

DISKRESI DAN UPAYA PERLINDUNGAN PEJABAT PUBLIK DALAM UPAYA PEMBERANTASAN KORUPSI

Oleh: Prof. Dr.SF. Marbun, SH.*

Abstract

Upaya pemberantasan korupsi di Indonesia belum bersinergi dengan baik karena tidak didukung oleh kemauan politik yang tinggi, rendahnya kemauan untuk berubah dari dalam pemerintahan dan belum kuat serta kurang berpengaruhnya tekanan eksternal untuk mendorong perubahan di antara berbagai kelembagaan yang memiliki kewenangan untuk melakukan pemberantasan korupsi. Hal ini menyebabkan kinerja pemberantasan korupsi di Indonesia oleh beberapa pemberantasan korupsi masih rendah. Reformasi birokrasi dalam upaya pemberantasan di masa mendatang harus diarahkan pada 3 aspek penting yaitu kelembagaan birokrasi pusat dan daerah, sistem kerja dan mindset, sikap serta perilaku birokratnya. Perlu dibangun mind-set dari aparatur birokrasi terhadap pemberantasan korupsi dengan iklim investigasi yang tegas, keras tetapi tidak menakutkan.

Dalam menghadapi akselerasi aktivitas pembangunan dan pemberantasan korupsi di masa mendatang terutama yang melibatkan para pejabat tata usaha negara perlu dirumuskan tolok ukur penggunaan diskresi atau freies ermessen oleh para pejabat tata usaha negara. Penggunaan diskresi oleh para pejabat tata usaha negara harus tetap sesuai dengan hukum dan terhindar dari kemungkinan penggunaannya di luar hukum baik berupa tindakan sewenang-wenang, tindakan penyalahgunaan wewenang, kekeliruan dalam menafsirkan hukum ataupun tindakan melanggar hukum dengan sengaja

A. PENDAHULUAN

Sebelum reformasi aparat yang diberikan tugas dan wewenang untuk melaksanakan pemberantasan tindak korupsi adalah aparat kepolisian dan/atau aparat kejaksaan. Namun, pada era reformasi sekarang ini aparat yang diberikan tugas dan wewenang melaksanakan pemberantasan tindak korupsi telah berkembang dengan dibentuknya dua lembaga penegak

hukum baru, yakni Komisi Pemberantasan Korupsi (KPK) dan Tim Pemberantasan Pidana Korupsi (Timpaspikor). Kedua lembaga penegak hukum yang baru tersebut diberikan wewenang yang sangat luas dalam melaksanakan tugasnya mengungkap kasus-kasus korupsi, sehingga kedua lembaga penegak hukum ini telah menjelma menjadi lembaga yang super

* Penulis adalah Guru Besar UII Yogyakarta

body baru dalam hubungannya dengan institusi kenegaraan di Indonesia. Meskipun kedua lembaga penegak hukum ini telah mulai menunjukkan prestasinya dalam mengungkap berbagai kasus korupsi, namun menurut Presiden SBY Indonesia masih membutuhkan waktu 15 tahun lagi untuk dapat bebas dari korupsi. Prediksi Presiden SBY ini agaknya lebih lama dibandingkan dengan Hongkong yang baru bebas korupsi dalam kurun waktu 12 tahun.

Latar belakang diselenggarakan diskusi ini antara lain berangkat dan* adanya perasaan kekhawatiran bahwa tingginya semangat pemberantasan korupsi yang dilakukan aparat penegak hukum sekarang ini - secara langsung ataupun tidak langsung - akan dan telah berdampak terhadap proses pelayanan publik. Proses pelayanan publik dan pembangunan daerah mulai dirasakan terganggu karena para pejabat di daerah mulai banyak yang enggan diangkat sebagai pimpinan proyek atau panitia pengadaan barang dan jasa bahkan ada pejabat yang sudah diangkat kemudian mengundurkan diri karena takut tersandung kasus korupsi. Akibatnya, penyerapan terhadap anggaran publik menjadi sangat rendah sampai dengan akhir triwulan ke-2 tahun 2006. Kekhawatiran demikian ini Juga disampaikan oleh sejumlah kepada daerah kepada KM ketika mereka meminta jaminan perlindungan hukum dalam pengelolaan anggaran.

Terhadap kekhawatiran tersebut telah dijawab oleh Wakil Ketua KPK Erry Rijana Hardjapamekas bahwa jaminan kepastian hukum tidaklah diberikan kepada sekelompok orang atau pejabat tertentu. Jaminan hukum diberikan

kepada semua warga negara Indonesia berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Adanya ketakutan menjadi pimpinan proyek sangatlah berlebihan. Seorang pejabat tidak perlu merasa takut selama ia menjalankan pekerjaannya sesuai dengan peraturan perundang-, undangan yang berlaku. Menurut Erry Rijana Hardjapamekas, ketakutan sesungguhnya lebih banyak muncul karena masih maraknya pungutan atau kewajiban yang harus disetorkan oleh pimpinan proyek kepada atasannya (Kompas, 27/7/06 dan 31/7/06). Di samping itu Wakil Ketua KPK Erry Rijana Hardjapamekas juga memberikan jaminan; apabila ada aparat penegak hukum yang melakukan penekanan atau pemerasan -- maka kepala daerah dapat melaporkannya secara langsung kepada KM, Kejaksaan Agung atau Kepolisian. Wakil Ketua KM berjanji akan segera menindak lanjuti laporan tersebut Menanggapi adanya pendapat yang menyatakan pemberantasan korupsi telah mengakibatkan rendahnya penyerapan anggaran pemerintah ataupun anggaran daerah, Wakil Kepala KM tersebut menyatakan tidak ada bukti konkrit baik kualitatif maupun kuantitatif yang menunjukkan adanya korelasi rendahnya penyerapan anggaran akibat dari gencarnya pemberantasan korupsi.

Salah satu sebab munculnya keresahan dan kekhawatiran di kalangan pejabat tata usaha negara terhadap aktivitas aparat penegak hukum dalam menegakkan hukum memberantas tindak korupsi adalah karena pejabat tata usaha negara merasa yakin dan benar dalam menggunakan *freies Ermessen* atau diskresi yang dimilikinya, sedangkan

menurut aparat penegak hukum, penggunaan *freies Ermessen* atau diskresi itu merupakan perbuatan melawan hukum dan/atau merupakan perbuatan menyalahgunakan wewenang.

Secara teoritik banyak faktor yang memberikan pengaruh dalam proses penegakan hukum (*law enforcement*) dalam masyarakat, antara lain, faktor hukumnya sendiri, faktor penegak hukum, faktor sarana dan fasilitas, faktor masyarakat dan faktor kebudayaan. 2 Kelima faktor tersebut saling berkaitan dengan erat karena merupakan esensi dari penegakan hukum dan merupakan tolok ukur dari efektivitasnya penegakan hukum. Makalah ini tidak dimaksudkan membahas kelima faktor tersebut, tetapi hanya terbatas membahas faktor hukum atau peraturan perundang-undangan dan persoalan diskresi yang kemungkinan selama ini terdapat kesalahan pemahaman antara pejabat tata usaha negara dan aparat penegak hukum.

Selama Orde Baru banyak dilahirkan produk hukum yang bersifat konservatif elitis/ ortodok. Produk hukum tersebut memiliki karakter antara lain dalam proses pembuatannya yang sentralistik, fungsinya yang lebih bersifat *positivist instrumentalis* dan memberikan peluang yang *relative* besar kepada eksekutif atau pejabat tata usaha negara untuk memberikan penafsiran sendiri melalui kewenangan delegasi dan *droit function*, sehingga pada akhirnya telah melahirkan kewenangan pemerintahan yang bebas (*vrijs bestuur*). Menurut Moh. Mahfud, MD, lahirnya Produk hukum yang demikian disebabkan konfigurasi politik pada masa Orde Baru yang bersifat non demokratis/ otoriter. Produk hukum peninggalan masa Orde Baru itu. pada

kenyataannya masih banyak digunakan oleh pejabat tata usaha negara kita 0" sebagai sarana yuridis dalam menyelenggarakan berbagai urusan pemerintahan, meskipun sekarang suasananya sudah berada di era reformasi

Salah satu ciri produk hukum Orde baru adalah diberikannya kewenangan yang sangat luas dan bebas (*vrijs bestuur*) kepada Pemerintah atau pejabat tata usaha negara untuk mengatur, menentukan dan menggunakan suatu wewenang yang diberikan kepadanya. Secara formal benar bahwa tindakan pejabat tata usaha negara telah dan selalu didasarkan atas hukum, namun dalam kenyataannya hukum telah memberikan wewenang yang demikian luas dan bebas (*Vrij bestuur*) kepada pejabat tata usaha negara untuk mengatur, menentukan dan menggunakan suatu wewenang yang diberikan kepadanya dengan cara yang seluas-luasnya dan sebebas-bebasnya. Situasi demikian ini sempat menimbulkan keprihatinan dan kekhawatiran di kalangan para ahli hukum, utamanya di kalangan ahli hukum tata negara dan hukum administrasi akan tergelincinya negara hukum Indonesia menjadi "negara pejabat atau negara otoriter.

Situasi dan kondisi seperti tersebut di atas agaknya masih berlanjut sampai sekarang -sehingga dari situasi dan kondisi demikian -- kemudian muncul persoalan dan kekhawatiran dari pejabat tata usaha negara. Pada satu sisi, seorang pejabat tata usaha negara merasa yakin dan benar telah menggunakan wewenang bebas yang dimilikinya, sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku, Sedangkan pada sisi lain, aparat penegak hukum melihat penggunaan kewenangan bebas (*vrij bestuur*) oleh

pejabat tata usaha negara tersebut sebagai perbuatan melawan hukum atau perbuatan menyalahgunakan wewenang, sehingga perbuatan (diskresil freies Ermessen itu patut diduga telah memenuhi unsur korupsi.

Salah satu kelemahan kita selama ini dalam melakukan pemberantasan terhadap kasus-kasus korupsi adalah karena aparat penegak hukum kita lebih banyak meninjau teriadinya dugaan tindak korupsi tersebut dari aspek hukum pidana dan meninggalkan aspek hukum administrasi. Pada hal yang melakukan dugaan korupsi itu adalah pejabat tata usaha negara dalam menggunakan wewenangnya. Persoalan pejabat berkaitan dengan jabatan, sedangkan jabatan dan pejabat serta wewenang merupakan persoalan inti dalam hukum administrasi. Karena itu sebaiknya untuk masa yang akan datang penyidikan terhadap kasus-kasus (dugaan) korupsi hendaknya juga melihatnya dari optik Hukum Administrasi.

Peraturan perundang-undangan yang akan ditegakkan dalam kasus-kasus korupsi adalah Undang-undang No.31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi sebagaimana diubah dengan Undang-undang No. 20 Tahun 2001 tentang Perubahan atas Undang-undang No. 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi. Dalam setiap kasus korupsi umumnya pasal-pasal yang sering dikenakan atau dirumuskan dalam surat dakwaan Jaksa Penuntut Umum adalah Pasal 2 dan Pasal 3 UU. No. 31 Tahun 1999 jo UU No. 20 Tahun 2001. Pasal 2 ayat (1) adalah berkenaan dengan 'perbuatan melawan hukum,' Sedangkan Pasal 3 berkenaan dengan perbuatan "

menyalah- gunakan kewenangan, kesempatan atau sarana yang ada padanya karena jabatan atau kedudukan

Dalam Penjelasan Pasal 2 ayat (1) disebutkan bahwa yang dimaksud dengan "secara melawan hukum" adalah mencakup perbuatan melawan hukum dalam arti formil dan perbuatan melawan hukum dalam arti materiil. Perbuatan melawan hukum dalam arti materiil adalah perbuatan yang meskipun 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 itu dapat dipidana.

Mengenai perbuatan melawan hukum dalam arti materiil ini pada 24 Juli 2006 telah dibatalkan oleh Mahkamah Konstitusi atas permohonan hak uji materiil dari Dawud Jatmiko karyawan PT Jasa Marga yang diduga terlibat kasus korupsi proyek jalan Lingkar Luar Jakarta. Mahkamah Konstitusi memutuskan bahwa Penjelasan itu bertentangan dengan UUD 1945 dan karenanya tidak lagi mempunyai kekuatan mengikat. Karena itu, pada masa yang akan datang -- dalam menetapkan seorang tersangka -- penyidik tidak cukup hanya mendasarkan bahwa tersangka telah melanggar asas kepatutan, keadilan atau norma sosial masyarakat semata, tetapi penyidik juga harus membuktikan ada-tidaknya pelanggaran peraturan perundang-undangan. (tertulis). Persoalan ini merupakan persoalan klasik dalam ilmu hukum, yakni antara pilihan terhadap "kepastian hukum" atau "rasa keadilan".

Pasal lainnya yang sering dirumuskan dalam dakwaan Jaksa Penuntut Umum adalah Pasal 3 berkenaan dengan unsur "menyalahgunakan kewenangan, kesempatan atau sarana yang ada padanya karena jabatan atau kedudukan" dst...

Persoalan unsur "menyalahgunakan kewenangan" sesungguhnya lebih banyak menyangkut aspek Hukum Administrasi, karena dalam Hukum Administrasi persoalan kewenangan ini dibahas secara panjang-lebar dalam ajaran tentang kewenangan. Karena demikian pentingnya kedudukan mengenai kewenangan ini dalam Hukum administrasi, maka F.A.M. Stroink dan J.G.Steenbeek menyebutnya sebagai konsep inti dalam Hukum Tata Negara dan Hukum Administrasi. Namun patut disayangkan penyidik sering mengabaikan pembahasan suatu kasus korupsi dari aspek Hukum Administrasi, sehingga tidak jarang akhirnya seorang terdakwa dibebaskan oleh Hakim karena unsur menyalahgunakan kewenangan tidak terbukti.

Ajaran kewenangan merupakan implementasi dari asas legalitas sebagai salah satu unsur penting dari negara hukum. Asas legalitas diturunkan melalui atribusi, delegasi atau mandate sehingga melahirkan kewenangan. Ajaran kewenangan sangat penting dalam Hukum Administrasi karena dasar bertindak suatu badan atau seorang pejabat tata usaha negara adalah kewenangan. Kewenangan itulah yang merupakan atau menjadi dasar dalam setiap penyelenggaraan kenegaraan dan pemerintahan atau sebagai dasar legitimasi dalam bertindak badan atau pejabat tata usaha negara. Dengan demikian, substansi asas kewenangan

adalah sebagai keseluruhan aturan-aturan yang berkenaan dengan perolehan dan penggunaan wewenang-wewenang pemerintahan oleh subjek hukum publik di dalam hubungan hukum publik. Dalam konsep Hukum Administrasi makna kewenangan (*authority*, *gezag* *yuridiksi*) atau wewenang (*competence*, *bevoegdheid*) tidak sama dengan kekuasaan (*Mach* atau *power*), karena kekuasaan hanya menggambarkan hak untuk berbuat atau tidak berbuat, sedangkan wewenang sekaligus berarti hak dan kewajiban (*rechten en plichten*). Kewenangan bertindak suatu badan atau pejabat tata usaha negara berasal atau diperoleh melalui tiga cara yaitu atribusi, delegasi dan mandat

Atribusi berkenaan dengan pemberian wewenang (baru) pemerintahan oleh pembuat undang-undang kepada organ pemerintahan, sedangkan delegasi menyangkut pelimpahan wewenang pemerintahan dari suatu organ pemerintahan kepada organ pemerintahan lainnya, (selalu didahului oleh atribusi) dan mandat terjadi ketika organ pemerintahan mengizinkan kewenangannya dijalankan oleh organ lain atas namanya atau dalam hal ini tidak terjadi perubahan wewenang apapun. Dalam Hukum Administrasi, mengetahui sumber dan cara memperoleh wewenang organ pemerintahan ini sangat penting karena berkenaan dengan pertanggung-jawaban yuridis dari penggunaan wewenang tersebut.

Suatu wewenang adakalanya disalahgunakan (*de tournament de pouvoir*) dan digunakan secara sewenang-wenang (*willikeur/ a bus de droit*) Setiap penentuan norma hukum di

dalam tiap peraturan tentu dirumuskan dengan tujuan dan maksud tertentu. Karena itu penggunaan atau penerapan norma tersebut haruslah sesuai dengan tujuan dan maksud dirumuskannya norma itu. Dengan demikian, suatu peraturan tidak boleh digunakan untuk mencapai hal-hal lain di luar tujuan dan maksud dari norma itu. Demikian, pula pemberian suatu wewenang oleh suatu peraturan tentu dengan tujuan dan maksud tertentu. Karena itu penggunaan wewenang harus pula sesuai dengan tujuan dan maksud diberikannya wewenang itu. Dengan demikian penggunaannya juga terbatas pada ruang lingkup tujuan dan maksud diberikannya wewenang itu.

Ditinjau dari sifat suatu wewenang dapat dibedakan, pertama, wewenang pemerintahan yang bersifat terikat (*gebonden bestuur/ expressimplied*) yakni apabila peraturan dasarnya menentukan kapan dan dalam keadaan bagaimana wewenang tersebut dapat digunakan atau peraturan dasarnya sedikit banyak menentukan tentang isi dari keputusan yang harus diambil secara rinci atau wewenang yang jelas maksud dan tujuannya. Wewenang demikian ini tunduk pada batasan-batasan hukum tertulis dan hukum tidak tertulis, sedangkan isinya dapat bersifat umum (abstrak) dapat pula bersifat individual (konkrit). Kedua, wewenang pemerintahan yang bersifat fakultatif, dimana badan atau pejabat tata usaha negara tidak wajib menerapkan wewenangnya atau sedikit banyak masih ada pilihan, sekalipun pilihan itu hanya dapat dilakukan dalam hal-hal atau keadaan-keadaan tertentu sebagaimana ditentukan dalam peraturan dasarnya. Ketiga, wewenang yang bersifat bebas

(*vrij bestuur* atau *discretioner*) adalah wewenang dimana peraturan dasarnya memberikan ruang lingkup yang longgar atau bebas kepada badan/ pejabat tata usaha dalam menggunakan wewenang yang dimilikinya. Menurut Philipus M. Hadjon, dengan mengutip pendapat N.M. Spelt dan J.B.J.M. ten Berge, membagi kewenangan bebas dalam dua katagori yaitu kebebasan kebijaksanaan (*beleidsvryheid*) dan kebebasan penilaian (*beoordelingsvryheid*).

Kebebasan kebijaksanaan (wewenang diskresi dalam arti sempit) bilamana peraturan perundang-undangan memberikan wewenang tertentu kepada organ pemerintahan, sedangkan organ tersebut bebas untuk (tidak) menggunakannya meskipun syarat-syarat bagi penggunaannya secara sah dipenuhi. Adapun kebebasan penilaian (diskresi) adalah wewenang yang sejauh menurut hukum diserahkan kepada organ pemerintah untuk menilai secara mandiri dan eksklusif - apakah syarat-syarat bagi pelaksanaan suatu wewenang secara sah telah dipenuhi. Berdasarkan pengertian ini kemudian Philipus M. Hadjon menyimpulkan adanya dua jenis kewenangan bebas atau diskresi yaitu ; pertama kewenangan untuk memutus secara mandiri kedua, kewenangan interpretasi terhadap norma-norma tersamar (*vege norm*).⁷

Dalam Hukum Administrasi selalu muncul persoalan bagaimanakah mengukur *detournement de pouvoir* itu? Dapatkah suatu *detournement de pouvoir* dianggap sebagai suatu perbuatan yang bertentangan dengan undang-undang (*in strijd met de wet*) atau bertentangan dengan hukum (*in strijd met de recht*).? Persoalan menyalahgunakan kewenangan

(*detournamen de pouvoir*) ini pada umumnya lebih banyak bersentuhan dengan persoalan kebijaksanaan (*freies Ermessen* deskresionare) Sedangkan keberadaan peraturan kebiaksanaan tidak dapat dilepaskan dengan kewenangan bebas (*vrijebevoegdheid*).

Istilah *freies Ermessen* lazim disebut "peraturan-peraturan kebijaksanaan, *beleidsregels*, *policy rules* atau *pseudo wetgeving* (perundang-undangan semu *pouvoir discretionaire*. *Freies Ermessen* *pouvoir discretionaire* umumnya diartikan sebagai salah satu sarana yang memberikan ruang bergerak bagi badan atau pejabat tata usaha negara untuk melakukan tindakan tanpa harus terikat sepenuhnya pada undang-undang.⁸ Pemberian *freies Ermessen*/*pouvoir discretionaire*) kepada pemerintah atau administrasi negara merupakan konsekuensi logis dari negara kesejahteraan (*welfare state*), karena bagi sebuah negara yang bersifat *welfare state*- legalitas semata dianggap tidak cukup bagi administrasi negara untuk dapat berperan secara maksimal dalam melayani berbagai kepentingan masyarakat yang berkembang semakin luas dan kompleks. Karena hukum tidak mungkin mampu mengatur secara lengkap dan rinci semua tindakan yang akan dilakukan oleh administrasi negara, maka hal demikian telah menimbulkan konsekuensi dan tuntutan dari administrasi negara agar diberikan kemerdekaan atau kebebasan untuk bertindak atas inisiatif sendiri atau kebijaksanaan sendiri, utamanya dalam menghadapi dan menyelesaikan persoalan-persoalan penting dan mendesak yang timbul dengan sekonyong-konyong. Sedangkan

peraturan untuk menyelesaikannya belum ada atau samar-samar atau rumusan kalimatnya bersifat sangat umum. Namun dalam kerangka negara hukum, penggunaan *freies Ermessen*/*diskresionare* tersebut tidak dapat digunakan tanpa batas. Karena *freies Ermessen* merupakan pelengkap dari asas legalitas, maka penggunaan *freies Ermessen* haruslah tetap dalam batas-batas yang dimungkinkan oleh hukum dan tidak boleh keluar dari hukum, apalagi bertentangan dengan hukum, atau tidak boleh digunakan terhadap hal-hal yang secara tegas-tegas dilarang oleh hukum. Penggunaannya tidak boleh dengan mengesampingkan hukum sama sekali. Dengan demikian penggunaannya haruslah tetap *rechtmatic* dan harus sesuai dengan maksud dan tujuan pemberian suatu wewenang

Utrecht dan Sjachran Basah merumuskan pengertian *freies Ermessen* sebagai kebebasan atau keleluasaan bertindak atas inisiatif sendiri (kebijaksanaan) yang dimungkinkan oleh hukum, untuk menyelesaikan persoalan-persoalan penting dan mendesak yang muncul secara tiba-tiba, yang pengaturannya belum ada atau kewenangannya tidak jelas atau samar-samar, yang harus dapat dipertanggung-jawabkan baik secara hukum maupun moral. Dengan demikian dapat ditarik unsur-unsur dari *freies Ermessen* sebagai berikut:

- a. ditujukan untuk menjalankan tugas-tugas servis public;
- b. merupakan sikap tindak yang aktif dari administrasi negara;
- c. sikap tindak itu dimungkinkan oleh hukum;

- d. sikap tindak itu diambil atas inisiatif sendiri;
- e. sikap tindak itu dimaksudkan untuk menyelesaikan persoalan-persoalan penting dan mendesak yang timbul secara tiba-tiba;
- f. sikap tindak itu dapat dipertanggung-jawabkan baik secara hukum maupun secara moral kepada Tuhan Yang Maha Esa.

Freies Ermessen harus ditujukan untuk menjalankan tugas-tugas service public dan merupakan sikap tindak aktif dari pejabat tata usaha negara, karena setiap pejabat tata usaha negara wajib mengambil keputusan untuk menyelesaikan suatu permasalahan yang dihadapinya atau diajukan kepadanya. Pejabat tersebut tidak boleh menolaknya dengan alasan belum ada hukum yang mengatur penyelesaiannya. Asas demikian ini telah dikenal di lingkungan peradilan, dimana hakim tidak boleh menolak suatu perkara yang diajukan kepadanya dengan alasan belum atau tidak ada hukum yang mengaturnya. Hakim harus dianggap tahu hukumnya (ius curia novit).

Freies Ermessen harus digunakan untuk memecahkan persoalan yang penting dan mendesak. Suatu persoalan dapat dikategorikan sebagai persoalan penting dan mendesak, misalnya, persoalan yang menyangkut kepentingan umum menurut peraturan perundang-undangan. Namun sampai sekarang persoalan kriteria dan sifat kepentingan umum tersebut belum dirumuskan dalam suatu undang-undang. Meskipun disadari betapa sulitnya memberikan perumusan arti, sifat dan kriteria kepentingan umum, karena banyaknya permasalahan yang

terkandung di dalamnya, namun rumusan tentang arti, sifat dan kriteria kepentingan umum perlu dan sangat mendesak untuk segera dirumuskan dalam suatu undang-undang. Hal ini untuk merubah pandangan atas adagium "salus publica suprema lex menjadi "salus publica in legibus scripta". Di lain pihak untuk mengubah kesan atas kelanjutan adagium tersebut yang berbunyi "princes legibus solutus est menjadi princes legibus obodiens". Adagium ini telah populer sejak abad tujuh belas - semula berbunyi "kepentingan negara (umum) mengatasi undang-undang" ternyata dalam prakteknya tidak jarang berubah menjadi "kepentingan Raja mengatasi undang-undang". Artinya, Raja tidak jarang bersembunyi di balik kepentingan umum itu. Atas nama kepentingan umum (sebenarnya kepentingan Raja yang tersembunyi) tindakan apa pun dapat dilakukan. Dengan demikian, diharapkan pada masa sekarang gejala seperti ini tidak muncul dalam format lain sehingga atas nama kepentingan umum (pembangunan) -- tindakan apa pun dapat dilakukan. Pada hal dibalik kepentingan umum itu tersembunyi kepentingan lain, misalnya dalam pembebasan tanah dengan dalih untuk kepentingan umum, tetapi di baliknya tersembunyi kepentingan bisnis lapangan golf, rumah mewah dan sebagainya.

Penggunaan freies Ermessen tersebut menurut Sjachran Basah harus dapat dipertanggung-jawabkan baik "secara moral (berdasarkan Pancasila dan sumpah/janji jabatan) maupun "secara hukum".(batas atas wajib tata asas terhadap tata urutan peraturan perundang-undangan, vertikal dan horizontal dan batas bawah : tidak boleh

melanggar hak warga negara atas pekerjaan dan penghidupan yang layak bagi kemanusiaan. Di dalam Rancangan Undang-undang tentang Administrasi Pemerintahan (Draft 10) masalah diskresi dirumuskan bahwa " jika seorang pejabat instansi pemerintah harus menggunakan diskresi dalam pembuatan suatu Keputusan Administasi Pemerintahan, pejabat tersebut wajib memperhatikan tujuan pemberian diskresi, batas-batas hukum yang berlaku serta kepentingan umum. Selanjutnya dalam Penjelasannya dirumuskan: Ketentuan ini tidak bermaksud memberikan kewenangan diskresi kepada pejabat secara bebas. Undang-undang ini mengatur batas-batas dan tujuan penggunaan diskresi, yang hanya dapat dilakukan sesuai dengan ayat (2). Diskresi yang bebas (*freies Ermessen*) dan *sewenang-wenang* (*wilkuerliche Ermenssen*) tidak boleh ada di dalam Negara Hukum. Tindakan Administrasi harus berdasarkan kepada hukum. Kemudian pada ayat (2) dirumuskan batas-batas hukum yang berlaku sebagaimana dimaksud pada ayat (1) adalah . tidak boleh bertentangan dengan hak asasi manusia, tidak boleh boleh beftentangan dengan peraturan perundang-undangan dan wajib menerapkan asas-asas umum pemerintahan yang layak.

Pada masa sekarang semakin dirasakan perlunya untuk merumuskan tolok ukur dalam penggunaan *freies Ermenssen* diskresi, utamanya dalam menghadapi dan meningkatkan berbagai aktivitas pembangunan yang semakin luas dan beragam - lebih-lebih semakin gencarnya pemberantasan kasus-kasus korupsi. Dengan demikian, diharapkan penggunaan *freies Ermessen* oleh pejabat

tata usaha negara sesuai dengan hukum (*inta vires*) dan terhindar dan' kemungkinan penggunaan *freies Ermessen* itu di luar hukum (*ultra vires*), seperti tindakan *sewenang-wenang* (*abus de de droiti willekeur*), atau tindakan menyalahgunakan wewenang (*detournement de pouvoir*) atau keliru dalam menafsirkan hukum (*Ermenssen Unterschreitung*) atau melanggar hukum dengan sengaja *Ermenssen Uberscheitung*).

JH. van Kreveld menggolongkan beberapa tipe *beleidsregels* yakni pertama, *binnen-wettelijke beleidsregels* yang pembentukannya berdasarkan pada *binnen-wettelyke beoordelingsvryheid*. Kedua, *Buiten-wettelyke beleidsregels* yang pembentukannya berdasarkan pada *buiten-wettelijke beoordelingsvryheid*. Ketiga, *Tegen-wettelyke beleidsregels* yang pembentukannya berdasarkan pada *binnen-wettelijke beoordelingsvrijheid*. Keempat, *Tegen wettelijke beleidsregel* yang pembentukannya berdasarkan *tegen-wettelijke bestuursbevoegheid* atau *tegen - wettelijke beoordelings vrijheid*. Kemudian Kreveld juga menyebutkan adanya dua tipe *beoordelingsruimte*, yaitu pertama, *Objektieve boordelingsruimte* yaitu adanya ruang pertimbangan kebijaksanaan yang bersifat interpretasi yang diberikan oleh pembentuk undang-undang kepada badan/pejabat tata usaha negara untuk melaksanakan hukum publik menurut situasi, kondisi dan objek permasalahan yang objektif Ruang kebijaksanaan itu biasanya diberikan secara samar oleh pembentuk undang-undang. Untuk tipe hakim terikat dan dapat membenarkannya. Kedua, *Subjektieve beoordelingsrumte* atau *freies Ermessen* atau *beoordelingsvrijheid* atau

discretionaire bevoegdheid atau beleidsvrijheid, yaitu pemberian ruang pertimbangan kebijaksanaan yang bersifat umum, bebas dan leluasa, sehingga pertimbangan kebijaksanaan semata-mata didasarkan pada pertimbangan subjektif inisiatif pejabat tata usaha negara dengan mempertimbangkan segala sesuatu yang dianggap perlu. Untuk tipe ini Hakim memiliki kebebasan untuk menguji keabsahannya.

Akhirnya,, mengingat di dalam Hukum Administrasi Negara sendiri persoalan freies Ermessen atau diskresi ini merupakan persoalan yang cukup rumit dan banyak tipenya, maka diharapkan kepada aparat penegak hukum utamanya kepada aparat penyidik agar dapat meningkatkan kehati-hatiannya dalam menilai dan menentukan suatu

kebijaksanaan (diskresi) yang dilakukan oleh seorang pejabat tata usaha negara, sebagai suatu tindak pidana korupsi. Dengan demikian, diharapkan pula agar penyidik lebih berhati-hati dan tidak tergesa-gesa dalam melakukan penahanan, sehingga aparat penyidik tidak tergelincir ke dalam tindakan menyalahgunakan kewenangannya dan/ atau berbudt sewenang-wenang dalam melakukan tugasnya. Lebih - lebih dalam menghadapi adanya kecurigaan dan tuduhan dalam melakukan penyidikan terhadap suatu kasus korupsi yang terkesan lebih kental nuansa politiknya daripada nuansa yuridisnya, meskipun Presiden SBY pernah mengingatkan agar dalam pemberantasan korupsi terhadap kepala daerah tidak boleh ada motif politik yang dipicu oleh perbedaan haluan politik. (SBY 25 Feb 05).