

TINJAUAN YURIDIS DISKRESI PEJABAT PUBLIK DALAM PENYELENGGARAAN PEMERINTAHAN

Oleh : Widha Sinulingga¹

Abstract

Policy (discretion) is needed to overcome rapid changes. In the application of discretion of public officials, it is often considered to violate the law and be identified as criminal. While on the other hand, this kind of policy is needed, in times of emergency, so that it makes a blunder of officials. This paper attempts to look at how the legal position of discretion in government administration is. The results of this writing are that the legal position of discretion in the administration of government is an "exception" from the principle of legality (wet matigheid van bestuur), which means that the state administration is given the freedom to and on its own initiative to carry out actions to resolve certain urgent problems and the settlement rules do not yet exist, namely that they have not been made by the state body that is formally assigned to formulate legislation.

Abstrak

Kebijakan (diskresi) sangat dibutuhkan untuk mengatasi perubahan yang cepat. Dalam penerapan diskresi pejabat public seringkali dianggap melanggar undang-undang dan diidentikkan dengan pidana. Sementara di sisi lain, kebijakan semacam ini dibutuhkan, pada saat-saat darurat, sehingga hal tersebut membuat blunder para pejabat. Tulisan ini berusaha untuk menilik bagaimana kedudukan hukum diskresi dalam penyelenggaraan pemerintahan. Hasil penulisan ini bahwasannya kedudukan hukum diskresi dalam penyelenggaraan pemerintahan merupakan "pengecualian" dari asas legalitas (wet matigheid van bestuur), yang bermakna bahwa kepada administrasi negara itu diberikan kebebasan untuk dan atas inisiatif sendiri melakukan perbuatan-perbuatan guna menyelesaikan persoalan-persoalan tertentu yang mendesak dan peraturan penyelesaiannya belum ada yaitu belum dibuat oleh badan kenegaraan yang diserahi tugas membuat undang-undang secara formal.

Kata Kunci: Kebijakan, Diskresi, Penyelenggaraan Pemerintahan

A. PENDAHULUAN

Dalam tataran praktis maupun teoritis dikeluarkannya suatu "kebijakan" atau "diskresi" oleh pejabat tata usaha negara hingga saat ini masih menimbulkan dilema. Mekanisme diskresi atau

¹ Jaksa Fungsional pada Kejaksaan Negeri Kotawaringin Barat.

kebijakan terobosan yang diambil seorang pejabat publik² seringkali dianggap melanggar undang-undang dan diidentikkan dengan pidana. Sementara di sisi lain, kebijakan semacam ini kadang dibutuhkan, terutama pada saat-saat darurat, sehingga hal tersebut membuat blunder para pejabat.

Pejabat publik yang berada dalam posisi yang demikian seringkali dihadapkan pada kondisi yang serba sulit, manakala ia harus mengambil kebijakan yang cepat dan tepat dalam rangka pelaksanaan tugas pemerintahannya untuk menyelenggarakan kepentingan umum (*public service*), sementara pada saat yang bersamaan pula, ia juga dihadapkan pada kondisi tidak adanya aturan (regulasi) yang dapat melegitimasi tindakannya itu. Belum lagi, pemahaman terhadap asas legalitas *an sich* masih melekat kuat dalam benak para pejabat publik tersebut, begitupun dengan para penegak hukumnya. Sehingga secara tidak langsung hal tersebut berimplikasi pada lambannya proses percepatan pembangunan, terutama dalam rangka peningkatan ekonomi, taraf hidup, dan kesejahteraan masyarakat demi mencapai tujuan nasional bangsa Indonesia sebagaimana tertuang dalam Pembukaan UUD 1945.³

Padahal, seiring dengan lalu lintas penyelenggaraan pemerintahan, kebijakan (diskresi) itu sangat dibutuhkan untuk mengatasi perubahan kondisi yang cepat. Pemerintah di dalam menjalankan tugas pemerintahan seringkali terdapat keadaan-keadaan tertentu atau mendesak, yang menjadikannya tidak dapat menggunakan wewenangnya secara 'normal'. Terlebih, bahwa dikeluarkannya kebijakan itu merupakan suatu konsekuensi logis dari penyelenggaraan pemerintahan modern dewasa ini, dalam arti pemerintah dituntut untuk berperan aktif atau bertindak atas inisiatif sendiri menyelesaikan berbagai permasalahan masyarakat⁴ yang pelik

² Bahwa yang dimaksudkan sebagai pejabat publik disini adalah sebagai konotasi dari pengertian pejabat tata usaha negara yang mempunyai kewenangan untuk menyelenggarakan urusan pemerintahan. Dimensi pejabat tata usaha negara yang menyelenggarakan urusan pemerintahan (dalam arti eksekutif) itulah yang merupakan dimensi dari hukum publik.

³ Lihat dan cermati tentang tujuan nasional bangsa Indonesia sebagaimana tertuang dalam Pembukaan UUD 1945. Tujuan nasional bangsa Indonesia seperti diamanatkan pada Pembukaan UUD 1945 Alenia IV adalah "*melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa dan ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial*".

⁴ Konsepsi Negara Hukum Indonesia yang menempatkan penyelenggaraan kesejahteraan rakyat sebagai tujuan yang paling fundamental bagi bangsa Indonesia

dan membutuhkan penanganan secara cepat, akan tetapi tentu tidak ada jaminan bahwa pejabat tata usaha negara itu akan selalu bertindak tepat. Dengan kata lain, pejabat tata usaha negara itu pun dapat pula melakukan kesalahan. Sehingga kedudukan diskresi yang menyimpangi asas legalitas dalam arti sifat "pengecualian" yang demikian itu tentu berpeluang lebih besar untuk menimbulkan kerugian kepada warga masyarakat (warga negara).

Seperti halnya terjadi pada beberapa waktu yang lalu, kita tentu masih ingat pernyataan Presiden Susilo Bambang Yudhoyono (SBY) yang menuai kontroversi publik. Presiden SBY melontarkan suatu pernyataan, bahwa **kebijakan itu tidak dapat dipidanakan**. Sebagaimana yang ditunjukkan dalam kutipan berikut ini:⁵

"Pidato Presiden Susilo Bambang Yudhoyono (SBY) dinilai tak logis karena menyatakan kebijakan tak bisa dipidana."

Media elektronik Okezone.com pun memberitakan hal yang sama sebagai berikut:⁶

"Apakah kebijakan bisa dikriminalkan? Saya mengatakan, *the real policy* dalam artian yang saya artikan tadi, tidak mungkin dipidanakan," ujar SBY di depan para peserta rapat pimpinan TNI di Markas Besar TNI, Cilangkap, Jakarta Timur, Senin (25/1/2010)."

Pernyataan tersebut jelas menuai kontroversi dari masyarakat luas. Terlebih, pernyataan itu dikeluarkan ditengah situasi bangsa yang sedang memanas terkait pembahasan kasus mega korupsi bank Century. Oleh karena itu, untuk mendapatkan pemaknaan yang komprehensif terhadap apa yang sesungguhnya dimaksudkan sebagai "diskresi" serta bagaimana akibat hukumnya, maka pemahaman lebih lanjut terhadap kebijakan atau diskresi yang dikeluarkan oleh badan/pejabat tata usaha negara tersebut perlu mendapatkan penjelasan yang proporsional, sebagaimana akan diuraikan pada bab selanjutnya.

merupakan salah satu ciri negara hukum kesejahteraan (*welfare state*). Sehingga dengan hal itu, tidak terelakkan negara dituntut untuk berperan aktif menyelesaikan berbagai persoalan yang tengah dihadapi oleh masyarakat (warga negara) sebagai bentuk konsekuensi negara dalam rangka menjalankan tugas pemerintahannya.

⁵ DetikNews.com, *Pidato SBY tentang Century Nyatakan Kebijakan Tak Bisa Dipidana, SBY Tak Logis*, dalam <http://news.detik.com/read/2010/03/05/083356/1311675/10/nyatakan-kebijakan-tak-bisa-dipidana-sby-tak-logis/trackback>, di akses pada tanggal 9 Mei 2013.

⁶ Okezone.com, *SBY: Kebijakan Tidak Mungkin Dipidanakan*, dalam <http://news.okezone.com/read/2010/01/25/339/297504/sby-kebijakan-tidak-mungkin-dipidanakan>, di akses pada tanggal 2 Juli 2013.

Berdasarkan latar belakang masalah diatas, dan untuk memperjelas arah tulisan ini, maka pokok permasalahan pada tulisan ini adalah bagaimanakah kedudukan hukum “Diskresi” dalam Penyelenggaraan Pemerintahan.

B. PEMBAHASAN

Soehino mengatakan, dahulu wujud daripada negara itu penduduknya masih sedikit, urusan-urusannya belum berbelit-belit serta kompleks, seperti dewasa ini. Pada jaman modern ini suatu negara itu sudah mempunyai daerah yang luas, warga negara banyak sekali jumlahnya, urusan-urusannya begitu kompleks serta berbelit-belit.⁷

Perubahan konsepsi kenegaraan semacam itu merupakan suatu akibat dari berubahnya peranan serta kedudukan negara dalam menyelenggarakan tugas-tugas pemerintahan terhadap warga negara. Seperti disampaikan oleh **Ridwan HR** bahwa:⁸

“Seiring dengan perkembangan kenegaraan dan pemerintahan, ajaran negara hukum yang kini dianut oleh negara-negara di dunia khususnya setelah Perang Dunia Kedua adalah negara kesejahteraan (*welfare state*). Konsep ini muncul sebagai reaksi atas kegagalan konsep *legal state* atau negara penjaga malam, yang bertumpu pada prinsip bahwa negara dan pemerintah dilarang mencampuri kehidupan ekonomi masyarakat. Akhirnya, hal itu kemudian memunculkan gagasan yang menempatkan pemerintah berkewajiban untuk mewujudkan kesejahteraan umum bagi warganya.”

Selain itu;⁹

Konsepsi dan praktek *Legal State* atau Negara hukum yang lama ternyata telah menimbulkan kepincangan sosial. Liberalisme dan individualisme yang dijadikan dasarnya ternyata hanya menguntungkan kaum borjuis atau mereka yang kuat secara ekonomis, sedangkan mereka yang secara ekonomi lemah (golongan miskin) selalu menjadi golongan

⁷ Soehino, *Ilmu Negara*, Liberty, Yogyakarta, 1993, hlm. 241-242.

⁸ Ridwan HR, *Hukum Administrasi Negara Edisi Revisi*, PT RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2011, hlm. 14.

⁹ SF. Marbun dan Moh. Mahfud MD, *Pokok-pokok Hukum Administrasi Negara*, Liberty, Yogyakarta, 2009, hlm. 45.

yang dirugikan karena dalam memperjuangkan keinginan-keinginannya mereka tidak mempunyai fasilitas, sehingga selalu kalah dalam persaingan bebas itu. Karena kenyataan itulah, pada paroh abad XIX di Eropa Barat lahir konsep negara hukum baru yang lebih dinamis yakni *Welfare State* (negara kesejahteraan) atau negara hukum materiil. Di dalam negara modern "*Welfare State*" ini tugas pemerintah bukan lagi sebagai penjaga malam dan tidak boleh pasif, tetapi harus aktif turut serta dalam kegiatan masyarakat sehingga kesejahteraan bagi semua orang tetap terjamin.

Sehingga dalam suatu negara hukum modern, lapangan administrasi negara menjadi sangat luas. Ikut campurnya pemerintah (*staats-bemoeiennis*) dalam segala lapangan kehidupan masyarakat, menjadikan tugas administrasi negara bertambah pula banyaknya karena harus melayani kebutuhan masyarakat yang tak terhingga banyaknya dan beranekaragam coraknya.¹⁰ Terlebih, tugas utama pemerintah dalam konsepsi *Welfare State* yakni memberikan pelayanan bagi warga negara itu akhirnya memunculkan prinsip bahwa; "*Pemerintah tidak boleh menolak untuk memberikan pelayanan kepada masyarakat dengan alasan tidak ada peraturan perundang-undangan atau belum/tidak ada peraturan perundang-undangan yang dijadikan dasar untuk melakukan perbuatan hukum*".¹¹

Tugas administrasi negara yang demikian itu, yaitu menyelenggarakan kesejahteraan umum (*bestuurszorg*), akhirnya memunculkan apa yang disebut sebagai "*Fries ermessen*", yang bermakna bahwa kepada administrasi negara itu diberikan kebebasan untuk atas inisiatif sendiri melakukan perbuatan-perbuatan guna menyelesaikan persoalan-persoalan yang mendesak dan peraturan penyelesaiannya belum ada yaitu belum dibuat oleh badan kenegaraan yang disertai tugas membuat undang-undang.¹² Kedudukan pemerintah dengan *fries ermessen*-nya itulah, yang akhirnya kemudian memunculkan apa yang disebut dengan kebijakan (diskresi). Sebagaimana yang dipahami dari definisi Diskresi itu sendiri;¹³

¹⁰ Bachsan Mustafa, *Pokok-Pokok Hukum Administrasi Negara*, Alumni, Bandung, 1985, hlm. 40.

¹¹ Ridwan HR, *Hukum Administrasi Negara... Op.Cit.*, hlm. 172-173.

¹² Bachsan Mustafa, *Pokok-Pokok Hukum Administrasi... Op.Cit.*, hlm. 40.

¹³ Lihat Pasal 1 angka 9 Undang-Undang RI No. 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan.

“Diskresi adalah Keputusan dan/atau Tindakan yang ditetapkan dan/atau dilakukan oleh Pejabat Pemerintahan untuk mengatasi persoalan konkret yang dihadapi dalam penyelenggaraan pemerintahan dalam hal peraturan perundang-undangan yang memberikan pilihan, tidak mengatur, tidak lengkap atau tidak jelas, dan/atau adanya stagnasi pemerintahan.”

Sementara secara umum, pengertian terhadap diskresi diartikan sebagai kebebasan mengambil keputusan sendiri dari setiap situasi yang dihadapi¹⁴, atau dapat pula diartikan sebagai kemerdekaan bertindak, pertimbangan, kebijaksanaan¹⁵, atau dalam definisi yang mashur dari **Dye** adalah *whatever governments choose to do or not to do*.¹⁶ Senada dengan itu, Pakar hukum Administrasi Negara Universitas Indonesia (UI), **Prof. Benyamin Hossein** mendefinisikan diskresi adalah kebebasan Pejabat dalam mengambil keputusan menurut pertimbangannya sendiri.¹⁷

Sedangkan para pakar hukum lain, mendefinisikan diskresi berturut-turut sebagai berikut. **M. Sofyan Lubis**, mengartikan diskresi adalah kebijakan dari pejabat yang intinya membolehkan pejabat publik melakukan sebuah kebijakan dimana undang-undang belum mengaturnya secara tegas, dengan 3 (tiga) syarat yakni: demi kepentingan umum, masih dalam batas wilayah kewenangannya, dan tidak melanggar Asas-Asas Umum Pemerintahan yang Baik (AAUPB).¹⁸ **Indarti Erlyn**, mendefinisikan diskresi sebagai kemerdekaan dan atau otoritas/kewenangan untuk membuat keputusan serta kemudian mengambil tindakan yang dianggap tepat/sesuai dengan situasi dan kondisi yang dihadapi, yang dilakukan secara bijaksana dan dengan memperhatikan segala

¹⁴ *Definisi Diskresi*, dalam <http://www.artikata.com/arti-325403-diskresi.html>, di akses pada tanggal 11 Mei 2013.

¹⁵ Drs. A.K. Muda, *Kamus Lengkap Inggris-Indonesia Indonesia-Inggris*, Difa Jaya, Surabaya, hlm. 75.

¹⁶ Dwiyanto Indiahono, *Kebijakan Publik Berbasis Dynamic Policy Analisis*, IKAPI DIY, Yogyakarta, 2009, hlm. 17.

¹⁷ M. Sofyan Lubis, *Fenomena Diskresi VS Korupsi*, dalam <http://www.kantorhukum-lhs.com/1?id=Fenomena-Diskresi-VS-Korupsi>, di akses pada tanggal 11 Mei 2013.

¹⁸ M. Sofyan Lubis, *Fenomena Diskresi VS Korupsi*, dalam <http://www.kantorhukum-lhs.com/1?id=Fenomena-Diskresi-VS-Korupsi>, di akses pada tanggal 11 Mei 2013.

pertimbangan maupun pilihan yang memungkinkan.¹⁹ Sedangkan **Philipus M. Hadjon** mengatakan bahwa:²⁰

“Peraturan kebijaksanaan itu pada hakekatnya merupakan produk dari perbuatan tata usaha negara yang bertujuan *“naar buiten gebracht schriftelijk beleid* (menampakkan keluar suatu kebijakan tertulis” namun tanpa disertai kewenangan pembuatan peraturan dari badan atau pejabat tata usaha negara yang menciptakan peraturan kebijaksanaan tersebut).

Kemudian **Saut P. Panjaitan**, mengartikan diskresi (*pouvoir discretionnaire*, Perancis) ataupun *Freies Ermessen* (Jerman) merupakan suatu bentuk penyimpangan terhadap asas legalitas dalam pengertian *wet matigheid van bestuur*, jadi merupakan “kekecualian” dari asas legalitas.²¹

Sehingga dari berbagai pengertian tentang diskresi sebagaimana telah disebutkan di atas, pada dasarnya dapat ditarik suatu simpul bahwa diskresi itu merupakan suatu kebebasan dari pejabat publik dalam mengambil keputusan menurut pertimbangannya sendiri sebagai upaya untuk mengambil tindakan yang dianggap tepat/sesuai dengan situasi dan kondisi yang dihadapi dimana undang-undang belum mengaturnya secara tegas atau undang-undang telah mengaturnya tetapi tidak jelas.²²

Di dalam *Fries ermessen* itu, tindakan pemerintah lebih mengutamakan pencapaian tujuan atau sasarannya (*doelmatigheid*) daripada sesuai dengan hukum yang berlaku (*rechtmatigheid*). Selain itu, *Fries ermessen* ini muncul sebagai alternatif untuk mengisi kekurangan dan kelemahan di dalam penerapan asas legalitas (*wetmatigheid van bestuur*). Sebab, bagi negara yang bersifat *Welfare State*, asas legalitas saja tidak cukup untuk dapat berperan secara

¹⁹ Riki Marjono, *Diskresi : Antara Kebijakan dan Penyalahgunaan Wewenang*, dalam <http://marginal86kopin.blogspot.com/2013/01/diskresi-antara-kebijakan-dan.html>, di akses pada tanggal 9 Mei 2013.

²⁰ Philipus M. Hadjon et al, *Pengantar Hukum Administrasi... Op.Cit.*, hlm. 152.

²¹ Muhammad Ikhwan, *Penerapan Asas Diskresi dalam Pembuatan Keputusan Tata Usaha Negara*, dalam <http://studihukum.blogspot.com/2010/10/penerapan-asas-diskresi-dalam-pembuatan.html>, di akses pada tanggal 11 Mei 2013.

²² Dalam pengertian ini, maka diskresi itu pada dasarnya merupakan suatu langkah terobosan dari pejabat tata usaha negara untuk menghadapi suatu permasalahan konkret yang tengah dihadapi yang muncul manakala belum ada undang-undang yang mengaturnya ataupun undang-undangnya telah mengatur tetapi tidak jelas.

maksimal dan melayani kepentingan masyarakat, yang berkembang pesat sejalan dengan perkembangan ilmu dan teknologi.²³

Terkait dengan hal ini, **J.M. de Meij** dan **I.C. van der Vlies** mengatakan:²⁴

“Undang-undang tidak dapat menjawab semua hal, tetapi menyerahkannya kepada organ pemerintah untuk secara praktis mengambil tindakan mengenai penyelesaian apapun yang terbaik terhadap hal konkret yang terjadi.”

Terlebih dikatakan; “Hukum selalu tertinggal satu langkah dari peradaban manusia. Hukum -yang karena sifatnya- tertulis dan statis, bersifat kaku, tidak dapat dengan mudah mengikuti perkembangan dan kemajuan masyarakat. Sementara masyarakat selalu bergerak dinamis seiring dengan perkembangannya, dan hukum seringkali terlambat untuk mengakomodasi kepentingan masyarakat.”²⁵

SF. Marbun dan **Moh. Mahfud MD** mengatakan pula, bahwa:²⁶

Untuk menjalankan tugasnya menyelenggarakan kesejahteraan umum itu pemerintah diberi juga *fries ermessen*, yaitu kewenangan yang sah untuk turut campur dalam kegiatan sosial guna melaksanakan tugas-tugas menyelenggarakan kepentingan umum itu. Tercakup dalam arti *fries ermessen* ini ialah membuat peraturan²⁷ tentang hal-hal yang belum ada

²³ Ridwan HR, *Hukum Administrasi Negara... Op.Cit.*, hlm. 171.

²⁴ Ridwan HR, dalam Disertasi berjudul *Diskresi dan Tanggung Jawab Pejabat dalam Penyelenggaraan Pemerintahan di Indonesia*, Universitas Pascasarjana (S3) , Universitas Airlangga, Surabaya, 2013, hlm. 7.

²⁵ Kompasiana, *Hukum Selalu Tertinggal Satu Langkah dari Peradaban Manusia*, dalam www.kompasiana.com, di akses pada tanggal 10 Agustus 2016. Oleh karena sifat hukum yang (statis) demikian, maka kemudian dalam perkembangannya muncul pemikiran bahwa hakim dilarang untuk menolak suatu perkara yang diajukan kepadanya, dengan alasan tidak ada atau kurang jelas hukum yang mengaturnya. Hakim wajib untuk menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat. (Pasal 5 ayat (1) jo. Pasal 10 ayat (1) Undang-Undang RI No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman). Kedudukan hakim yang demikian tidak lain adalah terkait dengan asas “*ius curia novit*” atau “*the court knows the law*” yang menyatakan bahwa hakim dianggap tahu hukum, yang dengan begitu hakim dapat melakukan penemuan hukum (*rechtsvinding*).

²⁶ SF. Marbun dan Moh. Mahfud MD, *Pokok-pokok Hukum Administrasi... Op.Cit.*, hlm. 46.

²⁷ E. Utrecht menjelaskan bahwa; “bentuk *Welfare State* dengan *fries ermessen*-nya itu mengundang konsekuensi tersendiri dalam bidang perundang-undangan, yakni diberikannya kewenangan bagi pemerintah untuk membuat peraturan perundangan, baik atas inisiatif sendiri maupun atas delegasi yang diterimanya dari UUD, serta menafsirkan isi peraturan yang bersifat enunsiatif (enumeratif) (*Lihat dalam SF. Marbun dan Moh.*

pengaturannya, atau mengimplementasikan peraturan yang ada sesuai dengan kenyataan. Pencakupan yang demikian disebut *discretionary power*.

Dengan kata lain, wewenang diskresi yang diberikan kepada organ pemerintahan tersebut digunakan untuk melaksanakan tugas-tugas dan fungsi-fungsi pemerintahan yang tidak ditentukan secara tegas dalam undang-undang. Hal demikian sesungguhnya sesuai dengan pendapat **Bagir Manan** yang mengatakan bahwa:²⁸

“Peraturan kebijakan (*beleidsregel*), *pseudowetgeving*, *policy rules*) yaitu peraturan yang dibuat – baik kewenangan maupun materi muatannya – tidak berdasar pada peraturan perundang-undangan, delegasi, atau mandat, melainkan berdasarkan wewenang yang timbul dari *fries ermessen* yang dilekatkan pada administrasi negara untuk mewujudkan suatu tujuan tertentu yang dibenarkan oleh hukum. Aturan kebijakan hanya didapati dalam lapangan administrasi negara.

Meski demikian, penggunaan diskresi yang berlebihan tentu tidak dapat dibenarkan secara hukum, hal ini berpeluang untuk terjadinya penyalahgunaan wewenang yang akan menimbulkan pelanggaran hak dan/atau kerugian bagi warga negara. Seperti dikatakan oleh **Lord Acton** bahwa “*power tends to corrupt, absolute power corrupts absolutely*”.²⁹ **Cora Hexter** juga mengungkapkan, bahwa kekuasaan diskresi tidak selalu memiliki reputasi yang baik. Para ahli hukum selama beberapa tahun cenderung curiga, lebih suka menempatkan kepercayaannya terhadap netralitas, keumuman, dan kepastian aturan hukum yang dianggapnya benar.³⁰ **Davis** sendiri pun menganggap organ pemerintah yang memiliki kekuasaan

Mahjud MD, Pokok-pokok Hukum Administrasi... Op.Cit., blm. 53-54). Atau dengan kata lain, kepada pemerintah dalam keadaan tertentu dan/atau dalam porsi dan tingkat tertentu dapat mengeluarkan peraturan perundangan (produk legislasi) tanpa persetujuan parlemen, yang sesungguhnya menjadi tugas (kekuasaan) legislatif. (*Libat dalam SF. Marbun dan Moh. Mahjud MD, Pokok-pokok Hukum Administrasi... Op.Cit., blm. 46*). Inilah yang kemudian dalam lapangan Hukum Administrasi Negara disebut sebagai langkah mundur pembuat undang-undang (*terugtred van de wetgever*). Sikap mundur ini diambil dalam upaya mengaplikasikan norma Hukum Administrasi Negara (HAN) yang bersifat umum-abstrak terhadap peristiwa konkret-individual.

²⁸ Bagir Manan, *Hukum Positif Indonesia (Suatu Kajian Teoritik)*, FH UII Press, Yogyakarta, 2004, hlm. 15.

²⁹ Ni'matul Huda, *Hukum Tata Negara Kajian Teoritis dan Yuridis Terhadap Konstitusi Indonesia*, Gama Media, Yogyakarta, 1999, hlm. 77.

³⁰ Cora Hexter dan Rosemary Lyser dalam Ridwan HR, dalam *Disertasi berjudul Diskresi dan Tanggung Jawab Pejabat dalam Penyelenggaraan Pemerintahan... Op.Cit.*, hlm. 169.

diskresi yang luas dan tidak terstruktur merupakan potensi akan lahirnya tindakan sewenang-wenang; “the Davis thesis emphasizes what may be termed the external aspect of discretion : the potential for arbitrary if agencies posses broad unstructureed discretionary power).³¹

Oleh karena itu, perlu untuk diberikan suatu batasan yang jelas sebagai tolok ukur penggunaan diskresi, agar dapat digunakan secara proporsional.

Bagir Manan mengingatkan bahwa:³²

“Prinsip-prinsip “*doelmatigheid*” tidak boleh digunakan untuk mengesampingkan prinsip “*rechtmatigheid*”, kecuali benar-benar dapat ditunjukkan bahwa hal tersebut sangat diperlukan sebagai sesuatu yang terpaksa (*compelling interest*) untuk mencapai tujuan pemerintahan yang sah menurut prinsip negara berdasar atas hukum. Penggunaan prinsip “*fries Ermessen*” atau “*discretionary power*”, harus dibatasi pada hal yang tidak melanggar asas penyelenggaraan administrasi negara yang baik (*algemene beginselen van beoorlijk bestuur*) yang tetap menjamin kepastian hukum, persamaan perlakuan, tidak bias (*karena ada conflict of interest*), dan lain-lain).

Pada tulisan lain, **Bagir Manan** juga mengatakan sebagai berikut:³³

“Perlu ditiadakan kesan, seolah-olah peraturan kebijakan atas dasar *fries Ermessen* atau *beleidscrijheid* adalah peraturan yang semata-mata berkaitan dengan *doelmatigheid* sehingga tidak terikat dengan unsur *rechtmatigheid*, bahkan dapat menyimpangi *rechtmatigheid*. Kesan semacam ini tidak benar (keliru). Unsur *doelmatigheid* sebagai alas *fries Ermessen* haruslah suatu tujuan atau manfaat yang dibenarkan hukum. Kebebasan bertindak adalah kebebasan dalam lingkup wewenang yang telah ditentukan berdasarkan hukum. Setiap tindakan administrasi negara diluar wewenang yang telah ditetapkan berdasarkan hukum, termasuk tindakan berdasarkan *fries Ermessen* adalah tindakan melampaui wewenang (*detourtement de pouvoir*), bahkan dapat melawan hukum (*onrechtmatigheid overheidsdaad*), atau penyalahgunaan wewenang (*misbruik van recht*).

³¹ Dikutip dari P.P. Craig Ridwan HR, dalam Disertasi berjudul *Diskresi dan Tanggung Jawab Pejabat dalam Penyelenggaraan Pemerintahan...* Op.Cit., hlm. 169-170.

³² Bagir Manan, dalam Ridwan HR, dalam Disertasi berjudul *Diskresi dan Tanggung Jawab Pejabat dalam Penyelenggaraan Pemerintahan...* Op.Cit., hlm. 170.

³³ Ridwan HR, dalam Disertasi berjudul *Diskresi dan Tanggung Jawab Pejabat dalam Penyelenggaraan Pemerintahan...* Op.Cit., hlm. 171.

Dalam perkembangannya, prinsip yang demikian ini kemudian diakomodir dan diformulasikan ke dalam Pasal 8 ayat (2) Undang-Undang No. 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan, yang menegaskan bahwa; “Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan dalam menggunakan wewenang wajib berdasarkan peraturan perundang-undangan dan asas-asas umum pemerintahan yang baik (AAUPB).³⁴

Hal yang sedemikian itu sesungguhnya tidak lain disebabkan karena pemahaman terhadap diskresi yang terjadi selama ini. Diskresi selama ini selalu diidentikan sebagai kewenangan bebas dari pejabat, yang merupakan otoritas dari pejabat³⁵ yang bersangkutan, sehingga dengan demikian ia tidak bertanggungjawab atas diskresi tersebut, termasuk apabila diskresi tersebut menimbulkan kerugian bagi pihak lain.³⁶ Bahkan, pakar ilmu administrasi negara Universitas Indonesia (UI) **Azhar Kasim** menegaskan kebijakan yang dikeluarkan pejabat publik itu tidak bisa dikriminalisasi. Konsekuensi dari kebijakan yang salah atau tidak sesuai ialah kebijakan tersebut diganti karena dipertanggungjawabkan secara politik, bukan hukum. Di beberapa negara konsekuensi dari kebijakan yang salah yaitu mundurnya pejabat tersebut, bukan pidana.³⁷

Selanjutnya merespon terhadap hal itu, pada dasarnya segala tindakan pemerintahan itu mengandung pertanggungjawaban, “*geen bevoegdheid zonder verantwoordelijkheid*” (tidak ada kewenangan tanpa

³⁴ Lihat Pasal 8 ayat (2) jo. Pasal 5 Undang-Undang RI No. 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan.

³⁵ Pemaknaan terhadap otoritas pejabat ini adalah terkait dengan pemahaman Diskresi yang terjadi selama ini. Diskresi selama ini selalu dimaknai sebagai suatu tindakan terobosan dari pejabat negara yang tujuannya adalah semata-mata untuk kepentingan umum. Namun demikian, dalam kedudukan sebagai “*persoon*” dan sekaligus mewakili jabatan, maka pejabat tidak akan dapat dilepaskan dari sifat dasar manusia yang dapat melakukan kesalahan. Dengan demikian, adanya peluang bahwa pejabat itu dapat melakukan kesalahan atau dengan kata lain tidak ada jaminan bahwa pejabat negara itu akan selalu bertindak tepat, maka secara mutatis mutandis Diskresi pun juga terbuka peluang untuk “salah”. Karenanya kemudian, diskresi yang mengandung kesalahan inilah yang menjadi objek kajian dalam makalah ini terkait dengan pertanggungjawabannya.

³⁶ Muhammad Ikhwan, *Penerapan Asas Diskresi dalam Pembuatan Keputusan Tata Usaha Negara*, dalam <http://studihukum.blogspot.com/2010/10/penerapan-asas-diskresi-dalam-pembuatan.html>, di akses pada tanggal 11 Mei 2013.

³⁷ *Dilema Diskresi Ditengah Godaan Korupsi*, dalam http://www.ditjenmiltun.net/index.php?option=com_content&view=article&id=1553:dilema-diskresi-ditengah-godaan-korupsi&catid=114:umum, di akses pada tanggal 10 Juni 2013.

pertanggungjawaban), termasuk pula di dalamnya penggunaan diskresi.³⁸ Terlebih sebagaimana digariskan dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 Pasal 1 ayat (3) bahwa; “*Negara Indonesia adalah negara hukum*”.³⁹ Namun demikian dalam praktek penegakan hukum di Indonesia, sepertinya belum ada lembaga peradilan yang mempunyai kompetensi absolut untuk memeriksa dan menguji diskresi. Seperti disebutkan:⁴⁰

“Hingga kini tidak ada suatu badan yang diberi wewenang menyelesaikan sengketa yang bersumber pada suatu peraturan kebijakan. Dalam praktik, keberatan terhadap peraturan kebijakan yang menimbulkan kerugian digugat atas dasar perbuatan melawan hukum,⁴¹ yakni melalui Peradilan Umum.

Penerapan Pasal 1365 KUHPerdara (*Burgerlijk Wetboek*) yang berbunyi, “*Tiap perbuatan melanggar hukum, yang membawa kerugian kepada orang lain, mewajibkan orang yang karena salahnya menerbitkan kerugian itu, mengganti kerugian tersebut*”,⁴² inilah yang seringkali digunakan oleh Penggugat sebagai dasar pengajuan gugatan.

Meski demikian, menyerahkan pengujian diskresi yang menyimpang dan merugikan warga negara melalui Peradilan Umum itu sesungguhnya tidak tepat karena 2 (dua) alasan; *Pertama*, kompetensi absolut Peradilan Umum adalah di bidang Hukum

³⁸ Ridwan HR, dalam Disertasi berjudul *Diskresi dan Tanggung Jawab Pejabat dalam Penyelenggaraan Pemerintahan... Op.Cit.*, hlm. 210. (Di dalam hukum pidana juga dikenal istilah yang hampir dapat dipersamakan yakni asas “*Geenstraf zonder schuld*”, yang berarti “Tiada pidana tanpa kesalahan”).

³⁹ Lihat Pasal 1 ayat (3) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

⁴⁰ Ridwan HR, *Hukum Administrasi Negara... Op.Cit.*, hlm. 184. Dalam perkembangannya lahirnya Undang-Undang RI Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan selanjutnya memberikan cakupan yang lebih luas terhadap apa yang dimaksudkan dengan keputusan tata usaha negara berikut dengan cakupan kompetensi peradilan tata usaha negara. Pasal 1 angka 7 dengan menggunakan istilah ‘Keputusan Administrasi Pemerintahan’ mendefinisikan bahwa “*Keputusan Administrasi Pemerintahan yang juga disebut Keputusan Tata Usaha Negara atau Keputusan Administrasi Negara yang selanjutnya disebut Keputusan adalah ketetapan tertulis yang dikeluarkan oleh Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan dalam penyelenggaraan pemerintahan*”. Dalam makna ini berarti bahwa semakin banyak unsur suatu pasal, maka semakin sempit cakupannya, semakin sedikit unsur suatu pasal, maka cakupan pengertiannya akan lebih luas. Selanjutnya perluasan kompetensi peradilan tata usaha negara juga sebagaimana digambarkan dengan diaturnya “*Tindakan Administrasi Pemerintahan yang selanjutnya disebut Tindakan adalah perbuatan Pejabat Pemerintahan atau penyelenggara negara lainnya untuk melakukan dan/atau tidak melakukan perbuatan konkret dalam rangka penyelenggaraan pemerintahan*” (Pasal 1 angka 8).

⁴¹ *Ibid.*, hlm. 22.

⁴² Lihat Pasal 1365 KUHPerdara (*Burgerlijk Wetboek*).

Pidana dan Hukum Perdata, sementara diskresi itu merupakan tindakan pemerintahan yang didasarkan pada norma-norma Hukum Administrasi, sehingga seharusnya akan lebih tepat jika menyerahkan bandul kewenangan ini kepada Peradilan Tata Usaha Negara (PTUN); *Kedua*, dasar pengujian (*toetsingsgrond*) terhadap diskresi itu bukan *onrechtmatige overheidsdaad* (OOD), tetapi asas-asas umum pemerintahan yang baik (AAUPB)⁴³ terutama asas larangan menyalahgunakan wewenang (*verbod van detourtement de pouvoir*) dan asas larangan bertindak sewenang-wenang (*verbod van willekeur*), disamping peraturan perundang-undangan.⁴⁴ Terlebih, ketidaktepatan menyerahkan pengujian diskresi kepada Peradilan Umum adalah karena pada dasarnya wewenang diskresi itu merupakan wewenang pemerintah yang melekat pada pejabat publik dalam rangka menjalankan tugasnya, bukan dimensi privat yang mengatur hubungan orang perseorangan seperti yang ada di dalam hubungan keperdataan.⁴⁵

C. Penutup

Bahwa kedudukan hukum diskresi dalam penyelenggaraan pemerintahan merupakan "pengecualian" dari asas legalitas (*wet matigheid van bestuur*), yang bermakna bahwa kepada administrasi negara itu diberikan kebebasan untuk dan atas inisiatif sendiri melakukan perbuatan-perbuatan guna menyelesaikan persoalan-persoalan tertentu yang mendesak dan peraturan penyelesaiannya belum ada yaitu belum dibuat oleh badan kenegaraan yang disertai tugas membuat undang-undang

⁴³ Asas-asas umum pemerintahan yang baik dalam bahasa Belanda dikenal dengan istilah "*Algemene Beginselen van Beoorlijke Bestuur*". Di dalam peraturan perundang-undangan di Indonesia, pengaturan terhadap asas-asas ini memang tersebar di dalam beberapa ketentuan undang-undang, serta tidak terdapat adanya keseragaman tentang asas-asas tersebut. Pengaturan terhadap asas-asas tersebut sebagaimana dapat terlihat di dalam UU No. 9 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas UU No. 5 Tahun 1986 tentang PTUN; UU No. 25 Tahun 2009 tentang Pelayanan Publik, UU No. 28 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Pemerintahan yang Bersih dan Bebas dari KKN. Meski sesungguhnya, penempatan kedudukan "asas" di dalam norma undang-undang menjadi permasalahan tersendiri, namun dalam tersebut tidak akan dijelaskan lebih lanjut dalam pembahasan ini.

⁴⁴ Ridwan HR, dalam Disertasi berjudul *Diskresi dan Tanggung Jawab Pejabat dalam Penyelenggaraan Pemerintahan... Op.Cit.*, hlm. 349.

⁴⁵ Keadaan inilah yang disebut dengan "*Fallacy*", yakni kesesatan berpikir dalam logika. Yang mana menggunakan logika hukum perdata untuk mengaburkan dan mencampuradukkan ketentuan-ketentuan hukum tata usaha negara. Padahal kedua hukum ini jelas lahir dari rahim yang berbeda. Hukum perdata lahir dari ibu kandung bernama hukum privat, sementara hukum tata usaha negara lahir dari ibu kandung bernama hukum publik.

secara formal. Hal ini merupakan konsekuensi logis seiring dengan perkembangan konsepsi kenegaraan dan pemerintahan yang kini dianut oleh negara-negara di dunia, khususnya setelah Perang Dunia Kedua adalah negara kesejahteraan (*welfare state*). Konsep ini muncul sebagai reaksi atas kegagalan konsep *Legal State* atau negara penjaga malam, yang bertumpu pada prinsip bahwa negara dan pemerintah dilarang mencampuri kehidupan ekonomi masyarakat. Akhirnya, hal itu kemudian memunculkan gagasan yang menempatkan pemerintah berkewajiban untuk mewujudkan kesejahteraan umum bagi warga negaranya (*bestuurszorg*). Selanjutnya dalam kaitannya dengan *law reform* (pembaharuan hukum) di Indonesia, maka pengujian terhadap diskresi ini nantinya akan lebih tepat jika dijalankan oleh Pengadilan Tata Usaha Negara sebagai perluasan dari objek Sengketa Tata Usaha Negara. Sebab, meskipun di dalam Pasal 1 angka 1 Undang-Undang No. 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan telah disebutkan bahwa yang dimaksudkan Administrasi Pemerintahan itu tidak hanya terhadap ‘Keputusan’, akan tetapi juga meliputi Tindakan Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan. Namun hal tersebut belum “*match*” dengan hukum formil sebagaimana yang diatur dalam Undang-undang Peradilan Tata Usaha Negara (PTUN). Kedepan diharapkan seperti dikatakan oleh **Moh. Mahfud MD** tentang kajian politik hukum; bahwa politik hukum adalah “*Legal policy atau garis (kebijakan) resmi tentang hukum yang akan diberlakukan baik dengan pembuatan hukum baru maupun dengan penggantian hukum lama, dalam rangka mencapai tujuan negara. Politik hukum merupakan pilihan tentang hukum-hukum yang akan diberlakukan sekaligus pilihan tentang hukum-hukum yang akan dicabut atau tidak diberlakukan yang kesemuanya dimaksudkan untuk mencapai tujuan negara seperti yang tercantum di dalam Pembukaan UUD 1945.*”⁴⁶ Atau dengan kata lain, pembaruan hukum yang demikian sangat dimungkinkan dalam kaitannya dengan *ius constitutum* (hukum yang positif yang berlaku) dan *ius constituendum* (hukum yang seharusnya berlaku).

⁴⁶ Moh. Mahfud MD, *Politik Hukum di Indonesia*, Edisi Revisi, Rajawali Pers, Jakarta, 2011, hlm. 1.

DAFTAR PUSTAKA**1. Buku, Jurnal, Makalah, Peraturan Perundang-undangan, Media Elektronik**

Bachsan Mustafa, *Pokok-Pokok Hukum Administrasi Negara*, Alumni, Bandung, 1985.

Bagir Manan, *Hukum Positif Indonesia (Suatu Kajian Teoritik)*, FH UII Press, Yogyakarta, 2004

Drs. A.K. Muda, *Kamus Lengkap Inggris-Indonesia Indonesia-Inggris*, Difa Jaya, Surabaya.

Dwiyanto Indiahono, *Kebijakan Publik Berbasis Dynamic Policy Analysis*, IKAPI DIY, Yogyakarta, 2009..

Harun Alrasid, *Naskah Undang-Undang Dasar 1945 Sesudah Empat Kali Diubah oleh MPR*, UI Press, Jakarta, 2007.

Moh. Mahfud MD, *Politik Hukum di Indonesia*, Edisi Revisi, Rajawali Pers, Jakarta, 2011.

Ni'matul Huda, *Hukum Tata Negara Kajian Teoritis dan Yuridis Terhadap Konstitusi Indonesia*, Gama Media, Yogyakarta, 1999.

Philipus M. Hadjon et al, *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia*, Gadjah Mada University Press, Yogyakarta, 2005.

Ridwan HR, *Hukum Administrasi Negara Edisi Revisi*, PT RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2011.

Ridwan HR, dalam Disertasi berjudul *Diskresi dan Tanggung Jawab Pejabat dalam Penyelenggaraan Pemerintahan di Indonesia*, Universitas Pascasarjana (S3) , Universitas Airlangga, Surabaya, 2013.

SF. Marbun dan Moh. Mahfud MD, *Pokok-pokok Hukum Administrasi Negara*, Liberty, Yogyakarta, 2009.

Soehino, *Ilmu Negara*, Liberty, Yogyakarta, 1993.

Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (*Burgerlijk Wetboek*).

Undang-Undang RI No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.

Undang-Undang RI No. 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan.

DetikNews.com, *Pidato SBY tentang Century Nyatakan Kebijakan Tak Bisa Dipidana, SBY Tak Logis*, dalam <http://news.detik.com/read/2010/03/05/083356/1311675/10/>

[nyatakan-kebijakan-tak-bisa-dipidana-sby-tak-logis/trackback](#), di akses pada tanggal 02 Nopember 2017.

Definisi Diskresi, dalam <http://www.artikata.com/arti-325403-diskresi.html>, di akses pada tanggal 30 Oktober 2017.

Dilema Diskresi Ditengah Godaan Korupsi, dalam http://www.ditjenmiltun.net/index.php?option=com_content&view=article&id=1553:dilema-diskresi-ditengah-godaan-korupsi&catid=114:umum, di akses pada tanggal 01 Nopember 2017.

Kompasiana, *Hukum Selalu Tertinggal Satu Langkah dari Peradaban Manusia*, dalam www.kompasiana.com, di akses pada tanggal 30 Oktober 2017.

M. Sofyan Lubis, *Fenomena Diskresi VS Korupsi*, dalam <http://www.kantorhukum-lhs.com/1?id=Fenomena-Diskresi-VS-Korupsi>, di akses pada tanggal 01 Nopember 2017.

Muhammad Ikhwan, *Penerapan Asas Diskresi dalam Pembuatan Keputusan Tata Usaha Negara*, dalam <http://studihukum.blogspot.com/2010/10/penerapan-asas-diskresi-dalam-pembuatan.html>, di akses pada tanggal 30 Oktober 2017.

Okezone.com, *SBY: Kebijakan Tidak Mungkin Dipidanakan*, dalam <http://news.okezone.com/read/2010/01/25/339/297504/sby-kebijakan-tidak-mungkin-dipidanakan>, di akses pada tanggal 30 Oktober 2017.

Riki Marjono, *Diskresi : Antara Kebijakan dan Penyalahgunaan Wewenang*, dalam <http://marginal86kopin.blogspot.com/2013/01/diskresi-antara-kebijakan-dan.html>, di akses pada tanggal 30 Oktober 2017.