



S A S I

Jurnal Ilmiah Fakultas Hukum Universitas Pattimura Ambon

- Peraturan Mahkamah Agung Dan Peraturan Mahkamah Konstitusi Menurut Jenis Peraturan Perundang- Undangan Di Indonesia
Vica J. E. Saija
- Peran Politik Hukum Dalam Perencanaan Pembangunan Daerah
Hendry John Piris
- Pertanggungjawaban Hukum Pemerintah (Kajian Tentang Ruang Lingkup Dan Hubungan Dengan Diskresi)
Julista. Mustamu
- Pengaturan Wewenang Dalam Pengelolaan Wilayah Laut
Sherlock H. Lekipiouw
- Kedudukan Suami Dalam Sistem Kekerabatan Masyarakat Adat Ditinjau Dari Perspektif Hak Asasi Manusia (Studi Pada Desa Letwurung Kecamatan Babar Timur Kabupaten Maluku Barat Daya)
Mahrta A. Lakburlawal
- Kebijakan Hukum Pidana Dalam Penanggulangan Kejahatan Anak
Jacob Hattu
- Kekerasan Seksual Terhadap Perempuan Di Daerah Konflik (Kajian Hukum Internasional Dan Penerapannya Di Indonesia)
Veriena J. B. Rehatta
- Pengaruh Hukum Internasional Terhadap Perkembangan Hukum Kontrak Di Indonesia
Sarah S. Kuahaty
- Hak Moral Pencipta Atas Karya Cipta Yang Diunduh Dari Internet
Theresia N. A. Narwadan

PENGELOLA

| | | | |
|------------------------|---|-------------------------------------|----------|
| Penanggung Jawab | : | Dr. J. Tjiptabudy, SH. M. Hum | (Dekan) |
| Penasihat | : | 1. J. D. Pasalbessy, SH. M.Hum | (PD I) |
| | | 2. Dr. A. D. Laturete, SH. MH | (PD II) |
| | | 3. N. Tianotak, SH. M.Hum | (PD III) |
| | | 4. O. Lawalata, SH. M.Hum | (PD IV) |
| Pemimpinan Redaksi | : | Ny. S. S. Kuahaty, SH. MH | |
| Wakil Pemimpin Redaksi | : | Ny. R. D. Daties, SH. MH | |
| Sekretaris Redaksi | : | E. S. Holle, SH. MH | |
| Redaksi Ahli | : | 1. Prof. Dr. R. Z. Titahelu, SH. MS | |
| | | 2. Dr. H. Hattu, SH. MH | |
| | | 3. Dr. J. Leatemia, SH. MH | |
| | | 4. Dr. S. E. M. Nirahua, SH. M.Hum | |
| Redaktur Pelaksana | : | 1. Ny. Y. A. Lewerissa, SH. MH | |
| | | 2. M. A. H. Labetubun, SH. L.LM | |
| | | 3. A. D. Bakarbessy, SH. LLM | |
| | | 4. S. Peilouw, SH. MH | |

EDITORIAL

Pemerintah dalam melaksanakan tugasnya, sering diperhadapkan dengan perubahan yang terjadi dalam masyarakat. Dinamika dan tuntutan masyarakat yang begitu cepat berubah, ternyata menimbulkan berbagai permasalahan hukum, termasuk masalah tanggungjawab pemerintah dalam memberikan perlindungan sesuai dengan tugas dan tanggungjawab serta kewenangannya. Dalam edisi “SASI” kali ini beberapa permasalahan hukum yang menjadi sorotan adalah Peraturan Mahkamah Agung Dan Peraturan Mahkamah Konstitusi Menurut Jenis Peraturan Perundang- Undangan Di Indonesia, Peran Politik Hukum Dalam Perencanaan Pembangunan Daerah, Pertanggungjawaban Hukum Pemerintah (Kajian Tentang Ruang Lingkup Dan Hubungan Dengan Diskresi), Pengaturan Wewenang Dalam Pengelolaan Wilayah Laut, Kedudukan Suami Dalam Sistem Keekerabatan Masyarakat Adat Ditinjau Dari Perspektif Hak Asasi Manusia (Studi Pada Desa Letwuring Kecamatan Babar Timur Kabupaten Maluku Barat Daya), Kebijakan Hukum Pidana Dalam Penanggulangan Kejahatan Anak, Kekerasan Seksual Terhadap Perempuan Di Daerah Konflik (Kajian Hukum Internasional Dan Penerapannya Di Indonesia), Pengaruh Hukum Internasional Terhadap Perkembangan Hukum Kontrak Di Indonesia, dan Hak Moral Pencipta Atas Karya Cipta Yang Diunduh Dari Internet

Pemikiran-pemikiran yang dikembangkan di atas sebenarnya didasarkan pada kajian-kajian yang terkait dengan upaya pengembangan dan pembangunan ilmu hukum kedepan, semoga tulisan-tulisan ini bermanfaat.

Redaksi

DAFTAR ISI

| | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Editorial | i |
| Daftar Isi | ii |
| • Peraturan Mahkamah Agung Dan Peraturan Mahkamah Konstitusi Menurut Jenis Peraturan Perundang- Undangan Di Indonesia Vica J. E. Saija | 1 |
| • Peran Politik Hukum Dalam Perencanaan Pembangunan Daerah Hendry John Piris | 14 |
| • Pertanggungjawaban Hukum Pemerintah (Kajian Tentang Ruang Lingkup Dan Hubungan Dengan Diskresi) Julista. Mustamu | 21 |
| • Pengaturan Wewenang Dalam Pengelolaan Wilayah Laut Sherlock H. Lekipiouw | 28 |
| • Kedudukan Suami Dalam Sistem Keekerabatan Masyarakat Adat Ditinjau Dari Perspektif Hak Asasi Manusia (Studi Pada Desa Letwuring Kecamatan Babar Timur Kabupaten Maluku Barat Daya) Mahrita A. Lakburlawal | 36 |
| • Kebijakan Hukum Pidana Dalam Penanggulangan Kejahatan Anak Jacob Hattu | 47 |
| • Kekerasan Seksual Terhadap Perempuan Di Daerah Konflik (Kajian Hukum Internasional Dan Penerapannya Di Indonesia) Veriena J. B. Rehatta | 53 |
| • Pengaruh Hukum Internasional Terhadap Perkembangan Hukum Kontrak Di Indonesia Sarah S. Kuahaty | 64 |
| • Hak Moral Pencipta Atas Karya Cipta Yang Diunduh Dari Internet Theresia N. A. Narwadan | 71 |

Biodata Penulis

Ketentuan Penulisan Jurnal SASI

KETENTUAN PENULISAN JURNAL SASI

Jurnal SASI adalah jurnal ilmiah yang diterbitkan oleh Fakultas Hukum Universitas Pattimura, sebagai upaya mempublikasikan hasil-hasil pemikiran dan penelitian di bidang ilmu hukum dalam upaya pengembangan ilmu hukum, dengan ketentuan sebagai berikut:

1. Naskah Tulisan bertemakan hukum, bersifat ilmiah yang belum pernah diterbitkan dalam media cetak lain.
2. Sistematika penulisan terdiri dari Abstrak, Pendahuluan, Pembahasan, Penutup, dan Daftar Pustaka
3. Naskah wajib mencantumkan abstrak dalam bentuk bahasa Inggris yang baik.
4. Diketik dengan menggunakan pengolah kata MS Word, spasi rangkap, setebal 10-15 halaman kuarto dalam bentuk naskah dan disket.
5. Margin kiri dan atas 4, margin kanan dan bawah 3. Menggunakan huruf Times New Roman 12.
6. Redaksi berhak menyingkat atau memperbaiki tulisan untuk keseragaman format tanpa mengubah maksud isinya. kandungan tulisan tetap menjadi tanggungjawab penulis.

PERTANGGUNGJAWABAN HUKUM PEMERINTAH (Kajian Tentang Ruang Lingkup Dan Hubungan Dengan Diskresi)

Oleh: Julista. Mustamu

ABSTRACT

The concept of government responsibility in this paper gives the sense of an obligation for the authorities to take responsibility for legal use of power that can cause harm to citizens. The concept of responsibility is meant here is responsibility in the legal sense is really related to their rights and obligations. This paper will examine the issue of government responsibility in the administration of state freely associated with the government's authority in the administrative law concept known as discretionary.

Keyword: Government Responsibility, Discretion

A. PENDAHULUAN.

Salah satu tugas penting yang diemban Negara Kesatuan Republik Indonesia adalah melindungi dan menciptakan kesejahteraan secara umum bagi rakyatnya. Dalam rangka itu, Negara mempunyai kewajiban untuk memfasilitasi seluruh pemenuhan hak setiap warga Negara. Sebagai negara yang bertujuan untuk memajukan kesejahteraan umum, melekatnya fungsi memajukan kesejahteraan umum menimbulkan beberapa konsekuensi terhadap penyelenggaraan pemerintahan yaitu pemerintah harus berperan aktif mencampuri bidang kehidupan sosial ekonomi masyarakat. Untuk itu kepada pemerintah dilimpahkan tanggung jawab untuk mengemban misi publik tersebut.

Persoalan yang sangat mendasar dibidang hukum dewasa ini adalah bagaimana hukum dapat berfungsi memberikan jaminan perlindungan dan kepastian hukum bagi rakyat. Hukum telah banyak membuktikan dirinya dapat dimanfaatkan sebagai instrumen rekayasa masyarakat untuk sampai pada kondisi yang diinginkan oleh penguasa. Disisi lain hukum juga dapat dijadikan sebagai instrumen untuk mengendalikan masyarakat.

Berbagai fenomena masyarakat

menunjukkan bahwa masih diperlukan hadirnya instrumen hukum yang dapat memberikan jaminan perlindungan hukum atas tindakan penguasa. Perkembangan pemikiran tentang fungsi hukum seperti ini ditunjukkan dengan munculnya konsep negara hukum yang salah satu cirinya adalah "tanggungjawab pemerintah" yaitu suatu kewajiban bagi penguasa untuk mempertanggung-jawabkan secara hukum penggunaan kekuasaan yang dapat menimbulkan kerugian bagi warganya. Konsep tanggung jawab yang dimaksud disini adalah tanggung jawab dalam arti hukum yaitu yang benar-benar terkait dengan hak dan kewajibannya. Dalam penulisan ini akan dikaji persoalan tanggungjawab pemerintah dalam penyelenggaraan negara dikaitkan dengan kewenangan bebas pemerintah yang dalam konsep hukum administrasi dikenal dengan istilah diskresi. Tinjauan dilakukan dengan cara menjelaskan ruang lingkup, tanggung jawab pemerintah dalam melaksanakan tindakan hukum pemerintah khususnya dalam penyelenggaraan pemerintahan sesuai dengan konsep negara hukum modern, dimana pemerintah diberikan kebebasan untuk mengambil tindakan karna tuntutan meningkatnya pelayanan publik yang harus diberikan kepada warga masyarakat yang

semakin hari semakin kompleks meskipun tidak ada atau belum ada pengaturannya secara tegas.

B. PEMBAHASAN

1. Pengertian Tanggungjawab

Tanggung jawab menurut kamus bahasa Indonesia adalah keadaan wajib menanggung segala sesuatunya. Bertanggung jawab menurut kamus umum bahasa Indonesia adalah berkewajiban menanggung, memikul, menanggung segala sesuatunya dan menanggung akibatnya. Tanggung jawab adalah kesadaran manusia akan tingkah laku atau perbuatannya yang disengaja maupun yang tidak disengaja. Tanggung jawab juga berarti berbuat sebagai perwujudan kesadaran atau kewajiban. Tanggung jawab itu bersifat kodrati, artinya sudah menjadi bagian hidup manusia, bahwa setiap manusia dibebani dengan tanggung jawab, apabila dikaji tanggung jawab itu adalah kewajiban yang harus dipikul sebagai akibat dari perbuatan pihak yang berbuat. Tanggung jawab adalah ciri manusia yang beradab, manusia merasa bertanggung jawab karena ia menyadari akibat baik atau buruk perbuatannya itu, dan menyadari pula bahwa pihak lain memerlukan pengadilan atau pengorbanan.

Selanjutnya mengenai Tanggung jawab hukum, Ridwan Halim mendefinisikan tanggung jawab hukum sebagai sesuatu akibat lebih lanjut dari pelaksanaan peranan, baik peranan itu merupakan hak dan kewajiban ataupun kekuasaan. Secara umum tanggung jawab hukum diartikan sebagai kewajiban untuk melakukan sesuatu atau berperilaku menurut cara tertentu tidak menyimpang dari peraturan yang telah ada.¹

Purbacaraka berpendapat bahwa tanggung jawab hukum bersumber atau lahir atas penggunaan fasilitas dalam penerapan

kemampuan tiap orang untuk menggunakan hak atau/dan melaksanakan kewajibannya. Lebih lanjut ditegaskan, setiap pelaksanaan kewajiban dan setiap penggunaan hak baik yang dilakukan secara tidak memadai maupun yang dilakukan secara memadai pada dasarnya tetap harus disertai dengan pertanggungjawaban, demikian pula dengan pelaksanaan kekuasaan.²

2. Tugas Dan Tanggungjawab Pemerintah Dalam Penyelenggaraan Negara

Sebelum mengkaji lebih jauh tentang tugas dan tanggung jawab pemerintah dalam penyelenggaraan Negara, perlu ditegaskan tentang istilah pemerintah yang dimaksudkan dalam makalah ini. Pemerintah pada dasarnya memiliki dua pengertian, yaitu:

1. Pemerintah dalam arti luas
2. Pemerintah dalam arti sempit

Menurut **Van Vollenhoven**, pemerintah dalam arti luas mencakup:

- a. Tindakan/kegiatan pemerintahan dalam arti sempit (*bestuur*)
- b. Tindakan/kegiatan polisi (*politie*)
- c. Tindakan/kegiatan peradilan (*rechtspraak*)
- d. Tindakan membuat peraturan (*regeling, wetgeving*)

Sedangkan pemerintah dalam arti sempit adalah badan pelaksana kegiatan eksekutif saja, tidak termasuk badan kepolisian, peradilan dan badan perundang-undangan. Pemerintah dalam arti sempit ini sering disebut dengan istilah "administrasi negara" dan yang akan dibahas dalam makalah ini adalah tugas dan tanggung jawab pemerintah dalam pengertian sebagai administrasi negara.

Menurut **Stephen Leacock** yang dikutip Ismail Suny³, kekuasaan eksekutif adalah kekuasaan yang mengenai

¹ Khairrunisa, *Kedudukan, Peran dan Tanggung Jawab Hukum Direksi, Medan, 2008, hal 4*

² Purbacaraka, *Perihal Kaedah Hukum*, Citra Aditya Bandung, 2010, hal 37

³ Ismail Suny, *Pergeseran Kekuasaan Eksekutif*, Aksara Baru Jakarta, hal 43

pelaksanaan undang-undang. Dengan kata lain bahwa eksekutif menyelenggarakan kemauan Negara. Dalam suatu Negara demokrasi, kemauan Negara itu dinyatakan melalui badan pembentuk undang-undang. Tugas utama dari eksekutif tidak mempertimbangkan, tetapi melaksanakan undang-undang yang ditetapkan oleh badan legislative. Tetapi dalam Negara modern, urusan eksekutif adalah tidak semudah sebagai adanya pada masa-masa Yunani. Oleh karena beraneka ragamnya tugas-tugas Negara, dirasa perlu menyerahkan urusan pemerintahan dalam arti luas kepada tangan eksekutif dan tak dapat lagi dikatakan bahwa kekuasaan eksekutif hanya terdiri dari pelaksanaan undang-undang.

Di era reformasi saat ini, begitu banyak persoalan mendasar yang harus dihadapi pemerintah berkaitan dengan penyelenggaraan negara lebih khusus sangat terkait dengan upaya peningkatan kualitas penyelenggaraan negara yang dirasakan masih sangat jauh dari apa yang menjadi harapan masyarakat. Tidak bisa dipungkiri bahwa masih banyak ditemukan praktik penyelenggaraan Negara yang menyimpang dari aturan baik itu aturan tertulis maupun aturan yang tidak tertulis, meskipun Negara Indonesia telah mengadopsi konsep tata kelola pemerintahan yang baik (*good governance*).

Konsep tata kelola pemerintahan yang baik (*good governance*) akan menjadi sesuatu yang maksimal dan berwujud nyata bagi penyelenggaraan negara kita jika disertai dengan peningkatan kapasitas dan kapabilitas aparatur penyelenggara Negara. Karna dalam konsep *governance* pemerintah tidak saja harus bertindak bersandar pada peraturan (*rule*) semata tetapi pemerintah (*government*) dituntut untuk lebih aktif mengambil kebijakan demi memenuhi aspirasi dan kepentingan serta kebutuhan masyarakat yang serba kompleks.

Pergeseran paradigma penyelenggaraan negara dari konsep *government* menjadi *governance* tersebut diharapkan melahirkan suatu pemerintahan yang dapat menyerap

semua aspirasi masyarakat sehingga benar-benar pemerintah mempunyai kemampuan untuk menerima amanah, professional dalam penyelenggaraan pelayanan kepada masyarakat dan yang terpenting bertanggung jawab dalam melaksanakan fungsi dan kewajibannya termasuk dalam hal pengambilan keputusan atau kebijakan pemerintahan.

Berbicara tentang kebijakan pemerintah dalam konteks Negara hukum maka tidak lepas dari asas legalitas yang merupakan unsur universal konsep negara hukum apapun tipe negara hukum yang dianut suatu negara. Dalam hukum pidana asas legalitas dalam wujudnya "*nullum delictum sine lege*" dewasa ini masih diperdebatkan asas berlakunya. Dalam hukum administrasi asas legalitas dalam wujudnya "*wetmatigheid van bestuur*" sudah lama dirasakan tidak memadai, meskipun disadari bahwa asas *wetmatigheid* menjamin pelaksanaan asas persamaan di hadapan hukum dan asas kepastian hukum.⁴

Tidak memadainya asas "*wetmatighid van bestuur*" pada dasarnya berakar pada hakikat kekuasaan pemerintah. Kekuasaan pemerintahan (arti sempit) di Indonesia sangat populer disebut dengan eksekutif dalam prakteknya tidaklah murni sebuah kekuasaan eksekutif (melaksanakan undang-undang). Dalam kaitan dengan hal tersebut, Philipus M. Hadjon menyatakan dengan menyitir pendapatnya N.E. Algra bahwa : "pada kepustakaan Belanda jarang menggunakan istilah "*uitvoerende macht*", melainkan menggunakan istilah yang populer "*bestuur*" yang dikaitkan dengan "*sturen*" dan "*sturing*". "*Bestuur*" dirumuskan sebagai lingkungan kekuasaan negara di luar lingkungan kekuasaan legislatif dan kekuasaan yudisial".⁵

Konsep "*bestuur*" membawa implikasi kekuasaan pemerintahan tidaklah semata

⁴ Philipus M. Hadjon, *Discretionary Power* dan Asas-Asas Umum Pemerintahan Yang Baik (AAUPB), Universitas Airlangga, Surabaya, hal. 1

⁵ *Ibid.*, hal. 2.

sebagai kekuasaan terikat, tetapi juga merupakan suatu kekuasaan bebas (*vrij bestuur, Freies Ermessen, discretionary power*).⁶ Menurut Ten Berge, seperti yang dikutip Philipus M. Hadjon, kekuasaan bebas itu meliputi kebebasan kebijakan dan kebebasan penilaian.⁷ Kebebasan kebijakan (wewenang diskresi dalam arti sempit) artinya bila peraturan perundang-undangan memberikan wewenang tertentu kepada organ pemerintah, sedangkan organ tersebut bebas untuk (tidak) menggunakannya meskipun syarat-syarat bagi penggunaannya secara sah dipenuhi. Kebebasan penilaian (wewenang diskresi dalam arti yang tidak sesungguhnya) adalah hak yang diberikan organ pemerintah untuk menilai secara mandiri dan eksklusif apakah syarat-syarat bagi pelaksanaan suatu wewenang secara sah telah terpenuhi.

Philipus M. Hadjon menyatakan untuk memudahkan memberikan pemahaman tentang kekuasaan bebas atau kekuasaan diskresi dengan cara melihat ruang lingkungannya. Kekuasaan bebas atau kekuasaan diskresi meliputi:⁸

1. kewenangan untuk memutus sendiri
2. kewenangan interpretasi terhadap norma-norma tersamar (*vage normen*).

Kekuasaan bebas (*vrij bestuur*) asas "*wetmatigheid*" tidaklah memadai. Kekuasaan bebas di sini tidak dimaksudkan kekuasaan yang tanpa batas, tetapi tetap dalam koridor hukum (*rechtmatigheid*), setidak-tidaknya kepada hukum yang tertulis atau asas-asas hukum.

Perihal kewenangan tidak terlepas dari Hukum Tata Negara dan Hukum Administrasi karena kedua jenis hukum itulah yang mengatur tentang kewenangan. Hukum Tata Negara berkaitan dengan susunan negara atau organ dari negara (*staats, inrichtingrecht, organisatierecht*) dan posisi hukum dari warga negara berkaitan dengan hak-hak dasar

(*grondrechten*). Dalam organ atas susunan negara diatur mengenai :

1. Bentuk negara
2. Bentuk pemerintahan
3. Pembagian kekuasaan dalam Negara.

Pembagian kekuasaan dalam negara terdiri atas pembagian horisontal yang meliputi : kekuasaan legislatif, eksekutif dan yudikatif, dan vertikal terdiri atas pemerintah pusat dan daerah. Pembagian kekuasaan dalam negara secara horisontal dimaksudkan untuk menciptakan keseimbangan dalam negara dan saling melakukan kontrol. Adapun pembagian tugas secara vertikal maupun horisontal, sekaligus dengan pemberian kewenangan badan-badan negara tersebut, yang ditegaskan dalam konstitusi.⁹

Untuk Indonesia diatur dalam UUD 1945 tentang pembagian kekuasaan yang terdiri dari kekuasaan legislatif, eksekutif, dan yudikatif. Pemberian wewenang tersebut dapat dilihat dalam Pasal 4, Pasal 5, Pasal 17, Pasal 18 yang diamandemen dengan Pasal 18 A dan Pasal 18 B, Pasal 19, Pasal 20 yang diamandemen dengan Pasal 20 A, dan Pasal 24 yang diamandemen dengan Pasal 24 A, Pasal 24 B, dan Pasal 24 C.

Tatiek Sri Djatmiati dalam disertasinya menguraikan hubungan antara hukum administrasi dengan kewenangan. Hukum administrasi atau hukum tata pemerintahan ("*administratiefrecht*" atau "*bestuursrecht*") berisikan norma-norma hukum pemerintahan. Norma-norma hukum pemerintahan tersebut menjadi parameter yang dipakai dalam penggunaan kewenangan yang dilakukan oleh badan-badan pemerintah. Adapun parameter

⁶ *Ibid.*, hal. 3.

⁷ *Ibid.*, hal. 2.

⁸ *Ibid.*, hal. 6.

⁹ Hubungan vertikal ditunjukkan dalam bentuk pengawasan dan pada tahap ini pengawasan yang dilaksanakan oleh badan-badan pemerintah bertingkat lebih tinggi terhadap badan-badan yang lebih rendah. Sedangkan hubungan horizontal ditunjukkan dalam bentuk kerjasama di antara daerah otonom. Lihat Philipus M. Hadjon, at.al., *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia.*, hal. 74-78

yang dipakai dalam penggunaan wewenang itu adalah kepatuhan hukum ataupun ketidakpatuhan hukum (“*improper legal*” or “*improper illegal*”), sehingga apabila terjadi penggunaan kewenangan dilakukan secara “*improper illegal*” maka badan pemerintah yang berwenang tersebut harus mempertanggungjawabkan.¹⁰

3. Hubungan Tanggungjawab Pemerintah Dan Diskresi

Salah satu asas negara hukum yakni setiap tindakan organ pemerintah harus berdasarkan kewenangan, terkait erat dengan asas “*geen bevoegdheid zonder verantwoordelijkheid*” (tidak ada kewenangan tanpa pertanggungjawaban) atau “*zonder bevoegdheid geen verantwoordelijkheid*” (tanpa kewenangan tidak ada pertanggungjawaban). Pada umumnya setiap tindakan organ pemerintah adalah penggunaan wewenang, karena itu selalu terkait dengan pertanggungjawaban.

Tatiek Sri Djatmiati mengatakan bahwa “setiap penggunaan kewenangan apapun bentuknya apakah dalam rangka pengaturan, pengawasan, maupun penentuan sanksi oleh badan pemerintah selalu disertai dengan adanya tanggung jawab. Hal ini merupakan suatu keharusan, oleh karena didalam konsep Hukum Administrasi pemberian kewenangan dilengkapi dengan pengujiannya, dan bahwa kesalahan dalam penggunaan kewenangan, selalu berakses ke pengadilan, sehingga menjamin perlindungan hukum”.¹¹

Dalam konsep Negara Hukum modern seperti yang telah dijelaskan di atas, pemerintah mengemban kewajiban untuk memberikan pelayanan yang optimal kepada masyarakat, dimana dalam rangka pelayanan tersebut organ pemerintah dilengkapi

sejumlah kewenangan, termasuk didalamnya 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 basis of judgment of conscience, and its use is more than idea of morals than law*).¹²

Menurut Wayne La Farve sebagaimana dikutip oleh Soerjono Soekanto¹³, bahwa diskresi menyangkut pengambilan keputusan yang tidak sangat terikat oleh hukum, dimana penilaian pribadi juga memegang peranan. Dengan demikian, jika dijabarkan lebih jauh mengacu kepada pendapat Wayne La Farve ini, berarti diskresi merupakan pelengkap dan aturan yang secara formal tertulis dalam undang-undang.

Berbeda dengan itu, menurut L.M.Friedman *Discretionary Power terbagi atas 2 (dua)*, yaitu Diskresi Formal dan Diskresi Riil. Diskresi formal berada dalam suatu sistem hukum, sedangkan Diskresi Riil sudah diluar sistem hukum. Diskresi formal cenderung agak kontroversial tetapi merupakan fakta yang amat menarik dan penting¹⁴ begitu juga Indriyanto Senoadji mengulas bahwa *discretionary power* atau *Freies Ermessen* merupakan kebijakan dibagi dalam dua pengertian, yaitu kebijakan yang terikat dan kebijakan aktif. Dari sisi yuridis akademis, suatu kebijakan (*beleid*) itu, baik sebagai kebijakan (*diskresioner*) yang terikat maupun kebijakan (*diskresioner*) yang aktif,

¹⁰ Tatiek Sri Djatmiati, *Prinsip Izin Usaha Industri Di Indonesia*, Disertasi, Program Pascasarjana Universitas Airlangga, Surabaya, 2004, hal. 62-63.

¹¹ Ibid, hal 85

¹² M.Faal, *Penyaringan Perkara Pidana Pleh Polisi (Diskresi Kepolisian)*, Pradnya Paramita, Jakarta, 1991, hal 16

¹³ La Farve dalam Soerjono Soekanto, *Faktor-Faktor yang Mempengaruhi Penegakan Hukum*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2002, hal 15

¹⁴ Lawrence M.Friedman, *The Legal A Social Science Perspective*, Russel Sage Foundation, New York, 1975, hal 45.

bukan menjadi ranah penilaian dari hukum pidana.¹⁵

Menurut **Hikmahanto**, kebijakan (*policy*) berbeda dengan kebijaksanaan, meski keduanya terkait dengan pengambilan keputusan. Kebijakan merupakan basis untuk pengambilan keputusan. Sedangkan kebijaksanaan merupakan keputusan yang bersumber dari diskresi (*discretion*) yang dimiliki oleh pejabat yang berwenang.¹⁶

Dari beberapa pandangan diatas dapat diketahui bahwa diskresi melekat pada pemerintah sejalan dengan meningkatnya tuntutan pelayanan publik yang harus diberikan pemerintah terhadap kehidupan sosial ekonomi warga Negara yang berkembang sangat dinamis. Pada hakikatnya pemberian diskresi adalah pemberian wewenang (*vrijbevoegdheid*), terkait dengan pemberian wewenang itu dalam hukum administrasi dikenal asas *geen bevoegdheid zonder verantwoordelijkheid* (tidak ada kewenangan tanpa pertanggungjawaban). Hal ini dapat dimaknai bahwa dalam penggunaan diskresi itu ada tanggung jawab, seperti yang dikemukakan oleh **Sjachran Basah**, yang mengemukakan Secara lengkap unsur-unsur *Freies ermessen*, adalah:¹⁷

1. Ditujukan untuk menjalankan tugas-tugas service publik;
2. Merupakan sikap tindak yang aktif dari administrasi Negara;
3. Sikap tindak itu dimungkinkan oleh hukum;
4. Sikap tindak itu diambil atas inisiatif sendiri;
5. Sikap tindak itu dimaksudkan untuk menyelesaikan persoalan-persoalan penting yang timbul secara tiba-tiba;

6. Sikap tindak itu dapat dipertanggungjawabkan baik secara moral kepada Tuhan Yang Maha Esa maupun secara hukum.

Berdasarkan pendapat tersebut, maka jelas terlihat bahwa salah satu unsur diskresi adalah harus dapat dipertanggungjawabkan baik secara moral kepada Tuhan Yang Maha Esa maupun secara hukum.

C. PENUTUP

Asas Negara hukum menghendaki agar penggunaan wewenang oleh pemerintah dalam proses penyelenggaraan negara apapun bentuknya termasuk penggunaan diskresi sebagai wujud dari wewenang bebas pemerintah harus berjalan sesuai dengan koridor hukum dan tidak boleh melanggar hak-hak warga Negara. Sesuai dengan filosofi pemberian diskresi yaitu sebagai kewajiban pemerintah untuk memberikan pelayanan publik dalam rangka mewujudkan kesejahteraan umum, maka konsep ini dengan sendirinya memberikan batasan tegas bahwasanya tindakan hukum pemerintah dalam penyelenggaraan pemerintahan haruslah senantiasa dilandaskan pada hukum khususnya peraturan perundang-undangan.

Karena pemberian diskresi hakekatnya adalah pemberian wewenang maka berlaku asas *geen bevoegdheid zonder verantwoordelijkheid* artinya tidak ada kewenangan tanpa pertanggungjawaban atau dapat diartikan sebaliknya tidak ada tanggung jawab tanpa ada kewenangan. Dengan demikian dalam penggunaan diskresi oleh pemerintah diharapkan mengarah pada pencapaian tujuan penyelenggaraan urusan pemerintahan dan pelayanan publik sehingga tujuan Negara Indonesia seperti termaktub dalam alinea keempat UUD Negara Republik Indonesia bisa tercapai.

¹⁵ Indriyanto Senoadji, *Makalah Korupsi Kriminalisasi Kebijakan*, Bandung, 9 November 2010

¹⁶ Hikmahanto Juwana, *Makalah Kriminalisasi Dalam Kebijakan Publik*, diselenggarakan oleh PPA, Jakarta, 2010

¹⁷ Sjachran Basah, *Eksistensi Dan Tolok Ukur Badan Peradilan Administrasi Negara*, Alumni Bandung, 1985, hal 151

DAFTAR PUSTAKA

- Faal M., **Penyaringan Perkara Pidana Oleh Polisi (Diskresi Kepolisian)**, Pradnya Paramita, Jakarta, 1991
- Hadjon P.M., **Discretionary Power Dan Asas-Asas Umum Pemerintahan Yang Baik (AAUPB)**, Fakultas Hukum Universitas Airlangga, Surabaya, 2005
- _____, **Pengantar Hukum Administrasi Indonesia**, Gajah Mada University Press, cetakan ke-3, 1994
- Hikmahanto Juwana, **Kriminalisasi Dalam Kebijakan Publik** (makalah), PPA, Jakarta, 2010
- Indriyanto Senoadji, **Korupsi Kriminalisasi Kebijakan** (makalah), Bandung, 2010
- Ismail Suny, **Pergeseran Kekuasaan Eksekutif**, Aksara Baru, Jakarta
- Khairrunisa, **Kedudukan, Peran Dan Tanggung Jawab Hukum Direksi**, Medan, 2008
- Lawrence M.,F., **The Legal A Social Science Perspective**, Russel Sage Foundation, New York, 1975
- Purbacaraka, **Perihal Kaedah Hukum**, Citra Aditya, Bandung, 2010
- Soerjono Soekanto, **Faktor-Faktor Yang Mempengaruhi Penegakan Hukum**, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2002