

**KONSEP *FREIES ERMESSEN* DALAM AKUNTABILITAS ADMINISTRASI
DAN HUKUM ATAS KEPUTUSAN ADMINISTRASI PEJABAT
PEMERINTAHAN**

Oleh : Rolib Sitorus, SH., MH. *)

Dosen Program Studi Ilmu Hukum Universitas Pelita Harapan Kampus Kota Medan
(email: rolib.sitorus@uph.edu)

Abstract

Government officials in making a state administrative decision always refer to the provisions of the applicable legislation, but sometimes that government official can make a policies when there are no regulations that govern it. In line with that, the purpose of this research is to know the concept of Freies Ermessen in State Administrative Law in accordance with the Law of Republic Indonesia, and to know the relation between discretion when associated with general principles of good governance.

This research is done by collecting materials by using the method of normative juridical. Juridical normative method is a law research method that done by researching literature and secondary data started by analyzing verses in the law of Republic Indonesia about decision making in state administrative law and making a policy carried out by the state administrative officials or government officials.

Expected results from this research is that there are no laws or regulations that regulate about a concrete solution to a certain matter, where di problem need to be solved. Laws and regulations become the base of the action of government officials by giving a full freedom and the existence of law and regulations delegation, which means government is given power to self-manage their affairs, In fact, that power is the power of a higher government instrument. for instance, regional government are free to manage their financial resources as long as the sources are legitimate.

Keywords: Decision, State Administrative, Government, Law and Regulation, Delegation.

Abstrak

Pejabat pemerintahan dalam membuat sebuah keputusan tata usaha negara senantiasa mengacu kepada ketentuan perundang-undangan yang berlaku, akan tetapi adakalanya pejabat pemerintahan tersebut dapat mengambil sebuah kebijakan manakala tidak ada atau belum adanya peraturan yang mengaturnya. Sejalan dengan hal tersebut tujuan penelitian adalah untuk mengetahui konsep *Freies Ermessen* dalam Hukum Administrasi Negara yang sesuai dengan aturan perundang-undangan di Indonesia, dan untuk mengetahui kaitan diskresi jika dihubungkan dengan asas-asas umum pemerintahan yang baik.

Penulisan ini dilakukan dengan mengumpulkan bahan-bahan dengan menggunakan metode penelitian yuridis normatif. Penelitian yuridis normatif adalah metode penelitian hukum yang dilakukan dengan meneliti bahan pustaka dan data sekunder yang dimulai secara analisa terhadap ketentuan pasal-pasal dalam peraturan

perundang-undangan mengenai pengambilan sebuah keputusan tata usaha negara dan pengambilan sebuah kebijakan yang dilakukan oleh pejabat tata usaha negara atau pejabat pemerintahan.

Hasil yang diharapkan dari penelitian ini yakni belum ada peraturan perundangan yang mengatur tentang penyelesaian secara konkrit terhadap suatu masalah tertentu, dimana masalah tersebut harus segera diselesaikan. Peraturan perundang-undangan yang menjadi dasar berbuat aparat pemerintah memberikan kebebasan sepenuhnya dan adanya delegasi perundang-undangan, yang artinya aparat pemerintah diberi kekuasaan untuk mengatur sendiri sebuah urusan, yang sebenarnya kekuasaan itu merupakan kekuasaan aparat yang lebih tinggi tingkatannya. Misalnya, pemerintah daerah bebas untuk mengelola sumber-sumber keuangan daerah asalkan merupakan sumber yang sah.

Kata kunci: Keputusan, tata usaha negara, pemerintahan, perundang-undangan, delegasi.

PENDAHULUAN

1. Latar Belakang

Birokrasi sebenarnya merupakan instrumen kekuasaan yang didesain oleh penguasa untuk menjalankan keputusan-keputusan politiknya dalam arti formil. Namun dalam prakteknya birokrasi telah menjadi kekuatan politik yang potensial yang dapat merobohkan kekuasaan. Karena itu, sistem, proses dan prosedur penyelenggaraan negara dalam rangka pelaksanaan tugas pemerintahan negara dan pembangunan harus diatur oleh produk hukum.

Begitu luasnya cakupan tugas-tugas administrasi negara dan pemerintahan, sehingga diperlukan peraturan yang dapat mengarahkan penyelenggaraan administrasi pemerintahan menjadi lebih sesuai dengan kebutuhan masyarakat. Patut disadari, bahwa problem kekuasaan, dan perihal kewenangan serta fenomena konflik struktural merupakan hal yang sukar untuk dipisahkan satu sama lain, terlebih bila berbicara mengenai tata kelola pemerintahan itu sendiri. Kekuasaan merupakan sumber kewenangan dan konflik merupakan konsekuensi yang ditimbulkan dari pelaksanaan kewenangan yang tidak jelas.

Hal ini sepenuhnya telah lama disadari oleh Weber sebagai bapak reformasi birokrasi, bahwa konflik merupakan konsekuensi dari tuntutan struktur birokratis terhadap adanya otoritas kewenangan untuk menjalankan fungsi-fungsi pemerintahan. Pemberian dan penggunaan kewenangan secara tidak terkontrol oleh hukum dan pengawasan masyarakat dapat menjerumuskan para penguasa birokrasi dan pejabat pemerintahan kepada perbuatan yang sewenang-wenang.

Hukum Administrasi Negara dapat diartikan sebagai perangkat hukum yang mengatur segala sesuatu yang berkaitan dengan administrasi negara. Administrasi negara di sini mencakup keseluruhan aktivitas yang dilakukan oleh administrasi negara di dalam menjalankan tugasnya sehari-hari, baik tugas yang berkaitan dengan layanan masyarakat (*public service*), pelaksanaan pembangunan, kegiatan per-ekonomian, peningkatan kesejahteraan, dan lain sebagainya. Termasuk di sini adalah tugas yang dijalankan oleh administrasi negara untuk melaksanakan berbagai tugas yang diperintahkan oleh peraturan perundang-undangan. Sedangkan administrasi pemerintahan adalah tatalaksana dalam mengambil tindakan hukum dan/atau tindakan faktual oleh badan atau pejabat pemerintahan (unsur yang melaksanakan fungsi pemerintahan berdasarkan wewenang diluar kekuasaan legislatif dan yudisial yang diperoleh melalui atribusi, delegasi dan mandat.

Peraturan kebijaksanaan (*beleid regels*), adalah merupakan produk hukum yang lahir dari kewenangan mengatur kepentingan umum secara mandiri atas dasar prinsip *freies ermessen* yang dalam praktek banyak ditemukan dituangkan dalam bentuk Keputusan Presiden atau Keputusan Menteri. Akibatnya banyak sekali Keputusan Presiden yang ditetapkan, termasuk berkenaan dengan sesuatu materi ketentuan yang seharusnya dituangkan dalam bentuk Undang- Undang, ditetapkan sendiri oleh Presiden tanpa melibatkan Dewan Perwakilan Rakyat. Hal yang sama juga terjadi dengan para Menteri untuk memenuhi kebutuhan praktis di lapangan, biasa mengeluarkan ketentuan-ketentuan yang bersifat mengatur kepentingan umum dalam bentuk Keputusan Menteri belaka, sehingga bukan saja soal substansi yang diatur itu yang menjadi persoalan, tetapi juga berkenaan dengan bentuk hukum dan nomenklatur peraturan yang digunakan itu juga menimbulkan masalah dalam hal ini banyak ditemukan Keputusan Presiden dan Keputusan Menteri yang seharusnya materi muatannya adalah keputusan yang bersifat konkrit, individual dan final, tetapi ternyata materi muatannya adalah pengaturan yang bersifat umum.

Saat ini di dalam Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, Pasal 9 sampai dengan Pasal 13 sudah diatur bahwa materi muatan yang bersifat pengaturan yang bersifat umum dimuat didalam bentuk peraturan.

Disadari atau tidak, fakta empirik menunjukkan, bahwa banyaknya diskresi yang dikeluarkan oleh pejabat pemerintah dalam rangka pelaksanaan tugas-tugas pemerintahan berpotensi menimbulkan permasalahan hukum dan administratif, sehingga perlu diawasi oleh masyarakat beserta organisasi-organisasi NGO yang *concern* terhadap *good governance*. Melihat rawannya potensi kekacauan hukum dan

administrasi yang ditimbulkan, maka diskresi harus dapat dipertanggungjawabkan (*responsibility*) sekaligus dipertanggung-gugatkan (*accountability*). Oleh karena itu, penggunaan diskresi secara tepat sesuai dengan ketentuan yang ada, yakni dengan senantiasa bersandar kepada asas-asas umum pemerintahan yang baik tentunya akan membawa manfaat bagi masyarakat. Dalam perspektif ini, perlu ditekankan bahwa seorang pejabat administrasi pemerintahan dituntut harus dapat mempertanggung-jawabkan tindakan diskresi yang dibuat olehnya kepada masyarakat tanpa perlu menunggu adanya gugatan secara legalistik. Mengingat hal tersebut merupakan suatu kewajiban yang sifatnya melekat pada kewenangan yang menjadi dasar akan adanya tindakan diskresi yang merupakan bagian dari *Freies Ermessen* artinya kebebasan mempertimbangkan, bebas menilai, bebas menduga, dan bebas mengambil keputusan dalam kaitan jalannya pemerintahan.¹

2. Rumusan Masalah

Berjalannya birokrasi dalam suatu pemerintahan negara tidak terlepas dari kebijakan atau keputusan yang diambil para pejabat negara yang didasarkan pada aturan tertulis maupun aturan yang tidak tertulis. *Freies Ermessen* menjadi salah satu komponen kebijakan yang dilakukan oleh pejabat pemerintahan.

Sebagaimana uraian yang disampaikan di atas, rumusan masalah dalam penelitian ini adalah :

- a. Bagaimanakah konsep *Freies Ermessen* dalam Hukum Administrasi Negara yang sesuai dengan aturan perundang-undangan di Indonesia?
- b. Bagaimanakah kaitan diskresi jika dihubungkan dengan asas-asas umum pemerintahan yang baik?

3. Tujuan Penelitian

Penelitian sesuai dengan rumusan masalah di atas adalah bertujuan

- a. Untuk mengetahui konsep *Freies Ermessen* dalam Hukum Administrasi Negara yang sesuai dengan aturan perundang-undangan di Indonesia?
- b. Untuk mengetahui kaitan diskresi jika dihubungkan dengan asas-asas umum pemerintahan yang baik?

¹ <http://yodikristiantolawstudent.blogspot.co.id/2015/04/freies-ermessen.html>, diakses tanggal 10 Februari 2019 pukul 09:01 WIB.

4. Manfaat Penelitian

Penelitian ini bermanfaat bagi pengembangan ilmu pengetahuan khususnya hukum administrasi negara dan bagi kepentingan penegakan hukum.

a. Secara teoritis

Hasil penelitian ini diharapkan memberi manfaat bagi pengembangan ilmu pengetahuan, mengembangkan prinsip keadilan, prinsip keberlanjutan dalam merumuskan kebijakan oleh penyelenggara pemerintahan, dan pengambilan keputusan oleh penyelenggara pemerintahan walaupun belum ada diatur dalam undang-undang.

b. Secara praktis

Hasil penelitian ini diharapkan dapat digunakan sebagai bahan masukan bagi metode penelitian hukum para penegak hukum, penyelenggara pemerintahan, *stake holders* dalam lingkup hukum administrasi negara di Indonesia.

TINJAUAN PUSTAKA

1. Pengertian *Freies Ermessen*

Freies berasal dari kata *frei* dan *freie* yang berarti bebas, merdeka, tidak terikat, lepas dan orang bebas. *Ermessen* yang berarti mempertimbangkan, menilai, menduga, penilaian, pertimbangan dan keputusan.

Sedang secara etimologis, *Freies Ermessen* artinya orang yang bebas mempertimbangkan, bebas menilai, bebas menduga, dan bebas mengambil keputusan. *Pouvoir Discretionare* atau *Freies Ermessen* merupakan kemerdekaan bertindak atas inisiatif dan kebijakan sendiri dari administrasi negara pada *welfare state*. Fungsi *public service* dalam penyelenggaraan pemerintahan *welfare state* mengakibatkan terjadinya pergeseran sebagian kekuasaan antar lembaga negara yaitu dari lembaga legislatif ke lembaga eksekutif (administrasi negara).²

Pengertian *discretie* dalam *pourvoir discretionare* adalah pejabat penguasa tidak boleh menolak mengambil keputusan dengan alasan “tidak ada peraturannya” dan oleh karena itu diberi kebebasan untuk mengambil keputusan menurut pendapat sendiri asalkan tidak melanggar asas yuriditas dan asas legalitas. Sedangkan hakikat diokrasi yaitu adanya kebebasan bertindak bagi administrasi negara untuk menjalankan fungsinya secara dinamis guna menyelesaikan persoalan-persoalan penting yang mendesak, sedang aturan untuk itu belum ada. Bukan kebebasan dalam arti yang seluas-

² <http://documents.tips/documents/pengertian-freies-ermessen.html#> diakses tanggal 6 Maret 2019 pukul 11:23 WIB.

luasnya dan tanpa batas, tetap terikat kepada batas-batas tertentu yang diperkenankan oleh hukum administrasi negara.

Pendapat lain mengenai *freies ermessen* diartikan sebagai kebijakan yaitu apapun yang diputus untuk melakukan atau tidak melakukan, yang diputus oleh pejabat publik. Sumber dari kewenangan pejabat publik untuk membuat kebijakan adalah diskresi atau *freies ermessen*. Diskresi adalah kebebasan untuk mempertimbangkan dan menilai apa yang harus dilakukan atau tidak dilakukan.

Diskresi dibagi menjadi :

a. Diskresi terikat;

Ada aturannya, tetapi tidak lengkap. Misalnya UU PT yang memberi atau membuka ruang untuk pejabat untuk mempertimbangkan, UU hanya membuka ruang saja. Pejabat hanya melengkapi ruang kosong dengan mengeluarkan kebijakan publik.

b. Diskresi bebas;

Aturan yang ada tidak mampu menjawab persoalan masyarakat, bisa jadi kaarena aturannya kaku atau tidak mampu mengatasi aturan, atau aturan tersebut hanya bersifat general. Maka pejabat publik harus menyelesaikan persoalan dengan mengeluarkan suatu kebijakan. Pertimbangan sepenuhnya ada pada pejabat publik, yang penting tujuan tercapai meskipun untuk mencapai tujuan harus menyampingkan aturan.³

SF Marbun mengatakan bahwa dengan diberikannya kebebasan bertindak (*freies ermessen*) kepada administrasi negara dalam melaksanakan tugasnya mewujudkan *welfare state* atau *social rechtstaat* di Belanda sempat menimbulkan kekhawatiran bahwa akibat dari *freies ermessen* akan menimbulkan kerugian bagi warga masyarakat. Oleh karena itu untuk meningkatkan perlindungan hukum bagi warga masyarakat, tahun 1950 Panitia *de Monchy* di Netherland membuat laporan tentang asas-asas umum pemerintahan yang baik atau *algemene beginselen van behoorlijk bestuur*. Pada mulanya timbul keberatan dari pejabat-pejabat dan pegawai-pegawai pemerintah di Netherland karena ada kekhawatiran bahwa Hakim atau Pengadilan Administrasi kelak akan mempergunakan istilah itu untuk memberikan penilaian terhadap kebijaksanaan-kebijaksanaan yang diambil pemerintah, namun keberatan demikian sekarang ini telah lenyap ditelan masa karena telah hilang relevansinya.

³ <http://wikimediya.blogspot.co.id/2010/01/diskresi-atau-freies-ermessen.html> diakses tanggal 6 Maret 2019 pukul 11:34 WIB.

Selanjutnya dengan adanya *freies ermessen* ini berarti bahwa sebagian kekuasaan yang dipegang oleh badan pembentuk undang-undang dipindahkan ke dalam tangan pemerintah/administrasi negara, sebagai badan eksekutif. Jadi supremasi badan legislatif diganti oleh supremasi badan eksekutif karena administrasi negara melakukan penyelesaian masalah tanpa harus menunggu perubahan Undang-Undang dari bidang legislatif. Hal tersebut karena pada prinsipnya Badan/Pejabat administrasi pemerintahan tidak boleh menolak untuk memberikan pelayanan kepada masyarakat dengan alasan hukumnya tidak ada ataupun hukumnya ada tetapi tidak jelas, sepanjang hal tersebut masih menjadi kewenangannya.

2. Asas *Freies Ermessen*

Perwujudan sikap tindak dari administrasi negara dalam implementasi *freies ermessen* bisa terdiri dari beberapa hal diantaranya :

- a. Membentuk peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang yang secara materiil mengikat umum.
- b. Mengeluarkan *beschikking* yang bersifat konkrit, final dan individual.
- c. Melakukan tindak administrasi yang nyata dan aktif.
- d. Menjalankan fungsi *quasi yudisial*, terutama “keberatan” dan “banding administrasi”.

Dari perwujudan sikap tindak administrasi negara dapat ditentukan tolak ukur dari asas *freies ermessen* secara singkat yaitu :

- a. Adanya kebebasan atau keleluasaan administrasi negara untuk bertindak atas inisiatif sendiri.
- b. Untuk menyelesaikan persoalan-persoalan yang mendesak yang belum ada aturannya untuk itu.
- c. Harus dapat dipertanggungjawabkan.

Salah satu aspek penting yang terkait dengan prinsip akuntabilitas dalam reformasi birokrasi Indonesia saat ini adalah perihal kewenangan diskresi. Sebagaimana diketahui, diskresi ataupun yang lazim dikenal dalam bahasa Jerman sebagai *Freies Ermessen* merupakan suatu bentuk penyimpangan terhadap asas legalitas dalam pengertian *wet matigheid van bestuur*. Prinsip ini merupakan unsure exception dari asas legalitas itu sendiri. Diskresi dapat dikatakan sebagai bentuk wewenang Badan atau Pejabat Pemerintahan yang memungkinkan untuk melakukan pilihan-pilihan dalam mengambil tindakan hukum dan/atau tindakan faktual dalam lingkup administrasi atau tata kelola suatu pemerintahan.

Lebih jauh, dalam pasal 1 ayat (5) Rancangan Undang Undang Administrasi Pemerintahan (RUU AP) ditegaskan, diskresi merupakan kewenangan Pejabat

Administrasi Pemerintahan yang digunakan dalam mengambil keputusan untuk mengatasi masalah dengan memperhatikan batas-batas hukum yang berlaku, asas-asas umum pemerintahan yang baik dan norma-norma yang berkembang di masyarakat. Dengan kata lain Diskresi merupakan keputusan pejabat administrasi pemerintahan yang bersifat khusus, bertanggungjawab dan tidak melanggar asas-asas umum pemerintahan yang baik demi terselenggaranya kinerja administrasi yang sehat.

Bertolak dari definisi di atas, maka badan atau pejabat pemerintahan yang diberikan kewenangan diskresi dalam mengambil keputusan wajib mempertimbangkan tujuan diskresi, peraturan perundang-undangan yang menjadi dasar diskresi, dan senantiasa memperhatikan asas-asas umum pemerintahan yang baik sebagaimana dipaparkan diatas.

Diantara asas-asas umum pemerintahan yang baik yang paling mendasar adalah larangan penyalahgunaan wewenang dan larangan bertindak sewenang-wenang. badan atau pejabat pemerintahan yang menggunakan diskresi wajib mempertanggungjawabkan keputusannya kepada pejabat atasannya dan masyarakat yang dirugikan akibat keputusan diskresi yang telah diambil. Pertanggungjawaban kepada atasan dilaksanakan dalam bentuk tertulis dengan memberikan alasan-alasan pengambilan keputusan diskresi.

Dengan demikian diskresi muncul karena adanya tujuan kehidupan bernegara yang harus dicapai, tujuan bernegara dari paham negara welfare state 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 tergambar secara tegas tujuan bernegara yang hendak dicapai. Untuk mencapai tujuan bernegara tersebut maka pemerintah berkewajiban memperhatikan dan memaksimalkan upaya keamanan sosial dalam arti seluas-luasnya.

Hal tersebut mengakibatkan pemerintah 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 terjadi kekosongan hukum (rechtsvacuum). Oleh karena itu untuk adanya keleluasaan bergerak, diberikan kepada administrasi negara (pemerintah) suatu kebebasan bertindak (pouvoir discretionnaire/freies ermessen).

Asas-Asas Umum Pemerintahan yang Baik dalam prakteknya, secara yuridis mengikat penyelenggara negara untuk dilaksanakan dalam tugas dan fungsinya. Dalam perspektif tata kelola pemerintahan, setiap badan atau pejabat pemerintahan dalam

menjalankan tanggung jawabnya wajib melaksanakan asas-asas umum pemerintahan yang baik.⁴

Asas kepastian hukum menghendaki keajegan, dan keadilan dalam setiap kebijakan penyelenggaraan pemerintahan. Asas keseimbangan mewajibkan Badan atau Pejabat Pemerintahan untuk menjaga, menjamin, paling tidak mengupayakan keseimbangan, antara kepentingan antar individu yang satu dengan kepentingan individu yang lain; keseimbangan antar individu dengan masyarakat; antar kepentingan warga negara dan masyarakat asing; antar kepentingan kelompok masyarakat yang satu dan kepentingan kelompok masyarakat yang lain; keseimbangan kepentingan antara pemerintah dengan warga negara; keseimbangan antara generasi yang sekarang dan kepentingan generasi mendatang termasuk keseimbangan antara manusia dan ekosistemnya. Asas ketidakberpihakan menghendaki badan atau pejabat pemerintahan dalam mengambil keputusan mempertimbangkan kepentingan para pihak secara keseluruhan dan tidak diskriminatif.

Asas kecermatan mengandung arti, bahwa suatu keputusan harus didasarkan pada informasi dan dokumen yang lengkap untuk mendukung legalitas pengambilan keputusan sehingga keputusan yang bersangkutan dipersiapkan dengan cermat sebelum keputusan tersebut diambil atau diucapkan. Asas tidak menyalahgunakan kewenangan mengharuskan setiap badan atau pejabat pemerintahan tidak menggunakan kewenangannya untuk kepentingan pribadi atau kepentingan yang lain dan tidak sesuai dengan tujuan pemberian kewenangan tersebut. Asas keterbukaan lebih cenderung pada aspek public service yang baik dan bagaimana masyarakat untuk memperoleh informasi yang benar, jujur, dan tidak diskriminatif dalam penyelenggaraan administrasi pemerintahan dengan tetap memperhatikan perlindungan atas hak asasi pribadi, golongan dan rahasia negara. Asas profesionalitas mengutamakan keahlian yang sesuai dengan tugas dan kode etik yang berlaku bagi badan atau pejabat pemerintahan yang mengeluarkan keputusan pemerintahan yang bersangkutan.

Asas kepentingan umum lebih menekankan dimensi kebijakan pemerintah yang berdampak pada kesejahteraan umum dengan cara yang aspiratif, akomodatif, selektif dan tidak diskriminatif. Terdapat beberapa parameter dalam hal batasan toleransi bagi Badan atau Pejabat pemerintahan dalam menggunakan asas diskresi ini yaitu :

- a. Adanya kebebasan atau keleluasaan administrasi negara untuk bertindak atas inisiatif sendiri;

⁴ Ridwan, HR, 2002, *Hukum Administrasi Negara*, Yogyakarta, UII Press, hlm. 133.

- b. Untuk menyelesaikan persoalan-persoalan yang mendesak yang belum ada aturannya untuk itu;
- c. Tidak boleh mengakibatkan kerugian kepada masyarakat, harus dapat dipertanggungjawabkan secara hukum dan juga secara moral. Bila berbicara mengenai pertanggungjawaban maka diskresi akan terkait dengan permasalahan subyek yang memiliki kewenangan membuat diskresi.

Pendapat Prof. Muchsan, subyek yang berwenang untuk membuat suatu diskresi adalah administrasi negara dalam pengertian sempit, yaitu eksekutif. Adapun basis argumentasi yuridisnya ialah bahwa pihak eksekutif yang lebih banyak bersentuhan dengan masalah pelayanan publik oleh karena itu diskresi hanya ada dipraktekan dan dikenal dalam tata kelola pemerintahan.

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) dan sejumlah bentuk lainnya. Dalam Rancangan Undang Undang Administrasi Pemerintahan (RUU AP) pun memperjelas penyelesaian sengketa yang ditimbulkan oleh diskresi yang sebelumnya belum terakomodir dalam UU PTUN. Mekanisme pertanggungjawaban menurut RUU AP ini adalah mekanisme pertanggungjawaban administrasi terkait dengan keputusan ataupun tindakan yang telah diambil oleh pejabat administrasi pemerintahan.⁵

Menurut RUU AP Pasal 25 ayat (3) dinyatakan; pejabat administrasi pemerintahan yang menggunakan diskresi wajib mempertanggungjawabkan keputusannya kepada pejabat atasannya dan masyarakat yang dirugikan akibat keputusan diskresi yang telah diambil. Pertanggungjawaban kepada atasan dilaksanakan dalam bentuk tertulis dengan memberikan alasan-alasan pengambilan keputusan diskresi. Sedangkan pertanggungjawaban kepada masyarakat diselesaikan melalui proses peradilan. Keputusan dan/atau tindakan diskresi pejabat administrasi pemerintahan dapat diuji melalui Upaya Administratif atau gugatan di Peradilan Tata Usaha Negara.

Kewenangan *freies ermessen* diberikan oleh pemerintah atas dasar fungsi pemerintah, yaitu untuk menyelenggarakan kesejahteraan umum, dan kewenangan ini merupakan konsekuensi logis dari konsep Negara hukum modern (*welfare state*). Namun, tentu saja kewenangan ini (*freies ermessen*) tidak dapat digunakan tanpa batas dan haruslah memenuhi unsur-unsur sebagai berikut :

⁵ <http://Just Kazz Penggunaan Asas Diskresi Dalam Pembuatan Produk Hukum.htm>, diakses tanggal 16 Februari 2019 pukul 15:02 WIB.

- a. Bertujuan untuk mengoptimalkan pelayanan publik;
- b. Merupakan tindakan aktif dari administrasi Negara;
- c. Dimungkinkan oleh hukum;
- d. Atas inisiatif sendiri;
- e. Bertujuan untuk penyelesaian masalah-masalah penting yang timbul secara mendadak;
- f. Dapat dipertanggungjawabkan.

Dalam prakteknya, *freies ermessen*, dilakukan dalam hal-hal sebagai berikut :

- a. Belum ada peraturan perundangan yang mengatur tentang penyelesaian secara konkrit terhadap suatu masalah tertentu, dimana masalah tersebut harus segera diselesaikan.
- b. Peraturan perundang-undangan yang menjadi dasar berbuat aparat pemerintah memberikan kebebasan sepenuhnya.
- c. Adanya delegasi perundang-undangan, yang artinya aparat pemerintah diberi kekuasaan untuk mengatur sendiri sebuah urusan, yang sebenarnya kekuasaan itu merupakan kekuasaan aparat yang lebih tinggi tingkatannya. Misalnya, pemerintah daerah bebas untuk mengelola sumber-sumber keuangan daerah asalkan merupakan sumber yang sah.

Dalam ilmu Hukum Administrasi, *freies ermessen* ini diberikan hanya kepada pemerintah, dan ketika *freies ermessen* ini diwujudkan menjadi instrument yuridis yang tertulis, maka jadilah ia sebagai peraturan kebijaksanaan. Diskresi (*freies ermessen*) adalah kebebasan bertindak atau mengambil keputusan pada pejabat publik yang berwenang berdasarkan pendapat sendiri.

Diskresi diperlukan sebagai pelengkap asas legalitas, yaitu asas hukum yang menyatakan bahwa setiap tindak atau perbuatan administrasi negara harus berdasarkan ketentuan undang-undang, akan tetapi tidak mungkin bagi undang-undang untuk mengatur segala macam hal dalam praktek kehidupan sehari-hari. Oleh sebab itu diperlukan adanya kebebasan atau diskresi pada pejabat publik dalam melaksanakan tugas, fungsi dan kewajiban yang dibebankan kepadanya.

METODE PENELITIAN

1. Metode Pendekatan Dan Bahan Penelitian

Pendekatan yang dipergunakan dalam penelitian ini adalah pendekatan yuridis normatif, yaitu penelitian hukum yang dilakukan dengan menelusuri, mengkaji, meneliti data sekunder (kepuustakaan) yang berkaitan dengan materi penelitian.

Pendekatan yuridis normatif merupakan pendekatan utama dalam penelitian ini karena titik tolak penelitian ini adalah mengungkapkan kaedah-kaedah normatif, baik dari sumber yang didokumentasikan.

2. Data

Data sekunder yang diperoleh dari bahan hukum primer yaitu berbagai peraturan perundang-undangan, kebijakan lain yang berkaitan dengan penelitian ini.

a. Bahan Hukum Primer

Beberapa bahan hukum primer yang digunakan adalah :

- 1) Undang-undang Dasar 1945;
- 2) Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUH Perdata);
- 3) Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan;

b. Bahan Hukum Tertier

Disamping menggunakan bahan hukum primer bahan hukum sekunder penelitian ini juga menggunakan bahan hukum tertier yaitu:

- 1) Kamus Hukum, *Black's Law Dictionary*;
- 2) Kamus besar Bahasa Indonesia;
- 3) Kamus Bahasa Inggris-Indonesia Indonesia-Inggris;
- 4) Ensiklopedia Indonesia.

3. Metode Pengumpulan Data

Pengumpulan data dilakukan melalui studi kepustakaan. Studi kepustakaan dilakukan di beberapa tempat, seperti perpustakaan Universitas Pelita Harapan (UPH) Medan, dan mengakses data melalui internet. Dalam penelitian yuridis normatif yang ditunjang pendekatan yuridis empiris diperlukan data primer dan data sekunder. Data primer yaitu data yang langsung diperoleh dari sumber data di lapangan (*field research*).⁶

Untuk memperoleh data primer dan data sekunder dalam penelitian ini terdapat dua prosedur pengumpulan data. Mengenai data sekunder diperoleh dengan cara

⁶ Soedikno Mertokusumo, 1996, *Penemuan Hukum sebuah Pengantar*, Penerbit Liberty Yogyakarta, hal. 30.

mempelajari mengkaji bahan-bahan kepustakaan (*literature research*) yang berupa bahan-bahan hukum baik bahan hukum primer, bahan hukum sekunder maupun bahan hukum tersier.

4. Analisis Data

Data yang telah dikumpulkan baik data sekunder sebagai hasil studi kepustakaan maupun data primer sebagai hasil studi lapangan dianalisis secara kualitatif dengan pendekatan abstrak teoritis. Pendekatan abstrak teoritis mempunyai arti penting dalam penelitian hukum normatif, mengingat hukum memiliki struktur logika yang sangat kuat. Terdapat relasi yang erat antara hukum logika, bahkan sifat logis merupakan sifat khusus dari hukum. Hasil analisis ini kemudian dipaparkan secara deskriptif, dimana data yang bersifat kuantitatif sepanjang diperlukan akan disajikan dalam bentuk tabel-tabel untuk memudahkan pemahaman analisis. Data sekunder dalam bentuk bahan hukum primer berupa peraturan perundang-undangan kebijakan pemerintah sebagaimana telah dikemukakan dalam bagian pendekatan bahan penelitian, dianalisis dengan menggunakan metode-metode penafsiran hukum seperti penafsiran historis, penafsiran sistematis (logis).⁷

Data ini dianalisis secara kualitatif, artinya data kepustakaan dianalisis secara mendalam, holistik, komprehensif. Penggunaan metode analisis secara kualitatif didasarkan pada pertimbangan, yaitu pertama data yang dianalisis beragam, memiliki sifat dasar yang berbeda antara satu dengan lainnya, serta tidak mudah untuk dikuantitatifkan. Kedua, sifat dasar data yang dianalisis adalah menyeluruh (*comprehensive*) merupakan satu kesatuan bulat (*holistic*). Hal ini ditandai dengan keanekaragaman datanya serta memerlukan informasi yang mendalam (*indepth information*).

Hasil analisis inilah merupakan kesimpulan yang pada dasarnya merupakan jawaban permasalahan yang diangkat dalam penelitian ini. Prosedur analisis ini dapat diperoleh jawaban yang tepat terhadap mata rantai hubungan yang muncul dari situasi krisis ke dalam proses kebijaksanaan yang ada atau sekaligus kaitannya dengan teori yang telah dikenal.

⁷ *Ibid.* hal. 57.

PEMBAHASAN

1. Konsep *Freies Ermessen* dalam Hukum Administrasi Negara sesuai dengan Aturan Perundang-undangan di Indonesia

Pada dasarnya pengertian diskresi secara bahasa sama dengan kata *pouvoir discretionnaire*, (Perancis) ataupun *Freies Ermessen* (Jerman), secara bahasa kata "*Freies Ermessen*" terdiri dari dua kata yaitu *frei* dan *ermessen*, *Frei* artinya bebas, lepas, tidak terikat dan merdeka, jadi *Freies* artinya orang yang bebas, tidak terikat dan merdeka. Sedangkan *Ermessen* artinya memper-timbangkan sesuatu. Istilah *freies ermessen* juga sepadan dengankata *discretionnaire*, yang artinya kebijaksanaan. Beberapa pakar memberikan definisi tentang diskresi, semisal Saut P. Panjaitan, menyatakan bahwa diskresi merupakan *pouvoir discretionnaire*, (Perancis) ataupun *Freies Ermessen* (Jerman), Jadi diskresi atau *Freies Ermessen* ialah merupakan suatu bentuk penyimpangan terhadap asas legalitas dalam pengertian wet matigheid van bestuur, jadi merupakan "kekecualian" dari asas legalitas. Sedangkan Prof. Benyamin, menyatakan bahwa diskresi merupakan kebebasan pejabat untuk mengambil keputusan menurut pertimbangannya sendiri. Dengan demikian, menurutnya setiap pejabat publik memiliki kewenangan diskresi. Laica Marzuki mengatakan bahwa *freies ermessen* adalah merupakan kebebasan yang diberikan kepada tata usaha Negara dalam rangka penyelenggaraan pemerintahan, sejalan dengan meningkatnya tuntutan pelayanan publik yang harus diberikan tata usaha negara terhadap kehidupan sosial ekonomi parawarga yang kian kompleks.⁸

Pada dasarnya Diskresi atau *Freies Ermessen* diartikan sebagai salah satu sarana yang memberikan ruang gerak bagi pejabat atau badan-badan administrasi negara untuk melakukan tindakan tanpa harus terikat sepenuhnya kepada perundang-undangan, atau tindakan yang dilakukan dengan mengutamakan pencapaian tujuan (*doelmatigheid*),⁹ artinya subyek atau penyelenggara administrasi Negara diberi kebebasan dan ruang gerak untuk melakukan terobosan berupa tindakan administrasi diluar yang diatur dalam perundang-undangan yang berlaku dengan catatan dalam keadaan tertentu tindakan dan keputusan administrasi tersebut dikeluarkan, adapun 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, dan lain-lain.

⁸ Ridwan, HR, 2002, *Hukum Administrasi Negara*, Yogyakarta, UII Press, hlm. 133

⁹ Ridwan, 2009, *Tiga Dimensi Hukum Administrasi dan Peradilan Administrasi*, Yogyakarta, FH UII Press, hlm. 81

Penggunaan diskresi atau *Freies Ermessen* sangat rentan disalahgunakan oleh organ-organ kekuasaan khususnya eksekutif yang dalam hal ini sebagai organ dan subjek yang memiliki kewenangan mengeluarkan kebijakan hukum, oleh karena itu dibutuhkan parameter khusus dan tolak ukur bagi eksekutif untuk mengeluarkan kebijakan hukumnya tersebut, berkaitan dengan parameter pembatasan penggunaan diskresi ini Ridwan berpendapat bahwa diskresi atau *Freies Ermessen* digunakan dalam tiga hal yaitu :¹⁰

- a. Kondisi darurat yang tidak mungkin menerapkan hukum tertulis;
- b. Tidak ada atau belum ada peraturan yang mengaturnya; dan
- c. Sudah ada peraturannya namun redaksinya samar dan multytafsir (*vaque; not clearly expressed, inexplicit. Ambiguous; open to more than one interpretation; doubtful or uncertain*).

J.B.J.M. Ten Berge mengatakan bahwa kebebasan administrasi ini mencakup kebebasan interpretasi (*interpretatievrijheid*), kebebasan mempertimbangkan (*beoordelingsvrijheid*), dan kebebasan mengambil kebijakan (*beleidsvrijheid*). *Interpretatievrijheid* mengimplikasi-kan kebebasan yang dimiliki oleh organ pemerintahan untuk menginterpretasikan suatu undang-undang, adapun *beoordelingsvrijheid* muncul ketika undang-undang menampilkan dua pilihan (alternatif) kewenangan terhadap persyaratan tertentu yang pelaksanaannya dapat dipilih oleh organ pemerintah, sedangkan *beleidsvrijheid* lahir ketika pembuat undang-undang memberikan kewenangan kepada organ pemerintahan dalam melaksanakan kekuasaannya untuk melakukan intervensi dan mempertimbangkan berbagai kepentingan.

Berkaitan dengan parameter pembatasan pelaksanaan diskresi oleh organ pemerintahan (kesekutif), Prof. Muchsan, membagi kedalam 4 (empat) hal, yaitu:

- a. Apabila terjadi kekosongan hukum;
- b. Adanya kebebasan interprestasi;
- c. Adanya delegasi perundang-undangan;
- d. Demi pemenuhan kepentingan umum.

Selain itu terdapat beberapa alasan terjadinya Diskresi yaitu:¹¹

- a. Mendesak dan alasannya mendasar serta dibenarkan motif perbuatannya;
- b. Peraturan perundang-undangan yang dilanggar dalam menetapkan kebijaksanaan diskresi, khusus untuk kepentingan umum, bencana alam dan

¹⁰ *Ibid*

¹¹ <http://Just Kazz Penggunaan Asas Diskresi Dalam Pembuatan Produk Hukum.htm>, diakses pada hari rabu 16 Maret 2019 pukul : 15:02 WIB.

keadaan darurat, yang penetapannya dapat dipertanggung jawabkan secara hukum;

- c. Untuk lebih cepat, efisien, dan efektif dalam mencapai tujuan yang diamanatkan Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia dan Undang-undang, penyelenggaraan pemerintahan Negara, dan untuk keadilan serta kesejahteraan masyarakat.

Dalam Rancangan Undang-Undang Diskresi juga disebutkan poin-poin apa saja yang membatasi Diskresi berikut poin-poin tersebut:

- a. hak yang dimiliki seseorang pejabat yang memiliki kewenangan delegasi yang diatur dalam peraturan perundang-undangan dan ditetapkan berdasarkan kebijaksanaan seseorang pejabat,
- b. untuk mengatasi suatu kasus dan permasalahan umum, atau bencana alam, atau Negara dalam keadaan darurat,
- c. karena konstitusi dan Undang-Undang yang berlaku belum jelas atau belum mengatur;

2. Penggunaan Diskresi (*Freies Ermessen*) Dalam Pembentukan Produk Hukum Dalam Perspektif Yuridis

Pada dasarnya penyelenggaraan negara harus berorientasi pada kesejahteraan rakyat bukan berorientasi pada kepentingan golongan dan kelompok oleh karena itu untuk mewujudkan orientasi penyelenggaraan negara tersebut dalam Undang-Undang RI Nomor 28 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Negara yang Bersih dan Bebas dari Korupsi, Kolusi dan Nepotisme, pasal 1 angka 6 menyebutkan bahwa Azas Umum Pemerintahan Negara yang Baik adalah azas yang menjunjung tinggi norma kesusilaan, kepatutan, dan norma hukum, untuk mewujudkan Penyelenggara Negara yang bersih dan bebas dari korupsi, kolusi dan nepotisme. Dalam Bab III Pasal 3 UU No. 28 Tahun 1999 menyebutkan Azas-Azas Umum Penyelenggaraan Negara meliputi :

- a. Azas Kepastian Hukum ;
- b. Azas Tertib Penyelenggaran Pemerintahan ;
- c. Azas Kepentingan Umum ;
- d. Azas Keterbukaan ;
- e. Azas Proporsionalitas;
- f. Azas Profesionalitas;
- g. Azas Akuntabilitas.

Dalam penjelasan dari Pasal 3 dijelaskan yang dimaksud dengan Azas Kepastian Hukum adalah azas dalam Negara hukum yang mengutamakan landasan peraturan perundang-undangan, kepatutan dan keadilan dalam setiap kebijakan Penyelenggara

Pemerintah, akan tetapi dalam implementasi asas kepastian hukum ini harus sinergis dengan asas-asas umum pemerintahan yang baik lainnya semisal harus sinergi dengan asas kepentingan umum, ketika dalam hal keadaan terjadinya kekosongan hukum dan hukumnya tidak jelas sedangkan kepentingan umum atau masyarakat membutuhkan legitimasi pemerintah dengan kebijakan hukumnya maka dalam keadaan seperti ini organ penyelenggara pemerintahan dibenarkan mengeluarkan kebijakan hukum yang tidak terikat pada perundang-undangan yang berlaku atau disebut dengan diskresi *Freies Ermessen* dalam pembentukan produk atau kebijakan hukum.

Asas diskresi atau *Freies Ermessen* yang dimiliki oleh organ penyelenggara pemerintahan mempunyai konsekuensi tersendiri dibidang perundang-undangan yakni berupa penyerahan kekuasaan legislatif pada pemerintah (eksekutif) sehingga dalam keadaan tertentu dan/atau dalam porsi dan tingkat tertentu pemerintah dapat mengeluarkan produk hukum atau peraturan perundangan tanpa persetujuan terlebih dahulu dari parlemen. Menurut E. Utrecht. Ada beberapa implikasi dalam bidang erundang-undangan yang bisa dimiliki pemerintah berdasarkan *Freies Ermessen*, yaitu:¹²

- a. *Kewenangan atas inisiatif sendiri* yaitu kewenangan yang membuat peraturan perundangan yang setingkat dengan undang-undang tanpa meminta persetujuan dari parlemen terlebih dahulu, dan
- b. *Kewenangan karena delegasi perundang-undangan dari UUD* yaitu kewenangan untuk membuat peraturan perundang-undangan yang derajatnya lebih rendah dari undang-undang dan yang berisi masalah-masalah untuk mengatur ketentuan-ketentuan yang ada dalam satu undang-undang.

Menurut Prof. Muchsan, asas diskresi harus berlandaskan pada 2 (dua) hal:

- a. Landasan Yuridis.
- b. Kebijakan.

Kebijakan disini dibagi menjadi dua kategori, pertama kebijakan yang bersifat mutlak (absolut) yang kedua yaitu kebijakan yang bersifat tidak mutlak (relatif), hal ini dapat terjadi karena hukumnya tidak jelas. Dalam diskresi atau *Freies Ermessen* dikenal juga *Extraordinary freies ermessen*, dimana *Extraordinary freies ermessen* ini dapat dilakukan sepanjang memenuhi criteria syarat-syarat yang sifatnya integral dan akumulatif, yakni sebagai berikut:

- a. Adanya kondisi darurat yang nyata sangat akut dan tiba-tiba.

¹² SF. Marbun & Moh. Mahfud MD, 1987, *Pokok-pokok Hukum Administrasi Negara*, Yogyakarta, Liberty, hlm. 46-47

- b. Ketiadaan pilihan lain kecuali melakukan suatu tindakan yang berpotensi melanggar hukum.
- c. Kerugian yang ditimbulkan akibat dilakukannya tindakan tersebut sangat kecil dibandingkan dengan tujuan atau maksud dilakukannya tindakan tersebut.
- d. Tindakan tersebut hanya untuk hal yang bersifat kepentingan umum yang harus segera dilindungi, dan pihak yang dirugikan juga dalam jumlah yang sangat sedikit.
- e. Adanya kompensasi.

Adapun contoh diskresi positif yang dilakukan oleh aparat pemerintah ialah Sopir pemadam kebakaran yang melanggar rambu-rambu lalu lintas seperti menerobos lampu merah dan kecepatan melebihi batas yang ditentukan, akan tetapi polisi memberikan sanksi atau tilang karena pada saat yang bersamaan terjadi kebakaran di pemukiman penduduk yang membutuhkan pertolongan dengan segera, atau Seseorang tidak ditilang oleh Polisi meski melanggar lampu merah serta batas kecepatan karena sedang dalam situasi darurat mengantarkan seorang ibu yang hendak melahirkan.

3. Penerapan Asas *Freies Ermessen* dengan Asas-asas Umum Pemerintahan yang baik

Perwujudan sikap tindak dari administrasi negara dalam implementasi *freies ermessen* bisa terdiri dari beberapa hal diantaranya :

1. Membentuk peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang yang secara materiil mengikat umum.
2. Mengeluarkan *beschikking* yang bersifat konkrit, final dan individual.
3. Melakukan tindak administrasi yang nyata dan aktif.
4. Menjalankan fungsi *quasi yudisial*, terutama “keberatan” dan “banding administrasi”.

Dari perwujudan sikap tindak administrasi negara dapat ditentukan tolak ukur dari asas *freies ermessen* secara singkat yaitu :

1. Adanya kebebasan atau keleluasaan administrasi negara untuk bertindak atas inisiatif sendiri.
2. Untuk menyelesaikan persoalan-persoalan yang mendesak yang belum ada aturannya untuk itu.
3. Harus dapat dipertanggungjawabkan.

Salah satu aspek penting yang terkait dengan prinsip akuntabilitas dalam reformasi birokrasi Indonesia saat ini adalah perihal kewenangan diskresi. Sebagaimana

diketahui, diskresi ataupun yang lazim dikenal dalam bahasa Jerman sebagai *Freies Ermessen* merupakan suatu bentuk penyimpangan terhadap asas legalitas dalam pengertian *wet matigheid van bestuur*. Prinsip ini merupakan *unsure exception* dari asas legalitas itu sendiri. Diskresi dapat dikatakan sebagai bentuk wewenang Badan atau Pejabat Pemerintahan yang memungkinkan untuk melakukan pilihan-pilihan dalam mengambil tindakan hukum dan/atau tindakan faktual dalam lingkup administrasi atau tata kelola suatu pemerintahan.

Lebih jauh, dalam pasal 1 ayat (5) Rancangan Undang Undang Administrasi Pemerintahan (RUU AP) ditegaskan, diskresi merupakan kewenangan Pejabat Administrasi Pemerintahan yang digunakan dalam mengambil keputusan untuk mengatasi masalah dengan memperhatikan batas-batas hukum yang berlaku, asas-asas umum pemerintahan yang baik dan norma-norma yang berkembang di masyarakat. Dengan kata lain Diskresi merupakan keputusan pejabat administrasi pemerintahan yang bersifat khusus, bertanggungjawab dan tidak melanggar asas-asas umum pemerintahan yang baik demi terselenggaranya kinerja administrasi yang sehat.

Bertolak dari definisi di atas, maka badan atau pejabat pemerintahan yang diberikan kewenangan diskresi dalam mengambil keputusan wajib mempertimbangkan tujuan diskresi, peraturan perundang-undangan yang menjadi dasar diskresi, dan senantiasa memperhatikan asas-asas umum pemerintahan yang baik sebagaimana dipaparkan diatas.

Diantara asas-asas umum pemerintahan yang baik yang paling mendasar adalah larangan penyalahgunaan wewenang dan larangan bertindak sewenang-wenang. badan atau pejabat pemerintahan yang menggunakan diskresi wajib mempertanggungjawabkan keputusannya kepada pejabat atasannya dan masyarakat yang dirugikan akibat keputusan diskresi yang telah diambil. Pertanggungjawaban kepada atasan dilaksanakan dalam bentuk tertulis dengan memberikan alasan-alasan pengambilan keputusan diskresi.

Dengan demikian diskresi muncul karena adanya tujuan kehidupan bernegara yang harus dicapai, tujuan bernegara dari paham negara *welfare state* 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 tergambar secara tegas tujuan bernegara yang hendak dicapai. Untuk mencapai tujuan bernegara tersebut maka pemerintah berkewajiban memperhatikan dan memaksimalkan upaya keamanan sosial dalam arti seluas-luasnya. Hal tersebut mengakibatkan pemerintah 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 terjadi kekosongan hukum (rechtsvacuum). Oleh karena itu untuk adanya keleluasaan bergerak, diberikan kepada administrasi negara (pemerintah) suatu kebebasan bertindak (pouvoir discretionnaire/freies ermessen).

Asas-Asas Umum Pemerintahan yang Baik dalam prakteknya, secara yuridis mengikat penyelenggara negara untuk dilaksanakan dalam tugas dan fungsinya. Dalam perspektif tata kelola pemerintahan, setiap badan atau pejabat pemerintahan dalam menjalankan tanggung jawabnya wajib melaksanakan asas-asas umum pemerintahan yang baik.¹³

Asas kepastian hukum menghendaki keajegan, dan keadilan dalam setiap kebijakan penyelenggaraan pemerintahan. Asas keseimbangan mewajibkan Badan atau Pejabat Pemerintahan untuk menjaga, menjamin, paling tidak mengupayakan keseimbangan, antara kepentingan antar individu yang satu dengan kepentingan individu yang lain; keseimbangan antar individu dengan masyarakat; antar kepentingan warga negara dan masyarakat asing; antar kepentingan kelompok masyarakat yang satu dan kepentingan kelompok masyarakat yang lain; keseimbangan kepentingan antara pemerintah dengan warga negara; keseimbangan antara generasi yang sekarang dan kepentingan generasi mendatang termasuk keseimbangan antara manusia dan ekosistemnya. Asas ketidakberpihakan menghendaki badan atau pejabat pemerintahan dalam mengambil keputusan mempertimbangkan kepentingan para pihak secara keseluruhan dan tidak diskriminatif.

Asas kecermatan mengandung arti, bahwa suatu keputusan harus didasarkan pada informasi dan dokumen yang lengkap untuk mendukung legalitas pengambilan keputusan sehingga keputusan yang bersangkutan dipersiapkan dengan cermat sebelum keputusan tersebut diambil atau diucapkan. Asas tidak menyalahgunakan kewenangan mengharuskan setiap badan atau pejabat pemerintahan tidak menggunakan kewenangannya untuk kepentingan pribadi atau kepentingan yang lain dan tidak sesuai dengan tujuan pemberian kewenangan tersebut. Asas keterbukaan lebih cenderung pada aspek public service yang baik dan bagaimana masyarakat untuk memperoleh informasi yang benar, jujur, dan tidak diskriminatif dalam penyelenggaraan administrasi pemerintahan dengan tetap memperhatikan perlindungan atas hak asasi pribadi, golongan dan rahasia negara. Asas profesionalitas mengutamakan keahlian yang sesuai dengan tugas dan kode etik

¹³ Ridwan, HR, 2002, *Hukum Administrasi Negara*, Yogyakarta, UII Press, hlm. 133.

yang berlaku bagi badan atau pejabat pemerintahan yang mengeluarkan keputusan pemerintahan yang bersangkutan.

Asas kepentingan umum lebih menekankan dimensi kebijakan pemerintah yang berdampak pada kesejahteraan umum dengan cara yang aspiratif, akomodatif, selektif dan tidak diskriminatif. Terdapat beberapa parameter dalam hal batasan toleransi bagi Badan atau Pejabat pemerintahan dalam menggunakan asas diskresi ini yaitu :

- a. Adanya kebebasan atau keleluasaan administrasi negara untuk bertindak atas inisiatif sendiri;
- b. Untuk menyelesaikan persoalan-persoalan yang mendesak yang belum ada aturannya untuk itu;
- c. Tidak boleh mengakibatkan kerugian kepada masyarakat, harus dapat dipertanggungjawabkan secara hukum dan juga secara moral. Bila berbicara mengenai pertanggungjawaban maka diskresi akan terkait dengan permasalahan subyek yang memiliki kewenangan membuat diskresi.

Pendapat Prof. Muchsan, subyek yang berwenang untuk membuat suatu diskresi adalah administrasi negara dalam pengertian sempit, yaitu eksekutif. Adapun basis argumentasi yuridisnya ialah bahwa pihak eksekutif yang lebih banyak bersentuhan dengan masalah pelayanan publik oleh karena itu diskresi hanya ada dipraktekan dan dikenal dalam tata kelola pemerintahan.

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) dan sejumlah bentuk lainnya. Dalam Rancangan Undang Undang Administrasi Pemerintahan (RUU AP) pun memperjelas penyelesaian sengketa yang ditimbulkan oleh diskresi yang sebelumnya belum terakomodir dalam UU PTUN. Mekanisme pertanggungjawaban menurut RUU AP ini adalah mekanisme pertanggungjawaban administrasi terkait dengan keputusan ataupun tindakan yang telah diambil oleh pejabat administrasi pemerintahan.¹⁴

RUU AP Pasal 25 ayat (3) dinyatakan; pejabat administrasi pemerintahan yang menggunakan diskresi wajib mempertanggungjawabkan keputusannya kepada pejabat atasannya dan masyarakat yang dirugikan akibat keputusan diskresi yang telah diambil. Pertanggungjawaban kepada atasan dilaksanakan dalam bentuk tertulis dengan memberikan alasan-alasan pengambilan keputusan diskresi. Sedangkan

¹⁴ <http://Just Kazz Penggunaan Asas Diskresi Dalam Pembuatan Produk Hukum.htm>, diakses tanggal 16 Maret 2019 pukul 15:02 WIB.

pertanggungjawaban kepada masyarakat diselesaikan melalui proses peradilan. Keputusan dan/atau tindakan diskresi pejabat administrasi pemerintahan dapat diuji melalui Upaya Administratif atau gugatan di Peradilan Tata Usaha Negara.

Kewenangan *freies ermessen* diberikan oleh pemerintah atas dasar fungsi pemerintah, yaitu untuk menyelenggarakan kesejahteraan umum, dan kewenangan ini merupakan konsekuensi logis dari konsep Negara hukum modern (*welfare state*). Namun, tentu saja kewenangan ini (*freies ermessen*) tidak dapat digunakan tanpa batas dan haruslah memenuhi unsur-unsur sebagai berikut :

- a. Bertujuan untuk mengoptimalkan pelayanan publik;
- b. Merupakan tindakan aktif dari administrasi Negara;
- c. Dimungkinkan oleh hukum;
- d. Atas inisiatif sendiri;
- e. Bertujuan untuk penyelesaian masalah-masalah penting yang timbul secara mendadak;
- f. Dapat dipertanggungjawabkan.

Dalam prakteknya, *freies ermessen*, dilakukan dalam hal-hal sebagai berikut :

- a. Belum ada peraturan perundangan yang mengatur tentang penyelesaian secara konkrit terhadap suatu masalah tertentu, dimana masalah tersebut harus segera diselesaikan.
- b. Peraturan perundang-undangan yang menjadi dasar berbuat aparat pemerintah memberikan kebebasan sepenuhnya.
- c. Adanya delegasi perundang-undangan, yang artinya aparat pemerintah diberi kekuasaan untuk mengatur sendiri sebuah urusan, yang sebenarnya kekuasaan itu merupakan kekuasaan aparat yang lebih tinggi tingkatannya. Misalnya, pemerintah daerah bebas untuk mengelola sumber-sumber keuangan daerah asalkan merupakan sumber yang sah.

Dalam ilmu Hukum Administrasi, *freies ermessen* ini diberikan hanya kepada pemerintah, dan ketika *freies ermessen* ini diwujudkan menjadi instrument yuridis yang tertulis, maka jadilah ia sebagai peraturan kebijaksanaan. Diskresi (*Freies Ermessen*) adalah kebebasan bertindak atau mengambil keputusan pada pejabat publik yang berwenang berdasarkan pendapat sendiri.

Diskresi diperlukan sebagai pelengkap asas legalitas, yaitu asas hukum yang menyatakan bahwa setiap tindak atau perbuatan administrasi negara harus berdasarkan ketentuan undang-undang, akan tetapi tidak mungkin bagi undang-undang untuk mengatur segala macam hal dalam praktek kehidupan sehari-hari. Oleh sebab itu

diperlukan adanya kebebasan atau diskresi pada pejabat publik dalam melaksanakan tugas, fungsi dan kewajiban yang dibebankan kepadanya.

KESIMPULAN DAN SARAN

1. Kesimpulan

Berdasarkan uraian pada bagian terdahulu maka dalam penelitian ini dapat diambil kesimpulan sebagai berikut :

- a. Belum ada peraturan perundangan yang mengatur tentang penyelesaian secara konkrit terhadap suatu masalah tertentu, dimana masalah tersebut harus segera diselesaikan. Peraturan perundang-undangan yang menjadi dasar berbuat aparat pemerintah memberikan kebebasan sepenuhnya.
- b. Adanya delegasi perundang-undangan, yang artinya aparat pemerintah diberi kekuasaan untuk mengatur sendiri sebuah urusan, yang sebenarnya kekuasaan itu merupakan kekuasaan aparat yang lebih tinggi tingkatannya. Misalnya, pemerintah daerah bebas untuk mengelola sumber-sumber keuangan daerah asalkan merupakan sumber yang sah.

2. Saran

- a. Hendaknya pemerintah dapat menerbitkan aturan-aturan yang baku dan tegas mengenai pelaksanaan pemerintahan untuk tidak terjadi keragu-raguan dalam pelaksanaan pemerintahan.
- b. Perlu pemahaman yang lebih luas dalam bidang Hukum Administrasi sehingga terdapat kepastian hukum.

DAFTAR PUSTAKA

- Soetami, A Siti, 2000, *Hukum Administrasi Negara*, Badan Penerbit Universitas Diponegoro Semarang.
- Koentjoro, Diana Halim, 2004, *Hukum Administrasi Negara*, Ghalia Indonesia, Bogor.
- Hardjon, Philipus M, 1997, *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia*, Gadjah Mada University Press, Yogyakarta.
- Jimly Asshiddiqie, 2004, *Format Kelembagaan Negara dan Pergeseran Kekuasaan Dalam UUD 1945*, FH UII Press, Yogyakarta.
- Marbun, SF. ed, 2001, *Pokok-pokok Pemikiran Hukum Administrasi Negara*, UII Press, Yogyakarta.
- Ridwan HR, 2010, *Hukum Administrasi Negara (Edisi Revisi)*, PT RajaGrafindo Persada, Jakarta.
- SF Marbun, 2001, Menggali dan Menemukan Asas-asas Umum Pemerintahan yang Baik Di Indonesia, dalam SF Marbun dkk, *Dimensi-Dimensi Pemikiran Hukum Administrasi Negara*, UII Press, Yogyakarta.