PENGGUNAAN DISKRESI DALAM PEMBENTUKAN PRODUK HUKUM
(THE USE OF DISCRETION IN THE FORMATION OF A LEGAL PRODUCT)

Yuniar Kurniawaty
Kantor Wilayah Kementerian Hukum dan HAM Gorontalo
Jl.Tinaloga No. 01 Gorontalo Indonesia
email : lovely3dara@ymail.com
(Naskah diterima 20/01/2016, direvisi 28/03/2016, disetujui 31/03/2016)

Abstrak

Agar dapat menjalankan tugas penyelenggaraan kesejahteraan umum, maka administrasi negara memerlukan kemerdekaan untuk dapat bertindak atas inisiatif dan kebijaksanaannya sendiri, terutama dalam penyelesaian soal-soal genting yang timbul tiba-tiba dan yang peraturannya belum ada, yaitu belum dibuat oleh badan-badan kenegaraan yang diserahi fungsi legislatif. Dalam hukum administrasi negara disebut dengan *"pouvoir discrectionnaire"* atau *"freies ermessen"* atau asas diskresi, yang mengandung kewajiban dan kekuasaan yang luas, yaitu terhadap tindakan yang akan dilakukan dan kebebasan untuk memilih melakukan atau tidak tindakan tersebut. Adanya *"freies Ermessen"* mempunyai konsekuensi sendiri dibidang perundang-undangan, yakni adanya penyerahan kekuasaaan legislatif kepada pemerintah, sehingga dalam keadaan tertentu dan/atau dalam porsi dan tingkat tertentu pemerintah dapat mengeluarkan peraturan perundang-undangan (produk legislasi) tanpa persetujuan lebih dulu dari parlemen. Dengan adanya freies ermessen ini berarti bahwa sebagian kekuasaan yang dipegang oleh badan pembentuk undang-undang dipindahkan ke dalam tangan pemerintah/administrasi negara, sebagai badan eksekutif. Artikel ini mencoba menggali lebih dalam materi-materi yang secara khusus mengupas tentang diskresi dalam upaya melakukan peninjauan yuridis penggunaan asas diskresi dalam kaitannya dengan pembentukan produk hukum di Indonesia.

Kata kunci: kekuasaan legislatif, kekuasaan eksekutif, asas diskresi.

Abstrak

In order to perform the task of the general welfare, nation administration needs freedom to act by it's own initiative and wisdom, especially to resolves the urgent matters that suddenly appear where the regulation have not been made by the state agencies who hold the authority on the legislation function. In the law of state administration, it's called "pouvoir discrectionnaire" or "freies ermessen" or discretion, which contain a large obligations and powers to determine what action to be taken and the freedom to do or not to do the action. The Freies Ermessen has it's own consequences on legislative field, there is a submission of legislative power to government, so in certain state and/or in certain portion and level government can issue a legislation product without the consent of parliament. With the implementation of Freies Ermessen means that some authority that held by legislatives body transfered to the hands of government/ state administration as an executive body. This article try to dig up more the content about discretion in effort to review in a juridical manner the implementation of discretion in relation to the formation of legal product in Indonesia.

Keywords: legislative powers, executive powers, discretion.

A. Pendahuluan

Negara Kesatuan Republik Indonesia adalah negara hukum (*Rechtsstaat*), tidak berdasarkan kepada kekuasaan belaka (*Machtsstaat*). Hal ini menunjukkan bahwa sistem pemerintahan negara Indonesia berdasarkan atas hukum. Didalam sistem tersebut segala bentuk kebijakan dan tindakan aparatur penyelenggara negara harus berdasar atas hukum, tidak semata-mata berdasarkan kekuasaan yang melekat pada kedudukan aparatur penyelenggara negara itu sendiri.

Hukum yang baik adalah hukum yang sesuai dengan hukum yang hidup dalam masyarakat. Konsep teori ini menunjukkan adanya kompromi antara hukum yang tertulis sebagai kebutuhan masyarakat hukum, demi adanya kepastian hukum dan *living law* sebagai wujud penghargaan terhadap pentingnya peranan masyarakat dalam pembentukan dan orientasi hukum. Pembentukan hukum yang didasarkan pada kaedah hukum haruslah memperhatikan akibat hukum dari penerapan suatu ketentuan positif yang mengarah pada suatu pencapaian

kepastian hukum, oleh karenanya pembentukan hukum dalam kerangka pembangunan hukum di Indonesia *(law making)* haruslah menyelaraskan dan memperhatikan hukum yang hidup dalam masyarakat. [1]

Paham negara hukum tidak dapat dipisahkan dari paham kerakyatan. Sebab pada akhirnya, hukum yang mengatur dan membatasi kekuasaan negara (pemerintahan) diartikan sebagai hukum yang dibuat atas dasar kekuasaan atau kedaulatan rakyat. Dalam kaitannya dengan negara hukum, kedaulatan rakyat merupakan unsur material negara hukum, di samping masalah kesejahteraan rakyat.

Negara adalah suatu organisasi yang memiliki tujuan. Pada konteks negara Indonesia, tujuan negara tertuang dalam alinea keempat Pembukaan UUD 1945, yang mengidentifikasikan bahwa Indonesia merupakan negara hukum yang menganut konsep *welfare state* (negara kesejahteraan). Sebagai negara hukum yang bertujuan mewujudkan kesejahteraan umum, setiap kegiatan di samping harus berorientasikan pada tujuan yang hendak dicapai juga harus berdasarkan pada hukum yang berlaku sebagai aturan kegiatan kenegaraan, pemerintahan, dan kemasyarakatan.

Pertumbuhan penduduk dalam suatu negara menuntut pemerintahnya untuk mampu menyediakan berbagai sarana dan pemenuhan hajat hidup bagi rakyatnya, terutama pada negara yang menganut paham *"welfare state"* seperti halnya Indonesia. Sebagai konsekuensi dari konsep tersebut, negara dituntut untuk berperan lebih jauh dan melakukan campur tangan terhadap aspek-aspek kehidupan masyarakat dalam rangka mewujudkan kesejahteraan.

Dilihat dari fungsi yang dikerjakan oleh aparatur pemerintah, fungsi pemerintahan memiliki cakupan yang sangat luas, terlebih lagi dalam konsep negara kesejahteraan *(welfare state).* Akan tetapi secara keseluruhan fungsi pemerintahan terdiri dari berbagai macam tindakan-tindakan pemerintah, keputusan-keputusan, ketetapan-ketetapan yang bersifat umum, tindakan-tindakan hukum perdata, dan tindakan-tindakan nyata. Hanya fungsi pembentukan peraturan perundang-undangan dari penguasa politik dan fungsi peradilan oleh para hakim yang tidak termasuk didalamnya.

Konsep negara kesejahteraan mengandung makna bahwa pemerintah dituntut untuk bertindak menyelesaikan segala aspek dan persoalan yang menyangkut kehidupan warga negaranya, walaupun belum ada dasar atau aturan yang mengaturnya. Atas dasar ini maka pemerintah diberikan kebebasan untuk dapat melakukan atau bertindak dengan inisiatif sendiri guna kepentingan umum untuk menyelesaikan segala persoalan atau permasalahan.

Pemerintah mempunyai kewajiban untuk memberikan pelayanan kepada masyarakat *(public service).* Dengan adanya fungsi *"public service"* ini, berarti pemerintah tidak saja melaksanakan peraturan perundang-undangan itu sendiri. Oleh karenanya pemerintah berhak menciptakan kaidah hukum konkrit yang dimaksudkan guna mewujudkan tujuan peraturan perundang-undangan[2].

Selanjutnya, keterlibatan hukum yang semakin aktif ke dalam persoalan-persoalan yang menyangkut perubahan sosial, justru memunculkan permasalahan yang mengarahkan penggunaan hukum secara sadar dan aktif sebagai sarana untuk turut menyusun tata kehidupan yang baru tersebut. Hal ini tampak dari segi pengaturan oleh hukum, baik dari aspek legitimasinya, maupun aspek keefektifan penerapannya[3].

Diberikannya tugas pelayanan publik kepada pemerintah sebagaimana tersebut di atas secara langsung membawa konsekuensi yang khusus bagi administrasi negara. Agar dapat menjalankan tugas penyelenggaraan kesejahteraan umum, maka administrasi negara memerlukan kemerdekaan untuk dapat bertindak atas inisiatif dan kebijaksanaannya sendiri, terutama dalam penyelesaian soal-soal genting yang timbul tiba-tiba dan yang peraturannya belum ada, yaitu belum dibuat oleh badan-badan kenegaraan yang diserahi fungsi legislatif. Dalam hukum administrasi negara disebut dengan *"pouvoir discrectionnaire"* atau *"freies ermessen"* atau asas diskresi, yang mengandung kewajiban dan kekuasaan yang luas, yaitu terhadap tindakan yang akan dilakukan dan kebebasan untuk memilih melakukan atau tidak tindakan tersebut.

Adanya *"freies Ermessen"* mempunyai konsekuensi sendiri dibidang perundang-undangan, yakni adanya penyerahan kekuasaaan legislatif kepada pemerintah, sehingga dalam keadaan tertentu dan/atau dalam porsi dan tingkat tertentu pemerintah dapat mengeluarkan peraturan perundang-undangan (produk legislasi) tanpa persetujuan lebih dulu dari parlemen. Dengan adanya freies ermessen ini berarti bahwa sebagian kekuasaan yang dipegang oleh badan pembentuk undang-

1 Satjipto Rahardjo, Hukum dan Masyarakat, Angkasa, Bandung, 1984, hal.83.
2 Muchsan, Beberapa Catatan Tentang Hukum Administrasi Negara Dan Peradilan Administrasi Negara Di Indonesia. Liberty. Yogyakarta, 1981, hal.3
3 Sunggono Bambang, Hukum Dan Kebijaksanaan Publik, Sinar grafika, Jakarta, 1994, hal.1

undang dipindahkan ke dalam tangan pemerintah/administrasi negara, sebagai badan eksekutif.

Berdasarkan uraian diatas penulis mencoba menggali lebih dalam materi-materi yang secara khusus mengupas tentang diskresi dalam upaya melakukan peninjauan yuridis penggunaan asas diskresi dalam kaitannya dengan pembentukan produk hukum di Indonesia. Untuk itu penulis merasa perlu memberikan gambaran tentang apa itu diskresi, batas-batas penggunaan diskresi, siapa saja yang dapat melakukan/menerbitkan keputusan diskresi serta jenis produk hukum daerah.

Pada hakekatnya ada kebebasan bertindak bagi administrasi negara untuk menjalankan fungsinya secara dinamis guna menyelesaikan persoalan-persoalan penting yang mendesak, sedangkan aturan untuk itu belum ada, namun harus diingat bahwa kebebasan bertindak administrasi negara tersebut bukan kebebasan dalam arti yang seluas-luasnya dan tanpa batas, melainkan terikat pada batas-batas tertentu yang diperkenankan oleh hukum administrasi negara.

Dalam pelaksanaan diskresi perlu ditetapkan adanya batas toleransi agar tidak terjadi kewenangan yang tidak terkendali. Batasan toleransi dari diskresi ini yaitu dengan memberikan kebebasan atau keleluasaan administrasi negara untuk bertindak atas inisiatif sendiri, untuk menyelesaikan persoalan-persoalan yang mendesak yang belum ada aturannya untuk itu, tetapi tidak boleh mengakibatkan kerugian kepada masyarakat, harus dapat dipertanggungjawabkan secara hukum dan juga secara moral.

Berdasarkan uraian latar belakang diatas, kebebasan bertindak sudah tentu akan menimbulkan kompleksitas masalah karena sifatnya menyimpangi asas legalitas dalam arti sifat "pengecualian". Diskresi sangat berpotensi menimbulkan perbuatan melanggar hukum yang berakibat fatal. Untuk itu permasalahan yang akan dibahas dalam tulisan ini adalah adalah sebagai berikut :

1. Bagaimanakah penggunaan diskresi dalam pembentukan produk hukum?
2. Bagaimana pertanggungjawaban hukum pejabat yang menerbitkan keputusan atas dasar diskresi?

Tujuan dari penelitian ini dibedakan menjadi 3 (tiga) yaitu tujuan secara praktis, akademis dan futuristik. Secara praktis tujuan penelitian ini adalah untuk mengetahui dan memberi gambaran mengenai penggunaan asas diskresi oleh badan/pejabat administrasi pemerintahan di daerah dalam kaitannya dengan pembentukan produk hukum daerah, bagaimana daya berlakunya suatu keputusan diskresi, kemudian bagaimana pertanggungjawaban hukum pejabat yang menerbitkan suatu keputusan diskresi. Sedangkan tujuan secara akademis dari penelitian ini adalah untuk menemukan teori hukum bahwa dalam menjalankan tugas untuk mensejahterakan rakyatnya dan atau untuk kepentingan umum, pejabat administrasi pemerintahan memperoleh kemerdekaan untuk dapat bertindak atas inisiatif dan kebijaksanaannya sendiri, sepanjang demi kepentingan rakyat banyak, maka tidak ada alasan bagi aparat pemerintah untuk menolak mengambil kebijakan, sekalipun undang-undang maupun produk hukum lainnya tidak mengaturnya secara formil. Secara futuristik akan dikaji hal-hal apa saja yang seharusnya akan diatur di dalam peraturan pemerintah mengenai diskresi pejabat administrasi pemerintahan guna memberi masukan bagi penyusunan peraturan mengenai diskresi pejabat administrasi pemerintahan.

Hasil penelitian ini secara praktis diharapkan dapat menjadi acuan yang dapat menunjang tugas badan/pejabat administrasi pemerintahan di daerah dalam menerbitkan keputusan diskresi, sedangkan secara akademis diharapkan dapat menemukan teori-teori hukum dari adanya penggunaan diskresi, adapun secara futuristik dapat dijadikan sebagai masukan dalam penyusunan Rancangan Peraturan mengenai diskresi pejabat administrasi pemerintahan.

B. Pembahasan

B.1.Pengertian Diskresi

Menurut Kamus Hukum[4], diskresi berarti kebebasan mengambil keputusan dalam setiap situasi yang dihadapi menurut pendapatnya sendiri. Ada beberapa pakar hukum yang memberikan definisi diskresi diantaranya S.Prajudi Atmosudirjo[5] yang mendefinisikan diskresi, *discretion* (Inggris), *discretionair (*Perancis), *Freies ermessen* (Jerman) sebagai kebebasan bertindak atau mengambil keputusan dari para pejabat administrasi negara yang berwenang dan berwajib menurut pendapat sendiri. Selanjutnya dijelaskannya bahwa diskresi diperlukan sebagai pelengkap dari asas legalitas, yaitu asas hukum yang menyatakan bahwa setiap tindak atau perbuatan administrasi negara harus berdasarkan ketentuan Undang-undang. Akan tetapi tidak mungkin bagi Undang-

4 JCT Simorangkir dkk, Kamus Hukum, Penerbit Sinar Grafika, Jakarta, 2008, hlm 38
5 S. Prajudi Atmosudirjo, Hukum Administrasi Negara, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1994, hlm 82

undang untuk mengatur segala macam kasus dalam praktek kehidupan sehari-hari. Oleh sebab itu perlu adanya kebebasan atau diskresi dari administrasi negara yang terdiri atas diskresi bebas dan diskresi terikat. Pada diskresi bebas, Undang-undang hanya menetapkan batas-batas dan administrasi negara bebas mengambil keputusan apa saja asalkan tidak melampaui/ melanggar batas-batas tersebut, sedangkan pada diskresi terikat, Undang-undang menetapkan beberapa alternatif keputusan dan administrasi negara bebas memilih salah satu alternatif keputusan yang disediakan oleh Undang-undang.

Sjachran Basah[6] mengatakan bahwa *freies ermessen* adalah kebebasan untuk bertindak atas inisiatif sendiri, akan tetapi dalam pelaksanaannya haruslah tindakan-tindakan administrasi negara itu sesuai dengan hukum sehingga dapat dipertanggungjawabkan.

Menurut Saut P.Panjaitan[7], *Freies Ermessen* adalah kebebasan atau keleluasaan bertindak administrasi negara yang dimungkinkan oleh hukum untuk bertindak atas inisiatifnya sendiri guna menyelesaikan persoalan-persoalan penting yang mendesak yang aturannya belum ada, dan tindakan tersebut harus dapat dipertanggungjawabkan.

B.2. Penggunaan Diskresi Dalam Pembentukan Produk Hukum Daerah

Dalam kaitannya dengan pembentukan produk hukum di daerah, diskresi digunakan dengan berdasarkan pada kriteria sebagai berikut :

1. isi pengaturan dalam Keputusan Diskresi merupakan perbuatan hukum dari pelaksanaan asas-asas umum pemerintahan yang baik yaitu;
   a. asas kepastian hukum : adalah asas dalam kerangka Negara hukum yang mengutamakan landasan peraturan perundang-undangan, kepatutan dan keadilan dalam setiap kebijakan penyelenggara Negara;
   b. asas keseimbangan;
   c. asas kesamaan;
   d. asas bertindak cepat;
   e. asas motivasi
   f. asas mencampuradukkan kewenangan;
   g. asas permainan yang layak : pemerintah memberikan kesempatan yang seluas-luasnya kepada masyarakat untuk mendapatkan informasi yang benar dan adil;
   h. asas keadilan atau kewajaran;
   i. asas menanggapi pengharapan yang wajar;
   j. asas meniadakan suatu akibat keputusan-keputusan yang batal; jika akibat pembatalan keputusan ada kerugian, maka pihak yang dirugikan harus diberi ganti rugi dan rehabilitasi;
   k. asas perlindungan pandangan hidup pribadi : setiap Pegawai Negeri Sipil diberi kebebasan untuk mengatur hidup pribadinya dengan batas Pancasila;
   l. asas kebijaksanaan : pemerintah berhak untuk membuat kebijaksanaan demi kepentingan umum;
   m. asas pelaksanaan kepentingan umum.
2. perbuatan diskresi meliputi :
   a. Kepastian hukum
   b. Keseimbangan
   c. Kecermatan/kehati-hatian
   d. Ketajaman dalam menentukan sasaran
   e. kebijakan
   f. Gotong-royong

Kriteria diatas bersifat integral dan komulatif artinya merupakan syarat yang menyatu dan harus dipenuhi semuanya untuk dapat dilakukan tindakan yang tidak melanggar hukum, sehingga apabila salah satu syarat tidak dipenuhi, maka tindakan tersebut tetap merupakan tindakan yang murni perbuatan melanggar hukum beserta segala akibatnya.

B.3. Pertanggungjawaban Hukum Pejabat yang Menerbitkan Suatu Keputusan atas Dasar Diskresi Dilihat dari Aspek Kelembagaan

Kekuasaan pemerintahan adalah kekuasaan negara di luar kekuasaan legislatif dan yudisial[8]. Dalam konsep Belanda lebih populer dengan istilah *"bestuur'*. Konsep *'bestuur'* mengandung konsep *'sturing' (sturen)*. Konsep 'sturen' pada dasarnya mengandung unsur-unsur berikut:

1) sturen merupakan aktivitas yang kontinyu;
2) sturen berkaitan dengan penggunaan kekuasaan;
3) sturen meliputi bidang di luar legislatif;
4) sturen senantiasa diarahkan kepada tujuan.[9]

Kekuasaan pemerintahan tidak sekedar sebagai kekuasaan teritorial, tetapi juga dalam batas tertentu memiliki ruang diskresi *(discretionary power).* Kekuasaan diskresi dibedakan atas kekuasaan diskresi murni dan

6 Sjachran Basah, Eksistensi dan Tolak Ukur Peradilan Administrasi Negara di indonesia, Alumni, Bandung, 1997, hal.3
7 Marbun SF, dkk, Dimensi-dimensi Pemikiran Hukum Administrasi, UII Press, 2011, hal.108-109
8 Philipus dalam Titik, Pengantar Hukum Tata Negara Indonesia, Jakarta, Prestasi Pustaka Publisher,2010,hlm.213
9 ibid

kekuasaan diskresi tidak murni. Kekuasaan diskresi murni merupakan suatu kebebasan untuk memutus secara murni sedangkan kekuasaan diskresi tidak murni merupakan suatu kebebasan untuk melakukan interpretasi terhadap ketentuan norma hukum yang samar-samar.

Terhadap kekuasaan terikat prinsip *'wetmatigheid'* memadai namun hal itu tidak memadai bagi kekuasaan diskresi. Untuk menjangkau kekuasaan diskresi dibeberapa negara dewasa ini dalam batas dengan prinsip 'rechtmatigheid van bestuur' dikembangkan asas-asas umum pemerintahan yang baik *(algemene beginselen van voorlijk)* sangat penting artinya baik sebagai norma pemerintahan, sebagai alasan menggugat atau dasar menggugat.

Pelaksanaan pemerintahan mengarah pada tujuan untuk mewujudkan pemerintahan yang bersih *(clean goverment)* dan pemerintahan yang baik *(Good governances)* serta Asas-asas umum pemerintahan yang layak (*General principles of good administration)*, (sebagai instrumen penting dalam mewujudkan pemerintahan yang baik dan bersih). Namun kenyataan juga menunjukkan bahwa *Good Governance* dan *Clean Goverment* tetap menjadi cita-cita[10].

Dalam praktik penyelenggaraan pemerintahan AAUPB meliputi antara lain :

1. larangan penyalahgunaan wewenang *(detournement de pouvir);*

   Dalam konsep penyalahgunaan wewenang dalam hukum administrasi dikenal tiga parameter penyalahgunaan wewenang, yaitu :

   a. Asas Spesialis (tujuan dan maksud)

      Untuk mengukur tindakan pejabat administrasi yang termasuk wewenang bebas (diskresi) apakah terjadi penyalahgunaan wewenang atau tidak dengan cara menilai apakah tindakan pejabat administrasi tersebut menyimpang dari tujuan pemberian wewenang tersebut atau tidak (asas larangan penyalahgunaan wewenang). Jika menyimpang dari tujuan pemberian wewenang tersebut, maka perbuatan itu dikategorikan sebagai penyalahgunaan wewenang.[11]

   b. Asas Legalitas

      Menurut asas legalitas, pemerintah hanya dapat melakukan perbuatan hukum jika memiliki legalitas atau didasarkan pada undang-undang yang merupakan perwujudan aspirasi warga negara. Dalam negara demokrasi, tindakan pemerintah harus mendapatkan legitimasi dari rakyat yang secara formal tertuang dalam undang-undang.

   c. Asas-asas Freies Ermessen

      Dalam banyak situasi fungsi pemerintahan, pejabat dihadapkan pada kondisi peraturan perundang-undangan tidak memberikan kewenangan untuk bertindak, padahal terdapat keperluan yang mendesak bagi pemerintah untuk bertindak dalam mencapai suatu tujuan tertentu. Melalui asas *Freies Ermessen* badan-badan administrasi diberikan ruang gerak untuk melakukan tindakan tanpa harus terikat sepenuhnya pada undang-undang. Meski demikian, menurut Sjachran Basah, pemerintah dalam menjalankan aktivitasnya terutama dalam mewujudkan tujuan-tuijuan negara (mengupayakan bestuurszorg) melalui pembangunan, tidak berarti pemerintah dapat bertindak semena-mena.[12]

2. larangan sewenang-wenang *(willekeur).*[13]

Tindakan sewenang-wenang (willekeur) pada hakikatnya merupakan suatu tindakan yang tidak berdasar pada aturan hukum atau AAUPB. Tindakan tersebut bersifat irrasional, oleh karenanya untuk mengukur ada tidaknya tindakan sewenang-wenang, parameternya adalah asas rasionalitas.

Dalam negara hukum, setiap tindakan pemerintahan harus berdasarkan atas hukum, karena dalam negara terdapat prinsip *wetmatigheid van bestuur* atau asas legalitas. Asas ini menentukan bahwa tanpa adanya dasar wewenang yang diberikan oleh suatu peraturan perundang-undangan yang berlaku, maka segala macam aparat pemerintah tidak akan memiliki wewenang yang dapat mempengaruhi atau mengubah keadaan atau posisi hukum warga masyarakatnya. Asas legalitas menurut Sjachran Basah, berarti upaya mewujudkan duet integral secara harmonis antara paham kedaulatan hukum dan paham kedaulatan rakyat berdasarkan prinsip monodualistis selaku pilar-pilar, yang sifat hakikatnya konstitutif.

Meski demikian, tidak selalu setiap tindakan pemerintahan tersedia peraturan

---

10 Muin Fahmal, Asas-Asas Umum Pemerintahan Yang Layak,Tata Pemerintahan yang Baik (Good Governance) Sebagai Instrumen Pemerintahan Yang Bersih (Clean Goverment): Diucapkan pada upacara penerimaan jabatan guru besar tetap dalam bidang ilmu hukum tata negara dan hukum administrasi negara pada Fakultas Hukum Universitas Muslim Indonesia, 2006, hlm 3

11 ibid hlm.182

12 ibid 184

13 ibid hlm.181

perundang-undangan yang mengaturnya. Dapat terjadi, dalam kondisi tertentu terutama ketika pemerintah harus bertindak cepat untuk menyelesaikan persoalan konkret dalam masyarakat peraturan perundang-undangannya belum tersedia. Dalam kondisi seperti ini, kepada pemerintah diberikan kebebeasan bertindak *(discresionare power)* yaitu melalui *freies ermessen*, yang diartikan sebagai salah satu sarana yang memberikan ruang bergerak bagi pejabat atau badan-badan administrasi negara untuk melakukan tindakan tanpa harus terikat sepenuhnya pada undang-undang.

Freies Ermessen ini menimbulkan implikasi dalam bidang legislasi bagi pemerintah, yaitu lahirnya hak inisiatif untuk membuat peraturan perundang-undangan yang sederajat dengan UU tanpa persetujuan DPR, hak delegasi untuk membuat peraturan yang derajatnya di bawah UU, dan droit function atau kewenangan menafsirkan sendiri aturan-aturan yang masih bersifat enunsiatif. Menurut Bagir Manan, kewenangan pemerintah untuk membentuk peraturan perundang-undangan karena beberapa alasan yaitu; pertama, paham kekuasaan menekankan pada perbedaan fungsi daripada pemisahan organ, karena itu fungsi pembentukan peraturan tidak harus terpisah dari fungsi penyelenggaraan pemerintahan; kedua, dalam negara kesejahteraan pemerintah membutuhkan instrumen hukum untuk menyelenggarakan kesejahteraan umum; ketiga, untuk menunjang perubahan masyarakat yang cepat, mendorong administrasi negara berperan lebih besar dalam pembentukan peraturan perundang-undangan.

Freies Ermessen merupakan konsekuensi logis dari konsepsi *welfare state*, akan tetapi dalam kerangka negara hukum, *freies ermessen* ini tidak dapat digunakan tanpa batas. Atas dasar itu, Sjachran Basah mengemukakan unsur-unsur *Freies Ermessen* dalam suatu negara hukum yaitu sebagai berikut:

1. Ditujukan untuk menjalankan tugas-tugas servis publik;
2. Merupakan sikap tindak yang aktif dari administrasi Negara;
3. Sikap tindak itu dimungkinkan oleh hukum;
4. Sikap tindak itu dimaksudkan untuk menyelesaikan persoalan-persoalan penting yang timbul secara tiba-tiba;
5. Sikap tindak itu dapat dipertanggungjawabkan baik secara moral kepada Tuhan Yang Maha Esa maupun secara hukum.

Berdasarkan paparan sebagaimana disebutkan di atas, pada dasarnya perbuatan pemerintah (administrasi) dapat dikategorikan menjadi 3 (tiga) macam, yaitu :

1. mengeluarkan peraturan perundang-undangan (*regelling*)
2. mengeluarkan keputusan (beschikking); dan
3. melakukan perbuatan material *(materielle dead)*

Suatu perbuatan hukum yang dilakukan oleh aparat administrasi Negara berdasarkan wewenang istimewa dalam hal membuat suatu ketetapan/keputusan bertujuan untuk mengatur hubungan antara sesama administrasi Negara maupun antara administrasi Negara dan warga masyarakat.

B.4. Pertanggungjawaban Hukum Pejabat yang Menerbitkan Suatu Keputusan atas Dasar Diskresi Dilihat Dari Aspek Dasar Kewenangan

Sesuai dengan asas negara hukum *(rechtstaat),* maka semua tindakan hukum *(rechts handelingen)* dan atau tindakan faktual *(feitelijke handelingen)*Pejabat/administrasipemerintahan, baik yang menyangkut kewenangan, substansi maupun prosedur harus berdasarkan pada ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku serta sesuai dengan asas-asas umum pemerintahan yang baik (AUPB). Oleh karena itu Pejabat/administrasi pemerintahan dapat melakukan tindakan hukum dan atau tindakan faktual, maka dengan demikian subyek hukum tidak hanya terbatas pada orang atau badan hukum perdata saja (seperti Perseroan Terbatas, Koperasi, Yayasan), akan tetapi juga Pejabat/ administrasi pemerintahan sehingga Pejabat/ administrasi pemerintahan dapat dikategorikan sebagai subyek hukum. Dalam kedudukannya sebagai subyek hukum, maka Pejabat/badan administrasi pemerintahan dapat menimbulkan hak dan kewajiban secara hukum.

Menurut E.Utrecht, ada beberapa implikasi dalam bidang peraturan perundang-undangan yang bisa dimiliki oleh pemerintah berdasarkan *Freies Ermessen*, yaitu: Pertama, kewenangan atas inisiatif sendiri yaitu kewenangan untuk membuat peraturan perundang-undangan yang setingkat dengan undang-undang tanpa meminta persetujuan dari parlemen lebih dulu, kedua, kewenangan karena delegasi perundang-undangan dari UUD dan UU yaitu kewenangan untuk membuat peraturan perundang-undangan yang derajatnya lebih rendah dari undang-undang dan berisi masalah-masalah untuk mengatur ketentuan-ketentuan yang ada didalam satu undang-undang.

Kewenangan yang dimiliki oleh organ (institusi) pemerintahan dalam melakukan perbuatan nyata (riil), mengadakan pengaturan atau mengeluarkan keputusan selalu dilandasi oleh kewenangan yang diperoleh dari konstitusi secara atribusi, delegasi, maupun mandat. Suatu atribusi menunjuk pada kewenangan yang asli atas dasar konstitusi (UUD dan UU). Pada kewenangan delegasi, harus ditegaskan suatu pelimpahan wewenang kepada organ pemerintahan yang lain. Pada mandat tidak terjadi pelimpahan apapun dalam arti pemberian wewenang, akan tetapi, yang diberi mandat bertindak atas nama pemberi mandat. Dalam pemberian mandat, pejabat yang memberi mandat menunjuk pejabat lain untuk bertindak atas nama mandator (pemberi mandat).

Indriyanto Seno Adji sebagaimana dikutip oleh Muchsin mengatakan bahwa untuk mengukur tindakan yang menyalahi wewenang diskresi dalam lapangan hukum administrasi adalah sebagai berikut :

1. Penyalahgunaan kewenangan untuk melakukan tindakan-tindakan yang bertentangan dengan kepentingan umum atau untuk menguntungkan kepentingan pribadi, kelompok atau golongan.
2. Penyalahgunaan kewenangan berupa penyimpangan dari tujuan umum.
3. Penyalahgunaan kewenangan untuk mencapai tujuan tertentu melalui penggunaan prosedur lain,[14] disamping itu dapat pula berupa :
4. Perbuatan yang tidak tepat, dalam hal terdapat beberapa opsi/pilihan tindakan, dan;
5. Perbuatan yang tidak bermanfaat;

Terhadap tindakan/keputusan yang diterbitkan atas dasar diskresi sebagaimana tersebut diatas yang menimbulkan kerugian perdata atau berakibat pada tindakan pidana serta melanggar batas-batas diskresi harus dinyatakan sebagai perbuatan melawan hukum yang dilakukan oleh pejabat administrasi pemerintahan *(onrechtmatige overheidsdaad)* yang dimuat di dalam amar putusan Pengadilan Tata Usaha Negara.

Bila berbicara mengenai pertanggungjawaban maka diskresi akan terkait dengan permasalahan subyek yang memiliki kewenangan membuat diskresi. subyek yang berwenang untuk membuat suatu diskresi adalah administrasi negara dalam pengertian sempit, yaitu eksekutif. Adapun basis argumentasi yuridisnya ialah bahwa pihak eksekutif yang lebih banyak bersentuhan dengan masalah pelayanan publik oleh karena itu diskresi hanya ada dipraktekkan dan dikenal dalam tata kelola pemerintahan. Bentuk-bentuk sederhana dari keputusan administrasi di luar peraturan perundang-undangan yang dapat dilihat dalam contoh kehidupan sehari-hari adalah memo yang dikeluarkan oleh pejabat, pengumuman, surat keputusan (SK) dan sejumlah bentuk lainnya.

Dengan demikian semua perbuatan Administrasi Negara dapat dinilai oleh pengadilan, walaupun yang menilai itu mungkin tidak termasuk lingkungan peradilan Tata Usaha Negara.

Menurut Prof. Muchsan, pelaksanaan diskresi oleh aparat pemerintah (eksekutif) dibatasi oleh 4 (empat) hal, yaitu :

1. Apabila terjadi kekosongan hukum.

   Contoh: Indonesia adalah negara berkembang *(developing country)*, tentunya hukum dan masyarakat ikut tumbuh berkembang, serta bergerak cepat. Dalam perkembangan yang begitu cepat tentunya terjadi kekosongan hukum, karena belum ada pengaturannya terhadap permasalahan baru, karena belum ada perundangan yang mengaturnya.
2. Adanya kebebasan penafsiran/interpretasi.

   Contoh: Pembuat undang-undang membuat suatu undang-undang yang dalam penjelasannya dikatakan “cukup jelas”, disitulah terjadi kebebasan untuk menafsirkannya.
3. Adanya delegasi perundang-undangan *(delegatie van wetgeving)*.

   Contoh: *Hinder Ordonantie* (Undang-undang gangguan), terdapat satu pasal yang menyatakan bahwa yang memberi ijin adanya perusahaan adalah kepala daerah, asal tidak menimbulkan bahaya *(qwalijk)*. Unsur “bahaya” tersebut tidak dijabarkan dalam HO, jadi HO mendelegasikannya kepada kepala daerah untuk memberikan penjabarannya.
4. Demi pemenuhan kepentingan umum.

   Contoh: Keputusan Presiden Nomor 55 Tahun 1993 Tentang Pembebasan Hak atas Tanah, dalam Keputusan Presiden tersebut kepentingan umum dijabarkan menjadi 12.

Selain itu terdapat beberapa alasan terjadinya diskresi yaitu :

1. Mendesak dan alasannya mendasar serta dibenarkan motif perbuatannya;
2. Peraturan Perundang-undangan yang dilanggar dalam menetapkan kebijaksanaan diskresi, khusus untuk kepentingan umum, bencana alam dan keadaan darurat, yang penetapannya dapat dipertanggung jawabkan secara hukum;

14 Indryanto Seno Adji dalam Muchsin, Fungsi, Tugas dan Wewenang Ombudsman Menurut Undang-Undang Nomor. 37 Tahun 2008, Varia Peradilan, Mei 2009, hlm 20

3. Untuk lebih cepat, efisien, dan efektif dalam mencapai tujuan yang diamanatkan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dan Undang-undang, penyelenggaraan pemerintahan negara, dan untuk keadilan serta kesejahteraan masyarakat.

B.4.Kebijakan Diskresi dalam Praktek

Menurut Prof Muchsan, didalam membentuk suatu produk hukum aparat yang berwenang dapat menggunakan 2 (dua) dasar, yaitu :

1. Wetmatig (dasar hukum positif)

   ini merupakan dasar yang ideal, karena produk hukum yang akan dibuat oleh aparat yang berwenang merupakan produk hukum yang berpatokan atau berlandaskan pada Peraturan Perundang-undangan yang lebih tinggi secara hirarki Peraturan Perundangan.

2. Doelmatig (kebijakan / kearifan lokal)

   ialah produk hukum yang dibuat tanpa adanya landasan hukum Peraturan Perundangan yang lebih tinggi secara hierarki Peraturan Perundangan. Dasarnya diambil dari teori hukum yang dikenal adanya asas diskresi "discretionare principle" atau juga disebut asas kebebasan bertindak , dan sebagai landasan hukumnya (diskresi) adalah : *Algemene Beginselen Van Behoorlijk Bestuur / The Principle of Good Public Administration* atau disebut asas-asas umum pemerintahan yang baik[15]

Namun, menurut Prof. Muchsan, terhadap penggunaan diskresi oleh aparat yang berwenang/administrasi Negara ternyata mengundang "dilema", disatu sisi pejabat administrasi/aparat yang berwenang "harus mengeluarkan suatu keputusan" yang sifatnya/ terlihat adanya perbuatan sewenang-wenang (karena tidak berdasarkan Peraturan Perundang-undangan),dan di sisi lain apabila pejabat administrasi/aparat yang berwenang 'tidak mengeluarkan suatu keputusan", maka tujuan pembangunan nasional (demi kesejahteraan) sulit dilakukan. Jadi, penggunaan diskresi tetap digunakan, akan tetapi penggunaannya harus dibatasi.

Melihat perkembangan yang semakin cepat dalam masyarakat pada suatu Negara modern saat ini, maka dituntut pula kesiapan administrasi Negara untuk mengantisipasi perkembangan yang terjadi itu. Dalam hal ini, sudah barang tentu asas legalitas (dalam arti: *wetmatigeheid van bestuur*) tidak dapat lagi dipertahankan secara kaku. Sebab administrasi Negara bukan hanya terompet dari suatu Peraturan Perundang–undangan, melainkan dalam melaksanakan tugasnya itu, mereka wajib bersikap aktif demi terselenggaranya tugas–tugas pelayanan publik, yang semuanya itu tidak dapat ditampung dalam hukum yang tertulis saja. Oleh karenanya maka diperlukan adanya diskresi/*freies ermessen*.

Apabila dihubungkan dengan pendapat Sjachran Basah terdahulu, maka implementasi diskresi/*freies Ermessen* melalui sikap dan tindakan administrasi Negara ini dapat berwujud :

1. Membentuk peraturan perundang–undangan dibawah undang–undang yang secara materiil mengikat umum;
2. Mengeluarkan *beschikking*yang bersifat konkrit, final dan individual;
3. Melakukan tindak administrasi yang nyata dan aktif;
4. Menjalankan fungsi peradilan, terutama dalam hal "keberatan" dan "banding administratif."

Di dalam Negara hukum modern, administrasi Negara tidak hanya sekedar melaksanakan undang-undang (legisme), melainkan demi terselenggaranya Negara hukum dalam arti materiil, memerlukan adanya diskresi/*freies ermessen*. Diskresi ini hanya diberikan kepada lembaga eksekutif (pemerintah) beserta seluruh jajarannya, baik di tingkat pusat maupun daerah. Karena itu dalam penggunaan diskresi yang melanggar atau merugikan hak warga Negara, pemerintah (eksekutif) dapat dimintai pertanggungjawaban melalui pengadilan.

Cita negara hukum seperti ketentuan Pasal 1 ayat (3) UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945 itu sebaiknya kita pahami bahwa didalam sistem tersebut terdapat segala bentuk kebijakan dan tindakan aparatur penyelenggara negara harus berdasar atas hukum, tidak semata-mata berdasarkan kekuasaan yang melekat pada kedudukan aparatur penyelenggara negara itu sendiri.

C. Penutup

Dari paparan yang telah dikemukakan diatas, penulis mengambil kesimpulan bahwa penggunaan diskresi oleh pejabat publik, harus dilandasi oleh semangat dan tekad untuk senantiasa mempertanggungjawabkan kebijakan sikap dan tindakannya. Siapa pun yang menggunakan diskresi secara keliru, berarti tidak melandasi diskresi dengan pertanggungjawaban pribadi, korps, serta profesinya. Selain pertanggung jawaban, kaidah hukum, nilai-nilai standar di tengah masyarakat, hak asasi manusia dan lain-lain, penggunaan diskresi pun harus diberi landasan pendahuluan kepentingan publik. Prioritas kepentingan publik, biasanya lebih mudah dibicarakan,

15 Muchsan, Catatan Materi Perkuliahan Hukum, Program Magister UGM, 2011

daripada dilaksanakan, hal ini disebabkan karena orang-orang yang menggunakan diskresi, terbiasa terlena oleh kewenangan ekstra dimaksud, sehingga membentuk kesadaran mendasar, bahwa dengan sendirinya (otomatis) penerapan diskresi selalu berujung pengutamaan kepentingan publik, dalam rincian ketertiban umum, pelayanan prima, keamanan masyarakat, dan lain-lain sejenis. Namun bila diskresi dijalankan sesuai dengan ketentuan dan pra syarat yang ada, maka sangat diyakini bahwa persoalan ketertiban umum, keamanan masyarakat, pelayanan prima kepada konsumen, atau lain-lain sejenis akan dapat teratasi dengan baik.

Pertanggungjawaban hukum pejabat/badan administrasi Negara yang menerbitkan suatu keputusan atas dasar diskresi harus dapat dibedakan dari segi administrasi, perdata dan pidana. Dari segi administrasi, keputusan yang diterbitkan atas dasar diskresi wajib dilaporkan secara tertulis kepada atasan langsung pejabat yang menerbitkan keputusan tersebut. Apabila menurut penilaian atasan pejabat yang akan menerbitkan keputusan bahwa keputusan tersebut tidak dapat dibenarkan dari segi hukum dan dari segi kebijakan, maka atasan pejabat yang menerbitkan keputusan tersebut harus memerintahkan agar suatu keputusan yang diterbitkan atas dasar diskresi tersebut dicabut. Selanjutnya terhadap sebuah keputusan yang diterbitkan atas dasar diskresi yang menimbulkan akibat pada tindakan pidana, harus menjadi tanggung jawab Pejabat Administrasi Pemeritahan atau Badan yang bersangkutan. Sedangkan yang menimbulkan akibat pada kerugian perdata bagi perorangan, kelompok masyarakat, atau organisasi menjadi tanggung jawab Pejabat Pemerintah yang menetapkan keputusan tersebut. Kemudian jika yang diakibatkan oleh kelalaian Pejabat Administrasi Pemerintahan atau Badan, atau karena adanya kolusi, korupsi dan nepotisme, yang dapat merugikan keuangaan negara/ daerah dan atau bertentangan dengan kebijakan Negara, Pemerintah, dan Pemerintah Daerah atau dapat menguntungkan pihak ketiga dan pihak lain, menjadi tanggung jawab pribadi (foult de personale) Pejabat Administrasi Pemerintahan yang tidak dapat dibebankan kepada negara baik perdata maupun pidana.

Banyaknya diskresi yang dikeluarkan oleh pejabat pemerintah dalam rangka pelaksanaan tugas-tugas pemerintahan berpotensi menimbulkan permasalahan hukum dan administratif, sehingga perlu diawasi oleh masyarakat beserta organisasi-organisasi yang concern terhadap good governance. Melihat rawannya potensi kekacauan hukum dan administrasi yang ditimbulkan, maka diskresi harus dapat dipertanggungjawabkan (responsibility) sekaligus dipertanggunggugatkan (accountability). Oleh karena itu, penggunaan diskresi secara tepat sesuai dengan ketentuaan yang ada, yakni dengan senantiasa bersandar kepada asas-asas umum pemerintahan yang baik tentunya akan membawa manfaat bagi masyarakat. Dalam perspektif ini, perlu ditekankan bahwa seorang pejabat adminisatrasi pemerintahan dituntut harus dapat mempertanggungjawabkan tindakan diskresi yang dibuat olehnya kepada masyarakat tanpa perlu menunggu adanya gugatan secara legalisitik. Mengingat hal tersebut merupakan suatu kewajiban yang sifatnya melekat pada kewenangan yang menjadi dasar akan adanya tindakan diskresi itu sendiri.

Sebagai bagian dari reformasi birokrasi, dan untuk menghindari penggunaan diskresi yang tidak sesuai dengan peraturan Perundang-undangan dan asas-asas umum pemerintahan yang baik, maka dari itu wajib dilakukan evaluasi dan pertanggungjawaban atas diskresi yang dikeluarkan. Kemudian dilakukan klasifikasi apakah diskresi dilakukan secara tepat atau ada unsur penyalahgunaan. Jika ditemukan terjadi kesalahan kebijakan, secara administrasi perlu dibawa ke Pengadilan Tata Usaha Negara (PTUN), Jika ada unsur korupsi tentu harus dipidanakan.

Daftar Pustaka

Buku-Buku

Achmad Ali, Menguak Tabir Hukum, Yogyakarta : UII Press, 2002.

Bagir Manan, Peraturan Kebijakan, Jakarta : Varia Peradilan, 2008.

B. Arief Sidharta, Kajian Kefilsafatan tentang Negara Hukum, Jakarta : Pusat Studi Hukum dan Kebijakan (PSHK), edisi 3 Tahun II, 2004.

Brian Tamanaha, *The Concept of Rule of Law*, Cambridge : University Press.

Indroharto, Perbuatan Pemerintah Menurut Hukum Politik Dan Hukum Perdata, Jakarta : LPP HAN.

JCT Simorangkir dkk, Kamus Hukum, Jakarta : Sinar Grafika, 2008.

Jimly Asshiddiqie, Format Kelembagaan Negara dan Pergeseran Kekuasaan Dalam UUD 1945, Yogyakarta : FH UII Press, 2004.

Kansil, C.S.T.,Hukum Tata Negara Republik Indonesia, Jakarta : Rineka Cipta, 2008.

Laica Marzuki., Dari Timur ke Barat Memandu Hukum, Jakarta : Setjen dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2008.

Lutfi Effendi., Pokok-pokok Hukum Administrasi, Malang : Bayumedia Publishing, 2003.

Marbun SF, dkk., Dimensi-dimensi Pemikiran Hukum Administrasi, Yogyakarta: UII Press, 2011.

Muchsan., Beberapa Catatan Tentang Hukum Administrasi Negara Dan Peradilan Administrasi Negara Di Indonesia, Yogyakarta : Liberty, 1981.

Muin Fahmal., Asas-asas Umum Pemerintahan yang layak,Tata Pemerintahan yang baik (Good Governance) Sebagai Instrumen Pemerintahan yang Bersih (clean Governance), Makassar : Universitas Muslim Indonesia, 2006.

Otje Salman, Teori Hukum, Bandung : Refika Aditama, 2007.

Ridwan HR., Hukum Administrasi Negara, Yogyakarta: UII Press, 2002.

Said Sampara, Laode Husen., Metode Penelitian Hukum, Makassar : Kretakupa, 2013.

Satjipto Rahardjo., Hukum dan Masyarakat, Bandung : Angkasa, 1984.

Satjipto Rahardjo., Teori Yang Murni Tentang Hukum, Bandung : Alumni 1985.

Sjachran Basah., Eksistensi dan Tolak Ukur Peradilan Administrasi Negara di indonesia, Bandung : Alumni, 1997.

Soerjono Soekanto., 1984, Pengantar Penelitian Hukum, UI Press, Jakarta, 1984.

S. Prajudi Atmosudirjo., Hukum Administrasi Negara, Jakarta : Ghalia Indonesia, 1994.

Sunggono Bambang., Hukum Dan Kebijaksanaan Publik, Jakarta : Sinar grafika, 1994.

Titik Triwulan Tutik., Pengantar Hukum Tata Usaha Negara Indonesia, Jakarta : Prestasi Pustaka Publisher, 2010.

Zairin Harahap., Hukum Acara Peradilan Tata Usaha Negara, Jakarta : Raja Grafindo Persada, 2007.

Peraturan Perundang-Undangan

Undang-Undang Nomor 9 Tahun 2004 tentang perubahan atas Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara

Undang-undang Nomor 12 Tahun 2011 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan

Undang-undang Nomor 23 Tahun 2014 Tentang Pemerintahan Daerah

Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 1 tahun 2014 Tentang Produk Hukum Daerah