

MODUL PERKULIAHAN SESI 5

1. Konsep Diskresi

A. Pendahuluan.

Berdasarkan ketentuan pasal 1 ayat 1 Indonesia adalah Negara Hukum. Segala sesuatu yang berkaitan dengan penyelenggaraan pemerintahan harus berdasarkan hukum yang berlaku di Indonesia. Penyelenggaraan pemerintahan oleh administrator negara tidak lain adalah demi terwujudnya cita-cita dan tujuan nasional bangsa Indonesia sesuai yang termaktub dalam alinea keempat pembukaan UUD 1945 yakni : *"memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, dan ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial"*.

Perkembangan konsep "negara hukum" sekarang ini telah menghasilkan suatu konsep negara hukum kesejahteraan (*social/service state; welvaarstaat*). Dalam suatu negara hukum yang demikian ini, tugas negara sebagai *public servant* adalah menyelenggarakan dan mengupayakan suatu kesejahteraan sosial (yang oleh Lemaire disebut dengan : *bestuurszorg*) bagi masyarakatnya, jadi, tugas negara bukan hanya sebagai pemelihara keamanan dan ketertiban saja. Oleh karena itu maka negara melakukan campur tangan hampir di setiap sektor kehidupan masyarakat, yang menyebabkan semakin besarnya keterlibatan administrasi negara di dalamnya. Salah satu alasan nyata bagi pertumbuhan kekuasaan administrasi negara di negara-negara demokrasi modern adalah dengan pudarnya falsafah *laissez faire* dan meningkatnya peranan negara dalam bidang sosial-ekonomi. Seperti diketahui, *laissez faire* menginginkan sedikitnya peranan negara dalam mengontrol usaha-usaha pribadi dalam masyarakat dan besarnya peranan individu dalam melakukan kebebasan berkontrak. Falsafah ini ternyata justru menimbulkan penderitaan bagi manusia, karena ia mengakibatkan terjadinya eksploitasi oleh kelompok masyarakat yang kuat terhadap kelompok masyarakat yang lemah. (http://media.unpad.ac.id/thesis/170720/2009/170720090505_2_3160.pdf, hal 21-22).

Berdasarkan hal tersebut maka timbul pemikiran-pemikiran mengenai konsep negara kesejahteraan. Friedman dalam bukunya *The Rule of Law and The Welfare State* menyebutkan adanya lima fungsi dan negara kesejahteraan, yaitu sebagai *protector, provider, regulator, entrepreneur*, dan sebagai *arbitrator*. Dalam rangka menjalankan fungsi ini, negara harus memiliki lembaga-lembaga dan standar perlakuan yang menjamin terselenggaranya kesejahteraan sosial. Sebagai wakil rakyat secara keseluruhan, negara harus mengatur dan menjalankan keadilan diantara sektor-sektor masyarakat yang berbeda. Lembaga dan standar perlakuan tadi dimaksudkan untuk menjamin terselenggaranya keadilan

dan kesejahteraan masyarakat yang dilaksanakan melalui suatu sistem administrasi negara, maka perilaku dan tindakan suatu sistem administrasi negara harus diatur melalui suatu hukum, khususnya Hukum Administrasi Negara. (http://media.unpad.ac.id/thesis/170720/2009/170720090505_2_3160.pdf, hal 21-22).

Berkembangnya konsep negara hukum menjadi negara hukum modern, menimbulkan akibat tugas administrasi negara semakin bertambah luas. Administrasi negara sebagai penyelenggara tugas servis publik, akhirnya memasuki berbagai aspek kehidupan masyarakat untuk melayani kebutuhan masyarakat yang semakin kompleks dan rumit. Namun, konsekuensinya, pada sisi lain semakin banyak pula ditemukan tindakan administrasi yang dituangkan dalam bentuk *freies Ermessen*, sehingga banyak menimbulkan kekhawatiran. Sebab tindakan demikian bila tidak dilakukan dengan hati-hati dan selektif, dapat menimbulkan ancaman serius bagi eksistensi dan perkembangan serta perwujudan cita-cita Negara Hukum Indonesia. Negara Hukum Indonesia akan hanyut, berlayar semakin jauh meninggalkan daratan cita-cita negara hukum. Idealitas Negara Hukum Indonesia akan semakin jauh dari realita. Apabila praktek-praktek tindakan *freies Ermessen* dibiarkan terus tumbuh dan berkembang, maka pada akhirnya Negara Hukum Indonesia akan tumbuh dan berkembang menjadi Negara Kebijakan atau menurut istilah Mattulada sebagaimana dikutip oleh Nurhadiantomodan Lance Castle (1983;41) adalah Negara Pejabat atau Negara Kekuasaan atau menurut istilah Clifford Geertz sebagai *power house state* (1983;41). (<https://media.neliti.com/media/publications/235035-peranan-diskresi-dalam-penyelenggaraan-p-5f963a35.pdf>, hal. 70-71).

Pengertian tersebut di atas menjadi garis kebijaksanaan umum sebagai landasan dan tujuan politik hukum Indonesia. Hal ini pulalah yang menjadi landasan dan tujuan dari setiap usaha kebebasan bertindak (*Freis Ermessen*) pemerintah daerah dalam rangka otonomi daerah, sehingga kebebasan bertindak ini bekerja secara baik dan sesuai dengan sisi hukum dan implementasinya. (Azmi F, 138 Vol. 4 NO. 3 September 2014 – Januari 2015, JURNAL ILMU HUKUM FH UNIVERSITAS ANDALAS 2015 : 139).

B. Seputar Birokrasi di Indonesia.

Menurut Haedy, birokrasi telah dianggap institusi pemerintahan (*governmental public institusional*) yang disebut birokrasi publik (*public bureaucracy*). Untuk itu perlu berbenah diri untuk mewujudkan dirinya sebagai birokrasi yang layak (*prevalent public bureaucracy*), dalam nuansa budaya kewargaan (*civil culture*) agar dia layak meyandang titel tersebut di atas. (Hariyoso 2002 : 32-33)

Buruknya birokrasi tetap menjadi salah satu problem terbesar yang dihadapi Asia. Political and Economic Risk Consultancy (PERC) yang berbasis di hongkong meneliti pendapat para eksekutif bisnis asing (expatriats) di Asia, hasilnya birokrasi di Indonesia dinilai masih termasuk terburuk dan belum mengalami perbaikan berarti dibandingkan keadaan di tahun 1999, meskipun lebih baik dibandingkan keadaan di Cina Vietnam dan India. Di tahun 2000, Indonesia memperoleh skor 8,0 atau tak bergerak dari skor 1999, dari kisaran skor yang dimungkinkan, yakni nol untuk terbaik dan 10 untuk terburuk. Skor 8,0 atau jauh di bawah rata-rata ini diperoleh berdasarkan pengalaman dan persepsi expatriats yang menjadi responden bahwa antara lain menurut mereka masih banyak pejabat tinggi pemerintah Indonesia yang memanfaatkan posisi mereka untuk memperkaya diri sendiri dan orang terdekat. (Syafuan Rozi 206:122)

Krisis kepercayaan terhadap birokrasi publik ini amat mudah dipahami mengingat birokrasi publik selama ini menjadi instrumen yang efektif bagi penguasa orde baru untuk mempertahankan kekuasaannya. Birokrasi publik, baik sipil maupun militer, dalam rezim Orde Baru telah menempatkan dirinya lebih sebagai alat penguasa daripada pelayan masyarakatnya. Kepentingan penguasa cenderung menjadi sentral dari kehidupan dan perilaku birokrasi publik. Hal ini tercermin dalam proses kebijakan publik yang kepentingan penguasa itu selalu menjadi kriteria yang dominan dan seringkali menggeser kepentingan masyarakat banyak manakala keduanya tidak berjalan bersama-sama. Kesempatan dan ruang yang dimiliki oleh masyarakat untuk berpartisipasi dalam proses kebijakan publik selama ini juga amat terbatas. Akibatnya, banyak kebijakan publik dan program-program pemerintah yang tidak responsif dan mengalami kegagalan karena tidak memperoleh dukungan dari masyarakat. (Agus D, 2002 :1-2)

Birokrasi di Indonesia diperbolehkan dan dibiarkan berpolitik dalam memperoleh kekuasaan eksekutif dan legislative. Selain itu, birokrasi dan partai politik bisa saling memanfaatkan posisi mereka untuk memperkaya diri dan orang terdekat. Praktik untuk kolusi untuk perkara yang menyangkut urusan birokrasi dan pengusaha bisa diatur oleh pihak birokrat dan politisi. (Syafuan Rozi 206:123)

Dalam penyelenggaraan pelayanan publik, orientasi pada kekuasaan yang amat kuat selama ini telah menjadi semakin jauh dari misinya untuk memberikan pelayanan publik. Birokrasi dan para pejabatnya lebih menempatkan dirinya sebagai penguasa daripada sebagai pelayan masyarakat. Akibatnya, sikap dan perilaku birokrasi dalam penyelenggaraan pelayanan publik cenderung mengabaikan aspirasi dan kepentingan masyarakat. (Agus D, 2002 : 2)

Ada banyak penjelasan yang bisa digunakan untuk memahami mengapa pemerintah dan birokrasinya gagal mengembangkan kinerja pelayanan yang baik. Dengan menggunakan metafora biologi Osborne dan Plastrik (1997)

menjelaskan lima DNA, kode genetika, dalam tubuh birokrasi dan pemerintah yang mempengaruhi kapasitas dan perilakunya. Sikap dan perilaku dari suatu birokrasi dan pemerintah dalam penyelenggaraan pelayanan publik akan sangat ditentukan oleh bagaimana kelima DNA dari birokrasi itu dikelola, yaitu : “misi (purpose), akuntabilitas, konsekuensi, kekuasaan dan budaya. Kelima sistem DNA ini akan saling mempengaruhi satu sama lainnya dalam membentuk perilaku birokrasi public. Pengelolaan dari kelima sistem kehidupan birokrasi ini akan menentukan kualitas sistem pelayanan publik”. (Agus D, 2002 : 3-4).

Paradigma Weber yang laam tentang birokrasi yang ideal dan modern adalah birokrasi yang mampu memenuhi kriteria legal rasional, efisien, hirarkhis dan bersifat impersonal dalam hubungan kerjanya. Sementara itu tahun 1992, berkaitan dengan paradigma baru , ada elaborasi terhadap paradigma birokrasi Weberian. Pembaharu David Osborne dan Ted Gaebler menyarankan prinsip-prinsip atau paradigma birokrasi yang berbeda antara lain : (Weber dan David Osborne dalam Syafuan Rozi 206:124-125).

- (a) *Catalyc governmet* : stering reetheer dan rowing. Pemerintah sebagai katalis, lebih baik menyetir daripada mendayung. Pemerintah dan birokrasinya disarankan untuk melepaskan bidang-bidang atau pekerjaan yang sekiranya sudah dapat dikerjakan oleh masyarakat sendiri.
- (b) *Community-owned government* : empowering rather than server. Pemerintah adalah milik masyarakat; lebih baik memberdayakan daripada melayani. Pemerintah dipilih oleh wakil masyarakat, karenanya menjadi milik masyarakat. Pemerintah akan bertindak lebih utama jika memberikan pemberdayaan kepada masyarakat untuk mengurus masalahnya secara mandiri, daripada menjadikan masyarakat bergantung pada pemerintah.
- (c) *Competitive government*: injecting competition into service delivery. Pemerintahan yang kompetitif adalah pemerintahan yang memasukkan semangat kompetisinya dalam birokrasinya. Pemerintah perlu menjadikan birokrasinya saling bersaing, antar bagian dalam memberikan pendampingan dan penyediaan regulasi dan barang-barang kebutuhan publik.

C. Pengertian Diskresi

Maksud diskresi dalam bahasa Inggris ialah *Disrection, Discretion* (Perancis), *freies Ermessen* (Jerman) adalah kebebasan bertindak atau mengambil keputusan dari para pejabat Administrasi Negara yang berwenang dan berwajib menurut pendapat sendiri. (Prajudi 1995 : 82)

Menurut Kamus Hukum, diskresi berarti kebebasan mengambil keputusan dalam setiap situasi yang dihadapi menurut pendapatnya sendiri. Sedangkan menurut hukum yang di cita-citakan (*ius constituendum*). Konsepsi ini berbeda

dengan Rancangan Undang-Undang Administrasi Pemerintahan Draftbulan Juli 2008, di mana dalam Pasal 6 mengartikan diskresi sebagai wewenang badan atau pejabat pemerintahan dan atau badan hukum lainnya yang memungkinkan untuk melakukan pilihan dalam mengambil tindakan hukum dan atau tindakan faktual dalam administrasi pemerintahan. (Arfan FM, Jurnal Rechtsvinding Vol 1 No 1 April-Januari 2012, 2012 : 99).

Diskresi secara konseptual merupakan suatu langkah yang ditempuh oleh administrator untuk menyelesaikan satu kasus tertentu yang tidak atau belum diatur dalam suatu regulasi yang baku. Dalam konteks tersebut, diskresi dapat berarti suatu bentuk kelonggaran pelayanan yang diberikan oleh administrator kepada pengguna jasa. Pertimbangan melakukan diskresi adalah adanya realitas bahwa suatu kebijakan atau peraturan tidak mungkin mampu merespon banyak aspek dan kepentingan semua pihak sebagai akibat adanya keterbatasan prediksi pada aktor atau *stakeholders* dalam proses perumusan suatu kebijakan atau peraturan. Chandler dan Plano (1988) mengungkapkan : (Agus Dwiyanto 2002 : 141)

“Administrative discretion is the freedom administrators have to make choice which determine how a policy will be implemented. Administrative discretion is the result of the interaction between politics and administration”.

Secara bahasa *freies Ermessen* berasal dari kata *frei* artinya bebas, lepas, tidak terikat, dan merdeka. *Freies* artinya orang yang bebas, lepas, tidak terikat, dan merdeka. Sedangkan *Ermessen* berarti mempertimbangkan dan menilai , menduga, dan memperkirakan. *Freies Ermessen* berarti orang yang memiliki kebebasan untuk menilai , menduga dan mempertimbangkan sesuatu. Istilah ini kemudian secara khas digunakan dalam bidang pemerintahan, sehingga *freies Ermessen (diskresionare power)* diartikan sebagai salah satu sarana yang memberikan ruang bergerak bagi pejabat atau badan – badan administrasi negara untuk melakukan tindakan tanpa harus terikat sepenuhnya pada undang-undang. (Markus Lukman dalam ridwan HR 2016 : 169).

Diskresi adalah suatu kekuasaan atau wewenang yang dilakukan berdasarkan hukum atas pertimbangan dan keyakinan serta lebih menekankan pertimbangan - pertimbangan moral dari pada pertimbangan hukum. (M.Faal dalam <http://digilib.unila.ac.id/9004/13/BAB%20II.pdf>).

Diskresi diperlukan sebagai pelengkap dari 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 kasus posisi dalam praktik kehidupan sehari-hari. Oleh sebab itu perlu adanya “Kebebasan” atau Diskresi dari Administrasi Negara yang terdiri dari “Diskresi Bebas” dan “Diskresi Terikat”. Pada “diskresi bebas” undang-undang hanya menetapkan batas-batas, administrasi negara bebas mengambil keputusan apa saja asalkan tidak melampaui /melanggar batas-batas tersebut. Sedangkan pada “diskresi terikat” undang-undang menetapkan beberapa alternatif, dan Administrasi Negara bebas memilih salah satu alternatif. (Prajudi 1995 : 82).

Sedangkan menurut Esmi Warassih dalam rangka pelaksanaan kebijaksanaan publik, para birokrat dapat menentukan kebijaksanaannya sendiri untuk menyesuaikan dengan situasi dimana mereka berada, terutama yang berkaitan dengan ketersediaan sumber daya seperti informasi, dana, tenaga ahli, tenaga-tenaga terampil maupun mengenai pengetahuan yang mereka miliki. Itu berarti, diskresi merupakan fenomena yang amat penting dan fundamental, terutama di dalam mengimplementasikan suatu kebijaksanaan publik. Dengan adanya diskresi ini diharapkan agar dengan kondisi yang ada dapat dicapai suatu hasil atau tujuan yang maksimal. (<https://rechtsvinding.bphn.go.id/artikel/ART%206%20JRV%20VOL%201%20NO%201%20PROTECT.pdf>, hlm 100).

Adanya *freies Ermessen* ini mempunyai konsekuensi sendiri di bidang perundang-undangan, yakni adanya penyerahan kekuasaan legislatif kepada Pemerintah sehingga dalam keadaan tertentu dan/atau dalam porsi dan tingkat tertentu pemerintah dapat mengeluarkan peraturan perundangan (produk Legislasi) tanpa persetujuan lebih dulu dari parlemen. (S,F Marbun dan Mahfud MD, 2011 : 66-67).

Menurut E.Utrecht ada beberapa implikasi dalam bidang perundang-undangan yang bisa dimiliki pemerintah berdasarkan *freies ermessen*, yaitu : pertama, Kewenangan atas inisiatif sendiri yaitu kewenangan untuk membuat peraturan perundangan yang setingkat dengan Undang-Undang tanpa minta persetujuan parlemen lebih dahulu (lihat pasal 22 UUD 1945 sebagai contoh). Kedua, 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 di dalam satu Undang-undang (lihat pasal 5 ayat (2) UUD 1945). (S,F Marbun dan Mahfud MD, 2011 : 67).

Selain kewenangan atas inisiatif sendiri dan karena delegasi dalam bidang perundang-undangan ini pemerintah juga mempunyai *droit function* yaitu kekuasaan untuk menafsirkan (baik memperluas maupun mempersempit) sendiri mengenai ketentuan-ketentuan yang bersifat enunsiatif. Meskipun konsekuensi logis dari *freies ermessen* pemerintah diberi kewenangan atas inisiatif, delegasi dan *droit function* dalam perundang-undangan namun bukan berarti Pemerintah boleh berbuat sewenang-wenang. Pemerintah dilarang melakukan tindakan-tindakan yang bersifat *detournement de pouvoir* (melakukan sesuatu di luar tujuan kewenangan yang diberikan) atau *onrechmatige overheidsdaad* (perbuatan melawan hukum oleh penguasa). Sebab setiap perbuatan pemerintah yang merugikan warganya karena *detournement de pouvoir* atau *onrechmatige overheidsdaad* dapat dituntut di muka hakim baik melalui peradilan administrasi negara maupun melalui peradilan umum. (S,F Marbun dan Mahfud MD, 2011 : 67).

Meskipun pemberian *freies Ermessen* kepada pemerintah atau administrasi negara merupakan konsekuensi logis dari konsepsi *welfare state*, akan 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 : (Sjachran Basah dalam ridwan HR 2016 : 170)

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

Didalam praktik penyelenggaraan pemerintahan , *freies Ermessen* dilakukan oleh administrasi negara dalam hal-hal sebagai berikut : (Muhsan dalaam Ridwan HR 2016 : 172).

- 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, maka aparat pemerintahan harus segera mengambil tindakan yang menguntungkan bagi negara maupun rakyat.
- b. Peraturan perundang-undangan yang menjadi dasar berbuat aparat pemerintah memberikan kebebasan sepenuhnya. Misalnya dalam pemberian izin berdasarkan Pasal 1ho, setiap pemberi izin bebas untuk menafsirkan pengertian “menimbulkan keadaan berbahaya” sesuai dengan situasi dan kondisinya.
- 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.

Freies Ermessen ini bertolak dari kewajiban pemerintah dalam *welfare state*, di mana tugas pemerintah yang utama adalah memberikan pelayanan umum atau mengusahakan kesejahteraan bagi warga negara, di samping memberikan perlindungan bagi warga negara. Apabila dibandingkan dengan negara kita, *freies Ermessen* muncul dengan pemberian tugas kepada pemerintah untuk merealisasi tujuan negara seperti yang tercantum dalam alinea keempat UUD 1945. Oleh karena tugas utama pemerintah dalam konsepsi *welfare state* itu memberikan pelayanan bagi warga negara, maka muncul prinsip, “*Pemerintah tidak boleh menolak untuk memberikan pelayanan kepada masyarakat dengan alasan tidak ada peraturan perundang-undangan yang mengaturnya atau belum/ tidak ada peraturan perundang-undangan yang dijadikan dasar kewenangan untuk melakukan perbuatan hukum*”.(Ridwan HR 2016 : 172)

Meskipun kepada pemerintah diberikan kewenangan bebas atau *freies Ermessen*, namun dalam suatu negara hukum penggunaan *freies Ermessen* ini harus dalam batas-batas yang dimungkinkan oleh hukum yang berlaku. Penggunaan *freies Ermeseen* tidak boleh bertentangan dengan hukum yang

berlaku baik hukum tertulis maupun hukum tidak tertulis. Menurut Muhsan pembatasan penggunaan *freies Ermessen* adalah sebagai berikut : (Muhsan dalam ridwan HR 2016 : 173)

- a. Penggunaan *freies Ermessen* tidak boleh bertentangan dengan sistem hukum yang berlaku (kaidah hukum positif).
- b. Penggunaan *freies Ermessen* hanya ditujukan demi kepentingan umum.

Sjachran Basah berpendapat bahwa pelaksanaan *freies Ermessen* tersebut harus dipretanggung jawabkan "Secara moral kepada Tuhan Yang Maha Esa, menjunjung tinggi harkat dan martabat manusia serta nilai-nilai kebenaran dan keadilan, mengutamakan persatuan dan kesatuan, demi kepentingan bersama". Lebih lanjut Sjachran Basag mengatakan bahwa secara hukum terdapat dua batas; batas atas dan batas bawah. Batas-atas dimaksudkan ketaat-asasan ketentuan peraturan perundang-undangan berdasarkan asas taat-asas, yaitu peraturan yang tingkat derajatnya lebih rendah tidak boleh bertentangan dengan tingkat derajatnya yang lebih tinggi. Sedangkan batas-bawah ialah peraturan yang dibuat atau sikap-tindak administrasi negara (baik aktif maupun pasif), tidak boleh melanggar hak dan kewajiban asasi warga. Dapat ditambahkan bahwa *freies Ermessen* itu tidak oleh bertentangan dengan kepentingan umum. (Sjachran dalam ridwan HR 2016 : 173-174).

Bahwa memang dalam suatu negara kesejahteraan, prinsip *wetmatigeheid van bestuur* tidak dapat lagi dipertahankan secara kaku. Kenyataan ini didukung oleh fakta bahwa apabila prinsip ini dianut secara kaku, maka administrasi negara akan sulit mengantisipasi setiap perkembangan yang terjadi dalam masyarakat, karena setiap saat harus menunggu peraturan perundang-undangan terlebih dahulu. Pada sisi lain, badan legislatif pun tidak dapat sepenuhnya menangani semua perkembangan yang terjadi, disebabkan beberapa kelemahan yang ada padanya, seperti yang dikatakan Sidney Low yang dikutip oleh Amrah Muslimin (1985:73); bahwa anggota badan legislatif terdiri dari "amatir-amatir" yang tidak sepenuhnya menguasai persoalan, disamping itu besarnya jumlah anggota legislatif pada akhirnya akan menyulitkan dalam mengambil suatu keputusan. Itulah sebabnya dalam suatu negara modern, peranan administrasi negara sebagai penyelenggara pemerintahan menjadi lebih dominan dibandingkan dengan peranan legislatif. Sehingga administrasi negara tidak hanya sekedar melaksanakan undang-undang (*legisme*), melainkan demi terselenggaranya negara hukum dalam arti materil, memerlukan adanya *freies Ermessen*. Dengan diberikannya *freies Ermessen* ini maka administrasi negara tidak dapat lagi menunggu perintah dari badan-badan kenegaraan yang disertai fungsi legislatif. Dalam hal demikian administrasi negaralah yang membuat peraturan penyelesaian yang diperlukan itu. Ini berarti bahwa sebagian kekuasaan yang dipegang oleh badan legislatif, diserahkan kepada administrasi negara sebagai eksekutif. Hal ini menjadi kenyataan di setiap *welfarstate*. Dalam hal ini telah terjadi apa yang dalam kepustakaan dikenal sebagai *delegatie van wetgeving bevoegheid*. (http://media.unpad.ac.id/thesis/170720/2009/170720090505_2_3160.pdf hal. 23-24),

Kehidupan hukum itu sering mengalami ketidakcocokan dengan kenyataan-kenyataan yang telah berlaku di dalam kehidupan masyarakat atau bahkan belum dibuat oleh pembuat peraturan perundang-undangan (legislatif) sehingga tak mustahil adanya ketidakcocokan atau kevakuman hukum. Oleh karena pola pemikiran legalitas yuridis ini bertahun-tahun menguasai darah daging para aparatur pemerintah sehingga inisiatif dari mereka tidak bertumbuh, hanya selalu berpatokan pada hukum, padahal kita tahu bahwa perkembangan masyarakat semakin hari lebih jauh bahkan melampaui, sehingga hukum diharuskan mengikuti perkembangan itu, namun kenyataan hukum sangat lamban. Kebebasan bertindak pemerintah (diskresi) sudah jelas tak sesuai dengan pola pikir yang demikian (legalitas), karena pola pikir pada diskresi adalah pola pikir yang menyesuaikan antara kenyataan proses kehidupan dengan asas-asas dan politik hukum yang lebih luas, karena hukum itu untuk masyarakat bukan masyarakat untuk hukum (Jurnal Kajian Pemerintahan Vol 1V no 1/3/18, hal. 13).

Uraian yang dikemukakan sebelumnya menunjukkan cukup pentingnya kegunaan *freies Ermessen* dalam negara hukum materil, karena ternyata di dalamnya terkait banyak aspek dan dimensi yang kesemuanya berpolar pada: kekuasaan (dalam wujud *pouvoir discretionnaire, vrij bestuur, delegatie van wetgeving bevoegheid*) dan hukum (dalam wujud asas legalitas, prinsip *wetmatigeheid van bestuur dan rechtssouveriniteit*). (http://media.unpad.ac.id/thesis/170720/2009/170720090505_2_3160.pdf hal. 24)

Dalam implementasinya, tindakan diskresi diperlukan sebagai kewenangan untuk menginterpretasikan kebijakan yang ada atas suatu kasus yang belum atau tidak diatur dalam suatu ketentuan yang baku. Diskresi secara teoritis merupakan penyimpangan. Tindakan diskresi apakah dianggap baik atau buruk secara prosedural-administratif sebenarnya bukan merupakan substansi yang perlu dipersoalkan. Sisi positif dari diskresi apabila diterapkan pada konteks masyarakat yang dinamis akan sangat membantu untuk melakukan berbagai penyesuaian sehingga peraturan yang ada tetap mampu menjawab tuntutan aspirasi dan dinamika masyarakat yang berkembang. Prinsip dalam diskresi menyatakan bahwa pelanggaran atau tindakan penyimpangan prosedur yang tidak perlu terlalu dipermasalahkan, sepanjang tindakan yang diambil tetap pada koridor visi dan misi organisasi serta tetap dalam kerangka pencapaian tujuan organisasi. (Agus Dwiyanto 2002 : 141-142).

Diskresi menjadi isu krusial dalam pelayanan publik seiring adanya tuntutan kepada aparat birokrasi untuk dapat memberikan pelayanan publik dan efisien, responsif, dan akuntabel kepada publik. Paradigma pelayanan publik di Indonesia selama masa 32 tahun Orde Baru berkuasa memosisikan birokrasi sebagai kekuatan sentral dalam mengatur kehidupan masyarakat. Birokrasi cenderung lebih menempatkan diri sebagai regulator dan supervisor publik, yang belum menempatkan diri sebagai penyelenggara pelayanan yang mampu memahami aspirasi dan kebutuhan pelayanan yang diperlukan oleh publik. (Agus Dwiyanto 2002 : 142).

Diskresi dinilai baik apabila aparat birokrasi selalu berupaya mengatasi sendiri kesulitan melalui cara-cara yang berorientasi pada upaya pemuasan kepentingan publik. Tindakan diskresi yang ditempuh meliputi mendiskusikan suatu masalah dengan rekan kerja, dan memutuskan suatu masalah berdasarkan visi organisasi. Diskresi dinilai buruk apabila aparat pelayanan dalam merespon kesulitan yang dihadapi memilih mengambil tindakan dengan meminta petunjuk dan pimpinan atau menunda pelayanan sampai pimpinan datang. (Agus Dwiyanto 2002 : 143).

D. Dasar Hukum Diskresi

Dasar hukum pelaksanaan diskresi di Indonesia diatur dalam Undang - Undang No. 30 Tahun 2014, hal berada di ranah tugas dan kewenangan pejabat pemerintahan yang sekaligus sebagai aparatur pemerintah seperti Presiden, Menteri, Gubernur, Bupati, Walikota, dan lain sebagainya.

Berdasarkan pasal 1 angka 9 UU No. 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan, diskresi adalah Keputusan/Tindakan yang ditetapkan dan/atau dilakukan oleh Pejabat Pemerintahan untuk mengisi 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. Selanjutnya berdasarkan pasal 22 UU No. 3 Tahun 2014 menyatakan bahwa :

- (1) Diskresi hanya dapat dilakukan oleh Pejabat Pemerintahan yang berwenang.
- (2) Setiap penggunaan Diskresi Pejabat Pemerintahan bertujuan untuk :
 - a. Melancarkan penyelenggaraan pemerintahan;
 - b. Mengisi kekosongan hukum
 - c. Memberikan kepastian Hukum;dan
 - d. Mengatasi stagnasi pemerintahan dalam keadaan tertentu guna kemanfaatan dan kepentingan hukum

Selanjutnya sesuai ketentuan pasal 23 UU No. 3 Tahun 2014 menyatakan bahwa , Diskresi Pejabat Pemerintahan meliputi :

- a. Pengambilan Keputusan dan/ata Tindakan berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan yang memberikan suatu pilihan Keputusan dan/atau Tindakan.
- b. Pengambilan Keputusan dan/atau Tindakan karena peraturan perundang-undangan yang 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 guna kepentingan yang lebih luas.

Adapun persyaratan Diskresi dinyatakan dalam pasal 24 UU No. 3 Tahun 2014 yaitu :

- a. Sesuai dengan tujuan Diskresi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 22 ayat (2).

- b. Tidak bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.
- c. Sesuai dengan AUPB.
- d. Berdasarkan dengan alasan-alasan yang objektif.
- e. Tidak menimbulkan konflik kepentingan
- f. Dilakukan dengan itikad baik.

Pasal 25

- (1) Penggunaan Diskresi yang berpotensi mengubah alokasi anggaran wajib memperoleh persetujuan dari Atasan Pejabat sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.
- (2) Persetujuan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dilakukan apabila penggunaan Diskresi berdasarkan ketentuan Pasal 23 huruf a, huruf b, dan huruf c serta menimbulkan akibat hukum yang berpotensi membenani keuangan negara.
- (3) Dalam hal penggunaan Diskresi menimbulkan keresahan masyarakat, keadaan darurat, mendesak dan/atau terjadi bencana alam, Pejabat Pemerintahan wajib memberitahukan kepada Atasan [ejabat sebelum penggunaan Diskresi dan melaporkan kepada Atasan Pejabat setelah penggunaan Diskresi.
- (4) Pemberitahuan sebelum penggunaan Diskresi sebagaimana dimaksud pada ayat (3) dilakukan apabila penggunaan Diskresi berdasarkan ketentuan dalam Pasal 23 huruf d yang berpotensi menimbulkan keresahan masyarakat.
- (5) Pelaporan setelah penggunaan Diskresi sebagaimana dimaksud pada ayat (3) dilakukan apabila penggunaan Diskresi berdasarkan ketentuan dalam Pasal 23 huruf d yang terjadi dalam keadaan darurat, keadaan mendesak, dan/atau terjadi bencana alam.

2. Teori Situasi dan Kondisi.

Dasar teori dari diskresi adalah pertimbangan mengenai perkembangan situasi dan kondisi. Perubahan situasi dan kondisi adalah keniscayaan. Sementara perubahan peraturan tidak niscaya serta merta dapat terjadi. Dalam konteks demikian Fatovic memberi kaidah :

“Designed for the ordinary and the normal, law cannot always provide for such extraordinary occurrences in spite its aspiration to comprehensiveness”.

Hakikat kekuasaan diskresi pada pemerintah memperlihatkan fungsinya dalam hal : (Saut dalam S.F Marnbun, Jurnal Kajian Pemerintahan Vol.IV no 1/3/2018, hal. 12).

1. Menyelesaikan berbagai permasalahan pelik yang membutuhkan penanganan secara cepat.
2. Menyelesaikan soal-soal genting yang timbul dengan sekonyong-konyong dan yang peraturan penyalasainnya belum ada.

Carl Schmitt menyatakan bahwa : (Carl Schmitt dalam Tesis Krishna DD)
Every general norm demands a normal, everyday frame of life to which it can be factually applied and which is subjected to its regulations. The norm requires a homogeneous medium. This effective normal situation is not a mere “superficial presupposition” that a jurist can ignore; that situation belongs precisely to

[thenorm's] immanent validity. There exists no norm that is applicable to chaos. For a legal order to make sense, a normal situation must exist, and he is sovereign who definitely decides whether this normal situation actually exists. All law is 'situational law'.

Dalam situasikondisi normal di mana hukum *ceteris paribus* (semua variabel dalam keadaan sama) berlaku, maka asas legalitas yang berlaku dan kekuasaan pemerintah di bawah asas legalitas adalah kekuasaan terikat.

Dalam situasikondisi abnormal di mana hukum *ceteris paribus* tidak berlaku maka, demi hukum, asas legalitas tidak berlaku, dan kekuasaan pemerintah dalam situasi demikian adalah kekuasaan bebas/diskresi. (Tesis Krishna DD 2011 : 10).

Pembedaan antara situasi kondisi normal dan abnormal berkenaan dengan keberlakuan asas legalitas adalah hal yang wajar atau alami. Sebagai bukti bahwa pembedaan demikian make sense adalah Art. 4 (1) *the International Covenant on Civil and Political Rights* : (Tesis Krishna DD 2011 : 11)

"In time of public emergency which threatens the life of the nation and the existence of which is officially proclaimed, the States Parties to the present Covenant may take measures derogating from their obligations under the present Covenant to the extent strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with their other obligations under international law and do not involve discrimination solely on the ground of race, colour, sex, language, religion or social origin".

Situasikondisi kemasyarakatan tidaklah konstan, dan perubahan situasikondisi kemasyarakatan tidak selalu mampu diantisipasi oleh asas legalitas, oleh keberlakuan peraturan perundang-undangan. Sehingga, kekuasaan diskresi pemerintah untuk mengantisipasi situasi-kondisi demikian sifatnya niscaya (*sine qua non*). (Tesis Krishna DD 2011 : 11)

3. Mengisi Ruang Kosong Perundang-undangan.

Hukum sebagai sistem terbuka yang dikaitkan dengan kesempatan untuk melakukan interpretasi, di antaranya adalah mengisi kekosongan hukum. Paul Scholten.¹³ berpendapat bahwa kekosongan hukum hendaknya membedakan antara 2 (dua) konsep kekosongan, yaitu: ([http://repository.unej.ac.id/bitstream/handle/123456789/75142/ABINTORO%20RAKOSO PENEMUAN%20HUKUM %20F.H%29.pdf?sequence=1,hlm 7](http://repository.unej.ac.id/bitstream/handle/123456789/75142/ABINTORO%20RAKOSO%20PENEMUAN%20HUKUM%20F.H%29.pdf?sequence=1,hlm%207))

1. **Kekosongan dalam hukum**, yaitu yang terjadi manakala hakim mengatakan bahwa memiliki sesuatu kekosongan karena tidak tahu bagaimana harus memutuskannya;
2. **Kekosongan dalam perundang-undangan**, yaitu yang terjadi manakala dengan konstruksi dan penalaran analogi pun problemnya tidak terpecahkan sehingga hakim harus mengisi kekosongan itu seperti berada pada kedudukan pembuat undang - undang dan memutuskan sebagaimana kiranya pembuat undang - undang itu akan memberikan keputusannya dalam menghadapi kasus seperti itu.