



Diskresi dan Negara Hukum: Mewujudkan Hukum Berkeadilan Masyarakat

Murdan

Institut Agama Islam Qamarul Huda, Lombok Tengah, Nusa Tenggara Barat

Safira Mustaqilla

Universitas Islam Negeri Ar-Raniry Banda Aceh

prof.murdan@gmail.com

Abstract: This study analyzes the discretionary policy in the civil law system prevailing in Indonesia. In a state law system, implementing laws and regulations are often faced with not applying the rule of law and even legal decisions occur. The result of the failure that occurred in realizing government programs aimed at the welfare of the community. On the one hand, state officials, state employees, and state officials are not allowed to act differently from the legal rules that have been passed by the state. But on the other hand, the desire to uphold justice and the welfare of the people sometimes clashes with the rules, procedures, and legal provisions that already exist legally. The advantages of the positive and negative sides of the Civil Law-based legal system, countries that adhere to the Civil Law system then introduce the concept of discretion. This study uses a normative-juridical method. The results of the analysis of literature data show that through discretionary policies, governments, state officials, and state administrators can guarantee people's welfare, justice, and truth.

Keywords: State Law, Discretion, Justice, Government, Civil Law

Abstrak: Studi ini menganalisis kebijakan diskresi dalam sistem hukum sipil yang berlaku di Indonesia. Dalam sistem negara hukum, pelaksana peraturan perundang-undangan sering dihadapkan pada tidak tegasnya aturan hukum dan bahkan terjadi kekosongan hukum. Akibatnya terjadi kesulitan dalam merealisasikan program pemerintah yang bertujuan untuk mensejahterakan masyarakat. Di satu sisi pejabat negara, pegawai negara, dan penyelenggara negara tidak diperkenankan bertindak berbeda dari aturan hukum yang sudah disahkan oleh negara. Namun sisi lain, keinginan untuk mempercepat keadilan dan kesejahteraan rakyat terkadang berbenturan dengan aturan, prosedur, dan ketentuan hukum yang sudah memiliki daya ikat secara legalistik. Menyadari sisi positif dan negatif dari sistem hukum berbasis Civil Law tersebut, negara-negara yang menganut sistem Civil Law kemudian memperkenalkan konsep tentang diskresi. Studi ini menggunakan metode normatif-yuridis. Hasil analisis data kepustakaan menunjukkan bahwa melalui kebijakan diskresi, para pemerintah, pejabat negara, dan penyelenggara negara dapat mempercepat kesejahteraan rakyat, keadilan, dan kebenaran.

Kata Kunci: Negara Hukum, Diskresi, Keadilan, Pemerintah, Hukum Sipil

A. Pendahuluan

Konsep penting yang tidak pernah terlewatkan dan dilupakan dalam merealisasikan sistem pemerintahan berbasis negara hukum (*rechtsstaat-Rule of Law*) adalah ajaran fundamental tentang supremasi hukum atau hukum sebagai kekuasaan tertinggi. Akibat doktrin tersebut, kata legalitas dan kepastian hukum menjadi bahasa yang paling populer dalam penyelenggaraan organisasi negara.¹ Rasionalisasi sistem pemerintahan berbasis kepastian hukum ini seringkali dalam implementasinya bertabrakan dengan cita-cita hakiki dari supremasi hukum tersebut, seperti keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia. Konteks ini, negara Indonesia dalam konstitusinya tegas mengambil sistem organisasi negara berbasis kepada negara hukum.² Cita-cita mulia negara hukum untuk membatasi tindakan atau perilaku sewenang-wenang aparat/pejabat negara yang hendak menggunakan negara sebagai kendaraan politik untuk memperbudak dan mendiskriminasi rakyat, ternyata di sisi lain dapat menghalang pemerintah yang memiliki tekad baik untuk mewujudkan keadilan dan kesejahteraan sejati kepada masyarakat.

Dari sudut pandang sekelompok pemerintah yang tulus dan memiliki tekad mulia untuk mewujudkan keadilan dan kesejahteraan sosial secara berimbang kepada seluruh rakyat, tentu negara hukum (*rechtsstaat-Rule of Law*) bisa menjadi penghalang yuridis dalam mempercepat terwujudnya keadilan sosial tersebut. Negara hukum sangat memegang kuat dogma hukum tentang asas legalitas, artinya pejabat negara hanya boleh bergerak di atas jalur atau ketentuan hukum yang ada (*rechtsstaat-Rule of Law-Government by Law*). Menurut Ilmar, kemunculan kata *rechtsstaat* pertama kali dikembangkan di Eropa sekitar abad ke-17 dan mendapat pengakuan secara luas dan umum berkisar pada abad ke-19, meskipun diskusi para filsuf-filsuf kenegaraan tentang hal ini sudah lama adanya. Sedangkan, konsep tentang *rule of law* mulai populer dan banyak diperbinjangkan di dunia akademis sejak munculnya tulisan dari Albert Venn Dicey, buku ini kemudian diberi judul oleh Dicey dengan *introduction to the study of the law of the constitution*, sekitar pada tahun 1885.³

Dalam mengimplementasikan konsep negara hukum, suatu negara setidaknya dituntut memperhatikan beberapa hal penting atau aspek fundamental yang menjadi ciri khas atau landasan dasar penyelenggaraan negara hukum, lebih khusus dalam konteks menjalankan regulasi kekuasaan negara. Aspek fundamental yang dimaksud diantaranya: *Pertama*, suatu negara akan dikatakan negara hukum apabila negara itu mampu membatasi, memisahkan, atau membagi kekuasaan para elit politiknya (*distribution or*

¹Murdan, "Harmonisasi Hukum Adat, Agama, Dan Negara Dalam Budaya Perkawinan Masyarakat Islam Indonesia Belakangan," *Asy-Syir'ah: Jurnal Ilmu Syari'ah Dan Hukum* 50, no. 2 (2016): 505-35.

²Dedy Sumardi, Ratno Lukito, and Moch Nur Ichwan, "Legal Pluralism within the Space of Sharia: Interlegality of Criminal Law Traditions in Aceh, Indonesia," *Samarah* 5, no. 1 (2021): 426-49, <https://doi.org/10.22373/sjhk.v5i1.9303>. Peter Mahmud Marzuki, *Pengantar Ilmu Hukum* (Jakarta: Kencana Prenada Media, 2008).

³Aminuddin Ilmar, *Hukum Tata Pemerintahan* (Jakarta: Prenada Media Group, 2014).

sparation of power) berdasarkan pada hukum. *Kedua*, suatu negara harus mampu melindungi dan menegakkan hak asasi manusia. *Ketiga*, pemerintahan negara dituntut untuk mampu melaksanakan regulasi pemerintahannya berdasarkan undang-undang atau hukum yang sah dan legal (*due process of law*). *Keempat*, organisasi negara didesak untuk mampu menegakkan supremasi hukum atau menjadikan hukum sebagai panglima dan kekuasaan tertinggi (*supremacy of law*); *Kelima*, pemerintahan negara dituntut untuk mampu menjadikan dunia peradilan sebagai lembaga yang independen, bebas dari berbagai intervensi lembaga yang ada, baik lembaga kenegaraan yang formal dan non formal maupun lembaga organisasi masyarakat yang formal maupun non formal. *Kelima*, organisasi negara didesak untuk mampu mewujudkan peradilan tata usaha negara sebagai wadah masyarakat menggugat tindakan atau perilaku sewenang-wenang para pejabat negara. *Terakhir*, Negara hukum harus mampu menciptakan atau mewujudkan atmosfer pemerintahan yang berdasarkan prinsip-prinsip demokrasi atau semua warga negara memiliki kesempatan atau peluang yang sama untuk menjadi pimpinan tertinggi dalam suatu negara.⁴

Di samping cita-cita besar negara hukum tersebut di atas, pemerintahan dihadapkan dengan 2 (dua) realitas besar, yakni satu sisi pejabat, penyelenggara, dan pegawai negara harus mendasarkan diri pada hukum yang sudah disahkan oleh negara, dan sisi lain negara dihadapkan dengan perkembangan masyarakat yang sangat dramatis. Hukum yang sudah disahkan oleh negara memiliki substansi atau materi hukum yang terbatas dan bersifat statis, sedangkan masyarakat selalu mengalami perkembangan, baik dari sisi pola hidup maupun dari sistem sosial kemasyarakatan, yang bersifat sangat dinamis.⁵ Sehingga, ketika kedua realitas ini dihubungkan, seringkali terjadi kekosongan hukum (*rechtsvacuum*) yang mengakibatkan satu sisi ketidakpastian hukum jadi tidak terpenuhi, dan sisi lain terkadang kepastian hukum terpenuhi tetapi cita-cita luhur dan hakekat sesungguhnya hukum tidak bisa terpenuhi, seperti keadilan, kebenaran, kesejahteraan sosial bagi seluruh rakyat/masyarakat.

Melihat dampak yang ditimbulkan oleh kedua realitas di atas, maka dalam hukum administrasi negara dikenal asas diskresi. Asas ini menghendaki bahwa pemerintah atau pejabat penyelenggara negara diperkenankan mengeluarkan sebuah kebijakan atau produk hukum atas kehendaknya sendiri. Kebebasan penguasa, pemerintah, pejabat tata usaha negara dalam bertindak tersebut dalam tradisi akademik hukum sering disebut sebagai hak kebebasan bertindak/diskresi (*freies Ermessen/deskrition power/diskresionare power*). Asas diskresi dikelan dengan beberapa istilah, misalnya, di Prancis dikenal dengan istilah *pouvoir discretionnaire* dan di Jerman dikenal dengan *Freies Ermessen*, dan oleh para ahli atau pakar hukum, diskresi diartikan sebagai suatu bentuk

⁴Hamdan Zoelva, *Mahkamah Konstitusi Dan Masa Depan Negara Hukum Demokrasi Indonesia, Dalam Beberapa Aspek Hukum Tata Negara, Hukum Pidana, Dan Hukum Islam* (Jakarta: Prenada Media Group, 2012).

⁵Murdan, "Disertasi Pascasarjana Universitas Islam Negeri Sunan Kalijaga", Pascasarjana Universitas Islam Negeri Sunan Kalijaga, Yogyakarta, 2020, 48-49. Lihat juga, Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum: Suatu Pengantar*, ed. Revisi (Yogyakarta: Cahaya Atma Pustaka, 2010), 1.

penyimpangan terhadap asas legalitas yang diperbolehkan atau pengecualian dalam pengertian *wet matigheid van bestuur*, dan kebijakan itu harus memberikan dampak positif dan mensejahterakan masyarakat umum.

B. Asas Diskresi Dalam Kajian Hukum

Secara penelaahan, penelusuran atau peninjauan akademis, diskresi setidaknya memiliki bahasa aplikasi yang cukup beragam, ada yang membahasakannya dengan sebutan *freies ermessen*, ada juga yang menggunakan kata *diskresionare power*, dan tidak jarang yang membahasakannya dengan sebutan *vrije bevoegdheid*. Keseluruhan penggunaan kata tersebut dalam bahasa Indonesia dapat dipadankan atau diterjemahkan sebagai kewenangan yang bebas.⁶ Terlepas dari berbagai istilah yang digunakan dalam membahasakan kata diskresi, namun terdapat kesepakatan makna tentang itu, yakni kebebasan pemerintah, penguasa, atau pejabat Tata Usaha Negara dalam mengeluarkan kebijakan atau produk hukum yang tidak mendasarkan diri pada hukum positif, namun dibenarkan oleh hukum selama dalam mengambil kebijakan tersebut didasari semata-mata untuk meningkatkan kesejahteraan masyarakat.

Menurut beberapa ahli, ada beberapa definisi yang bisa diuraikan mengenai makna dari diskresi ini, misalnya oleh Marcus Lukman sebagaimana yang ditulis oleh Ridwan, diskresi merupakan salah satu sarana yang diberikan ruang gerak kepada pemerintah, pejabat, atau badan-badan administrasi negara untuk melakukan tindakan tanpa harus terikat terikat sepenuhnya pada undang-undang. Dari definisi diatas, dapatlah disimpulkan bahwa diskresi merupakan sebuah sarana yang diberikan oleh hukum kepada pemerintah atau pejabat tata usaha negara dalam mengambil kebijakan, dimana kebijakan yang diambil itu belum ada hukum atau undang-undang yang mengaturnya, sehingga, untuk merespon kepentingan masyarakat, maka pemerintah diberi kewenangan yang bebas untuk mengambil suatu kebijakan yang berorientasi pada kesejahteraan masyarakat.⁷

Selain Lukman yang mencoba untuk memberikan definisi tentang diskresi, Nata dan Marbun juga ikut serta dalam mencoba memberikan definisi mengenai maksud dari diskresi. Menurut Nata, sebagaimana yang ditulis oleh Ridwan, diskresi merupakan suatu kebebasan yang diberikan kepada alat administrasi, yaitu kebebasan yang pada dasarnya memperkenankan alat administrasi negara mengutamakan keefektifan tercapainya suatu tujuan (*dolmatigheid*) daripada berpegang teguh kepada ketentuan hukum. Dari uraian singkat tersebut, dapat diambil makna bahwa diskresi merupakan kewenangan bebas yang diberikan kepada alat administrasi negara untuk tidak berpatokan kepada hukum dalam mengambil sebuah kebijakan, yang terpenting adalah aspek keefektifan suatu pemerintahan dalam mencapai sebuah tujuan. Marbun sedikit berbeda dengan apa yang disampaikan oleh Nata tentang diskresi, perbedaan itu terlihat pada kata kewenangan yang sah yang digunakan dalam menjelaskan tentang diskresi.

⁶Ridwan, *Hukum Administrasi Negara*, Cet. Ke-7 (Jakarta: Raja Wali Press, 2011).

⁷Ridwan.

Menurut Marbun, sebagaimana yang ditulis oleh Ridwan, diskresi merupakan kewenangan yang sah pemerintah atau pejabat tata usaha negara untuk turut campur dalam kegiatan sosial guna melaksanakan tugas-tugas menyelenggarakan kepentingan umum. Dari pendapat Marbun di atas, dapat diambil kesimpulan bahwa diskresi merupakan kewenangan yang sah yang diberikan kepada pejabat atau alat kelengkapan tata usaha negara dalam mengambil kebijakan yang bertujuan untuk menyelenggarakan kepentingan umum.⁸

Seirama dengan beberapa uraian di atas, Mustafa mengatakan bahwa, sebagaimana yang ditulis oleh Ridwan, diskresi diberikan kepada pemerintah mengingat fungsi pemerintah atau pejabat administrasi negara yaitu untuk menyelenggarakan kesejahteraan umum dalam menyelesaikan berbagai sengketa antar penduduk, dan asas diskresi inilah yang memberikan perbedaan antara pemerintah dengan fungsi-fungsi alat kelengkapan negara lainnya, misalnya, lembaga kehakiman yang menyelesaikan permasalahan di dalam ruang persidangan yang berbanding terbalik dengan pemerintah yang dituntut untuk menyelesaikan permasalahan secara langsung ditempat untuk menjaga ketertiban dan kesejahteraan umum. Sehingga, suatu kewajaran apabila keputusan pemerintah lebih mengutamakan pencapaian tujuan atau sasaran (*doelmatigheid*) daripada berkiblat atau sejalan dengan hukum yang sedang berlaku (*rechtmatigheid*). Jadi, dapat disimpulkan bahwa pemerintah melalui asas diskresi ini dapat mengambil kebijakan yang bertolak belakang dari hukum yang sedang berlaku atau hukum positif (*ius constitutum*), dengan alasan bahwa demi ketertiban dan kesejahteraan umum.

Dari uraian di atas dapat dipahami bahwa, diskresi dalam sorotan para akademisi hukum merupakan sebuah sarana alternatif yang diberikan negara kepada pemerintah atau pejabat tata usaha negara untuk mengambil kebijaksanaan yang mendesak demi keselamatan, ketertiban, dan kesejahteraan masyarakat. Apabila diperhatikan secara seksama atau cermat, beberapa definisi yang diberikan oleh para sarjana di atas memberikan pemahaman bahwa diskresi merupakan landasan hukum yang diberikan negara kepada pemerintah untuk mengeluarkan kebijakan alternatif. Artinya, melalui wewenang tersebut pemerintah boleh keluar atau tidak sejalan dengan ketentuan hukum positif yang sedang berlaku.

Menurut perspektif rasionalitas kalangan positifisme hukum, kebijakan alternatif diskresi sejatinya kuranglah tepat jika bertentangan dengan aturan hukum atau peraturan perundang-undangan yang sedang berlaku. Diskresi yang dikeluarkan oleh pemerintah atau pejabat tata usaha negara dalam konteks negara hukum, tentu kurang tepat apabila bertentangan dengan hukum atau peraturan perundang-undangan yang sudah disahkan oleh negara. Dalam konteks negara hukum, semua orang dan semua lembaga tidak ada yang kebal hukum, semua dianggap memiliki hak yang sama dihadapan hukum (*Equality Before The Law*). Setiap perbuatan dan tindakan yang melanggar

⁸Ridwan.

ketentuan hukum yang ada dalam peraturan perundang-undangan dan keputusan pejabat negara yang sah dan berwenang, maka harus diproses berdasarkan ketentuan hukum yang berlaku. Alasan inilah yang mengakibatkan pemerintah tidak boleh mengeluarkan diskresi yang bertentangan dengan hukum atau peraturan perundang-undangan. Karena, apabila pemerintah mengeluarkan diskresi yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan, maka dikhawatirkan akan ada beberapa masyarakat yang merasa dirugikan oleh keputusan diskresi itu. Akhirnya, atas dasar mereka merasa dirugikan itu, mereka kemudian menempuh jalur hukum untuk menuntut hak-hak atas Kerugian tersebut. Sehingga, alih-alih tujuan awal dikeluarkannya diskresi tersebut untuk memberikan solusi hukum terhadap suatu persoalan, malah menjadi pemicu munculnya persoalan hukum baru.

C. Diskresi Sebagai Alternatif Penegakan Hukum Yang Berkeadilan Sosial

Menurut Muchsan, seorang guru besar Universitas Gadjah Mada dan mantan hakim pengadilan negeri Yogyakarta dan Mahkamah Agung Republik Indonesia, menyatakan bahwa setiap lembaga negara atau pejabat negara yang akan atau hendak membuat produk hukum harus memiliki landasan, pondasi, atau dasar yuridis, baik produk hukum yang dikeluarkan pemerintah berupa Peraturan Perundang-Undangan (*Rechtslling/Regeling*) maupun berupa Keputusan Tata Usaha Negara (*Beschikking*). Landasan yuridis merupakan hal yang sangat penting dalam memproduksi hukum di Indonesia, mengingat bahwa Indonesia adalah negara hukum yang bercorak *rechtsstaat-civil law* yang setiap atribut negara diberikan kewenangan oleh hukum untuk bertindak berdasarkan atas hukum (*Rule of Law*). Sehingga, landasan yuridis melalui hirarki perundang-undangan atau memperhatikan dengan seksama peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi merupakan hal mendasar yang harus diperhatikan oleh setiap lembaga negara, lebih khusus dalam memproduksi hukum, baik berupa peraturan maupun putusan.⁹

Lebih lanjut, Muchsan menjelaskan bahwa, prinsip yang dianut oleh konsep negara hukum *rechtsstaat* yang memposisikan atau mengutamakan kedaulatan hukum paling penting dari berbagai kedaulatan lainnya. Kedaulatan hukum itu sendiri diberikan sepenuhnya oleh kedaulatan rakyat, maka landasan yuridis menjadi hal yang prinsipil dalam memproduksi hukum di suatu negara yang menjunjung supremasi hukum dan sistem politik demokrasi. Setiap ada penggunaan kata-kata prinsip, maka pasti akan ditemukan pengecualian-pengecualian pada kondisi atau bagian-bagian tertentu. Atribut negara diberikan wewenang penuh oleh hukum untuk mengambil kebijakan demi kepentingan atau kesejahteraan masyarakat. Kebijakan pemerintah yang bersumber dari hukum tersebut merupakan wujud nyata dari konsep kedaulatan rakyat, yang

⁹Disampaikan oleh Muchsan dalam perkuliahan Politik Hukum, kelas Megister Hukum Angkatan 37 Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada, pada tanggal 23 September 2016, jam 16:50. Muchsan selain sebagai Profesor Hukum Administrasi Negara di Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada, juga pernah menjabat sebagai hakim Mahkamah Agung RI.

memposisikan dirinya lebih tinggi dari kedaulatan hukum.¹⁰ Jadi, kedaulatan hukum itu sendiri merupakan pemberian langsung oleh rakyat, sehingga kedaulatan hukum merupakan representasi faktual dan implementatif dari kedaulatan rakyat itu sendiri. Oleh sebab itu, pada dasarnya, wewenang penuh yang diberikan oleh hukum kepada pemerintah atau pejabat tata usaha negara pada hakekatnya bersumber dari kedaulatan rakyat, sehingga, dalam rangka meningkatkan kesejahteraan rakyat, pemerintah dalam keadaan tertentu diperbolehkan mengambil kebijakan atau mengeluarkan produk hukum yang tidak memiliki dasar atau landasan hukum. Tindakan pemerintah inilah kemudian yang dikenal dalam kajian hukum sebagai asas diskresi atau kebebasan bertindak pejabat penyelenggara negara untuk mensejahterakan atau memberi keadilan sosial bagi seluruh masyarakat.

Pemerintah, penguasa, atau pejabat tata usaha negara diperbolehkan atau diperkenankan menggunakan asas diskresi dalam menciptakan produk hukum atau mengambil kebijakan apabila terdesak oleh 4 (empat) kondisi, diantaranya: *pertama* pemerintah diperbolehkan menggunakan asas diskresi karena adanya atau apabila terjadi kekosongan hukum.¹¹ Adanya kekosongan hukum menjadi alasan yang paling utama pemerintah atau pejabat tata usaha negara diperbolehkan menggunakan asas diskresi dalam membuat atau mengeluarkan produk hukum. Alasan yang paling mendasar mengapa bisa terjadi kekosongan hukum adalah dikarenakan oleh gerak dan perkembangan masyarakat yang sangat dramatis, dinamis, fleksibel, dan lain sebagainya. Dengan kata lain, disatu sisi produk hukum yang dihasilkan oleh alat perlengkapan negara substansinya terbatas, selalu stagnan, sangat statis, dan sangat sulit mengalami perubahan, kalupun mengalami perubahan itupun memiliki kurun waktu yang cukup panjang. Seiring dengan ini, ada kaidah hukum yang cukup populer, yang mengatakan bahwa tidak dipungkiri bahwa perubahan hukum sangat diinisiasi dan diindikasikan karena adanya perubahan zaman dan tempat hukum itu diberlakukan. Lebih tepatnya, kaidah ini populer dalam bahasa Arab yang mengatakan bahwa “ لاينكر تغير الاحكام بتغير الأزمان ”. ¹² “والأمكنة .?”¹²

Sehubungan dengan perkembangan hukum di atas, seorang tokoh dan pelopor dari aliran mazhab sejarah hukum Friedrich Karl von Savigny (1779-1861) dengan ungkapan monumentalnya pernah mengatakan bahwa *des Recht vird nicht gemacht, es ist un wird mes dem Volke*, pada intinya ungkapan ini ingin menegaskan bahwa sesungguhnya hukum itu tidak dibuat melainkan ditemukan dalam suatu masyarakat. Tentu mazhab ini merupakan aliran yang selalu mengagung-agungkan masa lampau, hal ini diperkuat dengan argumen atau ungkapan yang mengatakan bahwa hukum yang

¹⁰Murdan, “Tesis Pascasarjana Fakultas Hukum, Universitas Gadjah Mada” (Universitas Gadjah Mada, 2018).

¹¹Disampaikan oleh Muchsan dalam perkuliahan Politik Hukum, kelas Megister Hukum Angkatan 37 Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada, pada tanggal 23 September 2016, jam 16:50. Muchsan selain sebagai Profesor Hukum Administrasi Negara di Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada, juga pernah menjabat sebagai hakim Mahkamah Agung RI.

¹²Ade Dedi Rohayana, *Ilmu Qawaid Fiqhiyyah* (Jakarta: Gaya Media Pratama, 2008).

benar-benar hidup hanyalah hukum kebiasaan.¹³ Sehingga tidak bisa dipungkiri lagi bahwa hukum tidak akan jauh dari jiwa raga (*Volksgeist*) bangsanya sendiri, di mana setiap masing-masing bangsa memiliki ruang dan waktu yang berbeda-beda. *Volksgeist* itu sendiri dibumikan melalui bahasa, adat-istiadat, dan organisasi-organisasi masyarakat yang berbeda-beda sesuai dengan tempat dan zamannya masing-masing. Kemudian *volksgeist* ini diartikan sebagai filsafat hidup suatu bangsa yang tumbuh berkembang melalui pengalaman dan tradisi-tradisi pada masa lampau.¹⁴

Unsur *kedua* pemerintah atau pejabat tata usaha negara diperbolehkan menggunakan asas diskresi dalam membuat atau mengeluarkan produk hukum adalah adanya atau apabila terjadi kebebasan penafsiran yang dikehendaki oleh peraturan perundang-undangan. Pada situasi ini, pemerintah atau pejabat tata usaha negara diperbolehkan untuk menggunakan asas diskresi dalam mengeluarkan produk hukum. *Ketiga*, adanya atau apabila ada delegasi perundang-undangan yang dikehendaki oleh peraturan perundang-undangan itu sendiri. Delegasi perundang-undangan ini sangat penting untuk mengupayakan berbagai kebijakan guna mewujudkan pemerintahan atau pelayanan publik yang baik. Misalnya, untuk menjaga ketertiban berlalu lintas, undang-undang memberikan kewenangan penuh kepada aparat kepolisian untuk mengamankan dan menertibkan lalu lintas, dan apabila ada pengendara kendaraan bermotor yang melanggar atau tidak patuh terhadap apa yang dikehendaki oleh kepolisian tersebut, dan ketidakpatuhan itu akan membahayakan orang lain dan akan mengakibatkan lalu lintas menjadi tidak tertib, maka kepolisian diberi wewenang oleh hukum untuk menggunakan asas diskresi dalam mengambil kebijakan demi mewujudkan lalu lintas yang tertib dan aman.¹⁵

Kempat, adanya kondisi yang menghendaki atau membutuhkan produk hukum untuk melindungi dan mengedepankan kepentingan umum. Dalam memberikan pelayanan yang maksimal terhadap seluruh masyarakat, maka negara berkewajiban untuk mengatur bahwa setiap kebijakan yang dikeluarkan oleh pemerintah atau pejabat tata usaha negara wajib mengedepankan segala hal demi mewujudkan dan melindungi kepentingan umum. Dengan alasan mengedepankan kepentingan umum itulah pemerintah atau pejabat tata usaha negara diperkenankan atau diperbolehkan untuk menggunakan asas diskresi dalam mengambil kebijakan atau membuat produk hukum tersebut guna kebaikan dan kesejahteraan masyarakat umum. Pada dataran ini, pejabat negara yang paling banyak mengambil andil dalam melayani publik adalah badan

¹³Abdul Halim Barkatullah Teguh Prasetyo, *Ilmu Hukum Dan Filsafat Hukum* (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2011).

¹⁴B. Arief Sidarta Rasjidi, *Filsafat Hukum Mazhab Dan Refleksi*, cet. Ke-2 (Bandung: Remaja Rosdakarya Offset, 1994).

¹⁵Disampaikan oleh Muchsan dalam perkuliahan Politik Hukum, kelas Megister Hukum Angkatan 37 Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada, pada tanggal 23 September 2016, jam 16:50. Muchsan selain sebagai Profesor Hukum Administrasi Negara di Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada, juga pernah menjabat sebagai hakim Mahkamah Agung RI.

eksekutif negara, sehingga, suatu kewajaran apabila pemerintah eksekutiflah yang paling sering berdialog dan bersentuhan langsung dengan masyarakat.

Selain empat unsur penting pemerintah atau pejabat tata usaha negara dapat menggunakan diskresi dalam membuat suatu produk hukum atau kebijakan, pemerintah juga boleh menggunakan diskresi tersebut atas nama untuk menjalankan konsep *good governance*. Menurut Sadu Wasistiono sebagaimana yang ditulis oleh Titik Triwulan dan Ismu Gunandi, *good governance* dalam bahasa Indonesia dapat diartikan sebagai tata pemerintahan atau kepemimpinan yang baik.¹⁶ Menjalankan pemerintahan yang baik tentu menjadi idaman setiap bangsa yang merdeka, dan menjadikan sistem pemerintahan yang demokratis sebagai alternatif dalam memicu tingkat kesejahteraan dan kebahagiaan masyarakat melalui dunia politik. Ekspektasi masyarakat belakangan tentang politik sangat tinggi, sehingga, suatu kewajaran apabila para elit politik diharapkan mampu menjadi poros utama dalam menciptakan pemerintahan yang baik yang mampu mengantarkan masyarakat kepada keadaan yang lebih mensejahterakan, namun sangat disayangkan, para elit politik tidak mampu menjalankan regulasi dunia politik dengan integritas dan berjalan di atas norma-norma yang akan mengantar masyarakat kepada situasi yang lebih baik. Kedatangan hukum ditengah-tengah masyarakat menjadi harapan dan angin segar bagi masyarakat untuk mengontrol para elit politik dari keserakahannya, sehingga, para elit politik dalam menjalankan regulasi pemerintahan tetap diawas dan dibayang-bayangi oleh hukum, yang melalui hukum itu kemudian mendorong integritas dan kejujuran para elit politik dalam menjalankan regulasi pemerintahan tersebut.

Lebih lanjut Wasistiono mengatakan bahwa *good governance* sangat berbeda dengan *good government*, konsep *good governance* merupakan cara pelaksanaan atau penggunaan pemerintahan; hubungan pemerintah dan masyarakat memiliki kedudukan yang setara, hanya saja pada datangan fungsional kenegaraan yang membedakan; melibatkan atau mengakomodasi tiga komponen penting dalam menjalankan regulasi pemerintahan, yakni sektor publik, sektor swasta, dan masyarakat; yang memiliki peran menjalankan regulasi kenegaraan berdasarkan fungsi masing-masing lembaga; partisipasi masyarakat menjadi hal yang paling utama; dan pencapaian tujuan negara dan tujuan masyarakat berjalan seimbang melalui partisipasi masyarakat. konsep *governance* tersebut cukup berbanding terbalik dengan konsep *good government*, menurut konsep *good government* kekuasaan atau pemerintahan ditujukan kepada sebuah lembaga fungsional yang dijalankan oleh suatu organ tertinggi dalam suatu negara; memiliki hirarki pemerintahan, pemerintah berada di atas sedangkan warga negara yang diperintah berada di bawah dan siap untuk diperintah; yang menjadi subyek pemerintah hanyalah lembaga negara atau institusi pemerintahan yang dimaksud; yang memegang peranpenting dalam pemerintahan adalah pemerintah; yang menjadi obyek atau sasaran adalah masyarakat atau warga yang harus taat kepada pemerintah; hasil yang diharapkan

¹⁶Titik Triwulan T. and Ismu Gunandi Widodo, *Hukum Tata Usaha Negara Dan Hukum Acara Peradilan Tata Usaha Negara Indonesia*, cet. Ke-2 (Jakarta: Kencana Prenada Media, 2014).

adalah dapat tercapainya tujuan-tujuan negara melalui kepatuhan atau ketaatan warga negara atau masyarakat.¹⁷

Berdasarkan konsep *good governance*, dalam menjalankan atau menyelenggarakan pemerintahan, pemerintah harus memperhatikan tiga hal penting yang bersifat mendasar, yaitu: pemerintah atau negara harus menjamin keamanan setiap orang atau seluruh warga masyarakat (*to guarantee the security of all person and society itself*); pemerintah atau negara harus mampu mengelola suatu struktur yang efektif untuk sektor publik, sektor swasta, dan masyarakat (*to manage on affective framework for the public sector, the private sector, and civil society*); dan pemerintah atau negara harus mampu mewujudkan kemajuan sektor ekonomi, sosial masyarakat, dan bidang lainnya berdasarkan kehendak atau yang berkesesuaian dengan kehendak masyarakat atau rakyat (*to promote economic, social, and other aims in accordance with the wishes of the population*).¹⁸

Dalam tinjauan Yuridis di Indonesia, asas-asas pemerintahan yang baik bisa dilihat pada Pasal 10 Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan, Pasal 10 ini menjelaskan sebagai berikut: “(1) AUPB (Asas-asas Umum Pemerintahan yang Baik yang selanjutnya disingkat AUPB adalah prinsip yang digunakan sebagai acuan penggunaan Wewenang bagi Pejabat Pemerintahan dalam mengeluarkan Keputusan dan/atau Tindakan dalam penyelenggaraan pemerintahan) yang dimaksud dalam Undang-Undang ini meliputi asas: a. Kepastian Hukum; b. Kemanfaatan; c. Ketidak Berpihakan; d. Kecermatan; e. Tidak Menyalahgunakan Kewenangan; f. Keterbukaan; g. Kepentingan Umum; dan h. Pelayanan yang Baik. (2) Asas-asas umum lainnya di luar AUPB sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dapat diterapkan sepanjang dijadikan dasar penilaian hakim yang tertuang dalam putusan Pengadilan yang berkekuatan hukum tetap”.

Menurut Muchsan, dalam menguji isi dari sebuah produk hukum yang dibuat oleh pejabat negara dapat diuji berdasarkan konsep pemerintahan yang baik (*good governance*) yang terdiri dari beberapa butir asas, diantaranya: asas kepastian hukum (*rechts zekerheid/the principle of legal security*), asas permainan yang layak (*the principle of fair play*), asas berhati-hati (*the principle of carefulness/good object*), asas keadilan atau keseimbangan (*the principle of justice/proportionality*), dan asas ketepatan dalam menentukan sasaran (*the principle of accuracy*). Dalam bukunya yang berjudul *Sistem Pengawasan Terhadap Perbuatan Aparat Pemerintah Dan Peradilan Tata Usaha Negara Di Indonesia*, Muchsan menambahkan satu asas lagi yang berkarakter Keindonesiaan, yakni asas gotong rorong (*the principle of solidarity*).¹⁹

Enam asas di atas dapat dijelaskan sebagai berikut: *Pertama*, asas kepastian hukum mengajarkan bahwa penguasa, pemerintah, atau pejabat negara dalam rangka

¹⁷T. and Ismu Gunandi Widodo.

¹⁸Moh. Mahfud Marbun, *Pokok-Pokok Hukum Administrasi Negara*, Cet. Ke-6 (Liberty: Liberty, 2011).

¹⁹Muchsan, *Sistem Pengawasan Terhadap Perbuatan Aparat Pemerintah Dan Peradilan Tata Usaha Negara Di Indonesia* (Yogyakarta: Liberty, 2007).

membuat suatu produk hukum harus dan wajib memberikan kepastian hukum, dan harus memberikan putusan yang sama terhadap kasus yang sama, atau kondisinya sama. *Kedua*, asas permainan yang layak, mengajarkan bahwa penguasa, pemerintah, atau penyelenggara negara diharuskan untuk memberikan penjelasan atau informasi terhadap pihak terkait, baik informasi itu diminta secara langsung oleh yang bersangkutan maupun tidak diminta secara langsung, dan pelayanan terhadap informasi yang dimaksud harus bisa diakses atau didapatkan dengan cara seluas-luasnya. *Ketiga*, asas berhati-hati atau cermat, asas ini mengajarkan bahwa penguasa, pemerintah, atau pejabat penyelenggara negara dalam memproduksi produk hukum dituntut atau diharuskan untuk memperhatikan semua norma yang berlaku di atau dalam masyarakat pada waktu produk hukum itu dibuat, baik norma masyarakat itu berupa norma agama (*religious norm*), norma kesusilaan atau etika (*morality/ethics norm*), dan norma hukum (*legal/law norm*) yang sudah terlebih dahulu berlaku dalam masyarakat.

Keempat, asas keadilan atau keseimbangan, asas ini mengajarkan bahwa penguasa, pemerintah, atau pejabat penyelenggara negara dalam memproduksi produk hukum harus dan dituntut supaya memberikan pelayanan publik secara berimbang antara hak dan kewajiban yang dimiliki oleh subyek hukum yang akan diatur dalam produk hukum yang akan dihasilkan. *Kelima*, asas ketepatan dalam menentukan sasaran; asas ini mengajarkan bahwa setiap penguasa, pemerintah, atau pejabat penyelenggara negara yang akan membuat atau memproduksi produk hukum harus memperhatikan dan mempertimbangkan situasi, kondisi, dan segala gejala-gejala sosial masyarakat yang terjadi di dalam kehidupan masyarakat yang terjadi ketika produk hukum itu akan dibuat. *Keenam*, asas gotong royong; asas ini mengajarkan bahwa pemerintah dalam memproduksi produk hukum harus memiliki kesepahaman dengan masyarakat, pemerintah tidak diperkenankan berperilaku egois, namun pemerintah harus memiliki kesepahaman dengan nilai-nilai lokal dan kepentingan masyarakat Indonesia, sehingga, akan terwujud kesepahaman pemerintah dan kesepahaman masyarakat berjalan berdampingan.²⁰

Melihat konsep tentang *good governance* tersebut, maka dapatlah disimpulkan bahwa pemerintah atau pejabat tata usaha negara diperbolehkan menggunakan asas diskresi pada 5 (lima) situasi dan kondisi. Lima kondisi yang dimaksud adalah sebagai berikut: *pertama*, pemerintah atau pejabat tata usaha negara diperkenankan menggunakan asas diskresi apabila terjadi kekosongan hukum. *Kedua*, pemerintah atau pejabat tata usaha negara diperkenankan menggunakan asas diskresi dalam mengambil kebijakan apabila undang-undang menghendaki multi tafsir atau terjadinya kebebasan penafsiran terhadap undang-undang. *Ketiga*, pemerintah atau pejabat tata usaha negara diperkenankan menggunakan asas diskresi apabila terjadi atau adanya delegasi

²⁰Disampaikan oleh Muchsan dalam perkuliahan Politik Hukum, kelas Megister Hukum Angkatan 37 Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada, pada tanggal 30 September 2016, jam 16:50. Muchsan merupakan seorang guru besar/Profesor Hukum Administrasi Negara di Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada. Selain aktif sebagai akademisi, Muchsan juga pernah menjabat sebagai hakim Pengadilan Negeri Yogyakarta dan Mahkamah Agung Republik Indonesia.

perundang-undangan yang dikehendaki oleh peraturan perundang-undangan. *Keempat*, pemerintah atau pejabat tata usaha negara diperkenankan menggunakan asas diskresi apabila terjadi atau adanya persoalan yang membutuhkan produk hukum atau kebijakan yang beralasan karena mengedepankan atau produk hukum itu ditujukan semata-mata demi kepentingan umum. *Kelima*, pemerintah atau pejabat tata usaha negara diperkenankan menggunakan asas diskresi semata-mata untuk mewujudkan atau melaksanakan konsep tentang *good governance*.

D. Penelaahan Yuridis-Legalistik: Keberlakuan Asas Diskresi dalam Penegakan Hukum di Indonesia

Menelaah secara yuridis tentang maksud dan regulasi perundang-undangan tentang diskresi, peraturan perundang-undangan yang mengatur husus tentang diskresi termuat dalam Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan. Lebih khusus, ketentuan tentang diskresi bisa dilihat pada Pasal 1 (satu) Angka 9 (sembilan) Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan menjelaskan tentang pengertian diskresi, menurut pasal ini, diskresi didefinisikan sebagai berikut: "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". Ketentuan hukum ini mengantarkan pemahaman hukum bahwa diskresi merupakan kebijakan alternatif yang diambil oleh pemerintah dalam mempercepat kesejahteraan rakyat dan menyalurkan secepat mungkin keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia, terutama di bidang Ekonomi.²¹

Dari ketentuan Pasal 1 (satu) Angka 9 (sembilan) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan di atas, apabila dicermati dengan sekasama, maka akan ditemukan beberapa poin penting tentang diskresi, diantaranya: *pertama*, diskresi memuat tentang keputusan dan tindakan yang ditetapkan dan/atau dilakukan oleh pejabat pemerintahan; *kedua*, diskresi bertujuan untuk mengatasi persoalan konkret yang dihadapi pemerintah dalam melaksanakan penyelenggaraan negara; *ketiga*, melalui diskresi, pemerintah diberikan wewenang oleh peraturan perundang-undangan untuk memilih peraturan yang akan dipilih oleh pemerintah dalam mengambil kebijakan atau mengeluarkan produk hukum; *keempat*, pemerintah diizinkan

²¹Menurut laporan penelitian Gustaaf Olivier Reerink yang dipublikasikan pada tahun 2011 mencatat bahwa 23.1 persen atau 20.9 juta penduduk perkotaan di Indonesia hidup dalam kemiskinan dan mereka tinggal ditempat yang memprihatinkan (perkampungan kumuh). Tercatat 50% masyarakat tinggal di perkotaan, dan diprediksi pada tahun 2025 akan mencapai 60% penduduk Indonesia akan tinggal di perkotaan. lebih lanjut, lihat Reerink, *Tenure Security of Indonesia's Urban Poor: A Socio-Legal Study of Land, Decentralisation, and The Rule of Law in Bandung* (Leiden: Leiden University Press, 2011), 11. Hasil penelitian Reerink tersebut memberikan informasi penting terhadap adanya ancaman kemiskinan cukup tinggi di perkotaan Indonesia, sehingga membutuhkan penanganan dengan cepat. Salah satunya barangkali bisa melalui kebijakan pemerintah berupa diskresi ini.

menggunakan diskresi dikarenakan adanya kekosongan hukum (*rechtsvacuum*); kelima, pemerintah diperbolehkan menggunakan diskresi apabila ada peraturan perundang-undangan yang tidak jelas atau terdapat pasal perundang-undangan yang tidak jelas dan multi tafsir; keenam, pemerintah diperkenankan untuk menggunakan asas diskresi apabila terjadi atau adanya stagnai pemerintahan.

Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan tidak saja menjelaskan maksud dari kata diskresi, namun mengatur juga tentang pemerintah diberikan hak untuk menggunakan kewenangannya dalam mengambil keputusan dan/atau tindakan. Ketentuan ini misalnya bisa dilihat pada Pasal 6 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan, Pasal ini berbunyi sebagai berikut, "Pasal 6: (1) Pejabat Pemerintahan memiliki hak untuk menggunakan Kewenangan dalam mengambil Keputusan dan/atau Tindakan. (2) Hak sebagaimana dimaksud pada ayat (1) meliputi: a. melaksanakan Kewenangan yang dimiliki berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan dan AUPB; b. menyelenggarakan aktivitas pemerintahan berdasarkan Kewenangan yang dimiliki; c. menetapkan Keputusan berbentuk tertulis atau elektronik dan/atau menetapkan Tindakan; d. menerbitkan atau tidak menerbitkan, mengubah, mengganti, mencabut, menunda, dan/atau membatalkan Keputusan dan/atau Tindakan; e. menggunakan Diskresi sesuai dengan tujuannya; f. mendelegasikan dan memberikan Mandat kepada Pejabat Pemerintahan lainnya sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan; g. menunjuk pelaksana harian atau pelaksana tugas untuk melaksanakan tugas apabila pejabat definitif berhalangan; h. menerbitkan Izin, Dispensasi, dan/atau Konsesi sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan; i. memperoleh perlindungan hukum dan jaminan keamanan dalam menjalankan tugasnya; j. memperoleh bantuan hukum dalam pelaksanaan tugasnya; k. menyelesaikan Sengketa Kewenangan di lingkungan atau wilayah kewenangannya; l. menyelesaikan Upaya Administratif yang diajukan masyarakat atas Keputusan dan/atau Tindakan yang dibuatnya; dan m. menjatuhkan sanksi administratif kepada bawahan yang melakukan pelanggaran sebagaimana diatur dalam Undang-Undang ini".

Selain hak kewenangan pemerintah dalam mengambil kebijakan yang diatur dalam Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan, peraturan perundang-undangan ini juga mengatur tentang ketentuan kewenangan pejabat pemerintahan dalam menyelenggarakan administrasi pemerintahan yang berkesesuaian dengan ketentuan peraturan perundang-undangan. Ketentuan ini misalnya bisa dilihat pada Pasal 7 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan, bunyi Pasal 7 ini adalah sebagai berikut, "Pasal 7: (1) Pejabat Pemerintahan berkewajiban untuk menyelenggarakan Administrasi Pemerintahan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan, kebijakan pemerintahan, dan AUPB (Asas-asas Umum Pemerintahan yang Baik yang selanjutnya disingkat AUPB adalah prinsip yang digunakan sebagai acuan penggunaan Wewenang bagi Pejabat Pemerintahan dalam mengeluarkan Keputusan dan/atau Tindakan dalam

penyelenggaraan pemerintahan.). (2) Pejabat Pemerintahan memiliki kewajiban: a. membuat Keputusan dan/atau Tindakan sesuai dengan kewenangannya; b. mematuhi AUPB dan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan; c. Mematuhi persyaratan dan prosedur pembuatan Keputusan dan/atau Tindakan; d. mematuhi Undang-Undang ini dalam menggunakan Diskresi; e. memberikan Bantuan Kedinasan kepada Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan yang meminta bantuan untuk melaksanakan penyelenggaraan pemerintahan tertentu; f. memberikan kesempatan kepada Warga Masyarakat untuk didengar pendapatnya sebelum membuat Keputusan dan/atau Tindakan sesuai dengan ketentuan peraturan perundangundangan. g. memberitahukan kepada Warga Masyarakat yang berkaitan dengan Keputusan dan/atau Tindakan yang menimbulkan kerugian paling lama 10 (sepuluh) hari kerja terhitung sejak Keputusan dan/atau Tindakan ditetapkan dan/atau dilakukan; h. menyusun standar operasional prosedur pembuatan Keputusan dan/atau Tindakan; i. memeriksa dan meneliti dokumen Administrasi Pemerintahan, serta membuka akses dokumen Administrasi Pemerintahan kepada Warga Masyarakat, kecuali ditentukan lain oleh undangundang; j. menerbitkan Keputusan terhadap permohonan Warga Masyarakat, sesuai dengan hal-hal yang diputuskan dalam keberatan/banding; k. melaksanakan Keputusan dan/atau Tindakan yang sah dan Keputusan yang telah dinyatakan tidak sah atau dibatalkan oleh Pengadilan, pejabat yang bersangkutan, atau Atasan Pejabat; dan l. mematuhi putusan Pengadilan yang telah berkekuatan hukum tetap”.

Dalam Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan, pemerintah, aparatur, atau pejabat penyelenggara negara tidak diperkenankan untuk menggunakan diskresi sebebas-bebasnya, tetapi diskresi harus digunakan atas dasar terpenuhinya syarat-syarat yang sudah diberikan oleh hukum. Sehingga, diskresi yang dilimpahkan negara kepada pemerintah harus berlandaskan pada ketentuan legalistik peraturan perundang-undangan yang ada. Sehubungan dengan ketentuan itu, ketentuan tentang diskresi yang dilimpahkan kepada pemerintah atau yang bisa digunakan pemerintah sebagai alternatif dalam mewujudkan keadilan sosial bagi seluruh rakyat atau masyarakat Indonesia sudah diatur dalam Pasal 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31 dan 32 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan, lebih jelasnya, pemakalah akan mencantumkan bunyi pasal-pasal yang dimaksudkan di atas. Lebih lanjut tentang isi, materi, dan muatan yang diatur dalam beberapa pasal tersebut di atas, pembaca bisa membaca sendiri dalam ketentuan hukum yang dimaksud.

E. Penutup

Diskresi adalah sebuah kewenangan alternatif yang melekat pada pemerintah atau pejabat tata usaha negara dalam mengambil kebijakan di luar ketentuan peraturan perundang-undangan demi mewujudkan kepentingan, ketertiban, dan kesejahteraan masyarakat umum. Pemerintah atau pejabat tata usaha negara diperkenankan menggunakan asas diskresi dalam membuat produk hukum atau mengambil kebijakan,

dalam kondisi; terjadi kekosongan hukum, multi tafsir terhadap undang-undang, adanya delegasi perundang-undangan yang dikehendaki oleh peraturan perundang-undangan, adanya persoalan yang membutuhkan produk hukum atau kebijakan yang bertujuan untuk menyelenggarakan kepentingan umum dan untuk mewujudkan atau melaksanakan konsep *good governance*.

Dalam tinjauan yuridis, berdasarkan Pasal 1 (satu) Angka 9 (sembilan) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan, terdapat poin penting tentang diskresi. *Pertama*, diskresi memuat tentang keputusan dan tindakan yang ditetapkan dan/atau dilakukan oleh pejabat pemerintahan. *Kedua*, diskresi bertujuan untuk mengatasi persoalan konkret yang dihadapi pemerintah dalam melaksanakan penyelenggaraan negara. *Ketiga*, melalui diskresi, pemerintah diberikan wewenang oleh peraturan perundang-undangan untuk memilih peraturan yang akan dipilih oleh pemerintah dalam mengambil kebijakan atau mengeluarkan produk hukum. *Keempat*, pemerintah diizinkan menggunakan diskresi dikarenakan adanya kekosongan hukum (*rechtsvacuum*). *Kelima*, pemerintah diperbolehkan menggunakan diskresi apabila ada peraturan perundang-undangan yang tidak jelas atau terdapat pasal perundang-undangan yang tidak jelas dan multi tafsir. *Keenam*, pemerintah diperkenankan untuk menggunakan asas diskresi apabila terjadi atau adanya stagnasi pemerintahan.

Daftar Kepustakaan

- Hamdan Zoelva. *Mahkamah Konstitusi Dan Masa Depan Negara Hukum Demokrasi Indonesia, Dalam Beberapa Aspek Hukum Tata Negara, Hukum Pidana, Dan Hukum Islam*. Jakarta: Prenada Media Group, 2012.
- Ilmar, Aminuddin. *Hukum Tata Pemerintahan*. Jakarta: Prenada Media Group, 2014.
- Marbun, Moh. Mahfud. *Pokok-Pokok Hukum Administrasi Negara*. Cet. Ke-6. Liberty: Liberty, 2011.
- Marzuki, Peter Mahmud. *Pengantar Ilmu Hukum*. Jakarta: Kencana Prenada Media, 2008.
- Muchsan. *Sistem Pengawasan Terhadap Perbuatan Aparat Pemerintah Dan Peradilan Tata Usaha Negara Di Indonesia*. Yogyakarta: Liberty, 2007.
- Murdan. "Harmonisasi Hukum Adat, Agama, Dan Negara Dalam Budaya Perkawinan Masyarakat Islam Indonesia Belakangan." *Asy-Syir'ah: Jurnal Ilmu Syari'ah Dan Hukum* 50, no. 2 (2016): 505–35.
- . "Tesis Pascasarjana Fakultas Hukum, Universitas Gadjah Mada." Universitas Gadjah Mada, 2018.
- Rasjidi, B. Arief Sidarta. *Filsafat Hukum Mazhab Dan Refleksi*. Cet. Ke-2. Bandung: Remaja Rosdakarya Offset, 1994.
- Ridwan. *Hukum Administrasi Negara*. Cet. Ke-7. Jakarta: Raja Wali Press, 2011.

- Rohayana, Ade Dedi. *Ilmu Qawaid Fiqhiyyah*. Jakarta: Gaya Media Pratama, 2008.
- Sumardi, Dedy, Ratno Lukito, and Moch Nur Ichwan. "Legal Pluralism within the Space of Sharia: Interlegality of Criminal Law Traditions in Aceh, Indonesia." *Samarah* 5, no. 1 (2021): 426–49. <https://doi.org/10.22373/sjhc.v5i1.9303>.
- T., Titik Triwulan, and Ismu Gunandi Widodo. *Hukum Tata Usaha Negara Dan Hukum Acara Peradilan Tata Usaha Negara Indonesia*. Cet. Ke-2. Jakarta: Kencana Prenada Media, 2014.
- Teguh Prasetyo, Abdul Halim Barkatullah. *Ilmu Hukum Dan Filsafat Hukum*. Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2011.