

**KEWENANGAN DISKRESI PEMERINTAH
DAERAH DALAM KONSEP NEGARA HUKUM¹**

Oleh : Hezky Fernando Pitoy²

Komisi Pembimbing :

Dr. Flora P. Kalalo, S.H., M.H

Dr. Donna O. Setiabudhi

ABSTRAK

UUD 1945 memberikan kewenangan atau kewenangan kepada pemerintah diberikan untuk menguasai seluruh kekayaan dan segala sesuatu yang bermanfaat bagi kemakmuran dan kesejahteraan rakyat, hal ini dikarenakan Indonesia sebagai negara hukum menganut paham negara kesejahteraan atau dikenal dengan istilah *welfare state* atau *welvaartsstaat*. Maka dari itu, pemerintah memiliki kewenangan diskresi atau *freies ermessen*. Pejabat pemerintahan harus dan dapat mengambil suatu tindakan pemerintahan karena kewenangannya diberikan oleh hukum. Namun dalam penyelenggaraan pemerintahan negara maupun daerah, langkah ini seringkali takut diambil oleh penyelenggara pemerintahan sebab takut dikriminalisasi ataupun memang terjebak dalam praktik melawan hukum atau terjebak dalam tindakan penyalahgunaan kekuasaan. Hasil dari penelitian ini adalah meskipun pemberian kewenangan diskresi kepada pemerintah atau pejabat administrasi negara merupakan konsekuensi logis dari konsepsi dan paham negara kesejahteraan atau *welfare state*, akan tetapi dalam kerangka negara hukum, diskresi ini tidak dapat digunakan tanpa batas dengan dalih kekosongan hukum dan untuk kepentingan umum sebab hal ini justru akan membawa pada praktik penyalahgunaan kekuasaan atau *abuse of the power* atau *detournement de pouvoir*. Diskresi dikeluarkan dalam rangka mempercepat tujuan pelayanan kepentingan publik. Pejabat administrasi diberikan kewenangan diskresi, artinya sekalipun belum diatur dalam peraturan perundang-undangan atau terjadi kekosongan hukum, kepala daerah diberikan keluasaan untuk mengambil suatu kebijakan dengan cepat dan tepat atas inisiatif diri sendiri. Diskresi yang dimaksud bukanlah tanpa wewenang atau

sewenang-wenang juga bukan melampaui atau melebihi kewenangan (penyalahgunaan kekuasaan) ataupun mencampuradukan kewenangan tertentu. Standarisasi efektivitas penerapan kewenangan diskresi oleh pemerintah daerah dapat dilihat dari tindakan atau keputusan yang diambil tidak bertentangan sistem hukum yang berlaku atau kaidah hukum positif, ditujukan untuk kepentingan umum, tidak melanggar AUPB, mengatasi permasalahan atau persoalan pemerintahan yang dianggap mendasar dan sebuah keharusan, dilandasi dengan niat dan tujuan yang baik, dapat dipertanggungjawabkan baik secara moral kepada Tuhan maupun secara hukum di pengadilan, berdasarkan pada norma-norma yang berlaku di dalam masyarakat, yakni norma hukum, norma kesopanan, norma kesusilaan dan norma agama, memenuhi rasa keadilan dalam masyarakat dan tidak melanggar HAM. Oleh karena itu dilihat dari sudut pandang negara hukum, kekuasaan diskresi haruslah dikontrol, diawasi dan dibatasi.

Kata Kunci : Hukum, Diskresi, Kewenangan, Kekuasaan,

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Untuk mewujudkan tujuan nasional bangsa Indonesia, maka pemerintah harus senantiasa mengambil kebijakan pemerintahan atau keputusan atau tindakan pemerintahan yang dalam terminologi Hukum Administrasi Negara (HAN) ialah Keputusan Tata Usaha Negara (*beschikking*)³ dalam proses penyelenggaraan pemerintahan dan negara. Keputusan Tata Usaha Negara adalah suatu penetapan tertulis yang dikeluarkan oleh badan atau pejabat tata usaha negara yang berisi tindakan hukum tata usaha negara yang berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku, yang bersifat konkret, individual, dan final, yang menimbulkan akibat hukum bagi seseorang atau badan hukum perdata.

¹ Artikel Tesis.

² Mahasiswa Pada Pascasarjana Universitas Sam Ratulangi, NIM. 16202108046

³Lihat UU Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara sebagaimana telah diubah yaitu dengan UU Nomor 9 Tahun 2004 tentang Perubahan atas UU Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara, dan terakhir dengan UU Nomor 51 Tahun 2009 tentang Perubahan Kedua Atas UU Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara Pasal 1 Angka 9.

Maka dari itu, pemerintah memiliki asas diskresi atau *freies ermesen*. 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.⁴

Dalam hal penyelenggaraan pemerintahan, pemerintah daerah berwenang untuk mengambil suatu kebijakan dengan kewenangan diskresi, namun kebijakan publik yang dikeluarkan oleh pemerintah daerah dengan diskresi tersebut tidak dapat digunakan tanpa ada pertimbangan hukum yang proposional, melainkan berdasarkan hukum positif dan asas-asas umum pemerintahan yang baik (AUPB) atau *Algemene Beginselen van Behoorlijke Bestuur*.

Oleh karena itu, dalam penyelenggaran pemerintahan negara maupun daerah, pejabat pemerintahan harus dan dapat mengambil suatu tindakan pemerintahan karena kewenangannya diberikan oleh hukum. Namun langkah ini seringkali takut diambil oleh penyelenggara pemerintahan sebab takut dikriminalisasi ataupun memang terjebak dalam praktik melawan hukum. Banyak pejabat pemerintahan di daerah terjebak dalam tindakan penyalahgunaan kekuasaan atau *abuse of power* (Inggris) atau *détournement de pouvoir* (Perancis). Lord Acton mengatakan *power tends to corrupt, absolute power corrupts absolutely* sebagaimana dikutip oleh Jaendjri Gaffar.⁵

B. Rumusan Masalah

1. Bagaimana kedudukan kewenangan diskresi oleh Pemerintah Daerah dalam konsep negara hukum?
2. Bagaimana efektivitas diskresi dalam pemerintahan daerah di Indonesia?

C. Metode Penelitian

Metode penelitian yang digunakan dalam penulisan tesis ini adalah penelitian yuridis

normatif yang meneliti dan mempelajari norma yang terdapat dalam peraturan perundang-undangan khususnya yang berkaitan dengan kewenangan diskresi pemerintah daerah menurut UU Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah, UU Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan. Diperlukan bahan-bahan hukum primer, sekunder dan tersier dalam penelitian hukum.⁶

HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN

1. Kewenangan Diskresi oleh Pemerintah Daerah dalam Konsep Negara Hukum

a. Diskresi Dalam Konsep Negara Hukum

Negara hukum (*the rule of law*) adalah asas yang berlaku universal yang diterima atau diakui oleh negara-negara sebagai landasan bagi bekerjanya sistem hukum dan pemerintahan.⁷ Oleh karena itu, kekuasaan diskresi pemerintah seharusnya bertumpu, beritikad tola ataupun berdasar dari asas negara hukum (*the rule of law*).

Diskresi selama ini diartikan sebagai kewenangan sebeb-bebasnya yang dimiliki oleh pejabat administrasi negara. Diskresi dipandang sebagai alat untuk meligitimasi segala tindakan pemerintahan yang diambil. Kewenangan diskresi sering disamakan dengan kebijakan yang berarti kebebasan yang sebeb-bebasnya bagi pemerintah untuk bertindak dan mengambil keputusan serta berlindung pada norma yang tidak memiliki kejelasan batasan dan persyaratannya. Padahal dalam konsep negara hukum, semua kewenangan itu pasti diatur dalam rangka memberikan kepastian hukum.

Diskresi sebagai wewenang bebas tidak berarti sebeb-bebasnya. Setiap kewenangan dalam negara hukum tidak dikenal adanya wewenang yang sebeb-bebasnya. Wewenang (termasuk wewenang terikat dan wewenang bebas) selalu memiliki batasan yang diperintahkan oleh peraturan perundang-undangan. Diskresi sebagai wewenang bebas pun tidak dapat dilakukan tanpa adanya kewenangan yang diberikan oleh peraturan perundang-undangan. Selain itu, AUPB menjadi

⁴ Lihat UU Nomor 30 Tahun 2014 Pasal 1 Angka 9.

⁵ Janedjri M. Gaffar, "Demokrasi Konstitusional Praktik Ketatanegaraan Indonesia Setelah Perubahan UUD 1945", Jakarta, Konstitusi Press, 2012, h.109.

⁶ Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, "Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat", Jakarta, PT. Raja Grafindo Persada, 1994, hlm. 12-13.

⁷ Krishna Djaya Darumurti, "Diskresi Kajian Teori Hukum", Bantul, Genta Publishing, 2016, hlm. 12.

norma tidak tertulis sekaligus sebagai norma perilaku bagi aparatur dalam melakukan tindakan pemerintahan.⁸

Kedudukan diskresi oleh pemerintah daerah tidak dapat diambil atau dilaksanakan begitu saja tanpa ada alasan dan tujuan yang jelas sebagaimana diatur dalam UU Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan. Kewenangan diskresi atau *freies ermessen* berkaitan erat dengan kebebasan bertindak dari pemerintah. Philipus M. Hadjon⁹ menyimpulkan, bahwa kekuasaan bebas atau kekuasaan diskresi meliputi dua kewenangan, yakni :

1. Kewenangan untuk memutuskan secara mandiri;
2. Kewenangan interpretasi terhadap norma-norma tersamar (*vage norm*).

Secara praktis, kewenangan *freies ermessen* pemerintahan yang kemudian melahirkan bentuk-bentuk kebijaksanaan memiliki aspek penting dan sebagai aspek pokok, yakni :

1. Kebebasan untuk menafsirkan yang berkaitan dengan ruang lingkup dan batas-batas wewenang yang dirumuskan dalam peraturan dasar pemberian wewenang, di mana kebebasan tersebut dengan kebebasan untuk menilai berdasarkan sifat yang objektif, jujur, benar dan adil;
2. Kebebasan untuk menentukan sikap tindak, artinya bertindak atau tidak bertindak berdasarkan penilaian sendiri dengan cara bagaimana dan kapan wewenang yang dimiliki tersebut dilaksanakan, penilaian ini memiliki sifat subjektif, yakni berdasarkan nuraninya sendiri dalam mengambil keputusan.¹⁰

Timbulnya penilaian yang diyakini untuk bertindak bagi setiap pejabat pemerintahan sangat dipengaruhi oleh situasi dan kondisi yang konkrit yang mengharuskan untuk bertindak. Namun demikian, penilaian yang diyakini setiap individu sangatlah berbeda-beda tergantung dari pengalaman, pengetahuan, kecerdasan dan moralitas masing-masing. Berkaitan dengan hal tersebut, setiap pejabat pemerintahan dalam menggunakan wewenang

freies ermessen tidak boleh digunakan secara sembarangan tanpa alasan yang rasional dan logis, akan tetapi selektif dan proposional dan dapat dipertanggungjawabkan.¹¹

Kewenangan diskresi dalam konsep negara hukum dapat hanyalah dipakai oleh pemerintah daerah dalam keadaan tertentu atau pengecualian dari situasi normal. Jika dalam situasi normal, maka kekuasaan yang berlaku bagi pemerintah daerah adalah kekuasaan atau kewenangan yang terikat yang telah diatur dalam peraturan perundang-undangan yang ada dalam pengertian lain, asas legalitas (*legaliteit benginsel*) merupakan yang utama dalam penerapan dan penegakan hukum administrasi.

Asas legalitas merupakan salah prinsip utama yang dijadikan dasar penyelenggaraan pemerintahan dan negara, khususnya dalam negara hukum. Asas legalitas ini di dalam hukum administrasi mengandung makna, pemerintah tunduk kepada UU dan semua ketentuan yang mengikat warga negara harus didasarkan pada UU. Oleh karena itu asas legalitas sebagai landasan kewenangan pemerintah.¹²

Diskresi pemerintah merupakan konsep hukum, sehingga kekuasaan diskresi pemerintah selalu berada di bawah kontrol atau batasan hukum. Model atau bentuk untuk kontrol tersebut merupakan domain atau ranah dari hukum administrasi dan secara prinsipil berpijak pada asas negara hukum secara umum.¹³

Dalam konteks argumen tersebut maka kerangka untuk pembatasan terhadap kekuasaan pemerintah (kekuasaan terikat maupun diskresi) bertumpu pada asas negara hukum (*the rule of law*). Konsepsi asas negara hukum digunakan bertolak dari konsepsi umumnya (*universal version*), yaitu ciri-ciri umum yang sama dari kekhususan masing-masing konsepsi yang dikenal selama ini (*the Rule of Law, Rechtstaat, droit d'Etat*), untuk mengkonstruksi maknanya yang hakiki.¹⁴

Hukum memberikan imunitas kepada badan atau pejabat pemerintah yang melakukan tindakan diskresi, tetapi imunitas tersebut bersyarat, yaitu keterpenuhan kriteria hukum.

⁸ *Ibid.*

⁹ Philipus M. Hadjon dalam Sadjijono, "Bab-Bab Pokok Hukum Administrasi", Yogyakarta, Laksbang Pressindo, 2011, hlm. 70.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ *Ibid.*, hlm. 73-74.

¹² *Ibid.*, hlm. 62-63.

¹³ *Ibid.*, hlm. 101.

¹⁴ *Ibid.*

Dalam perspekti asas negara hukum (*the rule of law*), tindakan diskresi pemerintah harus dapat dipertanggungjawabkan keabsahannya. Asas ini tidak untuk menghalangi badan atau pejabat pemerintah. Dalam konsepsi asas negara hukum, diskresi adalah niscaya. Konsepsi negara hukum yang diacu di sini adalah *the rule of law* dalam arti luas (*thick; substantive*), bukan dalam arti sempit (*thin; formal*), yaitu asas legalitas.¹⁵

Imunitas yang dimaksud di atas ialah, kekebalan bagi setiap pejabat dalam menggunakan kewenangan diskresi, tidak akan dipidana selama memenuhi persyarat legalitas, AUPB dan keadilan oleh masyarakat. Sekalipun sebenarnya yang terjadi saat ini adalah, pejabat administrasi pemerintahan takut untuk menggunakan kewenangan tersebut, sehingga tidak melakukan inovasi dan mengembangkan kreativitas yang dimiliki dalam mengatasi persoalan yang konkret di masyarakat.

Konsep negara hukum memberikan penegasan bahwa, pertanggungjawaban adalah suatu hal yang tak terelakkan. Tidak ada kebebasan yang sebebas-bebasnya dan tanpa pertanggungjawaban dalam asas dan konsep negara hukum. Sebab tanpa pertanggungjawaban hal ini justru akan disalahgunakan oleh pemerintah yang berkuasa. Sebab mereka yang merasa memiliki kewenangan diskresi akan merasa "*super power body/person*" dan akan menggunakan kewenangan tersebut tanpa ada pertimbangan yang matang dan menyeluruh.

Pandangan *super power body/person* yang dimaksud adalah pemahaman pejabat pemerintahan atau administrasi negara yang menganggap bahwa kewenangan yang dimiliki adalah bebas dan luas, sehingga dimaknai sebagai kewenangan sebebas-bebasnya dan seluas-luasnya. Sehingga cenderung meligitimasi suatu tindakan yang sebenarnya melanggar hukum atau tidak perlu menggunakan kewenangan diskresi tapi digunakan.

Dalam konsep negara hukum, artinya segala keputusan dan tindakan yang diambil oleh penyelenggara pemerintahan atau pejabat pemerintahan baik tingkat pusat maupun daerah harus berdasarkan pada asas dan norma hukum yang berlaku. AUPB dan norma hukum

yang ada menjadi pijakan dalam negara hukum, saat pemerintah daerah hendak mengeluarkan diskresi.

Namun yang menjadi persoalan ialah, ketika tindakan yang harus diambil oleh pejabat administrasi belum diatur dalam peraturan perundangan-undangan, dalam rangka menjalankan fungsi dan wewenangnya, maka di situlah pemberlakuan kewenangan diskresi dalam hukum administrasi negara. Sebab hal sesuai dengan prinsip bahwa Badan/Pejabat administrasi pemerintahan tidak boleh menolak untuk memberikan pelayanan kepada masyarakat dengan alasan hukumnya tidak ada ataupun hukumnya tidak jelas, sepanjang hal tersebut masih menjadi kewenangannya.¹⁶ Dalam hal seperti ini, kecermatan, kecerdasan dan kepekaan dari setiap pejabat pemerintah sangat diharapkan. Unsur-unsur *freies ermessen* dalam suatu negara hukum dikemukakan oleh Sjachran Basah¹⁷ sebagai berikut :

- a. Ditujukan untuk menjalankan tugas-tugas servis publik;
- b. Merupakan sikap tindak yang aktif dari administrasi negara;
- c. Sikap tindak itu dimungkinkan oleh hukum;
- d. Sikap tindak itu diambil atas inisiatif sendiri;
- e. Sikap tindak itu dimaksudkan untuk menyelesaikan persoalan-persoalan penting yang timbul secara tiba-tiba;
- f. Sikap tindak itu dapat dipertanggungjawabkan baik secara moral kepada Tuhan yang Maha Esa maupun secara hukum.

Eksistensi konsep diskresi adalah tidak untuk dirinya sendiri (yaitu kekuasaan pada pemerintah semata). Tetapi, eksistensi konsep diskresi tersebut harus memiliki tujuan, dan tujuan tersebut harus benar (atau ideal). Hal ini untuk menjamin supaya eksistensi konsep diskresi tersebut tidak sewenang-wenang (*unreasonable*). Berdasarkan pembahasan yang telah dilakukan di atas, posisi dari kekuasaan diskresi pada badan/pejabat pemerintah adalah dalam kerangka hukum. Dalam konteks ini, tindakan diskresi yang dapat dilakukan oleh badan/pejabat pemerintah bersifat situasional.

¹⁵ *Ibid.*, hlm. 101-103.

¹⁶ Ikmal Jaya, "*Impelemntasi Kebijakan Diskresi pada Sistem Pelayanan Publik di Kota Tegal*", Pemerintah Kota Tegal, Tegal, Vol. 1, No. 2, 2014, hlm. 206-207.

¹⁷ Sjachran Basah dalam Ridwan HR, *Op. Cit.*, hlm. 170-171.

Jika syarat ini tidak terpenuhi maka badan/pejabat pemerintah tersebut tunduk sepenuhnya pada tuntutan asas legalitas (kewenangan terikat, *rule-based* atau *rule following*).¹⁸

Meskipun pemberian kewenangan diskresi kepada pemerintah atau pejabat administrasi negara merupakan konsekuensi logis dari konsepsi dan paham negara kesejahteraan atau *welfare state*, akan tetapi dalam kerangka negara hukum, *freies ermessen* ini tidak dapat digunakan tanpa batas dengan dalih kekosongan hukum dan untuk kepentingan umum sebab hal ini justru akan membawa pada praktik penyalahgunaan kekuasaan atau *abuse of the power* atau *detournement de pouvoir*.

b. Diskresi dalam Sistem Hukum Pemerintahan Daerah di Indonesia

Pemerintah daerah merupakan pemegang kekuasaan di daerah, artinya bahwa penyelenggaraan pemerintahan yang ada di daerah adalah kewenangan dan kekuasaan dari pemerintah daerah. UU Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah menjelaskan bawah pemerintah daerah kepala daerah sebagai unsur penyelenggara pemerintahan daerah yang memimpin pelaksanaan urusan pemerintahan yang menjadi kewenangan daerah otonom.

Dalam sistem pemerintahan daerah di Indonesia, kepala daerah dipilih bersamaan dengan wakil kepala daerah, yakni Gubernur dan Wakil Gubernur yang menjalankan pemerintahan di daerah provinsi, Bupati dan Wakil Bupati sebagai pemerintah daerah kabupaten dan Wali Kota dan Wakil Wali Kota sebagai penyelenggara pemerintahan di daerah kota. Kepala daerah dipilih dalam suatu mekanisme pemilihan umum kepala daerah. Kewenangan untuk memilih diberikan kepada masyarakat setempat dan bukan kepada lembaga legislatif.

Kepala daerah adalah juga pejabat administrasi yang memiliki kewenangan dalam mengambil suatu tindakan ataupun keputusan administrasi negara dalam rangka menjalankan penyelenggaraan pemerintahan daerah. Hal ini

juga berarti, pemerintah daerah berwenang untuk mengambil tindakan atau keputusan yang secara langsung tertulis dalam peraturan perundang-undangan atau kewenangan terikat dari pemerintah daerah.

Hal tersebut yang dimaksud di atas ialah kewenangan diskresi. Seperti pada penjelasan sebelumnya, bahwa kewenangan diskresi terletak pada pejabat pemerintahan. Pada penjelasan sebelumnya, dijelaskan bahwa berdasarkan UU Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan Pasal 1 Angka 9, bahwa 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.

Dari pengertian tersebut, unsur-unsur diskresi dapat dibagi sebagai berikut :

1. Berupa keputusan dan/atau tindakan;
2. Ditetapkan dan/atau dilakukan;
3. Dilakukan oleh pejabat pemerintahan;
4. Untuk mengatasi persoalan konkret dalam penyelenggaraan pemerintahan;
5. Diskresi tersebut dilakukan dalam hal (bersifat alternatif):
 - a. Peraturan perundang-undangan memberikan pilihan;
 - b. Peraturan perundang-undangan tidak mengatur;
 - c. Peraturan perundang-undangan tidak lengkap atau tidak jelas;
 - d. Adanya stagnasi pemerintahan. Yang dimaksud dengan stagnasi pemerintahan adalah tidak dapat dilaksanakannya aktivitas pemerintahan sebagai akibat kebuntuan atau disfungsi dalam penyelenggaraan pemerintahan, contohnya: keadaan bencana alam atau gejolak politik.

Definisi tersebut menunjukkan bahwa diskresi tidak hanya berupa keputusan tetapi dapat juga berupa tindakan atau keputusan yang disertai dengan tindakan. Tindakan dalam konteks ini dimaknai UU Administrasi Pemerintahan sebagai perbuatan Pejabat Pemerintahan atau penyelenggara negara lainnya untuk melakukan dan/atau tidak melakukan perbuatan konkret

¹⁸ Krishna Djaya Darumurti, "Perspektif Filosofis Konsep Kekuasaan Diskresi Pemerintah", Fakultas Hukum Universitas Kristen Satya Wacana, Salatiga, Vol. 8, No. 7, 2014, hlm. 55-56.

dalam rangka penyelenggaraan pemerintahan (Pasal 1 angka 8).¹⁹

Dengan demikian diskresi dapat memiliki 2 (dua) bentuk. Pertama, keputusan tata usaha negara. Kedua, tindakan nyata pemerintahan atau yang dikonsepsikan oleh Utrecht sebagai perbuatan pemerintah yang berdasarkan fakta atau perbuatan yang bukan perbuatan hukum atau perbuatan tanpa akibat yang diatur oleh hukum. Oleh karena itu, jika mengacu pada definisi UU Administrasi Pemerintahan, diskresi juga berupa tindakan faktual yang tidak memiliki akibat hukum.²⁰

Pasal 1 angka 3 menyebutkan, Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan adalah unsur yang melaksanakan fungsi pemerintahan, baik di lingkungan pemerintah maupun penyelenggara negara lainnya. Pejabat pemerintahan diberikan wewenang oleh undang-undang atau berhak untuk mengambil suatu diskresi dalam proses penyelenggaraan pemerintahan daerah.

Selain berhak, pejabat pemerintahan juga berkewajiban untuk mematuhi UU Administrasi Pemerintahan dalam menggunakan diskresi. Dalam UU Administrasi Pemerintahan Pasal 22 ayat (1) mengatur bahwa kewenangan diskresi hanya dapat dilakukan oleh pejabat pemerintahan yang berwenang.²¹

2. Efektivitas Diskresi dalam Pemerintahan Daerah di Indonesia

Penyelenggaraan pemerintahan di daerah oleh pemerintah daerah merupakan amanat dari peraturan perundang-undangan yang berlaku, di antaranya UUD 1945, UU Nomor 23 Tahun 2014 dan UU Nomor 30 Tahun 2014. Penyelenggaraan pemerintahan daerah dilakukan dalam rangka mencapai tujuan nasional bangsa dan negara Indonesia yakni yang tercantum di dalam Pembukaan UUD 1945 Alinea keempat.

Tujuan nasional atau negara yang ingin dicapai sekaligus merupakan tugas yang harus dilaksanakan oleh negara, yaitu:

1. Melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia;
2. Memajukan kesejahteraan umum;

¹⁹ Victor Imanuel W. Nalle, "Kedudukan Peraturan Kebijakan dalam Undang-Undang Administrasi Pemerintahan", Fakultas Hukum Universitas Katolik Darma Cendika, Surabaya, Vol. 10, No. 1, 2017, hlm. 4.

²⁰ *Ibid.*

²¹ Lihat UU Nomor 30 Tahun 2014.

3. Mencerdaskan kehidupan bangsa;
4. Ikut serta melaksanakan ketertiban dunia berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi, dan keadilan sosial.²²

Dalam mencapai tujuan tersebut, pemerintah daerah diberikan hak maupun kewajiban. Penyelenggaraan pemerintahan daerah yang dilaksanakan harus berpedoman pada hukum positif yang ada. Hukum positif atau peraturan perundang-undangan yang berlaku merupakan batasan, rambu, acuan atau dasar dalam penyelenggaraan pemerintahan daerah. Hal ini menjadi penting sebab tiada satu kebijakan berupa keputusan dan/atau tindakan yang dapat diambil oleh pemerintah tanpa berdasarkan pada asas legalitas.

Kepala daerah adalah penyelenggara urusan pemerintahan yang ada di daerah. Dalam UU Pemerintahan Daerah, Pasal 59 ayat (1) menyebutkan setiap daerah dipimpin oleh kepala pemerintahan daerah yang disebut kepala daerah. Selanjutnya dalam ayat (2) kepala daerah sebagaimana dimaksud pada ayat (1) untuk daerah provinsi disebut gubernur, untuk daerah kabupaten disebut bupati, dan untuk daerah kota disebut Wali Kota.

Pemerintah daerah sebagai pejabat administrasi pemerintahan diberikan kewenangan dalam hal diskresi. Pedoman penyelenggaraan pemerintahan daerah dalam hal kewenangan diskresi sendiri diatur telah diatur dalam UU Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan. Dalam UU tersebut mengatur bagaimana efektivitas suatu diskresi diukur dari beberapa persyaratan. Pejabat pemerintahan yang menggunakan diskresi harus memenuhi beberapa persyaratan seperti yang telah ditentukan dan diatur dalam Pasal 24 yakni sebagai berikut :

- a. Sesuai dengan tujuan diskresi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 22 ayat (2);
- b. Tidak bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan;
- c. Sesuai dengan AUPB;
- d. Berdasarkan alasan-alasan yang objektif. "Alasan-alasan objektif" adalah alasan-alasan yang diambil berdasarkan fakta dan kondisi faktual, tidak memihak, dan rasional serta berdasarkan AUPB;

²² Lihat Pembukaan UUD 1945.

- e. Tidak menimbulkan konflik kepentingan; dan
- f. Dilakukan dengan itikad baik. “Itikad baik” adalah Keputusan dan/atau Tindakan yang ditetapkan dan/atau dilakukan didasarkan atas motif kejujuran dan berdasarkan AUPB.²³

Menurut hemat penulis, berdasarkan hal tersebut di atas, memberikan pemahaman dan pengertian kepada Pejabat Pemerintahan dan masyarakat bahwa diskresi bukanlah sesuatu yang digunakan secara sewenang-wenangnya melainkan digunakan dengan sebaik-baiknya dengan mempertimbangkan hal-hal yang benar memberikan dampak positif yaitu memberikan kesejahteraan kepada masyarakat sebagaimana tujuan dari negara hukum yang menganut asas negara kesejahteraan.

Namun dalam praktiknya, kewenangan diskresi dapat digunakan oleh Pejabat Pemerintahan dengan menaati prosedur penggunaannya. Hal ini sangat penting dilakukan agar tidak menimbulkan akibat hukum yang membuat Pejabat Pemerintahan tersebut harus menanggung akibat hukum yang ada baik secara hukum pidana yaitu tindak pidana korupsi maupun hukum administrasi negara dalam hal ini penyalahgunaan kewenangan.

Indonesia sebagai negara hukum, artinya segala keputusan dan tindakan yang diambil oleh pemerintah daerah harus berdasarkan pada asas dan norma hukum yang berlaku sebab diskresi bukanlah sebuah kewenangan seluas-luasnya, melainkan kewenangan yang diatur dan memiliki batasan-batasan hukum tersendiri yang pada akhirnya tidak terjadinya penyalahgunaan kekuasaan dan memberikan akibat hukum diskresi.

Penggunaan kewenangan diskresi dengan paham bahwa diskresi adalah suatu kewenangan seluas-luasnya, maka suatu tindakan yang melawan hukum administrasi maupun hukum pidana tidak dapat terelakan. Penggunaan diskresi yang menyangkut anggaran adalah hal yang sangat riskan, sehingga bisa menggiring pejabat administrasi pemerintahan pada tindak pidana korupsi. Oleh karena itu, penggunaan diskresi harus memiliki persyaratan, standarisasi dan tujuan yang jelas dan tepat.

²³ Lihat UU Nomor 30 Tahun 2014 Pasal 24.

Pandangan dan realitas yang lain terjadi dalam penyelenggaraan pemerintahan daerah adalah pejabat terlalu takut dan cemas melakukan inovasi dan mengembangkan kreativitas yang dimiliki sebagai potensi daerah, padahal justru dengan melakukan serangkaian tindakan tersebut dapat memberikan manfaat bagi daerah sendiri serta akan berujung pada peningkatan kesejahteraan dalam masyarakat.

Beberapa ahli memberikan persyaratan dan pandangan mengenai efektivitas kewenangan diskresi dalam konsep negara hukum sebagai berikut :

1. Muchsan²⁴
 - a. Tidak boleh bertentangan dengan sistem hukum yang berlaku (kaidah hukum positif);
 - b. Hanya ditujukan demi kepentingan umum.
2. Sjachran Basah²⁵
 - a. Ditujukan untuk menjalankan tugas-tugas servis publik;
 - b. Merupakan sikap tindak yang aktif dari administrasi negara;
 - c. Sikap tindak itu dimungkinkan oleh hukum;
 - d. Sikap tindak itu diambil atas inisiatif sendiri;
 - e. Sikap tindak itu dimaksudkan untuk menyelesaikan persoalan-persoalan penting yang timbul secara tiba-tiba;
 - f. Sikap tindak itu dapat dipertanggungjawabkan baik secara moral kepada Tuhan yang Maha Esa maupun secara hukum.
3. Sadjijono²⁶
 - a. Tidak bertentangan dengan suatu aturan hukum;
 - b. Selaras dengan kewajiban hukum yang mengharuskan tindakan tersebut dilakukan;
 - c. Harus patut, masuk akal dan termasuk dalam lingkungan jabatannya;
 - d. Pertimbangan yang layak berdasar keadaan yang memaksa; dan
 - e. Menghormati hak asasi manusia.

la menambahkan bahwa penilaian yang digunakan dasar pengambilan keputusan untuk bertindak berdasarkan nuraninya, akan tetap

²⁴ Sadjijono, *Op. Cit.*, hlm. 74-75.

²⁵ Sjachran Basah dalam Ridwan HR, *Op. Cit.*, hlm. 170-171.

²⁶ *Ibid.*, hlm. 75-76.

dapat diukur kriterianya, sehingga tindak pemerintahan yang dilakukan dapat diketahui benar dan tidaknya menurut hukum. Oleh karena itu menurutnya, wewenang diskresi ini dilakukan dalam hal-hal, sebagai berikut :

- a. Belum ada peraturan perundang-undangan yang mengatur tentang penyelesaian secara konkrit terhadap suatu masalah tertentu, sedangkan masalah tersebut menuntut penyelesaian dengan segera;
- b. Peraturan perundang-undangan yang menjadi dasar bertindak aparat pemerintah memberikan kebebasan sepenuhnya untuk bertindak;
- c. Adanya delegasi wewenang dari perundang-undangan, maksudnya aparat pemerintah diberi kekuasaan untuk mengatur, menilai dan menentukan tindakan sendiri atas tanggung jawabnya sendiri;
- d. Tindakan dilakukan dalam hal-hal tertentu yang mengharuskan untuk bertindak.²⁷

Penerapan diskresi dapat dinilai efektif atau sejalan dengan negara hukum jika berdasarkan pada AUPB atau *Algemene Beginselen van Behoorlijke Bestuur* sebagai salah satu persyaratan yang ada. AUPB adalah asas yang menjunjung tinggi norma kesusilaan, kepatutan, dan norma hukum, untuk mewujudkan penyelenggara negara yang bersih dan bebas dari korupsi, kolusi dan nepotisme.²⁸ Sehingga setiap penyelenggara negara baik di tingkat pusat maupun daerah dapat menjadikan AUPB sebagai salah satu acuan dan tolak ukur dalam mengambil kebijakan atau tindakan administrasi pemerintahan.

AUPB menjadi salah satu rambu dalam penggunaan kewenangan diskresi, sebab dengan tidak dilanggarnya AUPB tersebut berarti suatu kebijakan atau tindakan diskresi tersebut dapat dikategorikan sebagai kebijakan yang baik yang artinya dapat memberikan manfaat bagi masyarakat luas. Sebab jika satu asas saja yang dilanggar maka kebijakan dalam bentuk keputusan dan/atau tindakan pemerintah tersebut harus ditinjau kembali serta memiliki kemungkinan untuk tidak memberika manfaat sebesar-besarnya bagi masyarakat. Menurut penulis, AUPB dapat disimpulkan sebagai berikut, yakni asas kepastian hukum, asas kemanfaatan, asas

kepentingan umum, asas keadilan, asas keterbukaan, asas efisiensi, asas efektivitas dan asas akuntabilitas.

Pemerintah daerah sebagai pejabat publik yang menjalankan adminitrasi pemerintahan daerah diberikan kebebasan untuk mengambil tindakan atau keputusan berdasarkan pendapatnya sendiri, namun hal ini tidak berarti tidak ada rambu-rambu, koridor-koridor atau batasan-batasan hukum yang membatasinya. Sjachran Basah²⁹ menambahkan bahwa, tindakan yang diambil pemerintah tersebut, harus dapat dipertanggungjawabkan baik secara moral kepada Tuhan Yang Maha Esa maupun secara hukum.

Pendapat Sjachran Basah tersebut, menurut hemat penulis adalah hal yang sangat penting, bahwa pertimbangan moralitas, yaitu yang berhubungan dengan kesantuan, kesusilaan, etiket dan adat. Di mana pertimbangan mengenai moral yaitu suatu yang diterima umum oleh masyarakat mengenai perbuatan, tingkah laku, sikap, kewajiban, keharusan dan sebagainya terhadap suatu diskresi yang diambil. Selain itu, pertimbangan mengenai pertanggungjawaban secara hukum juga merupakan ciri dari negara hukum.

Dari penjelasan di atas, maka efektivitas penerapan kewenangan diskresi oleh pemerintah daerah adalah dapat dilihat dari beberapa standarisasi sebagai berikut :

1. Tidak bertentangan sistem hukum yang berlaku atau kaidah hukum positif;
2. Ditujukan untuk kepentingan umum. Setiap kebijakan pemerintahan yang dikeluarkan oleh pejabat yang berwenang mesti memberikan dampak secara langsung kepada masyarakat dan dirasakan. Sehingga diskresi yang dikeluarkan benar untuk kepentingan umum dan bukan kepentingan pribadi atau sebagian kelompok, akhirnya kepentingan masyarakat diabaikan;
3. Tidak melanggar AUPB. AUPB merupakan salah satu acuan dalam pengambilan diskresi. Dikutip kembali oleh penulis di atas bahwa AUPB meliputi asas kepastian hukum, asas kemanfaatan, asas kepentingan umum, asas keadilan, asas keterbukaan, asas efisiensi, asas efektivitas dan asas akuntabilitas. AUPB menjadi hal yang sangat penting karena AUPB merupakan salah satu

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Lihat UU Nomor 28 Tahun 1999 Pasal 1 Angka 6.

²⁹ Sjachran Basah dalam Ridwan HR, *Op. Cit.*, hlm. 170-171.

- ukuran yang sangat tepat dalam menilai suatu keputusan atau tindakan pemerintah.;
4. Untuk mengatasi permasalahan atau persoalan pemerintahan yang dianggap mendasar dan sebuah keharusan. Permasalahan mendasar dan sebuah keharusan yang dimaksud adalah ketika terjadi situasi ketegangan politik, bencana alam dan fenomena sosial yang berdampak luas;
 5. Dilandasi dengan niat dan tujuan yang baik. Keputusan dan/atau tindakan administrasi pemerintahan yang dikeluarkan berdasarkan kewenangan diskresi memang sudah seharusnya didasarkan pada niat dan tujuan yang baik. Niat dan tujuan yang baik yang dimaksud tersebut adalah untuk memberikan kesejahteraan kepada masyarakat dan membantu pembangunan daerah;
 6. Dapat dipertanggungjawabkan baik secara moral kepada Tuhan maupun secara hukum di pengadilan. Pertanggungjawaban secara moral kepada Tuhan yaitu mengakui bahwa diskresi yang diambil tersebut telah bersesuaian dengan nilai kesantunan, kesusilaan, etiket dan adat yang berlaku. Di mana pertimbangan mengenai moral menyangkut sesuatu yang diterima umum oleh masyarakat mengenai perbuatan, tingkah laku, sikap, kewajiban, keharusan dan sebagainya terhadap suatu diskresi yang dikeluarkan oleh pemerintah daerah. Selain itu, pertimbangan mengenai pertanggungjawaban secara hukum juga merupakan ciri dari negara hukum. Pemerintah daerah yang telah dengan berani mengambil suatu kebijakan berupa keputusan dan/atau tindakan administrasi berani juga untuk mempertanggungjawabkannya kepada masyarakat, badan legislatif maupun di depan peradilan;
 7. Berdasarkan pada norma-norma yang berlaku di dalam masyarakat, yakni norma hukum, norma kesopanan, norma kesusilaan dan norma agama. Norma-norma yang berlaku dalam kehidupan bermasyarakat merupakan salah satu dari sekian banyak persyaratan dalam mengeluarkan kebijakan tata usaha negara. Diskresi juga harus mempertimbangkan hal-hal yang menyangkut aturan hukum, kesopanan dan kesantunan dalam masyarakat, kesusilaan yaitu mengenai penilaian berdasarkan hati nurani seseorang dan terakhir dari sudut pandang keagamaan;
 8. Memenuhi rasa keadilan dalam masyarakat. Diskresi yang diambil harus dapat memenuhi rasa keadilan dalam masyarakat artinya pemerintah daerah mesti mempertimbangkan secara mendalam apakah diskresi itu memberikan rasa keadilan atau tidak. Diskresi tersebut harus memberikan keseimbangan dalam masyarakat, secara umum masyarakat harus merasa perlakuan yang adil akibat diskresi tersebut.
 9. Tidak melanggar HAM. HAM adalah hak dasar yang dimiliki oleh setiap manusia yang merupakan anugerah Tuhan. Pertimbangan terhadap aspek HAM tidak boleh dilupakan dalam proses penggunaan diskresi. Pemerintah daerah harus cermat mempertimbangkan rasa atau nilai kemanusiaan. Kewenangan diskresi pemerintah daerah dapat digunakan dalam beberapa hal antara lain sebagai berikut : Pengangkatan pejabat daerah; Pengelolaan keuangan daerah; Pemberian ijin; Dan lainnya.

KESIMPULAN DAN SARAN

A. Kesimpulan

1. Meskipun pemberian kewenangan diskresi kepada pemerintah atau pejabat administrasi negara merupakan konsekuensi logis dari konsepsi dan paham negara kesejahteraan atau *welfare state*, akan tetapi dalam kerangka negara hukum, diskresi ini tidak dapat digunakan tanpa batas dengan dalih kekosongan hukum dan untuk kepentingan umum sebab hal ini justru akan membawa pada praktik penyalahgunaan kekuasaan atau *abuse of the power* atau *detournement de pouvoir*. Oleh karena itu dilihat dari sudut pandang negara hukum, kekuasaan diskresi haruslah dikontrol, diawasi dan dibatasi. Di Indonesia kedudukan diskresi diatur dalam UU Nomor 30 Tahun 2014 Pasal 1 ayat (9), Pasal 22-32.

2. Standarisasi efektivitas penerapan kewenangan diskresi oleh pemerintah daerah dapat dilihat dari :
 1. Tidak bertentangan sistem hukum yang berlaku atau kaidah hukum positif;
 2. Ditujukan untuk kepentingan umum;
 3. Tidak melanggar AUPB;
 4. Tindakan atau keputusan yang diambil adalah untuk mengatasi permasalahan atau persoalan pemerintahan yang dianggap mendasar dan sebuah keharusan;
 5. Tindakan atau keputusan tersebut dilandasi dengan niat dan tujuan yang baik;
 6. Tindakan atau keputusan tersebut dapat dipertanggungjawabkan baik secara moral kepada Tuhan maupun secara hukum di pengadilan;
 7. Tindakan atau keputusan yang diambil berdasarkan pada norma-norma yang berlaku di dalam masyarakat, yakni norma hukum, norma kesopanan, norma kesusilaan dan norma agama;
 8. Tindakan atau keputusan yang diambil memenuhi rasa keadilan dalam masyarakat; dan
 9. Tidak melanggar HAM.

B. Saran

1. Pemahaman terhadap diskresi dalam konsep negara hukum harus benar dipahami dan dimengerti oleh pejabat pemerintahan dalam hal ini kepala daerah yang menjalankan kewenangannya sebagai pemerintah daerah agar dalam penyelenggaraan pemerintahan daerah, dapat terhindar dari praktik pelanggaran hukum di mana berujung pada penyalahgunaan kekuasaan dapat dihindari bahkan tidak terjadi. Oleh karena itu, pentingnya pemahaman pemerintah daerah terhadap hukum administrasi negara, yaitu pemahaman akan hak, kewajiban dan kewenangan yang melekat dalam dirinya, dibarengi dengan pemahaman terhadap norma hukum dan AUPB.
2. Pemerintah daerah diharapkan tidak perlu ragu dalam pemberlakuan kewenangan diskresi dalam proses penyelenggaraan pemerintahan daerah.

Pemerintah daerah dapat melakukan berbagai upaya dalam rangka berinovasi untuk mencapai tujuan nasional seperti yang sudah diaamantkan oleh Pembukaan UUD 1945. Hal ini menjadi penting, karena kewenangan diskresi hanya terletak pada pejabat administrasi negara.

DAFTAR PUSTAKA

- Gaffar, Janedjri M, 2012, *Demokrasi Konstitusional Praktik Ketatanegaraan Indonesia Setelah Perubahan UUD 1945*, Jakarta, Konstitusi Press.
- HR, Ridwan, 2014, *Hukum Administrasi Negara*, Jakarta, Edisi Revisi, Raja Grafindo Persada.
- Marzuki, Peter Mahmud, 2005, *Penelitian Hukum*, Surabaya, Kencana.
- Sadjijono, 2011, *Bab-Bab Pokok Hukum Administrasi*, Yogyakarta, Laksbang Pressindo.
- Soekanto, Soerjono dan Sri Mamudji, 1994, *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat*, Jakarta, PT. Raja Grafindo Persada.

KARYA ILMIAH

- Jaya, Ikmal, 2014, *Impelemntasi Kebijakan Diskresi pada Sistem Pelayanan Publik di Kota Tegal*, Pemerintah Kota Tegal, Tegal, Vol. 1. No. 2.
- W. Nalle, 2017, Victor Imanuel, *Kedudukan Peraturan Kebijakan dalam Undang-Undang Administrasi Pemerintahan*, Fakultas Hukum Universitas Katolik Darma Cendika, Surabaya, Vol. 10 No. 1.
- Darumurti, 2014, Krishna Djaya, *Perspektif Filosofis Konsep Kekuasaan Diskresi Pemerintah*, Fakultas Hukum Universitas Kristen Satya Wacana, Salatiga, Vol. 8 No. 7.
- Hakim, Lukman, 2011, *Kewenangan Organ Negara Dalam Penyelenggaraan Pemerintahan*, Puskasi Fakultas Hukum Universitas Widyagama Malang, Malang, Vol. 4, No. 1.
- Muntoha, 2009, *Demokrasi dan Negara Hukum*, Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia Yogyakarta, Yogyakarta, Vol. 16, No. 3.

PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN

UUD 1945

- UU Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah
- UU Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan
- UU Nomor 28 Tahun 1999 tentang Penyelenggara Negara Yang Bersih dan Bebas Dari Korupsi, Kolusi dan Nepotisme