INTEGRITAS PROFESIONAL INOVATIF PEDULI

Lembaga Administrasi Negara
Republik Indonesia

KAJIAN DISKRESI

Dalam Penyelenggaraan Pemerintahan Berdasarkan Undang-Undang Administrasi Pemerintahan

Pusat Kajian SANHAN

Pusat Kajian Sistem Administrasi Negara dan Hukum Administrasi Negara
Lembaga Administrasi Negara
2016

Kajian

DISKRESI DALAM PENYELENGGARAAN PEMERINTAHAN

Berdasarkan Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan

LEMBAGA ADMINISTRASI NEGARA
DEPUTI BIDANG KAJIAN KEBIJAKAN
PUSAT KAJIAN SISTEM DAN HUKUM ADMINISTRASI NEGARA
2016

Kajian Diskresi Dalam Penyelenggaraan Pemerintahan Berdasarkan Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan

Penyusun:

Tim Pusat Kajian Sistem dan Hukum Administrasi Negara

Kontributor :

Prof. Dr. Saldi Isra, SH, MPA
Prof. Dr. Eko Prasojo, Mag.rer.Publ
Prof. Deny Indrayana, SH, LLM, Ph.D
Prof. Nandang Alamsah Deliarnoor, SH, MH.
Prof. Dr. Asep Warlan Yusuf
Prof. Dr. M. Akib, SH, M.Hum
Prof. Dr. Budiman Ginting, SH, M.Hum
Dr. Refly Harun, SH, MH, LLM
Dr. Tri Widodo Wahyu Utomo, SH, MA
Dr. Dian Simatupang, SH, MH
Dr. Zainal Arifin Mochtar, SH, LLM
Dr. H. Suparto Wijoyo
Dr. Sri Winarsi
Dr. H. Mohammad Effendy, SH, MH
Dr. Tisnanta, SH
Dr. Pendastaren Tarigan, SH
Gandjar Laksmana Bondan, SH, MH
Ahmad Fikri Hadin, SH, LLM
Akhmadi Yusran, SH, MH

Diterbitkan oleh :
Pusat Kajian Sistem dan Hukum Administrasi Negara - Lembaga Administrasi Negara
Jl. Veteran No. 10 Jakarta Pusat
Telp. (021) 3868201-05, Fax. (021) 3868208

Diskresi Dalam Penyelenggaraan Pemerintahan Berdasarkan Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan . – Jakarta : PKSANHAN - LAN, 2016.
90 hlm.
ISBN : 978-602-72295-3-2

RINGKASAN EKSEKUTIF

Salah satu materi dalam Undang undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan yang diberlakukan sejak 17 Oktober 2016, adalah mengenai Diskresi. Namun, hingga saat ini, lebih dari 2 (dua) tahun sejak berlakunya Undang-undang Administrasi Pemerintahan tersebut, masih terjadi kegamangan di kalangan aparatur pemerintahan untuk melakukan diskresi. Meski diskresi telah diatur begitu rinci dalam Undang-undang Administrasi Pemerintahan, namun dipandang masih perlu adanya jaminan kepastian hukum bagi aparatur pemerintahan ketika melakukan diskresi.

Maksud kajian ini adalah berupaya memberikan penjelasan dan kejelasan lebih lanjut mengenai implementasi Diskresi dalam penyelenggaraan pemerintahan berdasarkan Undang-undang Administrasi Pemerintahan. Secara lebih rinci tujuan dari kajian ini adalah mengidentifikasi definisi, ruang lingkup dan persyaratan diskresi dalam Undang-undang Administrasi Pemerintahan; mengidentifikasi mekanisme dan format pelaporan serta prosedur ijin yang harus ditempuh bagi aparatur pemerintah dalam mengambil kebijakan atau tindakan diskresi; mengidentifikasi pejabat yang dapat mengambil kebijakan atau tindakan diskresi; mengidentifikai dasar hukum pelaksanaan dari UU AP, sehingga mengikat bagi aparatur pemerintah dan aparat penegak hukum; serta mengidentifikasi lembaga yang dapat menjadi rujukan bagi aparatur pemerintah dalam mengambil keputusan atas sebuah kebijakan atau tindakan diskresi.

Tahap-tahap kegiatan yang dilakukan dalam rangka mengidentifikasi hal-hal tersebut di atas adalah pengembangan TOR dan Research Design; melakukan Desk study (*stock taking, literatur review, documentary research, evidence analysis*); FGD Internal dan eksternal; Indepth Interview; penyusunan instrumen kajian; pengumpulan data/Informasi; pengolahan dan analisis data/informasi; validasi hasil kajian; dan penyusunan laporan akhir.

Berdasarkan kegiatan yang dilakukan, maka dapat diindentifikasi beberapa hal sebagai berikut :

- Pengertian. Diskresi merupakan hak pejabat pemerintahan yang dimaknai sebagai Keputusan dan/atau Tindakan yang ditetapkan

dan/atau dilakukan oleh Pejabat Pemerintahan untuk mengatasi persoalan konkret yang dihadapi dalam penyelenggaraan pemerintahan dalam hal peraturan perundang-undangan yang memberikan pilihan, tidak mengatur, tidak lengkap atau tidak jelas, dan/atau adanya stagnasi pemerintah

- Tujuan. Diskresi dilakukan dengan tujuan : melancarkan penyelenggaraan pemerintahan; mengisi kekosongan hukum; memberikan kepastian hukum; mengatasi stagnasi pemerintahan dalam keadaan tertentu guna kemanfaatan dan kepentingan umum.
- Syarat. Diskresi dapat dilakukan dengan syarat : sesuai dengan tujuan Diskresi; tidak bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan; sesuai dengan AUPB; berdasarkan alasan-alasan yang objektif; tidak menimbulkan Konflik Kepentingan; dan dilakukan dengan itikad baik. Serta manakala berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan memberikan suatu pilihan bagi lembaga atau pejabat.
- Prosedur. Penggunaan Diskresi yang berpotensi mengubah alokasi anggaran serta menimbulkan akibat hukum yang berpotensi membebani keuangan negara, wajib memperoleh persetujuan dari Atasan Pejabat. Dalam hal penggunaan Diskresi yang berpotensi menimbulkan keresahan masyarakat, Pejabat Pemerintahan wajib melaporkan kepada Atasan Pejabat sebelum penggunaan Diskresi tersebut. Penggunaan Diskresi dalam keadaan darurat, mendesak dan/atau terjadi bencana alam, Pejabat Pemerintahan wajib memberitahukan kepada Atasan Pejabat setelah penggunaan Diskresi.
- Pejabat. Diskresi hanya dapat dilakukan oleh Pejabat Pemerintahan yang berwenang.
- Dasar *political will* Diskresi. (1) Instruksi Presiden Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 2016 tentang Percepatan Pelaksanaan Proyek Strategis tertanggal 8 Januari 2016 (yang selanjutnya disebut “Inpres”), dimana dalam Diktum KEENAM Inpres tersebut menyatakan bahwa : Jaksa Agung dan Kapolri: mendahulukan proses administrasi Pemerintahan sesuai ketentuan Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan sebelum melakukan penyidikan atas laporan masyarakat yang

menyangkut penyalahgunaan wewenang dalam pelaksanaan Proyek Strategis Nasional. (2) Sambutan pengantar Presiden Republik Indonesia kepada seluruh Kapolda dan Kajati di Istana Negara, Jakarta, 19 Juli 2016, memberikan beberapa hal penting, yang pada intinya adalah sebagai berikut: Kebijakan dan diskresi pemerintah tidak bisa dipidanakan; dan Tindakan administrasi pemerintahan harus dibedakan dengan yang memang berniat korupsi. (3) Pasal 2 Peraturan Mahkamah Agung Nomor 4 Tahun 2015 tentang Pedoman Beracara dalam Penilaian Unsur Penyalahgunaan Wewenang, yang mengatur: Pengadilan berwenang menerima, memeriksa dan memutus permohonan penilaian ada atau tidak ada penyalahgunaan Wewenang dalam Keputusan dan/atau Tindakan Pejabat Pemerintahan sebelum adanya proses pidana.

- Lembaga rujukan. Mahkamah Agung, Tim Pengawalan dan Pengamanan Pemerintahan dan Pembangunan Pusat/Daerah (TP4P/D).

Rekomendasi yang dapat disampaikan berdasarkan hasil kajian ini antara lain adalah :

- Operasionalisasi diskresi perlu diatur lebih lanjut dalam Peraturan Pemerintah yang bersifat mandiri, karena tidak ada amanat langsung dalam UU AP untuk ditindaklanjuti dalam Peraturan Pemerintah. Dalam Peraturan dimaksud diatur pula mengenai siapa pejabat yang bisa melakukan diskresi, lembaga yang dapat memberikan advokasi terkait keterpenuhan syarat diskresi dan prosedur diskresi.
- Pada masa transisi, bisa dioptimalkan fungsi Tim Pengawalan, Pengamanan Pemerintahan dan Pembangunan Pusat (TP4P) dan Daerah (TP4D) yang dibentuk oleh Kejaksaan Agung, sebagai lembaga yang dapat memberikan konsultasi dan advokasi bagi aparatur pemerintah, baik pusat maupun daerah, untuk mengambil diskresi.
- Perlu koordinasi dan sinkronisasi dengan APH dalam forum Mahkumjakpol, terkait penegakan hukum atas UU AP agar dapat berjalan sebagaimana mestinya.

- Presiden dapat menginstruksikan kepada Kejaksaan Agung, Kepolisian Negara Republik Indonesia dan BPKP, untuk melakukan *"legal audit"* terkait kasus-kasus tindak pidana (pidana umum maupun korupsi), yang menjerat pejabat atau mantan pejabat yang sekarang sedang ditangani di tahap penyelidikan maupun penyidikan. Apakah perkara-perkara tersebut masuk ranah Administrasi Pemerintahan atau pidana umum atau Tipikor.

SAMBUTAN
KEPALA LEMBAGA ADMINISTRASI NEGARA

Hasil kajian ini merupakan salah satu wujud dari akuntabilitas Lembaga Administrasi Negara baik kepada pemerintah maupun kepada masyarakat. Kajian ini sangat relevan ditengah-tengah era kita saat ini sedang adanya upaya meningkatkan kinerja dari pemerintah terkait khususnya mendorong percepatan program-program pembangunan yang dilakukan serta percepatan penyerapan anggarannya. Kegiatan kajian terkait Diskresi Dalam Penyelenggaraan Pemerintahan Berdasarkan Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan menjadi sangat menarik karena menyangkut peran pelaksana pembangunan dalam pengambilan keputusan strategis.

Kalau kita melihat kepada sejarah dan kebutuhan saat ini, diskresi menjadi sangat penting. Diskresi dalam Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan didefinisikan sebagai keputusan dan/atau tindakan yang ditetapkan dan/atau dilakukan oleh Pejabat Pemerintahan untuk mengatasi persoalan konkret yang dihadapi dalam penyelenggaraan pemerintahan dalam hal peraturan perundang-undangan yang memberikan pilihan, tidak mengatur, tidak lengkap atau tidak jelas, dan/atau adanya stagnasi pemerintahan. Kemunculan penghaturan diskresi ini tentunya tidak terlepas dari dinamika kebutuhan masyarakat yang begitu cepat, yang seringkali tidak terprediksi dari awal *(unpredictable)* atau bahkan tidak terjangkau oleh prosedur formal yang diatur dalam berbagai kebijakan. Terlebih, saat ini, aparatur pemerintahan dituntut dan berlomba-lomba melakukan inovasi untuk mengakselerasi pembangunan dan pelayanan publik. Untuk itu, dalam konsep penyelenggaraan pemerintahan, maka aparatur pemerintah perlu diberikan kewenangan untuk melakukan diskresi sebagai bentuk tindakan pemerintahan yang bersifat *quick response* dan lebih dilihat dari

aspek pemenuhan kepentingan masyarakat dibandingkan dengan ketaatan prosedur semata.

Sehubungan dengan hal tersebut, saya menyambut baik dilakukannya Kajian “Diskresi Dalam Penyelenggaraan Pemerintahan Berdasarkan Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan” ini. Kajian ini diharapkan dapat memberikan masukan bagi pemerintahan untuk memberika semacam petunjuk sekaligus mendukung keinginan Presiden untuk memastikan agar proses pembangunan tidak terhambat oleh hal-hal yang bersifat administratif dan prosedural semata yang justru mengabaikan aspek percepatan pemberian pelayanan publik pada masyarakat.

Jakarta, Desember 2016

Kepala
Lembaga Administrasi Negara

Adi Suryanto

KATA PENGANTAR

Kajian “Diskresi Dalam Penyelenggaraan Pemerintahan Berdasarkan Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan” ini merupakan salah satu kegiatan kajian di lingkungan Lembaga Administrasi Negara yang dilaksanakan oleh Kedeputian Bidang Kajian Kebijakan, melalui Pusat Kajian Sistem dan Hukum Administrasi Negara, pada Tahun Anggaran 2016.

Pada dasarnya diskresi telah diatur secara rinci dalam Undang-undang Administrasi Pemerintahan, namun dalam pelaksanaannya masih dipandang perlu adanya jaminan kepastian hukum bagi aparatur pemerintahan ketika melakukan diskresi. Hal ini dikarenakan masih terjadi polemik antara aparatur pemerintahan dan aparat penegak hukum mengenai diskresi. Bahkan, sebagian aparatur pemerintahan khawatir, jika melakukan diskresi dikemudian hari dimaknai sebagai penyimpangan administrasi *(mal-administrasi)* yang mengarah kepada tindak pidana umum maupun tindak pidana korupsi.

Kajian ini dilakukan melalui serangkaian tahapan kegiatan seperti melakukan *desk study* (*stock taking*, *literatur review*, *documentary research*, *evidence analysis*); FGD Internal dan eksternal; *indepth interview*; yangn melibatkan beebrapa pakar yang kompeten dalam bidang Hukum Administrasi Negara. Dengan demikian hasil kajian ini diharapkan dapat menjadi bahan acuan dalam merumuskan pengaturan lebih lanjut mengatur implementasi diskresi sebagaimana diatur dalam Undang-undang Administrasi Pemerintahan.

Disamping itu, melalui kajian ini telah dihasilkan pula *policy brief* sebagai bahan masukan yang ringkas dan praktis untuk dapat dijadikan rujukan bagi para pejabat pemerintahan yang dalam pelaksanaan tugas jabatannya perlu untuk mengambil tindakan diskresi dalam rangka memberikan pelayanan kepada masyarakat maupun mengambil tindakan pemerintahan lainnya dalam rangka penyelenggaraan pemerintahan.

Kami menyadari bahwa hasil kajan ini masih belum komprehensif dan sempurna, oleh karena itu kami mengharapkan masukan dan saran

terhadap perbaikan dan penyempurnaan dari pelaksanaan kegiatan tahap selanjutnya.

Akhir kata kami ucakan terima kasih kepada semua pihak, tim penyusun, narasumber baik dilingkungan internal LAN maupun berbagai instansi terkait, pemerintah pusat dan pemerintah daerah, akademisi, dan LSM yang telah membantu dan berpartisipasi dalam penyusunan kajian ini.

Jakarta, Desember 2016

Deputi Bidang Kajian Kebijakan

Muhammad Taufiq

DAFTAR ISI

Ringkasan Eksekutif		iii
Sambutan Kepala Lembaga Administrasi Negara		vii
Kata Pengantar		ix
Daftar Isi		xi
BAB I	PENDAHULUAN	1
BAB II	DISKRESI: PEMAHAMAN KONSEPTUAL	9
	A. Penyelenggaraan Pemerintahan	10
	B. Wewenang Pemerintahan	11
	C. Pengertian Diskresi	12
	D. Hakikat dan Tujuan Diskresi	17
	E. Batas Toleransi Penggunaan Diskresi	24
	F. Pembatasan Diskresi	26
	G. Asas-Asas Umum Pemerintahan Yang Baik	27
	H. Penerapan Asas Diskresi Dalam pembuatan Keputusan Tata Usaha Negara	32
BAB III	PENGATURAN DISKRESI DALAM UNDANG-UNDANG NOMOR 30 TAHUN 2014 TENTANG ADMINISTRASI PEMERINTAHAN	35
	A. Pengaturan Diskresi	35
	B. Prosedur Diskresi	38
	C. Akibat Diskresi	40
	D. Penyelesaian Hukum Apabila Terjadi Permasalahan Terkait Penggunaan Diskresi	41
BAB IV	PELAKSANAAN DISKRESI DI BEBERAPA NEGARA	43
	A. Diskresi di Australia	43
	B. Diskresi di Jerman	47

C. Diskresi di New Zealand 48

BAB V PERMASALAHAN PENGATURAN DISKRESI DALAM UNDANG-UNDANG NOMOR 30 TAHUN 2014 TENTANG ADMINISTRASI PEMERINTAHAN 51

BAB VI DISKRESI: PROBLEM EMPIRIS PENGGUNAANNYA DALAM PENYELENGGARAAN PEMERINTAHAN 63
A. Menyoal Kekuasaan Diskresi 63
B. Mengurai Batas Diskresi dan Korupsi 69
C. Problem Empiris Diskresi dalam Proses Pengadaan Barang/Jasa 77
D. Problem Empiris Diskresi sebagai Pidana 78

BAB VII DISKRESI: SYARAT DAN PERTIMBANGAN PENGGUNAANNYA DALAM PENYELENGGARAAN PEMERINTAHAN 83
A. Syarat Pertimbangan Pengambilan Keputusan Diskresi 83
B. Langkah-Langkah Prosedur Pengambilan Keputusan Diskresi Dalam Peningkatan Pelayanan Masyarakat Dan Percepatan Pembangunan 84

BAB VIII PENUTUP : DISKRESI UNTUK AKSELERASI PEMBANGUNAN DAN PENINGKATAN PELAYANAN PUBLIK 89

REFEERENSI 91

BAB I
PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Diberlakukannya Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan sejak tanggal 17 Oktober 2014, menjadi tonggak sejarah baru bagi reformasi administrasi di Indonesia. Salah satu materi menarik adalah mengenai diskresi yang diatur secara rigid dalam Undang-Undang tersebut. Namun, hingga saat ini, lebih dari 2 (dua) tahun sejak berlakunya Undang-undang Administrasi Pemerintahan, masih terjadi kegamangan di kalangan aparatur pemerintahan untuk melakukan diskresi. Meski diskresi telah diatur begitu rinci dalam Undang-undang Administrasi Pemerintahan, namun dipandang masih perlu adanya jaminan kepastian hukum bagi aparatur pemerintahan ketika melakukan diskresi.

Ironisnya, inovasi pejabat pemerintahan dihadapkan pada sejumlah kendala yang sangat serius di antaranya adalah ‘pemidanaan’ terhadap pejabat pemerintahan yang melakukan inovasi kebijakan dan pelayanan publik. Sejumlah inovasi dalam pelayanan publik, terkadang justru berakhir pada pemidanaan terhadap para pejabat pemerintah yang dianggap terlibat di dalam inovasi dimaksud. Pertanyaannya apakah sebuah inovasi kebijakan yang memberikan manfaat kepada masyarakat banyak dapat dipidanakan, dan apakah tidak tersedia perlindungan hukum bagi pejabat pemerintah yang mampu meningkatkan pelayanan kepada publik?

Pertanyaan tersebut diharapkan telah terjawab dengan terbitnya Undang-undang Administrasi Pemerintahan. Ekspektasi terhadap terbitnya undang-undang ini tidak terlalu berlebihan, mengingat bahwa dalam UU ini selain diskresi, pejabat pemerintahan juga mempunyai hak untuk memperoleh perlindungan hukum dan jaminan keamanan dalam menjalankan tugasnya.

Dalam praktiknya, norma diskresi sebagaimana diatur dalam Undang-undang Administrasi Pemerintahan secara empiris belum dapat dilaksanakan. Bahkan hampir semua pejabat pemerintahan, enggan atau malah tidak mau menggunakan Undang-undang Administrasi Pemerintahan untuk dasar pengambilan kebijakan. Padahal hampir semua inovasi pastinya memerlukan payung diskresi sebagai dasar pengaman pengambilan keputusan.

Hal ini disebabkan, norma diskresi dalam Undang-undang Administrasi Pemerintahan masih terkesan seperti halnya pengambilan kebijakan dalam keadaan normal. Padahal, karena sifatnya yang dilakukan dalam kondisi mendesak dan keterbatasan kekuasaan, diskresi seharusnya dimaklumi ketika dianggap menerabas prosedur formal. Berbeda dalam kondisi normal, prosedur formal memang harus diikuti. Dengan kata lain, jaminan hukum atas diskresi itu sendiri juga masih diperdebatkan, karena dalam berbagai peraturan perundang-undangan yang ada masih belum sejalan dengan semangat diskresi sebagai pilihan pengambilan kebijakan dalam keadaan tertentu.

Diskresi yang diatur dalam Undang-undang Administrasi Pemerintahan yang seharusnya menjadi pengamanan pengambilan kebijakan, ternyata belum sinergi dengan regulasi terkait hukum pidana umum (Pasal 421 KUHP), tindak pidana korupsi (UU No. 31/1999) dan tata usaha negara (UU No. 5/1986). Dikhawatirkan aparatur pemerintahan tidak berani berinovasi, tidak berani berdiskresi dikarenakan khawatir dapat dijerat sengketa TUN, pidana umum, atau bahkan dapat disangkakan tindakan koruptif (pidana khusus).

Hingga saat ini, di kalangan aparatur pemerintahan sendiri dan aparat penegak hukum masih berpolemik mengenai diskresi. Bahkan, sebagian besar aparatur pemerintahan khawatir, jika melakukan diskresi di kemudian hari dimaknai sebagai penyimpangan administrasi (mal-administrasi) yang menjadi cikal bakal tindak pidana umum maupun tindak pidana korupsi.

Secara teoritis dan yuridis-normatif diskresi merupakan tindakan yang absah untuk digunakan, sepanjang hal tersebut, dari aspek hukum, akuntabilitas dan rasionalitasnya, memang bisa divalidasi. Teori

hukum administrasi negara – misalnya dengan konsep kebebasan menilai yang bersifat objektif dan subjektif -- maupun peraturan perundang-undangan – misalnya dengan berbagai prosedur dan rambu-rambu yang sudah ditentukan – sudah dengan detail dan jelas mengelaborasinya.

Namun demikian, di dalam praktik, diskresi menjadi dilema tersendiri, karena ada situasi-situasi tertentu yang bersifat mendesak dan menuntut respon tanggap dan cepat dari seorang pejabat publik, maka bisa terjadi, berbagai teori, prosedur, serta rambu-rambu yang sudah dikonsepsikan secara teoritis dan diatur dalam peraturan perundang-undangan tersebut menjadi tercederai, sehingga diskresi seorang pejabat publik kemudian menjadi suatu tindakan melawan hukum. Tindakan melawan hukum itu bisa masuk ke dalam ranah mal-adminitrasi, tetapi juga bisa mengandung unsur tindak pidana korupsi. Karena itu perlu dilihat kasus per kasus. Dalam konteks inilah kemudian menjadi penting untuk mengobjektifikasi apakah tindakan seorang pejabat publik masih sesuai dengan atau sudah menciderai prinsip-prinsip diskresi yang bertanggung jawab, melalui lembaga peradilan, baik yang bersifat administratif maupun tindak pidana umum atau khusus.Berdasarkan uraian tersebut, Pusat Kajian Sistem dan Hukum Administrasi Negara LAN, pada tahun anggaran 2016 melakukan Kajian tentang Diskresi dalam Penyelenggaraan Pemerintahan berdasarkan Undang-undang Administrasi Pemerintahan.

B. Perumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang di atas, maka dapat dirumuskan permasalahan mendasar terkait dengan tema kegiatan ini adalah sebagai berikut:

1. Belum adanya pemahaman yang sama di antara penyelenggara pemerintahan atas definisi, ruang lingkup dan persyaratan diskresi dalam Undang-undang Administrasi Pemerintahan, sehingga masih menimbulkan kebingungan dalam pelaksanaannya.

2. Belum ada format dan mekanisme pelaporan, sebagai acuan bagi aparatur pemerintah untuk melaporkan pelaksanaan diskresi yang dilakukan.
3. Belum ada kejelasan level pejabat yang dapat mengambil kebijakan diskresi.
4. Belum adanya pemahaman yang seragam mengenai diskresi antara aparatur pemerintah dengan aparat penegak hukum. Dikhawatirkan hal ini dapat menimbulkan ketakutan aparatur pemerintah untuk mengambil kebijakan atau tindakan diskresi.
5. Ketidakpahaman aparatur pemerintah harus berkonsultasi/ berkoordinasi kepada siapa pada saat menghadapi kebingungan untuk menafsirkan kebijakan atau tindakan yang diambil masuk kedalam ranah diskresi atau bukan.

Berdasarkan permasalahan tersebut, maka pertanyaan penelitian yang akan dijawab dalam tujuan dan kesimpulan permasalahan ini adalah:

1. Bagaimana rumusan pelaksanaan dari definisi, tujuan dan persyaratan diskresi dalam Undang-undang Administrasi Pemerintahan yang dapat menjadi acuan operasional bagi aparatur pemerintah?
2. Bagaimana mekanisme dan format pelaporan serta prosedur ijin yang harus ditempuh bagi aparatur pemerintah agar aman dalam mengambil kebijakan atau tindakan diskresi?
3. Siapa sajakah pejabat yang dapat mengambil kebijakan diskresi?
4. Apa dasar hukum turunan dari Undang-undang Administrasi Pemerintahan yang mengikat bagi aparatur pemerintah dan aparat penegak hukum yang mengatur mengenai operasionalisasi lebih lanjut dari diskresi?
5. Lembaga mana yang dapat menjadi rujukan pada saat aparatur pemerintah menghadapi kebingungan dalam menafsirkan sebuah kebijakan atau tindakan termasuk dalam ranah diskresi atau bukan?

C. Tujuan

Berdasarkan rumusan masalah di atas, tujuan kegiatan kajian ini adalah menghasilkan materi pengaturan lebih lanjut diskresi dalam Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan, mengenai:

1. Rumusan operasional dari definisi, tujuan dan persyaratan diskresi dalam Undang-undang Administrasi Pemerintahan.
2. Mekanisme dan format pelaporan serta prosedur ijin yang harus ditempuh bagi aparatur pemerintah dalam mengambil kebijakan atau tindakan diskresi.
3. Jenis dan jenjang pejabat yang dapat mengambil kebijakan atau tindakan diskresi.
4. Dasar hukum pelaksanaan dari Undang-undang Administrasi Pemerintahan yang mengikat bagi aparatur pemerintah dan aparat penegak hukum.
5. Lembaga yang dapat menjadi rujukan bagi aparatur pemerintah dalam mengambil keputusan atas sebuah kebijakan atau tindakan diskresi.

D. Output

Produk yang dihasilkan (output) dari Kajian tentang Diskresi dalam Penyelenggaraan Pemerintahan Berdasarkan Undang-undang Administrasi Pemerintahan ini berupa:

1. Laporan Kajian dalam bentuk *policy paper*, yang memuat rekomendasi stratejik implementasi diskresi berdasarkan Undang-undang Administrasi Pemerintahan.
2. *Policy brief,* yaitu ringkasan hasil kajian yang dipublikasikan dan disampaikan kepada *stakeholders* sebagai bahan referensi implementasi diskresi berdasarkan Undang-undang Administrasi Pemerintahan.

E. Manfaat

Manfaat dari kajian ini adalah sebagai referensi akademis dalam rangka implementasi diskresi berdasarkan Undang-undang Administrasi Pemerintahan.

F. Penerima Manfaat

Penerima manfaat dari kajian ini adalah seluruh pengambil kebijakan atau tindakan diskresi, baik di tingkat pemerintah pusat maupun pemerintah daerah.

G. Metode dan Analisis

Metode pengumpulan data/informasi dan analisis pengolahan data/informasi dalam kajian ini meliputi: *Desk study* (*stock taking*, *literatur review, documentary research, evidence analysis, jurisprudence analysis*); FGD internal dan eksternal; *Indepth Interview*.

H. Sistematika Penyajian Hasil

Hasil Kajian tentang Diskresi dalam Penyelenggaraan Pemerintahan Berdasarkan Undang-undang Administrasi Pemerintahan ini disajikan dengan sistematika sebagai berikut.

- Bab I Pendahuluan. Pada bab ini dsampaikan mengenai latarbelakang yang mendasari dilaksanakannya Kajian tentang Diskresi dalam Penyelenggaraan Pemerintahan Berdasarkan Undang-undang Administrasi Pemerintahan ini; perumusan masalah yang menjadi pokok bahasan dalam kajian ini; tujuan yang ingin dicapai melalui kegiatan kajian ini; output atau keluaran yang diharapkan dari kajian ini, manfaat yang diharapkan dipetik dari kajian ini, para stakeholders yang diharapkan dapat menerima dan memanfaatkan hasil kajian ini; metode pelaksanaan kajian yang dilakukan dalam kajian ini, serta sistematika penyajian hasil kajian ini.
- Bab II Diskresi : Pemahaman Konseptual. Pada bab ini akan diuraikan beberapa konsep dari pendekatan teoritis/akedemis yang terkait dengan substansi kajian, yaitu penyelenggaraan

pemerintahan, wewenang pemerintahan, pengertian diskresi, hakikat dan tujuan diskresi, batas toleransi penggunaan diskresi, pembatasan diskresi, asas-asas umum pemerintahan yang baik, serta penerapan asas diskresi dalam pembuatan Keputusan Tata Usaha Negara.

- Bab III Pengaturan Diskresi Dalam Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan. Pada bab ini diuraikan megenai pokok-pokok pengaturan tentang diskresi yang tertuang dalam Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan. Pokok-pokok pengaturan tersebut meliputi pengaturan umum diskresi, prosedur diskresi, akibat diskresi, serta penyelesaian hukum apabila terjadi permasalahan terkait penggunaan diskresi.
- Bab IV Pelaksanaan Diskresi di Beberapa Negara. Pada bab ini digambarkan *benchmark* mengenai pelaksanaan diskresi di beberapa negara, yaitu diskresi di Australia dan Diskresi di Jerman.
- Bab V Klasifikasi Permasalahan Pengaturan Diskresi Dalam Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan. Pada bab ini disampaikan hasil identifikasi yang dilakukan oleh tim berdasarkan masukan para narasumber mengenai permasahan-permasalahan yang potensial muncul sekitar pengaturan diskresi yang tertuang dalam Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan.
- Bab VI Diskresi: Problem Empiris Penggunaannya Dalam Penyelenggaraan Pemerintahan. Problem empiris yang dihadapi tersebut kemudian dikaitkan dengan permasalahan penerapan diskresi dalam beberapa praktek penyelenggaran pemerintahan, antara lain dalam konteks praktek proses pengadaan barang dan jasa, serta dalam hal hubungannya dengan praktek pelaksaaan hukum pidana.
- Bab VII Diskresi: Syarat dan Pertimbangan Penggunaannya Dalam Penyelenggaraan Pemerintahan. Pada bab ini tim

penyusun mencoba memberikan pandangan mengenai hal-hal apa saja yang perlu dilakukan dan dipertimbangkan oleh pejabat pemerintah tatkala akan mengambil tindakan diskresi dalam rangka pemberian dan peningkatan pelayanan kepada masyarakat dan melakukan upaya inovasi untuk percepatan pembangunan. Pandangan tersebut meliputi syarat pertimbangan pengambilan keputusan diskresi, serta langkah-langkah prosedur pengambilan keputusan diskresi.

- Bab VIII Penutup. Pada bab ini diberikan kesimpulan dan rekomendasi yang perlu dilakukan oleh pemerintah agar ruang diskresi yang diberikan melalui Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan dapat benar-benar dimanfaatkan dengan sebaik-baiknya untuk kepentingan akselerasi dan peningkatan pelayanan publik.

BAB II
DISKRESI : PEMAHAMAN KONSEPTUAL

Istilah diskresi bukan lagi merupakan istilah baru dalam bidang hukum bahkan dalam penyelenggaraan pemerintahan. Dalam berbagai wacana istilah diskresi pun sudah dikenal oleh masyarakat. Namun dalam penggunaannya kerap kali masih terjadi kekeliruan persepsi terhadap hakikat diskresi.

Sebuah ilustrasi menggambarkan seorang pejabat yang karena kewenangannya dapat dengan mudah mengambil keputusan tentang pembangunan sebuah infrastruktur dengan spesifikasi yang jelas dan detail, namun di lain waktu pejabat tersebut harus melakukan koordinasi dan pembahasan yang panjang ketika yang bersangkutan bermaksud untuk menyalurkan dana bantuan. Hal itu disebabkan karena sang pejabat hanya menemukan sebuah aturan yang mengatur bahwa “dana bantuan harus disalurkan secara proporsional dan sesuai dengan kebutuhan” dan tidak ditemukan penjelasan mengenai pada situasi seperti apa, kapan, dan kepada siapa dana bantuan tersebut dapat disalurkan. Pada akhirnya, walaupun tidak mendapatkan keterangan dan aturan lebih lanjut, sang pejabat tetap mengambil keputusan untuk menyalurkan dana bantuan tersebut dengan pertimbangan bahwa penyaluran dana bantuan memang sangat diperlukan oleh penerima bantuan (masyarakat) dan hal tersebut merupakan bagian dari kewenangan dan kewajibannya sebagai pejabat negara untuk mengatasi persoalan rakyatnya. Selain itu, ada keyakinan bahwa keputusan yang diambilnya masih dalam koridor “dapat dipertanggungjawabkan”.

Pada situasi yang lain diceritakan bahwa karena ada suatu kebutuhan mendesak terhadap kuota tenaga pengajar di suatu daerah, pejabat yang berwenang di daerah tersebut memutuskan untuk mengadakan pendidikan dan pelatihan bagi warga yang berminat untuk mengisi kebutuhan tenaga pengajar tersebut. Permasalahan yang

kemudian muncul adalah ternyata belum ada Peraturan Perundang-Undangan yang dapat dijadikan dasar hukum untuk menyelenggarakan Pendidikan dan Pelatihan sebagaimana dimaksud. Meskipun demikian, setelah dipertimbangkan maka diambil keputusan bahwa kegiatan tersebut harus tetap dilaksanakan dengan dasar bahwa kegiatan tersebut demi kepentingan masyarakat luas.

A. Penyelenggaraan Pemerintahan

Tuntutan untuk memenuhi kepentingan masyarakat terutama kebutuhan dasar, merupakan bagian dari tugas penyelenggaraan negara. Tugas ini merupakan tugas negara selain sebagai penjaga malam *(nachtwachterstaat)* yang bertugas menjaga ketertiban dan ketentraman. Adanya tuntutan terpenuhinya kesejahteraan masyarakat merupakan *conditio sine quo non* yang harus dilakukan oleh pemerintah. Negara dengan tujuan pemenuhan kesejahteraan masyarakat ini sering dikenal dengan istilah *welfare state* atau *welvaartsstaat*.

Dalam perkembangan, muncul konsep pelayanan publik mulai dikembangkan di Inggris pada tahun 1991 yang didasarkan pada *citizen's charter* sebagai kristalisasi tentang proses transformasi Negara dalam hubungan dengan warga negara yang sesuai dengan konsep negara hukum kemasyarakatan untuk pencapaian kesejahteraan bersama. *Citizen's charter* menegaskan prinsip-prinsip tentang *Public Service*, antara lain :

- *The setting and improvement standards* (perumusan dan perbaikan standar pelayanan);
- *The creation of greater openness and the provision of public information* (pembentukan keterbukaan yang luas dan peraturan tentang informasi publik);
- *The provision of choice by the public sector whenever practicable* (pilihan aturan hukum yang dapat diterapkan);
- *The Observance of the non discrimination principle* (prinsip ketaatan pada asas tanpa ada diskriminasi);
- *Accessibility of services* (akses pelayanan);

- *The charter requires public service providers to give a good explanation, or an apology when things go wrong¸ ad to have a well publicised and readily available complaints procedure* (piagam tersebut mengharuskan untuk memberikan penjelasan atau meminta maaf apabila ada kekeliruan, dan menyediakan publikasi yang baik dan suatu prosedur pengaduan yang mudah).

B. Wewenang Pemerintahan

Dalam penyelenggaraan fungsi pemerintahan, tindakan pemerintahan harus didasarkan pada wewenang yang dimiliki dan bukan pada kekuasaan. Tentunya penggunaan diskresi pun tidak harus didasarkan pada wewenang yang memberikan kebebasan bertindak bagi aparatur pemerintahan untuk menggunakan diskresi dan bukan kekuasaan pemerintahan. Penggunaan diskresi harus didasarkan pada wewenang yang dimiliki oleh aparatur pemerintahan.

Wewenang dalam bahasa Belanda dikenal dengan istilah *bevoegdheid* yang senantiasa berada dalam konsep hukum publik terutama Hukum Administrasi yang melahirkan wewenang pemerintahan *(bestuurs bevoegdheid)*. Dalam Black Law Dictionary, *"authority"* diartikan sebagai *"Legal power; a right to command or to act; the right and power of public officers to require obedience to their orders lawfully issued in scope of their public duties*".[Henry Campbell Black, Black's Law Dictionary, West Publishing, l990, h. 133.]

Istilah wewenang sebagaimana didefinisikan di atas, merupakan kekuasaan hukum, hak untuk memerintah atau bertindak; hak atau kekuasaan pejabat publik untuk mematuhi aturan hukum dalam lingkup melaksanakan kewajiban publik bagi pemerintah. Sumber wewenang pemerintahan dapat berupa atribusi, delegasi, dan mandat. Atribusi dalam bahasa Latin berasal dari kata *ad tribuere* artinya memberikan kepada. Wewenang atribusi berarti wewenang yang diberikan atau ditetapkan untuk jabatan tertentu yang bersumber baik dari Undang-Undang Dasar maupun Undang-Undang. Delegasi berasal dari bahasa Latin *delegare* yang artinya melimpahkan. Dengan demikian konsep wewenang delegasi berarti wewenang pelimpahan. Mandat berasal dari

bahasa Latin *mandare* yang artinya memerintahkan. Mandat mengandung makna penugasan, bukan pelimpahan wewenang.

Dalam kaitan dengan konsep atribusi, delegasi, dan mandat, J.G. Brouwer and A.E. Schilder, yang menyatakan bahwa:

- *With attribution, power is granted to an administrative authority by an independent legislative body. The power is intial (originair), which is to say that is not derived from a previously non existent powers and assigns them to an authority.*
- *Delegations is the transfer of an acquired attribution of power from one administrative authority to another, so that the delegate (the body that has acquired the power) can exercise power in its own name.*
- *With mandate, there is no transfer, but the mandate giver (mandans) assigns power to the other body (mandataris) to make decisions or take action in its name*.

[Brouwer J.G dan Schilder, A Survey of Ductch Administrative Law, Ars Aequi Libri, Nijmegen, l998, h. 16-18.]

C. Pegertian Diskresi

Diskresi muncul dengan adanya paham bahwa tujuan bernegara harus tercapai dengan berorientasi pada kesejahteraan rakyat. Dalam mencapai kesejahteraan rakyat dimaksud, pemerintah harus secara aktif berperan mencampuri bidang sosial ekonomi masyarakat (*public service*) yang mengakibatkan administrasi negara tidak boleh menolak untuk mengambil keputusan atau bertindak dengan dalih ketiadaan peraturan perundang-undangan (*rechtsvacuum*), peraturan perundang-undangan memberikan suatu pilihan hingga pada peraturan perundang-undangan tidak mengatur dengan jelas. Oleh karena itu, untuk adanya kekuasaan bergerak, diberikan kepada Administrasi Negara (pemerintah) suatu diskresi atau sering disebut dengan kebebasan bertindak (*freies ermessen*) sepanjang tidak ada penyalahgunaan kewenangan (*detournament de povoir*).

Menurut para ahli, diskresi ini muncul karena adanya perkembangan masyarakat yang berdampak pada terjadinya keadaan-

keadaan tertentu yang sifatnya mendesak yang membuat pejabat pemerintah tidak dapat menggunakan kewenangannya khususnya yang bersifat terikat (*gebonden bevoegheid*) dalam melaksanakan tindakan hukum dan tindakan faktual secara normal (Mustamu, Jurnal Sasi Vo. 17 Nomor 2, April-Juni 2011). Hal inilah yang mendasari diberikannya kewenangan diskresi kepada pejabat pemerintah untuk bertindak diluar hukum terikat supaya tujuannnya dapat tercapai. Dalam penyelenggaraan fungsi pemerintahan seringkali ditemui berbagai permasalahan yang pelik, yang memerlukan penyelesaian secara cepat dan tepat sementara belum ada peraturan yang memayunginya. Karena belum ada dasar hukum yang dibentuk untuk penyelesaiannya oleh lembaga legislatif yang kemudian dalam hukum administrasi diberikan kewenangan bebas berupa diskresi (S.F Marbun, sebagaimana dikutip oleh Mustamu).

Mencermati pengertian tersebut, artinya bahwa tidak semua permasalahan dapat diselesaikan dengan menerapkan diskresi. Ada definisi yang mengatur permasalahan apa yang dapat atau mesti diselesaikan dengan diskresi. Mustamu mengutip pendapat Marcus Lukman bahwa permasalahan penting yang mendesak semestinya mengandung unsur sebagai berikut :

a. Permasalahan yang muncul harus menyangkut kepentingan umum, yaitu kepentingan bangsa dan negara, kepentingan masyarakat luas, kepentingan rakyat banyak/bersama serta kepentingan pembangunan;
b. Permasalahan tersebut muncul secara tiba-tiba, berada diluar rencana yang telah ditentukan;
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 administrasi yang normal justru kurang berdaya guna dan berhasil guna.

Dalam terminologi Hukum Administrasi Negara (HAN), dua ilustrasi di atas dapat dijadikan contoh dari apa yang disebut sebagai diskresi. Apa yang dimaksud dengan diskresi? Dalam artikel yang ditulisnya, Arfan Faiz Muhlizi mengutip pendapat Diana Halim Koentjoro yang mengatakan bahwa diskresi adalah keleluasaan pemerintah untuk mengambil tindakan dan/atau keputusan dalam rangka merespon suatu permasalahan yang belum ada dasar hukumnya namun bersifat darurat.[1]

Lebih lanjut dijelaskan bahwa diskresi merupakan sarana yang dapat digunanakan oleh pejabat yang berwenang untuk menyiasati kekosongan hukum (*rechtsvacuum*) yang kerap terjadi dalam penyelenggaraan pemerintahan dan sangat berpotensi menghambat pencapaian tujuan berbangsa dan bernegara (masyarakat adil dan makmur).[2] Dengan kata lain, sifat prosedural dan formal dari Peraturan Perundang-Undangan yang selalu tertinggal dari perkembangan yang terjadi ditengah-tengah masyarakat harus disokong oleh aturan mengenai pelaksanaan kewenangan diskresi yang proporsional dan terukur serta berorientasi mencapai pemerintahan yang efektif dan efisien demi mencapai kepentingan bersama.

Banyak pakar hukum yang memberikan definisi asas diskresi. Menurut Saut P. Panjaitan, diskresi (*pouvoir discretionnaire*, Perancis) ataupun *Freies Ermessen* (Jerman) merupakan suatu bentuk penyimpangan terhadap asas legalitas dalam pengertian *wet matigheid van bestuur*, jadi merupakan ”kekecualian” dari asas legalitas. Menurut Prof. Benyamin, diskresi didefinisikan sebagai kebebasan pejabat mengambil keputusan menurut pertimbangannya sendiri. Dengan demikian, menurutnya setiap pejabat publik memiliki kewenangan diskresi. Selanjutnya Gayus T. Lumbuun mendefinisikan diskresi sebagai berikut:

> “Diskresi adalah kebijakan dari pejabat negara dari pusat sampai daerah yang intinya membolehkan pejabat publik melakukan sebuah kebijakan yang melanggar dengan undang-undang,

---

[1] Arfan Faiz Muhlizi, “Reformulasi Diskresi Dalam Penataan Hukum Administrasi”, Jurnal Rechtvinding, 1 April 2012, Hlm 99.
[2] Ibid, Hlm

dengan tiga syarat. Yakni demi kepentingan umum, masih dalam batas wilayah kewenangannya, dan tidak melanggar Asas-asas Umum Pemerintahan yang Baik (AUPB).”

Mengenai definisi tersebut di atas, selanjutnya Gayus T. Lumbuun menjelaskan bahwa secara hukum mungkin orang yang menggunakan asas diskresi tersebut melanggar, tetapi secara asas ia tidak melanggar kepentingan umum dan itu merupkan *instant decision* (tanpa rencana) dan itu bukan pelanggaran tindak pidana. Sedangkan definisi diskresi menurut Sjachran Basah seperti dikutip oleh Patuan Sinaga, adalah:

> ”…, tujuan kehidupan bernegara yang harus dicapai…, melibatkan administrasi negara di dalam melaksanakan tugas-tugas servis publiknya yang sangat kompleks, luas lingkupnya, dan memasuki semua sektor kehidupan. Dalam hal administrasi negara memiliki keleluasaan dalam menentukan kebijakan-kebijakan walaupun demikian sikap tindaknya itu haruslah dapat dipertanggungjawabkan baik secara moral maupun hukum”.

Berdasarkan definisi yang diberikan oleh Syachran Basah tersebut, tersimpulkan bahwa unsur-unsur yang harus dipenuhi oleh suatu diskresi adalah:

a. Ada karena adanya tugas-tugas *public service* yang diemban oleh administratur negara;
b. Dalam menjalankan tugas tersebut, para administratur negara diberikan keleluasaan dalam menentukan kebijakan-kebijakan;
c. Kebijakan-kebijakan tersebut dapat dipertanggungjawabkan baik secara moral maupun hukum.

S. Prajudi Atmosudirjo sebagaimana dikutip oleh Mustamu menjelaskan bahwa diskresi diperlukan sebagai pelengkap dari asas legalitas, yaitu asas hukum yang menyatakan bahwa setiap tindakan hukum atau perbuatan administrasi negara harus berdasarkan ketentuan UU. Namun dalam praktiknya, karena tidak mungkin bagi UU untuk mengatur segala hal dalam praktik kehidupan sehari-hari maka

diperlukan adanya diskresi. Diskresi menurut Prajudi ada dua, yaitu diskresi bebas dan diskresi terikat. Pada diskresi bebas, UU hanya menetapkan batas-batas dan pengambil kebijakan bebas mengambil keputusan apa saja asalkan tidak melampaui/melanggar batas-batas tersebut. Sedangkan pada diskresi terikat, UU menetapkan beberapa alternatif keputusan dan pengambil kebijakan bebas memilih salah satu alternatif keputusan yang disediakan UU tersebut.

Dengan demikian diskresi muncul karena adanya tujuan kehidupan bernegara yang harus dicapai, tujuan bernegara dari faham negara kesejahteraan 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 tergambarkan secara tegas tujuan bernegara yang hendak dicapai. Untuk mencapai tujuan bernegara tersebut maka pemerintah berkewajiaban 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 ketiadaan peraturan perundang-undangan *(rechtsvacuum).* Oleh karena itu untuk adanya keleluasaan bergerak, diberikan kepada administrasi negara (pemerintah) suatu kebebasan bertindak yang seringkali disebut *fries ermessen* (Jerman) ataupun *pouvoir discretionnaire* (Perancis).

S. Prajudi Atmosudirjo mendefinisikan diskresi, *discreation* (inggris), *discretionair* (perancis), *freies ermessen* (Jerman) sebagai kebebasan bertindak atas mengambil keputusan dari para pejabat administrasi negara yang berwenang dan berwajib menurut pendapat sendiri[3]. Selanjutnya dijelaskan bahwa 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-

[3] S.Prajudi Atmosudirjo,1994, *Hukum Administrasi Negara*, Ghalia Indonesia, Jakarta, hlm 82

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 atas diskresi bebas dan diskresi terikat.

Thomas J. Aaron mendefinisikan diskresi sebagai suatu kekuasaan atau wewenang yang dilakukan berdasarkan hukum atas pertimbangan dan keyakinan serta lebih menekankan pertimbangan-pertimbangan moral dari pada pertimbangan hukum (*discretion is power authority conferred by law to action on the basic of judgment of conscience, and its use is more than idea of morals than law*)[4].

Pengertian mengenai diskresi dikemukakan pula oleh Robbins (2005, 186): penggunaan penilaian pribadi oleh pejabat untuk membuat keputusan atau kebijakan. Begitu pula menurut Davis (1969, 4 dalam Sainsbury, 2001, 297), diskresi merupakan batasan efektif dari kekuasaan yang dimiliki oleh pejabat untuk menentukan pilihan berdasarkan pertimbangannya dalam melakukan atau tidak melakukan suatu tindakan.

D. Hakikat dan Tujuan Diskresi

Diskresi sebagai wewenang pemerintahan merupakan wewenang bebas yang dimiliki oleh aparatur pemerintahan sekaligus sebagai lawan dari wewenang terikat *(gebonden bevoegdheid).* Sifat dan karakter hukum tindakan pemerintah ini mengharuskan kekuasaan pemerintah tidaklah sekedar melaksanakan undang-undang *(asas wetmatigheid van bestuur),* tetapi harus lebih mengedepankan *"doelstelling"* (penetapan tujuan) dan *beleid* (kebijakan).

Tindakan pemerintah yang mengedepankan *"doelstelling"* dan *"beleid"* merupakan kekuasaan yang aktif. Sifat aktif ini menurut Philipus M. Hadjon [Philipus M. Hadjon, Discretionary Power dan Asas-Asas Umum Pemerintahan Yang Baik (AAUPB), h. 2-3.] dalam konsep hukum administrasi secara intrinsik merupakan unsur-unsur utama dari *"Sturen" (besturen).* Dalam konsep *bestuur (besturen),* kekuasaan pemerintahan dalam pelaksanaan wewenang pemerintahan tidaklah semata-mata

[4] M.Faal, 1991 : *Penyaringan Perkara Pidana Oleh Polisi (Diskresi Kepolisian)*, Pradnya Paramita, Jakarta, hlm 16

sebagai suatu wewenang terikat sebagaimana tertuang dalam aturan hukum, tetapi juga merupakan suatu wewenang bebas atau diskresi.

Dalam *Black Law Dictionary*, istilah *"discretion"* berarti *"A public official's power or right to act in certain circumstances according to personal judgment and conscience"* [Henry Campbell Black, Black's....., h. 479]. Penekanan pada pengertian diskresi sebagai kekuasaan pejabat publik untuk bertindak menurut keputusan dan hati nurani sendiri. Diskresi adalah wewenang untuk bertindak atau tidak bertindak atas dasar penilaiannya sendiri dalam menjalankan kewajiban hukum.

Istilah diskresi dalam perbandingan pada beberapa negara dikenal dengan istilah *"discretionary power"* (Inggris), *"ermessen*" (Jerman), dan *"vrij bevoegdheid"* (Belanda). Diskresi dalam pengertian *discretionary power* dalam *common law system* di Inggris adalah "*the power of judge, public official or a private party (under authority given by contract, trust or will) to make decisions on various matters based on his/her opinion within general legal guidelines)* [www.LegalDictionary.com]. Diskresi dalam pendekatan ini diartikan sebagai kewenangan dari seorang hakim, pejabat publik atau pihak swasta (yang bertindak berdasarkan kewenangan yang diberikan oleh suatu perjanjian) untuk membuat keputusan dalam berbagai hal berdasarkan pendapatnya sendiri dengan mengacu kepada aturan hukum normatif. Konsep diskresi dalam pendekatan *discretionary power* merupakan kewenangan yang dimiliki baik oleh hakim, pejabat publik dan pihak swasta. Dalam hal ini, diskresi berada dalam ranah hukum publik maupun hukum perdata.

Konsep *discretionary power* yang berlaku di Inggris ini berbeda dengan konsep *vrij bevogdheid* di Belanda yang lebih diarahkan pada ranah hukum publik, karena istilah *bevogdheid* lebih didekatkan pada ranah hukum publik dalam kaitan dengan *vrijbestuur* (kebebasan pemerintahan) dalam melaksanakan tindakan pemerintahan. N.M. Spelt – J.B.J.M. ten Berge dalam tulisannya yang berjudul "Inleiding Vergunningenrecht" sebagaimana disitir oleh Philipus M. Hadjon, membedakan 2 (dua) macam kebebasan pemerintahan *(vrij bestuur)* yaitu *beleidvrijheid* (kebebasan kebijaksanaan) dan *beoordelijngsvrijheid* (kebebasan penilaian) [Philipus M. Hadjon, Discretionary ....., h. 3.].

Lebih lanjut tentang kebebasan kebijaksanaan *(beleidvrijheid)* diuraikan bahwa:

> *" Er us beleidsvrijheid (ook wel discretionare bevoegdheid in enge zin) indien een wettelijke regeling een bestuursorgaan een bepaalde bevoegdheid verleent, terwijl het aan het orgaan vrij staat van het gebruik van die bevoegdheid af te zien, ook al zijn de voorwaarden voor rechtmatige uitoerening daarvan vervult"* (ada kebebasan kebijaksanaan (wewenang diskresi dalam arti sempit) bila peraturan perundang-undangan memberikan wewenang tertentu kepada organ pemerintahan sedangkan organ tersebut bebas untuk (tidak) menggunakannya meskipun syarat-syarat bagi penggunaannya secara sah dipenuhi).[Ibid.]

Mengenai kebebasan penilaian *(beoordelingsvrijheid)* dikatakan bahwa:

> *"Beoordelingsvrijheid (ook wel discretionare bevoegdheid in oneigenlijke zin) bestaat voorzover het rechtens ann het bestuursorgaan in overgelaten om zeltrstanding en exclusier te beoordelen or de voorwaarden voor een rechtmatige uitoepening van een bevoegdheid rijn vervuld"* (kebebasan penilain (wewenang diskresi dalam arti yang tidak sesungguhnya) ada sejauh menurut hukum diserahkan kepada organ pemerintahan untuk menilai secara mandiri dan eksklusif apakah syarat-syarat bagi pelaksanaan suatu wewenang secara sah telah dipenuhi).[Ibid.]

Diskresi sebagai *vrij bevoegdheid* dapat berarti kebebasan kebijaksanaan *(beleidvrijheid)* sebagai diskresi dalam arti sempit yang memberikan kewenangan bagi aparatur pemerintahan untuk memutus secara mandiri, sedangkan dalam arti kebebasan penilaian *(beoordelingsvrijheid)* sebagai diskresi dalam arti yang tidak sesungguhnya, memberikan kewenangan interpretasi terhadap norma-norma tersamar *(vage normen atau blanket norms).* Sebagai lawan dari wewenang terikat *(gebonden bevoegdheid)*, diskresi dalam wewenang bebas *(vrij bevogdheid)* merupakan pilihan untuk melakukan tindakan pemerintahan yang berkaitan dengan rumusan norma yang

mengandung *vage norm* maupun kondisi faktual seperti keadaan darurat, bencana dan lain-lain. Diskresi tidak dapat dilakukan tanpa adanya *conditio sine quo non* yang mendasari esensi diskresi itu sendiri. Tentunya diskresi sebagai suatu tindakan untuk melakukan pilihan terhadap aspek rumusan norma dan kondisi faktual tidak berarti sebebas-bebasnya, namun parameter pengujiannya didasarkan pada peraturan perundang-undangan dan asas-asas umum pemerintahan yang baik.

Dalam kaitan dengan diskresi dalam arti *"Ermessen"* di Jerman bukan dalam arti *"freies ermessen"* seperti yang selama ini diterapkan dalam hukum di Indonesia. Adanya *ermessen* yang *freies* oleh para pakar hukum sebelumnya lebih didekatkan pada konsep *vrij bevoegdheid* yang berlaku di Belanda sebagai kewenangan bebas. Padahal esensi *vrij bevoegdheid* berbeda dengan *ermessen*. Konsep *ermessen* diartikan sebagai *"Ist die Behőrde ermächtigt, nach ihrem Ermessen zu handeln, hat sie ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung auszuüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten"* (jika setiap lembaga negara/publik memiliki kewenangan buat ber "*ermessen*" (pertimbangan), maka lembaga negara/publik haruslah menggunakan "*ermessen*" itu sesuai dengan kegunaan kewenangan tersebut dan batas-batas hukum yang berlaku bagi diskresi tersebut).[Pipit Kartawidjaya, Kritik Terhadap RUU Administrasi Pemerintahan, h. 11.]

Dalam konsep *ermessen* (pertimbangan), maka tindakan aparatur pemerintahan tidak bebas tetapi harus didasarkan pada aturan hukum yang berlaku terhadap kewenangan yang dimiliki. Dalam pengertian *ermessen* di atas, maka dapat dikatakan tidak ada *ermessen* (pertimbangan) yang bersifat *freies* (bebas), namun harus secara jelas ditegaskan dalam peraturan perundang-undangan.

Freies Ermessen 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 sebagai berikut:

1. Ditujukan untuk mejalankan tugas-tugas servis publik;
2. Merupakan sikap tindak yang aktif dari administrasi Negara;
3. Sikap tindak itu dimungkinkan oleh hukum;
4. Sikap tindak itu diambil atas inisiatif sendiri;
5. Sikap tindak itu dimaksudkan untuk menyelesaikan persoalan-persoalan penting yang timbul secara tiba-tiba;
6. Sikap tindak itu dapat dipertanggungjawabkan baik secara moral kepada Tuhan Yang Maha Esa maupun secara hukum[5].

Meskipun pemberian diskresi atau kewenangan bebas (*discresionare power*) kepada pemerintah merupakan konsekuensi logis dalam konsepsi *welfare state*, akan tetapi pemberian kewenangan diskresi ini bukan tanpa masalah. Sebab adanya kewenangan bebas ini berarti terbuka peluang penyalahgunaan wewenang (*detournement de pouvoir*) atau tindakan sewenang-wenang (*willekeur*) yang dapat merugikan warga negara.

Menurut Wayne La Farve sebagaimana dikutip oleh Soerjono Soekanto, bahwa diskresi menyangkut pengambilan keputusan yang tidak sangat terikat oleh hukum, dimana penilaian pribadi juga memegang peranan[6]. Pendapat Wayne La Farve ini selaras dengan ketentuan Pasal 24 undang-undang Administrasi Pemerintahan bahwa Pejabat Pemerintahan yang menggunakan diskresi harus memenuhi syarat:

1. Sesuai dengan tujuan diskresi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 22 ayat (2);
2. Tidak bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan;
3. Sesuai dengan AUPB;
4. Berdasarkan alasan-alasan yang objektif;
5. Tidak menimbulkan konflik kepentingan; dan
6. Dilakukan dengan iktikad baik.

---

[5] Sjachran Basah, 1985 : *Eksistensi dan Tolok Ukur Peradilan Administrasi di Indonesia,* Alumni Bandung, hal 60.

[6] La Farve dalam Soerjono Soekanto, 2002 : *Faktor-Faktor yang Mempengaruhi Penegakan Hukum,* Raja Grafindo Persada, Jakarta, hlm 15

Dengan keterangan[7]:

1. Yang dimaksud dengan “alasan-alasan objektif” adalah alasan-alasan yang diambil berdasarkan fakta dan kondisi faktual, tidak memihak, dan rasional serta berdasarkan AUPB.
2. Yang dimaksud dengan “iktikad baik” adalah keputusan dan/atau tindakan yang ditetapkan dan/atau dilakukan didasarkan atas motif kejujuran dan berdasarkan AUPB.

Menurut Marcus Lukman sebagaimana dikutip oleh Saut P. Panjaitan mengatakan bahwa persoalan-persoalan penting yang mendesak, sekurang-kurangnya mengandung unsur-unsur sebagai berikut:

1. Persoalan-persoalan yang muncul harus menyangkut kepentingan umum, yaitu kepentingan bangsa dan negara, kepentingan masyarakat luas, kepentingan rakyat banyak/bersama, serta kepentingan pembangunan.
2. Munculnya persoalan tersebut secara tiba-tiba, berada diluar rencana yang telah ditentukan.
3. Untuk menyelesaikan persoalan tersebut, peraturan perundang-undangan belum mengaturnya atau hanya mengatur secara umum, sehingga administrasi negara mempunyai kebebasan untuk menyelesaikan atas inisiatif sendiri.
4. Prosedurnya tidak dapat diselesaikan menurut administrasi yang normal, atau jika diselesaikan menurut prosedur administrasi yang normal justru kurang berdaya guna dan berhasil guna.
5. Jika persoalan tersebut tidak diselesaikan dengan cepat, maka akan menimbulkan kerugian bagi kepentingan umum[8].

Penggunaan konsep diskresi sebagai perbandingan yang dikemukakan di atas menjadi sumber hukum dalam penerapan diskresi

---

[7] Berdasarkan penjelasan dalam Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan

[8] Marcus Lukman sebagaimana dikutip oleh Saut P. Panjaitan, *Makna dan Peranan Freies Ermessen Dalam Hukum Administrasi Negara* dalam SF Marbun dkk, Dimensi-Dimensi Pemikiran Hukum Administrasi Negara, UII Press, Yogyakarta 2001, hlm 117

di Indonesia. Selama ini, diskresi sering disamakan dengan kebijakan yang berarti kebebasan yang sebebas-bebasnya bagi pemerintah untuk bertindak. Pada era orde lama dan orde baru, diskresi yang disamakan dengan kebijakan itu sering berlindung pada norma yang tidak jelas batasan dan syarat-syaratnya. Norma-norma itu antara lain, kepentingan umum, ketertiban umum, dan lain-lain. Pemerintah sering berlindung pada kondisi abstrak untuk menjustifikasi keabsahan tindakan pemerintahan yang nyatanya tidak didasarkan pada kepentingan masyarakat.

Diskresi sebagai wewenang bebas tidak berarti sebebas-bebasnya. Setiap kewenangan dalam negara hukum tidak dikenal adanya wewenang yang sebebas-bebasnya. Wewenang (termasuk wewenang terikat dan wewenang bebas) selalu memiliki batasan yang diperintahkan oleh peraturan perundang-undangan. Diskresi sebagai wewenang bebas pun tidak dapat dilakukan tanpa adanya kewenangan yang diberikan oleh peraturan perundang-undangan. Selain itu, Asas-Asas Umum Pemerintahan yang Baik (AAUPB) menjadi norma tidak tertulis sekaligus sebagai norma perilaku bagi aparatur dalam melakukan tindakan pemerintahan.

Dalam Undang-Undang Administrasi Pemerintahan yang merupakan upaya kodifikasi di bidang Hukum Administrasi sekaligus sebagai sumber normatif tindakan pemerintahan dimaksud, diskresi didefinisikan sebagai “Wewenang Badan atau Pejabat Pemerintahan yang memungkinkan untuk melakukan pilihan dalam mengambil tindakan hukum dan/atau tindakan faktual dalam administrasi pemerintahan” (Pasal 1 angka 5). Adanya Undang-Undang Administrasi Pemerintahan ini sekaligus memperjelas diskresi dan penggunaannya yang merupakan suatu pilihan dan bukan kebebasan yang sebebas-bebasnya. Dalam Pasal 6 menyangkut diskresi dalam Undang-Undang Administrasi Pemerintahan, diatur kriteria dan persyaratan apabila Pejabat Pemerintahan menggunakan diskresi dalam mengambil keputusan wajib mempertimbangkan tujuan diskresi, peraturan perundang-undangan yang menjadi dasar diskresi, dan asas-asas umum pemerintahan yang baik (ayat 1).

Tujuan diskresi pada hakikatnya merupakan tujuan dari wewenang itu sendiri. Pembentuk hukum tentunya dalam memberikan wewenang pemerintahan didasari pada tujuan yang diharapkan dari wewenang dimaksud. Hal ini merupakan prinsip hukum yang spesifik dari asas legalitas *(legaliteit beginsel).* Prinsip legalitas memberikan dasar pemikiran bahwa setiap wewenang pemerintahan harus memiliki dasar legalitas sebagaimana diatur dalam peraturan perundang-undangan. Asas legalitas ini digunakan dalam hukum administrasi yang memiliki makna ”*Dat het bestuur aan de wet is onderworpen”*[H. D. Stout, De Betekenissen van de Wet, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1994, p. 28.] (bahwa pemerintah tunduk kepada undang-undang) atau ”*Het legaliteitsbeginsel houdt in dat alle (algemene) de burgers bindende bepalingen op de wet moeten berusten*”[Ibid.] (asas legalitas menentukan bahwa semua ketentuan yang mengikat warga negara harus didasarkan pada Undang-Undang). Asas legalitas menjadi dasar legitimasi tindakan pemerintahan dan jaminan perlindungan terhadap hak-hak masyarakat.

Spesifikasi dari asas legalitas ini adalah asas tujuan *(specialiteit beginsel)* bahwa setiap kewenangan mengandung tujuan tertentu. Asas ini menjadi landasan bagi kewenangan pemerintah untuk bertindak dengan dikaitkan pada suatu tujuan. Setiap kewenangan pemerintah *(bestuurs bevoegdheid)* diatur oleh peraturan perundang-undangan dengan suatu tujuan tertentu. Dari sudut pandang ini Hukum Administrasi merupakan rangkaian peraturan yang berkaitan dengan kepentingan umum tertentu. [Mariette Kobussen, De Vrijheid van de Overheid, W.E.J., Tjeenk Willink Zwolle, 1991, p. 103.]

E. Batas Toleransi Penggunaan Diskresi

Kebebasan bertindak sudah tentu akan menimbulkan kompleksitas masalah karena sifatnya menyimpang dari asas legalitas dalam arti sifat ”pengecualian” jenis ini berpeluang lebih besar untuk menimbulkan kerugian kepada warga masyarakat. Oleh karena itu terhadap diskresi perlu ditetapkan adanya batas toleransi. Batasan toleransi dari diskresi ini dapat disimpulkan dari pemahaman yang

diberikan oleh Sjahran Basah sebelumnya, yaitu adanya kebebasan atau keleluasaan administrasi negara untuk bertindak atas inisiatif sendiri; untuk menyelesaikan persoalan-persoalan yang mendesak yang belum ada aturannya untuk itu; tidak boleh mengakibatkan kerugian kepada masyarakat, harus dapat dipertanggungjawabkan secara hukum dan juga secara moral.

Jika kita berbicara mengenai pertanggungjawaban, maka diskresi akan terkait dengan permasalahan subyek yang memiliki kewenangan membuat diskresi, maka subyek yang berwenang untuk membuat suatu diskresi adalah administrasi negara dalam pengertian sempit, yaitu eksekutif. Argumentasi yang dikedepankan sehubungan dengan hal ini adalah bahwa eksekutiflah yang lebih banyak bersentuhan dengan masalah pelayanan publik oleh karena itu diskresi hanya ada di lingkungan pemerintahan (eksekutif). 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.

Menurut Prof. Muchsan, pelaksanaan diskresi oleh aparat pemerintah (eksekutif) dibatasi oleh 4 (empat) hal, yaitu:

1. Apabila terjadi kekosongan hukum;
2. Adanya kebebasan interprestasi;
3. Adanya delegasi perundang-undangan; dan
4. Demi pemenuhan kepentingan umum.

Selanjutnya mengenai apakah diskresi perlu diatur atau dibatasi Pakar Hukum Tata Negara Universitas Indonesia, Prof. Bintan R. Saragih berpendapat bahwa diskresi tidak perlu diatur atau dibatasi karena sudah ada pertanggungjawabannya sendiri baik secara moral maupun hukum. Ditambahkan lagi oleh Prof. Bintan R. Saragih, bahwa pengaturan mengenai diskresi pejabat hanya lazim digunakan pada sistem parlementer, sementara sistem presidensial lebih menggunakan kebiasaan.

F. Pembatasan Diskresi

Meskipun diskresi merupakan kekuasaan yang bebas, menggunakan diskresi bukan tanpa batas. J.B.J.M. ten Berge berpendapat wewenang bebas dibatasi oleh isi ketentuan undang-undang yang menjadi dasar wewenang diskresi tersebut dan asas-asas umum pemerintahan yang baik, dan juga tidak boleh menyimpang dari peraturan kebijakan yang berlaku atau perjanjian perdata.[9] Sedangkan H.D. van Wijk/Willemkonijnenbelt berpendapat hal yang membatasi wewenang bebas adalah norma hukum umum yang berasal dari undang-undang hukum administrasi dan norma hukum tidak tertulis (asas-asas pemerintahan yang baik yang tidak tertulis).[10] Menurut J.H Grey, diskresi oleh prinsip-prinsip berikut, yakni *good faith, uninfluenced by irrelevant considerations or motives, reasonably, dan within the statutory bounds of the discretion.*[11]

Undang-Undang Administrasi Pemerintahan telah membatasi penggunaan diskresi. Kekuasaan diskresi dibatasi dengan 3 (tiga) hal, *pertama* harus dilakukan oleh pejabat pemerintahan yang berwenang. *Kedua*, harus dilakukan sesuai dengan tujuan dan ruang lingkup yang diatur dalam Undang-Undang. *Ketiga*, harus dilakukan sesuai dengan prosedur teknis administratif sebagaimana telah ditentukan dalam Undang-Undang Administrasi Pemerintahan. Selain itu, penggunaan diskresi terikat pada asas-asas penyelenggaraan pemerintahan yaitu, asas legalitas dan perlindungan terhadap hak asasi manusia serta asas-asas umum pemerintahan yang baik.

Agar diskresi tidak disalahgunakan, Paulus Effendi Lotulung menyatakan bahwa rambu-rambu yang ditetapkan UU dan prinsip-prinsip pemerintahan yang baik harus diperhatikan. Hal ini didasari atas 2 (dua) hal yaitu *pertama*, diskresi mengandung penyalahgunakan wewenang dan *kedua*, diskresi mengandung arbitrenis. Diskresi dikatagorikan penyalahgunaan wewenang bila, pertama terjadi

---

[9] J.B.J.M ten Berge, et.al., *Verklarend Woordenboek Openbaar Bestuur*, Samsom H.D. Tjeenk Willink, Alphen aan den Rijn, 1992, hlm. 168

[10] H.D. van Wijk/Willemkonijnenbelt, *Hoofdstukken van Administratief Recht*, Uitgeverij Lemma BV. Utrecht, 1995, hlm. 172.

[11] J.H Grey, Discretion in Administrative Law, Osgoode Hall Journal, Volume 17 Number 1 April 1979, hlm. 114. Artikel ini dapat diakses melalui http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol17/iss1/3

penggunaan wewenang tidak sesuai dengan tujuan, kedua terjadi penggunaan tujuan yang tidak sesuai dengan maksud wewenang itu diberikan dan ketiga penggunaan prosedur yang salah. Sedangkan terkait arbitrenis, diskresi dinilai melanggar prinsip pemerintahan yang baik, misalnya asas proposionalitas[12]. Dengan demikian, jika batasan-batasan diskresi ini dilanggar, maka dapat dikategorikan sebagai penyalahgunaan wewenang dan/atau pelanggaran hukum. Contoh yang sering terjadi adalah dalam hal pengadaan barang dan jasa, ketika pejabat pemerintahan (pejabat pengadaan) melakukan mekanisme Penunjukkan Langsung tanpa mengikuti prosedur dan tata cara yang ditetapkan peraturan, dengan alasan diskresi pejabat yang bersangkutan.

G. Asas-Asas Umum Pemerintahan Yang Baik

Diskresi sebagai wewenang bebas *(vrij bevoegdheid)* memiliki kriteria dengan parameter peraturan perundang-undangan dan Asas-Asas Umum Pemerintahan yang Baik (AAUPB). Walaupun secara *wetmatigheid*, peraturan perundang-undangan memberikan wewenang bebas bagi aparatur pemerintahan, namun kriteria hukum *(jurisdiche criteria)* untuk menilai segi *rechtmatigheid* wewenang bebas. Kriteria hukum yang digunakan adalah asas-asas umum pemerintahan yang baik, yang dikenal di Belanda dengan sebutan *"algemene beginselen behoorlijk bestuur"*.

Sistem hukum Inggris mengedepankan prinsip *Ultra Vires* dalam pengujian *discretionary power* yang didasarkan pada *illegality*, *irrationality* dan *procedural impropriety*. *Illegality* berkaitan dengan hal bahwa pembuat keputusan tidak berwenang atau ada cacat wewenang *(discretionary power atau abuse of discretion)*. *Irrasionality* terjadi bila pembuat keputusan telah menetapkan faktor-faktor yang tidak layak atau tidak relevan dalam pertimbangannya, atau tidak proporsional dan bertentangan dengan *Article 8 ofthe European Convention on Human Rights (respect of correspondences).* Sedangkan *procedural impropriety*

[12] Naskah Akademik RUU AP, hlm. 58.

menyangkut *violating important statutory procedure, bias, lack of a fair hearing, failure to give reanons for decision*.

Asas-asas umum pemerintahan yang baik ini pertama kali disajikan oleh Kuntjoro Purbopranoto yang menyebutkan adanya 13 (tiga belas) asas-asas umum pemerintahan yang baik, antara lain:

1. Asas kepastian;
2. Asas keseimbangan;
3. Asas kesamaan;
4. Asas bertindak cermat;
5. Asas motivasi;
6. Asas jangan mencampuradukan kewenangan;
7. Asas *fair play*;
8. Asas keadilan atau kewajaran;
9. Asas menanggapi pengharapan yang wajar;
10. Asas meniadakan akibat-akibat suatu keputusan yang batal;
11. Asas perlindungan atas pandangan hidup;
12. Asas kebijaksanaan; dan
13. Asas penyelenggaraan kepentingan umum.

Asas-asas umum pemerintahan yang baik ini secara yuridis normatif diatur dalam Pasal 53 ayat (2) huruf b Undang-Undang Nomor 9 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara --- selanjutnya disebut UU PTUN ---. Asas-asas umum pemerintahan yang baik merupakan kriteria yuridis *(juridische criteria)* baik oleh hakim dalam mengadili maupun oleh aparatur pemerintahan sebagai landasan dalam menyelenggarakan fungsi pemerintahan dan alasan mengajukan gugatan di Pengadilan Tata Usaha Negara.

Dalam Penjelasan Pasal 53 ayat (2) huruf b UU PTUN disebutkan bahwa yang dimaksud dengan “asas-asas umum pemerintahan yang baik” adalah meliputi asas:

1. Kepastian hukum;
2. Tertib penyelenggaraan negara;
3. Keterbukaan;

4. Proporsionalitas;
5. Profesionalitas;
6. Akuntabilitas.

Sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang Nomor 28 Tahun 1999 tentang Penyelenggara Negara yang Bersih dan Bebas dari Korupsi, Kolusi, dan Nepotisme.

Adanya pengaturan ini menyamakan asas-asas umum pemerintahan yang baik dengan asas-asas penyelenggaraan negara. Asas-asas umum pemerintahan yang baik merupakan asas-asas yang melandasi tindakan pemerintahan yang dilakukan oleh aparatur pemerintahan (khususnya eksekutif dalam pendekatan *bestuur*) dan pada hakikatnya berbeda dengan asas-asas penyelenggaraan negara yang ditujukan bagi aparatur penyelenggaraan negara secara keseluruhan (baik legislatif, eksekutif maupun judisial).

Asas-asas umum pemerintahan yang baik dalam pendekatan *ius constituendum* sebagaimana diatur dalam Undang-Undang Administrasi Pemerintahan antara lain, asas kepastian hukum, asas keseimbangan, asas ketidakberpihakan, asas kecermatan, asas tidak melampaui, tidak menyalahgunakan dan/atau mencampuradukan kewenangan, asas keterbukaan dan asas kepentingan umum.

1. Asas kepastian hukum adalah asas dalam negara hukum yang mengutamakan landasan peraturan perundang-undangan, kepatutan, keajegan, dan keadilan dalam setiap kebijakan penyelenggaraan pemerintahan.
2. Asas keseimbangan adalah asas yang mewajibkan Badan atau Pejabat Pemerintahan untuk menjaga, menjamin, paling tidak mengupayakan keseimbangan, antara: (1) kepentingan antar individu yang satu dengan kepentingan individu yang lain; (2) keseimbangan antar individu dengan masyarakat; (3) antar kepentingan warga negara dan masyarakat asing; (4) antar kepentingan kelompok masyarakat yang satu dan kepentingan kelompok masyarakat yang lain; (5) keseimbangan kepentingan antara pemerintah dengan warga negara; (6) keseimbangan

antara generasi yang sekarang dan kepentingan generasi mendatang; (7) keseimbangan antara manusia dan ekosistemnya; (8) antara kepentingan pria dan wanita.

3. Asas ketidakberpihakan adalah asas yang mewajibkan Badan atau Pejabat Pemerintahan dalam mengambil keputusan mempertimbangkan kepentingan para pihak secara keseluruhan dan tidak diskriminatif.
4. Asas kecermatan adalah asas yang 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.
5. Asas tidak melampaui, tidak menyalahgunakan dan/atau tidak mencampuradukkan kewenangan adalah asas yang mewajibkan setiap Badan atau Pejabat Pemerintahan tidak menggunakan kewenangannya untuk kepentingan pribadi atau kepentingan yang lain dan tidak sesuai dengan tujuan pemberian kewenangan tersebut.
6. Asas keterbukaan adalah asas yang melayani masyarakat untuk memperoleh informasi yang benar, jujur, dan tidak diskrirninatif dalam penyelenggaraan Pemerintahan dengan tetap memperhatikan perlindungan atas hak asasi pribadi, golongan, dan rahasia negara.
7. Asas kepentingan umum adalah asas yang mendahulukan kesejahteraan umum dengan cara yang aspiratif, akomodatif, selektif dan tidak diskriminatif.

Di dalam perkembangannya di Belanda, AAUPB bisa saja beralih menjadi hukum tertulis. AAUPB di Belanda terdapat dalam yurisprudensi AROB (Peradilan Administrasi Belanda) yang merupakan unsur ABBB :

1. Asas pertimbangan
2. Asas kecermatan
3. Asas kepastian hukum

4. Asas kepercayaan atau asas menanggapi harapan yang telah ditimbulkan
5. Asas persamaan
6. Asas keseimbangan
7. Asas kewenangan
8. Asas *fair play*
9. Larangan penyalahgunaan wewenang
10. Larangan bertindak sewenang-wenang

Di Perancis, AUPB yang terdapat dalam yurisprudensi Peradilan Administrasi Perancis adalah :

1. Asas persamaan
2. Asas larangan mencabut keputusan bermanfaat
3. Asas larangan berlaku surut
4. Asas jaminan kebebasan
5. Asas keseimbangan

Pengertian AAUPB adalah norma hukum tidak tertulis yang tidak identik dengan hukum adat tetapi hukum yang lahir dalam penyelenggaraan pemerintahan dan putusan pengadilan atau AUPB merupakan tendensi-tendensi etik yang menjadi dasar hukum tata usaha negara bangsa Indonesia baik yang tertulis maupun yang tidak tertulis termasuk praktIk pemerintah.

Istilah AAUPB adalah sebagai *Algemene Beginselen van Behoorlijk Bestuur* (Bahasa Belanda), *Les Principes generaux du droit contumier public* (Bahasa Perancis), *The General Principles of Good Administration* (Bahasa Inggris). Unsur AAUPB merupakan nilai-nilai etik yang hidup dan berkembang dalam lingkungan Hukum Administrasi, AAUPB berfungsi sebagai pegangan bagi pejabat dalam menjalankan fungsinya, merupakan alat uji bagi hakim administrasi dalam menilai tindakan administrasi yang berwujud penetapan atau *beschikking* dan sebagai dasar pengajuan gugatan bagi pihak penggugat. Sebagian besar AUPB masih merupakan asas-asas yang tidak tertulis, masih abstrak, dan dapat digali dalam praktik kehidupan di masyarakat.

Sebagian asas yang lain sudah menjadi kaidah hukum tertulis dan terpencar dalam berbagai peraturan hukum positif. Meskipun sebagian dari asas itu berubah menjadi kaidah hukum tertulis, namun sifatnya tetap sebagai asas hukum.

H. Penerapan Asas Diskresi Dalam Pembuatan Keputusan Tata Usaha Negara

Keputusan Tata Usaha Negara, disamping keputusan pelaksanaan *(ececutive dececion atau gebonden beschikking)* juga ada yang disebut dengan keputusan bebas *(discretionary decision atau Vrije beschikking).* Keputusan bebas ini biasa kita kenal dengan istilah asas diskresi atau *freis ermessen*. Aparat pemerintah (eksekutif) dalam pelaksanaan fungsinya (struktural maupun fungsional) dapat melakukan suatu tindakan berupa membuat suatu keputusan *(beschikking)* meskipun hal tersebut belum diatur secara tegas atau bertentangan dengan undang-undang.

Menurut Prof. Muchsan, asas diskresi harus berlandaskan pada 2 (dua) hal yaitu landasan yuridis dan 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.

Untuk mencapai tujuan bernegara tersebut maka pemerintah berkewajiaban 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 ketiadaan peraturan perundang-undangan *(rechtsvacuum).* Oleh karena itu untuk adanya keleluasaan bergerak, diberikan kepada administrasi negara (pemerintah) suatu kebebasan bertindak yang seringkali disebut *fries ermessen* (Jerman) ataupun *pouvoir discretionnaire* (Perancis).

Berdasarkan uraian konsespi di atas, maka dapat disimpulkan konsepsi diskresi sebagai berikut ini.

- Pelaksanaan penyelenggaraan pemerintahan, membawa konsekuensi adanya hak kebebasan bagi administratur negara (mencakup aparatur dan lembaga di dalamnya) untuk bertindak atas inisatif sendiri *(freies ermessen/diskresionare)* dalam batas kewenangan yang dimilikinya.
- Istilah ini kemudian secara khas digunakan dalam bidang pemerintahan, sehingga *freies ermessen/diskresionare* dapat diartikan sebagai salah satu sarana yang memberikan ruang gerak bagi Pejabat atau Badan Administrasi Negara untuk melakukan tindakan tanpa harus terikat sepenuhnya pada peraturan perundang-undangan.
- Secara konsepsional, implementasi *freies ermessen/diskresionare* lebih mengutamakan keefektifan tercapainya suatu tujuan (*doelmatigheid*) daripada sekedar mematuhi sepenuhnya ketentuan hukum (*rechtmatigheid*). al ini tidak terlepas dari dinamika kebutuhan masyarakat yang begitu cepat, yang seringkali tidak terprediksi dari awal (*unpredictable*) atau bahkan tidak terjangkau oleh prosedur formal yang diatur dalam berbagai kebijakan.
- Dalam perspektif tata kelola pemerintahan yang baik, kewenangan diskresi ini melekat pada setiap pejabat pemerintahan dalam berbagai level (*soft skill* kompetensi) dan diperlukan untuk menghasilkan kebijakan yang inovatif dan bermanfaat secara konkret bagi masyarakat.

Secara teoritis dan yuridis-normatif diskresi merupakan tindakan yang absah untuk digunakan, sepanjang hal tersebut, dari aspek hukum, akuntabilitas dan rasionalitasnya, memang bisa divalidasi. Teori hukum administrasi negara – misalnya dengan konsep kebebasan menilai yang bersifat objektif dan subjektif -- maupun peraturan perundang-undangan – misalnya dengan berbagai prosedur dan rambu-rambu yang sudah ditentukan – sudah dengan detail dan jelas mengelaborasinya.

Namun demikian, di dalam praktik, diskresi menjadi dilema tersendiri, karena ada situasi-situasi tertentu yang bersifat mendesak dan menuntut respon tanggap dan cepat dari seorang pejabat publik, maka bisa terjadi, berbagai teori, prosedur, serta rambu-rambu yang sudah dikonsepsikan secara teoritis dan diatur dalam peraturan perundang-undangan tersebut menjadi tercederai, sehingga diskresi seorang pejabat publik kemudian menjadi suatu tindakan melawan hukum. Tindakan melawan hukum itu bisa masuk ke dalam ranah mal-adminitrasi, tetapi juga bisa mengandung unsur tindak pidana korupsi. Karena itu perlu dilihat kasus per kasus. Dalam konteks inilah kemudian menjadi penting untuk mengobjektifikasi apakah tindakan seorang pejabat publik masih sesuai dengan atau sudah menciderai prinsip-prinsip diskresi yang bertanggung jawab, melalui lembaga peradilan, baik yang bersifat administratif maupun tindak pidana umum atau khusus.

BAB III
PENGATURAN DISKRESI DALAM UNDANG-UNDANG NOMOR 30 TAHUN 2014 TENTANG ADMINISTRASI PEMERINTAHAN

Undang-Undang Administrasi Pemerintahan diberlakukan sejak tanggal 17 Oktober 2014, memuat perubahan penting dalam penyelenggaran birokrasi pemerintahan. Berdasarkan Undang-Undang tersebut, pejabat pemerintahan mempunyai hak untuk diskresi, memperoleh perlindungan hukum dan jaminan keamanan dalam menjalankan tugasnya.

Lahirnya Undang-Undang Administrasi Pemerintahan merupakan kompilasi dan transformasi asas, nilai dan konsep administrasi pemerintahan yang dalam prakteknya telah dilaksanakan selama berpuluh-puluh tahun dalam penyelenggaraan Pemerintahan yang belum terhimpun dalam suatu aturan tertulis. Undang-Undang ini kemudian menjadi instrumen standardisasi administrasi negara, dan kodifikasi (pengaturan) undang-undang tunggal sebagai payung yang memberi pedoman di semua sektor pemerintahan dan juga dapat dikatakan sebagai hukum materiil dari sistem Peradilan Tata Usaha Negara. Dalam Undang-Undang Administrasi Pemerintahan, pengaturan terhadap Administrasi Pemerintahan pada dasarnya adalah upaya untuk membangun prinsip-prinsip pokok, pola pikir, sikap, perilaku, budaya dan pola tindak administrasi yang demokratis, objektif, dan profesional dalam rangka menciptakan keadilan dan kepastian hukum.

A. Pengaturan Diskresi

Salah satu materi yang diatur di dalam Undang-Undang Administrasi Pemerintahan adalah mengenai diskresi. Dalam Pasal 1 Angka 9 menyebutkan bahwa diskresi adalah keputusan dan/atau tindakan yang ditetapkan dan/atau dilakukan oleh Pejabat Pemerintahan

untuk mengatasi persoalan konkret yang dihadapi dalam penyelenggaraan pemerintahan dalam hal peraturan perundang-undangan yang memberikan pilihan, tidak mengatur, tidak lengkap atau tidak jelas, dan/atau adanya stagnasi pemerintahan.

Pejabat Pemerintahan memiliki **hak** untuk menggunakan kewenangan dalam mengambil keputusan dan/atau tindakan. Hak yang dimaksud antara lain adalah menggunakan diskresi sesuai dengan tujuannya. Namun dalam haknya menggunakan diskresi sesuai dengan tujuannya tersebut, pejabat pemerintahan berkewajiban untuk mematuhi Undang-Undang Administrasi Pemerintahan ini. Di sisi lain, Pejabat Pemerintahan **berkewajiban** untuk menyelenggarakan Administrasi Pemerintahan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan, kebijakan pemerintahan, dan AUPB. Pejabat Pemerintahan juga memiliki kewajiban. Salah satu kewajiban pejabat pemerintahan, salah satunya mematuhi Undang-Undang ini dalam menggunakan diskresi.

Diskresi hanya dapat dilakukan oleh Pejabat Pemerintahan yang berwenang dan bertujuan untuk:

1. Melancarkan penyelenggaraan pemerintahan;
2. Mengisi kekosongan hukum;
3. Memberikan kepastian hukum;
4. Mengatasi stagnasi pemerintahan dalam keadaan tertentu guna kemanfaatan dan kepentingan umum. Yang dimaksud dengan “stagnasi pemerintahan” adalah tidak dapat dilaksanakannya aktivitas pemerintahan sebagai akibat kebuntuan atau disfungsi dalam penyelenggaraan pemerintahan, contohnya: keadaan bencana alam atau gejolak politik.

Dalam undang-undang tersebut diatur pula mengenai syarat keputusan diskresi yang dibuat yakni :

1. Sesuai dengan tujuan Diskresi;
2. Tidak bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan;
3. Sesuai dengan AUPB;

4. Berdasarkan alasan-alasan yang objektif. Yang dimaksud dengan “alasan-alasan objektif” adalah alasan-alasan yang diambil berdasarkan fakta dan kondisi faktual, tidak memihak, dan rasional serta berdasarkan AUPB;
5. Tidak menimbulkan konflik kepentingan; dan
6. Dilakukan dengan iktikad baik. Yang dimaksud dengan “iktikad baik” adalah keputusan dan/atau tindakan yang ditetapkan dan/atau dilakukan didasarkan atas motif kejujuran dan berdasarkan AUPB.

Selain itu, diskresi dapat dilakukan manakala berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan memberikan suatu pilihan bagi lembaga atau pejabat (UU 12/2011).

Mengenai lingkup diskresi, dalam Undang-Undang Administrasi Pemerintahan dijelaskan bahwa Diskresi Pejabat Pemerintahan meliputi:

1. Pengambilan keputusan dan/atau tindakan berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan yang memberikan suatu pilihan keputusan dan/atau tindakan. Pilihan keputusan dan/atau tindakan Pejabat Pemerintahan dicirikan dengan kata dapat, boleh, atau diberikan kewenangan, berhak, seharusnya, diharapkan, dan kata-kata lain yang sejenis dalam ketentuan peraturan perundang-undangan. Sedangkan yang dimaksud pilihan keputusan dan/atau tindakan adalah respon atau sikap Pejabat Pemerintahan dalam melaksanakan atau tidak melaksanakan Administrasi Pemerintahan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.
2. Pengambilan keputusan dan/atau tindakan karena peraturan perundang-undangan tidak mengatur. Yang dmaksud dengan “peraturan perundang-undangan tidak mengatur” adalah ketiadaan atau kekosongan hukum yang mengatur penyelenggaraan pemerintahan dalam suatu kondisi tertentu atau di luar kelaziman.
3. Pengambilan keputusan dan/atau tindakan karena peraturan perundang-undangan tidak lengkap atau tidak jelas. Yang dimaksud dengan “peraturan perundang-undangan tidak lengkap

atau tidak jelas” apabila dalam peraturan perundang-undangan masih membutuhkan penjelasan lebih lanjut, peraturan yang tumpang tindih (tidak harmonis dan tidak sinkron), dan peraturan yang membutuhkan peraturan pelaksanaan, tetapi belum dibuat.

4. Pengambilan keputusan dan/atau tindakan karena adanya stagnasi pemerintahan guna kepentingan yang lebih luas. Yang dimaksud dengan “kepentingan yang lebih luas” adalah kepentingan yang menyangkut hajat hidup orang banyak, penyelamatan kemanusiaan dan keutuhan negara, antara lain: bencana alam, wabah penyakit, konflik sosial, kerusuhan, pertahanan dan kesatuan bangsa.

B. Prosedur Diskresi

Prosedur terkait tindakan diskresi, dalam undang-undang administrasi pemerintahan dijelaskan sebagai berikut.

1. Dalam hal penggunaan diskresi yang berpotensi mengubah alokasi anggaran serta menimbulkan akibat hukum yang berpotensi membebani keuangan negara, wajib memperoleh persetujuan dari Atasan Pejabat.

   Yang dimaksud dengan “memperoleh persetujuan dari Atasan Pejabat” adalah memperoleh persetujuan dari atasan langsung pejabat yang berwenang menetapkan dan/atau melakukan keputusan dan/atau tindakan. Yang dimaksud dengan “akibat hukum” adalah suatu keadaan yang timbul sebagai akibat ditetapkannya diskresi.

   a. Bagi pimpinan satuan kerja perangkat daerah (SKPD) mengajukan persetujuan kepada kepala daerah.
   b. Bagi bupati/walikota mengajukan persetujuan kepada gubernur.
   c. Bagi gubernur mengajukan persetujuan kepada menteri yang menyelenggarakan urusan pemerintahan dalam negeri.
   d. Bagi pimpinan unit kerja pada kementerian/lembaga mengajukan persetujuan kepada menteri/pimpinan lembaga.

e. Sistem pengalokasian anggaran sebagai dampak dari persetujuan diskresi dilaksanakan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.

Dalam pelaksanaannya :

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

2. Dalam hal penggunaan diskresi yang berpotensi menimbulkan keresahan masyarakat, Pejabat Pemerintahan wajib melaporkan kepada Atasan Pejabat sebelum penggunaan diskresi tersebut.
   Pelaporan kepada atasan digunakan sebagai instrumen untuk pembinaan, pengawasan, dan evaluasi serta sebagai bagian dari akuntabilitas pejabat.
   Dalam pelaksanaannya :
   a. Pejabat yang menggunakan Diskresi wajib menguraikan maksud, tujuan, substansi, dan dampak administrasi yang berpotensi mengubah pembebanan keuangan negara.
   b. Pejabat tersebut wajib menyampaikan pemberitahuan secara lisan atau tertulis kepada Atasan Pejabat, yang disampaikan paling lama 5 (lima) hari kerja sebelum penggunaan Diskresi.

3. Penggunaan Diskresi dalam keadaan darurat, mendesak dan/atau terjadi bencana alam, Pejabat Pemerintahan wajib memberitahukan kepada Atasan Pejabat setelah penggunaan diskresi.

Yang dimaksud dengan “keadaan mendesak” adalah suatu kondisi objektif dimana dibutuhkan dengan segera penetapan dan/atau pelaksanaan Keputusan dan/atau Tindakan oleh Pejabat Pemerintahan untuk menangani kondisi yang dapat mempengaruhi, menghambat, atau menghentikan penyelenggaraan pemerintahan.

Dalam pelaksanaannya :

a. Pejabat yang menggunakan diskresi wajib menguraikan maksud, tujuan, substansi, dan dampak yang ditimbulkan.
b. Pejabat tersebut wajib menyampaikan laporan secara tertulis kepada Atasan Pejabat setelah penggunaan diskresi, yang disampaikan paling lama 5 (lima) hari kerja terhitung sejak penggunaan diskresi.

Pejabat yang menggunakan diskresi di atas, dikecualikan dari ketentuan memberitahukan kepada warga masyarakat.

C. Akibat Diskresi

Pejabat pemerintahan yang menggunakan diskresi, wajib mengikuti prosedur yang ditetapkan dalam UU Adpem. Ada 2 prosedur inti yang harus dilakukan. Pertama, wajib diuraikan maksud, tujuan, substansi, serta dampak administrasi dan keuangan dari penggunaan diskresi. Kedua, ada rezim persetujuan dan pelaporan (dari dan kepada atasan) yang harus diikuti. Prosedur ini harus dilakukan sebelum dan setelah penggunaan diskresi dalam jangka waktu tertentu (5 hari kerja). Penggunaan diskresi dikategorikan melampaui wewenang apabila:

1. Bertindak melampaui batas waktu berlakunya wewenang yang diberikan oleh ketentuan peraturan perundang-undangan;
2. Bertindak melampaui batas wilayah berlakunya wewenang yang diberikan oleh ketentuan peraturan perundang-undangan;
3. Tidak sesuai dengan ketentuan Pasal 26, Pasal 27, dan Pasal 28 UU Administrasi Pemerintahan.

Akibat hukum dari penggunaan diskresi sebagaimana dimaksud di atas adalah menjadi tidak sah. Kemudian, penggunaan diskresi dikategorikan mencampuradukkan wewenang apabila:

1. Menggunakan diskresi tidak sesuai dengan tujuan wewenang yang diberikan;
2. Tidak sesuai dengan ketentuan Pasal 26, Pasal 27, dan Pasal 28 Undang-Undang Administrasi Pemerintahan;
3. Bertentangan dengan AUPB.

Akibat hukum dari penggunaan diskresi yang dikategorikan mencampuradukkan wewenang sebagaimana dijelaskan di atas adalah dapat dibatalkan. Penggunaan diskresi dikategorikan sebagai tindakan sewenang-wenang apabila dikeluarkan oleh pejabat yang tidak berwenang. Akibat hukumnya adalah menjadi tidak sah.

Ketentuan lain terkait diskresi muncul juga pada **Pasal 55**, yaitu

(1) Setiap Keputusan harus diberi alasan pertimbangan yuridis, sosiologis, dan filosofis yang menjadi dasar penetapan keputusan.
(2) Pemberian alasan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) tidak diperlukan jika keputusan tersebut diikuti dengan penjelasan terperinci.
(3) Ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dan ayat (2) berlaku juga dalam hal pemberian alasan terhadap keputusan diskresi.

D. Penyelesaian Hukum Apabila Terjadi Permasalahan Terkait Penggunaan Diskresi

Mahkamah Agung dalam hasil rapat kerja nasional dengan jajaran pengadilan empat lingkungan peradilan seluruh Indonesia pada tahun 2007 juga telah merumuskan bahwa tiga bentuk kebijakan antara lain "*Beleidsvrijheid*", "*Freies Ermessen*", dan "*Beleidsregels*" ini tidak dapat dinilai oleh hakim dalam perkara korupsi, pidana dan perdata, karena merupakan domain hukum administrasi Negara[13]. Bahkan secara

[13] Varia Peradilan No 263 Oktober 2007, hlm 131

historis, dalam berbagai putusan Mahkamah Agung yang pernah ada yang menyatakan bahwa perbuatan kebijakan penguasa tidak termasuk kompetensi pengadilan untuk menilainya antara lain: putusan No.118 K/Sip/1955 (Perkara Nainggolan), putusan No. 157/Sip/1960 (Perkara Lebanus Tambunan), Putusan No.319 K/Sip/1968 (Perkara Mbok Kromoredjo), Putusan Pengadilan Negeri Jakarta No. 611/1970 (Perkara Polder Pluit).

Penyelesaian hukum terhadap permasalahan dalam dunia administrasi pemerintahan sebagaimana dijelaskan UU Administrasi Pemerintahan, dimulai dengan indikasi ada atau tidaknya penyalahgunaan kewenangan, yang pengawasannya dilakukan oleh Aparat Pengawasan Intern Pemerintah (APIP). Hasil pengawasan APIP berupa:

1. Tidak terdapat kesalahan;
2. Terdapat kesalahan administratif; atau
3. Terdapat kesalahan administratif yang menimbulkan kerugian Keuangan Negara.

Kemudian juga dijelaskan bahwa Pengadilan Tata Usaha Negara berwenang menerima, memeriksa, dan memutuskan ada atau tidak ada unsur penyalahgunaan wewenang yang dilakukan oleh Pejabat Pemerintahan. Penyelesaian mengenai penyalahgunaan kewenangan harus dibuktikan terlebih dahulu dengan penetapan putusan Pengadilan Tata Usaha Negara ada atau tidaknya penyalahgunaan kewenangan dalam penyelenggaraan administrasi negara. Setelah ada putusan Pengadilan Tata Usaha Negara tersebut yang menyatakan bahwa terbukti secara sah dan meyakinkan ada penyalahgunaan kewenangan dan ada kerugian negara yang ditimbulkan, maka penyelesaian sengketa berlanjut ke dalam sistem peradilan pidana khusus yang akan diselesaikan di Pengadilan Tindak Pidana Korupsi.

BAB IV
PELAKSANAAN DISKRESI DI BEBERAPA NEGARA

Bab ini bertujuan untuk memotret praktik diskresi yang dilaksanakan di Australia dan Jerman dan berusaha mengidentifikasi poin-poin yang dapat diadopsi oleh Indonesia dalam rangka penyempurnaan aturan pelaksanaan diskresi di Indonesia. Sebagai Informasi, pemilihan Australia dan Jerman sebagai objek didasarkan pada keinginan penulis untuk membandingkan praktik diskresi di negara dengan sistem hukum *common law* (Australia) dan *civil law* (Jerman).

A. Diskresi di Australia

Australia merupakan sebuah negara federal yang terdiri dari 6 (enam) negara bagian dan 2 (dua) wilayah teritorial yang memiliki pemerintahan sendiri. Pada setiap negara bagian dan wilayah teritorial tersebut terdapat *judicial system* yang meskipun secara umum serupa, akan tetapi memiliki *minor differences antara lain* dalam hal nama pengadilan dan yurisdiksinya.[14]

Dalam tulisan ini hanya akan dibahas mengenai pelaksanaan diskresi di 2 (dua) negara bagian, yaitu Western Australia dan New South Wales.

1. Western Australia

Western Australia adalah salah satu negara bagian di Australia yang didirikan pada tahun 1829. Berbeda dengan beberapa negara bagian yang lain seperti New South Wales dan Tasmania yang didirikan untuk “menampung” narapidana Kerajaan Inggris, Western Australia

[14] John Carvan, *Understanding The Australian Legal System,* (New South Wales, Thompson Reuters(Professional) Australia Limited, 2010), P. 73.

adalah sebuah negara bagian yang berdiri murni karena motif ekonomi dari para pendatangnya.[15]

Serupa dengan negara bagian yang lain, Western Australia memiliki sistem hukum tersendiri yang terpisah baik dari negara federal Australia dan negara bagian yang lain.

Terkait dengan diskresi, ada hal menarik yang dapat didiskusikan dari pelaksanaan diskresi di Western Australia yaitu dengan dikeluarkannya sebuah panduan singkat (4 halaman) oleh Ombudsman Western Australia yang sebagian besar materinya menjelaskan tentang apa yang harus diperhatikan oleh pengambil keputusan disana apabila ingin/akan menggunakan kewenangan diskresi.

Dalam panduan yang terakhir direvisi pada tahun 2009 tersebut antara lain dijelaskan:[16]

a. Bahwa yang dimaksud diskresi adalah "suatu keadaan dimana pembuat keputusan memiliki kewenangan untuk memilih antara bertindak atau tidak bertindak, menyetujui atau tidak menyetujui atau menyetujui dengan kondisi tertentu".
b. Bahwa kewenangan diskresi harus dilaksanakan dengan memperhatikan prinsip-prinsip sebagai berikut:
    1) Melakukan diskresi dengan niat yang baik (*the principle of good faith),* sehingga tercapai pelaksanaan kewenangan diskresi yang sesuai dengan tujuan dan menyelesaikan masalah.
    2) Melaksanakan kewenangan diskresi atas kehendak sendiri, tanpa adanya tekanan dari pihak lain yang berkepentingan;
    3) Memperhatikan dan mematuhi prosedur yang ditetapkan dalam Peraturan Perundang-Undangan yang berlaku; dan
    4) Mendasarkan keputusan (diskresi) kepada bukti-bukti pendukung (*supporting evidence*).

---

[15] Department of Treasury and Finance Government of Western Australia, "An Economic History of Western Australia Since Colonial Settlement", Department of Treasury and Finance Government of Western Australia, diakses dari http://www.treasury.wa.gov.au/uploadedFiles/1593-econhistory-5a(1).pdf, pada tanggal 29 Februari 2016.

[16] Ombudsman Western Australia, *Exercise of Discretion in Administrative decision making*, (Ombudsman Western Australia, 2009).

c. Bahwa dalam melaksanakan kewenangan diskresi, pengambil keputusan harus mempertimbangkan berbagai hal seperti:
   1) *Agency Policies;*
   2) *Previous Decisions;*
   3) *Court and tribunal decisions;*
   4) *The overall objectives of the legislation under which the decision is made.*
d. Hal penting terakhir yang menjadi *feature* utama dalam panduan ini adalah 10 (sepuluh) langkah yang harus dipertimbangkan dalam pengambilan keputusan (diskresi), yang meliputi:
   1) Menentukan apakah pengambil keputusan memiliki kewenangan untuk mengambil keputusan (diskresi);
   2) Mengikuti prosedur administratif dan peraturan perundang-undangan;
   3) Mengumpulkan informasi yang relevan untuk membangun fakta;
   4) Mengevaluasi bukti-bukti yang berhasil dikumpulkan;
   5) Mempertimbangkan standar pembuktian yang berlaku;
   6) Mengambil tindakan dengan wajar dan adil tanpa menimbulkan bias;
   7) Memperhatikan ketentuan mengenai *procedural fairness;*
   8) Mempertimbangkan karakteristik dari kasus yang dihadapi dan mengambil keputusan (diskresi) berdasarkan pertimbangan tersebut;
   9) Menginformasikan progress pengambilan keputusan (diskresi) dan dampaknya kepada pihak yang berkepentingan serta memberikan alasan dari keputusan (diskresi) yang diambil.
   10) Membuat dan memelihara *records* dari keputusan (diskresi) yang diambil.

2. New South Wales

Praktik yang sama mengenai pembentukan panduan diskresi untuk memberikan *guidance* kepada pengambil keputusan dalam

melaksanakan kewenangan diskresi yang melekat padanya juga dapat ditemukan di New South Wales.

Sejarah pendirian New South Wales dimulai pada tahun 1770 ketika Captain James Cook berlayar ke wilayah yang dahulu disebut dengan Botany Bay dan kemudian mengklaim wilayah tersebut sebagai bagian dari wilayah the Great Britain.[17] Selanjutnya klaim ini diformalkan dengan kedatangan rombongan pendatang pertama yang diangkut oleh armada yang dipimpin oleh Arthur Phillip.[18]

Di negara bagian yang awalnya didirikan untuk menampung para narapidana dari Kerajaan Inggris ini, panduan diskresi juga dikeluarkan oleh Ombudsman New South Wales. Perbedaannya dengan panduan yang ada di Western Australia adalah bahwa panduan yang ada di New South Wales lebih singkat. Dengan hanya terdiri dari 2 (dua) halaman, panduan singkat ini berisi penjelasan sebagai berikut:[19]

a. Bahwa kewenangan diskresi adalah kewenangan yang diberikan baik oleh Peraturan Perundang-Undangan atau melalui delegasi kewenangan yang tidak mewajibkan atau mengamanatkan pengambil keputusan untuk menjalankan kewenangan tersebut dengan cara tertentu atau ditentukan sebelumnya. Artinya pengambil keputusan dapat memilih cara menurutnya tepat untuk melaksanakan kewenangan diskresinya.
b. Prinsip-prinsip yang harus diperhatikan dalam melaksanakan kewenangan diskresi, yang meliputi:
   1) Melaksanakan diskresi berdasarkan *Good Faith Principle*;
   2) Harus mendasarkan pengambilan keputusan (diskresi) kepada alasan yang logis, bukti-bukti yang dapat diandalkan dan informasi yang relevan;
   3) Melaksanakan diskresi tanpa tekanan dari pihak lain; dan
   4) Memperhatikan prinsip-prinsip keadilan, terutama bagi pihak yang terkena dampak pelaksaan diskresi ini.

---

[17] New South Wales, “History & Geography”, New South Wales, diakses dari http://www.nsw.gov.au/about-nsw/history-geography, pada tanggal 29 Februari 2016.
[18] Ibid.
[19] Ombudsman New South Wales, *Discretionary Powers*, (Crown Copyright,Ombudsman New South Wales, 2012).

c. Panduan ini juga mengamanatkan 4 (empat) hal yang harus dilakukan dalam proses pengambilan keputusan (diskresi), yaitu proses pengambilan keputusan (diskresi) harus:
   1) Mematuhi seluruh kriteria hukum yang dipersyaratan;
   2) Mempertimbangkan seluruh faktor yang relevan;
   3) Memastikan konsistensi;
   4) Dilakukan secara tranparan dan dapat dipertanggungjawabkan.

B. Diskresi di Jerman

Sebagai *one of the foremost countries* yang menganut sistem hukum civil law, Jerman merupakan negara yang layak ditilik pelaksanaan sistem hukumnya. Sebagaimana telah diketahui bersama bahwa dalam sistem hukum *civil law*, *feature* yang menjadi ciri khasnya adalah penitikberatan kepada Peraturan Perundang-Undangan dalam menyelesaikan permasalahan atau kasus hukum.[20] Selain itu, dalam pelaksanaan sistem peradilannya, hakim-hakim dalam negara *civil law* menganut apa yang dinamakan dengan inquisitorial sistem dimana para hakim lebih aktif dalam mengendalikan jalannya sidang, termasuk mengajukan pertanyaan kepada saksi.[21]

Terkait dengan pelaksanaan kewenangan diskresi, Jerman memiliki satu prinsip utama yang selalu menjadi pegangan bagi para pejabatnya, yaitu “seorang pejabat hanya boleh melakukan diskresi apabila terdapat aturan yang jelas mengenai pelaksanaan diskresi tersebut”.[22] Pelaksanaan prinsip tersebut menimbulkan konsekuensi bahwa pembentuk undang-undang harus mampu memprediksi perkembangan dalam masyarakat untuk memberikan payung dalam pelaksanaan kewenangan diskresi.[23]

Lebih lanjut dijelaskan bahwa dalam pelaksanaan kewenangan diskresinya, *decision makers* hanya diberikan kewenangan terbatas untuk satu dari beberapa alternative keputusan (diskresi) untuk mencapai hasil yang sama.

---

[20] Scott Carlson, *Intro to Civil Law Legal System,* (International Network to Promote Rule of Law, 2009), Page 6.
[21] Ibid, Page 11.
[22] Yutaka ARAI-Takahashi, “Proportionality – a German Approach”, Amicus Curiae, 19 Juli 1999, page 12.
[23] Ibid.

Dua elemen penting lain yang berkaitan dengan pelaksanaan diskresi di Jerman adalah:[24]

1. Pemberian kewenangan kepada Lembaga Peradilan untuk membatalkan keputusan (diskresi) yang diambil sebelumnya apabila tidak memenuhi Peraturan Perundang-Undangan yang berlaku; dan
2. Diterapkannya asas *proportionality* yang digunakan sebagai ukuran untuk menentukan apakah keputusan (diskresi) dapat diterima secara legal (*can be legally accepted*). Dalam sistem hukum yang berlaku di Jerman, asas *proportionality* merupakan alat yang digunakan untuk mengukur legitimasi dari tindakan yang diambil oleh organ pemerintah, asas ini digunakan untuk mencegah pelanggaran hak warga negara oleh kebijakan-kebijakan yang dihasilkan baik oleh lembaga eksekutif, legilatif, maupun yudikatif.

C. Diskresi di New Zealand

Di New Zealand, diversi dibedakan menjadi 2 (dua) jenis. Ada skema diversi untuk orang dewasa yang diterapkan untuk pelaku yang telah berusia 17 tahun ke atas, yang merupakan perluasan kewenangan diskresi dengan tujuan menghindari peradilan.

Untuk hal ini telah dibuat guidelines yang berlaku sejak Nopember 2007 dan dapat diimplementasikan oleh polisi setelah disetujui oleh petugas diversi. Untuk anak, diversi tidak hanya diatur dalam giudelines, melainkan dalam Undang-Undang *Children, Young Persons and Their Families Act 1989 (CYPTFA)*. Undang-undang ini menegaskan bahwa sistem peradilan pidana hanya merupakan sarana terakhir ‘last resort’ untuk anak. Undang-undang ini bahkan secara tegas mengatur bahwa polisi tidak boleh menghindari mekanisme diversi.

Alex Latu dan **Albany Lucas** memaparkan bahwa diversi adalah contoh khusus dari penerapan diskresi. Diversi adalah situasi situasi di mana seorang pelaku tindak pidana ditangani dengan cara-cara di luar lembaga formal seperti pengadilan. Contohnya adalah pemberian

[24] Ibid, page 99-100.

peringatan dari polisi dan teguran. Bila seorang dituntut namun kemudian berhasil memenuhi syarat-syarat tertentu (seperti meminta maaf, bekerja seperti pekerja sosial dan memperbaiki kerusakan yang ditimbulkan oleh tindak pidana), maka kasus tersebut tidak akan dilanjutkan. Proses ini biasanya diberikan dalam kasus-kasus yang tidak terlalu serius (ringan) dan untuk kasus-kasus di mana pelaku belum memiliki track-record sebagai pelaku tindak pidana sebelumnya.

Diskresi untuk memberikan sanksi verbal diatur dalam Pasal *209-213 Children, Young Persons and Their Families Act 1989*. Dalam Pasal 209 yang mengatur mengenai *"consideration of warning as alternative to prosecution"* dinyatakan bahwa : *Where an enforcement officer is considering whether to institute criminal proceedings against a child or young person for an offence alleged or admitted to have been committed by that child or young person, that officer shall consider whether it would be sufficient to warn the child or young person, unless a warning is clearly inappropriate having regard to the seriousness of the offence and the nature and number of previous offences committed by the child or young person*.

Dalam Pasal 210 yang mengatur mengenai *"administration of warning"* menyatakan bahwa *:*
Where, in respect of any offence alleged or admitted to have been committed by a child or young person, an enforcement officer decides that it would be sufficient to warn that child or young person, that officer may warn the child or young person, or arrange for any other person to warn the child or young person.

Dalam pasal 211 diatur *"police formal caution*", dimana dalam kasus ini teguran harus diberikan dihadapan orang tua, sedangkan pasal 212 mengatur kewajiban polisi untuk melakukan pencatatan setelah diterapkannya teguran serta alasan-alasan pemberian teguran pada anak.

Berdasarkan uraian di atas, dapat diambil kesimpulan bahwa selalu ada hal positif yang dapat diambil praktik di negara lain. Khusus mengenai kewenangan diskresi, apa yang dilakukan Australia (Western

Australia dan New South Wales) dengan mengeluarkan panduan bagi pengambil keputusan yang akan melakukan diskresi dirasa sangat bermanfaat karena panduan tersebut selain dapat memandu pengambil keputusan dalam meng-*exercise* kewenangan diskresinya juga dapat memastikan bahwa keputusan (diskresi) yang diambil selalu konsisten dan fair.

Selanjutnya, untuk pelaksanaan diskresi di Jerman yang dapat dikatakan sangat ketat dan kemungkinan sengaja didesain untuk mencegah adanya penyalahgunaan wewenang dalam pengambilan keputusan (diskresi), hal positif yang dapat diambil adalah kesadaran bahwa diskresi sebagai sebuah konsep berpotensi untuk disalahgunakan oleh para pengambil keputusan. Untuk itu diperlukan pengaturan yang rigid supaya pelaksanan diskresi betul-betul ditujukan memberikan manfaat kepada masyarakat.

Dari benchmark tersebut menginformasikan bahwa diaturnya diskresi dalam Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan bukan merupakan hal yang berlebihan. Terlepas masih adanya pendapat bahwa ketentuan tersebut masih perlu disempurnakan, dalam undang-undang tersebut sudah mengatur tentang ruang lingkup, persyaratan, prosedur hukum, dan akibat hukum dari pelaksanaan diskresi di Indonesia.

Terkait dengan pelaksanaan penyempurnaan, selain dapat dilakukan melalui uji publik yang dilanjutkan dengan penghimpunan masukan, evaluasi dan revisi, penyempurnaan juga dapat dilakukan dengan melihat dan mempelajari praktik diskresi yang dilaksanakan di negara-negara lain. Studi banding semacam ini penting untuk dilakukan sebagai perbandingan dan sarana untuk mendapatkan perspektif baru dalam pelaksanaan diskresi.

BAB V
PERMASALAHAN PENGATURAN DISKRESI DALAM UNDANG-UNDANG NOMOR 30 TAHUN 2014 TENTANG ADMINISTRASI PEMERINTAHAN

Berdasar pada latar belakang yang tertuang dalam pendahuluan di atas, penulis mencoba untuk mengklasifikasikan materi pengaturan diskresi dalam UU Administrasi Pemerintahan terhadap pertanyaan-pertanyaan yang muncul dengan pengaturan yang diatur tersebut. Penulis mencoba mengaitkan dengan:

1. Kejelasan substansi diskresi;
2. Harmonisasi dengan peraturan perundang-undangan; dan
3. Bersifat implementatif atau tidak pengaturan substansi diskresi;

Atas dasar unsur-unsur tersebut di atas, berikut tabel klasifikasi substansi diskresi dan permasalahannya berdasarkan UU Administrasi Pemerintahan.

Tabel Klasifikasi Substansi Diskresi dan Permasalahannya Berdasarkan Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan

No.	Perihal	Substansi	Permasalahan
1.	Pengertian	Pasal 1 Angka 9 Diskresi adalah Keputusan	1. Perlu dijelaskan lebih lanjut mengenai

No.	Perihal	Substansi	Permasalahan
		dan/atau Tindakan yang ditetapkan dan/atau dilakukan oleh Pejabat Pemerintahan untuk mengatasi persoalan konkret yang dihadapi dalam penyelenggaraan pemerintahan dalam hal peraturan perundang-undangan yang memberikan pilihan, tidak mengatur, tidak lengkap atau tidak jelas, dan/atau adanya stagnasi pemerintahan.	Pejabat Pemerintahan yang dimaksud[25]. Penjelasan sampai tingkat mana pejabat pemerintahan ini juga akan berpengaruh pada tata cara penggunaan diskresi. 2. Bagaimanakah konsep diskresi menurut ahli dan konsep diskresi di beberapa negara[26]?
2.	Hak Pejabat Pemerintahan dalam menggunakan Diskresi	Pasal 6 Pejabat Pemerintahan memiliki hak untuk menggunakan Kewenangan dalam mengambil Keputusan dan/atau Tindakan. Salah satu dari hak yang dimaksud adalah menggunakan diskresi sesuai dengan tujuannya.	Cukup jelas. Penggunaan diskresi sesuai dengan tujuan seperti yang dimaksud dalam Pasal 22 Ayat (2).
3.	Kewajiban Pejabat Pemerintahan dalam menggunakan	Pasal 7 Pejabat Pemerintahan berkewajiban untuk menyelenggarakan Administrasi Pemerintahan	Bagaimanakah ketentuan AUPB yang menjadi acuan Pejabat Pemerintahan dalam mengeluarkan diskresi?

[25] Dalam Pasal 1 Angka 3 dijelaskan bahwa Pejabat Pemerintahan adalah unsur yang melaksanakan Fungsi Pemerintahan, baik di lingkungan pemerintah maupun penyelenggara negara lainnya.
[26] Penulis hanya menjelaskan konsep Diskresi menurut Ahli dalam tulisan ini. Untuk konsep Diskresi di beberapa negara dapat dijadikan bahan perbandingan.

No.	Perihal	Substansi	Permasalahan
	Diskresi	sesuai dengan ketentuan peraturan perundangundangan, kebijakan pemerintahan, dan AUPB. Salah satu dari kewajiban yang dimaksud adalah mematuhi Undang-Undang ini dalam menggunakan diskresi.	
4.	Tujuan Penggunaan Diskresi	Pasal 22 (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	1. Siapakah Pejabat Pemerintahan yang berwenang yang dimaksud? Apa yang menjadi kriteria dalam pengertian ‘berwenang’ tersebut? 2. Untuk mencapai tujuan penggunaan Diskresi, asas-asas apa sajakah yang harus menjadi landasan Pejabat Pemerintahan dalam menggunakan Diskresi tersebut?

No.	Perihal	Substansi	Permasalahan
		umum.	
5.	Lingkup Diskresi	Pasal 23 Diskresi Pejabat Pemerintahan meliputi: a. Pengambilan Keputusan dan/atau Tindakan berdasarkan ketentuan peraturan perundangundangan yang memberikan suatu pilihan Keputusan dan/atau Tindakan; b. Pengambilan Keputusan dan/atau Tindakan karena peraturan perundang-undangan tidak mengatur; c. Pengambilan Keputusan dan/atau Tindakan karena peraturan perundang-undangan tidak lengkap atau tidak jelas; dan d. Pengambilan Keputusan dan/atau Tindakan karena adanya stagnasi pemerintahan guna kepentingan yang lebih luas.	

No.	Perihal	Substansi	Permasalahan
6.	Persyaratan Diskresi	Pasal 24 Pejabat Pemerintahan yang menggunakan Diskresi harus memenuhi syarat: 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 alasan-alasan yang objektif; e. Tidak menimbulkan konflik kepentingan; dan 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	Masih perlu dijelaskan lebih lanjut mengenai persyaratan penggunaan Diskresi.

No.	Perihal	Substansi	Permasalahan
		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 membebani keuangan negara. (3) Dalam hal penggunaan Diskresi menimbulkan keresahan masyarakat, keadaan darurat, mendesak dan/atau terjadi bencana alam, Pejabat Pemerintahan wajib memberitahukan kepada Atasan Pejabat <u>sebelum penggunaan diskresi dan melaporkan kepada Atasan Pejabat setelah penggunaan Diskresi</u>. (4) Pemberitahuan sebelum penggunaan Diskresi sebagaimana dimaksud pada ayat (3) dilakukan apabila penggunaan Diskresi	

No.	Perihal	Substansi	Permasalahan
		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.	
7.	Prosedur Penggunaan Diskresi	Pasal 26 (1) Pejabat yang menggunakan Diskresi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 25 ayat (1) dan ayat (2) wajib menguraikan maksud, tujuan, substansi, serta dampak administrasi dan keuangan. (2) Pejabat yang menggunakan Diskresi sebagaimana	

No.	Perihal	Substansi	Permasalahan
		dimaksud pada ayat (1) wajib menyampaikan permohonan persetujuan secara tertulis kepada Atasan Pejabat. (3) Dalam waktu 5 (lima) hari kerja setelah berkas permohonan diterima, Atasan Pejabat menetapkan persetujuan, petunjuk perbaikan, atau penolakan. (4) Apabila Atasan Pejabat sebagaimana dimaksud pada ayat (3) melakukan penolakan, Atasan Pejabat tersebut harus memberikan alasan penolakan secara tertulis. Pasal 27 (1) Pejabat yang menggunakan Diskresi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 25 ayat (3) dan ayat (4) wajib menguraikan maksud, tujuan, substansi, dan dampak administrasi	

No.	Perihal	Substansi	Permasalahan
		yang berpotensi mengubah pembebanan keuangan negara. (2) Pejabat yang menggunakan Diskresi sebagaimana dimaksud pada ayat (1) wajib menyampaikan pemberitahuan secara lisan atau tertulis kepada Atasan Pejabat. (3) Pemberitahuan sebagaimana dimaksud pada ayat (2) disampaikan paling lama 5 (lima) hari kerja sebelum penggunaan Diskresi. Pasal 28 (1) Pejabat yang menggunakan Diskresi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 25 ayat (3) dan ayat (5) wajib menguraikan maksud, tujuan, substansi, dan dampak yang ditimbulkan. (2) Pejabat yang menggunakan	

No.	Perihal	Substansi	Permasalahan
		Diskresi sebagaimana dimaksud pada ayat (1) wajib menyampaikan <u>laporan secara tertulis</u> kepada Atasan Pejabat setelah penggunaan Diskresi. (3) Pelaporan sebagaimana dimaksud pada ayat (2) disampaikan paling lama 5 (lima) hari kerja terhitung sejak penggunaan diskresi. Pasal 29 Pejabat yang menggunakan Diskresi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 26, Pasal 27, dan Pasal 28 dikecualikan dari ketentuan memberitahukan kepada warga masyarakat sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 ayat (2) huruf g.	
8.	Akibat Hukum Diskresi	Pasal 30 (1) Penggunaan Diskresi dikategorikan <u>melampaui Wewenang</u> apabila: a. bertindak	1. Klasifikasi atau indikator apa untuk dapat mengatakan suatu perbuatan itu melampaui wewenang/

No.	Perihal	Substansi	Permasalahan
		melampaui batas waktu berlakunya Wewenang yang diberikan oleh ketentuan peraturan perundang-undangan; b. bertindak melampaui batas wilayah berlakunya Wewenang yang diberikan oleh ketentuan peraturan perundang-undangan; dan/atau c. tidak sesuai dengan ketentuan Pasal 26, Pasal 27, dan Pasal 28. (2) Akibat hukum dari penggunaan Diskresi sebagaimana dimaksud pada ayat (1) menjadi tidak sah. Pasal 31 (1) Penggunaan Diskresi dikategorikan mencampuradukkan Wewenang apabila: a. menggunakan	mencampuradukkan wewenang/ merupakan tindakan sewenang-wenang? 2. Dalam hal Diskresi yang dikeluarkan melampaui wewenang/ mencampuradukkan wewenang/ merupakan tindakan sewenang-wenang, bagaimana penerapan sanksinya berdasarkan hukum formil? 3. Lembaga mana yang akan menguji legalitas dari suatu Diskresi dengan adanya pengaturan dan persyaratan yang telah diatur dalam UNDANG-UNDANG ADMINISTRASI PEMERINTAHAN ini?

No.	Perihal	Substansi	Permasalahan
		Diskresi tidak sesuai dengan tujuan Wewenang yang diberikan; b. tidak sesuai dengan ketentuan Pasal 26, Pasal 27, dan Pasal 28; dan/atau c. bertentangan dengan AUPB. (2) Akibat hukum dari penggunaan Diskresi sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dapat dibatalkan. Pasal 32 (1) Penggunaan Diskresi dikategorikan sebagai tindakan sewenang-wenang apabila dikeluarkan oleh pejabat yang tidak berwenang. (2) Akibat hukum dari penggunaan Diskresi sebagaimana dimaksud pada ayat (1) menjadi tidak sah.	

BAB VI
DISKRESI: PROBLEM EMPIRIS PENGGUNAANNYA DALAM PENYELENGGARAAN PEMERINTAHAN

Berikut disampaikan beberapa pandangan narasumber mengenai problem empiris penggunaan diskresi dalam praktek penyelenggaraan pemerintahan.

A. Menyoal Kekuasaan Diskresi[27]

Konteks kebijakan pemerintah berlandaskan peraturan perundang-undangan berada dalam situasi dan kondisi yang normal. Pertanyaan muncul tatkala berhadapan dengan situasi dan kondisi yang abnormal, tidak biasa, serta membutuhkan kebijakan dan pengambilan keputusan yang segera. Padahal, di sisi yang lain, peraturan perundang-undangan belum mengatur kebijakan apa yang harus dibuat pemerintah terhadap situasi dan kondisi tersebut. Apakah pemerintah harus menunggu diterbitkannya peraturan perundang-undangan terlebih dahulu atau pemerintah dapat mengambil inisiatif membuat kebijakan tanpa mendasarkan pada peraturan perundang-undangan?

Kekuasaan Diskresi

Tindakan pemerintah dalam keadaan abnormal dibagi dalam dua lingkup hukum. Pertama, kebijakan pemerintah pada situasi negara dalam keadaan darurat yang masuk dalam lingkup hukum tata negara. Kedua, kebijakan pemerintah pada situasi negara tidak dalam keadaan darurat, tetapi dibutuhkan untuk mengatasi kondisi abnormal, masuk dalam lingkup hukum administrasi negara. Kekuasaan diskresi

[27] Disampaikan oleh Hifdzil Alim dalam diskusi kelompok terfokus bertema *Implementasi Diskresi Berdasarkan UU Administrasi Pemerintahan* yang diselenggarakan atas kerjasama Lembaga Administrasi Negara dan Pusat Kajian Antikorupsi, Yogyakarta, 9 Mei 2016

pemerintah dalam pembahasan ini masuk dalam lingkup hukum administrasi negara.

Kekuasaan diskresi (*discretionary power; pouvoir discretionaire, discretionaire bevoegdheden; freies ermessen*) adalah konsekuensi logis dari pemikiran negara kesejahteraan (*welfare state*). Negara tidak hanya mengatur (*bestuur*), tetapi juga mengurus kebutuhan warga negara (*bestuurzorg*).[28]

Diskresi (*discretion*) didefinisikan dengan "*A public official's power or right to act in certain circumstances according to personal judgement and conscience.*"[29] Maka unsur yang ada dalam diskresi meliputi:

1. Ada hak atau kekuasaan pemerintah untuk melakukan tindakan;
2. Ada keadaan tertentu; dan
3. Ada penilaian pribadi dari pemerintah atas keadaan tertentu tersebut.

Demikian, kekuasaan diskresi adalah wewenang pemerintah untuk melakukan tindakan pada waktu tertentu berdasarkan penilaian pribadi pemerintah. Diskresi muncul karena adanya perubahan situasi dari kondisi normal ke kondisi yang abnormal, tidak biasa. Dari segi politik, diskresi adalah perluasan kekuasaan pemerintah dalam rangka menjalankan fungsi pemerintahan yang mengurus kepentingan masyarakat. Pasca pelaksanaan kekuasaan diskresi diharapkan muncul manfaat bagi publik.

Dasar teori hukum dari kekuasaan diskresi adalah delegasi kewenangan dari pembentuk undang-undang kepada pemerintah.[30] Bunyi pasal per pasal dalam peraturan perundang-undangan yang stagnan tidak mampu mengimbangi perubahan dan pertumbuhan kepentingan masyarakat, sehingga pembuat undang-undang mau tidak mau harus mendelegasikan kewenangan mengaturnya kepada pelaksana undang-undang.

---

[28] Lihat Krishna D. Darumurti, 2012, *Kekuasan Diskresi Pemerintah: Kajian Mengenai Konsep, Dasar Pengujian, dan Sarana Kontrol,* Penerbit PT Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm 1.
[29] Bryan A. Garner, 2001, *Black's Law Dictionary: Second Pocket Edition,* St. Paul, Minn, hlm 208.
[30] Krishna D. Darumurti, *op.cit.,* hlm 27.

Dalam konteks hukum, bahwa kebijakan pemerintah harus didasarkan pada peraturan perundang-undangan berasal dari ajaran asas legalitas.[31] Di samping itu, konteks demikian sesuai dengan ajaran pemisahan atau pembagian kekuasaan dalam konsep *trias politica.* Kekuasaan eksekutif hanya berfungsi menjalankan apa yang telah dirumuskan oleh kekuasaan legislatif melalui undang-undang.

Kekuasaan diskresi yang dijalankan oleh eksekutif adalah pengejawantahan dari kewenangan negara yang diberikan kepada kekuasaan eksekutif. Pemerintah diberi kewenangan untuk mengurus kepentingan atau kebutuhan masyarakat (*public good*). Undang-undang kurang memiliki kemampuan yang cukup untuk mengatur perkembangan kebutuhan publik yang bergerak dengan cepat. Keterbatasan undang-undang ini disebabkan oleh:

1. Masalah yang dihadapi oleh negara untuk menjalankan negara kesejahteraan semakin kompleks;
2. Hubungan struktural organ pemerintah sering kali mendominasi pelaksanaan kebijakan pemerintah;
3. Undang-undang sendiri berposisi sebagai pemberi asas, bukan petunjuk teknis;
4. Pemerintah sulit menunggu peraturan perundang-undangan baru sebagai acuan mengatasi kepentingan publik yang terus bergerak;
5. Di sisi yang lain, pembuat undang-undang mempunyai beberapa kelemahan, seperti:
   a. Susah menjawab semua persoalan kebutuhan masyarakat dengan peraturan perundang-undangan;
   b. Kurang menguasai persoalan;
   c. Menghadapi hambatan prosedural; dan
   d. Lambat mengambil keputusan untuk menjawab persoalan kebutuhan masyarakat.[32]

---

[31] Keterangan tentang asas legalitas dapat ditemukan, misalnya, dalam ajaran hukum pidana bahwa "tidak ada perbuatan yang dapat dihukum, kecuali berdasarkan hukum pidana menurut undang-undang yang telah ada terlebih dahulu dari pada perbuatannya itu sendiri (*geen feit is strafbaar dan uit kracht van eene daaraan voor afgegane wettelijke strafbepaling.*" Lihat P.A.F. Lamintang, 1997, *Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia,* PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm 123.

[32] Lihat Krishna D. Darumurti, *op.cit.,* hlm 29.

Kekuasaan diskresi melahirkan implikasi imunitas bagi pengambil kebijakan dari tindakan *judicial review* hakim.[33] Pertimbangan hakim untuk menolak mengadili kekuasaan diskresi karena argumen pragmatis, *judges lack expertise and they are not politically accountable.*[34] Namun, argumen tersebut haruslah disandarkan pada tidak adanya penyalahgunaan kekuasaan, tindakan sewenang-wenang, dan atau konflik kepentingan (*conflict of interest*) yang dimiliki oleh penyelenggara pemerintahan. Apabila terdapat penyalahgunaan kekuasaan atau tindakan sewenang-wenang, maka pertanggungjawaban pidana dapat diterapkan pada pengambil kebijakan dan kekuasaan diskresi tidak dapat disematkan padanya.[35]

Kekuasaan Diskresi Dalam UU Nomor 30 Tahun 2014

Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan[36] mengamanatkan landasan hukum bagi pembentukan keputusan dan/atau tindakan pejabat pemerintahan untuk memenuhi kebutuhan hukum masyarakat. Landasan hukum ini juga untuk mewujudkan pemerintahan yang baik.[37] Diskresi dalam undang-undang ini dimaknai dengan keputusan dan/atau tindakan yang ditetapkan dan/atau dilakukan oleh pejabat pemerintahan 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.[38]

Diskresi hanya dapat digunakan oleh pejabat pemerintahan yang memiliki kewenangan untuk menjalankannya dengan tujuan[39] dan syarat

---

[33] *Ibid.,* hlm 36.
[34] *Ibid.,* hlm 37.
[35] Lihat *ibid.,* hlm 38.
[36] Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 292, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5601.
[37] Konsideran menimbang huruf c UU No. 30/2014.
[38] Pasal 1 angka 9 UU No. 30/2014.
[39] Pasal 22 ayat (2) UU No. 30/2014 menyebutkan tujuan diskresi, yakni,
a. Melancarkan penyelenggaraan pemerintahan;
b. Mengisi kekosongan hukum;
c. Memberikan kepastian hukum; dan
d. Mengatasi stagnasi pemerintahan dalam keadaan tertentu guna kemanfaatan kepentingan umum.

yang limitatif.[40] Kekuasaan diskresi yang diatur oleh UU No. 30/2014 meliputi:

1. Pengambilan keputusan dan/atau tindakan berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan yang memberikan suatu pilihan keputusan dan/atau tindakan;
2. Pengambilan keputusan dan/atau tindakan karena peraturan perundang-undangan tidak mengatur;
3. Pengambilan keputusan dan/atau tindakan karena peraturan perundang-undangan tidak lengkap atau tidak jelas; dan
4. Pengambilan keputusan dan/atau tindakan karena adanya stagnasi pemerintahan guna kepentingan yang lebih luas.[41]

Dasar Penggunaan Kekuasaan Diskresi

PUU memberi opsi keputusan/tindakan	→	**DISKRESI**
PUU tidak mengatur keputusan/tindakan		
PUU tidak lengkap/tidak jelas		
Ada stagnasi pemerintahan		

Selain batasan diskresi yang disebutkan dalam Pasal 24 UU No. 30/2014, diskresi juga dibatasi jika berpotensi membebani keuangan negara, menimbulkan keuangan negara. Diskresi yang berpotensi mengubah alokasi anggaran wajib memperoleh persetujuan dari atasan.[42]

Konsep penggunaan kekuasaan diskresi yang diamanatkan dalam Pasal 25 UU No. 30/2014 mengundang tanda tanya. Pertama,

---

[40] Syarat diskresi yang diatur dalam Pasal 24 UU No. 30/2014 meliputi:
a. Sesuai dengan tujuan diskresi;
b. Tidak bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan;
c. Sesuai dengan asas umum pemerintahan yang baik;
d. Berdasarkan alasan yang objektif;
e. Tidak menimbulkan konflik kepentingan; dan
f. Dilakukan dengan itikad baik.

[41] Pasal 23 UU No. 30/2014.

[42] Lihat Pasal 25 ayat (1) jo ayat (2) UU No. 30/2014.

bagaimana jika atasan pejabat *a quo* tidak menyetujui rencana diskresi yang akan diambil? Kedua, apabila timbul kerugian negara atas persetujuan tersebut, siapakah yang akan menanggung tanggung jawab dan tanggung gugat atas kerugian negara itu?

Pasal 25 UU No. 30/2014 menunjukkan kemunduran dalam konsep diskresi. Sebab, secara literal dan intrinsik, kekuasaan diskresi adalah keputusan/tindakan penyelenggara terkait yang diambil dalam waktu yang sangat cepat untuk menjawab persoalan pemenuhan kebutuhan dan kepentinga masyarakat (*public good*). Dengan meminta persetujuan terlebih dahulu ke atasan, maka konsep cepat yang melekat ke kekuasaan diskresi telah luntur. Secara hukum, tidak adanya persetujuan dari atasan maka meniadakan diskresi itu sendiri.

Pertanggungjawaban hukum atas timbulnya kerugian negara, melalui Pasal 25 UU No. 30/2014, dapat dijawab dengan ketentuan peralihan kewenangan secara delegasi atau mandat. Apabila didelegasikan kewenangannya, maka tanggung jawab dan tanggung gugat terletak di penerima delegasi (delegataris). Jika mandat yang dipilih, maka tanggung jawab dan tanggung gugat tetap berada di tangan pemberi mandat (mandans).

Akibat Hukum Diskresi: Penutup

UU Administrasi Pemerintahan memperkenalkan akibat hukum atas penyalahgunaan diskresi, berupa kebatalan dan ketidak-absahan keputusan/tindakan penyelenggara negara.[43] Pada level kebijakan—bahwa kebijakan tidak dapat dipidana—akibat hukum diskresi berupa kebatalan dan/atau ketidakabsahan dapat diterima. Namun, ketika ada itikad buruk oleh penyelenggara diskresi maka tanggung jawab pidana dan tanggung gugat perdata semestinya dapat diberlakukan.

Itikad buruk—dapat dirunut melalui *actus reus* dan *mens rea* penyelenggara diskresi—meniadakan imunitas bagi penyelenggara diskresi. Dengan demikian, diskresi tidak keluar dari semangatnya untuk mengatasi dengan cepat persoalan pemenuhan kebutuhan masyarakat (*public good*) tanpa melawan hukum.

[43] Lihat Pasal 30, Pasal 31, dan Pasal 32 UU No. 30/2014.

B. Mengurai Batas Diskresi dan Korupsi[44]

Pemberantasan korupsi menjadi salah satu agenda penting reformasi. Tidak dapat dipungkiri upaya pemberantasan korupsi hadir baik dalam bentuk instrumen hukum dan kebijakan[45] dan gerakan masyarakat untuk antikorupsi.[46] Namun, hasil signifikan belum banyak dirasakan.[47] Korupsi masih jamak di berbagai sektor, baik di level nasional, daerah, maupun desa.[48] Korupsi dilakukan oleh pejabat di lingkungan eksekutif, legislatif, maupun yudisial. Alhasil, pemberantasan korupsi masih jauh dari harapan masyarakat.

---

[44] Disampaikan oleh Laras Susanti, Oce Madril, Hifdzil Alim, Hasrul Halili, Wika Harisa Putri, dan Zainal Arifin Mochtar dalam kegiatan *Focus Group Discussion* (FGD) bersama tim dari Lembaga Administrasi Negara (LAN), pada Senin, 9 Mei 2016 di Sekertariat PUKAT FH UGM

[45] Beberapa undang-undang yang disahkan pasca reformasi:
Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2010 tentang Pencucian Uang, Lembaran Negara Tahun 2010 Nomor 122, Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2006 tentang Pengesahan United Nation Convention on Against Corruption, 2003 (Konvensi Perserikatan Bangsa-Bangsa Anti Korupsi, 2003), Lembaran Negara Tahun 2006 Nomor 22, Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Korupsi, Lembaran Negara Tahun 2002 Nomor 137, Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 jo. Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, Lembaran Negara Tahun 1999 Nomor 140, Undang-Undang Nomor 28 Tahun 1999 tentang Penyelenggara Negara yang Bersih dan Bebas Korupsi, Lembaran Negara Tahun 1999 Nomor 75.
Sementara itu, Pemerintah juga mencanangkan kebijakan pencegahan antikorupsi melalui: Peraturan Presiden Nomor 55 Tahun 2012 tentang Strategi Nasional Pencegahan dan Pemberantasan Korupsi Jangka Panjang 2012-2025 dan Jangka Menengah Tahun 2012-2014 Lembaran Negara Tahun 2012 Nomor 122, Instruksi Presiden Nomor 5 Tahun 2004 tentang Percepatan Pemberantasan Korupsi Tambahan Lembaran Negara., Instruksi Presiden Nomor 7 Tahun 2015 tentang Aksi Nasional Pencegahan dan Pemberantasan Korupsi Tahun 2015.

[46] Beberapa perguruan tinggi berinisiatif menyelenggarakan pendidikan antikorupsi, contohnya di Universitas Paramadina, dan Universitas Gadjah Mada.
Anies Baswedan tentang Kuliah Antikorupsi di Universitas Paramida, Antikorupsi.org, http://www.antikorupsi.org/en/content/anies-baswedan-tentang-kuliah-antikorupsi-di-universitas-paramadina, sebagaimana Jawa Pos, 01 Juni 2008 (terakhir diakses pada 08 April 2016).
Lihat www.pukatkorupsi.ugm.ac.id (terakhir diakses 08 Mei 2016).

[47] Pemberantasan korupsi dirasakan belum maksimal, contohnya pengisian jabatan strategis dalam penegakan hukum yang dirasakan sangat politis. UGM, Komitmen Pemberantasan Korupsi Jokowi Dipertanyakan (08 Desember 2014), http://ugm.ac.id/id/berita/9548-komitmen.pemberantasan.korupsi.jokowi.dipertanyakan (terakhir diakses 08 Mei 2016).

[48] Di level nasional, Damayanti Wisnu Putranti ditetapkan sebagai tersangka terkait kasus dugaan suap di Kementerian Pekerjaan Umum dan Perumahan Rakyat (PUPR).Sindonews, *Usai Ditangkap, KPK Tetapkan Anggota DPR dari PDIP Tersangka*, (14 Januari 2016) http ://nasional.sindonews.com/read/1077142/13/usai-ditangkap-kpk-tetapkan-anggota-dpr-dari-pdip-tersangka-1452779224 (terakhir diakses 8 Mei 2016).
Sementara di level daerah, dalam catatan KPK, selama 11 tahun ada 64 kasus korupsi level daerah yang ditangani KPK. KPK, *Makin Banyak Kepala Daerah Korupsi*, (06 Agustus 2015), http://www.kpk.go.id/id/berita/berita-sub/2870-makin-banyak-kepala-daerah-korupsi (terakhir diakses 8 Mei 2016). Contoh korupsi desa terjadi di Sebatang, Labuhanbatu Utara, Sumatra Utara (Sumut), Zainuddin dituntut tujuh tahun penjara terkait kasus dugaan korupsi Alokasi Dana Desa (ADD) tahun anggaran 2010-2012. Republika, Korupsi Dana Desa Kades Ini Dituntut Tujuh Tahun Penjara (23 November 2015), http://nasional.republika.co.id/berita/nasional/daerah/15/11/23/ny9r1n384-korupsi-dana-desa-kades-ini-dituntut-tujuh-tahun-penjara (terakhir diakses 08 Mei 2016).

Ada banyak faktor yang menjadi penyebab tidak maksimalnya pemberantasan korupsi. Diakui bahwa terdapat kekurangan dalam instrumen hukum dan kebijakan, kebiasaan yang menyuburkan praktek korupsi, dan penegakan hukum yang tidak independen. Penyebab lainnya adalah belum signifikannya reformasi birokrasi. Penyelenggara negara yang seharusnya menjalankan kewajiban malah menyalahgunakan wewenang untuk kepentingan pribadi dan/atau golongan.

Komplikasi terjadi bilamana dalam kondisi tertentu dibutuhkan keputusan dan/atau tindakan yang tidak diatur atau tidak jelas atau tidak lengkap aturannya, dan/atau stagnasi pemerintahan, atau yang dikenal dengan diskresi.[49] Menjadi kekhawatiran diskresi justru berujung pada dugaan tindak pidana korupsi. Bahwa benar diskresi dibatasi oleh tujuan melancarkan penyelenggaraan pemerintahan; mengisi kekosongan hukum; memberikan kepastian hukum; dan mengatasi stagnasi pemerintahan dalam keadaan tertentu guna kemanfaatan dan kepentingan umum.[50] Namun terdapat peluang membuktikan unsur melawan hukum, dan kerugian negara kaitannya dengan dugaan tindak pidana korupsi.

Memahami bahwa kebutuhan akan diskresi dan pemberantasan korupsi harus beriringan. Makalah ini akan menjawab dua rumusan masalah yakni: 1) bagaimanakah konsep dan pengaturan mengenai diskresi? 2) bagaimanakah membedakan antara diskresi dan korupsi?. Makalah ini disusun dengan data kepustakaan berupa bahan hukum primer yakni peraturan perundang-undangan dan bahan hukum sekunder berupa buku, hasil penelitian, dan informasi dari internet.

Makalah ini disajikan dalam tiga bab, yakni: pendahuluan, pembahasan dan penutup. Seperti yang telah dibaca, bab pendahuluan berisi latar belakang, rumusan masalah, dan *roadmap* makalah. Dalam latar belakang dijelaskan urgensi topik mengenai diskresi dan korupsi. Bagian rumusan masalah memberikan gambaran kepada pembaca mengenai bab pembahasan, yaitu, bab yang menjawab rumusan

---

[49] Pasal 1 Angka 9 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2004 tentang Administrasi Pemerintahan, Lembaran Negara Tahun 2014 Nomor 292.

[50] Pasal 22 ayat 2 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2004 tentang Administrasi Pemerintahan, Lembaran Negara Tahun 2014 Nomor 292.

masalah. *Roadmap* ini dimaksudkan agar pembaca dapat mengantisipasi bab-bab selanjutnya. Lebih lanjut bab pembahasan akan menyajikan analisis mengenai: konsep dasar diskresi, diskresi menurut peraturan perundang-undangan, contoh tindakan diskresi, dan diskresi yang tidak masuk ranah korupsi. Makalah ini ditutup dengan bab penutup yang berisi kesimpulan dan rekomendasi.

Konsep Dasar dan Defenisi Diskresi

Diskresi (*discretion*) dari segi bahasa berarti kebijaksanaan, keleluasaan, penilaian, kebebasan untuk menentukan. *Discretionary* berarti kebebasan untuk menentukan atau memilih, terserah kepada kebijaksanaan seseorang. *Discretionary power to act* berarti kebebasan untuk bertindak.[51] Bryan A. Garner mengemukakan pengertian diskresi sebagai tingkah laku dan manajemen yang bijaksana; kearifan yang diiringi kewaspadaan, sikap hati-hati, penilaian individu; kekuasaan bebas mengambil keputusan.[52] Berdasarkan kamus hukum Belanda, diskresi bermakna "wewenang atau kekuasaan yang tidak terikat secara tegas pada peraturan, instruksi, atau pengawasan; kehendak bebas pemerintah".[53] Menurut Ridwan diskresi adalah pertimbangan sendiri, wewenang untuk melakukan tindakan berdasarkan kebijakan sendiri, pertimbangan sorang pejabat publik dalam melaksanakan tugasnya, dan kekuasaan seseorang untuk mengambil pilihan melakukan atau tidak melakukan tindakan.[54]

Dari kata dasar diskresi muncul istilah kekuasaan diskresi. Kekuasaan diskresi yang menurut Bryan A. Garner yaitu "kekuasaan yang diberikan pada seseorang untuk dapat memilih melakukan tindakan atau tidak, berdasarkan penilaian orang tersebut".[55] pendapat senada tentang kekuasaan diskresi juga dikemukakan oleh S.A. de Smith yang mengatakan kekuasaan diskresi mengimplikasikan

---

[51] John M. Echols dan Hassan Shadily, *Kamus Inggris Indonesia*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2006, hlm. 185-186 dan Peter Salim, *The Contemporary English-Indonesia Dictionary*, Seventh Edition, Modern English Press, Jakarta, 1996, hlm. 524-525

[52] Bryan A. Garner, *Blacks Law Dictionary*, Eight Edition, Thomson West, USA, 2004, hlm. 499

[53] S.J. Fockema Andreae, *Rechtsgeleerd Handwoordenboek*, Tweede Druk, J.B. Wolters' Uitgeversmaatschappij, Groningen, 1951 , hlm. 95

[54] Dr. Ridwan S.H.,M.Hum., *Diskresi & Tanggung Jawab Pemerintah*, FH UII Press, Yogyakarta, 2014, hlm. 125

[55] Bryan A. Garner, *op. Cit*., hlm. 1207

kebebasan memilih, pejabat yang berwenang dapat memutuskan apakah melakukan atau tidak melakukan tindakan dan jika melakukan tindakan, bagaimana melakukannya[56].

Indroharto memiliki pendapat yang sama mengenai kekuasaan diskresi dimana kekuasaan diskresi merupakan kebebasan untuk melakukan penilaian dalam pengambilan suatu keputusan, namun Indroharto menambahkan bahwa pengambilan keputusan dalam kekuasaan diskresi ini dalam hal tidak diatur oleh suatu peraturan hukum.[57] Indriharto lebih lanjut menjelaskan bahwa kekuasaan diskresi ini mengandung dua aspek pokok. Pertama, kebebasan mengartikan atau menafsirkan ruang lingkup (modalitas) wewenang yang dirumuskan dalam peraturan dasar wewenangnya (kebebasan menilai yang bersifat obyektif). Kedua, kebebasan untuk menentukan sendiri dengan cara bagaimana dan kapan wewenang yang dimilikinya itu akan ia laksanakan (kebebasan menilai yang bersifat subyektif).[58]

Cora Hoexter dan Rosemary Lyster memberikan cara mengenali kekuasaan diskresi, dimana mereka mengatakan kekuasaan diskresi secara mudah dikenal melalui penggunaan bahasa hukum yang sifatnya membolehkan. Disyaratkan dengan penggunaan ketentuan yang memberikan wewenang seperti kata ‘dapat’ atau ‘boleh berdasarkan hukum’. Kekuasaan seperti itu dicirikan oleh unsur pilihan yang diberikan kepada pemerintah.[59]

Diskresi merupakan wewenang yang bebas. Hal ini diamini oleh Philipus M. Hadjon dengan menyatakan bahwa *discretionary power* (kekuasaan diskresi) hakikatnya sebagai lawan dari wewenang terikat.[60] Pendapat yang sama dikemukakan oleh Farhad Mehdiyev, bahwa kewenangan diskresi merupakan kekuasaan yang tidak terikat. Tidak sama seperti kewenangan administratif lainnya yang diatur dalam UU

---

[56] S.A. de Smith, *Constitutional and Administrative Law*, Second Edition, Penguin Education, England, 1973, hlm. 531

[57] Indroharto, “Perbuatan Pemerintah Menurut Hukum Publik dan Hukum Perdata”, Bahan Kuliah pada Program Pendidikan Lanjutan Ilmu Hukum Bidang Peradilan Tata Usaha Negara, Universitas Indonesia, Jakarta, 1992, hlm. 44

[58] *ibid*

[59] Cora Hoexter dan Rosemary Lyster, *The New Constitutional & Administrative Law*, Juta Law, Landsdowne, 2002, hlm. 25

[60] Philipus M. Hadjon,et.al., *Hukum Administrasi dan Good Governance*, Universitas Trisakti, Jakarta, 2010, hlm. 24

(binding/formal power), diskresi merupakan kebebasan bagi administrator untuk mengambil sejumlah opsi untuk mengatasi masalah. Kebebasan itu dapat mengenai substansi kewenangan dan/atau sekaligus terkait prosedur penggunaannya.[61]

Diskresi Menurut Peraturan Perundang-undangan

Menurut hukum Indonesia, diskresi diatur dalam BAB VI Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan (UU Adpem). Terdapat 10 Pasal yang secara khusus mengatur mengenai diskresi.[62] Menurut UU Adpem, diskresi adalah keputusan dan/atau tindakan yang ditetapkan dan/atau dilakukan oleh pejabat pemerintahan untuk mengatasi persoalan konkret yang dihadapi dalam penyelenggaraan pemerintahan dalam hal peraturan perundang-undangan yang memberikan pilihan, tidak mengatur, tidak lengkap atau tidak jelas, dan/atau adanya stagnasi pemerintahan.[63]

Diskresi merupakan hak yang dimiliki oleh pejabat pemerintahan. Walaupun hak, **penggunannya harus sesuai dengan tujuannya**. Pejabat pemerintahan wajib tunduk (patuh) pada ketentuan peraturan perundang-undangan dalam menggunakan diskresi. Diskresi hanya dapat dilakukan oleh Pejabat Pemerintahan yang berwenang. Tujuan penggunaan diskresi haruslah sesuai dengan ketentuan UU Adpem, yaitu:

a. melancarkan penyelenggaraan pemerintahan;
b. mengisi kekosongan hukum;
c. memberikan kepastian hukum; dan
d. mengatasi stagnasi pemerintahan dalam keadaan tertentu guna kemanfaatan dan kepentingan umum. Adapun yang dimaksud dengan stagnasi pemerintahan adalah tidak dapat dilaksanakannya aktivitas pemerintahan sebagai akibat kebuntuan atau disfungsi dalam penyelenggaraan pemerintahan, contohnya: keadaan bencana alam atau gejolak politik.

---

[61] Farhad Mehdiyev, *Administrative Discretion and Its Regulation in Legislation of South Caucasian Republics*, hlm. 2. Artikel ini dapat diakses melalui www.academia.edu
[62] Pasal 22 sampai Pasal 32
[63] Pasal 1 Nomor 9 Undang-undang Nomor 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan

Ruang lingkup diskresi pejabat pemerintahan meliputi:[64]

a. pengambilan Keputusan dan/atau Tindakan berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan yang memberikan suatu pilihan Keputusan dan/atau Tindakan;
b. pengambilan Keputusan dan/atau Tindakan karena peraturan perundang-undangan tidak mengatur;
c. pengambilan Keputusan dan/atau Tindakan karena peraturan perundang-undangan tidak lengkap atau tidak jelas; dan
d. pengambilan Keputusan dan/atau Tindakan karena adanya stagnasi pemerintahan guna kepentingan yang lebih luas.

Pejabat Pemerintahan yang menggunakan diskresi harus memenuhi syarat:[65]

a. sesuai dengan tujuan Diskresi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 22 ayat (2) UU Adpem;
b. tidak bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan;
c. sesuai dengan Asas-asas Umum Pemerintahan yang Baik (AUPB);
d. berdasarkan alasan-alasan yang objektif;
e. tidak menimbulkan Konflik Kepentingan; dan
f. dilakukan dengan iktikad baik.

Penggunaan diskresi yang berpotensi mengubah alokasi anggaran wajib memperoleh persetujuan dari atasan pejabat sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan. Persetujuan dimaksud dilakukan apabila penggunaan diskresi menimbulkan akibat hukum yang berpotensi membebani keuangan negara[66] Dalam hal penggunaan diskresi menimbulkan keresahan masyarakat, keadaan darurat, mendesak dan/atau terjadi bencana alam, Pejabat Pemerintahan wajib memberitahukan kepada Atasan Pejabat sebelum penggunaan Diskresi dan melaporkan kepada Atasan Pejabat setelah penggunaan Diskresi.

---

[64] Pasal 23 Undang-undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan
[65] Pasal 24 Undang-undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan
[66] Pasal 25 ayat (1) dan (2) Undang-undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan

Pemberitahuan sebelum penggunaan Diskresi dilakukan apabila penggunaan Diskresi berdasarkan ketentuan dalam Pasal 23 huruf d (pengambilan Keputusan dan/atau Tindakan karena adanya stagnasi pemerintahan guna kepentingan yang lebih luas) yang berpotensi menimbulkan keresahan masyarakat. Pelaporan setelah penggunaan Diskresi dilakukan apabila penggunaan Diskresi berdasarkan ketentuan dalam Pasal 23 huruf d (pengambilan Keputusan dan/atau Tindakan karena adanya stagnasi pemerintahan guna kepentingan yang lebih luas) yang terjadi dalam keadaan darurat, keadaan mendesak, dan/atau terjadi bencana alam.

Pejabat pemerintahan yang menggunakan diskresi, wajib mengikuti prosedur yang ditetapkan dalam UU Adpem. Ada 2 prosedur inti yang harus dilakukan. pertama, wajib diuraikan maksud, tujuan, substansi, serta dampak administrasi dan keuangan dari penggunaan diskresi. Kedua, ada rezim persetujuan dan pelaporan (dari dan kepada atasan) yang harus diikuti. Prosedur ini harus dilakukan sebelum dan setelah penggunaan diskresi dalam jangka waktu tertentu (5 hari kerja). Penggunaan diskresi dikategorikan melampaui wewenang apabila:

a. Bertindak melampaui batas waktu berlakunya wewenang yang diberikan oleh ketentuan peraturan perundang-undangan;
b. bertindak melampaui batas wilayah berlakunya wewenang yang diberikan oleh ketentuan peraturan perundang-undangan;
c. tidak sesuai dengan ketentuan Pasal 26, Pasal 27, dan Pasal 28 UU Adpem.

Akibat hukum dari penggunaan diskresi sebagaimana dimaksud di atas adalah menjadi tidak sah. Kemudian, penggunaan diskresi dikategorikan mencampuradukkan wewenang apabila:

a. menggunakan diskresi tidak sesuai dengan tujuan Wewenang yang diberikan;
b. tidak sesuai dengan ketentuan Pasal 26, Pasal 27, dan Pasal 28 UU Adpem
c. bertentangan dengan AUPB.

Akibat hukum dari penggunaan diskresi yang dikategorikan mencampuradukkan wewenang sebagaimana dijelaskan di atas adalah dapat dibatalkan. Penggunaan Diskresi dikategorikan sebagai tindakan sewenang-wenang apabila dikeluarkan oleh pejabat yang tidak berwenang. Akibat hukumnya adalah menjadi tidak sah.

Pembatasan Diskresi

Meskipun diskresi merupakan kekuasaan yang bebas, menggunakan diskresi bukan tanpa batas. J.B.J.M. ten Berge berpendapat wewenang bebas dibatasi oleh isi ketentuan undang-undang yang menjadi dasar wewenang diskresi tersebut dan asas-asas umum pemerintahan yang baik, dan juga tidak boleh menyimpang dari peraturan kebijakan yang berlaku atau perjanjian perdata.[67] Sedangkan H.D. van Wijk/Willemkonijnenbelt berpendapat hal yang membatasi wewenang bebas adalah norma hukum umum yang berasal dari undang-undang hukum administrasi dan norma hukum tidak tertulis (asas-asas pemerintahan yang baik yang tidak tertulis).[68] Menurut J.H Grey, diskresi oleh prinsip-prinsip berikut, yakni *good faith, uninfluenced by irrelevant considerations or motives, reasonably, dan within the statutory bounds of the discretion.*[69]

UU Adpem telah membatasi penggunaan diskresi. Kekuasaan diskresi dibatasi dengan 3 (tiga) hal, pertama harus dilakukan oleh pejabat pemerintahan yang berwenang. Kedua, harus dilakukan sesuai dengan tujuan dan ruang lingkup yang diatur dalam UU. Ketiga, harus dilakukan sesuai dengan prosedur teknis-administratif sebagaimana telah ditentukan dalam UU Administrasi Pemerintahan. Selain itu, penggunaan diskresi terikat pada asas-asas penyelenggaraan pemerintahan yaitu, asas legalitas dan perlindungan terhadap hak asasi manusia serta asas-asas umum pemerintahan yang baik.

---

[67] J.B.J.M ten Berge, et.al., *Verklarend Woordenboek Openbaar Bestuur*, Samsom H.D. Tjeenk Willink, Alphen aan den Rijn, 1992, hlm. 168

[68] H.D. van Wijk/Willemkonijnenbelt, *Hoofdstukken van Administratief Recht*, Uitgeverij Lemma BV. Utrecht, 1995, hlm. 172.

[69] J.H Grey, Discretion in Administrative Law, Osgoode Hall Journal, Volume 17 Number 1 April 1979, hlm. 114. Artikel ini dapat diakses melalui http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol17/iss1/3

Agar diskresi tidak disalahgunakan, Paulus Effendi Lotulung menyatakan bahwa rambu-rambu yang ditetapkan UU dan prinsip-prinsip pemerintahan yang baik harus diperhatikan. Hal ini didasari atas 2 hal yaitu pertama, deskresi mengandung penyalahgunakan wewenang dan kedua, deskresi mengandung arbitrenis. Deskresi dikatagorikan penyalahgunaan wewenang bila, pertama terjadi penggunaan wewenang tidak sesuai dengan tujuan, kedua terjadi penggunaan tujuan yang tidak sesuai dengan maksud wewenang itu diberikan dan ketiga penggunaan prosedur yang salah. Sedangkan terkait arbitrenis, deskresi dinilai melanggar prinsip pemerintahan yang baik, misalkan asas proposionalitas. [70] Dengan demikian, jika batasan-batasan diskresi ini dilanggar, maka dapat dikategorikan sebagai penyalahgunaan wewenang dan/atau pelanggaran hukum. Contoh yang sering terjadi adalah dalam hal pengadaan barang dan jasa, ketika pejabat pemerintahan (pejabat pengadaan) melakukan mekanisme Penunjukkan Langsung tanpa mengikuti prosedur dan tata cara yang ditetapkan peraturan, dengan alasan diskresi pejabat yang bersangkutan.

C. Problem Empiris Diskresi dalam Proses Pengadaan Barang/Jasa

Diskresi dalam pengadaan barang/jasa/anggaran pemerintah menimbulkan risiko hukum yang berat. Diskresi dalam pengadaan barang/jasa pemerintah adalah tantangan terberat bagi aparatur pemerintah, padahal norma Perpres pengadaan barang/jasa pemerintah adalah norma administrasi, meskipun dituangkan dalam Peraturan Presiden.Sebagai norma administrasi, aparatur pemerintah diberikan keleluasaan untuk melakukan tindakan administrasi asalkan tujuan dan motivasi guna memenuhi kemanfaatan umum (*doelmatigheid*).

Diskresi dalam pengadaan barang/jasa dan anggaran pemerintah apabila merujuk pada Pasal 25 ayat (1) dan (2) UU Nomor 30 Tahun 2014 **dimungkinkan** setelah adanya persetujuan tertulis atasan. Secara faktual praktiknya, sebaiknya persetujuan tertulis atasan dilengkapi dahulu dengan pernyataan tertulis dari LKPP/Kemenkeu/Kemendagri

[70] Naskah Akademik RUU Administrasi Pemerintahan, hlm. 58.

dan kajian hukum sederhana yang menyatakan kondisi "*clean and clear*" untuk diambil keputusan diskresi.

Aparatur hukum selalu menganggap pelanggaran norma Perpres pengadaan barang/jasa dan anggaran pemerintah sebagai pelanggaran pidana, padahal Pasal 59 UU Nomor 1 Tahun 2004 mengaturnya sebagai pelanggaran administrasi dan penyelesaian menurut Pasal 20 Undang-Undang Administrasi Pemerintahan. Diskresi dalam pengadaan barang/jasa/anggaran jika akan melampaui prosedur sebaiknya meminta persetujuan tidak hanya atasan, tetapi LKPP, BPKP, dan kementerian teknis terkait. Kalau perlu minta saran kejaksaan dan kepolisian. Jika LKPP, BPKP, dan kementerian teknis memberikan pernyataan "*clear and clean*" semestinya tidak ada prosedur yang dilanggar karena merupakan pengecualian dalam rangka mencapai tujuan.

D. Problem Empiris Diskresi sebagai Pidana

Diskresi yang dianggap sebagai tindak pidana adalah jika memenuhi beberapa keadaan sebagai berikut:

1. *Dwaling in een subjetieve recht* atau salah kira terhadap hak seseorang (misalnya penyedia barang/jasa).
2. *Dwaling in het objectieve recht* atau salah kira terhadap norma peraturan perundang-undangan (misalnya mengenai prosedur dan syarat pengadaan).
3. *Dwaling in eigen bevoegdheid* atau salah kira terhadap wewenang sendiri (misalnya sebagai PPK).
4. *Zelfstandigheid der zaak* atau salah kira terhadap pokok maksud norma pembuat perundang-undangan (misalnya mengenai syarat dan kondisi).

Beberapa Putusan Faktual terkait Anggaran, Keuangan, dan Pengadaan Barang/Jasa/Anggaran Pemerintah biasanya diklasifikasikan sebagai berikut:

1. Pelanggaran norma peraturan administrasi dianggap sebagai norma hukum, bukan norma administrasi;

2. Penyelesaian kerugian negara langsung menjadi kerugian negara menurut Pasal 2 dan 3 UU Tipikor, meskipun tidak ada unsur melawan hukum pidana, sehingga seharusnya penyelesaian menurut Pasal 59 UU Perbendaharaan Negara dan Pasal 20 UU Nomor 30 Tahun 2014 dilakukan terlebih dahulu.

Penyalahgunaan wewenang dimaknai “pelanggaran norma administrasi dan norma hukum” padahal penyalahgunaan wewenang menurut teori HAN adalah “penggunaan jabatan yang ada padanya untuk menerima/memberikan suap, mengancam dengan kekerasan, dan/atau menipu guna mendapatkan uang tidak sah.”

Dari sisi hukum pidana, seringkali ada istilah berbeda tetapi tidak mendapatkan perbedaan berarti. Misal, Pasal 3 UU No 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, juga mengatur bahwa setiap orang yang dengan tujuan menguntungkan diri sendiri atau orang lain atau suatu korporasi, menyalahgunakan kewenangan, kesempatan atau sarana yang ada padanya karena jabatan atau kedudukan yang dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara, dipidana dengan pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara paling singkat 1 tahun & paling lama 20 tahun dan/atau denda paling sedikit Rp. 50.000.000,00 & paling banyak Rp. 1.000.000.000,00.

Pasal 12e tentang peneyelenggara negara atau pegawai negeri dengan maksud menguntungkan diri sendiri atau orang lain, secara melawan hukum atau menyalahgunakan kekuasaannya memaksa seseorang untuk memberikan sesuatu, membayar, menerima pembayaran dengan potongan, atau mengerjakan sesuatu bagi dirinya.

Penggunaan diskresi oleh Pejabat pemerintahan dalam Penyelenggaraan Pemerintahan sebagaimana diatur dalam UU No. 30 tahun 2014, hanya dapat dilakukan dalam hal tertentu dimana peraturan perundang-undangan yang berlaku tidak mengaturnya atau karena peraturan yang ada yang mengatur tentang sesuatu hal tidak jelas dan hal tersebut dilakukan dalam keadaan darurat/mendesak demi kepentingan umum yang telah ditetapkan dalam suatu peraturan perundang-undangan. Hal itu menjadi jebakan bagi pejabat

pemerintahan yang melakukan diskresi ketika menghadapi masalah yang harus direspons secara cepat. Akibatnya, timbul ketakutan untuk mengambil keputusan atas persoalan yang mendesak dan harus segera diselesaikan. Sebab, di kemudian hari mereka bisa dipermasalahkan dan dituduh melakukan korupsi.

Penggunaan Diskresi oleh beberapa kasus pejabat pemerintahan dalam penyelenggaraan pemerintahan sebenarnya tidak melampaui wewenang, tidak mencampuradukkan wewenang, dan tidak melakukan tindakan sewenang-wenang. Hal ini dikarenakan, diskresi yang dikeluarkan pejabat pemerintahan tidak melampaui batas waktu dan/atau wilayah berlakunya wewenang, sesuai dengan tujuan wewenang yang diberikan kepadanya, sesuai dengan Pasal 26, Pasal 27, dan Pasal 28, pejabat pemerintahan adalah pejabat yang berwenang, serta tidak bertentangan dengan AUPB. Pembuktian pejabat pemerintahan dalam menggunakan diskresinya dilakukan dengan melihat asas spesialitas lalu asas rasionalitas. Bagi pejabat pemerintahan yang melanggar norma hukum administrasi dan menyebabkan tindak pidana, maka diterapkan ketentuan hukum pidana.

E. Diskresi Dalam Pengaturan Lalulintas

Yang menarik untuk diperhatikan adalah bilamana kewenangan diskresi ini dipergunakan oleh aparat Negara, dalam hal ini Kepolisian Republik Indonesia. Melihat pasal 18 ayat 1 UU No.2 tahun 2002 tentang Kepolisian Republik Indonesia, disebutkan [71]*"Untuk kepentingan umum pejabat Kepolisian Negara Republik Indonesia dalam melaksanakan tugas dan wewenangnya dapat bertindak menurut penilaiannya sendiri."* Arti kata *"penilaian sendiri"* berarti disebut diskresi. Dan dalam pasal 18 ayat 2 di pertegaskan bahwa *"hanya dapat dilakukan dalam keadaan yang sangat perlu dengan memperhatikan peraturan perundang-undangan, serta Kode Etik Profesi Kepolisian Negara Republik Indonesia"*

Contoh kasus adalah tentang lalu lintas, dimana kemungkinan walaupun lampu lalu lintas menyala merah, polisi dapat memberikan

[71] UU No.2/2002 tentang Kepolisian Republik Indonesia

kesempatan kepada mobil-mobil dari arah tersebut untuk tetap jalan. Hal ini dinamakan Pengaturan Lalu Lintas Dalam Keadaan Tertentu, sebagaimana terdapat dalam Pasal 1 angka 10 Peraturan Kapolri No. 10 Tahun 2012 tentang Pengaturan Lalu Lintas dalam Keadaan Tertentu dan Penggunaan Jalan Selain Untuk Kegiatan Lalu Lintas ("Perkapolri 10/2012"): *"Pengaturan Lalu Lintas Dalam Keadaan Tertentu adalah tindakan petugas dalam hal mengatur lalu lintas di jalan dengan menggunakan gerakan tangan, isyarat bunyi, isyarat cahaya dan alat bantu lainnya dalam keadaan tertentu."*[72]

Namun, menurut Pasal 4 ayat (1) huruf (g) Perkapolri 10/2012, pengaturan lalu lintas dalam keadaan tertentu dilakukan pada saat sistem lalu lintas tidak berfungsi untuk Kelancaran Lalu Lintas yang disebabkan antara lain oleh karena terjadi keadaan darurat seperti:

- *Perubahan lalu lintas secara tiba-tiba atau situasional;*
- *Adanya pengguna jalan yang diprioritaskan;*
- *Adanya pekerjaan jalan;*
- *Adanya kecelakaan lalu lintas;*
- *Adanya aktivitas perayaan hari-hari nasional antara lain peringatan hari ulang tahun kemerdekaan Republik Indonesia, hari ulang tahun suatu kota, dan hari-hari nasional lainnya;*
- *Adanya kegiatan olahraga, konferensi berskala nasional maupun internasional;*
- *Terjadi keadaan darurat antara lain kerusuhan massa, demonstrasi, bencana alam, dan kebakaran; dan*
- *Adanya penggunaan jalan selain untuk kegiatan Lalu Lintas.*

Dalam keadaan darurat tersebut maka akan ada tindakan pengaturan lalu lintas, yang meliputi :

a) Memberhentikan arus lalu lintas dan/atau pengguna jalan;
b) Mengatur pengguna jalan untuk terus jalan;
c) Mempercepat arus lalu lintas;
d) Memperlambat arus lalu lintas;
e) Mengalihkan arus lalu lintas; dan/atau

[72] Perka Kapolri No.10/2012 tentang Pengaturan Lalu Lintas dalam keadaan Tertentu dan Pengguna Jalan selain untuk kegiatan Lalu Lintas

f) Menutup dan membuka arus lalu lintas.

Dapat disimpulkan dalam kasus tersebut bahwa Polri pada dasarnya tidak boleh membiarkan pengendara menerobos lalu lintas disaat lampu lintas berwarna merah, namun dalam keadaan mendesak hal ini akan diabaikan dan pengendara dapat terus jalan walaupun lampu perlintasan berwarna merah.

Berdasarkan penjelasan-penjelasan diatas maka dapat disimpulkan bahwa hak diskresi harus mendapat batasan-batasan dan wajib untuk diuji, baik itu kewenangan diskresi yang dilakukan Aparatur Negara maupun Aparat Penegak Hukum, hal ini bertujuan agar tidak terjadi *abuse of power* yang dilakukan oleh pejabat pemerintah. Diskresi juga dilakukan dengan tetap menjunjung hukum diatas segalanya, sesuai dengan konstitusi.

BAB VII
DISKRESI: SYARAT DAN PERTIMBANGAN PENGGUNAANNYA DALAM PENYELENGGARAAN PEMERINTAHAN

Mengacu pada uraian terdahulu, maka perlu adanya dan standar operasional prosedur yang ditetapkan oleh Pemerintahan dalam pengambilan diskresi berpedoman kepada Undang-Undang Administrasi Pemerintahan, dengan memperhatikan penjelasan berikut ini.

A. Syarat Pertimbangan Pengambilan Keputusan Diskresi

Merujuk materi yang terdapat Undang-undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan dan pandangan para akademisi, maka suatu keputusan diskresi dapat dibenarkan apabila memenuhi 3 (tiga) syarat, yaitu syarat empiris, yuridis dan materiil.

1. Syarat empiris diskresi yaitu adanya persoalan pemerintahan yang sifatnya konkret dalam penyelenggaraan pemerintahan. Dalam KKBI, konkret artinya nyata; benar-benar ada (berwujud, dapat dilihat, diraba, dsb). Konkret dapat dikaitkan dengan situasi, keadaan, atau permasalahan tertentu yang harus segera diatasi karena berpotensi menganggu dan mengancam kepentingan umum dan pelayanan publik, namun dengn tetap berdasar fakta yang benar dan akurat sebagai dasar pertimbangannya.
2. Syarat yuridis diskresi yaitu apabila untuk mengatasi suatu persoalan konkret tersebut, peraturan perundang-undangan yang ada di Indonesia saat ini ternyata :
    a. tidak mengatur upaya mengatasi persoalan konkret tersebut, atau
    b. mengatur tetapi tidak lengkap atau tidak jelas mengatasi persoalan konkret tersebut, atau
    c. memberi pilihan dalam mengatasi persoalan konkret

tersebut.

3. Syarat materil diskresi yaitu isi atau materi dari keputusan diskresi yang dibuat pejabat pemerintahan harus
   a. Sesuai dengan tujuan diskresi yaitu semata-mata untuk melancarkan penyelenggaraan pemerintahan, mengisi kekosongan hukum; memberikan kepastian hukum; dan mengatasi stagnasi pemerintahan dalam keadaan tertentu guna kemanfaatan dan kepentingan umum;
   b. Tidak bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan; dan
   c. Sesuai dengan Asas-asas Umum Pemerintahan yang Baik; dan
   d. Berdasarkan alasan yang obyektif; dan
   e. Tidak menimbulkan konflik kepentingan; dan
   f. Dilakukan dengan itikad baik.

B. Langkah-langkah Prosedur Pengambilan Keputusan Diskresi dalam Peningkatan Pelayanan Masyarakat dan Percepatan Pembangunan

Berdasarkan syarat-syarat sahnya keputusan diskresi, maka langkah-langkah prosedur yang harus dilakukan pejabat pemerintahan yang berwenang apabila akan membuat diskresi untuk peningkatan pelayanan masyarakat dan percepatan pembangunan, adalah sebagai berikut.

1) **Langkah pertama** adalah melakukan telaah apakah masalah yang akan diputuskan kebijakannya melalui diskresi memang merupakan masalah yang bersifat konkret atau nyata serta benar-benar mendesak harus diambil keputusannya dengan segera dalam waktu sesingkat-singkatya, karena menyangkut kepentingan umum atau masyarakat banyak.

   Jika masalah yang akan diselesaikan tersebut merupakan masalah yang bersifat konkret dan harus diputuskan segera (tidak dapat ditunda) karena secara intens mengancam atau

mengganggu kepentingan umum atau masyarakat luas, maka diskresi yang dilakukan oleh pejabat berwenang menjadi dapat dibenarkan.

Akan tetapi jika masalah yang akan diselesaikan tersebut bukan merupakan masalah konkret dan tidak harus diputuskan segera (dapat ditunda) karena tidak secara intens mengancam atau mengganggu kepentingan umum atau masyarakat luas, maka diskresi yang dilakukan oleh pejabat berwenang menjadi tidak dapat dibenarkan.

Dalam melakukan telaah syarat empiris, pejabat yang berwenang harus menilai apakah situasinya memang tepat? Dan apakah fakta telah didukung data/informasi yang benar, seperti

- Data kuantitatif dan kualitatif serta pendapat para pihak terkait persoalan yang dihadapi;
- Hasil analisis dari pihak yang kompeten terhadap data/informasi terkait persoalan yang dihadapi.

Dalam rangka menghasilkan telaah empiris tersebut, pejabat yang berwenang harus melakukan mekanisme koordinasi dengan para pihak yang terkait dan kompeten untuk menentukan bersama apakah masalah yang dihadapi tersebut merupakan masalah konkret yang secara intens mengancam atau mengganggu kepentingan umum serta masyarakat luas ataukah tidak.

2) Setelah dipastikan bahwa masalah yang terjadi benar-benar merupakan masalah yang bersifat konkret dan harus diputuskan segera karena secara intens mengancam atau mengganggu kepentingan umum atau masyarakat luas, maka harus dilakukan **langkah kedua** yaitu melakukan telaah apakah sudah terdapat peraturan perundang-undangan yang mengatur penyelesaian masalah tersebut atau tidak.

   Jika belum terdapat peraturan perundang-undangan yang mengatur penyelesaian masalah tersebut, maka diskresi yang dilakukan oleh pejabat berwenang menjadi dapat dibenarkan.

   Akan tetapi apabila telah ada/terdapat peraturan perundang-

undangan yang mengatur penyelesaian masalah tersebut, maka diskresi yang dilakukan oleh pejabat berwenang menjadi tidak dapat dibenarkan.

3) Meskipun dipastikan bahwa terdapat/ada peraturan perundang-undangan yang mengatur penyelesaian masalah konkret tersebut, namun perlu dilakukan **langkah ketiga** yaitu melakukan telaah apakah peraturan perundang-undangan yang ada tersebut telah mengatur penyelesaian masalah tersebut secara lengkap dan jelas atau tidak.

   Jika peraturan perundang-undangan yang telah ada belum cukup lengkap dan jelas mengatur penyelesaian masalah konkret tersebut, maka diskresi yang dilakukan oleh pejabat berwenang menjadi dapat dibenarkan.

   Akan tetapi apabila peraturan perundang-undangan yang telah ada sudah cukup lengkap dan jelas mengatur penyelesaian masalah konkret tersebut, maka diskresi yang dilakukan oleh pejabat berwenang menjadi tidak dapat dibenarkan.

4) Meskipun dipastikan bahwa peraturan perundang-undangan yang telah ada sudah cukup lengkap dan jelas mengatur penyelesaian masalah konkret tersebut, namun perlu dilakukan **langkah keempat** yaitu melakukan telaah apakah peraturan perundang-undangan yang telah ada sudah cukup lengkap dan jelas tersebut masih memberikan pilihan atau tidak.

   Jika dalam peraturan perundang-undangan yang sudah cukup lengkap dan jelas tersebut masih memberikan pilihan, maka diskresi yang dilakukan oleh pejabat berwenang menjadi dapat dibenarkan.

   Akan tetapi jika dalam peraturan perundang-undangan yang sudah cukup lengkap dan jelas tersebut tidak memberikan pilihan, maka diskresi yang dilakukan oleh pejabat berwenang menjadi tidak dapat dibenarkan.

5) Meskipun dipastikan syarat-syarat empiris (adanya masalah konkret) dan syarat-syarat yuridis (tidak ada peraturan yang mengatur, peraturan yang ada tidak lengkap dan jelas serta

memberikan pilihan), namun perlu dilakukan **langkah kelima** yaitu melakukan telaah bahwa keputusan diskresi yang disusun/dibuat sudah memenuhi syarat materiil atau tidak.

Jika dalam keputusan diskresi yang dibuat sudah memenuhi syarat materiil, maka keputusan diskresi yang dilakukan oleh pejabat berwenang menjadi dapat dibenarkan.

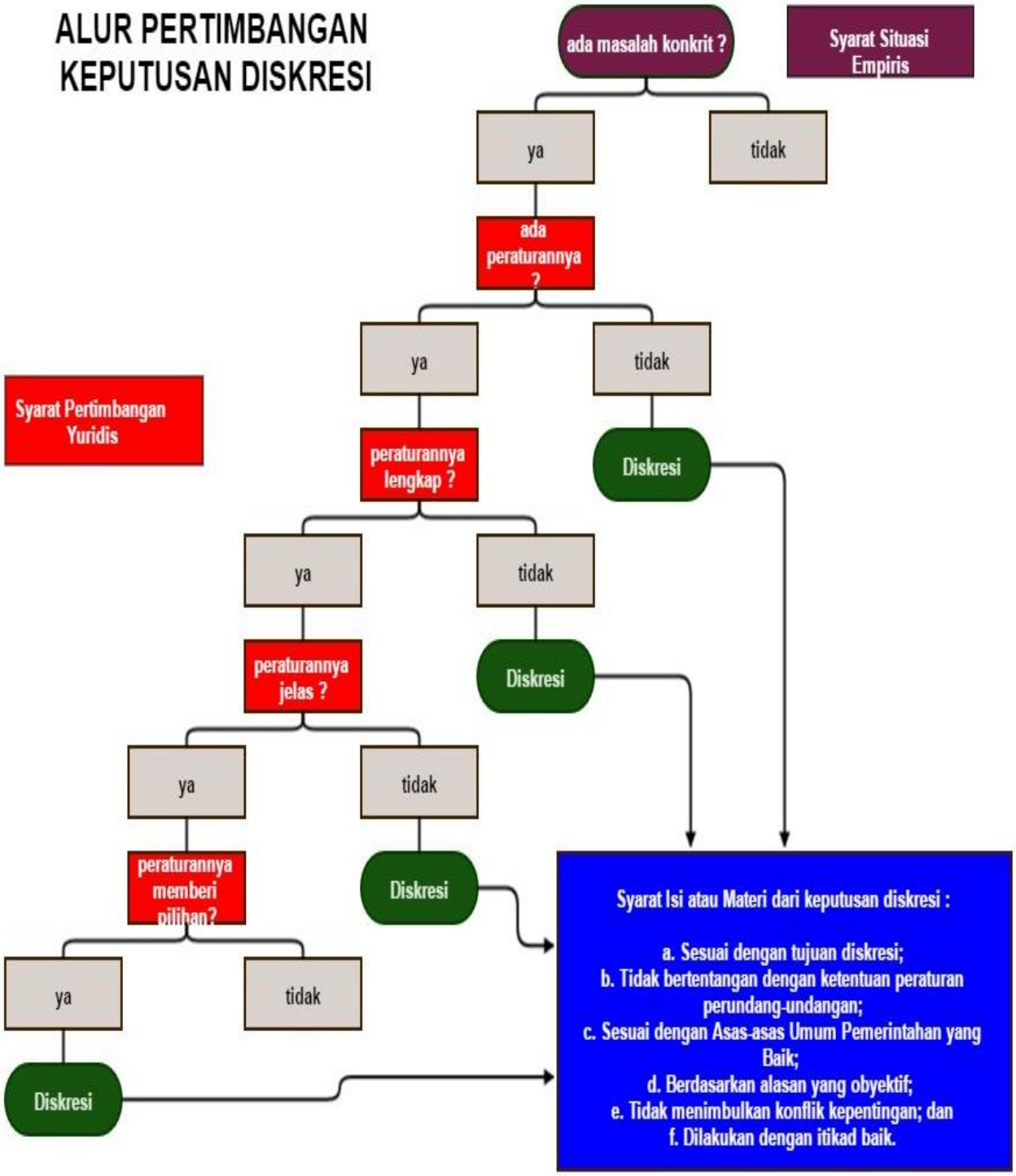
Akan tetapi jika keputusan diskresi yang dibuat tidak memenuhi syarat materiil, maka keputusan diskresi yang dilakukan oleh pejabat berwenang menjadi tidak dapat dibenarkan.

Dalam melakukan telaah syarat materiil, pejabat yang berwenang perlu memastikan bahwa dalam menyusun atau membuat keputusan diskresi tersebut harus :

- memenuhi unsur yuridis, nilai-nilai moral dan kearifan;
- memperhatikan rambu/batas aturan hukum;
- tidak dimuati kepentingan pribadi;
- terukur/seimbang antara tindakan dan berat ringannya kesalahan;
- dapat dipertanggungjawabkan secara moral, asas-asas umum pemerintahan yang baik, dan hukum di kemudian hari;
- mengutamakan keadilan, kesejahteraan dan kepentingan umum;
- tidak bertentangan dengan Hak Asasi Manusia, ketertiban umum dan kesusilaan;
- memperhatikan batas kewenangan pengambil diskresi dan kepentingan/kewenangan pemerintah lainnya;
- mempersiapkan kompensasi pada pihak-pihak yang mungkin akan dirugikan.

Terkait pedoman ini, perlu diatur pula dalam hal keadaan atau kondisi yang mendesak, sebaiknya keterdesakan tersebut ditetapkan dengan keputusan tertulis, dan disampaikan tembusan kepada pemerintahan atasan untuk diketahui motivasinya.

Deskripsi langkah-langkah prosedur pengambilan keputusan diskresi tersebut dapat dilihat dalam gambar berikut ini.



BAB VIII
P E N U T U P

Berdasarkan hasil kajian awal serta merujuk pada masukan para narasumber dalam seminar nasional, maka rekomendasi stratejik yang ditawarkan oleh Tim Kajian PKSHAN adalah :

a. Operasionalisasi diskresi perlu diatur lebih lanjut dalam Peraturan Pemerintah yang bersifat mandiri, karena tidak ada amanat langsung dalam Undang-Undang Administrasi Pemerintahan untuk ditindaklanjuti dalam Peraturan Pemerintah. Dalam Peraturan dimaksud diatur pula mengenai siapa pejabat yang bisa melakukan diskresi serta lembaga yang dapat memberikan advokasi terkait keterpenuhan syarat;
b. Pada masa transisi, bisa dioptimalkan fungsi Tim Pengawalan, Pengamanan Pemerintahan dan Pembangunan Pusat (TP4P) dan Daerah (TP4D) yang dibentuk oleh Kejaksaan Agung, sebagai lembaga yang dapat memberikan konsultasi dan advokasi bagi aparatur pemerintah, baik pusat maupun daerah, untuk mengambil diskresi;
c. Perlu dilakukan koordinasi dan sinkronisasi dengan APH, terkait penegakan hukum atas Undang-Undang Administrasi Pemerintahan agar dapat berjalan sebagaimana mestinya. Hal ini dapat dilakukan dalam forum Mahkumjakpol dengan output adalah kesepakatan bersama. Tindak lanjut atas kesepakatan tersebut, Presiden dapat menunjuk Menkopolhukam sebagai koordinator monitoring implementasinya.
d. Dalam rangka menegakkan Undang-Undang Administrasi Pemerintahan, Presiden dapat menginstruksikan kepada Kejaksaan Agung, Kepolisian Negara Republik Indonesia dan BPKP --- institusi di ranah eksekutif ---, untuk melakukan "*legal audit*" terkait kasus-kasus tindak pidana (pidana umum maupun korupsi), yang menjerat pejabat atau mantan pejabat yang sekarang sedang ditangani di

tahap penyelidikan maupun penyidikan. Apakah perkara-perkara tersebut masuk ranah Administrasi Pemerintahan atau pidana umum atau Tipikor? Jika memenuhi persyaratan norma dalam Undang-Undang Administrasi Pemerintahan, maka wajib hukumnya bagi Presiden meminta Kepolisian maupun Kejaksaan agar menyesuaikan dan mentransfer yurisdiksinya ke Pengadilan Tata Usaha Negara (PTUN). Hal ini sesuai dengan Pasal Peralihan Undang-Undang Administrasi Pemerintahan yang pada hakikatnya menyatakan untuk perkara-perkara dalam ranah AP, meskipun sdh didaftarkan di Peradilan Umum, tapi belum masuk pemeriksaan perkara --- logikanya apalagi masih tahap penyelidikan atau penyidikan ---, harus dialihkan penanganannya ke PTUN (bukan Pengadilan Negeri atau Pengadilan Tipikor).

REFERENSI

1. Black, Henry Campbell, Black's Law Dictionary, West Publishing, l990.
   Brouwer J.G dan Schilder, A Survey of Ductch Administrative Law, Ars Aequi Libri, Nijmegen, l998.
2. Hadjon, Philipus M. Perlindungan Hukum Bagi Rakyat di Indonesia, Sebuah Studi tentang Prinsip-Prinsipnya dan Penanganannya oleh Pengadilan Dalam Lingkungan Peradilan Umum dan Pembentukan Peradilan Administrasi, Edisi Khusus, Penerbit Peradaban, Cet. Pertama, 2007.
3. _____, Discretionary Power dan Asas-Asas Umum Pemerintahan Yang Baik (AAUPB).
4. Kartawidjaya, Pipit, Kritik Terhadap RUU Administrasi Pemerintahan. Kobussen, Mariette,De Vrijheid van de Overheid, W.E.J., Tjeenk Willink Zwolle, 1991.
5. Leyland, Peter and Woods, Terry, Administrative Law Facing the Future : Old Constraints and New Horizons, Blackstone Press Limited, London, 1997.
6. Stroink, F.A.M. en Steenbeek, J.G., Inleiding in Het Staats-en Administratief Recht, Samson H.D. Tjeenk Willink, Alphen aan den Rijn, 1985.
7. Stout, H.D., De Betekenissen van de Wet, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1994.
8. Hardjon, Philipus M, Pengantar Hukum Administrasi Indonesia, Gadjah Mada University Press, Yogyakarta, 1997.
9. Marbun, SF. ed, Pokok-pokok Pemikiran Hukum Administrasi Negara, UII Press, Yogyakarta, 2001.
10. Diskresi Pejabat Sulit Dicari Batasannya, http://www.hukumonline.com, diakses tanggal 11 maret 2008.
11. Gayus T. Lumbuun, Pro Kontra Rencana Pembuatan Peraturan untuk Melindungi Pejabat Publik, http://www.hukumonline.com, diakses tanggal 16 maret 2008.

12. Undang Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.
13. Undang-undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara.

LAMPIRAN-LAMPIRAN

Lampiran 1

POLICY BRIEF

PKSANHAN - PUSAT KAJIAN SISTEM DAN HUKUM ADMINISTRASI NEGARA

Utilisasi DISKRESI
UNTUK AKSELERASI PEMBANGUNAN DAN PELAYANAN PUBLIK

Pendahuluan

Pelaksanaan penyelenggaraan pemerintahan, membawa konsekuensi adanya hak kebebasan bagi administratur negara (mencakup aparatur dan lembaga di dalamnya) untuk bertindak atas inisatif sendiri (*freies ermessen/diskresionare)* dalam batas kewenangan yang dimilikinya. Istilah ini kemudian secara khas digunakan dalam bidang pemerintahan, sehingga ***freies ermessen/diskresionare*** **dapat diartikan sebagai salah satu sarana yang memberikan ruang gerak bagi Pejabat atau Badan Administrasi Negara untuk melakukan tindakan tanpa harus terikat sepenuhnya pada peraturan perundang-undangan.** Secara konsepsional, implementasi ***freies ermessen/diskresionare*** **lebih mengutamakan keefektifan tercapainya suatu tujuan (*doelmatigheid*) daripada sekedar mematuhi sepenuhnya ketentuan hukum (*rechtmatigheid*).** Hal ini tidak terlepas dari dinamika kebutuhan masyarakat yang begitu cepat, yang seringkali tidak terprediksi dari awal (*unpredictable*) atau bahkan tidak terjangkau oleh prosedur formal yang diatur dalam berbagai kebijakan. Terlebih, saat ini, aparatur pemerintahan dituntut dan berlomba-lomba melakukan inovasi untuk mengakselerasi pembangunan dan pelayanan publik.

Untuk itu, dalam konsep penyelenggaraan pemerintahan, maka aparatur pemerintah diberikan kewenangan untuk melakukan diskresi sebagai bentuk tindakan pemerintahan yang bersifat *quick response* dan lebih dilihat dari aspek pemenuhan kepentingan masyarakat dibandingkan dengan ketaatan prosedur semata. Sebagaimana Arahan Presiden dalam pertemuan dengan pada para Pejabat Eselon "...Kita sudah terlalu lama orientasinya selalu prosedur. Buang itu. Orientasinya hasil. Bahwa prosedur harus dilalui, iya sudah pasti *dong* ... Tapi ***orientasinya adalah hasil, prosedur mengikuti....***" (http://setkab.go.id/bertemu-1768-pejabat-eselon-ii-presiden-jokowi-kalau-usul-anggaran-ngga-usah-banyak-banyak/)

Diberlakukannya Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan --- UU AP --- sejak tanggal 17 Oktober 2014, menjadi tonggak sejarah baru bagi reformasi administrasi di Indonesia. Salah satu materi menarik adalah mengenai diskresi yang diatur secara rigid dalam Undang-Undang tersebut. Namun, hingga saat ini, hampir 2 (dua) tahun sejak berlakunya UU AP, masih terjadi kegamangan di kalangan aparatur pemerintahan untuk melakukan diskresi. Meski diskresi telah diatur begitu rinci dalam UU Administrasi Pemerintahan, namun dipandang masih perlu adanya jaminan kepastian hukum bagi aparatur pemerintahan ketika melakukan diskresi.

Hingga saat ini, di kalangan aparatur pemerintahan sendiri dan aparat penegak hukum masih berpolemik mengenai diskresi. Bahkan, sebagian besar aparatur pemerintahan khawatir, jika melakukan diskresi di kemudian hari dimaknai sebagai penyimpangan administrasi (mal-administrasi) yang menjadi cikal bakal tindak pidana umum maupun tindak pidana korupsi.)

Analisis dan Permasalahan

Semangat pembentukan UU AP sebenarnya mengatur agar penyelenggara pemerintahan mempunyai rambu-rambu yang jelas dalam melaksanakan keputusan maupun tindakan pemerintahan dan menghindari penyalahgunaaan wewenang aparatur pemerintah. Diskresi yang diatur dalam UU AP, merupakan **diskresi bersyarat dan mekanistis (prosedural).** Harus memenuhi banyak syarat yaitu untuk mengatasi persoalan kongkret, peraturan perundang-undangan yang memberikan pilihan, tidak mengatur, tidak lengkap atau tidak jelas, dan/atau adanya stagnasi pemerintahan. Masih ada lagi syarat harus ada itikad baik, tidak boleh bertentangan dengan peraturan perundang-undangan dan tidak menimbulkan konflik kepentingan.

Di sisi lain, secara mekanisme, diskresi harus dilaporkan dan meminta persetujuan atasan terlebih dahulu apabila diksresi yang akan diambil berkaitan dengan alokasi anggaran. Sedangkan apabila diskresi akan menimbulkan keresahan masyarakat, keadaan darurat, mendesak dan/atau terjadi bencana alam, Pejabat Pemerintahan wajib memberitahukan kepada Atasan Pejabat sebelum penggunaan diskresi dan melaporkan kepada Atasan Pejabat setelah penggunaan Diskresi. Bahkan, dalam UU AP disebutkan mekanisme pengajuan permohonan maupun penyampaian laporan diskresi dalam batas waktu 5 (lima) hari, baik sebelum atau sesudah diskresi dilakukan. Artinya, diskresi berdasarkan UU AP susah untuk dilaksanakan dan bukan sebagaimana diskresi yang ideal.

Berbagai **problem empiris (implementasi kebijakan)** yang dihadapi adalah :

- Secara umum, norma dalam UU AP --- termasuk diskresi --- belum diimplementasikan dalam penyelenggaraan manajemen pemerintahan;
- Masih banyak pejabat yang belum mengetahui apalagi memahami UU AP. Bahkan, di kalangan Aparat Pengawas Internal Pemerintah (APIP) banyak yang belum mengetahui apalagi memahami UU AP ini. Hal ini sebagai akibat sosialisasi UU AP yang kurang memadai;
- Diskresi dalam UU AP bersifat prosedural (ada kewajiban menyampaikan laporan h-5 sebelum diskresi dan melaporkan H+5 setelah diskresi kepada atasan,) sehinggga terkesan disakresi sebagai kegiatan biasa dan terencana. Syarat persetujuan atasan bisa menyebabkan tidak ada atasan yang berani bila berdampak pada keuangan negara. Di sisi lain, perlu dikaji, bagaimana diskresi dalam hal akan berinovasi atau untuk kegiatan yang bersifat *urgent*?;
- Khusus mengenai inovasi dalam konsteks daerah (inovasi daerah), dalam UU No. 23 tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah, inovasi dimaknai semua bentuk pembaharuan dalam penyelenggaraan pemerintahan daerah. Bagi inovasi daerah yang gagal, tidak dapat dipidanakan. Norma ini seharusnya bisa bersifat mutatis mutandis untuk diskresi;

- APIP sebagai elemen penting untuk melaksanakan pengawasan atas keputusan atau tindakan pemerintahan, perlu diberikan pengembangan kapasitas (*capacity building*) agar mampu menjadi lembaga yang benar-benar mampu mengawal pelaksanaan UU AP;
- Akibat diskresi adalah penyalahgunaan wewenang. Banyak pejabat yang masih khawatir, terkait dengan unsur penyalahgunaan wewenang dalam diskresi yang bisa mengarah ke tindak pidana korupsi. Hal ini terkait dengan permasalahan dasar, apakah UU AP menjadi *lex specialis* atau *lex posteriori* dari UU No. 20 Tahun 2001 tentang Perubahan atas UU No. 31 tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (UU Tipikor)?;
- Apakah UU AP harus dilaksanakan terlebih dulu sebelum menggunakan pendekatan pidana? Prinsip dasarnya, hukum pidana bersifat *ultimum remedium*, bukan *primum remedium* atau bahkan *maximum remedium*, yakni "hukum pidana hendaknya menjadi sarana terakhir yang digunakan untuk mencapai tujuan hukum";
- Aparat penegak hukum (APH) belum mempunyai komitmen dan pemahaman yang seragam mengenai UU AP --- termasuk mengenai diskresi ---. Bahkan ada sebagian kalangan APH yang berpendapat bahwa UU AP ini tidak mendukung semangat antikorupsi.

Sedangkan **problem disharmonisasi kebijakan** yang dihadapi adalah rumusan keputusan atau tindakan pemerintahan --- termasuk diskresi ---, potensial untuk menimbulkan disharmonisasi regulasi. Disharmonisasi dengan KUHP, UU Tipikor, UU No. 1 Tahun 2004 tentang Perbendaharaan negara dan UU No. 15 Tahun 2006 tentang Badan Pemeriksa Keuangan terkait kerugian negara dan penyalahgunaan wewenang.

Rekomendasi

Berdasarkan hasil kajian awal serta merujuk pada masukan para narasumber dalam seminar nasional, maka rekomendasi stratejik yang ditawarkan oleh Tim Kajian PKSHAN adalah :

- Operasionalisasi diskresi perlu diatur lebih lanjut dalam Peraturan Pemerintah yang bersifat mandiri, karena tidak ada amanat langsung dalam UU AP untuk ditindaklanjuti dalam Peraturan Pemerintah. Dalam Peraturan dimaksud diatur pula mengenai siapa pejabat yang bisa melakukan diskresi serta lembaga yang dapat memberikan advokasi terkait keterpenuhan syarat;
- Pada masa transisi, bisa dioptimalkan fungsi Tim Pengawalan, Pengamanan Pemerintahan dan Pembangunan Pusat (TP4P) dan Daerah (TP4D) yang dibentuk oleh Kejaksaan Agung, sebagai lembaga yang dapat memberikan konsultasi dan advokasi bagi aparatur pemerintah, baik pusat maupun daerah, untuk mengambil diskresi;
- Perlu dilakukan koordinasi dan sinkronisasi dengan APH, terkait penegakan hukum atas UU AP agar dapat berjalan sebagaimana mestinya. Hal ini dapat dilakukan dalam forum Mahkumjakpol dengan output adalah kesepakatan bersama. Tindaklanjut atas kesepakatan tersebut, Presiden dapat menunjuk Menkopolhukam sebagai koordinator monitoring implementasinya.

- Dalam rangka menegakkan UU AP, Presiden dapat menginstruksikan kepada Kejaksaan Agung, Kepolisian Negara Republik Indonesia dan BPKP --- institusi di ranah eksekutif ---, utk melakukan *"legal audit"* terkait kasus-kasus tindak pidana (pidana umum maupun korupsi), yang menjerat pejabat atau mantan pejabat yang sekarang sedang ditangani di tahap penyelidikan maupun penyidikan. Apakah perkara-perkara tersebut masuk ranah Administrasi Pemerintahan atau pidana umum atau Tipikor? jika memenuhi persyaratan norma dalam UU AP, maka wajib hukumnya bagi Presiden meminta Kepolisian maupun Kejaksaan agar menyesuaikan dan mentransfer yurisdiksinya ke Pengadilan Tata Usaha Negara (PTUN). Hal ini sesuai dengan Pasal Peralihan UU AP yang pada hakekatnya menyatakan untuk perkara-perkara dalam ranah AP, meskipun sdh didaftarkan di Peradilan Umum, tapi belum masuk pemeriksaan perkara --- logikanya apalagi masih tahap penyelidikan atau penyidikan ---, harus dialihkan penanganannya ke PTUN (bukan Pengadilan Negeri atau Pengadilan Tipikor).

Pusat Kajian Sistem dan Hukum Administrasi Negara
Deputi Bidang Kajian Kebijakan
Lembaga Administrasi Negara
Jl. Veteran No. 10 Jakarta Pusat

Lampiran 2

POLICY BRIEF

PKSANHAN - PUSAT KAJIAN SISTEM DAN HUKUM ADMINISTRASI NEGARA

PERTIMBANGAN

PENGGUNAAN DISKRESI

UNTUK PENINGKATAN PELAYANAN MASYARAKAT
DAN PERCEPATAN PEMBANGUNAN

Pendahuluan

Undang-undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan (UU AP) memberi peluang pada pejabat pemerintahan yang berwenang di Indonesia untuk menggunakan diskresi dengan 4 (empat) tujuan yaitu untuk melancarkan penyelenggaraan pemerintahan; mengisi kekosongan hukum; memberikan kepastian hukum; dan mengatasi stagnasi pemerintahan dalam keadaan tertentu guna kemanfaatan dan kepentingan umum.

Namun sejak undang-undang tersebut ditetapkan, sampai saat ini masih ada keraguan pada kalangan pejabat pemeritahan untuk menggunakan diskresi untuk mengatasi persoalan-persoalan pelayanan masyarakat dan pembangunan ketika terjadi kondisi-kondisi tidak lancarnya penyelenggaraan pemerintahan, adanya kekosongan dan ketidapastian hukum, serta stagnasi pemerintahan. Bahkan kalangan aparat penegak hukum (APH), memandang materi dalam UU AP tidak sejalan dengan semangat anti korupsi karena dianggap melindungi pejabat pemerintahan yang dianggap melakukan kesalahan.

Diskresi : Perspektif UU AP

Dalam UU AP disebutkan bahwa diskresi adalah keputusan dan/atau tindakan yang ditetapkan dan/atau dilakukan oleh pejabat pemerintahan untuk mengatasi persoalan konkret yang dihadapi dalam penyelenggaraan pemerintahan dalam hal peraturan perundang-undangan yang memberi pilihan, tidak mengatur, tidak lengkap atau tidak jelas, dan/atau adanya stagnasi pemerintahan. Dalam penggunaannya, diskresi harus memenuhi syarat yang ditentukan.

1

Persyaratan Penggunaan Diskresi

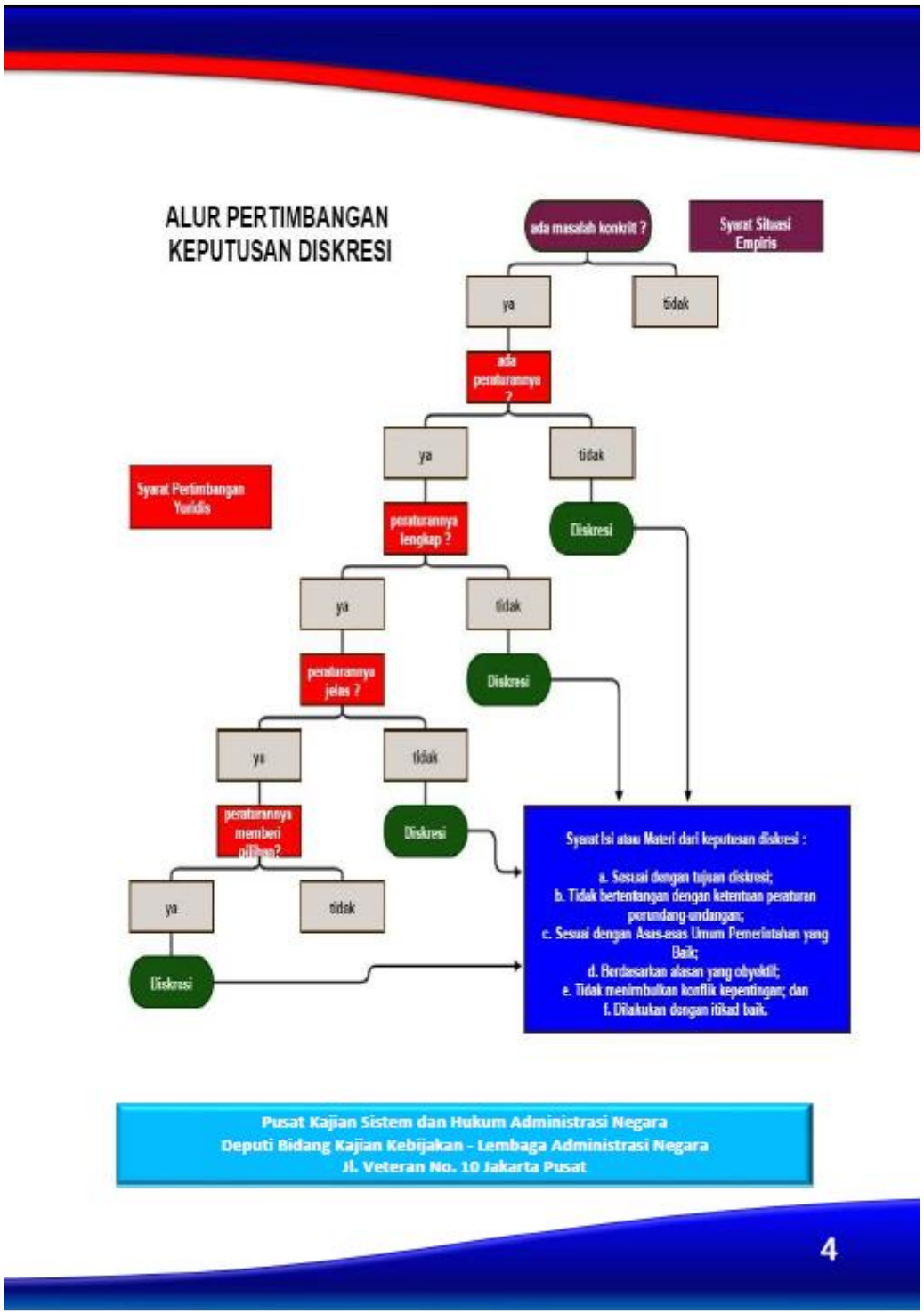
Berdasarkan perspektif UU AP dan akademis, keputusan diskresi dapat dikatakan sah apabila memenuhi syarat empiris, yuridis dan materiil.

1. Syarat empiris diskresi yaitu adanya persoalan pemerintahan yang sifatnya konkret dalam penyelenggaraan pemerintahan. Dalam KKBI, konkret artinya nyata; benar-benar ada (berwujud, dapat dilihat, diraba, dsb). Konkret dapat dikaitkan dengan situasi, keadaan, atau permasalahan tertentu yang harus segera diatasi untuk kepentingan umum, berdasar fakta yang benar dan akurat sebagai dasar pertimbangannya.
2. Syarat yuridis diskresi yaitu apabila untuk mengatasi suatu persoalan konkret tersebut, peraturan perundang-undangan yang ada di Indonesia saat ini ternyata :
   a. tidak mengatur upaya mengatasi persoalan konkret tersebut, atau
   b. mengatur tetapi tidak lengkap mengatasi persoalan konkret tersebut, atau
   c. mengatur tetapi tidak jelas mengatasi persoalan konkret tersebut, atau
   d. memberi pilihan mengatasi persoalan konkret tersebut.
3. Syarat materil diskresi yaitu isi atau materi dari keputusan diskresi yang dibuat pejabat pemerintahan harus
   a. Sesuai dengan tujuan diskresi yaitu semata-mata untuk melancarkan penyelenggaraan pemerintahan, mengisi kekosongan hukum; memberikan kepastian hukum; dan mengatasi stagnasi pemerintahan dalam keadaan tertentu guna kemanfaatan dan kepentingan umum;
   b. Tidak bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan; dan
   c. Sesuai dengan Asas-asas Umum Pemerintahan yang Baik; dan
   d. Berdasarkan alasan yang obyektif; dan
   e. Tidak menimbulkan konflik kepentingan; dan
   f. Dilakukan dengan itikad baik.

Penggunaan Diskresi untuk Peningkatan Pelayanan Masyarakat dan Percepatan Pembangunan

Berdasarkan syarat-syarat sahnya keputusan diskresi, maka berikut hal-hal yang harus dilakukan pejabat pemerintahan apabila akan membuat diskresi untuk peningkatan pelayanan Masyarakat dan percepatan pembangunan.

1. Untuk memenuhi syarat empiris, calon pengambil keputusan diskresi harus menilai apakah situasinya memang tepat ? Dan apakah fakta telah didukung data/informasi yang benar, seperti
    - Data kuantitatif dan kualitatif serta pendapat para pihak terkait persoalan yang dihadapi;
    - Hasil analisis dari pihak yang kompeten terhadap data/informasi terkait persoalan yang dihadapi.
2. Untuk memenuhi syarat yuridis, calon pengambil keputusan diskresi harus melakukan penelaahan peraturan perundang-undangan yang ada secara bertahap, untuk memastikan apakah peraturannya tidak ada? Apakah peraturannya tidak lengkap? Apakah peraturan tidak jelas? Serta apakah peraturannya memberi pilihan ?
3. Untuk memenuhi syarat materiil, calon pengambil keputusan diskresi harus memastikan bahwa produk atau keputusan diskresi tersebut :
    - memenuhi unsur yuridis, nilai-nilai moral dan kearifan;
    - memperhatikan rambu/batas aturan hukum;
    - tidak dimuati kepentingan pribadi;
    - terukur/seimbang antara tindakan dan berat ringannya kesalahan;
    - dapat dipertanggungjawabkan secara moral, asas-asas umum pemerintahan yang baik, dan hukum di kemudian hari;
    - mengutamakan keadilan, kesejahteraan dan kepentingan umum;
    - tidak bertentangan dengan Hak Asasi Manusia, ketertiban umum dan kesusilaan;
    - memperhatikan batas kewenangan pengambil diskresi dan kepentingan/kewenangan pemerintah lainnya;
    - mempersiapkan kompensasi pada pihak-pihak yang mungkin akan dirugikan.


ALUR PERTIMBANGAN KEPUTUSAN DISKRESI
ada masalah konkrit ?
Syarat Situasi Empiris
ya
tidak
ada peraturannya ?
ya
tidak
Syarat Pertimbangan Yuridis
peraturannya lengkap ?
Diskresi
ya
tidak
peraturannya jelas ?
Diskresi
ya
tidak
peraturannya memberi pilihan?
Diskresi
ya
tidak
Diskresi
Syarat Isi atau Materi dari keputusan diskresi :
a. Sesuai dengan tujuan diskresi;
b. Tidak bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan;
c. Sesuai dengan Asas-asas Umum Pemerintahan yang Baik;
d. Berdasarkan alasan yang obyektif;
e. Tidak menimbulkan konflik kepentingan; dan
f. Dilakukan dengan itikad baik.
Pusat Kajian Sistem dan Hukum Administrasi Negara
Deputi Bidang Kajian Kebijakan - Lembaga Administrasi Negara
Jl. Veteran No. 10 Jakarta Pusat
4

Lampiran 3

PENGANTAR DISKUSI
"CRITICAL REVIEW IMPLEMENTASI DISKRESI BERDASARKAN UU ADMINISTRASI PEMERINTAHAN"

Pusat Kajian Sistem & Hukum Administrasi Negara
Lembaga Administrasi Negara

Latar Belakang

- UU 30/2014 tentang Administrasi Pemerintahan yang diberlakukan sejak tanggal 17 Oktober 2014, memuat perubahan penting dalam penyelenggaran birokrasi pemerintahan
- Pejabat pemerintahan mempunyai hak untuk diskresi, memperoleh perlindungan hukum dan jaminan keamanan dalam menjalankan tugasnya
- Norma diskresi dalam UU 30/2014 secara empiris belum dapat dilaksanakan.

Permasalahan

- hampir semua pejabat pemerintahan, enggan atau malah tidak mau menggunakan UU 30/2014 sebagai dasar pengambilan kebijakan.
- Hampir semua inovasi pastinya memerlukan payung diskresi sebagai dasar pengaman pengambilan keputusan atau tindakan
- Semua sektor dalam birokrasi ada peraturan sektoralnya, sehingga mempersempit ruang untuk diskresi
- Reformasi birokrasi yang mengutamakan pelayanan publik belum sinergi dengan ketaatan administrasi dan regulasi yang menjadi dasar diskresi
- APH belum menggunakan diskresi dalam proses penegakan hukum.

Output

1. Rekomendasi kebijakan untuk mengimplementasikan norma diskresi, namun tetap sejalan dengan semangat antikorupsi.
2. Masukan atas rencana kegiatan yang akan dilaksanakan untuk mewujudkan tujuan kegiatan Kajian.

Konsepsi Diskresi

Diskresi adalah suatu kebebasan bertindak atau mengambil keputusan menurut pendapat sendiri (Prajudi Admosudirjo), dan NataSaputra memaknai diskresi, adalah suatu kebebasan yang diberikan kepada alat administrasi Negara mengutamakan keefektifan tercapainya suatu tujuan (*doelmatigheid*) daripada berpegang teguh kepada ketentuan hukum (Sadjijono, 2008: 64-65).

Diskresi Berdasarkan UU 30/2014 ... (1) Pengertian

Diskresi merupakan hak pejabat pemerintahan yang dimaknai sebagai Keputusan dan/atau Tindakan yang ditetapkan dan/atau dilakukan oleh Pejabat Pemerintahan untuk mengatasi persoalan konkret yang dihadapi dalam penyelenggaraan pemerintahan dalam hal peraturan perundang-undangan yang memberikan pilihan, tidak mengatur, tidak lengkap atau tidak jelas, dan/atau adanya stagnasi pemerintah

Diskresi Berdasarkan UU 30/2014 ... (2)
Tujuan Diskresi

Diskresi hanya dapat dilakukan oleh Pejabat Pemerintahan yang berwenang dan bertujuan untuk:

(1) melancarkan penyelenggaraan pemerintahan

(2) mengisi kekosongan hukum

(3) memberikan kepastian hukum

(4) mengatasi stagnasi pemerintahan dalam keadaan tertentu guna kemanfaatan dan kepentingan umum

Diskresi Berdasarkan UU 30/2014 ... (3)
Syarat Diskresi

Syarat bagi Pejabat Pemerintahan untuk menggunakan Diskresi yakni :

- sesuai dengan tujuan Diskresi;
- tidak bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan;
- sesuai dengan AUPB;
- berdasarkan alasan-alasan yang objektif;
- tidak menimbulkan Konflik Kepentingan; dan
- dilakukan dengan iktikad baik

Selain itu, diskresi dapat dilakukan manakala berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan memberikan suatu pilihan bagi lembaga atau pejabat (UU 12/2011)

Diskresi Berdasarkan UU 30/2014 ... (4)

Dalam UU 30/2014, mengenai implementasi Diskresi yang berdampak pada alokasi anggaran, menimbulkan keresahan masyarakat, keadaan darurat, mendesak dan/atau terjadi bencana alam, diatur secara khusus mengenai prosedur dan mekasime pelaporannya.

Prosedur Diskresi... (5.a)

- Penggunaan Diskresi yang berpotensi mengubah alokasi anggaran serta menimbulkan akibat hukum yang berpotensi membebani keuangan negara, wajib memperoleh persetujuan dari Atasan Pejabat.
- Dalam hal penggunaan Diskresi yang berpotensi menimbulkan keresahan masyarakat, Pejabat Pemerintahan wajib melaporkan kepada Atasan Pejabat sebelum penggunaan Diskresi tersebut.
- Penggunaan Diskresi dalam keadaan darurat, mendesak dan/atau terjadi bencana alam, Pejabat Pemerintahan wajib memberitahukan kepada Atasan Pejabat setelah penggunaan Diskresi.

Prosedur Diskresi ... (5.b)

Diskresi yang Berpotensi Mengubah Alokasi Anggaran & Membebani Keuangan Negara:

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

Diskresi yang Berpotensi Menimbulkan Keresahan Masyarakat:

- Pejabat yang menggunakan Diskresi wajib menguraikan maksud, tujuan, substansi, dan dampak administrasi yang berpotensi mengubah pembebanan keuangan negara.
- Pejabat tersebut wajib menyampaikan pemberitahuan secara lisan atau tertulis kepada Atasan Pejabat, yang disampaikan paling lama 5 (lima) hari kerja sebelum penggunaan Diskresi.

Diskresi dalam Keadaan Darurat, Mendesak dan/atau Bencana Alam:

- Pejabat yang menggunakan Diskresi wajib menguraikan maksud, tujuan, substansi, dan dampak yang ditimbulkan.
- Pejabat tersebut wajib menyampaikan laporan secara tertulis kepada Atasan Pejabat setelah penggunaan Diskresi, yang disampaikan paling lama 5 (lima) hari kerja terhitung sejak penggunaan Diskresi.

Pejabat yang menggunakan Diskresi di atas, dikecualikan dari ketentuan memberitahukan kepada Warga Masyarakat.

Akibat Hukum Diskresi (6)

Akibat hukum dari penggunaan Diskresi yang tidak sesuai dengan ketentuan UU AP, dapat dikategorikan :

(1) melampaui Wewenang >< (diskresi menjadi tidak sah):
- melampaui batas waktu berlakunya Wewenang;
- melampaui batas wilayah berlakunya wewenang; dan/atau
- tidak sesuai dengan prosedur diskresi

(2) mencampuradukkan wewenang >< (diskresi dapat dibatalkan):
- tidak sesuai dengan tujuan Wewenang yang diberikan;
- tidak sesuai dengan prosedur diskresi; dan/atau
- bertentangan dengan AUPB.

(3) tindakan sewenang-wenang, apabila dikeluarkan oleh Pejabat yang tidak berwenang >< (diskresi menjadi tidak sah)

Berdasarkan UU PTUN

Alasan-alasan yang dapat digunakan adalah:

- Keputusan Tata Usaha Negara yang digugat itu bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku;
- Keputusan Tata Usaha Negara yang digugat itu bertentangan dengan asas-asas umum pemerintahan yang baik

Berdasarkan KUHP & UU Tipikor

- Dari sisi hukum pidana, berdasarkan Pasal 421 KUHP (Buku Kedua Kejahatan, Bab XXVIII, Kejahatan Jabatan), seorang pejabat yang menyalahgunakan kekuasaan memaksa seseorang untuk melakukan, tidak melakukan atau membiarkan sesuatu, diancam dengan pidana penjara paling lama dua tahun delapan bulan.

- Terkait penyalahgunaan wewenang, Pasal 3 UU No 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, juga mengatur bahwa setiap orang yang dengan tujuan menguntungkan diri sendiri atau orang lain atau suatu korporasi, menyalahgunakan kewenangan, kesempatan atau sarana yang ada padanya karena jabatan atau kedudukan yang dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara, dipidana dengan pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara paling singkat 1 tahun & paling lama 20 tahun dan/atau denda paling sedikit Rp. 50.000.000,00 & paling banyak Rp. 1.000.000.000,00

Berdasarkan KUHP & UU Tipikor

- Dari sisi hukum pidana, berdasarkan Pasal 421 KUHP (Buku Kedua Kejahatan, Bab XXVIII, Kejahatan Jabatan), seorang pejabat yang menyalahgunakan kekuasaan memaksa seseorang untuk melakukan, tidak melakukan atau membiarkan sesuatu, diancam dengan pidana penjara paling lama dua tahun delapan bulan.

- Terkait penyalahgunaan wewenang, Pasal 3 UU No 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, juga mengatur bahwa setiap orang yang dengan tujuan menguntungkan diri sendiri atau orang lain atau suatu korporasi, menyalahgunakan kewenangan, kesempatan atau sarana yang ada padanya karena jabatan atau kedudukan yang dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara, dipidana dengan pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara paling singkat 1 tahun & paling lama 20 tahun dan/atau denda paling sedikit Rp. 50.000.000,00 & paling banyak Rp. 1.000.000.000,00

Pertanyan Diskusi

- Secara konsepsional, bagaimanakah makna dan pengertian diskresi?
- Bagaimanakah makna dan pengertian diskresi berdasarkan UU AP?
- Secara khusus, bagaimanakah hubungan antara dikresi dan mal-administrasi agar tidak masuk ke ranah tindak pidanda korupsi (tidak dikriminalisasi)?
- Apakah pengertian diskresi dalam UU AP sudah memadai?
- Apa contoh tindakan diskresi berdasarkan UU AP yang timbul dalam praktek penyelenggaraan pemerintahan saat ini?
- Siapakah pejabat yangberwenang untuk melakukan diskresi berdasarkan UU AP?
- Bagaimanakah mekanisme pengujian (*review*) atas tindakan diskresi berdasarkan UU AP?
- Secara umum, apa permasalahan yang dihadapi dalam mengimplementasikan norma diskresi berdasarkan UU AP?
- Bagaimana solusi agar diskresi berdasarkan UU AP dapat dilaksanakan dengan sebagaimana mestinya?

Pusat Kajian Sistem dan Hukum Administrasi Negara
Deputi Bidang Kajian Kebijakan
Lembaga Administrasi Negara
Jl. Veteran No.10 Jakarta Pusat 10110