

FREIES ERMESSEN
DALAM KONSEP NEGARA KESEJAHTERAAN

Oleh :

Gusti Ayu Ratih Damayanti, S.H., M.H.
Dosen Fakultas Hukum Universitas Islam Al-Azhar Mataram

Abstract

In principle, there were two forms of administration policy, the policy of the administration of law and administrative policy that was not based on the law (the deviation from the law). Policy regulations based on law consists of rules policy based on Freies ermessen. Linkages Freies ermessen with the principle of legality was the principle of legality was the basis of legitimacy of government action and guarantee the protection of rights-the rights of the people. So it can be concluded that Freies ermessen does not conflict with the principle of legality because Freies ermessen category policy regulations based on law. Government officials were exempted from responsibility and accountability in the implementation of government affairs when the officials concerned to exercise authority and discretion and on behalf of the office and carried out in an environment of formal authority. Government officials charged with the responsibility and personal accountability in the case of officials concerned to personal error that caused it to deviate discretionary uses.

Keywords : *Freies Ermessen, The Principle of Legality.*

Abstrak

Pada dasarnya ada dua bentuk kebijakan administrasi, yaitu kebijakan administrasi berdasarkan hukum dan kebijakan administrasi yang tidak berdasarkan hukum (deviasi terhadap hukum). Peraturan kebijakan yang berdasarkan hukum terdiri atas peraturan kebijakan yang berdasarkan pada freies ermessen. Kaitan freies ermessen dengan dianutnya asas legalitas yaitu asas legalitas menjadi dasar legitimasi tindakan pemerintahan dan jaminan perlindungan dari hak-hak rakyat. Jadi dapat disimpulkan bahwa freies ermessen tidak bertentangan dengan asas legalitas karena freies ermessen termasuk kategori peraturan kebijakan yang berdasarkan hukum. Pejabat pemerintah dibebaskan dari tanggung jawab dan tanggung gugat dalam penyelenggaraan urusan pemerintahan ketika pejabat yang bersangkutan menggunakan wewenang dan/atau diskresi untuk dan atas nama jabatan dan dilakukan dalam lingkungan formil wewenangnya. Pejabat pemerintah dibebani tanggung jawab dan tanggung gugat pribadi dalam hal pejabat yang bersangkutan melakukan kesalahan pribadi yang menyebabkan diskresi yang digunakannya itu menyimpang.

Kata Kunci : *Freies Ermessen, Asas Legalitas.*

A. PENDAHULUAN

1. Latar Belakang

Kewajiban pemerintah untuk memajukan kesejahteraan umum merupakan ciri konsep negara kesejahteraan, maka diharapkan pemerintah aktif ikut campur dalam kehidupan masyarakat. Hampir semua aspek kehidupan masyarakat atau warga negara bersentuhan dengan pemerintah baik pemerintah pusat maupun pemerintah daerah beserta perangkatnya. Berbagai bidang kehidupan masyarakat seperti bidang perekonomian, pendidikan, kesehatan, pekerjaan, lingkungan hidup, bahkan pernikahan, ada unsur pemerintah di dalamnya baik langsung maupun tidak langsung.

Salah satu karakteristik konsep negara kesejahteraan adalah kewajiban pemerintah untuk mengupayakan kesejahteraan umum atau *bestuurszorg*. Menurut Utrecht, adanya *bestuurszorg* ini menjadi suatu tanda yang menyatakan adanya *welfare state*.¹

Bergesernya pokok pikiran mengenai konsep negara hukum formil kearah terbentuknya konsep negara hukum materiil atau negara hukum

modern maka akan menempatkan peranan negara atau pemerintah atau administrasi negara pada posisi yang kuat yakni negara bertugas untuk memberikan pelayanan kepada masyarakat atau melaksanakan tugas *public sevice* atau suatu istilah yang dikemukakan oleh Lemaire sebagai *bestuurszorg* yakni tugas penyelenggara kepentingan umum yang meliputi seluruh atau segala lapangan kemasyarakatan.

Dalam tipe negara kesejahteraan suatu negara mensponsori seluas-luasnya usaha masyarakat untuk mencapai kemakmuran dan kesejahteraan. Dalam kaitan itu, dikatakan pula bahwa tipe negara *welfare state*, adalah negara dan alat alat perlengkapannya atau aparaturnya mengabdikan kepada kepentingan, kemakmuran, dan kesejahteraan masyarakat, termasuk memberikan jaminan sosial, seperti pelayanan kesehatan, dan jaminan pemeliharaan fakir miskin dan anak-anak terlantar.

Pemberian kewenangan kepada administrasi negara untuk bertindak atas inisiatif sendiri itu lazim dikenal dengan istilah *Freies Ermessen* atau *Discretionary power*, yaitu suatu istilah yang didalamnya mengandung kewajiban dan kekuasaan yang luas.

¹E.Utrecht, 1998, *Pengantar Hukum Administrasi Negara Indonesia*, Pustaka Tinta Mas, Surabaya, hal. 30.

Philipus M. Hadjon menyatakan kebebasan bertindak (*freies ermessen*) pada dasarnya berarti kebebasan untuk menerapkan peraturan dalam situasi konkrit, kebebasan untuk mengukur situasi konkrit tersebut, dan kebebasan untuk bertindak meskipun tidak ada atau belum ada pengaturannya secara tegas (sifat aktifnya pemerintah).²

Pemberian *freies ermessen* kepada pemerintah atau administrasi negara mempunyai konsekuensi tertentu dalam bidang legislasi. Dengan bersandar pada *freies ermessen*, administrasi negara memiliki kewenangan yang luas untuk melakukan berbagai tindakan hukum dalam rangka melayani kepentingan masyarakat atau mewujudkan kesejahteraan umum, dan untuk melakukan tindakan itu diperlukan instrumen hukum. Artinya, bersamaan dengan pemberian kewenangan yang luas untuk bertindak diberikan pula kewenangan untuk membuat instrumen hukumnya.

2. Rumusan Masalah

Berdasarkan uraian latar belakang tersebut maka dapat ditarik permasalahan sebagai berikut :

- a. Apakah tindakan *freies ermessen* bertentangan dengan asas legalitas ?
- b. Bagaimana bentuk pertanggungjawaban hukum dari tindakan *freies ermessen* yang dilakukan oleh pemerintah ?

B. PEMBAHASAN

Antara pemerintah dan masyarakat terjalin suatu hubungan timbal balik, yakni pada satu sisi masyarakat mempengaruhi pemerintah dalam menjalankan tugasnya, pada sisi lain pemerintah memberi pengaruh tertentu pada masyarakat melalui tugas mengatur dan mengurus. Pengaruh pemerintah pada masyarakat melalui tugas mengurus memiliki makna pemerintah terlibat dalam bidang kesejahteraan sosial dan ekonomi maupun pemeliharaan kesehatan dengan secara aktif menyediakan sarana, prasarana, financial, dan personal. Sedangkan, pengaruh pemerintah pada masyarakat melalui tugas mengatur mempunyai makna pemerintah terlibat dalam penerbitan dan pelaksanaan peraturan perundang-undangan.³

Tugas pemerintah tidaklah ringan, disamping menjalankan fungsi

²Philipus M. Hadjon, 1990, *Pengertian-pengertian Dasar Tentang Tindak Pemerintahan (Bestuurshandeling)*, Djumali, Surabaya, hal. 40.

³Lutfi Effendi, 2004, *Pokok-pokok Hukum Administrasi*, Bayumedia Publishing, Malang, hal. 61.

pemerintahan, pemerintah juga melaksanakan kesejahteraan sosial dalam rangka mencapai tujuan negara melalui pembangunan nasional. Percepatan proses pembangunan sangat dirasakan disegala bidang baik dalam bidang ekonomi, sosial dan budaya. Hal ini berarti dalam mengemban tugas secara aktif pemerintah harus dapat menjaga dan menjamin bahwa tindakannya tidak melanggar hak dan kewajiban rakyat. Apabila terjadi sengketa antara rakyat dengan pemerintah maka sudah selayaknya rakyat diberi jaminan perlindungan hukum. Menyadari sepenuhnya peran positif aktif Pemerintah dalam kehidupan masyarakat, maka pemerintah perlu mempersiapkan langkah untuk menghadapi kemungkinan timbulnya benturan kepentingan, perselisihan, atau sengketa antara Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara dengan warga masyarakat.

Meskipun pemberian *freies ermessen* kepada pemerintah atau administrasi negara merupakan konsekuensi logis dari konsep *welfare state*, tetapi dalam kerangka negara hukum, *freies ermessen* ini tidak dapat digunakan tanpa batas. Atas dasar itu Sjachran Basah mengemukakan unsur – unsur *freies ermessen* dalam suatu negara hukum yaitu :

- a. Ditujukan untuk menjalankan tugas-tugas service publik;
- b. Merupakan sikap tindak yang aktif dari administarsi negara;
- c. Sikap tindak itu dimungkinkan oleh hukum;
- d. Sikap tindak itu diambil atas inisiatif sendiri;
- e. Sikap tindak itu dimaksudkan untuk menyelesaikan persoalan-persoalan penting yang timbul secara tiba-tiba;
- f. Sikap tindak itu dapat dipertanggungjawabkan baik secara moral kepada Tuhan Yang Maha Esa maupun secara hukum.⁴

Freies ermessen ini muncul sebagai alternatif untuk mengisi kekurangan dan kelemahan didalam 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.

Meskipun asas legalitas mengandung kelemahan, ia tetap menjadi prinsip utama dalam setiap negara hukum. Setiap penyelenggaraan kenegaraan dan pemerintahan harus memiliki legitimasi yaitu kewenangan yang diberikan oleh undang-undang. Substansi asas legalitas

⁴Sjachran Basah, 1995, *Eksistensi dan Tolok Ukur Badan Peradilan Administrasi di Indonesia*, Alumni, Bandung, hal. 3.

adalah wewenang. Wewenang pemerintahan berasal dari peraturan perundang-undangan, artinya sumber wewenang pemerintah bagi pemerintah adalah peraturan perundang-undangan. Secara teoritis, kewenangan yang bersumber dari peraturan perundang-undangan diperoleh melalui tiga cara yaitu atribusi, delegasi, dan mandat.

Mendasarkan tindakan pemerintah pada asas legalitas dan diskresi atau *ermessen* sesungguhnya adalah mendasarkan tindakan pada wewenang. Tindakan pemerintahan yang didasarkan pada asas legalitas mengandung arti mendasarkan tindakan itu pada kewenangan terikat, sedangkan tindakan yang didasarkan pada diskresi berarti mendasarkan tindakan pemerintahan itu pada kewenangan tidak terikat. Terkait dengan adanya kewenangan adalah pertanggungjawaban, sesuai dengan prinsip “tidak ada kewenangan tanpa pertanggungjawaban”.

Filosofi pemberian kewenangan diskresi kepada organ pemerintahan ialah adanya kewajiban pemerintah untuk memberikan pelayanan publik dalam rangka mewujudkan kesejahteraan umum. Pelayanan publik menjadi isu kebijakan yang semakin strategis seiring dengan semakin kritisnya masyarakat terhadap

pemerintah, dan semakin disadari bahwa pelayanan publik merupakan hak masyarakat dan kewajiban pemerintah untuk memenuhinya.

Berlakunya Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 25 Tahun 2009 (selanjutnya disebut UU RI No. 25 Tahun 2009 Tentang Pelayanan Publik) sebenarnya dimaksudkan untuk memberikan kepastian hukum bagi pihak penyelenggara pelayanan publik maupun masyarakat, aparatur penyelenggara merasa memiliki kewajiban hukum untuk memberikan pelayanan kepada masyarakat, sedangkan masyarakat merasa apa yang harus dilakukan oleh aparatur negara tersebut merupakan hak dari masyarakat.⁵

Pasal 3 UU RI No 25 Tahun 2009 Tentang Pelayanan Publik menyebutkan Tujuan Undang-Undang Pelayanan Publik adalah :

- a. Terwujudnya batasan dan hubungan yang jelas tentang hak, tanggung jawab, kewajiban dan kewenangan seluruh pihak yang terkait dengan penyelenggaraan pelayanan publik;
- b. Terwujudnya sistem penyelenggaraan pelayanan publik yang layak sesuai

⁵Husni Thamrin, 2013, *Hukum Pelayanan Publik Di Indonesia*, Aswaja Pressindo, Yogyakarta, hal. 6.

- dengan asas-asas umum pemerintahan dan korporasi yang baik;
- c. Terpenuhinya penyelenggaraan pelayanan publik sesuai dengan peraturan perundang-undangan; dan
 - d. Terwujudnya perlindungan dan kepastian hukum bagi masyarakat dalam penyelenggaraan pelayanan publik.

Mengkaji ketentuan pasal tersebut tersirat bahwa pelayanan publik merupakan kewajiban pemerintah yang seyogyanya dilakukan dengan optimal, baik dalam hal pelayanan administrasi maupun pelayanan atas barang dan jasa. Pelayanan publik yang belum optimal menyebabkan terjadinya ketidakpastian hukum dan ketidakpercayaan masyarakat terhadap penegak hukum yang ada, sehingga banyak terjadi tindakan main hakim sendiri yang dilakukan oleh masyarakat tanpa memperhatikan peraturan yang ada.

Pemerintah diberikan diskresi untuk mengambil kebijakan, menjelaskan norma undang-undang yang samar, menentukan fakta-fakta, melakukan interpretasi dan mempertimbangkan berbagai kepentingan terkait dalam memberikan pelayanan publik. Kewajiban pemerintah untuk memberikan pelayanan

publik dalam rangka mewujudkan kesejahteraan umum melahirkan prinsip bahwa pemerintah tidak boleh menolak untuk memberikan pelayanan kepada warga negara dengan alasan tidak ada undang-undang yang mengaturnya dan terkait dengan adagium “kesejahteraan rakyat adalah hukum yang tertinggi”.

Dalam penyelenggaraan pemerintahan, tanggung jawab dan tanggung gugat pada dasarnya dibebankan pada jabatan karena untuk menyelenggarakan urusan pemerintahan itu harus berdasarkan wewenang, dan wewenang melekat pada jabatan. Asas ini juga berlaku dalam hal penggunaan diskresi karena diskresi itu pada hakekatnya adalah wewenang yakni dalam kategori kewenangan bebas.

C. PENUTUP

1. Kesimpulan

Adapun kesimpulan yang dapat dikemukakan yaitu sebagai berikut :

- a. Asas legalitas menjadi dasar legitimasi tindakan pemerintahan dan jaminan perlindungan dari hak-hak rakyat. Penerapan asas legalitas akan menunjang berlakunya kepastian hukum dan kesamaan perlakuan. *Freies ermessen* tidak bertentangan

dengan asas legalitas karena *freies ermessen* termasuk kategori peraturan kebijakan yang berdasarkan hukum. Isi *freies ermessen* sebagai kebijakan meliputi 4 (empat) hal yaitu :

- 1) Apakah wewenang administrasi tertentu akan dipakai atau tidak;
 - 2) Kapan wewenang administrasi akan dipakai;
 - 3) Bagaimana wewenang administrasi akan dipakai;
 - 4) Apa kriteria yang dipakai dalam penggunaan wewenang administrasi dalam menyelesaikan masalah.
- b. Pejabat pemerintah dibebaskan dari tanggung jawab dan tanggung gugat dalam penyelenggaraan urusan pemerintahan ketika pejabat yang bersangkutan menggunakan wewenang dan/atau diskresi untuk dan atas nama jabatan dan dilakukan dalam lingkungan formil wewenangnya. Pejabat pemerintah dibebani tanggung jawab dan tanggung gugat pribadi dalam hal pejabat yang bersangkutan melakukan kesalahan pribadi yang menyebabkan diskresi yang digunakannya itu menyimpang. Penyimpangan diskresi itu dapat berupa : bertentangan dengan

peraturan perundang-undangan, bertentangan dengan asas hukum, terdapat unsur penyalahgunaan wewenang, unsur sewenang-wenang atau melanggar asas rasionalitas, melanggar hak asasi manusia, bertentangan dengan Asas-asas Umum Pemerintahan yang Baik (AAUPB/AAUPL), inkonsisten, dan terdapat unsur *maladministrasi* dan/atau dengan sengaja menyimpang. Di Indonesia, penggunaan diskresi yang menyimpang dan merugikan warga negara ditempuh melalui Peradilan Umum atas dasar perbuatan melanggar hukum oleh pemerintah, yang berarti didasarkan pada norma-norma Hukum Perdata. Tanggung gugat dan ganti rugi dalam suatu tindakan hukum adalah pihak yang memikul tanggung jawab. Tanggung jawab pribadi dibebankan kepada seseorang jika dalam penyelenggaraan pemerintahan ada unsur *maladministrasi*, baik berupa ganti rugi maupun pidana.

2. Saran

Pemerintah selaku penyelenggara pemerintahan harus melaksanakan tugasnya sesuai dengan aturan yang

berlaku. Dalam menjalankan *freies ermessen* seyogyanya pemerintah tetap mempertimbangkan kepentingan dari masyarakat, agar tindakan tersebut tidak merugikan kepentingan umum.

DAFTAR PUSTAKA

- Basah, Sjachran, 1995, *Eksistensi dan Tolok Ukur Badan Peradilan Administrasi di Indonesia*, Alumni, Bandung.
- Effendi, Lutfi, 2004, *Pokok-Pokok Hukum Administrasi*, Bayumedia Publishing, Malang.
- Hadjon, Philipus M, 1990, *Pengertian-Pengertian Dasar Tentang Tindak Pemerintahan (Bestuurhandeling)*, Djumali, Surabaya.
- Thamrin, Husni, 2013, *Hukum Pelayanan Publik Di Indonesia*, Aswaja Pressindo, Yogyakarta.
- Utrecht, E.1998, *Pengantar Hukum Administrasi Negara Indonesia*, Pustaka Tinta Mas, Surabaya.