasi Negara di dalamnya. Akan tetapi mengingat sedemikian luasnya aspek kehidupan sosial dan kesejahteraan masyarakat yang digeluti itu, maka sudah barang tentu tidak setiap permasalahan yang dihadapi dan tindakan yang akan diambil oleh administrasi negara telah tersedia aturannya. dalam keadaan seperti ini membawa administrasi negara kepada suatu kosekuensi khusus, yaitu memerlukan kemerdekaan bertindak atas inisiatif dan kebijaksanaannya sendiri, terutama dalam penyelesaian soal-soal genting yang timbul dengan sekonyong-

konyong dan yang peraturan penyelesaiannya belum ada. Kemerdekaan bertindak atas inisiatif dan kebijaksanaan sendiri ini, dalam Hukum Administrasi Negara disebut dengan *pouvoir discrétionnaire*, *freies Ermessen*, *discretion* atau dapat pula disebut dengan diskresi.

Dalam *sociale rechtsstaat* pemerintah memiliki 2 (dua) kedudukan yang lebih mengarah pada fungsi utama pemerintahan. Pertama, pemerintah berkedudukan sebagai penguasa yang berwenang membuat aturan yang harus dipatuhi oleh masyarakat supaya tercipta ketertiban dan ketentraman masyarakat. Kedua, pemerintah berkedudukan sebagai pelayan masyarakat (*public servant*) pun dituntut untuk melakukan pelayanan publik (*public service*). Dalam kedudukan yang demikian, *sociale rechtsstaat* lebih mengedepankan perlindungan hukum bagi masyarakat karena hakekat *sociale rechtsstaat* bahwa pemerintah harus memperhatikan “*the rights to receive*”. Di sinilah kedudukan pemerintah sebagai pelayan dan masyarakat sebagai pihak yang dilayani.

Keberadaan pemerintah tidak lagi memiliki kekuasaan terhadap masyarakat dan memaksakan keinginan bagi masyarakat. Dalam *sociale rechtsstaat* (negara hukum kemasyarakatan), pelayanan prima adalah tugas pemerintah untuk mewujudkan *social rights* dan bukan kekuasaan serta pemaksaan kehendak bagi masyarakat. *Social rights* ini merupakan *the rights to receive*, di mana

masyarakat berhak menerima dari Pemerintah dan bagi Pemerintah *the rights to receive* merupakan suatu kewajiban hukum untuk memberikan pelayanan terbaik.

Selama ini pemerintah seringkali berlandung pada ungkapan semangat patriotisme yang digugah oleh John F. Kennedy bagi warga Amerika pada Inaugurasi sebagai Presiden Amerika Serikat ke-35 tahun 1961 : “..... *And so, my fellow Americans : ask not what your country can do for you – ask what you can do for your country*. Ungkapan ini tidak sesuai dengan konsep pelayanan publik yang saat ini menjadi tugas utama pemerintah yang didasarkan pada prinsip *good governance*. Konsep pelayanan publik mulai dikembangkan di Inggris pada tahun 1991 yang didasarkan pada citizen’s charter sebagai kristalisasi tentang proses transformasi Negara dalam hubungan dengan warga negara yang sesuai dengan konsep negara hukum kemasyarakatan untuk pencapaian kesejahteraan bersama. Citizen’s charter menegaskan prinsip-prinsip tentang Public Service.

Secara yuridis, pemerintah (eksekutif) maupun struktur pemerintahan negara lainnya tidak lagi memiliki kekuasaan apapun dalam negara hukum. Kekuasaan yang sebelumnya terjelma sebagai kedaulatan rakyat telah termanifestasi dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 sebagaimana tertuang dalam Pasal 1 ayat (2)

dan ayat (3) yang menyebutkan bahwa "Kedaulatan berada di tangan rakyat dan dilaksanakan menurut Undang-Undang Dasar" dan "Negara Indonesia adalah negara hukum". Kekuasaan dalam negara sejatinya adalah kekuasaan hukum terutama pada Undang-Undang Dasar sebagai hukum tertinggi yang memberikan wewenang kepada pemerintah (eksekutif) dan struktur pemerintahan negara lainnya untuk bertindak sesuai dengan wewenang yang diberikan oleh hukum. Wewenang pemerintahan ini sekaligus menjadi fungsi kontrol rakyat terhadap pemerintah dalam bertindak.

Tindakan pemerintah dalam penyelenggaraan fungsi pemerintahan, harus didasarkan pada wewenang yang dimiliki dan bukan pada kekuasaan. Tentunya penggunaan diskresi pun tidak harus didasarkan pada wewenang yang memberikan kebebasan bertindak bagi aparatur pemerintahan untuk menggunakan diskresi dan bukan kekuasaan pemerintahan. Penggunaan diskresi harus didasarkan pada wewenang yang dimiliki oleh aparatur pemerintahan.

Wewenang dalam bahasa Belanda dikenal dengan istilah *bevoegdheid* yang senantiasa berada dalam konsep hukum publik terutama Hukum Administrasi yang melahirkan wewenang pemerintahan (*bestuurs bevoegdheid*). Dalam Black Law Dictionary, "authority" diartikan sebagai "Legal power; a right to command or to act; the right and power of public officers to

*require obedience to their orders lawfully issued in scope of their public duties*".<sup>3</sup> Istilah wewenang sebagaimana didefinisikan di atas, merupakan kekuasaan hukum, hak untuk memerintah atau bertindak; hak atau kekuasaan pejabat publik untuk mematuhi aturan hukum dalam lingkup melaksanakan kewajiban publik bagi pemerintah. Hal ini sesuai dengan pendapat P. Nicolai sebagaimana disitir oleh F.A.M. Stroink dan J.G. Steenbeek.

Sumber wewenang pemerintahan dapat berupa atribusi, delegasi, dan mandat. Atribusi dalam bahasa Latin berasal dari kata *ad tribuere* artinya memberikan kepada. Wewenang atribusi berarti wewenang yang diberikan atau ditetapkan untuk jabatan tertentu yang bersumber baik dari Undang-Undang Dasar maupun undang-undang. Delegasi berasal dari bahasa Latin *delegare* yang artinya melimpahkan. Dengan demikian konsep wewenang delegasi berarti wewenang pelimpahan. Mandat berasal dari bahasa Latin *mandare* yang artinya memerintahkan.

Diskresi sebagai wewenang pemerintahan merupakan wewenang bebas yang dimiliki oleh aparatur pemerintahan sekaligus sebagai lawan dari wewenang terikat (*gebonden bevoegdheid*). Sifat dan karakter hukum tindakan pemerintah ini mengharuskan kekuasaan pemerintah tidaklah sekedar melaksanakan undang-undang (asas

---

<sup>3</sup>Henry Campbell Black, *Black's Law Dictionary*, West Publishing, 1990, hal. 133.

*wetmatigheid van bestuur*), tetapi harus lebih mengedepankan “*doelstelling*” (penetapan tujuan) dan *beleid* (kebijakan).

Tindakan pemerintah yang mengedepankan “*doelstelling*” dan “*beleid*” merupakan kekuasaan yang aktif. Sifat aktif ini menurut Philipus M. Hadjon<sup>4</sup> dalam konsep hukum administrasi secara intrinsik merupakan unsur-unsur utama dari “*Sturen*” (*besturen*). Dalam konsep *bestuur* (*besturen*), kekuasaan pemerintahan dalam pelaksanaan wewenang pemerintahan tidaklah semata-mata sebagai suatu wewenang terikat sebagaimana tertuang dalam aturan hukum, tetapi juga merupakan suatu wewenang bebas atau diskresi.

Konsep *discretionary power* yang berlaku di Inggris ini berbeda dengan konsep *vrij bevoegdheid* di Belanda yang lebih diarahkan pada ranah hukum publik, karena istilah *bevoegdheid* lebih didekatkan pada ranah hukum publik dalam kaitan dengan *vrijbestuur* (kebebasan pemerintahan) dalam melaksanakan tindakan pemerintahan. N.M. Spelt – J.B.J.M. ten Berge dalam tulisannya yang berjudul “*Inleiding Vergunningenrecht*” sebagaimana disitir oleh Philipus M. Hadjon, membedakan 2 (dua) macam kebebasan pemerintahan (*vrij bestuur*) yaitu *beleidvrijheid* (kebebasan kebijaksanaan) dan *beoordelingsvrijheid* (kebebasan penilaian).<sup>5</sup>

Diskresi sebagai *vrij bevoegdheid* dapat berarti kebebasan kebijaksanaan (*beleidvrijheid*) sebagai diskresi dalam arti sempit yang memberikan kewenangan bagi aparat pemerintah untuk memutus secara mandiri, sedangkan dalam arti kebebasan penilaian (*beoordelingsvrijheid*) sebagai diskresi dalam arti yang tidak sesungguhnya, memberikan kewenangan interpretasi terhadap norma-norma tersamar (*vage normen* atau *blanket norms*). Sebagai lawan dari wewenang terikat (*gebonden bevoegdheid*), diskresi dalam wewenang bebas (*vrij bevoegdheid*) merupakan pilihan untuk melakukan tindakan pemerintahan yang berkaitan dengan rumusan norma yang mengandung *vage norm* maupun kondisi faktual seperti keadaan darurat, bencana dan lain-lain. Diskresi tidak dapat dilakukan tanpa adanya *conditio sine quo non* yang mendasari esensi diskresi itu sendiri.

Diskresi sebagai suatu tindakan untuk melakukan pilihan terhadap aspek rumusan norma dan kondisi faktual tidak berarti sebebaskan-bebasnya, namun parameter pengujiannya didasarkan pada peraturan perundang-undangan dan asas-asas umum pemerintahan yang baik. Dalam kaitan dengan diskresi dalam arti “*Ermessen*” di Jerman bukan dalam arti “*freies ermessen*” seperti yang selama ini diterapkan dalam hukum di Indonesia. Adanya *ermessen* yang *freies* oleh para pakar hukum sebelumnya lebih didekatkan pada konsep *vrij bevoegdheid*

<sup>4</sup> Philipus M. Hadjon, *Discretionary Power dan Asas-Asas Umum Pemerintahan Yang Baik (AAUPB)*, hal. 2-3.

<sup>5</sup> Ibid, hal.3.

yang berlaku di Belanda sebagai kewenangan bebas. Padahal *esensi vrij bevoegdheid* berbeda dengan *ermessen*. Konsep *ermessen* diartikan sebagai “*Ist die Behörde ermächtigt, nach ihrem Ermessen zu handeln, hat sie ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung auszuüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten*” (jika setiap lembaga Negara/publik memiliki kewenangan buat ber”*ermessen*” (pertimbangan), maka lembaga Negara/publik haruslah menggunakan “*ermessen*” itu sesuai dengan kegunaan kewenangan tersebut dan batas-batas hukum yang berlaku bagi diskresi tersebut).<sup>6</sup> Dalam konsep *ermessen* (pertimbangan), maka tindakan aparatur pemerintahan tidak bebas tetapi harus didasarkan pada aturan hukum yang berlaku terhadap kewenangan yang dimiliki. Dalam pengertian *ermessen* di atas, maka dapat dikatakan tidak ada *ermessen* (pertimbangan) yang bersifat *freies* (bebas), namun harus secara jelas ditegaskan dalam peraturan perundang-undangan.

Penggunaan konsep diskresi sebagai perbandingan yang dikemukakan di atas menjadi sumber hukum dalam penerapan diskresi di Indonesia. Selama ini, diskresi sering disamakan dengan kebijakan yang berarti kebebasan yang sebebas-bebasnya bagi pemerintah untuk bertindak. Pada Era Orde

Lama dan Orde Baru, diskresi yang disamakan dengan kebijakan itu sering berlindung pada norma yang tidak jelas batasan dan syarat-syaratnya. Norma-norma itu antara lain, kepentingan umum, ketertiban umum, dan lain-lain. Pemerintah sering berlindung pada kondisi abstrak untuk menjustifikasi keabsahan tindakan pemerintahan yang nyatanya tidak didasarkan pada kepentingan masyarakat.

Diskresi sebagai wewenang bebas tidak berarti sebebas-bebasnya. Setiap kewenangan dalam negara hukum tidak dikenal adanya wewenang yang sebebas-bebasnya. Wewenang (termasuk wewenang terikat dan wewenang bebas) selalu memiliki batasan yang diperintahkan oleh peraturan perundang-undangan. Diskresi sebagai wewenang bebas pun tidak dapat dilakukan tanpa adanya kewenangan yang diberikan oleh peraturan perundang-undangan. Selain itu, asas-asas umum pemerintahan yang baik (AAUPB) menjadi norma tidak tertulis sekaligus sebagai norma perilaku bagi aparatur dalam melakukan tindakan pemerintahan.

Berdasarkan Undang-Undang tentang Administrasi Pemerintahan, merupakan upaya kodifikasi di bidang Hukum Administrasi sekaligus sebagai sumber normatif tindakan pemerintahan. Dalam UU dimaksud, diskresi didefinisikan sebagai “wewenang Badan atau Pejabat Pemerintahan yang memungkinkan untuk melakukan pilihan dalam mengambil tindakan hukum dan/atau tindakan faktual

---

6 Pipit Kartawidjaya, Kritik Terhadap RUU Administrasi Pemerintahan, hal. 11.

dalam administrasi pemerintahan” (Pasal 1 angka 5). Adanya UU ini sekaligus memperjelas diskresi dan penggunaannya yang merupakan suatu pilihan dan bukan kebebasan yang sebebas-bebasnya. Dalam Pasal 6 menyangkut diskresi dalam UU Administrasi Pemerintahan, diatur kriteria dan persyaratan apabila Pejabat Pemerintahan menggunakan diskresi dalam mengambil keputusan wajib mempertimbangkan tujuan diskresi, peraturan perundang-undangan yang menjadi dasar diskresi, dan asas-asas umum pemerintahan yang baik (ayat 1).

Tujuan diskresi pada hakekatnya merupakan tujuan dari wewenang itu sendiri. Pembentuk hukum tentunya dalam memberikan wewenang pemerintahan didasari pada tujuan yang diharapkan dari wewenang dimaksud. Hal ini merupakan prinsip hukum yang spesifik dari asas legalitas (*legaliteit beginsel*). Prinsip legalitas memberikan dasar pemikiran bahwa setiap wewenang pemerintahan harus memiliki dasar legalitas sebagaimana diatur dalam peraturan perundang-undangan. Asas legalitas ini digunakan dalam hukum administrasi yang memiliki makna *”Dat het bestuur aan de wet is onderworpen”*<sup>7</sup> (bahwa pemerintah tunduk kepada undang-undang) atau *”Het legaliteits beginsel houdt in dat alle (algemene) de burgers bindende bepalingen op de wet*

*moeten berusten”*<sup>8</sup> (asas legalitas menentukan bahwa semua ketentuan yang mengikat warga negara harus didasarkan pada undang-undang). Asas legalitas menjadi dasar legitimasi tindakan pemerintahan dan jaminan perlindungan terhadap hak-hak masyarakat.

Spesifikasi dari asas legalitas ini adalah asas tujuan (*specialiteit beginsel*) bahwa setiap kewenangan mengandung tujuan tertentu. Asas ini menjadi landasan bagi kewenangan pemerintah untuk bertindak dengan dikaitkan pada suatu tujuan. Setiap kewenangan pemerintah (*bestuurs bevoegdheid*) diatur oleh peraturan perundang-undangan dengan suatu tujuan tertentu. Dari sudut pandang ini Hukum Administrasi merupakan rangkaian peraturan yang berkaitan dengan kepentingan umum tertentu.<sup>9</sup>

### **TINDAKAN DISKRESI YANG MENGANDUNG UNSUR TINDAK PIDANA KORUPSI**

Ketentuan pemberantasan tindak pidana korupsi yang berlaku sekarang ini adalah Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 jo. Undang-undang Nomor 20 Tahun 2001 (Lembaran Negara Tahun 2001 Nomor 134, TLN RI Nomor 4150) tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi.

Rumusan tindak pidana korupsi pokok yang dibuat sendiri oleh UU No. 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi adalah sebagaimana yang termuat

---

<sup>7</sup> H. D. Stout, *De Betekenissen van de Wet*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1994, hal. 28.

---

<sup>8</sup> Ibid, hal. 41

<sup>9</sup> Mariette Kobussen, *De Vrijheid van de Overheid*, W.E.J., Tjeenk Willink Zwolle, 1991, hal. 103.

dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3, sedangkan pasal-pasal lain dari Tindak Pidana Korupsi dalam UU No. 31 Tahun 1999 berasal dari Kitab Undang-undang Hukum Pidana adalah sebagai penunjang dari pintu masuk korupsi.

Dengan demikian perbuatan melawan hukum dilakukan untuk memperkaya diri sendiri, atau orang lain atau suatu korporasi atau kelompok yang dapat merugikan keuangan Negara. Ancaman hukuman seumur hidup atau paling lama 20 (duapuluh) tahun atau paling singkat 4 (empat) tahun dan denda paling sedikit Rp. 200.000.000,- (dua ratus juta rupiah) dan paling banyak Rp. 1.000.000.000,- (satu milyar rupiah), Pasal 2 ayat 1 UU Nomor 31 Tahun 1999 . dalam hal tindak pidana korupsi sebagaimana dimaksud dalam ayat 1 dilakukan dalam keadaan tertentu pidana mati dapat dijatuhkan.

Kata “setiap orang” menunjukan kepada siapa orangnya harus bertanggung jawab atas perbuatan/kejadian yang didakwakan atau siapa orang yang harus dijadikan terdakwa. Kata setiap orang identik dengan terminology kata “barang siapa” atau *hij* dengan pengertian sebagai siapa saja yang harus dijadikan terdakwa/*dader* atau setiap orang sebagai subjek hukum (*pendukung hak dan kewajiban*) yang dapat diminta pertanggung jawaban dalam segala tindakannya sehingga secara historis kronologis manusia sebagai subyek hukum telah menentukan lain. Oleh karena itu untuk kemampuan bertanggung jawab (*toerekeningsvaanbaarheid*) tidak

perlu dibuktikan lagi karena setiap subyek hukum melekat erat dengan kemampuan bertanggung jawab sebagaimana ditegaskan dalam *Memorie van Toelichting (MvT)*<sup>10</sup>

Dalam unsur ini, pembentuk undang-undang mempertegas elemen *secara melawan hukum* yang mencakup perbuatan melawan secara formil dan materiil, yakni meskipun perbuatan itu tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan, akan tetapi apabila perbuatan itu dianggap tercela karena tidak sesuai dengan rasa keadilan atau norma-norma kehidupan social dalam masyarakat, perbuatan tersebut dapat dipidana.

Kemudian dalam penjelasan Pasal 1 ayat 1 sub a UU No. 3 Tahun 1971 bahwa “*perbuatan melawan hukum*” tidak dijadikan sebagai perbuatan yang dapat dihukum, melainkan melawan hukum ini sarana untuk melaksanakan perbuatan yang dapat dihukum yaitu “*memperkaya diri sendiri*” atau “*orang lain*” atau “*suatu badan*”.

Dalam unsur ini, pembentuk undang-undang mempertegas elemen secara “*melawan hukum*” yang mencakup perbuatan melawan hukum secara formil dan materiil, yakni meskipun perbuatan ini tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan, akan tetapi apabila dianggap tercela karena tidak sesuai dengan rasa keadilan atau norma-norma kehidupan sosial dalam masyarakat, perbuatan tersebut dapat dipidana. Pada

10 Buku Pedoman Pelaksanaan Tugas dan Administrasi Buku II, Edisi Revisi tahun 2005, hal 209 dan Putusan MA No. 1398 K/pid/1994 tanggal 30 Juni 1995.

dasarnya perbuatan melawan hukum formal (*formale wederrechtelijk*) dan perbuatan hukum materiil (*materiede wederrechtelijk*) telah lama dianut dalam sistem peradilan peradilan. Kemudian dalam praktik peradilan tindak pidana korupsi khususnya terhadap perbuatan melawan hukum materiil (*materiele wederrechtelijk*) melalui yurisprudensi.

Putusan MA No. 42.K/Kr/1966 tanggal 8 Januari 1966 yang menerapkan sifat melawan hukum materiil dengan fungsi yang bertujuan menghilangkan alasan penghapus pidana (tidak tertulis). Mahkamah Agung berpendapat bahwa adanya tiga faktor yang menghapuskan sifat melawan hukum suatu perbuatan. Pertimbangan didasarkan asas-asas keadilan dan asas-asas hukum yang tidak tertulis.<sup>11</sup> Dalam tindak pidana korupsi salah satu unsur adalah perbuatan melawan hukum (Pasal 2 ayat (1). Perbuatan melawan hukum terdiri perbuatan melawan hukum formil maupun perbuatan melawan hukum materiil sebagaimana disebutkan dalam Penjelasan Pasal 2 ayat (1) UU No. 31 Tahun 1999.

Khusus untuk perbuatan melawan dalam arti materiil telah dinyatakan tidak mempunyai kekuatan hukum oleh Putusan Mahkamah Konstitusi No. 003/PUU-IV/2006 tanggal 25 Juli 2006 dan untuk perbuatan melawan hukum secara formil masih tetap berlaku. Berdasarkan penjelasan Pasal 2 ayat (1) UU No. 31 Tahun 1999 di atas jelas

disebutkan bahwa perbuatan melawan hukum dalam arti formil adalah yang dilanggar perbuatan yang diatur dalam peraturan perundang-undangan. Yang dimaksud dengan peraturan perundang-undangan adalah sebagaimana dirumuskan dalam Pasal 7 ayat (1) UU No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan.

Perekonomian Negara adalah kehidupan perekonomian yang disusun sebagai usaha bersama berdasarkan asas kekeluargaan ataupun usaha masyarakat secara mandiri yang didasarkan pada kebijakan pemerintah, baik ditingkat pusat maupun di daerah sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku yang bertujuan memberikan manfaat, kemakmuran dan kesejahteraan kepada kehidupan rakyat. Referensi praktik peradilan Mahkamah Agung

RI dalam Putusan No. 1164 K/Pid/1985 tanggal 31 Oktober 1986 dalam perkara Tony

Gozaly als Go Tiong Kien memberikan konklusi tentang perbuatan terdakwa yang merugikan perekonomian Negara yaitu perbuatan terdakwa yang membangun tanpa izin di wilayah perairan milik Negara sehingga

Negara tidak bisa mempergunakan untuk kepentingan umum, sehingga perbuatan tersebut dikategorikan sebagai perbuatan yang merugikan keuangan Negara.

Adapun pertimbangan Mahkamah Agung RI dalam putusan tersebut adalah bahwa “perbuatan terdakwa tersebut adalah melawan hukum, karena ia membangun

<sup>11</sup> Tindak Pidana Korupsi di Indonesia, normative, teoritis, Praktik dan masalahnya, alumni Bandung, hal 83.

diatasnya tanpa hak/tanpa izin yang berwajib dan sebagai akibat dari perbuatannya tersebut sebagian dari wilayah perairan pelabuhan ujung pandang tidak dapat digunakan lagi untuk kepentingan umum. Bahwa wilayah perairan tersebut adalah milik Negara, sehingga penggunaan dari padanya oleh terdakwa jelas merugikan perekonomian Negara”.

Isu diskresi masuk dalam ranah tindak pidana tipikor terkait dengan apa yang dilakukan oleh Pemerintah Jokowi-JK untuk memenuhi target pertumbuhan ekonomi diatas 6 persen sesuai dengan janjinya, maka Presiden Jokowi dan JK ingin melakukan percepatan pembangunan. Namun banyak Pejabat Aparatur Negara maupun Pejabat BUMN kita mengalami kegamangan ketika dihadapkan pada keputusan untuk segera bertindak cepat. Masalahnya adalah menanggung resiko hukum dalam pengambilan keputusan yang cepat disebabkan harus memotong birokrasi dalam hal ini membuat pengecualian dalam prosedur tender untuk percepatan pembangunan tersebut.

Memang menurut beberapa pakar hukum administrasi bahwa percepatan itu termasuk pada diskresi tidak dapat dilarikan ke area Hukum Pidana. Meskipun dalam kebijakan terjadi suatu penyimpangan administratif, maka penilaian terhadap penyimpangan itu adalah masuk dalam ranah Hukum Administrasi, yang tidak dapat dijadikan penilaian oleh Hukum Pidana, khususnya

dalam konteks Tindak Pidana Korupsi. Bahkan ada pejabat tinggi negara yang mengatakan bahwa kebijakan tidak dapat dikriminalisasi.

Di kalangan penegak hukum sendiri terdapat persepsi yang berbeda dalam memberikan batasan kapan diskresi masuk dalam ranah pidana atau sekedar pelanggaran administratif, khususnya dalam kaitan dengan kebijakan atau tindakan yang salah dari pejabat yang mengakibatkan kerugian negara.

Dalam praktek pemerintahan, diskresi dilakukan dalam hal belum ada peraturan per-UU-an yang mengatur tentang masalah inkonkrito terhadap suatu masalah padahal masalah tersebut harus segera penyelesaian segera. Misalnya dalam menghadapi suatu bencana alam ataupun wabah penyakit menular, aparat pemerintah harus segera mengambil tindakan yang menguntungkan bagi negara maupun bagi rakyat, tindakan mana semata-mata atas prakarsa sendiri.

Kasus yang terkait dengan Mantan Menteri Kesehatan Siti Fadilah Supari yang menunjuk langsung rekanan, bisa menjadi contoh mengenai apa yang disebut diskresi (anda boleh berbeda dalam hal ini). Yusril Ihza Mahendra, menyatakan, kasus hukum yang menimpa Siti Fadilah adalah terkait dengan diskresi. Diskresi yang dikeluarkan Siti Fadilah tak lama setelah banjir bandang di kota Cane, Aceh Tenggara pada 2005. Kondisi itu mengharuskannya sebagai Menteri Kesehatan bertindak cepat. Saat itu

sebanyak 26 orang dilaporkan meninggal, puluhan orang luka-luka, sementara saat itu semua fasilitas kesehatan hancur oleh banjir. Karena kondisi luar biasa saat itu, maka seorang Menteri kesehatan bertanggung jawab untuk memenuhi segera kebutuhan pelayanan kesehatan yang hancur agar korban tidak bertambah. “beliau dapat usul dari anak buah, harus ada penanganan darurat. Melalui sekjen DEPKES, beliau meminta harus ada peralatan kesehatan yang sifatnya segera. Kata Yusril sebagaimana kepada VIVAnews, Kamis, 19 April 2012.

Melalui bawahannya, Siti Fadilah meminta diadakan peralatan kesehatan yang sifatnya segera untuk menangani korban bencana “dan beliau meminta kepada sekjen dan Biro keuangan supaya itu ditelaah lebih dahulu. Setelah proses penelaahan dilakukan, Siti Fadilah pun menjawab surat tersebut bahwa penunjukkan langsung bisa dilakukan namun dengan catatan mengharuskan pelaksanaan penunjukkan langsung sesuai peraturan yang berlaku. Menurut Yusril “tidak semua penunjukkan langsung melanggar hukum, harus dilihat *case by case*. Orang melihatnya saat ini penunjukkan langsung saja, tapi tidak melihat kondisi pada saat itu. Bagaimana jika saat itu tidak ditangani segera. Dalam pelaksanaan pengadaan terjadi pelanggaran hukum, kata Yusril, itu bukan tanggung jawab Menteri, melainkan penanggung jawab teknis dilapangan, karena semua prosedur penunjukkan langsung sudah

dipenuhi sesuai aturan. Ini bukan hukum pidana, ini administrasi negara. Siti Fadilah sempat diperiksa penegak hukum, namun kasusnya tidak berlanjut sampai saat ini.

Bahwa seorang pengambil kebijakan dilekati dengan wewenang. Dalam mengambil kebijakan, seorang pengambil kebijakan harus mempertimbangkan manfaat atau tidaknya kebijakan tersebut demi kepentingan umum yang dilidunginya. Intinya kebijakan yang diambil adalah pilihan terbaik pada situasi dan kondisi saat itu demi menjaga kepentingan umum. Apabila hal ini dilakukan oleh pengambil kebijakan tanpa motif jahat misanya dengan maksud memperkaya /menguntungkan diri sendiri atau orang lain, maka apa yang diputuskannya tidak dapat dipidana walaupun membawa implikasi misalnya kerugian negara.

Dasar kebijakan tidak bisa dipidana demi kepentingan umum adalah Yurisprudensi MA tahun 1966. Yurisprudensi ini menghapus pidana yang muncul dari tindakan kebijakan asal memenuhi tiga syarat yaitu : Negara tidak dirugikan, seseorang atau badan hukum tidak diuntungkan secara melawan hukum dan untuk pelayanan publik atau melindungi kepentingan umum.

Namun apabila pengambil kebijakan ketika mengambil kebijakan mengandung unsur suap, ancaman, dan penipuan tetap bisa dipidana. Jadi tergantung niat atau motivasinya. Untuk membuktikan adanya niat jahat (*mens rea*) dengan tujuan

memperkaya/menguntungkan diri sendiri atau orang lain harus dibuktikan adanya konflik kepentingan atau kongkalikong antara pengambil kebijakan dengan pihak lain. Itu dapat dilihat dari hal-hal objektif yang diperoleh yang menunjukkan ada masalah atau tidak.

Hikmahanto Juwana mengatakan bahwa yang perlu diperhatikan bukanlah kebijakannya yang salah dan merugikan, tetapi niat jahat dari pengambil kebijakan ketika membuat kebijakan. “harus dibuktikan dulu mens rea-nya (niat jahat). Ada motif memperkaya diri sendiri atau orang lain apa tidak, Kapan kesalahan administrasi membentuk pertanggungjawaban pidana ? Jadi pada dasarnya kesalahan administrasi tidak dapat dipertanggungjawabkan secara pidana. Namun apabila kesalahan administrasi tersebut disengaja dan disadari merugikan keuangan Negara dan dilakukan dengan memperkaya/menguntungkan diri sendiri atau orang lain maka itu merupakan tempat/letak sifat melawan hukumnya korupsi.

Dalam hubungannya dengan hukum pidana korupsi, khususnya pasal 2 dan 3 UUPTPK, pelanggaran administrasi dapat merupakan tempat/letak atau penyebab timbulnya sifat melawan hukum perbuatan, apabila unsur sengaja (kehendak dan keinsyafan) untuk menguntungkan diri dengan menyalahgunakan kekuasaan jabatan, yang karena itu merugikan keuangan atau perekonomian Negara. Perbuatan administrasi

yang memenuhi syarat itu membentuk pertanggungjawaban pidana.

## **PENUTUP**

Kebijakan publik yang dibuat dan dijalankan dengan itikad baik, pastilah tidak dapat dikriminalisasikan. Sebaliknya kebijakan yang dibuat dan dijalankan dengan itikad buruk (melawan hukum dan atau menyalahgunakan wewenang) yang disadarinya membawa dampak merugikan keuangan negara atau perekonomian negara, adalah merupakan tindak pidana (korupsi).

Bahwa seorang pengambil kebijakan dilekati dengan wewenang. Dalam mengambil kebijakan, seorang pengambil kebijakan harus mempertimbangkan manfaat atau tidaknya kebijakan tersebut demi kepentingan umum yang dilidunginya. Intinya kebijakan yang diambil adalah pilihan terbaik pada situasi dan kondisi saat itu demi menjaga kepentingan umum. Apabila hal ini dilakukan oleh pengambil kebijakan tanpa motif jahat misanya dengan maksud memperkaya/menguntungkan diri sendiri atau orang lain, maka apa yang diputuskannya tidak dapat dipidana walaupun membawa implikasi misalnya kerugian negara.

Dasar kebijakan tidak bisa dipidana demi kepentingan umum adalah Yurisprudensi MA tahun 1966. Yurisprudensi ini menghapus pidana yang muncul dari tindakan kebijakan asal memenuhi tiga syarat yaitu : Negara tidak dirugikan, seseorang atau badan hukum tidak

diuntungkan secara melawan hukum dan untuk pelayanan publik atau melindungi kepentingan umum.

Namun apabila pengambil kebijakan ketika mengambil kebijakan mengandung unsur suap, ancaman, dan penipuan tetap bisa dipidana. Jadi tergantung niat atau motivasinya. Untuk membuktikan adanya niat jahat (*mens rea*) dengan tujuan memperkaya/menguntungkan diri sendiri atau orang lain harus dibuktikan adanya konflik kepentingan atau kongkalikong antara pengambil kebijakan dengan pihak lain. Itu dapat dilihat dari hal-hal objektif yang diperoleh yang menunjukkan ada masalah atau tidak.

Perlunya pengkajian mengenai tindakan diskresi yang dapat termasuk tindakan melanggar hukum, sehingga dapat ditetapkan kriteria tindakan diskresi yang melanggar hukum pidana maupun yang tidak. Unsur-unsur tindak pidana korupsi apabila memenuhi beberapa kriteria bahwa: setiap harus bertanggung jawab atas perbuatan/kejadian yang didakwakan atau siapa orang yang harus dijadikan terdakwa, secara melawan hukum mencakup perbuatan melawan secara formil dan materiil, yakni meskipun perbuatan itu tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan, akan tetapi apabila perbuatan itu dianggap tercela karena tidak sesuai dengan rasa keadilan atau norma-norma kehidupan sosial dalam masyarakat, perbuatan tersebut dapat dipidana, melakukan perbuatan memperkaya diri sendiri, orang lain

atau memperkaya suatu korporasi, yang dilakukan dengan berbagai cara misalnya dengan membeli, menjual, memindah bukukan rekening, menandatangani kontrak serta perbuatan lainnya sehingga pelaku jadi bertambah kekayaannya, dan yang dapat merugikan keuangan Negara atau prekonomian Negara, yaitu tindak pidana tersebut dilakukan terhadap dana-dana diperuntukkan bagi penanggulangan keadaan sosial yang meluas, penanggulangan krisis ekonomi dan moneter dan penanggulangan tindak pidana korupsi.

Upaya-upaya yang perlu dilakukan untuk menghindari tindakan diskresi yang bertujuan melawan hukum adalah dengan adanya penyelenggaraan pengawasan pelaksanaan wewenang dan tanggung jawab dari atasan maupun pejabat publik yang berwenang. Hal tersebut dikajian-kajian dilakukan untuk mengedepankan kepentingan-kepentingan umum atau publik yang dianggap prioritas sebagai pertimbangan dalam pengambilan keputusan.

## DAFTAR PUSTAKA

- Abbas Said. 2013. *Pengawasan Terhadap Penggunaan Diskresi oleh Polisi dan Jaksa dalam Proses Penegakan Hukum Pidana*. Disertasi. Bandung: Universitas Padjajaran.
- Bambang Waluyo. 1991. *Penelitian Hukum Dalam Praktek*. Jakarta : Sinar Grafika.

- Brouwer J.G dan Schilder. 1998. *A Survey of Dutch Administrative Law*. Ars Aequi Libri. Nijmegen.
- Buku Pedoman Pelaksanaan Tugas dan Administrasi Buku II. Edisi Revisi tahun 2005. hal 209 dan Putusan MA No. 1398 K/pid/1994 tanggal 30 Juni 1995.
- Darmoko Yuti Witanto dan Arya Putra Negara Kutawaringin. 2013. *Diskresi Hakim. Sebuah Instrumen Menegakkan Keadilan Substantif dalam Perkara-Perkara Pidana*. Bandung: Alfabeta.
- Darwin Prinst. 2007. *Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi*. Bandung: PT Citra Aditya Bakti.
- Departemen Pendidikan Nasional. 204. *Kamus Besar Bahasa Indonesia*. Jakarta.
- Henry Campbell Black. 1999. *Black's Law Dictionary*. St. Paul Minn. Edisi ketujuh.
- Indriyanto Seno Adji. 2004. *Antara "kebijakan Publik" (Publiek Beleid). Asas Perbuatan Materiel Dalam Perspektif Tindak Pidana Korupsi Di Indonesia*. Paper. disampaikan pada Seminar Nasional "Aspek Pertanggungjawaban Pidana Dalam Kebijakan Publik Dari Tindak Pidana Korupsi".
- Mariette Kobussen. 1991. *De Vrijheid van de Overheid*. W.E.J.. Tjeenk Willink Zwolle.
- M. Stroink en J.G. 1985. Steenbeek. *Inleiding in Het Staats-en Administratief Recht*. Samson H.D. Tjeenk Willink. Alphen aan den Rijn.
- Nur Basuki Winarno. 2006. "Penyalahgunaan wewenang Dalam Pengelolaan Keuangan Daerah Yang Berimplikasi Tindak Pidana Korupsi". *Disertasi*. Surabaya: Unair.
- Peter Mahmud Marzuki. 2005. *Penelitian Hukum*. Jakarta : Kencana.
- P.P,Craig. 2003. *Administrative law*. Sweet and Maxwell Limited of 100 Avenue Road. Swiss Cottage London NW3 PF 2003.
- Philipus M. Hadjon. 2007. *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat di Indonesia. Sebuah Studi tentang Prinsip-Prinsipnya dan Penanganannya oleh Pengadilan Dalam Lingkungan Peradilan Umum dan Pembentukan Peradilan Administrasi*. Edisi Khusus. Jakarta: Penerbit Peradaban.
- Philipus M Hadjon dkk. 2010. *Hukum Administrasi dan Good Governance*. Jakarta: Universitas Trisaktu.