



DISKRESI DAN PERTANGGUNGJAWABAN PEMERINTAH

GOVERNMENT DISCRETION AND RESPONSIBILITY

Artikel Dikirim: 03-02-2021 Revisi: 20-02-2021 Diterima: 09-03-2021	Oleh : ¹ <i>Meni Warlina</i> , ² <i>Yusri Munaf</i> , ³ <i>Efendi Ibnususilo</i> , ⁴ <i>Aryo Akbar</i> ¹ <i>Mahasiswa Program Pascasarjana Doktoral Ilmu Hukum Universitas Islam Riau</i> ^{2,3,4} <i>Dosen Program Pascasarjana Doktoral Ilmu Hukum Universitas Islam Riau</i> ¹ meni.marlina@student.uir.ac.id , ² yusri.ip@soc.uir.ac.id , ³ ibnususilo@law.uir.ac.id , ⁴ aryo.akbar@law.uir.ac.id
---	---

Abstrakss

Indonesia sebagai negara kesejahteraan, dimana tujuan negara adalah untuk memajukan kesejahteraan umum sebagaimana dinyatakan dalam pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Indonesia Tahun 1945, menimbulkan beberapa konsekuensi terhadap penyelenggaraan pemerintahan yaitu pemerintah harus berperan aktif mencampuri bidang kehidupan sosial ekonomi masyarakat. Untuk itu kepada pemerintah dilimpahkan *bestuurszorg* atau *public service*. Keberadaan peraturan kebijakan tidak dapat dilepaskan dengan kewenangan bebas (*vrije bevoegdheid*) dari pemerintah yang sering disebut dengan istilah *freies ermessen* (*diskresionaire power*) 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* (Jerman) ini bertolak dari kewajiban pemerintah dalam *welfare state* dimana tugas pemerintah yang utama adalah memberikan pelayanan umum atau mengusahakan kesejahteraan bagi warganegara, di samping memberikan perlindungan bagi warganegara. Berkaitan dengan pertanggungjawaban dari penggunaan diskresi oleh pejabat pemerintah, tanggung jawab dan tanggung gugat pribadi dalam penggunaan diskresi itu dapat terjadi dalam keadaan penggunaan diskresi oleh pejabat pemerintah yang dipengaruhi oleh berbagai faktor kepentingan baik kepentingan sendiri, keluarga, korporasi maupun kepentingan lainnya sehingga penggunaan diskresi tersebut menyimpang atau bertentangan dengan norma hukum tertulis maupun tidak tertulis.
Kata Kunci : Diskresi, Pertanggungjawaban, Pemerintah.



Abstract

Indonesia as a welfare state, where the aim of the state is to promote general welfare as stated in the preamble of the 1945 Constitution of the Republic of Indonesia, has several consequences for the administration of government, namely the government must play an active role in intervening in the socio-economic life of the community. For this reason, *bestuurszorg* or public service is delegated to the government. The existence of policy regulations cannot be released with free authority (*vrije bevoegdheid*) from the government which is often referred to as *freies ermessen* (*discretionaire power*) which is defined as one of the means that provides space for officials or state administrative bodies to act without being bound. completely by law. This *Freies Ermessen* (Germany) departs from the government's obligation in the welfare state where the main task of the government is to provide public services or seek welfare for citizens, in addition to providing protection for citizens. About accountability for the use of discretion by government officials, personal responsibility, and accountability in the use of discretion can occur in a state of discretionary use by government officials who are influenced by various factors of interest, both self-interest, family, corporate and other interests so that the use of discretion deviates or contrary to written or unwritten legal norms.

Keywords: Discretion, Accountability, Government.

A. PENDAHULUAN

Pemikiran atau konsepsi manusia merupakan anak zaman yang lahir dan berkembang dalam situasi kesejarahan dengan berbagai pengaruhnya. Pemikiran atau konsepsi manusia tentang negara hukum juga lahir dan berkembang dalam situasi kesejarahan. Oleh karena itu, meskipun konsep negara hukum dianggap sebagai konsep universal, tetapi pada dataran implementasi ternyata memiliki karakteristik beragam. Hal ini karena pengaruh-pengaruh situasi kesejarahan tadi, di samping pengaruh falsafah bangsa, ideologi negara, dan lain-lain (Ridwan, 2014).

Konsep negara *Rule of Law* merupakan konsep negara yang dianggap paling ideal saat ini, meskipun konsep tersebut dijalankan dengan persepsi yang berbeda-beda. Terhadap istilah *Rule of Law* ini dalam bahasa Indonesia sering juga diterjemahkan sebagai *Supremacy of Law* atau supremasi hukum atau pemerintahan berdasarkan atas hukum. Di samping itu, istilah "negara hukum" (*Government by Law*) atau *Rechtstaat*, juga merupakan istilah yang sering digunakan untuk itu (Fuady, 2011). Konsep negara



hukum dimaksudkan sebagai usaha untuk membatasi kekuasaan penguasa negara agar tidak menyalahgunakan kekuasaan untuk menindas rakyatnya (*Abuse of power, Abuse de droit*). Dalam hal ini, konsep negara hukum sangat tidak bisa mentolerir baik terhadap sistem pemerintahan totaliter, diktator, maupun terhadap sistem pemerintahan yang berhaluan anarkis. Konsep *Rechtstaat* bertumpu pada sistem hukum kontinental yang disebut "*Civil Law*" atau "*Modern Roman Law*", sedangkan konsep *Rule of Law* bertumpu atas sistem hukum yang disebut "*Common Law*". Karakteristik *Civil Law* adalah administratif sedangkan karakteristik *Common Law* adalah judicial. Perbedaan karakteristik yang demikian disebabkan karena latar belakang daripada kekuasaan raja. Pada zaman Romawi, kekuasaan yang menonjol dari raja ialah membuat peraturan melalui dekret. Kekuasaan itu kemudian didelegasikan kepada pejabat-pejabat administratif yang membuat pengarahan-pengarahan tertulis bagi hakim tentang bagaimana memutuskan suatu sengketa (Hadjon, 1993). Secara teoritik, konsepsi negara hukum muncul bersamaan dengan dengan diselenggarakannya kekuasaan negara dan pemerintahan berdasarkan aturan hukum tertentu (Hukum Administrasi Negara). Hal ini seiring dengan pendapat Utrecht yang membedakan dua macam negara hukum, yaitu negara hukum formil atau negara hukum klasik, dan negara hukum materiil atau negara hukum modern. Negara hukum formil menyangkut pengertian hukum yang bersifat formil dan sempit yaitu dalam arti peraturan perundang-undangan tertulis. Tugas negara adalah melaksanakan peraturan perundang-undangan tersebut untuk menegakkan ketertiban. Tipe negara tradisional ini dikenal dengan istilah negara penjaga malam. Sedangkan negara hukum materiil mencakup pengertian yang lebih luas termasuk keadilan didalamnya. Tugas negara tidak hanya menjaga ketertiban dengan melaksanakan hukum, tetapi juga mencapai kesejahteraan rakyat sebagai bentuk keadilan (*Welfare State*) (Asshiddiqie, 2015). Dalam menjalankan tugas-tugas pemerintahan, pemerintah atau administrasi negara melakukan tindakan hukum dengan menggunakan sarana atau instrumen yuridis seperti peraturan perundang-undangan, keputusan-keputusan, peraturan kebijakan, perizinan, instrumen hukum keperdataan lainnya, dan sebagainya (Ridwan, 2014). Produk hukum dari Badan/Pejabat administrasi pemerintahan yang berupa dokumen-dokumen yang mengandung materi penetapan yang bersifat konkrit, individual dan final dalam hukum administrasi disebut dengan keputusan (*Beschikking*), sedangkan dokumen-dokumen yang mengandung materi pengaturan yang bersifat umum disebut peraturan (*Regeling*). Adapun perizinan (*Vergunning*) merupakan suatu bentuk



pengecualian dari larangan yang terdapat dalam suatu peraturan. Sedangkan peraturan kebijakan (*Beleid Regels*) adalah produk hukum yang lahir dari kewenangan mengatur kepentingan umum secara mandiri atas dasar prinsip *Freies Ermessen* atau diskresi (Asshiddiqie, 2004).

Dari uraian tersebut, maka yang akan dibahas dalam tulisan ini adalah (1) Bagaimana penggunaan diskresi dalam penyelenggaraan pemerintahan dan (2) Bagaimana bentuk pertanggungjawaban pemerintah atas dikeluarkannya diskresi.

B. PEMBAHASAN

Indonesia sebagai negara kesejahteraan, dimana tujuan negara adalah untuk memajukan kesejahteraan umum sebagaimana dinyatakan dalam pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Indonesia Tahun 1945, menimbulkan beberapa konsekuensi terhadap penyelenggaraan pemerintahan yaitu pemerintah harus berperan aktif mencampuri bidang kehidupan sosial ekonomi masyarakat. Untuk itu kepada pemerintah dilimpahkan *bestuurszorg* atau *public service*. Keberadaan peraturan kebijakan tidak dapat dilepaskan dengan kewenangan bebas (*vrije bevoegdheid*) dari pemerintah yang sering disebut dengan istilah *freies ermessen* (*diskresionaire power*) 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.

Diskresi pada awalnya muncul di Belanda. Pada awal kemunculannya sempat menimbulkan kekhawatiran bahwa akibat dari diskresi tersebut akan menimbulkan kerugian bagi masyarakat. Oleh karena itu untuk meningkatkan perlindungan hukum bagi warga masyarakat, tahun 1950 *Panitia de Monchy* di Netherland membuat laporan tentang asas-asas umum pemerintahan yang baik atau *algemene beginselen van behoerlijk bestuur*. Pada mulanya timbul keberatan dari pejabat-pejabat dan pegawai-pegawai pemerintah di Netherland karena ada kekhawatiran bahwa hakim atau pengadilan administrasi kelak akan mempergunakan istilah itu untuk memberikan penilaian terhadap kebijaksanaan-kebijaksanaan yang diambil pemerintah. Namun, keberatan demikian sekarang ini telah lenyap ditelan masa karena telah hilang relevansinya (Marbun et al., 2001).

Kebijaksanaan atau *freies ermessen* dalam bahasa Jerman berasal dari kata *frei* yang berarti bebas, merdeka, tidak terikat. Kata *freies* berarti orang yang bebas, sedangkan kata *Ermessen* berarti mempertimbangkan, menilai, menduga, penilaian, dan menduga,



pertimbangan atau keputusan. Pada bahasa Inggris disebut *discretion* yang berarti kebijaksanaan, keleluasaan, kehati-hatian atau *discretionaire* (kata sifat) yang berarti menyerahkan kepada kebijaksanaan dengan kebebasan untuk menentukan dan memilih. S. Prajudi Atmosudirjo 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 (Atmosudirjo, 2004).

Freies ermessen (Jerman) ini bertolak dari kewajiban pemerintah dalam *welfare state* dimana tugas pemerintah yang utama adalah memberikan pelayanan umum atau mengusahakan kesejahteraan bagi warganegara, di samping memberikan perlindungan bagi warganegara. Pengertian diskresi menurut kamus hukum adalah kebebasan mengambil keputusan dalam setiap situasi yang di hadapi menurut pendapatnya sendiri (Simorangkir et al., 2008). Menurut Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan, diskresi diartikan sebagai keputusan atau tindakan yang ditetapkan 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, atau adanya stagnasi pemerintahan. Pejabat pemerintahan memiliki hak untuk menggunakan kewenangan dalam mengambil keputusan dan/atau tindakan salah satunya dengan menggunakan diskresi sesuai dengan tujuannya.

Di dalam praktik penyelenggaraan pemerintahan, *freies ermessen* dilakukan oleh administrasi negara dalam hal-hal sebagai berikut (Hadjon, 2010):

- a. Belum ada peraturan perundang-undangan yang mengatur tentang penyelesaian in konkrito terhadap suatu masalah tertentu, padahal masalah tersebut menuntut penyelesaian yang segera. Misalnya dalam menghadapi suatu bencana alam ataupun wabah penyakit menular, maka aparat pemerintah harus segera mengambil tindakan yang menguntungkan bagi negara maupun bagi rakyat, tindakan mana semata-mata timbul atas prakarsa sendiri.
- b. Peraturan perundang-undangan yang menjadi dasar berbuat aparat pemerintah memberikan kebebasan sepenuhnya. Misalnya dalam pemberian izin berdasarkan Pasal 1 HO, setiap pemberi izin bebas untuk menafsirkan



pengertian “menimbulkan keadaan bahaya” sesuai dengan situasi dan kondisi daerah masing-masing.

Penggunaan diskresi oleh badan dan/atau pejabat pemerintahan yang berwenang digunakan sebagai solusi untuk merespon dengan cepat kebutuhan berkembangnya dinamika masyarakat agar tidak terjebak dalam aturan-aturan yang kaku pada saat waktu tertentu. Pengambilan diskresi oleh pejabat administrasi pemerintahan agar terhindar dalam penyalahgunaan wewenang harus memperhatikan kepentingan umum dan asas-asas umum pemerintahan yang baik (AAUPB). Adapun AAUPB ini dapat dikategorikan ke dalam 13 (tiga belas) asas itu (Marbun dan Mahfud. 2000):

1. Asas kepastian hukum (*Principle of legal security*)
2. Asas keseimbangan (*Principle of proportionality*)
3. Asas kesamaan dalam mengambil keputusan pangreh (*Principle of equality*)
4. Asas bertindak cermat (*Principle of carefulness*)
5. Asas motivasi untuk setiap keputusan pangreh (*Principle of motivation*)
6. Asas jangan mencampur adukkan kewenangan (*Principle non missue of competence*)
7. Asas permainan yang layak (*Principle of fair play*)
8. Asas keadilan atau kewajaran (*Principle of reasonable or prohibition of arbitrariness*)
9. Asas menanggapi akibat suatu keputusan yang batal (*Principle of meeting raised expectation*)
10. Asas meniadakan akibat suatu keputusan yang batal (*Principle of undoing the consequences of an annulled decision*)
11. Asas perlindungan atas pandangan (cara) hidup pribadi (*Principle of protecting the personal way of life*)
12. Asas kebijaksanaan (*Sapientia*)
13. Asas penyelenggaraan kepentingan umum (*Principle of public service*).

Adanya delegasi perundang-undangan, maksudnya aparat pemerintah diberi kekuasaan untuk mengatur sendiri, yang sebenarnya kekuasaan itu merupakan kekuasaan aparat yang lebih tinggi tingkatannya. Misalnya dalam menggali sumber-sumber keuangan daerah. Pemerintah daerah bebas untuk mengelolanya asalkan



sumber-sumber itu merupakan sumber yang sah. *Freies Ermessen* ini muncul sebagai alternatif untuk mengisi kekurangan dan kelemahan di dalam penerapan asas legalitas (*wetmatigheid van bestuur*). Bagi negara yang bersifat *Welfare State*, asas legalitas saja tidak cukup untuk dapat berperan secara maksimal dalam melayani kepentingan masyarakat, yang berkembang pesat sejalan dengan perkembangan ilmu dan teknologi.

Didalam Undang-Undang Administrasi Pemerintahan disebutkan bahwa penggunaan diskresi wajib dipertanggungjawabkan kepada pejabat atasannya dan masyarakat yang dirugikan akibat keputusan yang telah diambil serta dapat diuji melalui upaya administratif atau gugatan di Peradilan Tata Usaha Negara. Ketentuan tersebut berarti Undang-Undang Administrasi Pemerintahan bukan hanya akan memberi batas-batas penggunaan diskresi oleh badan/pejabat administrasi pemerintahan, akan tetapi juga mengatur mengenai pertanggungjawaban badan/pejabat administrasi pemerintahan yang tidak hanya bersifat pasif dalam arti menunggu adanya gugatan dari masyarakat melalui Pengadilan Tata Usaha Negara, akan tetapi juga bersifat aktif dengan adanya kewajiban mempertanggungjawabkan penggunaan diskresi kepada pejabat atasannya mengingat hal tersebut merupakan suatu kewajiban yang sifatnya melekat pada kewenangan yang menjadi dasar adanya diskresi itu sendiri dan didalam penjelasannya disebutkan bahwa pertanggungjawaban kepada atasan dilaksanakan dalam bentuk tertulis dengan memberikan alasan-alasan pengambilan keputusan diskresi.

Setiap penggunaan wewenang oleh pejabat selalu disertai dengan tanggung jawab, sesuai dengan prinsip "*geen bevoegdheid zonder verantwoordelijkheid*", yakni tidak ada kewenangan tanpa pertanggungjawaban. Karena wewenang itu melekat pada jabatan, namun dalam implementasinya di jalankan oleh manusia selaku wakil atau fungsionaris jabatan, maka pertanggungjawabannya dapat dibedakan menjadi 2 (dua), yaitu : (1) sebagai tanggungjawab jabatan, (2) sebagai tanggungjawab pribadi.

Berkaitan dengan pertanggungjawaban dari penggunaan diskresi oleh pejabat pemerintah, tanggung jawab dan tanggung gugat pribadi dalam penggunaan diskresi itu dapat terjadi dalam keadaan penggunaan diskresi oleh pejabat pemerintah yang dipengaruhi oleh berbagai faktor kepentingan baik kepentingan sendiri, keluarga, korporasi maupun kepentingan lainnya sehingga penggunaan diskresi tersebut menyimpang atau bertentangan dengan norma hukum tertulis maupun tidak tertulis.



Lebih dalam relasinya dengan entitas norma perilaku aparat, bahwa penggunaan diskresi yang dapat menjadi tanggung jawab dan tanggung gugat pribadi dalam keadaan apabila perbuatan pemerintah (keputusan atau tindakan) itu jika ditinjau dari segi norma pemerintahan tidak mengandung cacat hukum (kekurangan yuridis dalam aspek kewenangan, prosedur dan substansi), namun dilihat dari segi norma perilaku aparat terdapat cacat hukum yang mengandung unsur maladministrasi berupa *detournement de puouvoir*. Sebagaimana pendapat S.A de Smith yang menegaskan bahwa setiap penggunaan diskresi yang mengandung unsur maladministrasi membawa konsekuensi tanggung jawab pribadi dan melahirkan hak gugat bagi pihak-pihak yang berkepentingan (Ridwan. 2014).

Diskresi sesuai dengan kemunculannya yakni bukan berasal dari kewenangan pembuatan peraturan perundang-undangan (*wetgevende bevoegdheid*), karena itu tidak dapat diuji dengan mendasarkan pada aspek *rechtmatigheid*. Berdasarkan hukum administrasi negara pengujian peraturan kebijakan adalah dari aspek *doelmatigheid* dengan menggunakan asas-asas umum pemerintahan yang baik (AAUPB), khususnya asas larangan penyalahgunaan wewenang (*detournement de pouvoir*) dan asas larangan sewenang-wenang (*willekeur*). Dengan kata lain, kebijakan pemerintah dikategorikan sebagai kebijakan yang menyimpang jika didalamnya ada unsur penyalahgunaan wewenang dan unsur sewenang-wenang.

Ada tidaknya unsur penyalahgunaan wewenang diuji dengan asas spesialisitas (*specialiteitsbeginsel*). Asas spesialisitas ini mengandung arti bahwa wewenang itu diberikan kepada organ pemerintahan dengan tujuan tertentu. Menyimpang dari tujuan diberikannya wewenang akan dianggap sebagai penyalahgunaan wewenang. Adapun unsur sewenang-wenang diuji dengan asas rasionalitas atau kepantasan (*redelijk*). Suatu peraturan kebijakan dikategorikan mengandung unsur *willekeur* jika peraturfan kebijakan itu nyata-nyata tidak masuk akal atau tidak beralasan (*kennelijk onredelijk*) (Ridwan. 2014).

C.PENUTUP

Kesimpulan

Berdasarkan hasil kajian diatas maka dapat disimpulkan bahwa dalam penyelenggaraan pemerintahan seorang pejabat pemerintahan dibutuhkan diskresi yang disertai dengan batasan-batasan penggunaannya sesuai dengan maksud dan tujuan diskresi, tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan, serta



sesuai dengan asas-asas umum pemerintahan yang baik dan tentunya setiap diskresi yang dikeluarkan harus dipertanggungjawabkan.

Saran

Pejabat pemerintah harus lebih memperhatikan aspek kemanfaatan dari dikeluarkannya suatu diskresi. Kebebasan bertindak sudah tentu menimbulkan kompleksitas masalah karena sifatnya menyimpangi asas legalitas dalam arti sifat “pengecualian” yang berpeluang lebih besar untuk menimbulkan kerugian kepada warga masyarakat. Oleh karena diskresi yang dikeluarkan haruslah menyelesaikan persoalan-persoalan mendesak yang belum ada aturannya, tidak boleh mengakibatkan kerugian kepada masyarakat, serta dapat dipertanggungjawabkan secara hukum dan juga secara moral sebagaimana tertuang di dalam pembukaan UUD 1945.

DAFTAR PUSTAKA

- Asshiddiqie, Jimly. 2004. *Format Kelembagaan Negara dan Pergeseran Kekuasaan Dalam UUD 1945*. FH Ull Press. Yogyakarta.
- _____. 2015. *Hukum Tata Negara dan Pilar-Pilar Demokrasi*. Sinar Grafika. Jakarta.
- Atmosudirjo, S.Prajudi. 2004. *Hukum Administrasi Negara*. Ghalia Indonesia. Jakarta.
- Fuady, Munir. 2011. *Teori Negara Hukum Modern (Rechtstaat)*. Refika Aditama. Bandung.
- HR, Ridwan. 2014. *Diskresi & Tanggung Jawab Pemerintah*. FH Ull Press. Yogyakarta.
- _____. 2014. *Hukum Administrasi Negara Edisi Revisi*. Rajawali Pers. Jakarta.
- M. Hadjon, Philipus. 1993. *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia*. Gadjah Mada University Press. Yogyakarta.



_____. 2010. *Hukum Administrasi Negara dan Good Governance*. Universitas Trisakti. Jakarta.

Mahfud, Moh dan Marbun S.F. 2000. *Pokok-Pokok Hukum Administrasi Negara*. Liberty. Yogyakarta.

Marbun dkk, S.F. 2001. *Dimensi-Dimensi Pemikiran Hukum Administrasi Negara*. UII Press. Yogyakarta.

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

Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan.