

KEABSAHAN PENGGUNAAN KEWENANGAN KEBEBASAN BERTINDAK BAGI PEMERINTAH (DISKRESI) : STUDI TERHADAP UNDANG-UNDANG NOMOR 30 TAHUN 2014 TENTANG ADMINISTRASI PEMERINTAHAN

Abrori, S.H.I., S.H., M.H.

Sekolah Tinggi Ilmu Administrasi (STIA) Cimahi
Jl. Raya Cibeer No. 148, Cimahi Selatan

Abstrak : *Di dalam menjalankan pemerintahan, Pemerintah telah dilengkapi dengan kewenangan-kewenangan baik yang bersifat atributif maupun yang bersifat delegatif. Dengan adanya perkembangan masyarakat, maka seringkali terdapat keadaan-keadaan tertentu/mendesak yang membuat Pajabat/Badan administrasi pemerintahan tidak dapat menggunakan kewenangannya khususnya kewenangan yang bersifat terikat (gebonden bevoegheid), dalam melakukan tindakan hukum dan tindakan faktual secara normal. Sebagai negara yang bertujuan untuk memajukan kesejahteraan umum, melekatnya fungsi memajukan kesejahteraan umum dalam welfare state (negara kesejahteraan) menimbulkan beberapa konsekuensi terhadap penyelenggaraan Tindakan Pemerintah Tindakan Hukum Tindakan Nyata/ Bukan Tindakan Hukum Tindakan Hukum Privat Tindakan Hukum Publik Keputusan (beschikking) Peraturan (regeling) Peraturan Kebijakan (beleid regels) dalam bentuk instruksi, edaran, pengumuman Keputusan Kebijakan/freies ermessen (beleid beschikking) Tindakan Hukum Publik untuk mempertahankan hak-hak keperdataan pemerintahan yaitu pemerintah harus berperan aktif mencampuri bidang kehidupan sosial ekonomi masyarakat. Untuk itu kepada pemerintah dilimpahkan bestuurszorg atau public service.*

Kata kunci : *Diskresi, Wewenang*

1. Pendahuluan

Berdasarkan Pasal 1 Ayat (3) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia (UUD NRI) Tahun 1945 menegaskan bahwa Indonesia adalah negara hukum. Padmo Wahyono menjelaskan tentang konsep Negara hukum sebagai berikut : Indonesia ialah negara yang berdasarkan atas hukum, dengan rumusan “rechtsstaat” di antara kurung; dengan anggapan bahwa pola yang diambil tidak menyimpang dari pengertian Negara Hukum pada umumnya (*genusbegrip*), disesuaikan dengan keadaan di Indonesia. Artinya digunakan dengan ukuran pandangan hidup maupun pandangan bernegara kita. (Padmo Wahyono, 1983 : 7)

Dalam suatu negara berdasar atas hukum yang modern, fungsi perundang-undangan hanya memberi bentuk kepada nilai-nilai dan norma-norma yang berlaku dan hidup dalam masyarakat, dan peraturan perundang-undangan bukanlah hanya sekedar produk fungsi negara di bidang pengaturan tetapi peraturan perundang-undangan adalah salah satu instrumen ampuh yang tersedia untuk mengatur dan mengarahkan kehidupan masyarakat menuju cita-cita yang diharapkan. (Maria Farida Indrati, 2002 : 30).

Cita-cita negara Indonesia adalah sebagaimana dijelaskan pada Alinea Keempat UUD NRI Tahun 1945 yang berbunyi : “Kemudian dari pada itu untuk membentuk suatu Pemerintah Negara Indonesia yang 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, maka disusunlah kemerdekaan kebangsaan Indonesia itu dalam suatu Undang-Undang Dasar Negara Indonesia, yang terbentuk dalam suatu susunan Negara Republik Indonesia yang berkedaulatan rakyat dengan berdasar kepada Ketuhanan Yang Maha Esa, Kemanusiaan yang adil dan beradab, Persatuan Indonesia, dan Kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam permusyawaratan / perwakilan, serta dengan mewujudkan suatu keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia”.

Berdasarkan tujuan dibentuknya negara Indonesia tersebut, dapat terlihat jelas bahwa Indonesia menganut konsep negara kesejahteraan (*welfare state*). Sehubungan dengan pengertian *welfare state*, Spicker (1988 : 75) menyatakan bahwa “*the welfare state is a state which benefits its citizen in according with a certain set of principles, from cradle to grave*”. (W. Riawan Tjandra, 2009 : 122)

Lahirnya konsep negara kesejahteraan tersebut menghendaki agar negara harus senantiasa hadir dalam setiap aspek kehidupan masyarakat, baik aspek sosial, budaya, politik, ekonomi, hukum serta aspek-aspek kehidupan masyarakat lainnya.

Terjadinya perkembangan zaman disertai tuntutan kebutuhan hidup yang semakin meningkat, peran negara menjadi sangat diperlukan untuk memenuhi kebutuhan dan kesejahteraan warganya. Peranan negara yang semakin besar dan luas memasuki hampir seluruh aspek kehidupan masyarakat serta beranekaragamnya tantangan yang dihadapi, yang berkembang dengan cepat dan menuntut segera penyelesaian, untuk itu pemerintah memerlukan *Freis Ermessen* atau *Pouvoir discretionnaire* (S.F. Marbun, 1997 : 12).

Istilah "*Freies Ermessen*" (bahasa Jerman) atau "*Pouvoir Discretionnaire*" (bahasa Perancis) dalam bahasa Indonesia dikenal dengan istilah diskresi. Hal yang berkaitan dengan diskresi telah diatur dalam Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan dalam Bab VI telah diatur tentang ketentuan umum diskresi, ruang lingkup, persyaratan, prosedur penggunaan sampai pada akibat hukum diskresi. Disamping sebagai landasan dan pedoman bagi badan dan/atau pejabat pemerintahan dalam menjalankan tugas penyelenggaraan pemerintahan, mengingat begitu luasnya cakupan tugas dari Administrasi Pemerintahan, maka hadirnya UU No 30 Tahun 2014 ini juga diharapkan mampu untuk memberikan jaminan perlindungan kepada setiap masyarakat.

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 (Pasal 1 Angka (9) UU No. 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan).

Namun demikian, penggunaan kewenangan bebas bertindak bagi pemerintah (diskresi) seringkali menjadi salah satu sumber penyebab timbulnya sengketa antara pejabat tata usaha negara dengan warga, utamanya dalam hal dikeluarkannya suatu keputusan (*beschikking*). Diskresi yang dilaksanakan dan

dituangkan dalam suatu bentuk keputusan, jika menimbulkan kerugian bagi seseorang atau badan hukum perdata, dapat dinilai sebagai keputusan yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku (*onrechtmatige overheidsdaad*) atau dinilai sebagai perbuatan (keputusan) yang dikeluarkan atas dasar sewenang-wenang (*willikeur atau a bus de droit*), atau penyalahgunaan wewenang (*detournement de pouvoir*).

Atas dasar pemikiran sebagaimana diuraikan di atas, menjadi sangat penting untuk mengetahui dan menganalisis keabsahan penggunaan kewenangan kebebasan bertindak bagi pemerintah (diskresi) berdasarkan ketentuan Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan.

2. Pembahasan

Untuk membahas dan menganalisis permasalahan diskresi, maka akan diuraikan teori-teori yang berkaitan dengan permasalahan diskresi, sebagai berikut :

A. Teori Negara Hukum Kesejahteraan

Pengertian Negara hukum menunjuk pada cara penyelenggaraan kehidupan bernegara yang pemerintahannya dijalankan berdasarkan dan bersasarkan hukum yang berakar dalam seperangkat titik tolak normative berupa asas-asas dasar (*grond beginselen*) sebagai asas yang mempedomani dan criteria penilai (norma kritik). Keberadaan dan viabilitas Negara hukum mengasumsikan dengan memprasyaratkan dua hal. Pertama, prediktabilitas perilaku adalah syarat hakiki bagi keberadaan dan kelangsungan kehidupan bermasyarakat yang koheren. Kedua, tersedianya syarat keberadaan materiil minimum bagi kehidupan manusia yang menjamin keberadaan yang bermartabat manusiawi (pangan, sandang, papan, kesehatan, pendidikan, keadilan). (Bernard Arief Sidharta, 1996 : 234).

Philipus M. Hadjon mengemukakan bahwa Negara hukum di Indonesia tidak dapat dengan begitu saja dipersamakan dengan *rechtstaat* maupun *rule of law* dengan alasan sebagai berikut; (1) baik konsep *rechtsstaat* maupun *rule of law*

dari latar belakang sejarahnya lahir dari suatu usaha atau perjuangan menentang kesewenangan penguasa, sedangkan Negara Republik Indonesia sejak perencanaan berdirinya jelas-jelas menentang segala bentuk kesewenangan atau absolutisme; (2) baik konsep *rechtsstaat* maupun *rule of law* menempatkan pengakuan dan perlindungan terhadap hak asasi manusia sebagai titik sentral, sedangkan Negara Republik Indonesia yang menjadi titik sentral adalah keserasian hubungan antara pemerintah dan rakyat berdasarkan asas kerukunan; (3) untuk melindungi hak asasi manusia konsep *rechtsstaat* mengedepankan prinsip *wetmatigheid* dan *rule of law* mengedepankan prinsip *equality before the law*, sedangkan Negara Republik Indonesia mengedepankan asas kerukunan dalam hubungan antara pemerintah dan rakyat (Philipus M. Hadjon, 1987 : 84-85).

Ciri-ciri negara hukum kesejahteraan menurut Muchsan (1992 : 4-5) adalah : “ Ciri-ciri negara kesejahteraan adalah negara bertujuan mensejahterakan kehidupan warganya secara merata, dan negara dituntut untuk memberikan pelayanan yang sebaik-baiknya dan seluas-luasnya kepada masyarakat. Tanpa pelayanan yang baik dan merata mustahil akan terwujud kesejahteraan pada kehidupan masyarakat. Sehubungan dengan ciri-ciri tersebut maka ada dua gejala yang pasti muncul dalam negara kesejahteraan, yakni (1) campur tangan pemerintah terhadap aspek kehidupan masyarakat sangat luas dan (2) dalam pelaksanaan fungsi pemerintah sering digunakan asas diskresi. Intervensi pemerintah terhadap aspek kehidupan masyarakat ini dituntut demi terciptanya kesejahteraan masyarakat yang mera, bukan kesejahteraan menurut konsepsi liberal. Dengan adanya campur tangan ini, dapat dihindari terjadinya *free fight liberalism*, yang hanya akan menguntungkan pihak yang kuat saja”.

Negara kesejahteraan secara teoritis dapat dikalsifikan menjadi beberapa tipologi, sebagai berikut : 1) *Residual welfare state*, yang meliputi negara seperti Australia, Kanada, Selandia Baru, Amerika Serikat dengan basis rezim kesejahteraan liberal dan dicirikan oleh jaminan sosial yang terbatas terhadap kelompok target yang selektif serta didorong yang kuat bagi pasar untuk

mengurus pelayanan publik, 2) *Universal welfare state*, yang meliputi negara seperti Denmark, Finlandia, Norwegia, Swedia, Belanda dengan basis rezim kesejahteraan sosial / demokrat dan dicirikan oleh cakupan jaminan sosial yang universal dan kelompok target yang luas serta tingkat de-komodifikasi yang ekstensif, 3) *Social Insurance Welfare State*, yang meliputi negara seperti Austria, Belgia, Prancis, Jerman, Itali dan Spanyol dengan basis kesejahteraan konservatif dan dicirikan oleh sistem jaminan sosial yang tersegmentasi dan peran penting sebagai penyedia pasok kesejahteraan. (W. Riawan Tjandra, 2009 : 125).

Indonesia secara historis mendekati tipe yang kedua karena faktor pengaruh sistem hukum kolonial Belanda. Tampaknya saat ini terdapat kecenderungan untuk mulai bergeser ke tipe yang pertama, akibat pengaruh pasar yang semakin kuat peranannya dalam pengurusan pelayanan publik. Pasal 33 UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945 memperlihatkan dianutnya teori negara kesejahteraan sebagai penjabaran pembukaan UUD NRI Tahun 195. Dikuasainya cabang-cabang produksi yang penting bagi negara dan yang menguasai hajat hidup orang banyak yang diatur dalam Pasal 33 ayat (2), namun tetap dilindunginya hak-hak individu dalam pasal 28 A – 28 J UUD NRI Tahun 1945 menegaskan dianutnya paham negara kesejahteraan yang memberikan dasar konstitusional bagi tanggungjawab pemerintah untuk mewujudkan kemakmuran masyarakat.

B. Teori Wewenang

Istilah wewenang atau kewenangan disejajarkan dengan “*authority*” dalam bahasa Inggris dan “*bevoegdheid*” dalam bahasa Belanda. *Authority* dalam *Black’s Law Dictionary* diartikan sebagai *Legal power; a right to command or to act; the right and power of public officers to require obedience to their orders lawfully issued in scope of their public duties*. (Henry Campbell Black, 1990 : 133).

Secara yuridis, pengertian wewenang adalah kemampuan yang diberikan oleh peraturan perundang-undangan untuk menimbulkan akibat-akibat hukum (Indroharto, 1994 : 65).

Phillipus M. Hadjon memberikan catatan berkaitan dengan penggunaan istilah "wewenang" dan "*bevoegdheid*". Istilah "*bevoegdheid*" digunakan dalam konsep hukum privat dan hukum publik, sedangkan "wewenang" selalu digunakan dalam konsep hukum publik.

Kewenangan adalah kekuasaan formal (*formal power*), dianggap mempunyai wewenang (*authority*) sehingga berhak untuk mengeluarkan perintah dan membuat peraturan-peraturannya, merupakan kekuasaan formal yang lahir dari hukum publik, yang memberikan dasar untuk melakukan perbuatan publik (Prajudi Atmosudirdjo, 1994 : 73 – 74). Bagi pemerintah, dasar untuk melakukan perbuatan hukum publik adalah adanya kewenangan yang berkaitan dengan jabatan (*ambt*). Jabatan melalui 3 (tiga) sumber yaitu: atribusi, delegasi, dan mandat akan melahirkan kewenangan (*bevoegdheid, legal power, competence*). (Philipus M. Hadjon, dkk., 1993 : 137).

Kewenangan harus dilandasi oleh ketentuan hukum yang ada (konstitusi), sehingga kewenangan tersebut merupakan kewenangan yang sah. Dengan demikian, pejabat (organ) dalam mengeluarkan keputusan didukung oleh sumber kewenangan tersebut. Stroink menjelaskan bahwa sumber kewenangan dapat diperoleh bagi pejabat atau organ (institusi) pemerintahan dengan cara atribusi, delegasi dan mandat. Kewenangan organ (institusi) pemerintah adalah suatu kewenangan yang dikuatkan oleh hukum positif guna mengatur dan mempertahankannya. Tanpa kewenangan tidak dapat dikeluarkan suatu keputusan yuridis yang benar. (F.A.M. Stroink dalam Abdul Rasyid Thalib, 2006 : 219).

C. Kewenangan Diskresi

Thomas J. Aaron mendefinisikan diskresi sebagai suatu kekuasaan atau wewenang yang dilakukan berdasarkan hukum atas pertimbangan dan keyakinan serta lebih menekankan pertimbangan-pertimbangan moral dari pada pertimbangan hukum (*discretion is power authority conferred by law to action on the basic of judgment of conscience, and its use is more than idea of morals than law*). (M. Faal, 1991 : 16).

S. Prajudi Atmosudirjo (1994:82) 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 dijelaskan bahwa diskresi diperlukan sebagai pelengkap dari asas legalitas, yaitu asas hukum yang menyatakan bahwa setiap tindakan hukum yang menyatakan bahwa setiap tindak atau perbuatan administrasi Negara harus berdasarkan ketentuan Undang-Undang. Akan tetapi tidak mungkin bagi Undang-Undang untuk mengatur segala macam kasus posisi dalam praktek kehidupan sehari-hari. Oleh sebab itu perlu adanya kebebasan atau diskresi 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 (1997:3) mengatakan bahwa *freies ermessen* adalah kebebasan untuk bertindak atas inisiatif sendiri, akan tetapi dalam pelaksanaannya haruslah tindakan-tindakan administrasi Negara itu sesuai dengan hukum, sebagaimana telah ditetapkan dalam Negara hukum berdasarkan Pancasila. Lebih lanjut Diana Halim Koentjoro (2004:41) mengartikan *freies ermessen* sebagai kemerdekaan bertindak administrasi Negara atau pemerintah (eksekutif) untuk menyelesaikan masalah yang timbul dalam keadaan

kegentingan yang memaksa, dimana peraturan penyelesaian untuk masalah itu belum ada. Indroharto (1993:99-101) menyebut wewenang diskresi sebagai wewenang fakultatif, yaitu wewenang yang tidak mewajibkan badan atau pejabat tata usaha Negara menerapkan wewenangnya, tetapi memberikan pilihan sekalipun hanya dalam hal-hal tertentu sebagaimana ditentukan dalam peraturan dasarnya.

Berdasarkan doktrin-doktrin hukum tersebut diatas, maka dapat disimpulkan bahwa pada hakekatnya diskresi merupakan kebebasan bertindak atau kebebasan mengambil keputusan dari Badan atau Pejabat administrasi pemerintahan menurut pendapatnya sendiri sebagai pelengkap dari asas legalitas manakala hukum yang berlaku tidak mampu menyelesaikan permasalahan tertentu yang muncul secara tiba-tiba, bias karena peraturannya memang tidak ada atau karena peraturan yang ada yang mengatur tentang sesuatu hal tidak jelas.

Diskresi sebagai wewenang pemerintahan merupakan wewenang bebas yang dimiliki oleh aparatur pemerintahan sekaligus sebagai lawan dari wewenang terikat (*gebonden bevoegdheid*). Sifat dan karakter hukum tindakan pemerintah ini mengharuskan kekuasaan pemerintah tidaklah sekedar melaksanakan undang-undang (asas *wetmatigheid van bestuur*), tetapi harus lebih mengedepankan "*doelstelling*" (penetapan tujuan) dan *beleid* (kebijakan).

Berdasarkan hal tersebut diatas dapat disimpulkan bahwa penggunaan kewenangan diskresi oleh Badan/Pejabat administrasi pemerintahan hanya dapat dilakukan dalam hal tertentu dimana peraturan perundang-undangan yang berlaku tidak mengaturnya atau karena peraturan yang ada yang mengatur tentang sesuatu hal tidak jelas dan hal tersebut dilakukan dalam keadaan darurat/mendesak demi kepentingan umum yang telah ditetapkan dalam suatu peraturan perundang-undangan.

Unsur-unsur diskresi adalah sebagai berikut : 1) Ditujukan untuk menjalankan tugas-tugas service publik; 2) Merupakan sikap tindak yang aktif dari administrasi negara; 3) Sikap tindak itu dimungkinkan oleh hukum; sikap tindak itu diambil atas inisiatif sendiri; 3) Sikap tindak itu dimaksudkan untuk menyelesaikan persoalan-persoalan penting yang timbul secara tiba-tiba; 4) Sikap tindak itu dapat dipertanggungjawabkan baik secara moral kepada Tuhan Yang Maha Esa maupun secara hukum (Ridwan HR, 2006 : 178-179).

Berdasarkan unsur diskresi sebagaimana dijelaskan di atas, dapat dikatakan bahwa diskresi bukanlah kebebasan tanpa batas, namun demikian diskresi dapat dipergunakan dengan catatan tidak boleh bertentangan dengan hukum, baik hukum tertulis maupun hukum tidak tertulis.

3. Kesimpulan

Konsep Negara hukum dalam era modern, menunjuk pemerintah sebagai pelaksana kebijaksanaan yang merupakan suatu keharusan bagi pemerintah dalam hal melaksanakan pembatasan terhadap undang-undang dan sesuai dengan kegiatan pemerintah dalam melakukan pelayanan publik ke masyarakat yang progresif. Namun dalam menggunakan kebijaksanaan tidak diperbolehkan bertentangan dengan asas-asas umum pemerintahan yang baik, khususnya asas larangan penyalahgunaan wewenang dan asas larangan sewenang-wenang. Selain itu juga tidak boleh bertentangan dengan kepentingan umum. Diskresi diperlukan dalam hukum administrasi dalam rangka menyelesaikan persoalan yang peraturan perundang-undangan belum mengaturnya atau hanya mengatur secara umum, sehingga administrasi negara mempunyai kebebasan untuk menyelesaikan atas inisiatif sendiri. Diskresi juga diperlukan apabila terdapat prosedur yang tidak dapat diselesaikan menurut administrasi yang normal, atau jika diselesaikan menurut prosedur administrasi yang normal justru kurang berdaya guna dan berhasil guna, atau perlu penanganan yang sangat cepat.

Daftar Pustaka

- [1] Atmosudirjo, S. Prajudi, *Hukum Administrasi Negara*, (Jakarta: Ghalia Indonesia, 1994).
- [2] F.A.M. Stroink dalam Abdul Rasyid Thalib, 2006, *Wewenang Mahkamah Konstitusi dan Aplikasinya dalam Sistem Ketatanegaraan Republik Indonesia*, (Bandung: Citra Aditya Bakti).
- [3] HR, Ridwan, 2006, *Hukum Adminsitrasi negara*, Jakarta : PT. RajaGrafindo Persada.
- [4] Muchsan, 1992, *Sistem Pengawasan Terhadap perbuatan Pemerintah dan Peradilan Tata Usaha Negara di Indonesia*, Yogyakarta : Liberty.
- [5] Philipus M. Hadjon, dkk., 1993, *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia*, Yogyakarta : Gajah Mada Press.
- [6] Tjandra, W. Riawan, 2009, *Peradilan Tata Usaha Negara Mendorong Terwujudnya Pemerintahan yang Bersih dan Berwibawa*, Yogyakarta : Universitas Atmajaya Yogyakarta.
- [7] Wahjono, P ad mo, 1983 : *Indonesia Negara Berdasarkan Atas Hukum Hukum*, Jakarta, Ghalia Indonesia.