

PENGGUNAAN DISKRESI DALAM BIROKRASI PEMERINTAHAN

Oleh:

Eka Budianta, S.H., M.H.

Abstract

Governance reforms should be coupled with a passion for bureaucratic reform. Good Governance must be done in an effective, clean and efficient so as to ensure the welfare and freedom of the life of the nation. The development dynamics of community life must be balanced with the development of laws to regulate behavior in public life. The institutional and system rules experiencing rapid changes that aim to serve the needs of the community with excellent service then takes the free will / discretionary / Freis Emmersen owned by officials of state administration in implementing the government. Modern legal system of the country familiar with the term discretionary / Freies ermessen the free will which is owned by officials of state administration which can be used in certain circumstances. The use of discretion in the administration of government by officials of the state administration should pay attention to the rules of law that is in accordance with the intended use of such discretion is not contrary to the provisions of the legislation, based on the General Principles of Good Governance (Good Governance Principles), based on objective reasons, does not give rise to a conflict of interest; and based on good faith towards the ideals of the nation and state in the preamble of the 1945 Constitution.

Key words: Governance, government, discretion

A. PENDAHULUAN

Asumsi yang berkembang dalam penyelenggaraan pemerintahan, pengambilan keputusan diskresi dianggap berbahaya sehingga harus dibatasi atau bahkan tidak perlu ada.

Asumsi tersebut dapat dimungkinkan selain karena faktor pemahaman kepada masing-masing individu terhadap keputusan diskresi itu sendiri apakah keputusan yang dirumuskan, dan dilaksanakan sampai pada tahap

pengujinya memiliki unsur bertentangan dengan peraturan perundangan-undangan yang berlaku atau bertentangan dengan asas-asas umum pemerintahan yang baik (AAUPB). Salah satu alasan diterbitkannya kebijakan diskresi oleh Badan/Pejabat administrasi pemerintahan adalah karena undang-undang tidak memungkinkan untuk dilaksanakan.

Diskresi ini sangat diperlukan, mengingat azas legalitas¹ saja dianggap tidak cukup bagi birokrasi pemerintah untuk dapat berperan secara maksimal dalam melayani berbagai kepentingan masyarakat yang berkembang semakin luas dan kompleks. Sebagaimana tujuan negara dalam pembukaan UUD 1945² adalah untuk memajukan kesejahteraan umum, melekatnya fungsi memajukan kesejahteraan umum dalam negara kesejahteraan (*welfare state*) menimbulkan beberapa konsekuensi terhadap penyelenggaraan pemerintahan yaitu pemerintah harus berperan aktif mencampuri bidang kehidupan sosial ekonomi masyarakat dan untuk itu kepada pemerintah dilimpahkan *bestuurszorg* atau *publik service*.

Untuk menyelenggarakan fungsi pemerintahan, tidak dapat dipungkiri bahwa negara memerlukan entitas birokrasi untuk menciptakan *good government*.

¹ Asas Legalitas (*legaliteitsbeginsel*) dikenal dalam hukum pidana (*nullum delictum nulla poena sine braevia lege poenali*), Hukum Pajak di Inggris (*no taxion without representation*), Amerika Serikat (*taxion without representaiton is robbery*) dan hukum Islam (*ma kaana mu'adzibiina hatta nab'atsarasuula*), namun asas legalitas yang dimaksud dalam tulisan ini adalah konteks hukum administrasi, yakni *het beginsel van wetmatigheid van bestuur* atau asas keabsahan dalam pemerintahan.

² Lihat Alinea IV (Keempat) Pembukaan Undang-Undang Dasar 1945.

Akan tetapi, birokrasi dapat pula menjadi sumber kekecewaan masyarakat oleh banyaknya kemungkinan menyalahgunakan wewenang aparat..

Penggunaan diskresi oleh birokrasi pemerintah daerah sebagai pengaman dan untuk melayani masyarakat dikarenakan adanya kesenjangan kebijakan (terutama yang ditetapkan Pusat) dengan kebutuhan riil masyarakat di daerah yang lebih dinamis, ternyata belum digunakan sebagaimana mestinya. Selama ini, mekanisme diskresi atau kebijakan terobosan yang diambil seorang pejabat publik sering dianggap melanggar undang-undang dan diidentikkan dengan pidana sementara di sisi lain, kebijakan semacam ini kadang dibutuhkan, terutama pada saat-saat darurat, sehingga membuat blunder pejabat daerah³.

Untuk merespon kebutuhan masyarakat dengan cepat dan tepat dalam bentuk pelayanan publik yang prima seiring dengan cepatnya perkembangan zaman maka diskresi sangat dibutuhkan untuk mengisi kekosongan hukum seiring perkembangan dinamika kehidupan di masyarakat. Tuntutan masyarakat, dunia usaha, dan persaingan global jauh lebih

³ Republika Online, dikutip Selasa, 23 April 2013, 19:06 WIB.

cepat dari pada perkembangan peraturan hukum sehingga kerapkali terjadi dalam birokrasi terkadang tidak marespon hal-hal yang diluar peraturan dan Tatanan Tugas Pokok dan Fungsi (Tupoksi) sehingga berdampak pada pemecahan permasalahan yang tertunda.

Dari latar belakang di atas dapat dibuat rumusan masalah, yaitu bagaimana eksistensi diskresi yang dimiliki oleh Badan/Pejabat Administrasi Pemerintahan dan apa yang menjadi rambu-rambu dalam merumuskan serta penggunaan kewenangan diskresi oleh pejabat administrasi Pemerintahan dalam lingkup lembaga eksekutif?

B. PEMBAHASAN

1. Pengertian dan Eksistensi Diskresi

Kebijaksanaan atau *Freis ermessen* dalam bahasa Jerman berasal dari kata *frei* yang berarti bebas, merdeka, tidak terikat. Kata *freis* berarti orang yang bebas, sedangkan kata *Ermessen* berarti mempertimbangkan, menilai, menduga, penilaian, dan menduga, pertimbangan atau keputusan. Pada bahasa Inggris disebut *discretion* yang berarti kebijaksanaan, keleluasaan, kehati-hatian, atau *discretionairre*

(kata sifat) yang berarti menyerahkan kepada kebijaksanaan dengan kebebasan untuk menentukan dan memilih.

S. Prajudi Atmosudirjo yang mendefinisikan diskresi, *discretion* (Inggris), *discretionair* (Perancis), *freies ermessen* (Jerman) sebagai kebebasan bertindak atau mengambil keputusan dari para pejabat administrasi negara yang berwenang dan berwajib menurut pendapat sendiri⁴. **Stanley De Smith and Rodney Brazier**, mengartikan diskresi *Freis emersen* sebagai *power to choose between alternative courses of action*, sedangkan **Amrah Muslimim**, mengartikan *freis Emersen* sebagai lapangan bergerak selaku kebijaksanaan atau kebebasan kebijaksanaan⁵.

Mengutip pada Pasal 1 Angka 9 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan, diskresi adalah keputusan dan/atau tindakan yang ditetapkan dan/atau dilakukan oleh

⁴ S. Prajudi Atmosudirjo, *Hukum Administrasi Negara*, (Jakarta : Ghalia Indonesia,1994), hlm. 82.

⁵ Amrah Muslimin, *Beberapa Asas dan Pengertian Pokok-Pokok Tentang Administrasi dan Hukum Administrasi*, (Bandung: Alumni, 1985), hlm. 73.

pejabat pemerintahan⁶ 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. Pejabat Pemerintahan memiliki hak untuk menggunakan kewenangan dalam mengambil keputusan dan/atau tindakan salah satunya dengan menggunakan diskresi sesuai dengan tujuannya⁷. Diskresi digunakan oleh Pejabat Pemerintahan dalam penyelenggaraan pemerintahan bertujuan untuk melancarkan penyelenggaraan pemerintahan, mengisi kekosongan hukum, memberikan kepastian hukum, dan mengatasi stagnasi pemerintahan dalam keadaan tertentu guna kemanfaatan dan kepentingan umum.

Adanya unsur kemerdekaan di dalam pengertian diskresi ini menyiratkan bahwa kandungan makna

serta cakupan ruang gerak diskresi memang begitu luas adanya. Diskresi juga mendukung pemahaman bahwa terdapat kemajemukan dan keberagaman di dalam setiap keputusan yang dibuat dan tindakan yang diambil dari satu individu ke individu lainnya, dari satu organisasi ke organisasi lainnya, dari satu tempat ke tempat lainnya, dan bahkan dari satu waktu ke waktu lainnya. Inilah diskresi sebagai bagian dari demokrasi dalam arti sebenarnya.

Meskipun pemberian diskresi kepada pemerintah itu merupakan kemestian dalam suatu negara hukum⁸,

⁸ Menurut **Arief Sidharta** dan **Scheltema**, merumuskan pandangannya tentang salah satu unsur dan asas-asas negara hukum yakni Pemerintah dan Pejabat mengemban amanat sebagai pelayan masyarakat dalam rangka mewujudkan kesejahteraan masyarakat sesuai dengan tujuan bernegara yang bersangkutan. Dalam asas ini terkandung hal-hal sebagai berikut:

- a. Asas-asas umum pemerintahan yang layak;
- b. Syarat-syarat fundamental bagi keberadaan manusia yang bermartabat manusawi dijamin dan dirumuskan dalam aturan perundang-undangan, khususnya dalam konstitusi;
- c. Pemerintah harus secara rasional menata tiap tindakannya, memiliki tujuan yang jelas dan berhasil guna (*doelmatigheid*). Artinya, pemerintahan itu harus diselenggarakan secara efektif dan efisien. Lihat B. Arief Sidharta, “*Kajian Kefilsafatan tentang Negara Hukum*”, dalam Jentera (Jurnal Hukum), “*Rule of Law*”, Pusat Studi Hukum dan Kebijakan (PSHK), Jakarta, edisi 3 Tahun II, November 2004, hlm.125. Bandingkan Muhammad Tahir Azhary, *Negara Hukum: Suatu Studi tentang Prinsip-Prinsipnya Dilihat dari Segi Hukum*

⁶ Pejabat pemerintahan yang terdapat dalam Pasal 1 angka 3 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan : Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan adalah unsur yang melaksanakan fungsi Pemerintahan, baik di lingkungan pemerintah maupun penyelenggara negara lainnya.

⁷ Lihat Pasal 6 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan.

namun penggunaan diskresi itu bukan tanpa batas. Rambu-rambu dalam penggunaan diskresi dan pembuatan kebijakan pemerintah berdasarkan hukum administrasi negara adalah atas-asas umum pemerintahan yang baik (AAUPB), khususnya atas larangan penyalahgunaan wewenang (*detournement de pouvoir*) dan atas larangan sewenang-wenang (*willekeur*). Hal ini guna mengantisipasi persoalan tersebut maka kepada pemerintah diberikan *Freies Ermessen* atau diskresi, yakni kemerdekaan pemerintah untuk dapat bertindak atas inisiatif sendiri dalam menyelesaikan persoalan-persoalan sosial⁹.

Penyelenggaraan pelaksanaan tugas pemerintahan yang berlandaskan teori negara hukum modern (negara hukum demokratis) yang merupakan perpaduan antara konsep negara hukum (*rechstaat*)¹⁰ dan konsep negara

⁹ Islam, Implementasinya pada Periode Negara Madinah dan Masa Kini, (Jakarta :Bulan Bintang, 1992), hlm. 64.

¹⁰ E. Utrecht, *Pengantar Hukum Administrasi Negara Indonesia*, (Surabaya: Pustaka Tinta Mas, 1988), hlm. 30.

¹⁰ Paham Negara hukum formal menurut **Julius Stahl** dengan karyanya berjudul *Philodophie des rechts* mengetengahkan paham Negara hukum formal dengan unsur-unsur utamanya yakni, mengakui dan melindungi hak-hak asasi manusia¹⁰; a. Untuk melindungi terhadap hak asasi tersebut maka penyelenggaraan Negara

kesejahteraan (*welfarestate*)¹¹. Negara hukum secara sederhana adalah negara yang menempatkan hukum sebagai acuan tertinggi dalam penyelenggaraan negara atau pemerintahan (supremasi hukum). Menurut **Vesteden** hukum yang *supreme* mengandung makna¹²:

1. Bahwa suatu tindakan hanya sah apabila dilakukan menurut atau berdasarkan aturan hukum tertentu (atas *legalitas*).

harus berdasarkan atas teori *trias politica*, b. Dalam menjalankan tugasnya, pemerintah harus berdasarkan atas undang-undang, c. Jika dalam menjalankan tugasnya berdasarkan undang-undang, pemerintah masih melanggar hak asasi (campur tangan pemerintah dalam kehidupan pribadi seseorang), maka ada pengadilan administrasi yang akan menyelesaiannya. Lihat Padmo Wahjono, *Pembangunan Hukum di Indonesia*, Jakarta, 1989, hal 51.

¹¹ Negara hukum materiil merupakan perkembangan lebih lanjut dari Negara hukum formal. Negara hukum formal tindakan dari penguasa berdasarkan undang-undang dan harus berlaku atas *legalitas*, maka dalam Negara hukum materiil tindakan dari penguasa dapat menyimpang dari undang-undang atau berlaku atas *opportunitas* asalkan dilakukan berdasarkan kepentingan yang lebih luas, misalnya kepentingan masyarakat. Pada konsep Negara ini, Negara mengabdikan sepenuhnya kepada masyarakat. Negara aktif dalam menyelenggarakan kemakmuran warganya untuk kepentingan seluruh rakyat dan Negara. Untuk menciptakan kemakmuran tersebut, maka dimungkinkan dengan adanya delegasi dari kekuasaan pembentuk undang-undang kepada pemerintah dalam membuat peraturan pelaksanaan, adanya *Freies Ermessen* memungkinkan menjamin ketertiban yang lebih adil dalam memenuhi kebutuhan masyarakat. Lihat Abu Daud Busroh, *Ilmu Negara*, Cetakan Pertama. (Jakarta: Bumi Aksara, 1990) hlm. 54.

¹² Adrian Sutedi, *Hukum Perizinan Dalam Sektor Pelayanan Publik*, Cetakan Pertama, (Jakarta: Sinar Grafika, 2010), hlm. 1.

Ketentuan-ketentuan hukum yang hanya dapat dikesampingkan dalam hal kepentingan umum yang benar-benar menghendaki atau penerapan suatu aturan hukum yang melanggar dasardasar keadilan yang berlaku dalam masyarakat (*principles of natural justice*)

2. Ada jaminan yang melindungi hak-hak setiap orang baik yang bersifat asasi maupun yang tidak asasi dari tindakan pemerintah atau pihak lainnya.

Filosofi penting dari adanya penyelenggaraan negara dan pemerintahan adalah demi meningkatkan kecerdasan bangsa dan mewujudkan kesejahteraan rakyat¹³. Dalam rangka mencapai dua visi tersebut negara dan pemerintah melaksanakan berbagai agenda yang disebut dengan pelayanan publik. Untuk menjalankan pelayanan publik diperlukan susunan peraturan perundang-undangan dan penyelenggara yang melaksanakannya. Penyelenggaraan pelayanan publik adalah pemerintah dengan seluruh perangkat pemerintahannya yang disebut birokrasi memiliki lingkup dari

pusat sampai ke daerah atau pendek kata birokrasi Pancasila¹⁴.

Freis Ermessen sebagai salah satu sarana yang memberikan ruang gerak bagi pejabat atau badan-badan administrasi negara yang melakukan tindakan tanpa harus terikat sepenuhnya pada undang-undang, atau tindakan yang dilakukan mengutamakan pencapaian tujuan (*doelmatigheid*) daripada sesuai dengan hukum yang berlaku (*rechtmatigheid*). *Freis Ermessen* digunakan terutama karena; *pertama*, kondisi darurat yang tidak memungkinkan untuk menerapkan ketentuan tertulis, *kedua*, tidak ada atau belum ada peraturan yang mengaturnya, *ketiga*, sudah ada peraturannya namun redaksinya samar atau multitafsir¹⁵.

¹⁴ Birokrasi Pancasila Republik Indonesia merupakan birokrasi yang (i) berketuhanan, (ii) berperikemanusiaan yang adil dan beradab, (iii) bersatu, (iv) merakyat dalam dirinya sendiri, dan merakyat pula sikapnya dalam melayani kepentingan umum, serta (v) terus menerus berorientasi keadilan sosial dengan cara dari waktu ke waktu memperdekat jarak kesejahteraan antara pegawai terendah dengan pejabat tertinggi, serta menjalankan tugas-tugas pelayanan kepada masyarakat yang juga mendorong berkembangnya struktur sosial yang berkeadilan. Jimly Asshiddiqie, Pancasila Dan Agenda Pembaruan Birokrasi Seminar Nasional Fakultas Hukum Universitas Negeri Semarang, Rabu, 18 Mei, 2011.

¹⁵ Ridwan, *Tiga Dimensi Hukum Administrasi Dan Peradilan Administrasi*, Cetakan Pertama, (Yogyakarta: FH UII Press, 2009), hlm. 81.

¹³ Lihat alinea IV (Keempat) Pembukaan Undang-Undang Dasar (UUD) 1945 Republik Indonesia.

Kebebasan pengambilan kebijakan muncul ketika undang-undang menampilkan 2 (dua) pilihan alternatif kewenangan terhadap persyaratan tertentu yang pelaksanaannya dapat dipilih oleh organ pemerintahan. Kebebasan mengambil kebijakan lahir ketika pembuat undang-undang memberikan kewenangan kepada organ pemerintahan dalam melaksanakan kekuasaannya untuk melakukan inventarisasi dan mempertimbangkan bagi administrasi ini ada bersifat subjektif, yaitu kebebasan untuk menentukan sendiri dengan cara bagaimana dan kapan wewenang itu dilaksanakan, dan bersifat obyektif, yakni kebebasan menafsirkan ruang lingkup wewenang yang dirumuskan dalam peraturan dasar wewenangnya.

2. Rambu-Rambu Batasan Penggunaan Diskresi

Penggunaan diskresi/*freies Ermessen* hanya dapat dilakukan oleh Pejabat Pemerintahan yang berwenang dalam untuk mengambil keputusan dan/atau tindakan dalam penyelenggaraan pemerintahan. Adapun 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 tidak mengatur;
- c. pengambilan Keputusan dan/atau Tindakan karena peraturan perundang-undangan tidak lengkap atau tidak jelas; dan
- d. pengambilan Keputusan dan/atau Tindakan karena adanya stagnasi pemerintahan guna kepentingan yang lebih luas.

Diskresi/*Freies Ermessen* muncul sebagai alternatif untuk mengisi kekurangan dan kelemahan di dalam penerapan asas legalitas (*wetmatigheid van bestuur*). Bagi negara yang bersifat *welfare state*, asas legalitas saja tidak cukup untuk dapat berperan secara maksimal dalam melayani kepentingan masyarakat, yang berkembang pesat sejalan dengan perkembangan ilmu dan teknologi. Di dalam praktik penyelenggaraan pemerintahan, Diskresi/*Freies Ermessen* dilakukan oleh administrasi negara dalam hal-hal sebagai berikut¹⁶:

¹⁶ Ibid. „,hlm. 245-246.

- a. Belum ada peraturan perundang-undangan yang mengatur tentang penyelesaian *in konkrito* terhadap suatu masalah tertentu, padahal masalah tersebut menuntut penyelesaian yang segera. Misalnya dalam menghadapi suatu bencana alam ataupun wabah penyakit menular, aparat pemerintah harus segera mengambil tindakan yang menguntungkan bagi negara maupun bagi rakyat, tindakan yang semata-mata timbul atas prakarsa sendiri.
- b. Peraturan perundang-undangan yang menjadi dasar berbuat aparat pemerintah memberikan kebebasan sepenuhnya. Misalnya dalam pemberian izin berdasarkan Pasal 1 Herzien Ordonantie, “menimbulkan keadaan bahaya” sesuai dengan situasi dan kondisi daerah masing-masing.
- c. Adanya delegasi perundang-undangan, maksudnya aparat pemerintah diberi kekuasaan untuk mengatur sendiri, yang sebenarnya kekuasaan itu merupakan kekuasaan aparat yang lebih tinggi tingkatannya. Misalnya dalam menggali sumber-sumber keuangan daerah. Pemerintah daerah bebas untuk mengelolanya asalkan sumber-sumber itu merupakan sumber yang sah.

Rambu-rambu batasan penggunaan diskresi sebagaimana menjadi kewenangan Pejabat Pemerintahan yang menggunakan Diskresi/ *Freies Ermessen* dalam

menyelenggarakan pemerintahan harus memenuhi syarat¹⁷:

- a. sesuai dengan tujuan Diskresi;
- b. tidak bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan;
- c. sesuai dengan AUPB;
- d. berdasarkan alasan-alasan yang objektif;
- e. tidak menimbulkan Konflik Kepentingan; dan
- f. dilakukan dengan iktikad baik.

Prosedur yang menjadi pedoman bagi pejabat pemerintahan di lingkungan eksekutif dalam penyelenggaraan pemerintahan untuk penggunaan diskresi yakni¹⁸:

- a. Pejabat yang menggunakan Diskresi menguraikan maksud, tujuan, substansi, serta dampak administrasi dan keuangan.
- b. Pejabat yang menggunakan Diskresi wajib menyampaikan permohonan persetujuan secara tertulis kepada Atasan Pejabat.
- c. Dalam waktu 5 (lima) hari kerja setelah berkas permohonan diterima, Atasan Pejabat menetapkan persetujuan, petunjuk perbaikan, atau penolakan.

¹⁷ Lihat Pasal

¹⁸ Lihat Pasal 26 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan.

- d. Apabila Atasan Pejabat sebagaimana dimaksud pada ayat (3) melakukan penolakan, Atasan Pejabat tersebut harus memberikan alasan penolakan secara tertulis.

Penggunaan diskresi oleh Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan yang berwenang digunakan sebagai solusi untuk merespon dengan cepat kebutuhan berkembangnya dinamika masyarakat agar tidak terjebak dalam aturan-aturan yang kaku pada saat waktu tertentu. Pengambilan diskresi oleh pejabat administrasi dalam pemerintahan agar terhindar dalam penyalahgunaan wewenang harus memperhatikan kepentingan umum dan Asas-Asas Umum Pemerintahan Yang Baik (AAUPB). Adapun AAUPB ini dapat dikategorikan ke dalam 13 (tiga belas) asas itu¹⁹:

1. Asas kepastian hukum (*principle of legal security*).
2. Asas keseimbangan (*principle of proportionality*).
3. Asas kesamaan dalam mengambil keputusan pangreh (*principle of equality*).
4. Asas bertindak cermat (*principle of carefulness*).

5. Asas motivasi untuk setiap keputusan pangreh (*principle of motivation*).
6. Asas jangan mencampur adukkan kewenangan (*principle non missue of competence*).
7. Asas permainan yang layak (*principle of fair play*).
8. Asas keadilan atau kewajaran (*principle of reasonable or prohibition of arbitrariness*).
9. Asas menanggapi pengharapan yang wajar (*principle of meeting raised expectation*).
10. Asas meniadakan akibat suatu keputusan yang batal (*principle of undoing the consequences of an annulled decision*).
11. Asas perlindungan atas pandangan (cara) hidup pribadi (*principle of protecting the personel way of life*).
12. Asas kebijaksanaan (*sapientia*).
13. Asas penyelenggaraan kepentingan umum (*principle of publik service*).

Sedangkan AUPB yang dimaksud dalam Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan ini meliputi asas²⁰:

1. kepastian hukum;
asas dalam negara hukum yang mengutamakan landasan ketentuan peraturan perundang-undangan, kepatutan, keajegan, dan keadilan dalam setiap kebijakan penyelenggaraan pemerintahan.
2. kemanfaatan;
Yang dimaksud dengan “asas kemanfaatan” adalah manfaat yang

¹⁹ S.F Marbun dan Moh. Mahfud, *Pokok-Pokok Hukum Administrasi Negara*, (Yogyakarta: Liberty, 2000), hlm. 59- 60.

²⁰ Lihat Pasal 10 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan.

- harus diperhatikan secara seimbang antara:
- (1) kepentingan individu yang satu dengan kepentingan individu yang lain;
 - (2) kepentingan individu dengan masyarakat;
 - (3) kepentingan Warga Masyarakat dan masyarakat asing;
 - (4) kepentingan kelompok masyarakat yang satu dan kepentingan kelompok masyarakat yang lain;
 - (5) kepentingan pemerintah dengan Warga Masyarakat;
 - (6) kepentingan generasi yang sekarang dan kepentingan generasi mendatang;
 - (7) kepentingan manusia dan ekosistemnya;
 - (8) kepentingan pria dan wanita.
3. ketidakberpihakan;
- adalah asas yang mewajibkan Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan dalam menetapkan dan/atau melakukan Keputusan dan/atau Tindakan dengan mempertimbangkan kepentingan para pihak secara keseluruhan dan tidak diskriminatif.
4. kecermatan;
- asas yang mengandung arti bahwa suatu Keputusan dan/atau Tindakan harus didasarkan pada informasi dan dokumen yang lengkap untuk mendukung legalitas penetapan dan/atau pelaksanaan Keputusan dan/atau Tindakan sehingga Keputusan dan/atau Tindakan yang bersangkutan dipersiapkan dengan cermat sebelum Keputusan dan/atau Tindakan tersebut ditetapkan dan/atau dilakukan.
5. tidak menyalahgunakan kewenangan;

adalah asas yang mewajibkan setiap Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan tidak menggunakan kewenangannya untuk kepentingan pribadi atau kepentingan yang lain dan tidak sesuai dengan tujuan pemberian kewenangan tersebut, tidak melampaui, tidak menyalahgunakan, dan/atau tidak mencampuradukkan kewenangan.

- 6. keterbukaan;
- asas yang melayani masyarakat untuk mendapatkan akses dan memperoleh informasi yang benar, jujur, dan tidak diskriminatif dalam penyelenggaraan pemerintahan dengan tetap memperhatikan perlindungan atas hak asasi pribadi, golongan, dan rahasia negara.
- 7. kepentingan umum; dan
- adalah asas yang mendahulukan kesejahteraan dan kemanfaatan umum dengan cara yang aspiratif, akomodatif, selektif, dan tidak diskriminatif.
- 8. pelayanan yang baik.
- adalah asas yang memberikan pelayanan yang tepat waktu, prosedur dan biaya yang jelas, sesuai dengan standar pelayanan, dan ketentuan peraturan perundang-undangan.

Lahirnya Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan dapat dijadikan pedoman bagi penyelenggaraan pemerintahan oleh Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan sebagai tolak ukur dalam penggunaan kebijaksanaan, sehingga penggunaan kebijaksanaan akan sesuai dengan hukum (*intra vires*) dan akan melahirkan

Emersenfrei. Penggunaan Diskresi/*Freis ermessen* yang dilakukan diluar hukum (*ultra vires*), tindakan sewenang-wenang atau tindakan penyalahgunaan wewenang, atau dalam bentuk keliru menafsirkan hukum atau melanggar hukum dengan sengaja akhirnya melahirkan *Emerssenfehlere*. Unsur-unsur yang harus diperhatikan dan terpenuhi dalam penggunaan diskresi/*Freis Ermerssen* yakni²¹:

1. Adanya kebebasan yang dimungkinkan oleh hukum kepada administrasi negara untuk bertindak atas inisiatif sendiri. Unsur ini terkait dengan asas yang menyatakan, setiap pejabat tata usaha negara wajib mengambil keputusan untuk menyelesaikan suatu masalah yang diajukan kepadanya. Pejabat tersebut tidak boleh menolaknya dengan alasan belum ada hukum yang mengatur penyelesaiannya. Kebijaksanaan merupakan pelengkap dari asas *legalitas*. Hal ini dimaksudkan untuk mengeyampingkan hukum sama sekali.
2. Terdapatnya persoalan penting dan mendesak untuk diselesaikan. Pada penggunaan *Freis ermessen* oleh badan atau pejabat tata usaha negara harus memperhatikan kedua unsur ini, yakni terdapatnya persoalan penting dan mendesak yang muncul secara tiba-tiba. Perlunya kedua

²¹ S.F. Marbun, *Peradilan Administrasi Negara Dan Upaya Administratif di Indonesia*, Cetakan Ketiga, (Yogyakarta: FH UII Press, 2011), hlm. 196.

unsur ini dipenuhi, karena adakalanya suatu ketika muncul persoalan penting, akan tetapi persoalan tersebut tidak begitu mendesak dan segera diselesaikan. Sebaliknya apabila timbul persoalan yang mendesak, akan tetapi tidak begitu penting untuk segera diselesaikan.

3. Harus dipertanggungjawabkan secara moral dan hukum. Hal ini terlihat dalam pemberian batasan kepada pejabat tata usaha negara dalam mempergunakan *Freis ermessen*. Artinya meskipun diberikan kebebasan kepada pejabat tata usaha negara, namun dalam mempergunakan kebijaksanaan itu tidak boleh dilakukan tanpa batas sewenang-wenang.

Meskipun pemberian ruang kebijaksanaan (*Freis Ermessen/diskresi*) diberikan kepada pemerintah sebagai konsekuensi logis dari konsep negara hukum modern, namun penggunaannya tidak boleh digunakan tanpa batas. Dalam sebuah negara hukum penggunaan *freis Ermessen/diskresi* hanya dapat dilakukan pemerintah sebagai²²:

1. Sikap aktif dari administrasi negara atau atas inisiatifnya sendiri;
2. Menyelesaikan persoalan-persoalan penting, mendesak, dan muncul secara tiba-tiba dan harus segera diselesaikan;

²² Sjachran Basah, *Perlindungan Terhadap Sikap Tindak Administrasi Negara*, Bandung: Alumni, 1992, hlm. 3-4.

3. Dalam menjalankan tugas-tugas servis publik;
4. Dimungkinkan oleh hukum;
5. Dapat dipertanggung jawabkan baik secara moral kepada Tuhan Yang Maha Esa maupun secara hukum.

Lahirnya Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan dimaksudkan untuk menghindari rentannya kewenangan yang berpotensi pada *abuse of power*²³, *detournement de pouvoir*²⁴, *ultra vires* dalam penggunaan diskresi/*Freiss Ermerssen* dalam mengambil setiap tindak tanduk dalam melaksanakan tugas terutama dalam melayani masyarakat dan bertujuan untuk menciptakan tertib penyelenggaraan administrasi pemerintahan, menciptakan kepastian hukum, mencegah terjadinya penyalahgunaan wewenang, menjamin akuntabilitas badan dan/atau pejabat pemerintahan, memberikan perlindungan hukum kepada warga masyarakat dan

aparatur pemerintahan, melaksanakan ketentuan peraturan peraturan perundang-undangan dan menerapkan azas-azas umum pemerintahan yang baik (AUPB), dan memberikan pelayanan yang sebaik-baiknya kepada warga masyarakat.

C. PENUTUP

1. Kesimpulan

Berdasarkan hasil kajian diatas maka dapat disimpulkan bahwa dalam negara hukum modern dalam penyelenggaraan pemerintahan untuk memberikan pelayanan publik kepada masyarakat secara prima maka dibutuhkan diskresi yang dimiliki oleh pejabat tata usaha negara yang disertai dengan rambu-rambu penggunaan diskresi dalam keadaan ikhwal tertentu. Rambu-rambu tersebut meliputi, maksud dan tujuan diskresi, tidak bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan, sesuai dengan Asas-asas Umum Pemerintahan yang Baik (AUPB), berdasarkan alasan-alasan yang objektif, tidak menimbulkan konflik kepentingan; dan dilakukan dengan iktikad baik.

²³ Menurut pendapat **Owen Hood Philips**, *abuse of power includes exercising a power for an authoised purpose, disregarding, distergarding decision or taking into account irrelevant consideration.*

²⁴ Menurut **Prajudi Atmosudirdjo**, yang dimaksud dengan *detournement de pouvair* adalah bilamana suatu wewenang oleh pejabat administrasi negara digunakan untuk tujuan yang bertentangan dengan atau menyimpang dari apa yang dimaksud atau dituju oleh wewenang sebagaimana ditetapkan oleh undang-undang yang bersangkutan.

2. Saran

Kebebasan bertindak sudah tentu akan menimbulkan kompleksitas masalah karena sifatnya menyimpangi asas legalitas dalam arti sifat "pengecualian" yang berpeluang lebih besar untuk menimbulkan kerugian kepada warga masyarakat. Oleh karena itu terhadap diskresi perlu ditetapkan adanya batas toleransi dalam penggunaan kebijakan diskresi oleh pejabat tata usaha negara. Pemahaman batasan toleransi dari diskresi ini dapat disimpulkan dari pemahaman yang diberikan oleh 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, serta dapat dipertanggungjawabkan secara hukum dan juga secara moral untuk mencapai tujuan bernegara sebagaimana tertuang dalam pembukaan UUD 1945 atau dalam rangka mencapai dua visi tersebut negara dan pemerintah melaksanakan berbagai agenda yang disebut dengan pelayanan publik.

D. DAFTAR PUSTAKA

- A. Muin.Fahmal, *Peran Asas-Asas Umum Pemerintahan yang Layak dalam Mewujudkan Pemerintahan yang Baik*, (Yogyakarta: UII Press, 2006).
- Abu Daud Busroh, *Ilmu Negara*, Cetakan Pertama. (Jakarta: Bumi Aksara, 1990).
- Adrian Sutedi, *Hukum Perizinan Dalam Sektor Pelayanan Publik*, Cetakan Pertama, (Jakarta: Sinar Grafika, 2010).
- Amrah Muslimin, *Beberapa Asas dan Pengertian Pokok-Pokok Tentang Administrasi dan Hukum Administrasi*, (Bandung: Alumni, 1985).
- Arifin P. Soeria Atmadja, *Keuangan Publik dalam Perspektif Hukum; Teori, Kritik, dan Praktik*, (Jakarta: Rajawali Press, 2008).
- Dwiyanto, *Kinerja Tata Pemerintahan Daerah di Indonesia*, (Yogyakarta: PSKK-UGM, 2008).
- E. Utrecht, *Pengantar Hukum Administrasi Negara Indonesia*, (Surabaya: Pustaka Tinta Mas, 1988).
- Indroharto, *Perbuatan Pemerintah Menurut Hukum Publik Dan Hukum Perdata*, (Jakarta: LPP HAN, 1999).
- Indroharto, *Usaha Memahami Undang-Undang Tentang Peradilan Tata Usaha Negara*, Cetakan Pertama, (Jakarta: Sinar Harapan).
- Maria Farida, *Ilmu Perundang-undangan, Dasar-dasar dan Pembentukannya*, (Yogyakarta: Kanisius, 1998).

Martn Albrow, *Birokrasi*, Cetakan Pertama, (Yogyakarta: Tiara Wavana, 1989).

Mochtar Mas'oed, *Negara, Kapital, dan Demokrasi*, (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2003).

Muchsan, *Sistem Pengawasan Terhadap Perbuatan Pemerintah dan Peradilan Tata Usaha Negara di Indonesia*, (Yogyakarta: Liberty, 1992).

Muhammad Tahir Azhary, *Negara Hukum: Suatu Studi tentang Prinsip-Prinsipnya Dilihat dari Segi Hukum Islam, Implementasinya pada Periode Negara Madinah dan Masa Kini*, (Jakarta :Bulan Bintang), 1992.

Padmo Wahjono, *Pembangunan Hukum di Indonesia*, Jakarta, 1989.

Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Cetakan Keenam (Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2010).

Philipus Hadjon, dkk, *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia*, (Yogyakarta: UGM Press, 1993).

Riawan Tjandra, *Peradilan Tata Usaha Negara (PTUN) Mendorong Terwujudnya Pemerintah yang Bersih dan Beribawa*, (Yogyakarta: Universitas Atma Jaya, 2009).

Ridwan H.R, *Hukum Administrasi Negara*, (Jakarta: Rajawali Press, 2006).

_____, *Tiga Dimensi Hukum Administrasi Dan Peradilan Administrasi*, Cetakan Pertama, (Yogyakarta: FH UII Press, 2009).

Ronald Lumbuun, *PERMA RI Wujud Kerancuan Antara Praktik Pembagian Dan Pemisahan Kekuasaan*, Cetakan Pertama (Jakarta: Raja Grafindo, 2011).

S. Prajudi Atmosudirjo, *Hukum Administrasi Negara*, (Jakarta : Ghalia Indonesia,1994).

S.F Marbun dan Moh. Mahfud, *Pokok-Pokok Hukum Administrasi Negara*, (Yogyakarta: Liberty, 2000).

S.F. Marbun, *Bahan Kuliah Hukum Administrasi Negara*, Program Pasca Sarjana Ilmu Hukum Universitas Islam Indonesia.

_____, *Dimensi-Dimensi Pemikiran Hukum Administrasi Negara*, (Yogyakarta: UII Press, 2001).

_____, *Peradilan Administrasi Negara Dan Upaya Administratif di Indonesia*, Cetakan Ketiga, (Yogyakarta: FH UII Press, 2011).

Sjachran Basah, *Perlindungan Terhadap Sikap Tindak Administrasi Negara*, Bandung: Alumni, 1992.

Soedarmayanti, *Good Governance (Kepemerintahan yang Baik) dan Good Corporate Governance (Tata Kelola Perusahaan yang baik)*, Cetakan Pertama, (Bandung: Mandar Maju, 2007).

_____, *Good Governance (Kepemerintahan yang Baik) Dalam Kerangka Otonomi Daerah*, (Bandung: Mandar Maju, 2003).

Soerjoeno Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif Suatu*

Tinjauan Singkat, (Jakarta; Rajawali Press, 1985).