

Menyoal Diskresi yang Terpasung (Mengkritisi Undang-Undang Administrasi Pemerintahan)

H.M. Laica Marzuki

Guru Besar Emeritus Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin. E-mail: laicamarzuki@yahoo.com

Abstract:

Discretion provides a space of freedom through *doelmatigheid* to the Government officials in the governance. It describes the factual matters that attached to the position (*het ambt*). Only government officials (authorized) can use discretion. The inherent authority of position (*de bevoegdheden van het ambt*) is determined how large the scope of discretionary use. However, the use of discretion in Act No. 30 of 2014 on Government Administration negates the essence of freedom. Government Officials should not hesitate to use discretion in the governance, although still within the limits of the enforcement of the Government Administration Act. It is just that the use of discretion should not cross the border of the legal frame, like swinging bells too far.

Keywords: Discretion; Government Administration; Administrative Law

Abstrak:

Diskresi memberikan ruang kebebasan secara *doelmatigheid* kepada Pejabat Pemerintahan dalam penyelenggaraan pemerintahan. Diskresi menjabarkan hal faktual yang melekat pada jabatan (*het ambt*). Hanya pejabat pemerintahan (yang berwenang) yang dapat menggunakan diskresi. Kewenangan yang melekat pada jabatan (*de bevoegdheden van het ambt*) ditentukan seberapa luas lingkup penggunaan diskresi. Namun penggunaan diskresi dalam Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan meniadakan esensi kebebasan. Pejabat Pemerintah tidak perlu ragu menggunakan diskresi dalam rangka penyelenggaraan pemerintahan, walau masih dalam batas pemberlakuan Undang-Undang Administrasi Pemerintahan. Hanya saja, penggunaan diskresi tidak boleh melintasi tapal batas bingkai hukum, bagai mengayun bendul lonceng terlalu jauh.

Kata Kunci: Diskresi; Administrasi Pemerintahan; Hukum Administrasi Negara

1. Pendahuluan

Diskresi atau *discretion* bermakna kebijakan administrasi. Dalam *Verwaltungsvorschrift*, diskresi disebut *Ermessen*. Penggunaan istilah diskresi tidak perlu dipertentangkan dengan *Ermessen*. *Diskresi* atau *Ermessen* digunakan oleh Pejabat Pemerintahan dalam rangka menyelenggarakan kebijakan (*beleid*) administrasi, lazim disebut *discretionary power* (*discretionaire bevoegdheden*).

Tom Bingham dalam bukunya *The Rule of Law*¹ mengatakan, “*Law not Discretion*”. Diskresi bukanlah hukum. “*Questions of legal right and liability should ordinarily be resolved by application of the law and not the exercise of discretion,*” katanya. Diskresi atau *Ermessen* bukan peraturan perundang-undangan (*algemene verbindende voorschriften*). Esensi dari diskresi atau *Ermessen* adalah kebebasan secara *doelmatigheid*. Secara gradasi, diskresi atau *Ermessen* kadangkala dinamakan *freies Ermessen*, utamanya dalam kaitan *vrij bestuur*.

Pasal 1 angka 9 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan, merumuskan 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.

Diskresi memberikan ruang kebebasan secara *doelmatigheid* (kebijakan). Diskresi atau *Ermessen* adalah kebebasan yang diberikan kepada Pejabat Pemerintahan dalam penyelenggaraan pemerintahan. Tidak dapat kiranya dibayangkan, suatu penyelenggaraan pemerintahan tanpa penggunaan diskresi dari Pejabat Pemerintahan.

Diskresi menjabarkan hal faktual yang melekat pada jabatan (*het ambt*). Hanya pejabat pemerintahan (yang berwenang) yang dapat menggunakan diskresi. Kewenangan yang melekat pada jabatan (*de bevoegdheden van het ambt*) dimaksud ditentukan seberapa luas lingkup penggunaan diskresi.

Mengikuti paham Logemann,² jabatan itu langgeng (*duurzaam*) sedang pejabat (*ambtsdrager*) datang silih berganti. Jabatan (*het ambt*) selaku *rechtssubject* tidak dapat melaksanakan dirinya, maka jabatan diwakili manusia pribadi (*natuurlijke person*), yakni pejabat pemerintahan (*ambtsdrager*). Ketika terjadi penggunaan diskresi yang melampaui kewenangan jabatan maka hal dimaksud sudah merupakan pelanggaran hukum (*onrechtmatig*) atau melawan hukum (*wederrechtelijk*). Di kala itu, tidak dapat dinamakan diskresi lagi.

2. Letak Diskresi

Diskresi adalah kebijakan (*beleid*), merupakan ranah *doelmatigheid*. Diskresi bukan hukum, bukan peraturan perundang-undangan namun secara faktual menjabarkan dan mendinamisir peraturan perundang-undangan dalam penyelenggaraan pemerintahan.

A.M. Donner dalam bukunya “*Nederlands Bestuursrecht*”,³ membagi lapangan penyelenggaraan negara dalam dua tingkatan (*twee fasen*). Pertama, lapangan penentuan tugas (*taakstelling*), lazim disebut lapangan politik (atau *policy*). Lapangan pertama adalah lapangan yang menentukan tujuan atau tugas. Di lapangan ini, ditetapkan politik negara, tujuan negara (*het wezenlijk van de functie en staatsdoeleinden*), jalan mana yang harus ditempuh oleh negara.

¹ Bingham, T. (2011). *The Rule of Law*. London: Penguin Books. hlm. 48

² Logemann, J.H.A. (1948). *Over De Theorie van een Stellig Staatsrecht*, Leiden: Universitaire Pers.

³ Donner, A.M. (1953). *Nederlands Bestuursrecht*. N. Samsons, NV., Alphen Aan Den Rijn.

Kedua, lapangan penyelenggaraan tugas (*taak vervulling, verwezenlijking van de taak*). Lapangan ini menyelenggarakan politik negara yang ditentukan pada lapangan politik (*policy*). Segenap apa yang ditentukan dalam lapangan pertama diselenggarakan atau dijabarkan oleh lapangan kedua. Lapangan kedua dimaksud disebut lapangan tata usaha negara atau lapangan administrasi negara (*bestuursgebied*). Kata administrasi berasal dari tata bahasa latin: *administrare*, artinya menyelenggarakan, melaksanakan, menjabarkan. Maksudnya lapangan tata usaha negara (administrasi negara, *bestuurgebied*) menyelenggarakan, melaksanakan dan menjabarkan segenap keputusan politik (*policy*) negara di atas.

Para pejabat pemerintahan di kala menyelenggarakan, melaksanakan dan menjabarkan fungsi (tugas-tugas)nya acapkali menggunakan diskresi atau *Ermessen*. Diskresi merupakan keniscayaan penyelenggaraan pemerintahan. Tanpa diskresi, pemerintahan mengalami disfunction, cenderung stagnasi. Dengan demikian, letak dan tempat diskresi berada pada lingkup lapangan tata usaha negara, lapangan administrasi negara (*bestuursgebied*). Penggunaan diskresi tidak boleh melintasi bingkai lapangan administrasi (*bestuursgebied*).

3. Esensi dan Fungsi Diskresi

Esensi dari setiap wujud diskresi adalah kebebasan. Kadar serta luasnya cakupan diskresi berbeda-beda, tergantung pada luasnya kewenangan yang melekat pada jabatan. Penggunaan diskresi yang cukup luas terdapat pada bidang bestuur yang cukup longgar (*vrij bestuur*), lazim disebut *freies Ermessen*. Penggunaan diskresi yang agak terbatas pada umumnya terdapat pada pelaksanaan bidang bestuur yang agak terikat (*gebonden bestuur*). Namun demikian, perbedaan gradasi dari pelbagai wujud diskresi tidak dapat menyampingkan atau me-negasi esensi kebebasan dari diskresi.

Diskresi atau *Ermessen* adalah kebebasan yang diberikan kepada pejabat pemerintahan dalam penyelenggaraan pemerintahan. Menurut Gamawan Fauzi,⁴ mantan Menteri Dalam Negeri, diskresi digunakan manakala:

1. Adanya kondisi darurat yang nyata sangat akut dan tiba-tiba.
2. Ketiadaan pilihan lain kecuali melakukan suatu tindakan yang berpotensi melanggar hukum.
3. Kerugian yang ditimbulkan akibat dilakukannya tindakan tersebut sangat kecil dibandingkan dengan tujuan atau maksud dilakukannya tindakan tersebut.
4. Tindakan tersebut hanya untuk hal yang bersifat kepentingan umum yang harus segera dilindungi, dan pihak yang dirugikan juga dalam jumlah yang sangat sedikit.
5. Adanya kompensasi.

Menurut A.M. Donner, "*Het gaat bij de hier bedoelde vrijheid, dus niet om en vrijheid van de wet*" Kebebasan yang dimaksud tidak berarti kebebasan dari undang-undang. "*Er is vrijheid van regel.*"⁵ Sebaliknya, yang ada adalah kebebasan mengatur, katanya.

⁴ Sambutan Gumawan Fauzi, dalam lokakarya "Mitigasi Risiko Terkait Dengan Diskresi Kepala Daerah Agar Terhindar dari Pidana Korupsi". Diselenggarakan Asosiasi Pemerintah Kabupaten Seluruh Indonesia, Jakarta. 2008.

⁵ Donner, A.M. *Op.Cit.*

Willy Voll,⁶ memahami bahwa kebebasan mengatur (*vrijheid van regel*) bermakna mengatur hal-hal yang konkret dalam mengerjakan keempat tahapan aktivitas berikut:

1. Menilai dan menentukan apakah wewenang dipakai, digunakan atau tidak.
2. Kalau sudah diputuskan untuk menggunakannya, ditetapkan lagi kapan menggunakannya secara tepat.
3. Kalau sudah diketahui kapan waktunya yang tepat maka dipersoalkan lagi bagaimana harus dan patut bertindak.
4. Terakhir, ditetapkan ukuran yang mana dipakai dalam bertindak.

Dengan demikian, fungsi diskresi adalah menjabarkan dan mendinamisir upaya penyelenggaraan pemerintahan, menurut kehendak pembuat undang-undang. Cakupan kewenangan (*bevoegdheden*) dari jabatan (*het ambt*) ditentukan oleh pembuat undang-undang. Namun dalam hal *in concreto*, rumusan undang-undang kadangkala tidak mengatur secara detail dan rinci, tidak lengkap, tidak jelas. Hal dimaksud acapkali muncul secara insidental dan tidak terduga (*onverwacht*). Di sini peran nyata dari diskresi atau Ermessen. Diskresi bergerak lentur (*buigzaam*) secara *doelmatigheid*.

4. Diskresi yang Terpasung

Diskresi diatur pada Bab VI, Pasal 22 s/d 32 UU Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan. Pasal 23 UU Nomor 30 Tahun 2014, menetapkan Diskresi Pejabat Pemerintahan meliputi:

- a. Pengambilan Keputusan dan/atau Tindakan berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan yang memberikan suatu pilihan Keputusan dan/atau Tindakan;
- b. Pengambilan Keputusan dan/atau Tindakan karena peraturan perundang-undangan yang tidak mengatur;
- c. Pengambilan Keputusan dan/atau Tindakan karena ketentuan peraturan perundang-undangan tidak lengkap atau tidak jelas; dan
- d. Pengambilan Keputusan dan/atau Tindakan karena adanya stagnasi pemerintahan guna kepentingan yang lebih luas.

Namun nyatanya, penggunaan diskresi dalam undang-undang ini meniadakan esensi kebebasan. Pasal 25 ayat (1) UU Nomor 30 Tahun 2014 menetapkan, penggunaan diskresi yang berpotensi mengubah alokasi anggaran wajib memperoleh persetujuan dari Atasan Pejabat. Persetujuan dilakukan apabila penggunaan diskresi berdasarkan Pasal 23 huruf a, huruf b dan huruf c serta menimbulkan akibat hukum yang berpotensi membebani keuangan negara (Ayat 2). Dalam hal penggunaan diskresi menimbulkan keresahan masyarakat, keadaan darurat, mendesak dan/atau terjadi bencana alam, pejabat pemerintah wajib memberitahukan kepada Atasan Pejabat sebelum penggunaan diskresi dan melaporkan kepada Atasan Pejabat setelah penggunaan diskresi (Ayat 3). Pemberitahuan sebelum penggunaan diskresi dimaksud dilakukan apabila penggunaan diskresi berdasarkan ketentuan Pasal 23 huruf a yang berpotensi menimbulkan keresahan masyarakat (Ayat 4). Pelaporan setelah penggunaan diskresi dimaksud dilakukan apabila penggunaan diskresi berdasarkan

⁶ Voll, W. (1972). "Satu Dua Catatan Mengenai Beberapa Problema Freies Ermessen di Indonesia Dewasa Ini". Disampaikan pada Pekan Ilmiah Hari Lahir Fakultas Hukum dan Pengetahuan Masyarakat Universitas Hasanuddin, hlm. 29.

ketentuan dalam Pasal 23 huruf d yang terjadi dalam keadaan darurat, keadaan mendesak dan/atau terjadi bencana alam (Ayat 5).

Seungguhnya, yang menjadi batu penguji (*toetsteen*) dari penggunaan diskresi adalah sejauhmana diskresi bersesuai atau melampaui kewenangan (*de bevoegdheden*) yang melekat pada jabatan dari pejabat yang bersangkutan. Ketika terjadi pelampauan kewenangan dari suatu jabatan maka hal dimaksud bukan lagi hal ihwal diksresi tetapi pelanggaran hukum (*onrechtmatig*) atau melawan hukum (*wederrechtelijk*). Persyaratan persetujuan atasan dalam hal tertentu sama sekali tidak berpaut dengan hal diskresi tetapi berpaut hubungan atasan dan bawahan secara *administratief rechtelijk*. Persyaratan persetujuan dari atasan tidak lazim dikenal, sekalipun dalam kaitan penyelenggaraan *gebonden bestuur*. Tatkala diskresi mensyaratkan persetujuan (*by consent*) atasan maka diskresi mengalami pemasangan. Hal dimaksud menjadikan diskresi kehilangan esensi kebebasannya. Diskresi tanpa esensi kebebasan bermakna diskresi tanpa diskresi. Suatu *contradictio in adjekto*.

Lagi pula harus jelas hubungan antara pejabat pengguna diksresi dengan atasan pemberi persetujuan atas diskresi pejabat bawahan. Apakah dalam kaitan delegasi (*delegation of authority*) atau pelimpahan atas dasar mandat. Pemberian delegasi menyebabkan pemberi delegasi (atasan) kehilangan kewenangan, sedangkan dalam hal pelimpahan atas dasar mandat, mandataris bertindak untuk dan atas nama mandat. Atasan ikut bertanggung jawab, termasuk dalam hal perbuatan peraturan kebijakan (*beleidsregel, policy rule*), seperti halnya surat edaran, pengumuman dsb, dalam kaitan mandat. Hampir keseluruhan pasal Bab VI tentang pengaturan diskresi, berpeluang membatasi, bahkan melucuti esensi kebebasan yang *inheren* harus ada pada diskresi.

5. Pemidanaan Diskresi

Presiden Joko Widodo di kala memberikan pengarahan kepada seluruh Kepala Kepolisian Daerah (Kapolda) dan Kepala Kejaksaan Tinggi (Kajati) di Istana Negara, Jakarta pada tanggal 19 Juli 2016, meminta agar tidak mengkriminalisasi diskresi (kebijakan) yang dilakukan oleh Pejabat Pemerintahan, termasuk Pejabat Daerah dalam rangka percepatan pembangunan. Presiden mengingatkan diskresi tidak bisa dipidanakan.⁷

Penyalahgunaan wewenang diskresi dapat mengakibatkan perbuatan melanggar hukum (*onrechmatige daad*) atau melawan hukum (*wederrechtelijk*) tetapi tidak berarti bahwa diskresi *ansich* adalah melanggar hukum atau melawan hukum. Penyalahgunaan diskresi berarti penggunaan diskresi telah melintasi tapal batas hukum sehingga bukan lagi berpaut dengan diskresi. Gubernur yang membeli pesawat helikopter guna melancarkan komunikasi transportasi di daerahnya merupakan tindakan diskresi tetapi tatkala melakukan penggelembungan harga dari pembelian pesawat dimaksud dengan pihak penjual maka perbuatan melawan hukum yang dilakukannya tidak dapat digolongkan sebagai tindakan diskresi. Perbuatannya bukan melanggar diskresi tetapi melanggar UU Nomor 20 Tahun 2001 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi.

⁷ Harian Kompas, Rabu 20 Juli 2016.

6. Penutup

Pejabat Pemerintah tidak perlu ragu menggunakan diskresi dalam rangka penyelenggaraan pemerintahan, walau masih dalam batas pemberlakuan UU Nomor 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan. Hanya saja, penggunaan diskresi tidak boleh melintasi tapal batas bingkai hukum, bagai mengayun bendul lonceng terlalu jauh.

Referensi

- Bingham, T. (2011). *The Rule of Law*. London: Penguin Books.
- Donner, A.M. (1953). *Nederlands Bestuursrecht*. N. Samsons, NV., Alphen Aan Den Rijn.
- Gumawan Fauzi. (2008). "Mitigasi Risiko Terkait Dengan Diskresi Kepala Daerah Agar Terhindar dari Pidana Korupsi". Diselenggarakan Asosiasi Pemerintah Kabupaten Seluruh Indonesia, Jakarta.
- Harian Kompas, Rabu 20 Juli 2016.
- Logemann, J.H.A. (1948). *Over De Theorie van een Stellig Staatsrecht*, Leiden: Universitaire Pers.
- Voll, W. (1972). "Satu Dua Catatan Mengenai Beberapa Problema Freies Ermessen di Indonesia Dewasa Ini". Disampaikan pada Pekan Ilmiah Hari Lahir Fakultas Hukum dan Pengetahuan Masyarakat Universitas Hasanuddin.