



**FREIES ERMESSEN SEBAGAI TINDAKAN ATAU KEPUTUSAN
PEMERINTAH DITINJAU DARI PENGUJIANNYA**

Nehru Asyikin.¹

Pusat Kajian HAM dan Pelayanan Publik Aksa Bumi
Jl. Sidikan No.62, Sorosutan, Kec. Umbulharjo, Kota Yogyakarta, Daerah
Istimewa Yogyakarta 55162. Indonesia
Email: nehruasyikin1@gmail.com

ABSTRACT

Freies Ermessen tend to be used as a shortcut for government officials because without going through parliamentary institutions, especially Freies Ermessen gives freedom to the government without fear of being convicted as the president instructed policy and discretionary actions of government officials. Although Freies Ermessen has legitimacy based on Law Number 30 of 2014 concerning Government Administration, it is necessary to review the examination of free authority in issuing the decisions or actions of the government official. The purpose of this study is to find out and analyse the Freies Ermessen testing as an action or government decision. The research method used is normative juridical and the approach is statutory approach and concept approach. The results of this study explain that the freies ermessen test can be done in two ways, namely testing done through the State Administrative Court and testing conducted through administrative efforts. The actions / decisions/discretionary freies are principally carried out within the administration environment, but if administrative efforts are not completed, the decision can be taken at the Administrative Court even though administrative efforts have been made. PTUN can only test for violations of its law (rechtmatigheidtoetsing) while testing through administrative efforts can be carried out on both of them according to legal norms (rechtmatigheidtoetsing) and their usefulness (doelmatigheidtoetsing). The elements that must be present if the abuse of authority can be proven by the principle of specialism, and the arbitrary elements which must be proven by using the principles of rationality or merit and the test stones of both are general principles of good governance.

Keywords: *Freies Ermessen, Government Actions, Testing.*

ABSTRAK

Freies Ermessen cenderung dijadikan sebagai jalan pintas bagi para pejabat pemerintah karena tanpa melalui lembaga parlemen, terlebih freies ermessen memberikan keleluasaan pada pemerintah tanpa takut dipidana sebagaimana intruksi presiden atas kebijakan dan tindakan diskresi pejabat pemerintah. Meskipun Freies Ermessen memiliki legitimasi berdasarkan Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan tetapi perlu kiranya ditinjau pengujiannya dari kewenangan bebas dalam menerbitkan keputusan atau tindakan pejabat pemerintahan tersebut. Tujuan penelitian ini untuk mengetahui dan menganalisa mengenai pengujian Freies Ermessen sebagai tindakan atau keputusan pemerintah. Metode penelitian yang digunakan adalah yuridis normatif dan pendekatannya adalah peraturan perundang-undangan (statute approach) dan pendekatan konsep (conceptual approach). Hasil penelitian ini menjelaskan bahwa pengujian freies ermessen dapat dilakukan dengan dua cara, yaitu pengujian dilakukan melalui Pengadilan Tata Usaha Negara dan pengujian yang dilakukan melalui upaya administrasi. Tindakan/keputusan freies ermessen/diskres pada prinsipnya dilakukan di dalam lingkungan administrasi namun apabila upaya administrasi tidak selesai maka

¹ **Submit** : 29-Juli-2019 | **Review-1** : 31-Desember-2019 | **Production** : 18 Januari 2020.

keputusan tersebut dapat dibawa di PTUN meskipun upaya administratif sudah dilakukan. PTUN hanya dapat menguji pada pelanggaran hukumnya saja (*rechtmatigheidtoetsing*) sedangkan pengujian melalui upaya administratif dapat dilakukan terhadap kedua-duanya yaitu menurut penormaan hukumnya (*rechtmatigheidtoetsing*) dan kemanfaatannya (*doelmatigheidtoetsing*). Unsur yang harus ada jika itu penyalahgunaan wewenang tersebut dapat buktikan dengan asas spesialisitas, dan sewenang-wenangan unsur yang harus dibuktikan dengan menggunakan asas rasionalitas atau kepatantasan dan batu uji dari keduanya adalah asas-asas umum pemerintahan yang baik.

Kata kunci : *Freies Ermessen*, Tindakan Pemerintah, Pengujian.

1. Pendahuluan

Diskresi atau *discretion* (Inggris) atau *discre'tion* (Prancis), atau *Freies Ermessen* (Jerman).² Keberadaan peraturan kebijakan tidak dapat dilepaskan dengan kewenangan bebas (*Vrije Bevoegdheid*) dari pemerintah yang sering disebut dengan istilah *Freies Ermessen*. Sehingga *Freies Ermessen* (*Diskresionare Power*) diartikan sebagai salah satu sarana yang memberikan ruang gerak bagi pejabat atau badan-badan administrasi negara untuk melakukan tindakan tanpa harus terikat sepenuhnya pada Undang-Undang. *Freies Ermessen* diberikan kepada pemerintah mengingat fungsi pemerintah atau administrasi negara untuk menyelenggarakan kesejahteraan umum yang berbeda dengan fungsi kehakiman untuk menyelesaikan sengketa antar penduduk. Keputusan pemerintah lebih mengutamakan pencapaian tujuan atau sasarannya (*Doelmatigheid*) sesuai dengan hukum yang berlaku (*Rechtmatigheid*).³

Freies Ermessen muncul sebagai alternatif untuk mengisi kekurangan dan kelemahan dalam penerapan asas legalitas. Bagi negara *welfare state*, asas legalitas saja tidak cukup untuk dapat berperan maksimal dalam melayani kepentingan masyarakat, yang berkembang pesat sejalan dengan perkembangan ilmu dan teknologi.⁴

² Surayin, *Kamus Lengkap Perancis-Indonesia* (Bandung: Armico, 1992). Hlm. 180

³ Ridwan HR, *Hukum Administrasi Negara Edisi Revisi* (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2017). Hlm. 169-170

⁴ Meirina Fajarwati, "Validitas Surat Edaran Mahkamah Agung (Sema) Nomor 7 Tahun 2014 Tentang Pengajuan Peninjauan Kembali Dalam Perkara Pidana Ditinjau Dari Perspektif Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan," *Jurnal Legislasi Indonesia* 14, no. 2 (2017). Hlm. 149

Dalam praktik penyelenggaraan pemerintahan, *Freies Ermessen* dilakukan administrasi dalam hal sebagai berikut: Pertama, pengambilan keputusan dan/atau tindakan berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan yang memberikan suatu pilihan keputusan dan/atau tindakan. Kedua, belum ada peraturan perundang-undangan yang mengatur penyelesaian secara konkret atas suatu masalah padahal masalah tersebut menuntut penyelesaian segera. Dengan kata lain, untuk mengisi kekosongan hukum. Ketiga, peraturan perundang-undangan yang menjadi dasar berbuat bagi aparat pemerintah dengan memberikan kebebasan sepenuhnya sehingga ada kepastian hukum. Keempat, aparat pemerintah diberi kewenangan untuk mengatur sendiri yang sebenarnya merupakan kewenangan aparat yang lebih tinggi tingkatannya. Kelima, pengambilan keputusan dan/atau tindakan karena adanya stagnasi pemerintahan guna kepentingan yang lebih luas.⁵

Menurut E. Utrecht, terdapat beberapa implikasi dalam bidang perundang-undangan yang bisa dimiliki pemerintah berdasarkan *Freies Ermessen*, yaitu : Pertama, kewenangan atas inisiatif sendiri yaitu kewenangan untuk membuat peraturan perundangan yang setingkat dengan Undang-Undang tanpa meminta persetujuan parlemen lebih dahulu. Kedua, kewenangan karena delegasi perundang-undangan dari Undang-Undang Dasar yaitu kewenangan untuk membuat peraturan perundang-undangan yang derajatnya lebih rendah dari Undang-Undang dan yang berisi masalah-masalah untuk mengatur ketentuan-ketentuan yang ada di dalam satu Undang-Undang.⁶

Dengan *Freis Ermessen* yang memberikan keleluasaan pada pemerintah untuk melakukan pelayanan kepada masyarakat tanpa harus terikat pada hukum tertulis yang ada, harusnya pemerintah dapat melahirkan produk kebijakan yang lebih efektif dan berorientasi pada tujuan yang diinginkan masyarakat, namun permasalahannya terletak pada pengambilan kebijakan yang dilakukan pemerintah apabila tindakan tersebut tidak tepat sasaran atau

⁵ Yudhi Setiawan, *Hukum Administrasi Pemerintahan Teori Dan Praktik* (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2017). Hlm. 143-144

⁶ SF Marbun and Moh Mahfud MD., *Pokok-Pokok Hukum Administrasi Negara* (Yogyakarta: Liberty, 2011). Hlm. 46

merugikan masyarakat, sehingga kehadiran *Freis Ermessen* menjadi tidak efektif, maksudnya adalah pengambilan keputusan tersebut juga tidak menutup ruang untuk digunakan untuk menutupi kepentingan-kepentingan di luar dari kepentingan umum.

Ketentuan mengenai penggunaan *Freis Ermessen* oleh pemerintah yang diatur dalam Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Negara ternyata tidak menunjukkan parameter yang seharusnya, faktanya masih terdapat kelemahan bahkan berdampak pada unsur-unsur korupsi, seperti kasus impor beras sebesar 500.000 ton oleh menteri perdagangan Enggartiasto Lukito. Penggunaan *Freis Ermessen* yang dikeluarkan terhadap impor beras tersebut dinilai sebagai tindakan yang sewenang-wenang. Kemudian Menteri dalam negeri Tjahjo Kumolo yang mengeluarkan *Freis Ermessen* mengenai kekosongan lembaga legislatif (DPRD) Kota Malang agar pelayanan publik dapat berjalan berdasarkan Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan.

Hal ini juga tidak lepas dari instruksi presiden Joko Widodo terhadap penggunaan diskresi oleh pejabat pemerintah baik pusat maupun daerah. Adapun lima Instruksi Presiden instruksi Presiden, yaitu : Pertama, kebijakan diskresi tidak bisa dipidanakan. Kedua, tindakan administrasi pemerintahan juga tidak bisa dipidanakan. Jadi, Polri dan kejaksaan harus bisa membedakan tindakan mana yang masuk dalam kategori pidana dan mana yang tidak. Ketiga, penegak hukum harus cermat menyikapi temuan BPK soal potensi kerugian negara. Kepala daerah punya peluang 60 hari ini untuk mengembalikan. Keempat, kerugian negara yang bisa dipidanakan harus konkret, tidak mengada-ada. Kelima, tidak diekspos ke media secara berlebihan sebelum dilakukan penuntutan.⁷

Berbicara mengenai kebebasan bertindak pemerintah, maka akan memunculkan pikiran tentang adanya suatu gambaran kekuasaan aparatur yang mengambil suatu keputusan yang seolah-olah tidak melalui atau tidak

⁷ “Dilindungi (Meskipun) Merugikan Negara _ Republika Online,” n.d. Akses 25 Juli 2019

sesuai dengan jalur hukum yang telah digariskan, atau aparaturnya tersebut bertindak menegakkan hukum positif yang seharusnya ditegakkan.⁸

Parameter mengenai *Freis Ermessen* masih saja mengalami pro dan kontra di wilayah pengambilan keputusan dan tindakan yang dilakukan oleh pemerintah yang diberikan kewenangan untuk melakukan kewenangan bertindak bebas, tetapi bagaimana jika diskresi yang digunakan disetiap tindakan atau keputusan yang dilakukan menyalahi Undang-Undang Dasar di mana konstitusi mengamankan jika negara Indonesia adalah negara hukum yang artinya semua tindakan pemerintah harus berdasarkan hukum tertulis.

Meskipun *Freis Ermessen* diperbolehkan dan memiliki payung hukum sebagaimana telah diatur dalam Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan tetapi perlu kiranya ada pengujian atas kebebasan bertindak atau keputusan yang dikeluarkan oleh para pejabat pemerintahan itu telah dilaksanakan, baik berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku maupun Asas-asas Umum Pemerintahan yang Baik (AAUPB) dan lembaga/instansi mana yang berwenang menguji *freies ermessen* tersebut.

.Penelitian terdahulu terkait pengujian *Freis Ermessen* atau Diskresi yang dilakukan oleh pejabat pemerintah di ketemukan beberapa literatur yang membahas permasalahan ini, namun literatur menurut penulis yang berkaitan erat dengan tema di atas terdapat dua penelitian.

Pertama, Rahmad Tobrani di tahun 2018 berjudul Pengujian Keputusan oleh Pengadilan Tata Usaha Negara Terhadap Diskresi yang Dilakukan oleh Pejabat Pemerintahan. Pada penelitiannya menekankan pada wilayah 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. Hasil penelitiannya menjabarkan apabila *Freies Ermessen* secara praktis diharapkan dapat menjadi acuan yang dapat menunjang tugas Badan/Pejabat Pemerintahan dalam menerbitkan keputusan

⁸ Yusri Munaf, "Diskresi Sebagai Kebebasan Bertindak Pemerintah (Tinjauan Konseptual Dan Empris)," *Jurnal Kajian Pemerintahan* IV, no. 1 (2018): Hlm. 12

diskresi, sebaliknya bagi Pengadilan Tata Usaha Negara agar memiliki acuan dalam menguji keputusan-keputusan yang lahir dari kewenangan diskresi. Dasar diterbitkannya keputusan diskresi adalah adanya “keadaan mendesak” dan pengujian terhadap keputusan diskresi oleh Pengadilan Tata Usaha Negara dilakukan tidak dengan menggunakan peraturan perundangundangan yang berlaku, melainkan dengan asas-asas umum pemerintahan yang baik (AAUPB). Produk hukum dari badan/pejabat pemerintahan yang dapat dijadikan objek segketa dan diuji pada pengadilan Tata Usaha Negara berupa keputusan (*beschikking*).⁹

Kedua, Yusri Munaf dengan judul Kebebasan Bertindak Pemerintah (Tinjauan Konseptual dan Empris) pada tahun 2018. Pada penelitiannya menjabarkan bahwa diskresi sebagai konsep kekuasaan adalah kekuatan dalam pengertian spesifik, tidak dalam pengertian rutin. Kekuasaan diskresi disini adalah kebebasan bertindak pemerintah. Kebebasan disini memiliki pengertian yang netral, yaitu menggambarkan adanya suatu kekuasaan memilih berbagai tindakan. Hasil Penelitiannya bertujuan untuk memberikan kejelasan atas konsep kekuasaan diskresi dalam penyelenggaraan pemerintahan yang masih kontroversial dari berbagai aspek supaya konsep kekuasaan diskresi tersebut tidak hanya akseptabel secara kekuasaan, tetapi juga sekaligus akseptabel secara yuridis dan secara moral/etis. Pada prinsipnya Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 dan Undang-Undang Nomor 30 tahun 2014 menjadi pedoman kepala daerah untuk berinovasi dan melakukan diskresi tanpa ragu dan takut. Akan tetapi kekuasaan diskresi pemerintah harus tetap beroperasi di bawah suatu sistem hukum yaitu *the rule of law*. Di bawah preskripsi asas *the rule of law*, kekuasaan diskresi pemerintah hidup berdampingan dengan asas *the rule of law*, kekuasaan diskesi pemerintah hidup berdampingan dengan *Asas Responsible Government*.

Secara umum pada penelitian di muka dapat dicermati apabila penelitian ini berbeda dengan hasil penelitian sebelumnya, hal ini dapat dijabarkan bahwa terdapat perbedaan pandangan penelitian dan hasil penelitian yang di

⁹ Rahmad Tobrani, “Pengujian Keputusan Oleh Pengadilan Tata Usaha Negara Terhadap Diskresi Yang Dilakukan Oleh Pejabat Pemerintahan,” *Jurnal Hukum Samudra Keadilan* 13, no. 1 (2018): Hlm 102.

dapat, pertama, penelitian terdahulu menjelaskan apabila batu uji dari keputusan atas dasar *Freies Ermessen* tidak menggunakan peraturan perundang-undangan yang berlaku melainkan menggunakan asas-asas umum pemerintahan baik (AAUPB).

Penelitian ini juga menemukan apabila dalam pengujian *Freies Ermessen* dengan menggunakan asas-asas umum pemerintahan yang baik, tetapi penelitian penulis lebih mempersempit pengujian diskresi pada asas “tidak menyalahgunakan wewenang” di mana di dalam AAUPB terdapat beberapa asas, yaitu kepastian hukum, kemanfaatan, ketidakberpihakan, tidak menyalahgunakan wewenang, kecermatan, keterbukaan, kepentingan umum, asas pelayanan yang baik. Pada penelitian ini juga terdapat pengujian keputusan atas dasar *Freies Ermessen* tidak hanya dilakukan di wilayah peradilan tata usaha negara melainkan terlebih dahulu dapat dilakukan dengan upaya administrasi yaitu prosedur yang dilakukan oleh masyarakat (seseorang dan badan hukum perdata) atas suatu keputusan tata usaha negara di lingkungan pemerintah yang mengeluarkan keputusan tata usaha negara (KTUN) tersebut.

Penulis juga mengkaji dasar kebebasan yang dilakukan oleh pemerintah dan pertanggungjawaban pemerintah terkait keputusan tata usaha negara yang di keluarkan oleh pejabat pemerintah, baik secara konseptual maupun empiris. Namun penelitian penulis lebih berfokus pada penggunaan *Freies Ermessen* oleh pejabat pemerintah secara konseptual di mana keputusan tata usaha negara terletak pada pengujian yang terdapat di dalam asas yang di anut di dalam AAUPB dengan menekankan pada pengujian lewat dua pintu, yaitu melalui “upaya administratif” yang masih di wilayah pengambil keputusan dengan mengenyampingkan peraturan perundang-undangan yang berlaku apabila dilakukan serta-merta saat itu juga dan “peradilan administrasi negara/peradilan tata usaha negara” pengujian berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Lebih lanjut, mengenai dasar pengujian untuk mengukur legitimasi pejabat pemerintah hanya di lingkungan eksekutif (lembaga atau instansi pemerintah baik itu di pusat maupun daerah).

2. Rumusan Masalah

Berdasarkan penjelasan dari pendahuluan di atas, maka permasalahan yang dapat dirumuskan dalam tulisan ini adalah bagaimana pengujian *freies ermessen* sebagai tindakan atau keputusan pemerintah.

3. Tujuan Penelitian

Tujuan penelitian ini untuk mengkaji dan menganalisa mengenai pengujian *freies ermessen* sebagai tindakan atau keputusan pemerintah.

4. Metode Penelitian

Metode penelitian ini merupakan suatu penelitian hukum yang dikerjakan dengan tujuan menemukan asas atau doktrin hukum positif yang berlaku.¹⁰ Adapun jenis penelitian yang digunakan adalah penelitian yuridis normatif dan pendekatan penelitian ini menggunakan dua pendekatan. Pendekatan pertama melalui pendekatan perundang-undangan, peraturan perundang-undangan adalah peraturan tertulis yang memuat norma hukum yang mengikat secara umum dan dibentuk atau ditetapkan oleh lembaga negara atau pejabat yang berwenang melalui prosedur yang ditetapkan dalam peraturan perundang-undangan.¹¹

Pendekatan kedua pendekatan konseptual yaitu peneliti merujuk prinsip-prinsip hukum. Prinsip-prinsip ini dapat ditemukan dalam pandangan-pandangan sarjana ataupun doktrin-doktrin hukum. Meskipun tidak secara ekspilisit, konsep hukum dapat diketemukan dalam Undang-Undang. Hanya saja dalam mengidentifikasi prinsip tersebut, perlu terlebih dahulu

¹⁰ Bambang Sunggono, *Metode Penelitian Hukum* (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2013). Hlm. 86

¹¹ Sunggono. Hlm. 86

memahami konsep tersebut melalui pandangan-pandangan dan doktrin-doktrin yang ada.¹²

Kemudian bahan hukum yang dipakai akan dibagi menjadi bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder. Bahan hukum primer nantinya akan diperoleh melalui penormaan dalam peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan penelitian ini. Bahan hukum sekunder juga akan diperoleh dari buku-buku dan jurnal hukum.

Teknik pengumpulan data yang diperoleh dari bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder akan dikaji dan ditelaah di dalam peraturan perundang-undangan yang berhubungan dengan penelitian ini dan mempelajari hasil penelitian atau karya ilmiah orang lain dan buku-buku yang berisikan doktrin-doktrin yang masih sesuai dengan penelitian ini, maka dari semua data yang diperlukan telah terkumpul, kemudian di analisis terkait permasalahan di atas dengan mengacu pada peraturan perundang-undangan tentang peradilan tata usaha negara/administrasi pemerintahan, asas-asas umum pemerintahan yang baik dan pendapat para ahli hukum di bidang administrasi negara, bahan-bahan hukum yang berkaitan dengan permasalahan yang akan dikaji terutama yang berkaitan dengan *freies ermesen*, pengujian KTUN dan hukum administrasi negara.

5. Hasil Penelitian dan Pembahasan

Pengujian *Freies Ermessen* Sebagai Tindakan atau Keputusan Pemerintah

Dalam setiap negara hukum, dipersyaratkan berlakunya asas legalitas dalam segala bentuknya (*due process of law*), yaitu bahwa segala tindakan pemerintahan harus didasarkan atas peraturan perundang-undangan.¹³ Tertulis tersebut harus ada dan berlaku lebih dulu atau mendahului tindakan atau perbuatan administrasi yang dilakukan.¹⁴ Dengan demikian, setiap perbuatan

¹² Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum Edisi Revisi*, Cetakan ke (Jakarta: Pranadamedia Group, 2016). Hlm. 178

¹³ Muhammad Tahir Azhary, "*Beberapa Aspek Hukum Tata Negara, Hukum Pidana Dan Hukum Islam*" (Jakarta: Kencana, 2012). Hlm. 31

¹⁴ Hanafi Arief, *Pengantar Hukum Indonesia Dalam Tataran Historis, Tata Hukum, Dan Politik Hukum Nasional* (Yogyakarta: PT. LKiS Pelangi Aksara, 2017). Hlm. 41

administrasi harus didasarkan atas aturan atau *rule and procedures (regels)*. Oleh karena itu, untuk menjamin ruang gerak bagi para pejabat administrasi negara dalam menjalankan tugasnya, maka sebagai pengimbang, diakui pula adanya prinsip *freies ermessen* yang memungkinkan para pejabat administrasi negara mengembangkan dan menetapkan sendiri *beleid-regels* atau *policy rules* yang berlaku internal secara bebas dan mandiri dalam rangka menjalankan tugas jabatan yang dibebankan oleh peraturan yang sah.¹⁵

Diberikannya *freies ermessen* kepada Administrasi Negara itu sebenarnya berarti bahwa sebagian kekuasaan yang dipegang oleh DPR sebagai Badan Legislatif dipindahkan ke dalam tangan pemerintah Administrasi Negara, sebagai Badan Eksekutif. Dalam frasa Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1961 tentang Perguruan Tinggi yang menjelaskan bahwa Menteri Perguruan Tinggi dan Ilmu Pengetahuan dapat menunjuk Perguruan Tinggi Swasta terdaftar menjadi Perguruan Tinggi Swasta diakui dan Perguruan Tinggi Swasta diakui menjadi Perguruan Tinggi Swasta disamakan. Selanjutnya menurut frasa 27 tersebut syarat-syarat untuk diakui dan disamakan diatur dengan Peraturan Pemerintah. Kenyataannya hingga tahun 1984 Peraturan Pemerintah yang mengatur syarat-syarat pengakuan dan persamaan tersebut belum ada. Dalam keadaan ini Menteri PTIP Prof. Dr. Ir. Thojib Hadiwidjaja menggunakan wewenang hukumnya, *Freies Ermessen*, yaitu sambil menunggu dikeluarkannya Peraturan Pemerintah tentang syarat-syarat pengakuan dan persamaan, telah mengeluarkan keputusan tentang pengakuan dan/atau persamaan terhadap beberapa Perguruan Tinggi Swasta Terdaftar.¹⁶

Di satu sisi pemerintah dituntut untuk memberikan pelayanan bagi masyarakat yang berkembang pesat, di sisi lain pemerintah dalam melakukan tindakan pelayanan itu harus memiliki dasar hukum yang tidak selalu peraturan perundang-undangan yang akan dijadikan dasar tindakan itu telah ada. Artinya terjadi kesenjangan antara asas legalitas dengan realitas yang

¹⁵ Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi Dan Konstitualisme Indonesia* (Jakarta: Sinar Grafika, 2014). Hlm. 128-129

¹⁶ C. S. T. Kansil, *Pengantar Ilmu Hukum Dan Tata Hukum Indonesia* (Jakarta: Balai Pustaka, 1988). Hlm. 453-454

dihadapkan pemerintah. *freies ermessen* ini digunakan terutama karena; pertama, kondisi darurat yang tidak memungkinkan untuk menetapkan ketentuan tertulis; kedua, sudah ada atau belum ada peraturan yang mengaturnya; ketiga, sudah ada peraturannya namun redaksinya sama atau multitafsir.¹⁷

Meskipun kepada pemerintah diberikan kewenangan bebas atau *freies ermessen*, namun dalam suatu negara hukum penggunaan *Freies Ermessen* ini harus dalam batas-batas yang dimungkinkan oleh hukum yang berlaku. Penggunaan *freies ermessen* tidak boleh bertentangan dengan hukum yang berlaku baik hukum tertulis maupun hukum tidak tertulis. Menurut Muchsan dikutip Ridwan pembatasan penggunaan *freies ermessen* adalah sebagai berikut.

- 5.1. Penggunaan *freies ermessen* tidak boleh bertentangan dengan sistem hukum yang berlaku (kaidah hukum positif).
- 5.2. Penggunaan *freies ermessen* hanya ditujukan demi kepentingan umum.¹⁸

Sebagai interaksi antara administrasi negara dan warga negara semakin tinggi, akibatnya peluang terjadinya berbagai benturan semakin besar. Karena itu kehadiran Hukum Administrasi menjadi sangat penting untuk memberikan payung hukum bagi badan/pejabat tata usaha negara dalam melaksanakan tugas, kewajiban dan tanggung-jawabnya, sehingga segala sikap-tindaknya tetap berada dalam koridor hukum administrasi. Sebaliknya, bagi warga akan memperoleh perlindungan hukum dari kemungkinan sikap-tindak administrasi negara yang melanggar hukum dan merugikan warga.¹⁹

Untuk memberikan perlindungan atas pelanggaran terhadap hak-hak individu, kepada warga diberikan hak atau kesempatan untuk menggugat pemerintah melalui peradilan, baik melalui peradilan umum maupun peradilan administrasi. Di sisi lain memberikan perlindungan hukum bagi pejabat administrasi negara sendiri yang bertindak benar sesuai dengan hukum serta

¹⁷ Ridwan, *Tiga Dimensi Hukum Administrasi Dan Peradilan Administrasi* (Yogyakarta: UII Press, 2009). Hlm. 80-81

¹⁸ HR, *Hukum Administrasi Negara Edisi Revisi*. Hlm. 173

¹⁹ S.F. Marbun, *Hukum Administrasi Negara I (Administrasi Law I)* (Yogyakarta: UII Press, 2018). Hlm. 70

melakukan pengawasan (kontrol) terhadap tindakan-tindakan pejabat administrasi negara, baik secara preventif maupun represif. Dengan demikian akan terjaga dan terwujud kesetaraan, keseimbangan, dan keselarasan antara kepentingan individu dengan kepentingan masyarakat.²⁰

Dengan demikian, maka perlu diperhatikan mengenai *freies ermessen* yang dikeluarkan oleh pemerintah itu ditinjau dari pengujian tindakan/keputusan organ pemerintah itu tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku dan asas-asas umum pemerintahan yang layak (*algemene beginselen van behoorlijk besturr*), dimana Negara Republik Indonesia menganut paham bahwa setiap tindakan pemerintah itu harus berdasarkan peraturan perundang-undangan (tertulis), dengan alasan-alasan di atas maka setiap kebijakan yang dikeluarkan oleh pemerintah itu harus pula ada pengawasan terhadap pejabat administrasi negara oleh sistem peradilan administrasi negara mengenai keabsahan *freies ermessen* itu.

Suatu Peraturan Kebijaksanaan dapat diuji melalui ciri-cirinya sebagaimana dinyatakan oleh Bagir Manan sebagai berikut:

- 5.1. Peraturan Kebijaksanaan bukan merupakan peraturan perundang-undangan.
- 5.2. Asas-asas pembatasan dan pengujian terhadap peraturan perundang-undangan tidak dapat diberlakukan pada peraturan kebijaksanaan.
- 5.3. Peraturan kebijaksanaan tidak dapat diuji secara *wetmatigheid*, karena tidak ada dasar Peraturan Kebijaksanaan tersebut.
- 5.4. Peraturan Kebijaksanaan dibuat berdasarkan *freies ermessen* dan ketiadaan wewenang, administrasi bersangkutan membuat peraturan perundang-undangan.
- 5.5. Pengujian terhadap Peraturan Kebijaksanaan lebih diserahkan pada *doelmatigheid* sehingga batu ujinya adalah asas-asas umum pemerintahan yang baik.

²⁰ S.F Marbun, *Peradilan Administrasi Negara Dan Upaya Administrasi Di Indonesia* (Yogyakarta: Liberty, 1997). Hlm. 25-26

- 5.6. Dalam praktik diberi format dalam berbagai bentuk dan jenis aturan, yakni keputusan, instruksi, surat edaran, pengumuman, dan lain-lain, bahkan dapat pula dijumpai dalam bentuk peraturan.²¹

Menurut Sjachran Basah secara tersirat berpendapat bahwa pelaksanaan *freies ermessen* tersebut harus dapat dipertanggung jawabkan “Secara moral kepada Tuhan Yang Maha Esa, menunjung tinggi harkat dan martabat serta nilai-nilai kebenaran dan keadilan, mengutamakan persatuan dan kesatuan, demi kepentingan bersama. Secara hukum terdapat dua batas; batas-atas dan batas-bawah. Batas atas dimaksudkan ketaat-asas ketentuan perundang-undangan berdasarkan asas taat-asas, yaitu peraturan yang tingkat derajatnya lebih rendah tidak boleh bertentangan dengan peraturan yang tingkat derajatnya lebih tinggi. Sedangkan batas-bawah ialah peraturan yang dibuat atau sikap-tindak hak dan kewajiban asasi warga.”²²

Agar penggunaan diskresi yang diberikan oleh Undang-Undang kepada Pejabat Pemerintahan tidak mudah disalahgunakan dan pada akhirnya dapat mendorong negara hukum tergelincir menjadi negara Diskresi, maka perlu diatur syarat dan prosedur penggunaan Diskresi. Penggunaan Diskresi harus memenuhi syarat:

- 5.1. Sesuai dengan tujuan diskresi, yaitu melancarkan penyelenggaraan pemerintahan, mengisi kekosongan hukum, memberikan kepastian hukum dan mengatasi stagnasi pemerintahan dalam keadaan tertentu guna kemanfaatan dan kepentingan umum.
- 5.2. Tidak bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.
- 5.3. Sesuai dengan AUPB.
- 5.4. Berdasarkan alasan-asalan yang objektif, artinya alasan-asalan berdasarkan fakta dan kondisi faktual, tidak memihak. Dan rasional seta kepentingan.
- 5.5. Tidak menimbulkan konflik kepentingan.

²¹ Marbun. Hlm 245-246.

²² Ridwan HR, *Hukum Administrasi Negara* (Yogyakarta: UII Press, 2002). Hlm. 137

- 5.6. Dilakukan dengan iktikad baik, artinya ditetapkan dan/atau dilakukan didasarkan atas motif dan berdasarkan AUPB.²³

Bertalian dengan di atas, Pasal 2 huruf b Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 menentukan bahwa Keputusan Tata Usaha Negara yang bersifat umum (*besluit van algemene strekking*) tidak termasuk Keputusan Tata Usaha Negara dalam arti *beschiking*, berarti badan atau Pejabat Tata Usaha Negara yang mengeluarkan keputusan pengaturan bersifat umum tidak dapat digugat di Peradilan Tata Usaha Negara. Keputusan yang dikeluarkan badan atau Pejabat Tata Usaha Negara tersebut. Dasar pengujian (*toetsinggrond*) yang dapat digunakan seorang atau badan hukum perdata untuk menggugat badan atau pejabat pemerintahan di Peradilan Tata Usaha Negara adil antaranya adalah jika keputusan (*beschiking*) yang dikeluarkan bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku.²⁴

Akibat hukum diskresi Pasal 30 UU Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan, penggunaan Diskresi dikategorikan melampaui Wewenang apabila: Bertindak melampaui batas waktu berlakunya Wewenang yang diberikan oleh ketentuan peraturan perundang-undangan :

- 5.1. Bertindak melampaui batas wilayah berlakunya Wewenang yang diberikan ketentuan peraturan perundang-undangan; dan/atau
- 5.2. Tidak sesuai dengan ketentuan Pasal 26, Pasal 27, dan Pasal 28. akibat hukum dari penggunaan Diskresi sebagaimana dimaksud pada ayat (1) menjadi tidak sah apabila. a. penggunaan 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. Akibat dari penggunaan Diskresi sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dapat dibatalkan.²⁵

Dalam sistem *civil law* pengujian terhadap tindakan organ pemerintahan itu di samping menggunakan pendekatan *rechtsmatigheid* juga *doelmatigheid*.

²³ Marbun, *Hukum Administrasi Negara I (Administrasi Law I)*. Hlm. 274

²⁴ Setiawan, *Hukum Administrasi Pemerintahan Teori Dan Praktik*. Hlm. 145

²⁵ Lihat Pasal 30 ayat (1), (2), (3) "Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan," *Undang-Undang Republik Indonesia*, no. Administrasi pemerintahan (2014): 99.

H. D. van Wijck/Willem Konijnenbelt menyebutkan bahwa ada empat macam dasar pengujian yang dapat digunakan terhadap tindakan organ pemerintah yaitu: (1) *strijd met een algemeen verbindend voorschrift* (bertentangan dengan peraturan yang mengikat umum atau peraturan perundang-undangan); (2) *het administratieve orgaan heeft bij afweging van de betrokken belangen niet ini redelijkheid tot de beschikking kunnen komen* (organ pemerintah dalam mempertimbangkan berbagai kepentingan terkait untuk mengambil keputusan tidak mendasarkan pada alasan yang rasional) (4) *strijd anderzins met enig in het algemeen rechtsbeustijn levend beginsel van behoorlijk bestuur* (bertentangan dengan apa yang dalam kesadaran hukum umum merupakan asas-asas yang hidup/berlaku tentang pemerintahan yang baik). Pengujian terhadap diskresi dengan menggunakan peraturan tertulis dianggap tidak memadai karena penggunaan diskresi itu lebih banyak berkenaan dengan wewenang yang tidak disebutkan secara tegas dalam peraturan perundang-undangan. Atas dasar itu, maka pengujiannya dengan menggunakan asas-asas umum pemerintahan yang baik, terutama asas larangan melampaui wewenang (sewenang-wenang) dan larangan penyalahgunaan wewenang.²⁶

Dengan kata lain, kebijakan pemerintah akan dikategorikan sebagai kebijakan yang menyimpang jika di dalamnya ada unsur penyalahgunaan wewenang dan unsur sewenang-wenang. Ada tidaknya unsur penyalahgunaan wewenang diuji dengan asas spesialitas (*specialiteitsbeginsel*). Asas spesialitas ini mengandung arti bahwa wewenang itu diberikan kepada organ pemerintahan dengan tujuan tertentu. Menyimpang dari tujuan diberikannya wewenang akan dianggap sebagai penyalahgunaan wewenang. Adapun unsur sewenang-wenang diuji dengan asas rasionalitas atau kepantasan (*redelijk*). Suatu peraturan kebijakan dikategorikan mengandung unsur *willekeur* jika peraturan kebijakan itu nyata-nyata tidak masuk akal tidak beralasan (*kennelijk onredelijk*).²⁷

Larangan sewenang-wenang juga dapat di uji bahwa keputusan badan atas pejabat tata usaha negara yang bertentangan secara meterial atau

²⁶ Ridwan, *Diskresi Dan Tanggung Jawab Pemerintah* (Yogyakarta: UII Press, 2014). Hlm.163-164

²⁷ HR, *Hukum Administrasi Negara Edisi Revisi*. Hlm. 185

substansial adalah keputusan yang isinya atau dictum bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Asas-asas umum pemerintahan yang baik dapat dimasukkan adalah asas larangan sewenang-wenang (*willekeur*).²⁸

Rapat Kerja Nasional MARI dengan Jajaran Pengadilan Empat Lingkungan Peradilan Seluruh Indonesia, di Makassar 4 September 2007, khususnya kelompok Bidang Hukum Pidana merumuskan keterkaitan Peraturan Kebijaksanaan tersebut dengan Penerapan Pasal 14 Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 jo. Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 dalam kaitannya dengan *Administrative Penal Law*. Apakah pelanggaran terhadap *Administrative Penal Law* dapat dikualifikasikan sebagai tindak pidana korupsi karena adanya perbuatan materiil (*materiale daad*) yang sama, dalam perspektif pelanggaran beberapa perundang-undangan? Sedangkan masalah khusus yang dijumpai misalnya, apakah tepat jika tindak pidana dibidang perpajakan atau perbankan (*Administrative Penal Law*) dapat dikorelasikan dengan tindak pidana korupsi? Terhadap masalah-masalah hukum (pokok ataupun khusus sebagai tersebut di atas) dirumuskan solusi hukumnya adalah:

- 5.1. Pada prinsipnya, suatu kebijakan merupakan persoalan kebebasan kebijakan atau *beleidvrijheid* atau *freies emessen* dari aparatur negara dalam melaksanakan tugas publiknya, sehingga tidak dapat dinilai oleh hakim pidana atau hakim perdata.
- 5.2. *Administrative Penal Law* tidak termasuk domain tindak pidana korupsi jika dihubungkan dengan aplikasi kebijakan (baik *Beleidvrijheid dan Wijsheid, Freies Ermessen* maupun *Beleidsregels*).
- 5.3. Tidak pula dapat diterapkan perundang-undangan korupsi karena *Administrative Penal Law* menyangkut produk kebijakan yang diberikan kewenangan oleh hukum administrasi negara.²⁹
- 5.4. *Beleidvrijheid dan Wijsheid* dimiliki oleh setiap Pejabat Penyelenggaraan Negara yang memiliki kewenangan berdasarkan

²⁸ Marbun, *Hukum Administrasi Negara I (Administrasi Law I)*. Hlm. 336-337

²⁹ Marbun. Hlm 246.

Peraturan Perundang-Undang yang ada, Pembatasan terhadap *Beleidvrijheid* berlaku apabila terdapat perbuatan yang masuk kategori penyalahgunaan kewenangan (*detournement de pouvoir*) dan perbuatan (*abus de droit*) Penyelesaian terhadap penyimpangan ini adalah melalui peradilan administrasi / tata usaha negara.

- 5.5. *Freies Ermessen* digunakan oleh pejabat/penyelenggara negara untuk bertindak dalam rangka penyelesaian keadaan negara dan mendesak yang timbul dan dihadapi dalam praktek penyelenggaraan negara, serta harus dijalankan demi tercapainya tujuan negara. Tolok ukur pembatasan penggunaan pembatasan penggunaan *freies ermessen* adalah parameter asas-asas umum pemerintahan yang baik.
- 5.6. *Beleidregels* tidak boleh melampaui atau menghapus hirarki perundang-undangan, karenanya *Beleidregels* berada diluar perundang-undangan. Ketiga bentuk kebijakan tersebut tidak dapat dinilai oleh hakim dalam perkara korupsi, pidana dan perdata, karena merupakan domain hukum administrasi negara.
- 5.7. Kewenangan diskresioner aparatur negara (berupa ketiga bentuk kebijakan tersebut di atas) yang dilakukan dalam kerangka batas-batas asas-asas umum pemerintahan yang baik (*algemene beginselen van behorlijk bestuur*) sehingga sifatnya *overheidsbeleid* merupakan domain dari hukum administrasi negara dan tidak merupakan yuridiksi dari makna “menyalahgunakan kewenangan” maupun dimensi “melawan hukum” (baik melawan hukum formal dan melawan hukum materiel dalam hukum pidana, khususnya terhadap tindak pidana korupsi).³⁰

³⁰ Kebijakan-kebijakan tersebut hanya tunduk dan dinilai dari segi hukum administrasi dan HTN, tidak dapat dinilai oleh hakim baik dari segi penerapan hukum publik (hukum pidana), maupun dari segi hukum privat (hukum perdata), karena kebijakan administrasi ini parameter hukumnya hanya boleh dinilai dari aspek *rechtmatigheid* dan bukan *doelmatigheid*. Menurut Marbun, tulisan ini terbalik, seharusnya hanya boleh dinilai dari aspek *doelmatigheid* dan bukan dari aspek *rechtmatigheid*.

Indriyanto Seno Adji sebagaimana dikutip oleh Muchsin mengatakan bahwa untuk mengukur tindakan yang menyalahi wewenang diskresi dalam lapangan hukum administrasi adalah sebagai berikut :³¹

- 5.1. Penyalahgunaan kewenangan untuk melakukan tindakan-tindakan yang bertentangan dengan kepentingan umum atau untuk menguntungkan kepentingan pribadi, kelompok atau golongan.
- 5.2. Penyalahgunaan kewenangan berupa penyimpangan dari tujuan umum.
- 5.3. Penyalahgunaan kewenangan untuk mencapai tujuan tertentu melalui penggunaan prosedur lain, disamping itu dapat pula berupa perbuatan yang tidak tepat, dalam hal terdapat beberapa opsi/pilihan tindakan dan perbuatan yang tidak bermanfaat.

Terhadap tindakan/keputusan diskresi sebagaimana tersebut di atas yang menimbulkan kerugian perdata atau berakibat pada tindakan pidana serta melanggar batas-batas diskresi harus dinyatakan sebagai perbuatan melawan hukum yang dilakukan oleh pejabat administrasi pemerintahan (*onrechtmatige overheidsdaad*) yang dimuat di dalam amar putusan Pengadilan Tata Usaha Negara.

Sejalan dengan di atas, upaya seseorang yang dirugikan akibat tindakan/keputusan yang dikeluarkan oleh pemerintah itu dalam hal Diskresi. Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 48 Tahun 2016 tentang Tata Cara Pengenaan Sanksi Administratif Kepada Pejabat Pemerintahan. Dalam hal Laporan Dugaan Pelanggaran Pasal 14. Dugaan Pelanggaran Administratif sebagaimana dimaksud dalam Pasal 13 ayat (1) berasal dari laporan: a. pengaduan; atau b. tindak lanjut hasil pengawasan. Laporan pengaduan sebagaimana dimaksud pada ayat (1), ayat (3), diajukan secara tertulis yang memuat paling sedikit:³²

³¹ Tri Cahya Indra Permana, "Pengujian Keputusan Diskresi Oleh Pengadilan Tata Usaha Negara," *Diponegoro University Institutional Repository*, 2009. (Universitas Diponegoro, 2009), Hlm. 122

³² Pasal 14 "Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 48 Tahun 2016 Tentang Tata Cara Pengenaan Sanksi Administratif Kepada Pejabat Pemerintahan," no. 184 (2014): 1–27.

- 5.1. Nama dan alamat pihak yang mengadukan.
- 5.2. Nama, jabatan, dan alamat lengkap pihak yang diadukan.
- 5.3. Perbuatan yang diduga melanggar ketentuan penyelenggaraan administrasi pemerintahan.
- 5.4. Keterangan yang memuat fakta, data, atau petunjuk terjadinya pelanggaran.

Laporan pengaduan sebagaimana dimaksud disampaikan secara manual atau secara elektronik. Kemudian Atasan Pejabat menjamin kerahasiaan identitas pelapor, kecuali untuk kepentingan penegakan hukum. Pasal 17 ayat (1) Pengaduan yang disampaikan oleh masyarakat sebagaimana dimaksud dalam Pasal 15 wajib ditindaklanjuti oleh Atasan Pejabat dalam waktu 5 (lima) hari kerja terhitung sejak diterimanya laporan pengaduan. Ayat (2) Dalam melakukan pemeriksaan atas pengaduan masyarakat sebagaimana dimaksud pada ayat (1), Atasan Pejabat wajib berkoordinasi dengan aparat pengawasan intern pemerintah. Ayat (3) Apabila dalam waktu 5 (lima) hari kerja Atasan Pejabat tidak menindaklanjuti pengaduan masyarakat tanpa alasan yang sah, Pejabat Yang Berwenang Menegakkan Sanksi Administratif wajib menjatuhkan Sanksi Administratif kepada Atasan Pejabat sesuai dengan tingkat kesalahannya.³³

Kemudian Pasal 20 ayat (1) pada Undang-Undang di atas. Masyarakat dapat menyampaikan pengaduan atas dugaan Pelanggaran Administratif yang dilakukan oleh Pejabat Pemerintahan kepada aparat penegak hukum. Ayat (2) Dalam jangka waktu paling lama 5 (lima) hari kerja sejak pengaduan dari masyarakat diterima, aparat penegak hukum melakukan pemeriksaan atas pengaduan yang disampaikan oleh masyarakat sebagaimana dimaksud pada ayat (1), setelah terlebih dahulu berkoordinasi dengan aparat pengawasan intern pemerintah. Ayat (3) Dalam hal hasil pemeriksaan sebagaimana dimaksud pada ayat (2) ditemukan bukti adanya penyimpangan yang bersifat administratif, proses pemeriksaan lebih lanjut diserahkan kepada aparat pengawasan intern pemerintah. Ayat (4) Apabila dalam waktu 5 (lima) hari

³³ Pasal 16 dan Pasal 18 “Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 48 Tahun 2016 Tentang Tata Cara Pengenaan Sanksi Administratif Kepada Pejabat Pemerintahan.”

kerja aparat penegak hukum tidak menyerahkan proses pemeriksaan lebih lanjut kepada aparat pengawasan intern pemerintah sebagaimana dimaksud pada ayat (3) tanpa alasan yang sah, aparat penegak hukum diberikan sanksi sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan. Ayat (5) Dalam hal hasil pemeriksaan sebagaimana dimaksud pada ayat (2) ditemukan bukti adanya penyimpangan yang bersifat pidana, proses pemeriksaan lebih lanjut ditindaklanjuti oleh aparat penegak hukum sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.

Kebijakan dalam prakteknya sering sekali ditemukan memberikan ikatan secara tidak langsung kepada warga, padahal kebijakan itu bukan merupakan peraturan perundang-undangan dalam arti peraturan umum yang mengikat secara umum. Bagaimana sikap Hakim terhadap kebijaksanaan ini? Hakim tidak terikat pada kebijakan sebab kebijakan merupakan tindakan hukum administrasi, bukan merupakan peraturan umum yang mengikat umum yang bersumber dari Undang-Undang.

Kekuasaan peradilan administrasi menyebutkan beberapa hal yang tidak dapat diterima oleh pengadilan. Berdasarkan Pasal 49 menjelaskan pengadilan tidak berwenang memeriksa, memutus, dan menyelesaikan sengketa Tata Usaha Negara tertentu dalam hal keputusan yang disengketakan itu dikeluarkan dalam waktu perang, keadaan bahaya, keadaan bencana alam, atau keadaan luar biasa yang membahayakan, berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku dan dalam keadaan mendesak untuk kepentingan umum berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku.³⁴

Dalam kontrol yudisial, sekalipun pengujian *freies ermessen* mendasarkan pada *doelmatigheid*, yang mana pengadilan tidak berwenang dalam hal ini, namun jika *freies ermessen* tersebut mengandung unsur penyalahgunaan wewenang atau sewenang-wenang, maka pengadilan dapat masuk dalam permasalahan ini, kecuali hal tersebut berkait dengan isu efisiensi dan efektivitas. Sementara itu, dalam kontrol administratif, di

³⁴ Pasal 49 “Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 Tentang Peradilan Tata Usaha Negara,” 1986.

Indonesia dikenal adanya upaya administratif sebagaimana diatur dalam Pasal 48 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara, yang meliputi keberatan dan banding administratif.³⁵

Pengujian pada upaya administratif, materi yang diperiksa atau diuji oleh Majelis Keberatan, Majelis Banding atau Majelis Upaya Administratif, meliputi aspek hukum (*rechtmatigheidtoetsing*) dan aspek kegunaan atau kemanfaatan (*doelmatigheidtoetsing*). Menurut S.F Marbun, hal ini perlu ditonjolkan karena pemeriksaan sengketa melalui administrasi murni hanya terbatas pada pemeriksaan aspek hukum (*rechtmatigheidtoetsing*).³⁶

Selanjutnya, merujuk UU Administrasi Negara, lembaga yang berwenang menguji legalitas tindakan/keputusan diskresi adalah atasan langsung pejabat yang menerbitkan keputusan diskresi dan Pengadilan Tata Usaha Negara. Atasan langsung pejabat yang menerbitkan keputusan diskresi wajib menguji legalitas tindakan/keputusan diskresi meskipun tidak ada keberatan dan banding administrasi dari anggota masyarakat karena ada kewajiban melaporkan keputusan diskresi yang diterbitkan kepada atasan. Sedangkan Pengadilan Tata Usaha Negara baru berwenang untuk menguji legalitas tindakan/keputusan diskresi apabila ada gugatan dan seluruh upaya administratif yang tersedia sudah ditempuh karena pada prinsipnya sebisa mungkin sengketa administrasi dapat diselesaikan oleh administrasi itu sendiri dan setelah seluruh upaya administrasi tidak berhasil, pengadilan sebagai benteng terakhir penegakan hukumlah yang akan memutuskannya.

Meskipun upaya administratif sudah dilakukan, namun yang dijadikan sebagai obyek gugatan adalah tetap keputusan diskresi dan bukan jawaban atasan pejabat yang menerbitkan keputusan diskresi atas banding administrasi, karena apabila yang dijadikan obyek gugatan adalah jawaban atasan pejabat yang menerbitkan keputusan diskresi, maka apabila gugatan dikabulkan dan Tergugat diwajibkan untuk mencabut keputusan obyek sengketa, maka yang dicabut adalah jawaban atasan pejabat yang menerbitkan keputusan diskresi

³⁵ Dyah Adriantini Sintha Dewi, "Pendayagunaan Freies Ermessen Pejabat Pemerintahan Dalam Konsep Negara Kesejahteraan," *Journal of Chemical Information and Modeling* 53, no. 9 (2013): Hlm. 192

³⁶ Marbun, *Peradilan Administrasi Negara Dan Upaya Administrasi Di Indonesia*. Hlm.

dan bukan keputusan diskresi itu sendiri padahal yang dipersoalkan oleh masyarakat adalah keputusan diskresinya.³⁷

Instansi Administratif Beroep harus tetap menilai suatu kebijaksanaan berdasarkan undang-undang atau asas-asas umum pemerintahan yang baik/layak. Sikap Hakim terhadap kebijaksanaan ini diuraikan pada Bab IX hurus I angka 16. Di samping itu penggunaan diskresi harus (wajib) mempertanggung-jawabkannya baik kepada atasan maupun kepada masyarakat yang dirugikan akibat keputusan yang diambil atas dasar diskresi. Terakhir, keputusan badan/pejabat Pemerintahan yang diambil atas dasar diskresi dapat diuji baik melalui Upaya Administrasi maupun PTUN. Dengan demikian keputusan tersebut dapat diuji dengan hukum (*toetsing recht*).³⁸

6. Kesimpulan

Berdasarkan uraian pada pembahasan di atas, ditemukan jika pengujian *freies ermessen* dapat dilakukan dengan dua cara, yaitu pengujian dilakukan melalui Pengadilan Tata Usaha Negara (PTUN) dan pengujian yang dilakukan melalui upaya administrasi (pengecualian menurut Pasal 49 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986). Kemudian penggunaan *diskresi* harus (wajib) mempertanggung-jawabkannya baik kepada atasan maupun kepada masyarakat yang dirugikan akibat keputusan yang diambil atas dasar *freies ermessen/diskresi*. Dengan demikian, anggota masyarakat dapat melaporkan keputusan diskresi keputusan badan/pejabat Pemerintahan yang diambil atas dasar tindakan/keputusan *freies ermessen/diskres* yang nantinya dapat diuji melalui Upaya Administrasi. Sebab, pada prinsipnya sengketa administrasi di lingkungan pemerintah terlebih dahulu dilakukan di dalam lingkungan administrasi yang menerbitkan keputusan *freies ermessen* tersebut, namun apabila upaya administrasi melalui prosedur keberatan tidak selesai di wilayah tersebut (instansi bersangkutan) maka sengketa yang lahir karena keputusan tersebut dapat dibawa dilingkungan peradilan tata usaha negara atas keputusan *freies ermessen/diskresi* tersebut, meskipun upaya administratif sudah

³⁷ Lutfil Ansori, "Diskresi Dan Pertanggungjawaban Pemerintah Dalam Penyelenggaraan Pemerintahan," *Jurnal Yuridis* 2, no. 1 (2015): Hlm 134-150.

³⁸ Marbun, *Peradilan Administrasi Negara Dan Upaya Administrasi Di Indonesia*. Hlm. 201-202

dilakukan, namun yang dijadikan sebagai obyek gugatan adalah tetap keputusan diskresi dan bukan jawaban atasan pejabat yang menerbitkan keputusan diskresi atas banding administrasi, karena apabila yang dijadikan obyek gugatan adalah jawaban atasan pejabat yang menerbitkan keputusan diskresi.

Kemudian mengenai perbedaan pengujian *freies ermessen/diskresi* pada PTUN dan pengujian yang dilakukan melalui upaya administrasi, yaitu dari keduanya dapat dilihat pada pengujian *freies ermessen* jika itu dilakukan di PTUN maka PTUN hanya dapat menguji pada pelanggaran hukumnya saja (*rechtmatigheidtoetsing*), dan meskipun terdapat pengecualian apabila terdapat unsur penyalahgunaan wewenang yang dilakukan oleh pejabat pemerintah maka hanya PTUN memiliki kompetensi mengadili. Sedangkan pengujian melalui upaya administratif dapat dilakukan karena kedua-duanya yaitu menurut penormaan hukumnya (*rechtmatigheidtoetsing*) dan kemanfaatannya (*doelmatigheidtoetsing*).

Pengujian penyalahgunaan wewenang dan tindakan sewenang-wenang yang bersumber dari *freies ermessen/diskresi* dapat pula dilihat dari unsurnya apabila masyarakat atau badan hukum privat dirugikan. Unsur penyalahgunaan wewenang tersebut dapat diuji dengan asas spesialisitas, bahwa wewenang yang diberikan kepadanya atau yang melekat pada jabatannya itu ternyata dilakukan untuk kepentingannya atau menyimpang dari tujuan diberikannya wewenang. Sedangkan sewenang-wenangan unsur yang harus dibuktikan dengan menggunakan asas rasionalitas atau kepantasan. Asas ini dapat diketahui atau difahami dari wewenang yang diberikannya berdasarkan pemberian wewenang dari pemerintahan lebih tinggi atau yang berasal dari peraturan perundang-undangan apakah tindakan atau kebijakan tersebut melampaui wewenang yang diberikan kepadanya. Penyalahgunaan wewenang dan tindakan sewenang-wenang dapat diuji dari keputusan tata usaha negara yang dikeluarkannya, yaitu dengan membaca isi dari keputusan/tindakan apakah bertentangan perundang-undangan atau tindakannya menyalahi asas-asas umum pemerintahan yang baik.

DAFTAR PUSTAKA**1. Buku**

- Arief, Hanafi. *Pengantar Hukum Indonesia Dalam Tataran Historis, Tata Hukum, Dan Politik Hukum Nasional*. Yogyakarta: PT. LKiS Pelangi Aksara, 2017.
- Asshiddiqie, Jimly. *Konstitusi Dan Konstitualisme Indonesia*. Jakarta: Sinar Grafika, 2014.
- Azhary, Muhammad Tahir. "Beberapa Aspek Hukum Tata Negara, Hukum Pidana Dan Hukum Islam." Jakarta: Kencana, 2012.
- HR, Ridwan. *Hukum Administrasi Negara*. Yogyakarta: UII Press, 2002.
- . *Hukum Administrasi Negara Edisi Revisi*. Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2017.
- Kansil, C. S. T. *Pengantar Ilmu Hukum Dan Tata Hukum Indonesia*. Jakarta: Balai Pustaka, 1988.
- Marbun, S.F. *Hukum Adminsitrasi Negara I (Administrasi Law I)*. Yogyakarta: UII Press, 2018.
- Marbun, S.F. *Peradilan Administrasi Negara Dan Upaya Administrasi Di Indonesia*. Yogyakarta: Liberty, 1997.
- Marbun, SF, and Moh Mahfud MD. *Pokok-Pokok Hukum Administrasi Negara*. Yogyakarta: Liberty, 2011.
- Marzuki, Peter Mahmud. *Peneitian Hukum Edisi Revisi*. Cetakan ke. Jakarta: Pranadamedia Group, 2016.
- Permana, Tri Cahya Indra. "Pengujian Keputusan Diskresi Oleh Pengadilan Tata Usaha Negara." *Diponegoro University Institutional Repository*, 2009.
- Ridwan. *Diskresi Dan Tanggung Jawab Pemerintah*. Yogyakarta: UII Press, 2014.
- . *Tiga Dimensi Hukum Administrasi Dan Peradilan Administrasi*. Yogyakarta: UII Press, 2009.
- Setiawan, Yudhi. *Hukum Administrasi Pemerintahan Teori Dan Praktik*. Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2017.

Sunggono, Bambang. *Metode Penelitian Hukum*. Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2013.

Surayin. *Kamus Lengkap Perancis-Indonesia*. Bandung: Armico, 1992.

2. Artikel Jurnal Ilmiah.

Ansori, Lutfil. “Diskresi Dan Pertanggungjawaban Pemerintah Dalam Penyelenggaraan Pemerintahan.” *Jurnal Yuridis* 2, no. 1 (2015): 134–50. <https://doi.org/http://dx.doi.org/10.35586/v2i1.165>.

Dewi, Dyah Adriantini Sintha. “Pendayagunaan Freies Ermessen Pejabat Pemerintahan Dalam Konsep Negara Kesejahteraan.” *Journal of Chemical Information and Modeling* 53, no. 9 (2013): 1689–99. <https://doi.org/10.1017/CBO9781107415324.004>.

Fajarwati, Meirina. “Validitas Surat Edaran Mahkamah Agung (Sema) Nomor 7 Tahun 2014 Tentang Pengajuan Peninjauan Kembali Dalam Perkara Pidana Ditinjau Dari Perspektif Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan.” *Jurnal Legislasi Indonesia* 14, no. 2 (2017).

Munaf, Yusri. “Diskresi Sebagai Kebebasan Bertindak Pemerintah (Tinjauan Konseptual Dan Empris).” *Jurnal Kajian Pemerintahan* IV, no. 1 (2018): 11. [https://doi.org/https://doi.org/10.25299/jkp.2018.vol4\(1\).2165](https://doi.org/https://doi.org/10.25299/jkp.2018.vol4(1).2165).

Tobrani, Rahmad. “Pengujian Keputusan Oleh Pengadilan Tata Usaha Negara Terhadap Diskresi Yang Dilakukan Oleh Pejabat Pemerintahan.” *Jurnal Hukum Samudra Keadilan* 13, no. 1 (2018): 102–17. <https://doi.org/10.33059/jhsk.v13i1.694>.

3. Peraturan Perundang-undangan.

Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 48 Tahun 2016 Tentang Tata Cara Pengenaan Sanksi Administratif Kepada Pejabat Pemerintahan,” no. 184 (2014).

Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 Tentang Peradilan Tata Usaha Negara,” 1986.

Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan.” *Undang-Undang Republik Indonesia*, no. Administrasi pemerintahan (2014).

4. Media Online.

“Dilindungi (Meskipun) Merugikan Negara _ Republika Online,” n.d.