



**INTEGRITAS KEPALA DAERAH DALAM PENERAPAN DISKRESI
PADA PENYELENGGARAAN PEMERINTAHAN DAERAH
DENGAN KERANGKA *GOOD GOVERNANCE***

OLEH :

ISHVIATI JOENAINI KOENTJ, S.H., M.HUM
NPM. 13932007

DISERTASI

**PROGRAM DOKTOR (S-3) ILMU HUKUM
PROGRAM PASCASARJANA FAKULTAS HUKUM
UNIVERSITAS ISLAM INDONESIA
YOGYAKARTA
2016**



**INTEGRITAS KEPALA DAERAH DALAM PENERAPAN DISKRESI
PADA PENYELENGGARAAN PEMERINTAHAN DAERAH
DENGAN KERANGKA *GOOD GOVERNANCE***

OLEH :

ISHVIATI JOENAINI KOENTJ, S.H., M.HUM
NPM. 13932007

DISERTASI

**PROGRAM DOKTOR (S-3) ILMU HUKUM
PROGRAM PASCASARJANA FAKULTAS HUKUM
UNIVERSITAS ISLAM INDONESIA
YOGYAKARTA
2016**



**INTEGRITAS KEPALA DAERAH DALAM PENERAPAN DISKRESI
PADA PENYELENGGARAAN PEMERINTAHAN DAERAH
DENGAN KERANGKA *GOOD GOVERNANCE***

OLEH :

ISHVIATI JOENAINI KOENTJ, S.H., M.HUM
NPM. 13932007

DISERTASI

**Telah dipertahankan pada Ujian Terbuka Disertasi (Promosi Doktor)
sebagai salah satu syarat untuk memperoleh gelar Doktor dalam bidang
Ilmu Hukum pada Program Doktor (S-3) Ilmu Hukum
Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia
pada hari Sabtu, 29 Oktober 2016**

Prof. Dr. Yos Johan Utama, S.H., M.Hum.
Promotor

Dr. Ridwan, S.H., M.Hum.
Co Promotor



**INTEGRITAS KEPALA DAERAH DALAM PENERAPAN DISKRESI
PADA PENYELENGGARAAN PEMERINTAHAN DAERAH
DENGAN KERANGKA *GOOD GOVERNANCE***

OLEH :

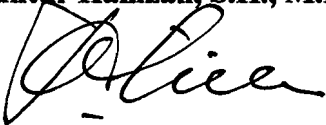
ISHVIATI JOENAINI KOENTJ, S.H., M.HUM
NPM. 13932007

DISERTASI

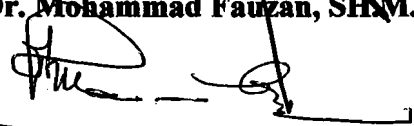
**Telah dipertahankan pada Ujian Terbuka Disertasi (Promosi Doktor)
sebagai salah satu syarat untuk memperoleh gelar Doktor dalam bidang
Ilmu Hukum pada Program Doktor (S-3) Ilmu Hukum
Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia
pada hari Sabtu, 29 Oktober 2016**

DEWAN PENGUJI


Prof. Dr. M. Guntur Hamzah, S.H., M.H. (....12.... / ...12.... / 2016)


Prof. Dr. Tatiek Sri Djatmiati, S.H., M.S. (....13... /12... /2016)


Prof. Dr. Mohammad Fauzan, S.H., M.Hum (.....20 /12 /2016)


Dr. S.F. Marbun, S.H., M.Hum. (.....20 /12 /2016)



**INTEGRITAS KEPALA DAERAH DALAM PENERAPAN DISKRESI
PADA PENYELENGGARAAN PEMERINTAHAN DAERAH
DENGAN KERANGKA *GOOD GOVERNANCE***

OLEH :

ISHVIATI JOENAINI KOENTJ, S.H., M.HUM
NPM. 13932007

DISERTASI

**Telah dipertahankan pada Ujian Terbuka Disertasi (Promosi Doktor)
sebagai salah satu syarat untuk memperoleh gelar Doktor dalam bidang
Ilmu Hukum pada Program Doktor (S-3) Ilmu Hukum
Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia
pada hari Sabtu, 29 Oktober 2016**

Yogyakarta, 10 - 12 - 2016

**Mengetahui/Mengesahkan
Ketua Program Pascasarjana Fakultas Hukum
Universitas Islam Indonesia**



Agus Priyanta, M.A., M.H., Ph.D.

" Hai orang orang yang beriman, apabila dikatakan kepadamu: Berlapang-lapanglah dalam Majlis, maka lapangkanlah, niscaya Allah akan memberi kelapangan untukmu. Dan apabila dikatakan : Berdirilah kamu , maka berdirilah, niscaya Allah akan meninggikan orang-orang yang beriman diantaramu dan orang orang yang diberi ilmu pengetahuan beberapa derajat. Dan Allah Maha Mengetahui apa yang kamu kerjakan "

(QS . Al-Mujaadilah: 11)

MOTTO

Sifat orang yang berilmu tinggi adalah merendahkan hati kepada manusia dan takut kepada Tuhan

(Muhammad SWA)

Perbuatan baik memberikan kekuatan kepada diri kita sendiri dan menginspirasi perbuatan baik pada orang lain

(Plato)

Yen Wes Saguh Ojo Wegah

(R.M. Said)

HALAMAN PERSEMBAHAN

Dengan menyebut Asma Allah Ta'ala yang Maha Pengasih dan Maha Penyayang,
kutulis dan kupersembahkan Disertasi ini kepada:

Ayahanda Tercinta, Bapak Iskandar Joenaini, S.H. (Almarhum) yang telah
mengajarkan kejujuran dan kesederhanaan.

Ibunda Tercinta, Ibu Murwatijah (Almarhumah) yang telah mendorong penulis
untuk memberikan pengabdian ilmu di jalur pendidikan.

Bapak H. Sarwoadi dan Ibu H. Sri Martani, Mertua yang penuh kasih sayang

Suami Tercinta Drs.H.Benny Berbudi yang sabar dan penuh ikhlas mendampingi
penulis, anak-anak terkasih Al. Ahya Faizal Abdullah dan Naufal Abduljabbar
yang telah menyejukkan pandangan mata dan memberikan kebahagiaan pada
mama.

Saudara-Saudaraku tercinta dan handai taulan

Almamater tercinta, tempat penulis menimba ilmu.

Pembaca yang budiman.

HALAMAN ORISINALITAS DISERTASI

Saya menyatakan dengan sebenar-benarnya bahwa sepanjang pengetahuan saya, di dalam Naskah Disertasi ini tidak terdapat karya ilmiah yang pernah diajukan oleh orang lain untuk memperoleh gelar akademik di suatu Perguruan Tinggi, dan tidak terdapat karya atau pendapat yang pernah ditulis atau diterbitkan oleh orang lain, kecuali yang secara tertulis dikutip dalam naskah ini dan disebutkan dalam sumber kutipan dan daftar pustaka.

Apabila ternyata di dalam naskah Disertasi ini dapat dibuktikan terdapat unsur-unsur jiplakan, saya bersedia Disertasi dibatalkan, serta diproses sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku (UU No. 20 Tahun 2003, pasal 25 ayat 2 dan pasal 70

Yogyakarta, 20 Agustus 2016

Penulis



(Ishviati Joenaini Koenti, SH.,M.Hum)

KATA PENGANTAR

Dengan Asma Allah Yang Maha Pengasih dan Maha Penyayang, penulis dapat menyelesaikan disertasi ini. Untuk itu penulis ucapkan rasa syukur kehadiran-Nya seraya mengucapkan segala puji bagi Allah Tuhan semesta alam, dengan terselesaikannya disertasi ini. Disertasi ini merupakan salah satu persyaratan akademik guna memperoleh gelar Doktor dalam Program Studi Ilmu Hukum pada Program Pascasarjana Universitas Islam Indonesia (UII). Judul yang diangkat dalam disertasi ini adalah : “Integritas Kepala Daerah dalam Penerapan Diskresi pada Penyelenggaraan Pemerintahan Daerah dengan Konsep *Good Governance*” Judul tersebut dilatar belakangi oleh beberapa permasalahan yang ada pada penyelenggaraan pemerintahan daerah khususnya yang disebabkan oleh penerapan diskresi Kepala Daerah. Dengan kajian ini diharapkan agar diskresi tidak disalah gunakan dan merupakan sarana untuk menyelesaikan permasalahan yang timbul dengan menjunjung tinggi dan melaksanakan “*value*” (nilai) yang dimiliki bangsa Indonesia, sebagai salah satu bentuk partisipasi penulis dalam pembangunan Ilmu Hukum di Indonesia.

Proses penyusunan disertasi ini dapat berjalan dengan lancar berkat kemurahan Allah SWT, motivasi dari suami tercinta, dua anak laki-laki tersayang, saudara-saudara dan sahabat-sahabat terdekat. Penulis menyadari bahwa dalam proses penyelesaian disertasi ini telah melibatkan berbagai pihak, baik secara langsung maupun tidak langsung, perorangan maupun lembaga yang telah memberikan kontribusi dalam penyelesaian penyusunan disertasi ini. Untuk itu dalam kesempatan ini penulis ucapkan terima kasih dan penghargaan yang setinggi-tingginya kepada yang terhormat ; Bapak Prof. Dr. Yos Johan Utama ; S.M., M.Hum selaku Promotor ditengah tengah kesibukan dengan berbagai kegiatan dan tugas beliau sebagai Rektor Universitas Diponegoro, telah berkenan meluangkan waktu memberikan bimbingan, dengan memberikan kelonggaran pada penulis untuk menyampaikan pikirannya yang tertuang dalam disertasi ini, Demikian pula penulis haturkan penghargaan yang tulus dan terima kasih kepada Bapak Dr. Ridwan, S.H.M.Hum yang setiap saat menyediakan waktu untuk membimbing, memotivasi dan mendorong agar disertasi dapat diselesaikan tepat waktu. Proses pembelajaran yang diampu oleh dosen dosen yang sangat terpelajar, turut memberikan andil yang besar dalam rangka pengembangan diri untuk pengembangan ilmu hukum agar dapat bermanfaat secara teoritis maupun praktis dimasa yang akan datang. Semoga Allah SWT, Tuhan yang Maha Kuasa memberikan balasan dengan pahala dan kemuliaan di dunia dan akherat. Aamiin Ya Robbal Alamin.

Ucapan terima kasih dan penghargaan setinggi tingginya , penulis sampaikan pula kepada berbagai pihak , yang telah memberi kontribusi, yaitu kepada yang terhormat :

1. Bapak Dr. Ir. Harsoyo, M.Sc, Rektor Universitas Islam Indonesia, Bapak Dr. Aunur Rohim Faqih, S.H., M.Hum, Dekan Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia yang telah memberi kesempatan kepada penulis untuk mengikuti studi pada Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Islam Indonesia.
2. Bapak Drs. Agus Triyanta, M.A., M.H., Ph.D. Direktur Program Pasca Sarjana Universitas Islam Indonesia dan Dr. Bambang Sutyoso, S.H., M.Hum. Sekretaris Program Pasca Sarjana Universitas Islam Indonesia, yang telah memberi kesempatan, menyediakan fasilitas yang memadai serta memotivasi agar penulis dan peserta didik yang lain agar dapat menyelesaikan studi dalam waktu yang tidak terlalu lama.
3. Bapak Ir. Haryana, M.Ach. Ketua Yayasan dan Semua Pengurus Perguruan Tinggi Janabadra yang telah memberi kesempatan kepada penulis untuk studi lanjut pada strata 3 program Doktor Ilmu Hukum. Bapak Dr.Ir. H. Suharjanto, MSCE, Rektor Universitas Janabadra beserta jajarannya dan Bapak Eko Nuharyanto, S.H., M.Hum, Dekan Fakultas Hukum Universitas Janabadra beserta jajarannya yang telah memberi kesempatan kepada penulis untuk studi lanjut di Program Pasca Sarjana Universitas Islam Indonesia.
4. Para Guru, Para Dosen, Para Guru Besar yang telah banyak memberikan ilmu dan pengetahuan kepada penulis , baik di tingkat TK dan SD, SMP, SMA , Studi S1 di Universitas Diponegoro, Studi S2 di Universitas Diponegoro dan Studi S3 di Universitas Islam Indonesia. Demikian juga kepada seluruh Tata Usaha PPS UII serta seluruh karyawan UII pada umumnya yang telah memberikan pelayanan kemudahan administrasi sejak penulis masuk kuliah hingga selesai penyusunan disertasi ini.
5. Sahabat sahabat penulis, seluruh dosen Fakultas Hukum Universitas Janabadra, yang sudah menjadi teman diskusi, memberi dorongan, motivasi dan do'a. Kawan kawan seperjuangan angkatan 13, yang selalu kompak, saling memberi semangat dan berbagi dalam suka dan duka selama menempuh studi. Teman teman IKAIPA, teman teman S1 dan S2 yang senantiasa menyemangati penulis untuk menyelesaikan studi.
6. Bapak Prof. Dr. Ir. H. M.Nurdin Abdullah, MP, Bupati Bantaeng sebagai narasumber yang telah meluangkan waktu disela-sela kesibukan beliau untuk memberikan bahan sekaligus membagikan ilmunya. Bapak H. Sihabuddin Ketua DPRD Kab. Bantaeng atas kesediaan beliau sebagai narasumber. Bapak Edi Junaedi, Staf. Bappeda serta beberapa pimpinan SKPD terkait materi disertasi Kabupaten Bantaeng sebagai nara sumber yang telah menerima penulis dan banyak membantu memberikan informasi dan data guna kelengkapan bahan penulisan disertasi. Bapak

7. Drs.H. Hery Zudianto, M.M. Mantan Walikota Yogyakarta atas kesediaannya sebagai narasumber disela kegiatan beliau yang sangat padat. H. Budi Suharto, SH.MSi. (Alm) mantan Sekretaris Daerah dan Pejabat Walikota Surakarta atas kesediaan meluangkan waktu beliau menerima dan membantu penulis untuk memperoleh bahan penelitian. Staf PU kab. Bantul atas kesediaan memberikan informasi dan data penelitian. Bapak Drs.Suripta,M.M.(mantan Kepala Bagian Kepegawaian Kab. Temanggung) dan Drs. Satria Indra Basuki, MM (mantan Camat Kedu Temanggung) yang telah bersedia menjadi nara sumber.
8. Bapak Henry Thomas Simarmata tempat penulis bertanya, yang dengan sabar menjawab dan menjelaskan banyak hal terkait dengan negara kesejahteraan dan Pancasila. Bapak Pro.Dr. Romli Atmasasmita, SH., LL.M atas kesediaan beliau memberikan penjelasan hukum integratif. Bapak Dr R. Widodo Tri Putro, M.M., M.Si yang sudah memberi masukan dan membuka cakrawala pandang penulis. Bapak Prof. Dr. Ridwan Khairandy, S.H., M.Si atas kesediaan waktu menerima penulis untuk bertanya disela-sela kesibukan. Bapak Prof. Dr.M. Guntur Hamzah, S.H.,Hum menerima penulis untuk bertanya disela-sela memberi kuliah di PPS UII. Bapak Prof.Dr.Wahyudi Kumorotomo,MPP yang telah memberi masukan yang konstruktif dari aspek di luar ilmu hukum demi kesempurnaan disertasi ini. Bapak Dr.SF. Marbun, S.H.M.Si atas masukannya, Bapak Prof.Dr. Mohammad.Fauzan, terima saran dan masukannya.Prof. Dr. Jawahir Tonthowi, S.H.,M.S yang telah meminjamkan beberapa buku yang sangat penting bagi penulisan disertasi.
9. Kepada semua pihak yang tidak mampu penulis sebutkan satu persatu yang ikut memberikan informasi dan melengkapi bahan penelitian serta membantu kelancaran dalam penyusunan disertasi ini.

Semoga Allah SWT, Tuhan yang Maha Kuasa memberikan balasan dengan pahala dan kemuliaan di dunia dan akherat. Aamiin Ya Robbal Alamin.

Penulis menyadari bahwa penyusunan penulisan tugas akhir yang berupa disertasi ini laksana setetes air yang jatuh dalam luasnya samudra ilmu hukum. Penulis berharap semoga disertasi ini dapat sedikit memberikan manfaat bagi para praktisi/pemegang pemerintahan dan perkembangan ilmu hukum, khususnya bidang kajian Hukum Administrasi Negara serta dapat dijadikan salah satu rujukan bagi peneliti atau penulis karya ilmiah lainnya untuk dapat dikembangkan dalam penelitian selanjutnya. Akhir kata penulis berbesar hati apabila para pembaca sudi memberikan kritik, saran dan masukan dalam rangka proses penulisan dan penelitian berikutnya.

Yogyakarta, 20 Agustus 2016

Penulis

DAFTAR ISI

HALAMAN JUDUL	
HALAMAN PERSETUJUAN PEMBIMBING	iii
HALAMAN PERSETUJUAN DEWAN PENGUJI	iv
HALAMAN PENGESAHAN KETUA PROGRAM	v
HALAMAN MOTTO	vi
HALAMAN PERSEMBAHAN	vii
HALAMAN ORISINALITAS	viii
KATA PENGANTAR	ix
DAFTAR ISI	xii
DAFTAR TABEL	xv
ABSTRAK	xvi
ABSTRACT	xviii
 BAB I PENDAHULUAN	 1
A. Latar Belakang.....	1
B. Rumusan Masalah	16
C. Tujuan Penelitian.....	17
D. Kegunaan Penelitian.....	17
E. Originalitas Penelitian.....	17
F. Kerangka Teori Dan Tinjauan Pustaka.....	23
G. Metode Penelitian.....	83
 BAB II DISKRESI DALAM PENYELENGGARAAN	 92
PEMERINTAHAN DAERAH SEBAGAI UPAYA	
MENCAPAI KESEJAHTERAAN	
A. <i>Welfare State</i> (Negara Kesejahteraan) Indonesia.....	92
1. Perkembangan Konsep Negara Kesejahteraan	95
2. Model Negara Kesejahteraan di Beberapa Negara...	98
3. Model <i>Welfare State</i> dengan Nilai - Nilai	106
Kesejahteraan Dalam Al Qur'an.....	
4. Model Negara Kesejahteraan di Indonesia	121
B. Pemerintahan Daerah dalam Sistem Pemerintahan	136
Indonesia	
1. Esensi Desentralisasi Sebagai Distribusi Urusan	150
Pemerintahan Kepada Daerah	
2. Kewajiban Negara Memenuhi Hak Atas	170
Kesejahteraan Warga Negara Melalui Pelaksanaan	
Urusan Pemerintahan di Daerah.....	
3. Penyelenggaraan Pelayanan Publik Sebagai	189
Perwujudan Kewajiban Negara Atas Pemenuhan	
Hak Hak Dasar Warga Negara.....	
4. Titik Berat Penyelenggara Pelayanan Publik Pada	199
Pemerintahan di Daerah.....	
C. Diskresi Kepala Daerah Dalam Fungsi Pelayanan	219
Publik.	

	1. Urgensi Kepala Daerah Menerapkan Diskresi	219
	2. Pembatasan Diskresi Pada Penyelenggaraan Pemerintahan Daerah	232
BAB III	INTEGRITAS KEPALA DAERAH DALAM PENERAPAN DISKRESI	251
	A. Diskresi Dalam Konteks Undang Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan.....	251
	B. Analisis Penerapan Diskresi Kepala Daerah di Beberapa Kota dan Kabupaten	282
	1. Analisis Penggunaan Diskresi dalam Mengatasi Permasalahan yang Timbul Karena Bencana Gempa Bumi di Kabupaten Bantul.....	283
	2. Analisis Penggunaan Diskresi dalam Penyelesaian Permasalahan Banjir Lahar Dingin Merapi di Kawasan Bantaran Kali Code.....	294
	3. Analisis Penggunaan Diskresi dalam Mengatasi Kekeringan dan Banjir dengan Pembangunan Cekdam dan Diskresi dalam Mengatasi Pelayanan Kesehatan yang Buruk dengan BSB di Kabupaten Bantaeng.....	314
	4. Analisis Penggunaan Diskresi dalam Penataan PKL di Surakarta.....	325
	5. Analisis Penerapan Diskresi Kepala Daerah yang Tidak Tepat di Kabupaten Temanggung	333
	C. Integritas Kepala Daerah dalam Penerapan Diskresi...	341
BAB IV.	KONSEP IDEAL PENERAPAN DISKRESI PADA PEMERINTAHAN DAERAH DALAM KERANGKA GOOD GOVERNANCE	349
	A. Tata Kelola Pemerintahan yang Baik (<i>Good Governance</i>) dan Asas Asas Umum Pemerintahan Yang Baik Sebagai Norma dalam Pelayanan Publik	349
	1. Penerapan Tata Kelola Pemerintahan yang Baik (<i>Good Governance</i>) dalam Penyelenggaraan Pemerintahan Daerah.....	349
	2. Perkembangan Asas-Asas Umum Pemerintahan Yang Baik Menjadi Norma Hukum dalam Administrasi Pemerintahan.....	360
	3. Penerapan Asas Asas Umum Pemerintahan yang Baik dan <i>Good Governance</i> dalam Pelayanan Publik... ..	376
	B. Konsep Ideal Penerapan Diskresi pada Pemerintahan Daerah dalam Kerangka <i>Good Governance</i>	379
	1. Sistem Nilai , Sistem Norma dan Sistem Perilaku Sebagai Batasan Diskresi.....	379
	2. Partisipasi Masyarakat dalam Pengawasan	396

Penerapan Diskresi.....	
3. Konsep Ideal Penerapan Diskresi pada Pemerintahan Daerah dalam Kerangka <i>Good Governance</i>	417
4. Kajian Kritis terhadap Pasal-Pasal yang Mengatur Diskresi dalam Undang-Undang Nomor 30 tentang Administrasi Pemerintahan.....	428
BAB.V. PENUTUP	432
A. Kesimpulan.....	432
B. Saran.....	437
DAFTAR PUSTAKA	440

DAFTAR TABEL

Tabel 1 :	Beberapa Hasil Penelitian Terdahulu.....	18
Tabel 2 :	Tiga Klasifikasi Hukum Menurut Phillipe Nonet dan Philip Selznick.....	67
Tabel 3 :	Aturan yang Memberi Keleluasaan Bertindak (Diskresi) pada Kepala Daerah.....	240
Tabel 4 :	Aturan yang Memberi Batasan Penggunaan Diskresi pada Kepala Daerah.....	244
Tabel 5 :	Perbedaan pengajuan IMB menurut PERDA No.7 th 2002 dan Peraturan Bupati Bantul Nomor 11b Tahun 2006.....	291
Tabel 6 :	Analisis Diskresi yang dilakukan Kepala Daerah dalam Konteks UU Nomor 30 Tentang Administrasi Pemerintahan...	330
Tabel 7 :	Analisis Diskresi yang Tidak Tepat dalam Konteks UU Nomor 30 Tentang Administrasi Pemerintahan.....	339
Tabel 8 :	Perbandingan <i>Good Governance</i> dengan AUPB.....	372
Tabel 9 :	Kondisi Sosial Ekonomi Kabupaten Bantaeng.....	407

INTEGRITAS KEPALA DAERAH DALAM PENERAPAN DISKRESI PADA PENYELENGGARAAN PEMERINTAHAN DAERAH DENGAN KONSEP *GOOD GOVERNANCE*

ABSTRAK

Penelitian ini merumuskan beberapa masalah dalam permasalahan penelitian sebagai berikut: 1. Mengapa penerapan diskresi diperlukan dalam penyelenggaraan pemerintahan daerah?; 2. Bagaimana integritas kepala daerah tercermin dalam penerapan diskresi?; 3. Bagaimana bentuk ideal penerapan diskresi pada pemerintahan daerah? Untuk menjawab permasalahan pertama penelitian ini menggunakan pendekatan konseptual dan pendekatan normatif. Sedangkan dalam menjawab permasalahan kedua dan ketiga menggunakan pendekatan penelitian hukum sosiologis (*socio legal research*) mikro yaitu pendekatan konstruktivis.

Hasil penelitian menunjukkan bahwa untuk mencapai tujuan negara Republik Indonesia yang berkonsep *welfare state* dengan sistem pemerintahan desentralisasi, maka Pemerintahan Pusat mendelegasikan sebagian urusan menjadi wewenang pemerintahan daerah. Dengan adanya penyerahan wewenang yang luas pada pemerintahan daerah maka Kepala Daerah harus melaksanakan urusan urusan yang menjadi kewenangan daerah dengan membuat peraturan perundang undangan daerah, baik yang berupa peraturan, keputusan dan atau tindakan. Dalam menjalankan kewenangannya, sering ditemui permasalahan konkret yang tiba-tiba muncul bahkan kadang kadang bersifat darurat untuk segera diatasi, sementara peraturannya belum ada, memberikan pilihan, tidak jelas atau mengakibatkan keadaan pemerintahan stagnan, maka dibutuhkan diskresi pada pemerintahan daerah. Hukum responsif memperluas diskresi dengan mendelegasikan lebih banyak diskresi untuk membutuhkan hal hal yang otoritatif. Menurut hukum responsif, diskresi diperluas tetap sesuai pada tujuan. Untuk melakukan hal ini hukum responsif memperkuat keterbukaan dan integritas yang saling menopang. Namun dalam perkembangannya Undang-Undang Nomor 23 tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah memberikan batasan-batasan bagi pelaksanaan diskresi bagi pemerintahan Daerah dan Undang Undang Nomor 30 Tentang Administrasi Pemerintahan memberikan batasan bagi penggunaan diskresi, sehingga dapat disimpulkan dalam penyelenggaraan pemerintahan daerah Indonesia belum sepenuhnya menerapkan hukum responsif.

Mengingat penerapan diskresi pada Pemerintahan Daerah merupakan keleluasaan bertindak dari pejabat daerah, dalam hal ini Kepala Daerah, maka integritas Kepala Daerah menjadi penting. Integritas dapat diukur dari produk yang dihasilkan dari penerapan diskresi yang berupa peraturan, keputusan dan atau tindakan. Jika Kepala daerah mampu memahami Hukum yang dikonsepsikan sebagai hukum integratif maka produk hukum dan tindakan yang dihasilkan dari penerapan diskresi mencerminkan nilai (*values*), yaitu Pancasila sebagai *legal values*. *Humanism teosentris* berpijak pada sila 1 Ketuhanan Yang Maha Esa memberi kemampuan kepala daerah untuk mentransformasikan diri, berinteraksi, bersosialisasi, beradaptasi dengan lingkungan vertikal sebagai landasan

kemampuan serta dapat memahami, mengambil manfaat dan akan menghasilkan peraturan/keputusan dan tindakan yang tepat.

Penerapan diskresi yang ideal untuk mencapai tujuan kesejahteraan harus mengacu pada AUPB dan prinsip-prinsip *good governance*. Pengawasan terhadap penerapan diskresi lebih menitik beratkan pada partisipasi masyarakat, baik pada semua tahapan. Jika diskresi yang dibuat pejabat dikategorikan sebagai perbuatan yang bertentangan standard dan/atau melanggar larangan, maka masyarakat berhak mengadukan penyelenggaraan pelayanan publik kepada penyelenggara, Ombudsman, dan/atau Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Provinsi, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Kabupaten/Kota. Oleh karena itu perlu penguatan pada institusi institusi tersebut.

Kata kunci : Integritas, Diskresi, Pemerintahan Daerah, *Good Governance*

**INTEGRITY OF THE HEAD OF REGIONAL ADMINISTRATION IN
IMPLEMENTING THE DISCRETION ON THE ADMINISTERING OF
REGIONAL ADMINISTRATION BASED ON
GOOD GOVERNMENT**

ABSTRACT

This study formulates some problems in the research problems as follows : 1. Why does the implementation of discretion is needed in implementing the regional administration?; 2. How does the integrity of the head of regional administration is reflected in the application of discretion? 3. How does the ideal application of discretion to the regional administration? In order to answer the first problem, this research uses the conceptual approach and the normative approach. Whilst in order to answer the second and the third problem, this research uses the socio legal research approach.

Result of the research shows that in order to achieve the objective of the state of the Republic of Indonesia with the concept of the welfare state with the decentralization administration system, then the central administration delegates part of the affairs become the authority of the regional administration. By the presence of the broad delegation of authority to the regional administration, the Head of Regional Administration should implement the affairs become the regional authority by creating the regional regulation, either in the form of regulation, decision and/ or action. In implementing the authority, it is frequently encountered the concrete problem suddenly arise, even sometimes it is an emergency nature to be immediately addressed, while the regulation have not been available, it gives the option, which is unclear or resulting the stagnant state of administration, then it needs the discretion to the regional administration. Responsive law expands the discretion by delegating more discretion to need the authoritative matters. According to the responsive law, discretion is remain expanded in accordance with the objective. In order to perform this matter, the responsive law strengthen the transparency and integrity that support each other. Nevertheless in its development, Law Number 23 of 2014 on the Regional Administration gives the restriction to the implementation of the implementation of discretion for the Regional Administration and Law Number 30 on Government Administration give the restriction for the use of discretion, so that it can be summarized in the regional governmental administration of Indonesia have not fully implement the responsive law.

In regard with the implementation of discretion to the Regional Administration, it constitutes the flexibility to act from the regional official, in this matter the Head of Regional Administration, the integrity of the Head of Regional Administration become essential. Integrity can be measured from the product resulted from the implementation of discretion that is in the form of regulation, decision and/ or action. In case the Head of Regional Administration is capable to understand the conceived Law as the integrative law, so that the product of law and action resulted of the implementation of discretion reflect the value, which is Pancasila as the legal values Humanism theocentric rests on the first principle of Pancasila, which is Believe in the one Supreme God, constitutes the capability of

someone to transform oneself, to interact, to socialize, to adapt with the vertical environment constitutes the capability as well can understand, take the advantage and will result the appropriate regulation/ decision and action.

The ideal implementation of discretion to achieve to the objective of welfare should refer to basic general principles of good governance and the principles of good governance. Supervision toward the implementation of discretion more focus on all steps. If the discretion made by the official is categorized as the deed that is contradictory to the standard and/ or breach the prohibition, then the community is entitled to complaint the administering public service, the Ombudsman, and/ or the House of Representative, Provincial Regional House of Representative, Regency/ Municipality Regional House of Representative. Therefore, it needs the strengthening to such institutions.

Keyword: Integrity, Discretion, Regional Administration, Good Governance

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Terbentuknya Negara Indonesia secara filosofis, dituangkan dalam Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia yang terdiri dari empat alinea. Alinea pertama, kedua, dan ketiga menjelaskan alasan dasar serta hubungan langsung dengan kemerdekaan. Alinea keempat memperinci lebih lanjut prinsip-prinsip serta pokok-pokok kaidah pembentukan pemerintah negara Indonesia dan dilanjutkan dengan norma yang terkait dengan tujuan negara atau tujuan nasional yang merupakan cita-cita pendiri bangsa atas berdirinya Negara Kesatuan Republik Indonesia (NKRI). Tujuan negara itu meliputi empat butir, yaitu (1) melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia, (2) memajukan kesejahteraan umum, (3) mencerdaskan kehidupan bangsa, dan (4) ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi, dan keadilan sosial.

Pemerintah negara dapat disimpulkan dari kalimat “.....kemudian dari pada itu untuk membentuk suatu pemerintahan Negara Indonesia...”terkandung maksud pemerintahan dalam frasa“pemerintahan negara Indonesia”adalah penyelenggara keseluruhan aspek kegiatan negara dan segala kelengkapannya. Pembukaan (*preamble*), memuat kewajiban Negara dalam mengelola semua sumber daya untuk kesejahteraan masyarakat. Filosofi ini menegaskan kembali

cita-cita Bapak Bangsa dimana peran negara haruslah aktif dalam menyelenggarakan negara.¹

Pasal 1 Undang Undang Dasar Negara Republik Indonesia (UUDNRI) 1945 menunjukkan bentuk negara Indonesia ialah Negara Kesatuan yang berbentuk Republik, kedaulatan berada di tangan rakyat dan dilaksanakan menurut UUDNRI 1945 adalah negara hukum. Pasal 4 ayat (1) menyebutkan bahwa Presiden Republik Indonesia memegang kekuasaan Pemerintahan menurut Undang-Undang Dasar. Hal ini memberikan makna bahwa Penyelenggara pemerintahan berada ditangan Presiden. Presiden pemegang kekuasaan negara sekaligus kepala pemerintahan. Presiden tidak dipilih oleh parlemen, tetapi dipilih langsung oleh rakyat, sehingga pengawasannya tidak langsung berada dibawah pengawasan parlemen, tetapi kekuasaan presiden dibatasi oleh konstitusi.

Kekuasaan pemerintahan berdasarkan pengertian administrasi adalah pemerintahan dalam arti secara fungsional dan institusional. Organ administrasi dalam sistem pemerintahan di Indonesia. adalah Presiden dan Wakil Presiden, para menteri beserta perangkatnya, gubernur beserta perangkatnya, bupati atau walikota beserta perangkatnya, dan kepala desa beserta perangkatnya, yang melaksanakan tugas selain tugas lembaga legislatif dan yudisial. Selain itu, ditemukan banyak sekali organ administrasi atau organ pemerintah dengan

¹ Henry Thomas Simarmata, et.all *Negara Kesejahteraan dan Globalisasi*, (Jakarta : PSIK & The Asia Fondation, 2007), hlm.21

beragam nama seperti badan, dewan, komisi, lembaga, dan sebagainya yang semuanya dibentuk untuk melaksanakan sebagian urusan pemerintahan.²

Menurut Sri Soemantri Martosoewignyo bentuk sebagaimana dimaksud UUD 1945 adalah negara kesatuan berbentuk republik, kemudian diikuti dengan sistem desentralisasi, menurut Pasal 18 UUDNRI 1945.³ Perubahan kedua Pasal 18 ayat (5) UUDNRI 1945 berbunyi, “Pemerintahan Daerah menjalankan otonomi seluas-luasnya, kecuali urusan pemerintahan yang oleh undang-undang ditentukan sebagai urusan Pemerintah Pusat”. Jadi dalam rangka mewujudkan cita-cita bangsa dan mencapai tujuan nasional sesuai dengan UUD NRI 1945, pada perubahan ke dua UUD NRI 1945 penyelenggaraan pemerintah di daerah, yang semula cenderung sentralistik berubah paradigma menjadi cenderung lebih desentralistik dengan menguatnya otonomi daerah. Desentralisasi merupakan sarana untuk memberikan kewenangan kepada daerah untuk dapat berprakarsa dalam pemerintahan daerahnya. Otonomi adalah sebuah tatanan ketata negaraan (*staatsrechtelijk*) yang mengandung makna kebebasan (*zelfstandigheid*) yang dapat dipertanggungjawabkan bukan kemerdekaan (*onafhankelijkheid*)⁴. Ada dua unsur yang terkandung dalam otonomi yaitu (1) pemberian tugas dalam arti sejumlah pekerjaan yang harus diselesaikan oleh daerah, (2) pemberian

2 Ridwan, *Diskresi dan Tanggung Jawab Pejabat dalam Penyelenggaraan Pemerintahan di Indonesia*, Disertasi, Universitas Airlangga, Surabaya, 2013, hlm 107

³ R. Sri Soemantri, Martosoewignyo, “Bentuk Negara dan Implementasinya Berdasarkan UUD 1945”, dalam *Masalah Ketatanegaraan Indonesia Dewasa ini*, Padmo Wahyono ed, (Jakarta: Ghalia Indonesia:1984), hlm.42

4 Bagir Manan dalam Enny Nurbaningsih, *Aktualisasi Pengaturan Wewenang Mengatur Urusan Daerah dalam Peraturan Daerah*, Disertasi, PPS FH.UGM, 2011, hlm 67

kewenangan untuk memikirkan dan menetapkan sendiri cara penyelesaian pekerjaan tersebut.⁵

Sistem desentralisasi pada pemerintahan modern pada umumnya mencakup 2 hal, yaitu politik dan administrasi.⁶ Dalam rangka pelaksanaan desentralisasi, daerah propinsi, daerah kabupaten dan kota berwenang mengatur dan mengurus kepentingan masyarakat setempat menurut prakarsa sendiri berdasarkan aspirasi masyarakat. Pemberian otonomi daerah akan mengubah perilaku pemerintah daerah untuk lebih efisien dan profesional. Untuk meningkatkan efisiensi dan profesionalisme, pemerintah daerah perlu melakukan perekayasa ulang terhadap birokrasi yang selama ini dijalankan (*bureaucracy reengineering*).⁷

Perwujudan desentralisasi adalah otonomi daerah dan daerah otonom. Secara yuridis, dalam konsep daerah otonom mengandung elemen wewenang mengatur dan mengurus. Wewenang mengatur dan mengurus merupakan substansi otonomi daerah. Aspek spasial dan masyarakat yang memiliki dan terliput dalam otonomi daerah telah jelas sejak pembentukan daerah otonom. Materi wewenang yang tercakup dalam otonomi daerah, perlu kejelasan lebih lanjut, oleh karena itu di samping pembentukan daerah otonom tercakup dalam konsep desentralisasi adalah penyerahan materi wewenang urusan pemerintahan.

⁵ Ateng Syaifudin, dikutip dari Enny Nurbaningsih, *Aktualisasi Pengaturan Wewenang Mengatur Urusan Daerah dalam Peraturan Daerah*, Disertasi, PPS FH.UGM, 2011, hlm.18

⁶ Altshuler, dikutip dari Guy Benveniste, *Birokrasi*, Raja Grafindo (Jakarta: Persada, 1997), hlm 231

⁷ Ni'matul Huda, *Perkembangan Hukum Tata Negara Perdebatan dan Gagasan Penyempurnaan*, (Yogyakarta: H UII Press, 2014). hlm.410

Kewenangan daerah mencakup kewenangan dalam seluruh bidang pemerintahan mulai dari perencanaan, pelaksanaan, pengawasan, pengendalian dan evaluasi, kecuali kewenangan dalam bidang politik luar negeri, pertahanan keamanan, peradilan, moneter dan fiskal, agama, serta kewenangan bidang lain yang akan diatur lebih lanjut dengan peraturan perundang undangan. Otonomi yang luas, nyata dan bertanggung jawab menjadi tantangan besar bagi pemerintah daerah untuk mereformasi diri agar menjadi lebih responsif, efisien namun tetap efektif menjalankan fungsi-fungsi pemerintahan dan pembangunan.⁸ Penyelenggaraan pemerintahan daerah diarahkan untuk mempercepat terwujudnya kesejahteraan masyarakat melalui peningkatan pelayanan, pemberdayaan, dan peran serta masyarakat, serta peningkatan daya saing daerah dengan memperhatikan prinsip demokrasi, pemerataan, keadilan, dan kekhasan suatu daerah dalam sistem Negara Kesatuan Republik Indonesia

Urusan pemerintahan terutama pelayanan masyarakat yang diberikan kepada daerah menuntut pemerintahan di daerah untuk menyelenggarakan sistem pelayanan publik di tingkat daerah. Dalam hal ini posisi kepala daerah turut menentukan bagus tidaknya pelayanan publik yang diberikan di daerahnya. Tidak dapat dipungkiri, peran kepala daerah dalam menentukan arah pembangunan daerah sangat besar. Kebijakan yang diambil daerah adalah dalam batas-batas otonomi yang diserahkan kepadanya dan tidak boleh bertentangan dengan peraturan perundangan yang lebih tinggi. Desentralisasi memberikan

⁸ Kusnu Goesniadhie S , "Analisis Mewujudkan Desentralisasi dan Otonomi Daerah" dalam *Jurnal Hukum Maksigama, Fakultas Hukum Universitas Wisnuwardhana Malang*, Vol. XXXIII, No.1, Mei 2009, hlm. 2

delegasi wewenang pemerintahan oleh pemerintah kepada daerah otonom untuk mengatur dan mengurus pemerintahan dalam sistem Negara Kesatuan Republik Indonesia. Pasal 1 angka 7 UU Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah merumuskan desentralisasi adalah penyerahan wewenang pemerintahan oleh pemerintah kepada daerah otonom untuk mengatur dan mengurus pemerintahan dalam sistem Negara Kesatuan Republik Indonesia. Pemerintah sebagaimana dimaksud dalam pasal tersebut adalah Pemerintah Pusat, dalam hal ini Presiden RI yang memegang kekuasaan pemerintahan negara RI, menurut UUDNRI 1945. Pengertian Desentralisasi menurut Undang Undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah sebagai pengganti Undang Undang Nomor 32 Tahun 2004 adalah penyerahan Urusan Pemerintahan oleh Pemerintah Pusat kepada daerah otonom. Otonomi Daerah adalah hak, wewenang, dan kewajiban daerah otonom untuk mengatur dan mengurus sendiri Urusan Pemerintahan dan kepentingan masyarakat setempat dalam sistem Negara Kesatuan Republik Indonesia. Urusan Pemerintahan adalah kekuasaan pemerintahan yang menjadi kewenangan Presiden yang pelaksanaannya dilakukan oleh kementerian negara dan penyelenggara Pemerintahan Daerah untuk melindungi, melayani, memberdayakan, dan mensejahterakan masyarakat. Berkenaan dengan tujuan desentralisasi, Lee Mills menyatakan bahwa dengan desentralisasi memiliki tujuan politik yang penting, baik secara filosofi maupun ideologis. Alasannya, karena hal itu memberikan kesempatan munculnya

partisipasi masyarakat dan kemandirian daerah serta menjamin kecermatan pejabat publik dalam memberikan pelayanan kepada masyarakat.⁹

Kewenangan pemerintahan daerah untuk mengatur dan mengurus kepentingan masyarakat setempat juga mengakibatkan digunakannya keleluasaan bertindak oleh pejabat di daerah untuk mengatasi masalah yang tiba tiba timbul tetapi belum ada aturannya, atau aturannya belum jelas. Keleluasaan bertindak ini yang disebut diskresi. Negara hukum hanya dapat menggunakan diskresi yang dilakukan pemerintah sebagai sikap aktif dari administrasi negara atau atas inisiatipnya sendiri untuk menyelesaikan persoalan-persoalan penting, mendesak dan muncul secara tiba tiba dan harus segera diselesaikan dalam menjalankan tugas-tugas servis publik yang dimungkinkan oleh hukum, sekalipun acapkali “menyimpangi” aturan namun dapat dipertanggung-jawabkan baik secara moral kepada Tuhan Yang Maha Esa maupun secara hukum.

Henry Campbell Black dalam Black Law Dictionary mendefinisikan *“discretion” means a power or right conferred upon them by law of others, as applied to public official capacity in a manner which appears to be just and proper under the circumstances*¹⁰ Dikutip oleh Nirahua Salmon Eliazer Marthen dari *Legal Dictionary* : Diskresi dalam pengertian *discretionary power* dalam *common law system* di Inggris adalah *“the power of judge, public official or a private party*

⁹. Lee Mills dikutip dari Dwiyanto Agus, *Reformasi Tata Pemerintahan dan Otonomi Daerah*, (Yogyakarta: Universitas Gajah Mada, 2003), hlm 19

¹⁰. Henry Campbell Black, *Black's Law Dictionary*, (Fifth Edition :by The PublishersEditorial Staff :St Paul Minns Publishing .Co.1979). pg.419

*(under authority given by contract, trust or will) to make decisions on various matters based on his/her opinion within general legal guidelines).*¹¹

Menurut Lawrence M Friedman diskresi merupakan istilah yang memiliki banyak arti. Diskresi (pertimbangan pemikiran) biasanya mengacu pada suatu kasus dimana seseorang atau subyek, memiliki kekuasaan untuk memilih diantara berbagai alternative suatu peraturan. Peraturan memiliki aspek ganda yaitu diperuntukkan bagi petugas, selain juga diperuntukkan pada sebagian atau semua publik. Ada empat tipe peraturan, *pertama* setiap peraturan bersifat pasti dan tetap, dari dua segi baik petugas maupun publik sama-sama tidak memiliki pilihan. Misalnya sebagian besar hukum pidana memiliki tipe ini. Jenis *kedua* yaitu peraturan yang disebut otorisasi, berlaku diskresioner bagi publik tapi tidak bagi petugas. Jenis *ketiga privilese* berlaku diskresioner dari dua segi seorang yang memenuhi ketentuan bisa menggunakan bisa tidak, dan jenis *keempat* hanya petugas yang memiliki alternatif. Hal ini juga amat lazim dalam undang-undang pidana sering kali memberikan diskresi yang luas pada hakim untuk menentukan pidana.¹² Diskresi dalam pendekatan ini diartikan sebagai kewenangan dari seorang hakim, pejabat publik atau pihak swasta (yang bertindak berdasarkan kewenangan yang diberikan oleh suatu perjanjian) untuk membuat keputusan dalam berbagai hal berdasarkan pendapatnya sendiri dengan mengacu kepada aturan hukum normatif.

¹¹ Nirahua Salmon Eliazer Marthen, "Penggunaan Diskresi Dalam Tindakan Pemerintah" orasi inaugurasi dalam rangka penerimaan jabatan akademik/fungsional dosen sebagai Profesor, Universitas Pattimura, Jum'at, 11 Juni 2012
<https://oapsnetwork.wordpress.com/2014/02/17/penggunaan-diskresi-dalam-tindakan-pemerintah> , akses tanggal 10 Januari 2015

¹² Lawrence, M Friedman, *Sistem Hukum Perspektif Ilmu Sosial*, terj: M.Khosim, (Bandung: Nusa Media, 2009), hlm.44

Menurut Erlyn Indarti, *legal constuction* hukum dibuat, dibentuk atau dibangun serta ditegakkan dengan kata lain ‘ciptakan’ atau dikonstruksikan secara bersama-sama oleh semua pihak yang berkepentingan, tanpa menafikan subyektifitas masing-masing. Dengan demikian konstruksi (baca:hukum) umum ditelusuri melalui interaksi diantara sekalian pembuat dan penegak hukum, maupun masyarakat luas sebagai obyek hukum, yang pada dasarnya juga mengusung ‘konstruksi’ (baca:hukum) nya sendiri-sendiri. Selanjutnya dengan menerapkan teknik hermeneutikal dan pertukaran dialektika tiap-tiap konstruksi (baca :hukum) tersebut diinterpretasi. Tujuan seluruh proses ini baik itu pembuatan maupun penegakan hukum pada akhirnya adalah tercapainya distilasi, konsensus atau resultante diantara berbagai konstruksi (baca:hukum) yang asalnya berbeda-beda tersebut.¹³

Berbeda dengan pengertian diskresi yang diterapkan pada konsep *discretionary power* dari Friedman yang merupakan kewenangan yang dimiliki baik oleh hakim, pejabat publik dan pihak swasta, diskresi pada ranah administrasi Negara lebih menitik beratkan pada diskresi untuk melakukan *vrij bestuur* (kebebasan pemerintahan) dalam melaksanakan tindakan pemerintahan. Pilihan terhadap aspek rumusan norma dan kondisi faktual tidak berarti sebebas-bebasnya, namun parameter pengujiannya didasarkan pada peraturan perundang-undangan dan asas-asas umum pemerintahan yang baik. Konsep *vrij bevogdheid* di Belanda diarahkan pada ranah hukum publik, karena istilah *bevogdheid* lebih didekatkan pada ranah hukum publik dalam kaitan dengan *vrijbestuur* (kebebasan

¹³ Erlyn Indarti, *Diskresi dan Paradigma Sebuah Telaah Filsafat Hukum*, Pidato Pengukuhan (Semarang :Penerbit.Badan Penerbit Universita Diponegoro , 2010), hlm..45

pemerintahan) dalam melaksanakan tindakan pemerintahan. N.M. Spelt – J.B.J.M. ten Berge dalam tulisannya yang berjudul “*Inleiding Vergunningenrecht*” sebagaimana disitir oleh Philipus M. Hadjon, membedakan 2 (dua) macam kebebasan pemerintahan (*vrij bestuur*) yaitu *beleidvrijheid* (kebebasan kebijaksanaan) dan *beoordelingsvrijheid* (kebebasan penilaian)¹⁴.

Diskresi yang digunakan pada penyelenggaraan pemerintahan di daerah oleh kepala daerah pada dasarnya lebih pada pengertian diskresi yang berkembang di Belanda yaitu didekatkan pada ranah hukum publik dalam kaitan dengan kebebasan pemerintahan yang berupa *beleidvrijheid* (kebebasan kebijaksanaan) dalam melaksanakan tindakan pemerintahan.

Pelaksanaan diskresi yang diberikan pada pemerintahan daerah dalam rangka mengambil keputusan yang bersifat mendesak dan penting, dapat memberi dampak positif sehingga efisiensi dan efektivitas penyelenggaraan pemerintah dapat dicapai. Namun acapkali terjadi kerancuan pemahaman dan penggunaan diskresi sehingga praktek penggunaan diskresi dirasakan tidak sesuai dari tujuan diskresi itu sendiri. Penyelenggaraan urusan pemerintahan yang banyak didelegasikan pada pemerintahan daerah ini menimbulkan urgensi kepala daerah dalam penggunaan diskresi menjadi sangat penting. Faktor diri pejabat dalam penerapan diskresi menjadi penting

Kajian pendahuluan penelitian ini, diperoleh temuan awal bahwa ada beberapa kota dan kabupaten yang menggunakan diskresi dan berdampak positif pada penyelenggaraan urusan di daerah, khususnya untuk mengatasi

¹⁴ Philipus M. Hadjon, *Discretionary Power dan Asas-Asas Umum Pemerintahan Yang Baik (AAUPB)*, Paper disampaikan pada Seminar Nasional , *Aspek Pertanggungjawaban Pidana Dalam Kebijakan Publik pada Tindak Pidana Korupsi*, Semarang 6-7 Mei 2004, hlm. 3.

permasalahan yang tiba-tiba terjadi. Beberapa Kota/Kabupaten yang menggunakan diskresi dan berdampak positif pada penyelenggaraan urusan di daerah, misalnya;

1. Kabupaten Bantul dalam mengatasi bencana gempa bumi tektonik yang terjadi pada tanggal 27 Mei 2006. Bupati Bantul pada tahun 2006 harus menyelesaikan permasalahan dampak gempa bumi yang mengakibatkan kerugian dan kerusakan. Diskresi digunakan oleh Bupati Bantul antara lain dalam mengatasi permasalahan ijin mendirikan bangunan bagi bangunan yang terdampak gempa. Mengingat syarat bantuan yang diberikan dari pemerintah pusat adalah bangunan yang ber IMB, sementara hampir semua bangunan yang terdampak gempa tidak ber IMB, maka Bupati Bantul mengeluarkan Peraturan Bupati Nomor 11 B Tahun 2006 tentang Pembebasan Pungutan Ijin Mendirikan Bangunan . dan Peraturan Bupati Nomor 07 Tahun 2007 tentang Pelaksanaan Rehabilitasi dan Rekonstruksi Rumah dan Pengurusan Ijin Mendirikan Bangunan Pasca Gempa Bumi di Kabupaten Bantul. Isi kedua Peraturan Bupati ini “menyimpangi” Peraturan Daerah Kabupaten Bantul Nomor 7 Tahun 2002 tentang Ijin Mendirikan Bangunan.
2. Kota Surakarta dalam penataan pedagang kakilima- (PKL)
Perkembangan PKL yang makin lama makin meningkat menyebabkan timbulnya berbagai permasalahan yang muncul. Hal ini menimbulkan pemikiran dari walikota untuk segera mengatasi permasalahan PKL di Surakarta. Upaya mengatasi masalah ini muncul pada tahun 2006. Dalam

pelaksanaan Program Penataan PKL ini dibutuhkan suatu cara atau kebijakan-kebijakan tertentu yang di terapkan Pemkot Surakarta . Selanjutnya kebijakan tersebut di bahas bersama-sama dengan DPRD dan diformulasikan dalam Peraturan Daerah (Perda) No. 3 Tahun 2008. tentang Pengelolaan Pedagang Kaki Lima. Dinas yang menangani PKL di Kota Solo adalah Dinas Pengelolaan Pasar. Perda ini ditindak lanjuti dengan Peraturan Walikota Nomor 17-B Tahun 2012 tentang Petunjuk Pelaksanaan Peraturan Daerah (Perda) No. 3 Tahun 2008. tentang Pengelolaan Pedagang Kaki Lima.

3. Kabupaten Bantaeng dalam mengatasi masalah banjir (2009) Bupati Bantaeng mengalokasikan dana Rp 14 miliar untuk mengatasi banjir yang sebelum tahun 2009 selalu mengancam wilayah Kabupaten Bantaeng. Pemkab Bantaeng berencana mengalokasikan dana Rp 20 miliar untuk optimalisasi cekdam. Untuk biaya pemeliharaan cekdam dan bantuan bibit, pemerintah setempat menganggarkan Rp 2,5 miliar per tahun. Persediaan air yang ada di cekdam juga dimanfaatkan untuk irigasi dan cadangan air baku bagi Perusahaan Daerah Air Minum. Lahan yang tidak produktif menjadi areal persawahan dengan sarana irigasi teknis.

Di bidang kesehatan (2009), Bupati mengeluarkan Surat Keputusan Bupati Bantaeng Nomor 430/595/XII/2009 tentang Pembentukan Tim Emergency Service Kab. Bantaeng yang saat ini dikenal dengan Brigade Siaga Bencana (BSB) . BSB bertujuan memberikan pelayanan kesehatan yang terdepan dan tercepat atas setiap bencana/musibah yang menimpa

masyarakat. Keberadaan BSB diperlukan sebagai upaya kesiapsiagaan dalam penanggulangan setiap bencana/musibah terutama bagi korban yang membutuhkan pertolongan cepat namun jauh dari jangkauan dokter maupun terkendala sarana transportasi karena tidak memiliki kendaraan. Tahapan pembentukan atau persiapan pengoperasian BSB meliputi dua tahap. *Pertama*, pengadaan peralatan dan sarana-prasarana seperti peralatan kesehatan dan kendaraan operasional atau ambulans. Saat ini BSB memiliki lima unit ambulans yang berasal dari Dinas Kesehatan Bantaeng (satu unit); bantuan dari Asuransi Kesehatan-Askes (satu unit); dan bantuan Pemerintah Jepang (tiga unit). Satu dari lima unit ambulans tersebut difasilitasi alat monitor pemeriksaan jantung modern. Selain itu terdapat dua unit speedboat milik tim SAR yang sewaktu-waktu dapat digunakan tim BSB bila ada korban atau pasien di laut. *Kedua*, peningkatan sumberdaya manusia yang meliputi pelatihan-pelatihan ketanggapdaruratan. Pelatihan bagi dokter adalah pelatihan *general emergency life support* dan bagi perawat adalah pelatihan *basic trauma cardiac life support*. Kedua jenis pelatihan tersebut dimaksudkan untuk memberikan pengenalan dan pengetahuan bagi tenaga medis dalam hal penanganan tindak darurat.

4. Kota Yogyakarta dalam mengatasi banjir lahar dingin di kali Code (2010). Walikota Yogyakarta mengeluarkan Keputusan Walikota Yogyakarta Nomor ; 762/KEP/2010 tentang Mekanisme Pengerukan dan Pengambilan Material Lahar Dingin di Sungai Code Sebagai Bagian dari Program Tanggap Darurat Antisipasi Bencana Lahar Dingin Gunung Merapi. Keputusan ini

diambil untuk mengatasi permasalahan yang timbul secara tiba-tiba dan belum ada peraturan yang mengatur tentang pengerukan pasir di Kota Yogyakarta.

Diskresi muncul karena adanya tujuan kehidupan bernegara yang harus dicapai, tujuan bernegara dari negara hukum modern adalah untuk menciptakan kesejahteraan rakyat. Tujuan hukum harus benar-benar untuk mensejahterakan masyarakat dalam kepentingan yang lebih besar, bukan kepentingan mereka yang berkuasa. Namun dalam praktiknya, penggunaan diskresi tidak jarang menimbulkan dilema ditengah-tengah masyarakat. Disatu sisi, ketika kewenangan untuk mengeluarkan diskresi terlalu sering digunakan, maka dikhawatirkan akan tercipta kesewenang-wenangan atau tindakan otoriter yang memerintah secara represif, bilamana ia kurang memperhatikan kepentingan-kepentingan rakyat dan cenderung tidak mempedulikan kepentingan-kepentingan tersebut. Kebebasan bertindak akan menimbulkan kompleksitas masalah karena sifatnya menyimpangi asas legalitas dalam arti sifat "pengecualian".

Acapkali kepala daerah tergelincir dalam penerapan diskresi menimbulkan tindakan sewenang-wenang atau menyalahgunakan wewenang, misalnya terjadi pada kabupaten Temanggung tahun 2005

Jika pelaksanaan urusan yang dilaksanakan oleh kepala daerah diperhadapkan pada akuntabilitas pemerintah daerah terutama dalam kebijakannya di daerah, masih banyak lagi kasus penyimpangan yang terjadi. Sepanjang 2004-2012 ada 173 kepala daerah menjalani pemeriksaan dengan status saksi, tersangka

sampai terdakwa dalam kasus-kasus korupsi, sekitar 70 persen telah divonis.¹⁵ Masalah hukum yang menyebabkan kepala daerah tersangkut tersebut, beberapa kasus disebabkan penggunaan diskresi.

Pada tanggal 17 Oktober 2014 pemerintah telah mensahkan berlakunya Undang-Undang Nomor 30 tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan. Dalam undang undang tersebut, diskresi diatur dalam bab tersendiri. Pada Undang undang ini diskresi didefinisikan sebagai keputusan pejabat administrasi pemerintahan yang bersifat khusus, bertanggung jawab dan tidak melanggar asas-asas pemerintahan yang baik, dengan maksud untuk lebih cepat, efisien dan efektif mencapai tujuan yang diamanatkan UUD 1945. Namun ketentuan diskresi dalam peraturan perundangan ini perlu dikaji lebih mendalam, misalnya terkait dengan inisiatif, partisipasi masyarakatm diatur, itikad baik yang belum jelas pengertiannya. Hal itu dapat membuka peluang terjadinya penyalahgunaan wewenang oleh pejabat pemerintah.

Ketika sebagian urusan diserahkan pada pemerintahan daerah sehingga penyelenggaraan urusan urusan itu menjadi kewenangan daerah, maka kepala daerah memiliki tanggung jawab melaksanakan urusan yang telah didelegasikan tersebut. Kepala daerah diperkenankan menggunakan diskresi jika terjadi permasalahan yang timbul namun belum ada peraturannya. Keleluasaan bertindak ini akan menimbulkan persoalan jika penggunaannya tidak disertai dengan didasarkan pada norma hukum, asas demokrasi, asas tujuan, dan asas-asas umum

¹⁵ <http://www.businesreview.co.id/html>. Ketua Umum Asosiasi Pemerintah Kabupaten Seluruh Indonesia (Apkasi) Isran Noor," Para kepala daerah selalu punya risiko masuk penjara meski kebijakan yang diambil demi melayani rakyat." akses tgl. 12 Juni 2014.j.19.00

pemerintahan yang baik. Mengingat kewenangan diskresi ada karena kekuasaan yang memiliki legitimasi, maka integritas pejabat termasuk di dalamnya etika dan moral menjadi penting. Adalah tugas dari pejabat pemerintah untuk mencapai tujuan karena untuk itu kewenangan diberikan.

Faktor diri pejabat dalam penerapan diskresi menjadi penting, sehingga integritas pejabat merupakan salah satu indikator yang dapat dipakai untuk mengukur ketepatan penggunaan diskresi. Integritas berarti mutu, sifat, atau keadaan yang menunjukkan kesatuan yang utuh sehingga memiliki potensi dan kemampuan yang menunjukkan akuntabilitasnya. Disamping itu kontrol dari masyarakat terhadap kekuasaan administrasi agar diskresi tidak disalah gunakan merupakan permasalahan yang relevan untuk dikaji.

B. Rumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang penelitian di atas, permasalahan penelitian yang dirumuskan adalah:

1. Mengapa penerapan diskresi diperlukan dalam penyelenggaraan pemerintahan daerah ?
2. Bagaimana integritas kepala daerah tercermin dalam penerapan diskresi?
3. Bagaimana bentuk ideal penerapan diskresi pada pemerintahan daerah?

C. Tujuan Penelitian

Penelitian dengan kajian penerapan diskresi kepala daerah pada penyelenggaraan pemerintahan daerah dalam kerangka *good governance* ini bertujuan untuk :

1. Mendiskripsikan relevansi penerapan diskresi pada pemerintahan daerah dalam sistem pemerintahan di Indonesia .
2. Menemukan keterkaitan antara integritas kepala daerah dengan penerapan diskresi.
3. Menemukan bentuk ideal penerapan diskresi oleh kepala daerah di pemerintahan daerah .

D. Kegunaan Penelitian

Hasil penelitian ini diharapkan berguna untuk :

1. Secara teoritis dapat ditemukan bentuk ideal penerapan diskresi yang bermanfaat bagi pengembangan ilmu hukum administrasi yang sangat dinamis, seiring dengan dinamika pemerintahan khususnya dalam penerapan sistem desentralisasi berdasarkan asas otonomi yang memberikan keleluasaan pada daerah untuk mengelola dan mengembangkan urusan yang menjadi wewenang daerah.
2. Secara praktis hasil penelitian ini dapat digunakan bagi kepala daerah menjadi acuan praktis penerapan diskresi yang ideal untuk terciptanya *good governance*.

E. Orisinalitas Penelitian

Kajian mengenai diskresi, otonomi daerah dan *good governace* beberapa kali sudah dilakukan oleh peneliti terdahulu baik berupa karya disertasi maupun

tesis. Namun secara spesifik kajian yang menghubungkan antara integritas kepala daerah dengan penerapan diskresi untuk mencapai *good governance* belum pernah diteliti sebelumnya. Untuk memberikan penjelasan dalam penelitian ini, perlu diuraikan beberapa kajian yang berhubungan dengan diskresi. Tujuan pemaparan hasil penelitian terdahulu adalah untuk menghindari tunjang tindih hasil penelitian, sekaligus menunjukkan orisinalitas dari penelitian yang akan dilakukan. Secara ilmiah sudah ada beberapa penelitian yang telah dilakukan kajian yang berhubungan dengan diskresi, sebagaimana tertera dalam matrik berikut :

Tabel 1 : Beberapa Hasil Penelitian Terdahulu

No	Bentuk/Tahun/Judul	Penulis	Hasil Penelitian	Kontribusi bagi peneliti
1.	Disertasi/2010/ "Rekonstruksi Penggunaan Diskresi Kajian tentang Sarana Kontrol Penyelenggaraan Pemerintah Melalui Perjanjian Kebijakan" ¹⁶	Ridwan	penggunaan diskresi yang menyimpang tidak terletak pada diskresi pemerintahan tetapi pada perilaku yang menggunakan diskresi itu. Secara normatif telah ada norma pemerintahan baik hukum tertulis maupun asas-asas umum pemerintahan yang baik sebagai norma yang tidak tertulis. Diskresi sama halnya dengan wewenang yang terikat (dirumuskan secara jelas dalam pasal undang-undang) jika digunakan untuk tujuan yang baik dan adil, maka hasilnya kebaikan dan keadilan. Sebaliknya jika wewenang itu digunakan untuk tujuan yang tidak baik	Penelitian ini sebagai salah satu inspirasi yang meletakkan pemahaman bahwa penggunaan diskresi yang menyimpang tidak terletak pada diskresi pemerintahan tetapi pada perilaku dan menimbulkan <i>coriusity</i> untuk melakukan penelitian lebih lanjut.

¹⁶ Ridwan , *Rekonstruksi Penggunaan Diskresi Kajian tentang Sarana Kontrol Penyelenggaraan Pemerintah Melalui Perjanjian Kebijakan* Disertasi, Pasca Sarjana UNDIP 2010

			maka hasilnya diperoleh keburukan dan nestapa.	
2.	Disertasi/2010/ "Responsivitas dan Akuntabilitas Pemerintah Lokal dalam Menuju <i>Good Governance</i> (Studi Kasus pada Dinas Kependudukan dan Catatan Sipil Daerah dan Kantor Perizinan Daerah Kabupaten Nganjuk" ¹⁷	Bambang Eko Suharto	Responsivitas pemerintah belum terwujud karena masih munculnya birokrasi anti kritik, penyusunan UU kurang melibatkan masyarakat, kepemimpinan cenderung terlalu hati-hati, belum terwujudnya <i>professional accountability</i> , tidak adanya pendelegasian wewenang secara proposional, sarana prasarana di daerah <i>rural</i> masih memprihatinkan, serta belum terwujudnya <i>importance responsiveness</i> .	Penelitian ini memberikan gambaran bahwa dalam penyelenggaraan pemerintahan di daerah, belum responsive karena kepemimpinan yang cenderung terlalu hati hati dan tidak melibatkan partisipasi masyarakat
3.	Tesis/2011/ "Fungsi Kepala Daerah Dalam Penyelenggaraan Pemerintahan Daerah Sesuai dengan Prinsip Prinsip Demokrasi" ¹⁸	I Nengah Suriata	Dalam penyelenggaraan pemerintahan daerah yang demokratis, kepala daerah merupakan figur dan cermin pemimpin pemerintahan daerah. Oleh karena itu, kepala daerah harus mempunyai sikap untuk menjadi tauladan melaksanakan pemerintahan daerah sesuai dengan prinsip-prinsip demokrasi yaitu melibatkan partisipasi masyarakat daerah sebagai kegiatan, perilaku kepala daerah sehari-hari. Kegiatan kepala daerah untuk mensinergikan pelaksanaan demokrasi yang diwujudkan dalam bentuk partisipasi masyarakat merupakan kinerja kepala daerah untuk menyelenggarakan pembangunan dalam rangka	Penelitian ini memberikan keyakinan bahwa kepala daerah merupakan figur dan cermin pemimpin pemerintahan daerah yang harus mempunyai sikap untuk menjadi tauladan

¹⁷ Bambang Eko Suharto, *Responsivitas dan Akuntabilitas Pemerintah Lokal dalam Menuju Good Governance* (Disertasi) Fakultas Ilmu Administrasi Universitas Brawijaya. Malang, 2010

¹⁸ I Nengah Suriata, *Fungsi Kepala Daerah Dalam Penyelenggaraan Pemerintahan Daerah Sesuai dengan Prinsip Prinsip Demokrasi* (Tesis), Universitas Udayana 2011

			untuk mencapai peningkatan kesejahteraan masyarakat daerah	
4.	Disertasi /2012/ “Aktualisasi Pengaturan Wewenang Mengatur Urusan Daerah Dalam Peraturan Daerah” ¹⁹	Enni Nurbaningsih Penyelenggara urusan di daerah belum ideal	Kecenderungan pengaturan wewenang daerah mengatur urusan daerah mengakomodasi konsepsi <i>hierarchichisiche taakafababakening</i> sehingga terbangun tertib penyelenggaraan pemerintahan daerah sekaligus penyeragaman Perda . Ketidakpatuhan pada kebijakan pusat berakibat langsung pada penangguhan atau pembatalan Perda. Akibat ketatnya jalur vertikal ini, menyebabkan daerah tidak memiliki wewenang mengatur sendiri (<i>zelfstandigheid</i>). UU No. 22 Tahun 1999 dan UU No.32 Tahun 2004 merupakan produk hukum transisi di era reformasi . Keduanya menganut prinsip otonomi riil dan seluas luasnya tetapi berimplikasi berbeda dalam mengaktualisasikan wewenang mengatur. Sebagai akibat perubahan radikal tata kelola penyelenggaraan pemerintahan daerah. UU No. 22 Tahun 1999 mendekonstruksi paradigma lama yang bersifat vertical menjadi horizontal tanpa mempersiapkan instrument hokum untuk menterjemahkan desentralisasi utuh dan bulat bagi pemerintah daerah. Proses pembentukan Perda dari “hulu” sampai “hilir” menjadi kewenangan mutlak daerah, sehingga berdampak negative karena	Baik dengan UU nomor 22 tahun 1999 maupun UU nomor 32 tahun 2004, belum memberi ruang gerak yang luas bagi terwujudnya visi dan misi daerah.

¹⁹ Enni Nurbaningsih, *Aktualisasi Pengaturan Kewenangan Mengatur Urusan Daerah Dalam Peraturan Daerah* (Disertasi) PPS Fakultas Hukum Universitas Gajah Mada, 2011

			<p>produk hukum yang dihasilkan banyak menimbulkan komplikasi yang berakhir dengan pembatalan. UU No.32 Tahun 2004 beserta peraturan pelaksanaannya mengubah format desentralisasi utuh dengan pengetatan pengawasan perda yang perlu harus berpedoman pada NPSK, dan dikawal langsung Gubernur. Hal ini mengembalikan daerah pada kondisi masalalu dengan format baru sebagai “tukang pelaksana” NPSK. Prinsip otonomi luas hanya bersifat formal yang diaktualisasikan dengan penggunaan wewenang mengatur dalam bentuk Perda delegasian. Perda yang hanya ditekankan pada Perda delegasian akan menjauhkan perwujudan visi dan misi daerah.</p>	
5.	Disertasi/2013/ "Diskresi dan Tanggung Jawab Pejabat dalam Penyelenggaraan Pemerintahan di Indonesia" ²⁰	Ridwan	<p>pemberian kewenangan diskresi kepada organ pemerintah ialah adanya kewajiban pemerintah yang memberikan pelayanan publik dalam rangka mewujudkan kesejahteraan umum. Pertanggungjawaban diskresi terkait dengan permasalahan subyek yang memiliki kewenangan <i>membuat diskresi</i>, maka subyek yang berwenang untuk membuat suatu diskresi adalah administrasi negara dalam pengertian sempit, yaitu eksekutif. Argumentum yang dikedepankan sehubungan dengan hal ini adalah bahwa</p>	<p>Bahwa penggunaan wewenang oleh pejabat selalu disertai dengan tanggung jawab yakni tidak ada kewenangan tanpa pertanggungjawaban.</p>

²⁰ Ridwan HR, *Diskresi dan Tanggung Jawab Pejabat dalam Penyelenggaraan Pemerintahan di Indonesia* (Disertasi) Universitas Airlangga, Surabaya, 2013

			<p>eksekutif yang lebih banyak bersentuhan dengan masalah pelayanan publik oleh karena itu diskresi hanya ada di lingkungan pemerintahan (eksekutif). Setiap penggunaan wewenang oleh pejabat selalu disertai dengan tanggung jawab, sesuai dengan prinsip "<i>geen bevoegdheid zonder verantwoordelijkheid</i>", yakni tidak ada kewenangan tanpa pertanggungjawaban.</p>	
--	--	--	--	--

Beberapa hasil penelitian di atas telah mengantarkan peneliti untuk melanjutkan hasil penelitian terdahulu, terkait dengan kekacauan pelaksanaan diskresi selama ini yang lebih disebabkan pada perilaku. Sementara penyelenggara pemerintah harus bisa merespons kebutuhan dan kepentingan masyarakatnya. Responsivitas dan efektivitas penyelenggaraan pemerintahan ditunjukkan dengan pejabat harus mampu memenuhi kehendak masyarakat dengan terbuka menerima masukan dan kritik. Kepala daerah dalam menyelenggarakan urusan yang menjadi kewenangannya lebih banyak memiliki tanggungjawab dalam masalah pelayanan publik dan membutuhkan keleluasaan bertindak. Dengan demikian konstruksi hukum yang harus dibangun ditelusuri melalui interaksi diantara sekalian pembuat dan penegak hukum, maupun masyarakat luas sebagai obyek hukum. Pembuat dan penegak hukum administrasi dilaksanakan oleh pejabat yang memiliki legitimasi memegang jabatan-jabatan, dalam hal ini pemegang urusan pemerintahan daerah yang dipegang oleh kepala daerah. Akhirnya beberapa hal di atas mengantarkan peneliti untuk mengkaji

lebih lanjut dengan melakukan penelitian terhadap integritas kepala daerah dalam penerapan diskresi dalam penyelenggaraan pemerintahan daerah dalam pencapaian *good governance*, untuk selanjutnya berkontribusi bagi pengembangan ilmu *hukum administrasi* umumnya dan penerapan bentuk diskresi yang tepat bagi kepala daerah.

F. Kerangka Teori dan Tinjauan Pustaka

Asas hukum merupakan landasan pembentukan hukum yang digunakan juga sebagai pijakan dalam membuat keputusan atau tindakan. sedangkan teori digunakan sebagai alat untuk menganalisis fenomena – fenomena yang menjadi permasalahan penelitian dan konsep digunakan untuk menganalisis pencapaian tujuan penelitian yang akan diuraikan dibawah ini :

1 . Konsep Negara Kesejahteraan

Konsep Negara Kesejahteraan atau negara hukum modern memberi kewajiban administrasi negara untuk berperan secara aktif di seluruh segi kehidupan masyarakatnya. Sifat khas dari suatu pemerintahan modern (negara hukum modern) adalah, terdapatnya pengakuan dan penerimaan terhadap peranan-peranan yang dilakukannya sehingga suatu kekuatan yang aktif dalam rangka membentuk (menciptakan) kondisi sosial, ekonomi dan lingkungan fungsinya. Upaya mencapai hal tersebut, tidak saja diperlukan keselarasan atas tujuan-tujuan yang dikehendaki oleh kelompok-kelompok sosial maupun kelompok-kelompok ekonomi yang terdapat pada negara, akan tetapi juga kreativitas untuk menciptakan secara terarah berbagai kondisi kesejahteraan sosial yang dikehendaki masyarakat. Sebagai konsekuensi dari melekatnya fungsi servis

publik (*bestuurszorg*), maka administrasi negara makin dipaksa untuk menerima tanggung jawab positif dalam hal menciptakan dan mendistribusikan tingkat pendapatan maupun kekayaan, serta menyediakan program kesejahteraan rakyat²¹. Pelayanan publik merupakan hak-hak sosial dasar dari masyarakat (*social rights*). *Social rights* adalah merupakan *human rights* ataupun *fundamental rights*, oleh karena istilah HAM dan hak-hak dasar manusia, tercakup dua istilah secara bersama-sama, yaitu *human rights* ataupun *fundamental rights*.²² Kewajiban Pemerintah memenuhi hak-hak dasar, seperti bidang pendidikan, kesehatan, lapangan kerja, perlakuan hukum yang sama dan jaminan sosial. Oleh karena itu Pemerintah berkewajiban untuk memberikan pelayanan yang terbaik kepada masyarakat.

Ada beberapa alasan mengapa suatu pemerintah memilih sistem Negara kesejahteraan. Beberapa alasan yang dirujuk sekaligus diajukan sebagai alat ukur kesuksesan dalam menjalankan sistem negara kesejahteraan adalah ²³;

1. untuk mempromosikan efisiensi ekonomi;
2. untuk mengurangi kemiskinan;
3. untuk mempromosikan kesamaan sosial (*social equality*);
4. mempromosikan integrasi social atau menghindari eksklusi social;
5. mempromosikan stabilitas sosial dan
6. mempromosikan otonomi dan kemandirian individu.

²¹ Muchsan, *Sistem Penawasan Terhadap Perbuatan Aparat Pemerintah dan Peradilan Tata Usaha Negara di Indonesi*, (Yogyakarta: Liberty, 1992) hlm. 30-33

²² Tatiek Sri Djatmiati dirujuk dari Ridwan, *Diskresi dan Tanggung Jawab Pemerintah*, (Yogyakarta : FH UII Press, 2014). hlm.86

²³ Henry Thomas Simarmata, et.all *Negara Kesejahteraan dan Globalisasi*, (Jakarta : PSIK & The Asia Fondation, 2007), hlm.37

Konstitusi Indonesia, baik sebelum maupun sesudah amandemen UUDNRI 1945 mempunyai semangat yang kuat akan kesejahteraan warga Negara Indonesia. Pembukaan, juga Pasal 23, 31, 33 dan 34, semuanya dengan kalimat aslinya memuat kewajiban Negara dalam mengelola semua sumber daya untuk kesejahteraan masyarakat. Dalam amandemen kedua (tahun 2009), UUDNRI 1945 memuat seluruh ketentuan pokok hak asasi manusia yang merupakan ketentuan *legal constitution* mengenai hal hal apa saja yang harus diselenggarakan oleh Negara dalam mengelola sumber daya untuk warga Negara. Filosofi ini menegaskan kembali cita-cita Bapak Bangsa dimana peran Negara haruslah aktif dalam menyelenggarakan Negara.

Konsep *welfare state* dan nilai-nilai kesejahteraan, dikenal juga dalam Al-Qur'an. Nabi Muhammad yang dekat dengan kelompok kelompok marginal banyak mengambil kebijakan kebijakan yang menguntungkan orang orang yang terlemahkan (*mustadh'afin*) oleh sistem arab pada saat itu. Oleh karena itu kebijakan nabi mengindikasikan adanya kebijakan kebijakan sosialnya yang secara teoritik memiliki kedekatan 'Teoritik' dengan *welfare state*.²⁴

Berdasarkan Pembukaan UUD NRI 1945 Alinea IV yang berbunyi, "bahwa kemerdekaan kebangsaan Indonesia itu disusun dalam suatu Undang-Undang Dasar Negara Indonesia yang terbentuk dalam suatu susunan negara Republik Indonesia yang berkedaulatan rakyat. Berdasarkan Pasal 1 Ayat (1) UUD NRI 1945, yang berbunyi, "Negara Indonesia adalah negara kesatuan yang berbentuk republik." Dapat disimpulkan bahwa bentuk negara Indonesia adalah

²⁴ *Ibid*, hlm.57-58

kesatuan, sedangkan bentuk pemerintahannya adalah Republik. Selain bentuk negara kesatuan dan bentuk pemerintahan republik, Presiden Republik Indonesia memegang kekuasaan sebagai kepala negara dan sekaligus kepala pemerintahan. Hal itu didasarkan pada Pasal 4 Ayat (1) yang berbunyi, "Presiden Republik Indonesia memegang kekuasaan pemerintahan menurut Undang-Undang Dasar." Dengan demikian, sistem pemerintahan di Indonesia menganut Sistem Pemerintahan Presidensial.

Secara teori, berdasarkan UUD NRI 1945, Indonesia menganut sistem pemerintahan presidensial. Namun dalam praktiknya banyak bagian-bagian dari sistem pemerintahan parlementer yang masuk ke dalam sistem pemerintahan di Indonesia. Sehingga secara singkat bisa dikatakan bahwa sistem pemerintahan yang berjalan di Indonesia adalah sistem pemerintahan yang merupakan gabungan atau perpaduan antara sistem pemerintahan presidensial dengan sistem pemerintahan parlementer. Sistem pemerintahan adalah cara pemerintah dalam mengatur semua yang berkaitan dengan pemerintahan.²⁵

Pemerintah dalam arti luas adalah organisasi dari negara, yang memperlihatkan dan menjalankan kekuasaannya. Menurut UUD NRI 1945 Dalam pembahasan selanjutnya pengertian pemerintah disini adalah pengertian pemerintah dalam arti sempit.

Pemerintah dalam arti sempit ini dikenal pula dengan istilah administrasi. Istilah ini berasal dari bahasa latin "administrare" yang mengandung arti mengurus, mengatur, melaksanakan, mengelola. Derivasi dari

²⁵ Jimly Asshidiqqie, *Pokok-Pokok Hukum Tata Negara Indonesia Pasca Reformasi* (Jakarta: Sekretariat –Kepaniteraan MK-RI, 2006) hlm.4,

“administrare” ini antara lain menjadi “administratio” yang berarti pemerintahan atau pengurusan. *Het Latijnsche administratio kent drie betekenissen* : 1) *hulpbetoon*; 2) *bediening, verzorging, verrichting*; of 3) *leiding bestuur*. istilah *administratio* ini masuk ke dalam bahasa Inggris; *administration* yaitu a) *the act or process of administering, especially the management of a government or large institution*; b) *the activity of a government or state in the exercise of its powers and duties*; c) *the executive branch of a government*.²⁶

Menurut P. De Haan dan kawan-kawan²⁷; “*Bestuur als functie-dat wil zeggen het besturen-is de uitoefening van bestuurszaak. Onder het (openbaar) bestuur als orgaan worden al die organen uit de overheidsorganisatie samengevat die belast zijn met de uitoefening van de bestuurszaak*” (Pemerintahan sebagai fungsi-yakni aktifitas memerintah-adalah pelaksanaan tugas-tugas pemerintahan. Pemerintahan (umum) sebagai organ adalah kumpulan organ-organ dari organisasi pemerintahan yang dibebani dengan pelaksanaan tugas pemerintahan). Dalam arti fungsional, administrasi adalah penyelenggaraan semua tugas-tugas kenegaraan selain bidang pembuatan undang-undang dan peradilan “*elke werkzaamheid van de overheid, welke niet als wetgeving of als rechtspraak is aan te merken*” (setiap pekerjaan penguasa, yang tidak termasuk bidang pembuatan undang-undang dan peradilan) atau “*alle activiteiten van de overheid die niet als wetgeving en rechtspraak*” (semua aktivitas penguasa selain pembuatan undang-undang dan peradilan). Sedangkan secara institusional, administrasi adalah kumpulan jabatan pemerintahan (*complex van de bestuursambten*).²⁸

Menurut Bahsan Mustafa, administrasi negara adalah gabungan jabatan-jabatan yang dibentuk dan disusun secara bertingkat yang disertai tugas melakukan sebagian dari pekerjaan pemerintah dalam arti luas, yang tidak diserahkan kepada badan-badan pembuat undang-undang dan badan-badan kehakiman. Secara singkat, “*every governmental organ outside of the legislature and the court is an administrative agency*” (setiap organ pemerintah di luar badan pembuat undang-undang dan badan peradilan , yang semuanya dibidang adalah organ administrasi). Berdasarkan pengertian administrasi secara fungsional dan

²⁶ J.B.J.M. Ten Berge, dikutip dari Ridwan, *Diskresi dan Tanggung Jawab Pemerintah*, (Yogyakarta :FH UII Press 2014), hlm.92

²⁷ J. P De Haan dkk dikutip dari Ridwan, *op.cit.* hlm.93

²⁸ C.J.N.Vesteden, dikutip dari Ridwan' *loc.cit*

istitusional tersebut, dalam sistem pemerintahan di Indonesia, organ administrasi adalah Presiden dan Wakil Presiden, para Menteri beserta perangkatnya, Gubernur beserta perangkatnya, Bupati atau Walikota beserta perangkatnya, dan Kepala Desa beserta perangkatnya, yang melaksanakan tugas selain tugas lembaga legislatif, yudisial, dan tugas lembaga-lembaga negara lainnya.²⁹

Istilah pemerintah (*government*) dan pemerintahan (*governance*) seringkali dianggap memiliki arti yang sama yaitu cara menerapkan otoritas dalam suatu organisasi, lembaga atau negara. Pemerintah juga adalah nama yang diberikan kepada entitas yang menyelenggarakan kekuasaan pemerintahan dalam suatu negara. Istilah "*governance*" diterjemahkan kedalam bahasa Indonesia sebagai tata-pemerintahan, penyelenggaraan pemerintahan atau pengelolaan pemerintahan. Belakangan ini, terutama setelah berbagai lembaga pembiayaan internasional mempersyaratkan *good governance* dalam berbagai program bantuannya. Oleh para teoritis dan praktisi administrasi negara Indonesia, terminologi *good governance* telah diterjemahkan menjadi penyelenggaraan pemerintahan yang amanah.³⁰

Tata Pemerintahan yang baik menurut *United Nation Development Program (UNDP)*, pengelolaan pemerintahan yang baik dan bertanggungjawab menurut Lembaga Administrasi Negara-LAN, dan ada juga yang mengartikan secara sempit sebagai pemerintahan yang bersih. Perbedaan paling pokok antara

²⁹ Ridwan, *Diskresi dan Tanggung Jawab Pemerintah*, (Yogyakarta : FH UII Press), hlm.93

³⁰ Sedarmayanti, *Good Governance dalam Rangka Otonomi Daerah Upaya Membangun Organisasi Efektif Melalui Restrukturisasi dan Pemberdayaan*, (Bandung: Mandar Maju , 2003), hlm.7

konsep “*government*” dan “*governance*” terletak pada bagaimana cara penyelenggaraan otoritas politik, ekonomi dan administrasi dalam pengelolaan urusan suatu bangsa. Konsep “pemerintahan” berkonotasi peranan pemerintah yang lebih dominan dalam penyelenggaraan berbagai otoritas tadi. Sedangkan *governance* mengandung makna bagaimana cara suatu bangsa mendistribusikan kekuasaan dan mengelola sumberdaya dan berbagai masalah yang dihadapi masyarakat. Sejatinya, konsep *governance* harus dipahami sebagai suatu proses, bukan struktur atau institusi. Dalam, konsep pemerintah sebagai sebuah lembaga yang selama ini memonopoli penyelenggaraan pemerintahan tidak lagi dianggap memadai untuk menjawab kompleksitas yang dihadapi oleh negara-negara dunia ketiga dalam penyelenggaraan kegiatan-kegiatan pembangunan. Kegiatan pemerintahan dan pembangunan harus melibatkan lembaga lembaga lainnya di luar pemerintah bukan hanya dalam pelaksanaan, tetapi juga dalam proses pengambilan kebijakan. Keterlibatan pelaku dan pemangku kepentingan konsep tata pemerintahan (*governance*) sengaja dipilih di sini sebagai perluasan dari konsep pemerintah (*government*). Konsep pemerintah dianggap tidak lagi memadai karena penyelenggaraan pemerintahan tidak lagi cukup dilakukan oleh negara. Kompleksitas kehidupan masyarakat yang terjadi sekarang ini menuntut adanya perubahan praktik pemerintahan dari yang dulunya didominasi oleh pemerintah menjadi sebuah tata pemerintahan yang terkait antara negara dengan pasar dan masyarakat sipil menjadi lebih jelas dan proporsional. Perluasan peran pasar dan masyarakat sipil dipedukan di dalam keseluruhan proses kebijakan publik, termasuk dalam pengambilan keputusan dan implementasinya. Dengan

perubahan tata pemerintahan yang membedakan peran dan ruang yang lebih besar kepada lembaga lembaga nonpemerintah, kegiatan pemerintahan bukan hanya lebih partisipatif, tetapi juga lebih responsif dan akuntabel pada kepentingan publik.³¹

Konsep *good governance* versi *Organization for the Economic Corporation and Develeptmen United Nation Development Programme (UNDP)* mensyaratkan 8 karakteristik umum/dasar *Good Governance* , yaitu partisipasi, orientasi pada konsensus, akuntabilitas, transparansi, responsif, efektif dan efisien, ekuiti (persamaan derajat, inklusifitas, dan penegakan/supremasi hukum.³² Apabila diimplementasikan secara ideal, konsep ini diharapkan dapat memastikan pengurangan tingkat korupsi, pandangan kaum minoritas diperhitungkan dan suara dari mereka yang paling lemah dalam masyarakat didengar dalam proses pengambilan keputusan. Ia juga responsif terhadap masa kini dan kebutuhan masyarakat di masa depan. Ini konsep idealnya.

Fahmal menyatakan *good governance* sebagai norma pemerintahan adalah suatu sasaran yang akan dituju dan diwujudkan dalam pelaksanaan pemerintahan yang baik dan asas-asas umum pemerintahan yang layak sebagai norma mengikat yang menuntun pemerintah dalam mewujudkan *good governance*. *Good governance* dan Asas Asas Umum Pemerintahan yang layak menciptakan pemerintahan yang bersih dan pemerintahan yang berwibawa. Konsep *good*

³¹ Agus Dwiyanto .et all. , *Reformasi Tata Pemerintahan dan Otonomi Daerah*, Pusat Studi Kependudukan dan Kebijakan Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta, 2003 hlm.6

³² Saukani , HR, *Akses dan Indokator Tata Kelola Daerah yang Baik*, (Yogyakarta: LkiS, , 2003).hlm.13v

governance telah menjadi kemauan politik dalam berbagai ketentuan perundang undangan di Negara Kesatuan Republik Indonesia.³³

Tata pemerintahan yang baik menunjuk pada cara kekuasaan dan kewenangan itu digunakan. Tata pemerintahan dinilai baik ketika kekuasaan dikelola dan digunakan untuk merespons masalah- masalah publik dengan mengikuti prinsip dan nilai tertentu yang selama ini dinilai baik oleh masyarakat. Karena nilai-nilai yang berkembang dalam masyarakat dapat sangat berbeda sesuai dengan kondisi lokal.³⁴

Dalam konteks penyelenggaraan pemerintahan di daerah domain negara tidak dapat semata-mata diartikan lembaga pemerintahan daerah, melainkan harus diartikan sebagai suatu kesatuan yang mencakup proses sampai kepada bagaimana institusi pemerintah daerah tersebut dibentuk. Dengan demikian konsep *good governance* tidak semata melibatkan pemerintah daerah tetapi juga mengenai bagaimana suatu pemerintahan ditetapkan . Oleh karena itu domain pemerintahan daerah walaupun dalam prakteknya pemerintahan daerah merupakan lembaga yang paling berkuasa di daerah. Dalam konteks tersebut Arthur Maas mengemukakan konsep kewilayahan dalam kaitannya dengan kekuasaannya dalam bukunya *areal and power*, yang membagi kekuasaan negara terbagi atas : *Capital Devision of Power (CDP)*, merupakan pembagian kekuasaan negara secara pokok yaitu kekuasaan legislatif, eksekutif dan yudikatif. Pandangan Arthur Maas tentang *CDP* ini sejalan dengan pandangan Ivor Jennings,

³³ Riawan Tjandra, *PTUN Mendorong Terwujudnya Pemerintahan Yang Bersih dan Berwibawa*, (Yogyakarta: Universitas Atmajaya Yogyakarta, 2009), hlm.128

³⁴ Agus Dwiyanto .et all, *Reformasi Tata Pemerintahan dan Otonomi Daerah*, (Yogyakarta: Pusat Studi Kependudukan dan Kebijakan Universitas Gadjah Mada, 2003), hlm.82

Montesquieu dan John Locke, dan *Area Division of Power (ADP)*. Pengertiannya adalah pembagian kekuasaan berdasarkan wilayah yang lebih kecil dalam wilayah nasional negara (*spatial teritorial*). Menurut Arthur Maas apabila ketiga kekuasaan *CDP* didistribusikan pada masing masing *APD* yang ada yang terbentuk adalah negara bagian. Sementara itu apabila kekuasaan yang didistribusikan dari *CDP* ke *ADP* hanya satu yang terbentuk adalah daerah otonom pemerintahan daerah (*local governance*).³⁵

Pentingnya tata pemerintahan daerah yang baik (*Good governance*) dalam mengatasi permasalahan daerah adalah diletakkan pada dua hal, yaitu pertama keseimbangan internal yang mengatur hubungan antar organ-organ pemerintah daerah dan masyarakat, khususnya yang mencakup hal-hal yang berkaitan dengan kelembagaan dan mekanisme penyelenggaraan pemerintahan daerah. Kedua keseimbangan eksternal yang menekankan pemerintah daerah sebagai entitas sosial yang berada ditengah-tengah masyarakat yang hendaknya memperhatikan hubungan antara pemerintah daerah dengan seluruh *stickholders* daerah sebagai perwujudan dari pemenuhan tanggungjawab pemerintah daerah.³⁶

Hubungan hukum dengan kekuasaan dapat di rumuskan dengan slogan "*hukum tanpa kekuasaan adalah angan-angan, kekuasaan tanpa hukum adalah kelaliman*".³⁷ Dalam arti bahwa dalam penerapan hukum, maka di perlukan kekuasaan sebagai pendukung, salah satu sebabnya adalah di karenakan hukum bersifat memaksa, karena tanpa adanya paksaan, maka pelaksanaan hukum

³⁵ Arthur Maas, dikutip dari Saukani, HR, *Akses dan Indikator Tata Kelola Daerah yang Baik*, (Yogyakarta: LkiS, 2003). hlm. 47.

³⁶ *Ibid*, hlm7

³⁷ Mochtar Kusumaatmadja, *Fungsi dan Perkembangan Hukum Dalam Pembangunan Nasional*, (Bandung: Alumni, 1994), hlm.75

akan mengalami hambatan. Karena begitu eratnya kaitan antara hukum dan kekuasaan, maka seakan tidak dapat memisahkan antara keduanya. Bahkan ada yang menyebutkan bahwa hukum sendiri sebenarnya adalah kekuasaan.³⁸ Hukum merupakan salah satu sumber dari kekuasaan, namun juga merupakan pembatas bagi kekuasaan. Oleh karena itu tidak dapat dibenarkan apabila kekuasaan di gunakan sebagai alat untuk bertindak sewenang-wenang. Karena dalam tataran praktis dilapangan orang akan cenderung ingin memiliki kekuasaan yang melebihi dari apa yang telah di gariskan. Padahal hukum memang membutuhkan kekuasaan, tetapi ia juga tidak bisa membiarkan kekuasaan itu untuk menunggangi hukum.³⁹ Miriam Budiardjo memberikan arti kekuasaan sebagai kemampuan seseorang atau sekelompok manusia untuk mempengaruhi tingkah-lakunya seseorang atau kelompok lain sedemikian rupa sehingga tingkah-laku itu menjadi sesuai dengan keinginan dan tujuan dari orang yang mempunyai kekuasaan itu. Kekuasaan ini yang kemudian oleh sebagian besar di cari atau bahkan menjadi rebutan dalam setiap kehidupan masyarakat modern seperti sekarang ini. Hal itu di pengaruhi oleh adanya hasrat dan keinginan manusia yang bermacam-macam sehingga dirasa perlu untuk memaksakan kemauan dirinya atas orang lain. Lebih lanjut Miriam Budiardjo bahwa kekuasaan dalam masyarakat selalu berbentuk piramida yang bersumber pada kekerasan fisik, kedudukan dan kepercayaan.⁴⁰ Robert Mac Iver merumuskan kekuasaan sebagai berikut : *The capacity to control the behavior of other either directly by fiat or indirectly by the*

³⁸ Van Apeldoorn, *Pengantar Ilmu Hukum*, (Jakarta:Pratnya Paramita, 1976), hlm.68

³⁹ Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, (Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2000), hlm.146

⁴⁰ Miriam Budiardjo, *Dasar Dasar Ilmu Politik* (Cet.10), Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2002, hlm. 35

manipulation of available means, yang artinya kemampuan untuk mengendalikan tingkah laku orang lain baik secara langsung dengan memberi perintah, maupun secara tidak langsung dengan mempergunakan segala alat dan cara yang tersedia.⁴¹ Kekuasaan dalam suatu masyarakat selalu berbentuk piramida. Struktur piramida itu terbentuk oleh kenyataan dalam sejarah masyarakat bahwa golongan yang berkuasa (dan yang memerintah) relatif selalu lebih kecil dari yang diperintah. Sumber kekuasaan terdapat dalam berbagai segi, diantaranya adalah kekuasaan politik. Kekuasaan politik adalah “kemampuan untuk mempengaruhi kebijakan umum pemerintah baik terbentuknya maupun akibat-akibatnya sesuai dengan tujuan tujuan pemegang kekuasaan sendiri”⁴². Menurut Miriam Budiardjo, kekuasaan politik merupakan kekuasaan sosial yang fokusnya ditujukan kepada Negara sebagai satu satunya pihak berwenang yang mempunyai hak dan mengendalikan tingkahlaku sosial dengan paksaan.⁴³ Agar kekuasaan dapat di jalankan maka di butuhkan penguasa atau organ sehingga negara itu di konsepskan sebagai himpunan jabatan-jabatan itu diisi oleh sejumlah pejabat yang mendukung hak dan kewajiban tertentu berdasarkan perundang undangan.

Pejabat adalah fungsionaris jabatan, yang bertindak untuk dan atas nama atau melaksanakan tugas, fungsi dan kewenangan yang melekat pada jabatan. Itilah lain untuk melaksanakan fungsi kewenangan yang melekat pada jabatan adalah organ atas alat perlengkapan. Yakni orang atau sekelompok orang yang

⁴¹ Mac. Iver dikutip dari Moh Kusnardi dan Bintang Saragih, *Ilmu Negara*, (Jakarta: Gaya Media Pratama, 2000), hlm.147

⁴² Mac. Iver dikutip dari Miriam Budiardjo, *Dasar Dasar Ilmu Politik* (Cet.10), Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2002, hlm.38

⁴³ Miriam, *loc.cit*

berdasarkan undang-undang atau anggaran dasar berwenang mewakili badan hukum (atau pejabat) untuk terlibat dalam pergaulan hukum.⁴⁴

Dalam hukum administrasi, kekuasaan lebih dimaknai sebagai kekuasaan hukum yang sering disebut sebagai wewenang. Wewenang (*bevoegdheid*) di deskripsikan sebagai kekuasaan hukum (*rechtsmacht*) dalam hukum publik. Kekuasaan mempunyai makna yang sama dengan wewenang karena kekuasaan yang dimiliki oleh legislatif, eksekutif dan yudikatif adalah kekuasaan formal. Kekuasaan dapat berasal dari dua sumber, *pertama* berasal dari peraturan perundang-undangan dan yang *kedua* berasal dari bukan peraturan perundang-undangan atau karena jabatan yang dimilikinya. Sedangkan kewenangan hanya berasal dari peraturan perundang-undangan yang sah dan diakui oleh suatu negara.

Berdasarkan uraian diatas, maka kekuasaan memiliki dua aspek, yakni aspek politik dan aspek hukum. Sedangkan kewenangan hanya beraspek hukum saja. Dapat diartikan bahwa kekuasaan bersumber pada peraturan perundang-undangan dan di luar peraturan perundang-undangan, sedangkan kewenangan harus harus berdasarkan peraturan perundang-undangan. Dengan demikian dapat dikatakan bahwa kewenangan merupakan kekuasaan yang sah, yang bersumber pada peraturan perundang-undangan yang berlaku. Sehingga dapat disimpulkan bahwa kekuasaan belum tentu kewenangan, akan tetapi kewenangan sudah tentu merupakan kekuasaan.

Kewenangan dan wewenang tentunya memiliki perbedaan yang mendasar. Dalam bahasa Belanda wewenang di sebut juga "*bevoegdheid*". Menurut Philipus

⁴⁴ Fockerma Andreae, dikutip dari Ridwan, *Diskresi dan Tanggung Jawab Pemerintah*, (Yogyakarta: FH UII Press, 2013), hlm. 28

M. Hadjon, ada perbedaan antara kewenangan dengan wewenang, perbedaannya terletak pada karakter hukumnya. Istilah "*bevoegheid*" digunakan baik dalam konsep hukum publik maupun dalam konsep hukum hukum privat. Dalam hukum kita istilah kewenangan atau wewenang seharusnya di gunakan dalam konsep hukum publik.⁴⁵ Dalam konsep hukum tata negara, "*bevoegheid*" (wewenang) di deskripsikan sebagai "*rechtmacht*" (kekuasaan hukum). Jadi dalam hukum publik wewenang berkaitan dengan kekuasaan. Sedangkan dalam konsep hukum administrasi Belanda, soal wewenang selalu menjadi bagian penting dan bagian awal dari hukum administrasi karena objek hukum administrasi adalah "*bestuursbevoegdheid*" (wewenang pemerintahan). Jadi perbedaan antara kewenangan dan wewenang adalah pertama kali harus membedakan antara (*authority, gezag*) dan wewenang (*competence, bevoegdheid*). *Gezag* adalah ciptaan orang-orang yang sebenarnya paling berkuasa. Kewenangan yang disebut juga "kekuasaan formal" yang berasal kekuasaan yang di berikan oleh Undang-Undang atau legislatif dari kekuasaan eksekutif atau administratif yang bersifat utuh atau bulat. Sedangkan wewenang hanya mengenai suatu bagian tertentu saja dari kewenangan. Di dalam kewenangan terdapat wewenang-wewenang (*rechtsbevoegden*).⁴⁶ Wewenang juga merupakan dalam ruang lingkup tindakan hukum publik, lingkup wewenang pemerintahan, tidak hanya meliputi wewenang membuat keputusan pemerintahan (*besluit*), akan tetapi meliputi wewenang dalam rangka pelaksanaan tugas serta distribusi wewenang utamanya di tetapkan dalam Undang-Undang Dasar.

⁴⁵ Philipus Hadjon, Tentang Wewenang, Makalah (tanpa tahun) Universitas Airlangga, hlm.1

⁴⁶ Abdul Rasyid Thalib, *Wewenang Mahkamah Konstitusi dan Implikasinya dalam Sistem Ketatanegaraan Republik Indonesia*, (Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2006), hlm.211

Kewenangan dapat diperoleh dari konstitusi secara atribusi, delegasi maupun mandat. Atribusi adalah wewenang yang melekat pada suatu jabatan, sedang delegasi adalah pemindahan/pengalihan suatu kewenangan yang ada. Secara sederhana dapat diartikan atribusi merupakan kewenangan yang asli atas dasar konstitusi (Undang-Undang Dasar), sedang kewenangan delegasi pelimpahan wewenang kepada organ pemerintahan yang lain dan mandat pemberian wewenang untuk bertindak untuk dan atas nama pemberi mandat⁴⁷.

Ada perbedaan khusus antara delegasi dan mandat. Delegasi merupakan pemberian, pelimpahan atau pengalihan kewenangan oleh suatu organ pemerintahan kepada pihak lain untuk menganmbil keputusan atas tanggung jawab sendiri, sedangkan mandat bertanggung jawab atas nama atau tanggung jawabnya sendiri mengambil keputusan. Akan tetapi sebenarnya dalam teori pendelegasian, apabila suatu kewenangan sudah di delegasikan, maka tidak dapat lagi di tarik kembali oleh lembaga pemberi delegasi.⁴⁸

2. Pemerintahan Daerah sebagai Penyelenggara Pelayanan Publik

Fungsi pelayanan publik negara atau pemerintah merupakan asas yang dimuat dalam kaidah konstitusional, yang terdapat Pembukaan UUDNRI 1945. Selain memuat fungsi ketertiban dan keamanan (melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia), negara wajib menjalankan fungsi pelayanan publik (memajukan kesejahteraan, mencerdaskan kehidupan bangsa, mewujudkan keadilan sosial). Dan penjabarannya pada pasal-pasal nya antara lain;

⁴⁷ Philipus Hadjon, dkk *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia*, Cet.VII, (Yogyakarta :Gajahmada university Press, 2001), hlm.130

⁴⁸ Jimly Ashiddiqie, *Perihal Undang-Undang*, (Jakarta:Konstitusi Press, 2008), hlm. 378

- 1) Pasal 31 tentang kewajiban negara, cq pemerintah menjalankan pendidikan;
- 2) Pasal 32 tentang kewajiban negara, cq pemerintah memajukan kebudayaan;
- 3) Pasal 33 tentang kewajiban negara, cq pemerintah mewujudkan sebesar-besarnya kemakmuran rakyat;
- 4) Pasal 34 tentang kewajiban negara, cq pemerintah memelihara fakir miskin dan anak terlantar, mengembangkan jaminan sosial, dan fasilitas kesehatan.

Selain itu, fungsi pelayanan negara, yang dilaksanakan oleh pemerintah terhadap publik (masyarakat) terkandung dalam ketentuan-ketentuan Pasal 27, Pasal 28, dan Pasal 28A sampai dengan Pasal 28I sebagai hak asasi pribadi, hak-hak asasi individual dan hak-hak asasi politik.⁴⁹

Pelayanan Publik adalah segala kegiatan pelayanan yang dilaksanakan oleh penyelenggara pelayanan publik sebagai upaya pemenuhan kebutuhan penerima pelayanan maupun pelaksanaan ketentuan peraturan perundang-undangan kemudian hakekat pelayanan publik adalah pemberian pelayanan prima kepada masyarakat yang merupakan perwujudan kewajiban aparatur pemerintah sebagai abdi masyarakat tersebut. Semakin meningkatnya tuntutan masyarakat akan kualitas atau mutu pelayanan, maka fungsi pemerintah yang memberikan suatu pelayanan kepada masyarakat secara bertahap perlu ditingkatkan agar menjadi lebih efektif dan efisien serta memberikan kepuasan bagi masyarakat, dan untuk

⁴⁹ Bagir Manan, "Pembangunan Hukum Di Bidang Pelayanan", (makalah) disampaikan dalam dialog *Perencanaan Hukum Nasional*, BPHN, Denpasar, 27 September 2012, hlm.10

mengembangkan pelayanan yang bermutu dibutuhkan adanya perubahan sikap dan keterampilan baru diantara staf pemerintah dan klien mereka serta perubahan lingkungan kelembagaan.

Sistem pemerintahan yang desentralistik, memberikan kewenangan terhadap penyelenggaraan urusan pemerintahan terutama pelayanan masyarakat banyak diberikan kepada daerah . Hal ini menuntut pemerintahan di daerah untuk menyelenggarakan sistem pelayanan publik di tingkat daerah. *Local government* (pemerintah daerah/lokal) dalam praktek penyelenggaraan pemerintahan, pembangunan dan pelayanan publik, harus pula diiringi dengan penerapan prinsip *good governance* (kepemerintahan atau tata pemerintahan yang baik). *Good governance* merupakan proses penyelenggaraan kekuasaan dalam menyediakan barang dan jasa publik (*public goods dan services.*). Dengan adanya penyerahan wewenang yang luas pada pemerintah daerah tidak hanya sekedar *practical* atau *technical administration* saja, tetapi juga dilihat sebagai *process of political interaction*. Adanya kesadaran penuh dari organ di daerah bahwa mereka telah memiliki kewenangan. Dan bagaimana dengan kewenangan ini daerah memikirkan dan membuat inisiatif dan kreativitas untuk pengembangan daerahnya masing-masing. Pelaksanaan otonomi daerah juga memberikan peluang yang sangat besar menciptakan pemerintahan yang akuntabel.⁵⁰

Negara melalui pemerintahnya berkewajiban melayani setiap warga negara dan penduduk untuk memenuhi hak dan kebutuhan dasarnya

⁵⁰ Warsito Utomo, *Administrasi Publik Bam Indonesia*, (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2006), hlm.

⁴⁴ Agus Dwiyanto, at.all, *Reformasi Tata Pemerintahan dan Otonomi Daerah*, (Yogyakarta: Universitas Gajah Mada, 2003) hlm 13

dalam kerangka pelayanan publik yang merupakan amanat Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Pelayanan pada intinya bisa terbagi menjadi 2 (dua), yaitu : 1) Pelayanan dasar masyarakat dan 2) Pelayanan untuk dunia usaha.

Materi muatan dari UU 25 Tahun 2009 tentang Pelayanan Publik mengatur tentang :

1. Hak, kewajiban dan larangan;
2. Partisipasi pemberdayaan masyarakat; dan
3. Kewajiban pokok penyelenggara.

Pengertian Pelayanan Publik adalah segala kegiatan yang dilaksanakan oleh penyelenggara pelayanan publik sebagai upaya pemenuhan kebutuhan penerima pelayanan, dalam pelaksanaan ketentuan peraturan perundang-undangan bagi setiap warga negara dan penduduk atas barang, jasa, dan/ atau pelayanan administratif yang disediakan oleh penyelenggara pelayanan publik.⁵¹ Peningkatan pelayanan publik yang efisien dan efektif akan mendukung tercapainya efisiensi dan efektif akan mendukung tercapainya efisiensi pembiayaan, artinya ketika pelayanan umum yang diberikan oleh penyelenggara pelayanan kepada pihak yang dilayani berjalan sesuai dengan kondisi yang sebenarnya atau mekanisme atau prosedurnya tidak berbelit-belit, akan mengurangi biaya atau beban bagi pihak pemberi pelayanan dan juga penerima pelayanan. Setiap pelayanan publik harus memiliki standar pelayanan dan dipublikasikan sebagai jaminan adanya kepastian bagi penerima pelayanan.

⁵¹ Pasal 1 angka (1) Undang Undang Nomor 25 Tahun 2009 tentang Pelayanan Publik

Standar pelayanan merupakan ukuran yang harus dimiliki dalam penyelenggaraan pelayanan publik yang wajib ditaati oleh pemberi dan penerima pelayanan.

Pelayanan pemerintah kepada masyarakat dikatakan bermutu bila pelayanan yang diberikan memenuhi atau melebihi harapan masyarakat. Pengertian mutu dapat diartikan juga sebagai hasil kinerja untuk suatu proses pekerjaan yang sesuai standar sebagaimana diharapkan oleh masyarakat. Selanjutnya arti mutu juga tidak hanya memuaskan masyarakat, tetapi menyenangkan masyarakat dan memberikan inovasi kepada masyarakat.

Pelaksana pelayanan publik adalah unit-unit pelayanan yang secara langsung memberikan pelayanan kepada masyarakat. Ukuran keberhasilan pelayanan akan tergambar pada indeks kepuasan masyarakat yang diterima oleh para penerima pelayanan berdasarkan harapan dan kebutuhan mereka yang sebenarnya. Namun sebenarnya pelayanan publik dapat bekerja sama dengan pihak swasta atau diserahkan kepada swasta apabila memang dipandang lebih efektif dan sepanjang mampu memberikan kepuasan maksimal kepada masyarakat.⁵²

Memajukan kesejahteraan umum dan mencerdaskan kehidupan bangsa adalah amanat UUD NRI yang mengandung makna Negara berkewajiban memenuhi kebutuhan setia warga Negara melalui suatu sistem pemerintahan yang mendukung terciptanya penyelenggaraan pelayanan publik yang prima dalam rangka memenuhi kebutuhan dasar dan hak sipil setiap warga negara atas barang publik, jasa publik pelayanan administrasi.

⁵² Rahardjo Adisasmita, *Pengelolaan Pendapatan dan Anggaran Daerah*. (Makassar: Penerbit PPKED, 2009.), hlm. 65

3. Asas –Asas Umum Pemerintahan yang Baik

Norma hukum yang mengatur tentang Penyelenggara Negara telah dituangkan dalam Ketetapan (TAP) MPR RI Nomor XI/MPR/1998 tentang Penyelenggaraan Negara yang Bersih dan Bebas Korupsi, Kolusi dan Nepotisme. TAP ini kemudian ditindak lanjuti dengan Undang Undang Nomor 28 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Negara yang Bersih dan Bebas Korupsi, Kolusi dan Nepotisme. Pada Undang Undang ini dimuat tentang asas asas penyelenggaraan Negara yang bersih bebas korupsi, kolusi dan nepotisme yang terdiri dari 7 asas, yaitu : Asas Kepastian Hukum; Asas Tertib Penyelenggaraan Negara; Asas Kepentingan Umum ; Asas Keterbukaan; Asas Proporsionalitas; Asas Profesionalitas dan Asas Akuntabilitas. Selanjutnya dimuat dalam Undang-Undang Nomor 9 Tahun 2004 tentang Perubahan Undang Undang Nomor 5 tahun 1986 Tentang Peradilan Tata Usaha Negara berkaitan dengan alasan gugatan (*beroepsgrunden*) yaitu dimasukannya asas-asas umum pemerintahan yang baik (AUPB) sebagai salah satu alasan yang dapat digunakan untuk menggugat Keputusan Tata Usaha Negara.⁵³ Dalam penjelasannya dinyatakan bahwa yang dimaksud dengan AAUPB menurut undang undang tersebut adalah 7 asas yang ada pada Pasal 10 Undang Undang Nomor 28 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Negara yang Bersih dan Bebas Korupsi, Kolusi dan Nepotisme. Dengan masuknya AUPB dalam suatu ketentuan peraturan perundang- undangan maka AUPB telah dijadikan sebagai norma hukum positif

⁵³ Pasal 53 ayat 2 huruf b Undang-Undang Nomor 9 Tahun 2004

yang dapat dijadikan sebagai alasan gugatan, dan disisi lain juga akan dijadikan sebagai alat yuridis untuk menguji KTUN oleh Hakim PTUN.

Di Indonesia beberapa asas umum pemerintahan yang baik sudah di normakan dalam peraturan perundang undangan dengan mengalami beberapa kali perkembangan/perubahan. Terakhir asas asas ini dituangkan dalam Undang-Undang Nomor 30 tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan. Pada Pasal 10 ayat (1) dinyatakan bahwa Asas Asas Umum Pemerintahan yang Baik meliputi asas: a. kepastian hukum; b. kemanfaatan; c. ketidakberpihakan; d. kecermatan; e. tidak menyalahgunakan kewenangan; f. keterbukaan; g. kepentingan umum; dan h. pelayanan yang baik. Penjelasan masing masing asas dimuat dalam dalam Undang Undang ini yaitu :

- a) asas kepastian hukum adalah asas dalam negara hukum yang mengutamakan landasan ketentuan peraturan perundang-undangan, kepatutan, keadilan, dan keadilan dalam setiap kebijakan penyelenggaraan pemerintahan;
- b) asas kemanfaatan adalah manfaat yang harus diperhatikan secara seimbang antara:
 - 1) kepentingan individu yang satu dengan kepentingan individu yang lain;
 - 2) kepentingan individu dengan masyarakat;
 - 3) kepentingan Warga Masyarakat dan masyarakat asing;
 - 4) kepentingan kelompok masyarakat yang satu dan kepentingan kelompok masyarakat yang lain;
 - 5) kepentingan pemerintah dengan Warga Masyarakat;
 - 6) kepentingan generasi yang sekarang dan kepentingan generasi mendatang;
 - 7) kepentingan manusia dan ekosistemnya;
 - 8) kepentingan pria dan wanita.
- c) asas ketidakberpihakan adalah asas yang mewajibkan Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan dalam menetapkan dan/atau melakukan Keputusan dan/atau Tindakan dengan mempertimbangkan kepentingan para pihak secara keseluruhan dan tidak diskriminatif.
- d) asas kecermatan adalah asas yang mengandung arti bahwa suatu Keputusan dan/atau Tindakan harus didasarkan pada informasi dan

dokumen yang lengkap untuk mendukung legalitas penetapan dan/atau pelaksanaan Keputusan dan/atau Tindakan sehingga Keputusan dan/atau Tindakan yang bersangkutan dipersiapkan dengan cermat sebelum Keputusan dan/atau Tindakan tersebut ditetapkan dan/atau dilakukan.

- e) asas tidak menyalahgunakan kewenangan adalah asas yang mewajibkan setiap Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan tidak menggunakan kewenangannya untuk kepentingan pribadi atau kepentingan yang lain dan tidak sesuai dengan tujuan pemberian kewenangan tersebut, tidak melampaui, tidak menyalahgunakan, dan/atau tidak mencampur adukkan kewenangan.
- f) asas keterbukaan adalah asas yang melayani masyarakat untuk mendapatkan akses dan memperoleh informasi yang benar, jujur, dan tidak diskriminatif dalam penyelenggaraan pemerintahan dengan tetap memperhatikan perlindungan atas hak asasi pribadi, golongan, dan rahasia negara.
- g) asas kepentingan umum adalah asas yang mendahulukan kesejahteraan dan kemanfaatan umum dengan cara yang aspiratif, akomodatif, selektif, dan tidak diskriminatif.
- h) asas pelayanan yang baik adalah asas yang memberikan pelayanan yang tepat waktu, prosedur dan biaya yang jelas, sesuai dengan standar pelayanan, dan ketentuan peraturan perundang-undangan.

Pasal 10 Ayat (2) menyatakan bahwa 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. Dinamika dari AUPB (singkatan resmi dalam undang undang ini- tidak lagi menggunakan AAUPB) diakodasi hal ditunjukkan dengan keberadaan Pasal 10 ayat (2) Undang undang ini.

Di Belanda, dalam menjalankan roda pemerintahan, dikenal ⁵⁴ “*Algemene Beginselen van Behoorlijke Bestuur*”(ABBB) yang dipandang sebagai norma hukum tidak tertulis, namun harus ditaati oleh pemerintah. Hal ini diatur dalam *Wet AROB (Administrative Rechtspraak Overheids beschikkingen)* yaitu Ketetapan-ketetapan Pemerintahan dalam Hukum Administrasi oleh Kekuasaan Kehakiman “Tidak bertentangan dengan apa dalam kesadaran hukum umum merupakan asas-asas yang berlaku (hidup)

⁵⁴ Philipus M Hadjon, at.all, *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia*, , Cet.VII (Yogyakarta:Gajahmada University Press, 2001), hlm. 270

tentang pemerintahan yang baik". Hal itu dimaksudkan bahwa asas-asas itu sebagai asas-asas yang hidup, digali dan dikembangkan oleh hakim.

Jadi ada perbedaan dalam perkembangan AUPB di Indonesia dan di Belanda. Di Indonesia AUPB dituangkan dalam peraturan perundang undangan, jadi sudah berbentuk norma, sedangkan di Belanda AUPB dipandang sebagai hukum tidak tertulis, tetapi ditaat oleh pemerintah. Namun kemiripan dalam dinamika asas-asas yang hidup dalam penyelenggaraan roda pemerintahan ini dikembangkan oleh hakim melalui putusan pengadilan, di Indonesia melalui Pengadilan Tata Usaha Negara.

4. Etika, Moralitas dan Integritas

Suatu kekuasaan atau pemerintahan Negara dijalankan oleh pejabat. Pejabat adalah orang-orang yang telah memiliki legitimasi untuk melaksanakan kekuasaannya menjalankan pemerintahan. Sesuai dengan teori politik klasik di dalam suatu Negara diangkat orang-orang yang dipandang layak untuk mengambil keputusan bagi rakyat banyak. Namun dalam perkembangannya di zaman sekarang, kompleksitas kehidupan sudah berkembang menjadi sangat rumit dan tidak lagi dapat dikontrol hanya dengan mengandalkan sistem norma hukum (*rule of law*). Dibutuhkan pendukung fungsi control hukum terhadap aneka perilaku menyimpang (*deviant behaviours*) dari yang diidealkan dalam kehidupan bersama.⁵⁵

Pengertian etika, perilaku, kode etika (*code of ethics*), kode perilaku (*code of conduct*), norma disiplin, dan lain sebagainya tentu dapat dirumuskan

⁵⁵ <http://www.jimly.com/liputanmedia> , Jimly Asshiddiqie, Peradilan Etika, diunduh, tanggal 12 Juli 2015 . pukul 19.00

secara sendiri-sendiri dengan membedakannya satu sama lain. Pengertian-pengertian yang dirumuskan oleh para ahli mengenai istilah-istilah ini juga sangat beraneka ragam satu sama lain. Ada yang melihatnya dari segi filsafat dan teologi, dan ada pula yang melihatnya dari segi teknis praktis. Kadang-kadang ada pula mengaitkannya dengan pengertian etiket yang berhubungan dengan soal-soal adab. Perkembangan pengertian mengenai etika yang kita maksud disini sudah melewati fase sejarah yang sangat panjang.

Menurut Jimly Assidique⁵⁶, pengertian etik sudah melewati empat tahap atau fase perkembangan generasi pengertian, yaitu (i) fase pengertian teologis (etika teologis), (ii) fase pengertian ontologis (etika ontologis), (iii) fase pengertian positivis (etika positivist), dan terakhir pada fase perkembangan dewasa ini adalah (iv) fase pengertian fungsional (etika fungsional).

1. Etika Teologis:

Perkembangan pengertian generasi pertama, bahwa semua sistem etika berasal dari sistem ajaran agama. Semua agama mempunyai ajaran-ajarannya sendiri-sendiri tentang nilai-nilai, sikap, dan perilaku yang baik dan buruk sebagai pegangan hidup bagi para penganutnya. Karena itu, ajaran etika menyangkut pesan-pesan utama misi keagamaan semua agama, dan semua tokoh agama atau ulama, pendeta, rahib, monk, dan semua pemimpin agama akrab dengan ajaran etika itu. Semua rumah ibadah diisi dengan khutbah-khutbah tentang ajaran moral dan etika keagamaan masing-masing. Bagi agama-agama yang mempunyai kitab suci, maka materi utama kitab-kitab suci itu juga adalah soal-soal yang berkaitan dengan etika. Karena itu, perbincangan mengenai etika seringkali memang tidak dapat dilepas dari ajaran-ajaran agama. Bahkan dalam Islam dikatakan oleh nabi "Muhammad saw bahwa "Tidaklah aku diutus menjadi Rasul kecuali untuk tujuan memperbaiki akhlaq manusia". Inilah misi utama kenabian Muhammad saw.

⁵⁶ *Loc.cit*

2. Etika Ontologis:

Perkembangan kedua, sistem etika itu lama kelamaan juga dijadikan oleh para filosof dan agamawan sebagai objek kajian ilmiah. Karena filsafat manusia sangat berkembang pembahasannya mengenai soal-soal etika dan perilaku manusia ini. Karena itu, pada tingkat perkembangan pengertian yang kedua, etika itu dapat dikatakan dilihat sebagai objek kajian ilmiah, objek kajian filsafat. Inilah yang saya namakan sebagai tahap perkembangan yang bersifat ontologis. Etika yang semula hanya dilihat sebagai doktrin-doktrin ajaran agama, dikembangkan menjadi '*ethics*' dalam pengertian sebagai ilmu yang mempelajari sistem ajaran moral.

3. Etika Positivist:

Perkembangan selanjutnya, setidaknya dimulai pada permulaan abad ke 20, orang mulai berpikir bahwa sistem etika itu tidak cukup hanya dikaji dan dihutbahkan secara abstrak dan bersifat umum, tetapi diidealkan agar ditulis secara konkrit dan bersifat operasional. Kesadaran mengenai pentingnya penulisan dalam suatu bentuk kodifikasi ini dapat dibandingkan dengan perkembangan sejarah yang pernah dialami oleh sistem hukum pada abad ke-10 di zaman khalifah Harun Al-Rasyid atau dengan muncul pandangan filsafat Posivisme Auguste Comte pada abad ke 18 yang turut mempengaruhi pengertian modern tentang hukum positif. Perkembangan generasi ketiga ini, mulai diidealkan terbentuknya sistem kode etika di pelbagai bidang organisasi profesi dan organisasi-organisasi publik. Bahkan sejak lama sudah banyak di antara organisasi-organisasi kemasyarakatan ataupun organisasi-organisasi profesi di Indonesia sendiri, seperti Ikatan Dokter Indonesia, dan lain-lain yang sudah sejak dulu mempunyai naskah Kode Etik Profesi. Dewasa ini, semua partai politik juga mempunyai kode etik kepengurusan dan keanggotaan. Pegawai Negeri Sipil juga memiliki kode etika PNS. Inilah taraf perkembangan positivist tentang sistem etika dalam kehidupan publik.

4. Etika Fungsional Tertutup:

Tahap perkembangan generasi pengertian etika yang terakhir tahap fungsional, yaitu bahwa infra-struktur kode etika itu disadari harus difungsikan dan ditegakkan dengan sebaik-baiknya dalam praktik kehidupan bersama. Untuk itu, diperlukan infra-struktur yang mencakup instrumen aturan kode etik dan perangkat kelembagaan penegaknya, sehingga sistem etika itu dapat diharapkan benar-benar bersifat fungsional. Dimana-mana di seluruh dunia, mulai muncul kesadaran yang luas untuk membangun infra struktur etik ini di lingkungan jabatan-jabatan publik.

Pada tahun 1996, Sidang Umum PBB merekomendasikan agar semua anggota membangun apa yang dinamakan "*ethics infra-structure in public offices*" yang mencakup pengertian kode etik dan lembaga penegak kode etik. Itu juga sebabnya maka di Eropa, di Amerika, dan negara-negara lain di seluruh penjuru dunia mengembangkan sistem kode etik dan komisi penegak kode etik itu. Tidak terkecuali kita di Indonesia juga mengadopsi ide itu dengan membentuk Komisi Yudisial yang dirumuskan dalam Pasal 24B UUD NRI 1945 Perubahan Ketiga UUD 1945 pada tahun 2001. Bersamaan dengan itu, Indonesia juga membentuk Badan Kehormatan DPR, dan Badan Kehormatan DPD, dan lain-lain untuk maksud membangun sistem etika bernegara. Pada tahun 2001, MPR-RI juga mengesahkan Ketetapan MPR No. VI Tahun 2001 tentang Etika Kehidupan Berbangsa.⁵⁷

Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR) RI menerbitkan Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia Nomor VII/MPR/2001 tentang Etika Kehidupan Berbangsa. Untuk mewujudkan cita-cita luhur bangsa Indonesia sebagaimana termaktub dalam Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 tersebut, diperlukan pencerahan sekaligus pengamalan etika kehidupan berbangsa bagi seluruh rakyat Indonesia. Etika Kehidupan Berbangsa merupakan rumusan yang bersumber dari ajaran agama, khususnya yang bersifat universal, dan nilai-nilai luhur budaya bangsa yang tercermin dalam Pancasila sebagai acuan dasar dalam berpikir, bersikap dan bertindak laku dalam kehidupan berbangsa.

⁵⁷ *Ibid* . hlm,6

Etika Kehidupan Berbangsa dirumuskan dengan maksud untuk membantu memberikan penyadaran tentang arti penting tegaknya etika dan moral dalam kehidupan berbangsa, dan bertujuan menjadi acuan dasar untuk meningkatkan kualitas manusia yang beriman, bertakwa dan berakhlak mulia serta berkepribadian Indonesia dalam kehidupan berbangsa. Keprihatinan akan kemunduran etika kehidupan berbangsa, maka MPR memandang perlu adanya Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia tentang Etika Kehidupan Berbangsa.

Pokok-pokok etika dalam kehidupan berbangsa mengedepankan kejujuran, amanah, keteladanan, sportifitas, disiplin, etos kerja, kemandirian, sikap toleransi, rasa malu, tanggung jawab, menjaga kehormatan serta martabat diri sebagai warga bangsa. Etika kehidupan berbangsa ini disusun untuk diamalkan oleh seluruh warga bangsa. Sudah barang tentu pejabat pemerintah wajib melaksanakan ketetapan MPR RI ini dalam menjalankan roda pemerintahan.

Pejabat memiliki kewenangan untuk mengatur dan wewenang untuk melakukan sesuatu. Untuk menjalankan kewenangan tersebut acapkali pejabat harus mengambil keputusan atau tindakan berdasarkan kewenangan kebebasan bertindak terutama dalam rangka memberikan pelayanan umum (*public service*) serta menciptakan kesejahteraan masyarakat (*bestuurzorg*). Untuk itu, kepada pejabat pemerintah diberikan kekuasaan regulatif, yakni tindakan hukum yang sah untuk mengatur kehidupan masyarakat yang acapkali juga melalui instrumen kewenangan diskresi.

Perumusan (*formulation*) dan penerapan (*implementation*) kebijakan pemerintah ini harus dilakukan sebaik mungkin sebab melalui kebijakan pemerintah tidak hanya mengandung konsekuensi yuridis semata, tetapi juga konsekuensi etis dan moral. Hanya melalui pendekatan yuridis saja, kebijakan yang diambil kurang memperhatikan aspek dampak dan/atau kemanfaatan dari kebijakan tersebut. Mengingat kelemahan yang ada pada pendekatan yuridis yang selama ini diterapkan maka perlu dikembangkan pendekatan baru dalam perumusan kebijakan pemerintah yaitu pendekatan etika dan moral.

Etika mencakup filsafat moral atau pembenaran filosofis. Moralitas merupakan instrument kemasyarakatan yang berfungsi sebagai penuntun tindakan (*action guide*) untuk segala pola tingkah laku yang disebut bermoral. Moralitas akan serupa dengan hukum disatu pihak dan dengan etika dipihak lain. Bedanya dengan etiket, moralitas memiliki pertimbangan yang jauh lebih tinggi tentang “kebenaran” dan “keharusan”. Disamping itu moral juga dapat dibedakan dengan hukum, sebab ia tidak diubah melalui tindakan legislatif, eksekutif maupun yudikatif. Demikian pula sanksi dalam moralitas tidak melibatkan paksaan fisik atau ancaman, melainkan lebih bersifat internal. Misalnya berwujud rasa bersalah, malu dan sejenisnya.⁵⁸

Robert.C. Solomon menggariskan adanya perbedaan antara etika, moral dan moralitas. Etika merujuk pada dua hal pertama etika berkenaan dengan disiplin ilmu yang mempelajari nilai-nilai yang dianut oleh manusia beserta dalam pembenarannya dan dalam hal ini etika merupakan salah satu cabang filsafat. Kedua etika merupakan pokok permasalahan di dalam disiplin ilmu itu sendiri yaitu nilai nilai hidup dan hukum hukum yang

⁵⁸ William K. Frankena dikutip dari Wahyudi Kumorotomo, *Etika Administrasi Negara*, (Jakarta: Rajawali Press, 2007), hlm.9

mengatur tingkah laku manusia. Moral dalam pengertiannya yang umum menaruh penekanan kepada karakter dan sifat individu yang khusus diluar ketaatan kepada peraturan. Oleh karena itu moral merujuk pada tingkah laku yang bersifat spontan seperti rasa kasih, kemurahan hati, kebesaran jiwa dan sebagainya yang kesemuanya tidak terdapat dalam peraturan perundang-undangan.⁵⁹

The Lian Gie, tidak mempertentangkan penggunaan istilah etika dan moral berdasarkan keyakinan bahwa keduanya merujuk kepada persoalan yang sama meskipun berasal dari dua istilah yang berbeda, tetapi makna epistimologinya tetap sama.⁶⁰

Munculnya Etika sebagai suatu pedoman bertingkah laku dapat terbentuk dalam dua macam proses, yaitu :

1. Secara alamiah terbentuk dari dalam (internal) diri manusia karena pemahaman dan keyakinan terhadap suatu nilai-nilai tertentu (khususnya agama / religi).
2. Diciptakan oleh aturan aturan eksternal yang disepakati secara kolektif, misalnya sumpah jabatan, disiplin dan sebagainya. Sumpah jabatan dan peraturan disiplin pada gilirannya akan membentuk etika birokrasi.

Implementasi etika sebagai suatu pedoman bertingkah laku dapat dikelompokkan menjadi dua aspek yakni internal (ke dalam) dan eksternal (ke luar). Dari aspek 'ke dalam' seseorang akan selalu bertingkahtaku baik meskipun tidak ada orang lain disekitarnya. Etika dalam pengertian ini lebih dimaknakan sebagai moral. Sedangkan dalam aspek 'ke luar' implementasi etika akan

⁵⁹ *Ibid*, hlm.7

³⁷. The Liang Gie, *Materi Pokok Etika Administrasi Pemerintahan*, Modul Universitas Terbuka, (Jakarta : Karunika. 1987), hlm.I.19

berbentuk sikap/perbuatan/perilaku yang baik dalam kaitannya interaksi dengan orang/pihak lain.

Undang-Undang Pelayanan Publik 1996 Queensland mengukuhkan keinginan para menteri negara bagian untuk bersikap profesional dan bebas dari politik. Keputusan soal karier dalam pelayanan publik dikukuhkan pada 1997, yang didukung oleh pasal-pasal tentang lapangan kerja, pemutusan hubungan kerja, dan naik banding.⁶¹

Secara terpisah kerangka nilai yang menentukan batasan integritas dalam pelayanan publik-profesionalisme, perilaku beretika dan pelayanan publik-ditentukan definisinya oleh Undang-Undang Etika Sektor Publik 1994. Undang-undang ini secara tegas menetapkan aspirasi dibidang profesi yang sebelumnya hanya berupa konvensi (sampai 1988).⁶² Ada lima prinsip yang jadi dasar “kewajiban etika” yang dirinci dalam undang-undang ini. Menghormati undang-undang dan sistem pemerintahan (sistem parlemen), menghormati setiap orang, integritas, rajin, hemat, dan efisien.⁶³

Di Amerika misalnya, akibat skandal “Watergate” pemerintah negara ini membentuk Kantor Etika Pemerintah (OGE) menjadi lembaga untuk memberikan arahan nilai pada penyusunan kebijakan dan program etika dalam cabang eksekutif. Setiap lembaga bertanggung jawab menjalankan program etik

⁶¹ Jeremy Pope, *Strategi Memberantas Korupsi* (Edisi Ringkasan) diringkas oleh Tjahyono, EP Cetakan Kedua, (Jakarta: diterbitkan atas Kerjasama Transparency International & Transparansi Internasional Indonesia , April 2008), hlm.48

⁶² *Loc.cit.*

⁶³ *Ibid.*49

masing-masing, dengan tanggung jawab ada pada kepala lembaga, berdasarkan standar perilaku etik pegawai cabang eksekutif yang disusun oleh OGE⁶⁴.

Integritas pejabat merupakan salah satu indikator yang dapat dipakai untuk mengukur ketepatan penggunaan diskresi. Integritas diartikan mutu, sifat, atau keadaan yang menunjukkan kesatuan yang utuh sehingga memiliki potensi dan kemampuan yang memancarkan kewibawaan dan kejujuran.⁶⁵ Dari makna katanya Integritas (Integrity) adalah bertindak konsisten sesuai dengan nilai-nilai dan kebijakan organisasi serta kode etik profesi, walaupun dalam keadaan yang sulit untuk melakukan ini. Dengan kata lain, “satunya kata dengan perbuatan”. Mengkomunikasikan maksud, ide dan perasaan secara terbuka, jujur dan langsung. Integritas berarti mutu, sifat, atau keadaan yang menunjukkan kesatuan yang utuh sehingga memiliki potensi dan kemampuan yang memancarkan kewibawaan dan kejujuran. Integritas dikatakan sebagai konsistensi dan keteguhan yang tak tergoyahkan dalam menjunjung tinggi nilai-nilai luhur dan keyakinan. Pengertian lain dari integritas adalah suatu konsep yang menunjukan adanya konsistensi antara tindakan dengan nilai dan prinsip. Dalam pandangan etika, integritas dapat diartikan juga sebagai kejujuran dan kebenaran dari tindakan seseorang. Lawan dari integritas adalah *hipocrisy* (hipokrit atau munafik). Seorang dikatakan “*mempunyai integritas*” apabila

⁶⁴ *Ibid*, hlm. 49

⁶⁵ <http://kbbi.web.id/> akses tanggal 4 Februari 2015, j. 22.00

tindakannya sesuai dengan nilai-nilai, keyakinan, dan prinsip yang dipegangnya.⁶⁶

Stephen R. Covey membedakan antara kejujuran dan integritas "*honesty is telling the truth, in other word, conforming our words reality-integrity is conforming to our words, in other words, keeping promises and ful-filling expectations.*" Kejujuran berarti menyampaikan kebenaran, ucapannya sesuai dengan kenyataan. Sedang integritas membuktikan tindakannya sesuai dengan ucapannya. Orang yang memiliki integritas dan kejujuran adalah orang yang merdeka. Mereka menunjukkan keauntetikan dirinya sebagai orang yang tanggung jawab dan berdedikasi.⁶⁷ Integritas dan kepemimpinan sangat erat satu sama lain. Stephen Covey menyebutkan *integrity is doing what we say will do*. Seorang pemimpin harus dapat bertindak secara konsisten antara kata dan perbuatan.

Integritas juga ditempatkan sebagai inti etika keutamaan yang digagas oleh Solomon dengan menyebut integritas tidak hanya tentang otonomi individu dan kebersamaan, tetapi juga loyalitas, keserasian, kerjasama, dan dapat dipercaya.⁶⁸ Integritas terjadi ketika implementasi tindakan yang dilakukan konsisten dengan prinsip moral yang digunakan sebagai pegangan dalam membuat keputusan di tahap penalaran etis yang di dalamnya kesadaran moral berperan secara dominan. Itu sebabnya konsistensi terhadap prinsip prinsip moral disebut sebagai integritas moral. Kohlberg menekankan pentingnya perhatian kesadaran

⁶⁶ <http://id.wiktionary.org/wiki/integritas> , akses tanggal 4 Pebruari 2015, 22.00

⁶⁷ Covey Stephen.R, *Principle Centered Leadership*, Terjemahan Sanjaya Julius dan Lindon Saputra (Jakarta: Binarupa Aksara, 1997).hlm.79

⁶⁸ Solomon dikutip dari Anggara Wisesa, "Integritas Moral Dalam konteks Pengambilan Keputusan Etis", *Jurnal Manajemen Teknologi*, Vol. 10. No.1 tahun . 2011, hlm.83

moral ini untuk memahami bagaimana keputusan diambil dan juga alasan etis mengapa seseorang mengambil keputusan tertentu. Satu hal dari konsep ini yang mendasar adalah bahwa kesadaran moral tidak ditentukan oleh perasaan, melainkan oleh kemampuan intelektual yaitu kemampuan untuk memahami dan mengerti sesuatu.⁶⁹

5. Diskresi

Henry Campbell Black dalam Black Law Dictionary mendefinisikan *“discretion” means a power or right conferred upon them by law of others, as applied to public official capacity in a manner which appears to be just and proper under the circumstances*”⁷⁰ Dikutip oleh Nirahua Salmon Eliazer Marthen dari *Legal Dictionary* : Diskresi dalam pengertian *discretionary power* dalam *common law system* di Inggris adalah *“the power of judge, public official or a private party (under authority given by contract, trust or will) to make decisions on various matters based on his/her opinion within general legal guidelines).*⁷¹

Menurut Lawrence M Friedman diskresi merupakan istilah yang memiliki banyak arti. Diskresi (pertimbangan pemikiran) biasanya mengacu pada suatu kasus dimana seseorang atau subyek, memiliki kekuasaan untuk memilih diantara berbagai alternative suatu peraturan. Peraturan memiliki aspek ganda yaitu diperuntukkan bagi petugas, selain juga diperuntukkan pada sebagian atau semua

⁶⁹ Frans Magnis Suseso, dikutip dari Anggara Wisesa, *ibid*, hlm.84

⁷⁰ Henry Campbell Black, *Black's Law Dictionary*, (Fifth Edition :by The PublishersEditorial Staff :St Paul Minns Publishing .Co.1979). pg.419

⁷¹ Nirahua Salmon Eliazer Marthen, "Penggunaan Diskresi Dalam Tindakan Pemerintah" orasi inaugurasi dalam rangka penerimaan jabatan akademik/fungsional dosen sebagai Profesor , Universitas Pattimura, Jum'at, 11 Juni 2012
<https://oapsnetwork.wordpress.com/2014/02/17/penggunaan-diskresi-dalam-tindakan-pemerintah> , akses tanggal 10 Januari 2015

publik. Ada empat tipe peraturan, *pertama* setiap peraturan bersifat pasti dan tetap, dari dua segi baik petugas maupun publik sama-sama tidak memiliki pilihan. Misalnya sebagian besar hukum pidana memiliki tipe ini. Jenis *kedua* yaitu peraturan yang disebut otorisasi, berlaku diskresioner bagi publik tapi tidak bagi petugas. Jenis *ketiga privilese* berlaku diskresioner dari dua segi seorang yang memenuhi ketentuan bisa menggunakan bisa tidak, dan jenis *keempat* hanya petugas yang memiliki alternatif. Hal ini juga amat lazim dalam undang-undang pidana sering kali memberikan diskresi yang luas pada hakim untuk menentukan pidana.⁷² Diskresi dalam pendekatan ini diartikan sebagai kewenangan dari seorang hakim, pejabat publik atau pihak swasta (yang bertindak berdasarkan kewenangan yang diberikan oleh suatu perjanjian) untuk membuat keputusan dalam berbagai hal berdasarkan pendapatnya sendiri dengan mengacu kepada aturan hukum normatif.

Berbeda dengan pengertian diskresi yang diterapkan pada konsep *discretionary power* dari Friedman yang merupakan kewenangan yang dimiliki baik oleh hakim, pejabat publik dan pihak swasta, diskresi pada ranah administrasi Negara lebih menitik beratkan pada diskresi untuk melakukan *vrij bestuur* (kebebasan pemerintahan) dalam melaksanakan tindakan pemerintahan. Pilihan terhadap aspek rumusan norma dan kondisi faktual tidak berarti sebebas-bebasnya, namun parameter pengujiannya didasarkan pada peraturan perundang-undangan dan asas-asas umum pemerintahan yang baik.

⁷² Lawrence, M Friedman, *Sistem Hukum Perspektif Ilmu Sosial*, terj: M.Khosim, (Bandung: Nusa Media, 2009), hlm.44

Konsep *vrij bevoegdheid* di Belanda diarahkan pada ranah hukum publik, karena istilah *bevoegdheid* lebih didekatkan pada ranah hukum publik dalam kaitan dengan *vrijbestuur* (kebebasan pemerintahan) dalam melaksanakan tindakan pemerintahan. N.M. Spelt – J.B.J.M. ten Berge dalam tulisannya yang berjudul “*Inleiding Vergunningenrecht*” sebagaimana disitir oleh Philipus M. Hadjon, membedakan 2 (dua) macam kebebasan pemerintahan (*vrij bestuur*) yaitu *beleidvrijheid* (kebebasan kebijaksanaan) dan *beoordelingsvrijheid* (kebebasan penilaian)⁷³.

Diskresi yang digunakan pada penyelenggaraan pemerintahan di daerah oleh kepala daerah pada dasarnya lebih pada pengertian diskresi yang berkembang di Belanda yaitu didekatkan pada ranah hukum publik dalam kaitan dengan kebebasan pemerintahan yang berupa *beleidvrijheid* (kebebasan kebijaksanaan) dalam melaksanakan tindakan pemerintahan.

Pelaksanaan diskresi yang diberikan pada pemerintahan daerah dalam rangka mengambil keputusan yang bersifat mendesak dan penting, dapat memberi dampak positif sehingga efisiensi dan efektivitas penyelenggaraan pemerintah dapat dicapai. Namun acapkali terjadi kerancuan pemahaman dan penggunaan diskresi sehingga praktek penggunaan diskresi dirasakan tidak sesuai dari tujuan diskresi itu sendiri. Penyelenggaraan urusan pemerintahan yang banyak didelegasikan pada pemerintahan daerah ini menimbulkan urgensi kepala daerah dalam penggunaan diskresi menjadi sangat penting. Faktor diri pejabat dalam penerapan diskresi menjadi penting

⁷³ Philipus M. Hadjon, *Discretionary Power dan Asas-Asas Umum Pemerintahan Yang Baik (AAUPB)*, Paper disampaikan pada Seminar Nasional , *Aspek Pertanggungjawaban Pidana Dalam Kebijakan Publik pada Tindak Pidana Korupsi*, Semarang 6-7 Mei 2004, hlm. 3.

Erlyn Indarti berpendapat bahwa aliran filsafat hukum *Legal Construtivism* adalah relativisme. *Legal Konstruktivism* memaknai hukum sebagai ralitas yang majemuk sekaligus beragam. Dalam hal ini hukum terbentuk berdasarkan pengalaman sosial individual yang sejatinya bersifat lokal dan spesifik.⁷⁴

Sulit pula membayangkan hukum yang sungguh sungguh sterile, murni dan bersih dari segala bentuk penerjemahan atau menafsiran oleh para penegak hukum sebagai bagian dari masyarakat yang memang diberi *mandate* untuk itu., ketika mereka menegakkannya. Sebab hal ini bukanlah semata mata ketrampilan cocok mencocokkan tanpa dipikir pikir ditimbang timbang antara segala bentuk pelanggaran dan tindak criminal yang dilakukan oleh anak manusia di muka bumi ini dengan seluruh peraturan peraturan perundang undangan yang berlaku. Hukum itu sendiri bukan merupakan tujuan akhir. Hukum hanya merupakan alat untuk mencapai tujuan akhir yang lebih baik dalam kehidupan bagi seluruh rakyat serta kemerdekaan sejati. Hukum adalah instrument kontrol sosial yang sangat dibutuhkan. Hukum menjadi “hidup” melalui upaya masyarakat untuk menafsirkan dan memahaminya dan melalui cara bagaimana mereka menggunakan sekaligus menegakkannya.⁷⁵

Menurut Mochtar Kusumaadmadja yang dirujuk Arief Sidharta, daya jangkau kontrol sosial birokrasi pemerintahan dengan bersaranakan kaidah-kaidah hukum sangat terbatas. Hukum, baik hukum pidana maupun hukum administrasi negara, mengatur tindakan-tindakan manusia yang nyata (*'de uiterlijke gedragingen en handelingen van de mens'*) dan harus mendasarkan pengaturannya (termasuk pembuktian dan sanksinya) pada tindakan-tindakan nyata itu." ⁷⁶

Diskresi diperlukan sebagai pelengkap dari asas legalitas, yaitu asas hukum yang menyatakan bahwa setiap tindak atau perbuatan administrasi negara

⁷⁴ Erlyn Indarti, Pidato Pengukuhan *Diskresi dan Paradigma Sebuah Telaah Filsafat Hukum*, Penerbit.Badan Penerbit Universita Diponegoro, Semarang, 2010. hlm.32

⁷⁵ *Ibid.* hlm.39

⁷⁶ B. Arief Sidharta, *Etika dan Kode Etik Profesi Hukum*, Makalah pada Diktat MK. Filsafat Hukum (S3) UII. hlm.6

harus berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Namun sebagaimana dikemukakan oleh Ridwan bahwa adanya cacat bawaan dan cacat buatan yang terdapat dalam peraturan perundang undangan , kepada pemerintah diberikan kewenangan diskresi atau ermessen .

Menurut Bagir Manan setidaknya ada 2 (dua) penyebab keterbatasan dan kelemahan dari hukum tertulis yaitu:⁷⁷

- a. Hukum sebagai bagian dari masyarakat mencakup semua aspek dalam kehidupan yang sangat luas dan kompleks , sehingga tidak mungkin semua dijemakan dalam bentuk peraturan perundang undangan tertulis.
- b. Peraturan perundang undangan sebagai hukum tertulis pada umumnya bersifat statis yang tidak dapat dengan cepat mengikuti gerakan pertumbuhan, perkembangan dan perubahan masyarakat yang harus diembannya.

Salah satu ciri keterbatasan dari hukum tertulis ditandai dengan adanya ketentuan norma tersamar (*vage norm*) manupun ketentuan norma yang terbuka (*open texture*). *Vage norm* merupakan norma yang pengertiannya tidak dapat diterapkan secara persis, sedangkan norma terbuka (*open texture*) merupakan norma yang pengertiannya membuat ciri ciri yang dalam perjalanan waktu mengalami perubahan.⁷⁸

⁷⁷ Bagir Manan dan Kuntoro Magnar, dirujuk Andi Nirwanto, "Arah Pemberantasan Korupsi ke Depan–Pasca Undang Undang Administrasi Pemerintahan", *Seminar Nasional HUT IKAHI*, 26 Maret 2015, hlm.8

⁷⁸ JJH Briggink, *Refleksi Tentang Hukum Alih Bahasa* B.Arief Sidharta (Bandung: Citra Aditya Bhakti, 1996). hlm.61

Atas dasar keterbatasan hukum tertulis tersebut maka diskresi diperlukan oleh pejabat publik ketika menghadapi berbagai permasalahan yang penting dan mendesak yang tidak mungkin menunggu sampai adanya undang undang baru yang disahkan oleh lembaga legislasi. Menurut Laica Marzuki diskresi dibutuhkan untuk menjabarkan dan mendinamisir supaya penyelenggaraan pemerintahan, menurut kehendak pembuat undang undang.⁷⁹

Mendasarkan tindakan pemerintah pada asas legalitas dan diskresi atau *ermessen* sesungguhnya adalah mendasarkan tindakan itu pada kewenangan. Tindakan yang mendasarkan pada asas legalitas mengandung arti mendasar tindakan itu pada kewenangan terikat (*Geboundend bevoegheid*), sedangkan tindakan yang mendasarkan pada diskresi berarti mendasarkan tindakan pada kewenangan tidak terikat.⁸⁰

Diskresi pada dasarnya adalah sesuatu yang tidak dapat terelakkan baik bagi penerapan hukum itu sendiri maupun di dalam pelaksanaan tugasnya walaupun di permukaan tampak bertentangan dengan *rule of law*. Sifat peraturan yang memang terbuka secara logika membuat elemen diskresi setidaknya yang implisit tidak dapat ditolak. Diskresi pada dasarnya secara alamiah melekat pada dan menyatu dengan individu mapun institusi penegak hukum. Konsekuensinya diskresi juga melekat secara alamiah pada pelaksanaan setiap tugasnya. Pendeknya dimanapun dan kapanpun para pejabat dan penegak hukum

⁷⁹ Laica Marzuki, " Menyoal Penggunaan Diskresi Dalam Penyelenggaraan Pemerintah", *Seminar Nasional HUT IKAHI*, 26 Maret 2015, hlm.5

⁸⁰ Ridwan, *Diskresi dan Tanggung Jawab Pemerintah*, (Yogyakarta : FH UII Press, , 2014) hlm.7

sebenarnya akan senantiasa berfikir, bersikap, berkata, bertindak berlandaskan pada diskresi yang ada padanya.⁸¹

Diskresi dalam hukum administrasi adalah suatu keniscayaan. Jika seorang pejabat administrasi pemerintahan harus menggunakan diskresi dalam pembuatan suatu keputusan administrasi pemerintah, pejabat yang bersangkutan wajib memperhatikan tujuan pemberian diskresi, batas-batas hukum yang berlaku serta kepentingan umum. Agar diskresi yang ada pada administrasi negara tersebut tidak disalah gunakan, maka diperlukan adanya tolok ukur pembatasan terhadap penggunaannya. Unsur-unsur yang harus dipenuhi oleh suatu diskresi adalah:⁸²

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

Bachsan Mustafa menyebutkan bahwa *freies ermessen* (beberapa penulis menggunakan *freies ermessen* untuk diskresi) diberikan kepada pemerintah mengingat fungsi pemerintah atau administrasi negara yaitu menyelenggarakan kesejahteraan umum yang berbeda dengan fungsi kehakiman untuk menyelesaikan sengketa antar penduduk. Dalam kepustakaan hukum administrasi banyak pakar menggunakan istilah diskresi, tetapi juga digunakan *freies ermessen* untuk makna yang sama. Beberapa pakar memberikan batasan mengenai istilah

⁸¹ Philipus Hadjon, dkk, *ibid*

⁸² Sjachran Basah, *Perlindungan Terhadap Sikap-Tindak Administrasi Negara*, (Bandung : Alumni, 1992), hlm 3-5.

ini. Menurut Prajudi Admosudirdjo, asas diskresi (*discretie, freies ermessen*) artinya pejabat penguasa tidak boleh menolak mengambil keputusan dengan alasan tidak ada peraturannya dan oleh karena itu diberi kebebasan untuk mengambil keputusan menurut pendapat sendiri asalkan tidak melanggar asas yuridiktas dan asas legalitas.

Menurut Nirahua Salmon Eliazer Marten⁶⁷: Dalam kaitan dengan diskresi dalam arti "Ermessen" di Jerman bukan arti "freies ermessen" seperti yang selama ini diterapkan dalam hukum di Indonesia. Adanya ermessen yang freies oleh para pakar hukum sebelumnya lebih didekatkan pada konsep *vrij bevoegdheid* yang berlaku di Belanda, sebagai kewenangan bebas. Padahal esensi *vrij bevoegdheid* berbeda dengan ermessen. Konsep Ermessen diartikan sebagai "jika setiap lembaga Negara/publik memiliki kewenangan buat ber "ermessen" (pertimbangan) maka lembaga Negara/publik haruslah menggunakan "ermessen" seperti selama ini diterapkan dalam dan batas batas hukum yang berlaku bagi diskresi tersebut.

Mengingat makna ermessen berbeda dengan diskresi yang diterapkan dalam hukum administrasi di Indonesia, dan peraturan perundang-undangan di Indonesia menggunakan istilah diskresi maka untuk paparan selanjutnya peneliti menggunakan istilah diskresi. Keputusan pemerintah lebih mengutamakan pencapaian tujuan atau sasarannya (*doelmatigheid*) daripada sesuai dengan hukum yang berlaku (*rechtmatigheid*). Dengan adanya diskresi ini berarti bahwa sebagian kekuasaan yang dipegang oleh badan pembentuk undang-undang dipindahkan ke dalam tangan pemerintah/administrasi negara (*delegatie van wetgeving*). Menurut asal usul etimologinya ide diskresi adalah pertimbangan ,

⁶⁷<https://oapsnetwork.wordpress.com/2014/02/17/penggunaan-diskresi-dalam-tindakan-pemerintah>, Nirahua Salmon Eliazer Marthen, "PENGUNAAN DISKRESI DALAM TINDAKAN PEMERINTAH" orasi inaugurasi dalam rangka penerimaan jabatan akademik/fungsional dosen sebagai Profesor , Universitas Pattimura, Jum'at, 11 Juni 2012, diakses tanggal 10 Januari 2015, 19.00

khususnya pertimbangan yang baik. *“according to its etymological, the idea of discretion judgement particular good judgement”* ⁸⁴

Ada 2 macam diskresi yaitu : diskresi bebas dan diskresi terikat. Dalam diskresi bebas, pejabat administrasi negara bebas mengambil keputusan yang mana saja asalkan tidak melampaui batas-batas yang ditentukan oleh undang-undang. Diskresi terikat yaitu dimana pejabat administrasi negara yang berwenang bebas untuk mengambil keputusan yang mana saja menurut pendapatnya sendiri dengan jalan memilih alternatif-alternatif yang ditentukan undang-undang. ⁸⁵ Prajudi Admosudirdjo, membagi diskresi bebas apabila undang undang yang menentukan batas batasnya, dan diskresi terikat apabila undang-undang menetapkan beberapa alternatif untuk dipilih salah satu yang oleh pejabat administrasi negara dianggap paling dekat. Istilah *freies ermessen* ini sepadan dengan kata *discretionair* yang artinya menurut kebijaksanaan, yang sebagai kata sifat berarti : menurut wewenang atau kekuasaan yang tidak atau tidak seluruhnya terikat pada undang-undang.

Menurut Gelligan diskresi adalah kebebasan memilih diantara alternative tindakan-tindakan *“so take paradigm of discretion is the power holder faced of choice amongst those action”* Jadi paradigma diskresi adalah pemegang kekuasaan yang dihadapkan pada pilihan untuk menentukan tindakan mereka. Berkenaan dengan kekuasaan diskresi Gelligan menyatakan :

Discretionary powers exercised by administrative and legal authorities are permissive, and not binding. These powers are granted to these officials by statute or delegation. Discretionary powers do not impose an

⁸⁴ D J Galligan , *Discretionary Power*, (New York: Oxford Press University , 1990), hlm 8

⁸⁵ Philipus,M. Hajon *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia*, Cet 1, (Yogyakarta, Gajahmada University press 1993), hlm.172

*obligation on a decision-maker to exercise them or to exercise them in a particular manner. Administrative agencies must exercise discretionary powers in accordance to legal requirements. Discretionary power must be used reasonably, impartially and avoiding oppression or unnecessary injury*⁸⁶

Konsep yang diutarakan oleh Gelligan menyangkut kekuasaan diskresi bahwa kekuasaan diskresi diijinkan dilakukan oleh administratif dan otoritas hukum bersifat tidak mengikat. Kewenangan ini diberikan kepada para pejabat oleh undang-undang atau delegasi . Kekuasaan diskresi tidak memaksakan kewajiban pada pembuat keputusan untuk menggunakannya atau untuk dapat menggunakannya dengan cara tertentu. Badan-badan administratif harus melaksanakan kekuasaan diskresi sesuai dengan persyaratan hukum . kekuasaan diskresi harus digunakan cukup , tidak memihak dan menghindari penindasan atau cedera yang tidak perlu .

Penyelenggaraan pemerintahan di Indonesia pemberian diskresi kepada pemerintah itu dapat diketahui dengan menganalisis Undang Undang Dasar Negara RI Tahun 1945 dan berapa peraturan perundang-undangan lainnya, terakhir secara hukum positif diskresi dituangkan dalam Undang Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan. Diskresi dapat dikatakan sebagai bentuk wewenang Badan atau Pejabat Pemerintahan yang memungkinkan untuk melakukan pilihan-pilihan dalam mengambil tindakan hukum dan/atau tindakan faktual dalam lingkup administrasi atau tata kelola suatu pemerintahan. Diskresi pada Undang Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Negara didefinisikan sebagai Keputusan dan/atau Tindakan yang ditetapkan

⁸⁶ D.J. Gelligan, *op.cit.* 11

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. Diskresi hanya digunakan sesuai dengan tujuannya. Dan hanya dapat dilakukan oleh Pejabat Pemerintahan yang berwenang, dengan berbagai persyaratan yaitu :

- a) sesuai dengan tujuan diskresi sebagaimana dimaksud diberikan;
- b) tidak bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan;
- c) sesuai dengan AUPB;
- d) berdasarkan alasan-alasan yang objektif;
- e) tidak menimbulkan konflik kepentingan; dan
- f) dilakukan dengan itikad baik.

Yang-Yang dalam artikelnya "Fundamental Research on the Administrative Discretion Standard" mengemukakan :

The administrative discretion should need to be restricted by the standard, it for restricting the law enforcement personnel's personality, experiences and randomness to active the justice of individual case. Its original intention and effect will be bound to nothing and it will lead to a series of dissimulation problems in practice, if the law enforcement within the discretion standard is not under the guidance of justice value.⁸⁷

"The value direction order justice and efficiency" Firstly the need of bjective value in the functional significance. The standard itself is e tool : people can achieve a certain objective value throught the tools. Value is the category that related to the subject's purpose if without value guidance . Secondly the need of of objective value in the standard significance. There is rampant selfishness and concensus disintegration of the diverse social backgrounds. The perfection of the objective value ofteh becomes aa mutually acceptable proposal by interests of the paties⁸⁸

⁸⁷ <http://dx.doi.org/10.4236/blr.2012.33017> Published Online September 2012, (<http://www.SciRP.org/journal/blr>) Yang Yang, "Fundamental Research on the Administrative Discretion Standard" *Beijing Law Review*, 2012, 3, 128-132 diakses 10 Januari 2014diakses 10 Januari 2014, j. 20.00

⁸⁸ *loc.cit*

Dinyatakan Yang Yang bahwa standard diskresi administrasi harus memenuhi efisiensi bagi masyarakat. *Pertama* penegakan hukum administrasi memerlukan efisiensi dalam kehidupan ekonomi modern. Efisiensi mengacu pada penggunaan sumber daya sosial untuk memenuhi keinginan dan kebutuhan masyarakat secara efektif. *Kedua* dalam proses tata kelola penegakan hukum administrasi dibutuhkan partisipasi orang-orang. Dalam konteks demokrasi salah satunya adalah pilihan untuk mewujudkan ketertiban dan keadilan dalam proses penegakan administrasi, konsultasi dengan publik dan membiarkan masyarakat bebas untuk berpartisipasi dalam perumusan dan pelaksanaan standard administrasi, secara demokratis dan efisien.

Arah dari nilai nilai tersebut adalah aturan, keadilan dan efektifitas yang menjadi kebutuhan. *Pertama* adalah nilai obyektif dalam ketepatan fungsional . Standar itu sendiri adalah alat ; orang dapat mencapai nilai obyektif tertentu melalui alat . Nilai adalah kategori yang terkait dengan tujuan subjek , akan kebutuhan . Seperti ilmu adalah pedang bermata dua , standar akan menyimpang dari tujuannya jika tanpa bimbingan nilai . *Kedua* , kebutuhan nilai obyektif dalam arti standar. Ada merajalela keegoisan dan konsensus disintegrasi dengan alasan latar belakang sosial yang beragam . Kesempurnaan nilai obyektif sering menjadi usulan yang dapat diterima oleh kepentingan bersama berbagai pihak .

Dengan adanya diskresi menyebabkan administrasi negara memiliki kekuasaan bertindak dalam menghadapi persoalan-persoalan yang mendesak dikarenakan aturan belum ada, yang terwujud melalui kebijaksanaannya Pada

dasarnya hal ini berarti bahwa administrasi negara menentukan “apakah hukumnya” bagi persoalan permasalahan tersebut dan masalah ini erat kaitannya dengan masalah pertanggungjawabannya. Sebuah negara hukum penggunaan diskresi hanya dapat dilakukan pemerintah sebagai; sikap aktif dari administrasi negara atau atas inisiatipnya sendiri; menyelesaikan persoalan-persoalan penting, mendesak dan muncul secara tiba tiba dan harus segera diselesaikan; dalam menjalankan tugas-tugas servis publik; dimungkinkan oleh hukum; dapat dipertanggung-jawabkan baik secara moral kepada Tuhan Yang Maha Esa maupun secara hukum.⁸⁹

6. Teori Hukum Responsif

Sebelum membahas teori hukum responsive, Philippe Nonet dan Phillip Zelnick membedakan tiga klasifikasi dasar dari hukum dalam masyarakat, yaitu hukum sebagai pelayan kekuasaan represif (hukum represif), hukum sebagai institusi tersendiri yang mampu menjinakan represif dan melindungi integritas dirinya (hukum otonom), dan hukum sebagai fasilitator dari berbagai respon terhadap kebutuhan dan aspirasi sosial (hukum responsif).

Tabel 2 :Tiga Klasifikasi Hukum Menurut Phillipe Nonet dan Philip Selznick ⁹⁰

Variabel	Hukum represif	Hukum Otonom	Hukum Responsif
TujuanHukum	ketertiban	keabsahan	kompetensi(kewenangan)
Legitimasi	perlind. Masy sebagai dasar alasan	kebenaran prosedural	keadilan substansial
Peraturan-Peraturan	keras terperinci,	dibuat dengan teliti &	tunduk pada asas2

⁸⁹ Saut P.Panjaitan, “Makna dan Peranan Freies Ermessen dalam Hukum Administrasi Negara”, dikutip dari SF.Marbun .et. all (Penyunting), *Dimensi-Dimensi Pemikiran Hukum Administrasi Negara*, UII Press. Yogyakarta 2002.hlm 278

⁹⁰ Philippe Nonet dan Philip Zelnick, *Hukum Responsif*, (terj: Raisul Muttaqien), (Bandung: Nusamedia, 2007). hm.19

	namun lunak bagi pembuatnya	mengikat yg membuat & yg diatur	hukum dan kebijakan
Alasan	bersifat keras , ad hoc, tepat dan tersendiri	melekat secara ketat pada otoritas hukum	sesuai dengan tujuan merupakan perluasan dari kompetensi legislatif
Diskresi	Meresap dilakukan sesuai dengan kesempatan yang ada	dibatasi oleh peraturan, pengesahan wewenang	diperluas tapi dipertanggungjawabkan demi tujuan
Pemaksaan	meluas pembatasannya lunak	dikendalikan oleh pembatasan hukum	dicari kemungkinan kira-kira insentif yang diciptakan sendiri sesuai kewajiban
Moralitas	moralitas komunal, moralitas hukum, moralitas pengekangan	moralitas institusional diisi dengan integritas proses yuridis	moralitas perdata moralitas kerjasama
Politik	hukum berada dibawah kekuasaan politik	hukum terlepas dari kekuasaan politik	aspirasi hukum dan politik terintegrasi menjadi satu kesatuan
Yang diharapkan dari kepatuhan	tanpa syarat, ketidak patuhan dihukum sebagai kejahatan	dasar peraturan, tingkah laku yang diberikan oleh hukum dipakai untuk menguji keabsahan statuta dari pemerintah ²	ketidak patuhan dinilai pada akibat substansi, diterima sebagai bahan pertimbangan untuk meningkatkan keabsahan

Penggunaan diskresi juga dikemukakan dalam kajian variabel yang berpengaruh pada tiga karakteristik hukum dari Philippe Nonet dan Philip Szelsnik. Teori hukum responsif dari Philippe Nonet dan Philip Szelsnik menyatakan bahwa pada konsepsi hukum responsif "Suatu institusi yang responsive mempertahankan secara kuat hal-hal yang esensial bagi integritasnya sembari tetap memperhatikan kekuatan-kekuatan baru di dalam lingkungannya."⁹¹ Menurut hukum responsif, diskresi diperluas tetapi tujuan yang hendak dicapai tetap pada tujuan. Untuk melakukan hal ini hukum responsif memperkuat cara-cara bagaimana keterbukaan dan integritas dapat saling menopang walaupun terdapat pertentangan diantara keduanya. Keadilan yang hakiki yang

⁹¹ Philippe Nonet dan Philip Zelnick, *Hukum Responsif*, (terj: Raisul Muttaqien), (Bandung: Nusamedia, 2007). hlm.87.

mengedepankan kebutuhan dan/kepentingan individu dan masyarakat, melalui proses pembuatan hukum partisipatif. Fungsi hukum sebagai instrumen pelaksana kehendak rakyat. Tujuan menetapkan standar untuk mengkritisi praktik yang mapan dan karenanya membuka jalan untuk melakukan perubahan. Pada saat bersamaan, jika benar-benar digunakan, tujuan dapat mengontrol diskresi administratif dan dengan demikian dapat mengurangi resiko terjadinya pelepasan institusional. Sebaliknya ketiadaan tujuan berakar pada kekakuan serta oportunisme⁹²

Menilik konsep hukum responsif, penggunaan diskresi harus sesuai dengan tujuan hukum yang substantif. Hukum Responsif, menempatkan hukum sebagai sarana respons terhadap ketentuan-ketentuan sosial dan aspirasi publik.⁹³ Penggunaan nama hukum responsif bukan terbuka atau adaptif, untuk menunjukkan suatu kapasitas beradaptasi yang bertanggung jawab dan dengan demikian adaptasi yang selektif dan tidak serapangan.⁹⁴

Sesuai dengan sifatnya yang terbuka, maka tipe hukum ini mengedepankan akomodasi untuk menerima perubahan-perubahan sosial demi mencapai keadilan dan emansipasi publik. Kepedulian pada akomodasi sosial, menyebabkan teori ini tergolong dalam wilayah *sociological jurisprudence* dan *realist jurisprudence*. Dua aliran tersebut pada intinya menyatakan kajian hukum yang lebih empirik melampaui batas-batas formalisme, perluasan pengetahuan hukum, dan peran kebijakan dalam putusan hukum. Hukum responsif berorientasi pada hasil, pada

⁹² *loc.cit.*

⁹³ *Ibid.* hlm.2

⁹⁴ . Philippe Nonet dan Philip Zelnick , *Ibid.*hlm.87

tujuan-tujuan yang akan dicapai di luar hukum. Dalam hukum responsif tatanan hukum dinegosiasikan, bukan dimenangkan melalui subordinasi. Apa yang dipikirkan oleh Nonet dan Selznick, menurut Prof. Satjipto Raharjo, sebetulnya bisa dikembalikan kepada pertentangan antara *analitical jurisprudence* di satu pihak dan *sociological jurisprudence* di pihak lain. Hukum responsif merupakan teori tentang profil hukum yang dibutuhkan dalam masa transisi. Karena harus peka terhadap situasi transisi di sekitarnya, maka hukum responsif tidak saja dituntut menjadi sistem yang terbuka, tetapi juga harus mengandalkan keutamaan tujuan (*the sovereignty of purpose*), yaitu tujuan sosial yang ingin dicapainya serta akibat-akibat yang timbul dari bekerjanya hukum itu. Jadi hukum responsif tidak membuang ide tentang keadilan, melainkan ia memperluasnya untuk mencakup keadilan substantif. Dua ciri yang menonjol dari konsep hukum responsif adalah (a) pergeseran penekanan dari aturan-aturan ke prinsip-prinsip dan tujuan; (b) pentingnya kerakyatan baik sebagai tujuan hukum maupun cara untuk mencapainya. Produk hukum yang berkarakter responsif proses pembuatannya bersifat partisipasif, yakni mengundang sebanyak-banyaknya partisipasi semua elemen masyarakat, baik dari segi individu, ataupun kelompok masyarakat dan juga harus bersifat aspiratif yang bersumber dari keinginan atau kehendak dari masyarakat. Dalam proses pengambilan keputusan yang didasarkan atas pertimbangan yang mementingkan tujuan inilah seringkali timbul berbagai keraguan mengenai apakah kebijakan yang diambil dengan alasan untuk lebih mementingkan efisiensi dan efektifitas tersebut merupakan keputusan yang tepat sebagai upaya untuk mencapai tujuan. Hal ini disebabkan oleh karena

kewenangan diskresi (*discretionary power*) yang dimiliki oleh pemerintah atas dasar kewenangan bebas (*vrije bevoegheid*) tersebut di atas dapat bersifat subyektif, bergantung kepada pengetahuan, keahlian, kebijaksanaan dan karakter dari aparat pemerintah/administrasi Negara pengambil keputusan tersebut. Hal ini senantiasa penting untuk dikaji oleh karena banyaknya jumlah Keputusan aparat pemerintah/administrasi Negara Indonesia yang berpengaruh terhadap pembangunan dan upaya pencapaian ke arah masyarakat yang sejahtera, adil dan makmur yang telah dibuat oleh Pemerintah. Hal tersebut pula yang telah menyebabkan bahwa Peraturan Perundangan-undangan Hukum Administrasi di Indonesia yang masih sangat sektoral (*Bijzondere Bestuurswetten*)⁹⁵

Hal penting dalam pemberian diskresi adalah agar para pejabat memiliki kebebasan mengenai cara bagaimana kekuasaan itu dijalankan daripada sekedar melaksanakan aturan-aturan terperinci. Kekuasaan yang dijalankan itu tentu dengan tujuan tertentu, oleh karena itu diskresi di samping bermakna kekuasaan untuk memilih di antara serangkaian tindakan juga mengandung arti pilihan mengenai bagaimana tujuan itu dicapai, meskipun tujuan itu telah ditetapkan. “*power to make choices between courses of action or where even though the end is specified, a choice exists as to how that the end should be reached*”⁹⁶ Galligan mengkaitkan penggunaan diskresi dengan hukum responsif dari Selznick dan Nonet. Pendekatan yang disarankan di sini untuk peraturan hukum hasil dari kekuasaan diskresi adalah: Atas dasar bahwa teknik hukum dan institusi hukum

⁹⁵ Philipus M. Hadjon, *et.al*, *ibid*, 2001, 17-18

⁹⁶ D J Galligan, *Discretionary Power*, (New York: Oxford Press University, 1990). hlm.2

memiliki dan menyediakan kerangka prinsip-prinsip dengan pengaruh dan termasuk pelaksanaan kekuasaan yang menyediakan dan jembatan antara nilai nilai politik dan keputusan pejabat. Tidak pada semua pertanyaan yang timbul dalam pengaturan masyarakat yang cocok untuk penentuan akhir oleh prosedur dan lembaga-lembaga hukum.

Risiko kekuasaan diskresi berada di antara dua kutub akuntabilitas di satu sisi pemeriksaan politik mungkin tidak efektif, sementara di sisi lain peraturan hukum yang bertentangan untuk memproses isi pada pengambilan keputusan daripada diarahkan pada hasil akhir. Untuk alasan ini dapat dikatakan bahwa hukum memiliki keterlibatannya yang lebih besar dalam proses diskresioner. Nonet dan Selznick yang menyarankan mengembangkan apa yang mereka sebut hukum responsif. Titik utama dari argumen mereka adalah bahwa, otoritas dengan berdasarkan aturan formal tidak mampu mengatasi tugas yang dilakukan oleh negara modern sehingga beberapa arah baru bagi hukum harus ditemukan yang bergerak menjauh dari ide, aturan namun tanpa meninggalkan regulasi pemerintah terhadap diskresi badan-badan administratif.

Solusi untuk integrasi otoritas hukum dan kekuasaan diskresi adalah hukum responsif dan konsep kunci hukum responsif adalah tujuan. Ide dasarnya adalah bahwa semua kekuatan yang dianugerahkan kepada lembaga untuk tujuan tertentu, dan bahwa ini dapat dibuat cukup untuk memberikan bimbingan obyektif, baik dalam merancang lembaga dan prosedur untuk pengambilan keputusan. Dan dalam menentukan inti terakhir dimana keputusan harus

diarahkan.⁹⁷ Pendekatan ini mengakui bahwa banyak aneka masalah terkait dalam kegiatan negara modern yang terbaik berkisar oleh lembaga lain dan pengadilan, sesuai dengan strategi yang dilakukan pusat belum tentu di sekitar aturan dan adjudikasi.⁹⁸

Pemerintahan yang responsif dan akuntabel, diharapkan akan menghasilkan rancang bangun kebijakan di tingkat nasional dan daerah, yang mempertimbangkan partisipasi warga, kualitas perlindungan sosial, serta kesinambungan (*sustainability*). Responsivitas disini menjelaskan kemampuan pemerintah untuk mengerti kebutuhan, agenda pencapaian, prioritas, dan , mengembangkan program program yang sesuai dengan aspirasi dan kebutuhan masyarakat. Oleh karena itu, responsivitas menunjuk pada keselarasan antara program dan kegiatan dengan kebutuhan masyarakat.⁹⁹

7. Teori Hukum Integratif

Sebagai pejabat yang melaksanakan fungsi pemerintahan yang sangat luas pada negara negara hukum modern, maka kesadaran akan nilai-nilai kemanusiaan, dengan tekanan pokok pada pemahaman mengenai beberapa dimensi humanitas, yakni manusia sebagai makhluk individual dan personal, sebagai makhluk sosial, mampu memilih, berpengetahuan, menyejarah dan membentuk diri serta dunia melalui pekerjaan, perlu disertakan dalam pembahasannya. Faktor diri pejabat dalam penerapan diskresi menjadi penting, sehingga integritas pejabat merupakan salah satu indikator yang dapat dipakai untuk mengukur ketepatan penggunaan

⁹⁷ Philippe Nonet dan Philip Selznick, *Hukum Responsif*, (terj: Raisul Muttaqien), (Bandung: Nusamedia, 2007), hlm. 100

⁹⁸ *ibid*, hlm. 196

⁹⁹ Agus Dwiyanto at.all, *Reformasi Tata Pemerintahan dan Otonomi Daerah*, (Yogyakarta:Pusat Studi Kependudukan dan Kebijakan UGM, 2003) . hlm.88

diskresi. Disamping itu kontrol kekuasaan administrasi agar diskresi tidak disalah gunakan merupakan permasalahan yang relevan untuk dikaji.

Pancasila merupakan falsafah hidup bangsa Indonesia, dimana pola hidup masyarakatnya berdasarkan pada nilai-nilai yang terkandung pada Pancasila. Oleh karena itu maka Pancasila sebagai dasar falsafah pimpinan pemerintahan – dalam hal ini kepala daerah dalam mengambil keputusan. *Legal values* dan *legal concept* Pancasila ini dituangkan dalam Teori hukum integratif dari Romli Atmasasmita. Teori ini dibangun bertolak dari pandangan dua guru besar hukum Indonesia yaitu Teori Hukum Pembangunan dari Muchtar Kusumaadmadja dan Teori Hukum Progresif dari Satjipto Rahardjo. Dapat disimpulkan bahwa jika hukum pembangunan Muchtar Kusumaadmadja merupakan sistem norma (*system of norm*) dan menurut Satjipto, hukum sebagai perilaku (*system of behavior*) maka Romli melengkapi bahwa hukum dapat diartikan, bahkan seharusnya dapat diartikan sistem nilai (*system of values*). Ketiga hakikat hukum dalam konteks kehidupan masyarakat Indonesia harus dipandang sebagai satu kesatuan pemikiran yang cocok dalam menghadapi dan mengantisipasi kemungkinan terburuk abad globalisasi saat ini dengan tidak melepaskan diri dari sifat tradisional masyarakat Indonesia yang masih mengutamakan nilai (*values*) moral dan sosial. Ketiga hakekat hukum dalam satu wadah pemikiran yang oleh Romli disebut *tri partite character of the Indonesian legal theory of Social dan Buerocratic Engineering (SBE)*.¹⁰⁰ Rekayasa birokrasi dan rekayasa masyarakat yang dilandaskan pada sistem norma, sisten perilaku dan sistem nilai

¹⁰⁰ Romli Admasasmita, *Teori Hukum Integratif* (Jogjakarta : Genta Publishing, 2012), hlm.97

yang bersumber pada Pancasila sebagai ideologi bangsa Indonesia, itulah yang dinamakan Teori Hukum Integratif¹⁰¹ Inti pemikiran Teori Hukum Integratif adalah merupakan perpaduan pemikiran Teori Hukum Pembangunan dan Teori Hukum Progresif dalam konteks Indonesia. Pemikiran Mochtar Kusumaatmadja yang berpendapat bahwa hukum merupakan salah satu alat pembaharuan masyarakat, setidaknya diilhami oleh pemikiran-pemikiran Roscoe Pound yang mengintroduksi bahwa *law as a tool of social engineering* yang di Negara Barat dikenal sebagai aliran *Pragmatic Legal Realism*.

Satjipto Rahardjo berpandangan bahwa hukum di Indonesia belum mampu mengakomodir perubahan sosial dan pembangunan yang terus berjalan seiring dengan hubungan Indonesia sebagai negara yang berdaulat dengan negara-negara di dunia. Bentuk ketidakberdayaan atau ketidakmampuan hukum Indonesia tercermin pada pola pengambilan hukum yang berasal dari Barat tanpa mengkritisnya dan menerimanya seolah-olah sebagai suatu model yang absolut normatif, serta mempergunakannya sebagai ukuran absolut untuk menilai kehidupan hukum di Indonesia. Tentunya tindakan seperti ini akan memberikan efek buruk bagi bangsa Indonesia terutama terkait perkembangan hukum. Adapun gagasan atau pandangan Satjipto sampaikan tentang perlunya perubahan secara radikal dalam pemikiran hukum yang selama ini berkembang, menuju ke arah pemikiran yang berorientasi kepada konsep Negara Berdasar Hukum yang berbasis sosial bukan hanya berbasis yuridis. Satjipto Rahardjo memberikan sebuah gagasan baru model penegakan hukum Indonesia dengan model hukum

¹⁰¹ *Ibid.hlm .98*

progresif. Seyogyanya penegak hukum bahkan kita semua harus berani keluar dari alur tradisi penegakan hukum yang hanya bersandarkan kepada peraturan perundang-undangan *an-sich*. Sebab hukum bukanlah semata mata ruang hampa yang steril dari konsep-konsep non hukum. Hukum harus pula dilihat dari perspektif sosial, perilaku yang senyatanya dan dapat diterima oleh dan bagi semua insan yang ada didalamnya. Meski tak jarang penerimaan itu sendiri tak selalu bermakna sama bagi semua. Hukum bukan hanya urusan (*business of rules*), tetapi juga perilaku (*matter of behavior*). Hukum adalah untuk manusia dan bukan sebaliknya, dan hukum itu tidak ada untuk dirinya sendiri, melainkan untuk sesuatu yang lebih luas, yaitu untuk harga diri manusia, kebahagiaan, kesejahteraan, dan kemuliaan manusia.¹⁰² Hukum progresif berbagi paham dengan legal realism dan *freirechtslehre* oleh karena hukum tidak dilihat dari kacamata hukum itu sendiri, melainkan dilihat dan dinilai dari tujuan sosial yang ingin dicapainya serta akibat-akibat yang timbul dari bekerjanya hukum.

Landasan yang menjadi dasar bagi satu sistem hukum suatu bangsa, ada berbagai sistem. Pancasila sebagai dasar atau landasan filosofis sistem hukum nasional tidak terbantahkan lagi. Pancasila sebagai landasan filosofis harus diterjemahkan dalam *legal values*, *legal concept*, yang akan menjadi dasar bagi pembentukan *legal institutions* dan *legal norms* sistem hukum Indonesia.¹⁰³ Berdasarkan *legal values* dan *legat concept* Pancasila terdapat beberapa ciri dan tujuan sistem hukum nasional, yaitu: Pertama; menuju dan menjamin

¹⁰² Satjipto Rahardjo, *Membedah Hukum Progresif*, (Jakarta :Penerbit buku Kompas, 2006), hlm.x

¹⁰³ Bagir Manan, Makalah yang disampaikan dalam "Dialog Perencanaan Hukum Nasional" oleh BPHN, Denpasar, 27 September 2012.hlm.5

perkembangan demokrasi (kehidupan demokrasi, baik dalam kehidupan penyelenggaraan negara maupun kehidupan masyarakat (negara dan masyarakat demokrasi). Kedua; menuju dan menjamin perkembangan negara hukum, seperti penghormatan dan perlindungan hak asasi manusia, baik hak asasi individu, politik, maupun sosial, beserta ciri-ciri lain negara hukum. Ketiga; menuju dan menjamin tujuan sosial negara RI yaitu mewujudkan kesejahteraan umum, sebesar-besarnya kemakmuran bagi seluruh rakyat, mencerdaskan kehidupan bangsa atas dasar keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia. Keempat, sistem hukum Indonesia harus dalam kerangka kebhinekaan. Oleh karena itu mencerminkan kesatuan dalam perbedaan dan perbedaan dalam kesatuan¹⁰⁴

Pancasila sebagai jiwa bangsa Indonesia dan merupakan nilai fundamental (*Fundamental values*) menghormati berbagai pandangan atau nilai-nilai yang bersifat heterogen, serta tumbuh dan berkembang dalam kehidupan bangsa sejak dulu. Nilai Pancasila yang pertama adalah “Ketuhanan Yang Maha Esa”. Disini menunjukkan adanya nilai transenden dalam penegakan hukum. Bahkan di dalam kitab suci Al-Qur’an telah digariskan bahwa Hukum Tuhan adalah “*supreme*” dan di atas segala hukum yang dibuat manusia. Dalam titik ini timbul pertanyaan bagaimana hukum yang dibuat manusia (*man-made law*) seharusnya merujuk pada hukum Ilahi sehingga tidak ada satu manusiapun yang berani melanggarnya apalagi “menatapnya” dengan sinis, kecuali keindahan semata dan begitu berwibawanya hukum buatan manusia sehingga diakui dan dirasakan membawa

¹⁰⁴ dipinjam dari ajaran Almarhum Prof. Soediman Kartohadiprodjo, dalam Bagir Manan, hlm. 6

kemaslahatan bagi kehidupan kita.¹⁰⁵ Romli Atmasasmita mengemukakan bahwa hukum yang dibuat manusia sesungguhnya bisa berwibawa dan ditaati sepenuhnya jika memberikan contoh perilaku dan teladan yang taat hukum kepada bawahannya dan masyarakat. Relasi hierarkis ini menjadikan Pancasila sebagai puncak dari segala macam norma. Pandangan melihat bahwa Pancasila merupakan suatu sistem nilai,¹⁰⁶ dengan demikian merupakan sistem filsafat dan terdapat dalam realitas objektif bangsa Indonesia.

Pemikiran integratif oleh Kuntowijoyo digunakan untuk mengkritik bahwa selama ini kita tertipu oleh ilmu ilmu sekuler yng mengklaim sebagai *value free*, ternyata penuh dengan muatan kepentingan. Kepentingan itu diantaranya adalah hegemoni kebudayaan, kepentingan ekonom, dan kepentingan perang. Ilmu yang lahir besama etika agama tidak boleh partisan seperti itu. Produk keilmuan harus bermanfaat untuk manusia seluruhnya.¹⁰⁷ Ilmu Integralistik adalah ilmu yang menyatukan (bukan sekedar menggabungkan wahyu Tuhan dengan pemikiran manusia . Karena itu hasil penyatuan agama dan ilmu sebagai ilmu integralistik suatu paradigma baru.¹⁰⁸ Selanjutnya Kuntowjoyo menyatakan bahwa proses pengintegrasian ilmu dan agama menampilkan sejumlah pertanyaan yang kemudian harus dijawab. Bagaimana atau dengan cara apa agama dapat

¹⁰⁵ Romli Admasasmita, *Teori Hukum Integratif*, (Jogjakarta : Genta Publishing, 2012), hlm.14

¹⁰⁶ Berbicara Pancasila Notonegoro, sebagaimana dikutip Darmodiharjo, menggolongkan nilai kedalam 3 kategori yaitu : Nilai Materijl yaitu segala sesuatu yang berguna bagi unsur manusia. Nilai vital yaitu segala sesuatu yang berguna bagi manusia untuk dapat mengadakan kegiatan atau aktivitas dan nilai kerohanian, keindahan, kebaikan, dan nilai religius. Dikutip dari Anthon F. Susanto, "Menggugat Fondasi Filsafat Ilmu Hukum Indonesia, dalam Sri Rahayu Oktoberina, Niken Savitri (Penyunting), *Butir-butir Pemikiran dalam Hukum Memperingati 70 Tahun Prof. Dr. B. Arief Sidharta, S.H.*, (Bandung : Refika Aditama, 2008).hlm.17

¹⁰⁷ Kuntowijoyo, *Islam Sebagai Ilmu Epistemologi, Metodologi dan Etika*, (Yogyakarta, Penerbit Tiara Wacana, 2007), hlm.55

¹⁰⁸ *ibid.*hlm.58

diintegrasikan dalam ilmu sosial? Ilmu hukum integratif terinspirasi oleh surat Ali Imron ayat 110 yang artinya “Kamu adalah umat yang terbaik yang dilahirkan untuk manusia, menyuruh kepada yang ma’ruf dan mencegah dari yang munkar dan beriman kepada Allah, sekiranya ahli Kitab beriman, tentulah itu lebih baik bagi mereka, diantara mereka ada yang beriman dan kebanyakan mereka adalah orang-orang yang fasik. (Q.S Ali Imran: 110). Menurut Kuntowijoyo ada empat hal yang tersirat dalam ayat tersebut : pertama merupakan konsep umat terbaik, kedua aktivisme sejarah, ketiga pentingnya kesadaran, keempat etika profetik.

¹⁰⁹ Pertama (*khoirul ummah*-umat terbaik) Konsep umat terbaik bagi Islam merupakan pengerjakan tiga hal yang tersebut dalam ayat tersebut. Bukan sekedar hadiah dari Tuhan, tetapi konsep umat yang terbaik ini merupakan tantangan agar aktif dan bekerja keras dalam sejarah. Kedua (*ukhijat linnas*-yang dilahirkan untuk manusia). Kata ini diterjemahkan menjadi aktivitas sejarah yang diartikan sebagai bentuk kerja keras ditengah umat manusia dan keterlibatan umat islam dalam menentukan sejarah. Sebagaimana dalam ajaran Islam menekankan bahwa Islam merupakan agama amal, jadi pengetahuan yang didapatkan harus ditransformasikan bukan hanya untuk diri sendiri tetapi untuk orang lain. Ketiga pentingnya kesadaran. Kesadaran dalam Islam merupakan bentuk kesadaran yang illahiyah menjadi tumpuan dalam melakukan aktivisme sejarah. (berbeda dengan kesadaran Marxisme). Kesadaran tersebut bersifat independen yang bertumpu pada Tuhan bukan pada struktur atau pun manusia. Kesadaran yang ditekankan pada struktur atau individu menjadikan bentuk kesadaran dalam Marxisme maka

¹⁰⁹ *ibid*, hlm.91-92

yang terjadi merupakan dalam bentuk individualism, eksistensialisme, kapitalisme dan liberalism. Keempat tentang etika profetik yang dapat dilakukan oleh siapa saja. Etika profetik merupakan pelaksanaan secara integral dari (1) *ta'muruna hil ma'ruf*-menyuruh/mengajak pada kebaikan; menganjurkan atau menegakkan kebajikan; (2) *tanhauna 'anil munkar* - mencegah dari yang munkar, dan (3) *ta'minuna billah* = beriman kepada Allah, yang oleh Kuntowijoyo diterjemahkan menjadi humanisasi, liberasi dan transedensi.

Unsur pertama adalah humanisasi . Humanisasi merupakan terjemahan kreatif dari amar ma'ruf yang makna asalnya adalah menganjurkan atau menegakkan kebajikan. Dalam ilmu sosial profetik , humanisasi artinya memanusiakan manusia, menghilangkan "kebendaan". Ketergantungan, kekerasan dan kebencian dari manusia¹¹⁰. Humanisasi sesuai dengan semangat liberalisasi barat. Hanya saja perlu segera ditambahkan , jika peradaban barat lahir dan bertumpu pada humanism antroposentris, konsep humanism Kuntowijoyo berakar pada humanism teosentris. Karenanya humanism tidak dapat dipahami secara utuh tanpa memahami konsep transedensi yang terjadi di dalamnya.

Konsep *profetik intelligence* (kecerdasan kenabian) adalah kemampuan seseorang untuk mentransformasikan diri, berinteraksi, bersosialisasi, beradaptasi dengan lingkungan vertikal adalah kemampuan serta dapat memahami, mengambil manfaat , hikmah dari kehidupan langit dan bumi, jasmani dan rohani lahir dan batin, dunia dan akhirat. Kecerdasan kenabian dapat diperoleh jika nurani mampu melakukan fungsi koordinasi dan pembimbingan.¹¹¹ Konsep *prophetic* mulai disadari dapat meningkatkan kinerja . Siti Akmar Abu Samah e. c. t dalam papernya menyatakan : *In promoting the virtuous awareness, education has to take the lead through human capital development. In the attempt to apply the landmark practices of Prophet Muhammad (pbuh), and his management principles, this discursive overview intends to provide the application of the prophetic tradition in the management field as the foundation for*

¹¹⁰ Kuntowijoyo dikutip dari Khudzaifah Dimiyati, *Pemikiran Hukum Konstruksi Epistimologis Berbasis Budaya Hukum Indonesia*, (Yogyakarta, Genta Publisindo, 2014.) hlm.136

¹¹¹ Hamdani Bakran, dikutip dari Jawahir Thontowi, "Paradigma Profetik Dalam Pengembangan Ilmu Hukum", Syamsudin (Penyunting), *Ilmu Hukum Profetik Gagasan Awal Landasan Kefilsafatan dan Kemungkinan Pengembangannya di Era Postmodern*, (Yogyakarta:FH UII Press, 2013), hlm. 262

*application in aspects of discipline which include business, law, education.*¹¹²

Bill George , mantan CEO Medtronics Amerika Serikat, yang menulis dalam bukunya “Authentic Leadership”¹¹³, sebagai berikut: Kita membutuhkan pemimpin yang otentik , orang-orang yang berintegritas tertinggi ; Berkomitmen untuk membangun organisasi abadi ; Memiliki kesadaran berbudi luhur , pendidikan, dan harus memimpin melalui pengembangan sumber daya manusia. Dalam upaya untuk menerapkan praktek-praktek Nabi Muhammad (saw) , dan prinsip-prinsip manajemennya, gambaran diskursif ini bermaksud untuk memberikan penerapan tradisi kenabian dalam bidang manajemen sebagai dasar untuk aplikasi dalam aspek disiplin yang meliputi bisnis, hukum , pendidikan. Kita perlu pemimpin dengan keberanian untuk membangun perusahaan mereka untuk memenuhi kebutuhan semua pemangku kepentingan mereka , dan yang menyadari pentingnya pelayanan mereka kepada masyarakat. Dalam review yang komprehensif pada spiritualitas dan kinerja organisasi, Karakas¹¹⁴ dalam ulasan artikel tentang masalah tersebut, tampaknya setuju pada kenyataan bahwa spiritualitas meningkatkan kinerja dan efektivitas organisasi.

Secara filosofis di Indonesia kedudukan Pancasila sebagai paradigma kehidupan bernegara dan kebangsaan mengandung suatu konsekuensi bahwa dalam segala aspek kehidupan kenegaraan dan kebangsaan termasuk sistem hukum Indonesia harus mendasarkan pada nilai-nilai yang terkandung dalam

¹¹² Siti Akmar Abu Samah, *et.all*. “Prophetic Best Practices in Business for Human Capital Development” Journal article, GJAT, Desember 2011, Vol.1 ISSUE.1 page 7 (www.gjat.my) diakses tanggal 12 Januari 2015. 24.00

¹¹³ Bill George dalam Siti Akmar Abu Samah , *e.t.all*, *loc. cit*

¹¹⁴ Karakas dirujuk dari Siti Akmar Abu Samah, *loc.cit*

Pancasila. Dalam hubungan dengan ilmu pengetahuan di Indonesia, termasuk ilmu hukum dipastikan menganut “*value bound*”.¹¹⁵

Karena itu jika nilai-nilai Pancasila dalam pembangunan hukum akan dikembangkan ke dalam filsafat ilmu maka dasar ontologis, epistemologis serta dasar aksiologis hendaknya menjadi pilar utama. *Pertama*, ontologis bahwa hukum tidak dipisahkan dengan nilai religious, nilai kodrat manusia, nilai persatuan dan kebhinekaan Indonesia, nilai demokrasi dan nilai keadilan dalam hubungannya dengan masyarakat dan bangsa Indonesia. *Kedua* aspek epistemologi yaitu menyangkut tentang hakekat sumber pengetahuan, kebenaran pengetahuan, cara mendapatkan pengetahuan karenanya hukum tidak hanya dapat dipandang secara ontologis sebagai produk penguasa semata dan hukum kodrat akan tetapi didasarkan pada nilai-nilai religious, Pancasila sebagai cita-cita hukum abstrak, dengan mengakomodir hukum formal modern dan mengakomodir sumber hukum agama dan hukum adat sebagai *local wisdom*, dikembangkan metode eklektik kritis. *Ketiga* aspek aksiologis terkait dengan dasar-dasar etika dan moral yang harus menjadi dasar perilaku para praktisi hukum dalam menjalankan tugas profesionalnya.¹¹⁶

Teori hukum integratif dipakai untuk menganalisis proses penerapan diskresi yang dilakukan oleh kepala daerah sampai dengan produk hukum yang dikeluarkan dari hasil penerapan diskresi. Peranan Kepala Daerah sebagai individu yang memiliki wewenang untuk menerapkan diskresi atas inisiatif sendiri, dikaji melalui pemikiran profetik. Pancasila merupakan falsafah hidup bangsa Indonesia, dimana pola hidup masyarakatnya berdasarkan pada nilai-nilai yang terkandung. Sila pertama dari Pancasila menunjukkan keberagaman masyarakat Indonesia, yang selanjutnya berimplikasi pada sila-sila berikutnya dapat dipakai sebagai muatan nilai.

¹¹⁵ Jawahir Thontowi, “Paradigma Profetik Dalam Pengajaran dan Penelitian Ilmu Hukum, *Jurnal UNISLA*, Vol. XXXIV/No.76 Januari 2012, hlm.93

¹¹⁶ Kaelan dalam Jawahir Thontowi, “Paradigma Profetik Dalam Pengembangan Ilmu Hukum”, Syamsudin (Penyunting), *Ilmu Hukum Profetik Gagasan Awal Landasan Kefilsafatan dan Kemungkinan Pengembangannya di Era Postmodern*, (Yogyakarta: FH UII Press, 2013), hlm. 237-238.

G. Metode Penelitian

1. Jenis Penelitian

Jenis penelitian ini adalah penelitian kualitatif deskriptif. Menurut Bogdan dan Taylor sebagaimana dikutip oleh Lexi J. Moleong penelitian kualitatif adalah prosedur penelitian yang menghasilkan data deskriptif berupa kata kata tertulis atau lisan dan perilaku yang diamati.¹¹⁷

Dilihat dari tujuannya jenis penelitian hukum ini adalah penelitian hukum normatif dan penelitian hukum empiri. Untuk menjawab permasalahan pertama yaitu mengapa diskresi diperlukan dalam sistem hukum administrasi di Indonesia penelitian ini menggunakan pendekatan konseptual dan pendekatan pendekatan normative. Sedangkan dalam menjawab permasalahan mengapa integritas kepala daerah dibutuhkan dalam penerapan diskresi, menggunakan pendekatan penelitian hukum sosiologis (*socio legal research*) mikro yaitu pendekatan konstruktivis. Pendekatan konstruktivis, menempatkan hukum yang ada sebenarnya adalah consensus, kesepakatan atau konsultante relative diantara berbagai pemahaman, pendapat atau opini mengenai persoalan yang tengah dihadapi, sesuai dengan konteks ruang dan waktunya.¹¹⁸

Penelitian hukum empiris digunakan untuk menemukan teori-teori mengenai proses terjadinya dan mengenai proses bekerjanya hukum didalam masyarakat.¹¹⁹ Pada penelitian yang bersifat empirik tentang penggunaan diskresi oleh kepala daerah mempunyai tujuan berupa yang bersifat empirik

¹¹⁷ Lexi J.Moleong, *Metode Penelitian Kualitatif* (Bandung:PT, Remaja Rosdakarya: 2000), hlm. 3

¹¹⁸ Erlyn Indarti, *DISKRESI DAN PARADIGMA Sebuah Telaah Filsafat Hukum*, Pidato Pengukuhan Guru Besar, Semarang, 4 November 2010, hlm.34

¹¹⁹ Bambang Sunggono, *Metodologi Penelitian Hukum*, (Jakarta : PT. Raja Grafindo Persada, 1996).hlm.42

penjelasan berkenaan dengan bagaimana hukum dapat memprediksi sekaligus mengontrol berbagai fenomena sosial yang muncul di tengah masyarakat. Kemajuan atau 'progres' dikatakan tercapai manakala prediksi dan kontrol tersebut menjadi semakin baik.¹²⁰

2. Obyek Penelitian

Obyek penelitian yang diangkat dalam penelitian ini adalah kebijakan pejabat yang dihasilkan dari penggunaan diskresi yang berupa peraturan kebijakan, keputusan bupati, peraturan bupati maupun bentuk produk hukum yang lain. Namun dalam mengkaji produk hukum hasil diskresi, tidak hanya ditinjau dari apa yang tersurat tetapi mencari makna dari aspek filosofi, proses pembuatannya dan bentuk dari produk hukum yang dihasilkan.

3. Data Penelitian atau Bahan Hukum

Penelitian ini menggunakan data primer dan data sekunder, yaitu :

- a. Data primer merupakan bahan penelitian yang berupa fakta-fakta empiris sebagai perilaku maupun hasil perilaku manusia. Baik dalam bentuk perilaku verbal, perilaku nyata, maupun perilaku yang terdorong dalam berbagai hasil perilaku atau catatan-catatan/arsip.¹²¹ Data primer diperoleh secara langsung dari lokasi penelitian yaitu dengan cara wawancara langsung dan observasi atau pengamatan secara langsung dilapangan.

Pada penelitian ini data primer yang dibutuhkan antara lain :

¹²⁰ Erlyn Indarti, *Op.cit.* hlm.25

¹²¹ Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, (Jakarta :Kencana, 2005).hlm.141

- 1) Nilai-nilai (*value*) yang dimiliki oleh kepala daerah yang telah ditentukan sebagai nara sumber tempat obyek penelitian;
- 2) Proses penerapan diskresi pada daerah obyek penelitian ;
- 3) Bentuk (produk hukum) yang dihasilkan dalam penggunaan diskresi.

b. Data sekunder merupakan bahan hukum dalam penelitian yang diambil dari studi kepustakaan yang terdiri dari bahan hukum primer, bahan hukum sekunder dan bahan non hukum.¹²² Data sekunder diperoleh dengan studi dokumentasi dan penelusuran literatur yang berkaitan dengan penggunaan diskresi dan teori yang mendukungnya, yang dapat dijabarkan sebagai berikut ;

- 1) Bahan hukum primer adalah bahan hukum yang bersifat *autoritatif* artinya memiliki suatu otoritas mutlak dan mengikat. Bahan-bahan hukum primer meliputi; Pancasila yang UUDNRI 1945, beberapa Ketetapan MPR, bahan hukum yang dikodifikasikan, berbagai Undang-Undang, peraturan perundang-undangan pelaksanaan, keputusan-keputusan, dokumen-dokumen dan yurisprudensi/putusan pengadilan.
- 2) Bahan hukum sekunder adalah bahan hukum yang memberikan penjelasan terhadap/mengenai bahan hukum primer. Seperti penjelasan peraturan perundang-undangan, rancangan

¹²² *Ibid.* hlm.144

perundang-undangan, risalah/pembahasan RUU doktrin, jurnal, karya ilmiah dibidang hukum, hasil penelitian dan lain-lain.

- 3) Bahan hukum tersier (non hukum) adalah bahan yang relevan seperti kamus hukum, ensiklopedia, kamus hukum, bibliografi, indeks kumulatif dan bahan lain yang relevan.

4. Teknik Pengumpulan Data

Teknik pengumpulan data primer dilakukan dengan metode observasi, wawancara (*interview*) langsung kepada nara sumber dan informan. Beberapa kota dan kabupaten dipilih berdasarkan alasan yang spesifik berkaitan dengan penerapan diskresi di 2 kota dan 2 Kabupaten, yaitu Kota Yogyakarta, Kota Solo, Kabupaten (Kab). Bantul, Kab. Bantaeng (Sulsel).

Nara sumber adalah seorang yang memberikan pendapat atas obyek yang diteliti karena pengetahuannya. Dia bukan bagian dari unit analisis tetapi ditempatkan sebagai pengamat. Hubungan nara sumber dengan obyek yang diteliti disebabkan karena kompetensi keilmuan yang dimiliki, hubungan personal dengan person-person yang diteliti atau karena ketokohnya. Pada penelitian ini nara sumber yang digunakan berasal dari pejabat organ pemerintah, anggota/ketua DPRD, pakar hukum dan warga masyarakat yang berkaitan seluk beluk penerapan diskresi. Informan adalah seorang atau individu yang dapat memberikan informasi data yang dibutuhkan oleh peneliti, sebatas apa yang diketahuinya dan peneliti tidak mengarahkan jawabannya sesuai dengan apa yang diinginkan. Informan dibutuhkan untuk memperoleh data kualitatif. Informan

adalah sumber data yang merupakan bagian dari unit analisis¹²³. Kebenaran yang diberikan oleh informan adalah kebenaran menurut informan tersebut, bukan dari peneliti. Informan dalam penelitian ini adalah kepala daerah kepala daerah yang berkaitan dengan penerapan diskresi. Namun untuk melengkapi data dan informasi peneliti disamping wawancara mendalam juga dilakukan pengamatan secara langsung pada aktivitas dan kinerja Kepala Daerah .

Data sekunder diperoleh dengan metode dokumentasi berupa bahan hukum dengan studi kepustakaan yaitu pengumpulan bahan-bahan melalui peraturan perundang-undangan , literatur dan dokumen lain yang berkaitan dengan permasalahan yang ada.

5. Pengolahan dan Penyajian Data atau Bahan Hukum

Hakekatnya dalam penelitian kualitatif, mengolah data adalah memberi kategori, mensistematisir, dan bahkan memproduksi makna oleh peneliti atas apa yang menjadi pusat perhatiannya¹²⁴ Mile dan Huberman seperti yang dikutip oleh Agus Salim menyebutkan ada tiga langkah pengolahan data kualitatif, yakni reduksi data (*data reduction*), penyajian data (*data display*), dan penarikan kesimpulan (*conclusion drawing and verification*). Dalam pelaksanaannya reduksi data, penyajian data, dan penarikan kesimpulan/verifikasi, merupakan sebuah langkah yang sangat luwes, dalam arti tidak terikat oleh batasan kronologis. Secara keseluruhan langkah-langkah tersebut saling berhubungan selama dan

¹²³ Mukti Fajar dan Yulianto Achmad, *Dualisme Penelitian Hukum Normatif dan Empiris*, (Yogyakarta:PUSTAKA PELAJAR, 2010), hlm.175.

¹²⁴ Agus Salim, *Teori dan Paradigma Penelitian Sosial* (Yogyakarta:Tiara Wacana, 2006).hlm. 20-24

sesudah pengumpulan data, sehingga model dari Miles dan Huberman disebut juga sebagai model Interaktif. Dijelaskan secara ringkas sebagai berikut:¹²⁵

1. Reduksi data (*data reduction*), dalam tahap ini peneliti melakukan pemilihan, dan pemusatan perhatian untuk penyederhanaan, abstraksi, dan transformasi data kasar yang diperoleh.
2. Penyajian data (*data display*). Peneliti mengembangkan sebuah deskripsi informasi tersusun untuk menarik kesimpulan dan pengambilan tindakan. Display data atau penyajian data yang lazim digunakan pada langkah ini adalah dalam bentuk teks naratif.
3. Penarikan kesimpulan dan verifikasi (*conclusion drawing and verification*).

Peneliti berusaha menarik kesimpulan dan melakukan verifikasi dengan mencari makna setiap gejala yang diperolehnya dari lapangan, mencatat keteraturan dan konfigurasi yang mungkin ada, alur kausalitas dari fenomena, dan proposisi. Triangulasi digunakan untuk memeriksa keabsahan dengan cara melakukan pengecekan dan membandingkan sumber data dan hasil. Menurut Lexi Moleong,¹²⁶ Triangulasi adalah teknik pemeriksaan keabsahan data yang memanfaatkan sesuatu yang lain diluar data itu untuk keperluan pengecekan atau sebagai pembanding terhadap data itu. Dalam penelitian ini yang digunakan adalah triangulasi sumber dan metode. Triangulasi sumber berarti

¹²⁵ *ibid*, hlm 23

¹²⁶ Lexi J Moleong, *Metode Penelitian Kualitatif* (Bandung: Remaja Rosdakarya : 2010) hlm, 178

membandingkan dan mengecek balik derajat kepercayaan suatu informasi yang diperoleh melalui waktu dan alat yang berbeda dengan metode kualitatif .

Pada penelitian ini triangulasi sumber dilakukan agar dapat dicapai derajat kepercayaan suatu informasi dengan cara sebagai berikut :

1. Membandingkan data hasil wawancara dengan nara sumber dan informan dengan data hasil observasi (pengamatan) secara langsung selama peneliti terjun langsung ke lapangan ;
2. Membandingkan apa yang dikatakan informan dengan apa yang diterapkan dalam diskresi yang menghasilkan produk kebijakan ;
3. Membandingkan apa yang dikatakan oleh nara sumber atau informan dengan orang orang atau warga yang terkait dengan penerapan diskresi tentang situasi penelitian.
4. Membandingkan bagaimana informan menerapkan diskresi dengan bagaimana penerimaan masyarakat (dalam hal ini penghargaan atau sanksi) terhadap kebijakan yang diambil.

Triangulasi metode meliputi dua strategi yaitu mengecek derajat kepercayaan penemuan hasil penelitian dengan beberapa teknik pengumpulan data dan pengecekan derajat kepercayaan beberapa sumber data dengan metode yang sama.

6. Analisis dan Pembahasan

a. Analisis dan Pembahasan Data Primer

Analisis data primer dalam penelitian ini dilakukan terhadap statemen atau pernyataan yang dikemukakan oleh para nara sumber dan informan. Hal ini dilakukan dengan cara, peneliti membaca seluruh transkrip wawancara yang ada dan mendeskripsikan seluruh pengalaman yang ditemukan di lapangan. Berdasarkan upaya pada tahap yang dikemukakan tersebut akan diketahui makna baik makna konotatif-denotatif atau makna implisit dan eksplisit dari pernyataan atas topik atau objek. Selanjutnya uraian makna itu sendiri akan memperlihatkan tema-tema makna (*meaning themes*) yang menunjukkan kecenderungan arah jawaban atau pengertian yang dimaksudkan oleh para informan. Serta aspek penting lain yang dianalisis dalam fenomenologis adalah penjelasan holistik dan umum tentang sebuah pembicaraan dengan subjek penelitian. Dari penjelasan umum tersebut harus ditarik keterkaitan antar makna yang dikembangkan pada setiap topik yang dibicarakan selama proses wawancara berlangsung.

Analisis penelitian kualitatif bertujuan untuk melakukan penafsiran terhadap fenomena sosial. Pada penelitian kualitatif ini juga menggunakan pendekatan, metode dan teknik-teknik dekonstruksionisme. Data yang diperoleh kemudian dianalisis dengan menggunakan metode deskriptif kualitatif. Analisis dilakukan terhadap :

1. Konsep-konsep umum penggunaan diskresi dan mencari pola-pola hubungan antar konsep menelaah, konsep dan kategori melalui induksi analitik, akhirnya merekonstruksi (konsep) sebagai produk penelitian.

2. Penelitian ini memahami fenomena hukum dan fenomena sosial melalui gambaran holistik dan memperbanyak pemahaman yang mendalam., dengan pengukuran induktif, berisi nilai-nilai (subyektif), holistik, dan berorientasi pada proses.
3. Bahan disajikan secara naratif, deskriptif, dari bahan yang diteliti, catatan lapangan, dokumen resmi, dengan analitis data secara Induktif, model-model, teori, konsep, metode perbandingan . Data dianalisis secara deskriptif yang sebagian besar berasal dari wawancara dan catatan pengamatan.

b. Analisis dan Pengolahan Data Sekunder.

Analisis data sekunder yang berupa bahan hukum dilakukan dengan mengumpulkan dan menguraikan secara logis prosedur pengumpulan bahan hukum primer, bahan hukum sekunder, dan bahan hukum tersier, selanjutnya bahan hukum tersebut diinventarisasi dan diklasifikasi dengan menyesuaikan dengan masalah yang dibahas. Bahan hukum yang berhubungan dengan masalah yang dibahas dipaparkan, disistematisasi, kemudian dianalisis untuk menginterpretasikan hukum yang berlaku. Langkah-langkah yang berkaitan dengan pengolahan terhadap bahan-bahan hukum yang telah dikumpulkan untuk menjawab isu hukum yang telah dirumuskan dalam rumusan masalah. menyangkut kegiatan penalaran ilmiah terhadap bahan-bahan hukum yang dianalisis, dengan menggunakan penalaran induksi

BAB II

DISKRESI DALAM PENYELENGGARAAN PEMERINTAHAN DAERAH SEBAGAI UPAYA MENCAPAI KESEJAHTERAAN

A. *Welfare State* (Negara Kesejahteraan) Indonesia

Kesejahteraan sosial sesuai dengan tujuan negara hukum Indonesia. Hal ini dapat diidentifikasi bahwa gagasan kesejahteraan sosial dinyatakan dalam konstitusi Indonesia adalah konkrue dengan proposisi karakteristik Negara kesejahteraan. Untuk mewujudkan tujuan negara sebagaimana tercantum dalam alinea keempat Pembukaan Negara Republik Indonesia Tahun 1945, maka negara dan pemerintah berkewajiban untuk mengatur dan mengelola perekonomian, cabang-cabang produksi, dan kekayaan alam, memelihara fakir miskin dan anak-anak terlantar, serta memberikan jaminan sosial dan kesehatan bagi warga negara, dalam rangka mewujudkan “kesejahteraan sosial”. Dari karakteristik tersebut maka relevan dikemukakan konsepsi Negara Kesejahteraan sebagai pijakan intervensi penyelenggara Negara untuk mencapai kesejahteraan sosial sebagaimana diamanatkan oleh UUDNRI 1945.

Welfare state diasosiasikan dengan pemenuhan kebutuhan dasar. Oleh karena itu ia dianggap sebagai mekanisme pemerataan terhadap kesenjangan yang ditimbulkan oleh ekonomi pasar. Jaminan sosial kesehatan, perumahan dan pendidikan adalah wilayah garapan utama dari kebijakan pemerintah yang menganut *welfare state*.¹²⁷

¹²⁷ Henry Thomas Simarmata, et.al *Negara Kesejahteraan dan Globalisasi*, (Jakarta : PSIK & The Asia Fondation, 2007), hlm 12

Inti dari istilah *welfare state* adalah tanggung jawab negara terhadap kesejahteraan warga negaranya. Seperti dalam *Encyclopedia Britannica*, *welfare state : concept of government in which the state plays a key role in the protection and promotion of the economic and social well-being of its citizens. It is based on the principles of equality of opportunity, equality distribution of wealth, and public responsibility of those unable to avail themselves of the minimal provisions for a good life. The general term may cover a variety of forms of economic and social organization.*¹²⁸

Negara kesejahteraan sebagai konsep pemerintah dimana negara yang memainkan peran kunci dalam menjaga dan memajukan kesejahteraan ekonomi dan sosial warga negaranya. Sedangkan menurut *The Concise Oxford Dictionary of Politics*¹²⁹ *welfare state a system in which the government claims to be responsible for providing social and economic security for the population by means of pensions, social security benefits, free health care and the like* (negara kesejahteraan sebagai sebuah sistem dimana pemerintah menyatakan diri bertanggungjawab untuk menyediakan jaminan sosial dan ekonomi bagi penduduk melalui sarana pensiun, tunjangan jaminan sosial, layanan kesehatan gratis dan sebagainya).

Masalah kesejahteraan dan kemakmuran menjadi persoalan baik di negara maju maupun di negara berkembang. Kecenderungan di negara kapitalis untuk menerapkan sistem pajak progresif merupakan upaya untuk meningkatkan kemakmuran masyarakat. Oleh sebab itu saat ini akan semakin sulit mengidentifikasi adanya sistem kapitalis di negara-negara industri kaya. Hal ini karena di sana semakin dikembangkan kebijakan *welfare state*. Pandangan yang

¹²⁸ <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/639266/welfare-state> diunduh tanggal 20 Maret 2015

¹²⁹ Lain Mc Leand and Alistair Mc Millan, *The Concise Oxford Dictionary of Politics* (3 ed.), (Yale: , Oxford University Press, 2009) hlm.156

menyatakan kritik sosialisme terhadap kapitalisme pada akhirnya berbuah dalam bentuk *welfare state* sistem mungkin benar.¹³⁰

Program pengentasan kemiskinan dan sistem perpajakan juga dianggap sebagai aspek dari *welfare state*. Alasan dimasukkannya perpajakan ke dalam katagori *welfare state* adalah jika penarikan pajak bersifat progresif dan dananya digunakan untuk mencapai distribusi pendapatan yang lebih besar dan bukan hanya sekedar untuk meningkatkan pendapatan negara. Disamping itu dana pajak juga digunakan untuk membiayai pembiayaan asuransi sosial dan manfaat lainnya yang belum dicakup oleh pembiayaan premi asuransi sosial.¹³¹

Di negara negara sosialis, *welfare state* juga meliputi jaminan pekerjaan dan administrasi harga barang dan jasa pada level konsumen (*consumer price*) Konsep *welfare state* biasanya di dasarkan pada prinsip persamaan kesempatan, (*equality of opportunity*), pemerataan pendapatan (*equality distributon of wealth*), dan tanggung jawab publik (*public responsibility*) dan tanggung jawab publik (*public responsibility*) terhadap mereka yang tidak mampu untuk menyediakan sendiri kebutuhan minimum untuk bisa hidup layak.¹³²

Teori negara kesejahteraan meletakkan fungsi pelayanan terhadap masyarakat sebagai fungsi utama negara atau pemerintah.¹³³ Amrah Muslimin mengatakan bahwa, “tugas negara dalam keseluruhan menurut faham modern

¹³⁰ Henry Thomas Simarmata , et.all *op.cit.* hlm 13

¹³¹ Alfitri, “Ideologi *Welfare State* Dalam Dasar Negara Indonesia: Analisis Putusan Konstitusi Terkait Sistem jaminan Sosial Sosial Nasional” <https://www.academia.edu/2477525/> diunduh tanggal 7 Maret 2015, 9.00.

¹³² *Loc.cit*

¹³³ Bagir Manan , *Hubungan Pusat dan Daerah Menurut UUD 1945*(Jakarta: Rineka Cipta, 1994), hlm. 11.

sekarang ini dalam suatu negara kesejahteraan (*social service state*), adalah menyelenggarakan kepentingan umum untuk memberikan kemakmuran dan perasaan kesejahteraan yang sebesar-besarnya berdasarkan keadilan dalam suatu negara hukum".¹³⁴ B.L. Jones menyebutkan, *Government is expected to concern itself with many aspects of the welfare of citizens, both individually and collectively*¹³⁵ (pemerintah dituntut memperhatikan berbagai aspek kesejahteraan warga negara, baik individual maupun kolektif).

1. Perkembangan Konsep Negara Kesejahteraan

Menurut J.M. Keynes dan Smith, ide dasar negara kesejahteraan beranjak dari abad ke-18 ketika Jeremy Bentham (1748-1832) mempromosikan gagasan bahwa pemerintah memiliki tanggung jawab untuk menjamin *the greatest happiness (atau welfare) of the greatest number of their citizens*. Bentham menggunakan istilah '*utility*' (kegunaan) untuk menjelaskan konsep kebahagiaan atau kesejahteraan. Berdasarkan prinsip utilitarianisme yang ia kembangkan, Bentham berpendapat bahwa sesuatu yang dapat menimbulkan kebahagiaan ekstra adalah sesuatu yang baik¹³⁶. Sebaliknya, sesuatu yang menimbulkan sakit adalah buruk. Menurutnya, aksi-aksi pemerintah harus selalu diarahkan untuk meningkatkan kebahagiaan sebanyak mungkin orang. Gagasan Bentham mengenai reformasi hukum, peranan konstitusi dan penelitian sosial bagi pengembangan

¹³⁴ Amrah Muslimin, dirujuk dari Bagir Manan, hlm.12

¹³⁵ B.L.Jones, *Garner's Administrative Law*, Seventh Edition, Butterworths, London and Edinburgh, 1989, pg. 26.

¹³⁶ <http://www.policy.hu/suharto/Naskah%20PDF/UGMWelfareState.pdf> Edi Suharto, "PETA DAN DINAMIKA WELFARE STATE DI BEBERAPA NEGARA :Pelajaran apa yang bisa dipetik untuk membangun Indonesia?" Makalah disampaikan pada Seminar Mengkaji Ulang Relevansi Welfare State dan Terobosan melalui Desentralisasi- Otonomi di Indonesia", Institute for Research and Empowerment (IRE) Yogyakarta dan Perkumpulan Prakarsa Jakarta, bertempat di Wisma MM Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta 25 Juli 2006.

kebijakan sosial membuat ia dikenal sebagai “bapak kesejahteraan negara” (*father of welfare states*).¹³⁷

Konsep kesejahteraan negara tidak hanya mencakup deskripsi mengenai sebuah cara pengorganisasian kesejahteraan (*welfare*) atau pelayanan sosial (*social services*), melainkan juga sebuah konsep normatif atau sistem pendekatan ideal yang menekankan bahwa setiap orang harus memperoleh pelayanan sosial sebagai haknya. Kesejahteraan negara juga merupakan anak kandung pergumulan ideologi dan teori, khususnya yang bermatra sayap kiri (*left wing view*), seperti Marxisme, Sosialisme, dan Sosial Demokratik.¹³⁸ Namun demikian, konsep kesejahteraan negara justru tumbuh subur di negara-negara demokratis dan kapitalis, bukan di negara-negara sosialis.

Di negara-negara Barat, kesejahteraan negara sering dipandang sebagai strategi ‘penawar racun’ kapitalisme, yakni dampak negatif ekonomi pasar bebas. Karenanya, *welfare state* sering disebut sebagai bentuk dari ‘kapitalisme baik hati’ (*compassionate capitalis*).¹³⁹ Sebagai ilustrasi, Thoenes mendefinisikan *welfare state* sebagai “*a form of society characterised by a system of democratic government-sponsored welfare placed on a new footing and offering a guarantee of collective social care to its citizens, concurrently with the maintenance of a capitalist system of production*”.

Tokoh lain yang turut mempopulerkan sistem kesejahteraan negara adalah Sir William Beveridge (1942) dan T.H. Marshall (1963). Di Inggris,

¹³⁷ *loc.cit*

¹³⁸ *Loc.cit*

¹³⁹ *Loc.cit*

dalam laporannya mengenai *Social Insurance and Allied Services*, yang terkenal dengan nama *Beveridge Report*, Beveridge menyebut *want, squalor, ignorance, disease* dan *idleness* sebagai '*the five giant evils*' yang harus diperangi. Dalam laporan itu, Beveridge mengusulkan sebuah sistem asuransi sosial komprehensif yang dipandang mampu melindungi orang dari buaian hingga liang lahat (*from cradle to grave*). Pengaruh laporan Beveridge tidak hanya di Inggris, melainkan juga menyebar ke negara-negara lain di Eropa dan bahkan hingga ke AS dan kemudian menjadi dasar bagi pengembangan skema jaminan sosial di negara-negara tersebut. Sayangnya, sistem ini memiliki kekurangan. Karena berpijak pada prinsip dan skema asuransi, ia tidak dapat mencakup resiko-resiko yang dihadapi manusia terutama jika mereka tidak mampu membayar kontribusi (premi). Asuransi sosial gagal merespon kebutuhan kelompok-kelompok khusus, seperti orang cacat, orang tua tunggal, serta mereka yang tidak dapat bekerja dan memperoleh pendapatan dalam jangka waktu lama. Manfaat dan pertanggungjawaban asuransi sosial juga seringkali tidak adekuat, karena jumlahnya kecil dan hanya mencakup kebutuhan dasar secara minimal. Dalam konteks kapitalisme, Marshall berargumen bahwa warga negara memiliki kewajiban kolektif untuk turut memperjuangkan kesejahteraan orang lain melalui lembaga yang disebut Negara. Ketidaksempurnaan pasar dalam menyediakan pelayanan sosial yang menjadi hak warga negara telah menimbulkan ketidakadilan. Ketidakadilan pasar harus dikurangi oleh negara untuk menjamin stabilitas sosial dan mengurangi dampak-dampak negatif kapitalisme. Marshall melihat sistem kesejahteraan negara sebagai kompensasi yang harus dibayar oleh kelas penguasa dan pekerja untuk menciptakan stabilitas sosial dan memelihara masyarakat kapitalis. Pelayanan sosial yang diberikan pada dasarnya merupakan ekspresi material dari hak-hak warga negara dalam merespon konsekuensi-konsekuensi kapitalisme.

Pengertian kesejahteraan sedikitnya mengandung empat makna.¹⁴⁰

- 1) Sebagai kondisi sejahtera (*well-being*). Pengertian ini biasanya menunjuk pada istilah kesejahteraan sosial (*social welfare*) sebagai kondisi terpenuhinya kebutuhan material dan non-material. Midgley, et al mendefinisikan kesejahteraan sosial sebagai "*...a condition or state of human well-being.*" Kondisi sejahtera terjadi manakala kehidupan manusia aman dan bahagia karena kebutuhan dasar akan gizi, kesehatan, pendidikan, tempat tinggal, dan pendapatan dapat dipenuhi; serta manakala manusia memperoleh perlindungan dari resiko-resiko utama yang mengancam kehidupannya.
- 2) Sebagai pelayanan sosial. Di Inggris, Australia dan Selandia Baru, pelayanan sosial umumnya mencakup lima bentuk, yakni jaminan sosial

¹⁴⁰ *loc. cit*

(*social security*), pelayanan kesehatan, pendidikan, perumahan dan pelayanan sosial personal (*personal social services*).

- 3) Sebagai tunjangan sosial yang, khususnya di Amerika Serikat (AS), diberikan kepada orang miskin. Karena sebagian besar penerima *welfare* adalah orang-orang miskin, cacat, penganggur, keadaan ini kemudian menimbulkan konotasi negatif pada istilah kesejahteraan, seperti kemiskinan, kemalasan, ketergantungan, yang sebenarnya lebih tepat disebut "*social illfare*" ketimbang "*social welfare*".
- 4) Sebagai proses atau usaha terencana yang dilakukan oleh perorangan, lembaga-lembaga sosial, masyarakat maupun badan-badan pemerintah untuk meningkatkan kualitas kehidupan (pengertian pertama) melalui pemberian pelayanan sosial (pengertian ke dua) dan tunjangan sosial (pengertian ketiga).

2. Model Negara Kesejahteraan di Beberapa Negara

Negara kesejahteraan pertama tama dipraktekkan di Eropa dan Amerika Serikat pada abad 19 yang ditujukan untuk mengubah kapitalisme menjadi lebih manusiawi (*compasionate capitalism*).¹⁴¹ Dengan sistem ini Negara bertugas melindungi golongan lemah dalam masyarakat dari gilasan mesin kapitalisme. Sebuah Negara kesejahteraan atau *welfare state* sendiri berawal di Jerman yakni masa *wolhfahstaat* pada tahun 1920-an, namun secara istilahnya *welfare state* sendiri muncul di Inggris tahun 1940. *Welfare State* ditetapkan sebagai bentuk melakukan perbaikan setelah perang dan Negara ini menjadi sejahtera sebab telah terjadi revolusi, Inggris dan Perancis telah belajar dari pasca perang dunia II.¹⁴²

Sistem kesejahteraan negara tidaklah homogen dan statis. Ia beragam dan dinamis mengikuti perkembangan dan tuntutan peradaban. Model utama Negara kesejahteraan yang berkembang dalam praktek Negara kesejahteraan, merujuk

¹⁴¹ <http://siteresources.worldbank.org/INTRANETSOCIALDEVELOPMENT/Resources/Gough.re.v.pdf> Ian Gough, *European Welfare States: Ex Planations And Lessons For Developing Countries*. Arusha Conference, "New Frontiers of Social Policy" – December 12-15, 2005 diakses tanggal 10 Maret 2015, 11.00

¹⁴² *Loc.cit*

pada pemikiran Godta Esping Anderson¹⁴³ yang juga banyak dirujuk periset mengenai Negara kesejahteraan, karena kemampuannya membaca perkembangan konvergensi kebijakan di Negara-negara tertentu. Negara semakin lama mengubah perannya yang lebih memperhatikan pengembangan kesejahteraan sebagai sumber legitimasi kekuasaan demokratis. *"The welfare state has been a favoured topic of research for many years now. This is not very suprising when we consider its fantastic pace of growth in most countries during the 1960s. What once were night watchman, law and order states, militarist states, on even repressive organs of totalitarian rule are now institution predominantly preoccupied with the production and distribution of social well-being* (Negara kesejahteraan terus menjadi topik riset yang menarik selama bertahun tahun sampai saat ini. Hal ini tidaklah mengejutkan ketika melihat kecepatan pertumbuhan yang fantastik sepanjang tahun 1960an dan 1970an. Hal ini tidaklah mengejutkan, karena dulunya Negara adalah sekedar menjaga (*night watchman*), Negara yang hanya berperan dalam soal hukum dan tata tertib, Negara militer atau bahkan hanya menjadi organ represif kekuasaan totalitarian sekarang ini menjadi lembaga yang sebagian terbesar peranannya dijalankan untuk produksi dan distribusi kesejahteraan sosial.

Model utama Negara kesejahteraan dapat dijabarkan sebagai berikut¹⁴⁴:

- 1) Model liberal atau *residual* atau Anglo Saxon: Dukungan sosial yang terbatas atau bersyarat (*means-tested*) dan lebih berupa jaring pengaman. Upaya negara yang lebih besar dipusatkan pada upaya menciptakan skema pembiayaan supaya warga negara dapat berpartisipasi (kembali)

¹⁴³ Godta Esping Anderson dirujuk dari Henry Thomas Simarmata, et.all *Negara Kesejahteraan dan Globalisasi*, (Jakarta : PSIK & The Asia Fondation, 2007), hlm.42

¹⁴⁴ *ibid*, hlm.44-45

dalam arus besar tenaga kerja. Sekaligus pengembangan industri dan perdagangan dikembangkan terlebih dahulu (*precursory*) untuk menciptakan akses atas barang dan jasa serta daya beli yang berkelanjutan. Contoh dari model ini adalah Amerika Serikat, Kanada dan Australia.

- 2) Model konservatif, atau korporatis atau continental Europa. Negara mengusahakan skema kesejahteraan yang dikelola oleh negara. Negara mengusahakannya dalam produksi dan pengorganisasian. Negara bukan satu satunya pelaksana, melainkan juga kolaborasi warga Negara/pekerja dengan sektor swasta dan juga pajak negara dikaitkan dengan tunjangan tertentu, namun demikian pajak dapat dikatakan tetap tinggi, hal ini terkait dengan pembiayaan secara meluas kebutuhan - kebutuhan warga negara, termasuk hal hal yang tidak dapat dibiayai dengan kolaborasi warga negara/pekerja dan swasta. Arah dari skema kesejahteraan terutama membiayai kondisi kondisi warga Negara yang 'sakit' baik secara sosial (pengangguran, cacat, tua, dan sebagainya) maupun secara fisik (soal kesehatan) sehingga seringkali model ini disebut model proteksi sosial. Contoh model ini adalah Austria, Perancis, Jerman dan Italia.
- 3) Model sosial demokrasi atau redistributif institutional. Satu skema pajak dipakai untuk membiayai keseluruhan pembiayaan skema kesejahteraan. Mencakup layanan yang menyeluruh dengan standar setinggi tingginya dengan akses semudah mudahnya (*universal coverage*). Warga Negara dianggap mempunyai hak atas pengaturan skema kesejahteraan (prinsip *equity*) kebijakan Negara diarahkan dengan skema skema kesejahteraan itu. Contoh: Negara Negara Skandinavia seperti Swedia dan Norwegia.

Edi Suharto, dengan merujuk pada Stephens, menyederhanakan keragaman, menggolongkan sedikitnya ada empat model kesejahteraan negara yang hingga kini beroperasi, yaitu :¹⁴⁵

1) Model Universal

Pelayanan sosial diberikan oleh negara secara merata kepada seluruh penduduknya, baik kaya maupun miskin. Model ini sering disebut sebagai *the Scandinavian Welfare States* yang diwakili oleh Swedia, Norwegia, Denmark dan Finlandia. Sebagai contoh, kesejahteraan negara

¹⁴⁵ <http://www.policy.hu/suharto/Naskah%20PDF/UGMWelfareState.pdf> Edi Suharto, "Peta dan Dinamika Welfarestate di Beberapa Negara :Pelajaran apa yang bisa dipetik untuk membangun Indonesia?" Makalah disampaikan pada Seminar Mengkaji Ulang Relevansi Welfare State dan Terobosan melalui Desentralisasi- Otonomi di Indonesia", Institute for Research and Empowerment (IRE) Yogyakarta dan Perkumpulan Prakarsa Jakarta, bertempat di Wisma MM Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta 25 Juli 2006.

di Swedia sering dijadikan rujukan sebagai model ideal yang memberikan pelayanan sosial komprehensif kepada seluruh penduduknya. Kesejahteraan negara di Swedia sering dipandang sebagai model yang paling berkembang dan lebih maju daripada model di Inggris, AS dan Australia.

2) Model Korporasi atau *Work Merit Welfare States*

Seperti model pertama, jaminan sosial juga dilaksanakan secara melembaga dan luas, namun kontribusi terhadap berbagai skema jaminan sosial berasal dari tiga pihak, yakni pemerintah, dunia usaha dan pekerja (buruh). Pelayanan sosial yang diselenggarakan oleh negara diberikan terutama kepada mereka yang bekerja atau mampu memberikan kontribusi melalui skema asuransi sosial. Model yang dianut oleh Jerman dan Austria ini sering disebut sebagai Model Bismarck, karena idenya pertama kali dikembangkan oleh Otto von Bismarck dari Jerman.

3) Model Residual

Model ini dianut oleh negara-negara Anglo-Saxon yang meliputi AS, Inggris, Australia dan Selandia Baru. Pelayanan sosial, khususnya kebutuhan dasar, diberikan terutama kepada kelompok-kelompok yang kurang beruntung (*disadvantaged groups*), seperti orang miskin, penganggur, penyandang cacat dan orang lanjut usia yang tidak kaya. Ada tiga elemen yang menandai model ini di Inggris: (a) jaminan standar minimum, termasuk pendapatan minimum; (b) perlindungan sosial pada saat munculnya resiko-resiko; dan (c) pemberian pelayanan sebaik mungkin. Model ini mirip model universal yang memberikan pelayanan sosial berdasarkan hak warga negara dan memiliki cakupan yang luas. Namun, seperti yang dipraktekkan di Inggris, jumlah tanggungan dan pelayanan relatif lebih kecil dan berjangka pendek daripada model universal. Perlindungan sosial dan pelayanan sosial juga diberikan secara ketat, temporer dan efisien.

4) Model Minimalis

Model ini umumnya diterapkan di gugus negara-negara latin (seperti Spanyol, Italia, Chile, Brazil) dan Asia (antara lain Korea Selatan, Filipina, Srilanka, Indonesia). Model ini ditandai oleh pengeluaran pemerintah untuk pembangunan sosial yang sangat kecil. Program kesejahteraan dan jaminan sosial diberikan secara sporadis, parsial dan minimal dan umumnya hanya diberikan kepada pegawai negeri, anggota militer dan pegawai swasta yang mampu membayar premi.

Secara garis besar dapat disimpulkan bahwa Negara yang menggunakan konsep negara kesejahteraan menyatakan bahwa negara harus secara aktif mengupayakan kesejahteraan, bertindak adil yang dapat dirasakan seluruh masyarakat secara merata dan seimbang, bukan mensejahterakan golongan tertentu tapi seluruh rakyat. Dalam bidang ekonomi negara mempunyai beberapa peranan yang antara lain, menegakan keadilan sosial dan ekonomi, memberantas kemiskinan.

Dengan meningkatnya teknologi, transportasi, komunikasi, telekomunikasi dan informasi, dunia semakin berubah menjadi satu dan semua aspek kehidupan mengalami proses globalisasi. Cara berfikir manusia dipaksa oleh keadaan mengarah pada sistem nilai yang serupa. Terjadi proses penyeragaman dan hubungan satu sama lain dan pengaruh mempengaruhi antarnegara. Perubahan perubahan itu menuntut respons yang lebih adaptif dari organisasi negara dan pemerintahan. Semakin demokratis dan berorientasi pasar, suatu negara maka semakin organisasi negara itu harus mengurangi perannya dan membatasi diri untuk tidak mencampuri dinamika urusan masyarakat serta pasar yang mempunyai mekanismenya sendiri.

Dengan kata lain konsepsi negara kesejahteraan (*welfare state*) yang sebelumnya mengidealkan perluasan tanggung jawab negara ke dalam urusan-urusan masyarakat dan pasar, pada saat ini dituntut melakukan liberalisasi dengan mengurangi peran untuk menjamin efisiensi dan efektifitas pelayanan umum

untuk lebih memenuhi harapan rakyat.¹⁴⁶ Jika dibandingkan dengan kecenderungan selama abad ke 20an dan terutama setelah perang dunia kedua, ketika gagasan negara *welfare state* atau negara kesejahteraan sedang tumbuh sangat populer di dunia.¹⁴⁷

Dalam paham negara *welfare state*, adalah tanggung jawab sosial negara untuk mengurus orang miskin dan yang tidak berpunya. Oleh karena itu, negara dituntut berperan lebih, sehingga format kelembagaan organisasi birokrasi juga menjangkau kebutuhan yang lebih luas. Begitu luasnya bidang bidang yang musti ditangani oleh pemerintah *welfare state* maka dalam perkembangannya kemudian muncul *intervensionist state*¹⁴⁸. Dalam bentuk paling ekstrim muncul rezim komunis pada ekstrim yang sangat kiri.

Semua negara modern dewasa ini tidak dapat lagi mempertahankan format lama lembaga lembaga negara dan birokrasi pemerintahannya yang semakin dirasakan tidak efisien untuk memenuhi tuntutan aspirasi rakyatnya yang terus meningkat. Semua negara dituntut untuk melakukan pembaharuan di sektor administrasi dan administrasi publik.

¹⁴⁶ Jimly Asshidiqqie, Pengantar Hukum Tata Negara Indonesia, Jilid II (Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi-RI, (cet:1), 2006), hlm.67-68

Menurut Jimly Asshidiqqie, dikalangan para ahli kritis dan gugatan terhadap konsep Negara kesejahteraan (*welfare state*) ini berkembang sangat luas Usul yang paling moderat mengenai hal ini, menawarkan konsep mengenai *corporatist state* (*integrated welfare state*) yang mengintegrasikan semua kepentingan (interest organs) sebagai perkembangan lanjutan dari ide *welfare state* yang konvensional semua kritik para ahli dan kenyataan bahwa masa depan akan terus berkembang luas maka gugatan terhadap *welfare state* sudah pasti akan meningkat dan boleh jadi *welfare state* akan dianggap tidak relevan lagi. Oleh karena itu sangat mendesak untuk mendalami perkembangan-perkembangan ini dalam konteks ide Negara kesejahteraan dalam Undang Undang Dasar Negara RI 1945.

¹⁴⁷ *Ibid.* hlm.69

¹⁴⁸ *Loc.cit*

Menurut laporan *Organization for Economic Cooperation Development (OECD)*¹⁴⁹ yang disampaikan oleh Alice Rivlin, untuk menghadapi tantangan ekonomi global dan ketidakpuasan warga negara yang terus meningkat, semua negara *OECD* dipaksa oleh keadaan untuk melakukan serangkaian agenda pembaharuan yang sifatnya sangat mendasar :¹⁵⁰

1. Unit unit pemerintahan harus mendelegasikan kewenangan dan devolusi pertanggungjawaban kelapisan pemerintah yang lebih rendah;
2. Semua pemerintah perlu mengadakan penilaian kembali mengenai; apa yang harus dibiayai dan lakukan pemerintah ; apa yang harus dibiayai tetapi tidak perlu dilakukan sendiri; dan apa yang tidak perlu dibiayai sendiri sekaligus tidak perlu dilakukan kembali.
3. Semua pemerintah Negara modern dituntut untuk memperkecil unit unit organisasi pelayanan (*public services*), dan memprivatisasikan dan serta mengkorporasikan kegiatan kegiatan yang sebelumnya secara langsung ditangani sendiri oleh pemerintah.
4. Semua pemerintahan dianjurkan untuk mengembangkan kebijakan pelayanan yang lebih *cost- effective*.
5. Semua pemerintahan berorientasi kepada konsumen termasuk dalam menghembangkan pelayanan umum dengan kualitas yang pasti.
6. Melakukan *benchmarking* dan penilaian kinerja yang terukur.
7. Mengadakan reformasi atau pembaharuan yang di disain untuk menyederhanakan regulasi dan biaya biaya yang tidak efisien.

Kebijakan tersebut penting dilakukan untuk mengadakan apa yang disebut oleh David Osborne dan Ted Gaebler dengan *reinventing government*.¹⁵¹ Osborne dan Goebler menawarkan konsep "*reinventing government*" bagi model pemerintahan di era *new public management*. Konsep *reinventing government* sebagai kritik atas kinerja pemerintahan selama ini dan sebagai antisipasi atas

¹⁴⁹ OECD beranggotakan 30 negara , yaitu Austria, Belcium, Grece, Denmark, Canada, Findland, France, German, Normway, Nedtherland, Hungary, Irland, Iceland, Luxemburg, Sweden, Switzeland, United Kingdom, United State of America, Italy, Japan, Australia, Mexico, Cetz Republic, South Korea, New Zailand, Poland, Portugal, Slovak Republic, Norway, Turkey,lihat www.oecd.org

¹⁵⁰ *ibid.* hlm.73

¹⁵¹ *Loc,cit*

berbagai perubahan yang akan terjadi.¹⁵² Konsep *reinventing government* menawarkan sepuluh prinsip dasar bagi sebuah model baru pemerintahan di masa yang akan datang.

1. Pemerintahan katalis : fokus pada pemberian pengarahan bukan produksi pelayanan publik. Pemerintah daerah harus menyediakan (*providing*) beragam pelayanan publik, tetapi tidak harus terlibat secara langsung dengan proses produksinya (*producing*). Sebaiknya pemerintah daerah memfokuskan diri pada pemberian arahan, sedangkan produksi pelayanan publik diserahkan pada pihak swasta dan/atau sektor ketiga (LSM dan nonprofit lainnya).
2. Pemerintah milik masyarakat: memberi wewenang (pada masyarakat) daripada melayani. Pemerintah daerah sebaiknya memberikan wewenang kepada masyarakat sehingga mereka mampu menjadi masyarakat yang mandiri (*community self-help*).
3. Pemerintah yang kompetitif : menyuntikkan semangat kompetisi dalam pemberian pelayanan publik. Kompetisi adalah salah satu cara untuk menghemat biaya sekaligus untuk meningkatkan kualitas pelayanan publik.
4. Pemerintah yang digerakkan oleh misi : mengubah organisasi yang digerakkan oleh peraturan menjadi organisasi yang digerakkan oleh misi.
5. Pemerintah yang berorientasi hasil : membiayai hasil bukan masukan.
6. Pemerintah yang berorientasi pada pelanggan, yakni pelayanan yang diberikan adalah untuk memenuhi kebutuhan masyarakat bukan birokrat.
7. Pemerintah wirausaha yang mampu memberikan pendapatan bukan hanya sekedar membelanjakannya.
8. Pemerintah yang antisipatif, yaitu berupaya untuk mencegah daripada mengobati.
9. Pemerintah desentralisasi menuju partisipatif dan tim kerja.
10. Pemerintah yang berorientasi pada (mekanisme) pasar yang mengadakan perubahan dengan mekanisme pasar (sistem intensif) dan bukan dengan mekanisme administrasi (sistem prosedur dan bukan pemaksaan).

Untuk meningkatkan efisiensi dan profesionalisme, pemerintah daerah perlu melakukan perekayasa ulang terhadap birokrasi yang selama ini dijalankan (*bureaucracy reengineering*). Hal tersebut karena pada saat ini dan di masa yang akan datang pemerintah (pusat dan daerah) akan menghadapi gelombang

¹⁵² David Osborne-Ted Goebler, *Reinventing Government*, A Plume Book, New York, 1993. Yang dikutip dalam Ni'matul Huda, *Perkembangan Hukum Tata Negara Perdebatan dan Gagasan Penyempurnaan*, (Yogyakarta : FH UII Press, 2014). hlm.320

perubahan baik yang berasal dari tekanan eksternal maupun dari internal masyarakat. Dari sisi eksternal, pemerintah akan menghadapi globalisasi yang sarat dengan persaingan dan liberalisme arus informasi, investasi, modal, tenaga, kerja, dan budaya. Disisi internal, pemerintah akan menghadapi masyarakat yang semakin cerdas (*knowledge based society*) dan masyarakat yang semakin banyak tuntutannya (*demanding community*).¹⁵³

3. Model *Welfare State* dengan nilai Nilai Kesejahteraan Dalam Al Qur'an

Ajaran Islam yang dibawa Muhammad tidak hanya mengguncang tatanan agama, tetapi juga tatanan sosial, politik dan budaya. Nabi yang dekat dengan kelompok kelompok marginal banyak mengambil kebijakan kebijakan dengan kelompok kelompok marginal dan kebijakan kebijakan yang menguntungkan orang orang yang terlemah (*mustadh'afin*) oleh sistem sosial politik pada waktu itu. Oleh karena itu adanya kebijakan kebijakan sosial secara substansial mempunyai kedekatan "teoritik" dengan konsep *welfare state*.

Kesejahteraan secara normatif menurut konsep ajaran islam masih sulit didefinisikan secara jelas apalagi jika dikaitkan dengan pengertian yang lazim dipahami dalam khasanah ilmu ilmu sosial modern. Walaupun demikian, tidak dapat dikatakan bahwa islam tidak memiliki pandangan tentang masalah kesejahteraan. Berdasarkan realitas perkembangan masyarakat islam sendiri — yang merupakan bagian dari masyarakat dunia yang secara evolutif berkembang dari masyarakat agraris dan kemudian menjadi masyarakat industri. Konsekuensi

¹⁵³ *Ibid.* hlm,324

dari tahapan perkembangan masyarakat yang terjadi di barat inilah turut mengubah tatanan kehidupan sosial masyarakat Islam. Pada perkembangan selanjutnya ajaran keagamaan Islam mampu mencapai tatanan masyarakat yang bernuansa cosmopolitan. Atas dasar ini peradaban Islam kemudian tumbuh dan berkembang dengan berbagai versi dan bermacam varian. Era kontemporer yang telah membentuk tatanan masyarakat modern ternyata juga telah membawa masyarakat islam di dunia.

Nilai nilai kesejahteraan yang terkandung dalam Al-Qur'an merupakan tugas/kewajiban manusia untuk menegakkan keadilan. Hal itu merupakan perintah, maka perintah zakat bagi orang Islam yang mampu merupakan kewajiban yang bersifat imperatif. Apabila perintah itu tidak dilakukan maka negara dalam hal ini yang memiliki kewenangan untuk mengambil secara "paksa" karena didalam harta yang dimiliki ada hak orang lain khususnya fakir miskin, selain juga ada larangan memakan harta anak yatim dan orang miskin.¹⁵⁴ Pemerintah berkewajiban untuk menegakkan keadilan, melindungi dan menyantuni yang lemah. Al-Qur'an banyak mencantumkan terminologi seperti, *fakir, masakin, dhua'fa, mustadha'fin* dan sebagainya. Perintah untuk zakat, infaq, shadaqoh juga banyak disebut. Selain itu aturan dalam hal perdagangan, waris, pengelolaan harta rampasan perang dan seterusnya diperuntukkan bagi kesejahteraan dan kemakmuran orang banyak. Dapat disimpulkan bahwa nilai nilai kesejahteraan dalam Al-Qur'an merupakan nilai normatif yang terangkum dalam seluruh konsep ajaran agama yang bersifat universal, terlepas dari apakah

¹⁵⁴ (Q.S, 107:1-8)

telah ada organisasi “negara” pada awal awal perkembangan Islam. Menurut Syed Nawab Haiser Nagvi ¹⁵⁵ ajaran islam memang dekat dengan ajaran ekonomi kesejahteraan.

Pada dasarnya Allah SWT menciptakan umat manusia adalah untuk mengemban tiga tugas suci, yaitu: sebagai hamba untuk beribadah kepada Allah, sebagai khalifah Allah SWT, sebagai inovator dalam kehidupan . Dari ketiga fungsi tersebut dipahami bahwa tugas manusia di muka bumi ini pada hakikatnya hanyalah untuk beribadah kepada Allah SWT. ¹⁵⁶ Dalam al-Quran dikatakan, manusia diciptakan Allah untuk beribadah kepada-Nya ¹⁵⁷ dan menjadi khalifah Allah di muka bumi. ¹⁵⁸ Manusia dikaruniai akal, bukan hanya hawa nafsu dan naluri. Tugas manusia di bumi berbeda dengan binatang. Semua fungsi dan tugas manusia itu akan bisa dijalankan dengan baik dan benar jika manusia menjadi seorang yang beradab.

Pada saat ini tidak ada lagi pemerintahan Islam karena ummat Islam terpecah dalam beberapa wilayah / negara (*nation state*), sehingga yang ada adalah penguasa negeri yang memerintah dengan berlandaskan syariat Islam atau pemerintahan Islami, itupun tidak sepenuhnya berlandaskan syariat Islam. Sebagian besar negara berpenduduk mayoritas Islam mempunyai konsepsi negara hukum modern.

¹⁵⁵ Syed Nawab Haiser Nagvi sebagaimana dikutip oleh Henry Thomas Simarmata, et.all, *op.cit.hlm 13*

¹⁵⁶ Hadist Rasulullah: "Barangsiapa yang hari ini lebih baik dari kemarin, adalah orang yang beruntung. Bila hari ini sama dengan kemarin, berarti orang merugi, dan jika hari ini lebih jelek dari kemarin, adalah orang celaka".

¹⁵⁷ (QS adz-Dzariyat: 56)

¹⁵⁸ (QS al-Baqarah: 30).

Sistem pemerintahan negara modern menggambarkan adanya lembaga-lembaga yang bekerja dan berjalan saling berhubungan satu sama lain menuju tercapainya tujuan penyelenggaraan negara. Pembagian sistem pemerintahan negara secara modern terbagi dua, yaitu presidensial dan ministerial (parlemen). Pembagian sistem pemerintahan presidensial dan parlementer didasarkan pada hubungan antara kekuasaan eksekutif dan legislatif. Pelaksanaan penyelenggaraan negara sehari-hari dilaksanakan oleh pemerintah.

Islam memiliki tafsiran dan bentuk yang khusus dan istimewa tentang pemerintahan. Tafsirannya jauh lebih bijaksana dan adil daripada ajaran-ajaran lainnya. Bentuk kedaulatan yang hakiki berada di tangan syara'. Sehingga yang menangani dan mengendalikan aspirasi individu adalah syara' bukan individu itu sendiri dengan sesukannya, melainkan aspirasi individu itu ditangani dan dikendalikan berdasarkan perintah-perintah dan larangan Allah.

Dalam masalah ibadah, ada dua macam ibadah yaitu ibadah *mahdah* dan ibadah *ghairu mahdah*. Ibadah *mahdah* jenis dan tata caranya telah diterangkan dalam Al-Qur'an dan al-Sunnah secara rinci dan mapan, maka ibadah *mahdah* dalam Islam tidak mengalami perubahan. Namun, ibadah yang *ghairu mahdah* atau *muamalah* ruang lingkupnya sangatlah luas bahkan, Al-Qur'an dan Sunnah Rasul tidak mengaturnya secara rinci dan teknis, karena untuk memberi peluang pada manusia agar menggunakan akalnyanya untuk dapat mengembangkan prinsip-prinsip umum tentang *muamalah* yang diatur dalam Al-Qur'an dan Sunnah Rasul. Termasuk di dalamnya masalah kenegaraan sesuai dengan tingkat penalaran,

kebutuhan, dan masalah-masalah yang dihadapi manusia sesuai dengan tempat dan waktu

Di antara berbagai kaidah dan ajaran yang dikukuhkan oleh para ahli fiqih utama bagi penerapan hukum Islam, mashlahah (kemaslahatan) dianggap sebagai sarana paling bisa berjalan untuk mewujudkan cita-cita Islam dalam semua waktu.¹⁵⁹ Nilai kemaslahatan menjadi realisasi dari misi dasar Islam yang pada hakekatnya adalah sifat humanisme, dimana dalam prinsip humanisme harus diwujudkan dengan sikap toleransi, menghargai orang lain, menghormati, saling tolong menolong, memiliki kesamaan dihadapan hukum, keadilan, kejujuran, dan lain sebagainya. Hal tersebut yang harus diwujudkan oleh seorang penguasa bagi umat yang dipimpinnya.

Firman Allah yang lain berkaitan dengan ini dalam surat an-Nisa' ayat: 59 yang artinya: *"Hai orang-orang yang beriman, taatilah Allah dan taatilah Rasul (Nya), dan ulil amri di antara kamu. kemudian jika kamu berlainan pendapat tentang sesuatu, maka kembalikanlah ia kepada Allah (Al Quran) dan Rasul (sunnahnya), jika kamu benar-benar beriman kepada Allah dan hari kemudian. yang demikian itu lebih utama (bagimu) dan lebih baik akibatnya."*

Menurut Islam, hubungan yang baik antara rakyat dan pemerintah merupakan satu kemuliaan. Karena itu, gesekan yang terjadi di antara mereka pun termasuk sesuatu yang tercela dan harus segera diselesaikan. banyak ayat al-Qur'an dan hadits Nabi *Shallallahu 'alaihi wasallam* yang menjelaskan seputar

¹⁵⁹ Mashmood A Baderin, *International Human Rights and Islamic Law*, (Terjemahan; Musa Kazhim dan Edwin Ariin, Komnas HAM, Jakara, 2010), hlm.41

masalah ini. Para ulama yang mulia pun tiada henti mengingatkannya. Petuah dan bimbingan mereka terukir dalam kitab-kitab yang terkenal. Allah *Subhanahu wata'ala* berfirman, yang artinya:

*“Sesungguhnya Allah menyuruh kalian menyampaikan amanat kepada yang berhak menerimanya, dan (menyuruh kalian) apabila menetapkan hukum di antara manusia supaya kalian menetapkan dengan adil. Sesungguhnya Allah memberi pengajaran yang sebaik-baiknya kepada kalian. Sesungguhnya Allah Maha Mendengar lagi Maha Melihat. Wahai orang-orang yang beriman, taatilah Allah dan taatilah Rasul(Nya), serta ulil amri di antara kalian. Kemudian jika kalian berbeda pendapat tentang sesuatu, kembalikanlah kepada Allah (al-Qur'an) dan Rasul (Sunnahnya), jika kalian benar-benar beriman kepada Allah dan hari kemudian. Hal itu lebih utama (bagi kalian) dan lebih baik akibatnya.”*¹⁶⁰

Oleh karena itu yang berkuasa di tengah-tengan umat dan individu serta yang menangani dan mengendalikan aspirasi umat dan individu itu adalah apa yang di bawa Rasulullah, sehingga umat dan individu itu harus tunduk kepada syara', karena itu kedaulatan ditangan syara'. Syara' berasal dari kata as-siyadah atau kedaulatan . Kedaulatan tersebut memiliki bukti, bahwa kedaulatan tersebut adalah di tangan syara' dan bukan di tangan umat. Hukum syarak (syar'ī), yang merupakan satuan norma syariah dan biasanya diartikan sebagai: *sapaan ilahi yang ditujukan kepada subyek hukum yang berisi tuntunan, alternasi dan penetapan hubungan.*¹⁶¹

Hukum syara' (norma hukum Islam) terdiri dari *hukum taklifi: wajib, mandub (sunnat), mubah, makruh, haram*. Hukum islam bukan hanya sekedar halal haram, tetapi fleksibel bergerak diantara halal (bermanfaat jika dikerjakan)

¹⁶⁰ an-Nisa': 58—59

¹⁶¹ Samsul Anwar, *Paparan Kuliah Filsafat Hukum Islam*, Program Doktor UII, 2014

mandub atau sunnah (lebih bermanfaat jika dikerjakan), mubah (subyek hukum dipersilahkan untuk memilih mengerjakan atau meninggalkan karena manfaat atau *madhorot* itu sangat personal). Pelaku lebih tahu dan dan dipersilahkan menghadapi konsekuensinya), makruh (lebih bermanfaat jika ditinggalkan). Dalam rangka mewujudkan nilai-nilai ilahiyah hukum Islam dalam kehidupan nyata. Filosof Hukum Islam mencanangkan teori antara lain *maqashid syari'ah* (tujuan-tujuan hukum islam).¹⁶² Tujuan hukum islam adalah menyelamatkan manusia dari dunia sampai akhirat. Prinsip ini dijabarkan melalui prinsip keadilan sebagai lawan kezaliman. Setiap langkah yang melanggar keadilan pasti akan menghancurkan diri sendiri.¹⁶³

Islam menuntun menuju keselamatan manusia dari dunia sampai akhirat, Islam memiliki sumber-sumber utama yaitu al-Quran dan Sunnah Nabi saw. Aturan umum tentang penerapan Al-Qur'an dan sunnah sebagai sumber-sumber utama hukum Islam ialah bahwa setiap kali ada pertentangan yang tidak bisa dipecahkan antara satu ayat dan sunnah yang diriwayatkan, maka ayat Al-Qur'an dimenangkan, mengingat keotentikan Al-Qur'an yang tidak mungkin diragukan lagi dalam hukum Islam.¹⁶⁴ Sumber utama/pokok tersebut diperjelas dengan sumber-sumber tambahan yang meliputi *ijmak* (konsensus), *qiyas* (analogi), *istihsan* (kebijaksanaan hukum), kemaslahatan, *'uruf* (adat kebiasaan), *sadduz-*

¹⁶² Yudian Wahyudi, *Maqashid Syari'ah Pergulatan Politik, Berfilsafat Hukum islam dari Harvard ke Sunan Kalijaga*, Penerbit, (Yogyakarta, Pesantren Nawasea Press, 2007), hlm.27

¹⁶³ *Ibid.* hlm.39

¹⁶⁴ Kamali, Siyasah Shar'iyah or the Policies of Islamic Government' *The American Journal of Islamic Social Sciences*, 1989, No. 1, hlm. 59.

zari'ah (tindakan preventif), *istishab* (kelangsungan hukum), fatwa Sahabat Nabi saw, dan *syar'u man qablana* (hukum agama samawi terdahulu).¹⁶⁵

Dari salah satu sumber-sumber hukum tambahan tersebut, terdapat sumber hukum tambahan yang berupa kemaslahatan. Sebagai contoh penggunaan sumber hukum kemaslahatan ini adalah sebagaimana di contohkan dalam politik nasionalnya Hatta yang mencoret istilah –istilah Islam yang terdapat dalam batang tubuh Undang-Undang Dasar: 1 “Mukadimah” diganti “Pembukaan”, 2. Tujuh kata “dengan kewajiban menjalankan syariat Islam bagi pemeluknya” dihapus , diganti “ berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa”. Dengan menghadirkan kata “Ketuhanan Yang Maha Esa”Hatta menghantam komunisme sejak dini sekaligus mengibarkan bendera Tauhid.¹⁶⁶ Disini makna strategis konstitusional Hatta.

Penggunaan maslahat sebagai salah satu sumber hukum dalam menentukan sikap politik Hatta sebenarnya mewujudkan kaidah “menolak kerusakan” yaitu kemungkinan Indonesia pecah. Hatta menghindari mafsadat yang lebih besar dengan melakukan tindakan yang beresiko lebih kecil menghadapi kemungkinan perpecahan negara Indonesia dengan mencoret tujuh kata yang merupakan kemaslahatan umat islam Indonesia.¹⁶⁷ Maslahat secara etimologi berasal dari kata *shalah*, yang berarti manfaat. Setiap sesuatu yang memberikan manfaat secara langsung atau melalui perantara, dapat disebut maslahat.

¹⁶⁵ Samsul Anwar, *ibid.*12

¹⁶⁶ *Ibid* , hlm 35

¹⁶⁷ menarik uraian yang detil dalam. *Log.cit*

Di antara berbagai kaidah dan ajaran yang dikukuhkan oleh para ahli fiqih utama bagi penerapan hukum Islam, *mashlahah* (kemaslahatan) dianggap sebagai sarana paling bisa berjalan untuk mewujudkan cita-cita Islam dalam semua waktu. Kamali telah mencatat: kaidah kemaslahatan cukup luas untuk mencakup beragam sasaran, baik idealis maupun pragmatis, demi memelihara standar-standar pemerintahan yang baik, dan membantu meningkatkan kepercayaan khalayak yang sangat penting terhadap otoritas legislasi perundang-undangan dalam berbagai masyarakat muslim. Kaidah kemaslahatan bisa menyeimbangkan antara tingkat-tingkat harapan yang terlalu idealistis dari pemerintahan pada sisi khalayak dan upaya-upaya publik untuk mengidentikkan diri dengan Islam secara lebih bermakna. Kaidah ini pada awalnya dikenalkan oleh Imam Malik, pendiri mazhab Maliki, kemudian dikembangkan lebih jauh oleh para ahli iqi seperti al-Ghazali dan al-Thui, masing-masing dari mazhab Syafi'i dan Hanbali. Selanjutnya ahli fiqih abad XIV, Abu Ishaq al-Syatibi mengembangkan lebih jauh konsep itu sebagai 'landasan rasionalitas dan kemampuan hukum Islam untuk diperluas sehingga meliputi keadaan-keadaan yang terus berubah (dan juga) sebagai prinsip utama universalitas dan kepastian hukum Islam. Inilah kaidah bijaksana hukum Islam yang sekarang diakui oleh para ahli hukum sebagai mengandung 'benih-benih masa depan Syariat dan ketahanannya sebagai daya hidup dalam masyarakat'.¹⁶⁸ Istilah *mashlahah* (kemaslahatan) secara hariah berarti 'kepentingan' atau 'kesejahteraan' dan secara umum dipakai dalam iqi Maliki, dalam makna yang lebih sempit, untuk mengungkapkan prinsip

¹⁶⁸ *ibid.* hlm. 43

‘kepentingan publik’ atau ‘kesejahteraan publik’ dan sering diberi syarat dengan ‘mashlahah mursalah’ (secara hariah berarti ‘kepentingan yang dilepaskan’) yaitu ketika kepentingan itu tidak terikat pada otoritas tekstual spesifik tapi didasarkan pada pertimbangan kebaikan bersama. Dalam makna itu mashlahah sering dipahami berkonotasi ‘mashlahah al-ummah’, yakni kepentingan dan kesejahteraan umat Muslim sebagai keseluruhan. Penggunaan mashlahah untuk mencapai kepentingan atau kesejahteraan bersama/umat tidak selalu menghalangi penerapannya untuk melindungi hak asasi manusia dan kesejahteraan individu. Konsep umum mashlahah juga mengakomodasi yang disebut sebagai ‘mashlahah syakhshiyyah’, yakni kepentingan atau kesejahteraan individu, demi menjamin perlindungan hak asasi manusia.¹⁶⁹

Menurut para ahli ushul, manfaat (*utility*) itu bisa diperoleh melalui dua kategori, yaitu *jalbu almashalih* (upaya untuk menghasilkan maslahat) dan *dar’u al-mafasid* (yang berarti menolak bahaya atau kerusakan). Menurut Imam Syatibi, maslahat bisa dipandang valid dalam syariah (*mu’tabar*) selama ia tidak bertentangan dengan *maqasid syari’ah* yaitu : memelihara agama, jiwa, akal, keturunan dan harta.¹⁷⁰ Salah satu argumen yang memperkuat pendapat Imam Syatibi ini ialah satu kaidah yang menyatakan bahwa syariat Allah diturunkan demi kemaslahatan umat manusia. Kaidah ini memberikan suatu pengertian bahwa semua hukum yang telah ditetapkan oleh syariat mempunyai nilai maslahat. Maslahat dalam kaitan ini sudah barang tentu bukan masalah mutlak yang

¹⁶⁹ Mashmood A Baderin, *International Human Rights and Islamic Law*, (Terjemahan; Musa Kazhim dan Edwin Ariin, Komnas HAM, Jakarta, 2010), hlm.41

¹⁷⁰ Al-Syatibi, *Al-Muwaafaqat juz 1*, terbitan Damascus, (terj:) hlm. 243

memasukkan pengertian maslahat menurut filosof, sebab maslahat menurut versi mereka hanya terbatas pada dimensi material dan cenderung bersifat duniawi (*worldly concerns*).

Maslahat dalam pandangan syariat adalah maslahat yang bukan berdimensi material dan duniawi saja, tetapi juga berdimensi spiritual dan concern dengan masalah-masalah *ukh-rawi*. DR. Said Ramadhan Al- Buthy, menjelaskan dengan panjang lebar kriteria maslahah menurut syari'ah. Beliau menyimpulkan bahwa maslahat mempunyai tiga kriteria:¹⁷¹ *pertama* Maslahat harus mengandung dua dimensi masa, yaitu dunia dan akhirat. Dalam istilah singkatnya bisa disebut sebagai maslahat yang berwawasan dunia dan akhirat. Bagi orang-orang yang tidak beriman, kehidupan akhirat dipandang absurd atau kadang-kadang dipahami sebagai kehidupan yang fatamorganik. Untuk itu mereka sering mengabaikan masalah yang bersifat ukhrawi. Bagi orang-orang yang beriman, kehidupan akhirat dipandang sebagai kelanjutan dari kehidupan dunia. Karenanya mereka meyakini adanya maslahat atau manfaat yang bersifat ukhrawi, sebagaimana halnya mereka merasakan maslahat duniawi. *Kedua* : Maslahat tidak hanya terbatas pada sisi dan norma material semata, tetapi juga harus mengandung norma spiritual. Agar maslahat tersebut bisa memenuhi kebutuhan jasmani dan rohani. Sebagian Filosof menentang adanya maslahat rohaniah (yang bersifat spiritual). Karena maslahat rohani menurut pandangan mereka akan terwujud dengan sendirinya jika kebutuhan jasmani terpenuhi. Kebanyakan filosof tidak

¹⁷¹ Said Ramadhan Al- Buthy, dikutip dari Mashmood A Baderin , *International Human Rights and Islamic Law*, (Terjemahan; Musa Kazhim dan Edwin Ariin, Komnas HAM, Jakarta, 2010), hlm.44

mempercayai maslahat yang bersifat spiritual ini. Karena itu setiap maslahat atau manfaat yang tidak bisa dinikmati secara material tidaklah disebut sebagai maslahat. Sejak jaman dulu semua orang mengerti bahwa riba itu tidak dilegalkan oleh agama. Tapi setelah mereka tahu bahwa ternyata riba mendatangkan keuntungan (kemaslahatan material), maka akhirnya mereka membolehkan riba demi untuk memenuhi kebutuhan jasmani yang bersifat material. Hal itu dikuatkan oleh analisa para ekonom. *Ketiga* : Norma maslahat yang ditetapkan oleh agama merupakan dasar pijakan bagi maslahat-maslahat lainnya. Semua maslahat harus menginduk pada norma agama. Dan apabila pertentangan antara suatu kemaslahatan (baca: maslahat yang mutlak) dengan kemaslahatan agama, maka maslahat agama harus didahulukan demi menjaga dan melestarikan eksistensi agama. Pertentangan dimaksud tentunya berupa pertentangan antar norma. Norma atau nilai yang terdapat dalam maslahat agama berorientasi pada pandangan-pandangan yang telah digariskan oleh Al-Qur'an dan Sunah Nabi. Sedang norma kemaslahatan non agama tentu terlepas dari pandangan-pandangan keagamaan.¹⁷²

Menghubungkan mashlahah dengan sasaran menyeluruh Syariat (maqashid al-syari'ah), al-Syatibi, berpijak dari teori al-Ghazali, dengan mengajukan tiga klasifikasi hierarkis untuk menentukan lingkupnya. Tingkat pertama dan tertinggi adalah kebutuhan-kebutuhan yang tidak bisa diabaikan (*dharuriyyat*), yang terdiri atas apa yang disebut sebagai lima universal, yaitu: perlindungan atas hidup,

¹⁷² Ramadhan Al-Buthy, *Dhawaabith al-Maslahah*, ,(terbitan Daar al-Muttahidah, cetakan kelima tahun 1990), hlm 45

agama, akal, keluarga dan kepemilikan. Lantaran tidak bisa diabaikan, masing-masingnya bukan saja harus ditingkatkan melainkan juga harus dijaga. Sebagian sarjana Muslim kontemporer menyetarakan lima universal itu dengan hak-hak asasi manusia (*al-huquq al-ithriyyah*).

Tingkat kedua adalah apa yang dianggap sebagai kebutuhan-kebutuhan utama (*hajiyyat*). Ini merupakan tambahan atas kategori pertama dan terdiri atas kebutuhan-kebutuhan yang pengabaianannya dapat menyebabkan kesusahan hidup, tapi penegakannya tidak menyebabkan keruntuhan masyarakat. Kebutuhan-kebutuhan ini menjamin penyesuaian dengan berbagai perubahan dalam hidup yang sejalan dengan hukum dan karenanya membuat hidup menjadi mudah ditanggung. Tingkat ketiga adalah kebutuhan-kebutuhan yang terkait dengan perbaikan kehidupan (*tahsiniyyat*) yang terdiri atas hal-hal yang bisa meningkatkan dan memperindah kehidupan secara umum dan karenanya memperkaya watak Syariat secara umum.

Yudian Wahyudi,¹⁷³ mengemukakan bahwa secara epistemologi islam berasal dari kata *salam* atau *salamah*, yaitu tunduk kepada kehendak Allah SWT agar mencapai salim/salamah (keselamatan atau kedamaian) di dunia dan akhirat. Prosesnya disebut *islam* dan pelakunya disebut *muslim*. Jadi islam adalah proses bukan tujuan. Dengan kata lain islam adalah setiap proses yang menghantarkan pada keselamatan atau keamanan (pada tingkat teologis, kosmos dan kosmis). Yang sering dilupakan adalah penjelasan pengertian islam ini adalah apa

¹⁷³ Yudian Wahyudi, *Maqashid Syariah Dalam Pergumulan Politik Berfilsafat Hukum Islam Dari Harvard ke Sunan Kalijaga* (Yogyakarta, Nawesea Press, , 2007), hlm.23.

kehendak Allah yang jika diikuti akan menghantarkan kepada keselamatan dan kedamaian dari dunia khususnya kosmos dan kosmis sampai akhirat (khususnya dunia theologis) dan sebaliknya. Kehendak Allah diekspresikan dalam tiga ayat yang berbeda tetapi sekaligus saling melengkapi . Pertama , ayat Qurniyah, yaitu tanda tanda kebesaran Allah yang ada dalam Qur'an (dan Hadis Sahih). Di antara hukum yang terpenting di sini adalah Tauhid (Keesaan Allah), akhlak (moralis) dan keadilan (hukum pasangan positif dan negatif: rahmat dan fitnah, masalahat dan mafsadat alau malaikat dan setan). Fungsi terbesar akidah “Tiada Tuhan Selain Allah” adalah sebagai kunci ketika menyeberang dari dunia menuju akhirat, sedangkan syirik sebagai satu-satunya dosa yang tidak dapat diampuni Allah.

Kedua ayat kauniah, yaitu tanda kebesaran Allah yang ada di jagat raya (kosmos). Tanda kebesaran Allah yang terpenting disini adalah hukum “kepasangan”(tanda”dari penulis) yang dititipkan Allah pada setiap benda alamiah. Sunnatullah atau takdir Allah (hukum alam) ini memegang peran kunci dalam menentukan keselamatan atau kedamaian di dunia, Jadi Islami pada tingkat alam adalah menyeimbangkan potensi negatif dan potensi positif setiap benda kapanpun dan dimanapun . Islami di sini dapat ditarik smpai pada titik memaksimalkan potensi positif dan meminimalkan potensi negatif suatu benda. Hukum alam ini berlaku bagi siapa saja tanpa mengenal batas kemanusiaan apapun seperti ras, agama, status sosial . Pada tingkat alam inilah semua agama sama, karena siapapun yang melanggar hukum kepasangn ini pasti dihukum Allah seketika. Sebaliknya siapapun yang taat (“tunduk”) pada hukum kepasangan ini,

pasti diberi pahala oleh Allah yaitu keselamatan. Sebagaimana islam, iman adalah proses yang tujuannya adalah aman atau *safety* yang bahasa Indonesianya menjadi keamanan. Keselamatan, kedamaian atau keamanan disini hanya pada tingkat kosmos atau duniawi. Untuk menyeberang ke akhirat dibutuhkan kunci tauhid Ketiga, ayat insaniah, yaitu tanda-tanda kebesaran atau hukum hukum Allah yang mengatur kehidupan manusia (kosmis). Lagi-lagi hukum yang terpenting disini adalah hukum kepasangan. Islam dan iman (sehingga selamat dan aman) pada tingkat ini adalah keseimbangan potensi positif dan negatif, yaitu mendelegasikan hukum kepada manusia seperti tercermin dalam hadits “Kerelaan Allah tergantung pada kerelaan manusia” Hukum ini diperkuat dengan prinsip *mutual agreement* Posisi ayat insaniah berada ditengah , lebih pasti daripada ayata Quraniah, tetapi lebih fleksibel dibanding ayat kauniah karena kesalahan sosial dapat diampuni tetapi kesalahan alamiah seringkali tidak dapat diampuni. Jadi Islam adalah tauhid, yaitu mengintegrasikan kehendak Allah yang ada dalam Kitab Suci , alam dan manusia, sehingga terbebas dari bencana teologis, kosmos dan kosmis.¹⁷⁴

Dari teori kepasangan yang dikemukakan Yudian khususnya pada ayat-ayat yang kauniah dan insaniah, menjadi kewajiban manusia untuk berihitiar mencari keselamatan dan keamanan (*islam dan iman*), dengan mencari sebanyak mungkin aspek positif dan sekecil mungkin aspek negatif agar diperoleh kemaslaksanaan. Pemanfaatan mashlahah dalam hubungan dengan maqashid al-Syari’ah ini dapat mengakomodasi kaidah *takhayyur* (pilihan *eklektik*).

¹⁷⁴ *ibid.* hlm.25

Berpijak pada latar belakang watak dan evolusi hukum Islam , kaidah mashlahah sebagai kaidah legal Islam yang benar-benar seiring dengan penegakan hukum hak asasi manusia internasional dalam koridor hukum Islam. Hal ini didasarkan pada pemahaman yang telah dipaparkan bahwa hukum hak asasi manusia internasional memiliki matalamat kemanusiaan universal untuk melindungi setiap individu dari penyalahgunaan wewenang negara dan meningkatkan martabat manusia. Kita akan mengandalkan kaidah mashlahah di dalam lingkup luas Syariat untuk menurunkan kebutuhan-kebutuhan legal dan menghindarkan kesulitan dari kehidupan seseorang, sebagaimana didukung oleh ayat Al-Qur'an berikut: *"Dia sekali-kali tidak menjadikan untuk kalian suatu kesempitan (kesusahan) dalam agama....."* ¹⁷⁵

Kaidah ini memudahkan perpindahan pendirian dari satu mazhab utama iqih Islam ke mazhab utama iqih Islam lain dan pertimbangan beragam pandangan ahli fiqih untuk mendukung. Berbagai penafsiran syariat dalam dunia muslim dewasa ini bisa diklasifikasikan dalam dua bagian utama 'tradisionalis' dan 'evolusionis'. Kalangan 'tradisionalis' menjunjung kesetiaan penuh pada penafsiran-penafsiran klasik Syariat sebagaimana yang telah ada sejak abad kesepuluh dalam berbagai risalah mazhab-mazhab utama iqih Islam. Kalangan ini juga kadang disebut sebagai 'konservatif' atau 'garis keras', karena mereka terlalu setia 'memandang

¹⁷⁵ QS. Al-Hajj: 78

ke belakang' pada risalah-risalah hukum klasik dan tidak 'memandang ke depan' dalam meninjau pendapat-pendapat klasik para pendiri hukum Islam.¹⁷⁶

Kalangan 'evolusionis', kendati tetap berpegang pada iqih dan metode-metode klasik hukum Islam, mereka berupaya membuatnya relevan dengan zaman sekarang. Mereka percaya pada evolusi hukum Islam yang berkesinambungan. Mereka berargumen bahwa jika Syariat ingin benar-benar menanggulangi perkembangan-perkembangan modern dan berlaku untuk semua zaman, maka segenap perkembangan modern itu harus dipertimbangkan dalam menafsirkan Syariat. Mereka juga lazim disebut sebagai kelompok Islam liberal dan moderat. Mereka mengambil pendekatan 'memandang ke belakang dan ke depan' dalam menafsirkan Syariat dan penerapan kontekstual iqih Islam klasik.

3. Model Negara Kesejahteraan di Indonesia

Para Bapak Bangsa (*founding father*) Indonesia sejak semula mempunyai cita cita yang jelas mengenai bagaimana bangsa Indonesia hidup dan berkembang . Kemerdekaan akan terus hidup di republik ini . Motivasi pokok dari republik ini adalah bagaimana bagian atau unsur unsur dari seluruh masyarakat Indonesia dapat berpartisipasi dalam sistem perwakilan dan pengambilan keputusan dalam lembaga negara. Para pendiri bangsa seperti Soekarno, Mohammad Hatta, Mohammad Yamin, Djuanda, Ahmad Subarjo, Mohammad Roem membangun visi bahwa suatu pemerintahan adalah sebuah operasi teknokratis, sekaligus mencerminkan negara kesejahteraan yang hendak dibangun. Pandangan ini

¹⁷⁶ Mashood Baderin, *op.cit*, hlm.42

didasari dengan keprihatinan bahwa pemerintah Indonesia haruslah berfungsi. Kesulitan-kesulitan yang timbul setelah proklamasi, selama revolusi fisik, dan selama demokrasi parlementer biasanya amat terkait dengan penekanan pada proses diskursus, dan amat kurang pada proses berfungsinya pemerintah Indonesia. Menjadi bagian dari keprihatinan mereka adalah pencermatan bahwa Eropa pra-Perang Dunia II, memberikan penekanan yang amat kuat terhadap proses judifikasi. Proses konsolidasi dan berfungsinya pemerintahan menjadi bagian yang amat kurang diupayakan.¹⁷⁷

Dalam perkembangan pemikiran ekonomi untuk memajukan kemakmuran dan kesejahteraan sosial secara lebih adil dan bermartabat jajaran kaum strukturalis yang menolak pasar bebas dalam skala global ataupun nasional dan lebih mengutamakan politik ekonomi dengan kebijakan kebijakan ekonomi restrukturalisasi untuk mengatasi ketimpangan ketimpangan struktural . Sedangkan reformis pasar lebih kearah sekedar mengarahkan kebijakan ekonomi pasar yang bersifat mengoreksi kelemahan-kelemahan pasar.

Pembukaan UUD NRI 1945 dengan tegas menyatakan dianutnya negara kesejahteraan dalam penyelenggaraan NKRI sebagai negara hukum demokratis. Dianutnya teori Negara kesejahteraan memberi kewajiban kepada Negara untuk melakukan intervensi jika terdapat individu yang mengalami kondisi tidak sejahtera guna mewujudkan keadilan sosial (*social justice*). Indonesia secara

¹⁷⁷ Henry Thomas Simarmata, *Pondasi Etis Negara Kesejahteraan*, Materi ini adalah presentasi pertama sebagai bagian dari rangkaian diskusi serial yang diselenggarakan bersama oleh PSIK Indonesia (Pusat Studi Islam dan Kenegaraan Indonesia), Yayasan Kertagama, INDED (Indonesian Institute for Development and Democracy), PPE Institute (Indonesian Institute of Politics, Philosophy Economics). Diskusi pertama dengan tema "Pondasi Etis Negara Kesejahteraan"

historis mendekati negara bertipe *welfare state* yang juga merupakan negara hukum tipe baru, (bukan negara hukum yang diciptakan Immanuel Kant dan Fichte), yang oleh Utrecht disebut Negara hukum modern.¹⁷⁸

Menurut hukum Indonesia “Kesejahteraan Sosial” didefinisikan sebagai suatu kondisi dimana material, spiritual dan kebutuhan sosial masyarakat yang harus dipenuhi agar hidup sejahtera dan memiliki pengembangan diri sehingga mereka bisa melaksanakan fungsi sosial mereka. Sebagaimana dikemukakan oleh Muhammad Tavib.¹⁷⁹

According to the Indonesia law “social Welfare” is defined as a condition material, spiritual dan social needs of the people to be satisfied in order to be able to live prosperiously and have self development so that they can undertake their social functions/ properly.

In order to be able to attain such a condition, it certainly requires a series of programs and actions as follows;

- 1. Social Security that serves as an institutional scheme to secure that the people can meet their normal basic needs through social insurance scheme and sustainable direct aids.*
- 2. Social protection as presented in all efforts directed to prevent and cope with risks against social shocks and susceptibilities.*
- 3. Social safety net as derived from social protection efforts.*

Considering the elaborated definition of social welfare in accordance with as Indonesian law, it is definitely clear that by reviewing the propositions from some concepts and history of the Indonesian constitution enactment it will be identified that the idea of social welfare is expressed in the Indonesian constitution is congruent with the propositions of the characteristics of a welfare state.

Agar dapat mencapai kondisi tersebut tentu memerlukan serangkaian program dan tindakan, sebagai berikut :

¹⁷⁸ Muchsan dirujuk dari W. Riawan Tjandra, *PTUN Menyongsong Terwujudnya Pemerintah yang Bersih dan Berwibawa*, (Yogyakarta: UAJY Press, 2009), hlm.121

¹⁷⁹ <http://download.portalgaruda.org/article>. Muhammad Tavip, *The Dynamic Concept of Welfare State in Indonesia Constitution*. Diakses tanggal 5 September 2015

1. Jaminan sosial yang berfungsi sebagai skema kelembagaan untuk mengamankan bahwa orang dapat memenuhi kebutuhan dasar normal melalui skema asuransi sosial dan bantuan langsung berkelanjutan.
2. Perlindungan sosial sebagaimana yang disajikan dalam semua upaya diarahkan untuk mencegah dan mengatasi risiko terhadap guncangan sosial dan kerentanan.
3. Jaring pengaman sosial berasal dari upaya perlindungan sosial.

Kesejahteraan sosial sesuai dengan hukum Indonesia, dilakukan dengan meninjau proposisi dari beberapa konsep dan sejarah pembentukan konstitusi Indonesia itu. Hal ini akan diidentifikasi bahwa gagasan kesejahteraan sosial dinyatakan dalam konstitusi Indonesia adalah konkrue dengan proposisi karakteristik Negara kesejahteraan.

Menjadi kewajiban pemerintah untuk mewujudkan tujuan negara sebagaimana tercantum dalam alinea keempat Pembukaan Negara Republik Indonesia Tahun 1945, serta kewajiban negara dan pemerintah untuk mengatur dan mengelola perekonomian, cabang-cabang produksi, dan kekayaan alam dalam rangka mewujudkan “kesejahteraan sosial”, memelihara fakir miskin dan anak-anak terlantar, serta memberikan jaminan sosial dan kesehatan bagi warga negara, seperti ditentukan dalam Bab XIV Pasal 33 yang berbunyi

- (1) Perekonomian disusun sebagai usaha bersama berdasar atas asas kekeluargaan.
- (2) Cabang-cabang produksi yang penting bagi negara dan yang menguasai hajat hidup orang banyak dikuasai oleh negara.
- (3) Bumi dan air dan kekayaan alam yang terkandung didalamnya dikuasai oleh Negara dan dipergunakan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat.¹⁸⁰
- (4) Perekonomian nasional diselenggarakan berdasar atas demokrasi ekonomi dengan prinsip kebersamaan, efisiensi berkeadilan, berkelanjutan, berwawasan lingkungan, kemandirian, serta dengan menjaga keseimbangan kemajuan dan kesatuan ekonomi nasional.

¹⁸⁰ Bunyi Pasal 33 UUD 1945 sebelum perubahan IV

- (5) Ketentuan lebih lanjut mengenai pelaksanaan pasal ini diatur dalam undang-undang.¹⁸¹

Pasal 34 UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945 setelah perubahan IV berbunyi:

- (1) Fakir miskin dan anak-anak yang terlantar dipelihara oleh negara.
- (2) Negara mengembangkan sistem jaminan sosial bagi seluruh rakyat dan memberdayakan masyarakat yang lemah dan tidak mampu sesuai dengan martabat kemanusiaan.
- (3) Negara bertanggung jawab atas penyediaan fasilitas pelayanan kesehatan dan fasilitas pelayanan umum yang layak.
- (4) Ketentuan lebih lanjut mengenai pelaksanaan pasal ini diatur dalam undang-undang.

Bagi Indonesia dengan Pasal 33 dan Pasal 34, ditambah lagi Pasal 27 ayat

(2) yang menetapkan pekerjaan (lapangan kerja atau *workfare*) sebagai tujuan mencapai kemakmuran dan kesejahteraan umum secara substantif, maka kesejahteraan sosial merupakan tujuan utama, bukan menempatkan pada posisi marginal apalagi residual.¹⁸²

Keadilan sosial merujuk kepada masyarakat (*society*) atau negara yang dapat berfungsi sebagai subjek maupun objek. Sebagai demikian, konsepsi keadilan sosial di satu pihak mewajibkan negara untuk mewujudkan kesejahteraan umum serta membagi beban dan manfaatnya kepada para warga negara secara proporsional seraya membantu anggota-anggota yang lemah, dan dilain pihak mewajibkan para warga untuk membantu masyarakat atau negara guna mencapai

¹⁸¹ Tambahan ayat (4) dan (5) setelah perubahan IV, tanggal 10 Agustus 2002

¹⁸² Sri Edi Swasono, *Indonesia dan Doktrin Kesejahteraan Sosial* (Jakarta: Perkumpulan PraKarsa, 2010). hlm. 45

tujuannya.¹⁸³ Jika ditelusuri dari awal nilai keadilan bermula muncul dari gagasan tentang negara kesejahteraan (*welfare state*). Asas pokok negara kesejahteraan ialah: (1) setiap warga negara, semata-mata karena dia manusia, berhak atas kesejahteraan dasar atau taraf hidup minimum; (2) negara merupakan persatuan orang-orang yang bertanggungjawab atas taraf hidup minimum semua warganya; dan (3) penempatan kerja secara penuh (*full employment*) merupakan puncak tujuan sosial yang harus didukung oleh kebijakan pemerintah. Bisa disimpulkan bahwa sistem negara kesejahteraan ingin menempatkan kesejahteraan rakyat sebagai prioritas tertinggi. Jelaslah bahwa penyelenggaraan administrasi pemerintahan yang menuju cita-cita kesejahteraan atau keadilan sosial merupakan kewajiban bagi seluruh aparat negara di setiap jenjang.

Sesuai dengan prinsip keadilan distributif, keadilan sosial mengandaikan adanya distribusi barang dan sumber-sumber daya secara adil (*the justice of distributing goods and resources*). Kebijakan – kebijakan publik harus menjamin pemerataan sumber-sumber daya yang terdapat di suatu negara, dan yang lebih penting ialah bahwa ia harus menguntungkan kelompok atau kelas yang paling tak beruntung yaitu kaum fakir dan miskin.¹⁸⁴ Tugas dan wewenang pemerintah ini meliputi :

- a. Tugas dan wewenang administrasi dibidang keamanan dan ketertiban umum;

¹⁸³ Untuk telaah filosofis mengenai pokok-masalah ini, lihat misalnya Kirdi Dipoyudo, *Keadilan Sosial*, CV. Rajawali, 1985.

¹⁸⁴ Wahyudi Kumorotomo, *Etika Administrasi Negara*, (Jakarta: Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2007) .hlm. 130

- b. Tugas dan wewenang menyelenggarakan tata usaha pemerintahan mulai dari surat menyurat sampai kepada dokumentasi;
- c. Tugas dan wewenang administrasi negara di bidang pelayanan umum;
- d. Tugas dan wewenang administrasi negara di bidang penyelenggaraan kesejahteraan umum.¹⁸⁵

Tugas dan wewenang pemerintah atau administrasi negara di bidang pelayanan umum dan bidang penyelenggaraan kesejahteraan umum tersebut, selanjutnya dijabarkan oleh Tatiek Sri Djatmiati sebagai berikut ini :

“peningkatan pelayanan publik harus mendapatkan perhatian utama dari pemerintah, karena pelayanan publik (*public service*) merupakan hak-hak sosial dasar dari masyarakat (*sosial rights*). *Sosial rights* adalah merupakan *human rights* ataupun *fundamental rights*, oleh karena istilah HAM dan hak-hak dasar manusia, tercakup dua istilah secara bersama-sama, yaitu *human rights* atau *fundamental rights*”¹⁸⁶

Tiga prinsip dasar pemenuhan berdasarkan kesepakatan internasional tentang tanggung jawab negara untuk menyediakan mekanisme penyelesaian hukum atas pelanggaran hak hak ekonomi, sosial dan budaya . Pertama langkah apapun yang dilakukan suatu Negara haruslah cukup memberi dampak bagi hak-hak hak yang tercatat dalam konvensi *International Covenant Economic, Social Cultural Rights (ICESCR)* . Penerapan aturan hukum (*judicial inforcement*) tidak bisa tidak harus dilaksanakan. Kedua , perlindungan atas hak ekonomi, sosial dan budaya harus setara dan menjadi bagian integral dari upaya perlindungan atas hak hak sipil dan politik. Meskipun langkah langkah yang diambil berbeda dengan

¹⁸⁵ Bagir Manan, *Lembaga Kepresidenan*, Pusat Studi Hukum UII dan Gama Media, Yogyakarta, hlm. 122-125.

¹⁸⁶ Tatiek sri Djatmiati, dirujuk dari Ridwan, *Diskresi dan Tanggung Jawab Pemerintah*, (Yogyakarta : FH UII Pres 2014).hlm.86

langkah langkah yang diambil untuk menjamin perlindungan hak sipil dan politik . Ketiga prinsip prinsip hak ekonomi dan sosial budaya dalam kovenan diadopsi dalam sistem hukum domestik baik melalui ratifikasi maupun absorpsi ke dalam perundang undangan yang berlaku tujuannya agar memungkinkan individu untuk menggunakannya dalam litigasi di pengadilan.

Prinsip Limburg juga menegaskan dan memberi arah bagi setiap Negara pihak untuk tidak sekedar hak ekonomi, sosial budaya bersifat positif. Prinsip Limburg menegaskan bahwa tugas Pemerintah untuk memberikan pelayanan publik dan kesejahteraan umum itu bukan sekedar amanat.¹⁸⁷ Sebagaimana diuraikan pada bagian pertama dari Limburg, bahwa sifat dan lingkup kewajiban Negara meliputi ¹⁸⁸:

1. Hak-hak ekonomi, sosial dan budaya merupakan bagian integral dari hukum hak azasi manusia internasional. Negara tunduk kepada kewajiban-kewajiban yang tertera pada perjanjian khusus di dalam berbagai instrumen internasional khususnya Kovenan Internasional Hak-hak Ekonomi, Sosial dan Budaya.
2. Kovenan internasional Hak-hak Ekonomi, Sosial dan Budaya, beserta Kovenan Internasional Hak Sipil dan Politik berikut Opsional Protokolnya mulai berlaku tahun 1976. Perjanjian tersebut berfungsi untuk menguraikan Deklarasi Universal Hak Azasi Manusia: instrumen ini menetapkan undang-undang internasional mengenai hak asasi manusia.
3. Karena hak azasi manusia dan kebebasan mendasar tidak bisa dipisahkan dan saling terkait, maka perhatian yang merata dan pertimbangan yang

¹⁸⁷ Suparman Marzuki, "Upaya Litigasi dan Non Litigasi atas Pelanggaran HAM ECOSOB di Indonesia", Makalah Workshop HAM , *Memperkuat Justisiabilitas Hak-Hak EKOSOB Prospek dan Tantangan*, (Jogjakarta: PUSHAM UII-NCHR-Universitas Oslo, 13-15 Oktober 2007), hlm.2

¹⁸⁸ NN, *Prinsip-Prinsip Limburg* , Terj. Komnas HAM (Jakarta : PUSHAM UII dan NCHR Universitas Oslo), 2014. hlm.118

mendesak harus diberikan untuk pelaksanaan, pemajuan dan perlindungan Hak Sipil dan Politik maupun Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya.

4. Kovenan Internasional Hak-hak Ekonomi, Sosial dan Budaya harus - sesuai dengan konvensi Wina mengenai Hukum Pakta (Wina, 1969) " diterjemahkan dengan niat yang tulus, dengan mengingat tujuan dan sasarannya, arti umumnya, persiapannya dan prakteknya yang relevan.
5. Pengalaman dari agen-agen khusus yang terkait maupun badan-badan PBB dan organisasi antar pemerintah termasuk kelompok kerja PBB dan Peninjau Khusus PBB dalam bidang hak azasi manusia harus dipertimbangkan dalam pelaksanaan Perjanjian dan dalam pengawasan prestasi yang dicapai oleh negara.
6. Pemenuhan hak ekonomi, sosial dan budaya bisa diwujudkan dalam berbagai latar belakang politik. Cara pewujudan hak-hak tersebut bisa bermacam-macam. Keberhasilan dan kegagalan pemenuhan hak-hak tersebut bisa terjadi dalam sistem ekonomi pasar maupun non-pasar, dalam struktur politik yang terpusat maupun otonom.
7. Pihak negara harus selalu bertindak dengan niat yang tulus untuk memenuhi kewajiban yang mereka emban berdasarkan Kovenan.
8. Walaupun pemenuhan hak yang seutuhnya atas hak-hak yang diakui di dalam Perjanjian dimaksudkan untuk dicapai secara bertahap, pemenuhan hak-hak tertentu bisa diwujudkan dalam waktu singkat sementara hak-hak yang lain bisa terwujud baru setelah beberapa waktu lamanya.
9. Organisasi non pemerintah bisa memainkan peranan yang penting dalam mendorong pelaksanaan Perjanjian. Peranan ini dengan demikian harus difasilitasi pada tingkat nasional maupun internasional.
10. Pihak negara bertanggungjawab terhadap masyarakat internasional maupun rakyat mereka sendiri dalam hal ketaatan mereka terhadap kewajiban yang diberikan oleh Perjanjian tersebut.
11. Oleh karena itu, suatu upaya bersama nasional untuk meminta partisipasi penuh dari semua sektor masyarakat sangat diperlukan untuk mencapai kemajuan dalam mewujudkan Hak-hak Ekonomi, Sosial dan

Budaya. Partisipasi masyarakat diperlukan di setiap tahap, termasuk dalam perumusan, penerapan dan peninjauan kembali kebijakan nasional.

12. Pengawasan akan ketaatan terhadap Perjanjian harus dilakukan dengan pendekatan yang berjiwa kerjasama dan musyawarah. Untuk tujuan ini, dalam menilai laporan dari suatu Negara, Komite untuk Hak-hak Ekonomi, Sosial dan Budaya (selanjutnya disebut sebagai " Komite "), harus mengkaji penyebab-penyebab dan faktor-faktor yang bisa membantu pewujudan hak-hak tercantum dalam Perjanjian dan, bila memungkinkan, memberikan jalan keluarnya. Pendekatan ini tidak boleh menghalangi penilaian - apabila informasi yang ada menyimpulkan demikian - bahwa pihak negara telah gagal memenuhi kewajibannya terhadap Perjanjian.
13. Semua badan yang mengawasi Perjanjian harus memberi perhatian khusus kepada prinsip non diskriminasi dan prinsip kesetaraan di hadapan hukum pada waktu menilai ketaatan negara kepada Perjanjian.
14. Karena pentingnya perkembangan perwujudan hak secara bertahap seperti yang tercantum di dalam Perjanjian, maka perhatian khusus harus diberikan kepada tindakan-tindakan untuk memperbaiki standar kehidupan rakyat miskin dan kelompok-kelompok yang tidak beruntung, dengan mengingat bahwa tindakan khusus mungkin diperlukan untuk melindungi hak budaya dari penduduk pribumi dan minoritas.
15. Kecenderungan hubungan ekonomi internasional harus dipertimbangkan dalam menilai upaya masyarakat internasional untuk mencapai tujuan-tujuan Perjanjian.

Sejalan dengan prinsip-prinsip Limburg, UUDNRI 1945, meletakkan dasar kewajiban Negara atas pemenuhan hak- hak dasar warga negaranya. Pembukaan UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945, juga tuntutan hak-hak dasar warga negara, apalagi dengan diratifikasinya *Internasioanl Covenant on*

Economic, Social, Cultural Rights, Covenant on Civil and Political Rights, dan diundangkannya UU No. 25 Tahun 2009 tentang Pelayanan Publik.¹⁸⁹

Hak ekonomi (sosial budaya) merupakan satu kesatuan dengan hak sipil politik. Namun, dengan tipe perlindungan yang berbeda. Hak ekonomi (sosial budaya) membutuhkan perlindungan dari Negara secara aktif, dan menciptakan langkah menuju kondisi ekonomi (sosial budaya) yang lebih baik. Hal ini juga menjadi semangat dasar kemerdekaan dan konstitusi Indonesia. Soekarno dalam pidato 1 Juni 1945 menyatakan : *“Maka oleh karena itu jikalau kita memang betul betul mengerti, mengingat, mencintai rakyat Indonesia marilah kita terima prinsip social rechtvaardigheid, yaitu bukan saja persamaan politik, saudara-saudara tetapipun di atas lapangan ekonomi kita harus mengadakan persamaan artinya kesejahteraan bersama yang sebaik-baiknya”*.¹⁹⁰

Hal ini kemudian menjadi norma dasar Indonesia yang dinyatakan dalam pembukaan dan pasal pasal mengenai hak dasar warga Negara. Konstitusi mengakui secara imperative perlindungan mengenai hak hak sipil politik dan ekonomi (sosial budaya).

Hukum dan praksis hak asasi manusia mengakui kedaulatan suatu negara untuk melakukan perlindungan terhadap warga negara. Secara tegas, pasal 33 UUD 1945 menyatakan kewajiban negara dalam hal ekonomi secara

¹⁸⁹ Ridwan, *Diskresi dan Tanggung Jawab Pemerintah*, (Yogyakarta : FH UII Pres 2014).hlm.86

¹⁹⁰ Soekarno, sebagaimana dikutip oleh Henry Thomas Simarmata dalam Keterangan sebagai Saksi Ahli di Mahkamah Konstitusi dalam Pengujian Undang-Undang Nomor 27 Tahun 2007 tentang Pengelolaan Wilayah Pesisir dan Pulau-Pulau Kecil (Pasal 1 Angka 4,7, dan 18, Pasal 16 ayat (1), Pasal 14 ayat (1), Pasal 18, Pasal 20, Pasal 21, Pasal 23 ayat (2), (4), (5), (6), dan Pasal 60 ayat (1)), nomor 3/PUU-VIII/2010

husus, dan dalam kesejahteraan Indonesia secara umum. Hal ini merupakan bagian penting dalam perlindungan hak asasi manusia warga negara Indonesia:

1. hak ekonomi (sosial-budaya) mempunyai kedudukan hukum penting dalam konstitusi Indonesia. Kedudukan ini menguatkan hak ekonomi(-sosial-budaya) menjadi mempunyai kekuatan hukum, yang dikenal dengan istilah *justiciability*. berangsur-angsur, hukum internasional mengakui kedudukan hukum dalam soal hak ekonomi(-sosial-budaya) ini dengan berbagai penetapan konstitusi, jurisprudensi, hukum internasional melalui PBB. Secara internasional, konstitusi Indonesia mempunyai kewenangan yang amat jelas dan tegas mengenai perlindungan ini.
2. Hak ekonomi (sosial-budaya) dinyatakan secara khusus dalam konstitusi. Konstitusi Indonesia, baik secara sejarah (untuk konteks *original intention*) maupun secara kerangka hukum, mempunyai pendasaran yang kuat dalam hal hak ekonomi(sosial- budaya), terutama dalam pasal 33, 34, 27(2), 18B ayat (2). Secara khusus, dalam penjelasan pasal 33 (naskah lama), keterangan dari para Bapak Bangsa (dalam hal Soekarno dan Moh. Hatta), serta amandemen kedua, semuanya memberi pernyataan tanggung jawab negara.
3. Tanggungjawab ini sekaligus juga merupakan proses *fasilitasi* dan *pembangunan kapasitas*. Ini dikenal sebagai *welfare state* atau negara kesejahteraan atau negara kemakmuran. Mengenai ini, Hatta menyatakan.....

...Umumnya boleh dikatakan, bahwa politik perekonomian negara kemakmuran menuju terlaksananya dalam masyarakat: pekerjaan penuh, hilangnya pengangguran; standar hidup yang selalu bertambah baik; Mungkin berkurangnya ketidaksamaan ekonomi dengan jalan memperata kemakmuran; keadilan sosial.¹⁹¹

Hak ekonomi-sosial-budaya harus dibangun dari syarat-syarat minimal, baru dikebangkan terus, termasuk melalui pranata dan kebijakan publik. Secara khusus, hal itu dijelaskan dalam konteks perlindungan hak ekonomi-sosial-

¹⁹¹ I Wangsa Widjaja, dan Meutia Farida Swasono, *Membangun Ekonomi Indonesia*, Kumpulan Pidato Ilmiah, (Jakarta : Inti Idayu Press,1985), dirujuk oleh Henry T Simarmata dalam Keterangan sebagai Saksi Ahli di Mahkamah Konstitusi dalam Pengujian Undang-Undang Nomor 27 Tahun 2007 tentang Pengelolaan Wilayah Pesisir dan Pulau-Pulau Kecil (Pasal 1 Angka 4,7, dan 18, Pasal 16 ayat (1), Pasal 14 ayat (1), Pasal 18, Pasal 20, Pasal 21, Pasal 23 ayat (2), (4), (5), (6), dan Pasal 60 ayat (1)), nomor 3/PUU-VIII/2010

budaya: *standard setting*: upaya untuk menetapkan standard, dan secara bertahap, membuat standard itu menjadi upaya untuk meningkatkan kualitas perwujudan; dan pemajuan hak asasi manusia (:hak ekonomi sosial-budaya); *indikator*: menjadi bagian penting dalam hal ini adalah perumusan indikator. Hal ini penting untuk membuat batas bawah dan skala pewujudan. Indikator inilah yang diperlukan dengan dukungan penelitian, monitoring, dan penilaian.¹⁹² Kewajiban negara: upaya untuk merumuskan dan menjalankan kewajiban negara dalam berbagai bentuk dan model (*types of state-obligation*). Pelaksanaan kewajiban secara progresif yaitu dengan merumuskan kewajiban untuk bertindak secepat dan seefektif mungkin untuk mencapai perwujudan hak ekonomi, sosial, dan budaya, dan upaya sengaja untuk *retrogressive* harus dapat memperoleh justifikasi yang sah dengan melihat keseluruhan hak yang diatur dalam kovenan dan dalam konteks pemanfaatan *the maximum available resources*.¹⁹³

Jadi kewajiban-kewajiban yang diamanatkan konstitusi itu mengharuskan pemerintah Indonesia beserta perangkatnya baik di tingkat pusat maupun daerah memiliki tugas dan wewenang secara konstitusional untuk menyelenggarakan urusan pemerintahan atau melakukan intervensi dalam kehidupan warga negara.

Intervensi dalam kehidupan warga negara, pada konsepsi Negara kesejahteraan ini yang dikritik oleh Gunther Teubner. Gunther Teubner¹⁹⁴ mengkritik konsepsi negara kesejahteraan (*welfare state*) bahwa negara dalam rangka mewujudkan kesejahteraan rakyat menghadapi dilema karena di satu sisi negara menggunakan instrumen publik (*public instrument*) dan di sisi lain hal ini justru membuat pemerintah sulit menghindarkan tindakan intervensi yang berlebihan dan bersifat kontraproduktif. Diskursus ini berfokus pada hubungan antara negara kesejahteraan & yuridifikasi, termasuk munculnya diskusi negara

¹⁹² *Loc.cit*

¹⁹³ Harkristuti Harkrisnowo dalam LAPORAN PELAKSANAAN RAPAT KOORDINASI DALAM RANGKA IMPLEMENTASI INSTRUMEN HAM YANG TELAH DIRATIFIKASI INDONESIA (KOVENAN HAK EKONOMI, SOSIAL DAN BUDAYA), Tahun 2010, Jakarta: Kementerian Hukum dan Ham, 2010), hlm 15

¹⁹⁴ Gunther Teubner, (ed) Gunther Teubner, "The Transpoformation of Law in The Welfare State", *Dilemmas of Law in The Welfare State*, Water de Gruyter, New York-Berlin, 1986.hlm.6

kesejahteraan & pengaruhnya terhadap struktur hukum & fungsi , bagaimana yuridifikasi dari lingkungan sosial terhubung ke instrumentasi politik hukum & munculnya post hukum intervensionis. Namun hal ini tidak berarti bahwa upaya peningkatan kesejahteraan menjadi terhenti karena kelemahan instrumen, metode atau pendekatan. Kesejahteraan harus di upayakan dalam rangka menegakkan keadilan suatu negara.

Konstitusi Indonesia menjamin kemakmuran bersama, kepentingan masyarakat lebih utama dari kepentingan orang perorang, hajat hidup orang banyak dikuasai oleh negara untuk menjamin kesejahteraan bersama seluruh rakyat. Cabang cabang produksi yang penting bagi negara dikuasai oleh negara untuk menjamin keselamatan bangsa dan negara dan untuk memperkuat ketahanan nasional Indonesia. Bumi, air dan kekayaan yang terkandung di dalamnya (sebagai pokok-pokok kehidupan dan kemakmuran rakyat) harus pula dikuasai oleh negara dan digunakan hanya untuk sebesar-besar kemakmuran bersama seluruh rakyat.¹⁹⁵ Dalam konsepsi *welfare state* pemerintah memiliki hubungan istimewa dengan warganya dalam mencapai kesejahteraan umum, maka dalam tata pemerintahan dikenal asas-asas umum pemerintahan yang layak¹⁹⁶ .

Dengan demikian bagi penyelenggara negara kesejahteraan sosial yang bertumpu pada paham demokrasi ekonomi dan hak sosial rakyat untuk berper

¹⁹⁵ Sri Edi Swasono, *Menolak Neoliberalisme dan Membangun Ekonomi Nasional* (Yogyakarta: PUSTEP, 2010), hlm.21

¹⁹⁶ Ridwan HR, *Hukum Administrasi Negara*, (Yogyakarta, UII Press, 2003), hlm.180

kehidupan yang layak sebagai manusia, haruslah merupakan doktrin dan pakem bagi terwujudnya *good governance* ala Indonesia¹⁹⁷.

B. Pemerintahan Daerah dalam Sistem Pemerintahan Indonesia

Sistem adalah kesatuan yang utuh dari suatu rangkaian, yang kait mengait satu sama lain. Bagian atau anak cabang dari suatu sistem, menjadi induk dari rangkaian selanjutnya. Begitulah seterusnya sampai pada bagian terkecil. Rusaknya salah satu bagian akan mengganggu kestabilan sistem itu sendiri secara keseluruhan. Pemerintah Indonesia adalah suatu contoh sistem, dan anak cabangnya adalah sistem pemerintahan daerah, kemudian seterusnya sistem pemerintahan desa dan kelurahan.¹⁹⁸ Kerja sama antar subsistem akan menimbulkan hubungan yang sinergis.

Sistem pemerintahan dapat diartikan sebagai suatu tatanan utuh yang terdiri atas berbagai komponen pemerintahan yang bekerja saling bergantung dan memengaruhi dalam pencapaian tujuan dan fungsi pemerintahan. Sistem ini berfungsi untuk menjaga kestabilan pemerintahan, politik, pertahanan, ekonomi, dan lain lain.

Tidak satu pun juga sistem pemerintahan suatu negara, yang benar-benar sama dengan sistem pemerintahan negara lainnya. Oleh karena itu yang sering di temui hanyalah perbandingan sistem politik dengan patokan-patokan perbandingan tertentu. Namun demikian, dapat juga digolongkan beberapa sistem pemerintahan yang ada di dunia sekarang ini. Pengelompokkan sistem

¹⁹⁷ Sri Edi Swasono, *Ibid.* hlm.46

¹⁹⁸ Inu Kencana, *Pengantar Ilmu Pemerintahan*, Eresco, Bandung, 1992, hlm 101.

pemerintahan ini tidak lain untuk lebih jauh melihat perbedaan dan kesamaan dari berbagai sistem pemerintahan, dengan mengetahui tolok ukur pertanggung jawaban pemerintah suatu negara terhadap rakyat yang diurusnya.

Berdasarkan Hukum Administrasi, istilah administrasi atau *bestuur* itu memiliki dua pengertian; *pertama* administrasi diartikan secara fungsional; dan *kedua*, administrasi diartikan secara institusional atau organisasi. Menurut P. De Haan dan kawan-kawan; "*Bestuur als funct* Pemerintah dalam arti sempit dikenal pula dengan istilah administrasi. Istilah ini berasal dari bahasa latin "*administrare*" yang mengandung arti mengurus, mengatur, melaksanakan, mengelola. Derivasi dari "*administrare*" ini anatar lain menjadi "*administratio*" yang bererti pemerintahan atau pengurusan. *Het Latijnsche administratio kent drie betekenissen : 1) hulpbetoon; 2) bediening, verzorging, verrichting; of 3) leiding bestuur.* istilah *administratio* ini masuk ke dalam bahasa Inggris; *administration* yaitu a) *the act or process of administering, especially the management of a government or large institution; b) the activity of a government or state in the exercise of its powers and duties; c) the executive branch of a government.* Berdasarkan kamus hukum, administrasi dimaknai sebagai "*bediening; de feitelijke uitvoering ene bestuurstaak, dus afgezien van het nemen van beslissingen; ook wordt, in het openbare bestuur, de administratie wel het geheel der uitvoerende organen in instanties samengevat*" dalam bahasa Belanda, *administratie betekent hetzelfde als bestuur*, istilah administrasi ini semakna dengan *bestuur*. menurut F.C.M.A. Michiels, "*tot het openbaar bestuur (hierna kortweg : het bestuur) behoren de gemeenten, provincies, waterschappen, de ministeries, en vele andere overheidsinstallingen*", (pemerintahan umum atau openbaar bestuur [singkatnya : *het bestuur*] mencakup kabupaten, provinsi, badan pengairan, para menteri, dan semua instansi pemerintahan lainnya).¹⁹⁹

Ie-dat wil zeggen het besturen-is de uitoefening van bestuurstaak. Onder het (openbaar) bestuur als orgaan worden al die organen uit de overheidsorganisatie samengevat die belast zijn met de uitoefening van de bestuurstaak" (Pemerintahan sebagai fungsi-yakni aktifitas memerintah-adalah pelaksanaan tugas-tugas pemerintahan. Pemerintahan [umum]

¹⁹⁹ Ridwan, *Diskresi dan Tanggung Jawab Pejabat dalam Penyelenggaraan Pemerintahan di Indonesia*, Disertasi, (Universitas Airlangga, Surabaya, 2013).hlm 106-107

sebagai organ adalah kumpulan organ-organ dari organisasi pemerintahan yang dibebani dengan pelaksanaan tugas pemerintahan). Dalam arti fungsional, administrasi adalah penyelenggaraan semua tugas-tugas kenegaraan selain bidang pembuatan undang-undang dan peradilan "*elke werkzaamheid van de overheid, welke niet als wetgeving of als rechtspraak is aan te merken*" (setiap pekerjaan penguasa, yang tidak termasuk bidang pembuatan undang-undang dan peradilan) atau "*alle activiteiten van de overheid die niet als etgeving en rechtspraak*" (semua aktivitas penguasa selain pembuatan undang-undang dan peradilan). Sedangkan secara institusional, administrasi adalah kumpulan jabatan pemerintahan (*complex van de bestuursambten*). Menurut Bahsan Mustafa, administrasi negara adalah gabungan jabatan-jabatan yang dibentuk dan disusun secara bertingkat yang disertai tugas melakukan sebagian dari pekerjaan pemerintah dalam arti luas, yang tidak diserahkan kepada badan-badan pembuat undang-undang dan badan-badan kehakiman. Secara singkat, "*every governmental organ outside of the legislature and the court is an administrative agency*" (setiap organ pemerintah di luar badan pembuat undang-undang dan badan peradilan adalah organ administrasi).²⁰⁰

Pemerintah dalam arti sempit ini dikenal pula dengan istilah administrasi. Istilah ini berasal dari bahasa latin " administrate" yang mengandung arti mengurus, mengatur, melaksanakan, mengelola. Derivasi dari "administrare" ini antara lain menjadi "administratio" yang berarti pemerintah atau pengurusan.²⁰¹ Het Latijnsche ' administratio' kent drie betekenissen :1) hulpbetoon; 2) bediening, verzorging, verrichting; of 3)leiding, bestuur. ²⁰² Istilah administratio ini masuk kedalam bahasa Inggris; administration yaitu a) the act or process of administering, especially the management of a government or large institution; b) the activity of a government or state in the exercise of its powers and duties; c) the executive branch of a government.²⁰³ Berdasarkan kamus hukum, administrasi dimaknai sebagai : bediening; de feitelijke uitvoering ene

²⁰⁰ Ibid. hlm.108

²⁰¹ H.R.W. Gokkel dan N. Van der Wal, *Istilah Hukum latin- Indonesia*, dirujuk dari Ridwan, Diskresi dan Tanggung Jawab Pemerintah, (Yogyakarta : FH UII Press, 2014) .hlm. 92 .

²⁰² Bahasa Latin 'administratio' mengenai tiga arti ; 1) pemberian bantuan/pertolongan; 2)pelayanan, pemeliharaan, tindakan; atau 3) pengurus, pemerintahan, J.B.J.M. ten Berge, *Besture....loc.cit.*

²⁰³ Dalam *The American Heritage Dictionary, Electronic English Dictionary*, pada entri administration disebutkan; a) tindakan atau proses pengelolaan, khususnya pengelolaan pemerintah atau institusi besar; b) aktivitas pemerintah atau negara dalam melaksanakan kewajiban-kewajiban dan kekuasaannya; c) cabang pemerintah eksekutif.

*bestuurstaak, dus afgezien van het nemen van beslissingen; ook wordt, in het openbare bestuur, de administratie wel het geheel der uitvoerende organen in instanties samengevat.*²⁰⁴ Dalam bahasa Belanda *administratie* betekent hetzelfde als *bestuur*,²⁰⁵ istilah administrasi ini semakna dengan *bestuur*. Menurut F.C.M.A. Michiels, *tot het openbaar bestuur (hierna kortweg: het bestuur) behoren de gemeenten, provincies, waterschappen, de ministeries, en vele andere overheidsinstallingen,*²⁰⁶ (pemerintahan umum atau *openbaar bestuur* [singkatnya: *het bestuur*] mencakup kabupaten, provinsi, badan pengairan, para menteri, dan semua instansi pemerintahan lainnya).

Istilah Pemerintah dalam arti luas (*bewindvoering* atau *regering*).

Pemerintah dalam arti luas (*in the broad sense*) mencakup semua alat kelengkapan negara, yang pada pokoknya terdiri dari cabang-cabang kekuasaan eksekutif, legislatif, yudisial, atau alat-alat kelengkapan negara yang bertindak untuk dan atas nama negara. Pemerintah dalam arti sempit (*bestuur* atau *administratie*), sedangkan pemerintah dalam arti sempit (*in the narrow sense*) adalah cabang kekuasaan eksekutif, baik ditingkat pusat maupun daerah.²⁰⁷

Fungsi administrasi atau pemerintahan itu dalam bahasa Belanda dikenal dengan istilah *bestuur*. Philipus M. Hadjon membuat rumus mengenai *bestuur* ini sebagai berikut : $B = KN - (rg+rh)$. Fungsi pemerintahan (*bestuur*; B) adalah semua kekuasaan atau kegiatan negara (KN) dikurangi pembuatan undang-undang (*regelgeving*; rg) dan peradilan (*rechtsspraak*; rh).²⁰⁸ Berdasarkan rumus itu tampak bahwa fungsi dan urusan pemerintahan itu demikian luas. Kekuasaan pemerintah tidak sekedar melaksanakan undang-undang. J.B.J.M. ten Berge dan kawan-kawan mengatakan sebagai berikut: "*Tegenwoordig omvat besturen*

²⁰⁴ Administrasi adalah "pelayanan; pelaksanaan nyata tugas pemerintahan, terpisah dari pengambilan keputusan. Dalam pemerintahan umum, administrasi juga dimaknai keseluruhan organ eksekutif dalam instansi-instansi terkait ", S.J. Fockema Andreae, *Rechtsgeleerd*, dirujuk dari Ridwan ..., *loc. cit.*

²⁰⁵ A.D. Balinfante, dirujuk dari Ridwan ..., *loc. cit.*

²⁰⁶ F.C.M.A. Michiels, dirujuk dari Ridwan ..., *loc. cit.*

²⁰⁷ Bagir Manan dan Kuantanan Magnar, *Beberapa Masalah Hukum Tata Negara Indonesia*, Alumni, Bandung, 1997, hlm. 158-159.

²⁰⁸ Philipus M. Hadjon, *Pengantar Hukum...*, *op. cit.*, hlm. 4.

*echter veel meer dan het louter uitvoeren van wetten. De regering houdt zich niet alleen bezig met het uitvoeren van wettelijke regelingen-zoals bijvoorbeeld de begrotingswetten, de wet op de studiefinanciering, de wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek of de vreemdelingenwet-maar ook met het maken van en uitvoeren van eigen regeringsbeleid (bijvoorbeeld op het terrein van de mobiliteit en filebestrijding, de gezondheidszorg of de criminaliteitsbestrijding, het ontwikkelen en onderhouden van internationale betrekkingen, het verrichten van investeringen, het aanleggen van spoor-en waterwegen, het geven van voorlichting en informatie, etc. Besturen omvat tegenwoordig dus veel meer dan de uitvoering van wetten. Zelfs het stellen van regelvaak ter invulling van de details waaraan de formele wetgever niet is toegekomen-vormt tegenwoordig een belangrijk onderdeel van de taak van het bestuur".*²⁰⁹ (sekarang ini pemerintahan tidak hanya sekedar melaksanakan undang-undang. Pemerintah tidak hanya memfokuskan pada pelaksanaan peraturan perundang-undangan seperti UU anggaran, UU tentang biaya pendidikan, UU tentang pendidikan tinggi dan penelitian ilmiah, atau UU orang asing-tetapi juga membuat dan melaksanakan sendiri kebijakan pemerintah, misalnya pada bidang mobilitas dan penanggulangan antrian, pelayanan kesehatan, penanggulangan kriminal, pengembangan dan pengaturan hubungan internasional, melaksanakan penanaman modal, membangun rel dan lalu lintas air, memberikan penerangan dan informasi dan sebagainya.

Pemerintah sekarang ini lebih daripada sekedar melaksanakan undang-undang. Menetapkan peraturan itu sendiri, seringkali pembuat undang-undang formal tidak membuat rincian pada undang-undang sekarang ini merupakan bagian penting dari tugas pemerintah. Menurut Philipus M. Hadjon, kekuasaan pemerintahan tidaklah sekedar melaksanakan undang-undang. Kekuasaan pemerintahan merupakan kekuasaan yang aktif. Sifat aktif tersebut dalam konsep Hukum Administrasi secara intrinsik merupakan unsur utama dari "struren"(besturen). Unsur-unsur tersebut adalah sebagai berikut:

²⁰⁹ F.C.M.A. Michiels (red), *Staats-en Bestuursrecht Tekst en Materiaal*, Tweedw Druk, Kluwer, Deventer, 2004, ditujuk dalam, Ridwan, *Diskresi dan Tanggung Jawab Pejabat dalam Penyelenggaraan Pemerintahan di Indonesia*, Disertasi, (Universitas Airlangga, Surabaya, 2013). hlm. 94-95.

“*Sturen* merupakan suatu kegiatan yang kontinu. Kekuasaan pemerintahan dalam hal menerbitkan izin mendirikan bangunan misalnya-tindaklah berhenti dengan diterbitkannya izin mendirikan bangunan. Kekuasaan pemerintahan senantiasa mengawasi agar izin tersebut digunakan dan ditaati. Dalam hal pelaksanaan mendirikan bangunan tidak sesuai dengan izin yang diterbitkan, pemerintah akan menggunakan kekuasaan penegakan hukum berupa penertiban yang mungkin berupa tindakan pembongkaran bangunan yang tidak sesuai. “*Sturen* berkaitan dengan penggunaan kekuasaan. Konsep kekuasaan adalah konsep hukum publik. Sebagai konsep hukum publik, penggunaan kekuasaan harus dilandaskan pada asas-asas negara hukum, asas demokrasi, dan asas instrumental. Berkaitan dengan asas negara hukum adalah asas *wet-en rechtmatigheid van bestuur*. Dengan asas demokrasi tidaklah sekedar adanya badan perwakilan rakyat. Disamping badan perwakilan rakyat, asas keterbukaan pemerintah dan lembaga peran serta masyarakat (*inspraak*) dalam pengambilan keputusan oleh pemerintah adalah sangat penting artinya. Asas instrumental berkaitan dengan hakekat Hukum Administrasi sebagai instrumen. Dalam kaitan ini asas efektifitas dan efisiensi dalam pelaksanaan pemerintahan selayaknya mendapat perhatian yang memadai (*doeltreffendheid dan doelmatigheid*). “*Sturen* menunjukkan lapangan di luar legislatif dan yudisial. Lapangan ini lebih luas dari sekedar lapangan eksekutif semata. Disamping itu, *sturen* senantiasa diarahkan kepada suatu tujuan (*doelgerichte*)”.²¹⁰

Dikaitkan dengan kedudukan pemerintah sebagai pelaku hukum publik yang dilekati hak dan kewajiban untuk menggunakan dan menjalankan berbagai peraturan dan keputusan serta wewenang diskresi, secara garis besar fungsi dan urusan pemerintahan itu dapat dikelompokkan menjadi fungsi pembuatan peraturan perundang-undangan beserta penegakannya (*regelen en handhaven*)²¹¹, membuat keputusan (*beschikken*),²¹² dan

²¹⁰ Philipus M. Hadjon, *Pemerintahan...*, op.cit., hlm. 2-3.

²¹¹ *De overheid voert bestuurswetgeving uit en handhaving is te beschouwen als onderdeel van die uitvoeringstaak* (pemerintah membuat peraturan pemerintahan dan penegakan dianggap sebagai bagian dari tugas pelaksanaan peraturan itu), J.B.J.M. ten Berge, *Besturen*, dirujuk dari Ridwan op.cit., hlm. 272.

²¹² *De overheid heeft speciale wettelijke beschikkingsbevoegdheden gekregen, waardoor zij op eenzijdige wijze verandering kan brengen in de rechtstoestand tussen haar en bepaalde burger en soms zelfs tussen burgers onderling* (pemerintah memperoleh wewenang pembuatan keputusan berdasarkan undang-undang tertentu, yang dengan cara sepihak pemerintah dapat mengubah keadaan hukum antara ia dan warga negara dan kadang-kadang juga hubungan antarawarga negara), P.de Haan, et.al., *Bestuursrecht* dirujuk dari Ridwan, op.cit.hlm.273

membuat kebijakan (*beleidsrege*).²¹³ Di samping itu juga pemerintah dilekati dengan kewajiban untuk memberikan pelayanan publik atau melaksanakan fungsi pelayanan (*zorgsfunctie*), terutama bagi negara-negara yang menganut atau dipengaruhi konsep *welfare state*. Berkenaan dengan konsep negara ini, H.D. van Wijk/Willem Konijnenbelt mengatakan sebagai berikut: “*De welvaarsstaat, de verzorgingsstaat, de sociale rechtsstaat: de staat, de samenleving waarin de overheid in hoge mate verantwoordelijk wordt gehouden voor welvaart en welzijn vrn de leden, althans voor die welvaart en dat welzijn de voorwaarden moet scheppen en moet zorgen voor de distributie daarvan. Het is dezelfde gedachte als die van de sociale grondrechten : ieder mens heeft aanspraak op althans een minimum aan bestaanszekerheid, op onderwijs, onderdak, inkomen, medische verzorging: die aanspraken heeft hij jegens de ‘gemeenschap’, en het is de overheid die ervoor moet zorgen dat deze aanspraken kunnen worden gehonoreerd*”²¹⁴ (Negara kesejahteraan, negara pelayan, negara hukum sosial: suatu negara, suatu masyarakat dimana pemerintah bertanggungjawab untuk memberikan kesejahteraan dan kesehatan bagi warganya, setidaknya harus menciptakan dan mendistribusikan kesejahteraan dan kesehatan itu. Pemikiran seperti itu sejalan dengan tuntutan hak-hak sosial dasar: setiap orang berhak memperoleh jaminan kepastian hidup, pendidikan, perumahan, pendapatan, pelayanan kesehatan: ia berhak terhadap ‘persamaan’, dan pemerintah harus melayaninya sehingga hak-hak itu dapat dihormati).

Cabang kekuasaan yang memegang kewenangan administrasi pemerintahan Negara tertinggi adalah eksekutif. Di dunia dikenal adanya 3 (tiga) sistem pemerintahan Negara, yaitu²¹⁵;

- 1) sistem pemerintahan Presidensiil,
- 2) sistem pemerintahan parlementer atau system cabinet dan

²¹³ *De bevoegdheid tot het vaststellen van beleidsregel berust op het hebben van de bestuursbevoegdheid waarop de beleidsregel betrekking hebben* (wewenang untuk membuat peraturan kebijakan itu didasarkan pada wewenang pemerintah yang memiliki kaitan dengan peraturan kebijakan), H.D. van Wijk/Willem Konijnenbelt, *Hoofdstukken*, dirujuk dari Ridwan *op.cit.*, hlm. 274.

²¹⁴ H.D. van Wijk/Willem Konijnenbelt, *Hoofdstukken...*, *op.cit.*, hlm.20.

²¹⁵ Jimly Asshidiqie, *Pokok-Pokok Hukum Tata Negara Indonesia Pasca Reformasi* (Jakarta: Sekretariat –Kepaniteraan MK-R1, 2006) hlm.5

3) sistem campuran.

Sistem pemerintahan dikatakan parlementer apabila (a) system kepemimpinannya terbagi dalam jabatan kepala Negara dan kepala pemerintahan sebagai dua jabatan yang terpisah, dan (b) jika system pemerintahan sudah ditentukan harus bertanggungjawab pada parlemen. sehingga dengan demikian (c) cabinet dapat dibubarkan apabila tidak mendapat dukungan dari parlemen dapat dibubarkan oleh parlemen apabila dianggap dapat memberikan dukungan pada pemerintah.

Sistem pemerintah itu dikatakan presidensiil apabila (a) kedudukan kepala Negara tidak terpisah dengan jabatan kepala pemerintahan. (b) kepala negara tidak bertanggungjawab kepada parlemen, melainkan bertanggungjawab kepada rakyat yang memilihnya, (c) presiden sebaiknya juga tidak berwenang membubarkan parlemen, (d) kabinet sepenuhnya bertanggungjawab kepada presiden sebagai pemegang kekuasaan negara atau sebagai administrator tertinggi. Dalam sistem presidensiil tidak dibedakan antarpresiden adalah kepala negara dan kepala pemerintahan, tetapi yang ada adalah presiden dan wakil presiden saja dengan segala hak dan kewajibannya atau tugas dan kewenangannya masing-masing.

Sementara itu dalam sistem campuran, terdapat ciri ciri presidesiil dan ciri ciri parlementer secara bersamaan dalam sistem pemerintahan yang diterapkan Sistem campuran ini biasanya di sesuaikan dengan kebiasaan yang ada pada suatu

negara, dengan nama yang disesuaikan, misalnya; *hybrid system*, *quasi – parlementer*.²¹⁶

Presiden Republik Indonesia memegang kekuasaan sebagai kepala negara dan sekaligus kepala pemerintahan. Hal itu didasarkan pada Pasal 4 Ayat (1) yang berbunyi, "Presiden Republik Indonesia memegang kekuasaan pemerintahan menurut Undang-Undang Dasar." Dengan demikian, sistem pemerintahan di Indonesia menganut Sistem Pemerintahan Presidensial.

Secara teori, berdasarkan UUD NRI 1945, Indonesia menganut sistem pemerintahan presidensial. Namun dalam praktiknya banyak bagian-bagian dari sistem pemerintahan parlementer yang masuk ke dalam sistem pemerintahan di Indonesia. Sehingga secara singkat bisa dikatakan bahwa sistem pemerintahan yang berjalan di Indonesia adalah sistem pemerintahan yang merupakan gabungan atau perpaduan antara sistem pemerintahan presidensial dengan sistem pemerintahan parlementer. Menurut Jimly Asshidiqqie prinsip terpenting yang harus ada dalam sistem pemerintahan presidensiil adalah : (a) Presiden dan Wakil Presiden merupakan satu institusi penyelenggara kekuasaan eksekutif negara yang tertinggi di bawah UUD, (b), Presiden dan Wakil Presiden dipilih oleh rakyat secara langsung dan karena itu secara politik tidak bertanggungjawab kepada parlemen , melainkan tanggung jawab langsung pada pemilihnya. (c) Presiden dan Wakil Presiden hanya dapat dimintai pertanggungjawaban secara hukum apabila melakukan pelanggaran hukum dan konstitusi. (d) Para menteri merupakan pembantu presiden . Menteri diangkat dan diberhentikan oleh

²¹⁶ *Ibid*, hlm.60

Presiden, dan karena itu bertanggung jawab pada presiden , bukan dan tidak bertanggungjawab pada Parlemen. (e) Untuk membatasi kekuasaan Presiden yang kedudukannya sangat kuat, sesuai dengan kebutuhan, untuk menjamin stabilitas pemerintahan, ditentukan ditentukan pula masa jabatan Presiden , tidak boleh dijabat oleh orang yang sama lebih dari dua masa jabatan.²¹⁷

Dalam sistem pemerintahan di Indonesia, organ administrasi adalah Presiden dan Wakil Presiden, para Menteri beserta perangkatnya, Gubernur beserta perangkatnya, Bupati atau Walikota beserta perangkatnya, dan Kepala Desa beserta perangkatnya, yang melaksanakan tugas selain tugas lembaga legislatif, yudisial, dan tugas lembaga-lembaga negara lainnya. Selain itu, ditemukan banyak sekali organ administrasi atau organ pemerintahan dengan beragam nama seperti badan, dewan, komisi, lembaga, dan sebagainya, yang semuanya dibentuk untuk melaksanakan sebagian urusan pemerintahan.

Presiden dan Wakil Presiden memegang kekuasaan negara dan Pemerintahan sekaligus, maka Presiden dan Wakil Presiden tidak mungkin terlibat terlalu mendetil dalam urusan urusan operasional pemerintahan sehari-hari. Oleh karena itu jabatan menteri untuk masing masing bidang pemerintahan harus dapat dipercaya dan kompeten di bidang masing-masing. Menteri adalah pimpinan pemerintahan yang sesungguhnya di bidang masing masing. Fungsi kepemimpinan dalam arti teknis memang seharusnya dipegang oleh menteri, Presiden dan wakil presiden sendiri sebagian fungsinya bersifat simbolik. Siapa yang diangkat Menteri tentu saja sepenuhnya merupakan kewenangan presiden

²¹⁷ Jimly Asshidiqqie, Pokok-Pokok Hukum Tata Negara Indonesia Pasca Reformasi (Jakarta: Sekretariat –Kepaniteraan MK-RI, 2006) hlm.5-6

untuk menentukannya.²¹⁸ Setiap menteri memimpin kementerian negara untuk menyelenggarakan urusan tertentu dalam pemerintahan guna mencapai tujuan negara sebagaimana diamanatkan dalam Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Kewenangan pemerintah membentuk organ-organ pemerintahan itu ada yang tersurat atau diperintahkan secara tegas oleh UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Pasal 17 Bab Kementerian Negara menunjukkan kewenangan Presiden membentuk organ kementerian, sebagaimana ditambahkan dalam perubahan Pasal 17 sebagai berikut : (1) Presiden dibantu oleh menteri-menteri negara; (2) Menteri-menteri itu diangkat dan diberhentikan oleh Presiden. (3) Setiap menteri membidangi urusan tertentu dalam pemerintahan;²¹⁹ (4) Pembentukan, pengubahan, dan pembubaran kementerian negara diatur dalam undang-undang.²²⁰ Pasal 17 ayat (1), (2), dan (3) UUD NRI 1945 menunjukkan kewenangan Presiden terhadap Menteri, akan tetapi ayat (4) menyatakan bahwa, “pembentukan, pengubahan dan perubahan kementerian negara diatur dengan undang undang”. Maksudnya adalah mengenai orangnya merupakan kewenangan mutlak presiden, tetapi mengenai struktur organisasi harus diatur dengan undang-undang.

Berdasarkan ketentuan di atas, maka pada tahun 2008, disahkan Undang Undang nomor 39 tahun 2008 tentang Kementerian Negara. Tujuan pembentukan undang undang tersebut adalah Undang-undang ini disusun dalam rangka

²¹⁸ *Ibid.* hlm.64

²¹⁹ UUD NRI Perubahan pertama

²²⁰ UUD NRI Perubahan ketiga

membangun sistem pemerintahan presidensial yang efektif dan efisien, yang menitikberatkan pada peningkatan pelayanan publik yang prima. Oleh karena itu, menteri dilarang merangkap jabatan sebagai pejabat negara lainnya, komisaris dan direksi pada perusahaan, dan pimpinan organisasi yang dibiayai dari Anggaran Pendapatan Belanja Negara dan/atau Anggaran Pendapatan Belanja Daerah. Bahkan diharapkan seorang menteri dapat melepaskan tugas dan jabatan-jabatan lainnya termasuk jabatan dalam partai politik. Kesemuanya itu dalam rangka meningkatkan profesionalisme, pelaksanaan urusan kementerian yang lebih fokus kepada tugas pokok dan fungsinya yang lebih bertanggung jawab.

Undang Undang Nomor 39 Tahun 2008 tentang Kementerian Negara bertujuan bahwa setiap menteri memimpin kementerian negara untuk menyelenggarakan urusan tertentu dalam pemerintahan guna mencapai tujuan Negara sebagaimana diamanatkan dalam Pembukaan Undang Undang Dasar Negara Republik Indonesia. 1945. Undang undang ini kemudian ditindak lanjuti dengan Peraturan Presiden Nomor 47 Tahun 2009 Tentang Pembentukan Organisasi Kementerian Negara. Dengan Peraturan Presiden ini dibentuk 34 Kementerian Negara .Kecuali Kementerian Koordinator, setiap Kementerian membidangi urusan tertentu dalam Pemerintahan yang terdiri atas : a. urusan pemerintahan yang nomenklatur Menteriannya secara tegas disebutkan dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945; b. urusan pemerintahan yang ruang lingkupnya disebutkan dalam Undang-Undang

Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945; dan c.urusan pemerintahan dalam rangka penajaman, koordinasi, dan sinkronisasi program pemerintah.

Perpres Nomor 47 Tahun 2014, kemudian diubah dengan Perpres Nomor 7 Tahun 2015 tentang Organisasi Kementerian Negara. Pada Perpres ini dibentuk 34 Kementerian Negara, namun istilah yang digunakan untuk penyebutan kementerian dan urusan yang menjadi ruang lingkupnya diubah yang dituangkan pada Pasal 1 menjadi :

1. Kementerian Koordinator Bidang Politik, Hukum, dan Keamanan;
2. Kementerian Koordinator Bidang Perekonomian;
3. Kementerian Koordinator Bidang Pembangunan Manusia dan Kebudayaan;
4. Kementerian Koordinator Bidang Kemaritiman;
5. Kementerian Dalam Negeri;
6. Kementerian Luar Negeri;
7. Kementerian Pertahanan;
8. Kementerian Agama;
9. Kementerian Hukum dan Hak Asasi Manusia;
10. Kementerian Keuangan;
11. Kementerian Pendidikan dan Kebudayaan;
12. Kementerian Riset, Teknologi, dan Pendidikan Tinggi;
13. Kementerian Kesehatan;
14. Kementerian Sosial;
15. Kementerian Ketenagakerjaan;
16. Kementerian Perindustrian;
17. Kementerian Perdagangan;
18. Kementerian Energi dan Sumber Daya Mineral;
19. Kementerian Pekerjaan Umum dan Perumahan Rakyat;
20. Kementerian Perhubungan;
21. Kementerian Komunikasi dan Informatika;
22. Kementerian Pertanian;
23. Kementerian Lingkungan Hidup dan Kehutanan;
24. Kementerian Kelautan dan Perikanan;
25. Kementerian Desa, Pembangunan Daerah Tertinggal, dan Transmigrasi;
26. Kementerian Agraria dan Tata Ruang;
27. Kementerian Perencanaan Pembangunan Nasional;
28. Kementerian Pendayagunaan Aparatur Negara dan Reformasi Birokrasi;
29. Kementerian Badan Usaha

Milik Negara; 30. Kementerian Koperasi dan Usaha Kecil dan Menengah; 31. Kementerian Pariwisata; 32. Kementerian Pemberdayaan Perempuan dan Perlindungan Anak; 33. Kementerian Pemuda dan Olahraga; dan 34. Kementerian Sekretariat Negara.

Kementerian sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 angka 1, angka 2, angka 3, dan angka 4 adalah Kementerian yang melaksanakan fungsi sinkronisasi dan koordinasi urusan Kementerian, yang selanjutnya dalam Peraturan Presiden ini disebut Kementerian Koordinator.

Kementerian sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 angka 5, angka 6, dan angka 7 adalah Kementerian yang menangani urusan pemerintahan yang nomenklatur kementeriannya secara tegas disebutkan dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, yang selanjutnya dalam Peraturan Presiden ini disebut Kementerian Kelompok I;

Kementerian sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 angka 8, angka 9, angka 10, angka 11, angka 12, angka 13, angka 14, angka 15, angka 16, angka 17, angka 18, angka 19, angka 20, angka 21, angka 22, angka 23, angka 24, angka 25, dan angka 26 adalah Kementerian yang menangani urusan pemerintahan yang ruang lingkupnya disebutkan dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, yang selanjutnya dalam Peraturan Presiden ini disebut Kementerian Kelompok II; dan Kementerian sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 angka 27, angka 28, angka 29, angka 30, angka 31, angka 32, angka 33, dan angka 34 adalah Kementerian yang menangani

urusan pemerintahan dalam rangka penajaman, koordinasi, dan sinkronisasi program pemerintah, yang selanjutnya dalam Peraturan Presiden ini disebut Kementerian Kelompok III.

Kementerian adalah perangkat pemerintah yang membidangi urusan tertentu dalam pemerintahan. Hubungan antara Kementerian dan pemerintah daerah dilaksanakan dalam kerangka sistem pemerintahan Negara Kesatuan Republik Indonesia dengan memperhatikan prinsip-prinsip penyelenggaraan otonomi daerah sesuai peraturan perundang-undangan. Pelaksanaan urusan kementerian di daerah yang dimaksud adalah kegiatan teknis yang berskala provinsi/kabupaten/kota yang dilaksanakan oleh dinas provinsi/kabupaten/kota disertai penyerahan keuangannya.

1. Esensi Desentralisasi Sebagai Distribusi Urusan Pemerintahan Kepada Daerah

Teori desentralisasi memberikan perbedaan antara desentralisasi politik dengan desentralisasi administratif²²¹. Desentralisasi politik adalah pengalihan kekuasaan yang ada kepada organisasi lain yang lebih dekat dengan unit-unit yang lebih rendah, misalnya pengalihan kekuasaan dari tangan pemerintah federal ke tangan pemerintah provinsi ataupun lokal. Pada desentralisasi terangkum dalam skema bagi hasil yang disebut sebagai desentralisasi politik. Otoritas dijalankan oleh unit-unit territorial yang mempunyai kekuasaan umum. Pengambilan kebijaksanaan diserahkan pada unit-unit terendah. Proposal bagi hasil umum

²²¹ Altshuler dirujuk dari Benveniste, Guy, *Birokrasi*, (Jakarta : Raja Grafindo Persada, 1997) hlm 227.

atau khusus menegaskan perlunya transfer sumber-sumber dan kekuatan pada pemerintah lokal.²²²

Desentralisasi administratif merupakan transfer kekuatan pada tingkat hirarki yang lebih rendah dalam organisasi yang sama misalnya, pengalihan wewenang pengambilan kebijaksanaan pada para pejabat yang dekat sekali kepada kondisi operasi dalam organisasi yang sama.

Perbedaan ini sangat penting karena konsep desentralisasi harus dipahami dalam konteks kontrol dan diskresi. Kebijaksanaan dan keputusan dapat dibuat pada peringkat bawah dan masih tetap dikontrol pada peringkat atas melalui kaidah-kaidah dan peraturan tertentu. Aturan-aturan seperti itu membatasi ruang lingkup pengambilan keputusan sekalipun di sana terdapat desentralisasi. Karenanya, kebijaksanaan itu sendiri tersirat tegas di dalam definisi desentralisasi. Demikian pula sistem yang bersifat sentralistis yang memiliki ruang lingkup pengambilan kebijaksanaan di mana pimpinan unit-unit lokal menerima tanggung jawab untuk mengambil langkah-langkah tertentu dan tetap mempunyai wewenang tersendiri.

Adalah bermanfaat untuk mendefinisi desentralisasi sebagai suatu keadaan dimana unit-unit yang saling tergantung memilih tujuannya sendiri termasuk alat untuk mencapainya. Sistem yang bersifat desentralisasi penuh adalah keadaan yang terdiri dari berbagai unit yang saling bergantung, yang masing-masing bebas memilih tujuannya sendiri dan menentukan sarana untuk mencapai tujuan

²²² Porter dan Olsen, dirujuk dari Benveniste, Guy, *Birokrasi*, (Jakarta : Raja Grafindo Persada, 1997) hlm 231.

dimaksud. Selanjutnya, masing-masing unit ini saling berunding satu sama lain untuk mencapai persetujuan tentang apa yang harus dilakukan.

Sebaliknya, sistem yang bersifat sentralistis adalah suatu keadaan yang terdiri dari pelbagai unit di mana pilihan-pilihan tujuan dan sarana untuk mencapai tujuan itu diserahkan pada unit sentral yang selalu memberikan instruksi kepada masing-masing unit di peringkat bawah tentang cara bagaimana suatu masalah harus dilakukan. Beberapa keputusan dilakukan di pusat; tetapi ada juga keputusan yang diambil di peringkat bawah. Kecenderungan yang umum adalah mengarah pada sentralisasi. Tetapi semakin banyak keputusan penting yang dibuat “di mana saja” maka makin banyak pengertian tentang ketidakberdayaan dan ketidakpastian, dan semakin besar pulalah urgensi desentralisasi serta partisipasi.

Pemberian otonomi daerah akan mengubah perilaku pemerintah daerah untuk lebih efisien dan profesional. Untuk meningkatkan efisiensi dan profesionalisme, pemerintah daerah perlu melakukan perekayasa ulang terhadap birokrasi yang selama ini dijalankan (*bureaucracy reengineering*)²²³. Hal tersebut karena pada saat ini dan di masa yang akan datang pemerintah (pusat dan daerah) akan menghadapi gelombang perubahan baik yang berasal dari tekanan eksternal maupun dari internal masyarakat. Dari sisi eksternal, pemerintah akan menghadapi globalisasi yang sarat dengan persaingan dan liberalisme arus informasi, investasi, modal, tenaga, kerja, dan budaya. Disisi internal, pemerintah akan menghadapi masyarakat yang semakin cerdas (*knowledge based society*)

²²³ Ni'matul Huda, *Perkembangan Hukum Tata Negara Perdebatan dan Gagasan Penyempurnaan*, FH UII Press, Yogyakarta, 2014. hlm. 274

dan masyarakat yang semakin banyak tuntutananya (*demanding community*). Menurut Mardiasmo, momentum otonomi daerah saat ini hendaknya dapat dimanfaatkan sebaik-baiknya oleh pemerintah daerah untuk mengoptimalkan pembangunan daerahnya. Untuk itu, hal yang pertama kali perlu dilakukan oleh pemerintah daerah adalah melakukan perbaikan lembaga (*institutional reform*), perbaikan sistem manajemen keuangan publik, dan reformasi manajemen publik. Oleh karena itu, untuk dapat membangun landasan perubahan yang kuat, pemerintah perlu melakukan perenungan kembali (*rethinking government*) yang kemudian diikuti dengan *reinventing government* untuk menciptakan pemerintahan baru yang lebih baik.²²⁴

Diakui oleh Pratikno,²²⁵ desentralisasi bukan merupakan pilihan yang mudah bagi Indonesia. Dengan wilayah geografis yang sangat luas yang terurai dalam puluhan ribu pulau, serta masyarakat yang sangat heterogen, desentralisasi memang seringkali menjadi dilema. Apresiasi terhadap keberagaman menuntut desentralisasi yang pada gilirannya melahirkan otonomi daerah. Penghargaan ini bisa menghasilkan dukungan daerah terhadap pemerintah nasional. Oleh karena itu, negara-negara Indonesia memulai perjalanannya dengan pilihan yang desentralistis. Namun tatkala desentralisasi melahirkan otonomi yang membuat pusat kehilangan kendali, maka desentralisasi juga sering dianggap sebagai sumber masalah. Inilah kurang lebih interpretasi yang dikembangkan oleh pemerintah orde baru yang menjadi basis bagi terbangunnya pemerintahan yang sentralistis. Seperti telah diduga sejak awal, pemerintahan yang sentralistis

²²⁴ Mardiasmo dalam Ni'matul Huda, *Perkembangan Hukum Tata Negara Perdebatan dan Gagasan Penyempurnaan*, FH UII Press, Yogyakarta, 2014. hlm. 275

²²⁵ Pratikno, dalam Ni'matul Huda, hlm. 278

semacam ini telah menuai rentetan protes yang sangat panjang. Oleh karena itu, secara umum muncul kesadaran bahwa sentralisasi pemerintahan bukan pilihan yang tepat dalam mempertahankan negara bangsa Indonesia.

Perubahan yang dikehendaki dalam reformasi dapat dilihat dari pergeseran sejumlah model dan paradigma pemerintahan daerah yang terjadi. '*Structural efficiency model*' yang menekankan efisiensi dan keseragaman pemerintahan lokal ditinggalkan dan dianut '*local democracy model*' yang menekankan, nilai demokrasi dan keberagaman dalam penyelenggaraan pemerintahan daerah. Seiring dengan pergeseran model tersebut terjadi pula pergeseran dari pengutamaan dekonsentrasi ke pengutamaan desentralisasi.²²⁶

Hubungan antara kabupaten/kota dengan provinsi yang semula '*dependent*' dan '*subordinate*' kini hubungan antara Kabupaten/Kota dengan Provinsi menjadi '*independent*' dan '*coordinate*'. Distribusi urusan pemerintahan kepada daerah otonom yang semula dianut '*ultra-vires doctrine*' dengan merinci urusan pemerintahan yang menjadi kompetensi daerah otonom diganti dengan '*general competence*' atau '*open and arrangement*' yang merinci fungsi pemerintahan yang menjadi kompetensi Pemerintah dan Provinsi. Pengawasan Pemerintah terhadap daerah otonom yang semula cenderung koersif bergeser ke persuasif agar diskresi dan prakarsa daerah otonom lebih tersalurkan. Konsekuensinya, pengawasan Pemerintah terhadap kebijakan Daerah yang semula secara preventif dan represif, kini hanya secara represif.

²²⁶ Agus Dwiyanto .et all, *Reformasi Tata Pemerintahan dan Otonomi Daerah*, (Yogyakarta: Pusat Studi Kependudukan dan Kebijakan Universitas Gadjah Mada, 2003), hlm.45

Litvack dan Seddon, mengatakan bahwa setidaknya ada lima kondisi untuk keberhasilan pelaksanaan desentralisasi.²²⁷

- a. Kerangka kerja desentralisasi harus memperhatikan kaitan antara pembiayaan lokal dan wewenang fiskal dengan fungsi dan tanggungjawab pemberian pelayanan oleh pemerintah daerah.
- b. Masyarakat setempat harus diberi informasi mengenai kemungkinan biaya pelayanan dan penyampaian serta sumber-sumbernya, dengan harapan keputusan yang diambil oleh pemerintah daerah harus bermakna.
- c. Masyarakat memerlukan mekanisme untuk menyampaikan pandangan yang dapat mengikat politikus sebagai upaya mendorong masyarakat untuk berpartisipasi.
- d. Harus ada sistem akuntabilitas yang berbasis pada publik, dan informasi yang transparan yang memungkinkan masyarakat untuk memonitor efektivitas kinerja pemerintah daerah.
- e. Instrumen desentralisasi seperti kerangka institusional yang sah, struktur tanggung jawab pemberian pelayanan dan sistem pemberian fiskal antara pemerintah harus di desain untuk mendorong sasaran-sasaran politikus.

Desentralisasi muncul jika kewenangan yang mengatur dan mengurus penyelenggaraan pemerintah tidak semata-mata dilakukan oleh pemerintahan pusat, melainkan juga oleh kesatuan pemerintah yang lebih rendah yang mandiri, bersifat otonomi (teritorial ataupun fungsional)²²⁸ jadi, desentralisasi bukan sekedar pemancaran kewenangan, tetapi juga pembagian kekuasaan untuk mengatur dan mengurus penyelenggaraan negara antara pemerintah pusat dan satuan-satuan pemerintah di tingkat yang lebih rendah.

Dengan demikian, sistem desentralisasi mengandung makna pengakuan penentu kebijakan pemerintahan terhadap potensi dan kemampuan daerah dengan melibatkan wakil-wakil rakyat di daerah dalam melakukan penyelenggaraan

²²⁷ Sadu Wasistiono, dalam Juniarso Ridwan dan Achmad Sodik Sudrajat, *Hukum Asministrasi negara dan Kebijakan Pelayanan Publik*, (Bandung: Nuansa, 2012) hlm 121

²²⁸ C.W.Van Der Pot, sebagaimana dikutip kembali oleh Bagir Manan *Hubungan.... op. Cit.*, hlm. 40.

pemerintahan, pembangunan, dengan melatih diri menggunakan hak yang seimbang dengan kewajiban masyarakat yang demokratis.²²⁹

Berdasarkan pengertian desentralisasi diatas, terlepas dan persamaan dan perbedaan satu sama lainnya, dapat dikemukakan bahwa esensi dari desentralisasi merupakan cara yang berkaitan dengan prinsip penyelenggaraan pemerintahan negara kesatuan.

Secara teoritis-empiris, urusan pemerintahan yang menjadi kompetensi daerah otonom dimanifestasikan dalam pelayanan publik bagi masyarakat setempat dalam semangat kesejahteraan (*welfare state*) sesuai arahan dan amanat UUD NRI 1945.

Bambang Permadi mengusulkan dalam menerapkan desentralisasi perlu dilakukan ; pertama klarifikasi mengenai *grand design* desentralisasi di Indonesia bisa menjadi awal yang konstruktif sehingga tidak ada lagi kesimpangsiuran dan kebingungan mengenai arah desentralisasi itu sendiri. Apabila masih ada revisi undang-undang yang menyangkut desentralisasi di kemudian hari, maka sudah jelas kemana UU tersebut harus mengacu (disamping ke UUD 1945); Kedua, desentralisasi kewenangan yang jelas bagi setiap level pemerintahan, tanpa meninggalkan terlalu banyak *grey area*. Melihat kondisi saat ini dan pengalaman tujuh tahun desentralisasi, disarankan agar pembagian kewenangan memakai model *the centralized constraints*, dimana pemerintah pusat menerapkan dengan tegas batas-batas yang tidak boleh dilanggar setiap level pemerintahan tetapi memberikan otonomi penuh kepada pemerintah daerah untuk melakukan semua

²²⁹ Ni'matul Huda, *op. cit.*, hlm. 86.

hal yang masih berada dalam batas atau toleransi yang di ijin; Ketiga, segera dilaksanakannya standar pelayanan minimum secara nasional. Standar tersebut juga dapat dipergunakan sebagai alat evaluasi pelaksanaan otonomi daerah bagi pemerintah daerah sendiri, terutama daerah hasil pemekaran. Penerapan standar pelayanan minimum secara nasional diharapkan dapat ikut memperbaiki infrastruktur dasar di daerah yang kemudian bisa menjadi daya tarik dilakukannya kegiatan ekonomi yang lebih banyak di daerah tersebut. keempat, masalah institusi. Harus ada institusi yang bertanggungjawab menyukseskan desentralisasi dan melakukan fungsi koordinasi. Mengingat desentralisasi adalah kegiatan yang lintas bidang, memang diperlukan suatu institusi yang bisa berdiri di atas semua bidang/sector serta mempunyai kepemimpinan yang kuat. Pimpinan negara mungkin pihak yang paling tepat untuk menjalankan fungsi tersebut.²³⁰ .

Pada tingkat yang lebih operasional, yakni dalam mendesain kebijakan desentralisasi, di antara aspek-aspek penting yang harus diperhatikan adalah : (1) karakteristik dan potensi (sosial, ekonomi, dan politik) riil yang dimiliki oleh daerah; (2) fungsi aktivitas dari kewenangan yang akan didesentralisasikan; (3) tingkatan, dan/atau area dari kewenangan yang akan didesentralisasikan; (4) kemampuan kelembagaan dan keuangan pemerintah daerah; (5) ketertarikan antara kebijakan desentralisasi dengan kebijakan-kebijakan lainnya; dan (6)

²³⁰ Bambang Permadi Sumantri Brojonegoro, dikutip dari Ni'matul Huda, *Perkembangan Hukum Tata Negara Perdebatan dan Gagasan Penyempurnaan*, FH UII Press, Yogyakarta, 2014. hlm. 279

perangkat hukum dan administratif yang diperlukan untuk mengatur mekanisme pendelegasian wewenang, maupun dalam implementasi kewenangan itu sendiri.²³¹

Pasal 18 UUD 1945 sebelum perubahan, antara lain menyatakan bahwa “pembagian daerah Indonesia atas daerah besar dan kecil, dengan bentuk dan susunan pemerintahannya ditetapkan dengan undang-undang”. Sementara, dalam penjelasan Pasal tersebut antara lain dijelaskan bahwa: “...oleh karena negara Indonesia itu suatu *“eenheidsstaat”*, maka Indonesia tak akan mempunyai daerah di dalam lingkungannya yang bersifat *staat* juga. Daerah Indonesia akan dibagi dalam daerah propinsi dan daerah yang lebih kecil. Daerah itu bersifat otonom (*streck & locale rechtsgemeenschappen*) atau bersifat daerah administrasi belaka, semuanya menurut aturan yang akan ditetapkan dengan undang-undang”.

Ketentuan tersebut mengalami perubahan, pada Amandemen kedua UUD 1945. Perubahan tersebut tidak merubah esensinya, tetapi lebih bersifat mempertegas, memperjelas dan melengkapi. Disebutkan, misalnya, “Negara Kesatuan Republik Indonesia dibagi atas daerah-daerah provinsi dan daerah provinsi itu dibagi atas kabupaten dan kota, yang tiap-tiap provinsi, kabupaten, dan kota itu mempunyai pemerintahan daerah” (Pasal 18 ayat (1)). Pemerintah daerah tersebut mengatur dan mengurus sendiri urusan pemerintahan menurut asas otonomi dan tugas pembantuan Pasal 18 ayat (2). Selanjutnya, dikatakan bahwa pemerintahan daerah menjalankan otonomi seluas-luasnya, kecuali urusan pemerintahan yang oleh undang-undang ditentukan sebagai urusan Pemerintah Pusat (Pasal 18 ayat (5) UUD NRI 1945).

²³¹ Syarif Hidayat, “Desentralisasi untuk Pembangunan Daerah, Dialog Kelompok *Positivists Realitivists*”, dalam *Jurnal Hukum Jentera*, Edisi 14 tahun IV Oktober-Desember 2006, hlm 28.

Otonomi luas bertitik tolak dari prinsip : semua urusan pemerintahan pada dasarnya menjadi urusan rumah tangga daerah, kecuali yang ditentukan sebagai urusan pusat. Dalam negara modern, lebih-lebih apabila dikaitkan dengan paham negara kesejahteraan, urusan pemerintahan tidak dapat dikenali jumlahnya.²³² Otonomi luas yang dimaksud dalam Undang Undang Nomor 23 tahun 2014 adalah Asas Otonomi dan Tugas Pembantuan yang seluas-luasnya, adalah Pemberian otonomi yang seluas-luasnya kepada Daerah diarahkan untuk mempercepat terwujudnya kesejahteraan masyarakat melalui peningkatan pelayanan, pemberdayaan, dan peran serta masyarakat. Di samping itu melalui otonomi luas, dalam lingkungan strategis globalisasi, daerah diharapkan mampu meningkatkan daya saing dengan memperhatikan prinsip demokrasi, pemerataan, keadilan, keistimewaan dan kekhususan serta potensi dan keanekaragaman Daerah dalam sistem Negara Kesatuan Republik Indonesia.

Negara melakukan desentralisasi kekuasaan kepada pemerintahan daerah agar pelayanan publik kepada masyarakat dapat dilaksanakan secara lebih efektif. Desentralisasi kekuasaan yang menghasilkan otonomi daerah seharusnya berpengaruh terhadap desentralisasi tanggung jawab untuk menyelenggarakan tugas Negara untuk memenuhi kebutuhan sosial masyarakat. Hal ini berarti kekuasaan pemerintahan daerah untuk menyelenggarakan urusan pemerintahan

²³² Bagir Manan, *Menyongsong Fajar Otonomi Daerah*, (Yogyakarta: PSH FH UII, 2001). hlm 37.

semakin diperluasnya, karena adanya pelimpahan kewenangan dari pemerintah pusat kepada pemerintahan daerah.²³³

Dalam perjalanan sejarah Indonesia telah mengalami beberapa perubahan mengenai konsep pemerintahan daerah. Setelah berakhirnya Orde Baru pada 20 Mei 1998 kemudian disusul penyelenggaraan pemilu tahun 1999, maka UUD 1945 yang sebelumnya tidak tersentuh dan tidak dapat diubah oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR), pada 19 Oktober 1999 untuk pertama kali konstitusi itu diamandemen dalam sidang umum MPR tahun 1999 di mana pada saat itu ada sembilan pasal yang diamandemen.

Kemudian pada tanggal 18 Agustus 2000, MPR melalui sidang tahunannya menyetujui untuk melakukan perubahan kedua terhadap UUD 1945 dengan mengubah dan/atau menambah pasal. Adapun salah satu perubahan dan penambahan terjadi pada Pasal 18 menjadi berbunyi :

Pasal 18 Ayat:

- (1) Negara Kesatuan Republik Indonesia dibagi atas daerah-daerah Provinsi dan daerah provinsi itu dibagi atas kabupaten dan kota, yang tiap-tiap provinsi, kabupaten dan kota itu mempunyai pemerintahan daerah, yang diatur dengan Undang-Undang.
- (2) Pemerintahan daerah provinsi, daerah kabupaten, dan daerah kota mengatur dan mengurus sendiri urusan pemerintahan menurut azas otonomi dan tugas pembantuan.
- (3) Pemerintahan daerah provinsi, daerah kabupaten, dan daerah kota memiliki Dewan Perwakilan Rakyat Daerah yang anggota-anggotanya dipilih melalui pemilihan umum.

²³³ W.Riawan Tjandra, op.cit.hlm.126

- (4) Gubernur, Bupati, dan Walikota masing-masing sebagai kepala pemerintahan daerah provinsi, kabupaten, dan kota dipilih secara demokratis.
- (5) Pemerintahan daerah menjalankan otonomi seluas-luasnya, kecuali urusan pemerintahan yang oleh Undang-undang ditentukan sebagai urusan pemerintah.
- (6) Pemerintah daerah berhak menetapkan peraturan daerah dan peraturan-peraturan lainnya untuk melaksanakan otonomi dan tugas pembantuan.
- (7) Susunan dan tata cara penyelenggaraan pemerintah daerah diatur dalam undang-undang.

Pasal 18 A Ayat :

- (1) Hubungan wewenang antara pemerintah pusat dan pemerintah daerah provinsi, kabupaten, kota atau provinsi dan kabupaten dan kota, diatur dengan undang-undang dengan memperhatikan kekhususan dan keanekaragaman daerah.
- (2) Hubungan keuangan, pelayanan umum, pemanfaatan sumber daya alam dan sumber daya lainnya antara pemerintah pusat dan pemerintah daerah diatur dan dilaksanakan secara adil dan selaras berdasarkan undang-undang.

Pasal 18B Ayat :

- (1) Negara mengakui dan menghormati satuan-satuan pemerintah daerah yang bersifat khusus atau bersifat istimewa yang diatur dengan undang-undang.
- (2) Negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan republik Indonesia, yang diatur dengan undang-undang.

Oleh karena terjadi perubahan terhadap Pasal 18 UUD 1945, Penjelasan UUD 1945 yang selama ini ikut menjadi acuan dalam mengatur pemerintahan daerah menjadi tidak berlaku lagi. Dengan demikian, satu-satunya sumber konstitusional pemerintah daerah adalah Pasal 18, Pasal 18A, dan Pasal 18B yang selain meniadakan kerancuan, penghapusan penjelasan Pasal 18 sekaligus sebagai

penataan tatanan UUD 1945 baik dari sejarah pembuatan penjelasan maupun meniadakan keganjilan.²³⁴

Perubahan Pasal 18 ini dimaksudkan untuk lebih memperjelas pembagian daerah dalam NKRI yang meliputi daerah provinsi dan dalam daerah provinsi terdapat daerah kabupaten dan kota. Ketentuan Pasal 18 ayat (1) ini mempunyai keterkaitan erat dengan ketentuan Pasal 25A mengenai wilayah NKRI.

Secara konseptual ataupun hukum, pasal-pasal baru tentang pemerintahan daerah dalam UUD 1945 memuat berbagai prinsip baru dan arah politik pemerintahan daerah yang baru pula. Hal-hal tersebut tampak dari prinsip dan ketentuan sebagai berikut :

1. Prinsip daerah mengatur dan mengurus sendiri urusan pemerintahan menurut azas otonomi dan tugas pembantuan (Pasal 18 ayat 2), di mana ketentuan ini memuat dan menegaskan bahwa pemerintahan daerah adalah suatu pemerintahan otonomi dalam NKRI. Prinsip baru yang terdapat di dalam Pasal 18 lebih sesuai dengan gagasan daerah membentuk pemerintahan daerah sebagai satuan pemerintahan mandiri di daerah yang demokratis. Tidak ada lagi urusan pemerintahan sentralisasi dalam peraturan daerah. Gubernur, bupati, walikota semata-mata sebagai penyelenggara otonomi di daerah.
2. Prinsip menjalankan otonomi seluas-luasnya (Pasal 18 ayat 5). Meskipun secara historis UUD 1945 menghendaki otonomi seluas-luasnya, tetapi

²³⁴ Bagir Manan dirujuk dari Juniarso Ridwan dan Achmad Sodik Sudrajat, *Hukum Administrasi Negara dan Kebijakan Pelayanan Publik*, (Bandung: Nuansa, 2012), hlm 114

karena tidak dicantumkan, maka terjadilah penyempitan otonomi daerah menuju pemerintahan sentralistik. Untuk menegaskan kesepakatan yang telah ada pada saat penyusunan UUD 1945 dan menghindari pengeribian otonomi menuju sentralistik, maka sangat tepat, Pasal 18 B baru menegaskan pelaksanaan otonomi seluas-luasnya. Daerah berhak mengatur dan mengurus segala urusan atau fungsi pemerintahan yang oleh undang-undang tidak ditentukan sebagai yang diselenggarakan oleh pusat.

3. Prinsip kekuasaan dan keragaman daerah Pasal 18A ayat (1). Prinsip ini mengandung makna bahwa pembentuk dan isi otonomi daerah ditentukan oleh berbagai keadaan khusus dan keragaman daerah.
4. Prinsip mengakui dan menghormati kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya (Pasal 18B ayat 2). Yang dimaksud dengan masyarakat hukum adat adalah masyarakat hukum yang berdasarkan atas hukum adat atau adat istiadat, seperti desa, marga, kampung, meunasa, huta, dan lain-lain. Masyarakat hukum adalah kesatuan masyarakat yang bersifat teritorial atau genealogis yang memiliki kekayaan sendiri, memiliki warga yang dapat dibedakan dengan warga masyarakat hukum lain dan dapat bertindak kedalam atau keluar sebagai satu kesatuan hukum (subyek hukum) yang mandiri dan memerintah diri mereka sendiri. Kesatuan-kesatuan masyarakat ini tidak hanya diakui tetapi dihormati. Artinya mempunyai hak hidup yang sederajat dan sama pentingnya dengan kesatuan pemerintah lain, seperti

- pemerintah kabupaten dan kota. Pengakuan dan penghormatan itu diberikan sepanjang masyarakat hukum dan hak-hak tradisionalnya masih nyata ada dan berfungsi, dan sesuai dengan prinsip-prinsip negara kesatuan. Pembatasan ini perlu, untuk mencegah tuntutan seolah-olah suatu masyarakat hukum masih ada sedangkan kenyataannya telah sama sekali berubah atau hapus, antara lain karena terserap apada satuan pemerintahan lainnya. Juga harus tunduk kepada prinsip negara kesatuan.
5. Prinsip mengakui dan menghormati pemerintah daerah yang bersifat khusus dan istimewa (Pasal 18B ayat 3). Ketentuan ini mendukung keberadaan berbagai satuan pemerintahan bersifat khusus atau istimewa (baik tingkat provinsi, kabupaten, dan kota atau desa)
 6. Prinsip badan perwakilan dipilih langsung dalam satuan pemilihan umum (Pasal 18B ayat 3). Hal ini telah terealisasi dalam pemilihan umum anggota DPRD sejak tahun 2004. Gubernur, bupati, walikota, masing-masing sebagai kepala pemerintah dipilih secara demokratis.
 7. Prinsip hubungan pusat dan daerah harus dilaksanakan secara selaras dan adil (Pasal 18 ayat 2). menyatakan bahwa hubungan itu meliputi hubungan wewenang, keuangan, pelayanan umum, pemanfaatan sumber daya alam dan sumber daya lainnya, yang dilaksanakan secara adil dan selaras.

Pemberian otonomi yang seluas-seluasnya kepada Daerah dilaksanakan berdasarkan prinsip negara kesatuan. Dalam negara kesatuan kedaulatan hanya ada pada pemerintahan negara atau pemerintahan nasional dan tidak ada

kedaulatan. Oleh karena itu, seluas apa pun otonomi yang diberikan kepada Daerah, tanggung jawab akhir penyelenggaraan Pemerintahan Daerah akan tetap ada ditangan Pemerintah Pusat. Untuk itu Pemerintahan Daerah pada negara kesatuan merupakan satu kesatuan dengan Pemerintahan Nasional. Sejalan dengan itu, kebijakan yang dibuat dan dilaksanakan oleh Daerah merupakan bagian integral dari kebijakan nasional. Pembedanya adalah terletak pada bagaimana memanfaatkan kearifan, potensi, inovasi, daya saing, dan kreativitas Daerah untuk mencapai tujuan nasional tersebut di tingkat lokal yang pada gilirannya akan mendukung pencapaian tujuan nasional secara keseluruhan.²³⁵ Daerah sebagai satu kesatuan masyarakat hukum yang mempunyai otonomi berwenang mengatur dan mengurus daerahnya sesuai aspirasi dan kepentingan masyarakatnya sepanjang tidak bertentangan dengan tatanan hukum nasional dan kepentingan umum. Dalam rangka memberikan ruang yang lebih luas kepada Daerah untuk mengatur dan mengurus kehidupan warganya maka Pemerintah Pusat dalam membentuk kebijakan harus memperhatikan kearifan lokal potensi, inovasi, daya saing, dan kreativitas Daerah untuk mencapai tujuan nasional tersebut di tingkat lokal yang pada gilirannya akan mendukung pencapaian tujuan nasional secara keseluruhan.

Dalam rangka memberikan ruang yang lebih luas kepada Daerah untuk mengatur dan mengurus kehidupan warganya maka Pemerintah Pusat dalam membentuk kebijakan harus memperhatikan kearifan lokal dan sebaliknya Daerah ketika membentuk kebijakan Daerah baik dalam bentuk Perda maupun

²³⁵ Penjelasan umum Undang Undang Nomor 23 Tahun 2014

kebijakan lainnya hendaknya juga memperhatikan kepentingan nasional. Dengan demikian akan tercipta keseimbangan antara kepentingan nasional yang sinergis dan tetap memperhatikan kondisi, kekhasan, dan kearifan lokal dalam penyelenggaraan pemerintahan secara keseluruhan.

Pada hakikatnya Otonomi Daerah diberikan kepada rakyat sebagai satu kesatuan masyarakat hukum yang diberi kewenangan untuk mengatur dan mengurus sendiri Urusan Pemerintahan yang diberikan oleh Pemerintah Pusat kepada Daerah dan dalam pelaksanaannya dilakukan oleh kepala daerah dan DPRD dengan dibantu oleh Perangkat Daerah. Urusan Pemerintahan yang diserahkan ke Daerah berasal dari kekuasaan pemerintahan yang ada ditangan Presiden. Konsekuensi dari negara kesatuan adalah tanggung jawab akhir pemerintahan ada ditangan Presiden.²³⁶ Agar pelaksanaan Urusan Pemerintahan yang diserahkan ke Daerah berjalan sesuai dengan kebijakan nasional maka Presiden berkewajiban untuk melakukan pembinaan dan pengawasan terhadap penyelenggaraan Pemerintahan Daerah. Presiden sebagai pemegang kekuasaan pemerintahan dibantu oleh menteri negara dan setiap menteri bertanggung jawab atas urusan pemerintahan tertentu dalam pemerintahan. Sebagian urusan pemerintahan yang menjadi tanggung jawab menteri tersebut yang sesungguhnya diotonomikan ke daerah.

Prinsip otonomi daerah yang di tuangkan pada Pasal 13 adalah:

²³⁶ Presiden adalah pemegang kekuasaan pemerintahan, pelaksanaan penyelenggaraan negara sehari-hari dilaksanakan oleh pemerintah. sehingga tanggung jawab akhir pemerintahan ada ditangan Presiden. Dalam konsepsi *welfare state* pemerintah memiliki hubungan hukum istimewa dengan warganya dalam mencapai kesejahteraan umum, maka dalam tata pemerintahan dikenal asas-asas umum pemerintahan yang baik.

1. Akuntabilitas : Penanggungjawabnya berdasarkan kedekatannya dengan luas, besaran, dan jangkauan dampak yang ditimbulkan oleh penyelenggaraan suatu urusan pemerintahan;
2. Efisiensi: Perbandingan tingkat daya guna yang paling tinggi yang dapat diperoleh;
3. Eksternalisasi: Luas, besaran, dan jangkauan dampak yang timbul akibat penyelenggaraan suatu Urusan Pemerintahan
4. Strategi nasional : Dalam rangka menjaga keutuhan dan kesatuan bangsa, kedaulatan Negara, implementasi hubungan luar negeri, pencapaian program strategis nasional dan pertimbangan pertimbangan lain.

Distribusi urusan pemerintahan kepada daerah, terakhir diatur dengan Undang Undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah. , Dalam Bab IV Pasal 9 ayat 1 menyebutkan bahwa: Urusan Pemerintahan terdiri atas urusan pemerintahan absolut, urusan pemerintahan konkuren, dan urusan pemerintahan umum. Urusan pemerintahan absolut yaitu urusan pemerintahan yang sepenuhnya menjadi kewenangan pemerintah pusat. Sedangkan urusan pemerintahan konkuren adalah urusan pemerintahan yang dibagi antara pemerintah pusat dengan pemerintahan daerah provinsi/ kabupaten/kota, yang sekaligus juga menjadi dasar bagi pelaksanaan *Otonomi Daerah*. Sementara, urusan pemerintahan umum adalah urusan pemerintahan yang menjadi kewenangan Presiden sebagai kepala pemerintahan. Kewajiban-kewajiban dalam rangka melaksanakan pelayanan kepada masyarakat, pemerintah berwenang

membentuk organ-organ pemerintahan, membuat peraturan perundang-undangan (*regeling*), membuat peraturan kebijakan (*beleidsregel*), mengeluarkan berbagai keputusan.²³⁷

Menjadi kewajiban pemerintah untuk mewujudkan tujuan negara sebagaimana tercantum dalam alinea keempat Pembukaan Negara Republik Indonesia Tahun 1945, serta kewajiban negara dan pemerintah untuk mengatur dan mengelola perekonomian, cabang-cabang produksi, dan kekayaan alam dalam rangka mewujudkan “kesejahteraan sosial”, memelihara fakir miskin dan anak-anak terlantar, serta memberikan jaminan sosial dan kesehatan bagi warga negara, seperti ditentukan dalam Bab XIV Pasal 33 dan 34 UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Adanya kewajiban-kewajiban tersebut mengharuskan pemerintah beserta perangkatnya baik di tingkat pusat maupun daerah memiliki tugas dan wewenang secara konstitusional untuk menyelenggarakan urusan pemerintahan atau melakukan intervensi dalam kehidupan warga negara. Tugas dan wewenang pemerintah ini meliputi :

1. Tugas dan wewenang administrasi dibidang keamanan dan ketertiban umum;

²³⁷ Organ-organ pemerintahan ini terdiri atas berbagai nama seperti departemen kementerian, badan-badan, lembaga-lembaga, dan sebagainya. Terdiri atas sekian banyak organ pemerintahan tingkat pusat dan daerah. Hal ini menunjukkan luasnya bidang-bidang yang kelola dn diatur oleh pemerintah, dirujuk dari Ridwan, *Diskresi dan Tanggung Jawab Pemerintah*, (Yogyakarta : FH UII Pres 2014).hlm.87

2. Tugas dan wewenang menyelenggarakan tata usaha pemerintahan mulai dari surat menyurat sampai kepada dokumentasi;
3. Tugas dan wewenang administrasi negara di bidang pelayanan umum;
4. Tugas dan wewenang administrasi negara di bidang penyelenggaraan kesejahteraan umum.²³⁸

Sebagaimana telah dikemukakan di depan, negara kesejahteraan meletakkan fungsi pelayanan terhadap masyarakat sebagai fungsi utama negara atau pemerintah. Amrah Muslimin mengatakan bahwa, “tugas negara dalam keseluruhan menurut faham modern sekarang ini dalam suatu negara kesejahteraan (*social service state*), adalah menyelenggarakan kepentingan umum untuk memberikan kemakmuran dan perasaan kesejahteraan yang sebesar-besarnya berdasarkan keadilan dalam suatu negara hukum”.²³⁹ B.L. Jones menyebutkan, *Government is expected to concern itself with many aspects of the welfare of citizens, both individually and collectively*²⁴⁰ (pemerintah dituntut memperhatikan berbagai aspek kesejahteraan warga negara, baik individual maupun kolektif). Hal tersebut menunjukkan bahwa tugas pemerintah untuk memberikan pelayanan publik dan mewujudkan kesejahteraan umum itu bukan sekedar amanat Pembukaan UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945, tetapi juga tuntutan hak-hak dasar warga negara, apalagi dengan diratifikasinya *Internasioanl Covenant on Economic, Sosila, Cultural Rights, Covenant on*

²³⁸ Bagir Manan, *Lembaga Kepresidenan*, Pusat Studi Hukum UII dan Gama Media, Yogyakarta, 1999) hlm. 122-125.

²³⁹ Amrah Muslimin, *Beberapa Asas dan Pengertian Pokok tentang Administrasi dan Hukum Administrasi*, Alumni, Bandung, 1985, hlm.110.

²⁴⁰ B.L.Jones, dirujuk dari Ridwan, *Diskresi dan Tanggungjawab Pemerintah*, (Yogyakarta: FH UII Press, 2014) hlm.103

Civil and Political Rights, dan diundangkannya UU No. 25 Tahun 2009 tentang Pelayanan Publik.²⁴¹

2. Kewajiban Negara Memenuhi Hak Atas Kesejahteraan Warga Negara Melalui Pelaksanaan Urusan Pemerintahan di Daerah

Kewajiban Negara untuk memenuhi hak warga tergantung dari penegakan hak asasi manusia. Perkembangan hak asasi manusia tidak dapat dilepaskan dari faktor politik dan kekuasaan. Proses pelebagaan hak Asasi manusia dilaksanakan dengan TAP MPR dan Undang-Undang setelah masa reformasi tahun 1998. Ketetapan MPR Nomor XVII/MPR/1998 tentang Hak Asasi Manusia, yang ditetapkan dalam Sidang Istimewa MPR tanggal 13 November 1998. Pada intinya, Ketetapan MPR Nomor XVII/MPR/1998 tersebut menugaskan kepada Lembaga-Lembaga Tinggi Negara dan seluruh aparatur pemerintah, untuk menghormati, menegakkan, dan menyebarluaskan pemahaman mengenai hak asasi manusia kepada seluruh masyarakat.²⁴²

Pelembagaan instrumen hak asasi manusia kemudian meningkat bahkan masuk ke dalam substansi Undang-Undang Dasar hasil amandemen. Selain diatur di dalam Konstitusi, hak asasi manusia juga melembaga di berbagai peraturan perundang-undangan di Indonesia. Pada bab ini akan diuraikan secara rinci tentang jaminan hak asasi manusia dalam Konstitusi Republik Indonesia Hasil Amandemen, jaminan perlindungan hak asasi manusia dalam Undang-Undang Nomor 39 tahun 1999 dan jaminan perlindungan hak asasi

²⁴¹ *Ibid.* hlm. 34.

²⁴² Rhona K.M.Smith dkk, *Hukum Hak Asasi Manusia*, Cet.II, (Ed: Knut .D.Asplund, Suparman Marzuki, Eko Riyadi), (Yogyakarta : Pusham UII, 2010). hlm.293

manusia . Pada intinya, Ketetapan MPR Nomor XVII/MPR/1998 tersebut menugaskan kepada Lembaga-Lembaga Tinggi Negara dan seluruh aparatur pemerintah, untuk menghormati, menegakkan, dan menyebarluaskan pemahaman mengenai hak asasi manusia kepada seluruh masyarakat.

Di samping itu, Ketetapan ini juga menegaskan kepada Presiden dan Dewan Perwakilan Rakyat untuk meratifikasi berbagai instrumen Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB) tentang hak asasi manusia, sepanjang tidak bertentangan dengan Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945. Ditegaskan pula bahwa penghormatan, penegakan, dan penyebaran hak asasi manusia oleh masyarakat dilaksanakan melalui gerakan kemasyarakatan atas dasar kesadaran dan tanggung jawabnya sebagai warga negara dalam kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara.²⁴³ Perlindungan, pemajuan, penegakan dan pemenuhan hak asasi manusia menjadi tanggung jawab pemerintah²⁴⁴. Jaminan hukum di antaranya dilakukan dengan melengkapi berbagai peraturan perundangan berkaitan dengan perlindungan hak asasi manusia di antaranya dengan peratifikasian berbagai instrumen internasional yang berkaitan dengan hak asasi manusia.

Terkait dengan kewajiban Negara untuk menyelenggarakan kesejahteraan , hak atas kesejahteraan ini sangat kental dengan unsur-unsur yang terdapat dalam Konvensi Internasional tentang Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya (KIHESB). dengan perlindungan bagi hak ekonomi, sosial dan budaya yaitu

²⁴³ *Ibid.* 294

²⁴⁴ Pasal 28I ayat (4) UUD 1945 amandemen 2 : *Perlindungan, pemajuan, penegakan dan pemenuhan Hak asasi manusia adalah tanggung jawab negara, terutama pemerintah."*

hak atas terciptanya kondisi yang memungkinkan bagi setiap individu. Kewajiban umum Negara berdasarkan pasal 2 (1) *International Covenant on Economic, Social and Cultural Right : each state party to the present covenant undertakes : to take step individually and through international assistance and cooperation especially economic and technical, maximum of its available resources with a view, achieving progressively the full realization of the rights recognized in the present covenant by all appropriate means.*

Pelaksanaan kewajiban secara progresif yaitu dengan merumuskan kewajiban untuk bertindak secepat dan seefektif mungkin untuk mencapai perwujudan hak ekonomi, sosial, dan budaya, dan upaya sengaja untuk *retrogressive* harus dapat memperoleh yustifikasi yang sah dengan melihat keseluruhan hak yang diatur dalam kovenan dan dalam konteks pemanfaatan *the maximum available resources*. Untuk mengembangkan kemampuannya semaksimal mungkin. maka telah dibuat beberapa undang-undang sebagai berikut :

1. Undang Undang Nomor 11 Tahun 2005 tentang Ratifikasi Kovenan Hak Hak Ekonomi Sosial dan Budaya.
2. Undang Undang Nomor 25 Tahun 2009 tentang Pelayanan Publik
3. Undang Undang No.11 Tahun 2009 tentang Kesejahteraan Sosial;
4. Undang Undang No. 25 Tahun 2009 tentang Pelayanan Publik;
5. Undang Undang No, 36 Tahun 2009 tentang Kesehatan;

6. Undang Undang No. 13 Tahun 2011 tentang Penanganan Fakir Miskin;
7. Undang Undang No. 1 Tahun 2011 tentang Perumahan Kawasan Pemukiman
8. Undang Undang No. 12 Tahun 2011 tentang Pendidikan
9. Undang Undang No. 24 Tahun 2011 tentang Badan Penyelenggaraan Jaminan Sosial;
10. Undang Undang Nomor 18 Tahun 2014 tentang Kesehatan Jiwa
11. Undang Undang Nomor 19 Tahun 2013 tentang Perlindungan dan Pemberdayaan Petani
12. Undang Undang Nomor 18 Tahun 2012 tentang Pangan
13. Dan lain-lain

Sejalan dengan Prinsip Limburg yang utama meliputi "*all state parties have an obligation to begin immediately to take steps toward full realization of the rights...*" (prinsip ke 16), "*some obligation under the covenant require immediate in full by all state parties, such as the prohibition of discrimination in article 2(2)....*" (prinsip ke 22) dan Pedoman Maastricht yaitu *Maastricht guidelines on violations of economic, social and cultural rights (1997)*, pelanggaran hak ekonomi, social, dan budaya dapat dilakukan oleh Negara maupun actor bukan Negara (*non-state actor*), dan pelanggaran dapat dilakukan dengan melakukan sesuatu (*act of commission*) dan tanpa melakukan sesuatu (*act of omission*). Maka diberikannya kewajiban kepada pemerintah untuk memberikan pelayanan umum (*bestuurszorg*) itu menyebabkan

pemerintah harus terlibat aktif dalam kehidupan warga negara (*staatsbemoeyenis*).²⁴⁵

Seiring dengan perkembangan kemasyarakatan, pelayanan yang harus diberikan pemerintah menjadi semakin banyak dan kompleks sehingga apa yang menjadi urusan pemerintahan itu tidak mudah untuk ditentukan secara definitif. Sejalan dengan perkembangan kemasyarakatan dan dengan bersandar pada fungsi pelayanan (*presterende functie*), pemerintah tidak dapat mengabaikan setiap persoalan kemasyarakatan yang muncul. Pemerintah harus melayani dan menyelesaikan setiap persoalan tersebut apalagi dengan munculnya *the rihgts to receive* warga negara, tidak peduli apakah persoalan itu ditentukan atau tidak dalam peraturan perundang-undangan. Dilekatkannya kewenangan diskresi kepada organ pemerintah dan keterlibatannya secara aktif dalam kehidupan warga negara akan memungkinkan terlaksananya fungsi pelayanan dengan tepat dan cepat. Pemberian diskresi kepada pemerintah itu sejalan dengan paham negara modern yang mewajibkan pemerintah untuk mengupayakan kesejahteraan bagi warga negara.

Pembagian urusan pemerintahan ini erat kaitannya dengan prinsip pemencaran kekuasaan (*verticale spreiding van machten*) secara vertikal atau desentralisasi. Menurut Van der Pot dan Donner :

“Decentralisatie betekent dat regeling en bestuur niet uitsluitend vanuit het centrum worden gevoerd, maar plaats vinden door het rijk en door een veelheid van andere, autonome lichamen. Daarbij dient te worden

²⁴⁵ Istilah “bestuurszorg” diintrodusir oleh Lemaire, yang berarti penyelenggaraan kesejahteraan umum yang dilakukan oleh pemerintah.

onderscheiden tussen territoriale en functionele decentralisatie, de eerste tot uitdrukking komend in het bestaan van gebiedscorporaties, de tweede in dat van doelcorporaties”.

(Desentralisasi berarti peraturan dan pemerintahan tidak hanya dijalankan dari pusat, tetapi dilaksanakan oleh pemerintah dan sejumlah organ lain, lembaga otonom. Desentralisasi itu dibedakan antara desentralisasi teritorial dan desentralisasi fungsional, yang pertama diwujudkan dalam badan-badan berdasarkan wilayah, yang kedua dalam bentuk badan-badan dengan tujuan tertentu).²⁴⁶

Pemencaran kekuasaan menurut desentralisasi adalah pembagian wewenang, tugas, dan tanggungjawab antara badan-badan kenegaraan yaitu antara negara dan satuan pemerintahan daerah lebih rendah yang sama-sama sebagai badan publik.²⁴⁷ Badan publik tersebut adalah daerah Otonom yang terdiri atas Provinsi dan Kabupaten/Kota diberikan wewenang pemerintahan untuk diselenggarakan berdasarkan asas otonomi dan tugas pembantuan (*medebewind*). *Autonomie betekent het zelfstandigheid regelen en besturen van de ‘eigen’ aangelegenheden (huishouding),*²⁴⁸ (otonomi artinya kemandirian mengatur dan mengurus urusan sendiri-urusan rumah tangga daerah). “ *Autonomie staat voor de taken en bevoedgheden die op Grondwet en gemeentewet berusten, medebewind voor het totaal van de taken en bevoedgheden van de gemeentelijke bestuursorganen dat op andere wetgeving, de zogenaamde ‘bijzondere wetten’ berust*”²⁴⁹ (otonomi mendasarkan tugas dan kewenangan pada UUD dan UU pemerintahan daerah, tugas pembantuan mendasarkan tugas dan kewenangan organ pemerintah daerah pada undang-undang lain, yang dinamakan undang-undang khusus).

²⁴⁶ Van der Pot dan Donner, dirujuk dalam Ridwan, op cit. hlm .106

²⁴⁷ Bagir Manan, *Hubungan* . dirujuk dari Ridwan, loc.cit

²⁴⁸ Van der Pot dan Donner, dirujuk dari Ridwan, loc.cit

²⁴⁹ W. Konijnenbelt, dirujuk dari Ridwan, loc.cit .

Pembagian urusan pemerintahan melalui pembentukan satuan pemerintahan daerah bukan berarti pemisahan secara tegas antara urusan pemerintahan pusat dengan urusan pemerintahan daerah. Urusan pemerintahan pusat tidak selalu dapat dan harus dilaksanakan oleh organ pemerintah pusat. Ada dua cara pelaksanaan urusan pemerintahan pusat yang ada di daerah atau yang terkait dengan daerah yaitu melalui dekonsentrasi dan tugas pembantuan.

Dekonsentrasi adalah pelimpahan sebagian kewenangan pemerintah pusat pada alat-alat pusat yang ada di daerah atau pelaksanaan urusan pemerintahan pusat, yang tidak diserahkan kepada satuan pemerintahan daerah, oleh organ pemerintahan pusat yang ada di daerah. Pada hakikatnya alat pemerintah pusat ini melaksanakan pemerintahan sendiri di daerah-daerah dan berwenang mengambil keputusan sendiri sampai tingkat tertentu berdasarkan tanggungjawab langsung kepada pemerintah pusat, yang memikul semua biaya dan tanggungjawab terakhir mengenai urusan dekonsentrasi.²⁵⁰

Berkenaan dengan dekonsentrasi ini C.J.N Verstedden mengatakan “ *Naast de figur van de decentralisatie kennen we ook de deconcentratie. Daarvan spreken we in gevallen waarin organen van de centrale overheid een zekere mate van zelfstandigheid hebben verkregen, zonder dat de hiërarchische band verbroken is. Deconcentratie treffen we b.v. aan op het terrein van de volksgezondheid, de ruimtelijke ordening en volkshuisvesting en de belasting, waarbij aan bepaalde ambtenaren (vaak inspecteur genoemd) of colleges taken en bevoegheden zijn opgedragen. Meestal hebben deze ambtenaren of colleges een rayon waarbinnen zij hun taak vervullen*”

(Disamping bentuk desentralisasi kita juga mengenal dekonsentrasi. Dekonsentrasi itu dibicarakan dalam hal organ pemerintahan pusat yang ada di daerah memperoleh kemandirian untuk melakukan tugas tertentu, tanpa terputusnya ikatan hirarki. Dekonsentrasi ditemukan, sebagai contoh, pada pengurusan kesehatan rakyat, penataan ruang dan perumahan rakyat, dan perpajakan, di mana pegawai tertentu yang sering disebut inspektur atau badan-badan pemerintah diberi tugas dan kewenangan. Kebanyakan pegawai atau badan-badan pemerintah ini memiliki suatu lingkungan tertentu dalam menjalankan tugasnya).²⁵¹

²⁵⁰ Amrah Muslimin, dirujuk dari Ridwan, hlm. 107.

²⁵¹ C.J.N. Verstedden, *Inleiding*, dirujuk dari Ridwan, *loc.cit.*

Dekonsentrasi itu pada dasarnya merupakan kelanjutan dari organisasi pemerintahan pusat. Berdasarkan Pasal 1 angka (8) UU No. 32 Tahun 2004, dekonsentrasi adalah pelimpahan wewenang pemerintahan oleh Pemerintah kepada Gubernur sebagai wakil pemerintah dan/atau kepada instansi vertikal di wilayah tertentu. Sedangkan menurut Pasal 1 angka 9 UU No. 23 Tahun 2014, Dekonsentrasi adalah pelimpahan sebagian Urusan Pemerintahan yang menjadi kewenangan Pemerintah Pusat kepada gubernur sebagai wakil Pemerintah Pusat, kepada instansi vertikal di wilayah tertentu, dan/atau kepada gubernur dan bupati/wali kota sebagai penanggung jawab urusan pemerintahan umum.

Cara kedua pelaksanaan urusan pemerintahan pusat yang ada di daerah yaitu melalui tugas pembantuan. Berdasarkan Pasal 1 angka (9) UU No. 32 Tahun 2004, tugas pembantuan adalah penugasan dari Pemerintah kepada daerah dan/atau desa dari pemerintah provinsi kepada kabupaten/kota dan/atau desa serta dari pemerintah kabupaten/kota kepada desa untuk melaksanakan tugas tertentu. Sedangkan Pasal 1 angka 10 UU No. 23 Tahun 2014, Tugas Pembantuan adalah penugasan dari Pemerintah Pusat kepada daerah otonom untuk melaksanakan sebagian Urusan Pemerintahan yang menjadi kewenangan Pemerintah Pusat atau dari Pemerintah Daerah provinsi kepada Daerah kabupaten/kota untuk melaksanakan sebagian Urusan Pemerintahan yang menjadi kewenangan Daerah provinsi. Ada perbedaan pengertian dekonsentrasi dan tugas pembantuan antara UU No. 32 Tahun 2004 dan UU No. 23 Tahun 2014.

Menurut Bagir Manan, otonomi dan tugas pembantuan adalah bentuk-bentuk dari desentralisasi. Tugas pembantuan adalah bagian dari desentralisasi dan tidak ada perbedaan pokok antara otonomi dengan tugas pembantuan. Baik otonomi maupun tugas pembantuan sama-sama mengandung kebebasan dan kemandirian. Perbedaan hanya pada *tingkat* kebebasan dan kemandirian. Pada otonomi, kebebasan dan kemandirian itu *penuh* meliputi baik asas maupun cara menjalankannya. Sedangkan pada tugas pembantuan, kebebasan dan kemandirian hanya terbatas pada cara menjalankan. Karena sama-sama mengandung unsur otonomi, perbedaan hanya pada tingkat kebebasan dan kemandirian, maka tidak ada perbedaan mendasar antara otonomi dengan tugas pembantuan.²⁵²

Tugas pembantuan ini diadakan berdasarakan berbagai pertimbangan: pertama, agar urusan dapat terselenggara secara efisien dan efektif; kedua, dalam pelaksanaan dimungkinkan penyesuaian-penyesuaian menurut keadaan masing-masing daerah. Tidak perlu keseragaman secara nasional. Urusan yang memerlukan keseragaman dalam penyelenggaraannya, tidak dapat dilaksanakan dengan tugas pembantuan. Urusan semacam ini harus dilaksanakan langsung dari pusat pemerintahan; ketiga, tugas pembantuan dapat dipergunakan sebagai cara persiapan sebelum suatu urusan diserahkan menjadi urusan rumah tangga daerah; keempat, tugas pembantuan merupakan cara pusat pemerintahan menjunjung dan membantu daerah dengan menyediakan dana atau fasilitas yang diperlukan tanpa harus mencampuri pelaksanaan. Jadi, ada unsur timbal balik. Daerah membantu

²⁵² Bagir Manan, *Perjalanan Historis Pasal 18* dirujuk dari Ridwan, hlm. 109

pusat, dan pusat membantu daerah.²⁵³ Pada tulisan lain, Bagir Manan mengatakan bahwa sejalan dengan perkembangan fungsi negara dan pemerintahan, hal-hal yang menjadi urusan pemerintahan bukanlah sesuatu yang dapat dikenali secara enumeratif. Segala gejala kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara terutama yang berkaitan dengan pelayanan urusan dan kepentingan umum, baik dibidang politik, ekonomi, sosial, maupun budaya dapat masuk menjadi urusan pemerintahan.²⁵⁴

Berdasarkan pemaparan di atas dapat disebutkan bahwa pembagian fungsi dan urusan pemerintahan itu pada hakikatnya adalah pembagian fungsi, tugas, dan tanggungjawab antara pemerintah pusat dengan pemerintah daerah. Hal ini berarti bahwa fungsi pelayanan kepada warga negara juga menjadi tanggungjawab satuan pemerintahan daerah. Dengan kata lain, seperti halnya fungsi pelayanan pemerintahan pusat, pemerintah daerah dituntut untuk melayani dan menyelesaikan setiap persoalan tersebut, tidak peduli apakah persoalan itu ditentukan atau tidak dalam peraturan perundang-undangan. Hal ini membawa konsekuensi bahwa pemerintah daerah pun dilekati kewenangan diskresi.

Kewenangan pemerintah membentuk organ-organ pemerintahan ada yang tersurat atau diperintahkan secara tegas oleh UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945 seperti Pasal 16 “presiden membentuk suatu dewan pertimbangan yang bertugas memberikan nasihat dan pertimbangan kepada Presiden, yang selanjutnya diatur dalam undang-undang” dan Pasal 17 ayat (4) “pembentukan,

²⁵³ Bagir Manan, *Menyongsong Fajar... loc.cit*

²⁵⁴ Bagir Manan, *Hubungan Pusat....* dirujuk dari Ridwan *loc.cit*

penguahan, dan pembubaran kementrian negara diatur dalam undang-undang". Dengan berdasarkan pada pasal-pasal ini dibentuklah sejumlah kementrian departemen ataupun kementrian negara.

Kewenangan pemerintah untuk membuat peraturan perundang-undangan bagi pemerintah Indonesia bukan hasil dari perkembangan sejarah seperti yang terjadi di Eropa yakni menentang absolutisme raja atau penguasa, yang kemudian melahirkan pemisahan kekuasaan secara tegas dengan maksud membatasi kekuasaan raja. Kekuasaan raja dibatasi hanya sebagai pelaksana undang-undang yang dibuat oleh badan perwakilan rakyat. Kewenangan pemerintah Indonesia untuk membuat peraturan perundang-undangan itu didasarkan pada konsep "uitvoering" dalam arti "besturen" seperti yang dikemukakan H.D. van Wijk/Willem Konijnenbelt berikut ini :

"Bij 'uitvoering' werd dan gedacht aan het betrekkelijk mechanisch verrichten van de opdrachten die de wet gaf; opdrachten die voornamelijk zouden bestaan uit het geven van beschikkingen voor concrete gevallen en het verrichten van feitelijke handelingen, maar de uitvoering van wetten kan ook andere zaken omvatten, zoals het geven van nadere regel-gedelegeerde wetgeving. En in feite was 'uitvoering' de aanduiding van de restfunctie van het koningschap, nadat de twee andere functies, die er oorspronkelijk ook onder hadden geressorteed, de wetgeving, en de rechtspraak, min of meer van het koningschap waren losgeraakt en gekoppeld waren aan het parlement respectievelijk de rechterlijke macht.

*Wat van overheidswege meer werd gedaan dan wetgeven en rechtspreken, is en was veel meer dan het mechanisch uitvoeren van wetten in formele zin. Ten opzichte van rechtspraak zitten we met de moeilijkheid dat er enerzijds rechterlijke uitspraken zijn die in feit het karakter hebben van een bestuursdaad, bijvoorbeeld de benoeming van een voogd, terwijl er anderzijds door bestuursorganen soms administratieve beschikkingen worden gegeven waarbij geschillen worden beslist, bijvoorbeeld in administratief beroep"*²⁵⁵ (Pada 'pelaksanaan' itu dipikirkan mengenai

²⁵⁵ H.D. van Wijk/Willem Konijnenbelt, dikutip dalam Ridwan, op.cit, hlm.116

mekanisme hubungan untuk melaksanakan apa yang dilimpahkan undang-undang; terutama pelimpahan yang akan terdiri atas pemberian keputusan untuk peristiwa konkret dan pelaksanaan tindakan nyata, namun pelaksanaan undang-undang dapat juga memuat urusan lain, seperti pembuatan peraturan lebih lanjut-pendelegasian pembuatan undang-undang. Pemerintah itu memiliki fungsi membuat peraturan dan menyelesaikan sengketa, di samping melaksanakan undang-undang atau peraturan perundang-undangan)

Wewenang pemerintah untuk membuat peraturan perundang-undangan (*regelgevende bevoegdheden*) itu melekat pada jabatan pemerintahan dan tersirat pada konsep “besturen”. Atas dasar itu, dalam penyelenggaraan pemerintahan baik di tingkat pusat maupun di tingkat daerah terdapat sejumlah peraturan perundang-undangan yang hanya dibuat oleh organ pemerintah seperti Peraturan Pemerintah, Peraturan Presiden, Peraturan Menteri, Peraturan Badan Pertanahan Nasional, Peraturan Badan Kepegawainan Negara, Peraturan Gubernur, Peraturan Bupati/Walikota.

Kewenangan pemerintah untuk membuat peraturan perundang-undangan ini mendapatkan dasar teoretiknya pada pendapat Jellinek, sebagaimana dikutip oleh A.Hamid S.Attamimi berikut ini:

“Bahwa suatu negara dengan pemerintah yang berbuat dan bertindak hanya mengikuti undang-undang semata adalah sesuatu yang secara politik tidak berharga (*ein politisches Unding*). Sedang mengenai arah yang timbul dari kegiatan pemerintah tidak pernah mungkin dapat ditetapkan oleh suatu aturan hukum. Karena itu, pengertian pemerintah sama sekali bukanlah yang murni semata-mata (*Verwalting ist niemals blosze Vollziehung*).

Pemerintahan mengandung dua segi, formal dan material. Pemerintahan dalam arti formal mengandung kekuasaan mengatur (*Verordnungsgewalt*) dan kekuasaan memutus (*Entscheidungsgewalt*), dan pemerintah dalam arti material

berisi dua unsur yang terkait menjadi satu, yaitu unsur memerintah dan unsur melaksanakan (*das Element der Regierung und das der Vollziehung*)²⁵⁶

Pemerintahan Indonesia selain berwenang membuat peraturan perundang-undangan, juga berwenang membuat peraturan kebijakan. Adanya kewenangan pemerintah membuat peraturan kebijakan itu menunjukkan bahwa pemerintah beserta organ-organnya dilekati dengan wewenang diskresi (*discretionary power*). Dengan demikian, dapat dikatakan bahwa dalam rangka mewujudkan kesejahteraan umum yang merupakan amanat dari Pembukaan UUD Negara RI Tahun 1945 Pemerintah Indonesia tidak boleh menolak untuk memberikan pelayanan kepada warga negara dengan alasan tidak ada undang-undang yang mengaturnya atau yang memberikan kewenangan kepada pemerintah untuk memberikan pelayanan umum. Dengan kata lain, meskipun pada dasarnya setiap tindakan pemerintah itu hanya berdasarkan pada asas legalitas, namun tidak setiap urusan warga negara yang dihadapi atau dilayani pemerintah itu telah ada undang-undangnya maka pemerintah dapat melakukan tindakan atau memberikan pelayanan atas dasar diskresi.

Penggunaan diskresi ini menurut Sjachran Basah harus dapat dipertanggungjawabkan, “secara moral kepada Tuhan yang Maha Esa, menjunjung tinggi harkat dan martabat manusia serta nilai-nilai kebenaran dan keadilan, mengutamakan persatuan dan kesatuan, semi kepentingan bersama”.²⁵⁷

²⁵⁶ A. Hamid S. Attamimi, dirujuk dari Ridwan, *Diskresi dan Tanggung Jawab Pemerintah*, (Yogyakarta : FH UII Pres 2014).hlm.90

²⁵⁷ Sjachran Basah, *Eksistensi dan Tolok Ukur Badan Peradilan Administrasi di Indonesia*, (Bandung : Penerbit Alumni,1997) hlm. 151.

Lebih lanjut Sjachran Basah mengatakan bahwa secara hukum terdapat dua batas; batas-atas dan batas bawah. Batas-batas dimaksudkan ketaat-asasan 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 administrasi negara (baik aktif maupun pasif), tidak boleh melanggar hak dan kewajiban asasi warga.²⁵⁸

Bagi pemerintah Indonesia, fungsi pelayanan terhadap masyarakat terutama dalam upaya mewujudkan kesejahteraan sosial, pendidikan, kesehatan, pekerjaan, dan sebagainya merupakan amanat Pancasila dan UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945, di samping tuntutan hak-hak asasi manusia taua memenuhi *the rights to recive* warga negara. ²⁵⁹

Norma hukum yang mendasari pemerintah Indonesia dalam melaksanakan fungsi pelayanan terhadap masyarakat dalam upaya mewujudkan kesejahteraan sosial, pendidikan, kesehatan, pekerjaan, dan sebagainya merupakan amanat Pancasila dan UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945, khususnya Pasal 5 ayat (1), Pasal 18A ayat (2), Pasal 20, Pasal 27, Pasal 28A, Pasal 28B, Pasal 28C, Pasal 28D, Pasal 28H, Pasal 28I(2), dan Pasal 34 ayat (3). Pasal-Pasal tersebut

²⁵⁸ Sjachran Basah, *Perlindungan Hukum atas Sikap Tindak Administrasi Negara*, (Bandung: Alumni, 1992), hlm.4-5.

²⁵⁹ Urusan pemerintah yang menjadi kewenangan pemerintah untuk mengatur dan melaksanakan demikian banyak sebagaimana tampak pada Pasal 4 dan Pasal 5 UU No. 39 Tahun 2008 tentang Kementrian Negara, Peraturan Presiden Nomor 3 Tahun 2013 Tentang Perubahan ketujuh atas Keputusan Presiden Nomor 103 Tahun 2001 tentang Kedudukan, Tugas, Fungsi, Kewenangan, Susunan Organisasi dan Tata Kerja Lembaga Pemerintah Non Kementerian.(LPNK). Selain itu, seperti disebutkan di atas, ada berbagai lembaga, badan, komisi, dan sebagainya yang dibentuk untuk melaksanakan urusan pemerintahan.

Lebih lanjut Sjachran Basah mengatakan bahwa secara hukum terdapat dua batas; batas-atas dan batas bawah. Batas-batas dimaksudkan ketaat-asasan 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 administrasi negara (baik aktif maupun pasif), tidak boleh melanggar hak dan kewajiban asasi warga.²⁵⁸

Bagi pemerintah Indonesia, fungsi pelayanan terhadap masyarakat terutama dalam upaya mewujudkan kesejahteraan sosial, pendidikan, kesehatan, pekerjaan, dan sebagainya merupakan amanat Pancasila dan UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945, di samping tuntutan hak-hak asasi manusia taua memenuhi *the rights to recive* warga negara. ²⁵⁹

Norma hukum yang mendasari pemerintah Indonesia dalam melaksanakan fungsi pelayanan terhadap masyarakat dalam upaya mewujudkan kesejahteraan sosial, pendidikan, kesehatan, pekerjaan, dan sebagainya merupakan amanat Pancasila dan UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945, khususnya Pasal 5 ayat (1), Pasal 18A ayat (2), Pasal 20, Pasal 27, Pasal 28A, Pasal 28B, Pasal 28C, Pasal 28D, Pasal 28H, Pasal 28I(2), dan Pasal 34 ayat (3). Pasal-Pasal tersebut

²⁵⁸ Sjachran Basah, *Perlindungan Hukum atas Sikap Tindak Administrasi Negara*, (Bandung: Alumni, 1992) , hlm.4-5.

²⁵⁹ Urusan pemerintah yang menjadi kewenangan pemerintah untuk mengatur dan melaksanakan demikian banyak sebagaimana tampak pada Pasal 4 dan Pasal 5 UU No. 39 Tahun 2008 tentang Kementrian Negara, Peraturan Presiden Nomor 3 Tahun 2013 Tentang Perubahan ketujuh atas Keputusan Presiden Nomor 103 Tahun 2001 tentang Kedudukan, Tugas , Fungsi, Kewenangan, Susunan Organisasi dan Tata Kerja Lembaga Pemerintah Non Kementerian.(LPNK). Selain itu, seperti disebutkan di atas, ada berbagai lembaga, badan, komisi, dan sebagainya yang dibentuk untuk melaksanakan urusan pemerintahan.

memuat kewajiban Negara untuk memenuhi hak-hak asasi manusia warga Negara.

Wewenang Pemerintahan dapat datang dari sumbernya yaitu peraturan perundang-undangan. Cara memperoleh wewenang pemerintah didapatkan dengan Atribusi, Delegasi, dan Mandat. pemberian wewenang pemerintahan yang baru oleh peraturan perundang-undangan. Atribusi didapat dari legislator yang kompeten memberikan atribusi wewenang, adalah pelimpahan wewenang yang telah ada oleh suatu badan/jabatan Tata Usaha Negara yang telah memperoleh wewenang pemerintahan secara atributif kepada badan/jabatan Tata Usaha Negara lainnya. Penerima wewenang dapat menciptakan wewenang baru atau memperluas wewenang yang sudah ada, bertanggung jawab sepenuhnya berada pada penerima wewenang.

Wewenang adalah hak yang dimiliki oleh Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan atau penyelenggara negara lainnya untuk mengambil keputusan dan/atau tindakan dalam penyelenggaraan pemerintahan. Kewenangan Pemerintahan yang selanjutnya disebut Kewenangan adalah kekuasaan Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan atau penyelenggara Negara lainnya untuk bertindak dalam ranah hukum publik. Kewenangan diperoleh melalui delegasi, atribusi dan/atau mandat.

Kewenangan dan wewenang diatur dalam Undang Undang Nomor 30 tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan, Pasal 11 sampai dengan Pasal 18²⁶⁰.

²⁶⁰ Disarikan dari Pasal 11 sampai dengan 18 Undang Undang Nomor 30 Tahun 2014

Selengkapnya dipaparkan pada Pasal 12 tentang Atribusi menyatakan bahwa Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan memperoleh Wewenang melalui Atribusi apabila:

- a. diatur dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dan/atau undang-undang;
- b. merupakan Wewenang baru atau sebelumnya tidak ada; dan
- c. atribusi diberikan kepada Badan dan/atau Pejabat.

Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan yang memperoleh wewenang melalui atribusi, tanggung jawab kewenangan berada pada Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan yang bersangkutan. Kewenangan atribusi tidak dapat didelegasikan, kecuali diatur di dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dan/atau undang-undang.

Penyerahan wewenang secara delegasi, diatur dalam Pasal 13 yang menyatakan bahwa pendelegasian kewenangan ditetapkan berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan. Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan memperoleh wewenang melalui delegasi apabila:

- a. diberikan oleh Badan/Pejabat Pemerintahan kepada Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan lainnya;
- b. ditetapkan dalam Peraturan Pemerintah, Peraturan Presiden, dan/atau Peraturan Daerah; dan
- c. merupakan wewenang pelimpahan atau sebelumnya telah ada.

Kewenangan yang didelegasikan kepada Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan tidak dapat didelegasikan lebih lanjut, kecuali ditentukan lain dalam peraturan perundang-undangan. Dalam hal ketentuan peraturan perundang-undangan menentukan lain, Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan yang memperoleh wewenang melalui delegasi dapat mensubdelegasikan Tindakan kepada Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan lain dengan ketentuan:

- a. dituangkan dalam bentuk peraturan sebelum wewenang dilaksanakan;
- b. dilakukan dalam lingkungan pemerintahan itu sendiri; dan
- c. paling banyak diberikan kepada Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan 1 (satu) tingkat di bawahnya.

Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan yang memberikan Delegasi dapat menggunakan sendiri Wewenang yang telah diberikan melalui Delegasi, kecuali ditentukan lain dalam ketentuan peraturan perundang-undangan. Dalam hal pelaksanaan Wewenang berdasarkan Delegasi menimbulkan ketidakefektifan penyelenggaraan pemerintahan, Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan yang memberikan pendelegasian kewenangan dapat menarik kembali wewenang yang telah didelegasikan. Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan yang memperoleh wewenang melalui delegasi, tanggung jawab Kewenangan berada pada penerima Delegasi. Sedangkan Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan memperoleh mandat apabila: a. Ditugaskan oleh Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan di atasnya; dan b. merupakan pelaksanaan tugas rutin. Pejabat yang melaksanakan tugas rutin terdiri atas: pelaksana harian yang

melaksanakan tugas rutin dari pejabat definitif yang berhalangan sementara; dan pelaksana tugas yang melaksanakan tugas rutin dari pejabat definitif yang berhalangan tetap. Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan dapat memberikan mandat kepada Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan lain yang menjadi bawahannya, kecuali ditentukan lain dalam ketentuan peraturan perundang-undangan. Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan yang menerima mandat harus menyebutkan atas nama Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan yang memberikan mandat. Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan yang memberikan mandat dapat menggunakan sendiri wewenang yang telah diberikan melalui mandat, kecuali ditentukan lain dalam ketentuan peraturan perundang-undangan.

Dalam hal pelaksanaan wewenang berdasarkan mandat menimbulkan ketidakefektifan penyelenggaraan pemerintahan, Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan yang memberikan mandat dapat menarik kembali wewenang yang telah dimandatkan. Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan yang memperoleh wewenang melalui mandat tidak berwenang mengambil keputusan dan/atau tindakan yang bersifat strategis yang berdampak pada perubahan status hukum pada aspek organisasi, kepegawaian, dan alokasi anggaran. Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan yang memperoleh wewenang melalui mandat tanggung jawab kewenangan tetap pada pemberi mandat. Yang dimaksud dengan “tugas rutin” adalah pelaksanaan tugas jabatan atas nama pemberi mandat yang bersifat pelaksanaan tugas jabatan dan tugas sehari-hari. wewenang mandat dilaksanakan dengan menyebut atas nama (a.n), untuk beliau (u.b), melaksanakan mandat (m.m), dan melaksanakan tugas (m.t).

Pembatasan kewenangan diatur dalam Pasal 15 yaitu :

(1) Wewenang Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan dibatasi oleh:

- a. masa atau tenggang waktu wewenang;
- b. wilayah atau daerah berlakunya wewenang;
- c. cakupan bidang atau materi wewenang.

(2) Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan yang telah berakhir masa atau tenggang waktu wewenang sebagaimana dimaksud pada ayat (1) huruf a tidak dibenarkan mengambil keputusan dan/atau tindakan.

Larangan Penyalahgunaan Wewenang diatur dalam Pasal 17 sebagai berikut :

(1) Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan dilarang menyalahgunakan wewenang.

(2) Larangan penyalahgunaan wewenang sebagaimana dimaksud pada ayat (1) meliputi: a. larangan melampaui wewenang; b. larangan mencampuradukkan wewenang; dan/atau c. larangan bertindak sewenang-wenang.

Menurut Pasal 18 Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan dikategorikan melampaui wewenang apabila Keputusan dan/atau Tindakan yang dilakukan: a. melampaui masa jabatan atau batas waktu berlakunya wewenang; b.

Melampaui batas wilayah berlakunya wewenang; dan/atau c. bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.

Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan dikategorikan mencampuradukkan wewenang apabila keputusan dan/atau tindakan yang dilakukan: a. di luar cakupan bidang atau materi wewenang yang diberikan; dan/atau b. bertentangan dengan tujuan wewenang yang diberikan.

Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan dikategorikan bertindak sewenang-wenang apabila keputusan dan/atau tindakan yang dilakukan: a. tanpa dasar kewenangan; dan/atau b. bertentangan dengan Putusan Pengadilan yang berkekuatan hukum tetap.

3. Penyelenggaraan Pelayanan Publik Sebagai Perwujudan Kewajiban Negara Atas Pemenuhan Hak-Hak Dasar Warga Negara

Kedudukan pemerintah sebagai pelaku hukum publik yang dilekati hak dan kewajiban untuk menggunakan dan menjalankan berbagai peraturan dan keputusan serta wewenang diskresi, secara garis besar fungsi dan urusan pemerintahan itu dapat dikelompokkan menjadi fungsi pembuatan peraturan perundang-undangan beserta penegakannya (*regelen en handhaven*)²⁶¹, membuat keputusan (*beschikken*), pemerintah memperoleh wewenang pembuatan keputusan berdasarkan undang-undang tertentu, yang dengan cara sepihak pemerintah dapat mengubah keadaan hukum antara pemerintah dan warga negara dan kadang-kadang juga hubungan antara warga Negara dan membuat kebijakan

²⁶¹ B.J.M. ten Berge, dirujuk dari Ridwan *Diskresi dan Tanggung Jawab Pemerintah*, (Yogyakarta : FH UII Pres 2014).hlm.101

(*beleidsregel*).²⁶² Di samping itu juga pemerintah dilekati dengan kewajiban untuk memberikan pelayanan publik atau melaksanakan fungsi pelayanan (*zorgsfunctie*), terutama bagi negara-negara yang menganut atau dipengaruhi konsep *welfare state*.

Berkenaan dengan konsep negara ini, H.D. van Wijk/Willem Konijnenbelt mengatakan sebagai berikut:²⁶³

“De welvaarsstaat, de verzorgingsstaat, de sociale rechtsstaat: de staat, de samenleving waarin de overheid in hoge mate verantwoordelijk wordt gehouden voor welvaart en welzijn vrn de leden, althans voor die welvaart en dat welzijn de voorwaarden moet scheppen en moet zorgen voor de distributie daarvan. Het is dezelfde gedachte als die van de sociale grondrechten : ieder mens heeft aanspraak op althans een minimum aan bestaanszekerheid, op onderwijs, onderdak, inkomen, medische verzorging: die aanspraken heeft hij jegens de ‘gemeenschap’, en het is de overheid die ervoor moet zorgen dat deze aanspraken kunnen worden gehonoreerd” (Negara kesejahteraan, negara pelayan, negara hukum sosial: suatu negara, suatu masyarakat dimana pemerintah bertanggungjawab untuk memberikan kesejahteraan dan kesehatan bagi warganya, setidaknya harus menciptakan dan mendistribusikan kesejahteraan dan kesehatan itu. Pemikiran seperti itu sejalan dengan tuntutan hak-hak sosial dasar: setiap orang berhak memperoleh jaminan kepastian hidup, pendidikan, perumahan, pendapatan, pelayanan kesehatan: ia berhak terhadap ‘persamaan’, dan pemerintah harus melayaninya sehingga hak-hak itu dapat dihormati).

Terkait dengan hal tersebut, Tatiek Sri Djatmiati mengatakan bahwa”...hal ini dikarenakan pelayanan publik merupakan hak-hak sosial dasar dari masyarakat (*social rights*). *Social Rights* merupakan *the rights to receive*, hak-hak untuk menerima dari Pemerintah seperti pendidikan, jaminan sosial, dan sebagainya

²⁶² H.D. van Wijk/Willem Konijnenbelt, dirujuk dari Ridwan *Diskresi dan Tanggung Jawab Pemerintah*, (Yogyakarta : FH UII Pres 2014).hlm. 102

²⁶³ H.D. van Wijk/Willem Konijnenbelt, dirujuk dari Ridwan ,*op.cit.*,hlm.103.

(Pasal 34 UUD 1945). Oleh karena itu Pemerintah berkewajiban untuk memberikan pelayanan yang terbaik kepada masyarakat.²⁶⁴

Perkembangan terakhir tentang kebijakan pemerintah menyangkut kesejahteraan/keadilan sosial menunjukkan bahwa Indonesia semakin dekat ke arah bentuk *welfare state*. DPR telah mengundang UU Nomor 40 Tahun 2004 tentang Sistem Jaminan Sosial Nasional dimana pemerintah akan mengadakan lima program jaminan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia. Kelima program tersebut adalah asuransi kesehatan, asuransi kecelakaan kerja, pesangon kerja, pensiun, dan asuransi jiwa (Pasal 18). Semua program jaminan sosial tadi didasarkan pada pekerjaan dan sumbangan wajib yang diberikan peserta ke penyelenggara program Badan Penyelenggara Jaminan Sosial (BPJS). Meskipun demikian, realiasi program tersebut selama ini, pemerintah akan membayar premi asuransi kesehatan untuk masyarakat miskin dan mereka yang tidak mampu membayar premi, misalnya karena diberhentikan dari pekerjaan atau cacat permanen dari kecelakaan kerja²⁶⁵

Pada tahun 2009, telah disahkan UU Nomor 11 Tahun 2009 tentang Kesejahteraan Sosial. Dengan demikian maka kebutuhan dasar orang-orang miskin, yatim piatu dan manula yang terlantar, orang dengan penyakit kronis atau cacat yang mengalami ketidakmampuan sosial-ekonomi, dipenuhi dengan menyediakan jaminan sosial dalam bentuk asuransi kesejahteraan sosial dan

²⁶⁴ Tatiek Sri Djatmiati, Ridwan, *op.cit.*, hlm. 104

²⁶⁵ UU Nomor 40 Tahun 2004 tentang Sistem Jaminan Sosial Nasional . Pasal 17(4), 20(1), dan 21 (1) (2) (3)).

bantuan langsung tunai.²⁶⁶ Premi untuk asuransi kesejahteraan sosial akan dibayarkan oleh pemerintah.²⁶⁷ Kebijakan pemerintah untuk menyelenggarakan sistem jaminan sosial yang berlaku universal bagi seluruh warga negara Indonesia.

Menurut Mahkamah Konstitusi bahwa paham negara kesejahteraan yang dianut Indonesia adalah paham yang terbuka lebih sesuai dengan fakta sejarah kebijakan kesejahteraan sosial (*social welfare*) di Indonesia. Para pendiri negara tidak menetapkan secara spesifik model *welfare state* seperti apa yang dimaksud oleh Pancasila dan UUD 1945, padahal waktu paham negara kesejahteraan Indonesia dimasukkan ke dalam dasar negara tahun 1945 itu dua model *welfare state* (*institutionalist* dan *residualist*) beserta tiga variasinya (Demokrasi Sosial, Konservatif, dan Liberal) sudah berkembang. Dalam perjalanan kehidupan berbangsa, negara ternyata juga tidak lebih berperan besar dari *civil society* (keluarga dan masyarakat) dalam memajukan kesejahteraan umum. Negara terlihat baru berperan besar melalui program sosialnya (Jamkesmas, bantuan langsung tunai, subsidi, dan operasi pasar) ketika isu kesenjangan sosial semakin nyata sebagai akibat dari krisis ekonomi yang menyebabkan jumlah masyarakat miskin meningkat dan juga daya beli masyarakat untuk memenuhi kebutuhan pokok menurun tajam. Keseluruhan program sosial ini merupakan bagian dari kebijakan *welfare state*, karena *welfare state* tidak hanya terkait dengan pemberian jaminan sosial, tapi juga kebijakan menyangkut kesejahteraan warga negara yang ditujukan untuk memperbaiki dampak eksternal

²⁶⁶ UU Nomor 11 Tahun 2009, Pasal 9 ayat (1a) dan ayat (2)).

²⁶⁷ UU Nomor 11 Tahun 2009, (pasal 10 (1) (2)).

ekonomi pasar melalui alokasi program-program sosial dalam belanja publik/anggaran²⁶⁸.

Negara Indonesia condong ke arah konservatif *insitutionalist welfare state*. Hal ini kemudian menjadi norma dasar Indonesia yang dinyatakan dalam pembukaan dan pasal pasal mengenai hak dasar warga negara. Konstitusi mengakui secara imperative perlindungan mengenai hak hak sipil politik dan ekonomi (sosial budaya). Kewajiban-kewajiban yang diamanatkan konstitusi itu mengharuskan pemerintah Indonesia beserta perangkatnya baik di tingkat pusat maupun daerah memiliki tugas dan wewenang secara konstitusional untuk menyelenggarakan urusan pemerintahan atau melakukan intervensi dalam kehidupan warga negara. Peningkatan pelayanan publik harus mendapatkan perhatian utama dari pemerintah, karena pelayanan publik (*public service*) merupakan hak-hak sosial dasar dari msyarakat (*sosial rights*).

Ketika menelaah prinsip-prinsip utama dari bentuk negara kesejahteraan yang terdiri atas²⁶⁹; *Pertama*, pengakuan terhadap hak-hak sosial yang melekat pada tiap-tiap warganegara (*social citizenship*). *Kedua*, demokrasi yang menyeluruh (*full democracy*). *Ketiga*, relasi sistem sosial-ekonomi berbasis industri modern. *Keempat*, hak untuk mendapatkan pendidikan dengan perluasan sistem pendidikan modern secara massif. Keempat prinsip-prinsip tersebut menegaskan tentang bagaimana negara kesejahteraan berdiri diatas fondasi pentingnya peran negara untuk menjalankan prinsip-prinsip keadilan sosial, solidaritas dan kesetaraan diatas landasan formasi sosial masyarakat kapitalistik.

Meskipun negara kesejahteraan menempatkan pentingnya pemenuhan keadilan sosial melalui proses distribusi ekonomi dari negara kepada rakyat,

²⁶⁸ Diringkas dari Pertimbangan Putusan Mahkamah Konstitusi No. 50/PUU-VIII/2010.

²⁶⁹ Esping Anderson dirujuk oleh Airlangga Pribadi, salah seorang *associate researcher* PSIK. "Memuliakan Rakyat Indonesia: Jalan Baru Negara Kesejahteraan Berbasis Pasar Sosial, Demokrasi Ekonomi dan Politik Deliberatif", dalam Henry T Simarmata, op.cit, hlm.333

namun dengan merujuk pada empat prinsip asasi dari negara kesejahteraan diatas, tidak membuat *welfare state* abai terhadap dinamika pasar bebas dan pentingnya efisiensi ekonomi. Negara kesejahteraan justru berpijak pada prinsip-prinsip keadilan sosial, demokrasi sosial yang memperjuangkan kesetaraan tiap-tiap warganegara, pengutamaan manusia sebagai makhluk sosial yang meliputi aktivitas manusia dalam ranah sosial-ekonomi, dan efisiensi ekonomi yang berbasis ekonomi pasar namun responsive terhadap keberlanjutan kehidupan publik. Dengan berorientasi pada program-program visioner yang konkret bagi kemaslahatan publik.²⁷⁰

Kewajiban negara untuk melayani setiap warga negara dan penduduk dalam memenuhi hak dan kebutuhan dasarnya dalam kerangka pelayanan publik merupakan amanat Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Untuk mempertegas hak dan kewajiban setiap warga negara dan penduduk serta terwujudnya tanggung jawab negara dan korporasi dalam penyelenggaraan pelayanan publik, diperlukan norma hukum yang memberi pengaturan secara jelas, upaya untuk meningkatkan kualitas dan menjamin penyediaan pelayanan publik sesuai dengan asas-asas umum pemerintahan dan korporasi yang baik serta untuk memberi perlindungan bagi setiap warga negara dan penduduk dari penyalahgunaan wewenang di dalam penyelenggaraan pelayanan publik, maka dibentuk Undang-Undang tentang Pelayanan Publik, yaitu Undang Undang Nomor 25 Tentang Pelayanan Publik. Pelayanan publik adalah kegiatan atau rangkaian kegiatan dalam rangka pemenuhan kebutuhan pelayanan sesuai dengan peraturan perundang-undangan bagi setiap warga negara dan penduduk atas barang, jasa, dan/atau pelayanan administratif yang disediakan oleh penyelenggara pelayanan publik.

²⁷⁰ *Ibid.* hlm.353

Pada Pasal 4 Undang undang ini dimuat tentang dasar pelayanan publik, yang meliputi :

- a. kepentingan umum; yaitu pemberian pelayanan tidak boleh mengutamakan kepentingan pribadi dan/atau golongan.
- b. kepastian hukum; yaitu jaminan terwujudnya hak dan kewajiban dalam penyelenggaraan pelayanan.
- c. kesamaan hak; yaitu pemberian pelayanan tidak membedakan suku, ras, agama, golongan, gender, dan status ekonomi.
- d. keseimbangan hak dan kewajiban; yaitu pemenuhan hak harus sebanding dengan kewajiban yang harus dilaksanakan, baik oleh pemberi maupun penerima pelayanan
- e. keprofesionalan; yaitu pelaksana pelayanan harus memiliki kompetensi yang sesuai dengan bidang tugas.
- f. partisipatif; yaitu peningkatan peran serta masyarakat dalam penyelenggaraan pelayanan dengan memperhatikan aspirasi, kebutuhan, dan harapan masyarakat.
- g. persamaan perlakuan/tidak diskriminatif; yaitu setiap warga negara berhak memperoleh pelayanan yang adil.
- h. keterbukaan; yaitu setiap penerima pelayanan dapat dengan mudah mengakses dan memperoleh informasi mengenai pelayanan yang diinginkan.

- i. akuntabilitas; yaitu proses penyelenggaraan pelayanan harus dapat dipertanggungjawabkan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.
- j. fasilitas dan perlakuan khusus bagi kelompok rentan; yaitu pemberian kemudahan terhadap kelompok rentan sehingga tercipta keadilan dalam pelayanan.
- k. ketepatan waktu dan kecepatan, kemudahan, dan keterjangkauan. Yaitu penyelesaian setiap jenis pelayanan dilakukan tepat waktu sesuai dengan standar pelayanan.
- l. Setiap jenis pelayanan dilakukan secara cepat, mudah, dan terjangkau.

Ruang lingkup dari pelayanan publik meliputi:

- a. Ruang lingkup pelayanan publik meliputi pelayanan barang publik dan jasa publik serta pelayanan administratif yang diatur dalam peraturan perundang-undangan.
- b. Ruang lingkup meliputi pendidikan, pengajaran, pekerjaan dan usaha, tempat tinggal, komunikasi dan informasi, lingkungan hidup, kesehatan, jaminan sosial, energi, perbankan, perhubungan, sumber daya alam, pariwisata, dan sektor lain yang terkait.

Pelayanan barang publik meliputi:

- a. pengadaan dan penyaluran barang publik yang dilakukan oleh instansi pemerintah yang sebagian atau seluruh dananya bersumber dari anggaran

pendapatan dan belanja negara dan/atau anggaran pendapatan dan belanja daerah;

- b. pengadaan dan penyaluran barang publik yang dilakukan oleh suatu badan usaha yang modal pendiriannya sebagian atau seluruhnya bersumber dari kekayaan negara dan/atau kekayaan daerah yang dipisahkan; dan
- c. pengadaan dan penyaluran barang publik yang pembiayaannya tidak bersumber dari anggaran pendapatan dan belanja negara atau anggaran pendapatan dan belanja daerah atau badan usaha yang modal pendiriannya sebagian atau seluruhnya bersumber dari kekayaan negara dan/atau kekayaan daerah yang dipisahkan, tetapi ketersediaannya menjadi misi negara yang ditetapkan dalam peraturan perundang-undangan.

Pelayanan atas jasa publik meliputi:

- a. penyediaan jasa publik oleh instansi pemerintah yang sebagian atau seluruh dananya bersumber dari anggaran pendapatan dan belanja negara dan/atau anggaran pendapatan dan belanja daerah;
- b. penyediaan jasa publik oleh suatu badan usaha yang modal pendiriannya sebagian atau seluruhnya bersumber dari kekayaan negara dan/atau kekayaan daerah yang dipisahkan; dan

- c. penyediaan jasa publik yang pembiayaannya tidak bersumber dari anggaran pendapatan dan belanja negara atau anggaran pendapatan dan belanja daerah atau badan usaha yang modal pendiriannya sebagian atau seluruhnya bersumber dari kekayaan negara dan/atau kekayaan daerah yang dipisahkan, tetapi ketersediaannya menjadi misi negara yang ditetapkan dalam peraturan perundang-undangan.

Pelayanan publik harus memenuhi skala kegiatan yang didasarkan pada ukuran besaran biaya tertentu yang digunakan dan jaringan yang dimiliki dalam kegiatan pelayanan publik untuk dikategorikan sebagai penyelenggara pelayanan publik. Pelayanan administratif meliputi: a. tindakan administratif pemerintah yang diwajibkan oleh negara dan diatur dalam peraturan perundang-undangan dalam rangka mewujudkan perlindungan pribadi, keluarga, kehormatan, martabat, dan harta benda; b. tindakan administratif oleh instansi nonpemerintah yang diwajibkan oleh negara dan diatur dalam peraturan perundang-undangan serta diterapkan berdasarkan perjanjian dengan penerima pelayanan.

Sejalan dengan proses reformasi, Indonesia saat ini telah menuju tata kelola pemerintahan dari sentralistik menuju desentralisasi. Seiring dengan hal tersebut, jalan menuju format negara kesejahteraan dapat dilakukan selaras dengan jalan *third way* democrat sosial baru. Dimana orientasi negara kesejahteraan tidak mengarah pada pemerintahan yang gemuk (*big government*), namun berjalan melalui proses pendelegasian wewenang dan penataan format relasi baru antara pemerintahan sentral dan lokal berbasis pada otonomi politik di tingkat lokal. Disini pendelegasian wewenang, otonomi pembiayaan finansial dan

pengambilan keputusan secara otonom memiliki pengaruh positif bagi kesejahteraan bersama. Pada konteks ini birokrasi juga harus berjalan secara rasional dan imparial. Fenomena-fenomena politisasi birokrasi yang saat ini tengah mewabah seiring dengan proses pemilihan lokal berdampak buruk terhadap format negara kesejahteraan. Untuk menghindari akusisi total pasar dalam wilayah pemerintahan, birokrasi pemerintahan dipicu untuk bergerak lincah dan responsif untuk mengimbangi sektor privat yang dinamis. Format negara kesejahteraan tidak identik dengan birokrasi yang terpusat, lamban dan tidak fleksibel terhadap konteks perubahan zaman.²⁷¹

Indonesia sudah mengalami 3 kali perubahan Peraturan Perundangan undangan otonomi daerah, yaitu Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1999, Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah (revisi dari Undang Undang Nomor 22 Tahun 1999), dan Undang-Undang No. 23 Tahun 2014 sebagai revisi UU Nomor 32 Tahun 2004. Dengan demikian memungkinkan pemerintah daerah menerapkan kebijakan dengan kesejahteraan semakin besar. Selama tidak ada suatu peraturan perundangan yang dilanggar, dan selama tidak ada penggunaan kekuasaan di tingkat daerah untuk membangun revalitas dengan kekuasaan pusat, maka pemerintah daerah mempunyai ruang yang lebih luas untuk menerapkan kebijakan kesejahteraan.

4. Titik Berat Penyelenggara Pelayanan Publik Pada Pemerintahan di Daerah

²⁷¹ *Ibid.* hlm.536

G.H. Addink menyebutkan tentang tugas elementer pemerintah yakni, *to guarantee the security of persons and society, to manage an effective and accountable framework for the public sector, and to promote the economic and social aims of the country in accordance with the wishes of the population*²⁷² (menjamin keamanan seseorang dan masyarakat, mengelola kerangka kerja sektor publik secara efektif dan bertanggungjawab, memajukan pencapaian tujuan sosial dan ekonomi suatu negara sejalan dengan harapan penduduk).

Bagi pemerintah Indonesia, fungsi pelayanan terhadap masyarakat terutama dalam upaya mewujudkan kesejahteraan sosial, pendidikan, kesehatan, pekerjaan, dan sebagainya merupakan amanat Pancasila dan UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945, di samping tuntutan hak-hak asasi manusia taua memenuhi *the rights to recive* warga negara.²⁷³

Dinyatakan dalam Undang Undang Nomor 25 Tahun 2009 tentang Pelayanan Publik bahwa negara berkewajiban melayani setiap warga negara dan penduduk untuk memenuhi hak dan kebutuhan dasarnya dalam kerangka pelayanan publik yang merupakan amanat Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Dan sebagai upaya untuk meningkatkan kualitas dan menjamin penyediaan pelayanan publik sesuai dengan asas-asas umum pemerintahan dan korporasi yang baik serta untuk memberi perlindungan bagi setiap warga negara dan penduduk dari penyalahgunaan wewenang di dalam

²⁷² G.H. Addink, et.al (Eds.), *Sourcebook Human Right & Good Governance*, Universiteit Utrecht, Utrecht, 2010, hlm.19.

²⁷³ Urusan pemerintah yang menjadi kewenangan pemerintah untuk mengatur dan melaksanakan demikian banyak sebagaimana tampak pada Pasal 4 dan Pasal 5 UU No. 39 Tahun 2008 .

penyelenggaraan pelayanan publik, diperlukan pengaturan hukum yang mendukungnya. penyelenggaraan pelayanan publik masih dihadapkan pada kondisi yang belum sesuai dengan kebutuhan dan perubahan di berbagai bidang kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara. Hal tersebut bisa disebabkan oleh ketidaksiapan untuk menanggapi terjadinya transformasi nilai yang berdimensi luas serta dampak berbagai masalah pembangunan yang kompleks. Sementara itu, tatanan baru masyarakat Indonesia dihadapkan pada harapan dan tantangan global yang dipicu oleh kemajuan di bidang ilmu pengetahuan, informasi, komunikasi, transportasi, investasi, dan perdagangan. Kondisi dan perubahan cepat yang diikuti pergeseran nilai tersebut perlu disikapi secara bijak melalui langkah kegiatan yang terus-menerus dan berkesinambungan dalam berbagai aspek pembangunan untuk membangun kepercayaan masyarakat guna mewujudkan tujuan pembangunan nasional. Untuk itu, diperlukan konsepsi sistem pelayanan publik yang berisi nilai, persepsi, dan acuan perilaku yang mampu mewujudkan hak asasi manusia sebagaimana diamanatkan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dapat diterapkan sehingga masyarakat memperoleh pelayanan sesuai dengan harapan dan cita-cita tujuan nasional.²⁷⁴

Diberikannya kewajiban kepada pemerintah untuk memberikan pelayanan umum (*bestuurszorg*) itu menyebabkan pemerintah harus terlibat aktif dalam kehidupan warga negara (*staatsbemoeyenis*).²⁷⁵ Seiring dengan perkembangan kemasyarakatan, pelayanan yang harus diberikan pemerintah menjadi semakin

²⁷⁴ Penjelasan Umum UU Nomor 25 Tahun 2009

²⁷⁵ Istilah "*bestuurszorg*" diintrodusir oleh Lemaire, yang berarti penyelenggaraan kesejahteraan umum yang dilakukan oleh pemerintah. Padanan kata *bestuurszorg* adalah "*openbaar dienst*" dan "*service public*", E. Uthrecht, *Pengantar...*, *op.cit.*, hlm. 29.

banyak dan kompleks sehingga apa yang menjadi urusan pemerintahan itu tidak mudah untuk ditentukan secara definitif. Sejalan dengan perkembangan kemasyarakatan dan dengan bersandar pada fungsi pelayanan (*presterende functie*), pemerintah tidak dapat mengabaikan setiap persoalan kemasyarakatan yang muncul. Pemerintah harus melayani dan menyelesaikan setiap persoalan tersebut apalagi dengan munculnya *the rihgts to receive* warga negara, tidak peduli apakah persoalan itu ditentukan atau tidak dalam peraturan perundang-undangan.

Dilekatkannya kewenangan diskresi kepada organ pemerintah dan keterlibatannya secara aktif dalam kehidupan warga negara akan memungkinkan terlaksananya fungsi pelayanan dengan tepat dan cepat. Pemberian diskresi kepada pemerintah itu sejalan dengan paham negara modern yang mewajibkan pemerintah untuk mengupayakan kesejahteraan bagi warga negara.

Dalam Undang Undang Nomor 23 Tahun 2014 diatur dalam bab tersendiri terkait dengan Pelayanan Publik yang wajib dilaksanakan dan menjadi kewenangan Pemerintah Daerah untuk menjamin terselenggaranya pelayanan publik berdasarkan Urusan Pemerintahan yang menjadi kewenangan Daerah. Pelayanan publik diselenggarakan berdasarkan pada asas: a. kepentingan umum; b. kepastian hukum; c. kesamaan hak; d. keseimbangan hak dan kewajiban; e. keprofesionalan; f. Partisipatif; g. persamaan perlakuan/tidak diskriminatif; h.

keterbukaan; i. akuntabilitas; j. fasilitas dan perlakuan khusus bagi kelompok rentan; k. ketepatan waktu; dan l. kecepatan, kemudahan, dan keterjangkauan.²⁷⁶

Efektifitas pelayan publik yang disediakan oleh pemerintah daerah berdasarkan UUNo 23 tahun 2014 harus sinergi dengan peraturan perundang-undangan tentang pelayanan publik dan keterbukaan informasi, artinya harus ada langkah pemerintah daerah berikutnya terhadap jaminan pelayanan publik yang disediakan Pemerintah Daerah kepada masyarakat. Untuk itu setiap Pemerintah Daerah wajib membuat maklumat pelayanan publik sehingga masyarakat di Daerah tersebut tahu jenis pelayanan publik yang disediakan, bagaimana mendapatkan aksesnya serta kejelasan dalam prosedur dan biaya untuk memperoleh pelayanan publik tersebut serta adanya saluran keluhan manakala pelayanan publik yang didapat tidak sesuai dengan standar yang telah ditentukan.

Dirinci dalam Undang Undang Nomor 25 Tahun 2009 tentang Pelayanan Publik bahwa Ruang lingkup pelayanan publik meliputi pelayanan barang publik dan jasa publik serta pelayanan administratif yang diatur dalam peraturan perundang-undangan.²⁷⁷ Barang dan jasa meliputi pendidikan, pengajaran, pekerjaan dan usaha, tempat tinggal, komunikasi dan informasi, lingkungan hidup, kesehatan, jaminan sosial, energi, perbankan, perhubungan, sumber daya alam, pariwisata, dan sektor lain yang terkait.

Pelayanan barang publik meliputi: a. pengadaan dan penyaluran barang publik yang dilakukan oleh instansi pemerintah yang sebagian atau seluruh

²⁷⁶ Pasal 344 ayat (1) dan ayat (2) Undang Undang Nomor 23 Tahun 2014

²⁷⁷ Pasal 5 Undang Undang Nomor 25 Tahun 2009 Tentang Pelayanan Publik

dananya bersumber dari anggaran pendapatan dan belanja negara dan/atau anggaran pendapatan dan belanja daerah; b. pengadaan dan penyaluran barang publik yang dilakukan oleh suatu badan usaha yang modal pendiriannya sebagian atau seluruhnya bersumber dari kekayaan negara dan/atau kekayaan daerah yang dipisahkan dan c. pengadaan dan penyaluran barang publik yang pembiayaannya tidak bersumber dari anggaran pendapatan dan belanja negara atau anggaran pendapatan dan belanja daerah atau badan usaha yang modal pendiriannya sebagian atau seluruhnya bersumber dari kekayaan negara dan/atau kekayaan daerah yang dipisahkan, tetapi ketersediaannya menjadi misi negara yang ditetapkan dalam peraturan perundang-undangan.

Pelayanan atas jasa publik meliputi: a. penyediaan jasa publik oleh instansi pemerintah yang sebagian atau seluruh dananya bersumber dari anggaran pendapatan dan belanja negara dan/atau anggaran pendapatan dan belanja daerah; b. penyediaan jasa publik oleh suatu badan usaha yang modal pendiriannya sebagian atau seluruhnya bersumber dari kekayaan negara dan/atau kekayaan daerah yang dipisahkan dan c. penyediaan jasa publik yang pembiayaannya tidak bersumber dari anggaran pendapatan dan belanja negara atau anggaran pendapatan dan belanja daerah atau badan usaha yang modal pendiriannya sebagian atau seluruhnya bersumber dari kekayaan negara dan/atau kekayaan daerah yang dipisahkan, tetapi ketersediaannya menjadi misi negara yang ditetapkan dalam peraturan perundang-undangan.

Pelayanan publik harus memenuhi skala kegiatan yang didasarkan pada ukuran besaran biaya tertentu yang digunakan dan jaringan yang dimiliki dalam

kegiatan pelayanan publik untuk dikategorikan sebagai penyelenggara pelayanan publik.

Pelayanan administratif meliputi: a. tindakan administratif pemerintah yang diwajibkan oleh negara dan diatur dalam peraturan perundang-undangan dalam rangka mewujudkan perlindungan pribadi, keluarga, kehormatan, martabat, dan harta benda; b. tindakan administratif oleh instansi nonpemerintah yang diwajibkan oleh negara dan diatur dalam peraturan perundang-undangan serta diterapkan berdasarkan perjanjian dengan penerima pelayanan.²⁷⁸

Muatan tindakan administratif pemerintah yang diwajibkan oleh negara dalam rangka mewujudkan perlindungan pribadi, keluarga, kehormatan, martabat, dan harta benda, menunjukkan hubungan yang erat antara pelayanan public dengan pemenuhan hak hak warga. Berangkat dari apa yang telah diatur oleh produk hukum yang dimiliki , maka peran pemerintahan daerah dan perlindungan dan pemenuhan hak asasi, termasuk pengarus utamaan hak asasi manusia dalam pemerintahan daerah dan pelayanan publik, harus menjadi prioritas daerah..

Terkait dengan pembagian urusan pemerintahan antara pusat dan daerah erat kaitannya dengan prinsip pemencaran kekuasaan (*verticale spreiding van machten*)²⁷⁹ secara vertikal atau desentralisasi. Pemencaran kekuasaan menurut

²⁷⁸ Pasal 5 Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2009 ,

²⁷⁹ Menurut Van der Pot dan Donner dirujuk Ridwan : "*Decentralisatie betekent dat regeling en bestuur niet uitsluitend vanuit het centrum worden gevoerd, maar plaats vinden door het rijk en door een veelheid van andere, autonome lichamen. Daarbij dient te worden onderscheiden tussen territoriale en functionele decentralisatie, de eerste tot uitdrukking komend in het bestaan van gebiedscorporaties, de tweede in dat van doelcorporaties*". (Desentralisasi berarti peraturan dan pemerintahan tidak hanya dijalankan dari pusat, tetapi dilaksanakan oleh pemerintah dan sejumlah organ lain, lembaga otonom. Desentralisasi itu dibedakan antara desentralisasi teritorial dan

desentralisasi adalah pembagian wewenang, tugas, dan tanggungjawab antara badan-badan kenegaraan yaitu antara negara dan satuan pemerintahan daerah lebih rendah yang sama-sama sebagai badan publik.²⁸⁰ Badan publik tersebut adalah daerah Otonom yang terdiri atas Provinsi dan Kabupaten/Kota diberikan wewenang pemerintahan untuk diselenggarakan berdasarkan asas otonomi dan tugas pembantuan (*medebewind*).

Urusan Pemerintahan yang sepenuhnya menjadi kewenangan Pemerintah Pusat yang dikenal dengan istilah urusan pemerintahan absolut dan ada urusan pemerintahan konkuren. Urusan pemerintahan konkuren terdiri atas Urusan Pemerintahan Wajib dan Urusan Pemerintahan Pilihan yang dibagi antara Pemerintah Pusat, Daerah provinsi, dan Daerah kabupaten/kota. Urusan Pemerintahan Wajib dibagi dalam Urusan Pemerintahan Wajib yang terkait Pelayanan Dasar dan Urusan Pemerintahan Wajib yang tidak terkait Pelayanan Dasar.

Di samping urusan pemerintahan absolut dan urusan pemerintahan konkuren, dalam Undang-Undang ini dikenal adanya urusan pemerintahan umum. Urusan pemerintahan umum menjadi kewenangan Presiden sebagai kepala pemerintahan yang terkait pemeliharaan ideologi Pancasila, Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, Bhinneka Tunggal Ika, menjamin hubungan yang serasi berdasarkan suku, agama, ras dan antar golongan sebagai pilar kehidupan berbangsa dan bernegara serta memfasilitasi kehidupan

desentralisasi fungsional, yang pertama diwujudkan dalam badan-badan berdasarkan wilayah, yang kedua dalam bentuk badan-badan dengan tujuan tertentu).

²⁸⁰ Bagir Manan, *Hubungan...*, *op. cit.*, hlm. 246.

demokratis. Presiden dalam pelaksanaan urusan pemerintahan umum di Daerah melimpahkan kepada gubernur sebagai kepala pemerintahan provinsi dan kepada bupati/wali kota sebagai kepala pemerintahan kabupaten/kota

Untuk Urusan Pemerintahan Wajib yang terkait Pelayanan Dasar ditentukan Standar Pelayanan Minimal (SPM) untuk menjamin hak-hak konstitusional masyarakat. Standar Pelayanan Minimal adalah ketentuan mengenai jenis dan mutu Pelayanan Dasar yang merupakan Urusan Pemerintahan Wajib yang berhak diperoleh setiap warga negara secara minimal²⁸¹ Peraturan Pemerintah (PP) Republik Indonesia Nomor 65 Tahun 2005 tentang Pedoman Penyusunan dan Penerapan Standar Pelayanan Minimal telah menetapkan secara nasional oleh pemerintah dan diberlakukan untuk seluruh daerah. Maka penerapan pelayanan di daerah wajib menerapkan SPM sebagai dasar melayani masyarakat. Pasal 1 ayat 6 pada PP 65 Tahun 2005 berbunyi “*standar pelayanan minimal (SPM) adalah suatu ketentuan tentang jenis dan mutu pelayanan dasar yang merupakan urusan wajib bagi yang berhak diperoleh setiap warga secara minimal*”.

SPM diatur dalam Pasal 11 ayat (4) yang berbunyi “*Penyelenggaraan urusan pemerintahan yang bersifat wajib berpedoman pada Standar Pelayanan Minimal (SPM) dilaksanakan secara bertahap dan ditetapkan oleh pemerintah*”.

Pasal tersebut merupakan ketentuan tentang jenis dan mutu pelayanan dasar dalam penyediaan kebutuhan dasar masyarakat dan merupakan urusan wajib daerah yang berhak diperoleh setiap warga secara minimal. Pemerintah daerah

²⁸¹ Pasal 1 angka 17 Undang Undang Nomor 23 Tahun 2014 Tentang Pemerintahan Daerah.

wajib memiliki SPM dalam penyelenggaraan pelayanan publik. Dari sekitar 32 bidang, ada 15 bidang yang wajib memiliki SPM agar masyarakat mendapatkan pelayanan publik yang berkualitas.²⁸²

Peraturan Pemerintah (PP) 65 Tahun 2005 tentang Pedoman Penyusunan dan Penerapan Standar Pelayanan Minimal menyatakan bahwa Pemerintah Daerah dalam menentukan rencana pencapaian dan penerapan SPM, mempertimbangkan kondisi awal tingkat pencapaian pelayanan dasar, target pelayanan dasar yang akan dicapai, dan kemampuan, potensi, kondisi, karakteristik, prioritas daerah dan komitmen nasional. Rencana pencapaian SPM di daerah mengacu pada batas waktu pencapaian SPM dengan memperhatikan analisis kemampuan dan potensi daerah, dan dilaksanakan secara bertahap berdasarkan kebutuhan daerah. PP Nomor 65 tahun 2005 tidak menampilkan daftar spesifik urusan wajib dan pelayanan dasar. PP tersebut hanya mendefinisikannya di Pasal 1 ayat (5) dan ayat (8). Selanjutnya, pelayanan dasar didefinisikan sebagai jenis pelayanan publik yang mendasar dan mutlak untuk memenuhi kebutuhan masyarakat dalam kehidupan sosial, ekonomi dan pemerintahan. Pasal 2 ayat (2) menyatakan SPM disusun dan diaplikasikan dalam rangka penyelenggaraan urusan wajib Pemerintahan Daerah Provinsi dan

²⁸² Urusan wajib yang telah memiliki SPM, antara lain bidang : Kesehatan, Lingkungan Hidup, Pemerintahan Dalam Negeri (kependudukan dan catatan sipil; dan pemerintahan umum), Sosial, Perumahan, Pemberdayaan Perempuan dan Perlindungan Anak, Keluarga Berencana dan Keluarga Sejahtera, Pendidikan, Ketahanan Pangan, Ketenagakerjaan, Pekerjaan Umum dan Penataan Ruang, Kesenian, Komunikasi dan Informatika, Perhubungan dan Penanaman Modal

Pemerintahan Daerah Kabupaten/Kota yang berkaitan dengan pelayanan dasar sesuai dengan perundang-undangan.

Kemampuan dan potensi daerah meliputi kepegawaian, kelembagaan, kebijakan, sarana dan prasarana, keuangan, sumber daya alam dan partisipasi swasta/masyarakat. Faktor kemampuan dan potensi daerah sebagaimana dimaksud di atas digunakan untuk menganalisis penentuan status awal terkini dari pencapaian pelayanan dasar di daerah, perbandingan antara status awal dengan target pencapaian dan batas waktu pencapaian SPM yang ditetapkan oleh pemerintah, perhitungan pembiayaan atas target pencapaian SPM, analisis standar belanja kegiatan terkait SPM, satuan harga kegiatan, perkiraan kemampuan keuangan dan pendekatan penyediaan pelayanan dasar yang memaksimalkan sumber daya daerah.

Permendagri Nomor 79 Tahun 2007 tentang Pedoman Penyusunan Rencana Pencapaian Standar Pelayanan Minimal mengatur secara rinci penerapan standar pelayanan minimal di daerah dimana harus melalui 4 tahapan, yaitu:²⁸³

1. Persiapan rencana pencapaian SPM. Dalam tahap ini, pemerintah daerah menentukan rencana pencapaian dan penerapan SPM dengan mempertimbangkan kondisi awal tingkat pencapaian pelayanan dasar; target pelayanan dasar yang akan dicapai; dan kemampuan, potensi, kondisi, karakteristik, prioritas daerah dan komitmen nasional. Untuk menentukan gambaran kondisi awal rencana

²⁸³ Permendagri Nomor 79 Tahun 2007

pencapaian dan penerapan SPM, Pemerintah Daerah wajib menyusun, mengkaji dan menganalisis database profil pelayanan dasar. Selanjutnya, rencana pencapaian SPM dan target tahunan menjadi dasar untuk dimasukkan ke dalam dokumen perencanaan (RPJMD, Renstra SKPD, RKPD, Renja SKPD).

2. Pengintegrasian rencana SPM dalam dokumen perencanaan. Pemerintah daerah dalam menyusun rencana pencapaian SPM dituangkan dalam RPJMD dan dijabarkan dalam target tahunan pencapaian SPM. Kemudian, rencana pencapaian SPM menjadi salah satu faktor dalam menyusun Kebijakan Umum APBD (KUA) dan Prioritas Plafond Anggaran (PPA).
3. Mempersiapkan mekanisme pembelanjaan penerapan SPM dan perencanaan pembiayaan SPM. Nota kesepakatan tentang KUA dan PPA yang disepakati bersama antara kepala daerah dengan pimpinan DPRD wajib memuat target pencapaian dan penerapan SPM. Nota kesepakatan tersebut menjadi dasar dalam penyusunan RKS-SKPD dengan menggunakan pendekatan kerangka pengeluaran jangka menengah daerah, penganggaran terpadu dan penganggaran tahunan berdasarkan tingkat prestasi kerja yang mengacu pada rencana pencapaian dan penerapan SPM
4. Penyampaian informasi rencana dan realisasi pencapaian target tahunan SPM. Rencana pencapaian target tahunan SPM dan realisasinya

merupakan bagian dari Laporan Penyelenggaraan Pemerintah Daerah (LPPD). Rencana pencapaian target tahunan SPM dan realisasinya sebaiknya dipublikasikan kepada masyarakat.

Dengan penerapan SPM yang dilakukan oleh Pemerintah daerah, akan menjadi tolak ukur kinerja pemerintah daerah terhadap mutu dan jenis pelayanan yang prioritas kepada masyarakat. Penyusunan belanja untuk pelaksanaan urusan wajib dimaksud berdasarkan Standar Pelayanan Minimal (SPM) yang telah ditetapkan. Belanja daerah disusun dengan pendekatan prestasi kerja yang berorientasi pada pencapaian hasil dari input yang direncanakan. Oleh karena itu dalam penyusunan APBD diprioritaskan untuk membiayai pembangunan, yang antara lain adalah untuk melindungi dan meningkatkan kualitas kehidupan masyarakat yang diwujudkan melalui prestasi kerja dalam pencapaian standar pelayanan minimal berdasarkan urusan wajib pemerintahan daerah sesuai dengan peraturan perundang-undangan. Upaya melindungi dan meningkatkan kualitas kehidupan masyarakat diwujudkan dalam bentuk peningkatan pelayanan dasar, pendidikan, penyediaan fasilitas pelayanan kesehatan, fasilitas sosial dan fasilitas umum yang layak, serta mengembangkan sistem jaminan sosial. Pemerintah daerah mengutamakan urusan wajib dengan berpedoman pada Standar Pelayanan Minimum (SPM).

Berdasarkan pertimbangan bahwa Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah tidak sesuai lagi dengan perkembangan keadaan ketata negaraan, dan tuntutan penyelenggaraan pemerintahan daerah maka Undang Undang Nomor 32 Tahun 2004 yang sudah diubah dengan dua kali

terakhir dengan Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2008 diganti dengan Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014. Pada dasarnya perubahan Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah menjadi diganti dengan Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 ditujukan untuk mendorong lebih terciptanya daya guna dan hasil guna penyelenggaraan Pemerintahan Daerah dalam menyejahterakan masyarakat, baik melalui peningkatan pelayanan publik maupun melalui peningkatan daya saing Daerah. Perubahan ini bertujuan untuk memacu sinergi dalam berbagai aspek dalam penyelenggaraan Pemerintahan Daerah dengan Pemerintah Pusat.

Melalui Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 dilakukan pengaturan yang bersifat afirmatif yang dimulai dari pemetaan Urusan Pemerintahan yang akan menjadi prioritas Daerah dalam pelaksanaan otonomi yang seluas-luasnya. Melalui pemetaan tersebut akan tercipta sinergi kementerian/lembaga pemerintah nonkementerian yang Urusan Pemerintahannya di desentralisasikan ke Daerah. Sinergi Urusan Pemerintahan akan melahirkan sinergi kelembagaan antara Pemerintah Pusat dan Daerah karena setiap kementerian/lembaga pemerintah nonkementerian akan tahu siapa pemangku kepentingan (*stakeholder*) dari kementerian/lembaga pemerintah nonkementerian tersebut di tingkat provinsi dan kabupaten/kota secara nasional. Sinergi Urusan Pemerintahan dan kelembagaan tersebut akan menciptakan sinergi dalam perencanaan pembangunan antara kementerian/lembaga pemerintah nonkementerian dengan Daerah untuk mencapai target nasional. Manfaat lanjutannya adalah akan tercipta penyaluran bantuan yang terarah dari kementerian/lembaga pemerintah nonkementerian terhadap

Daerah-Daerah yang menjadi *stakeholder* utamanya untuk akselerasi realisasi target nasional tersebut. Sinergi Pemerintah Pusat dan Daerah akan sulit tercapai tanpa adanya dukungan personel yang memadai baik dalam jumlah maupun standar kompetensi yang diperlukan untuk melaksanakan Urusan Pemerintahan yang menjadi kewenangan Daerah. Dengan cara tersebut Pemerintah Daerah akan mempunyai birokrasi karir yang kuat dan memadai dalam aspek jumlah dan kompetensinya.

Langkah berikutnya adalah adanya jaminan pelayanan publik yang disediakan Pemerintah Daerah kepada masyarakat. Untuk itu setiap Pemerintah Daerah wajib membuat maklumat pelayanan publik sehingga masyarakat di Daerah tersebut tahu jenis pelayanan publik yang disediakan, bagaimana mendapatkan aksesnya serta kejelasan dalam prosedur dan biaya untuk memperoleh pelayanan publik tersebut serta teknis. Sinergi antara pembinaan dan pengawasan umum dengan pembinaan dan pengawasan teknis akan memberdayakan Daerah dalam penyelenggaraan Pemerintahan Daerah.

Pembagian urusan pemerintahan konkuren antara Daerah provinsi dengan Daerah kabupaten/kota walaupun Urusan Pemerintahan sama, perbedaannya akan nampak dari skala atau ruang lingkup Urusan Pemerintahan tersebut. Walaupun Daerah provinsi dan Daerah kabupaten/kota mempunyai urusan pemerintahan masing masing yang sifatnya tidak herarkhis namun akan tetap terdapat hubungan antara pemerintah pusat provinsi dan Daerah kabupaten/kota dalam pelaksanaannya dengan mengacu pada Norma, Standar, Prosedur, dan Kriteria (NSPK) . NSPK yang dibuat oleh Pemerintah Pusat. NSPK adalah aturan atau

ketentuan yang menjadi acuan/pedoman bagi pemerintahan daerah dalam melaksanakan penyelenggaraan urusan pemerintahan. NSPK dibuat oleh kementerian, Sekretariat Jenderal c.q. Biro Perencanaan dengan mengoordinasikan Unit Kerja Eselon I untuk menginventarisasi kebijakan, program, dan kegiatan yang akan dijadikan NSPK. menetapkan NSPK, paling lama 2 (dua) tahun terhitung sejak peraturan pemerintah mengenai pelaksanaan urusan pemerintahan konkuren diundangkan serta melaksanakan pembinaan dan pengawasan. Dalam melaksanakan pembinaan dan pengawasan Pemerintah Pusat dapat membatalkan kebijakan pemerintah daerah yang tidak berdasarkan NSPK. Jika dalam 2 tahun Pemerintah Pusat belum menerbitkan NSPK maka Pemerintah Daerah melaksanakan urusan yang menjadi kewenangan daerah.

Menurut Peraturan Pemerintah (PP) Nomor 38 Tahun 2007, NSPK merupakan pedoman pelaksanaan dari urusan pemerintahan disusun dan dituangkan dalam peraturan menteri. Istilah NSPK ini dimaksudkan untuk menyeragamkan atau memudahkan istilah pada waktu penyusunan PP Nomor 38 Tahun 2007 atau peraturan pelaksanaan itu sendiri, sehingga tidak membingungkan daerah. Beberapa peraturan menteri yang telah ada dan merupakan pedoman pelaksanaan urusan atau yang merupakan NSPK sebagaimana diamanatkan dalam PP Nomor 38 Tahun 2007. Sesuai dengan Peraturan Pemerintah Nomor 38 Tahun 2007 tentang Pembagian Urusan Pemerintah Antara Pemerintah, Pemerintah Daerah Provinsi, Dan Pemerintah Daerah Kabupaten / Kota dalam ayat (1) dijelaskan bahwa Menteri/kepala lembaga pemerintah non departemen menetapkan norma, standar, prosedur,

dan kriteria untuk melaksanakan Urusan Pemerintah yang menjadi Kewenangan Pemerintahan Daerah (urusan yang bersifat konkuren) yaitu urusan wajib dan urusan pilihan. Norma adalah aturan atau ketentuan yang dipakai sebagai tatanan untuk penyelenggaraan pemerintahan daerah. Standar adalah acuan yang dipakai sebagai patokan dalam penyelenggaraan pemerintahan daerah. Prosedur adalah metode atau tata cara untuk penyelenggaraan pemerintahan daerah. Kriteria adalah ukuran yang dipergunakan menjadi dasar dalam penyelenggaraan pemerintahan daerah.

Konsep Standar Pelayanan Minimum (SPM) dan Norma, Standar, Prosedur dan Kriteria (NSPK) bertujuan untuk memberikan *guideline*. NSPK dimaksudkan untuk mengarahkan penyelenggaraan pemerintahan daerah yang terdiri dari: Norma adalah aturan atau ketentuan, yang dipakai sebagai tatanan untuk penyelenggaraan pemerintahan daerah: Standar adalah acuan yang dipakai sebagai patokan dalam penyelenggaraan pemerintahan daerah: Prosedur adalah metode atau tata cara untuk penyelenggaraan pemerintahan daerah: Kriteria adalah ukuran yang dipergunakan menjadi dasar dalam penyelenggaraan pemerintahan daerah.

Lampiran Undang Undang Nomor 23 Tahun 2014 merinci urusan pemerintahan yang menjadi kompetensi daerah otonom, merinci fungsi pemerintahan yang menjadi kompetensi Pemerintah dan Provinsi, yang diatur dalam 147 halaman. Dari matriks pembagian urusan pemerintahan konkuren antara Pemerintah Pusat, Daerah Propinsi dan Daerah Kabupaten/Kota dapat dilihat bahwa sebagian urusan pemerintahan yang semula menjadi kewenangan

kabupaten/kota diambil alih oleh Daerah Propinsi. Pembagian urusan ini sangat rigid, sebagaimana ditegaskan dalam pasal 15 ayat (4) bahwa pembagian urusan tersebut tidak dapat diubah kecuali dengan peraturan pemerintah. Substansi urusan yang dibagi antara Pemerintah Pusat dan Daerah provinsi dan Daerah kabupaten/kota sebagaimana dimuat dalam matriks pembagian Urusan Pemerintahan konkuren antara Pemerintah Pusat dan Daerah provinsi dan Daerah kabupaten/kota termasuk kewenangan dalam pengelolaan unsur manajemen (yang meliputi sarana dan prasarana, personil, bahan-bahan, metode kerja) dan kewenangan dalam penyelenggaraan fungsi manajemen (yang meliputi perencanaan, pengorganisasian, pelaksanaan, pengoordinasian, penganggaran, pengawasan, penelitian dan pengembangan, standardisasi, dan pengelolaan informasi) dalam substansi Urusan Pemerintahan tersebut melekat menjadi kewenangan masing-masing tingkatan atau susunan pemerintahan tersebut, kecuali apabila dalam matriks pembagian Urusan Pemerintahan konkuren antara Pemerintah Pusat dan Daerah provinsi dan Daerah kabupaten/kota tersebut terdapat unsur manajemen dan/atau fungsi manajemen yang secara khusus sudah dinyatakan menjadi kewenangan suatu tingkatan atau susunan pemerintahan yang lain, sehingga tidak lagi melekat pada substansi Urusan Pemerintahan pada tingkatan atau susunan pemerintahan tersebut.

Pembagian urusan Pemerintah Pusat, Pemerintah Propinsi dan Pemerintah Kabupaten/kota menurut Undang Undang No. 23 Tahun 2014 terdiri dari urusan absolut dan urusan konkuren. Urusan pemerintahan konkuren terdiri atas Urusan Pemerintahan Wajib dan Urusan Pemerintahan Pilihan yang dibagi antara

Pemerintah Pusat, Daerah provinsi, dan Daerah kabupaten/kota. Urusan Pemerintahan Wajib dibagi dalam Urusan Pemerintahan Wajib yang terkait Pelayanan Dasar dan Urusan Pemerintahan Wajib yang tidak terkait Pelayanan Dasar. Untuk Urusan Pemerintahan Wajib yang terkait Pelayanan Dasar ditentukan Standar Pelayanan Minimal (SPM) untuk menjamin hak-hak konstitusional masyarakat. Pembagian urusan pemerintahan konkuren antara Daerah provinsi dengan Daerah kabupaten/kota walaupun Urusan Pemerintahan sama, perbedaannya akan nampak dari skala atau ruang lingkup Urusan Pemerintahan tersebut. Walaupun Daerah provinsi dan Daerah kabupaten/kota mempunyai urusan pemerintahan masing masing yang sifatnya tidak herarkhis namun akan tetap terdapat hubungan antara pemerintah pusat provinsi dan Daerah kabupaten/kota dalam pelaksanaannya dengan mengacu pada menetapkan Norma, Standar, Prosedur, dan Kriteria (NSPK) yang dibuat oleh Pemerintah Pusat. Pemerintah Pusat dalam menyelenggarakan urusan pemerintahan konkuren berwenang untuk: a. menetapkan norma, standar, prosedur, dan kriteria dalam rangka penyelenggaraan Urusan Pemerintahan; dan b. melaksanakan pembinaan dan pengawasan terhadap penyelenggaraan Urusan Pemerintahan yang menjadi kewenangan Daerah. NSPK berupa ketentuan peraturan perundang-undangan yang ditetapkan oleh Pemerintah Pusat sebagai pedoman dalam penyelenggaraan urusan pemerintahan konkuren yang menjadi kewenangan Pemerintah Pusat dan yang menjadi kewenangan Daerah.²⁸⁴

²⁸⁴ Disarikan dari Pasal 16 Undang Undang Nomor 23 Tahun 2014 Tentang Pemerintahan Daerah.

Kewenangan Pemerintah Pusat dalam menetapkan NSPK dilaksanakan oleh kementerian dan lembaga pemerintah nonkementerian. Pelaksanaan kewenangan yang dilakukan oleh lembaga pemerintah nonkementerian yang harus dikoordinasikan dengan kementerian terkait. Penetapan NSPK dilakukan paling lama 2 (dua) tahun terhitung sejak peraturan pemerintah mengenai pelaksanaan urusan pemerintahan konkuren diundangkan.

Dasar argumentasi menggunakan teori *welfare state* atau negara kesejahteraan karena para pendiri bangsa (*founders*) mengasumsikan bahwa pemerintahan atau otoritas perlu ada menyediakan ruang untuk bertumbuh. Dari sini muncul ciri “pengurus” yang banyak dikesankan dalam negara kesejahteraan. Negara kesejahteraan bukan hanya suatu upaya mencapai kemakmuran yang diukur dengan indikator-indikator utama ekonomi, melainkan bagaimana tata kelembagaan pemerintahan dapat menciptakan dan menghasilkan kesejahteraan rakyat.

Bagi pemerintah Indonesia, fungsi pelayanan terhadap masyarakat terutama dalam upaya mewujudkan kesejahteraan sosial, pendidikan, kesehatan, pekerjaan, dan sebagainya merupakan amanat Pancasila dan UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Kewajiban negara untuk melayani setiap warga negara dan penduduk dalam memenuhi hak dan kebutuhan dasarnya dalam kerangka pelayanan publik merupakan amanat Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Dalam Undang Undang Nomor 23 Tahun 2014 diatur dalam bab tersendiri terkait dengan Pelayanan Publik yang wajib dilaksanakan

dan menjadi kewenangan Pemerintah Daerah untuk menjamin terselenggaranya pelayanan publik berdasarkan Urusan Pemerintahan yang menjadi kewenangan Daerah. Jadi Negara kesejahteraan merupakan dasar teoritik untuk pelayanan publik yang dilakukan oleh pemerintah maupun pemerintah daerah.

C . Diskresi Kepala Daerah Dalam Fungsi Pelayanan Publik

1. Urgensi Kepala Daerah Menerapkan Diskresi

Penggunaan diskresi menurut Sjachran Basah harus dapat dipertanggungjawabkan, “secara moral kepada Tuhan yang Maha Esa, menjunjung tinggi harkat dan martabat manusia serta nilai-nilai kebenaran dan keadilan, mengutamakan persatuan dan kesatuan, semi kepentingan bersama”.²⁸⁵ Lebih lanjut Sjachran Basah mengatakan bahwa secara hukum terdapat dua batas; batas-atas dan batas bawah. Batas-batas dimaksudkan ketaat-asasan 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 administrasi negara (baik aktif maupun pasif), tidak boleh melanggar hak dan kewajiban asasi warga.²⁸⁶

Bagi pemerintah Indonesia, fungsi pelayanan terhadap masyarakat terutama dalam upaya mewujudkan kesejahteraan sosial, pendidikan, kesehatan, pekerjaan,

²⁸⁵ Sjachran Basah, *Eksistensi dan Tolok Ukur Badan Peradilan Administrasi di Indonesia*, (Bandung : Penerbit Alumni, 1997) hlm. 151.

²⁸⁶ Sjachran Basah, *Perlindungan Hukum atas Sikap Tindak Administrasi Negara*, (Bandung: Alumni, 1992), hlm.4-5.

dan sebagainya merupakan amanat Pancasila dan UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945, di samping tuntutan hak-hak asasi manusia taua memenuhi *the rights to recive* warga negara. ²⁸⁷

Pengertian *discretion* (Inggris) secara bahasa : *freedom or authority to make dicisions and choises power to judge or act* ²⁸⁸. Alvina Treut Burrows (ed) menyatakan *discreation: ability to choose wisely or to jugde one self* (kemampuan untuk memilih secara bijaksana atau mempertimbangkan bagi diri sendiri) . Prajudi Atmosoedirdjo menerjemahkan *discreation* sebagai kebebasan bertindak atau mengambil keputusan menurut pendapat sendiri . Erlyn Indarti mendefinisikan diskresi sebagai kemerdekaan dan atau otoritas/ kewenangan untuk membuat keputusan serta kemudian mengambil tindakan yang dianggap tepat/ sesuai dengan situasi dan kondisi yang dihadapi, yang dilakukan secara bijaksana dan dengan memperhatikan segala pertimbangan maupun pilihan yang memungkinkan ²⁸⁹.

Diskresi dalam hukum administrasi adalah suatu keniscayaan. Jika seorang pejabat administrasi pemerintahan harus menggunakan diskresi dalam pembuatan suatu keputusan administrasi pemerintah, pejabat yang bersangkutan wajib memperhatikan tujuan pemberian diskresi, batas-batas hukum yang berlaku serta

²⁸⁷ Urusan pemerintah yang menjadi kewenangan pemerintah untuk mengatur dan melaksanakan demikian banyak sebagaimana tampak pada Pasal 4 dan Pasal 5 UU No. 39 Tahun 2008 tentang Kementrian Negara, Peraturan Presiden Nomor 3 Tahun 2013 Tentang Perubahan ketujuh atas Keputusan Presiden Nomor 103 Tahun 2001 tentang Kedudukan, Tugas , Fungsi, Kewenangan, Susunan Organisasi dan Tata Kerja Lembaga Pemerintah Non Kementerian.(LPNK). Selain itu, seperti disebutkan di atas, ada berbagai lembaga, badan, komisi, dan sebagainya yang dibentuk untuk melaksanakan urusan pemerintahan.

²⁸⁸ *Loc.cit*

²⁸⁹ Erlyn, Indarti, *Diskresi Polisi*, (Semarang: Badan Penerbit Undip, 2002), hlm.120

kepentingan umum. Agar diskresi yang ada pada administrasi negara tersebut tidak disalah gunakan, maka diperlukan adanya tolok ukur pembatasan terhadap penggunaannya. Unsur-unsur yang harus dipenuhi oleh suatu diskresi adalah:²⁹⁰

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

Bachsan Mustafa menyebutkan bahwa *freies ermessen* (beberapa penulis menggunakan *freies ermessen* untuk diskresi) diberikan kepada pemerintah mengingat fungsi pemerintah atau administrasi negara yaitu menyelenggarakan kesejahteraan umum yang berbeda dengan fungsi kehakiman untuk menyelesaikan sengketa antar penduduk. Dalam kepustakaan hukum administrasi banyak pakar menggunakan istilah diskresi, tetapi juga digunakan *freies ermessen* untuk makna yang sama. Beberapa pakar memberikan batasan mengenai istilah ini. Menurut Prajudi Admosudirdjo, asas diskresi (*discretie, freies ermessen*) artinya pejabat penguasa tidak boleh menolak mengambil keputusan dengan alasan tidak ada peraturannya dan oleh karena itu diberi kebebasan untuk mengambil keputusan menurut pendapat sendiri asalkan tidak melanggar asas yuridiktas dan asas legalitas.

Menurut Nirahua Salmon Eliazer Marten²⁹¹: Dalam kaitan dengan diskresi dalam arti "Ermessen" di Jerman bukan arti "freies ermessen" seperti

²⁹⁰ Sjachran Basah, *Perlindungan Terhadap Sikap-Tindak Administrasi Negara*, (Bandung :Alumni, 1992), hlm.3-5.

²⁹¹ <https://oapsnetwork.wordpress.com/2014/02/17/penggunaan-diskresi-dalam-tindakan-pemerintah>, Nirahua Salmon Eliazer Marthen, "Penggunaan Diskresi Dalam Tindakan

yang selama ini diterapkan dalam hukum di Indonesia. Adanya *ermessen* yang freies oleh para pakar hukum sebelumnya lebih didekatkan pada konsep *vrij bevoegdheid* yang berlaku di Belanda, sebagai kewenangan bebas. Padahal esensi *vrij bevoegdheid* berbeda dengan *ermessen*. Konsep *Ermessen* diartikan sebagai

“jika setiap lembaga Negara/publik memiliki kewenangan buat ber “*ermessen*” (pertimbangan) maka lembaga Negara/publik haruslah menggunakan “*ermessen*” seperti selama ini diterapkan dalam dan batas batas hukum yang berlaku bagi diskresi tersebut.

Mengingat makna *ermessen* berbeda dengan diskresi yang diterapkan dalam hukum administrasi di Indonesia, dan peraturan perundang-undangan di Indonesia menggunakan istilah diskresi maka untuk paparan selanjutnya peneliti menggunakan istilah diskresi. Keputusan pemerintah lebih mengutamakan pencapaian tujuan atau sasarannya (*doelmatigheid*) daripada sesuai dengan hukum yang berlaku (*rechtmatigheid*). Dengan adanya diskresi ini berarti bahwa sebagian kekuasaan yang dipegang oleh badan pembentuk undang-undang dipindahkan ke dalam tangan pemerintah/administrasi negara (*delegatie van wetgeving*).

Menurut asal usul etimologinya ide diskresi adalah pertimbangan , khususnya pertimbangan yang baik . “*according to its etymological, the idea of discretion judgement particular good judgement* “²⁹²

Ada 2 macam diskresi yaitu : diskresi bebas dan diskresi terikat. Dalam diskresi bebas, pejabat administrasi negara bebas mengambil keputusan yang mana saja asalkan tidak melampaui batas-batas yang ditentukan oleh undang-

Pemerintah ”orasi inaugurasi dalam rangka penerimaan jabatan akademik/fungsional dosen sebagai Profesor, Universitas Pattimura, Jum’at, 11 Juni 2012, diakses tanggal 10 Januari 2015

²⁹² D J Galligan , *Discretionary Power*, (New York: Oxford Press University , 1990), hlm 8

undang. Diskresi terikat yaitu dimana pejabat administrasi negara yang berwenang bebas untuk mengambil keputusan yang mana saja menurut pendapatnya sendiri dengan jalan memilih alternatif-alternatif yang ditentukan undang-undang.²⁹³ Prajudi Admosudirdjo, membagi diskresi bebas apabila undang undang yang menentukan batas batasnya, dan diskresi terikat apabila undang-undang menetapkan beberapa alternatif untuk dipilih salah satu yang oleh pejabat administrasi negara dianggap paling dekat. Istilah *freies ermessen* ini sepadan dengan kata *discretionair* yang artinya menurut kebijaksanaan, yang sebagai kata sifat berarti : menurut wewenang atau kekuasaan yang tidak atau tidak seluruhnya terikat pada undang-undang.

Menurut Gelligan diskresi adalah kebebasan memilih diantara alternative tindakan-tindakan "*so take paradigm of discraption is the power holder faced of choice amongst those action*" Jadi paradigma diskresi adalah pemegang kekuasaan yang dihadapkan pada pilihan untuk menentukan tindakan mereka. Berkenaan dengan kekuasaan diskresi Gelligan menyatakan :

*Discretionary powers exercised by administrative and legal authorities are permissive, and not binding. These powers are granted to these officials by statute or delegation. Discretionary powers do not impose an obligation on a decision-maker to exercise them or to exercise them in a particular manner. Administrative agencies must exercise discretionary powers in accordance to legal requirements. Discretionary power must be used reasonably, impartially and avoiding oppression or unnecessary injury*²⁹⁴

²⁹³ Philipus, M. Hajon etc, *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia*, Cet 1, (Yogyakarta, Gajahmada University press 1993), hlm.172.

²⁹⁴ D.J. Gelligan, *op.cit.* hlm.11

Konsep yang diutarakan oleh Gelligan menyangkut kekuasaan diskresi bahwa kekuasaan diskresi diijinkan dilakukan oleh administratif dan otoritas hukum bersifat tidak mengikat. Kewenangan ini diberikan kepada para pejabat oleh undang-undang atau delegasi . Kekuasaan diskresi tidak memaksakan kewajiban pada pembuat keputusan untuk menggunakannya atau untuk dapat menggunakannya dengan cara tertentu. Badan-badan administratif harus melaksanakan kekuasaan diskresi sesuai dengan persyaratan hukum . kekuasaan diskresi harus digunakan cukup, tidak memihak dan menghindari penindasan atau cedera yang tidak perlu.

Diskresi dalam penyelenggaraan pemerintahan di Indonesia dapat diketahui dengan menganalisis Undang Undang Dasar Negara RI Tahun 1945 dan berapa peraturan perundang-undangan lainnya, terakhir secara hukum positif diskresi dituangkan dalam Undang Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan. Diskresi dapat dikatakan sebagai bentuk wewenang Badan atau Pejabat Pemerintahan yang memungkinkan untuk melakukan pilihan-pilihan dalam mengambil tindakan hukum dan/atau tindakan faktual dalam lingkup administrasi atau tata kelola suatu pemerintahan. Diskresi pada Undang Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Negara didefinisikan sebagai Keputusan dan/atau Tindakan yang ditetapkan dan/atau dilakukan oleh Pejabat Pemerintahan untuk mengatasi persoalan konkret yang dihadapi dalam penyelenggaraan pemerintahan dalam hal peraturan perundang-undangan yang memberikan pilihan, tidak mengatur, tidak lengkap atau tidak jelas, dan/atau adanya stagnasi pemerintahan. Diskresi hanya digunakan sesuai dengan

tujuannya. Dan hanya dapat dilakukan oleh Pejabat Pemerintahan yang berwenang, dengan berbagai persyaratan yaitu :

- a. sesuai dengan tujuan diskresi sebagaimana dimaksud diberikan;
- b. tidak bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan;
- c. sesuai dengan AUPB;
- d. berdasarkan alasan-alasan yang objektif;
- e. tidak menimbulkan konflik kepentingan; dan
- f. dilakukan dengan itikad baik.

Yang-Yang dalam artikelnya "Fundamental Research on the Administrative Discretion Standard" mengemukakan :

*The administrative discretion should need to be restricted by the standard, it for restricting the law enforcement personnel's personality, experiences and randomness to active the justice of individual case. Its original intention and effect will be bound to nothing and it will lead to a series of dissimulation problems in practice, if the law enforcement within the discretion standard is not under the guidance of justice value.*²⁹⁵

*"The value direction order justice and efficiency" Firstly the need of bjective value in the functional significance. The standard itself is e tool : people can achieve a certain objective value throught the tools. Value is the category that related to the subject's purpose if without value guidance . Secondly the need of of objective value in the standard significance. There is rampant selfishness and consensus disintegration of the diverse social backgrounds. The perfection of the objective value ofteh becomes aa mutually acceptable proposal by interests of the paties*²⁹⁶

Dinyatakan Yang Yang bahwa standard diskresi administrasi harus memenuhi efisiensi bagi masyarakat. *Pertama* penegakan hukum administrasi memerlukan efisiensi dalam kehidupan ekonomi modern. Efisiensi mengacu pada penggunaan sumber daya sosial untuk memenuhi keinginan dan kebutuhan

²⁹⁵ <http://dx.doi.org/10.4236/blr.2012.33017> , Yang Yang, "Fundamental Research on the Administrative Discretion Standard" *Beijing Law Review*, 2012, 3, 128-132 diakses 10 Januari 2014, 19.00

²⁹⁶ *loc.cit*

masyarakat secara efektif. *Kedua* dalam proses tata kelola pemegakan hukum administrasi dibutuhkan partisipasi orang-orang. Dalam konteks demokrasi salah satunya adalah pilihan untuk mewujudkan ketertiban dan keadilan dalam proses penegakan administrasi, konsultasi dengan publik dan membiarkan masyarakat bebas untuk berpartisipasi dalam perumusan dan pelaksanaan standard administrasi, secara demokratis dan efisien.

Arah dari nilai nilai tersebut adalah aturan, keadilan dan efektifitas yang menjadi kebutuhan. *Pertama* adalah nilai obyektif dalam ketepatan fungsional . Standar itu sendiri adalah alat ; orang dapat mencapai nilai obyektif tertentu melalui alat . Nilai adalah kategori yang terkait dengan tujuan subjek , akan kebutuhan. Seperti ilmu adalah pedang bermata dua, standar akan menyimpang dari tujuannya jika tanpa bimbingan nilai. *Kedua* , kebutuhan nilai obyektif dalam arti standar. Dengan alasan latar belakang sosial yang beragam ada keegoisan merajalela dan disintegrasi konsensus. Kesempurnaan nilai obyektif sering menjadi usulan yang dapat diterima oleh kepentingan bersama berbagai pihak .

Diskresi diperlukan sebagai pelengkap dari asas legalitas, yaitu asas hukum yang menyatakan bahwa setiap tindak atau perbuatan administrasi negara harus berdasarkan ketentuan undang-undang. Dengan adanya diskresi menyebabkan administrasi negara memiliki kekuasaan bertindak dalam menghadapi persoalan-persoalan yang mendesak dikarenakan aturan belum ada, yang terwujud melalui kebijaksanaannya. Pada dasarnya hal ini berarti bahwa administrasi negara menentukan “apakah hukumnya” bagi persoalan

permasalahan tersebut dan masalah ini erat kaitannya dengan masalah pertanggungjawabannya. Sebuah negara hukum penggunaan diskresi hanya dapat dilakukan pemerintah sebagai; sikap aktif dari administrasi negara atau atas inisiatifnya sendiri; menyelesaikan persoalan-persoalan penting, mendesak dan muncul secara tiba tiba dan harus segera diselesaikan; dalam menjalankan tugas-tugas servis publik; dimungkinkan oleh hukum; dapat dipertanggung-jawabkan baik secara moral kepada Tuhan Yang Maha Esa maupun secara hukum.²⁹⁷

Pelayanan Publik adalah segala kegiatan pelayanan yang dilaksanakan oleh penyelenggara pelayanan publik sebagai upaya pemenuhan kebutuhan penerima pelayanan maupun pelaksanaan ketentuan peraturan perundang-undangan kemudian hakekat pelayanan publik adalah pemberian pelayanan prima kepada masyarakat yang merupakan perwujudan kewajiban aparatur pemerintah sebagai abdi masyarakat tersebut. Semakin meningkatnya tuntutan masyarakat akan kualitas atau mutu pelayanan, maka fungsi pemerintah yang memberikan suatu pelayanan kepada masyarakat secara bertahap perlu ditingkatkan agar menjadi lebih efektif dan efisien serta memberikan kepuasan bagi masyarakat, dan untuk mengembangkan pelayanan yang bermutu dibutuhkan adanya perubahan sikap dan keterampilan baru diantara staf pemerintah dan klien mereka serta perubahan lingkungan kelembagaan.

Pemerintah berkewajiban melayani setiap warga negara dan penduduk untuk memenuhi hak dan kebutuhan dasarnya dalam kerangka

²⁹⁷ Saut P.Panjaitan, "Makna dan Peranan Freies Ermessen dalam Hukum Administrasi Negara", dikutip dari SF.Marbun .et. all (Penyunting), *Dimensi-Dimensi Pemikiran Hukum Administrasi Negara*, UII Press. Yogyakarta 2002. hlm 278

pelayanan publik yang merupakan amanat Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Pelayanan pada intinya bisa dibagi dalam dua ruang lingkup pelayanan, yaitu: Ruang lingkup pelayanan publik meliputi pelayanan barang publik dan jasa publik serta pelayanan administratif yang diatur dalam peraturan perundang undangan. Pelayanan barang publik dan jasa meliputi; pendidikan, pengajaran, pekerjaan dan usaha tempat tinggal, komunikasi dan informasi, lingkungan hidup, kesehatan, jaminan sosial, energi, perbankan, perhubungan, sumber daya alam, pariwisata, sektor strategis lainnya. Pelayanan barang publik meliputi pengadaan dan penyaluran barang publik yang dilakukan oleh instansi pemerintah yang sebagian atau seluruhnya dananya bersumber dari anggaran pendapatan dan belanja negara dan/ atau anggaran pendapatan dan belanja daerah, sedangkan pelayanan atas jasa publik meliputi:

- a. penyediaan jasa publik oleh instansi pemerintah yang sebagian atau seluruh dananya bersumber dari anggaran pendapatan dan belanja negara Negara atau anggaran pendapatan dan belanja daerah;
- b. Penyediaan jasa publik oleh suatu badan usaha yang modal pendiriannya sebagian atau seluruhnya bersumber dari kekayaan negara dan/ atau kekayaan daerah yang dipisahkan;
- dan c. penyediaan jasa publik yang pembiayaannya tidak bersumber dari anggaran pendapatan dan belanja negara atau anggaran pendapatan dan belanja daerah atau badan usaha yang modal pendiriannya sebagian atau seluruhnya bersumber dari kekayaan negara dan/ atau kekayaan daerah yang dipisahkan, tetapi ketersediaannya menjadi misi negara yang ditetapkan dalam peraturan perundang-undangan

Dengan adanya penyerahan wewenang yang luas pada pemerintah daerah tidak hanya sekedar *practical* atau *technical administration* saja, tetapi juga dilihat sebagai *process of political interaction*. Maka harus diimbangi kesadaran penuh dari organ di daerah bahwa mereka telah memiliki kewenangan. Dan bagaimana dengan kewenangan ini daerah memikirkan dan membuat inisiatif dan kreativitas untuk pengembangan daerahnya masing-masing.

Pemerintahan provinsi dan pemerintahan kabupaten/kota merupakan pelaksana urusan pemerintahan pusat yang didelegasikan dan menjadi kewenangan Daerah berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan. Dalam rangka memberikan ruang yang lebih luas kepada Daerah untuk mengatur dan mengurus kehidupan warganya maka Pemerintah Pusat dalam membentuk kebijakan harus memperhatikan kearifan lokal dan sebaliknya Daerah ketika membentuk kebijakan Daerah baik dalam bentuk Perda maupun kebijakan lainnya hendaknya juga memperhatikan kepentingan nasional. Dengan demikian akan tercipta keseimbangan antara kepentingan nasional yang sinergis dan tetap memperhatikan kondisi, kekhasan, dan kearifan lokal dalam penyelenggaraan pemerintahan secara keseluruhan.

Urusan Pemerintahan Wajib yang berkaitan dengan Pelayanan Dasar meliputi:²⁹⁸ a. pendidikan; b. kesehatan; c. pekerjaan umum dan penataan ruang; d. perumahan rakyat dan kawasan permukiman; e. ketenteraman, ketertiban umum, dan perlindungan masyarakat; dan f. sosial. Sedangkan urusan Pemerintahan Wajib yang tidak berkaitan dengan Pelayanan Dasar

²⁹⁸ Pasal 12 Undang-Undang Nomor 23 tahun 2014 Tentang Pemerintahan Daerah

sebagaimana dimaksud dalam Pasal 11 ayat (2) meliputi: a.tenaga kerja; b. pemberdayaan perempuan dan perlindungan anak; c.pangan; d.pertanahan; e. lingkungan hidup ;f.administrasi kependudukan dan pencatatan sipil; g. pemberdayaan masyarakat dan Desa; h. pengendalian penduduk dan keluarga berencana; i.perhubungan; j. komunikasi dan informatika; k. koperasi, usaha kecil, dan menengah; l. penanaman modal; m kepemudaan dan olah raga; n. statistik; o. persandian; p.kebudayaan; q.perpustakaan; dan r. kearsipan.

Urusan Pemerintahan Pilihan meliputi: a.kelautan dan perikanan; b. pariwisata; c. pertanian; d. kehutanan; e. energi dan sumber daya mineral; f. perdagangan; g. perindustrian; dan h. transmigrasi.

Untuk melaksanakan urusan daerah tersebut kepala daerah mempunyai tugas dan wewenang yang tegaskan dalam Undang Undang Nomor 9 tahun 2015 tentang Perubahan Kedua Undang-Undang Nomor 23 tahun 2014. Tugas Kepala daerah yaitu :a. memimpin pelaksanaan Urusan Pemerintahan yang menjadi kewenangan Daerah berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan dan kebijakan yang ditetapkan bersama DPRD; b. memelihara ketenteraman dan ketertiban masyarakat; c. menyusun dan mengajukan rancangan Perda tentang RPJPD dan rancangan Perda tentang RPJMD kepada DPRD untuk dibahas bersama DPRD, serta menyusun dan menetapkan RKPD; d. menyusun dan mengajukan rancangan Perda tentang APBD, rancangan Perda tentang perubahan APBD, dan rancangan Perda tentang pertanggungjawaban pelaksanaan APBD kepada DPRD untuk dibahas bersama; e. mewakili Daerahnya di dalam dan

di luar pengadilan, dan dapat menunjuk kuasa hukum untuk mewakilinya sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan; f. melaksanakan tugas lain sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.

Dalam melaksanakan tugas kepala daerah berwenang: a. mengajukan rancangan Perda; b. menetapkan Perda yang telah mendapat persetujuan bersama DPRD; c. menetapkan Perkada dan keputusan kepala daerah; d. mengambil tindakan tertentu dalam keadaan mendesak yang sangat dibutuhkan oleh daerah dan/atau masyarakat; e. melaksanakan wewenang lain sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.

Berdasarkan pemaparan di atas dapat disebutkan bahwa pembagian fungsi dan urusan pemerintahan itu pada hakikatnya adalah pembagian fungsi, tugas, dan tanggungjawab antara pemerintah pusat dengan pemerintah daerah. Hal ini berarti bahwa fungsi pelayanan kepada warga negara juga menjadi tanggungjawab satuan pemerintah daerah. Dengan kata lain, seperti halnya fungsi pelayanan pemerintahan pusat, pemerintah daerah dituntut untuk melayani dan menyelesaikan setiap persoalan tersebut, tidak peduli apakah persoalan itu ditentukan atau tidak dalam peraturan perundang-undangan. Hal ini membawa konsekuensi bahwa pemerintah daerah pun dilekati kewenangan diskresi. Pada Tugas dan wewenang kepala daerah pasal 65 ayat (2) huruf d Undang Undang Nomor 9 Tahun 2015 yang menyatakan bahwa Kepala Daerah berwenang mengambil tindakan tertentu dalam keadaan mendesak yang sangat dibutuhkan oleh Daerah dan/atau masyarakat, menunjukkan bahwa kepala daerah mempunyai wewenang diskresi.

2 .Pembatasan Diskresi Pada Penyelenggaraan Pemerintahan Daerah

Hukum responsif merupakan teori tentang profil hukum yang dibutuhkan dalam masa transisi. Karena harus peka terhadap situasi transisi di sekitarnya, maka hukum responsif tidak saja dituntut menjadi sistem yang terbuka, tetapi juga harus mengandalkan keutamaan tujuan (*the sovereignty of purpose*), yaitu tujuan sosial yang ingin dicapainya serta akibat-akibat yang timbul dari bekerjanya hukum. Dua ciri yang menonjol dari konsep hukum responsif adalah: (a) pergeseran penekanan dari aturan-aturan ke prinsip-prinsip dan tujuan; (b) pentingnya kerakyatan baik sebagai tujuan hukum maupun cara untuk mencapainya. Produk hukum yang berkarakter responsif proses pembuatannya bersifat partisipasif, yakni mengundang sebanyak-banyaknya partisipasi semua elemen masyarakat, baik dari segi individu, ataupun kelompok masyarakat dan juga harus bersifat aspiratif yang bersumber dari keinginan atau kehendak dari masyarakat. Dalam proses pengambilan keputusan yang didasarkan atas pertimbangan yang mementingkan tujuan inilah seringkali timbul berbagai keraguan mengenai apakah kebijakan yang diambil dengan alasan untuk lebih mementingkan efisiensi dan efektifitas tersebut merupakan keputusan yang tepat sebagai upaya untuk mencapai tujuan. Hal ini disebabkan oleh karena kewenangan diskresi (*discretionary power*) yang dimiliki oleh pemerintah atas dasar kewenangan bebas (*vrije bevoegheid*) tersebut di atas dapat bersifat subyektif, bergantung kepada pengetahuan, keahlian, kebijaksanaan dan karakter dari aparat pemerintah/administrasi Negara pengambil keputusan tersebut. Banyak keputusan aparat pemerintah/administrasi Negara Indonesia yang

berpengaruh terhadap pembangunan dan upaya pencapaian ke arah masyarakat yang sejahtera, adil dan makmur yang telah dibuat oleh Pemerintah.

Galligan mengkaitkan penggunaan diskresi dengan hukum responsif dari Selzick dan Nonet . Pendekatan yang disarankan di sini untuk peraturan hukum hasil dari kekuasaan diskresi adalah : Atas dasar bahwa teknik hukum dan institusi hukum memiliki dan /atau menyediakan kerangka prinsip-prinsip dengan pengaruh dan termasuk pelaksanaan kekuasaan yang menyediakan dan jembatan antara nilai nilai politik dan keputusan pejabat.

Penggunaan diskresi juga dikemukakan dalam kajian variabel yang berpengaruh pada tiga karakteristik hukum dari Philippe Nonet dan Philip Szelsnik. Diskresi pada hukum represif meresap dilakukan kekuasaan sesuai dengan kesempatan yang ada. Diskresi pada hukum otonom sangat dipersempit bahkan ditiadakan dengan dibatasi dengan oleh peraturan untuk pengesahan wewenang. Pada hukum responsif diskresi diperluas tapi dipertanggungjawabkan demi tujuan. Ketika sistem hukum memperluas sumber sumber kritisnya ia mendelegasikan lebih banyak diskresi untuk membutuhkan hal hal yang otoritatif. Partisipasi hukum memiliki arti baru ; partisipasi bukan saja menjadi kurang pasif dan kurang patuh; namun juga diperluas hingga menjangkau pembuatan dan interpretasi kebijakan hukum. Sebaliknya sistem yang terpusat pada peraturan (*rule –centered system*) memusatkan perhatiannya pada otoritas . Ini merupakan ciri hukum otonom dan juga ciri birokrasi. Di dalam model *rule of law* , tertib hukum dipandang sebagai bersifat hirarkhis dan merupakan satu kesatuan. Disini

hukum diidentikan dengan hukum Negara dan Negara dengan herarki jabatan yang monolitik. Dengan penekanannya pada norma hukum dan pada subordinasi hukum pada kedaulatan politik, positivisme hukum rapi menangkap etos hukum otonom.

Sebaliknya kritik kontemporer terhadap *models of rules* bersamaan dengan soal orientasi tujuan memperkenalkan motif pluralis yang kuat. Titik beratnya adalah pada berlipat ganda dan menyebarnya sumber sumber hukum.²⁹⁹ Salah satu dampak pluralisme hukum adalah memperluas kesempatan dalam proses hukum untuk berpartisipasi dalam pembuatan hukum. Perluasan partisipasi hukum bukan hanya mengembangkan nilai-nilai demokratik dari tatanan hukum. Partisipasi hukum juga dapat memberi kontribusi pada kompetensi institusi institusi hukum. Ada suatu kondisi paralel yang memberikan instruksi dalam upaya berbagai organisasi modern untuk mendorong pembuatan keputusan yang partisipatif.

Gaya administrasi baru ini banyak meminjam dari pengalaman (juga retorika) demokrasi, namun tindakannya itu terutama merupakan sarana menuju suatu organisasi yang lebih berorientasi pada tujuan yang bebas dari kekangan birokratik. Organisasi post-birokratik kurang peduli dengan ketentuan administrative. Organisasi post-birokratik menerima sebagai kebenaran suatu konteks yang disitu nilai rasionalitas ditetapkan dengan tegas dengan terpeliharanya integritas jabatan. Permasalahan khusus bagi organisasi post-

²⁹⁹ Philippe Nonet dan Philip Zelnick, *Hukum Responsif*, (terj: Raisul Muttaqien), (Bandung: Nusamedia, 2007), hlm.106

birokratik adalah memberi tempat bagi partisipasi, mendorong prakarsa dan pertanggungjawaban.

Ciri ciri organisasi post-birokratik adalah :³⁰⁰

1. Pelimpahan wewenang yang luas untuk mobilisasi dan menyebarkan sumber sumber dalam rangka tercapainya tujuan yang sudah ditetapkan . Desentralisasi menggantikan “manajemen pemerintah”, namun desentralisasi tidak dimaknai sebagai pembentukan yurisdiksi yang subordinat. Model ini adalah organisasi pengemban tugas yang tersusun dari unit unit yang berpusat pada persoalan yang bersifat sementara.
2. Penggunaan yang kreatif terhadap staf perencanaan, evaluasi dan pengembangan dalam rangka meningkatkan kompetensi kognitif organisasi. Sebuah akibat wajar yang dihasilkan adalah bahwa staf dan jajarannya harus belajar membagi otoritas.
3. Diterimanya pengawasan dan dan loyalitas ganda guna mendorong kemandirian penilaian yang terjadi, misalnya ketika partisipasi organisasi dikualifikasikan sebagai komitmen komitmen dan aspirasi aspirasiprofesional
4. Pembuatan keputusan keputusan yang partisipatif sebagai suatu sumber pengetahuan, sarana komunikasi dan dasar bagi persetujuan .

³⁰⁰*Ibid.* hlm.111

Mengikuti logika di atas, maka tertib hukum positif mungkin membutuhkan pengenduran otoritas demi tercapainya tindakan-tindakan yang kooperatif yang lebih efektif, mengingat tujuan menjadi lebih sentral perannya.

Menurut Fred W Riggs, umumnya, dewasa ini banyak ahli administrasi negara menyebut negara yang sedang mencoba mempercepat industrialisasinya dengan sebutan “masyarakat transisi”. Dalam pandangan Fred W. Riggs, disebut dengan “*Prismatic Society* - Masyarakat Prismatik ”.

Prismatic models based on the metaphor of prism-as the fused white sunlight (which represents the fusion of several colours) passes through a prism, it becomes diffracted into several separate colours. Here the fused light signifies signifies the fused structures of traditional society (single structure performing all necessary functions). The diffracted colours represent the specialized or defferentiated structures of modern society (Nseparation structures or institutitions for major function); and the siation within the prism (which is a traditional phase between the fused ang diffracted stages) reflects the condition in developing nation , which Rigg began to define as prismatic society.³⁰¹

Model prismatik ini didasarkan pada metafora prisma - sebagai sinar matahari putih menyatu (yang merupakan perpaduan dari beberapa warna) melewati prisma, menjadi berpendar menjadi beberapa warna yang terpisah. Pada masyarakat tradisional struktur menyatu (struktur tunggal melakukan semua fungsi-fungsi yang diperlukan). Pada struktur masyarakat modern (struktur atau lembaga untuk fungsi utama terpisah); dan situasi dalam prisma (yang merupakan fase transisi antara tahap menyatu dan difraksi) -kondisi di negara-negara berkembang, yang didefinisikan Riggs sebagai masyarakat prismatik. Riggs

³⁰¹ Riggs, Fred W, *Administration in Developing Countries : The Theory of Prismatic Society*, Boston.: Houghton Mifflin Company, 1964.) hlm. 50

melandaskan teorinya itu atas dasar tingkatan fungsionalisasi yang telah berkembang di dalam suatu masyarakat. Di dalam *fused society*, fungsi-fungsi tersebut masih terpusat dan sistem organisasinya belum berkembang, sedangkan di dalam *diffracted society* fungsi-fungsi tersebut telah terpecah dan organisasinya telah berkembang. Model prisma menunjukkan masa transisi dan berada di antaranya, dan merupakan model dari birokrasi di banyak negara berkembang.

Kata “transisi” itu sendiri menunjuk pada suatu tahapan waktu antara suatu masa lalu tertentu dan suatu keadaan di masa depan. yang dapat diramalkan, dengan kata lain masyarakat transisi adalah masyarakat yang berada atau yang sedang beranjak dari masyarakat agraris menuju masyarakat industri. Fred W. Riggs menempatkan fase transisi didalam perkembangan suatu masyarakat sebagai *prismatic society* yang apabila ditarik garis linear terletak antara apa yang dinamakan sebagai *fused model society* sebagai masyarakat tradisional dan *diffracted society* untuk masyarakat yang modern.

Tiga ciri utama masyarakat prismatic menurut Fred W. Riggs, yaitu:

Heteroginitas yakni perbedaan dan percampuran yang nyata antara sifat-sifat tradisional dan modern. Pada masyarakat yang sedang berada dalam proses industrialisasi dan modernisasi, dimana yang lama dan yang baru berada dalam suatu campuran yang heterogen, kadang-kadang mempunyai kesan bahwa administrasi dapat dilihat sebagai hal yang terpisah.

Overlapping merupakan gambaran kelaziman adanya tindakan antara berbagai struktur formal yang dideferensiasikan dan dispesialisasikan dengan berbagai struktur informal yang belum dideferensiasikan dan dispesialisasikan.

Formalisme menggambarkan adanya ketidaksesuaian dalam kadar yang cukup tinggi antara berbagai hal yang telah ditetapkan secara

formal dengan praktek atau tindakan nyata di lapangan. Ketidaksesuaian antara norma-norma formal dengan realita. Semakin formalistis situasi administrasi maka semakin kurang pengaruhnya terhadap perubahan perilaku yang sesuai dengan norma-norma yang digariskan. Sebaliknya, bila satu sistem sangat realistis, maka realisme tersebut dapat dicapai hanya melalui usaha yang terus-menerus untuk mempertahankan persesuaian.³⁰²

Hukum responsif dari Phillippe Nonet dan Philip Selznick menyatakan bahwa pada konsepsi hukum responsif "Suatu institusi yang responsive mempertahankan secara kuat hal-hal yang esensial bagi integritasnya sembari tetap memperhatikan kekuatan-kekuatan baru di dalam lingkungannya."³⁰³ Menurut hukum responsif, diskresi diperluas tetapi tujuan yang hendak dicapai tetap pada tujuan. Untuk melakukan hal ini hukum responsif memperkuat cara-cara bagaimana keterbukaan dan integritas dapat saling menopang walaupun terdapat pertentangan diantara keduanya. Keadilan yang hakiki yang mengedepankan kepentingan dan kebutuhan/ kepentingan individu dan masyarakat, melalui proses pembuatan hukum partisipatif, fungsi hukum sebagai instrumen pelaksana kehendak rakyat. Tujuan menetapkan standar untuk mengkritisi praktik yang mapan, dan karenanya membuka jalan untuk melakukan perubahan. Pada saat bersamaan, jika benar-benar digunakan, tujuan dapat mengontrol diskresi administratif dan dengan demikian dapat mengurangi resiko terjadinya pelepasan institusional.

Nonet dan Selznick itu, sebetulnya ingin mengkritik model *analitical jurisprudence* atau *rechtdogmatic* yang hanya berkutat di dalam sistem aturan

³⁰² <http://www.scribd.com/doc/172648526/Prismatik-Society-Riggs> , diunduh tanggal 10 Oktober 2015, j. 8.00

³⁰³ Phillippe Nonet dan Philip Selznick, *Op.cit.* hlm.87.

hukum positif. Model yang mereka sebut dengan tipe hukum otonom. Hukum responsif sebaliknya pemahaman mengenai hukum melapauai peraturan atau teks-teks dokumen dan *looking towards* pada hasil akhir, akibat, dan manfaat dari hukum itu. *Analitical jurisprudence* berkuat didalam sistem hukum positif dan ini dekat dengan tipe hukum otonom. Hukum responsif sebaliknya pemahaman mengenai hukum melapauai peraturan atau teks-teks dokumen dan *looking towards* pada hasil akhir, akibat, dan manfaat dari hukum itu. *Analitical jurisprudence* berkuat didalam sistem hukum positif dan ini dekat dengan tipe hukum otonom pada Nonet. Baik aliran analistis maupun Nonet melalui tipe hukum responsifnya menolak otonomi hukum yang bersifat final dan tidak dapat digugat. Teori hukum responsif adalah teori hukum yang memuat pandangan kritis, teori ini berpandangan bahwa hukum merupakan cara mencapai tujuan. Hukum tidak hanya rules (*logic&rules*) tetapi juga ada logika-logika yag lain. Produk hukum yang berkarekter responsif proses pembuatannya bersifat partisipasif, yakni mengundang sebanyak-banyaknya partisipasi semua elemen masyarakat, baik ari segi individu, ataupun kelompok masyarakat dan juga harus bersifat aspiratif yang bersumber dari keinginan atau kehendak dari masyarakat.

Pada diskresi kepala daerah, penyelenggaraan pemerintahan daerah dalam sistem pemerintahan di Indonesia, menunjukkan bahwa dasar yang mengamanatkan Pemerintahan daerah mengemban tercapainya tujuan Negara dapat dilihat melalui Pasal 18 ayat (5) UUDNRI 1945 berbunyi, "Pemerintahan Daerah menjalankan otonomi seluas-luasnya, kecuali urusan pemerintahan yang oleh undang-undang ditentukan sebagai urusan Pemerintah Pusat", maka kepala

daerah dalam menyelenggarakan urusan yang menjadi kewenangannya lebih banyak memiliki tanggungjawab. Dalam hal ini pemegang urusan pemerintahan daerah dipegang oleh kepala daerah. Jadi dalam rangka mewujudkan cita-cita bangsa dan mencapai tujuan nasional sesuai dengan UUD NRI 1945, pada perubahan kedua UUD NRI 1945 penyelenggaraan pemerintah di daerah, yang semula cenderung sentralistik berubah paradigma menjadi cenderung lebih desentralistik dengan menguatnya otonomi daerah. Desentralisasi merupakan sarana untuk memberikan kewenangan kepada daerah untuk dapat berprakarsa dalam pemerintahan daerahnya. Dengan pemberian kewenangan pada pemerintahan daerah untuk mengatur dan mengurus kepentingan masyarakat setempat juga mengakibatkan digunakannya keleluasaan bertindak oleh pejabat di daerah untuk mengatasi masalah yang timbul tetapi belum ada aturannya, aturannya belum jelas/kabur, aturan memberikan pilihan dan terjadi kemacetan dalam penyelenggaraan pemerintahan, yang disebut diskresi.

Diskresi kepala daerah dalam penyelenggaraan pemerintahan di daerah diakomodir dalam peraturan perundang-undangan yang ada, sebagaimana dapat dilihat pada tabel dibawah ini.

**Tabel 3: Aturan yang memberi keleluasaan bertindak (diskresi)
pada Kepala Daerah**

No	Undang-undang	Pasal	Isi	Bentuk Diskresi
1.	UUD. NRI 1945	Pasal 18 ayat (2) dan ayat (5)	Pemerintah daerah tersebut mengatur dan mengurus sendiri urusan pemerintahan menurut asas otonomi dan tugas pembantuan.	Kebijakan

			Selanjutnya, dikatakan bahwa pemerintahan daerah menjalankan otonomi seluas-luasnya, kecuali urusan pemerintahan yang oleh undang-undang ditentukan sebagai urusan Pemerintah Pusat	
2.	Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014	1 angka 6	Otonomi Daerah adalah hak, wewenang, dan kewajiban daerah otonom untuk mengatur dan mengurus sendiri Urusan Pemerintahan dan kepentingan masyarakat setempat dalam sistem Negara Kesatuan Republik Indonesia.	Kebijakan daerah
3.	Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014	Butir 9 penjelasan umum	adanya perlindungan terhadap kegiatan yang bersifat inovatif yang dilakukan oleh aparatur sipil negara di Daerah dalam memajukan Daerahnya. Perlu adanya upaya memacu kreativitas Daerah untuk meningkatkan daya saing Daerah. Untuk itu perlu adanya kriteria yang obyektif yang dapat dijadikan pegangan bagi pejabat Daerah untuk melakukan kegiatan yang bersifat inovatif.	Keputusan /peraturan kebijakan /pedoman /tindakan
4.	Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014	pasal 17 ayat (1)	Daerah berhak menetapkan kebijakan Daerah untuk menyelenggarakan Urusan Pemerintahan yang menjadi kewenangan Daerah.	Kebijakan daerah
5.	Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014	Pasal 22 ayat (1)	Daerah berhak menetapkan kebijakan Daerah dalam melaksanakan Tugas Pembantuan	Kebijakan daerah
6	Undang Undang Nomor 9 tahun 2015 tentang perubahan Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014	pasal 65 ayat (2) huruf c, d, e	c.menetapkan Perkada dan keputusan kepala daerah;d. Kepala Daerah berwenang mengambil tindakan tertentu dalam keadaan mendesak yang sangat dibutuhkan oleh Daerah dan/atau masyarakat;e. melaksanakan wewenang lain sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan	Perkada Tindakan Wewenang lain.
7.	Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014	Pasal 258 ayat (1)	Daerah melaksanakan pembangunan untuk peningkatan dan pemerataan pendapatan masyarakat, kesempatan kerja, lapangan berusaha, meningkatkan akses dan kualitas pelayanan publik	melaksana kan pembangu nan – kebijakan

			dan daya saing Daerah.	
8.	Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014	Pasal 22 ayat (1)	Diskresi hanya dapat dilakukan oleh Pejabat Pemerintahan yang berwenang	Keputusan dan/atau Tindakan
		Pasal 23 a	Diskresi Pejabat Pemerintahan meliputi pengambilan Keputusan dan/atau Tindakan berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan yang memberikan suatu pilihan Keputusan dan/atau Tindakan	Keputusan dan/atau Tindakan
		Pasal 23 b	pengambilan Keputusan dan/atau Tindakan karena peraturan perundang-undangan tidak mengatur	Keputusan dan/atau Tindakan
		Pasal 23 c	Pengambilan Keputusan dan/atau Tindakan karena peraturan perundang-undangan tidak lengkap atau tidak jelas	Keputusan dan/atau Tindakan
		Pasal 23 d	Pengambilan Keputusan dan/atau Tindakan karena adanya stagnasi pemerintahan guna kepentingan yang lebih luas.	Keputusan dan/atau Tindakan

Diskresi yang diterapkan di daerah oleh Kepala Daerah diberikan oleh pasal pasal di berbagai peraturan perundang undangan. Namun perundang-undangan yang ada juga banyak melakukan pembatasan pembatasan dalam penerapan diskresi pemerintahan daerah.

Adanya pembatasan juga ditunjukkan antara lain dengan adanya kewajiban melaporkan peraturan kepala daerah pada menteri untuk gubernur dan gubernur untuk bupati/walikota menunjukkan adanya pembatasan diskresi, mengingat peraturan kepala daerah tersebut bisa ditimbulkan akibat dari diskresi. Gubernur yang tidak menyampaikan peraturan gubernur kepada Menteri dikenai sanksi administratif berupa teguran tertulis dari Menteri. Bupati/wali kota wajib menyampaikan Perda Kabupaten/ Kota dan peraturan bupati/wali kota kepada

gubernur sebagai wakil Pemerintah Pusat paling lama 7 (tujuh) Hari setelah ditetapkan. Bupati/wali kota yang tidak menyampaikan Perda Kabupaten/Kota dan peraturan bupati/wali kota kepada gubernur sebagai wakil Pemerintah Pusat dikenai sanksi administratif berupa teguran tertulis dari gubernur sebagai wakil Pemerintah Pusat³⁰⁴. Perda dan Perkada di atas dilarang bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi, kepentingan umum, dan/atau kesusilaan.

Peraturan kepala daerah (Perkada) dimungkinkan dibentuk berdasarkan pada penerapan diskresi, Perkada yang dianggap bertentangan dengan kepentingan umum meliputi:

- a. terganggunya kerukunan antar warga masyarakat;
- b. terganggunya akses terhadap pelayanan publik;
- c. terganggunya ketenteraman dan ketertiban umum;
- d. terganggunya kegiatan ekonomi untuk meningkatkan kesejahteraan masyarakat; dan/atau
- e. diskriminasi terhadap suku, agama dan kepercayaan, ras, antar-golongan dan gender.

Perkada kabupaten/kota jika memenuhi unsur yang bertentangan dengan kepentingan umum dapat dibatalkan oleh gubernur. Sedangkan Perkada Provinsi

³⁰⁴ Disarikan dari Pasal 249 UU Nomor 23 Tahun 2014 Tentang Pemerintahan Daerah

memenuhi unsur yang bertentangan dengan kepentingan umum dapat dibatalkan oleh Menteri Dalam Negeri.

Kewenangan Pemerintah Pusat dalam menetapkan NSPK yang dilaksanakan oleh kementerian dan lembaga pemerintah nonkementerian, dapat pula dikatakan sebagai pembatasan pelaksanaan diskresi melalui norma hukum yang dibuat oleh pemerintah pusat.. Pelaksanaan kewenangan yang dilakukan oleh lembaga pemerintah nonkementerian tersebut harus dikoordinasikan dengan kementerian terkait, yang dilakukan paling lama 2 (dua) tahun terhitung sejak peraturan pemerintah mengenai pelaksanaan urusan pemerintahan konkuren diundangkan. Hal ini merupakan pembatasan terhadap keleluasaan bertindak dari pejabat pemerintah dalam melaksanakan urusan yang menjadi kewenangannya dan tanggungjawabnya, dan dapat dimaknai pula sebagai pembatasan dalam penerapan diskresi.

**Tabel 4: Aturan yang memberi batasan penggunaan Diskresi
pada Kepala Daerah**

No	Undang-Undang	Pasal	Isi	Batasan
1.	Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014	pasal 17 ayat (2)	Daerah dalam menetapkan kebijakan wajib berpedoman pada norma, standar, prosedur, dan kriteria yang telah ditetapkan oleh Pemerintah Pusat	NSPK
2.	Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014	Pasal 18 ayat (2)	Pelaksanaan Pelayanan Dasar pada Urusan Pemerintahan Wajib yang berkaitan dengan Pelayanan Dasar berpedoman pada standar pelayanan minimal yang ditetapkan oleh Pemerintah Pusat.	SPM
3.	Undang-Undang Nomor 23 Tahun	Pasal 249	Menyampaikan perda atau peraturan gubernur ke Manteri/ perda atau peraturan	Menyampaikan perda atau peraturan kepada

	2014		Kabupaten/Kota dan peraturan bupati/wali kota kepada gubernur sebagai wakil Pemerintah Pusat paling lama 7 (tujuh) Hari setelah ditetapkan.	pem. Yang lebih tinggi
4.	Undang Undang Nomor 30 Tahun 2014	Pasal 25 (1)	Penggunaan Diskresi yang berpotensi mengubah alokasi anggaran wajib memperoleh persetujuan dari Atasan Pejabat sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.	persetujuan Atasan
5.	Undang Undang Nomor 30 Tahun 2014	Pasal 25 (2)	Minta Persetujuan terhadap Keputusan dan/atau Tindakan karena peraturan perundang-undangan tidak mengatur pengambilan Keputusan dan/atau Tindakan karena peraturan perundang-undangan tidak lengkap atau tidak jelas pengambilan Keputusan dan/atau Tindakan karena adanya stagnasi pemerintahan guna kepentingan yang menimbulkan akibat hukum yang lebih luas berpotensi membebani keuangan negara.	persetujuan Atasan
6.	Undang Undang Nomor 30 Tahun 2014	Pasal 25 (3)	Dalam hal penggunaan Diskresi menimbulkan keresahan masyarakat, keadaan darurat, mendesak dan/atau terjadi bencana alam, Pejabat Pemerintahan wajib memberitahukan kepada Atasan Pejabat sebelum penggunaan Diskresi dan melaporkan kepada Atasan Pejabat setelah penggunaan Diskresi	wajib memberitahukan kepada Atasan
		Pasal 25 (4)	Pemberitahuan sebelum penggunaan Diskresi berupa pengambilan Keputusan dan /atau Tindakan karena adanya stagnasi pemerintahan guna kepentingan yang lebih luas, yang berpotensi menimbulkan keresahan bagi masyarakat..	Pemberitahuan sebelum penggunaan Diskresi
7.	Undang Undang Nomor 30 Tahun 2014	Pasal 26 (2)	Wajib menyampaikan permohonan persetujuan secara tertulis kepada Atasan Pejabat untuk diskresi yang menimbulkan akibat hukum yang berpotensi membebani keuangan negara	Permohonan persetujuan
		Pasal 26 (3)	Diskresi yang berpotensi menimbulkan keresahan masyarakat wajib menyampaikan	pemberitahuan secara lisan atau tertulis

			pemberitahuan secara lisan atau tertulis kepada Atasan Pejabat	
		Pasal 26 (4)	Dalam hal penggunaan Diskresi menimbulkan keresahan masyarakat, keadaan darurat, mendesak dan/atau terjadi bencana alam, Pejabat Pemerintahan wajib memberitahukan kepada Atasan Pejabat sebelum penggunaan Diskresi dan melaporkan kepada Atasan Pejabat setelah penggunaan Diskresi.	memberitahukan kepada Atasan Pejabat sebelum penggunaan Diskresi dan melaporkan kepada Atasan Pejabat setelah penggunaan Diskresi.
		Pasal 26 (5)	Pelaporan setelah penggunaan Diskresi apabila diskresi dilakukan pada saat keadaan darurat, keadaan mendesak dan atau keadaan bencana alam	Pelaporan
8.	Undang Undang Nomor 30 Tahun 2014	Pasal 16 ayat (2)	Daerah kabupaten/kota dalam pelaksanaannya dengan mengacu pada Norma, Standar, Prosedur, dan Kriteria (NSPK) .	NSPK yang dibuat oleh Pemerintah Pusat. (Kementerian dan LPNK)
		Pasal 17 ayat (2)	Daerah dalam menetapkan kebijakan Daerah wajib berpedoman pada norma, standar, prosedur, dan kriteria yang telah ditetapkan oleh Pemerintah Pusat.	NSPK yang dibuat oleh Pemerintah Pusat. (Kementerian dan LPNK)
9.	PP Nomor 65 Tahun 2005	Pasal 11 ayat (4)	Penyelenggaraan urusan pemerintahan yang bersifat wajib berpedoman pada Standar Pelayanan Minimal (SPM) dilaksanakan secara bertahap dan ditetapkan oleh pemerintah .	SPM dibuat/ ditetapkan oleh Pemerintah Pusat / Kementerian
10.	UU Nomor 9 Tahun 2015	Penjelasan Pasal 65 ayat (2) d	Tindakan tertentu dalam keadaan mendesak yang sangat dibutuhkan oleh Daerah dan/ atau masyarakat yang terkait dengan urusan pemerintahan umum dilakukan oleh kepala daerah setelah dibahas dalam Forkopimda.	dibahas dalam Forkopimda

Pada perkembangan hukum administrasi setelah disahkan Undang Undang Nomor 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Negara dan Undang Undang Nomor 23 Tahun 2014, bahkan sejak berlakunya Undang Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah, khususnya pada beberapa Peraturan Pelaksanaannya sudah menunjukkan pembatasan penggunaan diskresi. Undang

Undang Nomor 30 Tahun 2014, menetapkan syarat obyektif, batasan batasan yang sangat ketat serta pengawasan atasan terhadap penggunaan diskresi. Terhadap keleluasaan bertindak dari pejabat pemerintah dalam melaksanakan urusan yang menjadi kewenangan dan tanggungjawab daerah, Undang Undang Nomor 23 Tahun 2014, memberikan batasan dengan SPM dan NSPK yang dibuat oleh Kementerian yang membidangi urusan-urusan yang didelegasikan pada daerah.

Penerapan diskresi kepala daerah dalam hukum administrasi Indonesia, khususnya setelah berlakunya Undang Undang Nomor 30 Tahun 2014 dan Undang Undang Nomor 23 Tahun 2014 belum sepenuhnya responsif. Jika dikaji dengan hukum responsif dari Phillipe Nonet dan Philip Selznick sebagai profil hukum yang dibutuhkan dalam masa transisi- yang harus peka terhadap situasi transisi di sekitarnya, maka pengaturan diskresi dan pembatasan penerapannya dalam hukum administrasi Indonesia tidak sepenuhnya memenuhi karakteristik hukum responsif. Sistem hukum responsif dituntut menjadi sistem yang terbuka, tetapi juga harus mengandalkan keutamaan tujuan (*the sovereignty of purpose*), yaitu tujuan sosial yang ingin dicapainya serta akibat-akibat yang timbul dari bekerjanya hukum. Dua ciri yang menonjol dari konsep hukum responsif adalah: (a) pergeseran penekanan dari aturan-aturan ke prinsip-prinsip dan tujuan; (b) pentingnya kerakyatan baik sebagai tujuan hukum maupun cara untuk mencapainya.

Prinsip-prinsip ini belum sepenuhnya dapat terpenuhi mengingat sifat masyarakat Indonesia - negara-negara sedang berkembang pada umumnya-

adalah masyarakat transisi, yaitu antara masyarakat yang mempunyai karakteristik tradisional sekaligus modern. Fred W. Riggs menempatkan fase transisi didalam perkembangan suatu masyarakat sebagai *prismatic society* yang apabila ditarik garis linear terletak antara apa yang dinamakan sebagai *fused model society* sebagai masyarakat tradisional dan *diffracted society* untuk masyarakat yang modern.

Indonesia belum dapat dikatakan sebagai bangsa modern dengan segala atributnya; juga bukan bangsa tradisional dengan segala aspek primordialisme dan sosialitasnya. Modernitas dan tradisionalitas telah membaur menjadi satu dalam masyarakat yang plural; padahal kedua jenis masyarakat tersebut memiliki karakteristik yang amat berbeda bahkan sering menjadi sumber konflik. Di dalam *fused society*, fungsi- fungsi tersebut masih terpusat dan sistem organisasinya belum berkembang, sedangkan di dalam *diffracted society* fungsi- fungsi tersebut telah terpecah dan organisasinya telah berkembang. Model prisma menunjukkan masa transisi dan berada di antaranya, dan merupakan model dari birokrasi di banyak negara berkembang. Sistem yang maju adalah yang skala diferensiasi dan kinerjanya tinggi, sedangkan sistem yang agak terdiferensiasi dan kinerjanya rendah adalah prismatic, yaitu birokrasi umumnya di negara berkembang-. Model administrasi negara di dalam masyarakat negara sedang berkembang yang berciri prismatic. Karakteristik heterogenitas, formalisme dan *overlapping*.

Dalam pandangan Fred W. Riggs, disebut dengan "*Prismatic Society - Masyarakat Prismatic*".

Prismatic models based on the metaphor of prism-as the fused white sunlight (which represents the fusion of several colours) passes through a prism, it becomes diffracted into several separate colours. Here the fused light signifies the fused structures of traditional society (single structure performing all necessary functions). The diffracted colours represent the specialized or defferentiated structures of modern society (Nseparation structures or instritutions for major function); and the siation within the prism (which is a traditional phase between the fused ang diffracted stages) reflects the condition in developing nation , which Rigg began to define as prismatic society.³⁰⁵

Administrasi di masyarakat prismatik itu ada dan memiliki prosedur tetapi tidak bekerja sebagaimana mestinya. Ada struktur formal, tetapi fungsi-fungsi administratif dilaksanakan berdasarkan hubungan-hubungan kekeluargaan ini menimbulkan berbagai kelompok yang disebut *plural community* dan solidaritas di antara anggota kelompok. Norma-norma formal yang didesain sebagai hukum dan pedoman perilaku dapat dikalahkan oleh norma-norma yang mengikat hubungan kekeluargaan dalam kelompok-kelompok tersebut. Keadaan ini menggiring ke arah penyatuan antara kepentingan birokrasi (negara) dengan kepentingan pribadi. Akhirnya timbul berbagai ketidakadilan pelayanan dan penyalahgunaan kekuasaan.

Persyaratan dan pembatasan yang rigid terhadap penerapan diskresi pada Undang Undang Nomor 30 Tahun 2014 menunjukkan bahwa penerapan diskresi sangat dibatasi oleh peraturan dengan pengesahan wewenang dari otoritas hukumnya. Demikian halnya dengan pembatasan pembatasan penyelenggaraan urusan yang telah dilimpahkan menjadi urusan daerah menurut Undang Undang nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah menunjukkan bahwa dalam

³⁰⁵ Riggs, Fred W, *Administration in Developing Countries : The Theory of Prismatic Society*, Boston.: Houghton Mifflin Company, 1964.) hlm. .50

melaksanakan urusan daerah kabupaten/kota Bupati/Walikota dibatasi oleh rambu-rambu yang ketat yang dibuat oleh pemerintah pusat, antara lain dengan NSPK dan SPM, sedangkan majunya suatu daerah diharapkan dari inovasi /pembaruan dari daerah. Dalam penyelenggaraan Pemerintahan Daerah, Pemerintah Daerah dapat melakukan inovasi. Inovasi adalah semua bentuk pembaharuan dalam penyelenggaraan pemerintahan daerah. Namun keharusan Kepala daerah melaporkan inovasi Daerah yang akan dilaksanakan kepada Menteri yang meliputi cara melakukan inovasi, dokumentasi bentuk inovasi, dan hasil inovasi yang akan dicapai, serta ketentuan inovasi daerah yang akan diatur dengan peraturan pemerintah merupakan pembatasan terhadap inisiatif, kreativitas dan diskresi pada penyelenggaraan pemerintahan di daerah.

Semakin formalistis situasi administrasi maka semakin kurang pengaruhnya terhadap perubahan perilaku yang sesuai dengan norma-norma yang digariskan. Sebaliknya, bila satu sistem sangat realistis, maka realisme tersebut dapat dicapai hanya melalui usaha yang terus-menerus untuk mempertahankan persesuaian. Dengan diaturnya diskresi secara rigid pada Undang Undang Administrasi Pemerintahan dan pembatasan pembatasan ruang inisiatif melalui Undang Undang Pemerintahan Daerah menunjukkan formalistis bangunan administrasi yang kaku, yang akan mengakibatkan lambannya perubahan perilaku masyarakat.

Dapat disimpulkan bahwa penerapan diskresi pada hukum administrasi pemerintahan belum sepenuhnya menerapkan karakteristik hukum responsif. Pembatasan yang pembatasan pembatasan ruang inisiatif dengan peraturan yang terperinci merupakan karakteristik hukum otonom.

BAB III

INTEGRITAS KEPALA DAERAH DALAM

PENERAPAN DISKRESI

**A. Diskresi Dalam Konteks Undang Undang Nomor 30 Tahun 2014
tentang Administrasi Pemerintahan**

Secara eksplisit diskresi dituangkan dalam Undang Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan. Diskresi dapat dikatakan sebagai bentuk wewenang Badan atau Pejabat Pemerintahan yang memungkinkan untuk melakukan pilihan-pilihan dalam mengambil tindakan hukum dan/atau tindakan faktual dalam lingkup administrasi atau tata kelola suatu pemerintahan. Diskresi pada Undang Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Negara diatur dalam Bab VI Pasal 22 sampai dengan Pasal 32.

Diskresi didefinisikan sebagai Keputusan dan/atau Tindakan yang ditetapkan dan/atau dilakukan oleh Pejabat Pemerintahan untuk mengatasi persoalan konkret yang dihadapi dalam penyelenggaraan pemerintahan dalam hal peraturan perundang-undangan yang memberikan pilihan, tidak mengatur, tidak lengkap atau tidak jelas, dan/atau adanya stagnasi pemerintahan. Diskresi hanya digunakan sesuai dengan tujuannya.

Kekuasaan diskresi diijinkan dilakukan oleh pejabat administrasi dan otoritas hukum karena secara hukum memiliki kewenangan dan bersifat tidak mengikat. Kewenangan ini diberikan kepada para pejabat oleh undang-undang

atau delegasi . Kekuasaan diskresi tidak memaksakan kewajiban pada pembuat keputusan untuk menggunakannya atau untuk dapat menggunakannya dengan cara tertentu. Pejabat administrasi harus melaksanakan kekuasaan diskresi sesuai dengan persyaratan hukum kekuasaan diskresi harus digunakan cukup , tidak memihak dan menghindari tekanan atau kesalahan yang tidak perlu . Diskresi dapat dilakukan (artinya bahwa diskresi tidak harus dilakukan) oleh pejabat yang berwenang , dengan ketentuan sebagaimana diatur pada Pasal 22, yaitu :

- 1) Diskresi hanya dapat dilakukan oleh Pejabat Pemerintahan yang berwenang.
- 2) Setiap penggunaan Diskresi Pejabat Pemerintahan bertujuan untuk:
 - a. meluncurkan penyelenggaraan pemerintahan;
 - b. mengisi kekosongan hukum;
 - c. memberikan kepastian hukum; dan
 - d. mengatasi stagnasi pemerintahan dalam keadaan tertentu guna kemanfaatan dan kepentingan umum.

Kewenangan yang diberikan kepada Pejabat Pemerintah didasarkan pada Pasal 4 ayat (1) UUD NRI 1945. Dengan adanya pembagian urusan yang menjadi kewenangan masing-masing organ administrasi dalam sistem pemerintahan di Indonesia yaitu Presiden dan Wakil Presiden, para Menteri

beserta perangkatnya, Gubernur beserta perangkatnya, Bupati atau Walikota beserta perangkatnya, dan Kepala Desa beserta perangkatnya, maka dalam melaksanakan tugas terjadi distribusi urusan pemerintahan pemerintah pusat kepada daerah baik provinsi maupun kabupaten/kota.

Kriteria Urusan Pemerintahan yang menjadi kewenangan Daerah provinsi adalah: a. Urusan Pemerintahan yang lokasinya lintas Daerah kabupaten/kota; b. Urusan Pemerintahan yang penggunaannya lintas Daerah kabupaten/kota; c. Urusan Pemerintahan yang manfaat atau dampak negatifnya lintas Daerah kabupaten/ kota; dan/atau d. Urusan Pemerintahan yang penggunaan sumber dayanya lebih efisien apabila dilakukan oleh Daerah Provinsi. Sedangkan kriteria Urusan Pemerintahan yang menjadi kewenangan Daerah kabupaten/kota adalah : a. urusan Pemerintah yang lokasinya dalam Daerah kabupaten/kota;b. Urusan Pemerintahan yang penggunaannya dalam Daerah kabupaten/kota; c. Urusan Pemerintahan yang manfaat atau dampak negatifnya hanya dalam Daerah kabupaten/kota; dan/atau d. Urusan Pemerintahan yang penggunaan sumber dayanya lebih efisien apabila dilakukan oleh Daerah kabupaten/kota.

Adanya pembagian urusan yang menjadi kewenangan masing-masing organ administrasi dalam sistem pemerintahan ini dimaksudkan agar tujuan yang diamanatkan UUD NRI 1945 akan lebih cepat, efisien dan efektif dicapai sesuai dengan wewenang yang diberikan dalam menyelenggarakan urusan. Agar tujuan dapat tercapai dengan efisien dan efektif, pejabat daerah acapkali membutuhkan diskresi. Diskresi digunakan harus sesuai dengan urusan yang diserahkan pada

pemerintahan daerah guna melancarkan penyelenggaraan pemerintahan, mengisi kekosongan hukum, memberikan kepastian hukum dan mengatasi stagnasi pemerintahan dalam keadaan tertentu guna kemanfaatan dan kepentingan umum.

Lingkup diskresi diatur dalam Pasal 23, yaitu Diskresi Pejabat Pemerintahan meliputi:

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

Acapkali praktek dalam hukum administrasi, pejabat pemerintah dihadapkan pada ketentuan peraturan perundang-undangan yang memberikan suatu pilihan pada saat pengambilan Keputusan dan/atau Tindakan. Peraturan perundang-undangan tidak mengatur, sehingga untuk mengatasi kekosongan hukum pejabat pemerintah harus membuat keputusan. Pejabat pemerintah dihadapkan pada suatu permasalahan yang peraturan perundang-undangan yang mengaturnya tidak lengkap atau tidak jelas. Makna pengambilan keputusan karena peraturan perundang undangan yang tidak lengkap ini memberikan arti

bahwa normanya tidak lengkap atau susunannya yang tidak lengkap sehingga masih dibutuhkan peraturan lagi. Tidak jelas harus dimaknai dengan hati-hati bagi pejabat pemerintah yang akan menggunakan diskresi, apakah peraturan yang tidak jelas tersebut membutuhkan penafsiran, misalnya istilah; kepentingan umum, kepentingan yang memaksa, dan dalam keadaan tertentu. Diskresi dapat digunakan jika Pejabat pemerintah dihadapkan pada permasalahan yang menimbulkan stagnasi dan/atau menimbulkan akibat terhadap kepentingan yang lebih luas, jika tidak diambil Keputusan dan/atau Tindakan.

Pasal 24 memberikan batasan alasan alasan obyektif terhadap penggunaan diskresi. Diskresi hanya dapat dilakukan oleh Pejabat Pemerintahan yang berwenang, dengan berbagai persyaratan sebagaimana disebutkan dalam persyaratan diskresi yang diatur yaitu :

- a. sesuai dengan tujuan diskresi sebagaimana dimaksud diberikan;
- b. tidak bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan;
- c. sesuai dengan AUPB;
- d. berdasarkan alasan-alasan yang obyektif;
- e. tidak menimbulkan konflik kepentingan; dan
- f. dilakukan dengan itikad baik.

Tujuan diskresi tidak boleh bertentangan dengan peraturan perundang-undangan. Penerapan diskresi harus sesuai dengan asas umum pemerintahan yang baik (AUPB). Asas ini sudah dinormakan sejak dimuat dalam Undang-Undang Nomor 28 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Negara Bersih dan

Bebas Korupsi, Kolusi dan Nepotisme, Asas-asas umum pemerintahan yang baik di Indonesia diidentifikasi dalam Pasal 3 dirumuskan sebagai Asas umum penyelenggaraan Negara yang terdiri atas: a. Asas Kepastian Hukum adalah asas dalam rangka negara hukum yang mengutamakan landasan peraturan perundang-undangan, kepatutan dan keadilan dalam setiap kebijakan penyelenggara Negara; b. Asas Tertib Penyelenggaraan Negara adalah asas yang menjadi landasan keteraturan, keserasian dan keseimbangan dalam pengendalian penyelenggaraan Negara; c. Asas Kepentingan Umum ; adalah asas yang mendahulukan kesejahteraan umum dengan cara yang aspiratif, akomodatif dan selektif; d. Asas Keterbukaan adalah asas yang membuka diri terhadap hak masyarakat untuk memperoleh informasi yang benar, jujur dan tidak diskriminatif tentang penyelenggaraan negara dengan tetap memperhatikan perlindungan atas hak asasi pribadi, golongan dan rahasia Negara; e. Asas Proporsionalitas adalah asas yang mengutamakan keseimbangan antara hak dan kewajiban penyelenggara Negara; f. Asas Profesionalitas adalah asas yang mengutamakan keahlian yang berlandaskan kode etik dan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku; g. Asas Akuntabilitas adalah asas yang menentukan bahwa setiap kegiatan dan hasil akhir dari kegiatan penyelenggara negara harus dapat dipertanggungjawabkan kepada masyarakat atau rakyat sebagai pemegang kedaulatan tertinggi negara sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Perkembangan Asas Umum Penyelenggaraan Negara ini kemudian dirujuk dalam Undang Undang Pemerintahan Daerah. Selanjutnya terakhir berdasarkan Undang Nomor 30 tahun 2014 Tentang Administrasi

Pemerintahan, Pasal 10 ayat (1) dinyatakan bahwa Asas Asas Umum Pemerintahan yang Baik meliputi asas: a. kepastian hukum; b. kemanfaatan; c. ketidakberpihakan; d. kecermatan; e. tidak menyalahgunakan kewenangan; f. keterbukaan; g. kepentingan umum; dan h. pelayanan yang baik. Penjelasan masing masing asas dimuat dalam dalam Undang Undang ini yaitu :

- a. asas kepastian hukum adalah asas dalam negara hukum yang mengutamakan landasan ketentuan peraturan perundang-undangan, kepatutan, keajegan, dan keadilan dalam setiap kebijakan penyelenggaraan pemerintahan;
- b. asas kemanfaatan adalah manfaat yang harus diperhatikan secara seimbang antara:
 - 1) kepentingan individu yang satu dengan kepentingan individu yang lain;
 - 2) kepentingan individu dengan masyarakat;
 - 3) kepentingan Warga Masyarakat dan masyarakat asing;
 - 4) kepentingan kelompok masyarakat yang satu dan kepentingan kelompok masyarakat yang lain;
 - 5) kepentingan pemerintah dengan Warga Masyarakat;
 - 6) kepentingan generasi yang sekarang dan kepentingan generasi mendatang;
 - 7) kepentingan manusia dan ekosistemnya;
 - 8) kepentingan pria dan wanita.
- c. asas ketidakberpihakan adalah asas yang mewajibkan Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan dalam menetapkan dan/atau melakukan Keputusan dan/atau Tindakan dengan mempertimbangkan kepentingan para pihak secara keseluruhan dan tidak diskriminatif.
- d. asas kecermatan adalah asas yang mengandung arti bahwa suatu Keputusan dan/atau Tindakan harus didasarkan pada informasi dan dokumen yang lengkap untuk mendukung legalitas penetapan dan/atau pelaksanaan Keputusan dan/atau Tindakan sehingga Keputusan dan/atau Tindakan yang bersangkutan dipersiapkan dengan cermat sebelum Keputusan dan/atau Tindakan tersebut ditetapkan dan/atau dilakukan.
- e. asas tidak menyalahgunakan kewenangan adalah asas yang mewajibkan setiap Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan tidak menggunakan kewenangannya untuk kepentingan pribadi atau kepentingan yang lain dan tidak sesuai dengan tujuan pemberian kewenangan tersebut, tidak melampaui, tidak menyalahgunakan, dan/atau tidak mencampuraduk kan kewenangan.
- f. asas keterbukaan adalah asas yang melayani masyarakat untuk mendapatkan akses dan memperoleh informasi yang benar, jujur, dan

tidak diskriminatif dalam penyelenggaraan pemerintahan dengan tetap memperhatikan perlindungan atas hak asasi pribadi, golongan, dan rahasia negara.

- g. asas kepentingan umum adalah asas yang mendahulukan kesejahteraan dan kemanfaatan umum dengan cara yang aspiratif, akomodatif, selektif, dan tidak diskriminatif.
- h. asas pelayanan yang baik adalah asas yang memberikan pelayanan yang tepat waktu, prosedur dan biaya yang jelas, sesuai dengan standar pelayanan, dan ketentuan peraturan perundang-undangan.

AUPB ini bersifat terbuka, maksudnya adalah bahwa asas-asas umum lainnya di luar AUPB yang disebutkan pada pasal 10 ayat (1) dapat diterapkan sepanjang dijadikan dasar penilaian hakim yang tertuang dalam putusan Pengadilan yang berkekuatan hukum tetap. Dinamika dari AUPB sebagai dasar pertimbangan hakim untuk memutus sengketa dalam peradilan tata usaha Negara sebenarnya sudah digunakan sebelum asas asas ini dinormakan dalam undang undang. Sehingga dinamikanyapun diakodasi dengan keberadaan Pasal 10 ayat (2) Undang undang ini.

Pasal 24 huruf d dan e, mensyaratkan diskresi tidak menimbulkan konflik kepentingan; dan dilakukan dengan itikad baik. Yang dimaksud dengan konflik kepentingan menurut Pasal 42, adalah apabila dalam menetapkan dan/atau melakukan Keputusan dan/ atau Tindakan dilatarbelakangi: a. adanya kepentingan pribadi dan/atau bisnis; b. hubungan dengan kerabat dan keluarga; c. hubungan dengan wakil pihak yang terlibat; d. hubungan dengan pihak yang bekerja dan mendapat gaji dari pihak yang terlibat; e. hubungan dengan pihak yang memberikan rekomendasi terhadap pihak yang terlibat; dan/atau f. hubungan dengan pihak-pihak lain yang dilarang oleh ketentuan peraturan perundang- undangan.

Menurut Jeremy Pope, konflik kepentingan terjadi jika seorang pejabat publik tidak mampu membuat batasan yang jelas antara pertimbangan berdasarkan kepentingan bersama dan kepentingan pribadi. Ada motif-motif pribadi yang ikut mewarnai dibalik sebuah pengambilan keputusan publik. menimbang-nimbang dan menghitung keuntungan yang akan diraih - secara pribadi - jika dia menetapkan kebijakan untuk kepentingan publik. Upaya penting yang dilakukan untuk menguji ada tidaknya konflik kepentingan adalah membuat catatan lengkap dan akurat tentang proses pengambilan keputusan dalam organisasi. Ada keterbukaan-dengan menerbitkan informasi mengenai proses- ketika kepentingan dan tindakan itu diambil. Bila ada resiko mengenai persepsi konflik kepentingan, pastikan penilaian teknis para pengambil keputusan dapat dibuktikan. Konflik kepentingan seringkali berkaitan dengan nepotisme.

Nepotisme adalah jenis khusus yang terjadi pada situasi khusus atas terjadinya konflik kepentingan. Larangan nepotisme dimaksudkan untuk menghindari adanya penilaian subyektif atas dasar suka tidak suka dan kepentingan keluarga/pribadi bahwa seseorang berhak atas jabatan atau pekerjaan tertentu, atas nama publik.³⁰⁶ Dalam mengukur ada tidaknya konflik kepentingan, setidaknya dapat digunakan pandangan dari Jeromy Pope³⁰⁷ Setidaknya ada empat hal yang berpotensi besar untuk terjadinya konflik kepentingan, yaitu:

³⁰⁶ Disarikan dari Jeremy Pope, *Strategi Memberantas Korupsi* (Edisi Ringkasan) diringkas oleh Tjahyono, EP Cetakan Kedua, (Jakarta: diterbitkan atas Kerjasama Transparency Internasional & Transparansi Internasional Indonesia, April 2008) hlm. 41-46

³⁰⁷ *Ibid.* 47

1. Pejabat publik dalam melaksanakan tugasnya lebih mengutamakan karir pribadi, memihak karena lebih merasa dekat dengan kepentingan calon “atasan” baru di sektor swasta - misalnya melakukan suap atau melakukan tindak korupsi dalam upayanya memastikan mendapat pekerjaan di sektor swasta setelah pensiun.
2. Mantan pejabat publik terkadang menyalahgunakan informasi terbatas milik pemerintah selama bertugas sebagai pejabat untuk kepentingan pribadi.
3. Mempengaruhi pejabat publik lain, rekan atau bawahan untuk memihak, atau memperkerjakan kembali pejabat yang sudah pensiun dalam rangka pengurangan pegawai. Dalam kasus seperti ini bisa terjadi pejabat publik senior menerima pesangon yang besar, kemudian tetap menerima pesangon dan bekerja kembali dalam jabatan non-eksekutif.
4. Pejabat publik keluar dari pemerintahan dan kemudian diterima kembali sebagai konsultan atau kontraktor dengan gaji yang lebih tinggi.

Dalam situasi sulit seperti ini undang-undang bukan merupakan alat yang efektif untuk mengatasinya. Pejabat publik memiliki peluang yang sangat besar untuk menyalahgunakan kekuasaanya untuk kepentingan pribadi. Karena itu penting dilakukan monitoring harta kekayaan pribadi serta pendapatan dan utang dari pejabat publik. Ini dilakukan untuk mengantisipasi sejak dini

munculnya perilaku pejabat yang menyimpang. Jika ada keengganan sosial-kultural, maka sebaiknya monitoring ini dilakukan oleh badan independen, dan semua data disimpan tidak dipublikasikan kepada publik.

Pendekatan etika adalah pendekatan pencegahan. Berbeda dengan pendekatan hukum yang mempunyai sanksi atas pelanggaran standar nilai yang dipakai. Pendekatan etika ini bisa dilakukan di mana saja dan dalam situasi apapun. Kode etik harus disesuaikan dengan kondisi masyarakat yang akan menggunakannya.

OECD³⁰⁸ telah mengembangkan prinsip-prinsip dasar untuk memberantas korupsi sistemik. Prinsip-prinsip ini dapat disesuaikan dengan keadaan setiap negara. Sekalipun tidak memadai, prinsip-prinsip ini bisa digunakan sebagai acuan untuk memberantas korupsi sistemik. Prinsip-prinsip tersebut adalah³⁰⁹:

1. Standar etika pelayanan publik harus jelas.
2. Standar etika ini harus tercermin dalam kerangka hukum.
3. Harus tersedia pedoman etika bagi pegawai negeri.
4. Pegawai negeri harus tahu hak dan kewajiban ketika dihadapkan pada perilaku tercela.
5. Dukungan kemauan politik pada etika dapat memperkuat perilaku etis pada pegawai negara.
6. Proses pengambilan keputusan harus transparan dan terbuka untuk diuji.
7. Harus ada pedoman yang jelas untuk interaksi sektor publik dengan

³⁰⁸ OEEC adalah Organisasi Kerjasama Ekonomi Eropa yang dibentuk pada tahun 1948 untuk mengelola bantuan Amerika dan Kanada dalam rangka Marshall Plan untuk rekonstruksi Eropa setelah Perang Dunia II berkantor pusat di Chateau de la Muette di Paris, Perancis. Setelah Marshall Plan berakhir, OEEC difokuskan pada isu-isu ekonomi, beranggotakan Austria, Belgium, Canada, Denmark, France, Germany, Greece, Ireland, Italy, Luxembourg, The Netherlands, Norway, Portugal, Spain Sweden, Switzerland, Turkey, UK, USA

³⁰⁹ Jeromy Pope, *op.cit.* hlm. 45

sektor swasta.

8. Pimpinan harus memberikan teladan dan mendorong perilaku beretika.
9. Kebijakan pengelolaan, perilaku prosedur dan praktik perilaku beretika harus mendorong perilaku beretika itu sendiri
10. Persyaratan kerja pelayanan publik dan pengelolaan sumber daya manusia harus dapat mendorong perilaku beretika.
11. Harus ada mekanisme pertanggung gugat yang memadai dalam pelayanan publik.
12. Harus ada prosedur dan sanksi yang tepat untuk menghadapi perilaku tercela.

Kode etik disektor publik, sama dengan kode etik disektor swasta dan profesi, memainkan peran yang makin besar dalam pengembangan Sistem Integrasi Nasional. Kode etik ini berperan besar untuk mencegah sesuatu yang terjadi agar tidak bertentangan dengan nilai-nilai kepatutan. Kode etik ini harus disusun berdasarkan nilai-nilai yang telah disepakati bersama, mencerminkan sebuah aspirasi semua yang terlibat dan menyetujui nilai-nilai itu.

Kode etik ini bukan sebatas daftar panjang larangan, tetapi dibalik 'nada larangan' harus ada konstruksi pemikiran positif sedemikian rupa sehingga pendukung kode etik itu secara otonom dapat mengembangkan diri sesuai nilai-nilai yang telah menjadi kesepakatan. Kode etik juga harus disosialisasikan, dan yang terpenting kode etik harus memiliki penasihat dan pedoman untuk menghadapi situasi yang abu-abu. Ada baiknya pengembangan dan pelatihan etik publik diberikan oleh lembaga-publik biasanya bagian dari kementerian urusan pelayanan publik.

Etika publik menurut Harjatmoko adalah refleksi tentang standar/norma yang menentukan baik/buruk, benar/salah perilaku, tindakan dan keputusan untuk mengarahkan kebijakan publik dalam rangka menjalankan tanggungjawab pelayanan publik.³¹⁰ Jadi etika publik bukan pertama-tama sibuk dengan merumuskan norma, tetapi membangun sistem atau prosedur yang memudahkan norma-norma etika publik bisa dilaksanakan untuk mencegah konflik kepentingan dan korupsi. Maka sebagai sarana utama untuk mencapai tujuan pelayanan publik yang relevan dan responsif terhadap kebutuhan publik diperlukan akuntabilitas, transparansi dan netralitas.

Ada tiga dimensi etika publik yang disampaikan oleh Harjatmoko yaitu : 1) tujuan: “upaya hidup baik” diterjemahkan menjadi “mengusahakan kesejahteraan umum melalui pelayanan publik yang berkualitas dan relevan”; 2) sarana: “membangun institusi-institusi yang lebih adil” dirumuskan sebagai “membangun infrastruktur etika dengan menciptakan regulasi, hukum, aturan agar dijamin akuntabilitas, transparansi, dan netralitas pelayanan publik”; 3) aksi/tindakan : dipahami sebagai “integritas publik” untuk menjamin pelayanan publik yang berkualitas dan relevan. Tekanan etika publik adalah menyediakan modalitas tindakan etis.

Untuk mendapatkan legitimasi, suatu tindakan atau kebijakan harus mengacu norma. Norma di dalam etika publik bisa berupa hukum, kode etik, yang mencegah konflik kepentingan dan korupsi, tuntutan integritas publik, tujuan

³¹⁰ Harjatmoko, *Etika Publik* (Jakarta:Gramedia, 2011), hlm.2

pelayanan publik yang relevan dan responsif atau dengan nilai-nilai agama/profetik.

Salah satu syarat penerapan diskresi menurut UUAP adalah Itikad baik. Itikad baik dikenal dalam hukum kontrak, yang merupakan lembaga hukum (*rechtsfguur*) yang berasal dari hukum Romawi yang kemudian diserap oleh *Civil Law*. Dalam perkembangannya diterima pula dalam hukum kontrak di beberapa negara yang menganut sistem *Common Law* seperti, Amerika Serikat, Australi, Selandia Baru dan Canada. Bahkan itikad baik tidak hanya diterima di dalam berbagai sistem hukum nasional tetapi juga oleh artikel 1.7 UNDRUIT dan artikel 1.7 *Covenantion International Sales of Goods*.³¹¹

Asas itikad baik merupakan salah satu asas hukum khusus.³¹² Asas ini adalah asas hukum khusus karena merupakan asas hukum yang hanya berlaku di bidang hukum perdata saja. Asas itikad baik ini sesungguhnya berasal dari hukum Romawi. Di dalam hukum Romawi asas ini disebut asas *Bonafides*. kitab Undang- Undang Hukum Perdata mempergunakan istilah itikad baik dalam 2 pengertian. Pengertian Itikad baik yang pertama adalah pengertian itikad baik dalam arti subyektif, di dalam bahasa Indonesia, itikad baik dalam arti subyektif itu disebut kejujuran. Pengertian itikad baik subyektif/ kejujuran terdapat dalam pasal 530 KUHPerdara dan seterusnya yang mengatur mengenai kedudukan berkuasa (*bezit*). Itikad baik dalam arti subyektif merupakan sikap batin atau suatu keadaan jiwa. Dalam hal ini itikad baik (kejujuran) dimaknai sebagai keinginan dalam hati sanubari pihak yang memegang atau menguasai barang pada waktu ia mulai menguasai barang itu bahwa syarat-syarat yang diperlukan untuk mendapatkan hak milik atas barang itu telah dipenuhi.

³¹¹ Ridwan Khairandy, *Etikad Baik Dalam kebebasan berkontrak Studi Mengenai Putusan putusan Pengadilan di Indonesia*, Disertasi Universitas Indonesia, hlm, 2003 . hlm.150

³¹² Siti Ismijati Jenie, *Itikad Baik Dari Asas Hukum Khusus Menjadi Asas Hukum Umum di Indonesia*, Pidato Pengukuhan Jabatan Guru Besar Universitas Gajah Mada, (Yogyakarta: UGM, 10 September 2007), hlm.3-4

Etikad baik dalam hukum perjanjian dibagi dalam 3 (tahap), yaitu etikan baik pra kontrak pada saat kontrak dan pasca kontrak. Etikad baik yang dimaknai kejujuran adalah etikad baik pada saat pra perjanjian, yaitu ditunjukkan dengan para pihak beretikad baik. Etikad baik sudah ada pada saat sebelum kontrak. Ketika bernegosiasi misalnya penjual berkewajiban untuk menyampaikan menjelaskan obyek kontrak itu apa misalnya keadaan barang yang diperjanjikan sedangkan pembeli mempunyai kewajiban memeriksa atau meneliti keadaan barang yang diperjanjikan tersebut, prakontrak ini yang disebut etikad baik bersifat subyektif.³¹³ Sedang pada saat kontrak pelaksanaan ini bersifat obyektif bukan lagi etikad yang dimaksud dengan kejujuran tetapi sudah pada menilai isi kontrak melihat substansi kontrak itu patut atau tidak.

Ini merupakan konsepsi obyektif yang secara universal diterapkan dalam semua transaksi. Hal ini sesuai dengan postulat Roscou Pound yang menyatakan “ *Man must be to assume that thos with whom they deal in the general intercourse of society will act in the good faith and will carry out their understanding according to the expectation of the community* ”.³¹⁴

Wiryono Projodikoro menyatakan bahwa kejujuran bersifat statis.³¹⁵ Hal ini ditegaskan juga oleh Subekti yang menyatakan bahwa: "Dalam hukum benda itu etikad baik berarti kejujuran atau kebersihan " Etikad baik yang berarti kejujuran ini juga diatur dalam pasal 1386 KUHPPerdata/dalam pasal tersebut menentukan bahwa: "Pembayaran yang dengan etikad baik dilakukan

³¹³ Hasil Wawancara dengan Ridwan Khairandy, 23 Oktober 2015, j. 16.00

³¹⁴ Rouscou Pound, dirujuk Ridwan Khairandy, *op.cit.* hlm.161

³¹⁵ Siti Ismijati Jenie, *op.cit.* hlm.5

kepada seseorang yang memegang surat piutangnya adalah sah", itikad baik di sini adalah bahwa si pembayar utang tidak mengetahui bahwa pihak yang menerima pembayaran itu bukan krediturnya, keadaan jiwa yang demikian itulah yang dilindungi oleh Undang Undang sehingga meskipun pembayaran itu diterima oleh orang yang bukan krediturnya tetapi pembayaran itu dianggap sah.³¹⁶

Kejujuran (itikad baik) dalam pasal 1338 (3) KUHPerdara, tidak terletak pada keadaan jiwa manusia, akan tetapi terletak pada tindakan yang dilakukan oleh kedua belah pihak dalam melaksanakan janji, jadi kejujuran di sini bersifat dinamis, kejujuran dalam dinamis atau kepatutan ini berakar pada sifat peranan hukum)pada umumnya, yaitu usaha untuk mengadakan keseimbangan dan berbagai kepentingan yang ada dalam masyarakat. Dalam suatu tata hukum pada hakekatnya tidak diperbolehkan kepentingan seseorang dipenuhi seluruhnya dengan akibat kepentingan orang lain sama sekali terdesak atau diabaikan. Masyarakat harus merupakan sesuatu neraca yang berdiri tegak dalam keadaan seimbang.

Itikad baik dalam arti kepatutan itu dipergunakan pula di dalam pasal 1339 KUHPerdara yang menyebutkan : perjanjian tidak hanya mengikat untuk hal-hal yang dengan tegas dinyatakan di dalamnya, tetapi juga untuk segala sesuatu yang menurut sifat perjanjian diharuskan oleh kepatutan, kebiasaan atau Undang-Undang.

Dibidang hukum bisnis asas itikad baik dalam arti obyektif ini mendapatkan penerapan dalam prinsip *Good Corporate Governance*. Menurut Sutan Remy Syahdeini.³¹⁷ *Corporate Governance* adalah suatu konsep yang strukturnya menyangkut sumber peraturan, pembagian tugas, pembagian beban tanggung jawab dari masing masing unsur yang membentuk struktur perseroan tersebut, serta hubungan antara perseroan mulai dari RUPS, Direksi, komisaris Juga mengatur hubungan antara unsur-unsur dan struktur perseroan dengan unsur diluar peraturan yang merupakan *stakeholder* perseroan.

³¹⁶ *Loc.cit*

³¹⁷ *ibid*, hlm.13

Asas itikad baik tidak saja berkembang di bidang hukum perdata, melainkan juga dijumpai di bidang hukum publik, salah satu di antaranya adalah di bidang hukum pajak. Sejak diadakannya *Tax reform* di Indonesia, pemungutan pajak, utamanya pajak penghasilan dan pajak pertambahan nilai barang dan jasa, dilakukan dengan sistem *Self Assessment*. Dalam sistem ini wajib pajak diberi kepercayaan penuh untuk secara mandiri menghitung, memperhitungkan, membayar dan melaporkan pembayaran pajaknya untuk suatu masa pajak. Kepercayaan kepada wajib pajak itu tentu tidak diberikan begitu saja. *Fiscus* mempunyai alat pengaman untuk mengawasi apakah wajib pajak benar-benar jujur di dalam melaksanakan kewajiban perpajakannya. Salah satu alat untuk melakukan pengawasan itu adalah kewajiban menyelenggarakan pembukuan dan pencatatan yang diatur di dalam bab ketentuan dan tata cara perpajakan.

Jadi asas itikad baik yang semula hanya merupakan suatu asas yang berlaku di bidang hukum perjanjian telah berkembang dan diterima sebagai asas di bidang-bidang atau cabang-cabang hukum yang lain, baik yang sesama keluarga hukum *privaat* maupun yang merupakan bidang hukum publik. Dengan lain perkataan, asas itikad baik itu telah berkembang dari asas hukum khusus menjadi asas hukum umum. Perkembangan yang demikian ini menurut Siti Ismijati Jenie, sesungguhnya merupakan suatu keniscayaan, mengingat bahwa asas itikad baik ini adalah perwujudan dari suatu asas yang bersifat universal yaitu asas penilaian baik dan buruk sebagai dikemukakan oleh Scholten ³¹⁸, di dalam tataran dokmatik hukum. Sebagai suatu asas yang universal, ia berlaku kapan dan di mana saja, tidak tergantung oleh waktu dan tempat. ³¹⁹

Asas etikad baik menurut Undang-Undang Nomor 12 tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, khususnya pada penjelasan Pasal 6

³¹⁸ Sudikno Mertokusumo yang dirujuk dalam Siti Ismijati Jenie, hlm.16

³¹⁹ *Ibid*, hlm.17

ayat (2) huruf b disebut sebagai asas hukum khusus bidang perdata yang menyatakan bahwa selain mencerminkan asas sebagaimana dimaksud pada ayat (1), Peraturan Perundang-undangan tertentu dapat berisi asas lain sesuai dengan bidang hukum Peraturan Perundang-undangan yang bersangkutan. Misalnya dalam Hukum Perdata, contohnya, dalam hukum perjanjian, antara lain, asas kesepakatan, kebebasan berkontrak, dan itikad baik. Etikad baik tidak hanya mengacu pada etikad para pihak, tetapi harus pula mengacu kepada nilai-nilai yang berkembang dalam masyarakat. Selain etikad baik merupakan bagian dari masyarakat atau kepatutan masyarakat.³²⁰

“Etikad baik” dalam konteks diskresi, dalam penjelasan Pasal 24 huruf e adalah Keputusan dan/atau Tindakan yang ditetapkan dan/atau dilakukan didasarkan atas motif kejujuran dan berdasarkan AUPB. Alasan dimunculkannya asas ini, menurut Guntur Hamzah³²¹ karena bisa terjadi penerapan diskresi sudah memenuhi persyaratan dilakukan diskresi, yaitu sesuai dengan tujuan, tidak bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan, sesuai dengan AUPB, berdasarkan alasan-alasan yang objektif, tidak menimbulkan konflik kepentingan, namun dapat diduga dalam mengambil keputusan dan atau tindakan diskresi pejabat memiliki maksud tersembunyi, misalnya kepentingan politik atau kekuasaan. Maka perlu diuji penggunaan diskresi tersebut beretikad baik atau tidak beretikad baik. Terutama diskresi yang dilakukan oleh pejabat di tingkat lembaga tinggi negara, yang acapkali di pengaruhi oleh kepentingan

³²⁰ James Gordly, dirujuk Ridwan Khairandy, *op.cit.* hlm.161

³²¹ Hasil wawancara dengan M. Guntur Hamzah, Tim Perumus UUAP, tanggal. 5 September 2015

politik. Dicontohkan hal semacam ini adalah dikresi yang digunakan oleh Budiono yang pada waktu itu menjabat sebagai Gubernur Bank Indonesia dalam membuat keputusan berdasarkan diskresi untuk mengatasi masalah Bank Century perlu dikaji apakah ada maksud tersembunyi untuk kepentingan diri sendiri berkaitan dengan diangkatnya Budiono pada jabatan Wakil Presiden.³²²

Jika digunakan pandangan dari Jeromy Pope bahwa dalam mengukur ada tidaknya konflik kepentingan, setidaknya dapat dilihat, bahwa konflik kepentingan terjadi jika seorang pejabat publik tidak mampu membuat batasan yang jelas antara pertimbangan berdasarkan kepentingan bersama dan kepentingan pribadi. Ada motif-motif pribadi yang ikut mewarnai dibalik sebuah pengambilan keputusan publik. menimbang-nimbang dan menghitung keuntungan yang akan diraih - secara pribadi - pada saat menetapkan kebijakan untuk kepentingan publik. Sejalan dengan pandangan itu pula Pasal 43 UU AP juga sudah merinci yang dimaksud dengan konflik kepentingan adalah melakukan Keputusan dan/atau Tindakan dilatarbelakangi: a. adanya kepentingan pribadi dan/atau bisnis; b. hubungan dengan kerabat dan keluarga; c. hubungan dengan wakil pihak yang terlibat; d. hubungan dengan pihak yang bekerja dan mendapat gaji dari pihak yang terlibat; e. hubungan dengan pihak yang memberikan rekomendasi terhadap pihak yang terlibat; dan/atau f. hubungan dengan pihak-pihak lain yang dilarang oleh ketentuan peraturan perundang-undangan. Maka maksud tersembunyi untuk kepentingan diri sendiri sudah tercakup dalam larangan ada kepentingan dibalik keputusan dan/atau

³²² Hasil wawancara dengan M.Guntur Hamzah, Tim Perumus UUAP, tanggal. 5 September 2015.

tindakan yang timbul dari penggunaan diskresi. Syarat etika baik menjadi kurang tepat. Akan lebih tepat jika dikembangkan etika publik, yaitu refleksi tentang standar/norma yang menentukan baik/buruk, benar/salah perilaku, tindakan dan keputusan untuk mengarahkan kebijakan publik dalam rangka menjalankan tanggungjawab pelayanan publik. Jadi etika publik yang terpenting bukan merumuskan norma, tetapi membangun sistem atau prosedur yang memudahkan norma-norma etika publik bisa dilaksanakan untuk mencegah konflik kepentingan dan korupsi.

Disebutkan pada Pasal 25 bahwa Penggunaan Diskresi yang berpotensi mengubah alokasi anggaran wajib memperoleh persetujuan dari Atasan Pejabat sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan. Persetujuan dilakukan apabila penggunaan Diskresi berdasarkan ketentuan Pasal 23 huruf a. yaitu pengambilan Keputusan dan/atau Tindakan berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan yang memberikan suatu pilihan Keputusan dan/atau Tindakan; b. pengambilan Keputusan dan/atau Tindakan karena peraturan perundang-undangan tidak mengatur; c. pengambilan Keputusan dan/atau Tindakan karena peraturan perundang-undangan tidak lengkap atau tidak jelas; serta menimbulkan akibat hukum yang berpotensi membebani keuangan negara. Dalam hal penggunaan Diskresi menimbulkan keresahan masyarakat, keadaan darurat, mendesak dan/atau terjadi bencana alam, Pejabat Pemerintahan wajib memberitahukan kepada Atasan Pejabat sebelum penggunaan Diskresi dan melaporkan kepada Atasan Pejabat setelah penggunaan Diskresi. Pemberitahuan sebelum penggunaan Diskresi dilakukan apabila penggunaan Diskresi

berdasarkan ketentuan dalam Pasal 23 huruf d yang berpotensi menimbulkan keresahan masyarakat. Pelaporan setelah penggunaan Diskresi dilakukan apabila penggunaan diskresi yang dilakukan berdasarkan Pasal 23 huruf d terjadi dalam keadaan darurat keadaan mendesak dan/atau terjadi bencana alam.

Pengaturan penggunaan diskresi pada Pasal 25 yang mensyaratkan persetujuan harus dilakukan apabila pejabat menggunakan diskresi bagi pengambilan keputusan/ tindakan yang menimbulkan perubahan anggaran dan keharusan melapor apabila diskresi diambil dalam keadaan darurat, mendesak dan atau bencana alam, ini sesungguhnya meniadakan esensi kebebasan bertindak. Pejabat sebelum menggunakan diskresi wajib mendapat persetujuan atasan memberitahu, pejabat setelah menggunakan diskresi wajib melaporkan. Hal dimaksud akan menimbulkan diskresi kehilangan esensi kebebasannya. Bahkan prosedur penggunaan diskresi tersebut diatur secara rinci pada Pasal 26 ayat (1) : Pejabat yang menggunakan Diskresi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 25 ayat (1) dan ayat (2) wajib menguraikan maksud, tujuan, substansi, serta dampak administrasi dan keuangan. (2) Pejabat yang menggunakan Diskresi sebagaimana dimaksud pada ayat (1) wajib menyampaikan permohonan persetujuan secara tertulis kepada Atasan Pejabat. (3) Dalam waktu 5 (lima) hari kerja setelah berkas permohonan diterima, Atasan Pejabat menetapkan persetujuan, petunjuk perbaikan, atau penolakan. (4) Apabila Atasan Pejabat sebagaimana dimaksud pada ayat (3) melakukan penolakan, Atasan Pejabat tersebut harus memberikan alasan penolakan secara tertulis.

Pasal 27 menyatakan bahwa : (1) Pejabat yang menggunakan Diskresi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 25 ayat (3) dan ayat (4) wajib menguraikan maksud, tujuan, substansi, dan dampak administrasi yang berpotensi mengubah pembebanan keuangan negara. (2) Pejabat yang menggunakan Diskresi sebagaimana dimaksud pada ayat (1) wajib menyampaikan pemberitahuan secara lisan atau tertulis kepada Atasan Pejabat. (3) Pemberitahuan sebagaimana dimaksud pada ayat (2) disampaikan paling lama 5 (lima) hari kerja sebelum penggunaan Diskresi.

Pasal 28 menyatakan bahwa (1) Pejabat yang menggunakan Diskresi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 25 ayat (3) dan ayat (5) wajib menguraikan maksud, tujuan, substansi, dan dampak yang ditimbulkan. (2) Pejabat yang menggunakan Diskresi sebagaimana dimaksud pada ayat (1) wajib menyampaikan laporan secara tertulis kepada Atasan Pejabat setelah penggunaan Diskresi. (3) Pelaporan sebagaimana dimaksud pada ayat (2) disampaikan paling lama 5 (lima) hari kerja terhitung sejak penggunaan Diskresi.

Pasal 29 menyatakan bahwa Pejabat yang menggunakan Diskresi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 26, Pasal 27, dan Pasal 28 dikecualikan dari ketentuan memberitahukan kepada Warga Masyarakat sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 ayat (2) huruf g.

Pasal 25 sampai dengan Pasal 28 memberi batasan yang ketat terhadap penerapan diskresi, dengan mensyaratkan persetujuan, pelaporan dan

pemberitahuan kepada atasan pembuat diskresi. Namun tidak melibatkan partisipasi masyarakat untuk menilai apakah diskresi tersebut tepat atau tidak. Pasal 25, berpeluang membatasi bahkan “melucuti” esensi yang inheren harus ada pada diskresi.³²³ Sesungguhnya yang menjadi pengujian (*toetsteen*) dari penggunaan diskresi adalah sejauhmana diskresi bersesuaian atau melampaui kewewenangan (*de bevoegdheden*), yang melekat pada jabatan dari pejabat yang menggunakan diskresi. Ketika terjadi pelampauan kewenangan maka hal dimaksud bukan hal ikhwal diskresi tetapi pelanggaran hukum (*onrechtmatig*). Persyaratan persetujuan atasan dalam hal tertentu sama sekali tidak terpaut dengan hal diskresi tetapi terpaut hubungan atasan dan bawahan secara *administratief rechtelijk*. Persetujuan dari atasan tidak lazim dikenal sekalipun dalam kaitan penyelenggaraan *gebondend bestuur*.

Kewajiban pejabat yang harus minta persetujuan pada atasan pejabat akan menyulitkan pelaksanaan diskresi. Atasan pejabat menurut undang-undang ini adalah atasan pejabat langsung yang mempunyai kedudukan dalam organisasi atau strata pemerintahan yang lebih tinggi.³²⁴ Padahal dalam penggunaan kewenangan harus jelas hubungan pejabat pengguna diskresi dengan atasan pemberi persetujuan atas diskresi pejabat bawahan. Hal ini berkaitan dengan kewenangan yang melekat pada jabatan. Apabila berkaitan dengan delegasi (*delegation of authority*) maka penyebab pemberi delegasi kehilangan kewenangan. Sebagaimana diatur dalam Pasal 13 ayat (7) UUAP yang

³²³ HM Laica Marzuki, “Menyoal Penggunaan Diskresi Dalam Penyelenggaraan Pemerintahan (Mengkritisi Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan”, *Seminar Rasional HUT IKAHI*, (Jakarta: 26 Maret 2015), hlm7

³²⁴ Pasal 1 angka 4 UUAP

menyatakan bahwa Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan yang memperoleh Wewenang melalui Delegasi, tanggung jawab Kewenangan berada pada penerima Delegasi. Terkait dengan hal ini maka pada penyerahan sebagian urusan pemerintahan pusat pada pemerintahan daerah dalam kerangka desentralisasi, telah terjadi pendelegasian wewenang. Oleh karena itu maka tanggung jawab urusan urusan dimaksud beralih kepada penerima delegasi, dalam hal ini adalah pemerintahan daerah.

Sedangkan dalam hal pelimpahan atas dasar mandat, atasan ikut bertanggungjawab termasuk dalam hal pembuatan keputusan dan atau tindakan berdasarkan diskresi. Hal ini dapat dipahami, manakala diskresi dibuat oleh pejabat yang memperoleh mandate dari atasan. Namun patut dipertanyakan apakah pejabat yang memperoleh mandate dimungkinkan untuk membuat keputusan dan/tindakan berdasarkan delegasi, mengingat delegasi tidak mengalihkan tanggungjawab. Sebagaimana Pasal 14 ayat (1) Badan dan/ atau Pejabat Pemerintahan memperoleh Mandat apabila: a. Ditugaskan oleh Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan di atasnya; dan b. merupakan pelaksanaan tugas rutin. Pada ayat (8) juga sudah dinyatakan bahwa Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan yang memperoleh Wewenang melalui Mandat tanggung jawab Kewenangan tetap pada pemberi Mandat.

Jadi kewajiban pejabat yang harus minta persetujuan pada atasan pejabat akan menyulitkan pelaksanaan diskresi. Justru dasar pengawasan penggunaan diskresi adalah apakah diskresi digunakan sesuai dengan kewenangan atau melampaui kewenangan yang melekat pada jabatan.

Pasal 17 mengatur tentang larangan penyalahgunaan wewenang, yang menyatakan bahwa Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan dilarang menyalahgunakan Wewenang. Larangan penyalahgunaan Wewenang meliputi: a. larangan melampaui Wewenang; b. Larangan mencampuradukkan Wewenang dan atau c. larangan bertindak sewenang-wenang. Dilanjutkan pada Pasal 18 yang menyatakan bahwa Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan dikategorikan melampaui Wewenang apabila Keputusan dan/atau Tindakan yang dilakukan: a. Melampaui masa jabatan atau batas waktu berlakunya Wewenang; b. melampaui batas wilayah berlakunya Wewenang; dan/atau c. Bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.

Menurut Philipus M. Hadjon. Penyalahgunaan wewenang dalam konteks hukum administrasi selalu berparalel dengan konsep *detourmenent de pouvoir* Dalam *verklaren woordenboek openbaar bertuur* dirumuskan sebagai *het oneigenlijk gebruik maken van har bevoegdheid kennelijk toot een onder doel heeftgebruikt dan tat doeleinden waartoe de bevoegdis geven. De overhead schendt aldus hed special teitsbeginsel* (penggunaan wewenang tidak sebagaimana mestinya . Dalam hal ini pejabat menggunakan wewenangnya untuk tujuan lain yang menyimpang dari tujuan yang telah diberikan dari wewenang itu. Dengan demikian pejabat melanggar asas spesialisitas)³²⁵

Dalam mengukur apakah terjadi penyalahgunaan wewenang haruslah dibuktikan secara faktual bahwa pejabat telah menggunakan wewenangnya untuk tujuan lain.

Menurut Philipus M.Hadjon, penyalahgunaan wewenang bukanlah terjadi karena suatu kealpaan. Penyalahgunaan wewenang dilakukan secara sadar yaitu

³²⁵ Philipus M. Hadion, "Peradilan Tata Usaha Negara dalam Konteks Undang Undang Nomor 30 Tahun 2014", Colloquium Membedah Undang Undang Nomor 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan, (Surabaya:5 Juni 2015), hlm.9

mengalihkan tujuan dari wewenang itu diberikan . Pengalihan tujuan didasarkan atas interest pribadi baik untuk kepentingan dirinya sendiri maupun orang lain. Tiga unsur utama penyalahgunaan wewenang adalah ; *Met opzet* (dengan sengaja), mengalihkan tujuan wewenang dan ada interest pribadi yang negatif.³²⁶

Romli Atmasasmita mengkaji istilah melawan hukum dari tiga undang undang, yaitu Undang Undang Nomor 28 Tahun 1999 tentang Pemerintahan yang Bersih Bebas Kolusi, Korupsi dan Nepotisme, Undang Undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi dan Undang Undang Nomor 30 Tentang Administrasi Pemerintahan terdapat sinergitas dan alur pikir yang sistematis-logis sehingga dapat dikatakan sebagai unifikasi hukum dalam pencegahan dan pemberantasan korupsi. Jika ditarik garis lurus dari ke tiga undang undang tersebut maka penjelasan mengenai pengertian penyalahgunaan wewenang dalam Pasal 3 UU Tipikor telah diakomodir dalam UU AP khususnya Pasal 17 tentang larangan menyalahgunakan wewenang.³²⁷

Istilah penyalahgunaan wewenang dikenal dalam doktrin hukum identik dengan “onrechtmatig overheidsdaad” yang diterjemahkan oleh Sudikno adalah “Perbuatan Melawan Hukum oleh Pemerintah” Sudikno mempersempit pengertian Badan dan atau Pejabat³²⁸. Dalam UUAP termasuk di dalamnya adalah penyelenggara Pemerintahan dalam lembaga eksekutif, yudikatif, legislatif dan fungsi fungsi pemerintahan lainnya yang disebut dalam Undang Undang Dasar

³²⁶ *Ibid.* hlm.11

³²⁷ Romli Atmasasmita, “Penyalahgunaan Wewenang Oleh Penyelenggara Negara”, *Seminar Nasional HUT IKAHI*, (Jakarta: 26 Maret 2015), hlm3

³²⁸ *Loc.cit*

NRI 1945 dan/atau undang undang.³²⁹ Sudikno menerangkan bahwa sejarah perbuatan melawan hukum oleh pemerintah yang merupakan terjemahan dari “onrechtmatig overheidsdaad” dengan membedakan perbuatan pemerintah yang bersifat *publiekrechtelijke* dan yang bersifat *privatrechtelijke*. Sifat perbuatan pemerintah yang kedua yang memungkinkan pemerintah digugat secara perdata. Sedangkan perbuatan pemerintah yang bersifat *publiekrechtelijke* menurut Sudikno tidak dapat digugat secara perdata³³⁰. Berlainan dengan maksud dan tujuan pembentuk Undang Undang AP, justru perbuatan jabatan yang menjalankan fungsi pemerintahan dapat dimintakan pertanggungjawaban administratif, bukan pertanggungjawaban pidana , forum yang digunakan adalah Pengadilan Tata Usaha Negara.³³¹

Mengenai akibat hukum penggunaan diskresi dinyatakan dalam Pasal 30 yang mengatur akibat hukum dari diskresi, adalah :

1. Penggunaan Diskresi dikategorikan melampaui Wewenang apabila:
 - a. bertindak melampaui batas waktu berlakunya Wewenang yang diberikan oleh ketentuan peraturan perundang-undangan; b. bertindak melampaui batas wilayah berlakunya Wewenang yang diberikan oleh ketentuan peraturan perundang-undangan; dan/atau c. tidak sesuai dengan ketentuan Pasal 26, Pasal 27, dan Pasal 28.(1).

³²⁹ Pasal 4 UU AP, Ruang Lingkup dan Asas, Bagian I Ruang Lingkup.

³³⁰ Sudikno Mertokusumo, dirujuk dari Romli Atmasasmita, *loc.cit*

³³¹ Wawancara dengan Romli Atmasasmita 3 September 2015

Penggunaan Diskresi dikategorikan mencampuradukkan Wewenang apabila: a. menggunakan Diskresi tidak sesuai dengan tujuan Wewenang yang diberikan; b. tidak sesuai dengan ketentuan Pasal 26, Pasal 27, dan Pasal 28; dan/atau c. bertentangan dengan AUPB.

2. Akibat hukum dari penggunaan Diskresi sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dapat dibatalkan.

Pasal 32 menyatakan bahwa penggunaan diskresi dikategorikan sebagai tindakan sewenang-wenang apabila dikeluarkan oleh pejabat yang tidak berwenang. Akibat hukum dari penggunaan Diskresi tersebut menjadi tidak sah. Agar diskresi yang ada pada administrasi negara tersebut tidak disalahgunakan, maka diperlukan adanya tolok ukur pembatasan terhadap penggunaannya. Dengan kata lain ada batas toleransi yang mesti dipenuhi oleh administrasi dalam menggunakannya. Batasan obyektif penggunaan diskresi dalam undang undang administrasi pemerintahan agar menjadi syarat obyektif.

Penerapan sanksi terhadap penggunaan diskresi terdiri dari sanksi administrasi ringan, sedang dan berat, sebagaimana diatur dalam BAB XII Tentang Sanksi Administratif. Pasal 80 memasukkan Pasal 26, Pasal 27, Pasal 28, sebagai pelanggaran dengan sanksi administratif ringan, Pasal 25 ayat (1), Pasal 25 ayat (3), sebagai pelanggaran dengan sanksi administratif sedang . Pejabat Pemerintahan yang melanggar ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 17 dan Pasal 42 dikenai sanksi administratif berat. Termasuk

keputusan dan atau tindakan yang dibuat atau dilakukan oleh pejabat dengan menggunakan diskresi.

Pasal 80 ayat (4) menyatakan bahwa Pejabat Pemerintahan yang melanggar ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) atau ayat (2) yang menimbulkan kerugian pada keuangan negara, perekonomian nasional, dan/atau merusak lingkungan hidup dikenai sanksi administratif berat.

Pada Undang Undang Nomor 30 Tahun 2014, menyatakan bahwa penyalahgunaan wewenang (Pasal 17) termasuk dalam katagori pelanggaran dengan sanksi administratif berat. Dengan demikian maka penyalahgunaan wewenang, bahkan yang menimbulkan kerugian pada keuangan negara, perekonomian nasional, dan/atau merusak lingkungan hidup sebagaimana disebutkan pada Pasal 80 ayat (4) di atas hanya dikenai sanksi administratif berat. Belum dijelaskan pada undang undang ini apakah pejabat yang sudah dikenai sanksi administrasi (berat) dapat dikenai sanksi pidana jika terdapat perbuatan penyalahgunaan wewenang dimaksud.

Merujuk referensi yang dikemukakan oleh Romli Atmasasmita dari Oswald Janinsen (ed), "Administrative Sanction The European Union" mengenai keberadaan sanksi administratif dan sanksi pidana terdapat dua pandangan. Yaitu pandangan yang mengakui keberadaan sanksi administrative tidak mengesampingkan sanksi pidana atau disebut "law degree of defferentiation" dan yang berpandangan bahwa kjeberadaan sanksi adminstratif harus dipisahkan tegas dari sanksi pidana atau disebut "high degree of defferentiation". Inggris,

Swedia, Spanyol termasuk Negara Negara yang tidak membedakan (memisahkan) sanksi administrasi dan sanksi pidana. Negara negara tersebut bisa menerapkan sanksi pidana bersama sama dengan sanksi administrative.³³²

Dalam laporannya Inggris menyatakan : “...that in the United Kingdom there has been no equivalent tradition to the system of droit administrative (administrative law) and no rigid distinction between public and private law. The use of criminal law was often used to underpin the practical working of the licensing system or in certain circumstances through the use of contempt of courts powers, where appropriate, the courts had powers to use the criminal law to enforce civil wrongs.”³³³

Pandangan kedua memisahkan secara tegas antara sanksi administratif dan sanksi pidana. Pandangan ini dianut di Negara Negara Portugis , Italia, Jerman, Belanda, Belgia dan Rumania. Menurut laporan Jerman dinyatakan bahwa walaupun tidak ada batas yang tegas antara sanksi pidana dan sanksi administratif, akan tetapi harus dipertimbangkan antara keduanya terdapat perbedaan karakteristik. Selanjutnya dikatakan bahwa , merupakan tindakan yang inkonstitusional penerapan sanksi pidana terhadap pelanggaran yang nyata nyata termasuk pelanggaran administratif. Di Negara Belanda, Jerman dan Rumania berlaku prinsip *ne bis in idem* dalam penerapan sanksi pidana terhadap

³³² Oswald Janinsen (ed) dirujuk dari Romli Atmasasmita, “Penyalahgunaan Wewenang Oleh Penyelenggara Negara”, *Seminar Nasional HUT IKAHI*, (Jakarta: 26 Maret 2015) hlm. 4

³³³ Romli Atmasasmita, “Penyalahgunaan Wewenang Oleh Penyelenggara Negara”, *Seminar Nasional HUT IKAHI*, (Jakarta: 26 Maret 2015), hlm. 5

pelanggaran yang bersifat administratif (sanksi administratif), kecuali Belgia yang tidak sepenuhnya menganut pandangan tersebut.³³⁴

Dalam penjelasan umum dinyatakan bahwa dalam rangka memberikan jaminan perlindungan kepada setiap warga masyarakat, maka uu ini memungkinkan warga masyarakat mengajukan gugatan terhadap keputusan dan/atau tindakan kepada badan/pejabat pemerintah atau atasan pejabat yang bersangkutan. Warga masyarakat juga dapat mengajukan gugatan terhadap Keputusan dan/ atau tindakan Badan dan/atau pejabat pemerintah kepada Peradilan Tata Usaha Negara:

Terdapat perubahan kompetensi absolut dari Peradilan Tata Usaha Negara yang diatur dalam BAB XIII Ketentuan Peralihan pada Pasal 87 UUAP yang menyatakan bahwa dengan berlakunya Undang Undang ini maka Keputusan Tata Usaha Negara yang dimaksud dalam Undang Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara sebagaimana telah diubah dengan Undang Undang Nomor 9 Tahun 2004 dan Undang Undang Nomor 51 Tahun 2009 harus dimaknai sebagai :

- a. Penetapan tertulis yang juga mencakup tindakan faktual;
- b. Keputusan Badan dan/atau Pejabat Tata Usaha Negara dilingkungan eksekutif, legislatif, yudikatif dan penyelenggara negara lainnya;
- c. Berdasarkan ketentuan perundang undangan dan AUPB;

³³⁴ *Loc.cit*

- d. bersifat final dalam arti lebih luas;
- e. Keputusan yang berpotensi menimbulkan akibat hukum dan/atau
- f. Keputusan yang berlaku bagi masyarakat.

Pasal ini masih menimbulkan kebingungan dan permasalahan di dalam penerapannya pada Peradilan Tata Usaha Negara, mengingat ketentuan ini, dalam butir : a. memperluas konsep keputusan tata usaha Negara yang dirumuskan dalam Pasal 1 angka 10 UU PTUN yang nota bene adalah *lex specialis* (apakah bisa *lex generalis in casu* UUAP mengubah *lex specialis*) ; b. Perlu dijelaskan siapa yang dimaksud dengan Badan dan/atau Pejabat Tata Usaha Negara dilingkungan eksekutif, legislative, yudikatif dan penyelenggara Negara lainnya; c. sampai dengan f. makna yang dimaksud masih membingungkan.

Terlepas dari beberapa permasalahan yang masih harus dipecahkan dalam UUAP, Undang undang ini sudah memberikan wadah untuk menyelesaikan permasalahan antara pejabat/badan administrasi dengan warga masyarakat yang terkena keputusan dan/atau tindakan termasuk yang dikeluarkan berdasarkan diskresi melalui upaya administratif maupun peradilan tata usaha Negara. Tujuan UU ini memberikan jaminan kepada Warga Masyarakat yang semula sebagai objek menjadi subjek dalam sebuah negara hukum yang merupakan bagian dari perwujudan kedaulatan rakyat.

B. Analisis Penerapan Diskresi Kepala Daerah di Beberapa Kota dan Kabupaten

1. Analisis Penggunaan Diskresi dalam Mengatasi Permasalahan yang Timbul Karena Bancana Gempa Bumi di Kabupaten Bantul

Bancana gempa bumi tektonik yang terjadi pada tanggal 27 Mei 2006 menimbulkan dampak kerusakan yang sangat besar, dan hal ini menimbulkan berbagai permasalahan yang harus segera diatasi. Bupati Bantul pada tahun 2006 harus menyelesaikan permasalahan dampak gempa bumi yang mengakibatkan kerugian dan kerusakan tersebut. Diskresi digunakan oleh Bupati Bantul antara lain dalam mengatasi permasalahan ijin mendirikan bangunan bagi bangunan yang terdampak gempa. Pertanyaan yang muncul terkait dengan permasalahan diatas adalah : Bagaimana penggunaan diskresi sebagai dasar pembuatan peraturan kebijaksanaan untuk menyelesaikan permasalahan yang muncul pada pemberlakuan IMB bagi bangunan korban gempa di Bantul ? Untuk lebih memberikan pemahaman kepada pejabat publik bahwa Diskresi yang bebas dan sewenang-wenang tidak boleh ada di dalam negara hukum. Pejabat publik tidak hanya akuntabel dilihat dari kepatuhan terhadap aturan hukum. Masih banyak ukuran akuntabilitas seperti akuntabilitas moral dan etika. Dalam konteks seperti ini, ukuran penilaian batasan diskresi adalah apakah yang dilakukan itu merugikan negara dan masyarakat atau tidak? Apabila dua hal tersebut tidak terbukti, walaupun secara hukum tidak pas maka perbuatan pejabat tersebut tidak bisa disalahkan begitu saja. Memberikan pemahaman bahwa apabila semua aturan hanya memberi pembatasan maka yang akan terjadi adalah berhentinya inovasi dalam pelayanan publik. Jangan sampai terjadi ungkapan: *“zero corruption means*

zero development” karena untuk menghindari tindakan yang salah seorang pejabat publik takut membuat kebijakan publik.

Mengingat syarat bantuan yang diberikan dari pemerintah pusat adalah bangunan yang ber IMB, sementara hampir semua bangunan yang terdampak gempa tidak ber IMB, maka Bupati Bantul mengeluarkan Peraturan Bupati Nomor 11 B Tahun 2006 tentang Pembebasan Pungutan Ijin Mendirikan Bangunan dan Peraturan Bupati Nomor 07 Tahun 2007 tentang Pelaksanaan Rehabilitasi dan Rekonstruksi Rumah dan Pengurusan Ijin Mendirikan Bangunan Pasca Gempa Bumi di Kabupaten Bantul. Isi kedua Peraturan Bupati ini “menyimpangi” Peraturan Daerah Kabupaten Bantul Nomor 7 Tahun 2002 tentang Ijin Mendirikan Bangunan.

Dalam keadaan normal pembangunan bangunan wajib memiliki IMB sebelum dibangun dengan persyaratan yang diatur dalam Peraturan Daerah Kab.Bantul nomor 7 Tahun 2002, dengan tata cara:

. Pada penanganan IMB Bantul ini semestinya tidak menggunakan aturan yang ada secara keseluruhan, bahkan dalam kondisi tertentu terjadi suatu keadaan darurat yang tiba-tiba muncul tetapi peraturannya belum ada. Dalam keadaan semacam ini maka pejabat berkewajiban untuk menyelesaikan permasalahan yang ada dengan menggunakan keleluasaan bertindak yang dalam Hukum Administrasi Negara dikenal dengan diskresi . Jika seorang Pejabat Administrasi

Pemerintahan harus menggunakan diskresi dalam pembuatan suatu Keputusan Administrasi Pemerintah, pejabat yang bersangkutan wajib memperhatikan tujuan pemberian diskresi, batas-batas hukum yang berlaku serta kepentingan umum.

Berkenaan dengan kejadian bencana gempa bumi di DIY dan sekitarnya, pada tanggal 27 Mei 2006, maka Gubernur DIY mengeluarkan Surat Gubernur Daerah Istimewa Yogyakarta Nomor 361/2073 Tahun 2006 tentang Pernyataan Bencana Alam Gempa Bumi; yang ditindak lanjuti dengan Surat Bupati Bantul Nomor 361/2554 tanggal 29 Mei 2006 tentang Pernyataan Bencana Alam Gempa Bumi dan Surat Bupati Bantul Nomor 030/Satlak PBA/06 tanggal 9 Juni 2006 tentang Perintah Penanganan Pasca Bencana Alam Gempa Bumi; dan Surat Bupati Bantul Nomor 361/2554 tanggal 29 Mei 2006 tentang Pernyataan Bencana Alam Gempa Bumi.

Pemerintah Kabupaten Bantul yang selama ini mengandalkan sektor pertanian sebagai sumber pendapatan asli daerah, tetap merasa bahwa upaya rehabilitasi harus mampu untuk mengembalikan kekuatan masyarakat terutama yang ada di sektor pertanian untuk mampu memulihkan diri dengan kekuatan sendiri. Berdasarkan pertimbangan tersebut, maka Pemerintah Kabupaten Bantul telah merencanakan alokasi anggaran sebesar Rp 7,6 Milyar untuk digunakan sebagai pembiayaan Program Pinjaman Uang Tanpa Bunga bagi para petani.³³⁵ Dana tersebut sudah akan mulai dikucurkan sebagai pinjaman untuk pembelian benih dan pupuk bagi para petani. Pembayaran pinjaman tunai ini harus

³³⁵ Cristiyana Yuni Kusmiyati, *Laporan Observasi Penanganan Pasca Bencana Gempa Bumi di Daerah Istimewa Yogyakarta*, Universitas Katholik Parahiyangan Bandung, 2006 hlm.23

dilakukan setelah panen selesai. Ini merupakan upaya dukungan Pemerintah Kabupaten untuk memulihkan semangat dan kemampuan para petani di wilayah Kabupaten Bantul.

Selain program di atas, Pemerintah Kabupaten Bantul, telah mencanangkan program bantuan sebagai berikut³³⁶:

- 1) Pembebasan Pajak Bumi dan Bangunan yang dapat diajukan baik secara pribadi maupun kolektif.
- 2) Pembebasan Pajak IMB, dengan tetap memberikan kewajiban pengurusan proses perijinan bagi para wajib pajak.
- 3) Pembebasan biaya pungutan akte kelahiran dan kematian.
- 4) Pembebasan biaya pembuatan KTP hingga 31 Desember 2006.
- 5) Pembebasan biaya pendaftaran sekolah negeri dan swasta.
- 6) Pembebasan bagi para siswa dari kewajiban menggunakan seragam selama tahun ajaran 2006/2007.
- 7) Pelarangan kegiatan rekreasi dan pesta perpisahan di setiap sekolah.
- 8) Pembebasan biaya konsultasi medis dan obat di 26 Puskesmas dan 64 Puskesmas Pembantu serta di Rumah sakit Kelas III yang ada di wilayah Bantul hingga 31 Desember 2006.

³³⁶ *Ibid.* hlm.26

- 9) Pengalokasian APBD sebesar Rp 7,8 milyar untuk pembiayaan dana gotong royong ke 75 desa. Dana akan disalurkan ke setiap desa dengan kriteria tingkat kerusakan desa. Bagi desa yang mengalami kerusakan ringan akan dikucurkan dana sebesar Rp 1 juta sedangkan untuk desa yang rusak sangat parah akan dikucurkan dana sebesar Rp 2 juta. Desa dengan kerusakan sangat parah itu berada di 8 lokasi kecamatan yakni Bambanglipuro, Jetis, Imogiri, Pleret, Pundong, Piyungan, Banguntapan dan Sewon. Pemakaian dana tersebut akan diserahkan pada masing-masing RT.

Berkaitan dengan penyelesaian masalah bantuan recovery rumah terdampak gempa , dengan memperhatikan hal tersebut di atas, maka Bupati Bantul menerapkan diskresi yang ada padanya, dengan mengeluarkan produk hukum yang berbentuk Peraturan Bupati tentang Ijin Mendirikan Bangunan Untuk Bangunan Korban Gempa Bumi di Kabupaten Bantul. Mengingat bahwa bangunan terdampak gempa yang mendapat bantuan renovasi rumah digunakan persyaratan, yaitu bahwa bangunan yang memperoleh bantuan dengan katagori rusak parah, rusak sedang dan kerusakan ringan harus memiliki Ijin Mendirikan Bangunan sedangkan kondisi riilnya sebagian besar (+/-80%) tidak memiliki Ijin Mendirikan Bnagunan (IMB), maka permasalahan yang harus segera di atasi.

Permasalahan yang tiba-tiba muncul akibat gempa di Bantul ini, mengharuskan Pejabat dalam hal ini Kepala Daerah Kabupaten Bantul, menggunakan keleluasaan bertindak berdasarkan diskresi mengambil langkah-langkah strategis, yaitu dengan mengeluarkan Beberapa Peraturan Bupati yaitu :

1. Peraturan Bupati Bantul Nomor 11 a Tahun 2006 Tentang Pedoman Teknis Pelaksanaan Pemberian Bantuan Stimulan Partisipasi Masyarakat Desa Kabupaten Bantul;
2. Peraturan Bupati Bantul Nomor 11 b tahun 2006 Tentang Ijin Mendirikan Bangunan Untuk Bangunan Korban Gempa Bumi di Kabupaten Bantul;
3. Peraturan Bupati Nomor 11 c Tahun 2006 Tentang Penggunaan Dana Bantuan Dari Masyarakat dan Pihak Ketiga Untuk Penanggulangan akibat Bencana Alam Gempa Bumi di Kabupaten Bantul

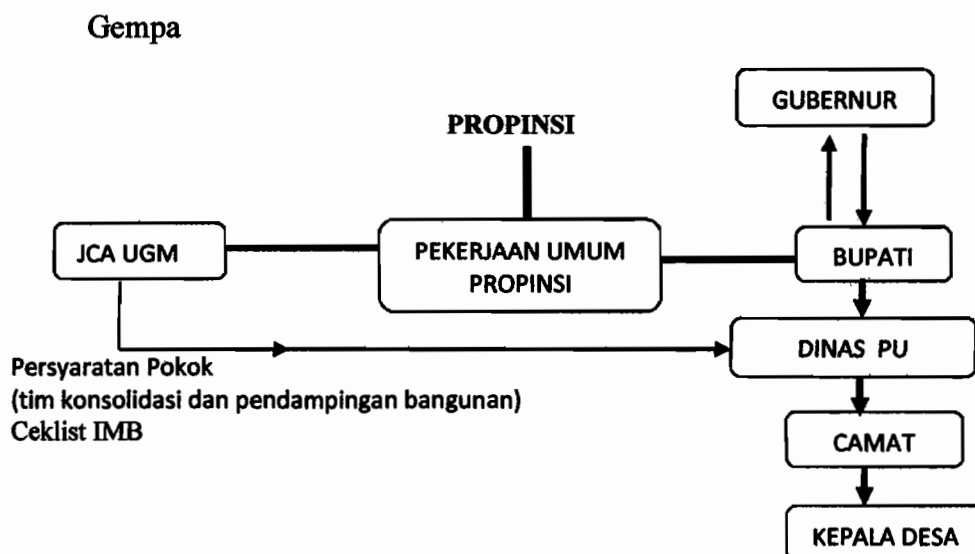
Khusus kajian mendalam, dipilih produk hukum tentang IMB Pasca Gempa sebagai bentuk penerapan diskresi Bupati Bantul, yang berkaitan dalam rangka menyelesaikan permasalahan yang timbul akibat gempa bumi di Bantul.

Peraturan Bupati Nomor 11b Tahun 2006 tentang Ijin Mendirikan Bangunan Untuk Bangunan Korban Gempa Bumi di Kabupaten Bantul. Pada intinya merupakan pembebasan pungutan Ijin Mendirikan Bangunan, mengandung muatan sebagai berikut : 1. Tata laksana mendirikan bangunan yang mensyaratkan setiap bangunan wajib memiliki IMB; 2. Persyaratan teknis mendirikan bangunan yang harus memenuhi syarat rumah aman gempa, yang dikeluarkan badan teknis, dalam hal ini Dinas Pekerjaan Umum. 3. Pembentukan Tim Konsultasi dan Pendampingan yaitu Tim yang dibentuk untuk memberikan konsultasi dan pendampingan teknis mendirikan bangunan yang anggotanya terdiri atas unsur Perguruan Tinggi dan Lembaga Swadaya Masyarakat. Susunan Tim Konsultasi

dan Pendampingan ditetapkan dengan Keputusan Kepala Dinas Pekerjaan umum Kabupaten Bantul. Adapun tugas Tim Konsultasi dan Pendampingan ini meliputi :a. Membantu perencanaan /mencermati usulan gambar design; b.Memberikan konsultasi/petunjuk pelaksanaan konstruksi bangunan; c. Menyetujui kelayakan gambar teknis.

Syarat mengajukan permohonan IMB : a. Surat Bukti Kepemilikan Tanah dapat berupa sertifikat, Leter C atau Surat Pernyataan Kerelaan dari Pemilik tanah yang diketahui oleh Dukuh dan Lurah; b. Mengisi bangko permohonan yang disediakan di desa atau kecamatan yang dilampiri dengan fotocopi Kartu Tanda Penduduk (KTP); c. Gambar design bangunan yang disahkan oleh tim Konsultasi dan Pendampingan atau Dinas Pekerjaan Umum Kabupaten Bantul. Untuk memperoleh IMB tidak dipungut retribusi/biaya. Pelaksanaanya dikoordinasikan oleh DPU Kabupaten Bantul. Jangka waktu dikeluarkannya Keputusan IMB oleh Kepala DPU paling lambat 12 hari kerja bilamana persyaratan lengkap. Adapun alur pengajuan IMB sebagaimana skema I:

Skema 1: Alur Pengajuan IMB Kabupaten Bantul Khusus Pasca



Keterangan Alur :

Propinsi DIY mewajibkan warga penerima bantuan rekonstruksi bangunan yang roboh karena gempa harus memiliki Ijin Mendirikan Bangunan. Kewajiban persyaratan ini ditindak lanjuti Bupati Kabupaten Bantul mengeluarkan Peraturan Bupati Nomor 11b Tentang Ijin Mendirikan Bangunan Untuk Bangunan Korban Gempa Bumi di Kabupaten Bantul.

Pengajuan permohonan di lengkapi persyaratan teknis diperiksa tim konsultasi dan pendampingan bangunan, kemudian diajukan ke Dinas Pekerjaan Umum, DPU melakukan pemeriksaan, persetujuan permohonan IMB dan hasilnya diisampaikan ke Camat Kecamatan yang bersangkutan. Dari Kecamatan disampaikan kepada Kepala Desa untuk selanjutnya sampai pada yang bersangkutan.

Untuk menindak lanjuti Peraturan Bupati tersebut diterbitkan Peraturan Bupati Bantul Nomor 07 Tahun 2007 Tentang Pelaksanaan Rehabilitasi dan Rekonstruksi Rumah dan Bangunan Pasca Gempa Bumi di Kabupaten Bantul. Peraturan ini dimaksudkan agar terjadi percepatan dalam pelaksanaan program rehabilitasi dan rekonstruksi rumah pasca gempa di kabupaten Bantul

Isi Peraturan Bupati ini meliputi ketentuan pokok persyaratan rumah hunian aman dari gempa dan mekanisme pengurusan ijin mendirikan bangunan serta contoh proto type rumah aman gempa bumi. Prosedur IMB Khusus di Kabupaten Bantul; 1. Pemohon mengisi formulir dan melengkapi dokumen-dokumen; 2. Pemohon mengajukan kepada Kepala desa untuk menyetujui permohonan; 3.

Pemohon mengajukan pada Camat untuk minta persetujuan permohonan; Di Kecamatan seksi ekonomi dan pembangunan melakukan pemeriksaan atas permohonan dengan melakukan inspeksi lapangan (*intermediet*) dan persiapan dokumentasi; 4. Dokumentasi yang sudah disahkan Kabupaten di informasi kan ke kecamatan; 5. Dinas Pekerjaan Umum melakukan inspeksi lapangan(final) dan memberikan persetujuan atas permohonan dan registrasi IMB; 6. Kecamatan memberitahu pemohon mengenai persetujuan atas aplikasinya. Kemudian untuk mempermudah prosedur diambil kebijaksanaan oleh Dinas Pekerjaan Umum, diberlakukan sarana *scanning* tanda tangan Kepala DPU yang tanggungjawab penggunaannya ada pada Camat Kecamatan setempat.

Perbedaan prosedur ijin mendirikan bangunan yang terdapat dalam PERDA Nomor 07 Tahun 2002 yang “disimpangi ” produk hukum sebagai penerapan diskresi yang berupa Peraturan Bupati Bantul Nomor 11b tahun 2006 dapat dilihat pada tabel sebagai berikut :

Tabel 5 : Perbedaan pengajuan IMB menurut PERDA Nomor.7 th 2002 dan Peraturan Bupati Bantul Nomor 11b Tahun 2006

No	PERDA No.7 th 2002	Peraturan Bupati Kab. Bantul Nomor 11b Tahun 2006
1.	Permohonan IMB diajukan secara tertulis kepada Kepala Dinas melalui UPTSA	Pemohon mengajukan kepada Kepala desa untuk menyetujui → Camat untuk minta persetujuan permohonan; Di Kecamatan seksi ekonomi dan pembangunan melakukan pemeriksaan atas permohonan dengan melakukan inspeksi lapangan (<i>intermediet</i>) dan persiapan dokumentasi, didampingi Tim Konsultasi dan Pendampingan untuk : a.Membantu perencanaan /mencermati usulan gambar design; b.Memberikan konsultasi/petunjuk pelaksanaan konstruksi bangunan;

		c. Menyetujui kelayakan gambar teknis.
2.	<p>Syarat:</p> <p>a. Foto kopi Kartu Tanda Penduduk (KTP);</p> <p>b. Foto kopi Sertifikat Tanah atau surat keterangan pribadi;</p> <p>c. Surat pernyataan tidak berkeberatan dari tetangga terdekat;</p> <p>d. Surat pernyataan sanggup membuat peresapan air hujan;</p> <p>e. Gambar situasi dengan skala 1:500 atau 1:1000;</p> <p>f. Perhitungan dan gambar konstruksi beton apabila bangunan memakai struktur beton bertulang dan bertingkat;;</p> <p>g. Gambar denah rencana bangunan, rencana pondasi, rencana sanitasi, rencana atap, tampak muka, samping, belakang, potongan melintang dan potongan memanjang dengan skala 1:200, 1:100 atau 1:50;</p>	<p>Syarat :</p> <p>a. Surat Bukti Kepemilikan Tanah dapat berupa sertifikat, Leter C atau Surat Pernyataan Kerelaan dari Pemilik tanah yang diketahui oleh Dukuh dan Lurah;</p> <p>b. Mengisi bangko permohonan yang disediakan di desa atau kecamatan yang dilampiri dengan fotocopi Kartu Tanda Penduduk (KTP);</p> <p>c. Gambar design bangunan yang disahkan oleh tim Konsultasi dan Pendampingan dari LSM yg ditunjuk atau Dinas Pekerjaan Umum</p>
3	Setiap pelayanan pemberian IMB dikenakan retribusi	Pelayanan IMB tidak dipungut retribusi/biaya
4	Pelaksanaannya dikoordinasikan oleh UPTSA	Pelaksanaannya dikoordinasikan oleh DPU

Penggunaan diskresi sebagai dasar pembuatan peraturan kebijaksanaan untuk menyelesaikan permasalahan yang muncul pada pemberlakuan IMB bagi bangunan korban gempa di Bantul di butuhkan. Dalam hal mengatasi permasalahan yang ditimbulkan akibat gempa tektonik di Bantul yang menyebabkan rumah rusak dan membutuhkan *recovery*. Peraturan kebijaksanaan dari hasil diterapkannya asas diskresi harus merupakan peraturan yang tidak bersifat individual tetapi harus bersifat mengatur dan umum. Adapun batas-batas hukum yang berlaku sebagai mana di maksud adalah: Di terbitkannya Peraturan Bupati Nomor 11 B Tahun 2006 tentang Peraturan Bupati Nomor 11b Tentang

Ijin Mendirikan Bangunan Untuk Bangunan Korban Gempa Bumi di Kabupaten Bantul yang pada intinya merupakan pembebasan pungutan Ijin Mendirikan Bangunan. Tidak bertentangan dengan hukum dan Hak Asasi Manusia, karena dasar pertimbangan dari kedua peraturan bupati tersebut telah mengacu pada peraturan perundang-undangan sebagai dasar hukumnya.

Peraturan Bupati Nomor 11 B Tahun 2006 dan Peraturan Bupati Bantul Nomor 07 Tahun 2007 merupakan penerapan diskresi untuk mencapai tujuan sebagaimana diatur pada Pasal 22 huruf d. Yaitu : mengatasi stagnasi pemerintahan dalam keadaan tertentu guna kemanfaatan dan kepentingan umum. Dan dalam mencapai tujuan tersebut telah menerapkan asas-asas umum pemerintahan yang baik, terutama asas kepastian hukum, asas bertindak cermat dan kehati-hatian, memiliki alasan dan dasar fakta, menanggapi pengharapan yang wajar dan asas kemanfaatan.

2. Analisis Penggunaan Diskresi dalam Penyelesaian Permasalahan Banjir Lahar Dingin Merapi di Kawasan Bantaran Kali Code

Letusan gunung merapi yang terjadi pada tanggal 26 Oktober dan letusan susulan pada hari-hari berikutnya berpotensi menimbulkan banjir lahar dingin. Aliran sungai yang berpotensi dilanda banjir lahar dingin adalah Kali Woro, kali Kuning, kali Boyong yang bermuara di kali Code, kali Bedog, Kali Bebung dan kali Krasak yang melintasi Kabupaten Sleman, Kota Yogyakarta dan Bantul.

Kali Code yang berhulu di puncak Merapi mendapat limpahan material vulkanik yang terbawa banjir lahar dingin. Lahar dingin merupakan aliran

sedimen pekat yang terdiri atas batu, krikil, pasir dan abu vulkanik yang bercampur air. Banjir lahar dingin yang melintasi kali code mengakibatkan terjadinya pendangkalan dasar kali Code, Pendangkalan tersebut jika tidak diantisipasi sedini mungkin, maka akan mengakibatkan kali Code tidak mampu menampung material sehingga akan meluap ke daerah pemukiman warga yang berada di bantaran kali Code. Banjir lahar dingin paling tidak telah terjadi dua kali sampai awal 2011 dan menggenangi beberapa wilayah yang mengakibatkan tertutupnya beberapa ruas jalan di Sleman dan Kota Yogyakarta. Beberapa titik talut yang mengalami kerusakan parah akibat aliran lahar dingin itu antara lain, di Tegalpanggung dekat jembatan Sayidan, Jembatan Tungkak dan Jembatan Wirosaban. Selain itu ada beberapa tebing sungai yang ambrol akibat gerusan banjir lahar dingin ini. juga menyebutkan pihaknya akan segera memperbaiki talut yang ambrol dan akan membongkar beberapa jembatan penghubung antara kampung yang melintas di Kali Code. "Jembatan tersebut justru menjadi penghambat banjir lahar dingin. Material yang terbawa banjir lahar dingin seperti kayu dan pohon tersangkut di jembatan tersebut hingga aliran banjir lahar dingin melompat dan membahayakan masyarakat sekitar, dari 66 RW yang berada di bantaran Kali Code, sebanyak 47 RW diantaranya terendam aliran banjir lahar dingin luapan dari Kali Code Luapannya bervariasi ada yang hanya 30 centimeter tetapi ada yang lebih dari satu meter tergantung ketinggian wilayah dari bibir Kali Code sendiri.³³⁷

³³⁷. Informasi diperoleh dari ka.Dinas Kimpraswil yang disampaikan pada Skala News.com : Banjir Lahar Rusakkan Talud Kali Code Dibutuhkan dana sebesar Rp 10,8 miliar untuk perbaiki talud, diakses tgl 26 Agustus 2012

Informasi yang diperoleh dari penelitian terdahulu tentang pendangkalan akibat lahar dingin, sebagai berikut :³³⁸

Dasar sungai Kali Code saat itu telah tersedimentasi material banjir lahar dingin berupa, bongkahan batu, kerikil dan pasir. Berdasarkan data dari sampel dasar sungai berupa pasir kasar (95%) sedangkan dinding berupa pasangan batu kali dan beberapa tempat telah ada tembok pasangan bata sebagai tanggul banjir. Daerah dataran banjir setelah tanggul berupa *paving block cor* beton kasar, dan bangunan rumah. Dari hasil analisis tinggi genangan pada titik kontrol 1 (Jembatan Sarjito), titik 4 (Sayidan) dan 5 (Mergangsan) aman terhadap banjir sebesar 55,60 m³/detik. Titik kontrol 2 (Jogoyudan) dan 3 (Juminahan) diketahui paling rentan terhadap bahaya banjir, karena kapasitas tampung sangat kurang memadai akibat dari sedimentasi yang terjadi. Normalisasi dengan pengerukan dasar sungai yang harus dilaksanakan untuk titik 2 dan 3 sekitar 56 cm dan 67 cm dari dasar sungai yang ada pada bulan Nopember 2010.

Warga di bantaran Kali Code, Kota Yogyakarta, terus bergotong royong mengeruk pasir agar aliran sungai tidak meluap membanjiri pemukiman. Satuan Polisi Pamong Praja Kota Yogyakarta berencana turut membantu upaya antisipasi luapan lahar dingin di puncak musim hujan dengan mengerahkan 150 personel untuk mengeruk pasir Kali Code. Pengerukan pasir diyakini bisa mengurangi

³³⁷ Hasil penelitian Bambang Sulistiyono, Prediksi Genangan Kali Code di Kota Yogyakarta Pasca Erupsi Merapi 2010. dppm UII.2010.hlm.44

risiko luapan air dari Kali Code. Pada waktu itu Kali Code sudah sangat dangkal dengan rata-rata ketinggian air semata kaki orang dewasa

Banjir lahar dingin yang melintasi kali Code selain menimbulkan kekhawatiran akan terendamnya permukiman mereka, juga merupakan berkah bagi masyarakat yang bermukim di bantaran kali code. Hal ini disebabkan oleh melimpahnya pasir yang dibawa dari lereng gunung merapi merupakan pasir yang paling bagus kualitasnya dengan jumlah yang sangat melimpah. Pasir tersebut mengandung silika yang berujung runcing membentuk partikel yang memiliki perekat sehingga dapat membentuk ikatan dengan semen dengan lebih kuat. Selain silika, pasir merapi memiliki kandungan besi (FeC) yang sangat baik karena belum mengalami pelapukan.³³⁹

Tiap hari, masing-masing warga bisa mengeruk secara manual pasir kali Code dengan harga yang sangat bagus. Satu Colt pasir dari Kali Code yang dijual Rp 45.000 per Colt. Kualitas pasir Kali Code tergolong super sehingga harga jualnya lebih tinggi dibanding pasir di lereng Merapi. Pasir di lereng Merapi laku Rp 150.000 per truk, sedangkan pasir Kali Code Rp 400.000 per truk. Untuk menghindari banjir, maka Pemerintah Kota menetapkan lima titik lokasi pengerukan yang dilakukan dengan menggunakan alat berat yaitu : Jembatan Gondolayu; Jogoyudan; Jembatan Kewek, Jembatan Jambu Ramil Danurejan; Ramil Pakualaman, bantaran sungai Sayidan; dan Umbulharjo. Namun

³³⁹ *ibid*

pengerukan dengan menggunakan alat berat (*backhoe*) mengalami beberapa kendala yaitu : ³⁴⁰

1. Keterbatasan dana: pengoperasian *backhoe* membutuhkan biaya yang besar mengingat pengoperasannya dihitung perjam;
2. Medan sungai yang tidak rata, dan menyempit mengakibatkan *backhoe* tidak dapat masuk ke tangan aliran sungai;
3. Secara teknis kerja *backhoe* lambat;
4. Kendala sdm (sopir *backhoe* tidak selalu sanggup melaksanakan tugas)

Hingga saat itu diperkirakan baru 25 persen material yang dialirkan melalui lahar hujan, sehingga diproyeksikan masih akan berlangsung 3-4 tahun ke depan.³⁴¹ Secara umum kegiatan penambangan Bahan Galian Golongan C di Propinsi DIY diatur dengan Peraturan Daerah (Perda) Propinsi Daerah Istimewa Yogyakarta No. 2 Tahun 1994 tentang Usaha Penambangan Bahan Galian Golongan C. Dalam Pasal 2 dinyatakan bahwa maksud dan tujuan dikeluarkannya Peraturan Daerah tersebut adalah :

1. Mengatur, membina dan mengawasi kegiatan usahapertambangan bahan galian golongan C
2. Terkendalinya kegiatan usaha pertambangan bahan galian gol.C agar tidak menimbulkan krusakan lingkungan.

³⁴⁰ Hasil wawancara dengan Kabid pengairan dan drainase Kimprasil Kota Yogyakarta, 12 Oktober 2012

³⁴¹ <http://www.tribunnews.com/2011/04/30/aliran-lahar-dingin-merapi-bisa-berlangsung-4-tahun>. diakses tgl.25 Agustus 2012

Berdasarkan Perda propinsi tersebut, beberapa kabupaten menindak lanjuti dengan dengan mengeluarkan Peraturan Daerah Kabupaten, misalnya, Kulon Progo dan Sleman, mengingat kedua daerah tersebut memiliki potensi penambangan pasir. Berbeda dengan Kota Yogyakarta, mengingat Kota Yogyakarta tidak memiliki sumber daya alam galian mineral khususnya bahan galian gol.C, maka hingga terjadinya letusan Merapi 2010 serta banjir lahar dingin yang membawa material vulkanik seperti batu, kerikil dan pasir masuk kawasan aliran kali Code yang melintasi Kota Yogyakarta, belum memiliki Peraturan perundang-undangan daerah yang menjadi payung hukum bagi pengelolaan bahan tambang tersebut.

Keadaan ini mengakibatkan masyarakat dengan bebas dapat melakukan penambangan tanpa ada pengaturannya. Kebebasan dalam mengelola penambangan tersebut mengakibatkan permasalahan di lapangan. Misalnya: perebutan lokasi penambangan, berpotensi terjadinya kerusakan lingkungan, konflik antara masyarakat bantaran kali code dengan warga yang membutuhkan pasir akibat perbedaan pungutan. Sementara Pemerintah sendiri memiliki kepentingan, dari Balai Besar Sungai memiliki kepentingan atas upaya normalisasi aliran kali Code dan Pemerintah Kota berupaya melakukan pencegahan maupun penanggulangan banjir, serta melindungi warganya. Seringkali perbenturan kepentingan antara pemerintah dan warga menimbulkan friksi, mengingat belum ada pengaturannya. Untuk mengatasi permasalahan yang tiba-tiba muncul, yaitu banjir lahar dingin di sepanjang Sungai Code, sedangkan

peraturannya belum ada, maka perlu penyelesaian masalah sesuai tujuan dengan menitik beratkan pada kemanfaatan (*doelmatigheid*).

Kewenangan yang sudah diatur untuk penanganan sungai pada dasarnya menjadi tanggungjawab Balai Besar Sungai yaitu Peraturan Pemerintah Nomor 38 tahun 2011 tentang Sungai. Peraturan pemerintah ini mengatur mengenai ruang sungai, pengelolaan sungai, perizinan, sistem informasi, dan pemberdayaan masyarakat. Sebagaimana halnya sumber daya air yang lain, Sungai juga dikuasai oleh negara dan merupakan kekayaan negara. Pengelolaan sungai dilakukan secara menyeluruh, terpadu, dan berwawasan lingkungan dengan tujuan untuk mewujudkan kemanfaatan fungsi sungai yang berkelanjutan, sebagai berikut: .

1. Perizinan Yang Berkaitan Dengan Kegiatan pada Ruang Sungai. Setiap orang yang akan melakukan kegiatan pada ruang sungai wajib memperoleh izin.

Kegiatan dimaksud meliputi:

- a. pelaksanaan konstruksi pada ruang sungai;
- b. pelaksanaan konstruksi yang mengubah aliran dan/atau alur sungai;
- c. pemanfaatan bantaran dan sempadan sungai;
- d. pemanfaatan bekas sungai;
- e. pemanfaatan air sungai selain untuk kebutuhan pokok sehari-hari dan pertanian rakyat dalam sistem irigasi yang sudah ada;
- f. pemanfaatan sungai sebagai penyedia tenaga air;
- g. pemanfaatan sungai sebagai prasarana transportasi;
- h. pemanfaatan sungai di kawasan hutan;

- i. pembuangan air limbah ke sungai;
- j. pengambilan komoditas tambang di sungai; dan
- k. pemanfaatan sungai untuk perikanan menggunakan karamba atau jaring apung.

Kewenang pemberian izin untuk masing-masing kegiatan tersebut diatas berbeda-beda. Perizinan untuk kegiatan pada ruang sungai yang yang disebutkan mulai dari huruf a sampai dengan huruf f diberikan oleh Menteri, gubernur, atau bupati/walikota sesuai dengan kewenangannya. Sedangkan Izin huruf g diberikan oleh instansi yang menyelenggarakan urusan pemerintahan di bidang transportasi sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan, setelah mendapat rekomendasi teknis dari pengelola sumber daya air. Selanjutnya, Izin sebagaimana dimaksud huruf h diberikan oleh Menteri, gubernur, atau bupati/walikota sesuai kewenangannya dalam bentuk Izin Usaha Pemanfaatan Jasa Lingkungan pemanfaatan aliran air dan pemanfataan air setelah mendapat rekomendasi teknis dari instansi yang menyelenggarakan urusan pemerintahan di bidang kehutanan kecuali untuk kawasan hutan yang pengelolaannya telah dilimpahkan kepada badan usaha milik negara di bidang kehutanan.

2. Izin sebagaimana dimaksud dalam huruf i dan huruf j diberikan oleh bupati/walikota sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan, setelah mendapat rekomendasi teknis dari pengelola sumber daya air. Instansi yang menyelenggarakan urusan pemerintahan di bidang perikanan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan, berwenang mengeluarkan izin

sebagaimana dimaksud dalam huruf k, setelah mendapat rekomendasi teknis dari pengelola sumber daya air. Kewajiban Pemegang izin. Pemegang izin kegiatan pada ruang sungai diwajibkan untuk:

- a. melindungi dan memelihara kelangsungan fungsi sungai;
- b. melindungi dan mengamankan prasarana sungai;
- c. mencegah terjadinya pencemaran air sungai;
- d. menanggulangi dan memulihkan fungsi sungai dari pencemaran air sungai;
- e. mencegah gejolak sosial yang timbul berkaitan dengan kegiatan pada ruang sungai; dan
- f. memberikan akses terhadap pelaksanaan pemantauan, evaluasi, pengawasan, dan pemeriksaan.

3. Sanksi

Setiap pemegang izin yang tidak melaksanakan kewajiban-kewajibannya dikenai sanksi administratif oleh pemberi izin sesuai dengan ketentuan perundang-undangan. Selain dikenai sanksi administratif, apabila pelaksanaan kegiatan pada ruang sungai yang dilakukan oleh pemegang izin menimbulkan:

- a. kerusakan pada ruang sungai dan/atau lingkungan sekitarnya, wajib melakukan pemulihan dan/atau perbaikan atas kerusakan yang ditimbulkannya; dan/atau

- b. kerugian pada masyarakat, wajib mengganti biaya kerugian yang dialami masyarakat.

Pada saat terjadi permasalahan banjir lahar dingin di kali code yang mengakibatkan penduduk di bantaran kali code mengalami kerugian sempat menimbulkan pertentangan kepentingan antara kepentingan normalisasi sungai yang menjadi kewenangan Balai Besar Sungai dengan kepentingan warga bantaran kali Code yang menjadi tanggungjawab Walikota. Balai Besar Sungai berkaitan dengan penegakan aturan mengenai ruang sungai, pengelolaan sungai, khususnya larangan penduduk bermukim di bantaran dan dalam sempadan sungai yang yang menjadi kewenangan dan tanggungjawab Balai Besar Sungai dengan nya sudah diatur da dengan kepentingan penanganan darurat bencana sekaligus melindungi warga yang sudah bermukim bertahun tahun atau puluhan tahun bahkan berkartu penduduk kota Jogja yang menjadi tanggunjawab Walikota. Pada saat itu Walikota mempertahankan keberpihakan pada warganya, sekalipun secara hukum melanggar peraturan tentang larangan bermukim di bantaran sungai, menurut Walikota mereka warga kota Jogja dan wajib diselamatkan dan dilindungi³⁴²

Penggunaan Diskresi oleh Walikota Yogyakarta dengan dikeluarkan dikeluarkannya Keputusan Walikota Yogyakarta Nomor :762/KEP/2010 Tentang Mekanisme Pengerukan dan Pengambilan Material Lahar Dingin di Sungai Code sebagai Bagian dari Program Tanggap Darurat Antisipasi Bencana Lahar Dingin

³⁴² Hasil Wawancara dengan Retno Rahayu, staff BPBD Kota yang pada saat itu sebagai Notulen Rapat Pembahasan Keputusan Walikota Yogyakarta Nomor :762/KEP/2010, tgl 7 Oktober 2015

Gunung Merapi , dapat dianalisis sebagai perlindungan kepentingan Warga oleh Pemerintah Kota (Pemkot) Yogyakarta

Warga yang ada di bantaran sungai khususnya code adalah penduduk kota Yogyakarta dan saat itu terancam banjir lahar dingin, maka Pemkot Yogyakarta, yang harus dilindungi dan diselamatkan dari banjir lahar dingin, terlepas apakah penduduk sepanjang aliran Sungai tersebut melanggar peraturan atau tidak.³⁴³

Pemkot melakukan upaya upaya untuk menanggulangi bahaya banjir dengan membantu memperaiki dan membangun sarana prasarana dengan kemampuan dana yang ada, yang ditangani oleh Kantor pemukiman dan prasarana wilayah (Kimpraswil). Kimpraswil melakukan pengerukan untuk menghindarkan warga dari banjir. Dengan dibantu dana BNPB (Badan Nasional Penanggulangan Bencana) khususnya di Jogoyudan, dan karena keterbatasan dana maka dana pemkot mengkonsentrasika pengoperasionalan alat berat hanya di jembatan Tungkak dan di kawasan Brontokusuman, di samping itu karena padatnya pemukiman penduduk, maka alat berat tidak bisa masuk sampai sungai , kesulitan lain juga terjadi dalam hal membuang sisa material vulkanik akibat padatnya permukiman warga di Bantaran Kali Code sehingga harus mencari jalan lain. Ada juga kendala budaya yang sifatnya mistis, yaitu ada tempat2 tertentu yang dianggap *wingit*, sehingga operator alat berat menolak menjangkau tempat tersebut. Karena hambatan tersebut maka pengerukan tidak dapat berjalan lancar, hanya bekerja di tempat2 tertentu saja, akibatkan menimbulkan protes dari warga

³⁴³ Hasil wawancara dengan Herry Zudiyanto, Mantan Walikota dua periode 2004-2008 & 2008-2012, tanggal 8 September 2015

khususnya yang kawasan pemukimannya tidak dapat dikeruk. Masyarakat disekitar Brontokusuman dan Tungkak marah, dan mendatangi kantor pemkot

Permasalahan yang timbul tersebut segera membutuhkan penyelesaian. Dalam draft semula, bentuk peraturan perundang undangan yang akan dibuat untuk mengatasi permasalahan lahar dingin di sungai Code adalah Peraturan Walikota (Perwal). Perwal tersebut bukan hanya mengatur bagaimana penambangan pasir harus dilakukan tetapi juga waktu dan besaran retribusi yang harus diberikan penambang pasir kepada pemerintah setempat. Kepala Dinas Pemukiman dan Prasarana Wilayah (Kimpraswil) Kota Yogyakarta.³⁴⁴ Dalam draft Perwal tersebut dituangkan bagaimana penambang pasir harus melakukan koordinasi terlebih dahulu dengan Pemerintah Kelurahan, Koramil dan juga Lembaga Pemberdayaan Masyarakat Kelurahan (LPMK) sebelum melakukan penambangan. Penambangan juga di batasi waktunya dalam jangka waktu tertentu, Selain hal tersebut, penambang juga harus membayar sejumlah retribusi ke Kelurahan terkait penambangan tersebut. Retribusi itupun akan diberlakukan sesuai kesepakatan dan luasan areal penambangan yang dilakukan. Tetapi besarnya saat ini juga tengah dibahas bersama pihak kelurahan di sepanjang aliran Code.³⁴⁵ Hal lain yang diatur dalam Perwal tersebut adalah batasan kedalaman pengerukan pasir sendiri. Itu dilakukan agar pengerukan tersebut tidak mengganggu stabilitas talud atau jembatan yang ada di atas Kali Code. Pengerukan pasir Kali Code yang dilakukan pihaknya menggunakan alat berat (*backhoe*) telah

³⁴⁴ Hasil wawancara Eko Suryo Maharso Kepala Dinas Kimpraswil Kota Yogyakarta, 12 Oktober 2012

³⁴⁵ Pembahasan Perwal tersebut selalu melibatkan warga bantaran kali Code dan mempertimbangkan kearifan local yang ada.

menghasilkan material pasir yang melimpah. Namun begitu, pihaknya tidak memperjual belikan pasir Merapi itu ke pihak lain. Selain dipakai untuk pembangunan dan perbaikan jalan-jalan di Kota Yogyakarta juga diminta oleh beberapa kelurahan untuk pembangunan sarana dan prasarana di kelurahan yang bersangkutan.

Masyarakat atau pengusaha bangunan yang akan memanfaatkan lahar dingin Merapi berupa pasir harus membayar retribusi ke pemerintah daerah setempat tetapi bagi masyarakat yang tidak memanfaatkan pasir secara komersial dapat mengambil sesuai kebutuhan, misalnya beberapa kelurahan yang sudah meminta pasir ke Kimpraswil antara lain, Kotagede 11 rit atau truk, dan Tegal Gendu 6 rit.

Banjir lahar dingin terjadi hingga Maret 2011 maka antisipasi terkait dengan dampak banjir lahar dingin tersebut Kimpraswil mengalokasikan dana penanganan hingga Maret 2011. Selain itu pihaknya juga menaikkan anggaran tak terduga pada APBD tahun 2011 menjadi Rp 8 M dari tahun 2010 yang hanya Rp 2,8 M. Ini dilakukan karena akhir tahun 2011 musim hujan kembali akan menjadi ancaman banjir lahar dingin bagi warga Yogyakarta. Material di puncak Merapi mencapai 150 juta meter kubik, 30 persennya ke Kali Boyong yang akan masuk ke Kali Code dan itu akan habis dalam kurun waktu yang lama³⁴⁶.

Pada tanggal 6 Desember 2010 Pemerintah kota mengeluarkan Keputusan Walikota Yogyakarta Nomor ; 762 /KEP /2010 . Pertimbangan dikeluarkan Keputusan Walikota tersebut adalah dalam rangka menindak lanjuti penetapan

³⁴⁶ Hasil wawancara dengan Aki Lukma Nurhadi Kabid Pengairan dan Drainase Kimpraswil Kota Yogyakarta, 22 Oktober 2012

status bencana banjir lahar dingin dan permohonan masyarakat untuk mengurangi dampak pendangkalan kali Code sehingga perlu pengerukan. Dalam pelaksanaan pengerukan tersebut perlu ada mekanisme pengerukan dan pengambilan materi lahar dingin di kali Code . Hambatan yang datang dari masyarakat antara lain ;

1. Bentrok masyarakat dikawasan yang mendapat bantuan pengerukan dan tidak;
2. Keterbatasan akses alat berat *backhoe*
3. Lingkungan sosial yang belum terbangun;

Dalam upaya mengoptimalkan kemanfaatan dari Kepwal tersebut secara responsif maka yang terlibat dalam pembuatan Kepwal ini melibatkan unsur-unsur . Beberapa rapat pembahasan Perwal/Kepwal tersebut dipimpin oleh Walikota atau Sekda Kota, dan unsur unsur yang terlibat adalah ;

1. Bagian hukum pemkot;
2. Kimpraswil;
3. BLH
4. DinKes, RSUD Jogja
5. Dinas Perhubungan
6. Dinas Sosial
7. Bagian Umum
8. Tata Pemerintahan
9. Bag. Teknologi Informasi dan Telematika
10. PKBLINMAS (Penanggulangan, Kebakaran, Bencana dan Perlindungan Masyarakat)- saat itu belum ada BPBD Kota

11. Dinas Tata Ruang dan Perumahan Kota

12. Dinas Bangunan Benda dan Aset Daerah³⁴⁷

Sebelum disahkan rancangan Kepwal tersebut di sosialisasikan sekaligus dilakukan *hearing* dengan Lembaga Pemberdayaan Masyarakat Kelurahan (LPMK) yang mengkoordinasikan tingkat Rukun Warga. Perwakilan masyarakat dan komunitas code.

Penamaan dan Isi Keputusan Walikota Yogyakarta Nomor ;762 /KEP /2010 agak berbeda dengan draft yang sudah di bahas terdahulu, yang semula dirancang bernama Peraturan Walikota, produk hukum itu diubah dengan nama dan bentuk Keputusan Walikota. Berdasarkan hukum administrasi negara, istilah peraturan berbeda dengan keputusan. Peraturan bersifat mengatur (*regeling*) yang merupakan tindakan pemerintah di bidang hukum publik mempunyai sifat umum dan abstrak atau yang ditujukan untuk umum (*Besluiten van Algemene Strekking* dan sifatnya abstrak (*in abstracto*) dan ditujukan untuk umum/masyarakat. sedangkan Keputusan bersifat kongkrit, individual dan final (*Beschikking*).³⁴⁸ Keputusan sepihak yang dibuat aparat administrasi negara dalam lapangan hukum publik yang bersifat kongkrit berdasarkan kaidah hukum yang kongkrit. Keputusan-keputusan dihasilkan oleh alat administrasi negara guna menyelesaikan suatu masalah konkret yang terjadi berdasarkan peraturan hukum yang sifatnya abstrak

Menurut UU No. 10 Tahun 2004 Pasal 1 angka 2 Peraturan perundang-undangan adalah peraturan tertulis yang dibentuk oleh lembaga negara atau

³⁴⁷ Hasil wawancara dengan Kabid Pengairan dan Drainase Kimprasil Kota Yogyakarta, tanggal 22 Oktober 2012

³⁴⁸ Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi dan Konstitusionalisme...*

pejabat yang berwenang dan mengikat secara umum Sedangkan menurut Undang Undang Nomor 12 Tahun 2011 Pasal 1 angka 2 sebagai perubahan undang undang di atas ada sedikit perubahan ; Peraturan perundang-undangan adalah peraturan tertulis yang dibentuk oleh lembaga negara atau pejabat yang berwenang melalui prosedur yang ditetapkan menurut peraturan perundang-undangan dan mengikat secara umum.

Isi Keputusan Walikota Yogyakarta Nomor; 762 /KEP /2010 Tentang Mekanisme pengerukan dan pengambilan material pasir lahar dingin di bantaran sungai Code adalah sebagai berikut :

- a. Dalam melakukan pengerukan dan pengambilan material sebelumnya pemohon wajib berkoordinasi dengan LPMK/RW/Lurah dan Camat di Barat dan Timur Sungai Code serta dituangkan dalam bentuk kesepakatan bersama dengan format sebagaimana yang telah ditentukan (lampiran dalam Kepwal);
- b. Melibatkan masyarakat sebagai tenaga kerja atau dalam bentuk kerja bakti;
- c. Memberikan kontribusi kepada lembaga LPMK/RW sesuai kesepakatan;
- d. Batas waktu pengambilan dilakukan pada siang hari selama bulan Desember 2010;
- e. Batas kedalaman maksimal pengerukan tidak boleh melebihi dasar sungai;
- f. Berkoordinasi dengan koramil wilayah setempat dalam hal pengmanan atas pelaksanaan pengerukan dan pengambilan pasir;

g. Wajib menjaga keamanan, ketertiban dan kebersihan lingkungan ;

Apabila terjadi kerusakan akibat adanya kegiatan pengerukan dan pengambilan material menjadi tanggungjawab pemohon untuk memperbaiki seperti kondisi semula. Keputusan ini, pada pelaksanaannya diperpanjang sampai dengan tanggap darurat antisipasi bencana lahar dingin gunung merapi .

Dari penamaan dan isi Keputusan Walikota Yogyakarta Nomor; 762 /KEP /2010 ada perubahan dari draft yang semula dibahas. Produk hukum ini agak unik apa bila ditinjau dari aspek hukum administrasi negara, dari penamaannya adalah keputusan, tapi berisi tentang mekanisme yang dapat dikatakan sebagai pengaturan ditujukan pada umum dalam hal ini pelaku pengerukan dan pengambilan pasir di sungai code pasca erupsi merapi yang masih dalam periode tanggap darurat bencana. Dalam pelaksanaan pengerukan harus dibuat dalam surat perjanjian yang apabila ditinjau dari aspek hukum, termasuk dalam hukum perjanjian yang mensyaratkan adanya kesepakatan, tetapi dalam hal ini melibatkan aparat/lembaga pemerintah yang diwakili oleh Koramil, Kecamatan dan Kelurahan.

Apabila Keputusan Walikota Yogyakarta Nomor;762 /KEP /2010 ditinjau dari penggunaan diskresi, dimana administrasi negara memiliki kekuasaan bertindak dalam menghadapi persoalan-persoalan yang mendesak dikarenakan aturan belum ada, yang terwujud melalui kebijaksanaannya . Pada dasarnya hal ini berarti bahwa administrasi negara menentukan “apakah hukumnya” bagi persoalan permasalahan tersebut dan masalah ini erat kaitannya dengan masalah pertanggungjawabannya. Dalam sebuah negara hukum penggunaan diskresi hanya

dapat dilakukan pemerintah sebagai; sikap aktif dari administrasi negara atau atas inisiatipnya sendiri; menyelesaikan persoalan-persoalan penting, mendesak dan muncul secara tiba-tiba dan harus segera diselesaikan ;dalam menjalankan tugas-tugas servis publik; dimungkinkan oleh hukum; dapat dipertanggung-jawabkan baik secara moral kepada Tuhan Yang Maha Esa maupun secara hukum.

Alasan penggunaan diskresi yang berupa Keputusan Walikota Yogyakarta Nomor;762 /KEP /2010 jika ditinjau dari Undang Undang Nomor 30 Tahun 2014, bisa dikategorikan sebagai diskresi yang memenuhi alasan tujuan diskresi diberikan yaitu poin b. mengisi kekosongan hukum; c. memberikan kepastian hukum; dan d. mengatasi stagnasi pemerintahan dalam keadaan tertentu guna kemanfaatan dan kepentingan umum.

Diskresi yang diterapkan harus memperhatikan hal hal berikut : Harus sesuai dan serasi dengan tujuan undang undang yang memberi kebebasan bertindak. Serasi dengan asas hukum umum yang berlaku misalnya asas perlakuan di muka hukum, asas kepatutan dan asas kelayakan mempertimbangkan kepentingan publik dan warga masyarakat, maka Keputusan Walikota Yogyakarta Nomor;762 /KEP /2010 dapat menyelesaikan masalah masalah yang timbul dalam pengerukan dan pengambilan pasir lahar dingin di sungai Code. Permasalahan yang dapat diselesaikan antara lain ; Area pengerukan dapat diperluas karena melibatkan banyak pihak yaitu Pemprov, Pemkot, KODIM, Balai Besar Wilayah Sungai Serayu Opak, BNPB dan Swasta misalnya beberapa stasiun televisi, perusahaan alat2 rumah tangga, dll. Selain dibantu oleh

tujuh *backhoe*, pengerukan Kali Code tersebut juga dibantu 600 personel TNI, polisi, pengusaha dan juga masyarakat di sekitar sungai , tersebut.

Dengan mengoperasikan sebanyak tujuh *backhoe* dikerahkan untuk mengeruk pasir yang mendangkalkan Kali Code dan warga memperoleh bantuan tiga buah mesin penyedot pasir, 900 serok pasir, 100 buah pacul, 50 buah sekop, 7.200 karung plastik, 20 alat pencetak batako dan 40 alat pencetak paving blok sehingga keterbatasan pengoperasian dan akses alat berat *backhoe* dan pemanfaatan dan pengambilan pasir/material teratasi.

Dengan diperluasnya area dan akses pengerukan material di hampir semua titik rawan banjir maka bentrok antar masyarakat dikawasan yang mendapat bantuan pengerukan dan dapat dihindari. Hal ini menjadikan terbangunnya lingkungan sosial dengan pemberdayaan masyarakat melalui LPMK . Filosofi kebijakan pembangunan Pemkot Jogja adalah "dari, oleh dan untuk masyarakat". Artinya implementasi kebijakan pembangunan mengedepankan dan berbasis partisipasi/dukungan masyarakat. Khususnya dalam hal ini upaya mewujudkan Kota Jogja ramah lingkungan, berkualitas dan optimalisasi kapasitas kelembagaan RW/RT serta pelayanan masyarakat. Lembaga Pemberdayaan Masyarakat Kelurahan (LPMK) Kota Yogyakarta merupakan lembaga yang sejajar dengan eksekutif pemerintahan oleh karena itu LPMK harus betul-betul menjadi mitra eksekutif dalam melakukan fungsi pengawasan Pemkot juga memberikan dana stimulan Pemberdayaan Masyarakat Kelurahan (PMK) kepada 45 Lembaga Pemberdayaan Masyarakat Kelurahan (LPMK) se Kota Yogyakarta. LPMK yang berada di kawasan sungai code dilibatkan untuk mengatasi berbagai masalah atau

hambatan yang terjadi di masyarakat serta pemanfaatan material menjadi bisa lebih optimal untuk kepentingan umum warga.. Sejalan dengan kebijakan pembangunan Pemkot Yogyakarta adalah "dari, oleh dan untuk masyarakat" maka dalam mekanisme pengerukan dan pengambilan pasir di sungai code, peran LPMK sangat penting.³⁴⁹

Apabila ditinjau dari penggunaan diskresi maka Keputusan Walikota Yogyakarta Nomor ;762 /KEP /2010, sudah tepat karena administrasi negara memiliki kekuasaan bertindak dalam menghadapi persoalan-persoalan yang mendesak dikarenakan aturan belum ada, yang terwujud melalui peraturan kebijaksanaan. (*psedo wetgeving*) . Keputusan Walikota Yogyakarta Nomor ;762 /KEP /2010 dapat menyelesaikan masalah-masalah yang timbul dalam pengerukan dan pengambilan pasir lahar dingin di Sungai Code. Isi Keputusan ini termasuk karakteristik bentuk hukum responsif, mengingat penggunaan diskresi ini tetapi bertujuan pada keadilan yang hakiki yang mengedepankan kepentingan dan kebutuhan kepentingan individu dan masyarakat, melalui proses pembuatan hukum partisipatif, sehingga fungsi hukum sebagai instrumen pelaksana kehendak rakyat.

Dari penyelesaian masalah pasir/material akibat lahar dingin di Sungai Code penggunaan asas diskresi memberika keuntungan sebagai berikut :

- 1) Kebijakan pemerintah yang bersifat darurat/*emergency* dapat segera diputuskan atau diberlakukan oleh pemerintah meskipun

³⁴⁹ Dengan melibatkan LPMK dan memberdayakan warga bantaran Code dengan menggunakan semangat gotong royong dan menjaga tradisi, maka konflik dapat dihindari

masih debatable secara yuridis dengan tujuan untuk menghindari terjadinya kekosongan hukum.

- 2) Badan atau pejabat pemerintah tidak terjebak pada formalisme hukum dengan asumsi bahwa sepanjang berkaitan dengan kepentingan umum atau kepentingan masyarakat yang lebih luas, dapat diambil keputusan dengan menggunakan diskresi. (*policy*);
- 3) Roda pemerintahan tidak staknan, sehingga sektor pelayanan publik makin hidup dan pembangunan bagi peningkatan kesejahteraan rakyat menjadi dinamis.

3. Analisis Penggunaan Diskresi dalam Mengatasi Kekeringan dan Banjir dengan Pembangunan Cekdam dan Diskresi dalam Mengatasi Pelayanan Kesehatan yang Buruk dengan BSB di Kabupaten Bantaeng

Kabupaten Bantaeng terdiri dari 8 kecamatan, 46 desa dan 21 kelurahan. Kabupaten Bantaeng merupakan salah satu kabupaten di Sulawesi Selatan yang sampai dengan tahun 2008, memiliki banyak permasalahan, yaitu . kemiskinan, pengangguran, banjir, penataan kota dan persoalan lainnya. Fenomena alam yang terjadi di kawasan perkotaan Fenomena alam yang terjadi setiap musim hujan untuk kawasan perkotaan , pusat layanan publik dan pasar sedang di kawasan pinggiran, lahan pertanian terancam bencana alam banjir hingga tahun 2008³⁵⁰. Kerugian materi sekitar 400 keluarga di Bissapu yang umumnya hidup sebagai petani diperkirakan mencapai Rp 2 miliar.³⁵¹ Selain banjir, persoalan yang tak kalah peliknya waktu itu dihadapi ialah kemiskinan, peluang kerja, stagnannya

³⁵⁰ Hasil wawancara dengan Edi Junaedi, staf Bappeda Kabupaten Bantaeng tgl. 24 Januari 2015

³⁵¹ Hasil wawancara dengan Edi Junaedi , staf Bappeda Kabupaten Bantaeng tgl. 24 Januari 2015

sektor pertanian dan pariwisata hingga minim kegiatan industri, minimnya infrastruktur pendukung, pemukiman kumuh dan persoalan pelik lainnya. Berkaitan dengan masalah pertanian, para petani kerap mengeluh sering mengalami puso, sehingga sektor pertanian hampir lumpuh, Banjir bandang kala itu melanda Kecamatan Bissapu dan Mattoanging yang berada sekitar 5 km dari pusat kota Bantaeng. Selain merendam sekitar 800 rumah dan 2.000 hektar sawah, banjir setinggi 1,5 meter itu juga memutus jalan poros Bantaeng-Jeneponto selama hampir 6 jam.³⁵²

Saat banjir, pelayanan kesehatan pun lumpuh karena Rumah Sakit Umum Daerah Anwar Makkatutu tergenang.³⁵³ Rumah jabatan Bupati Bantaeng yang tak jauh dari lokasi banjir bahkan tidak luput dari terjangan banjir yang mengakibatkan semua peralatan furnitur rusak karena tinggi genangan mencapai setengah meter di kediaman bupati yang mengakibatkan pemborosan anggaran, karena setiap tahun ada alokasi anggaran untuk rumah jabatan (rujab). Banjir tersebut terjadi akibat kondisi hutan yang gundul dan buruknya sistem drainase. Delapan anak sungai di kaki Gunung Lompobatang (2.876 meter di atas permukaan laut) mengalir ke kota tanpa terkendali. Saat puncak musim hujan datang, aliran air sungai yang datang dari berbagai sisi langsung mengepung kota. Untuk melihat langsung permasalahan tersebut Bupati Bantaeng Prof.Dr.H. Nurdin Abdullah, turun langsung mencari titik air penyebab banjir di saat hujan deras menyusuri anak sungai sampai sekitar 6 jam. Setelah mengetahui alur anak

³⁵² Hasil wawancara dengan M.Nurdin Abdullah, Bupati Bantaeng, tgl 23 Januari 2015

³⁵³ Hasil wawancara Kepala Dinas BSB Tgl 24 Januari 2015

sungai penyebab banjir³⁵⁴, kemudian disimpulkan cekdam harus dibangun untuk menjadi pencegah banjir, sumber air baku PDAM Bantaeng dan sekaligus irigasi bagi petani Bantaeng.

Untuk mengatasi permasalahan yang timbul pada awal pemerintahannya tahun 2008 (periode pertamanya 2008 – 2013), Nurdin Abdullah, guru besar Universitas Hassanudin Makassar yang menjabat bupati tersebut melakukan upaya upaya pendekatan kepada tokoh tokoh masyarakat, DPRD Kabupaten Bantaeng dan warga masyarakat dari semua kalangan mengenai pentingnya membangun cekdam untuk mengatasi berbagai permasalahan di Kabupaten Bantaeng. Nurdin Abdullah menyatakan bahwa pada prinsipnya semua diawali dengan komitmen.³⁵⁵ Komitmen ini menjadi penyemangat bupati beserta segenap SKPD teknis untuk berfikir inovatif dalam memberikan pelayanan yang terbaik bagi rakyat yang telah memberikan mandat kepada pemerintah dalam hal ini pemerintah Kabupaten Bantaeng. Sebagai aparat pelayan masyarakat sepanjang waktu tersedia senantiasa berupaya dapat melayani terutama berkaitan dengan mencari solusi dari permasalahan yang dihadapi, atau upaya-upaya untuk meningkatkan usaha dan tingkat kesejahteraan mereka.³⁵⁶

Pada saat Bupati melakukan sosialisasi pentingnya pembangunan Cekdam , pemerintah Kabupaten Bantaeng belum mengalokasikan dana untuk pembangunannya. Bahkan ada sikap skeptis dari beberapa kalangan termasuk DPRD akan kemanfaatan Cekdam tersebut yang menyerap dana cukup besar.

³⁵⁴ Hasil wawancara dengan N. Nurdin Abdullah Bupati Bantaeng tanggal 23 Januari 2015

³⁵⁵ Hasil wawancara dengan M.Nurdin Abdullah, Bupati Bantaeng tanggal 23 Januari 2015

³⁵⁶ Hasil wawancara dengan M.Nurdin Abdullah, Bupati Bantaeng tgl. 23 Januari 2015

Bupati mengalami berbagai tantangan dan hambatan untuk mewujudkan hal tersebut. Dengan tekad dan komitmen demi kepentingan rakyat Bantaeng maka Bupati menerapkan diskresi dengan membuat kebijakan pembangunan Cekdam dan mengajukan anggaran sebelum pengesahan APBD. Melihat komitmen untuk kepentingan rakyat yang kuat dan keberaniannya mengambil putusan dengan risikonya, maka kemudian DPRD menyetujui pembangunan Cekdam dengan tinggi 10 meter dan bentangan 138 meter menelan dana proyek bernilai Rp14 miliar lebih.³⁵⁷ Pembangunan Cekdam pengendali banjir di Sungai Balang Sikuyu, Kabupaten Bantaeng, Sulawesi Selatan, akhir 2008 dimulai. Diawali dengan membebaskan lahan seluas 10 hektar untuk cekdam. Pada awal pembangunan, baru tiga hektar yang sudah dimanfaatkan untuk mengendalikan banjir, Pemanfaatan lahan tersisa tujuh hektar tersebut secara bertahap akan dilakukan dalam dua tahun. Pemkab Bantaeng mengalokasikan dana Rp 20 miliar untuk optimalisasi cekdam. Sementara untuk biaya pemeliharaan cekdam dan bantuan bibit, pemerintah setempat menganggarkan Rp 2,5 miliar per tahun.

Kehadiran Cekdam membebaskan Kota Bantaeng dari banjir, sekaligus menjadi penyimpan air pada musim kemarau dan dapat dijadikan area pariwisata. Ini juga dilakukan sebagai antisipasi gejala kekurangan air padahal daerah ini memiliki potensi air yang cukup baik. Agar Cekdam ini dapat dipergunakan dalam jangka panjang, Bupati berharap masyarakat tetap melakukan penghijauan dan melestarikan hutan yang ada sebagai pohon merupakan sumber air. Kondisi itu patut diperhatikan, terutama menghadapi perubahan iklim.

³⁵⁷ Hasil wawancara dengan Sihabudin, Ketua DPRD Kabupaten Bantaeng tgl 22 Januari 2015

Persediaan air yang ada di cekdam juga dimanfaatkan untuk irigasi dan cadangan air baku bagi Perusahaan Daerah Air Minum. Kondisi di sekitar Balang Sikuyu yang dulu umumnya berupa lahan tidak produktif kini menjadi areal persawahan dengan sarana irigasi teknis.

Pembangunan cekdam disertai dengan program "Jumat Bersih Sabtu Menanam" yang digalakkan Pemkab Bantaeng. Setiap hari Jumat aparat pemerintahan di tingkat desa/kelurahan dan kecamatan membersihkan lingkungan masing-masing bersama warga setempat. Aktivitas gotong royong ini, antara lain, difokuskan pada pembersihan selokan dan sampah di lingkungan sekitar. Sementara pada akhir pekan, warga didorong untuk menanam tanaman jenis apa pun di lingkungan sekitar mereka. Khusus desa yang berlokasi di dataran tinggi Bantaeng, seperti Kecamatan Uluere, Eremerasa, Bantaeng, dan Tompobulu, pemerintah memberi bantuan dana Rp 50 juta untuk membuat pusat penghijauan. Saat ini sedikitnya ada 30 tempat pembibitan pohon, seperti trembesi, angkana, dan tanjung, yang cocok untuk program reboisasi. Proyek yang berhasil dirampungkan Desember 2009.

Dengan memanfaatkan air cekdam Balang Sikuyu, Bupati Bantaeng berinovasi mengembangkan pembenihan yang unggul sehingga keluhan petani teratasi. Saat ini justru Bantaeng telah menjadi daerah sentra pembibitan benih pertanian Sulawesi Selatan. Masyarakat Kota Bantaeng mulai merasakan manfaat Cekdam Balang Sikuyu, terbukti meski hujan mengguyur daerah ini, tidak lagi terjadi banjir seperti yang terjadi pada tahun-tahun sebelumnya.

Dalam suatu wawancara dengan bupati Bantaeng berulang kali ia menyatakan prinsip untuk tetap menggunakan APBD diarahkan terutama untuk meningkatkan pendapatan serta tingkat kesejahteraan masyarakat. Untuk membangun infrastruktur di daerah akan senantiasa diupayakan melalui dana-dana bantuan atau investasi. Alasannya karena dana APBD yang kecil akan habis terkuras jika juga dimanfaatkan untuk membangun infrastruktur yang beranggaran besar. Nurdin mengatakan bahwa bupati atau walikota tak berperestasi tak akan didengar oleh rakyatnya. "Makanya, pemimpin rakyat itu sekarang dituntut untuk bekerja yang dapat dirasakan rakyat, bukan lagi masanya menonjolkan performance atau cassing yang indah, karena rakyat sekarang sudah cerdas hanya akan mendukung langkah kerja yang memberi hasil nyata," katanya.

Di bidang kesehatan, masyarakat tidak Bisa Mengakses Layanan Kesehatan Existing Status Kesehatan Penduduk Bantaeng Tahun 2008 - 2009. Kondisi existing Kabupaten Bantaeng adalah, dengan kematian ibu dan anak 222,7 / 100.000 Atau 12 Jiwa, Kematian anak 4,76% Atau 38 Kasus dan anak balita 32 Kasus dan kasus gizi buruk 16 Kasus.³⁵⁸

Atas inisiatif Kepala Daerah Kabupaten Bantaeng, Prof. Dr. H. Nurdin Abdullah, dikembangkan Satuan Tugas (Satgas) Pelayanan Kesehatan berada di bawah *Tim Emergency Service (TES)* Kabupaten Bantaeng. Selain BSB satgas lainnya yang dibawah dan satu atap dalam TES adalah Satgas Pemadam Kebakaran, Satgas Bantuan Sosial, Perlengkapan dan Logistik, serta Satgas

³⁵⁸ Sumber : Paparan "Dari Daerah Untuk Indonesia" Best Practice Pembangunan Kesehatan Di Kab. Bantaeng Provinsi Sul Sel, 22 Januari 2015

Operasi, Rehabilitasi dan Pemulihan. Tim ini dikoordinasi tiga dinas/instansi terkait yakni Dinas Kesehatan, Badan Pengendalian Dampak Lingkungan Daerah (Bapedalda), dan Dinas Sosial Tenaga Kerja dan Transmigrasi. organisasi BSB sendiri sebagai Konsep TES yang memadukan beberapa jenis layanan publik seperti pemadam kebakaran dan layanan medis, serta layanan sosial dalam satu atap merupakan inisiatif Pemda Bantaeng yang belum dilakukan Kabupaten/Kota lainnya di Sulawesi Selatan, atau pertama di Indonesia.

Dengan pertimbangan bahwa Kabupaten Bantaeng termasuk dalam daerah rawan bencana dan sebagai upaya pelayanan kebutuhan dasar bagi masyarakat , maka untuk mengatasi dampak bencana yang terjadi dan berakibat pada masalah kesehatan dan sosial dengan kerugian yang lebih besar maka Bupati Kabupaten Bantaeng mengeluarkan Keputusan Bupati Nomor 430/595/XII/2009 tentang Pembentukan Tim Emergensi Service Kabupaten Bantaeng. Dalam Keputusan tersebut diatur tentang Tugas TIM yaitu :

1. Melaksanakan posko pada Emergensi Service selama 24 jam;
2. Menerima laporan dan melakukan koordinasi dengan unit terkait sesuai dengan jenis bencana yang terjadi;
3. Melakukan evakuasi atau pencarian korban pada lokasi bencana ;
4. Memberikan pelayanan dan tindakan medis pertolongan pertama pada korban bencana;
5. Melakukan rujukan ke puskesmas terdekat atau rumahsakit bagi korban yang membutuhkan penanganan lanjutan;

6. Melaksanakan langkah langkah yang dianggap perlu pada lokasi bencana;
7. Melakukan koordinasi dengan instansi terkait dalam rangka fase pemulihan pasca bencana;
8. Melaporkan kondisi bencana dan penanggulangannya pada Bupati Bantaeng .

Terbentuk pada 7 Desember 2009 yang bertepatan dengan hari ulang tahun Kabupaten Bantaeng ke-755, BSB bertujuan memberikan pelayanan kesehatan yang terdepan dan tercepat atas setiap bencana/musibah yang menimpa masyarakat. Keberadaan BSB diperlukan sebagai upaya kesiapsiagaan dalam penanggulangan setiap bencana/musibah terutama bagi korban yang membutuhkan pertolongan cepat namun jauh dari jangkauan dokter maupun terkendala sarana transportasi karena tidak memiliki kendaraan. Tahapan pembentukan atau persiapan pengoperasian BSB meliputi dua tahap:

Pertama, pengadaan peralatan dan sarana-prasarana seperti peralatan kesehatan dan kendaraan operasional atau ambulans. Saat ini BSB memiliki lima unit ambulans yang berasal dari Dinas Kesehatan Bantaeng (satu unit); bantuan dari Asuransi Kesehatan-Askes (satu unit); dan bantuan Pemerintah Jepang (tiga unit). Satu dari lima unit ambulans tersebut difasilitasi alat monitor pemeriksaan jantung modern, peralatan yang jarang dimiliki ambulans lainnya. Selain itu terdapat dua unit speedboat milik tim SAR yang sewaktu-waktu dapat digunakan tim BSB bila ada korban atau pasien di laut.

Kedua, peningkatan sumberdaya manusia yang meliputi pelatihan-pelatihan ketanggapdaruratan. Pelatihan bagi dokter adalah pelatihan *general emergency life support* dan bagi perawat adalah pelatihan *basic trauma cardiac life support*. Kedua jenis pelatihan tersebut dimaksudkan untuk memberikan pengenalan dan pengetahuan bagi tenaga medis dalam hal penanganan tindak darurat.³⁵⁹

Brigade Siaga Bencana (BSB) merupakan program inovasi sektor layanan kesehatan Kab. Bantaeng dalam upaya meningkatkan dan mendekatkan akses pelayanan kesehatan kepada masyarakat. Brigade ini juga berkantor satu atap dengan satuan tugas (satgas) lainnya dalam *Tim Emergency Service* seperti satgas pemadam kebakaran, satgas tim bantuan sosial, dan satgas operasi, rehabilitasi, dan pemulihan.

Dalam operasionalnya, BSB didukung 20 dokter umum, 4 perawat, dan 4 sopir. Sistem shift berlaku. Setiap hari terjadi pergantian staf yang bertugas. Para staf sebelum bertugas juga telah diberikan pelatihan tanggap darurat. Bagi dokter dibekali pelatihan *general emergency life support (GELS)* sedangkan bagi perawat melalui pelatihan *basic trauma cardiac life support (BTCLS)*. Secara umum, BSB bekerja bila mendapatkan panggilan dari masyarakat. Masyarakat yang membutuhkan bantuan BSB dapat meminta pertolongan melalui call center 113 (melalui telepon rumah-gratis) dan 0413- 22724 (melalui telepon selular). Tim BSB yang bertugas segera menjemput pasien dengan melakukan tindakan di lokasi. Dokter langsung mendiagnosa pasien untuk selanjutnya menentukan

³⁵⁹ Hasil wawancara dengan Hj. Sari Pudjiastuti, S.KM, Koordinator Umum BSB, tanggal 24 Januari 2015

apakah si pasien hanya perlu dirawat di rumah, dirawat di puskesmas, atau harus dirujuk ke rumah sakit.³⁶⁰

Pelayanan BSB adalah layanan gratis selama duapuluh empat jam sehari dengan total staf sebanyak duapuluh dokter umum, delapan perawat dan empat pengemudi. Para dokter berasal dari puskesmas se-Kabupaten Bantaeng yang mana setiap puskesmas masing-masing mengirimkan dua dokter dan akan bertugas selama satu tahun. Setelah masa tugas satu tahun kedua orang dokter tersebut akan digantikan dokter lainnya dari puskesmas yang sama. Seluruh staf tersebut di atas secara bergantian melaksanakan tugas harian yang terbagi dalam dalam tiga shift jaga yaitu pagi mulai dari jam 07.00 sampai dengan 14.30 Wita; siang jam 14.30 sampai 21.30 Wita; dan jam 21.30 sampai 07.00 Wita. Regu yang bersiaga terdiri dari seorang dokter, dua perawat, dan dua pengemudi.

Prosedur operasional standar yang diterapkan BSB mengarahkan laporan dari masyarakat yang masuk melalui call center 113 dan 0413-22724 serta melalui frekuensi radio 145.490 MHz untuk sesegera mungkin direspon oleh tim BSB dengan langsung menuju lokasi. Di lokasi tim akan segera melakukan pemeriksaan untuk menentukan tindakan selanjutnya apakah cukup dirawat di rumah. Pemberian obat serta tetap melakukan pemantauan dengan berkoordinasi puskesmas terdekat, apakah pasien perlu dirujuk ke puskesmas/kantor BSB, ataupun pasien perlu dirujuk ke rumah sakit umum daerah (RSUD).

³⁶⁰ Hasil wawancara dengan Hj. Sari Pudjiastuti, S.KM, Koordinator Umum BSB, tanggal 25 Januari 2015

Standar tanggap bencana lainnya yang diberlakukan BSB yang berbeda dari daerah lainnya adalah pada kasus kejadian kebakaran. Bila di kabupaten/kota lainnya mobil pemadam kebakaran tidak beriringan dengan ambulans, di Bantaeng setiap ada laporan kebakaran maka dua unit ambulans wajib mengiringi mobil pemadam kebakaran untuk mengantisipasi adanya korban luka bakar. Kerjasama yang baik antara Tim BSB dan regu pemadam kebakaran dimungkinkan karena kantor BSB berada pada satu atap dengan layanan pemadam kebakaran. Tim BSB juga menyertakan tim medis saat bertugas mengatasi kebakaran yang terjadi di dua kabupaten terdekat, Bulukumba dan Jeneponto.

Struktur organisasi BSB sendiri sebagai Satuan Tugas (Satgas) Pelayanan Kesehatan berada di bawah Tim Emergency Service (TES) Kabupaten Bantaeng. Selain BSB satgas lainnya yang dibawah dan satu atap dalam TES adalah Satgas Pemadam Kebakaran, Satgas Bantuan Sosial, Perlengkapan dan Logistik, serta Satgas Operasi, Rehabilitasi dan Pemulihan. Tim ini dikoordinasi tiga dinas/instansi terkait yakni Dinas Kesehatan, Badan Pengendalian Dampak Lingkungan Daerah (Bapedalda), dan Dinas Sosial Tenaga Kerja dan Transmigrasi.

Konsep TES yang memadukan beberapa jenis layanan publik seperti pemadam kebakaran dan layanan medis, serta layanan sosial dalam satu atap merupakan inisiatif Pemda Bantaeng yang belum dilakukan Kabupaten/Kota lainnya di Sulawesi Selatan.

Terkait sumber anggaran yang digunakan untuk penyelenggaraan kegiatan BSB Kabupaten Bantaeng, Nurdin Abdullah memberikan tanggapan bahwa pada prinsipnya semua diawali dengan komitmen. Komitmen ini menjadi penyemangat bagi kami beserta segenap SKPD teknis untuk berfikir inovatif dalam memberikan yang terbaik buat rakyat yang telah memberikan mandat kepada pemerintah untuk diberikan pelayanan. Oleh karena itu, kami memanfaatkan modal jaringan yang ada diluar negeri untuk mendapatkan Hibah Mobil Ambulance yang dilengkapi dengan peralatan kesehatan canggih. Untuk operasional harian menggunakan dana APBD rata-rata setiap tahun tidak lebih dari Rp. 1- 2 milyar dalam beberapa tahun terakhir.

4. Analisis Penggunaan Diskresi dalam penataan PKL di Surakarta

Kota Surakarta melakukan inovasi dalam penyelenggaraan pemerintahan dan kini telah banyak perubahan dan kemajuan di berbagai bidang serta hasilnya bisa dinikmati seluruh kota Surakarta. Kinerja ekonomi selain meningkat di sisi pertumbuhan, peningkatan kinerja ekonomi juga diikuti peningkatan pembangunan manusia. Salah satu usaha untuk peningkatan kinerja ekonomi adalah dengan menata sumber daya manusia agar dapat bersama sama memperoleh kehidupan yang lebih layak.

Dalam menyelesaikan permasalahan yang timbul, tentang pedagang kaki lima (PKL), langkah diskresi yang dilakukan Walikota dengan melakukan inovasi. Secara umum penataan PKL sudah diatur dengan Perda Nomor 8 tahun 1995 Tentang Penataan dan Pembinaan PKL di Kota Surakarta dan Surat Keputusan Walikota Nomor 2 Tahun 2001 Tentang Penataan dan Pembinaan

Pedagang Kaki Lima. Hal ini menunjukkan bahwa gagasan mengenai pembinaan dan penataan PKL di Surakarta sesungguhnya sudah ada sejak lama. Namun meski sudah diupayakan sejak lama oleh walikota Imam Sotopo (1993-1998 dan Slamet Suryanto (2001-2005) ³⁶¹ yang menterjemahkan PKL sebagai masalah, sehingga pendekatan yang dilakukan lebih menekankan pada aspek penertiban dan bukan pembinaan. Inisiatif *local reform* yang muncul dari kedua walikota tidak membuahkan hasil yang diharapkan. Inisiatif yang dilakukan dengan dibentuk birokrasi baru yang khusus menangani PKL, yaitu Tim Pembina PKL yang berfungsi mempertemukan aparatur aparat pemerintah ditingkat kota, kecamatan dan kelurahan. Pada tahun 2001 Tim ini ditingkatkan menjadi Kantor Pembinaan PKL (PPKL) dengan harapan dapat meningkatkan fungsi dalam menyelesaikan permasalahan PKL. Kebijakan tersebut gagal dilakukan bahkan muncul penolakan keras dari PKL ³⁶².

Dalam konteks itulah Walikota pasangan Joko Widodo dan Rudy sejak awal kepemimpinannya menjadikan penataan dan pembinaan PKL sebagai salah satu permasalahan prioritas yang ingin dikerjakan bersama 6 (enam) permasalahan prioritas lainnya. ³⁶³ Walikota kemudian melakukan langkah langkah berupa tindakan- tindakan dan kebijakan- kebijakan sebagai bentuk penerapan diskresi. Penataan dan pengelolaan pedagang kaki lima merupakan proses yang unik, damai dan mendapat apresiasi yang luas dari masyarakat. Inovasi yang dilakukan

³⁶¹ Sri Yuliani . “Analisis Sustainability Kebijakan Relokasi Pedagang Kaki Lima (PKL) di Kota Surakarta”. *Spirit Publik* , Volume 8, Nomor 2, 2012, hlm.68

³⁶² <https://www.academia.edu/8204481/> Local Reform Di Kota Solo Pada Era Kepemimpinan Jokowi Tahun 2005-2012 Tindakan Agen Mempengaruhi ur dan Relasi Multi Aktor Pada Kasus Penataan PKL dan Pemukiman Bengawan Solo diunduh tanggal 22 Juli 2015, j.19.00

³⁶³ *Loc.cit*

adalah dengan melakukan relokasi melalui pendekatan humanis, yaitu dengan strategi.³⁶⁴

1. Menghormati dan empati pada warga yang direlokasi dengan memanusiakan manusia, maksudnya adalah menempatkan manusia sesuai harkat dan martabatnya,
2. Kemitraan, yaitu berusaha menempatkan pedagang/PKL Pemkot, *stakeholders* dalam penataan PKL dengan melibatkan masyarakat, pemerintah dan PKL dalam dialog yang intensif, saling menghormati, seimbang antara PKL, masyarakat dan pemerintah.
3. Hati nurani, bahwa ada rasa saling mengisi antara satu pihak dengan pihak yang lain, dalam hal ini antara PKL, masyarakat dan pemerintah,

Program ini dapat berjalan berkat manajemen "Gotong Royong" yang diterapkan dimana tiap SKPD saling bekerjasama dengan mengalokasikan kegiatan yang mendukung program tersebut. PKL ditata sesuai karakter dan jenis usaha. Walikota dan Wakil Walikota Surakarta, melakukan terobosan dengan program ini yang diinisiasi pada tahun 2005. oleh walikota dan wawali yang pada saat itu adalah Joko Widodo (Jokowi). Melihat kota Surakarta yang "semrawut"/tidak teratur dengan adanya pedagang di beberapa titik yang seharusnya merupakan taman kota yang bebas dari pedagang kaki lima. Sebelum penataan walikota Surakarta mengundang para tokoh pedagang kakilima untuk bersilaturahmi ke balaikota. Beberapa pertemuan dengan tokoh masyarakat.

³⁶⁴ Hasil wawancara dengan Sekda Kota Solo, Budi Suharto tgl 28 Agustus 2015

Setelah beberapa kali pertemuan itu, barulah walikota mengutarakan maksudnya. Dialog dan perdebatan pun terjadi untuk membahas konsep yang ditawarkan oleh pemerintah kota Surakarta. Pertemuan terjadi sebanyak 54 kali sebelum munculnya kesepakatan antara pemerintah kota Surakarta dan para tokoh dan pedagang.

Program penataan PKL ini dapat berhasil berkat adanya komitmen pimpinan daerah dan pimpinan SKPD yang menjalankan program yang baik serta partisipasi warga yang besar dalam mendukung program tersebut, agar menjadikan kota Surakarta sebagai kota berseri (bersih tertib aman). Dengan adanya dukungan dari lembaga masyarakat (perbankan, akademisi, LSM) untuk mensosialisasikan dan pendanaan serta sarana dan prasarana yang didukung oleh pemerintah kota (aturan, finansial, personal) maka pada akhirnya program ini dapat berjalan hingga sekarang. Tak kalah penting lagi adalah semangat melakukan pekerjaan dengan senang ("bekerja dengan hati") yang ditanam kepada seluruh pegawai pemerintah serta pemimpin yang memberikan keteladanan kepada petugas lapangan dan tidak mentelantarkan komitmen yang telah dibuat.

Beberapa tindakan dilakukan oleh Pemkot setelah ada kesepakatan dengan perwakilan pedagang. dengan bekerjasama dengan para stakeholder dan seluruh dinas terkait. Beberapa tahapan yang dilakukan pemerintah kota untuk menjalankan program penataan pedagang kakilima di kota Surakarta adalah sebagai berikut:

- a. Memberikan sarana dan prasarana berupa shelter, gerobak atau tenda;

- b. Modal usaha melalui koperasi serba usaha (KSU) “MONJARI 45”
- c. Mempermudah perijinan (SIUP/ surat ijin usaha perdagangan, KTPP/ Kartu Tanda Pedagang, SHP/ surat hak penempatan secara gratis selama satu tahun
- d. Promosi melalui media elektronik, cetak dan hiburan.
- e. Mempersiapkan trayek angkutan yang dapat mengakses pasar
- f. Membantu pemindahan dan pengangkutan barang.

Berdasarkan kesepakatan, untuk 6 bulan pertama pedagang tidak dikenakan biaya retribusi. Program ini memberi manfaat yang besar bagi masyarakatnya. Manfaat tersebut dapat dirasakan oleh para pedagang, pemerintah dan masyarakat luas. Manfaat yang dapat dirasakan oleh masyarakat kota Surakarta adalah sebagai berikut:³⁶⁵

- a. Lingkungan Kota tertata rapih dengan adanya 712 shelter PKL terbangun dan 3.898 PKL yang telah tertata dan akan terus bertambah, tidak merusak fasilitas, tidak membuat macet.
- b. Peningkatan PAD sampai pada titik 350 juta pada tahun 2013
- c. Memberikan kepastian usaha sesuai dengan aturan yang ada sehingga bekerja aman , nyaman , tentram.
- d. Masyarakat dapat menikmati hak akan kotanya

³⁶⁵ <http://inovasi.lan.go.id/index.php> Yanlik/WAY. Diunduh tgl 22 Juli 2015. J.20.00

- e. Berkurang konflik horizontal (masyarakat dan pedagang) berkaitan dengan hak yang didapatkan.
- f. Memberikan nilai tambah dalam hal retribusi daerah
- g. Tumbuhnya kepatuhan / kearifan lokal di Kota.

Dalam menyelesaikan permasalahan yang timbul, tentang pedagang kaki lima (PKL), langkah diskresi yang dilakukan Walikota dengan melakukan inovasi. Meskipun Peraturan Daerah tentang PKL sudah dimiliki Pemkot Surakarta, yaitu Perda Nomor 2 tahun 2001 kemudian Walikota ,melakukan langkah langkah berupa tindakan- tindakan dan kebijakan-kebijakan sebagai bentuk penerapan diskresi yang kemudian diajukan pada DPRD Kota Surakarta dan dituangkan dalam Peraturan Daerah Nomor 3 Tahun 2008 tentang Pengelolaan Pedagang Kaki Lima. Peraturan daerah tersebut kemudian ditindak lanjuti dengan Peraturan Walikota (Perwali) Nomor17-B Tahun 2012 tentang Petunjuk Pelaksanaan Peraturan Daerah Nomor 3 Tahun 2008 dan Peraturan Daerah Nomor 9 Tahun 2011 tentang Retribusi Daerah.

Untuk dapat melaksanakan program tersebut, perlu di perhatikan bahwa dalam hal penataan dan pengelolaan pedagang kaki lima ini, yaitu: *Mind set* (pola pikir) pemerintah sebagai "Pelayan Warga" harus diwujudkan, sehingga akan muncul konsep kerja untuk "mengabdikan". Menumbuhkan rasa empati pada para petugas sehingga akan bermanfaat bagi sesama Melakukan komunikasi dengan para pedagang dan pihak terkait. Diskresi yang digunakan pada penanganan PKL kota Surakarta , berupa Tindakan tindakan faktual yang dilakukan untuk melengkapi fasilitas umum terkait dengan hal tersebut antara lain adalah :

Menyediakan tempat berdagang yang layak dan nyaman , tersedia akses bagi pengunjung ke tempat dagangan baru (trayek dan terminal), menyediakan rambu/petunjuk arah ke lokasi shelter dagang. Tindakan tindakan yang dilakukan ini kemudian dituangkan pada rancangan Perda dan sudah dituangkan dalam Peraturan Daerah Nomor 3 Tahun 2008 tentang Pengelolaan Pedagang Kaki Lima.

Tabel 5 : Analisis Diskresi yang Tepat dilakukan Kepala Daerah dalam Konteks UU Nomor 30 Tentang Administrasi Pemerintahan

Kabupaten/Kota	Permasalahan	Tujuan	Syarat yang terpenuhi	Bentuk diskresi	Pihak yg dilibatkan	Tindak lanjut
Kab. Bantul	Gempa Bumi	mengatasi stagnasi pemerintahan dalam keadaan tertentu guna kemanfaatan dan kepentingan umum.	a. Sesuai dengan tujuan Diskresi b. tidak bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan c. sesuai dengan AUPB d. berdasarkan alasan-alasan yang objektif e. tidak menimbulkan Konflik Kepentingan f. dilakukan dengan iktikad baik.	Peraturan Bupati	a. Pemerintah provinsi dan pemerintah pusat b. Tokoh masyarakat c. NGO/ LSM d. Akademi sif. Volentir /masyarakat	Dilaksanakan dengan tindakan nyata – mengatasi masalah yang sifatnya sesaat jadi Tidak diajukan sebagai Perda
Kota Yogyakarta	Banjir lahar dingin	Belum ada peraturannya	a. Sesuai dengan tujuan Diskresi b. tidak bertentangan dengan ketentuan	Keputusan Walikota nomor :762/KEP/2010 tentang Mekanisme Penggerak	a. SKPD b. Tokoh masyarakat c. Ketua RW bantara kali code d. Penggun	mengatasi masalah yang sifatnya sesaat tetapi diperpanjang pemberlakuan nya 1 th karena

			peraturan perundang-undangan c. sesuai dengan AUPB d. berdasarkan alasan-alasan yang objektif e. tidak menimbulkan Konflik Kepentingan f. dilakukan dengan iktikad baik.	an dan Pengambilan Material Lahar Dingin di Sungai Code Sebagai Bagian dari Program Tanggap Darurat Antisipasi Bencana Lahar Dingin Gunung Merapi.	a f.LSM/ relawan	masalahnya blm selesai - Tidak diajukan sebagai Perda
Kab. Bantaeng	a.bencana banjir kalau musim hujan b.kekeringan kalau kemarau c.pelayanan public terhambat d.pemborosan APBD	mengatasi stagnasi pemerintahan dalam keadaan tertentu guna kemanfaatan dan kepentingan umum.	a. Sesuai dengan tujuan Diskresi b. tidak bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan c. sesuai dengan AUPB d. berdasarkan alasan-alasan yang objektif e. tidak menimbulkan Konflik Kepentingan f. dilakukan dengan iktikad baik.	Peraturan Bupati	a.tokoh masyarakat b.DPRD c.Masyarakat yg berkepentingan, mis.petani	Diajukan sebagai PERDA
	Pelayanan kesehatan buruk Angka kematian tinggi Angka kematian ibu melahirkan	mengatasi stagnasi pemerintahan dalam keadaan tertentu guna kemanfaatan dan kepentingan umum.	a. Sesuai dengan tujuan Diskresi b. tidak bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-	Surat Keputusan Bupati Bantaeng Nomor 430/595/XII/2009 tentang Pembentukan Tim	a.tokoh masyarakat b.DPRD c.Masyarakat yg berkepentingan, mis.petani	Masuk dalam RPJMD

	tinggi Gizi buruk pada balita		undangan c. sesuai dengan AUPB d.berdasarka n alasan- alasan yang objektif e. tidak menimbulka n Konflik Kepentingan f.dilakukan dengan iktikad baik.	Emergency Service Kab. Bantaeng		
Kota Surakarta	Penataan PKL	a.melancark an penyelengga raan pemerintah n b.memberika n kepastian hukum	a. Sesuai dengan tujuan Diskresi b. tidak bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang- undangan c. sesuai dengan AUPB d.berdasarka n alasan- alasan yang objektif e. tidak membulkan Konflik Kepentingan f.dilakukan dengan iktikad baik.	Tindakan – Tindakan dan Kebijakan	a.tokoh masyarakat b.DPRD c.Masyara kat yg berkepent ngan, mis; PKL d. SKPD terkait e. LSM f. Media	Diajukan sebagai PERDA

5. Analisis Penerapan Diskresi Kepala Daerah yang Tidak Tepat di Kabupaten Temanggung

Beberapa Kepala Daerah tergelincir dalam penerapan diskresi yang menjadi tindakan sewenang-wenang atau menyalahgunakan wewenang. Pada paparan berikut Kepala Daerah/Bupati Kabupaten Temanggung periode 2003-2005 menggunakan diskresi secara tidak tepat dalam mengatasi permasalahan yang ada.

Permasalahan yang terjadi di Kabupaten Temanggung berawal dari tindakan Bupati Drs. Totok Ary Prabowo.M.Si. MA (2003-2005) terhadap penggunaan anggaran yang tidak sesuai dengan nomenklatur pada APBD 2004. Hal ini berimbas pada masalah kepegawaian. Bagi pegawai atau pejabat yang tidak sejalan dengan Bupati dimutasi. Mutasi jabatan besar-besaran oleh kepala daerah dengan pertimbangan politis membuat keresahan di lingkungan Pemerintah Kabupaten Temanggung.³⁶⁶ Akibat dari mutasi tersebut sedikitnya ada sekitar 50 orang pejabat eselon I, II dan III serta camat di lingkungan pemerintah Kabupaten Temanggung Propinsi Jawa Tengah mengundurkan diri dari jabatannya³⁶⁷ Pada akhirnya ada 80 pejabat yang mengundurkan diri. Mereka mengundurkan diri, dengan alasan tidak sanggup lagi melaksanakan tugas dan tanggung jawab yang diberikan Bupati Temanggung Drs. Totok Ary Prabowo.M.Si. MA karena tidak sependapat dengan kebijakan penggunaan APBD. Akibatnya para pejabat eselon I, II dan III menyatakan untuk mengundurkan diri dari jabatannya secara lisan pada hari Jumat 7 Juni 2005 malam. Para pejabat tersebut adalah Sekretaris Daerah Drs Setyoadji, Asisten I Edy Santosa dan Asisten III Subagyo yang kemudian diikuti enam orang kepala bagian yakni Kabag Umum Edi Winarso, Satwoko (Kabag Keuangan), Harno Susanto (Kabag Pengendalian Program), Trinowo Harsono (Kabag Pemdes), Rohman Mawardi (Kabag Perlengkapan) dan Ny Anteng Unjiani (Kabag Organisasi). Selain pejabat eselon I,II dan III. 12 orang camat di Temanggung juga ikut mengundurkan diri diantaranya Teguh

³⁶⁶ Media Indonesia, 8 Maret 2005,

³⁶⁷ <http://news.detik.com/berita/269765/50-pejabat-daerah-kabupaten-temanggung-mengundurkan-diri>. Diakses tgl 20 Maret 2015

Surya (Camat Kranggan), Untung Haryono (Ngadirejo), Agus Sarwono (Jumo), Kadarisman (Pringsurat), Agus Suyanto (Telogomulyo), Satria Indra Basuki (Kedu), Adi Nurtantio (Kaloran), Agus Widodo (Tembarak), Endro Yudho (Camat Selopampang) Heri Ibnu Wibowo (Kledung), Supangkat (Kandangan) dan Warsito (Camat Bejen).³⁶⁸ Pada tanggal 10 Juni 2005, Bupati mengeluarkan Surat Edaran Nomor : 862.1/00709 yang ditujukan kepada Para Pejabat yang Mengundurkan Diri yang intinya berisi 3 poin yaitu :

- a. Bahwa surat edaran tersebut dibuat berdasarkan surat kepala BKN Nomor : F 26 -30/V61-4/5 tanggal 7 Juni 2005 ;
- b. Pejabat yang mengundurkan diri sudah diberi waktu untuk mencabut pengunduran dirinya dan kesempatan untuk klarifikasi perihal pengunduran dirinya;
- c. Karena kesempatan tidak digunakan maka akan Bupati Temanggung mengabulkan pengunduran diri tersebut.

Pada tanggal yang sama Bupati mengeluarkan Keputusan Bupati Temanggung : Nomor 821.2/511/2005 tentang Pemberhentian atas Permintaan Sendiri dan Pemindehan dari Jabatan Fungsional dan Jabatan Struktural Eselon II,III dan IV di Lingkungan Pemerintah Kabupaten Temanggung.³⁶⁹

³⁶⁸ [news.detik.com/.../50-pejabat-daerah-kabupaten-temanggung mengundurkan diri](http://news.detik.com/.../50-pejabat-daerah-kabupaten-temanggung-mengundurkan-diri), Sabtu 08 Jan 2005, 23:51 WIB, diakses tanggal 20 Maret 2005

³⁶⁹ Wawancara dengan Drs. Satria Endra Basuki, MM, yang pada tahun 2005 sebagai Camat Kecamatan Kedu yang merupakan salah satu dari 12 Camat yang dimutasi sebagai staff, tanggal 20 Maret 2016

Hal ini diikuti dengan protes sebagian PNS dengan melakukan aksi mogok kerja yang menimbulkan terhambatnya pelayanan publik. Untuk mengatasi permasalahan yang timbul secara tiba tiba terkait dengan kekosongan jabatan di lingkungan pemerintah Kabupaten Temanggung maka akhirnya Bupati Temanggung Totok Ary Prabowo mengeluarkan Surat Keputusan Bupati Temanggung dan pada Jum'at 10 Juni 2005 dan melantik 78 pejabat eselon III dan IV di lingkungan Pemkab Temanggung. Para pejabat tersebut dilantik untuk menggantikan pejabat-pejabat sebelumnya, termasuk 12 camat yang mengundurkan diri, namun keputusan dan tindakan yang diputuskan secara mendadak dan tidak melalui prosedur yang seharusnya tentang pengisian jabatan di lingkungan pemda Kabupaten Temanggung berakibat pada ketidak hadiran beberapa calon pejabat yang hendak dilantik. Sementara itu pelantikan yang sedianya bertempat di Pendapa Pengayoman, kemudian dipindah ke ruang tamu rumah dinas bupati. Acara pelantikan juga dilaksanakan secara tertutup.³⁷⁰

Menurut keterangan Drs. Totok Ary Prabowo.M.Si. MA, penggantian para pejabat tersebut telah berdasarkan konsultasi dengan pemerintah pusat perihal pengunduran diri secara massal pejabat pemkab. Pemerintah pusat yang dimaksud adalah Biro Kepegawaian Departemen Dalam Negeri (Depdagri), Badan Kepegawaian Nasional (BKN), maupun Kementerian Pendayagunaan Aparatur Negera (PAN). Pemerintah pusat kemudian menegaskan agar menerima pengunduran diri para pegawai tersebut. Sedangkan surat dan rekomendasi dari BKN bertanggal 7 Juni 2005 menyebutkan, bagi PNS di lingkungan pemkab yang

³⁷⁰ Suara Merdeka, Sabtu 11 Juni 2005 "Totok Ganti Pejabat yang Mundur"

sudah tidak dapat dibina lagi, bupati berwenang untuk menggantinya. Hal tersebut berkaitan dengan wewenang bupati sebagai pembina kepegawaian di wilayah kabupaten.³⁷¹

Namun ternyata, SK Pengangkatan Pejabat baru tersebut tidak terdokumentasi di Bagian Kepegawaian Kabupaten Bantul, dan tidak berdasarkan pertimbangan dari BPD. Jadi hingga saat ini tidak ditemukan SK Bupati tentang Pengangkatan Pejabat maupun SK tentang Pencabutan kembali SK Bupati tersebut.³⁷² DPRD Temanggung melalui sidang paripurna, Selasa (14/6), secara aklamasi menolak jawaban tertulis Bupati Totok Ary Prabowo mengenai kebijakan melantik dan mengganti pejabat eselon II, III dan IV. Pertimbangan penolakan tersebut karena pelantikan pejabat yang dilakukan Bupati tidak prosedural, sehingga menimbulkan konflik makin dalam. Selain itu, jawaban tertulis tidak sesuai dengan harapan DPRD yang pada sidang sehari sebelumnya meminta Bupati hadir untuk menjelaskan kebijakan yang telah dilakukannya. Keputusan DPRD No.55/5-II/VI/2005 juga merekomendasikan kepada presiden melalui Gubernur Jateng untuk memohon pemberhentian sementara Bupati Drs. Totok Ary Prabowo.M.Si. MA selama proses hukum berjalan. Juga merekomendasikan kepada presiden untuk memproses izin penahanan Bupati.

Pada akhirnya Surat Keputusan mutasi dan pengangkatan pejabat pada tanggal 10 Juni 2005 dicabut, Totok meminta pula pejabat yang telah diangkat

³⁷¹ *loc.cit*

³⁷² Hasil Wawancara tanggal 24 Maret 2016 dengan Bp.Suripta.S.Sos,M.M . Pada tahun 2005 menjabat sebagai Kabid.Mutasi Badan Kepegawaian Daerah, Eselon III, saat ini menjabat sebagai Sekretaris Diperindagkop Kabupaten Temanggung

untuk segera meninggalkan posisinya. Keputusan tersebut diambil setelah ada perintah Gubernur Jawa Tengah Mardiyanto untuk mencabut sekaligus membatalkan pelantikan 78 pejabat baru Pemerintah Kabupaten Temanggung. Keputusan mencabut kembali Surat Keputusan pengangkatan pejabat tersebut tidak menyurutkan ribuan pegawai negeri sipil Kabupaten Temanggung, Jawa Tengah menggelar apel akbar di Kantor Sekretariat Daerah setempat, Jumat 17 Juni.³⁷³ Apel ini sebagai bagian dari lanjutan unjuk rasa mendesak pencopotan Bupati Drs. Totok Ary Prabowo.M.Si. MA. Berdasarkan hasil hak angket yang dilakukan DPRD Temanggung yang diserahkan kepada Gubernur dan selanjutnya diteruskan kepada penegak hukum yang mengupas dua persoalan penting menyangkut kepemimpinan Drs. Totok Ary Prabowo.M.Si. MA, yakni masalah kebijakan yang dilakukan Bupati selama ini dan masalah keuangan daerah. Putusan tersebut menyebutkan Bupati Drs. Totok Ary Prabowo.M.Si. MA diduga terlibat tindak pidana korupsi. yang berakhir dengan penurunan jabatan bupati.

Menurut Wakil Direktur Reserse dan Kriminal Kepolisian Daerah (Polda) Jateng Ajun Komisaris Besar AR Allorante, Senin 7 Maret 2005, disebutkan, ada lima item kasus dugaan korupsi yang disangkakan kepada Totok, yakni kasus dana bantuan pendidikan keluarga anggota DPRD Temanggung, dana bantuan pelaksanaan pemilihan umum (pemilu), dana tak tersangka, dan dana pengamanan serta pengembangan *crisis center*.³⁷⁴ Berdasarkan Putusan PN Temanggung tanggal 27 Oktober 2005 No 68/Pid B/2005/PN Drs. Totok Ary Prabowo.M.Si.

³⁷³ Liputan6- 21 Jun 2005 pukul 14:39 WIB

³⁷⁴ Kompas, 8 Maret 2005 "Bupati Temanggung, Totok Ary Prabowo, Resmi Menjadi Tersangka Korupsi"

MA divonis 4 tahun penjara dan tambahan untuk membayar uang pengganti yang dikorupsi sebesar Rp 520.456.983. Berdasarkan putusan dari Pengadilan Tinggi (PT) Jawa Tengah No 253/Pid/2005/PT tanggal 2 Januari 2006 putusan tersebut dikuatkan, dengan uang denda yang semula diputuskan PN Rp 150 juta, dan dikoreksi oleh PT menjadi Rp 200 juta.³⁷⁵ Permohonan kasasi, ditolak dalam sidang kasasi yang digelar 9 Maret 2006. Mahkamah Agung menolak permohonan kasasi Bupati Temanggung non-aktif, Drs. Totok Ary Prabowo.M.Si. MA menguatkan putusan Pengadilan Tinggi Jawa Tengah yang memvonis Totok empat tahun penjara dan denda Rp 200 juta.³⁷⁶

Jika dianalisis berdasarkan UUAP, dapat dipaparkan sebagai berikut :

- a. penerapan diskresi oleh Drs. Totok Ary Prabowo.M.Si. MA Bupati pada saat itu adalah untuk mengatasi permasalahan yang timbul secara tiba tiba yang menuntut keputusan segera yang bertujuan untuk melancarkan penyelenggaraan pemerintahan, (sesuai dengan Pasal 22 huruf a. UUAP);
- b. mengatasi stagnasi pemerintahan dalam keadaan tertentu guna kemanfaatan dan kepentingan umum di kabupaten Temanggung. (sesuai dengan Pasal 22 huruf d. UUAP);

Namun jika dianalisis dari syarat syarat yang harus dipenuhi, yang diatur dalam Pasal 24 UUAP, maka diskresi tersebut tidak memenuhi beberapa syarat antara lain:

³⁷⁵ Suara Merdeka, 14 Maret 2006, "Kasasi Bupati Temanggung di Tolak MA"

³⁷⁶ <http://www.antikorupsi.org/id/content/mahkamah-agung-tolak-kasasi-bupati-temanggung>, diunduh tanggal 24 Maret 2016

- a . tidak bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan (Pasal 24 huruf b);
- b. sesuai dengan AUPB(Pasal 24 huruf c);
- c. berdasarkan alasan-alasan yang objektif (Pasal 24 huruf d);
- d. tidak menimbulkan konflik kepentingan (Pasal 24 huruf e)

Penggunaan diskresi yang diterapkan oleh Drs. Totok Ary Prabowo.M.Si. MA tidak memenuhi syarat dalam Pasal 24 sehingga dikategorikan sebagai tindakan sewenang-wenang. Surat Keputusan Bupati dibuat tidak melalui Bagian Kepegawaian yang menginginkan proses mutasi sesuai peraturan kepegawaian. Bupati kemudian membentuk Tim Khusus yang diisi oleh kroni kroninya, untuk mempersiapkan Surat Keputusan Bupati tentang, pemberhentian dan pengangkatan camat dan pejabat Eselon II, III dan IV dilingkungan pemerintah kabupaten Temanggung. Dalam membuat keputusan tentang kepegawaian, Bupati seharusnya melibatkan Badan Pengawas Daerah, tetapi hal ini tidak dilakukan juga.³⁷⁷

Akibat dari Keputusan yang dibuat oleh pejabat yang tidak berwenang, maka menurut Pasal 32 UUAP Keputusan tersebut menjadi tidak sah

**Tabel 6 : Analisis Diskresi yang Tidak Tepat dalam Konteks UU Nomor 30
Tentang Administrasi Pemerintahan**

³⁷⁷ Hasil Wawancara tanggal 24 Maret 2016 dengan Bp.Suripta.S.Sos,M.M . Pada tahun 2005 menjabat sebagai Kabid.Mutasi Badan Kepegawaian Daerah, Eselin III, saat ini menjabat sebagai Sekretaris Diperindagkop &UMKM Kabupaten Temanggung

Kabupaten/Kota	Permasalahan	Tujuan	Syarat yang dilanggar	Bentuk diskresi	Pihak yg dilibatkan	Tindak lanjut
Temanggung	Kepegawaian: kekosongan jabatan pemerintah Kabupaten Temanggung karena 12 Camat dan Pejabat Eselon II, III dan IV yang mengundurkan diri secara lisan	a. untuk melancarkan penyelenggaraan pemerintahan, (sesuai dengan Pasal 22 huruf a.) b. mengatasi stagnasi pemerintahan dalam keadaan tertentu guna kemanfaatan dan kepentingan umum (Pasal 22 huruf d.	Pasal 24, yaitu : a. Diskresi bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan c. tidak sesuai dengan AUPB d. berdasarkan alasan-alasan tidak objektif e. menimbulkan Konflik Kepentingan	Surat Edaran dan Surat Keputusan Bupati	“Kroni-kroni” PNS yang loyal pada Bupati	SE dan SK dibatalkan, dan berujung pada Pemberhentian Bupati

C. Integritas Kepala Daerah Dalam Penerapan Diskresi

Menurut Wernen Erhard, integritas diketahui (atau kurangnya ada) pada bagian dari individu atau organisasi. Integritas memiliki implikasi yang sangat besar untuk nilai, produktivitas, dan kualitas hidup mengungkapkan fenomena integritas yang murni positif tanpa aspek normatif apapun. Ia berpendapat bahwa selain sebagai paradigma ekonomi keuangan integritas juga akan membuat peningkatan yang signifikan secara seimbang dalam efisiensi ekonomi, produktivitas, dan kesejahteraan manusia ³⁷⁸

³⁷⁸ <http://www.wernererhardinfo.com/paper.html> Wernen Erhard & Michael C Jensen, *Putting Integrity Into Finance: A Purely Positive Approach* Forthcoming in *Capitalism & Society*, 27 Nopember 2015 (first draft 2011). Diunduh tanggal 2 April 2016

Integritas pejabat merupakan salah satu indikator yang dapat dipakai untuk mengukur ketepatan penggunaan diskresi . Definisi integritas dari makna katanya Integritas (*Integrity*) adalah kejujuran, bertindak konsisten sesuai dengan nilai-nilai dan kebijakan organisasi serta kode etik profesi, walaupun dalam keadaan yang sulit untuk melakukan ini.

Nilai-nilai dan kebijakan organisasi pemerintahan tercermin dalam sumpah jabatan yang harus diucapkan oleh setiap pejabat sebelum menjalankan tugasnya. Pejabat dalam hal ini Pejabat Kepala Daerah harus disumpah sebelum menjalankan jabatannya, yang berbunyi :³⁷⁹

Demi Allah (Demi Tuhan, Demi Sang Hyang Adi Budha, Om Atah Paramawisesa) saya bersumpah/berjanji, akan memenuhi kewajiban saya sebagai Gubernur/Wakil Gubernur, Bupati/Wakil Bupati, Walikota/Wakil Walikota dengan sebaik-baiknya dan seadil-adilnya memegang teguh Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dan menjalankan segala undang-undang dan peraturannya dengan selurus-lurusnya, serta berbakti kepada masyarakat, nusa dan bangsa.

Sebelum mengucapkan sumpah dan janji, pada pengantarnya diingatkan bahwa jabatan yang akan diemban mengandung tanggung jawab terhadap bangsa dan Negara Republik Indonesia, memelihara dan menyelamatkan Pancasila dan UUD NRI dan tanggung jawab terhadap kesejahteraan rakyat.

Dilihat isinya, maka sumpah/janji kepala daerah itu berisi empat hal, yaitu
a. Pemenuhan kewajiban kepala daerah dengan sebaik-baiknya dan seadil-adilnya; b.Memegang teguh Undang-undang Dasar 1945; c.Keteguhan dalam

³⁷⁹ LAMPIRAN I : PERATURAN MENTERI DALAM NEGERI REPUBLIK INDONESIA NOMOR 35 TAHUN 2013. TENTANG TATA CARA PELANTIKAN KEPALA DAERAH DAN/ATAU WAKIL KEPALA DAERAH, hlm. 6

menjalankan segala peraturan dengan selurus-lurusnya;d.Berbakti kepada masyarakat, nusa dan bangsa.

Tata cara pengambilan sumpah jabatan penting yang diucapkan oleh pejabat yang diambil sumpah/janjinya, diawali dengan ucapan "*Demi Allah*" untuk penganut agama Islam, diakhiri dengan ucapan "Semoga Tuhan menolong saya", untuk penganut agama Kristen Protestan/Katolik, diawali dengan ucapan "Om Atah Parama Wisesa", untuk penganut agama Hindu, diawali dengan ucapan "Demi Sang Hyang Adi Budha", untuk penganut agama Budha. Sebagai umat Islam kata kata yang dimulai dengan *Demi Allah* adalah suatu janji yang tertinggi dan tidak boleh dilanggar. Allah SWT berfirman, "*Allah tidak menghukum kamu disebabkan sumpahmu yang tidak dimaksud (untuk bersumpah), tetapi Allah menghukum kamu disebabkan (sumpahmu) yang disengaja (untuk bersumpah) oleh hatimu. Dan Allah Maha Pengampun lagi Maha Penyantun*".³⁸⁰ Oleh karena itu bagi yang telah bersumpah atas nama Allah untuk sesuatu, Al-Quran menyerukan agar memelihara sumpah itu.

Menurut Peraturan Menteri Pendayagunaan Aparatur Negara (Permenpan) Nomor : 49 Tahun 2011, Pada saat pengambilan sumpah/janji, pejabat yang bersangkutan juga harus menandatangani pakta integritas. Menurut Pasal 18 Penandatanganan Dokumen Pakta dilaksanakan pada saat pelantikan bersamaan dengan penandatanganan sumpah jabatan. Khususnya Penandatanganan

³⁸⁰ QS. Al-Baqarah (2) : 225.

Dokumen Pakta Integritas oleh bupati/walikota disaksikan/diketahui oleh gubernur sebagai wakil pemerintah pusat di wilayah provinsi.³⁸¹

Di Indonesia sendiri, Pakta Integritas dikembangkan sebagai upaya menuju *Good Governance*. Maksud dan tujuan pakta Integritas agar pejabat negara memiliki komitmen yang kuat untuk menegakkan kejujuran. Karena, sebaik apapun sebuah sistem, jika yang menggerakkan sistem itu tidak baik, maka tidak akan menghasilkan hasil (*ouput*) yang baik, karena Pejabat memiliki kewenangan untuk mengatur dan wewenang untuk melakukan sesuatu. Untuk menjalankan kewenangan tersebut acapkali pejabat harus mengambil keputusan atau tindakan berdasarkan kewenangan kebebasan bertindak terutama dalam rangka memberikan pelayanan umum (*public service*) serta menciptakan kesejahteraan masyarakat (*bestuurzorg*). Untuk itu, kepada pejabat pemerintah diberikan kekuasaan regulatif, yakni tindakan hukum yang sah untuk mengatur kehidupan masyarakat yang acapkali juga melalui instrumen kewenangan diskresi.

Sumpah/janji dan pakta integritas Pakta Integritas adalah merupakan janji di atas kertas untuk melaksanakan tugas dan tanggung jawab sesuai ketentuan yang berlaku. Janji itu tidak akan bermakna jika tidak disertai dengan niat dan itikad yang sungguh-sungguh untuk mewujudkan tujuan organisasi Negara Kesatuan Republik Indonesia, yang sebagian didelegasikan pada pemerintahan daerah. Sumpah jabatan, pakta integritas dan peraturan disiplin pada gilirannya akan membentuk etika birokrasi. Implementasi etika sebagai suatu pedoman

³⁸¹ Permenpan Nomor 49 Tahun 2011. Pasal 6 ayat (4)

bertingkah laku dapat dikelompokkan menjadi dua aspek yakni internal (ke dalam) dan eksternal (ke luar). Dari aspek 'ke dalam' seseorang akan selalu bertingkah laku baik meskipun tidak ada orang lain disekitarnya. Dalam hal ini, etika lebih dimaknakan sebagai moral. Sedangkan dalam aspek 'ke luar' implementasi etika akan berbentuk sikap/perbuatan/perilaku yang baik dalam kaitannya interaksi dengan orang/pihak lain.

Nilai-nilai dan kebijakan organisasi pemerintahan daerah sebagaimana nilai-nilai yang dituangkan dalam Negara Kesatuan Republik Indonesia mencakup :

1. Nilai-nilai luhur bangsa Indonesia yaitu Pancasila, yang terdiri dari sila 1. Ketuhanan Yang Maha Esa; 2. Kemanusiaan yang Adil dan Beradab; 3. Persatuan Indonesia; 4. Kerakyatan yang Dipimpin oleh Hikmah Kebijaksanaan dan/atau Perwakilan; 5. Keadilan Sosial bagi Seluruh Bangsa Indonesia. Nilai Ketuhanan tercermin pada seluruh penyelenggaraan pemerintahan daerah dengan memahami Konsep *profetik intelligence* (kecerdasan kenabian) yaitu kemampuan seseorang untuk mentransformasikan diri, berinteraksi, bersosialisasi, beradaptasi dengan lingkungan vertikal adalah kemampuan serta dapat memahami, mengambil manfaat, hikmah dari kehidupan langit dan bumi, jasmani dan rohani lahir dan batin, dunia dan akhirat. *Profetik intelligence* dapat diperoleh jika nurani mampu melakukan fungsi koordinasi dan pembimbingan. Konsep *profetik* dibuktikan dapat meningkatkan kinerja pemimpin yang otentik, orang-orang yang berintegritas tertinggi; berkomitmen untuk membangun organisasi abadi; memiliki kesadaran

berbudi luhur , pendidikan, dan harus memimpin melalui pengembangan sumber daya manusia. Nilai kemanusiaan yang adil dan beradab, mensyaratkan bahwa suatu negara bertugas mendirikan kesetaraan dan keadilan dalam pranata dan operasionalnya. Humanisasi merupakan terjemahan kreatif dari *amar ma'ruf* yang makna asalnya adalah menganjurkan atau menegakkan kebajikan. humanisasi artinya memanusiakan manusia, menghilangkan “kebendaan”, ketergantungan, kekerasan dan kebencian dari manusia. Humanisasi sebenarnya menurut asalnya merupakan semangat liberalisasi barat, namun karena berpijak pada sila 1 Ketuhanan Yang Maha Esa, maka dapat dikembangkan humanism teosentris. Selanjutnya Pemerintah sebagai penyelenggara negara sehari hari, harus secara cerdas membangun keuangan publik (*public finance*) yang juga menjadi cerminan pondasi keadilan dan kesetaraan. Dalam tingkat operasional, bentuk dan alokasi layanan negara juga mengarah pada pembentukan masyarakat yang semakin adil dan setara.

2. Nilai yang dijunjung tinggi dalam negara hukum sebagaimana yang dituangkan dalam Pasal 1 ayat (3) Undang-Undang Dasar NRI 1945 mencakup; supremasi hukum; penghormatan terhadap hak asasi manusia dan peradilan yang adil. Tujuan sistem hukum nasional, yaitu: Pertama; menuju dan menjamin perkembangan demokrasi (kehidupan demokrasi, baik dalam peri kehidupan penyelenggaraan negara maupun peri kehidupan masyarakat (negara dan masyarakat demokrasi). Kedua;

menuju dan menjamin perkembangan negara hukum, seperti penghormatan dan perlindungan hak asasi manusia, baik hak asasi individu, politik, maupun sosial, beserta ciri-ciri lain negara hukum. Ketiga; menuju dan menjamin tujuan sosial negara RI yaitu mewujudkan kesejahteraan umum, sebesar-besarnya kemakmuran bagi seluruh rakyat, mencerdaskan kehidupan bangsa atas dasar keadilan social bagi seluruh rakyat Indonesia. Keempat, sistem hukum Indonesia harus dalam kerangka kebhinekaan. Oleh karena itu mencerminkan kesatuan dalam perbedaan dan perbedaan dalam kesatuan. Jika nilai-nilai Pancasila yang dikembangkan dalam pembangunan hukum hendaknya yang menjadi pilar utama. *Pertama*, bahwa hukum tidak dipisahkan dengan nilai religious, nilai kodrat manusia, nilai persatuan dan kebhinekaan Indonesia, nilai demokrasi dan nilai keadilan dalam hubungannya dengan masyarakat dan bangsa Indonesia. *Kedua* aspek yang menyangkut tentang hakekat sumber pengetahuan, kebenaran pengetahuan, cara mendapatkan pengetahuan karenanya hukum tidak hanya dapat dipandang sebagai produk penguasa semata dan hukum kodrat akan tetapi didasarkan pada nilai-nilai religious, Pancasila sebagai cita cita hukum abstrak , dengan mengakomodir hukum formal modern dan mengakomodir sumber hukum agama dan hukum adat sebagai *local wisdom*, dikembangkan metode eklektik kritis. *Ketiga* terkait dengan dasar-dasar etika dan moral yang harus menjadi dasar perilaku para praktisi hukum dalam menjalankan tugas profesionalnya.

3. Sesuai dengan tujuan hukum nasional, hukum administrasi di Indonesia harus mengakomodir tujuan tersebut dengan peraturan perundang undangan yang sudah ada. Namun ruang pada penerapan diskresi tetap diberikan kepada pemerintah, khususnya pemerintahan daerah dengan mengedepankan akomodasi untuk menerima perubahan-perubahan sosial demi mencapai keadilan dan emansipasi publik.
4. Produk hukum yang dikeluarkan oleh kepala daerah dari hasil penerapan diskresi dapat berupa peraturan, keputusan dan/atau tindakan.

Dari peraturan, keputusan dan/atau tindakan yang dihasilkan oleh Bupati Bantul, Walikota Yogyakarta, Bupati Bantaeng, Walikota Surakarta sebagai produk/hasil penetapan diskresi, menunjukkan bahwa Kepala Daerah tersebut memiliki integritas yang tinggi. Tindakan hukum yang dibuat berupa peraturan, keputusan dan tindakan “nyata” dikonstruksikan sebagai hukum integratif, dengan Pancasila sebagai landasan filosofis yang diterjemahkan untuk membuat keputusan dan/atau tindakan. *Legal values*, yang menjadi dasar bagi pembentukan *legal institutions* dan *legal norms* menghasilkan tindakan dan keputusan yang tepat. Efektivitas (*doelreffenhed*) dan efisiensi (*doelmatigheid*) dalam penyelenggaraan urusan pemerintahan khususnya untuk mengatasi permasalahan yang mendesak untuk diatasi dengan diskresi. Ketepatan keputusan dan tindakan dari 4 kepala daerah yaitu Bupati Bantul, Walikota Yogyakarta Bupati Bantaeng dan Walikota Surakarta disamping memenuhi tujuan dan syarat syarat diskresi sebagaimana diatur dalam UUAP, juga melibatkan partisipasi warga. Partisipasi dari berbagai komponen masyarakat,

misalnya ; seluruh SKPD yang terkait dengan permasalahan; Tokoh masyarakat NGO/LSM ; Akademisi ; Media; Masyarakat terdampak dan DPRD, acap kali juga melakukan konsultasi dengan pemerintah provinsi dan pemerintah pusat.

Sebaliknya ketidak tepatan keputusan yang dibuat oleh Bupati Temanggung akibat syarat syarat yang harus dipenuhi untuk membuat keputusan berdasarkan penerapan diskresi dilanggar. Keputusan dibuat tidak melibatkan Badan Kepegawaian dan SKPD lain yang diwajibkan serta menggunakan partisipasi. Dari produk hukum dan/atau tindakan yang dihasilkan dari penerapan diskresi yang tidak tepat menunjukkan pejabat tersebut tidak memiliki integritas yang tinggi. Jadi keputusan dan atau tindakan yang dihasilkan dari penerapan dapat digunakan untuk mengukur integritas dari pembuat tindakan dan atau keputusan yang dalam hal ini dilakukan oleh Bupati atau Walikota.

BAB IV

KONSEP IDEAL PENERAPAN DISKRESI PADA PEMERINTAHAN DAERAH DALAM KERANGKA GOOD GOVERNANCE

A. Tata Kelola Pemerintahan yang Baik (*Good Governance*) dan Asas Asas Umum Pemerintahan Yang Baik Sebagai Norma dalam Pelayanan Publik

1. Penerapan Tata Kelola Pemerintahan yang Baik (*good governance*) Pada Pemerintahan Daerah

Embrio pemikiran tentang *good governance* pada dasarnya telah lahir melalui pemikiran Simon Kuznets pada tahun 1955 dalam bukunya yang berjudul "*Economic Growth and Economic Inequality*". Pemikiran Simon kemudian secara spesifik dipertegas oleh M.Adil Khan dengan menggunakan istilah *good governance* dalam mewujudkan keberhasilan pembangunan.³⁸²

Konsep *good governance* diperkenalkan ke wacana pembangunan dengan laporan Sub - Sahara Afrika Bank Dunia : Dari Krisis ke Pertumbuhan Berkelanjutan tahun 1989. Sejak Bank Dunia memimpin dalam artikulasi dan perbaikan ideologis doktrin pembangunan baru 1989.³⁸³ merupakan pernyataan resmi yang paling ketat dan tegas tentang tata pemerintahan yang baik. Meskipun aspek wacana pembangunan telah berubah sejak publikasi dokumen 'kemitraan', 'kepemilikan' dan pengurangan kemiskinan , teks-teks ini masih berdiri sebagai pernyataan utama pada hubungan antara pembangunan dan demokrasi . Selain itu , penyesuaian struktural masih berlanjut di benua Afrika ke era baru 'post - persyaratan ' di bawah nama-nama baru dari IMF seperti IMF *Poverty Reduction and Growth Facility (PROF)*. Pengurangan Kemiskinan dan Pertumbuhan. Liberalisasi ekonomi disajikan seperti sekarang kompatibel dengan pengurangan kemiskinan dan demokrasi, serta prinsip utama kebijakan yang ramah pasar sebagaimana tercantum dalam agenda *good governance* tampil lebih atau kurang

³⁸² Budhi Masthuri, dalam Ni'matul Huda, *op.cit.* hlm.424

³⁸³ Laporan , bersama-sama dengan Pemerintahan studi Bank dan Pembangunan (1992)

'kepemilikan' dan pengurangan kemiskinan , teks-teks ini masih berdiri sebagai pernyataan utama pada hubungan antara pembangunan dan demokrasi . Selain itu , penyesuaian struktural masih berlanjut di benua Afrika ke era baru 'post - persyaratan ' di bawah nama-nama baru dari IMF seperti IMF *Poverty Reduction and Growth Facility (PROF)*. Pengurangan Kemiskinan dan Pertumbuhan. Liberalisasi ekonomi disajikan seperti sekarang kompatibel dengan pengurangan kemiskinan dan demokrasi, serta prinsip utama kebijakan yang ramah pasar sebagaimana tercantum dalam agenda *good governance* tampil lebih atau kurang utuh .³⁸⁴ Kerangka berfikir *good governance* ini berangkat dari fungsi pelayanan dalam mencapai kesejahteraan yang memberikan hubungan istimewa antara pemerintah dan warganya. Ada kewenangan untuk keleluasaan bertindak yang dimiliki pemerintah yang disebut diskresi. Hal ini dikhawatirkan terjadi penyimpangan dalam penggunaan wewenang tersebut. Oleh karena itu dibutuhkan upaya perlindungan melalui hukum positif dan etika serta prinsip *good governance*.

Penggunaan *governance* oleh sementara pihak diberlakukan untuk mengganti istilah *government*. Konsep *governance* dikembangkan sebagai bentuk kekecewaan dari konsep *government* yang meletakkan pemerintah dalam posisi yang terlalu dominan. Dalam konsep *government* Negara adalah insitusi publik yang mempunyai kekuasaan pemaksa secara sah yang mempresentasikan kepentingan publik.

⁴Rita Abrahamsen , *The World Bank's Good Governance Agenda Narratives of Democracy and Power*.

Konsekuensi diterapkannya otonomi daerah melahirkan *local government* (pemerintah lokal) yang diberi kewenangan untuk mengurus kepentingan daerahnya. Urusan mengenai rumah tangganya sendiri sering disebut otonomi, sedangkan pemerintahannya disebut *local government* atau pemerintah daerah yang mengurus rumah tangganya sendiri. Pengelolaan segala urusannya itu seluruhnya ditangani atas dasar kebijakan sendiri dan dibiayai dari sumber keuangan sendiri. Sedangkan hubungan pemerintah pusat dengan pemerintah lokal daerah adalah hubungan pengawasan saja. Dari aspek tanggung jawab negara, pemerintah lokal daerah merupakan organ pemerintahan negara yang statusnya berada dalam kerangka sistem pemerintahan Negara Kesatuan Republik Indonesia (NKRI).

Local government (pemerintah daerah/lokal) dalam praktek penyelenggaraan pemerintahan, pembangunan dan pelayanan publik, harus pula diiringi dengan penerapan prinsip *good governance* (tata pemerintahan yang baik). *Good governance* merupakan proses penyelenggaraan kekuasaan dalam menyediakan barang dan jasa publik (*public goods dan services*). Pada sisi lain, pemerintah daerah atau lokal sebagai lembaga negara yang mengemban misi pemenuhan kepentingan publik dituntut pula pertanggung jawaban terhadap publik yang dilayaninya, artinya pemerintah lokal harus menjalankan mekanisme pertanggungjawaban atas tindakan dan pekerjaannya kepada publik. Pemerintah daerah dituntut untuk menerapkan prinsip-prinsip *good governance*. Dengan menerapkan prinsip-prinsip *good governance*, diharapkan dalam menggunakan dan melaksanakan kewenangan politik, ekonomi dan administratif dapat

diselenggarakan dengan baik. Oleh sebab itu dalam prakteknya, konsep good governance harus ada dukungan komitmen dari semua pihak yaitu negara (*state*)/pemerintah (*government*), swasta (*private*) dan masyarakat (*society*).

Good Governance merupakan praktek penyelenggaraan pemerintahan dalam rangka memberikan pelayanan kepada masyarakat. *Good governance* telah menjadi isu sentral, dimana dengan adanya era globalisasi tuntutan akan penyelenggaraan pemerintahan yang baik adalah suatu keniscayaan seiring dengan meningkatnya pengetahuan masyarakat.

Konsepsi *World Bank* tentang *good governance* sebagai *The way state power is used to manager economic and social resources for development society. UNDP the exercise of political, economic and administrative authority to manages a nation,s afferrair at all levels*³⁸⁵

UNDP mendefinisikan *governance* sebagai penggunaan wewenang ekonomi, politik dan administrasi guna mengelola urusan-urusan negara pada semua tingkat. Tata pemerintahan mencakup seluruh mekanisme, proses, dan lembaga-lembaga dimana warga dan kelompok masyarakat mengutarakan kepentingan mereka, menggunakan hak hukum, memenuhi kewajiban dan menjembatani perbedaan-perbedaan di antara mereka. Dari definisi tersebut *governance* meliputi 3 (tiga) domain yaitu negara (pemerintah), dunia usaha (swasta) dan masyarakat yang saling berinteraksi. Arti *good* dalam *good*

³⁸⁵ Tri Widodo W Utomo, *Konsepsi Good Governance*, slide 11 Paparan yang disampaikan pada Diklat Kepemimpinan III Pusat Kajian Manajemen Kebijakan (PKMK), Lembaga Administrasi Negara, 12 Maret 2014

governance mengandung pengertian nilai yang menjunjung tinggi keinginan rakyat, kemandirian, aspek fungsional dan pemerintahan yang efektif dan efisien. Pemerintah sebagai pembuat kebijakan, pengendali dan pengawas. Swasta/ dunia usaha sebagai penggerak aktivitas ekonomi dan masyarakat sebagai subyek dan obyek dari sektor pemerintah dan swasta. Posisi 3 domein dalam konsep *good governance* bersifat heterarkhis bukan hierarkhis.³⁸⁶ UNDP menetapkan karakteristik prinsip *good governance* sebagai berikut :³⁸⁷

a. Participation

Partisipasi oleh pria dan wanita adalah kunci *good governance*. Partisipasi dapat langsung maupun melalui institusi perwakilan yang legitimate. Partisipasi harus informatif dan terorganisir. Ini mensyaratkan adanya kebebasan berasosiasi dan berekspresi di satu sisi dan sebuah *civil society* yang kuat dan terorganisir di sisi lain.

b. Rule of law

Good governance memerlukan sebuah kerangka legal atau hukum dan peraturan yang ditegakkan secara komprehensif. Ia juga memerlukan perlindungan penuh terhadap HAM, terutama bagi kaum minoritas. Proses *enforcement* hukum yang imparsial membutuhkan lembaga peradilan yang independen dan kepolisian yang juga *imparsial* dan tidak korup.

c. Transparency

Transparansi mengandung arti bahwa pengambilan dan pengimplementasian keputusan dilakukan dalam tata cara yang mengikuti hukum dan peraturan. Ia juga berarti bahwa informasi tersedia secara bebas dan dapat diakses langsung oleh mereka yang akan dipengaruhi oleh keputusan tersebut. Informasi yang tersedia haruslah dalam bentuk dan media yang mudah dimengerti.

d. Responsiveness

³⁸⁶ *Op.c it*

³⁸⁷ Syaukani H.R., *Akses dan Indikator Tata Kelola Pemerintahan Daerah Yang Baik*, Lkis Pelangi (Yogyakarta, : Aksara, 2003) hlm.137

Good governance memerlukan institusi dan proses didalamnya yang mencoba untuk melayani semua *stakeholders* dalam kerangka waktu tertentu yang sesuai.

e. Consensus oriented

Ada lebih dari satu aktor dan banyak sudut pandang dalam suatu komunitas. *Good governance* memerlukan mediasi dari kepentingan-kepentingan yang berbeda di masyarakat dalam rangka mencapai sebuah konsensus umum dalam masyarakat yang merupakan kepentingan atau keputusan yang terbaik yang dapat dicapai untuk seluruh masyarakat. Ini memerlukan perspektif luas dan jangka panjang mengenai apa yang diperlukan untuk pengembangan manusia secara berkesinambungan. Ini hanya dapat dicapai melalui pemahaman yang baik atas konteks historis, kultural dan sosial di komunitas atau masyarakat tersebut.

f. Equity and inclusiveness

Keberadaan sebuah masyarakat bergantung pada proses memastikan bahwa seluruh anggotanya merasa bahwa mereka memiliki kepentingan didalamnya dan tidak merasa dikucilkan dari mainstream masyarakat tersebut. Ini memerlukan semua kelompok, terutama yang paling lemah, memiliki kesempatan untuk meningkatkan atau mempertahankan keberadaan mereka.

g. Effectiveness and efficiency

Good governance berarti bahwa output dari seluruh proses dan institusi tepat sasaran atau sesuai dengan kebutuhan masyarakat disamping efisien dalam pemanfaatan sumber daya untuk melakukannya. Konsep efisiensi dalam konteks *good governance* juga mencakup penggunaan sumber daya alam dengan memperhatikan kesinambungan dan perlindungan lingkungan.

h. Accountability

Akuntabilitas adalah salah satu kebutuhan utama dalam *good governance*. Tidak hanya untuk institusi pemerintahan, melainkan juga sektor swasta dan organisasi-organisasi *civil society* harus bisa diakun oleh publik dan *stakeholders*-nya. Secara umum, sebuah organisasi atau institusi bertanggung jawab pada pihak-pihak yang dipengaruhi oleh tindakan-tindakan atau keputusan-keputusan mereka. Akuntabilitas tidak mungkin ditinggalkan tanpa adanya transparansi dan supremasi hukum.

Ada beberapa pandangan yang berbeda mengenai urutan prinsip prinsip di atas, tetapi esensinya tetap sama, karena 10 prinsip goog governance yang sama. Atas dasar uraian tersebut, maka ke tiga domain yaitu negara/pemerintah, dunia usaha/swasta dan masyarakat harus menjaga kesinergian dalam rangka mencapai tujuan, karena ketiga domain ini merupakan sebuah sistem yang saling ketergantungan dan tidak dapat dipisahkan.

Konsep tata pemerintahan (*governance*) sengaja dipilih di sini sebagai perluasan dari konsep pemerintahan (*government*). Konsep pemerintah dianggap tidak lagi memadai karena penyelenggaraan pemerintahan tidak lagi cukup dilakukan oleh negara. Kompleksitas kehidupan masyarakat yang terjadi sekarang ini menuntut adanya perubahan praktik pemerintahan dari yang dulunya didominasi oleh pemerintah menjadi sebuah tata pemerintahan yang *sharing* kekuasaan antara negara dengan pasar dan masyarakat sipil menjadi lebih jelas dan proporsional. Perluasan peran pasar dan masyarakat sipil diperlukan di dalam keseluruhan proses kebijakan publik, termasuk dalam pengambilan keputusan dan implementasinya. Dengan perubahan tata pemerintahan yang memberikan peran dan ruang yang lebih besar kepada lembaga-lembaga nonpemerintah, kegiatan pemerintahan bukan hanya lebih partisipatif, tetapi juga lebih responsif dan akuntabel pada kepentingan publik.³⁸⁸

Tata pemerintahan yang baik, yang dicirikan dengan adanya pembagian kekuasaan yang proporsional dan seimbang antara negara, pasar dan masyarakat sipil, akan dapat mendorong partisipasi dan keterlibatan aktor-aktor di luar negara untuk ikut dalam penyelesaian berbagai masalah dan kepentingan publik. Selama ini, masalah dan kepentingan publik sering dianggap sebagai urusan negara dan pemerintah semata. Partisipasi masyarakat sipil dan para pelaku bisnis di pasar dalam penyelesaian berbagai masalah dan kepentingan publik cenderung masih

³⁸⁸ Agus Dwiyanto, at.all, *Reformasi Tata Pemerintahan dan Otonomi Daerah*, Universitas Gajah Mada, Yogyakarta, 2003, hlm 4.

amat terbatas. Hal ini tentu tidak menguntungkan bagi pemerintah kabupaten dan kota yang dalam era otonomi daerah ini memiliki kewenangan dan sekaligus tanggung jawab yang besar untuk meningkatkan kesejahteraan masyarakat luas. Beban yang sangat besar ini tentu akan lebih mudah untuk ditanggung kalau seandainya beban itu dibagi secara proporsional dengan lembaga-lembaga lainnya di luar negara, seperti masyarakat sipil dan sektor swasta. Hal ini hanya akan terjadi kalau reformasi tata pemerintahan yang memberikan ruang yang memadai bagi masyarakat sipil dan sektor swasta untuk terlibat dalam praktik penyelenggaraan pemerintahan dapat diwujudkan.³⁸⁹

Tata pemerintahan yang baik (*good governance*) adalah suatu kesepakatan menyangkut pengaturan negara yang diciptakan bersama oleh pemerintah, masyarakat madani, dan swasta. Untuk mewujudkan tata pemerintahan yang baik perlu dibangun dialog antara pelaku-pelaku penting dalam Negara, agar semua pihak merasa memiliki tata pengaturan tersebut. Tanpa kesepakatan yang dilahirkan dari dialog, kesejahteraan tidak akan tercapai karena aspirasi politik maupun ekonomi rakyat pasti tersumbat. Terdapat beberapa hal yang perlu diperhatikan oleh pemerintah bahwa masyarakat dapat menilai dan memilih, bahkan meminta jasa layanan yang lebih baik.

Keterlibatan *stakeholders* dalam proses kebijakan publik membuat praktik penyelenggaraan kegiatan pemerintahan dan pembangunan menjadi lebih terbuka dan transparan bagi masyarakat luas. Kebijakan publik dan rasionalitasnya menjadi lebih mudah dipahami oleh masyarakat luas dan mempermudah mereka dalam memberikan respons terhadap pilihan-pilihan kebijakan yang diambil oleh pemerintah. Masyarakat juga akan dengan

³⁸⁹ *ibid*, hlm. 6

mudah mengetahui apakah kebijakan publik itu memperhatikan kepentingannya atau kepentingan elite birokrasi dan politik. Oleh karenanya, kemampuan masyarakat untuk melakukan kontrol terhadap penyelenggaraan pemerintahan menjadi semakin tinggi pula. Jika hal ini terjadi, dapat disimpulkan bahwa pelaksanaan otonomi daerah memiliki peluang untuk mempercepat terbentuknya tata pemerintahan yang baik melalui penguatan kapasitas kontrol masyarakat terhadap jalannya penyelenggaraan pemerintahan.³⁹⁰

Pelaksanaan otonomi daerah juga memberikan peluang yang sangat besar menciptakan pemerintahan yang akuntabel. Akuntabilitas bupati atau walikota yang selama ini ada pada pemerintah pusat dan provinsi sering menimbulkan masalah akuntabilitas publik karena mereka sering justru lebih mengabdikan kepada kepentingan pejabat atasan di pusat dan provinsi daripada kepada kepentingan rakyatnya di daerah. Akuntabilitas bupati atau walikota kepada rakyatnya di daerah yang direpresentasikan oleh DPRD melalui mekanisme laporan pertanggungjawaban tahunan mendorong bupati atau walikota lebih tunduk kepada kemauan DPRD daripada pemerintahan provinsi dan pusat. Seandainya DPRD benar-benar merepresentasikan kepentingan warga kabupaten atau kota, pelaksanaan otonomi daerah akan mendorong adanya pemerintah yang akuntabel pada warganya.³⁹¹

Pembangunan adalah proses perubahan yang bersifat dinamis, sehingga memungkinkan terjadi pergeseran peran stakeholders termasuk peran pemerintah, swasta dan masyarakat. Fungsi peran yang telah ditetapkan perlu selalu dikaji ulang (*review*), agar fungsi peran dan peranan yang dilaksanakan memberikan

³⁹⁰ *ibid*, hlm 13.

³⁹¹ *Ibid*, hlm.18

kontribusi yang lebih berarti bagi stakeholders lain maupun pada proses pembangunan sesuai dengan amanat yang tersurat dan tersirat dalam prinsip-prinsip *good governance*. Studi tentang pelaksanaan *good governance* di setiap kota/kabupaten yang melibatkan peran dan peranan Pemerintah, swasta dan masyarakat akan memberikan implikasi yang sangat bermakna terhadap upaya peningkatan kondisi *good governance*. Salah satu ukuran tata pemerintahan yang baik adalah terdapatnya pengaturan perilaku/peranan yang dapat diterima sektor publik, swasta dan masyarakat, yaitu :

- a. Pengaturan di dalam sektor publik antara lain menyangkut keseimbangan kekuasaan antara eksekutif, legislatif dan yudikatif.
- b. Sektor swasta mengelola pasar berdasarkan kesepakatan bersama, termasuk mengatur perusahaan kecil, besar, koperasi, multinasional/nasional
- c. Masyarakat madani mengatur kelompok-kelompok yang berbeda seperti agama, kelompok olahraga, kesenian dan lain-lain

Proses pembangunan yang bertumpu pada peningkatan layanan publik dan kesejahteraan masyarakat akan tercapai apabila subyek dan objek pembangunan dan kesejahteraan masyarakat saling bekerjasama dengan acuan/pedoman, persepsi dan indikator kemajuan pembangunan yang disepakati (konsensus) bersama. Konsep *good governance* melalui prinsip-prinsipnya harus dirancang agar seluruh objek dan subjek pembangunan terlibat secara langsung dalam proses

pembangunan sesuai dengan peran dan peranannya, sehingga upaya peningkatan layanan publik dan kesejahteraan masyarakat akan lebih optimal.

Semua prinsip yang diidealkan untuk suatu doktrin baru mengenai pemerintahan yang baik (*good government*) tersebut dapat dibaca dalam perspektif pesan-pesan keagamaan yang dengan demikian dapat lebih mudah dipahami oleh segenap warga negara yang berketuhanan, khususnya Islam. '*Rule of law*' dimaksudkan bahwa pemerintahan yang baik itu harus didasarkan atas aturan yang berlaku, halal dan tidak melanggar. Profesional artinya bahwa pelaksanaan tugas-tugas pemerintahan itu harus lah dilakukan dengan '*itqon*' dengan sebaik-baiknya sesuai dengan hadits nabi bahwa Allah mencintai orang yang apabila mengerjakan suatu pekerjaan, ia kerjakan dengan sebaik- baiknya. Efektifitas dan efisiensi dimaksudkan bahwa pekerjaan yang dilakukan harus tuntas, berhasil, tetapi dengan terhindar dari segala bentuk kemubaziran yang sia-sia. Sedangkan transparansi dan akuntabilitas berkaitan erat dengan keterpercayaan yang sangat dijunjung tinggi dalam Islam. Dengan perkataan lain, ide-ide '*good government*' dan '*good governance*' itu tidak asing bagi umat Islam. Prinsip-prinsip ideal itu dapat dengan mudah ditemukan dalam butir-butir norma ajaran Islam dan bahkan dari tradisi yang tumbuh dalam praktik kaum muslimin dalam sejarah.

Good Governance Indonesia berdasarkan paham "Negara Pengurus" yang harus dikaji dan berkreteria sesuai denga Pembukaan UUD NRI 1945 yaitu "...mampu melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah

darah Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa dan ikut melaksanakan ketertiban dunia....” . Perkataan memajukan “kesejahteraan umum” dalam Pembukaan UUDN RI 1945 yang menempatkan Negara sebagai berkewajiban mengembangkan jaminan social sebagai elemen pendukung terwujudnya kesejahteraan sosial. Dari sinilah kemudian lahir bernagai undang-undang yang menyangkut kesejahteraan sosial, termasuk UU Nomor 40 Tahun 2004 tentang Jaminan Sosial dan berbagai undang undang tentang Pelayanan umum sebagaimana telah dikemukakan di atas, tak terkecuali undang undang tentang pemerintahan daerah yang mendelegasikan berbagai urusan pelayanan umum kepada daerah.³⁹² Isu kesejahteraan sosial inilah yang menjadi identik dengan *good governance* Indonesia.

2. Perkembangan Asas Asas Umum Pemerintahan Yang Baik Menjadi Norma Hukum Dalam Administrasi Pemerintahan

Asas (prinsip) merupakan suatu pernyataan fundamental atau kebenaran umum yang dapat dijadikan pedoman pemikiran dan tindakan. Asas-asas muncul dari hasil penelitian dan tindakan. Asas sifatnya permanen, umum dan setiap ilmu pengetahuan memiliki asas yang mencerminkan “intisari” kebenaran-kebenaran dasar dalam bidang ilmu tersebut. Asas adalah dasar tapi bukan suatu yang absolut atau mutlak. artinya penerapan asas harus mempertimbangkan keadaan-keadaan khusus dan keadaan yang berubah-ubah.³⁹³

³⁹² Sri Edi Swasono, *Indonesia dan Doktrin Kesejahteraan Sosial* (Jakarta: Perkumpulan PraKarsa, 2010). hlm. 47

³⁹³ Malayu S.P Hasibuan, *Manajemen: Dasar, Pengertian, dan Masalah* (Jakarta: PT. Bumi Aksara, 2006), hlm. 9

Menurut C.W. Paton dalam bukunya *A Textbook of Jurisprudence*, 1969, mengatakan asas adalah:³⁹⁴ *A principles is the broad reason, which lies at the base of rule of law* dalam bahasa Indonesia, kalimat itu berbunyi: asas adalah suatu alam pikiran yang dirumuskan secara luas dan mendasari adanya sesuatu norma hukum. C.W. Paton merangkum unsur-unsur asas sebagai: Alam pikiran; Rumusan luas; Dasar bagi pembentukan norma hukum.

Menurut Paul Scholten, asas-asas hukum adalah pikiran-pikiran dasar yang ada di dalam dan belakang tiap-tiap sistem hukum, yang telah mendapat bentuk sebagai perundang-undangan atau putusan pengadilan, dan ketentuan-ketentuan dan keputusan itu dapat dipandang sebagai penjabarannya. Dengan demikian, asas-asas hukum selalu merupakan fenomena yang penting dan mengambil tempat yang sentral dalam hukum positif. Asas-asas hukum berfungsi sebagai pendukung bangunan hukum, menciptakan harmonisasi, keseimbangan dan mencegah adanya tumpang tindih diantara semua norma hukum yang ada. Asas hukum juga menjadi titik tolak pembangunan sistem hukum dan menciptakan kepastian hukum yang diberlakukan dalam masyarakat.³⁹⁵ Menurut pandangan Smits³⁹⁶ asas-asas hukum memenuhi tiga fungsi pertama, asas-asas hukumlah yang memberikan keterjalinan dari aturan-aturan hukum yang tersebar. kedua, asas-asas hukum dapat difungsikan untuk mencari pemecahan atas masalah-masalah baru yang muncul

³⁹⁴ Paton dikutip dalam Mahadi, *Hak Milik Dalam Sistem Hukum Perdata Nasional*, (Jakarta :BPHN, 1986).hlm. 7

³⁹⁵ Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum: Suatu Pengantar*.(Yogyakarta: Liberty, 2005) hlm.32

³⁹⁶ Smits dikutip dalam Herlien Budiono, *Asas Keseimbangan Bagi Hukum Perjanjian Indonesia, Hukum Perjanjian Berlandaskan Asas-asas Wigati Indonesia*, (Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2006) hlm. 82.

dan membuka bidang-bidang liputan masalah baru. Asas-asas hukum juga menjustifikasikan prinsip-prinsip “etika”, yang merupakan substansi dari aturan-aturan hukum. Dari kedua fungsi tersebut di atas diturunkan fungsi ketiga, bahwa asas-asas dalam hal-hal demikian dapat dipergunakan untuk “menulis ulang” bahan-bahan ajaran hukum yang ada sedemikian, sehingga dapat dimunculkan solusi terhadap persoalan-persoalan baru yang berkembang”

Menurut Sudikno Mertokusumo³⁹⁷ asas hukum bukanlah peraturan konkrit. Asas hukum merupakan pikiran dasar yang umum sifatnya atau merupakan latar belakang dari peraturan yang konkrit yang terdapat dalam dan di belakang setiap sistem hukum yang terjelma dalam peraturan perundang-undangan dan putusan hakim yang merupakan hukum positif dan dapat di ketemukan dengan mencari sifat-sifat umum dalam peraturan konkrit tersebut. Jadi asas hukum adalah jantungnya aturan hukum yang menjadi titik tolak berpikir, pembentukan dan intepretasi hukum. Sedangkan peraturan hukum merupakan patokan tentang perilaku yang seharusnya, berisi perintah, larangan, dan kebolehan.

Guna mewujudkan pemerintahan yang baik, maka pemerintah harus mampu memahami dan mematuhi asas asas pemerintahan yang baik dalam penyelenggaraan pemerintahannya. Asas Asas Umum Pemerintahan yang Baik (AUPB) sudah dikenal sejak lama dalam penyelenggaraan pemerintahan di Indonesia. Asas tersebut terdapat dalam doktrin ilmu hukum administrasi negara .

³⁹⁷ Sudikno Mertokusumo, *ibid.* hlm.34

Kuncoro Purbooranoto menyebutnya ada 13 (tiga belas) asas yang merupakan gabungan dari pendapat Crinice le Roy (11 asas) dan Kuncoro (2 asas). Asas tersebut meliputi kepastian hukum (*principle of legal security*); asas keseimbangan (*principle of proportionality*); asas kesamaan dalam mengambil keputusan pangreh (*principle of equity*); asas bertindak cermat (*principle of carefulness*); asas motivasi dalam setiap keputusan pangreh (*principle of motivation*); asas jangan mencapuradukkan kewenangan (*principle of nonmisuse of competence*); asas permainan yang layak (*principle of fair play*); asas keadilan dan kewajaran (*principle of reasonableness*); asas menanggapi pengharapan yang wajar (*principle of meeting raised expectation*); asas meniadakan akibat dari keputusan yang batal (*principle of undoing of consequence of an annule decision*); asas perlindungan pandangan hidup/cara hidup pribadi (*principle of the personal way of life*); asas kebijakan (*sapientia*) dan asas penyelenggaraan kepentingan umum (*principle of public services*).³⁹⁸ Pada perkembangannya 7 (tujuh) asas yang telah mendapat kedudukan hukum yang kuat melalui yurisprudensi AROB di Belanda yang selanjutnya dimasukkan dalam article 8 ayat d. WET AROB yaitu asas persamaan, asas kepercayaan, asas kepastian hukum asas kecermatan, asas pemberian motivasi larangan *detournemen de pouvoir* dan larangan bertindak sewenang wenang. Proses pemberian kedudukan yang kuat terhadap AUPB di Belanda sejalan dengan perkembangan hukum administrasi di Belanda yang kemudian di angkat dalam putusan pengadilan TUN

³⁹⁸ Philipus M Hadjon, at.all, *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia*, , Cet.VII (Yogyakarta: Gajahmada University Press, 2001), hlm.30

sebagai dasar untuk memutuskan sengketa yang konkret dan selanjutnya dipergunakan untuk mengisi materi muatan peraturan perundang undangan.³⁹⁹

“*Algemene Beginselen van Behoorlijke Bestuur*”(ABBB) ini dipandang sebagai norma hukum tidak tertulis, namun harus ditaati oleh pemerintah. Hal ini diatur dalam *Wet AROB (Administrative Rechtspraak Overheids beschikkingen)* yaitu Ketetapan-ketetapan Pemerintahan dalam Hukum Administrasi oleh Kekuasaan Kehakiman “Tidak bertentangan dengan apa dalam kesadaran hukum umum merupakan asas-asas yang berlaku (hidup) tentang pemerintahan yang baik”. Hal itu dimaksudkan bahwa asas-asas itu sebagai asas-asas yang hidup, digali dan dikembangkan oleh hakim. Pada awalnya, AAUPB dimaksudkan sebagai sarana perlindungan hukum (*rechtsbescherming*) dan bahkan dijadikan sebagai instrumen untuk peningkatan perlindungan hukum (*verhoogde rechtsbescherming*) bagi warga negara dari tindakan pemerintah. AAUPB selanjutnya dijadikan sebagai dasar penilaian dalam peradilan dan upaya administrasi, di samping sebagai norma hukum tidak tertulis bagi tindakan pemerintahan.⁴⁰⁰

Sejak dianutnya konsepsi *welfare staat* di Belanda tahun 1946, timbulah suatu kekhawatiran dari warga Negara atas terjadinya kesewenang-wenangan oleh pemerintah. Oleh karena itu pada tahun 1946 pemerintah Belanda membuat suatu komisi yang diketuai oleh De Monchy, Komisi ini selanjutnya disebut dengan komisi de Monchy. Komisi ini bertujuan untuk memikirkan dan meneliti beberapa

³⁹⁹ *Ibid.* hlm.31

⁴⁰⁰ Ridwan HR, *Ibid.* hlm. 251

alternative untuk meningkatkan perlindungan hukum dari tindakan pemerintah yang menyimpang. Pada tahun 1950 komisi De Monchy kemudian melaporkan hasil penelitiannya tentang *verhoogde rechtsbescherming* dalam bentuk *Algemene Beginselen van Behorlijk Bestuur* (ABBB) atau dapat pula disebut Asas Asas Umum Pemerintahan yang Baik.

Hasil penelitian komisi ini tidak seluruhnya disetujui pemerintah oleh karena itu komisi ini pada akhirnya dibubarkan dan dibentuk komisi yang baru, komisi ini bernama komisi *Van de Greenten* dan komisi ini pun pada akhirnya dibubarkan juga. Dibubarkannya ke dua komisi diatas disebabkan karena pemerintah Belanda sendiri pada waktu itu tidak sepenuh hati dalam upaya meningkatkan perlindungan hukum warga negaranya. Meskipun demikian ternyata hasil penelitian De Monchy ini digunakan dalam pertimbangan putusan-putusan *Raad van State* dalam perkara administrasi. Dengan kata lain walaupun ABBB (AvBB⁴⁰¹) ini tidak mudah dalam memasuki wilayah birokrasi tetapi lain halnya dalam bidang peradilan.

Asas-asas umum pemerintahan yang baik dipandang sebagai norma hukum tidak tertulis, namun tetap harus ditaati oleh pemerintah. Diatur dalam Wet AROB (*Administrative Rechtspraak Overheidsbeschikkingen*) yakni Ketetapan-Ketetapan Pemerintah dalam Hukum Administrasi oleh Kekuasaan Kehakiman tidak bertentangan dengan apa dalam kesadaran hukum umum merupakan asas-asas yang berlaku (hidup) tentang pemerintahan yang baik. Hal itu dimaksudkan bahwa asas-asas itu sebagai asas-asas yang hidup, digali dan dikembangkan oleh hakim. Sebagai hukum tidak tertulis, arti yang tepat untuk ABBB bagi tiap keadaan tersendiri, tidak selalu dapat dijabarkan dengan teliti. Paling sedikit ada 7 ABBB yang sudah memiliki tempat yang jelas di Belanda, antara lain :

1. Asas persamaan, yaitu hal-hal yang sama harus diperlakukan sama.

⁴⁰¹ Singkatan yang digunakan Philipus Hadjon.

2. Asas kepercayaan, yaitu *legal expectation*, harapan-harapan yang ditimbulkan(janji-janji,keterangan-keterangan,aturan-aturan kebijaksanaan dan rencana-rencana) sebisa mungkin harus dipenuhi.
3. Asas kepastian hukum, artinya secara materiil menghalangi badan pemerintah untuk menarik kembali suatu ketetapan dan mengubahnya yang menyebabkan kerugian yang berkepentingan, kecuali karena 4 hal, yakni dipaksa oleh keadaan, ketetapan didasarkan atas kekeliruan, ketetapan didasarkan atas keterangan yang tidak benar, dan syarat ketetapan tidak ditaati. Secara formil ketetapan yang memberatkan dan menguntungkan harus disusun dengan kata-kata yang jelas.
4. Asas kecermatan, bahwa suatu ketetapan harus diambil dan disusun dengan cermat.
5. Asas pemberian alasan, yakni ketetapan harus memberikan alasan, harus ada dasar fakta yang teguh dan alasannya harus mendukung.
6. Larangan penyalahgunaan wewenang atau *detournement depouvoir*, maksudnya tidak diperkenankan menggunakan wewenang untuk tujuan yang lain.
7. Larangan bertindak sewenang-wenang atau larangan *willekeur*, yakni tindakan sewenang-wenang, kurang memperhatikan kepentingan umum, dan secara kongkrit merugikan.

Di Indonesia, norma hukum yang mengatur tentang Penyelenggara Negara telah dituangkan dalam Ketetapan (TAP) MPR RI Nomor XI/MPR/1998 tentang Penyelenggaraan Negara yang Bersih dan Bebas Korupsi, Kolusi dan Nepotisme. TAP ini kemudian ditindak lanjuti dengan Undang Undang Nomor 28 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Negara yang Bersih dan Bebas Korupsi, Kolusi dan Nepotisme. Pada Undang Undang ini dimuat tentang asas asas penyelenggaraan Negara yang bersih bebas korupsi, kolusi dan nepotisme yang terdiri dari 7 asas, yaitu : Asas Kepastian Hukum; Asas Tertib Penyelenggaraan Negara; Asas Kepentingan Umum ; Asas Keterbukaan; Asas Proporsionalitas; Asas Profesionalitas dan Asas Akuntabilitas. Selanjutnya dimuat dalam Undang-Undang Nomor 9 Tahun 2004 tentang Perubahan Undang Undang Nomor 5 tahun 1986 Tentang Peradilan Tata Usaha Negara berkaitan dengan alasan gugatan (*beroepsgrunden*) yaitu dimasukkannya asas-asas umum

pemerintahan yang baik (AUPB) sebagai salah satu alasan yang dapat digunakan untuk menggugat Keputusan Tata Usaha Negara ⁴⁰² Dalam penjelasannya dinyatakan bahwa yang dimaksud dengan AUPB menurut undang undang tersebut adalah 7 asas yang ada pada Pasal 10 Undang Undang Nomor 28 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Negara yang Bersih dan Bebas Korupsi, Kolusi dan Nepotisme. Dengan masuknya AUPB dalam Suatu ketentuan peraturan perundang- undangan maka AUPB telah dijadikan sebagai norma hukum positif yang dapat dijadikan sebagai alasan gugatan, dan disisi lain juga akan dijadikan sebagai alat yuridis untuk menguji Keputusan Tata Usaha Negara (PTUN) oleh Hakim PTUN.

Beberapa asas umum pemerintahan yang baik sudah di normakan dalam peraturan perundang undangan dengan mengalami beberapa kali perkembangan/perubahan. Terakhir asas asas ini dituangkan dalam Undang-Undang Nomor 30 tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan. Pada Pasal 10 ayat (1) dinyatakan bahwa Asas Asas Umum Pemerintahan yang Baik meliputi asas: a. kepastian hukum; b. kemanfaatan; c. ketidakberpihakan; d. kecermatan; e. tidak menyalahgunakan kewenangan; f. keterbukaan; g. kepentingan umum; dan h. pelayanan yang baik. Penjelasan masing masing asas dimuat dalam dalam Undang Undang ini yaitu :

- 1) “asas kepastian hukum” adalah asas dalam negara hukum yang mengutamakan landasan ketentuan peraturan perundang-undangan, kepatutan, keajegan, dan keadilan dalam setiap kebijakan penyelenggaraan pemerintahan;

⁴⁰² Pasal 53 ayat (2) huruf b Undang-Undang Nomor 9 Tahun 2004

- 2) “asas kemanfaatan” adalah manfaat yang harus diperhatikan secara seimbang antara:
 - a. kepentingan individu yang satu dengan kepentingan individu yang lain;
 - b. kepentingan individu dengan masyarakat;
 - c. kepentingan Warga Masyarakat dan masyarakat asing;
 - d. kepentingan kelompok masyarakat yang satu dan kepentingan kelompok masyarakat yang lain;
 - e. kepentingan pemerintah dengan Warga Masyarakat;
 - f. kepentingan generasi yang sekarang dan kepentingan generasi mendatang;
 - g. kepentingan manusia dan ekosistemnya;
 - h. kepentingan pria dan wanita.
- 3) “asas ketidakberpihakan” adalah asas yang mewajibkan Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan dalam menetapkan dan/atau melakukan Keputusan dan/atau Tindakan dengan mempertimbangkan kepentingan para pihak secara keseluruhan dan tidak diskriminatif.
- 4) “asas kecermatan” adalah asas yang mengandung arti bahwa suatu Keputusan dan/atau Tindakan harus didasarkan pada informasi dan dokumen yang lengkap untuk mendukung legalitas penetapan dan/atau pelaksanaan Keputusan dan/atau Tindakan sehingga Keputusan dan/atau Tindakan yang bersangkutan dipersiapkan dengan cermat sebelum Keputusan dan/atau Tindakan tersebut ditetapkan dan/atau dilakukan.
- 5) “asas tidak menyalahgunakan kewenangan” adalah asas yang mewajibkan setiap Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan tidak menggunakan kewenangannya untuk kepentingan pribadi atau kepentingan yang lain dan tidak sesuai dengan tujuan pemberian kewenangan tersebut, tidak melampaui, tidak menyalahgunakan, dan/atau tidak mencampuradukkan kewenangan.
- 6) “asas keterbukaan” adalah asas yang melayani masyarakat untuk mendapatkan akses dan memperoleh informasi yang benar, jujur, dan tidak diskriminatif dalam penyelenggaraan pemerintahan dengan tetap memperhatikan perlindungan atas hak asasi pribadi, golongan, dan rahasia negara.
- 7) “asas kepentingan umum” adalah asas yang mendahulukan kesejahteraan dan kemanfaatan umum dengan cara yang aspiratif, akomodatif, selektif, dan tidak diskriminatif.
- 8) “asas pelayanan yang baik” adalah asas yang memberikan pelayanan yang tepat waktu, prosedur dan biaya yang jelas, sesuai dengan standar pelayanan, dan ketentuan peraturan perundang-undangan.

Pasal 10 Ayat (2) menyatakan bahwa 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. Dinamika dari AUPB (singkatan resmi dalam undang undang ini- tidak lagi menggunakan AAUPB) diakodasi hal ditunjukkan dengan keberadaan Pasal 10 ayat (2) Undang undang ini.

Jadi ada perbedaan dalam perkembangan AUPB DI Indonesia dan di Belanda. Di Indonesia AUPB dituangkan dalam peraturan perundang undangan, jadi sudah berbentuk norma, sedangkan di Belanda ABBB dipandang sebagai hukum tidak tertulis, tetapi ditaat oleh pemerintah. Namun kemiripan dalam dinamika asas-asas yang hidup dalam penyelenggaraan roda pemerintahan ini dikembangkan oleh hakim melalui putusan pengadilan, di Indonesia melalui Pengadilan Tata Usaha Negara.

PTUN di Indonesia juga banyak menggunakan AUPB ini dalam pertimbangan hakim sebelum ada perubahan Undang Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara. Ketika terjadi perubahan undang undang ini , yaitu dengan Undang Undang Nomor 9 tahun 2004, AUPB dituangkan sebagai salah satu alasan gugatan selain bertentangan dengan peraturan perundang undangan yaitu dimuat pada Pasal 53 ayat (2) huruf b. Penjelasan Pasal 53 ayat (2) huruf b, menyebutkan bahwa yang dimaksud dengan Aass Umum Pemerintahan yang Baik adalah asas kepastian hukum, asas tertib penyelenggaraan negara, asas keterbukaan, asas proporsionalitas, asas profesionalitas, asas akuntabilitas sebagaimana dimaksud dalam Undang Undang

Nomot 28 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Negara yang Bersih dan Bebas Korupsi, Kolusi dan Nepotisme.

Dengan masuknya AUPB dalam suatu ketentuan peraturan perundang-undangan maka AUPB telah dijadikan sebagai norma hukum positif yang wajib digunakan oleh pemerintah untuk membuat keputusan dan melakukan tindakan. Dengan dimuatnya AAUPB dalam Perubahan Peradilan Tata Usaha Negara yang baru yaitu UU No. 9 tahun 2004, yang dijabarkan dalam Penjelasan pasal 53 Ayat (2) maka dengan demikian dapat dijadikan sebagai alasan gugatan, dan disisi lain juga akan dijadikan sebagai alat yuridis untuk menguji KTUN oleh Hakim PTUN.

Sejak tahun 1990an berkembang juga gagasan mengenai prinsip prinsip *Good Governance*. Sehubungan dengan eksistensi dan korelasi antara AUPB dan *Good Governance*. Fahmal yang dikutip Riawan Tjandra, menyatakan :

Good Governance sebagai norma pemerintahan, adalah sesuatu sasaran yang akan dituju dan diwujudkan dalam pelaksanaan tata pemerintahan yanga baik dan asas umum pemerintahan yang layak sebagai norma mengikat yang menuntun pemerintah dalam mewujudkan good governance. Sinergi antara *Good Governance* dan AUPB menciptakan pemerintahan yang bersih dan dan pemerintahan yang berwibawa. Konsep *Good Governance* telah menjadi kemauan politik dalam berbagai ketentuan peraturan perundang undangan Dalam Negara Kesatuan Republik Indonesia.⁴⁰³

Konsep pemerintahan yang baik (*Good Governance*) awal mulanya tidak dikenal dalam Hukum Adminstrasi Negara maupun dalam Hukum Tata Negara,

⁴⁰³ Riawan Tjandra, *PTUN Mendorong Terwujudnya Pemerintahan Yang Bersih dan Berwibawa*, Yogyakarta: Universitas Atmajaya Yogyakarta, 2009.

bahkan ilmu politik. Konsep tersebut lahir dari lingkungan Perserikatan Bangsa Bangsa (PBB).

Governance mengandung makna bagaimana cara suatu bangsa mendistribusikan kekuasaan dan mengelola sumberdaya dan berbagai masalah yang dihadapi masyarakat. Sejatinya, konsep *governance* harus dipahami sebagai suatu proses, bukan struktur atau institusi. Menjawab kompleksitas yang dihadapi oleh negara-negara dunia ketiga dalam penyelenggaraan kegiatan-kegiatan pembangunan, harus melibatkan lembaga lembaga lainnya di luar pemerintah bukan hanya dalam pelaksanaan, tetapi juga dalam proses pengambilan kebijakan. Keterlibatan pelaku dan pemangku kepentingan konsep tata pemerintahan (*governance*) sengaja dipilih di sini sebagai perluasan dari konsep pemerintah (*government*). Konsep pemerintah dianggap tidak lagi memadai karena penyelenggaraan pemerintahan tidak lagi cukup dilakukan oleh negara. Kompleksitas kehidupan masyarakat yang terjadi sekarang ini menuntut adanya perubahan praktik pemerintahan dari yang dulunya didominasi oleh pemerintah menjadi sebuah tata pemerintahan yang terkait antara negara dengan pasar dan masyarakat sipil menjadi lebih jelas dan proporsional. Perluasan peran pasar dan masyarakat sipil diperlukan di dalam keseluruhan proses kebijakan publik, termasuk dalam pengambilan keputusan dan implementasinya. Dengan perubahan tata pemerintahan yang membedakan peran dan ruang yang lebih besar kepada lembaga lembaga nonpemerintah, kegiatan pemerintahan bukan hanya lebih

partisipatif, tetapi juga lebih responsif dan akuntabel pada kepentingan publik.⁴⁰⁴

Apabila diimplementasikan secara ideal, konsep ini diharapkan dapat memastikan pengurangan tingkat korupsi, pandangan kaum minoritas diperhitungkan dan suara dari mereka yang paling lemah dalam masyarakat didengar dalam proses pengambilan keputusan. Ia juga responsif terhadap masa kini dan kebutuhan masyarakat di masa depan.

Apabila *Good governance* dibandingkan dengan AUPB terdapat kesamaan dan sekaligus perbedaan. Terlihat dalam tabel persamaan dan perbedaan antara *Good governance* versi UNDP dan AUPB versi ABBB yang diakomodasi dalam AROB dengan Undang Undang Nomor 28 Tahun 1999 dan Undang Undang Nomor 30 Tahun 2014 . Sebagaimana ditunjukkan pada Tabel sebagai berikut.

Tabel 7: Perbandingan *Good Governance* dengan AUPB

ASAS/ PRINSIP	PRINSIP PRINSIP <i>GOOD GOVERNANCE</i> ⁴⁰⁵	ASAS ASAS UMUM PEMERINTAHAN YANG BAIK (AUPB)		
	UNDP	ABBB dlm yurisprudensi AROB	UU NO 28 TH 1999	UU NO 30 TH 2014
1.	<i>Consensus orientation</i> : pemerintah bertindak sebagai mediator/fasilitator atas berbagai kepentingan yang berbeda untuk mencapai kesepakatan bagi semua pihak. Kebijakan prosedur pemerintah harus di dasarkan atas kesepakatan <i>stakeholders</i>	Persamaan: (<i>principle of equality</i>) yaitu hal-hal yang sama harus diperlakukan sama.	Kepastian Hukum: secara materiil menghalangi badan pemerintah untuk menarik kembali suatu ketetapan dan mengubahnya yang menyebabkan kerugian yang berkepentingan, kecuali karena 4 hal, yakni dipaksa oleh keadaan, ketetapan	kepastian hukum asas dalam negara hukum yang mengutamakan landasan ketentuan peraturan perundang-undangan, kepatutan, keadilan dalam

⁴⁰⁴ Agus Dwiyanto .et all. , *Reformasi Tata Pemerintahan dan Otonomi Daerah*, Pusat Studi Kependudukan dan Kebijakan Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta, 2003 hlm.6

⁴⁰⁵ Tri Widodo W Utomo, Paparan, 12 Maret 2014

			didasarkan atas kekeliruan, ketetapan didasarkan atas keterangan yang tidak benar, dan syarat ketetapan tidak ditaati. Secara formil ketetapan yang memberatkan dan menguntungkan harus disusun dengan kata-kata yang jelas.	setiap kebijakan penyelenggaraan pemerintahan
2.	<i>Accountability: decision maker</i> di sektor pemerintah, public dan masyarakat madani memiliki akuntabilitas kepada pihak tertentu baik ke dalam maupun keluar sesuai dengan jenis keputusan yang dijalankan	kepercayaan (<i>legal expectation</i>), harapan-harapan yang ditimbulkan (janji-janji, keterangan-keterangan, aturan-aturan kebijaksanaan dan rencana-rencana) sebisa mungkin harus dipenuhi.	Tertib Penyelenggaraan Negara: asas yang menjadi landasan keteraturan, keserasian, dan keseimbangan dalam pengendalian penyelenggaraan negara.	kemanfaatan manfaat yang harus diperhatikan secara seimbang antara berbagai kepentingan
3.	<i>Transparency</i> : akses informasi terbuka luas bagi masyarakat atas berbagai proses pemerintah. Informasi harus dapat disediakan secara memadai sehingga dapat digunakan sebagai alat monitor dan evaluasi	kepastian hukum (<i>principle of legal security</i>): ⁴⁰⁶ setiap keputusan tidak dicabut kembali meskipun ada kekeliruan, jika ada kekeliruan B.TUN harus mengakui untuk melindungi hak yang telah diperoleh seseorang sebagai akibat dikeluarkannya keputusan.	Kepentingan Umum: mendahulukan kesejahteraan umum dengan cara yang aspiratif, akomodatif dan selektif.	Ketidakterbukaan an asas yang mewajibkan Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan dalam menetapkan dan/atau melakukan Keputusan dan/atau Tindakan dengan mempertimbangkan kepentingan para pihak secara keseluruhan dan tidak diskriminatif.
4.	<i>Responsiveness</i> : Setiap institusi dan prosesnya harus diarahkan pada upaya	Kecermatan asas ini menghendaki pemerintah bertindak cermat	Keterbukaan: asas yang membuka diri terhadap hak masyarakat untuk	Keterbukaan asas yang melayani masyarakat

⁴⁰⁶ Philipus Hajon, dkk. *ibid.* hlm. 148

	untuk melayani berbagai pihak yang berkepentingan.	dalam melakukan aktivitas penyelenggaraan tugas pemerintahan sehingga tidak menimbulkan kerugian bagi warga negara. Dalam menerbitkan ketetapan, pemerintah harus mempertimbangkan secara cermat dan teliti semua faktor yang terkait dengan materi ketetapan, mendengar dan mempertimbangkan alasan-alasan yang diajukan oleh pihak yang berkepentingan, mempertimbangkan akibat hukum yang timbul dari ketetapan.	memperoleh informasi yang benar, jujur, dan tidak diskriminatif tentang penyelenggaraan negara dengan tetap memperhatikan perlindungan atas hak asasi pribadi, golongan dan rahasia negara	untuk mendapatkan akses dan memperoleh informasi yang benar, jujur, dan tidak diskriminatif dalam penyelenggaraan pemerintahan dengan tetap memperhatikan perlindungan atas hak asasi pribadi, golongan, dan rahasia negara.
5.	<i>Equity</i> : kesempatan yang sama baik laki laki dan perempuan dalam upaya meningkatkan kualitas hidup masing masing	pemberian motivasi asas ini menghendaki setiap ketetapan harus mempunyai motivasi/alasan yang cukup sebagai dasar dalam menerbitkan ketetapan. Alasan harus jelas, terang, benar, obyektif, dan adil. Alasan sedapat mungkin tercantum dalam ketetapan sehingga yang tidak puas dapat mengajukan banding dengan menggunakan	Proporsionalitas: asas yang mengutamakan keseimbangan antara hak dan kewajiban Penyelenggara Negara.	kecermatan asas yang mengandung arti bahwa suatu Keputusan dan/atau Tindakan harus didasarkan pada informasi dan dokumen yang lengkap untuk mendukung legalitas penetapan dan/atau pelaksanaan Keputusan dan/atau Tindakan sehingga Keputusan dan/atau Tindakan yang bersangkutan dipersiapkan dengan cermat

		alasan tersebut. Alasan digunakan hakim administrasi untuk menilai ketetapan yang disengketakan.		sebelum Keputusan dan/atau Tindakan tersebut ditetapkan dan/atau dilakukan.
6.	<i>Effectiveness & Efficiency:</i> Setiap kegiatan pemerintah ditujukan untuk menghasilkan barang dan jasa public sesuai dengan kebutuhan masyarakat melalui pemanfaatan sumber daya secara rasional.	larangan <i>detournemen de pouvoir</i> tidak diperkenankan menggunakan wewenang untuk tujuan yang lain.	Profesionalitas: asas yang mengutamakan keahlian yang berdasarkan kode etik dan ketentuan peraturan perundang undangan yang berlaku.	tidak menyalahgunakan kewenangan asas yang mewajibkan setiap Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan tidak menggunakan kewenangannya untuk kepentingan pribadi atau kepentingan yang lain dan tidak sesuai dengan tujuan pemberian kewenangan tersebut, tidak melampaui, tidak menyalahgunakan, dan/atau tidak mencampuradukkan kewenangan.
7.	<i>Rule of law</i> : hukum dan perundang undangan harus berkeadilan, ditegakkan dipatuhi tanpa pandang bulu (<i>impartially</i>) terutama mengenai HAM	larangan bertindak sewenang wenang larangan <i>willekeur</i> , yakni tindakan sewenang-wenang, kurang memperhatikan kepentingan umum, dan secara kongkrit merugikan.	Akuntabilitas: h asas yang menentukan bahwa setiap kegiatan dan hasil akhir dari kegiatan Penyelenggara Negara harus dapat dipertanggung jawabkan kepada masyarakat atau rakyat sebagai pemegang kedaulatan tertinggi negara sesuai dengan ketentuan	kepentingan umum asas yang mendahulukan kesejahteraan dan kemanfaatan umum dengan cara yang aspiratif, akomodatif, selektif, dan tidak diskriminatif.

			peraturan perundangundangan yang berlaku.	
8.	<i>Participation:</i> setiap warga memiliki hak suara yang sama dalam proses pemerintahan dan pembangunan sesuai dengan kepentingan dan aspirasinya masing masing. Partisipasi harus dibangun sesuai dengan tatanan kebebasan berserikat dan berpendapat serta kebebasan untuk berpartisipasi secara konstruktif			pelayanan yang baik asas yang memberikan pelayanan yang tepat waktu, prosedur dan biaya yang jelas, sesuai dengan standar pelayanan, dan ketentuan peraturan perundang-undangan.
	<i>Strategic vision:</i> Pemerintah, swasta dan masyarakat harus memiliki prospektif yang luas dan jangka panjang dalam menyelenggarakan good governance dan pembangunan manusia (<i>human development</i>) sesuai nilai-nilai historis, kultural dan kompleksitas sosial masyarakat			

3. Penerapan Asas Asas Umum Pemerintahan yang Baik dan *Good Governance* Dalam Pelayanan Publik .

Prinsip prinsip *good governance* memberikan perubahan pola interaksi dalam penyelenggaraan pemerintahan, yang semula didominasi pemerintah (*government*) bergeser pada interaksi antara pemerintah, swasta dan masyarakat . Pemerintah (mencakup lembaga politik dan sektor public/birokrasi) sebagai pembuat kebijakan, pengendali dan pengawas swasta atau dunia usaha (seluruh usaha swasta, sektor industri, perbankan, UKM dan sektor informal) sebagai penggerak bidang ekonomi dan masyarakat sebagai subyek dan obyek sektor

pemerintah dan swasta (perorangan maupun *civil society*) dengan kedudukan yang tidak hirarkis tapi ada kesetaraan dan kemitraan. Semua memegang peran sesuai porsi masing-masing. Efek yang diharapkan adalah partisipasi warga Negara dengan hasil akhir yang diharapkan untuk mencapai tujuan melalui partisipasi warga Negara. Oleh karena itu maka pada prinsip *good governance* ada keseimbangan antara *good governance* dengan *civil society*.⁴⁰⁷

Kerangka berfikir perlunya penerapan prinsip-prinsip *good governance* dalam penyelenggaraan pemerintahan di daerah merupakan upaya perlindungan terhadap terhadap kemungkinan penyimpangan atau pelanggaran hukum (*onrecht matig overheidsdaad*), perbuatan menyalah gunakan wewenang maupun perbuatan sewenang-wenang, bahkan pelayanan yang buruk pada pemerintahan sendiri, swasta dan masyarakat, mengingat titik berat pelayanan publik diselenggarakan di daerah.

Pelayanan publik adalah kegiatan atau rangkaian kegiatan dalam rangka pemenuhan kebutuhan dasar sesuai dengan hak-hak sipil setiap warga negara dan penduduk atas suatu barang, jasa, dan atau pelayanan administrasi yang disediakan oleh penyelenggara pelayanan publik.⁴⁰⁸ Sedangkan Penyelenggara pelayanan publik yang setiap institusi penyelenggara negara, korporasi, lembaga independen yang dibentuk berdasarkan undang-undang untuk kegiatan pelayanan publik, dan badan hukum lain yang dibentuk semata-mata untuk kegiatan pelayanan publik.

⁴⁰⁷ [www.slideshare.net/triwidodowutomo/membangun-kepemintahan](http://www.slideshare.net/triwidodowutomo/membangun-kepemerintahan) , Disarikan dari Paparan Tri Widodo Utomo, 2010, diakses 10 Oktober 2015 j. 20.00

⁴⁰⁸ Pasal 1 angka 1 Undang Undang Nomor 25 Tahun 2009

Pemerintahan daerah merupakan salah satu penyelenggaraan pelayanan publik. Mengingat hal tersebut, maka menjadi bagian didalam menenuhi pelayanan publik adalah pemerintahan daerah harus memberikan pelayanan prima. Standar pelayanan prima terkait pula dengan peningkatan kontrol masyarakat yaitu :⁴⁰⁹

1. Pemerintahan daerah perlu untuk menjamin hak-hak masyarakat dalam mendapatkan informasi tentang penyelenggaraan pemerintahan, sekurang-kurangnya terkait dengan peraturan daerah, perencanaan pembangunan daerah, anggaran dan keuangan daerah, pengelolaan aset/sumber daya alam, dan pelayanan publik.
2. Pemerintahan Daerah juga perlu untuk memberikan akses dan melibatkan masyarakat dalam penyelenggaraan pemerintahan sekurang-kurangnya terkait dengan penyusunan peraturan daerah, perencanaan pembangunan daerah, penganggaran daerah, pengelolaan sumber daya alam, dan pelayanan publik. Keterlibatan masyarakat dalam penyelenggaraan pemerintahanan sekurang-kurangnya dalam bentuk konsultasi publik, penyelenggaraan musyawarah, kemitraan, pembuatan keputusan bersama, penyusunan rencana bersama, pelaksanaan dan pengawasan oleh masyarakat. Pemerintahan Daerah wajib memberikan keterangan kepada masyarakat tentang hasil dari keterlibatan masyarakat dalam penyelenggaraan pemerintahan.
3. Pemerintah Daerah perlu untuk menyediakan mekanisme pengaduan masyarakat. Mekanisme pengaduan masyarakat harus mencantumkan hak-hak masyarakat, perlindungan bagi pelapor, pihak pemerintah daerah yang menyelesaikan pengaduan, proses dan batas waktu penyelesaian pengaduan, proses mengolah laporan dan informasi mengenai status pengaduan kepada pelapor.
4. Perlunya pemerintah daerah untuk menyusun peraturan daerah mengenai tata cara memperoleh informasi publik, partisipasi, mekanisme pengaduan, dan penjaminan terhadap organisasi masyarakat untuk berpartisipasi dalam penyelenggaraan pemerintahan daerah

⁴⁰⁹<http://www.drsp-usaid.org/publications/index.cfm?fuseaction=throwpub&ID=Suhirman>,
Partisipasi Warga dan Tata Pemerintahan Daerah, diakses tgl 1 Nopember 2015. J. 19.00

Untuk mengoptimalkan peran masyarakat secara nasional, pemerintah pusat dapat memberikan sanksi kepada daerah yang tidak melaksanakan proses-proses pemerintahan secara partisipatif sesuai peraturan perundangan yang berlaku. Sebaliknya, Pemerintah pusat dapat menstimulus daerah dengan memberikan penghargaan kepada daerah yang memiliki indeks partisipasi masyarakat yang baik. Yang dimaksud dengan indeks partisipasi masyarakat adalah tingkatan yang menunjukkan kemajuan daerah dalam mendorong partisipasi masyarakat.

Dalam pelaksanaan pelayanan publik sangat mungkin digunakannya kewenangan diskresi. Agar pelayanan menjadi sesuai dengan apa yang diharapkan masyarakat, perlu dilakukan kebijakan operasional yang dapat dipandang sebagai suatu diskresi, yakni upaya untuk menyesuaikan kebijaksanaan dengan situasi yang telah berkembang. Dalam konteks tersebut, diskresi dapat berarti suatu bentuk kelonggaran pelayanan yang diberikan oleh administrator kepada pengguna jasa. Dalam implementasinya, tindakan diskresi diperlukan sebagai kewenangan untuk menginterpretasikan kebijakan yang ada atas suatu kasus yang belum atau tidak diatur dalam satu ketentuan yang baku.

B. Konsep Ideal Penerapan Diskresi Pada Pemerintahan Daerah dengan Kerangka *Good Governance*

1. Sistem Nilai, Sistem Norma dan Sistem Perilaku Dalam Penerapan Diskresi

Nilai agama sangat besar pengaruhnya kepada kepribadian manusia. Manusia tidak bisa menjalani kehidupan yang lebih baik atau mencapai sesuatu yang bermanfaat bagi kemanusiaan dan peradaban manusia tanpa memiliki keyakinan terhadap agama dan nilai-nilai ajaran agama.⁴¹⁰ Selain agama, etnis (budaya dan tradisi), juga mempengaruhi semua tindakan. Interaksi antar budaya, antar suku, antar agama, antar bangsa, sangat penting bagi hukum dalam menciptakan makna-makna baru yang kreatif, maka makna harus selalu diciptakan kembali. Gagasan tentang pembacaan hukum melalui paradigma alternatif yang berbeda dari apa yang telah digagas oleh positivisme hukum selama ini, menjadi lebih penting dengan beberapa alasan sebagai berikut; Pertama dari aspek ontologi, dualisme subjek dan objek merupakan pandangan yang sudah tidak memadai, karena pada hakikatnya realitas tidak bersifat demikian. Dualisme disamping menimbulkan efek-efek terhadap cara pandang manusia tentang dunia, yang lebih mengedepankan posisi sentral manusia. Superioritas manusia dalam dualisme itu, telah menyebabkan alam tergusur, tereksplorasi, dan rusak. Tidak ada relasi dialektika tentang manusia dan alam, yang ada hanya struktur dominan, sebagaimana kecenderungan kaum positivisme hukum yang “memperkosakan” teks dan realitas. Keadaan itu telah menempatkan penafsir berada di atas teks dan realitas, dan penafsir selalu memandang teks dan realitas merupakan objek untuk dieksploitasi.

Kedua, dari aspek epistemologis, dualisme itu telah menyebabkan realitas hukum tidak dapat dipotret secara benar dan utuh. Realitas menjadi terpilah-pilah.

⁴¹⁰ Muthanhari, dirujuk dalam Sufian Hamim dan Indra Muchlis Adman, *Perilaku Organisasi dan Kepemimpinan*, (Pekanbaru: Universitas Islam Riau Press, 2005).hlm 37

Pendekatan yang memisahkan jarak antara subjek dan objek, semakin memperkokoh posisi subjek, menjadikannya semena-mena atau sewenang-wenang terhadap teks dan realitas. Karena hanya subjek yang eksis, dan subjek lebih superior dibanding objek, alih-alih dalam kerangka yang sangat ekstrim, (akhirnya) hukum direduksi kepada (hanya) kekuasaan tunggal atau kekuasaan formal. Hukum dipandang sebagai *rules* dan *logic* semata, teks hukum menjadi sangat eksklusif. Pembacaan cair dapat memberikan alternatif terhadap desain analisis hukum, yaitu desain analisis yang lebih terbuka, sehingga dimungkinkan dikembangkan pendekatan yang lebih utama namun tetap memperhatikan pluralistis.

Ketiga adanya paradigma alternatif yang dapat dijadikan pijakan untuk memahami hukum, dari aspek axiologis, positivisme hukum yang melihat dan memfokuskan dirinya pada kepastian hukum dan kepastian makna teks, mulai mengalami pergeseran ⁴¹¹.

Manusia sebagaimana dikatakan oleh Edmund Leach ⁴¹² adalah makhluk yang lebih bersifat kultural daripada natural. Berarti selalu merencanakan kehidupannya kearah yang lebih baik. Berbudaya berarti mencintai perubahan, berbudaya berarti selalu berada pada kehidupan yang mengalir (*pantare*) . Namun manusia sebagai pribadi terdiri dari jasmani dan rohani Unsur rohani terdiri atas cipta, (akal), rasa, karsa. Satu kesatuan yang tidak dapat dipisahkan akal : pengamatan, pikiran, rasa sakit, enak, lapar dll, sedang karsa adalah kemauan,

⁴¹¹ Otje Salman dan Anton F.Susanto, Teori Hukum , Mengingat, Mengumpulkan dan Membuka Kembali, (Bandung : Refika Aditama, 2007), hlm.18

⁴¹² Edmund Leach, dirujuk dalam, *ibid*.hlm.

keinginan, cita cita dan lain lain.⁴¹³ Dalam membangun dunianya manusia selalu membangun kemampuan dirinya untuk memilih dan memilah akan mulai darimana dan langkah apa yang akan dilakukan. Liek Wilarjo menjelaskan tentang landasan sebagai titik awal pijakan dari apa yang mereka anggap baik dan benar dalam realitas kehidupan. Proses titik berangkat dari realitas (*das sein*) ke *desiderata* (*das solen*). Dari titik awal tersebut, perlu pola yang dapat mengarahkan perilaku manusia ke arah gerakan pembaharuan.

Secara substansial Pancasila merupakan konsep yang luhur dan murni. Luhur karena mencerminkan nilai-nilai bangsa yang diwariskan turun temurun dan abstrak. Murni karena kedalaman substansi yang menyangkut beberapa aspek pokok, baik agama, ekonomi, pertahanan, sosial dan budaya yang memiliki corak kultural. Pancasila sebagai konsep dapatlah disebut sebagai suatu sistem tentang segala hal, karena secara konseptual seluruh yang tertuang dalam sila yang berkait erat dan saling tidak dapat dipisahkan. Bahwa Pancasila seluruhnya dijiwai oleh sila Pertama. Apabila dilihat secara bulat atau holistik (satu kesatuan) yaitu dengan melihat dasar pikiran dalam sila pertama, ketiga dan kelima, maka keseimbangan (*balance*) merupakan substansi pokok yang terkandung di dalamnya. Keseimbangan yang dijelaskan dalam sila adalah keseimbangan antara kepentingan individu dengan kepentingan masyarakat serta kepentingan penguasa, yang dituntun oleh sila Ketuhanan.⁴¹⁴ Model keseimbangan yang demikian pula yang dicontohkan oleh sistem ketatanegaraan atau pemerintahan Islam ketika

⁴¹³ Undang Ahmad Kamaludin, *Filsafat Manusia, Sebuah Perbandingan Antara Islam dan Barat* (Bandung: Penerbit Pusataka, 2012).hlm 79

⁴¹⁴ Otje Salman dan Anton F Susanto, *Ibid.* hlm. 159

pemerintahan Rosulullah. Keseimbangan individu, masyarakat, penguasa yang dikontrol oleh kehendak Ilahiyah. Kesemuanya mengandung prinsip-prinsip sebagai berikut :⁴¹⁵

- a. Prinsip –prinsip Umat, bahwa orang mukmin adalah umat yang satu, tidak termasuk golongan lain, orang-orang Yahudi dan sekutunya adalah satu umat dengan orang mukmin;
- b. Prinsip persatuan dan persaudaraan yaitu persatuan dan persaudaraan umat seagama maupun persatuan dan persaudaraan social, atau persatuan dan persaudaraan kemanusiaan;
- c. Prinsip hubungan antar pemeluk agama yaitu pengakuan hak-hak yang sama antara kaum muslimin dan bukan muslim ;
- d. Prinsip kebebasan, Islam memberikan kebebasan dalam banyak hal untuk terpeliharanya masyarakat yang sangat pluralis;
- e. Prinsip hubungan antar pemeluk agama, pemeluk agama baik Islam atau di luar Islam pada dasarnya wajib menjalin hubungan baik dalam berbagai hal;
- f. Prinsip pertahanan, kedaulatan dari berbagai ancaman musuh dan menciptakan rasa aman kepada seluruh warga;
- g. Prinsip bertetangga, orang yang mendapat perlindungan memperoleh hak-hak yang sama dengan pelindungnya;
- h. Prinsip tolong menolong, membela yang lemah dan teraniaya sebagai aktualisasi adanya kebersamaan dan persahabatan yang harmonis;
- i. Prinsip perdamaian, perdamaian diantara komunitas muslim juga perdamaian muslim dengan komunitas lainnya sebagai implementasi bahwa Islam adalah agama perdamaian;
- j. Prinsip musyawarah, adanya kesepakatan dan dapat diterima substansinya oleh semua orang yang mengadakan perjanjian;
- k. Prinsip keadilan; perlakuan adil harus diberlakukan pada muslim atau non muslim;
- l. Prinsip pelaksanaan hukum, pelaksanaan hukum yang merupakan konsekuensi dari penerimaan terhadap substansi (isi) Konstitusi Madinah sebagai perjanjian yang disepakati dan ditanda tangani oleh seluruh kelompok Yahudi;
- m. Prinsip kepemimpinan yaitu posisi Rosulullah sebagai pimpinan umat juga pimpinan masyarakat yang terdiri dari banyak suku dan agama ;
- n. Prinsip ketaqwaan, sebuah prinsip hubungan yang bersifat horizontal dan vertikal dalam Islam.

⁴¹⁵ Beberapa prinsip terkandung dalam Piagam Madinah, Disertasi Dedy Islayatullah, dirujuk dari Otje Salman dan Anton F Susanto, *Ibid.* hlm.160-161

Membicarakan tentang Pancasila kaitannya dengan hukum selalu memiliki kecenderungan umum bahwa, Pancasila ditempatkan sebagai bagian paling tinggi piramida hukum di Indonesia, sebagaimana dijelaskan oleh Sidharta ketika menggambarkan posisi para penstudi hukum di Indonesia. Pancasila menjadi “bintang pemandu” atau *leitstern*, yang lapisan-lapisan meterinya berisi substansi hukum dan tiang kerangkanya struktur hukum, serta lingkungan kehidupannya adalah budaya hukum. Dardji Darmodiharjo menempatkan ¹⁵¹ gagasan dari Hans Kelsen tentang *Reine Rechtslehre, Grundnorm, atau Unsprungnorm*.⁴¹⁶

Begitu beragamnya pembacaan terhadap Pancasila, salah satu yang cukup dominan adalah melihat Pancasila sebagai sebuah karya agung pendiri bangsa melalui “*The Founding Fathers*” yang menurut Notonegoro merupakan suatu hasil pemikiran “*elektis inkorporasi*”⁴¹⁷. Pandangan ini melihat bahwa karya besar berupa Pancasila setingkat dengan pemikiran besar lainnya seperti, liberalisme, sosialisme, komunisme, pragmatisme, sekulerisme, dan paham-paham lainnya. Konteks pembacaan ini melihat teks Pancasila telah memiliki nilai-nilai yang sudah telah ada dan tertanam dalam masyarakat Indonesia.

⁴¹⁶ Dardji darmodiharjo dan Shidarta, *Pokok-pokok Filsafat Hukum : Apa dan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia*. (Jakarta : Gramedia, 2004), hlm 213.

⁴¹⁷ Dilihat tulisan dari Notonegoro, di antaranya *Pengertian Dasar bagi Implementasi Pancasila untuk ABRI*, Departemen Pertahanan dan Keamanan, Jakarta, 1971; *Pancasila Secara Ilmiah Populer*, Pantjuran Tujuh, Jakarta, 1975; *Pancasila Dasar Falsafah Negara*, Cetakan 4, Pantjuran Tujuh, Jakarta 1974; *Pemboekaan Oendang-Oendang Dasar 1945*; *Pokok Kaidah Fundamental Negara Indonesia*, *Pidato Dies Natalis II*, Universitas Erlangga, Surabaya, 10 Nopember 1955..

Pancasila sebagai “cita hukum”⁴¹⁸ yang bersifat hirarkis,⁴¹⁹ misalnya Pasal 2 Undang-Undang Nomor 12 tahun 2011 menempatkan Pancasila merupakan sumber segala sumber hukum Negara. Relasi hierarkis ini menjadikan Pancasila sebagai puncak dari segala macam norma. Pandangan melihat bahwa Pancasila merupakan suatu sistem nilai,⁴²⁰ dengan demikian merupakan sistem filsafat dan terdapat dalam realitas objektif bangsa Indonesia. Oleh karena itu bangsa Indonesia adalah sebagai (*causa materialis*) Pancasila. Kemudian pada tanggal 18 Agustus 1945, *The Founding Fathers* menetapkan bahwa pancasila sebagai filsafat negara, sebagai idiologi bangsa dan negara Indonesia dan tercantum dalam tertib hukum Indonesia. Konsekuensinya menurut Kaelan, Pancasila tercantum dalam pembukaan UUD 1945, dan dalam pengertian inilah menurut Notonagoro Pembukaan yang memuat Pancasila itu sebagai *staatsfundamentalnorn*. Konsekuensinya nilai-nilai Pancasila, secara yuridis harus diderivasikan ke dalam Undang-Undang Dasar negara Indonesia dan selanjutnya

⁴¹⁸ Cita hukum (*rechtsidee*) mengandung arti bahwa pada hakikatnya hukum sebagai aturan tingkah laku masyarakat berakar berakar pada gagasan, rasa, karsa, cipta, dan pikiran dari masyarakat itu sendiri. Jadi cita hukum itu adalah gagasan, karsa, cipta, dan pikiran berkenaan dengan hukum atau persepsi tentang makna hukum. Lihat Temu kenal *Cita Hukum dan Penerapan Asas-asas Hukum Nasional*, diselenggarakan oleh Badan Pembinaan Hukum Nasional pada tanggal 22-24 Mei 1995 di Jakarta, lihat buku badan pembinaan Hukum Nasional dari masa ke masa, 1995, hlm. 246-247.

⁴¹⁹ Tentang persoalan ini relasi hierarkis ini juga menyangkut tentang relasi di antara sila-sila dalam Pancasila, sebagaimana dijelaskan oleh Tim Peneliti dan UGM dan Universitas Pancasila dengan mengutip pandangan Darmodiharjo: “hal ini dapat terlihat pada susunan sila-sila Pancasila yang sistematis hierarkis, yang dimulai dari sila pertama “Ketuhanan Yang Maha Esa” sampai dengan sila kelima “Keadilan Sosial Bagi Seluruh Bangsa Indonesia”. Tim Peneliti Fakultas Hukum UGM dan Fakultas Hukum Universitas Pancasila, *Pokok-Pokok Hasil Penelitian, Tentang Nilai-nilai Pancasila sebagai Dasar Pengembangan Ilmu Hukum Indonesia*, Seminar Nasional, dalam rangka Dies Natalis ke-40 Universitas Pancasila Jakarta, 7 Desember 2006, hlm 6.

⁴²⁰ Berbicara Pancasila Notonegoro, sebagaimana dikutip Darmodiharjo, menggolongkan nilai kedalam 3 kategori yaitu : Nilai Materiil yaitu segala sesuatu yang berguna bagi unsur manusia. Nilai vital yaitu segala sesuatu yang berguna bagi manusia untuk dapat mengadakan kegiatan atau aktivitas dan nilai kerohanian, keindahan, kebaikan, dan nilai religius. Lihat Dardji Darmodiharjo, *Santiadji Pancasila*, Laboratorium Pancasila IKIP, Malang, 1979, hlm 50-51.

pada seluruh peraturan perundang-undangan lain. Dalam kedudukan seperti ini Pancasila telah memiliki legitimasi filosofis, yuridis, dan politis. Dalam kapasitas ini Pancasila telah diderivasikan dalam suatu norma-norma dalam kehidupan kenegaraan dan kebangsaan.⁴²¹ Dengan demikian proses penafsiran dan pembacaan terhadap hukum menjadi terpusat, dimana Pancasila sebagai pusat dipandang telah memiliki makna yang absolut atau dengan kata lain makna yang definitif. Makna setiap sila Pancasila kemudian menjadi pasti, dan karena proses penafsiran atau pembacaan mengarah kepada makna yang absolut tersebut, ini berarti sebuah proses reduksi telah terjadi. Jadi disini karakter normatif-dogmatif menjadi ciri yang sangat menonjol. Pembacaan dan relasi hanya mengarah kepada makna-makna yang sudah jadi dan salah satunya berbicara tentang makna historis. Umumnya makna-makna historis ini dapat ditemukan dalam upaya-upaya untuk memperjelas, mempertegas dan mengembalikan nilai-nilai Pancasila sebagai nilai dasar bangsa Indonesia.

Pancasila merupakan falsafah hidup bangsa Indonesia, dimana pola hidup masyarakatnya berdasarkan pada nilai-nilai yang terkandung pada Pancasila. Oleh karena itu maka Pancasila sebagai dasar falsafah pimpinan pemerintahan – dalam hal ini kepala daerah dalam mengambil keputusan. *Legal values* dan *legal concept* Pancasila ini dituangkan dalam Teori hukum integratif dari Romli Atmasasmita. Teori ini dibangun bertolak dari pandangan dua guru besar hukum Indonesia yaitu Teori Hukum Pembangunan dari Muchtar Kusumaadmadja dan

⁴²¹ Kaelan, “Pancasila Sebagai Dasar Orientasi Pengembangan Ilmu Hukum”, Seminar Nasional tentang Nilai-nilai Pancasila Sebagai Dasar Pengembangan Ilmu Hukum Indonesia, UGM-Universitas Pancasila, Jakarta, 7 Desember, 2006, hlm 3.

Teori Hukum Progresif dari Satjipto Rahardjo. Dapat disimpulkan bahwa jika hukum pembangunan Muchtar Kusumaadmadja merupakan sistem norma (*system of norm*) dan menurut Satjipto, hukum sebagai perilaku (*system of behavior*) maka Romli melengkapi bahwa hukum dapat diartikan, bahkan seharusnya dapat diartikan sistem nilai (*system of values*). Ketiga hakikat hukum dalam konteks kehidupan masyarakat Indonesia harus dipandang sebagai satu kesatuan pemikiran yang cocok dalam menghadapi dan mengantisipasi kemungkinan terburuk abad globalisasi saat ini dengan tidak melepaskan diri dari sifat tradisional masyarakat Indonesia yang masih mengutamakan nilai (*values*) moral dan social. Ketiga hakekat hukum dalam satu wadah pemikiran yang oleh Romli sebut *tri partite character of the Indonesian legal theory of Social dan Buerocratic Engineering (SBE)*. Rekayasa birokrasi dan rekayasa masyarakat yang dilandaskan pada sistem norma, sisten perilaku dan sistem nilai yang bersumber pada Pancasila sebagai ideologi bangsa Indonesia, itulah yang dinamakan Teori Hukum Integratif⁴²² Pancasila berisi lima sila dasar yaitu; Ketuhanan yang Maha Esa; Kemanusiaan yang Adil dan Beradab Persatuan Indonesia; Kerakyatan yang dipimpin hikmah kebijaksanaan dalam permusyawaratan dan perwakilan; leadilan social bagi seluruh Indonesia. Rumusan tersebut terkesan sederhana dan mudah dicerna, akan tetapi dalam praktek ternyata masyarakat birokrasi dan masyarakat yang dilayani birokrasi tidak cukup memahami atau dapat pula terjadi bahwa mereka memiliki persepsi

⁴²² Romli Admasasmita, *Teori Hukum Integratif*, (Jogjakarta :Genta Publishing) , 2012.hlm. 97-98

yang berbeda beda dengan pengertian sila demi sila tersebut.⁴²³ Pengertian Pancasila tidak boleh diriduksi hanya dalam konteks satu atau beberapa sila saja, tetapi harus menyeluruh dan simultan. Setiap aparat birokrasi harus berketuhanan, Yang Maha Esa, berkemanusiaan yang adil dan beradab, bersatu, bersifat kerakyatan dan berorientasi keadilan sosial.⁴²⁴

Pasca Reformasi, Majelis Permusyawaratan Rakyat Ketetapan Majelis mengeluarkan Ketetapan MPR yang isinya sangat relevan dengan cita cita Pancasila yaitu : Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia Nomor XI/MPR/1998 tentang Penyelenggara Negara yang Bersih dan Bebas Korupsi, Kolusi, dan Nepotisme sampai terlaksananya seluruh ketentuan dalam Ketetapan tersebut. Dan Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia Nomor VI/MPR/2001 tentang Etika Kehidupan Berbangsa.

Dalam Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia Nomor XI/MPR/1998 tentang Penyelenggara Negara yang Bersih dan Bebas Korupsi, Kolusi, dan Nepotisme, dimuat beberapa Pasal yang memberikan petunjuk bagi penyelenggara negara pada lembaga-lembaga eksekutif, legislatif, dan yudikatif harus melaksanakan fungsi dan tugasnya dengan baik dan bertanggung jawab kepada masyarakat, bangsa, dan negara. Untuk menjalankan fungsi dan tugasnya tersebut, penyelenggara negara harus jujur, adil, terbuka, dan terpercaya serta mampu membebaskan diri dari praktek korupsi, kolusi, dan nepotisme. Untuk menghindarkan praktek-praktek korupsi, kolusi, dan nepotisme,

⁴²³ Jimly Assidique, "Pancasila dan Agenda Pembaharuan Birokrasi" *Seminar Nasional* , Fakultas Hukum Universitas Negeri Semarang, Rabu 18 Mei 2011.hlm.3

⁴²⁴ *Loc.cit*

seseorang yang dipercaya menjabat suatu jabatan dalam penyelenggaraan negara harus bersumpah sesuai dengan agamanya, harus mengumumkan dan bersedia diperiksa kekayaannya sebelum dan setelah menjabat. Upaya pemberantasan korupsi, kolusi, dan nepotisme harus dilakukan secara tegas terhadap siapapun juga, baik pejabat negara, mantan pejabat negara, keluarga, dan kroninya maupun pihak swasta/konglomerat termasuk mantan Presiden Soeharto dengan tetap memperhatikan prinsip praduga tak bersalah dan hak-hak asasi manusia.⁴²⁵

Ketetapan MPR ini kemudian ditindak lanjuti dengan Undang-Undang Nomor 28 Tahun 1999. Tentang Pemerintahan yang Bersih Bebas Korupsi, Kolusi dan Nepotisme.

Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia Nomor VI/MPR/2001 tentang Etika Kehidupan Berbangsa. Ketetapan ini merekomendasikan kepada Presiden Republik Indonesia dan lembaga-lembaga tinggi negara serta masyarakat untuk melaksanakan. Ketetapan ini sebagai salah satu acuan dasar dalam penyelenggaraan kehidupan berbangsa. Etika Kehidupan Berbangsa merupakan rumusan yang bersumber dari ajaran agama, khususnya yang bersifat universal, dan nilai-nilai luhur budaya bangsa yang tercermin dalam Pancasila sebagai acuan dasar dalam berpikir, bersikap dan bertindak laku dalam kehidupan berbangsa. Maksud disusunnya Ketetapan ini untuk membantu memberikan penyadaran tentang arti penting tegaknya etika dan moral dalam kehidupan berbangsa. dengan tujuan menjadi acuan dasar untuk meningkatkan

⁴²⁵ Pasal 2 dan Pasal 3 Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia Nomor XI/MPR/1998 tentang Penyelenggara Negara yang Bersih dan Bebas Korupsi, Kolusi, dan Nepotisme.

kualitas manusia yang beriman, bertakwa dan berakhlak mulia serta berkepribadian Indonesia dalam kehidupan berbangsa. Dirumuskan pokok pokok etika kehidupan berbangsa adalah sebagai berikut :⁴²⁶

Pancasila penting untuk direvitalisasi kembali mengingat selama masa reformasi, Pancasila sangat jarang dibicarakan dalam forum forum terbuka, apalagi untuk melaksanakannya dalam praktek. Dengan mencermati adanya berbagai kondisi masa lalu dan masa kini serta tantangan masa depan, diperlukan pokok-pokok etika kehidupan berbangsa yang mengacu kepada cita-cita persatuan dan kesatuan, ketahanan, kemandirian, keunggulan dan kejayaan, serta kelestarian lingkungan yang dijiwai oleh nilai-nilai agama dan nilai-nilai luhur budaya bangsa.

Tahun 2001, MPR berinisiatif menerbitkan Tap MPR yang berisi pokok-pokok etika dalam kehidupan berbangsa mengedepankan kejujuran, amanah, keteladanan, sportifitas, disiplin, etos kerja, kemandirian, sikap toleransi, rasa malu, tanggung jawab, menjaga kehormatan serta martabat diri sebagai warga bangsa. Adapun uraian Etika Kehidupan Berbangsa adalah sebagai berikut :⁴²⁷

1. Etika Sosial dan Budaya

Etika Sosial dan Budaya bertolak dari rasa kemanusiaan yang mendalam dengan menampilkan kembali sikap jujur, saling peduli, saling memahami, saling menghargai, saling mencintai, dan saling menolong di antara sesama manusia dan warga bangsa. Sejalan dengan itu, perlu

⁴²⁶ KETETAPAN MPR RI NOMOR I/MPR/2003 Tentang Peninjauan Terhadap Materi Dan Status Hukum Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Sementara Dan Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia Tahun 1960 Sampai Dengan Tahun 2002, Bab II, Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia Nomor VI/MPR/2001 (Jakarta: Sekretariat Jenderal MPR RI, 2012 Cetakan Kesebelas). hlm. 78

⁴²⁷ *Ibid*, 80-82

menumbuhkembangkan kembali budaya malu, yakni malu berbuat kesalahan dan semua yang bertentangan dengan moral agama dan nilai-nilai luhur budaya bangsa. Untuk itu, juga perlu ditumbuhkembangkan kembali budaya keteladanan yang harus diwujudkan dalam perilaku para pemimpin baik formal maupun informal pada setiap lapisan masyarakat.

Etika ini dimaksudkan untuk menumbuhkan dan mengembangkan kembali kehidupan berbangsa yang berbudaya tinggi dengan menggugah, menghargai, dan mengembangkan budaya nasional yang bersumber dari budaya daerah agar mampu melakukan adaptasi, interaksi dengan bangsa lain, dan tindakan proaktif sejalan dengan tuntutan globalisasi. Untuk itu, diperlukan penghayatan dan pengamalan agama yang benar, kemampuan adaptasi, ketahanan dan kreativitas budaya dari masyarakat.

2. Etika Politik dan Pemerintahan

Etika Politik dan Pemerintahan dimaksudkan untuk mewujudkan pemerintahan yang bersih, efisien, dan efektif serta menumbuhkan suasana politik yang demokratis yang bercirikan keterbukaan, rasa bertanggungjawab, tanggap akan aspirasi rakyat, menghargai perbedaan, jujur dalam persaingan, kesediaan untuk menerima pendapat yang lebih benar, serta menjunjung tinggi hak asasi manusia dan keseimbangan hak dan kewajiban dalam kehidupan berbangsa. Etika pemerintahan mengamanatkan agar penyelenggara negara memiliki rasa kepedulian tinggi dalam memberikan pelayanan kepada publik, siap mundur apabila merasa dirinya telah melanggar kaidah dan sistem nilai ataupun dianggap tidak mampu memenuhi amanah masyarakat, bangsa, dan negara.

Masalah potensial yang dapat menimbulkan permusuhan dan pertentangan diselesaikan secara musyawarah dengan penuh kearifan dan kebijaksanaan sesuai dengan nilai-nilai agama dan nilai-nilai luhur budaya, dengan tetap menjunjung tinggi perbedaan sebagai sesuatu yang manusiawi dan alamiah.

Etika Politik dan Pemerintahan diharapkan mampu menciptakan suasana harmonis antarpelaku dan antarkekuatan sosial politik serta antarkelompok kepentingan lainnya untuk mencapai sebesar-besar kemajuan bangsa dan negara dengan mendahulukan kepentingan bersama daripada kepentingan pribadi dan golongan.

Etika Politik dan Pemerintahan mengandung misi kepada setiap pejabat dan elit politik untuk bersikap jujur, amanah, sportif, siap melayani,

berjiwa besar, memiliki keteladanan, rendah hati, dan siap mundur dari jabatan Politik apabila terbukti melakukan kesalahan dan secara moral kebijakannya bertentangan dengan hukum dan rasa keadilan masyarakat.

Etika ini diwujudkan dalam bentuk sikap yang bertata krama dalam perilaku politik yang toleran, tidak berpura-pura, tidak arogan, jauh dari sikap munafik serta tidak melakukan kebohongan publik, tidak manipulatif dan berbagai tindakan yang tidak terpuji lainnya.

3. Etika Ekonomi dan Bisnis

Etika Ekonomi dan Bisnis dimaksudkan agar prinsip dan perilaku ekonomi dan bisnis, baik oleh perseorangan, institusi, maupun pengambil keputusan dalam bidang ekonomi dapat melahirkan kondisi dan realitas ekonomi yang bercirikan persaingan yang jujur, berkeadilan, mendorong berkembangnya etos kerja ekonomi, daya tahan ekonomi dan kemampuan saing, dan terciptanya suasana kondusif untuk pemberdayaan ekonomi yang berpihak kepada rakyat kecil melalui kebijakan secara berkesinambungan. Etika ini mencegah terjadinya praktik-praktik monopoli, oligopoli, kebijakan ekonomi yang mengarah kepada perbuatan korupsi, kolusi, dan nepotisme, diskriminasi yang berdampak negatif terhadap efisiensi, persaingan sehat, dan keadilan, serta menghindarkan perilaku menghalalkan segala cara dalam memperoleh keuntungan.

4. Etika Penegakan Hukum yang Berkeadilan

Etika Penegakan Hukum yang Berkeadilan dimaksudkan untuk menumbuhkan kesadaran bahwa tertib sosial, ketenangan dan keteraturan hidup bersama hanya dapat diwujudkan dengan ketaatan terhadap hukum dan seluruh peraturan yang berpihak kepada keadilan. Keseluruhan aturan hukum yang menjamin tegaknya supremasi dan kepastian hukum sejalan dengan upaya pemenuhan rasa keadilan yang hidup dan berkembang di dalam masyarakat.

Etika ini meniscayakan penegakan hukum secara adil, perlakuan yang sama dan tidak diskriminatif terhadap setiap warga negara di hadapan hukum, dan menghindarkan penggunaan hukum secara salah sebagai alat kekuasaan dan bentuk-bentuk manipulasi hukum lainnya.

5. Etika Keilmuan

Etika Keilmuan dimaksudkan untuk menjunjung tinggi nilai-nilai kemanusiaan, ilmu pengetahuan dan teknologi agar warga bangsa mampu

menjaga harkat dan martabatnya, berpihak kepada kebenaran untuk mencapai kemaslahatan dan kemajuan sesuai dengan nilai-nilai agama dan budaya. Etika ini diwujudkan secara pribadi ataupun kolektif dalam karsa, cipta, dan karya, yang tercermin dalam perilaku kreatif, inovatif, inventif, dan komunikatif, dalam kegiatan membaca, belajar, meneliti, menulis, berkarya, serta menciptakan iklim kondusif bagi pengembangan ilmu pengetahuan dan teknologi.

Etika Keilmuan menegaskan pentingnya budaya kerja keras dengan menghargai dan memanfaatkan waktu, disiplin dalam berpikir dan berbuat, serta menepati janji dan komitmen diri untuk mencapai hasil yang terbaik. Di samping itu, etika ini mendorong tumbuhnya kemampuan menghadapi hambatan, rintangan dan tantangan dalam kehidupan, mampu mengubah tantangan menjadi peluang, mampu menumbuhkan kreativitas untuk penciptaan kesempatan baru, dan tahan uji serta pantang menyerah.

6. Etika Lingkungan

Etika Lingkungan menegaskan pentingnya kesadaran menghargai dan melestarikan lingkungan hidup serta penataan tata ruang secara berkelanjutan dan bertanggungjawab.

Selain beretika dan berorientasi kepada upaya pembersihan dan pembebasan sistemik, birokrasi Pancasila harus benar-benar terkait dengan kelima sila Pancasila pertama yang dipahami bahwa setiap warga negara kita dimana saja, boleh bebas dan merdeka untuk beragama, yang dijamin oleh konstitusi Pasal 29 UUD NRI 1945.

Mengingat di zaman sekarang, kompleksitas kehidupan sudah berkembang menjadi sangat rumit dan tidak lagi dapat dikontrol hanya dengan mengandalkan sistem norma hukum. Beberapa negara yang sudah lebih dulu maju, upaya untuk memperkenalkan sistem etika yang fungsional dalam kehidupan bersama, yang dapat dijadikan pendukung fungsi control hukum terhadap aneka perilaku menyimpang (*deviant behaviours*) dari yang diidealkan dalam kehidupan bersama. Karena itu, masyarakat modern menerima kenyataan bahwa sistem etika perlu dipositifkan seperti juga norma hukum, yang sekarang sudah biasa disebut dengan istilah hukum positif untuk pengertian peraturan yang berlaku dan diberlakukan di suatu negara dewasa ini. Karena itu, istilah etika positif, di samping pengertian hukum positif yang sudah biasa dikenal selama ini. Dengan demikian,

sistem etika yang biasanya hanya dipahami sebagai sistem norma yang bersifat personal, voluter, dan tidak dapat dipaksakan berlakunya dari luar (*imposed from without*) melainkan hanya didasarkan atas kesadaran pribadi secara sukarela (*imposed from within*), sekarang menjadi norma yang juga dapat dipaksakan berlakunya oleh sistem kekuasaan umum atas dasar kesepakatan bersama.⁴²⁸

PBB melalui resolusi Sidang Umum tahun 1996, memperkenalkan dan merekomendasikan dibentuknya infra-struktur etika di sektor publik (*ethics infrastructure in public offices*) di lingkungan negara-negara anggota PBB.⁴²⁹

Sudah cukup banyak berdiri lembaga-lembaga penegak kode etik dalam jabatan-jabatan publik pada sistem ketatanegaraan Indonesia. Di bidang kehakiman, misalnya, sudah ada Komisi Yudisial, di samping adanya Majelis Kehormatan Hakim (MKH) dalam sistem internal Mahkamah Agung. Di Mahkamah Konstitusi juga ada mekanisme Majelis Kehormatan Hakim (MKH) MK. Di dunia pers dan jurnalistik, terdapat Dewan Pers. Di lingkungan lembaga legislatif, yaitu Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) dan Dewan Perwakilan Daerah (DPD) juga telah diatur dalam UU tentang MPR, DPR, DPRD, dan DPRD adanya Badan Kehormatan DPR dan Badan Kehormatan DPD sebagai lembaga penegak kode etik.

Di lingkungan organisasi profesi, sudah banyak dibentuk majelis kehormatan etika. Lembaga penegak etika itu semua dilembagakan secara internal dalam masing-masing organisasi profesi, organisasi-organisasi kemasyarakatan atau pun partai-partai politik. Banyak lembaga negara dan

⁴²⁸ <http://www.jimly.com/liputanmedia>, Jimly Asshiddiqie, Peradilan Etika, diunduh, tanggal 12 Juli 2015. j. 19.00

⁴²⁹ *Loc.cit*

semua partai politik, serta kebanyakan organisasi kemasyarakatan (Ormas) telah mempunyai sistem kode etik yang diberlakukan secara internal dan disertai dengan pengaturan mengenai lembaga-lembaga penegaknya. Misalnya: Di lingkungan kedokteran ada Konsil Kedokteran Indonesia (KKI); Di lingkungan Pegawai Negeri ada Kode Etik Pegawai Republik Indonesia dan mekanisme penegakannya; Di lingkungan Komnasham juga sudah diatur adanya Kode Etika Komisioner dan mekanisme penegakannya. Di lingkungan organisasi profesi hukum ada sistem kode Etik dan Majelis Kehormatan Advokat. Di lingkungan tentara dan kepolisian bahkan dibedakan antara kode etik dan ode perilaku, etika profesi dan disiplin organisasi. Demikian pula di lingkungan Ikatan Notaris Indonesia juga sejak lama telah berdiri Majelis Kehormatan Notaris (MKN). Dengan adanya majelis penegak kode etik profesi ini diharapkan bahwa profesi dapat dijaga kehormatannya, dengan menjamin semua prinsip etika profesi ditegakkan sebagaimana mestinya.

Namun demikian, semua lembaga penegak kode etik tersebut, sebagian besar masih bersifat proforma. Bahkan sebagian di antaranya belum pernah menjalankan tugasnya dengan efektif dalam rangka menegakkan kode etik yang dimaksud. Salah satu sebabnya ialah bahwa lembaga-lembaga penegak kode etik tersebut di atas tidak memiliki kedudukan yang independen, sehingga kinerjanya tidak efektif. harus direkonstruksikan sebagai lembaga peradilanelitik yang diharuskan menerapkan prinsip-prinsip peradilan yang lazim di dunia modern, terutama soal transparansi, independensi, dan

imparsialitas.⁴³⁰ Sampai saat ini belum ada pelembagaan kode etik dilingkungan administrasi pemerintahan.

2. Partisipasi Masyarakat Dalam Pengawasan Penerapan Diskresi

Secara umum corak partisipasi warga negara dapat dibedakan menjadi empat macam yaitu :⁴³¹

1. Partisipasi dalam pemilihan (*electoral participation*)
Ini merupakan corak partisipasi yang paling mudah dilihat karena biasanya bersifat rasional. Aktivitas partisipasi massa dalam hal ini ditunjukan untuk memilih wakil-wakil rakyat, mengangkat pemimpin, atau menerapkan ideologi pembangunan tertentu. Oleh sebab itu, aktivitas yang dilakukan antara lain kegiatan-kegiatan dalam partai, kampanye, mengisi kotak suara, propaganda, atau menyumbangkan uang pribadi untuk kegiatan fraksi tertentu. Disamping itu partisipasi dapat mengambil bentuk keikutsertaan warga negara dalam voting melalui koran, selebaran, atau media massa lainnya.
2. Partisipasi Kelompok (*group participation*)
Warga negara bergabung dalam kelompok-kelompok tertentu untuk menyuarakan aspirasi mereka. Kelompok-kelompok itu mungkin terdiri dari orang-orang yang bekerja sama ingin memerangi kemiskinan, mengadakan penyelewengan administratif kepada lembaga-lembaga kerakyatan, atau sekedar membela kepentingan-kepentingan sekelompok individu yang sama. Jika di antara para pejabat dan kelompok-kelompok partisipan ini dapat terbina saling pengertian, kelompok ini dapat dimanfaatkan sebagai sarana penengah (*intermediary medium*) antara pejabat dan warga negara. Ia sekaligus bisa berfungsi sebagai saluran untuk mengomunikasikan kepentingan warga negara dengan pejabat-pejabat yang berkompeten.
3. Kontak antara warga negara dan pemerintah (*citizen government contacting*)
Proses komunikasi dapat terjalin antara warga negara dengan pemerintahnya dengan cara menulis surat, menelepon, atau pertemuan secara pribadi. Kontak juga bisa berlangsung dalam pertemuan-pertemuan mulai tingkat desa hingga rapat akbar yang melibatkan seluruh warga di sebuah kota, atau lokakarya dan konferensi yang membahas masalah-masalah khusus. Untuk mengetahui kadar partisipasi warga negara, aparat pemerintah mungkin ingin mengadakan survei mengenai opini publik atas kebijakan tertentu. Di beberapa negara terdapat saluran partisipasi masyarakat yang disebut

⁴³⁰ *Loc. cit*

⁴³¹ Wahyudi Kumorotomo, *Etika Administrasi Negara*, (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2007).hlm.131

ombudsman. Pranata ini merupakan wadah dari setiap pendapat dan keluhan masyarakat atas kebijakan dan layanan yang dilaksanakan oleh pemerintah.

4. Partisipasi warga negara secara langsung di lingkungan pemerintahan
Partisipasi seperti ini mensyaratkan keterlibatan langsung seorang warga negara di dalam pembuatan kebijakan pemerintah. Misalnya saja jika terdapat seorang tokoh masyarakat yang didudukkan sebagai wakil rakyat di lembaga-lembaga pembuat kebijakan. Cara yang lain ialah dengan menggaji *client* dari suatu program untuk menjadi pelaksana program itu sendiri.

Partisipasi, yang tergambar di sini adalah berbagai corak tindakan massa maupun individual yang memperlihatkan adanya hubungan timbal balik antara pemerintah dengan warganya. Masih banyak pola perilaku informal yang dapat dijadikan patokan dalam memilih tingkat partisipasi dalam suatu masyarakat. Jika orang bersedia menilai proses politik secara netral maka bentuk-bentuk perilaku massal berupa protes, aksi pamflet, ataupun pemogokan, sebenarnya juga termasuk partisipasi.⁴³²

Sejak reformasi tahun 1998, pengaturan tentang peran serta masyarakat dalam sudah dituangkan dalam Undang Undang Nomor 28 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Negara yang Bersih bebas KKN. Hal ini dimaksudkan untuk memberdayakan masyarakat dalam rangka mewujudkan penyelenggaraan negara yang bersih dan bebas dari korupsi, kolusi, dan nepotisme. Dengan hak dan kewajiban yang dimiliki masyarakat diharapkan dapat lebih bergairah melaksanakan kontrol sosial secara optimal terhadap penyelenggaraan negara dengan tetap mentaati rambu-rambu hukum yang berlaku.

⁴³² Joan M. Nelson, "Political Participation", dalam Myron Weiner & Samuel P. Huntington (eds.), *Understanding Political Development*, dirujuk dalam Wahyudi Kumorotomo, *Etika Administrasi Negara*, (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2007). hlm.133

Pada Pasal 8 ayat (1) disebutkan bahwa peran serta masyarakat dalam penyelenggaraan negara merupakan hak dan tanggung jawab masyarakat untuk ikut mewujudkan Penyelenggara Negara yang bersih. sedang ayat (2) menyatakan bahwa hubungan antara Penyelenggara Negara dan masyarakat dilaksanakan dengan berpegang teguh pada asas-asas umum penyelenggaraan negara. Peran serta masyarakat diwujudkan dengan: a hak mencari, memperoleh, dan memberikan informasi tentang penyelenggaraan negara; b. hak untuk memperoleh pelayanan yang sama dan adil dari Penyelenggara Negara; c. hak menyampaikan saran dan pendapat secara bertanggung jawab terhadap kebijakan Penyelenggara Negara; dan d. hak memperoleh perlindungan hukum. Hak tersebut dilaksanakan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku dengan menaati norma agama dan norma sosial lainnya. Ketentuan mengenai tata cara pelaksanaan peran serta masyarakat dalam penyelenggara negara sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) diatur lebih lanjut dengan Peraturan Pemerintah. Selanjutnya diatur dalam Peraturan Pemerintah Nomor 68 Tahun 1999 tentang Tata Cara Peran Serta Masyarakat Dalam Penyelenggaraan Negara yang memberikan hak pada masyarakat untuk, mencari, memperoleh, dan memberikan data atau mengenai informasi penyelenggaraan negara, dan hak menyampaikan saran dan pendapat secara bertanggung jawab terhadap kebijakan penyelenggaraan negara.

Sesuai dengan prinsip keterbukaan dalam negara demokrasi yang mengharuskan Penyelenggara Negara membuka diri terhadap hak masyarakat untuk memperoleh informasi yang benar, jujur, dan tidak diskriminatif mengenai

Penyelenggaraan Negara, maka dalam Peraturan Pemerintah ini diatur mengenai hak dan tanggung jawab serta kewajiban masyarakat dan penyelenggara negara secara berimbang. Hal ini dimaksudkan agar masyarakat memperoleh perlindungan hukum dalam menggunakan haknya untuk memperoleh dan menyampaikan informasi tentang penyelenggara negara. Kebebasan menggunakan hak tersebut haruslah disertai dengan tanggung jawab untuk mengemukakan fakta dan kejadian yang sebenarnya dengan menaati dan menghormati aturan-aturan moral yang diakui umum serta hukum dan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Peraturan Pemerintah ini juga mengatur mengenai tanggung jawab Penyelenggara Negara atas setiap pemberian informasi dan pelayanan kepada masyarakat.⁴³³ Jadi peran serta masyarakat dalam penyelenggara negara sesuai PP No. 68 Tahun 1999 untuk mewujudkan Penyelenggara Negara yang bersih dilaksanakan dalam bentuk:

1. Hak mencari, memperoleh, dan memberikan informasi mengenai penyelenggaraan negara;
2. Hak untuk memperoleh pelayanan yang sama dan adil dari Penyelenggara Negara;
3. Hak menyampaikan saran dan pendapat secara bertanggung jawab terhadap kebijakan Penyelenggara Negara; dan
4. Hak memperoleh perlindungan hukum

⁴³³ Penjelasan Umum Peraturan Pemerintah Nomor 68 Tahun 1999 tentang Tata Cara Peran Serta Masyarakat Dalam Penyelenggaraan Negara

Penyelenggaraan pemerintah daerah saat ini tidak lagi hanya mengandalkan kekuasaan yang dimilikinya semata dengan pendekatan sanksi. Tetapi pemerintah daerah harus mampu membangun tata kelola pemerintahan dengan membangun sinergi antar berbagai pihak/stakeholders baik itu swasta / pelaku usaha , masyarakat sipil (*civil society*), DPRD, Partai Politik, LSM. Dengan interaksi yang dinamis diharapkan terjadi komunikasi yang harmonis dan hubungan positif antar semua pihak untuk bertukar informasi dan mengedepankan pendekatan persuasif di dalam menghadapi kompleksitas masalah dalam penyelenggaraan pemerintahan daerah.⁴³⁴ Kontrol masyarakat terhadap penyelenggaraan pemerintahan daerah sangat diperlukan dalam rangka meningkatkan profesionalisme, kinerja, serta tanggungjawab pemerintah daerah. Ketentuan perundang-undangan juga secara tegas mengatur peran serta masyarakat sebagai *social control* dengan optimal.

Undang Undang Nomor 25 Tahun 2009 tentang Pelayanan Publik, mengatur partisipasi masyarakat dalam bab tersendiri yaitu Bab VI, Pasal 39, yang menyatakan bahwa : (1) Peran serta masyarakat dalam penyelenggaraan pelayanan publik dimulai sejak penyusunan standar pelayanan sampai dengan evaluasi dan pemberian penghargaan; (2) Peran serta masyarakat diwujudkan dalam bentuk kerja sama, pemenuhan hak dan kewajiban masyarakat, serta peran aktif dalam penyusunan kebijakan pelayanan publik; (3) Masyarakat dapat membentuk lembaga pengawasan pelayanan publik; (4) Tata cara pengikutsertaan

⁴³⁴ <http://fpks-dprd-jakarta.org/opini/pemerintahan/mekanisme-kontrol-masyarakat.htm> Maria Ahdiati diakses 6 Oktober 2015.j. 12.40

masyarakat dalam penyelenggaraan pelayanan publik diatur lebih lanjut dalam peraturan pemerintah.

Guna mendorong hal tersebut, Pemerintah daerah perlu menerapkan manajemen publisitas, dimana setiap informasi, kebijakan, program dan kegiatan, serta tingkat pencapaian yang diraih perlu disampaikan kepada publik. Hal ini tentunya merupakan langkah untuk mewujudkan *good governance*.

Partisipasi merupakan salah satu prinsip *good governance* yang penting pemberdayaan publik harus dilakukan pada semua tingkatan proses kegiatan pembangunan, baik dalam proses perumusan kegiatan, dalam pelaksanaan kegiatan maupun dalam evaluasi kegiatan.⁴³⁵ Pemberdayaan ini dilakukan dalam bentuk membuka saluran partisipatif warga baik dalam perumusan maupun upaya kontrol publik dalam keseluruhan proses. Pada proses perumusan kegiatan, masyarakat diikutsertakan bersama stakeholders yang lain untuk merumuskan bentuk kegiatan yang tepat untuk dilakukan. Dengan upaya ini maka perumusan kegiatan tidak hanya akan melihat dari sisi pemerintah saja namun akan mempertimbangkan sisi demand dari pihak yang akan menerima atau menikmati outcome dari kegiatan tersebut.

Mekanisme perumusan pembangunan di tingkat kelurahan, kabupaten/kota sampai propinsi misalnya merupakan upaya untuk membuka ruang partisipasi dan kontrol masyarakat. Ruang tersebut harus betul-betul dimanfaatkan oleh publik untuk ikut serta secara aktif memperjuangkan gagasan-gagasan di

⁴³⁵ *Loc.cit.*

tingkat bawah untuk dapat dimasukkan sebagai kegiatan pemda. Dari sisi pemda sendiri upaya penciptaan ruang ini jangan hanya sebagai mekanisme seremonial saja untuk menjustifikasi sudah partisipatif dan akuntabelnya program Pemda di mata publik. Akan tetapi harus betul-betul dimanfaatkan untuk memperkaya masukan, ide dan pemikiran akan sisi *demand* menjadi pertimbangan yang utuh dan dominan dalam perumusan kegiatan.

Karena sudah terbiasa dengan ancangan-ancangan formalistik, birokrat seringkali gagal untuk melihat masalah-masalah publik secara realistis. Sebaliknya masyarakat yang secara langsung menghayati dan mengalami masalah yang dihadapinya jelas akan lebih tahu tentang kebutuhan mereka, dan pendapat merekalah yang harus didengar lebih dahulu. Alasan kedua bermula dari kenyataan bahwa pemerintahan yang modern cenderung semakin luas dan kompleks, birokrasi tumbuh membengkak di luar kendali. Oleh sebab itu, untuk menghindari aliensi warga negara, para warga negara itu harus dirangsang dan dibantu dalam membina hubungan dengan aparat pemerintah. Argumentasi yang hendak dikemukakan disini ialah bahwa membengkaknya birokrasi telah mengakibatkan para warga negara kehilangan pemahaman mereka tentang bagaimana caranya memengaruhi pembuatan keputusan. Jika kenyataan seperti ini semakin berlarut-larut, setiap kebijakan yang diambil oleh aparatur sendiri akan menjadi tidak efektif. Rakyat akan tersaing dengan proses sosial yang terjadi disekitarnya dan tingkat kpedulian mereka akan jauh menurun.⁴³⁶

⁴³⁶ Wahyudi Kumorotomo, *ibid.* hlm. 13

Partisipasi masyarakat dalam menentukan kebijakan-kebijakan yang harus diambil oleh birokrasi dengan demikian merupakan prasyarat mutlak demi terwujudnya suasana demokratis dan terciptanya dinamika untuk menuju ke arah kemajuan. Memang harus diakui bahwa pelaksanaan kebijakan publik yang partisipatoris bukan merupakan hal yang mudah. Pertama, aparat birokrasi sering menemukan bahwa harapan-harapan yang dibebankan oleh warga negara itu tidak realistis. Setiap warga negara memiliki keinginan yang berbeda hingga sukar untuk memenuhi semuanya sekaligus. Kedua, struktur partisipasi warga negara dalam sistem yang modern semakin kompleks. Warga negara dapat menyalurkan aspirasi melalui dengar pendapat (*public hearing*), lembaga-lembaga konsultan, lembaga perwakilan, jaringan televisi, surat kabar, atau bahkan surat lelang. Keterbatasan birokrat untuk menyerap informasi-informasi faktual dari masyarakat seringkali merupakan kendala baginya untuk menjawab aspirasi para warga negara. Suara kaum pinggiran yang kekurangan sumber-sumber daya dan dana terkadang tidak terwakili. Ketiga, birokrasi kini dipenuhi oleh orang-orang yang sangat terspesialisasi. Pengkotak-kotakan tugas mengakibatkan para aparatur terlambat dalam melaksanakan permintaan warga negara yang lebih sering hanya menghendaki hasil akhir tanpa merinci apa saja yang mereka butuhkan. Akan tetapi, masalah-masalah seperti ini hendaknya tidak mengendorkan semangat para administrator untuk melayani masyarakat dan tidak sewenang-wenang mengabaikan pendapat dan partisipasi masyarakat. Hak dan wewenang administrator untuk bertindak secara luas menuntut tanggungjawab moral yang besar pula, sehingga hambatan-hambatan tadi mestinya justru merupakan

tantangan baginya untuk meningkatkan kualitas layanannya dan membuka lebih lebar terhadap partisipasi warga negara.⁴³⁷

Inisiatif beberapa kepala daerah untuk membangun dialog dengan masyarakat untuk selanjutnya ditindaklanuti dengan mengikutsertakan masyarakat bersama stakeholders yang lain dalam merumusan merumuskan bentuk kegiatan yang tepat untuk dilakukan antara lain dicontohkan oleh, antara lain :

a. Herry Zudiyanto (HZ), Walikota Yogyakarta (Periode 2002-2006 & 2006-2011)⁴³⁸

Upaya mewujudkan kepemimpinan dengan teladan tercermin dari pernyataan dirinya di akun twitternya (HZ telah menggunakan jejaring social lewat *facebook* dan *twitter* sejak 2002, untuk melakukan komunikasi dengan masyarakat, selain dialog langsung dan unit UPIK) sebagai kepala pelayan masyarakat kota Yogyakarta. Menurutnya pemimpin adalah pelayan, bukan hanya semboyan tetapi harus diberi kaki dan dijalankan.⁴³⁹ Dengan judul sub bab seribu inovasi untuk Jogja, tulisan Ismawati menggambarkan gebrakan kepemimpinan HZ. Pada tahun-tahun pertama jabatannya HZ banyak melakukan perbaikan sarana fisik terutama permukiman dan sanitasi. Menyediakan ruang

⁴³⁷ Wahyudi Kumorotomo, *ibid*.hlm.138

⁴³⁸ Tahun 2010, HZ mendapat predikat sebaga *The Man of The Year*. HZ selalu mengingatkan pada karyawan Pemkot "kalau kita menerima award bukan berarti kita sudah sempurna dan sudah ideal, Hal ini hanya sekedar menunjukkan bahwa kita sudah berjalan ke arah yang benar tetapi bukan berarti sempurna., dengan transparansi seiring dengan kesejahteraan Perbaikan itu tidak ada batas atasnya, dari sini kita mulai bergerak secara bertahap untuk tata pemerintahan yang baik"

⁴³⁹ Wisnu Nugroho, wartawan Kompas , "Kepala Pelayan Masyarakat Kota" dalam Ismawati Retno, Herry Zudiyanto, Walikota yang Besar Kepala, Cet II (Yogyakarta: Gelar, 2012).hlm.5

public dan taman taman kota, termasuk Taman Pintar yang saat ini merupakan icon kota Jogja. Tetapi juga melakukan penataan di kawasan perkampungan (instalasi pengolahan air limbah) komunal, pemilahan sampah serta penerangan jalan dampai ke perkampungan, MCK, sistem jaringan limbah terpadu dan IPAL sehingga fakta ini diakui oleh hasil penelitian IAP (Ikatan Ahli {erencanaan Indonesia, “Most Indonesia Liveble City Index pada tahun 2008-2011 menempatkan Jogja sebagai kota ternyaman ”Terkait non fisik antara lain, menggarap kampung agar lebih humanis, berdasarkan survey Internatio perpustakaan kampung, PAUD dan paguyuban kesenian kampung. Di bidang usaha oleh *International Finance Corporation* (IFC) Jogja mendapat predikat kota terbaik dalam berusaha dengan menduduki rangking teratas untuk kemudahan mendirikan usaha, kemudahan mengurus ijin pendirian usaha dan kemudahan dalam mendftarkan property. Dikalangan birokrat Pemkot , HZ selalu mengingatkan agar semua jajarannya memahami filosofi “bekerja dengan hati”dan menjadikan balaikota sebagai bagian dari “sajadah panjang” Bukan sekedar tempat mencari nafkah tetapi juga tempat menyempurnakan ibadah. Slogan “Dahulukan Masyarakat, Mudahkan Pelayanan, Utamakan Pencapaian, Untuk Indonesia”selalu dapat dijumpai di setiap pintu masuk Satuan Kerja Pemerintah Daerah (SKPD)

Dalam menyerap aspirasi masyarakat sekaligus menerima keluhan masyarakat, HZ menggunakan hari rabu pagi dan Jumát pagi jam 8.00-10.00 untuk berdialog dan berkunjung pada masyarakat, selanjutnya mengadakan rapat

rutin membahas permasalahan yang timbul dari hasil pertemuan dengan masyarakat.⁴⁴⁰

Menurut HZ sebenarnya kreativitas dan inovasi yang dilakukannya sebagian besar bukan berasal dari idenya,sendiri, tetapi dikumpulkan dari kepingan kepingan (*puzzle*) dari berbagai pihak kemudian merangkainya bahkan dari kritikan kritikan yang ditujukan padanya utamanya ditujukan untuk menyelesaikan permasalahan yang ada di masyarakat.HZ menerapkan konsep yang pertama : “Jangan menjadi pimpinan yang sombong, dengarkan pendapat dari semua orang karena hal itu justru akan memperkaya khasanah sebuah kebijakan”, yang kedua: Jangan takut mengambil keputusan karena semua keputusan tidak ada yang sempurna , pasti ada pro dan kontra, tetapi selama pengambilan keputusan tersebut memperinmbangkan banyak hal , segala resiko yang yang muncul dapat ditafsirkan sejak awal.”⁴⁴¹ Kombinasi antara *excellent content* dan *convenience context* yang didukung oleh *superior infraasctucture*, menjadikan integritas HZ sebagai walikota meningkat.⁴⁴²

Keputusan keputusan yang dibuat HZ untuk mengatasi permasalahan konkret yang timbul dalam penyelenggaraan pemerintahan banyak menggunakan diskresi. Menurut HZ, pimpinan daerah harus diberi keleluasaan untuk berkreasi dan berinovasi. Jangan terlalu dibatasi dengan aturan aturan yang rinci, yang akhirnya malah menyulitkan bahkan membelenggu pimpinan daerah untuk maju. Peraturan yang diberlakukan sama untuk seluruh daerah kota/kabupaten di

⁴⁴⁰ Hasil Wawancara peneliti dengan HZ, tgl. 7 September 2015

⁴⁴¹ Hasil Wawancara peneliti dengan HZ, tgl. 7 September 2015

⁴⁴² Edy Setiyono, “Sebuah Band Bertajuk HZ” *Media Info Kota*, Edisi VIII tahun, 2010, hlm.187

Indonesia, dengan menetapkan Standar Minimal akan membatasi kemajuan daerah.⁴⁴³

b. Nurdin Abdullah, Bupati Bantaeng (Periode 2008-2013, 2013-2018)⁴⁴⁴

Pembangunan di Kabupaten Bantaeng saat ini sangat pesat dan menjadi daya tarik tersendiri bagi daerah-daerah lain, untuk menggali informasi dan berbagi terkait dengan terobosan-terobosan yang telah dilakukan oleh kepala daerah setempat, bersama jajaran pemerintahannya dalam membangun daerah, yang dapat dilihat dalam tabel sebagai berikut :

Tabel 8 : Kondisi Sosial Ekonomi Kabupaten Bantaeng⁴⁴⁵

No	INDIKATOR		2008	2009	2010	2011	2012
			Realisasi	Realisasi	Realisasi	Realisasi	Realisasi
1	Pertumbuhan Ekonomi (%)	Bantaeng	6.73	7.61	7.90	8.43	8.94
		Sulsel	7.78	6.23	8.19	7.61	8.37
2	PDRB (Milyar)	ADHK	643.308,2	692.237,35	746.908,74	809.863,38	878.590,17
		ADHB	1.245.480	1.532.910	1.831.709	2.181.112	2.536.709
3	IPM	Bantaeng	68,9	69,4	71,1	72,6	73,48
		Sulsel	70,2	70,9	71,62	72,14	72,70
4	Pendapatan Perkapita	Bantaeng	5.140.044	8.728.416	10.366.630	12.220.690	14.131.695
		Sulsel	10,825,425	12,567,364	14,669,010	16,929,030	19,472,249
5	Pengangguran (%)	Bantaeng	12,09	8,41	5,51	4,52	3,75
		Sulsel	9.04	8.90	8.37	6.56	5.87
6	Kemiskinan (%)	Bantaeng	12,12	9.96	9.25	9.21	7.75
		Sulsel	13.34	12.31	11.60	10.27	9.82

Dalam membangun Bantaeng, pada periode kepemimpinannya yang 1 (2008 -2012), dengan *take line* “Membangun Bantaeng dari Desa” NA

⁴⁴³ Hasil Wawancara peneliti dengan HZ, tgl. 7 September 2015

⁴⁴⁴ Prof. Dr. Ir. H.M. Nurdin Abdullah, M.Agr. s.d Januari 2014 telah menerima 46 penghargaan, dari org. profesi, swasta, Regional, Nasional dan Internasional.

⁴⁴⁵ Sumber : Paparan RPJMD Kabupaten Bantaeng , Bappeda Kabupaten Bantaeng, 22 Januari 2015

memprioritaskan pembangunan infra struktur didesa, untuk memudahkan distribusi hasil pertanian dari desa, sekaligus memudahkan penduduk desa mendapatkan akses kesehatan dan pendidikan. Menganangkan program akselerasi desa dengan memberikan stimulus dana 1 milyar /desa dan desa dorong untuk memiliki Badan Usaha Milik Desa (BUMD) dengan mengangkat potensi masing-masing desa di bantuan dana 100 juta/tahun dan setiap BUMD diberi bantuan 1 kendaraan pick-up. Ada indikator capaian yang jelas setiap desa mempunyai dokumen RPJMD Desa yang bersifat mengikat, untuk menuju desa mandiri .

Kondisi sosial ekonomi Bantaeng berangsur angsur meningkat tajam sebagaimana diperlihatkan dalam matrik di atas, sejak permasalahan banjir dan kesehatan yang buruk dapat diatasi dengan terobosan kebijakan dengan menggunakan diskresi. Keputusan yang diambil berdasarkan diskresi kemudian dibahas bersama DPRD Kabupaten Bantaeng, dan dituangkan dalam berbagai Peraturan Daerah.

Sejak periode 1 kepemimpinannya, NA sudah menerapkan model blusukan keluar masuk kampung dan pemukiman berdialog lepas dengan warga di wilayah pegunungan, dataran rendah maupun nelayan yang bermukim sepanjang pesisir pantai Bantaeng yang berbatasan dengan Laut Flores. Hampir setiap pagi hari menyempatkan waktu bersepeda atau berjalan kaki berkeliling kota Bantaeng (sejak kepemimpinannya Kabupaten Bantaeng sudah dua kali menerima anugerah Piala Adipura) sembari berdialog dengan rakyat di berbagai tempat, mendengar langsung harapan dan aspirasi mereka; pedagang Kaki-5, nelayan,

petani, pengayuh becak. NA berkeinginan sebagai pemimpin yang merakyat sehingga tak punya sekat birokrasi untuk ditemui langsung berdialog dengan warga kapan dan dimana saja. Rumah jabatan bupati yang disediakan dengan segala fasilitasnya di tengah kota Bantaeng, ibukota Kabupaten Bantaeng selama ini dijadikan sebagai tempat menjamu serta menginap bagi tamu-tamu daerah. Nurdin Abdullah bersama keluarga tinggal di rumah pribadinya di Bonto Atu, yang setiap subuh hari sudah terbuka dan selalu ramai didatangi warga untuk berjumpa langsung bupati menyampaikan berbagai masalah kemasyarakatan yang dihadapi hingga mendialogkan masalah-masalah pribadi kehidupan rumah tangga mereka. “Sebagai aparat pelayan masyarakat sebisanya sepanjang waktu tersedia kami senantiasa berupaya dapat melayani terutama berkaitan dengan mencari solusi dari permasalahan yang dihadapi, atau upaya-upaya untuk meningkatkan usaha dan tingkat kesejahteraan mereka”⁴⁴⁶ Faktor utama yang melandasi untuk membangun Bantaeng adalah, keberpihakan kepada kepentingan rakyat, niatnya adalah membantu masyarakat untuk meningkatkan kualitas hidup, dan mencarikan solusi dari permasalahan permasalahan yang ada pada mereka. Berasal dari lingkungan akademisi, perlu wawasan sehingga bisa bekerja cerdas. Kemudian menerapkan pendekatan hasil bukan pendekatan proses, memiliki ukuran/indikator capaian yang jelas. pemimpin pemerintahan harus mampu bersabar dan ikhlas bekerja untuk rakyat. Pada SKPD diberi pemahaman untuk selali mengacu pada blue print yang sudah dibuat. Karena apapun yang dilaksanakan pemerintah harus memberi kebaikan yang kepada rakyat saat ini.

⁴⁴⁶ Hasil wawancara peneliti dengan Bupati Bantaeng Nurdin Abdullah di Makasar, tanggal 22 Januari 2015

Karena itu, menurut Nurdin Abdullah, pembangunan pelayanan dasar masyarakat seperti pendidikan, kesehatan, dan keagamaan tetap juga menjadi skala prioritas dalam upaya pencapaian makro meningkatkan pendapatan sekaligus berdampak langsung bagi peningkatan taraf hidup dan kesejahteraan masyarakat.⁴⁴⁷

Periode II kepemimpinan bupati Nurdin Abdullah mencanangkan program *The New Bantaeng* dengan menetapkan pendekatan tiga kluster penanganan dan pengembangan sesuai karakteristik dan potensi daerah yang tiga dimensi, yaitu pegunungan, dataran dan pantai untuk peningkatan kesejahteraan rakyat Bantaeng. Pengembangan potensi dilakukan diiringi upaya besar-besaran membangun infrastruktur jalanan. Dari titik 0 di dataran rendah jaringan jalan kini sudah mencapai wilayah-wilayah pegunungan diketinggian 1.300 dpl dengan kondisi beraspal hotmix. Sejumlah fasilitas berkaitan dengan pengembangan infrastruktur industri, pariwisata, pelayanan kesehatan, dan pendidikan serta pelayanan dasar lainnya sudah dihadirkan di Bantaeng. Hasilnya, angka kemiskinan yang melebihi 12 persen (1998) kini sudah berhasil ditekan kurang dari 7 persen. Angka pengangguran dari lebih 12 persen menjadi sekarang sisa sekitar 3 persen. Laju pertumbuhan ekonomi dari hanya 5 koma persen kini menjadi 8,9 persen di daerah yang berpenduduk sekitar 170 ribu jiwa tersebut⁴⁴⁸

Salah satu program yang dicanangkan sejak ia dilantik menjadi Bupati Bantaeng ke-11, 6 Agustus 2008, untuk menjadikan Kota Bantaeng sebagai pusat pertumbuhan perekonomian baru di wilayah selatan Sulawesi Selatan. Kondisi

⁴⁴⁷ Hasil wawancara peneliti dengan Bupati Bantaeng Nurdin Abdullah di Makasar, tanggal 22 Januari 2015 Januari 2015

⁴⁴⁸ Hasil wawancara dan dikuatkan dengan paparan yang disampaikan oleh Edi Junaedi, staff BAPPEDA Kab. Bantaeng, tgl. 22 Januari 2015

yang ada dikembangkan kemudian dituangkan sebagai prioritas RPJMD

Kabupaten Bantaeng 2015-2018 adalah sebagai berikut :

- 1) Memaksimalkan peran swasta dalam upaya mendorong peningkatan pembangunan daerah, mengingat ketergantungan Pemda diatas 95% dalam rangka memenuhi kebutuhan belanja pembangunan, melalui :
 - a. Kemudahan dalam berinvestasi, melalui penyediaan infrastruktur pendukung yang diharapkan bersumber dari APBN.
 - b. Mendorong upaya pembangunan sumber daya energi dengan membangun kemitraan dengan swasta.
- 2) Peran serta masyarakat dalam pembangunan ekonomi desa terus dimaksimalkan, melalui penguatan Badan Usaha Milik Desa (BUMDES) dan Pengembangan BUMKEL.
- 3) Optimalisasi pelayanan pemerintah melalui penerapan e-government, SPM dan SOP untuk urusan layanan publik.
- 4) Upaya memaksimalkan penanggulangan kemiskinan melalui :
 - a. Akselerasi pembangunan desa dan kelurahan untuk mengantisipasi kesenjangan pembangunan antar desa dan kelurahan melalui alokasi dana Pembinaan Kecamatan.
 - b. Memaksimalkan pelayanan Keluarga Miskin melalui layanan sidik jari keluarga miskin dan pemberian lifeskill (keterampilan) melalui BLK bagi Rumah Tangga Sasaran (RTS) serta bantuan modal usaha.
 - c. Kemitraan dengan investor dan BAZ dalam peningkatan usaha-usaha ekonomi produktif.
- 5) Upaya peningkatan PDRB Perkapita penduduk :
 - a. Secara mandiri petani dapat memproduksi benih.
 - b. Berkembangnya wirausaha benih.
 - c. Memaksimalkan pemanfaatan teknologi dalam peningkatan produksi hasil-hasil pertanian.
 - d. Peningkatan skala usaha kepariwisataan berbasis masyarakat (home stay)
- 6) Penanggulangan pengangguran, melalui :
 - a. Mengembangkan interkoneksi daerah dalam penyaluran tenaga kerja pada kawasan Industri Bantaeng (KIBa).
 - b. Pengembangan sekolah kejuruan spesifik berbasis potensi lokal daerah.

Dalam menjalankan pemerintahannya bekal akademisi dan manajemen yang ada pada Prof. Dr. H.M. Nurdin Abdullah, M.Agr. merupakan perpaduan yang mendukung kinerja yang baik dari Bupati Bantaeng. Faktor keberanian

untuk mengambil resiko dari kebijakan kebijakan yang diambil, perlu diapresiasi. Karena itu untuk kepentingan rakyat, maka DPRD mendukung.⁴⁴⁹ Bupati mampu mengoptimalkan dana APBD Bantaeng yang kecil dengan menjalin hubungan dengan luar negeri, sehingga mendapatkan berbagai hibah, misalnya : 8 mobil Ambulance dan mobil Pemadam kebakaran yang memadai. Disamping mendapat DAK dari APBN.

Dalam menjalankan kepemimpinannya NA memiliki komitmen untuk mentaati aturan yang ada, tetapi kalau dihadapkan pada permasalahan yang muncul yang bersifat mendesak atau darurat, sementara aturannya belum ada atau tidak jelas, atau justru ada tapi menghambat, Bupati Bantaeng berani mengambil keputusan dengan segera dengan mempertimbangkan resikonya tetapi dengan tujuan untuk kepentingan rakyat. Menurut Sihabuddin, Bupati Bantaeng memiliki : Integritas yang tinggi; Niat yang kuat untuk memperbaiki keadaan; Pekerja keras dengan etos kerja yang kuat; Berani mengambil kebijakan dengan cepat mengambil keputusan sebagai solusi jika timbul permasalahan ; Ada perencanaan dengan indikator capaian-capaian yang kongkret sehingga mudah dilakukan pengawasan; akselerasinya kuat dalam memajukan Bantaeng.

Dalam menjalankan pemerintahannya Bupati Bantaeng banyak membuat keputusan untuk mengatasi permasalahan konkret yang timbul dalam penyelenggaraan pemerintahan banyak menggunakan diskresi, bahkan melakukan terobosan dalam mengoptimalkan anggaran, meskipun berpotensi merubah

⁴⁴⁹ Hasil wawancara peneliti dengan Sihabuddin, Ketua DPRD Kabupaten Bantaeng, 21 Januari 2015

anggaran, namun kemudian dibahas di DPRD. Selama ini sinergi terjalin antara DPRD dan Bupati.⁴⁵⁰

c. Joko Widodo (Jokowi), Walikota Surakarta (Periode 2005-2009, 2009-2012)⁴⁵¹

Jokowi menggunakan dua titik pusat tempat membangun dialog. Yang pertama adalah diskusi non-formal isu-isu otonomi daerah yang berlangsung setiap malam di warung *hik* (hidangan kampung), yang berlangsung sebagai respon atas menguatnya tuntutan peningkatan representasi masyarakat sipil dalam proses perumusan kebijakan.⁴⁵² Diskusi antara para aktifis NGO dengan masyarakat lapis *grassroot* ini ketika berlangsung makin intens (1999), ditindak-lanjuti dengan dibentuknya *task force* dengan nama Forum Studi Demokrasi dan Keadilan Sosial (FSDKS) yang bergiat mengembangkan isu-isu demokrasi lokal. Adapun yang kedua adalah aktifitas sejumlah aktifis NGO yang diprakarsai oleh Lembaga Pengembangan Teknologi Pedesaan (LPTP).⁴⁵³

Upaya agar reformasi di Kota Solo kearah yang progresif, dilakukan dengan menyiapkan kapasitas serta kesiapan birokrasi yang ada dengan mengubah kultur birokrasi (diperlukannya waktu cukup panjang dan usaha yang lebih keras). Jokowi melaksanakan berbagai inisiatif reform yang ingin dilakukannya, misalnya, Jokowi mengantisipasi dengan menempatkan

⁴⁵⁰ Hasil wawancara peneliti dengan Sihabuddin, Ketua DPRD Kabupaten Bantaeng, 20 -01-2015

⁴⁵¹ *The City Mayors Foundation* menempatkan Joko Widodo (Jokowi), di urutan ketiga dalam pemilihan walikota terbaik dunia "World Mayor Project 2012

⁴⁵² Wahidan R,Bulan, *Lokal Reform di Kota Solo pada Era Jokowi (2005-2012) Tindakan Agen Mempengaruhi Struktur dan Relasi Multi Aktor pada Kasus Penataan PKL dan Pemukiman Penduduk Bantaran Sungai Bengawan Solo* (Ringkasan Disertasi),(Jakarta:UI, Februari 2013).hlm.26

⁴⁵³ Wahidan R,Bulan, *ibid*,hlm.28

orang-orang yang ia nilai mampu (cakap) menerjemahkan (dan sekaligus mengamankan) agenda reform yang ingin ia perjuangkan pada pos tertentu yang relevan. Cara ini terbukti efektif secara manajemen mengingat komunikasi dan kontrol yang dilakukan Jokowi menjadi lebih sederhana dan dengan hasil yang lebih mudah diperhitungkan, dibandingkan dengan effort dan waktu yang harus dikeluarkan jika harus menunggu birokrasi siap bergerak (berubah) mengikuti ritme kerja Jokowi yang dalam banyak hal terkadang mendahului (melebihi) realitas faktual yang ada. Melibatkan tim kerja yang kuat, misalnya ; Dalam kasus penataan PKL, penegakan Perda No. 8 Tahun 1995, mereka adalah: Asisten I Sekda Kota Surakarta sebagai ketua, Dinas Pasar sebagai wakil ketua, Bagian Tata Pemerintahan Setda sebagai sekretaris, Komandan Pelaksana Harian Satuan Polisi Pamong Praja sebagai wakil sekretaris, Dinas Pendapatan Daerah sebagai anggota, Bagian Hukum Setda sebagai anggota, Bagian Perkotaan Setda sebagai anggota, dan Bagian Perekonomian Setda sebagai anggota, DPP (Dinas Pengelolaan Pasar) , Kantor pembinaan dan penataan PKL (PPKL) yang dimasukkan kedalam DPP tahun 2007 sehingga belum disebutkan di dalam Perda No. 8/1995. Selain itu Lurah Pasar sebagai pimpinan tertinggi di pasar juga penting untuk dicantumkan sebagai aktor dalam penanganan PKL, mengingat salah satu strategi penataan PKL di Kota Solo adalah dengan memasukkan PKL ke dalam pasar-pasar tradisional yang ada. Yang tidak kalah penting adalah Bapermas (Badan Pemberdayaan Masyarakat), yang sangat terkait dalam pelaksanaan program penataan PKL.

Sementara untuk menyelesaikan kasus penataan pemukiman bantaran Bengawan Solo, Jokowi melibatkan dari unsur birokrasi adalah Bapermas (Badan Pemberdayaan Masyarakat, Pendidikan Anak, dan Pemberdayaan Perempuan), terutama Bidang Pemberdayaan Masyarakat, yaitu bagian yang berwenang mengurus ganti rugi tanah serta proses relokasi. Dinas Pekerjaan Umum (DPU), dan Dinas Tata Ruang Kota (DTRK), Satpol PP yang terlibat dalam penegakan hukum. Diluar lingkungan Pemkot Solo terdapat peran camat dan lurah, terutama kecamatan dan kelurahan yang wilayahnya menjadi daerah relokasi, yaitu 10 kelurahan dari 50 kelurahan yang ada. Kelurahan dimaksud diantaranya adalah Pucang Sawit, Sangkrah, Semanggi, Sewu, dan lain-lain.

Jokowi dalam mengatasi permasalahan, sebanyak mungkin menyerap aspirasi masyarakat dengan melakukan dialog langsung dengan warganya setiap saat. Disela sela waktu dinasny, digunakan Jokowi untuk mengunjungi warganya, terutama warga marginal dengan membawa buah tangan sekadarnya, misalnya beras, bahan pokok, atau buku-buku untuk anak sekolah. Dengan demikian kedekatan antara pimpinan daerah dengan warganya sudah terjalin sejak awal kepemimpinannya di Solo. Hal inilah yang turut memudahkan penataan PKL dan relokasi bantaran sungai Bengawan Solo. Jokowi banyak menggunakan inovasi antara lain optimalisasi dari jajaran birokrasi, masyarakat, LSM dan media. Diskresi banyak digunakan untuk mencari solusi bagi masalah konkret yang timbul melalui keputusan dan tindakan. Dalam menyelesaikan permasalahan

di lapangan Jokowi melibatkan partisipasi warga baik warga secara individu maupun kelompok formal maupun informal untuk berdialog.⁴⁵⁴

Dari ketiga contoh Kepala Daerah yang melibatkan masyarakat dalam membuat keputusan melalui partisipasi publik menunjukkan keberhasilan mengatasi masalah konkret yang timbul dalam penyelenggaraan administrasi di Daerah. Sudah seharusnya akses dan kesempatan dimiliki oleh masyarakat untuk turut serta dalam pembangunan di daerah, bahkan berkewajiban melakukan pengawasan sebagaimana diamanatkan dalam Undang Undang Nomor 28 Tahun 1999, Undang Undang Nomor 25 Tahun 2009 dan Undang undang Nomor 23 Tahun 2014.

Namun dalam banyak penelitian yang dilakukan oleh pemerintah, perguruan tinggi dan LSM, di hampir di semua daerah tidak ditemukan mekanisme dan prosedur terlembaga yang memungkinkan masyarakat mengontrol kinerja pemerintahan. Pemerintah daerah belum memiliki mekanisme menampung, menindaklanjuti dan menyelesaikan keluhan (*complaint mechanism*). Keluhan masyarakat terhadap kinerja dan kebijakan pemerintahan daerah nyaris tidak pernah diketahui hasilnya. Karena tidak ada kepastian mekanisme dan hasil yang akan didapat, maka masyarakat juga menjadi enggan untuk menyampaikan keluhan pelayanan publik kepada pemerintah. Di hampir semua kabupaten/kota tidak ditemukan payung hukum bagi kontrol masyarakat terhadap kinerja pemerintahan daerah. Kontrol masyarakat dilakukan secara spontan dengan cara-cara konvensional yang tidak terlembaga, serta tidak

⁴⁵⁴ Hasil wawancara peneliti dengan Sekda Surakarta, Budi Suharto, tgl 28 Agustus 2015

memiliki dampak bagi perubahan kinerja yang lebih baik. Dengan kondisi ini maka kinerja pelayanan yang diklaim pemerintah merupakan klaim belum efektif karena tidak dapat dikonfirmasi langsung kepada masyarakat.⁴⁵⁵

3. Konsep Ideal Penerapan Diskresi Pada Pemerintahan Daerah dalam Kerangka *Good Governance*

Untuk mewujudkan kesejahteraan umum yang merupakan amanat dari Pembukaan UUD Negara RI Tahun 1945 Pemerintah Indonesia tidak boleh menolak untuk menyelenggarakan pelayanan kepada warga negara. Sekalipun jika tidak atau belum ada peraturan perundang-undang yang mengaturnya atau yang memberikan kewenangan kepada pemerintah untuk memberikan pelayanan umum, tidak berarti masyarakat dapat diabaikan untuk mendapatkan pelayanan. Dengan kata lain, meskipun pada dasarnya setiap tindakan pemerintah itu hanya berdasarkan pada asas legalitas, namun tidak setiap urusan warga negara yang dihadapi atau dilayani pemerintah itu telah ada perundang-undangannya maka pemerintah dapat melakukan tindakan atau memberikan pelayanan atas dasar diskresi. Sejalan dengan perkembangan kemasyarakatan dan dengan bersandar pada fungsi pelayanan, pemerintah tidak dapat mengabaikan setiap persoalan kemasyarakatan yang muncul. Pemerintah harus melayani dan menyelesaikan setiap persoalan tersebut apalagi dengan munculnya *the rights to receive* warga negara, tidak peduli apakah persoalan itu ditentukan atau tidak dalam peraturan perundang-undangan. Dilekatkannya kewenangan diskresi kepada organ

⁴⁵⁵ Suharman, *ibid*. hlm. 127

pemerintah dan keterlibatannya secara aktif dalam kehidupan warga negara akan memungkinkan terlaksananya fungsi pelayanan dengan tepat dan cepat.

Mengacu pada prinsip-prinsip tata pemerintahan yang baik (*good governance*), yang merupakan suatu kesepakatan menyangkut pengaturan negara yang diciptakan bersama oleh pemerintah, masyarakat, dan swasta maka tata pemerintahan yang baik perlu dibangun dialog antara pelaku-pelaku penting dalam negara, agar semua pihak merasa memiliki tata pengaturan tersebut. Tanpa kesepakatan yang dilahirkan dari dialog, kesejahteraan tidak akan tercapai karena aspirasi politik maupun ekonomi rakyat pasti tersumbat. Terdapat beberapa hal yang perlu diperhatikan oleh pemerintah bahwa masyarakat dapat menilai dan memilih, bahkan meminta jasa layanan yang lebih baik.

Keterlibatan *stakeholders* dalam proses kebijakan publik membuat praktik penyelenggaraan kegiatan pemerintahan dan pembangunan menjadi lebih transparan bagi masyarakat luas. Kebijakan publik dan rasionalitasnya menjadi lebih mudah dipahami oleh masyarakat luas dan mempermudah mereka dalam memberikan respons terhadap pilihan-pilihan kebijakan yang diambil oleh pemerintah. Masyarakat juga akan dengan mudah mengetahui apakah kebijakan publik itu memperhatikan kepentingannya atau kepentingan kekuasaan. Oleh karenanya, kemampuan masyarakat untuk melakukan kontrol terhadap penyelenggaraan pemerintahan menjadi semakin tinggi pula. Jika hal ini terjadi, dapat disimpulkan bahwa pelaksanaan otonomi daerah memiliki peluang untuk

mempercepat terbentuknya tata pemerintahan yang baik melalui penguatan kapasitas kontrol masyarakat terhadap jalannya penyelenggaraan pemerintahan.⁴⁵⁶

Pelaksanaan otonomi daerah juga memberikan peluang yang sangat besar menciptakan pemerintahan yang akuntabel. Akuntabilitas bupati atau walikota yang selama ini ada pada pemerintah pusat dan provinsi sering menimbulkan masalah akuntabilitas publik karena mereka sering justru lebih mengabdikan kepada kepentingan pejabat atasan di pusat dan provinsi daripada kepada kepentingan rakyatnya di daerah. Akuntabilitas bupati atau walikota kepada rakyatnya di daerah.⁴⁵⁷

Bupati atau walikota harus memahami konsep *good governance*. Melalui prinsip-prinsipnya *good governance* dirancang agar seluruh objek dan subjek pembangunan terlibat secara langsung dalam proses pembangunan sesuai dengan peran dan peranannya, sehingga upaya peningkatan layanan publik dan kesejahteraan masyarakat akan lebih optimal. Semua prinsip yang diidealkan mengenai pemerintahan yang baik (*good government*) tersebut dapat dibaca dalam perspektif pesan-pesan keagamaan sehingga dapat lebih mudah dipahami oleh segenap warga negara yang berketuhanan, khususnya Islam. Misalnya : '*Rule of law*' dimaksudkan bahwa pemerintahan yang baik itu harus didasarkan atas aturan yang berlaku, halal dan tidak melanggar. Profesional artinya bahwa pelaksanaan tugas-tugas pemerintahan itu haruslah dilakukan dengan '*itqon*' dengan sebaik-baiknya sesuai dengan hadits nabi bahwa Allah mencintai orang yang apabila

⁴⁵⁶ Dwiyanto Agus, *Reformasi Tata Pemerintahan dan Otonomi Daerah*, Universitas Gajah Mada, Yogyakarta, 2003, hlm 13.

⁴⁵⁷ *Ibid*, hlm.18

mengerjakan suatu pekerjaan, ia kerjakan dengan sebaik- baiknya. Efektifitas dan efisiensi dimaksudkan bahwa pekerjaan yang dilakukan harus tuntas, berhasil, tetapi dengan terhindar dari segala bentuk kemubaziran yang sia-sia. Sedangkan transparansi dan akuntabilitas berkaitan erat dengan keterpercayaan yang sangat dijunjung tinggi dalam Islam.⁴⁵⁸ Nilai ketuhanan yang menjiwai tata kelola selanjutnya dihubungkan dengan Pancasila sebagai dasar negara dan ideologi kebangsaan. Ideologi nasional dan dasar negara Pancasila haruslah tercermin dalam perilaku birokrasi penyelenggaraan kekuasaan negara dan pemerintahan, sehingga cita-cita yang terkandung dalam kelima sila Pancasila itu benar- benar dapat diwujudkan dalam kenyataan praktik. Nilai nilai luhur bangsa Indonesia yaitu Pancasila, yang terdiri dari sila 1. Ketuhanan Yang Maha Esa; 2. Kemanusiaan yang Adil dan Beradab; 3. Persatuan Indonesia; 4. Kerakyatan yang Dipimpin oleh Hikmah Kebijaksanaan dan/atau Perwakilan; 5. Keadilan Sosial bagi Seluruh Bangsa Indonesia. Nilai Ketuhanan tercermin pada seluruh penyelenggaraan pemerintahan daerah. Jika nilai-nilai Pancasila yang dikembangkan dalam pembangunan hukum hendaknya yang menjadi pilar utama. *Pertama*, bahwa hukum tidak dipisahkan dengan nilai religious, nilai kodrat manusia, nilai persatuan dan kebhinekaan Indonesia, nilai demokrasi dan nilai keadilan dalam hubungannya dengan masyarakat dan bangsa Indonesia. *Kedua* aspek yang menyangkut tentang hakekat sumber pengetahuan, kebenaran pengetahuan, cara mendapatkan pengetahuan karenanya hukum tidak hanya dapat

⁴⁵⁸ Jimly Asshiddiqie, Penerapan Islam Dalam Membangun Pemerintahan yang Bersih dan Berwibawa, Orasi dalam rangka Silaturahmi Dewan Dakwah Islamiyah Indonesia (DDII), di Jakarta, Ahad, 25 September, 2011. hlm.4

dipandang sebagai produk penguasa semata dan hukum kodrat akan tetapi didasarkan pada nilai-nilai religious, Pancasila sebagai cita-cita hukum abstrak, dengan mengakomodir hukum formal modern dan mengakomodir sumber hukum agama dan hukum adat sebagai *local wisdom*, dikembangkan metode eklektik kritis. *Ketiga* terkait dengan dasar-dasar etika dan moral yang harus menjadi dasar perilaku para praktisi hukum dalam menjalankan tugas profesionalnya.

Berdasarkan pada nilai-nilai yang terkandung pada Pancasila sebagai dasar falsafah dan dasar hukum (*Legal values* dan *legal concept*) pimpinan pemerintahan – dalam hal ini kepala daerah dalam mengambil keputusan akan menghasilkan keputusan yang lebih mencerminkan hukum sebagai sistem norma (*system of norm*) sistem perilaku (*system of behavior*) sistem nilai (*system of values*). Ketiga hakikat hukum dalam konteks kehidupan masyarakat Indonesia harus dipandang sebagai satu kesatuan pemikiran yang cocok, dengan tidak melepaskan diri dari sifat tradisional masyarakat Indonesia yang masih mengutamakan nilai (*values*) moral dan sosial.⁴⁵⁹

Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintah Daerah, dalam konteks diskresi dapat diterapkan di daerah oleh Kepala Daerah dengan pasal-pasal di berbagai peraturan perundang-undangan. Namun perundang-undangan yang ada juga banyak melakukan pembatasan dalam penerapan diskresi pemerintahan daerah. Kewajiban melaporkan peraturan

⁴⁵⁹ Oleh Romli Atmasasmita sebut *tri partite character of the Indonesian legal theory of Social dan Buerocratic Engineering (SBE)*. Rekayasa birokrasi dan rekayasa masyarakat yang dilandaskan pada sistem norma, sistem perilaku dan sistem nilai yang bersumber pada Pancasila sebagai ideologi bangsa Indonesia, itulah yang dinamakan Teori Hukum Integratif dirujuk dari Romli Admasasmita, *Teori Hukum Integratif*, (Jogjakarta : Genta Publishing, 2012).hlm. 98

kepala daerah pada menteri untuk gubernur dan gubernur untuk bupati/walikota menunjukkan adanya pembatasan diskresi, mengingat peraturan kepala daerah tersebut bisa ditimbulkan akibat dari diskresi. Gubernur yang tidak menyampaikan peraturan gubernur kepada Menteri dikenai sanksi administratif berupa teguran tertulis dari Menteri. Bupati/wali kota wajib menyampaikan Perda Kabupaten/ Kota dan peraturan bupati/wali kota kepada gubernur sebagai wakil Pemerintah Pusat paling lama 7 (tujuh) Hari setelah ditetapkan. Bupati/wali kota yang tidak menyampaikan Perda Kabupaten/ Kota dan peraturan bupati/wali kota kepada gubernur sebagai wakil Pemerintah Pusat dikenai sanksi administratif berupa teguran tertulis dari gubernur sebagai wakil Pemerintah Pusat⁴⁶⁰

Selain dari pada itu pejabat administrasi yang menggunakan kekuasaan diskresi harus memenuhi ketentuan yang sangat rinci sebagaimana diatur pada Pasal 22 sampai dengan Pasal 32 Undang Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan.⁴⁶¹ Hal ini akan menimbulkan kesulitan bagi pejabat administrasi dalam menerapkan diskresi karena esensi yang inheren harus ada pada diskresi adalah keleluasaan bertindak. Misalnya: Pasal 25 yang menentukan Pejabat yang menggunakan Diskresi sebagaimana dimaksud pada ayat (1) wajib menyampaikan laporan secara tertulis kepada Atasan Pejabat setelah penggunaan Diskresi. (3) Pelaporan sebagaimana dimaksud pada ayat (2) disampaikan paling lama 5 (lima) hari kerja terhitung sejak penggunaan Diskresi.

⁴⁶⁰ Disarikan dari Pasal 249 UU Nomor 23 Tahun 2014 Tentang Pemerintahan Daerah

⁴⁶¹ Sebagaimana sudah dibahas secara lengkap pada BAB III.

Sesungguhnya yang menjadi pengujian dari penggunaan diskresi adalah sejauhmana diskresi bersesuaian atau melampaui kewewenangan (*de bevoegdheden*) yang melekat pada jabatan dari pejabat yang menggunakan diskresi. Ketika terjadi pelampauan kewewenangan maka hal dimaksud bukan hal ikhwal diskresi tetapi pelanggaran hukum (*onrechtmatig*). Persyaratan persetujuan atasan dalam hal tertentu sama sekali tidak terpaut dengan hal diskresi tetapi terpaut hubungan atasan dan bawahan secara *administratief rechtelijk*. Persetujuan dari atasan tidak lazim dikenal sekalipun dalam kaitan penyelenggaraan *gebonded bestuur*.

Kewajiban pejabat yang harus minta persetujuan pada atasan pejabat akan menyulitkan pelaksanaan diskresi. Atasan pejabat adalah atasan pejabat langsung yang mempunyai kedudukan dalam organisasi atau strata pemerintahan yang lebih tinggi.⁴⁶² Padahal dalam penggunaan kewenangan harus jelas hubungan pejabat pengguna diskresi dengan atasan pemberi persetujuan atas diskresi pejabat bawahan.

Persetujuan atasan tentang penerbitan diskresi yang berpotensi pada perubahan alokasi anggaran dan diskresi yang menimbulkan keresahan masyarakat juga perlu dikaji lebih lanjut, mengingat dalam pelaksanaannya akan terjadi kesulitan karena akibat yang timbul dari suatu diskresi tidak dapat diprediksi secara pasti.

Penerapan diskresi ini berkaitan dengan kewenangan yang melekat pada jabatan. Apabila berkaitan dengan delegasi (*delegation of authority*) maka

462 Pasal 1 angka 4 UUAP

penyebab pemberi delegasi kehilangan kewenangan. Sebagaimana diatur dalam Pasal 13 ayat (7) UUAP yang menyatakan bahwa Badan dan/atau pejabat pemerintahan yang memperoleh wewenang melalui delegasi, tanggung jawab Kewenangan berada pada penerima delegasi. Terkait dengan hal ini maka pada penyerahan sebagian urusan pemerintahan pusat pada pemerintahan daerah dalam kerangka desentralisasi, telah terjadi pendelegasian wewenang. Oleh karena itu maka tanggung jawab urusan urusan dimaksud beralih kepada penerima delegasi, dalam hal ini adalah pemerintahan daerah. Sedangkan dalam hal pelimpahan atas dasar mandat, atasan ikut bertanggungjawab termasuk dalam hal pembuatan keputusan dan atau tindakan berdasarkan diskresi. Hal ini dapat dipahami, manakala diskresi dibuat oleh pejabat yang memperoleh mandat dari atasan. Namun patut dipertanyakan apakah pejabat yang memperoleh mandat dimungkinkan untuk membuat keputusan dan/tindakan berdasarkan delegasi, mengingat delegasi tidak mengalihkan tanggungjawab. Sebagaimana Pasal 14 ayat (1) Badan dan/ atau Pejabat Pemerintahan memperoleh mandat apabila: a. Ditugaskan oleh Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan di atasnya; dan b. merupakan pelaksanaan tugas rutin. Pada ayat (8) juga sudah dinyatakan bahwa Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan yang memperoleh wewenang melalui mandat tanggung jawab kewenangan tetap pada pemberi mandat.

Jadi kewajiban pejabat yang harus minta persetujuan pada atasan pejabat akan menyulitkan pelaksanaan diskresi. Justru dasar pengawasan penggunaan diskresi adalah apakah diskresi digunakan sesuai dengan kewenangan atau melampaui kewenangan yang melekat pada jabatan. Agar diskresi yang ada pada

administrasi negara tersebut tidak disalah gunakan, maka diperlukan adanya tolok ukur pembatasan terhadap penggunaannya, namun pembatasan penggunaan diskresi lebih pada sejauh mana diskresi membersesuaian atau melampaui kewewenangan (*de bevoegdheden*) yang melekat pada jabatan dari pejabat yang menggunakan diskresi.

Penerapan diskresi yang ideal, lebih menitik beratkan pada integritas kepala daerah dengan diukur dari produk hukum dan atau tindakan yang dihasilkan dari penerapan diskresi . Apakah produk hukum dan atau tindakan yang dihasilkan dari penerapan diskresi sudah mencerminkan : Nilai-nilai Pancasila yang dikembangkan pada penerapan diskresi yaitu nilai religious, nilai kodrat manusia (HAM), nilai persatuan dan kebhinekaan Indonesia, nilai demokrasi dan nilai keadilan dalam hubungannya dengan masyarakat dan bangsa Indonesia. Dengan mengakomodir hukum formal modern dan mengakomodir sumber hukum agama dan hukum adat sebagai *local wisdom*. Terkait pula didalamnya dasar-dasar etika dan moral yang harus menjadi dasar perilaku dalam menjalankan tugas profesionalnya.

Pengawasan terhadap penerapan diskresi lebih dititik beratkan pada partisipasi masyarakat, yang instrumennya sudah diatur diatur peraturan perundang undangan yang ada, yaitu:

1. Pengawasan preventif dapat dilakukan dengan partisipasi masyarakat yang sudah dijamin dalam Undang Undang Nomor 25 Tahun 2009 Tentang Pelayanan Publik, melalui Peraturan Pemerintah Nomor 96 Tahun 2012

Tentang Pelaksanaan Undang Undang Nomor 25 Tahun 2009 Tentang Pelayanan Publik, .hususnya BAB VI Pengikutsertaan Masyarakat dalam Pelayanan Publik , Pasal 40 sampai dengan 47. Keterlibatan masyarakat dalam penyelenggaraan pemerintahanan sekurang- kurangnya dalam bentuk konsultasi publik, penyelenggaraan musyawarah, kemitraan, pembuatan keputusan bersama, penyusunan rencana bersama, pelaksanaan dan pengawasan oleh masyarakat. Pemerintahan Daerah wajib memberikan keterangan kepada masyarakat tentang hasil dari keterlibatan masyarakat dalam penyelenggaraan pemerintahan.

3. Pengawasan represif dapat dilakukan melalui badan administrasi pemerintahan itu sendiri, dengan pengikutsertaan masyarakat dalam pengawasan dan evaluasi penyelenggaraan Pelayanan Publik yang diwujudkan dalam bentuk: a. pengawasan dan evaluasi terhadap pelaksanaan Standar Pelayanan; b. pengawasan terhadap penerapan kebijakan; dan c. pengawasan terhadap pengenaan sanksi.⁴⁶³ Bahkan Undang Undang Nomor 25 Tahun 2009 BAB VII mengenai Penyelesaian Pengaduan mengatur secara terperinci hak masyarakat untuk mengadukan penyelenggara pelayanan publik kepada Ombudsman dan Dewan Perwakilan Rakyat Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Provinsi, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Kabupaten/ Kota.⁴⁶⁴ Bagian ketiga tentang Penyelesaian Pengaduan oleh Penyelenggara Pelayanan Publik Pasal 47 sampai dengan Pasal 50 mengatur kewajiban dan prosedur pemeriksaan pengaduan

⁴⁶³ Pasal 43 PP Nomor. 96 Tahun 2012

⁴⁶⁴ Selengkapnya baca UU no 25 Tahun 2009 Pasal 40-45 untuk pengaduan kepada instansi penyelenggaraan pelayanan public sendiri, sedangkan Pasal 46 Penyelesaian Pengaduan oleh Ombudsman

dari masyarakat mengenai pelayanan publik yang diselenggarakannya.⁴⁶⁵ Pengawasan represif dapat pula dilakukan melalui Ombudsman. Dalam hal masyarakat atau pihak terkait tidak puas terhadap pelayanan publik dapat mengajukan tanggapan atau masukan tidak puas terhadap perbaikan yang sudah dilakukan oleh penyelenggara pelayanan publik dan melaporkan pada Ombudsman. Ombudsman menyelesaikan pengaduan keberatan.⁴⁶⁶ Ombudsman wajib melakukan mediasi dan konsiliasi dalam menyelesaikan pengaduan atas permintaan para pihak. Penyelesaian pengaduan dapat dilakukan oleh perwakilan ombudsman di daerah. Bahkan dalam hal penyelesaian ganti rugi, ombudsman dapat melakukan mediasi, konsiliasi, dan adjudikasi khusus. Dalam hal adjudikasi khusus (Pasal 50 ayat (6), (7), (8) Ombudsman diberi amanat untuk membuat Peraturan Ombudsman tentang mekanisme, tatacara dan ketentuan pembayaran ganti rugi dilaksanakan paling lambat 5 (lima) tahun sejak undang-undang ini diundangkan.⁴⁶⁷ Pengawasan represif juga dapat dilakukan dengan partisipasi masyarakat melalui gugatan pada penyelenggara atau pelaksana pelayanan public melalui peradilan tata usaha negara apabila pelayanan yang diberikan menimbulkan kerugian di bidang tata usaha negara. Dalam hal penyelenggara melakukan perbuatan melawan hukum dalam penyelenggaraan pelayanan publik masyarakat dapat mengajukan gugatan terhadap penyelenggara ke pengadilan. Pengajuan gugatan tidak menghapus

⁴⁶⁵ Selengkapnya baca Pasal 47-50 UU no 25 Tahun 2009

⁴⁶⁶ Pasal 28 PP Nomor 96 Tahun 2012

⁴⁶⁷ Seharusnya Peraturan Ombudsman sudah diterbitkan tahun 2014 (5 th setelah UU no 25 Tahun 2009 diundangkan) tetapi sampai dengan tahun 2015 masih dalam taraf sosialisasi draft rancangan peraturan.

kewajiban penyelenggara untuk melaksanakan keputusan ombudsman dan/atau penyelenggara. Dalam hal penyelenggara diduga melakukan tindak pidana dalam penyelenggaraan pelayanan publik sebagaimana diatur dalam undang-undang ini, masyarakat dapat melaporkan penyelenggara kepada pihak berwenang.

4. Kajian Kritis terhadap Pasal-Pasal yang Mengatur Diskresi dalam Undang-Undang Nomor 30 Tentang Administrasi Pemerintahan

Ada beberapa Pasal/ ayat yang esensinya kurang tepat, atau sudah diatur dengan peraturan perundangan yang lain, sehingga jika diatur lagi bahkan dengan aturan yang berbeda dalam UU no 30 Tahun 2014, akan menimbulkan kerancuan dan kebingungan dalam penerapannya. Oleh karena itu maka dapat dikritisi beberapa pasal atau ayat yang mengatur diskresi dalam Undang-Undang Nomor 30 Tentang Administrasi Pemerintahan sebagai berikut :

a. Pasal 1 angka 9 tentang pengertian diskresi :

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.

Menurut peneliti pengertian diskresi adalah : keleluasaan bertindak dari pejabat pemerintah dalam menjalankan wewenang yang menghasilkan peraturan, keputusan dan/atau tindakan untuk mengatasi persoalan konkret yang

dihadapi sehubungan dengan penyelenggaraan pemerintahan dalam hal peraturan perundang-undangan yang memberikan pilihan, tidak mengatur, tidak lengkap atau tidak jelas, dan/atau adanya stagnasi pemerintahan.

b. Pasal 24 : Pejabat Pemerintahan yang menggunakan diskresi harus memenuhi syarat :

- a) sesuai dengan tujuan diskresi sebagaimana dimaksud diberikan;
- b) tidak bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan;
- c) sesuai dengan AUPB;
- d) berdasarkan alasan-alasan yang objektif;
- e) tidak menimbulkan konflik kepentingan; dan
- f) dilakukan dengan itikad baik.

Menurut peneliti terjadi duplikasi persyaratan, mengingat dalam AUPB yang disebutkan dalam Pasal 10 sudah sangat rinci, maka dalam persyaratan diskresi cukup tidak bertentangan dengan peraturan perundang undangan dan AUPB, sedangkan pengujiannya ketepatan penggunaan diskresi lebih pada kemanfaatan bagi masyarakat yang terkena keputusan dan atau tindakan. Sedangkan pengujiannya secara hukum dapat dilakukan, dengan penilaian apakah diskresi tersebut merupakan pelampauan kewewenangan dan/atau pelanggaran hukum . Untuk pelampauan wewenang dapat menggunakan Pasal 30, Pasal 31 dan Pasal 32 yaitu penggunaan diskresi dikategorikan melampaui Wewenang apabila:

1. Penggunaan Diskresi dikategorikan melampaui Wewenang apabila:

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

Pasal ini sebetulnya sudah dituangkan dalam Pasal 18 yaitu: Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan dikategorikan melampaui Wewenang apabila Keputusan dan/atau Tindakan yang dilakukan:

- a. melampaui masa jabatan atau batas waktu berlakunya Wewenang;
- b. melampaui batas wilayah berlakunya Wewenang; dan/atau
- c. bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan

Ketentuan Pasal 26, Pasal 27, dan Pasal 28 (2) menurut peneliti tidak tepat dimasukkan dalam materi muatan undang-undang, sehingga perlu ditinjau kembali. Demikian pula Pasal Pasal selanjutnya yang terkait dengan pasal pasal tersebut.

Akibat hukum dari penggunaan Diskresi menjadi tidak sah, jika: Penggunaan Diskresi dikategorikan mencampuradukkan Wewenang apabila: a. menggunakan Diskresi tidak sesuai dengan tujuan Wewenang yang diberikan; b. tidak sesuai dengan ketentuan Pasal 26, Pasal 27, dan Pasal 28; dan/atau c. bertentangan dengan AUPB.

Akibat hukum dari penggunaan Diskresi dapat dibatalkan, jika penggunaan Diskresi dikategorikan sebagai tindakan sewenang-wenang apabila dikeluarkan oleh pejabat yang tidak berwenang. Akibat hukum dari penggunaan

Diskresi tersebut menjadi tidak sah. Pejabat Pemerintahan yang melanggar ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 8 ayat (2), Pasal 9 ayat (3), Pasal 26, Pasal 27, Pasal 28, Pasal 36 ayat (3), Pasal 39 ayat (5), Pasal 42 ayat (1), Pasal 43 ayat (2), Pasal 44 ayat (3), Pasal 44 ayat (4), Pasal 44 ayat (5), Pasal 47, Pasal 49 ayat (1), Pasal 50 ayat (3), Pasal 50 ayat (4), Pasal 51 ayat (1), Pasal 61 ayat (1), Pasal 66 ayat (6), Pasal 67 ayat (2), Pasal 75 ayat (4), Pasal 77 ayat (3), Pasal 77 ayat (7), Pasal 78 ayat (3), dan Pasal 78 ayat (6) dikenai sanksi administratif ringan.

Perbuatan melawan hukum oleh pemerintah yang merupakan terjemahan dari “onrechtmatig overheidsdaad” yang dibedakan antara perbuatan pemerintah yang bersifat *publiekrechtelijke* dan yang bersifat *privatrechtelijke*. Sifat perbuatan pemerintah yang kedua yang memungkinkan pemerintah digugat secara perdata. Sedangkan perbuatan pemerintah yang bersifat *publiekrechtelijke* tidak dapat digugat secara perdata. Forum yang digunakan adalah Ombudsman (khusus untuk pelayanan publik) atau Pengadilan Tata Usaha Negara (PTUN). Namun jika dalam putusan PTUN terdapat unsur perbuatan melawan hukum, maka pertanggungjawaban pidana.

BAB V

PENUTUP

A. Kesimpulan

Berdasarkan hasil kajian terhadap beberapa permasalahan yang ada, maka dapat diambil kesimpulan sebagai berikut :

1. Penerapan diskresi dalam penyelenggaraan pemerintahan daerah sangat diperlukan, karena Pemerintahan Daerah berwenang mengatur dan mengurus urusan pemerintahan menurut asas desentralisasi dan tugas pembantuan. Penyerahan wewenang yang luas pada daerah, harus diimbangi dengan kemampuan inisiatif, kreatifitas dan inovasi untuk pengembangan daerah masing masing. Hukum responsif memperluas diskresi untuk mencapai tujuan secara efektif dan efisien. Namun Undang Undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah memberi batasan penerapan diskresi. Adanya kewajiban penyelenggaraan pemerintahan daerah untuk menggunakan NPSK (Norma, Prosedur, Sistem dan Kreteria) dan SPM (Standar Pelayanan Minimal) yang ditetapkan oleh Pemerintah Pusat akan mengurangi penggunaan diskresi di daerah, karena Pemerintah Pusat dapat membatalkan kebijakan pemerintah daerah yang tidak berdasarkan NSPK dan SPM. SPM yang berisi tolok ukur kinerja pelayanan dibuat seragam seluruh wilayah di Indonesia menyebabkan adanya hambatan untuk pengembangan daerah karena kemajuan dan sumber daya daerah tidak sama. Undang-Undang

Berdasarkan hasil kajian terhadap beberapa permasalahan yang ada, maka dapat diambil kesimpulan sebagai berikut :

1. Penerapan diskresi dalam penyelenggaraan pemerintahan daerah sangat diperlukan, karena Pemerintahan Daerah berwenang mengatur dan mengurus urusan pemerintahan menurut asas desentralisasi dan tugas pembantuan. Penyerahan wewenang yang luas pada daerah, harus diimbangi dengan kemampuan inisiatif, kreatifitas dan inovasi untuk pengembangan daerah masing masing. Hukum responsif memperluas diskresi untuk mencapai tujuan secara efektif dan efisien. Namun Undang Undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah memberi batasan penerapan diskresi. Adanya kewajiban penyelenggaraan pemerintahan daerah untuk menggunakan NPSK (Norma, Prosedur, Sistem dan Kreteria) dan SPM (Standar Pelayanan Minimal) yang ditetapkan oleh Pemerintah Pusat akan mengurangi penggunaan diskresi di daerah, karena Pemerintah Pusat dapat membatalkan kebijakan pemerintah daerah yang tidak berdasarkan NSPK dan SPM. SPM yang berisi tolok ukur kinerja pelayanan dibuat seragam seluruh wilayah di Indonesia menyebabkan adanya hambatan untuk pengembangan daerah karena kemajuan dan sumber daya daerah tidak sama. Undang-Undang

Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan juga memberikan batasan bagi penerapan diskresi. Diskresi diatur secara

sangat terperinci yang dituangkan dalam Pasal 22 sampai dengan 32. Terdapat beberapa ketentuan yang membatasi penerapan diskresi, termasuk bagi pejabat di pemerintahan daerah. Batasan tersebut antara lain pada : a. Pasal 25 ayat (1): ayat (2); ayat (3) ; ayat (4): b. Pasal 26 ayat (2); ayat (3): ayat (4). ayat (5).

Dari pembatasan pembatasan tersebut maka penerapan diskresi pada Pemerintahan Daerah belum sepenuhnya berkarakteristik hukum responsif. Pembatasan dengan peraturan yang terperinci merupakan karakteristik hukum otonom.

- 2 Integritas pejabat merupakan salah satu indikator yang dapat dipakai untuk mengukur ketepatan penggunaan diskresi. Integritas pejabat dapat dilihat dari peraturan, keputusan dan atau tindakan yang dihasilkan sebagai bentuk penerapan. Jika penerapan diskresi kepala daerah dikonstruksikan sebagai hukum integratif, yang mencakup hukum sebagai sistem nilai, sistem norma dan sistem perilaku, maka peraturan, keputusan dan/atau tindakan yang dihasilkan akan mencerminkan nilai Pancasila. Sebagai dasar bagi pembentukan peraturan, keputusan dan tindakan yang tepat, integritas Kepala Daerah turut berkontribusi terhadap ketepatan peraturan, keputusan dan/atau tindakan yang dibuat berdasarkan penerapan diskresi, dalam hal ini Bupati atau Walikota.
3. Diskresi yang ideal dapat diterapkan pada Pemerintahan Daerah, jika Pemerintah Daerah mampu membangun tata kelola pemerintahan

dengan mengacu pada *prinsip prinsip good governance*. Sinergi antar berbagai pihak/stakeholders baik itu swasta/ pelaku usaha , masyarakat sipil (*civil society*) dibangun dengan kedudukan yang tidak hirarkis tapi ada kesetaraan dan kemitraan. Pemberdayaan publik melalui partisipasi khususnya dalam mengambil langkah langkah untuk membuat peraturan, keputusan dan/atau tindakan diskresi harus dilakukan pada semua tingkatan proses baik dalam proses perumusan, dalam pelaksanaan maupun dalam evaluasi atau pengawasan. Pemerintah Daerah wajib membuat standard pelayanan publik sesuai dengan kebutuhan dan kemampuan sumber daya yang dimiliki daerah, sehingga masyarakat di daerah tersebut tahu jenis pelayanan publik yang disediakan, bagaimana mendapatkan aksesnya serta kejelasan dalam prosedur dan biaya untuk memperoleh pelayanan publik tersebut serta teknis. Penerapan diskresi yang tepat sebagai model penerapan diskresi yang ideal yaitu :

- a. Mengacu pada peraturan perundang undangan terkait dengan kewenangan yang melekat pada jabatan pengambil inisiatif diskresi untuk menghindari penyalahgunaan wewenang.
- b. Produk hukum dan/ atau tindakan yang dihasilkan dari diskresi harus mencerminkan nilai (*values*) Pancasila dengan sila Pertama sebagai konsep profetiknya.
- c. Harus berdasarkan Asas Asas Umum Pemerintahan yang Baik (AUPB) ;

- d. Harus berdasarkan etika publik yang dibuat oleh pemerintah dengan mengacu pada Tap MPR Nomor VI/MPR/2001 tentang Etika Kehidupan Berbangsa yang berisi pokok-pokok etika dalam kehidupan berbangsa mengedepankan kejujuran, amanah, keteladanan, sportifitas, disiplin, etos kerja, kemandirian, sikap toleransi, rasa malu, tanggung jawab, menjaga kehormatan serta martabat diri sebagai warga bangsa dan ditegakkan melalui lembaga penegak kode etik yang independen.
- e. Masyarakat berhak mengadakan penerapan diskresi kepada badan administratif sendiri, Ombudsman, Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Provinsi, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Kabupaten/ Kota. Penyelesaian sengketa semacam ini dapat berakibat penyelenggara dijatuhi sanksi administratif. Sanksi administrasi yang berupa sanksi administratif ringan untuk Pasal 26, Pasal 27, Pasal 28, sanksi administrasi sedang untuk Pasal 25 ayat (1) dan Pasal 25 ayat (3), tidak mencukupi. Apabila penggunaan diskresi merupakan perbuatan melawan hukum oleh pemerintah (*onrechtmatig overheidsdaad*) jika bersifat *privatrechtelijke* pemerintah bisa digugat secara perdata dengan sanksi perdata dan perbuatan pemerintah yang bersifat *publiekrechtelijke* dapat dimintakan

pertanggung jawaban administratif baik melalui badan administratif, pengaduan ke Ombudsman maupun Pengadilan Tata Usaha Negara.

B. Saran

1. Pemerintah Daerah sebaiknya diberikan kewenangan untuk menetapkan standar pelayanan di daerah sesuai dengan kebutuhan dan kemampuan masing masing daerah. Mengacu pada tujuan kesejahteraan sebagai tujuan nasional, Dengan landasan peraturan perundang undangan dan AUPB serta prinsip-prinsip *Good Governance*, penyelenggaraan pelayanan publik di daerah, termasuk di dalamnya penerapan diskresi diawasi melalui partisipasi warga dan tersedianya sarana *complain*. Partisipasi warga dapat berupa pengawasan prefentif dan represif. Sarana *complain* dapat melalui penyelesaian administratif, ombudsman dan pengadilan. Agar pemenuhan hak-hak masyarakat lebih terjamin maka institusi *complain* yaitu penyelenggara pelayanan sendiri melalui upaya keberatan dan banding, Ombudsman, Peradilan TUN dan Peradilan Umum harus mandiri dan mudah diakses oleh masyarakat. Perlu diatur penjatuhan sanksi terhadap penggunaan diskresi yang menyimpang dari tujuan wewenang diberikan dan termasuk dalam penyalahgunaan wewenang. berupa sanksi administrasi disertai sanksi perdata atau sanksi pidana,

2. Nilai nilai luhur bangsa Indonesia yaitu Pancasila sebagai Ideologi nasional dan dasar negara haruslah tercermin dalam perilaku penyelenggaraan pemerintahan dalam hal ini kepala daerah, sehingga cita-cita yang terkandung dalam kelima sila Pancasila itu benar-benar dapat diwujudkan dalam kenyataan praktik. Nilai Ketuhanan tercermin pada seluruh penyelenggaran pemerintahan daerah. Dengan memahami konsep *profetik intelligence*, maka Kepala Daerah akan mudah memahami AUPB dan prinsip prinsip *good governance*. Oleh karena itu pemahaman tentang hal hal tersebut harus menjadi syarat dalam proses Pemilihan Kepala Daerah (Pilkada). Pada saat menjalankan pemerintahannya Kepala Daerah harus dievaluasi dengan melibatkan partisipasi warga masyarakat untuk turut serta memberikan penilaian pada Kepala Daerahnya melalui sistem yang dibangun di daerah. Pengawasan mestinya banyak dilakukan oleh masyarakat, dengan paradigma pemerintahan sebagai pelayan berubah menjadi paradigma pemenuhan hak warga. Otonomi daerah tidak diperlakukan sama bagi seluruh pemerintahan daerah di Indonesia, tetapi dikategorikan dengan meneringkatan/tingkatan tergantung dari penilaian terhadap daerah dengan menetapkan indikator indikator yang dapat terukur. Tingkatan ini berpengaruh terhadap kewenangan yang diserahkan pada daerah yang semakin tinggi (berhasil) suatu pemerintahan daerah, semakin besar kewenangan yang diberikan termasuk kewenangan menggunakan diskresi.

3. Dilakukan revisi pada beberapa Pasal atau ayat dalam Undang Undang Nomor 30 tentang Administrasi Pemerintahan, khususnya perihal diskresi, yaitu sebagai berikut :

a. Pengertian diskresi pada Pasal 1 angka 9, direvisi menjadi :

Diskresi adalah: inisiatif bertindak dari pejabat pemerintah berdasarkan wewenangnya untuk mengatasi persoalan konkret yang dihadapi dalam penyelenggaraan pemerintahan dalam hal peraturan perundang-undangan memberikan pilihan, tidak mengatur, tidak lengkap atau tidak jelas, dan/atau adanya stagnasi pemerintahan, hasil dari diskresi dapat berupa peraturan, keputusan dan/atau tindakan.

b. Syarat Pejabat Pemerintahan yang menggunakan diskresi pada Pasal 24, cukup a, b dan c, karena d, e, f sudah termasuk dalam syarat a, b dan c;

c. Ketentuan Pasal 26, Pasal 27, dan Pasal 28 (2) tidak tepat dimasukkan dalam materi muatan undang-undang, sehingga perlu ditinjau kembali. Demikian pula pasal pasal selanjutnya yang terkait dengan pasal pasal tersebut.

DAFTAR PUSTAKA

Adisasmita, Rahardjo, *Pengelolaan Pendapatan dan Anggaran Daerah*. Makassar: Penerbit PPKED, 2009.

- Addink, G.H. et.al (Eds.), *Sourcebook Human Right & Good Governance*, Utrecht : Universiteit Utrecht, 2010.
- Al-Buthy, Ramadhan, *Dhawaabith al-Maslahah*, terbitan Daar al-Muttahidah, (cetakan kelima) tahun 1990.
- Apeldoorn, Van, *Pengantar Ilmu Hukum*, Jakarta: Pratnya Paramita, 1976.
- Asshidiqqie, Jimly, *Pengantar Hukum Tata Negara Indonesia*, Jilid II (cet:1) Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi-RI, 2006.
- , *Pokok-Pokok Hukum Tata Negara Indonesia Pasca Reformasi*, Jakarta: Sekretariat –Kepaniteraan MK-RI, 2006.
- , *Perihal Undang-Undang*, Jakarta, Konstitusi Press, 2008.
- Atmasasmita, Romli, *Teori Hukum Integratif*, Jogjakarta : Genta Publishing 2012.
- Admosudirdjo, Prajudi, *Hukum administrasi Negara*, Jakarta: Ghalia Indonesia, 1981
- Baderin, Mashmood A, *International Human Rights and Islamic Law*, (Terjemahan; Musa Kazhim dan Edwin Ariin) Jakara: Komnas HAM, 2010
- Basah, Sjachran *Perlindungan Terhadap Sikap-Tindak Administrasi Negara*, Bandung : Alumni, 1992
- Basah, Sjachran, *Eksistensi dan Tolok Ukur Badan Peradilan Administrasi di Indonesia*, Bandung : Penerbit Alumni, 1997.
- Benveniste, Guy. *Birokrasi*, Raja Grafindo . Jakarta: Persada, 1997
- Briggink, JJH, *Refleksi Tentang Hukum Alih Bahasa* B.Arief Sidharta, Bandung: Citra Aditya Bhakti, 1996 .
- Budiardjo, *Dasar Dasar Ilmu Politik* (Cet.10), Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2002.
- Budiono, Herlien, *Asas Keseimbangan Bagi Hukum Perjanjian Indonesia, Hukum Perjanjian Berlandaskan Asas-asas Wigati Indonesia*, (Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2006.
- Campbell Black, Henry. *Black's Law Dictionary*, (Fifth Edition) :by The Publishers Editorial Staff : St Paul Minns Publishing .Co.1979.
- Darmodiharjo Dardji dan Shidarta, *Pokok-pokok Filsafat Hukum : Apa dan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia*, Jakarta : Gramedia, 2004.
- Dimiyati, Khudzaifah, *Pemikiran Hukum Konstruksi Epistemologis Berbasis Budaya Hukum Indonesia*, Yogyakarta, Genta Publisindo, 2014.
- Dwiyanto, Agus dkk, *Reformasi Tata Pemerintahan dan Otonomi Daerah*, Yogyakarta, Pusat Studi Kependudukan dan Kebijakan UGM, 2003
- Fajar, Mukti dan Yulianto Achmad, *Dualisme Penelitian Hukum Normatif dan Empiris*, PUSTAKA PELAJAR, Yogyakarta, 2010.
- Friedman, Lawrence. M, *Sistem Hukum Perspektif Ilmu Sosial*, terj: M.Khosim, Bandung: Nusa Media, 2009.
- Galligan, D.J, *Discretionary Power*, Oxford Press University, New York, 1990
- Hadjon, Philipus M at.all, *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia*, (Cet.VII) (Yogyakarta:Gajahmada University Press, 2001
- Gie, The Liang, *Materi Pokok Etika Administrasi Pemerintahan*, Modul Universitas Terbuka, Jakarta : Karunika. 1987.

- Hamim , Sufian dan Indra Muchlis Adman, *Perilaku Organisasi dan Kepemimpinan*, Pekanbaru: Universitas Islam Riau Press, 2005.
- HR, Ridwan, *Hukum Administrasi Negara*, Yogyakarta, UII Press, 2002.
- , *Diskresi dan Tanggung Jawab Pemerintah*, FH UII Press, Yogyakarta, 2014
- Hutabarat, Martin H. dkk. (penyunting), *Hukum dan Politik Indonesia Tinjauan Analitis Dekrit Presiden dan Otonomi Daerah*, Jakarta, Pustaka Sinar Harapan, 1996.
- Hasibuan, Malayu S.P, *Manajemen: Dasar, Pengertian, dan Masalah*, Jakarta: PT. Bumi Aksara, 2006.
- Huda, Ni'matul *Perkembangan Hukum Tata Negara Perdebatan dan Gagasan Penyempurnaan*, Yogyakarta: H UII Press, 2014.
- Indarti, Erllyn, *Diskresi Polisi*, Semarang: Badan Penerbit Undip, 2002
- Jones, B.L. *Garner's Administrative Law*, Seventh Edition, Butterworths, London and Edinburgh, 1989.
- Mc Leand, Lain and Alistair Mc Millan, *The Concise Oxford Dictionary of Politics* (3 ed.), Yale: Oxford University Press, 2009.
- Kamaludin, *Undang Ahmad Filsafat Manusia, Sebuah Perbandingan Antara Islam dan Barat* Bandung: Penerbit Pusataka, 2012.
- Kencana, Inu, *Pengantar Ilmu Pemerintahan*, Eresco, Bandung, 1992.
- Kumorotomo, Wahyudi, *Etika Administrasi Negara*, Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2007.
- Kuntowijoyo, *Islam Sebagai Ilmu Epistemologi, Metodologi dan Etika*, Yogyakarta: Penerbit, Tiara Wacana, 2007.
- Kusumaatmadja, Mochtar, *Fungsi dan Perkembangan Hukum Dalam Pembangunan Nasional*, Bandung: Alumni, 1994.
- Kusumaatmadja, Mochtar, *Fungsi dan Perkembangan Hukum Dalam Pembangunan Nasional*, Bandung: Alumni, 1994.
- Kusmiyati, Cristiyana Yuni, *Laporan Observasi Penanganan Pasca Bencana Gempa Bumi di Daerah Istimewa Yogyakarta*, Bandung : Universitas Katholik Parahiyangan , 2006.
- Kusnardi, Moh dan Saragih, Bintar, *Ilmu Negara*, Jakarta: Gaya Media Pratama, 2000.
- Mahadi, *Hak Milik Dalam Sistem Hukum Perdata Nasional*, Jakarta :BPHN, 1986.
- Manan, Bagir , *Hubungan Pusat dan Daerah Menurut UUD 1945* Jakarta: Rineka Cipta, 1994.
- dan Kuantanan Magnar, *Beberapa Masalah Hukum Tata Negara Indonesia*, Alumni, Bandung, 1997.
- , *Menyongsong Fajar Otonomi Daerah*, (Yogyakarta: PSH FH UII, 2001.
- , *Lembaga Kepresidenan*, Pusat Studi Hukum UII dan Gama Media, Yogyakarta, 1999.
- Martosoewignyo, R. Sri Soemantri, , "Bentuk Negara dan Implementasinya Berdasarkan UUD 1945", *Masalah Ketatanegaraan Indonesia Dewasa ini* , (Padmo Wahyono ed), Jakarta: Ghalia Indonesia, 1984.

- , *Mengenal Hukum: Suatu Pengantar*, Yogyakarta: Liberty, 2005.
- Moleong, Lexi J. *Metode Penelitian Kualitatif* Bandung: PT. Remaja Rosdakarya: 2000 .
- NN, *Kamus Pusat Pembinaan dan Pengembangan Bahasa, Kamus Besar Bahasa Indonesia* , Jakarta : Balai Pustaka, Ed.II.Cet.9, 1997.
- Marzuki , Peter Mahmud, *Penelitian Hukum*, Jakarta : Kencana, 2005.
- M. Amirin, Tatang, *Menyusun Rencana Penelitian*, Jakarta , Rajawali Pers. 1990,
- Muchsan, *Sistem Penawasan Terhadap Perbuatan Aparat Pemerintah dan Peradilan Tata Usaha Negara di Indonesia*, Liberty, Yogyakarta, 1992 .
- Nonet , Philippe dan Philip Szelnick, *Hukum Responsif*, (terj: Raisul Muttaqien). , Bandung: Nusamedia, 2007
- NN, *Prinsip-Prinsip Limburg* , Terj. Komnas HAM, Yogyakarta : PUSHAM UII dan NCHR Universitas Oslo.
- Panjaitan, Saut P. "Makna dan Peranan Freies Ermessen dalam Hukum Administrasi Negara", SF. Marbun .et (Penyunting), *Dimensi-Dimensi Pemikiran Hukum Administrasi Negara*, Yogyakarta , UII Press. 2002.
- Rahardjo, Satjipto, *Membedah Hukum Progresif*, Jakarta, Penerbit buku Kompas, 2006.
- , *Ilmu Hukum*, Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2000.
- Retno, Ismawati, Herry Zudiyanto, Walikota yang Besar Kepala, (Cet II) Yogyakarta: Gelar, 2012.
- Pope, Jeremy, *Strategi Memberantas Korupsi* (Edisi Ringkasan) diringkas oleh Tjahyono, EP Cetakan Kedua, (Jakarta: diterbitkan atas Kerjasama Transparency International & Transparansi Internasional Indonesia , April 2008.
- Salim, Agus, *Teori dan Paradigma Penelitian Sosial*, Yogyakarta: Tiara Wacana, 2006.
- Saukani , HR, *Akses dan Indikator Tata Kelola Daerah yang Baik*, Yogyakarta: LkiS, , 2003.
- Sedarmayanti, *Good Governance dalam Rangka Otonomi Daerah Upaya Membangun Organisasi Efektif Melalui Restrukturisasi dan Pemberdayaan*, Bandung: Mandar Maju, 2003.
- Ridwan, Juniarso dan Achmad Sodik Sudrajat, *Hukum Asministrasi negara dan Kebijakan Pelayanan Publik*, Bandung: Nuansa, 2012.
- Smith, Rhona K.M. dkk, *Hukum Hak Asasi Manusia*, Cet.II, (Ed: Knut .D.Asplund, Suparman Marzuki, Eko Riyadi), Yogyakarta : Pusham UII, 2010.
- Sunggono, Bambang , *Metodologi Penelitian Hukum*, Jakarta, PT. Raja Grafindo Persada, 1996.
- Simarmata, Henry Thomas, et.all *Negara Kesejahteraan dan Globalisasi*, Jakarta : PSIK & The Asia Fondation, 2007.
- Stephen.R, Covey, *Principle Centered Leadership*, Terjemahan Sanjaya Julius dan Lindon Saputra Jakarta: Binarupa Aksara, 1997.

- Syamsudin (Penyunting), *Ilmu Hukum Profetik Gagasan Awal Landasan Kefilsafatan dan Kemungkinan Pengembangannya di Era Postmodern*, Yogyakarta, FH UII Press, 2013.
- Swasono, Sri Edi, *Indonesia dan Doktrin Kesejahteraan Sosial*, Jakarta: Perkumpulan PraKarsa, 2010.
- , *Menolak Neoliberalisme dan Membangun Ekonomi Nasional* Yogyakarta: PUSTEP, 2010.
- Thalib, Abdul Rasyid, *Wewenang Mahkamah Konstitusi dan Implikasinya dalam Sistem Ketatanegaraan Republik Indonesia*, Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2006.
- Tjandra, Riawan, *PTUN Mendorong Terwujudnya Pemerintahan Yang Bersih dan Berwibawa*, Yogyakarta: Universitas Atmajaya Yogyakarta, 2009
- Utomo, Warsito, *Administrasi Publik Bam Indonesia*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2006.
- Utrecht, R.A. *Pengantar Hukum Administrasi*, Pustaka Tinta Mas, Surabaya. 1988,
- Utomo, Warsito, *Administrasi Publik Bam Indonesia*, Yogyakarta, Pustaka Pelajar, 2006.
- Wahyudi, Yudian, *Maqashid Syari'ah Pergulatan Politik, Berfilsafat Hukum islam dari Harvard ke Sunan Kalijaga*, Yogyakarta: Pesantren Nawasea Press, 2007.
- Wignyosoebroto, Soetandyo, *Hukum, Paradigma, Metode dan Dinamika Masalahnya*, Jakarta : ELSAM dan HUma. 2002.
- Riggs, Fred W, *Administration in Developing Countries : The Theory of Prismatic Society*, Boston: Houghton Mifflin Company, 1964.

Disertasi :

- Bambang Eko Suharto, *Responsivitas dan Akuntabilitas Pemerintah Lokal dalam Menuju Good Governance*, Fakultas Ilmu Administrasi Universitas Brawijaya. Malang, 2010
- Enni Nurbaningsih, *Aktualisasi Pengaturan Kewenangan Mengatur Urusan Daerah Dalam Peraturan Daerah (Ringkasan Disertasi)*, PPS Fakultas Hukum Universitas Gajah Mada, 2011
- Ridwan, *Rekonstruksi Penggunaan Diskresi Kajian tentang Sarana Kontrol Penyelenggaraan Pemerintah Melalui Perjanjian Kebijakan*, Pasca Sarjana UNDIP 2010
- Ridwan HR, *Diskresi dan Tanggung Jawab Pejabat dalam Penyelenggaraan Pemerintahan di Indonesia*, Universitas Airlangga, Surabaya, 2013.
- Ridwan Khairandy, *Etikad Baik Dalam kebebasan berkontrak Studi Mengenai Putusan Putusan Pengadilan di Indonesia*, Universitas Indonesia, 200
- Wahidan R, Bulan, *Lokal Reform di Kota Solo pada Era Jokowi (2005-2012) Tindakan Agen Mempengaruhi Struktur dan Relasi Multi Aktor pada Kasus Penataan PKL dan Pemukiman Penduduk Bantaran Sungai Bengawan Solo (Ringkasan Disertasi)*, Jakarta: UI, Februari 2013

Tesis

I Nengah Suriata, *Fungsi Kepala Daerah Dalam Penyelenggaraan Pemerintahan Daerah Sesuai dengan Prinsip/Prinsip Demokrasi*, Universitas Udayana 2011.

Hasil Penelitian.

Bambang Sulistiyono, *Prediksi Genangan Kali Code di Kota Yogyakarta Pasca Erupsi Merapi 2010*. dppm, UII.2010.

Makalah/Jurnal

Abu Samah, Siti Akmar et.all. "Prophetic Best Practices in Business for Human Capital Development" Journal article, *GJAT*, Vol.1 ISSUE. December 2011.

Anggara, Wisesa, "Integritas Moral Dalam konteks Pengambilan Keputusan Etis", *Jurnal Manajemen Teknologi*, Vol. 10. No.1 tahun . 2011.

Asshiddiqie, Jimly, "Penerapan Islam Dalam Membangun Pemerintahan yang Bersih dan Berwibawa" *Orasi dalam rangka Silaturahmi Dewan Dakwah Islamiyah Indonesia (DDII)*, Jakarta, 25 September, 2011

Atmasasmita, Romli, "Penyalahgunaan Wewenang Oleh Penyelenggara Negara", *Seminar Nasional HUT IKAHI*, Jakarta: 26 Maret 2015.

Goesniadhie S, Kusnu, "Analisis Mewujudkan Desentralisasi dan Otonomi Daerah" dalam *Jurnal Hukum Maksigama, Fakultas Hukum Universitas Wisnuwardhana Malang*, Vol. XXXIII, No.1, Mei 2009

Hadjon, Philipus M. *Discretionary Power dan Asas-Asas Umum Pemerintahan Yang Baik (AAUPB)*, Paper disampaikan pada Seminar Nasional, *Aspek Pertanggungjawaban Pidana Dalam Kebijakan Publik pada Tindak Pidana Korupsi*, Semarang 6-7 Mei 2004

-----, Tentang Wewenang, Makalah (tanpa tahun) Universitas Airlangga

-----, "Peradilan Tata Usaha Negara dalam Konteks Undang Undang Nomor 30 Tahun 2014", Colloquium Membedan Undang Undang Nomor 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan, Surabaya:5 Juni 2015

Harkrisnowo, Harkristuti, Laporan Pelaksanaan Rapat Koordinasi Dalam Rangka Implementasi Instrumen HAM Yang Telah Dirativikasi Indonesia (Kovenan Hak Ekonomi, Sosial Dan Budaya), Tahun 2010, Jakarta: Kementerian Hukum dan Ham, 2010.

Hidayat, Syarif, "Desentralisasi untuk Pembangunan Daerah, Dialog Kelompok *Positivists Realitivists*", dalam *Jurnal Hukum Jentera*, Edisi 14 tahun IV Oktober-Desember 2006

Indarti, Erlyn, Pidato Pengukuhan *Diskresi dan Paradigma Sebuah Telaah Filsafat Hukum*, Penerbit Badan Penerbit Universita Diponegoro, Semarang, 2010.

Jenie, Siti Ismijati, *Itikad Baik Dari Asas Hukum Khusus Menjadi Asas Hukum Umum di Indonesia*, Pidato Pengukuhan Jabatan Guru Besar Universitas Gajah Mada, (Yogyakarta: UGM, 10 September 2007

- Manan, Bagir "Pembangunan Hukum Di Bidang Pelayanan", (makalah) disampaikan dalam dialog *Perencanaan Hukum Nasional*, BPHN, Denpasar, 27 September 2012.
- Marzuki, Laica "Menyoal Penggunaan Diskresi Dalam Penyelenggaraan Pemerintahan", *Seminar Nasional HUT IKAHI*, 26 Maret 2015
- Marzuki, HM Laica "Menyoal Penggunaan Diskresi Dalam Penyelenggaraan Pemerintahan (Mengkritisi Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan)", *Seminar Nasional HUT IKAHI*, Jakarta: 26 Maret 2015.
- Nirwanto, Andi, "Arah Pemberantasan Korupsi ke Depan-Pasca Undang Undang Administrasi Pemerintahan", *Seminar Nasional HUT IKAHI*, 26 Maret 2015
- Marzuki, Suparman "Upaya Litigasi dan Non Litigasi atas Pelanggaran HAM EKOSOB di Indonesia", Makalah Workshop HAM, *Memperkuat Justisiabilitas Hak-Hak EKOSOB Prospek dan Tantangan*, Jogjakarta: PUSHAM UII-NCHR-Universitas Oslo, 13-15 Oktober 2007
- Nirahua Salmon Eliazer Marthen, "Penggunaan Diskresi Dalam Tindakan Pemerintah" orasi inaugurasi dalam rangka penerimaan jabatan akademik/fungsional dosen sebagai Profesor, Universitas Pattimura, Jum'at, 11 Juni 2012
- Kamali, Siyash Shar'iyah or the Policies of Islamic Government' *The American Journal of Islamic Social Sciences*, 1989, No. 1
- Simarmata, Henry T, dalam Keterangan sebagai Saksi Ahli Putusan Mahkamah Konstitusi nomor 3/PUU-VIII/2010 Tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 27 Tahun 2007 tentang Pengelolaan Wilayah Pesisir dan Pulau-Pulau Kecil (Pasal 1 Angka 4,7, dan 18, Pasal 16 ayat (1), Pasal 14 ayat (1), Pasal 18, Pasal 20, Pasal 21, Pasal 23 ayat (2), (4), (5), (6), dan Pasal 60 ayat (1)),
- , *Pondasi Etis Negara Kesejahteraan*, Makalah, diskusi serial yang diselenggarakan bersama oleh PSIK Indonesia (Pusat Studi Islam dan Kenegaraan Indonesia), Yayasan Kertagama, INDED (Indonesian Institute for Development and Democracy), PPE Institute (Indonesian Institute of Politics, Philosophy Economics). Diskusi pertama dengan tema "Pondasi Etis Negara Kesejahteraan", Jakarta, 1 Desember 2011
- Siswanto, Heri Materi, FGD, *Penerapan Diskresi : Paradikma Kontinjensi pada Penanggulangan Bencana*, FH UJB dan BPBD DIY dan BPBD Kabupaten dan Kota se DIY, 2 Oktober 2015
- Sidharta, B. Arief, *Etika dan Kode Etik Profesi Hukum*, Makalah pada Diklat Mata kuliah. Filsafat Hukum (S3) UII.
- Thontowi, Jawahir, "Paradigma Profetik Dalam Pengajaran dan Penelitian Ilmu Hukum, *Jurnal UNISIA*, Vol ,XXXIV/No.76 Januari 2012
- Yuliani, Sri . "Analisis Sustainability Kebijakan Relokasi Pedagang Kaki Lima (PKL) di Kota Surakarta". *Spirit Publik*, Volume 8, Nomor 2, 2012
- NN, "Temu kenal Cita Hukum dan Penerapan Asas-asas Hukum Nasional" *Badan Pembinaan Hukum Nasional dari Masa ke Masa*, 1995, Jakarta: Badan Pembinaan Hukum Nasional, 22-24 Mei 1995,

Peraturan Perundang-undangan

- Indonesia, Undang Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945
- Indonesia, Ketetapan MPR RI No. I/MPR/2003 Tentang Peninjauan Terhadap Materi Dan Status Hukum Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Sementara Dan Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia Tahun 1960 Sampai Dengan Tahun 2002
- Indonesia, Ketetapan MPR RI No. VI/MPR/2003 Tentang Etika Kehidupan Bernegara
- Indonesia, Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 Lembaran Negara Tahun 1986 Nomor 77 tentang Peradilan Tata Usaha Negara
- Indonesia, Undang-undang Nomor 28 Tahun 1999, Lembaran Negara Tahun 1999 Nomor 75, Tambahan Lembaran Negara Nomor 3851 tentang Penyelenggaraan Negara Yang Bersih, Kolusi, dan Nepotisme.
- Indonesia, Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 Nomor 165; Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3886 tentang Hak Asasi Manusia
- Indonesia, Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2004, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2004 Nomor 150 Tambahan Lembaran Negara Nomor 4456 tentang. Sistem Jaminan Sosial Nasional Indonesia,
- Indonesia Undang Undang Nomor 11 Tahun 2005, Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 118 Tahun 2005, Tambahan Lembaran Negara Nomor 4557 tentang Ratifikasi Kovenan Hak Hak Ekonomi Sosial dan Budaya
- Indonesia, Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2009 , Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 12, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4967, tentang Kesejahteraan Sosial tentang Kesejahteraan Sosial
- Indonesia, Undang-Undang Nomor 39 Tahun 2008 , Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2008 Nomor 166, tentang Kementerian Negara
- Indonesia, Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2009 , Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 112, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5038 tentang Pelayanan Publik.
- Indonesia, Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 23 Tahun 2014, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 244, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5587) sebagaimana telah beberapa kali diubah, terakhir dengan Undang-Undang Nomor 9 Tahun 2015, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2015 Nomor 58, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5679 tentang Pemerintah Daerah.
- Indonesia, Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 30 Tahun 2014 Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 292, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5601 tentang Administrasi Pemerintahan.
- Indonesia, Peraturan Pemerintah Nomor 68 Tahun, Tambahan Lembaran Negara Nomor 3851 tentang Tata Cara Peran Serta Masyarakat Dalam Penyelenggaraan Negara

Indonesia Peraturan Pemerintah (PP) 65 Tahun 2005 Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2005 Nomor 138, Tambahan Lembaran Negara Nomor 4576 tentang Pedoman Penyusunan dan Penerapan Standar Pelayanan Minimal

Indonesia, Peraturan Pemerintah Nomor 38 Tahun 2007, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2007 Nomor 82, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4737 tentang Pembagian Urusan Antara Pemerintahan Propinsi dan Pemerintahan Daerah Kabupaten/Kota

WEBSITE

<http://dx.doi.org/10.4236/blr.2012.33017> Published Online September 2012, (<http://www.Scirp.org/journal/blr>) Yang Yang, "Fundamental Research on the Administrative Discretion Standard" *Beijing Law Review*, 2012, 3, 128-132 2014.

<https://www.academia.edu/8204481/> Local Reform Di Kota Solo Pada Era Kepemimpinan Jokowi Tahun 2005-2012 Tindakan Agen Mempengaruhi dan Relasi Multi Aktor Pada Kasus Penataan PKL dan Pemukiman Bengawan Solo.

<http://www.jimly.com/liputanmedia> , Jimly Asshiddiqie, Peradilan Etika,

<http://www.britannica.com/EBchecked/topic/639266/welfare-state>

<https://www.academia.edu/2477525/> Alfitri, "Ideologi *Welfare State* Dalam Dasar Negara Indonesia: Analisis Putusan Konstitusi Terkait Sistem jaminan Sosial Sosial Nasional"

<https://oapsnetwork.wordpress.com/2014/02/17/penggunaan-diskresi-dalam-tindakan-pemerintah>, Nirahua Salmon Eliazer Marthen, "PENGUNAAN DISKRESI DALAM TINDAKAN PEMERINTAH" orasi inaugurasi dalam rangka penerimaan jabatan akademik/fungsional dosen sebagai Profesor , Universitas Pattimura, Jum'at, 11 Juni 2012

<http://dx.doi.org/10.4236/blr.2012.33017> Published Online September 2012, (<http://www.SciRP.org/journal/blr>) Yang Yang, "Fundamental Research on the Administrative Discretion Standard" *Beijing Law Review*, 2012, 3, 128-132

<http://inovasi.lan.go.id/index.php> Yanlik/WAY

<http://www.drsp-usaid.org/publications/index.cfm?fuseaction=throwpub&ID=>

Suhrman, *Partisipasi Warga dan Tata Pemerintahan Daerah* www.slideshare.net/triwidodowutomo/membangun-kepemerintahan Paparan Tri Widodo Utomo, 2010,

<http://www.jimly.com/liputanmedia> , Jimly Asshiddiqie, Peradilan Etika

<http://download.portalgaruda.org/article>. Muhammad Tavip, *The Dynamic Concept of Welfare State in Indonesia Constitution*

<http://www.scribd.com/doc/172648526/Prismatik-Society-Riggs>

<http://fpks-dprd-jakarta.org/opini/pemerintahan/mechanisme-kontrol-masyarakat.htm>. Maria Ahdiati

<http://www.businesreview.co.id.html> Ketua Umum Asosiasi Pemerintah

Indonesia Peraturan Pemerintah (PP) 65 Tahun 2005 Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2005 Nomor 138, Tambahan Lembaran Negara Nomor 4576 tentang Pedoman Penyusunan dan Penerapan Standar Pelayanan Minimal

Indonesia, Peraturan Pemerintah Nomor 38 Tahun 2007, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2007 Nomor 82, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4737 tentang Pembagian Urusan Antara Pemerintahan Propinsi dan Pemerintahan Daerah Kabupaten/Kota

WEBSITE

<http://dx.doi.org/10.4236/blr.2012.33017> Published Online September 2012, (<http://www.SciRP.org/journal/blr>) Yang Yang, "Fundamental Research on the Administrative Discretion Standard" *Beijing Law Review*, 2012, 3, 128-132 2014.

<https://www.academia.edu/8204481/> Local Reform Di Kota Solo Pada Era Kepemimpinan Jokowi Tahun 2005-2012 Tindakan Agen Mempengaruhi dan Relasi Multi Aktor Pada Kasus Penataan PKL dan Pemukiman Bengawan Solo.

<http://www.jimly.com/liputanmedia> , Jimly Asshiddiqie, Peradilan Etika,

<http://www.britannica.com/EBchecked/topic/639266/welfare-state>

<https://www.academia.edu/2477525/> Alfitri, "Ideologi *Welfare State* Dalam Dasar Negara Indonesia: Analisis Putusan Konstitusi Terkait Sistem jaminan Sosial Sosial Nasional"

<https://oapsnetwork.wordpress.com/2014/02/17/penggunaan-diskresi-dalam-tindakan-pemerintah>, Nirahua Salmon Eliazer Marthen, "PENGUNAAN DISKRESI DALAM TINDAKAN PEMERINTAH" orasi inaugurasi dalam rangka penerimaan jabatan akademik/fungsional dosen sebagai Profesor , Universitas Pattimura, Jum'at, 11 Juni 2012

<http://dx.doi.org/10.4236/blr.2012.33017> Published Online September 2012, (<http://www.SciRP.org/journal/blr>) Yang Yang, "Fundamental Research on the Administrative Discretion Standard" *Beijing Law Review*, 2012, 3, 128-132

<http://inovasi.lan.go.id/index.php> Yanlik/WAY

<http://www.drsp-usaid.org/publications/index.cfm?fuseaction=throwpub&ID=>

Suhrman, *Partisipasi Warga dan Tata Pemerintahan Daerah* www.slideshare.net/triwidodowutomo/membangun-kepemerintahan Paparan Tri Widodo Utomo, 2010,

<http://www.jimly.com/liputanmedia> , Jimly Asshiddiqie, Peradilan Etika

<http://download.portalgaruda.org/article>. Muhammad Tavip, *The Dynamic Concept of Welfare State in Indonesia Constitution*

<http://www.scribd.com/doc/172648526/Prismatik-Society-Riggs>

<http://fpks-dprd-jakarta.org/opini/pemerintahan/mechanisme-kontrol-masyarakat.htm>. Maria Ahdiati

<http://www.businesreview.co.id.html> Ketua Umum Asosiasi Pemerintah

Kabupaten Seluruh Indonesia (Apkasi) Isran Noor," Para kepala daerah selalu punya risiko masuk penjara meski kebijakan yang diambil demi melayani rakyat."

<http://kbbi.web.id/>

<http://id.wiktionary.org/wiki/integritas>

<http://www.policy.hu/suharto/Naskah%20PDF/UGMWelfareState.pdf> Edi

Suharto, "PETA DAN DINAMIKA WELFARE STATE DI BEBERAPA NEGARA :Pelajaran apa yang bisa dipetik untuk membangun Indonesia?" Makalah disampaikan pada Seminar Mengkaji Ulang Relevansi Welfare State dan Terobosan melalui Desentralisasi-Otonomi di Indonesia", Institute for Research and Empowerment (IRE) Yogyakarta dan Perkumpulan Prakarsa Jakarta, bertempat di Wisma MM Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta 25 Juli 2006.

<http://siteresources.worldbank.org/INTRANETSOCIALDEVELOPMENT/Resources/Gough.rev.pdf> Ian Gough, *European Welfare States: Ex Planations And*

Lessons For Developing Countries. Arusha Conference, "New Frontiers of Social Policy" – December 12-15, 2005

<http://www.wernererhardinfo.com/paper.html> Wernen Erhard & Michael C Jensen , *Putting Integrity Into Finance: A Purely Positive Approach* Forthcoming in *Capitalism & Society*, 27 Nopember 2015 (first darft 2011).