BAB II

KAJIAN PUSTAKA

A. Kajian Umum Mengenai Penyelenggara Pemerintahan

1. Pengertian Pemerintah

Pengertian pemerintah dapat difahami melalui dua pengertian: disatu pihak dalam arti "fungsi pemerintah" (kegiatan memerintah), dilain pihak dalam arti "organisasi pemerintah" (kumpulan dari kesatuan–kesatuan pemerintah). [5]

2. Fungsi Pemerintah

Fungsi dari pemerintah itu dapat ditentukan sedikit banyak dengan menempatkannya dalam hubungan dengan fungsi perundang-undangan dan peradilan. Pemerintah dapat dirumuskan secara negatif sebagai segala macam kegiatan penguasa yang tidak dapat disebutkan sebagai suatu kegiatan perundang-undangan atau peradilan. [6]

3. Pendapat Yang Mengatakan Pemerintah Adalah Sama Degan Eksekutif

Beberapa ahli berpendapat bahwa pemerintah sama dengan eksekutif, dengan pertimbangan bahwa UUD 1945membagi dalam batang tubuhnya alat kelengkapan negara yang terdiri atas tiga bagian yakni, eksekutif, legislatif, dan yudikatif, meskipun tidak menekankan pada pemisahannya. Hal itu terlihat dengan adanya pembagian dalam bab-bab dalam UUD 1945 yang menyebutkan tentang kekuasaan pemerintahan

[5] Lutfi Effendi, *Op,.Cit,.* Hlm : 36
[6] Lutfi Effendi*, ibid,.* Hlm : 36

negara (Bab III), tentang Dewan Perwakilan Rakyat (Bab VII), tentang Kekuasaan kehakiman (Bab IX). Dengan demikian meskipun tidak dalam arti materiil, UUD 1945 mengenal pemisahan dalam arti formil. Berkaitan dengan itu, memisahkan secara materiil ataupun membagi secara formil kekuasaan Negara Republik INDONESIA kedalam kekuasaan eksekutif, legislatif, dan yudikatif senantiasa dilatarbelakangi oleh pemikiran dan ajaran Montesquieu yang terkenal dengan *trias politicanya.*[7]

4. Pendapat Yang Mengatakan Pemerintah Lebih Luas Daripada Eksekutif

Beberapa ahli juga berpendapat bahwa pengertian pemerintah dalam UUD 1945 bukanlah menyelenggarakan fungsi eksekutif semata-mata, melainkan juga fungsi lainnya yang tidak terjangkau oleh fungsi legislatif dan fungsi yudikatif. Dengan perkataan lain, pemerintah selain melaksanakan atau menjalankan peraturan hukum yang ditetapkan oleh lembaga legislatif juga menjalankan hal-hal lain yang memang menjadi tugasnya. Dengan kata lain, fungsi pemerintahan lebih luas dari pada fungsi eksekutif.

Pendapat tersebut didukung oleh pendapat yang mengadakan pembagian fungsi-fungsi negara berdasarkan fungsi legislaif-pemerintahan-yudikatif *(Gesetzgebung-Verwaltung-Rechtspraak)* menurut Jelinek dan lain-lain, atau *Wetgeving-Bestuur-Rechtspraak* menurut Kranenburg dan lain-lain.[8]

---

[7] Lutfi Effendi, *ibid,*. Hlm : 36

[8] *Ibid,*. Hlm : 37

5. Pendapat Yang Membagi Pemerintahan Dalam Arti Luas Dan Sempit

Wirjono Prodjodikoro menjelaskan tentang pemerintah/pemerintahan dalam arti yang meliputi seluruh fungsi atau kegiatan kenegaraan dalam Negara Republik INDONESIA selain fungsi presiden, juga meliputi fungsi-fungsi MPR, DPR, Mahkamah Agung, Dewa Pertimbangan Agung dan Badan Pemeriksa Keuangan. Sedangkan, pengertian pemerintah/pemerintahan dalam arti sempit ialah fungsi lembaga-lembaga negara tertingi dan tinggi tersebut.

Sedangkan menurut pendapat Koentjoro Purbopranoto menjelaskan tentang pemerintahan dalam arti luas meliputi segala urusan yang dilakukan oleh negara dalam menyelenggarakan kesejahteraan rakyat dan kepentingan negara sendiri. Sedangakan dalam arti sempit ialah hanya menjalankan tugas eksekutif saja.[9]

B. Kajian Umum Mengenai Wewenang

1. Pengertian Wewenang

Setiap perbuatan pemerintah disyaratkan harus bertumpu pada kewenangan yang sah. Tanpa adanya kewenangan yang sah seorang pejabat ataupun badan tata usaha negara tidak dapat melaksanakan suatu perbuatan pemerintahan. Oleh karena itu, kewenangan yang sah merupakan atribut bagi setiap pejabat ataupun bagi setiap badan tata usaha negara.

[9] *Ibid,.* Hlm : 38

Kewenangan yang sah bila ditinjau dari segi sumber darimana kewenangan itu lahir atau diperoleh, maka terdapat tiga kategori kewenangan, yakni :

a. Kewenangan atributif, adalah kewenangan asli yang sudah digariskan atau berasal dari adanya pembagian kekuasaan negara oleh undang-undang dasar.
b. Kewenangan mandat, adalah kewenangan yang bersumber pada proses atau prosedur pelimpahan oleh pejabat atau badan yang lebih tinggi kepada pejabat atau badan yang lebih rendah.
c. Kewenangan delegatif, adalah kewenangan yang bersumber dari pelimpahan suatu organ pemerintahan kepada organ lain dengan dasar peraturan perundang-undangan. [10]

2. Sifat-sifat Wewenang

Keseluruhan pelaksanaan wewenang pemerintah dijalankan oleh organisasi pemerintah. Tanpa adanya wewenang pemerintah, maka tidak mungkin melahirkan keputusan-keputusan yang sah atau dengan kata lain keputusan yang dibuat mengandung cacat hukum.

Sifat dari wewenang pemerintah dapat dirumuskan sebagai berikut:

a. Selalu terikat pada suatu masa atau kondisi tertentu.
b. Selalu tunduk pada batas-batas yang ditentukan.

[10] *Ibid,.* Hlm : 77

c. Pelaksanaan wewenang pemerintah terikat pada hukum tertulis dan tidak tertulis (asas-asas umum pemerintahan yang baik). [11]

C. Kajian Umum Tentang *Pouvoir Discretionnaire*

1. Pengertian *Pouvoir Discretionnaire*

Pouvoir discretionnaire merupakan tindakan yang ditempuh oleh badan atau pejabat tata usaha negara untuk mengatasi suatu permasalahan atas dasar kebijaksanaan yang bertujuan demi kemaslahatan. Suatu langkah kebijaksanaan bukan merupakan peraturan perundang-undangan, sebab badan atau pejabat tata usaha negara yang bersangkutan memang tidak memiliki kewenangan pembuatan peraturan. Suatu *pouvoir discretionnaire* tidak mengikat hukum secara langsung, namun mempunyai relevansi hukum.[12]

Istilah lain dari *pouvoir discretionnaire* (dalam bahasa Perancis) adalah *freies ermessen* (dalam bahasa Jerman), *beleidsregel*, *policy rule*, dan *pseudo wetgeving*. Pada kenyataannya *pouvoir discretionnaire* merupakan bagian dari kegiatan pemerintahan dewasa ini yang merupakan terobosan atas dasar penggunaan *discretionnaire*. Produk dari *pouvoir discretionnaire* berupa kebijaksanaan ini dirumuskan dalam bentuk pedoman, pengumuman, surat edaran, yang diumumkan.

Ada berbagai definisi yang diberikan oleh para pakar mengenai *pouvoir discretionnaire* diantaranya:

---

[11] *A. Dimyati, . Buku Ajar Hukum Administrasi Negara.,* Hlm : 62

[12] Lutfi Effendi, *Op.Cit,.* Hlm : 69

Sjachran Basah berpendapat bahwa[13]:

"..., tujuan kehidupan bernegara yang harus dicapai..., melibatkan administrasi negara di dalam melaksanakan tugas-tugas servis publiknya yang sangat kompleks, luas lingkupnya, dan memasuki semua sektor kehidupan. Dalam hal administrasi negara memiliki keleluasaan dalam menentukan kebijakan-kebijakan walaupun demikian sikap tindaknya itu haruslah dapat dipertanggungjawabkan baik secara moral maupun hukum".

Berdasarkan definisi yang diberikan oleh Syachran Basah tersebut, tersimpulkan bahwa unsur-unsur yang harus dipenuhi oleh suatu diskresi adalah :

a. ada karena adanya tugas-tugas *public service* yang diemban oleh administratur negara;
b. dalam menjalankan tugas tersebut, para administratur negara diberikan keleluasaan dalam menentukan kebijakan-kebijakan;
c. kebijakan-kebijakan yang sudah ditentukan tersebut dapat dipertanggungjawabkan baik secara moral maupun hukum.

Dengan demikian diskresi muncul karena adanya tujuan kehidupan bernegara yang harus dicapai, tujuan bernegara dari faham negara kesejahteraan adalah untuk menciptakan kesejahteraan rakyat. Tidak dapat dipungkiri bahwa negara Indonesia-pun merupakan bentuk negara kesejahteraan modern yang tercermin dalam pembukaan UUD 1945. Dalam paragraf keempat dari pembukaan UUD 1945 tersebut tergambarkan secara tegas tujuan bernegara yang hendak dicapai.

Untuk mencapai tujuan bernegara tersebut maka pemerintah berkewajiaban memperhatikan dan memaksimalkan upaya keamanan sosial dalam arti seluas-luasnya. Hal tersebut mengakibatkan pemerintah

[13] Penyunting SF Marbun Dkk ,. sebagaimana dikutip oleh Patuan Sinaga, Hlm : 100

harus aktif berperan mencampuri bidang kehidupan sosial-ekonomi masyarakat (public service) yang mengakibatkan administrasi negara tidak boleh menolak untuk mengambil keputusan ataupun bertindak dengan dalih ketiadaan peraturan perundang-undangan *(rechtsvacuum*). Oleh karena itu untuk adanya keleluasaan bergerak, diberikan kepada administrasi negara (pemerintah) suatu kebebasan bertindak yang seringkali disebut *fries ermessen* (Jerman) ataupun *pouvoir discretionnaire* (Perancis). Kebebasan bertindak ini sudah tentu menimbulkan kompleksitas masalah karena sifatnya menyimpangi asas legalitas dalam arti. Sifat ”pengecualian” jenis ini berpeluang lebih besar untuk menimbulkan kerugian kepada warga masyarakat. Oleh karena itu terhadap diskresi perlu ditetapkan adanya batasan-batasan toleransi yang jelas.

Batasan toleransi dari diskresi ini dapat disimpulkan dari pemahaman yang diberikan oleh Sjahran Basah sebelumnya, yaitu adanya kebebasan atau keleluasaan administrasi negara untuk bertindak atas inisiatif sendiri; untuk menyelesaikan persoalan-persoalan yang mendesak yang belum ada aturannya untuk itu; tidak boleh mengakibatkan kerugian kepada masyarakat, harus dapat dipertanggungjawabkan secara hukum dan juga secara moral.[14]

Bila berbicara mengenai pertanggungjawaban maka diskresi *pouvoir discretionnaire* (Perancis) akan terkait dengan permasalahan subyek yang memiliki kewenangan membuat diskresi. Menurut para pakar

[14] *Ibid,.* Hlm : 101

sebagaimana tersimpulkan dalam buku Pokok-pokok Pemikiran Hukum Administrasi Negara, maka subyek yang berwenang untuk membuat suatu diskresi adalah administrasi negara dalam pengertian sempit, yaitu eksekutif. Argumentum yang dikedepankan sehubungan dengan hal ini adalah bahwa eksekutiflah yang lebih banyak bersentuhan dengan masalah pelayanan publik oleh karena itu diskresi hanya ada di lingkungan pemerintahan (eksekutif). Bentuk-bentuk sederhana dari keputusan administrasi di luar peraturan perundang-undangan yang dapat dilihat dalam contoh kehidupan sehari-hari adalah memo yang dikeluarkan oleh pejabat, pengumuman, surat keputusan (SK), surat penetapan, dll.[15]

Menurut Prof.Dr. Prajudi Atmosudirjo diskresi atau freies ermessen adalah kebebasan bertindak atau pengambilan keputusan daripada para pejabat administrasi negara. Diskresi diperlukan sebagai pelengkap daripada Asas Legalitas, yaitu asas hukum yang menyatakan, bahwa setiap tindak atau perbuatan administrasi negara harus berdasarkan ketentuan-ketentuan undang-undang. Akan tetapi tidak mungkin bagi undang-undang untuk mengatur segala macam masalah dalam praktek kehidupan sehari-hari. Oleh sebab itu perlu adanya sebuah kebebasan atau diskresi bagi para pejabat administrasi negara yang dituangkan dalam kebijakan yang berlandaskan atau didasari oleh sebuah kebijaksanaan. Adapun diskresi itu sendiri tidak boleh melampaui atau melanggar undang-undang yang berlaku.[16]

---

[15] *Ibid,.* Hlm : 102

[16] Prajudi Atmosudirjo, Hukum Administrasi Negara, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1988. Hlm : 80

Sedangkan menurut Nana Saputra SH, secara bahasa freies ermessen berasl dari kata frei yang berarti bebas, lepas, tidak terikat, dan merdeka. Freies artinya orang yang bebas atau merdeka, sedangkan ermessen berarti mempertimbangkan, menduga atau menilai sesuatu. Freies ermessen berarti adalah orang yang berhak atau bebas menilai atau mempertimbangkan sesuatu. Istilah ini kemudian secara khas digunakan dalam hal pemerintahan, sehingga freies ermessen (atau dalam bahasa perancis disebut *discretionnaire*) diartikan sebagai salah satu sarana yang memberikan ruang gerak bagi pejabat atau badan administrasi negara untuk melakukan tindakan yang mengutamakan keefektifan untuk tercapainya suatu tujuan dalam menyelenggarakan tugas-tugas kepentingan umum demi kesejahteraan masyarakat.[17]

2. Akibat Yang Timbul Dari *Pouvoir Discretionnaire*

Diberikannya *pouvoir discreionnaire* kepada pejabat adminitrasi negara untuk melaksanakan fungsi servis publik, menurut Patuan Sinaga dalam kutipannya sudah tentu dapat menimbulkan berbagai masalah yang komplek sifatya. Hal itu mungkin cukup jelas tercermin dari hubungan antara kemerdekaan bertindak, dengan luas bidang kehidupan sosial ekonomi maupun kepentingan masyarakat. Masalah kerugian yang diderita masyarakat akibat *pouvoir discretionnaire* yang dilakukan pejabat administrasi negara, antara lain yaitu :[18]

a. Perbuatan Melawan Hukum *(Onrechtmatige overheidsdaad)*

b. Penyalahgunaan Wewenang *(detournement de pouvoir)*

[17] Nana Saputra, Peraturan Kebijaksanaan hakikat serta fungsinya, Hlm : 48

[18] Penyunting SF Marbun Dkk ,. *Op.Cit.,* Hlm. 74

c. Kesewenang-wenangan *(abus de droit)*

D. Kajian Umum Tentang *Good Governance*

1. Pengertian Dan Tujuan *Good Governance*

Pemerintahan yang baik berdasarkan pada cita negara hukum, di mana masyarakatnya merupakan *self regulatory society*. Dengan demikian, pemerintah sudah dapat mereduksi perannya sebagai pembina dan pengawas implementasi visi dan misi bangsa dalam seluruh sendi-sendi kenegaraan melalui pemantauan terhadap masalah-masalah hukum yang timbul dan menindaklanjuti keluhan-keluhan masyarakat dan sebagai fasilitator yang baik. Dengan pengembangan sistem informasi yang baik, kegiatan pemerintahan menjadi lebih transparan, dan akuntabel, karena pemerintah mampu menangkap *feedback* dan meningkatkan peran serta masyarakat.

Dalam konteks lain (hukum), Pemerintahan yang baik merupakan suatu asas yang dikenal sebagai Asas-Asas Umum Pemerintahan yang Baik, yang merupakan jembatan antara norma hukum dengan norma etika.

Dalam istilah bahasa belanda asas-asas umum umum pemerintahan yang baik disebut *Algemene Beginselen Van Behoorlijk Bestur* (ABBB), meskipun asas-asas umum umum pemerintahan yang baik harus dipandang sebagai norma-norma hukum tidak tertulis, asas-asas umum

umum pemerintahan yang baik senantiasa haruslah ditaati oleh pejabat publik dalam melaksanakan pemerintahan.[19]

Asas-asas *Good Governance* berasal dari praktek hukum di negeri belanda. Yang mana didalam istilah belanda disebut *Algemene Beginselen Van Behoorlijk Bestur* (ABBB), dan ABBB ini di belanda diatur dalam undang-undang Wet AROB, yang mana disebutkan macam-macam *Algemene Beginselen Van Behoorlijk Bestur*antara lain :[20]

a. Asas Persamaan
b. Asas kepercayaan
c. Asas kepastian hokum
d. Asas kecermatan
e. Asas pemberian alasan (motivasi)
f. Larangan *detournement de pouvoir* (penyalahgunaan wewenang)
g. Larangan bertindak sewenang-wenang

Asas-asas *Good Governance* atau asas-asas umum pemerintahan yang baik merupakan pedoman-pedoman yang bersifat umum yang mempunyai nilai hukum atau minimal mempunyai nilai penentu (ikut menentukan) dalam suatu perbuatan pemerintahan. Asas-asas yang dimaksud bersifat tidak tertulis dalam arti lain tidak diatur sendiri dalam suatu bentuk perundang-undangan. Biarpun sifatnya tidak tertulis, asas-asas umum umum pemerintahan yang baik tersebut hidup dan menjiwai dalam setiap bentuk perbuatan pemerintahan yang dilakukan oleh

[19] Philipus M. Hadjon dan Kawan-kawan., *Pengantar Hukum Adminitrasi indonesia,* Hlm : 270

[20] *Ibid,* Hlm : 271

pejabat/badan tata usaha Negara. Untuk itu, bila dipandang dari sudut pemerintahan, rumusan tersebut merupakan asas umum dalam penyelenggaraan pemerintahan khususnya dalam penerbitan bentuk perbuatan pemerintahan, misalnya keputusan tata usaha negara, peraturan pemerintah, peraturan mentri, dan dalam bentuk keputusan-keputusan lainnya. Disamping harus memperhatikan persyaratan lain, yakni persyaratan yang bersifat proseduril maupun persyaratan yang bersifat materiil.[21]

Adapun menrut Crince Le roy bahwasanya di dalam penyelenggaraan pemerintahan dikenal asas-asas umum pemerintahan yang baik, yang mana asas-asas umum pemerintahan yang baik ini acapkali atau seringkali dijadikan tolak-ukur atau batu-uji terhadap baik atau tidaknya pemerintahan suatu negara. Maka dari itu agar suatu pemerintahan dapat diklasifikasikan sebagai pemerintahan yang baik haruslah sesuai atau tidak menyimpang dari asas-asas umum pemerintahan yang baik.[22]

2. Asas-asas *Umum Pemeintahan Yang Baik* di INDONESIA

Di Indonesia, pemikiran tentang asas-asas umum pemerintahan yang baik secara poopuler kali pertama dikemukakan dalam buku Prof. Koentjoro Purbopranoto yang berjudul "*Beberapa Catatan Hukum Tata Pemerintahan dan Peradilan Adminitrasi Negara*" yang mengetengahkan 13 asaas sebagai berikut :[23]

---

[21] Lutfi Effendi, *Op.Cit,.* Hlm : 81
[22] Penyunting SF Marbun Dkk, *Op.Cit*., Hlm : 83
[23] Lutfi Effendi, *Op.Cit*., Hlm : 84

a. Asas Kepastian
b. Asas Keseimbangan
c. Asas Kesamaan
d. Asas Bertindak Cepat
e. Asas Motivasi
f. Asas Jangan Mencampur Adukkan Kewenangan
g. Asas "*Fair Play*"
h. Asas Keadilan atau Kewajaran
i. Asas Menanggapi Pengharapan Yang Wajar
j. Asas Meniadakan Akibat-Akibat Suatu Keputusan Yang Batal
k. Asas Perlindungan Atas Perlaindungan Hidup
l. Asas Kebijaksanaan
m. Asas Penyelenggaraan Kepentingan Umum

Dalam derap peradilan tata usaha negara dewasa ini, penerapan asas-ass umum pemerintahan yang baik oleh hakim peradilan tata usaha negara dijabarkan dalam petunjuk pelaksanaan Mahkamah Agung tertanggal 24 Maret 1992 No.052/Td. TUN/III/1992, yang menyatakan antara lain berisi dalam hal hakim mempertimbangkan adanya asas-asas umum pemerintahan yang baik sebagai alas an pembatalan penetapan, maka hal tersebut tidak perlu dimasukkan dalam *dictum* putusannya, melainkan cukup dalam pertimbangan putusan dengan menyebutkan asas mana dari asas-asas umum pemerintahan yang baik tersebut yang dilanggar.

Dengan dasar petunjuk pelaksanaan tersebut bagi hakim berarti asas-asas umum pemerintahan yang baik diterapkan secara tidak langsung sebagai salah satu dasar penilaian. Disisi lain bagi penyelenggara pemerintahan asas-asas umum pemerintahan yang baik diakui sebagai salah satu unsur terpenuhinya suatu keputusan yang sah.[24]

3. Asas-asas *Umum Pemerintahan Yang Baik* Menurut UU RI No.28 Tahun 1999

Dalam Undang-Undang RI No.28 tahun 1999 tentang penyelenggaraan negara yang bersih dan bebas dari korupsi, kolusi dan nepotisme, pasal 1 angka 6 menyebutkan bahwa asas-asas umum pemerintahan yang baik adalah asas yang menjunjung tinggi norma kesusilaan, norma kepatutan, dan norma hukum, untuk mewujudkan penyelenggara negara yang bersih dan bebas dari korusi, kolusi dan nepotime.

Dalam Bab III Paal 3 UU. RI. No.28 Tahun 1999 menyebutkan asas-asas umum pemerintahan yang baik dalam penyelenggaraan negara meliputi :

a. Asas Kepastian Hukum
b. Asas Tertib Penyelenggara Negara
c. Asas Kepentingan Umum
d. Asas Keterbukaan
e. Asas Proporsionalitas
f. Asas Profesionalitas

[24] *Ibid,* Hlm : 84

g. Asas Akuntabilitas

Dalam penjelasan Pasal 3 Undang-Undang RI No.28 tahun 1999 Tentang Penyelenggaraan Negara Yang Bersih Dan Bebas Dari Korupsi, Kolusi Dan Nepotisme, dijelaskan apa yang dimaksud dengan hal-hal berikut :[25]

a. Asas Kepastian Hukum adalah asas dalam negara hukum yang mengutamakan landasan peraturan perundang-undangan, kepatutan dan keadilan dalam setiap kebijakan penyelenggara negara.
b. Asas Tertib Penyelenggara Negara adalah asas yang menjadi landasan keteraturan, keselarasan, dan keseimbangan dalam pengadilan penyelenggara negara.
c. Asas Kepentingan Umum adalah asas yang mendahulukan kesejahteraan umum, dengan cara yang aspiratif, akomodatif, dan selektif.
d. Asas Keterbukaan adalah asas yang membuka diri terhadap hak masyarakat untuk memperoleh informasi yang benar, jujur, adil serta tidak diskriminatif tentang penyeleggaraan negara dengan tetap memperhatikan perlindungan atas hak asasi pribadi, golongan dan rahasia negara.
e. Asas Proporsionalitas adalah asas yang mengutamakan keseimbangan antara hak dan kewajiban penyeleggara negara.

[25] Pasal 3 Undang-Undang RI No.28 tahun 1999 Tentang Penyelenggaraan Negara Yang Bersih Dan Bebas Dari Korupsi, Kolusi Dan Nepotisme

f. Asas Profesionalitas adalah asas yang mengutamakan keahlian yang berlandaskan kode etik dan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku.

g. Asas Akuntabilitas adalah asas yang menentukan bahwa setiap kegiatan dan hasil akhir dari kegiatan penyelenggara negara harus dapat dipertanggung jawabkan kepada kedaulatan tertinggi negara sesuai dengan ketentuan perundang-undangan yang berlaku.