

BAB II

TINJAUAN UMUM TENTANG DISKRESI

A. Pengertian Diskresi

Sebelum membahas lebih jauh mengenai diskresi, terlebih dahulu perlu dipahami apa yang dimaksud dengan diskresi itu sendiri. Banyak pakar hukum yang memberikan definisi asas Diskresi, menurut Saut P. panjaitan, diskresi (*pouvoir discerentionnaire, perancis*) atau *fieries ermessen* (jerman) merupakan suatu bentuk penyimpangan terhadap asas legalitas dalam pengertian *wetmatigheid vas bestuue*, jadi merupakan “kekecualian” dan asas legalitas, menurut prof, manyamin, diskresi didefinisikan sebagai kebebasan pejabat mengambil keputusan menurut pertimbangan sendiri, dengan demikian,, menurutnya setiap pejabat public memiliki kewenangan diskresi, selanjutnya gayus T.lambuun mendefnisikan diskresi sebagai berikut:

“Diskresi adalah kebijakan dari pejabat Negara pusat sampai daerah yang intinya membolehkan pejabat publik

melakukan sebuah kebijakan yang melanggan dengan undang-undang, dengan tiga syariat, yaitu demi kepentingan umum, masih dalam batas wilayah kewenegaraannya, dan tidak melanggar asas-asas umum pemerintahan yang baik (AAUPB)

Menurut pasal 1 Angka 9 undang-undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang administrasi pemerintahan, diskresi adalah keputusan dan/atau tindakan yang ditetapkan dan/atau dilakukan oleh pejabat pemerinttahan untuk mengatasi persoalan konkret yang dihadapi dalam penyelenggaraan pemerintahan dalam hal peraturan perundang-undangan yang memberikan pilihan, tidak mengatur, tidak lengkap atau tidakan jelas, dan/atau adanya stagnasi pemerintahan.¹

Secara etimologis, diskresi (*discration*) memiliki akar kata *discernere* (latin). Kata ini dala bahasa inggris memiliki padanan dengan kata *discernment* dan *judgment* pengertian tersebut mirip dengan kata leksikalnya dengan Black's Law Dictionary yang mengartikan diskresi sebagai “ 1.wise conduct

¹ Eri Yulikhsan, *keputusan diskresi dinemika pemerintahan (Aplikasi dalam ptun)*” Yogyakarta juli 2016, h. 2-3

*and management; cautious discernment; prudenc (1. Sikap kebijakan dan manajemen; kebijakan dan penuh kehati-hatian; kebijakan), 2. Individual judgment; the power of free decision-making (penilaian individu; kekuasaan bebas membuat satu keputusan).*²

Secara ringkas diterangkan bahwa diskresi (*frei-ermessen*) merupakan orang atau (pejabat pemerintahan) yang memiliki kepastian, kebebasan untuk menilai, menduga, dan mempertimbangkan sesuatu, utamanya dalam hal membuat dan melaksanakan peraturan kebijaksanaan. Definisi lain diberikan oleh Nana saputra, yakni suatu kebebasan yang diberikan kepada alat Administrasi, yaitu kebebasan yang pada dasarnya memperkenalkan alat administrasi, kengutamakan keefektifan tercapainya suatu tujuan (*doelmatigheid*) dibandingkan berpegang teguh kepada ketentuan hukum, atau kewenangan yang sah untuk turut campur dalam kegiatan sosial guna melaksanakan tugas-tugas kepentingan umum. Bahsan Mustafa menyebutkan bahwa diskresi (*frei-ermessen*) diberikan kepada pemerintah

² Krishna Djaya Darumurti, *Diskresi Kajian Teori Hukum* (Yogyakarta: Genta Publishing, 2016),h 23

mengingat fungsi pemerintah atau administrasi Negara, yaitu menyelenggarakan kesejahteraan umum yang tentunya berbeda dengan fungsi kehakimannya dalam menyelesaikan sengketa antar penduduk. Keputusan pemerintah lebih mengutamakan pencapaian tujuan atau sasarannya (*doelmatigheid*) dibandingkan dengan hukum yang berlaku (*rechmatigheid*).³

Telah dijelaskan pula bahwa 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 praktek kehidupan sehari-hari. Oleh sebab itu adanya kebebasan atau diskresi dari administrasi Negara.⁴

Disisi lain pemaknaan asas *freies ermessen* juga perlu digali lebih lanjut karna pada dasarnya di dalam Undang-undang No 30 Tahun 2014 tersebut juga terdapat asas lain yang

³ Ridwan HR. *Hukum administrasi Negara* (cet, XII; Jakarta: Rajawali Pers, 2016), h.170.

⁴ Lutfi Ansori "Diskresi dan Pertanggung Jawaban Pemerintahan dalam Penyelenggaraan Pemerintahan" jurnal Yuridis Vol.2 No. 1 juli 2015, h.105.

mendasari keberlakuannya diskresi asas kepastian hukum sebagai sarana kontrol. Meskipun pemberian *freies ermessen* atau kewenangan bebas (*discretionare power*) kepada pemerintahan merupakan konsekuensi logis dalam konsepsi *welfare state* aka tetapi pemberian *freies ermessen* ini menimbulkan konsekuensi. Hal ini menunjukkan bahwa kewenangan yang tidak di batasi dan berdasarkan inisiatif cenderung akan mendorong tindakan melampaui wewenang. Maka dari itu di perlukan kontrol peradilan administrasi dengan baik.⁵

Dari bebera pengertian menurut para ahli diatas, maka dapat disimpulkan bahwa diskresi atau *freis ermesen* yaitu segala aktifitas yang melibatkan proses pembuatan kebijakan maupun pengambilan keputusan atau tindakan atas inisiatif sendiri, tidak terpaku ada ketentuan aturan atau undang-undang dengan berbagai pertimbangan yang matang, kontekstual dan dapat dipertanggungjawabkan. Dalam hal pembuatan kebijakan ataupun pengambian keputusan tersebut yang lebih diutamakan adalah

⁵Muhammad Aziz Zaelani “*Antinomi Diskresi Dalam Bentuk Freies Ermessen untuk Penyelenggaraan Pemerintahan BerwawasanPancasila*”, jurnal jurisprudence Vol,9 No.1, 2019 (Fakultas Hukum Universitas SEbelas Maret), h.72

keefektifan tercapainya tujuan dari pada berpegang teguh pada ketentuan hukum.

Maskipun pemberian *fries Ermessen* kepada pemerintahan atay administrasi pemerintahan merupakan konsekuensi logis dari konsep *welfare state*, akan tetapi kaitannya dengan kerangka hukum *fries ermessen* ini tidak dapat digunakan tanpa batas. Untuk itu Sadjah Basah mengungkapkan unsur-unsur *Freies Ermessen* dalam Negara hukum, yaitu: a) ditunjuk untuk menjadikan tugas tugas servis public; b) merupakan sikap tindakan yang aktif dari administrasi pemerintahan; 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 tu dapat dipertanggung jawabkan baik secara moral kepada Tuhan Yang Maha Esa maupun hukum. *Freies ermessen* muncul sebagai alternative untuk mengisi kekurangan dan kelemahan didaalam penerapan asas legalitas (*wetmatigheid van bestuur*). Bagi Negara yang bersifat *welfare state*, asas legalitas saja tudak cukup untuk dapat berperan secara

maksimal dalam melayani kepentingan masyarakat, yang berkembang pesat sejalan dengan perkembangan ilmu dan teknologi. Dalam konsepsi lain disebutkan bahwa *feies ermessen* merupakan kebebasan yang diberikan kepada Tata Usaha Negara dalam rangka penyelenggaraan pemerintahan.⁶

Secara abstraktif, konsep diskresi merupakan kebebasan bertindak. Atas dasar itu konsep diskresi juga terpusat pada situasi tindakan normal yang menuntut agar tindakan atau kebijakan pejabat pemerintahan berlandaskan peraturan dalam kerangka Negara hukum, secara koseptual, untuk menganalisis dalam menjalankan undang-undang dengan tindakan menyimpang dari undang-undang. Penilaian negatif terhadap diskresi memang tidak dapat dinegasikan sebagaimana penilaian negatif atas konsep diskresi yang dikemukakan oleh Herbet Packer: *“The basic trouble with discretion is simply it is lawless, in the literal sense of that term”*.⁷

⁶ Aristoni “*Tinjauan Hukum Diskresi dalam Konsep Welfare state Perspektif Hukum Administrasi Negara dan Hukum Islam*”, jurnal Penelitian, Vol 8, No.2, Agustus 2014, (Kudus Jawa Tengah), h. 228-229

⁷ Krishna Djaya Darumurti, *Diskresi Kajian Teori Hukum*, h.21.

Diskresi menunjukkan kecenderungan berupa pengecualian dari keharusan bertindak sesuai aturan umum . pengecualian tersebut diasumsikan bahwa pejabat pemerintahan memiliki kebebasan bertindak tanpa adanya otorisasi undang-undang, dengan catatan sepanjang tindakan yang dilakukan oleh pejabat pemerintahan tidak melanggar hukum atau samapai memberikan dampak negatif bagi kesejahteraan masyarakat. Adapun adanya pemaknaan secara negatif tentang diskresi haruslah disikapi secara netral, mengindikasikan bahwa secara konsekuensial, diskresi dapat bermakna positif maupun negatif. Apabila diteliti diskresi dipandang sebagai produk hukum yang amat penting guna melengkapi kekurangan dari asas legalitas. Pada dasarnya pemerintahan berfungsi tidak hanya mengatur tetapi juga mengurus. Atas dasar itulah pemeritahan tidak boleh bersifat pasif atau menunggu adanya peraturan undang-undang. Munculnya diskresi sebagai penyelesaian atau kelemahan dari asas legalitas yang menuntut bahwa semua tindakan pejabat

pemerintahan harus berdasarkan undang-undang yang berlaku sebelumnya.⁸

B. Tujuan Diskresi

Sebagaimana dipahami sebelumnya, bahwa diskresi muncul sebagai alternative untuk mengisi kekurangan dan kelemahan didalam penerapan asas legalitas (*wetmatigheid van bestuur*), asas legalitas saja tidka cukup untuk berperan secara maksimal dalam melayani kepentingan public yang berkembang pesat sejalan dengan perkembangan ilmu pengetahuan dan teknologi, konsep kekuasaan diskresi menjadi penting sebagai pelengkap.⁹

Berdasarkan pasal 22 Undang-undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi pemerintahan, disebutkan bahwa diskresi hanya dapat dilakukan oleh pejabat pemerintahan yang berwenang dan tujuan untuk:

1. Melancarkan penyelenggaraan pemerintahan
2. Mengisi kekosongan hukum
3. Memberikan kepastian hukum

⁸ Krishna Djaya Darumuerti, *Diskresi Kajian Teori Hukum*, h.19

⁹ Krishna Djaya Darumurti, *Diskresi Kajian Teori Hukum*, h.3

4. Mengatasi stagnasi pemerintahan dalam keadaan tertentu guna kementerian dan kepentingan umum.¹⁰

Menunjukkan bahwa 4 (empat) tujuan tersebut bukanlah optional atau pilihan, melainkan satu kesatuan yang seluruhnya harus terpenuhi menjadi tujuan dalam setiap penggunaan diskresi. Dengan kata lain, jika salah satu dari ke-4 (empat) saja tidak terpenuhi, maka penggunaan diskresi tidak memenuhi syarat tujuan yang jelas sebagaimana diatur dalam pasal 24 ayat (1). Dengan ketentuan ini, maka dan bukan hal remeh. Pentingnya penggunaan tujuan dalam penggunaan diskresi kemudian diperkuat dalam syarat penggunaan diskresi pasal 24 dan prosedur wajib penggunaan diskresi sebagaimana pasal 26, 27 dan pasal 28 UU AP. Kemudian pasal 31 mengatur bahwa penggunaan diskresi oleh pejabat pemerintahan yang tidak sesuai dengan tujuannya dikategorikan “mencampuradukan wewenang” dan akibat hukum dari keputusannya” dapat di batalkan.¹¹

Salah satu tuntutan dalam rangka kepatuhan pemerintahan terhadap asas Negara hukum adalah kepatuhan pemerintahan

¹⁰ Republik Indonesia, Undang-undang No, 30 tahun 2014 Tentang Administrasi pemerintahan bab VI, pasal 22 ayat (2).

¹¹ Muhammad yasin , dkk (ed.) Antasi Undang-Undang No 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan, h 129-130

terhadap asas legalitas. Namun dalam implementasinya, kekuasaan pemerintahan berjalan sulit tanpa adanya penerapan diskresi sebagai konsekuensi logis Negara kesejahteraan (*welfare state*). Bahkan muncul persepsi bahwa pemerintahan tanpa diskresi itu tidak mungkin. Dalam konteks demikian, Kenneth Culp Davis menyatakan bahwa diskresi pada pemerintahan sangatlah penting. Pemikiran Davis menyatakan: *Discretion is a vital tool in society aiding the individualization of justice, and no society has existed in which discretion was absent,*” A.W. Bradley dan K.D. Ewing menyatakan bahwa kebutuhan pemerintahan dalam menjalankan kekuasaan dan kewenangan menjadikan diskresi sebagaimana satu kewajiban. Martina Kunnecke memberikan pandangan fungsional dalam menilai keberadaan kekuasaan diskresi pemerintahan dalam kerangka hukum, yakni “ *in the administrative decision-making process the concept of discretion is an important tool to reach just decisions. It offers an important degree of flexibility.*” Dari pandangan tersebut tuntutan untuk mencapai suatu keputusan yang adil serta keluwasan dalam jalannya penyelenggaraan

pemerintahan merupakan hal yang substantif bagi pemerintah, dan dalam hal ini diskresi dipandang mampu memberikan jawaban solutif yang sangat penting bagi pelayanan politik.¹²

Agar servis public dapat dilaksanakan dan mencapai hasil maksimal, kepada Administrasi Pemerintahan diberikan suatu kemerdekaan tertentu untuk bertindak atas kemerdekaan tertentu untuk bertindak atas inisiatif sendiri menyelesaikan berbagai permasalahan pelik yang membutuhkan penanganan secara cepat, sementara terhadap permasalahan itu tidak ada, atau masih belum dibentuk suatu dasar hukum penyelesaiannya oleh lembaga legislative yang kemudian dalam hukum administrasi diberikan kewenangan bebas berpikir berupa diskresi¹³

Mercus lukman sebagaimana dikutip oleh Saut P Panjaitan mengatakan bahwa persoalan-persoalan penting yang mendesak, sehingga memerlukan diskresi, sekurang kurangnya mengandung unsur-unsur sebagai berikut:

- a. Persoalan-persoalan yang muncul harus menyangkut kepentingan umum, yaitu: kepentingan bangsa dan

¹² Krishna Djaya Darumurti, *Diskresi Kajian Teori Hukum*, h 29-30.

¹³ Julista Mustama “*Diskresi dan Tanggungjawab Administrasi Negara*”, jurnal Sasi. Vol,17 No.2 April-Juni 2011, h.1

- Negara, kepentingan masyarakat luas, kepentingan rakyat/ bersama, serta kepentingan pembangunan.
- b. Munculnya persoalan tersebut secara tiba-tiba, berada di luar rencana yang telah di tentukan
 - c. Untuk menyelesaikan persoalan tersebut peraturan perundang-undangan belum mengaturnya atau hanya mengatur secara umum, sehingga administrasi Negara mempunyai kebebasan untuk menyelesaikan atas inisiatif sendiri
 - d. Prosedurnya tidak dapat diselesaikan menurut administrasi yang normal, atau jika diselesaikan menurut prosedur administrasi yang normal justru kurang berdaya guna dan berhasil guna.¹⁴

Tujuan penggunaan diskresi dalam pemerintahan adalah situasi tidak lazim terjadi, yang tidak ampu diprediksi atau diantisipasi secara persis oleh peraturan perundang-undangan sebagai dasar bertindak bahwa pemerintahan sesuai dengan legalitas, bahawa pernyataan ini mengandung *a conntuario* bilamana pengguna diskresi dibutuhkan dalam pembentukan undang-undanag mampu menghasilkan suatu yang lengkap, konprehensif, dan mampumenjawab persoalan yang kompleks, terutama dalam hal yang bersifat antisipatif. Namun hal tersebut sangat mustahil untuk dipenuhi dalam pembentukan undang-

¹⁴ Arfan Faiz Muhizi, “Reformulasi Diskresi Dalam Penataan Hukum Administrasi” jurnal Rechts vinding, volum 1, nomor 1 , Januari-April 2012, h.101.

undang. Atas dasar itu, hakikatnya fungsional dari penerapan diskresi sebagai situasi pengecualian dari peraturan perundang-undangan baik karna alasan necessity maupun emergency. Dapat diterangkan secara sumir bahwa peraturan perundang-undangan yang dibentuk juga memiliki keterbatasan dalam menjawab tantangan yang ada di masyarakat semakin kompleks. Berkaitan dengan hal tersebut, diskresi adalah solusi sebagai jawaban yang sulit¹⁵

Undang-undang Admistrasi pemerintahan memeberi penegasan batas ruang lingkup penggunaan disresi oleh pejabat pemerintahan meliputi

- a. Pengambilan keputusan atau tindakan berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan yang memebrikan suatu pilihan keputusan atau tindakan
- b. Pengambilan keputusan atau tindakan karena peraturan perundang-undangan tidak mengatur
- c. Peengambilan keputusan atau tindakan karena peraturan perundang-undangan tidak lengkap atau tidak jelas dan
- d. Pengambilan keputusan atau tindakan karena adanya stagnasi pemerintahan guna kepentingan yang luas.¹⁶

¹⁵ Krishna Djaya Darumurti, *Diskresi Kajian Teori Hukum*, h. 36

¹⁶Lutfi Ansori “Diskresi dan Pertanggung Jawaban pemerintahan dalam penyelenggaraan pemerintahan”,h.8

Pertanggungjawaban atas diskresi yang dilakukan oleh pejabat Administrasi Negara tidak hanya bersifat pasif dalam arti menunggu adanya gugatan dari masyarakat, melainkan adanya kewajiban yang sifatnya melekat pada kewenangan yang mejadi dasar adanya diskresi itu sendiri. Adapun pertanggungjaawaban hukum pejabat yang menerbitkan diskresi haru dibedakan dari segi administrasi, perdata, dan pidana. Dari segi administrasi, keputusan diskresi wajib dilaporkan secara tertulis kepada atasan langsung pejabat diskresi yang menertibkan keputusan diskresi.¹⁷

Ada tidaknya unsur penyalagunaan wewenang diuji dengan asas spesialitas (*Specialiteisbeginsel*) yakni asas yang menentukan bahwa wewenang itu di berikan kepada orang pemerintah dengan tujuan tertentu. Jika menyimpang dari tujuan di berikannya wewenang ini di anggap sebagai penyelewengan wewenang. Unsur sewenang-wenang diuji dengan asas rasionalitas atau kepantasan (*redelijk*). Suatu kebijakan dikategorikan mengandung unsur *willekeur* jika kebijakan itu

¹⁷ Gusti Ayu Apsari Hadi “*Pertanggungjawaban Pejabat Pemerintahan Dalam Tindakan Diskresi Pasca Berlakunya Undang-Undang NO.30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan*”, jurnal ilmiah vol 39 No.1 (april 20jp17) Fakultas Hukum dan Ilmu Sosial Universitas Pendidikan Ganesha, h. 45.

nyata-nyata tidak masuk akal atau tidak beralasan. Sedangkan penggunaan diskresi dapat dikategorikan mencampurkan wewenang apabila menggunakan diskresi tidak sesuai dengan tujuan wewenang yang diberikan atau bertentangan dengan asas-asas umum pemerintahan yang baik (AAUPB). Penggunaan diskresi dikategorikan sebagai tindakan yang sewenang-wenang apabila dikeluarkan oleh pejabat yang tidak berwenang. Tujuan penggunaan diskresi oleh pejabat pemerintah melancarkan penyelenggaraan pemerintahan, mengisi kekosongan hukum, memberikan kepastian hukum, dan mengatasi stagnasi pemerintahan dan keadaan tertentu guna kemanfaatan dan kepentingan umum.¹⁸

C. Asas-asas Umum dan Dasar Hukum Diskresi

Secara singkat dapat diartikan bahwa konsep diskresi sebagai kebebasan bertindak yang menyimpang dari undang-undang atau manakala undang-undang tidak memberikan jawaban penyelesaian secara eksplisit maupun solutif terdapat

¹⁸ Lutfil Ansori. *Diskresi dan Pertanggung Jawaban Pemerintahan Dalam Penyelenggaraan Pemerintahan*, (Fakultas Hukum Universitas Pembangunan Nasional). *Jurnal Yuridis*, vol.2 No.1 juni 2015, h.148

suatu tindakan. Sesuai dengan dalil bahwa diskresi merupakan produk hukum, bukan produk undang-undang, maka perlu diterangkan lebih dulu perbedaan hukum dan undang-undang yang kemudian dapat menjadi arah dan gambaran mengenai dasar hukum diskresi serta kedudukan diskresi terhadap undang-undang yang dikesampingkan.

Secara etimologis perbedaan hukum dan undang-undang yaitu "*ius atau law*" (hukum) dan "*lex atau laws*" (undang-undang). Ruang hukum bersifat universal yang keberadaannya sudah ada sebelumnya (*apriori*) sedangkan undang-undang bersifat *a posteriori* yang dibuat oleh penguasa dengan orintasi situasi kondisi local atau tempat. Hukum berfungsi sebagai landasan etis yang harus diimplementasikan oleh undang-undang artinya undang-undang yang tidak berlandaskan hukum dianggap sewenang-wenang dengan demikian, hukum harus dimensi etis atau moral dari undang-undang agar tidak terjadi penyelewengan. Berkaitan dengan dasar hukum yang melandasi keabsahan konsepsi Diskresi, secara legalitas dan positivitas asaa legalitas menjadi dasar keharusan bagi pemerintahan untuk melakukan

suatu tindakan berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Akan tetapi, kerangka asas legalitas pada suatu Negara modern tidak sepenuhnya menjawab segala tantangan dan problematika publik yang semakin kompleks. Padahal persinggahan Negara dari konsep Negara “*nachwachterstaat*”¹⁹

Jimly berpendapat bahwa dalam paham Negara hukum segala tindakan pemerintahan harus didasarkan atas peraturan perundang-undangan yang sah dan tertulis. Peraturan perundang-undangan tertulis tersebut harus ada dan berlaku lebih dulu atau mendahului tindakan atau peraturan administrasi yang dilakukan. Dengan demikian, setiap perbuatan atau tindakan administrasi harus didasarkan atas aturan atau *rules and procedures*’ (*regels*). Fungsi asas-asas umum pemerintahan yang baik (AAUPB) dalam penyelenggaraan pemerintahan adalah sebagai pedoman atau pautan bagi pemerintahan atau pejabat administrasi negara dalam rangka pemerintahan yang baik.²⁰

¹⁹ Krishna Djaya Darumurti, *Diskresi Kajian Teori Hukum*, h. 10-12

²⁰ Solechan “Asas-Asas Umum Pemerintahan yang Baik dalam Pelayanan Publik”, *jurnal*. Vol 2 Issue 3, Agustus 2019 (Fakultas Hukum Universitas Diponegoro), h. 543

Pelaksanaan Asas-asas umum pemerintahan yang baik (AAUPB) dalam sistem pemeritahan Indonesia akan berjalan dengan baik dn lancer apabila didukung oleh adanya administrasi yang baik dan mantap. Asas-asas umum pemerintahan yang baik juga perlu diterapkan dalam pelaksanaan pelayanan public dengan tujuan

1. Terwujudnya batasan dan hubungan yang jelas tentang hak, tanggung jawab, kewajiban, dan kewenangan seluruh pihak yang terkait dengan penyelenggaraan pelayanan politik;
2. Terwujudnya sistem penyelenggaraan pelayanan public sesuai dengan asas-asas umum pemerintahan dan korporasi yng baik;
3. Terpenuhinya penyelenggaraan pelayanan public sesuai dengan peraturan-peraturan; dan

4. Terwujudnya perlindungan dankepastian hukun hukum bagi masyarakat dalam penyelenggaraan pelayanan politik.²¹

Berkaitan denga dasar hukum tindakan atau campur tangan pemerintahan dalam konsep Negara kesejahteraan (*welfare state*) sebagai pihak yang bertanggung jawab untuk mewujudkan kesejahteraan dan kemakmuran warga masyarakat semakin besar. Sebagai Negara hukum, maka tindakan pemerintahan untuk memberikan kesejahteraan tersebut juga harus berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku atau sering menimbulkan penyelenggaraan wewenang yang mengakibatkan terjadi benturan kepentingan anantara warga masyarakat dengan pemerintahan. Jazim Hamidi membentuk pengertian tentang asas-asas umum pemerintahan yang baik (AAUPB) secara komprehensif yaitu

1. AAUPB merupakan nilai-nilai etik yang hidup dan berkembang dalam lingkungan hukum administrasi Negara

²¹ Solechan. *Asas-Asas Umum Pemerintahan Yang Baik dalam Pelayanan Publik*, (Fakultas Hukum Universitas Diponegoro), jurnal, Volume 2 issue, 3 Agustus 2019, h 553

2. AAUPB berfungsi sebagai pegangan bagi pejabat Administrasi Negara dalam menjalankan fungsinya, merupakan alat uji bagi hakim administrasi dalam menilai tindakan administrasi Negara (yang berwujud penetapan / *beschikking*), dan sebagai dasar pengajuan gugatan bagi pihak penggugat.
3. Sebagai besar dari AAUPB masih merupakan asas-asas yang tidak tertulis, masih abstrak, dan dapat digugat digali dalam praktek kehidupan dimasyarakat
4. Sebagai asas yang lain sudah menjadi kaidah hukum tertulis dan terpencair dalam berbagai peraturan hukum positif, sebagian asas telah berubah menjadi kaidah hukum tertulis, namun sifatnya tetap sebagai asas hukum.²²

Menurut philipus M. hadjon AAUPB harus di pandang sebagai norma-norma hukum tidak tertulis, yang senantiasa harus ditaati oleh pemerintahan, meskipun arti yang tepat dari AAUPB bagi tiap keadaan tersendiri tidak selalu dapat dijadikan dengan teliti. Dapat dikatakan bahwa AAUPB adalah asas-asas hukum tidak tertulis, dari mana untuk keadaan-keadaan tertentu dapat ditarik aturan-aturan hukum yang dapat di terapkan.pada kenyataannya, AAUPB ini meskipun merupakan asas, namun tidak semuanya merupakan pemikiran yang umum dan abstrak dan dalam beberapa hal muncul sebagai aturan hukum yang konkret atau tertuang secara tersurat dalam pasal undang-undang

²² Ridwan HR. *Hukum administrasi Negara*, h.235

serta mempunyai sanksi tertentu. Apabila asas-asas umum pemerintahan yang baik dimaknakan sebagai asas hukum yang digali dan ditemukan dari unsur susila,etika, kesopanan, dan kepatutan berdasarkan norma yang berlaku. Hal ini tersebut dapat dikatakan bahwa sebagai AAUPB masih merupakan asas hukum dan seebagian lainnya telah menjadi norma hukum atau kaidah hukum.²³

Mengenai dasar hukum diskresi, dituangkan ke dalam UU No,30 Tahun 2014 tentang Administrasi pemerintah. Penggunaan Diskresi terdapat dalam pasal 7 ayat (2) huruf d UU no, 30 Tahun 2014 tentang Aministrasi pemerintahan, ditemukan unsur-unsur kebebasan bertindak pemerintahan, yaitu presiden sebagai penanggungjawab atas bangsa dan negara dalam hal menciptakan kondisi yang dapat menguntungkan warga negara maka presiden diberikan kebebasan utuk mengatasi suatu kebijakan berupa peraturan pemerintah pengganti Undang-Undang (PERPU) sebagai antisipasi adanya kondisi yang tiba-tiba

²³ Solechan “Asas-Asas Umum Pemerintahan yang Baik dalam Pelayanan Publik”, jurnal. Vol 2 Issue 3, Agustus 2019 (Fakultas Hukum Unuversitas Diponegoro), h. 546

timbul atau mendesak, tanpa harus menggunakan perintah dari badan legislatif. Dengan adanya kewenangan presiden untuk membuat dan menetapkan peraturan pemerintah pengganti undnag-undang, ternyata mengindikasikan kepada pejabat pemerintahan atau alat-alat perlengkapan administrasi Negara untuk membentuk peraturan atas inisiatip sendiri berdasarkan Diskresi. Meski begitu, penggunaan Diskresi haruslah berdasarkan pada ketentuan hirarki perundang-undangan. Ketentuan yang lebih spesifik mengenai dasar hukum diskresi, dituangkan ke dalam Undang-Undang No. 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemeritahan penggunaan diskresi terdapat pasal 7 ayat (2) huruf d Undang-Undang No.30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan, dimana dalam pasal ini pejabat diwajibkan agar mematuhi Undang-undang *a que* ketika melakukan tindakan diskresi²⁴

Dengan demikian, diskresi secara hukum dianggap sah dan memperbolehkan legitimasi dalam rangka pelayanan public

²⁴ Pasal 27 ayat (2) huruf d Undang-Undang No.30 Tahun 2014, menyatakan bahwa pejabat pemerintahan memiliki kewajiban mematuhi undang-undang ini dalam menggunakan diskresi

dengan tetap memperbolehkan rambu-rambu dari perinsip-prinsip asas legalitas. Untuk menlankan dan menerapkan konsep diskresi, selain diperlukan landasan yuridis, juga diperlukan landasan dari asas-asas umum bagi kekuasaan diskresi. Keperluan tersebut agar penggunaan diskresi sebagai kekuasaan yang le hitimasi dalam Negara yang berkedaulatan hukum dapat dibenarkan.²⁵

Menurut Sjacran Basah, pemerintahan dalam menjelaskan aktivitasnya terutama dalam rangka mewujudkan tujuan-tujuan Negara pembangunan, buka berarti pemerintahan bertindak semena-mena, melainkan sikap tindak itu harus dipertanggungjawabkan. Pertanggungjawaban setiap tindakan pemerintah merupakan keharusan dalam Negara hukum yang menjunjung nilai-nilai kebenaran dan keadilan. Nilai-nilai tersebut menjadi dasar bertindak pejabat pemerintahan sebagai perwujudan asas-asas umum pemerintahan yang baik. Setiap pertanggungjawaban dan tindakan pemerintahan dalam Negara hukum merupakan keharusan yang mejunjung nilai-nilai kebenaran dan keadilan. Nilai-nilai tersebut mejadi dasar

²⁵ Krishna Djaya Darumurti, *Diskresi Kajian Teori Hukum*, h.67

bertindak pejabat pemerintahan sebagai perwujudan asas-asas umum pemerintahan yang baik. Untuk menilai apakah tindakan pemerintahan sejalan dengan Negara hukum adalah menggunakan asas-asas umum pemerintahan yang baik (AAUPB). Dalam Hukum Administrasi Negara. AAUPB dimaksudkan sebagai sarana perlindungan hukum (*rechtsbescherming*) dan instrument untuk peningkatan perlindungan hukum bagi warga Negara dari tindakan pemerintahan. Selanjutnya AAUPB dijadikan sebagai dasar penilaian dalam peradilan dan upaya administrasi.²⁶

Seiring dengan pergeseran reformasi hukum dan perubahan politik di Indonesia, maka AAUPB yang awalnya tidak mendapat tempat dalam peraturan perundang-undangan, saat ini telah di muat dalam Undang-Undang No 28. Tahun 1999 tentang penyelenggaraan Negara yang bersih dan bebas dari Korupsi, Kolusi, dan Nopotime (KKN). Berkaitan dengan hal tersebut, dirumuskan asas-asas umum penyelenggaraan Negara dalam pasal 3 Undang-undang No. 28 Tahun 1999 yaitu asas kepastian hukum, Asas tertib penyelenggaraan Negara, asas kepentingan

²⁶ Ridwan HR. Hukum administrasi Negara, h.238

umum, dan asas akuntabilitas. Dengan adanya dasar hukum serta asas-asas umum pemerintahan yang baik, menjadikan konsep diskresi sebagai kekuasaan yang dapat berlaku dan dijalankan di Negara yang berkedaulatan hukum. Bukan hanya sebatas berlaku konsep diskresi dapat melakukan aksi akrobatik untuk menjawab segala preskripsi negative terhadap pemberlakuannya, juga dengan kalah pentingnya diskresi dapat menjadi spectrum untuk mewujudkan pemerintahan yang mengenakan nilai-nilai keadilan dan menciptakan kesejahteraan bagi masyarakat²⁷

Keputusan diskresi tidak dapat diuji secara hukum (*watmatigheid*), pengujian diskresi lebih di arahkan kepada *doelmatigheid* dan arena itu batu ujiannya adalah asas-asas umum pemerintahan yang baik (AAUPB). Adapun macam-macam AAUPB adalah sebagai berikut.²⁸

1. *Asas kepastian Hukum*, Yaitu asas dalam Negara hukum yang mengutamakan landasan, peraturan perundnag-undnagan, kepatutan, dan keadilan penyelenggaraan Negara.
2. *Asas Tertib Penyelenggaraan Negara*, yaitu asas yang menjadi landasan keteraturan, keserasian, dan

²⁷ Ridwan HR. Hukum administrasi Negara, h.241

²⁸ Lutfi Ansori "Diskresi dan pertanggung jawaban pemerintahan dalam penyelenggaraan pemerintahan",h13

keseimbangan dalam pengendalian penyelenggaraan Negara.

3. *Asas kepentingan umum*, yaitu asas yang mendahulukan kesejahteraan umum dengan cara aspiratif, akomodatif, dan selektif
4. *Asas keterbukaan*, yaitu asas yang membuka diri terhadap hak masyarakat untuk memperoleh informasi yang benar, jujur, dan tidak diskriminatif tentang penyelenggaraan Negara dengan tetap memperhatikan perlindungan atas hak asasi pribadi, golongan, dan rahasia Negara.
5. *Asas Proposionalis*, yaitu asas yang mengutamakan keseimbangan antara hak dan kewajiban penyelenggaraan Negara
6. *Asas profesionalis*, yaitu asas yang mengutamakan keahlian yang berdasarkan kode etik dan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku
7. *Asas akuntabilitas*, yaitu asas yang menentukan bahwa setiap kegiatan dan hasil akhir dari kegiatan penyelenggaraann Negara harus dapat di pertanggungjawabkan kepada masyarakat atau rakyat sebagai pemegang kedaulatan tertinggi Negara sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku.²⁹

D. Diskresi dan Fiqih siyasah

Setiap muslimin sepakat bahwa sumber hukum tertinggi dalam islam adalah Al-Quran dan Hadis. Namun, seiring berjalannya waktu, permasalahan-permasalahan yang ditemukan umat islam semakin berkemang, ketika permasalahan-permasalahan tersebut tidak dapat lagi diselesaikan hanya melalui

²⁹ Ridwan HR. "*Hukum administrasi Negara*", h.239

Al-Quran dan Hadist secara ekspisit, maka langkaa yang dapat dilakukan adalah degan ijthihad. Ijthihad adalah sumber ajaran islam setelah Al-Quran dan Hadist. Ijthihad berasal dari kata *ijtahaba*, yang artinnnya mencurahkan tenaga, memeras pikiran, berusaha keras, bekerja semaksimal mungkin. Secara terminologis, ijthihad adalah berpikir keras untuk menghasilkan pendapat hukum atas satu masalah yang tidak secara jelas disebutkan dalam Al-Quran dan as-sunnah. Pelakunya disebut *Mujtahid* ijthihad meupakan dinamika islam untuk menjawab tantangan zaman. Ia adalah “semangat rasionalitass islam” dalam rangka hidup dan kehidupan moseren yang kian kompleks permasalahannya. Banyak maslah baru yang muncul dan tidak ada semasa pada jaman Nabi Muhammad Saw. Ijthihat diperlukan untuk merealisasikan ajaran islam dalam segala situasi dan kondisi. Didalam al-Quran, perintah ijthihad terdapat dalam surat an-Nia ayat:83, asy-Syu’ara ayat:38, surat al-Hasyar ayat:2, dan surat al-Baqarah ayat:59.³⁰

³⁰ Aristoni “*Tinjauan Hukum Diskresi dalam Konsep Walfare state Perspektif Hukum Administrasi Negara dan Hukum Islam*”, h. 241

Dasar ijtihad terdapat pada sebuah hadist yang artinya; “ apabila seorang hakim berijtihad dan benar, maka baginya dua pahala, tetapi bila berijtihad lalu keliru maka baginya satu paha (HR. Bukhori dan Muslim).” Pada dasarnya ijtihad itu dilakukan oleh para ulama mujtahid berlandaskan muqsid asy-syari’ah; yaitu memelihara agama, jiwa, harta, kehormatan, dan ketentuan pada tataran dharuri, haji dan tahsin. Di dalam kitab *ihya ulumu ad-Din*, hukum mengenai berijtihad dikategorikan menjadi fardhu ‘ain, fardhu kifayah, dan sunnah. Hukum ijtihad menjadi fardhu ‘ain jika timbul persoalan yang sangat mendesak untuk kepastian hukumnya. Hukum ijtihad menjadi fardhu kifayah apabila ada persoalan yang diajukan kepada beberapa ulama sedemikian hingga kewajiban berijtihad bagi ulama atau orang lain menjadi hilang manakala telah ada salah seseorang yang menjawab persoalan tersebut. Sedaangkan ijtihad menjadi sunnah jika masalah yang akan dicari kepastian hukumnya adalah masalah yang tidak mendesak atau masalah yang belumbterjadi dalam masyarakat. Dalam perspektif ini, model ijtihad yang demikian ini

pada dasarnya disamakan dengan diskresi atau *freies ermessen*. Dikatakan sama karena ijtihad yang demikian merupakan pengambilan keputusan atas inisiatif sendiri tidak terpaku pada ketentuan yang ada atau bahkan merupakan ciri dari diskresi atau *freies ermessen*. praktek model diskresi atau *freies ermessen* juga pernah dilakukan oleh Rasulullah Saw ketika beliau membebaskan tahanan perang badar dengan syarat mereka mau mengajar baca tulis kepada kaum muslim. Keputusan Rasulullah saw tersebut dapat dikatakan sebagai bentuk diskresidimana tahanan yang seharusnya masih dipenjara namun oleh Rasulullah saw di bebaskan. selain Rosulullah Saw praktek diijtihad model diskresi.³¹

Ijtihad model diskresi juga pernah dilakukan oleh beberapa para sahabat, diantaranya adalah Umar bin Affan dan Ali bin Abi Thalib. Diantara para sahabat tersebut, Umar bin Khatab merupakan sahabat paling banyak melakukan ijtihad model tersebut. Diantara ijtihad Umar bin Khattab adalah

³¹ Aristoni "Tinjauan Hukum Diskresi dalam Konsep Welfare state Perspektif Hukum Administrasi Negara dan Hukum Islam", , h. 243

membebasakan sangsi hukum bagi pencuri pada saat krisis ekonomi, didalam latar belakang, pencuriannya adalah untuk mempertahankan hidup, keputusan yang dilakukan Umar bin Khattab itu atas inisiatip sendiri dan tidak mengikuti aturan umum yang ada. ada dalam surah Al-Maidah (5) : 37. Seharusnya hukuman bagi pencuri menurut ayat tersebut adalah potong tangan, namun Umar bin Khattab sendiri tidak menerapkan karena latar belakang melakukan pencurian dan kondisi soaial ekonomi saat itu. Dalam menjalankan hukum Umar tidak menggunakan logika peraturan tetapi logika sosial. Tindakan Umar yang menyimpang dari ketentuan hukum umum beralih ke ketentuan hukum khusus ini dalam ilmu usul fiqih di kenal dengan *istihsan*, Usman bin Affan, khalifah ketiga juga pernah berijtihad, Usman mengambil inisiatif sendiri untuk memerlakukan adzan shalat jum'at dua kali. Pada masa Nabi Saw dan begitu pula pada masa Abu bakar dan Umar menjadi khalifah, azan shalat jum'at hanya satu kali. Pada saat itu azan solat jum'at satu kali dirasa sudah cukup untuk membri tahu

masuknya waktu solat jum'at karena umat Islam apada saat itu masih reelatif sedikit. Pada masa Khalifah Usman dimana perkembangan azan sholat jum'at dua kali. Dalam masa pemerintahan Umar dan Ali bin Abi Thalib keduanya pernah memutuskan untuk menghukum peminum *khamar* dengan cambuk 80 kali. Hukuman ini dua kali lebih berat dari ketentuan Nabi Saw dalam sunnahnya. Menurut Umar hukum cambuk 40 kali bagi pemabuk sudah tidak efektif lagi pada zamannya. Untuk lebih memberikan efek jera maka Umar menambahkan menjadi 80 kali cambukan. Sementara Ali melihat bahwa minum khamar akan berakibat kepaşa perbuatan jahat lainnya seperti membunuh, zina, atau menuduh orang lain berbuat zina akibat bicaranya yang kacau. Untuk mencegah hal tersebut Ali menghukum pemabuk seperti hukuman yang dikenakan pada penuduh zina yaitu 80 kali cambukan. Dalam hal ini Ali berijtihad dengan metode *maslaha al-mursalah*.³²

³² Mubarak “*Diskresi Hukum dan Kaitan dengan Ijtihad*, (STAIN Syariah) h.13

Pada masa Nabi Saw dan parasahabat, ijtihad memiliki dua karakteristik utama yaitu; pertama, ijtihad atau tindakan yang dilakukan mere katas inisiatif sendiri ; kedua, ijtihad yang mereka lakukan tidak terpaku pada aturan yang sudah ada tetapi mempertimbangkan situasi dan kondisi pada saat berijtihad sehingga lebih memenuhi rasa keadilan. Kedua karakteristik itulah Nabi Saw dan para sahabatnya merupakan aesi. Dengan demikian diskresi memiliki sandaran yang kuat dalam hukum islam.³³

Ijtihad dalam konsep *Fiqih siyasah* dapat diartisamakan dengan diskresi atau *freies ermessen*, pasalnya proses pengadilan hukum yang dilakukan oleh mujtahid untuk mendapatkan suatu hukum atas peristiwa hukum tidak hanya terpaku pada ketentuan Al-Quran mapapun As-sunah, akan tetapi lebih melihat pada situasi dan kondisi dimana sebelum menetapkan hukumannya yang dimaksudkan untuk menciptakan rasa adil dan kemaslahan umat. Diskresi ataupun ijtihad dikatakan sama karena karena

³³ Mubarak “Diskresi Hukum dan Kaitan dengan Ijtihad,h.15

pengambilan keputusan atau penetapan hukumnya berdasarkan atas inisiatif dan kebijaksanaan sendiri. Dengan melihat gambaran ijtihad yang dipraktekan oleh Rosulullah Saw dan para sahabatnya di atas, maka dapat kita pahami bahwa ijtihad yang dilakukan tersebut sebagai bentuk penetapan hukum yang digali atas dasar inisiatif sendiri dan atas kebijaksanaan yang tidak hanya terpaku pada ketentuan teks yang ada, akan tetapi berdasarkan situasi dan kondisi yang melatar belakanginya, sehingga lebih memenuhi rasa keadilan. Dengan begitu dapat diartisamakan bahwa ijtihad yang dipraktikkan Rasulullah dan para sahabat merupakan bentuk diskresi atau *freies ermessen*.³⁴

³⁴Aristoni "Tinjauan Hukum Diskresi dalam Konsep Welfare state Perspektif Hukum Administrasi Negara dan Hukum Islam", , h. 244