



PENGANTAR KEKUASAAN DISKRESI PEMERINTAHAN

Agustina Wati, S.H, M.H.

Bayu Prasetyo, SH, M.H.

Dr. Siti Kotijah, S.H. M.H.



RV Pustaka
Horizon

PENGANTAR KEKUASAAN DISKRESI PEMERINTAHAN

Disusun oleh:

Agustina Wati, S.H., M.H.

Bayu Prasetyo, S.H., M.H.

Dr. Siti Kotijah, S.H., M.H.



PENGANTAR KEKUASAAN DISKRESI PEMERINTAHAN

© Hak cipta dilindungi undang-undang

Penulis : Agustina Wati, S.H., M.H.
Bayu Prasetyo, S.H, M.H
Dr. Siti Kotijah, S.H., M.H.
Editor : Dr. Siti Kotijah, S.H., M.H.
Desain Cover : Linkmed
Layout : Linkmed

Diterbitkan (Cetakan 2) Tahun 2019 oleh:

RV Pustaka Horizon

Jl. Alam Segar 4 Samarinda, Kalimantan Timur

viii + 112 hlm; 14,5 x 20,5 cm

ISBN : 978-602-5431-41-8

Wati, Agustina, Prasetyo, Bayu., Kotijah, Siti. 2018.

Pengantar Kekuasaan Diskresi Pemerintahan.

Pencetak:

Lingkar Media

Perum. Gunung Sempu RT. 06 Jl. Menur No. 187 Bantul, Yk

Telp. /WA: 0857 1215 8655

Email: lingkarmedia17@yahoo.com / hamasafan7@gmail.com

Dilarang keras memfotokopi atau memperbanyak sebagian atau seluruh isi buku tanpa seizin tertulis dari penulis/penerbit

Isi diluar pertanggung jawab percetakan.

KATA PENGANTAR

Berbagi sedikit ilmu, itulah motivasi utama kami, untuk menulis buku Pengantar Kekuasaan Diskresi Pemerintahan. Ini ditandai atas minimnya buku-buku text yang terkait dengan diskresi. Perkembangan hukum administrasi menjadi minat studi di Fakultas Hukum Universitas Mulawaman, tidak didukung dengan perkembangan buku text sebagai literatur yang menunjang keilmuan Hukum administrasi.

Lahirnya Undang-undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan, menjadi dasar berpijak badan/pejabat pemerintah dalam melakukan tindakan diskresi. Diskresi mempunyai unsur-unsur yaitu diskresi adalah keputusan dan/atau tindakan, keputusan dan/atau tindakan itu ditetapkan dan/atau dilakukan oleh pejabat pemerintahan, tujuannya untuk mengatasi persoalan konkret yang dihadapi dalam penyelenggaraan pemerintahan, diskresi dilakukan dalam hal peraturan perundang-undangan memberikan pilihan, tidak mengatur, tidak lengkap, atau tidak jelas, dan/atau adanya stagnasi pemerintahan.

Selain itu, diskresi bertujuan untuk melancarkan penyelenggaraan pemerintahan, mengisi kekosongan hukum, memberikan kepastian hukum, dan mengatasi stagnasi pemerintahan dalam keadaan tertentu guna kemanfaatan dan kepentingan umum, semua itu dalam proses meningkatkan pelayanan bagi masyarakat serta dalam rangka untuk penyelenggaraan pemerintahan.

Buku ini tentu, masih jauh dari kesempurnaan, karena keterbatasan pengetahuan dan kelimuan kami, akan tetapi inilah sumbangsih yang dapat berikan sebagai akademisi. Berbagi ilmu, dan berbuat baik, walaupun itu sedikit, dari pada tidak sama sekali. Semoga buku ini bermanfaat bagi semua orang dan bagi kami sendiri untuk pengembangan hukum administrasi.

Kepada keluarga kami, terima kasih atas segala motivasi, doa, dan semangat untuk penyelesaian buku ini. Ucapan terima kasih bagi semua pihak yang telah membantu dalam penerbit buku, kami ucapkan terimakasih. Sesuatu yang indah, jika kita bisa menorehkan karya dalam tulisan yang menginspirasi sesama.

Samarinda, 1 Agustus 2018

Penulis

DAFTAR ISI

KATA PENGANTAR.....	iv
DAFTAR ISI	vi

BAB I

PENDAHULUAN	1
1.1. Pengertian kekuasaan diskresi pemerintahan	1
1.2. Prasyarat dalam menggunakan Kekuasaan Diskresi Pemerintah	19
1.3. Pembatasan dalam Kekuasaan Diskresi Pemerintahan...	28
1.4. Sejarah Kekuasaan Diskresi Pemerintahan	34

BAB II

KONSEP KEKUASAAN DISKRESI PEMERINTAH	50
2.1. Hakikat Kekuasaan Diskresi Pemerintahan	50
2.2. Asas Hukum Umum dalam Kekuasaan Diskresi Pemerintahan	57
2.3. Asas-asas Hukum yang Membatasi Penerapan Kekuasaan Diskresi Pemerintah	64
2.4. Dasar pengujian terhadap pelaksanaan kekuasaan diskresi pemerintah	65
2.5. Konsep Kekuasaan Diskresi Pemerintahan berdasarkan Undang-Undang Administrasi Pemerintahan	71

BAB III

PENGATURAN KEKUASAAN DISKRSI PEMERINTAHAN	73
3.1. Pengaturan di UUD NRI Tahun 1945	73
3.2. Pengaturan Perundang-Undangan yang Terkait dengan Kekuasaan Diskresi Pemerintahan	77

3.3. Peraturan Pemerintah yang Terkait dengan Kekuasaan Diskresi Pemerintahan	90
DAFTAR PUSTAKA	96
GLOSARIUM	102
INDEXS	106
BIODATA PENULIS	110

BAB I

PENDAHULUAN

1.1. Pengertian Kekuasaan Diskresi Pemerintahan

Hukum administrasi negara sebagai hukum publik berisi seperangkat aturan tentang individu yang menjalankan lembaga pemerintahan. Lembaga pemerintahan itu melekat jabatan¹ yang dipimpin oleh seorang pejabat. Dalam jabatan itu melekat suatu kewenangan. Wewenang pemerintahan berdasarkan sifatnya dapat dibagi sebagai berikut:²

1. Wewenang yang bersifat terikat, yakni kewenangan yang harus sesuai dengan aturan dasar yang menentukan waktu dan keadaan wewenang tersebut dapat dilaksanakan, termasuk rumusan dasar isi dan keputusan yang harus diambil. Ini mengatur syarat-syarat digunakan wewenang. Syarat ini mengikat bagi organ pemerintahan ketika akan menjalankan wewenangnya dan mewajibkan sesuai dengan aturan dasar dimaksud ketika wewenang dijalankan.³ Contoh penyelidikan

¹ Jabatan istilah badan/organ, atau badan administratif, subyek hukum menurut badan hukum atau badan menurut hukum publik, menurut hukum tata negara, badan atau organ administratif adalah setiap orang dan setiap dewan/*college* yang memegang suatu kekuasaan umum. Utrecht menyatakan jabatan adalah suatu lingkungan pekerjaan tetap (*kring van vaste werkzaamheden*) yang diadakan dan dilakukan guna kepentingan negara (kepentingan umum), lihat Sadjijono, 2011, *Bab-Bab Pokok Hukum Administrasi*, Laksbang press; Yogyakarta, hlm 59-60.

² *Ibid*, hlm. 92.

³ Wewenang terikat, adalah pemberian oleh peraturan perundang-undangan kepada badan atau pejabat pemerintahan dapat menggunakan rumusan dengan *mandatory terms*, yaitu terminologi yang bersifat memerintah, misalnya harus atau wajib (*shall* atau *must*) atau *permissive terms*, yaitu terminologi yang memperbolehkan, seperti dapat (*may*) atau dimana membuat keputusan harus mempertimbangkan secara layak. Lihat Peter Leyland and Gordong Anthony, hlm 180. Pada hukum administrasi

- menghentikan penyidikan. Penghentian penyelidikan merupakan wewenang penyidik yang bersifat terikat, karena penyidik dapat melakukan penghentian penyelidikan dengan syarat: a) perkara hukum merupakan perbuatan hukum; b) tidak cukup bukti unsur pidananya; dan c) tersangka meninggal dunia;
2. Wewenang bersifat fakultatif yaitu wewenang yang dimiliki badan atau pejabat administrasi, namun demikian tidak ada kewajiban atau keharusan untuk menggunakan wewenang tersebut dan sedikit banyak masih ada pilihan lain. Walaupun pilihan tersebut hanya dapat dilakukan dalam hal dan keadaan tertentu berdasarkan aturan dasarnya. Contoh polisi tidak menjatuhkan tilang kepada pelanggar di jalan. Dalam hal ini tidak melakukan tilang ini adalah pilihan lain di dasari alasan-alasan yang masih dalam lingkup kewenangan; dan
 3. Wewenang bersifat bebas yakni wewenang badan atau pejabat pemerintahan (administrasi) dapat menggunakan wewenangnya secara bebas untuk menentukan sendiri mengenai isi dari keputusan yang akan dikeluarkan, karena peraturan dasarnya memberikan kebebasan kepada penerima wewenang tersebut. Contoh polisi menentukan ditembak dan tidaknya tersangka ketika ditangkap. Tindakan ditembak atau tidaknya tersebut

Perancis, wewenang terikat disebut *competence lie'e*, yang secara harfiah berarti *bound authority*, yaitu wewenang yang di dalamnya tidak ada ruang untuk memilih sama sekali (*that is has no discretion at all*), wewenang terikat adalah wewenang yang di dalamnya tidak untuk memilih sama sekali. Menurut Timothy Endicott, wewenang terikat berarti badan atau pejabat pemerintahan terikat kewajiban untuk menggunakan wewenangnya dengan cara-cara tertentu. Jika undang-undang mewajibkan badan atau pejabat pemerintahan untuk melaksanakan wewenangnya dengan cara tertentu, kemudian membebaskan kewajiban hukum, maka itu wewenang terikat dan tidak ada diskresi di dalamnya. Seperti UU 37 ayat (1) UU No.32 Tahun 2009 tentang Perlindungan Pengelolaan Lingkungan Hidup. Lihat Aan, Freddy Poernomo, Sinar Grafika, Jakarta, hlm 119.

didasari penilaian bebas dan anggota polisi yang bertugas melakukan penangkapan.

Menurut N.M.Spelt dan J.B.J.M. ten Berge, sebagaimana dikutip Philipus M.Hadjon, kewenangan bebas dibagi 2 (dua) yaitu:⁴

- a) Kewenangan kebijaksanaan (*beledsvrijheid*)/ wewenang diskresi dalam arti sempit, yaitu bila peraturan perundang-undangan memberikan wewenang tertentu kepada organ pemerintahan. Sedang organ tersebut bebas untuk (tidak) menggunakan meskipun syarat-syarat bagi penggunaannya secara sah dipenuhi; dan
- b) Kebebasan penilaian (*beoondelingsvrijheid*)/wewenang diskresi dalam arti tidak sesungguhnya ada, yakni wewenang menurut hukum diserahkan kepada organ pemerintahan untuk menilai secara mandiri dan eksklusif apakah syarat-syarat bagi pelaksanaan suatu wewenang secara sah telah dipenuhi.

Pemberian wewenang⁵ kepada pemerintah untuk bertindak bebas tersebut didasari pertimbangan, bahwa wewenang pemerintahan yang berdasarkan pada peraturan perundang-undangan tidak cukup maksimal dalam melayani kepentingan

⁴ Philipus M. Hadjon, 2004, *Pemerintahan menurut hukum (weten rechtmatigheid van bestuur*, makalah tidak dipublikasikan. Selanjutnya beliau menyimpulkan adanya 2 (dua) jenis kekuasaan bebas atau kekuasaan diskresi yakni: 1) wewenang untuk memutus secara mandiri; dan 2) kewenangan interpretasi terhadap norma yang kabur (*voge norm*).

⁵ Merujuk pada UU No.30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan, membedakan wewenang dengan kewenangan. Wewenang adalah hak yang dimiliki oleh badan dan/atau pejabat pemerintah dan/atau tindakan dalam penyelenggaraan pemerintahan (Pasal 1 angka 5). Kewenangan pemerintahan yang selanjutnya disebut kewenangan adalah kekuasaan badan dan/atau pejabat pemerintahan atau penyelenggaraan negara lainnya untuk bertindak dalam ranah hukum pidana (Pasal 1 angka 6),

masyarakat yang berkembang terus, dan dalam konsep negara kesejahteraan (*welfarestate*),⁶ pemerintah lebih banyak menggunakan diskresi dalam mewujudkan kesejahteraan umum.

Di dalam negara kesejahteraan pemerintah mempunyai tujuan yang ingin dicapai yaitu wujudnya kesejahteraan umum, karena itu fungsi pemerintahan dapat dipetakan, meliputi;

- a) Fungsi perancangan (*planning*);
- b) Fungsi pengaturan (*regeling*);
- c) Fungsi Tata Pemerintahan (*bestuur*);
- d) Fungsi Kepolisian (*police*);
- e) Fungsi penyelesaian perselisihan secara administrasi (*administratieve rechtspleging*);
- f) Fungsi pelayanan (*public service*);
- g) Fungsi perberdayaan dan pembangunan;
- h) Fungsi penyelenggaraan usaha-usaha negara yang dilakukan oleh dinas-dinas, lembaga-lembaga dan perusahaan-perusahaan negara;
- i) Fungsi keuangan;
- j) Fungsi hubungan luar negeri;
- k) Fungsi pertahanan dan keamanan;
- l) Fungsi penyelenggaraan kesejahteraan umum; dan
- m) Fungsi kewarganegaraan (*bergers*).

⁶ Di dalam sejarah hukum Eropa Kontinental dengan konsep negara hukum (*rechstaat*), hukum administrasi lahir sebagai konsekuensi konsep negara hukum liberal (*de liberale rechstaatsidee*) pada abad XIX. Konsep dasar hukum liberar adalah keterikatan kekuasaan pemerintah pada undang-undang (asas legalitas dan jaminan perlindungan hak asasi manusia. Hukum administrasi salah satu instrumen dari negara hukum, seperti J. Sthal. Salah satu unsur negara hukum yakni adanya peradilan administrasi.

BIODATA PENULIS



Agustina Wati, S.H., M.H., dilahirkan di Samarinda, 16 Agustus 1986. Pendidikan SDN 019 Samarinda tahun 1998, SLTPN 7 Samarinda tahun 2001, SMA Tunas Kelapa tahun 2001. Memperoleh Gelar Sarjana Hukum dari Fakultas Hukum Universitas Mulawarman tahun 2008, dan Magister Ilmu Hukum dari Universitas Brawijaya Malang tahun 2011. Karir pekerjaan dimulai dari Calon Pegawai Negeri Sipil, 1 Desember 2008 di Fakultas Hukum Universitas Mulawarman. Diangkat menjadi Pegawai Negeri Sipil pada 1 Oktober 2013 di Fakultas Hukum Universitas Mulawarman. Jabatan yang diemban saat ini sebagai Sekretaris Jurusan Ilmu Hukum di Fakultas Hukum Universitas Mulawarman. Mata Kuliah yang diampu; Penyelesaian Sengketa Lingkungan, Hukum Perlindungan dan Penegakan Lingkungan, Amdal, Baku Mutu Lingkungan, Hukum Administrasi Lingkungan, Hukum Tata Ruang. Pelatihan yang pernah diikuti: Pelatihan Resolusi Konflik tahun 2014.



Bayu Prasetyo S.H., M.H., Lahir di Samarinda, pada tanggal 2 Mei 1994. Gelar pendidikan S1 Fakultas Hukum Universitas Mulawarman tahun 2015, dan S2 Fakultas Hukum Universitas Mulawarman tahun 2017. Sekarang berprofesi sebagai Dosen pada Ilmu Hukum Universitas Muhammadiyah, Kalimantan Timur. Disamping itu menjadi *Legal Consultant* di Imelda Hasibuan Samarinda, dan Avokat Magang di Supriyana S.H., M.H. & Patners.



Dr. Siti Kotijah S.H., M.H., lahir di Jombang 12 Januari 1974, pendidikan terakhir S-3 di Fakultas Hukum Airlangga Surabaya. Aktifitas sehari-hari sebagai dosen di Fakultas Hukum, Universitas Mulawarman Samarinda sampai saat ini dan sebagai komisi pengawas reklamasi dan pascatambang daerah Kalimantan Timur. Karya Buku yang telah diterbitkan antara lain Implementasi prinsip-prinsip kehutanan dan konservasi sumber daya hutan, Tahun 2010, PERCA (Anatologi Esai Perempuan Kaltim (2009), Ruas-ruas Hukum Kehutanan (2015), *Introduction to Environmental Law* (2017) dan Buku Ajar Pengantar Hukum Indonesia, Buku Ajar Perbandingan Hukum. Duh Ruas-Ruas hukum kehutanan, edisi revisi, buku ajar Analisis Mengenai Dampak Lingkungan Hidup, dan buku text Konsep Hak Gugat Masyarakat Hukum Adat: Sebuah gagasan dari permasalahan pertambangan batubara. Surel: sitikotijah@fh.unmul.ac.id/kotijah.blogspot.com.Motto : “Dosen itu bisa salah dan khilaf tetapi tidak boleh bohong.”

PENGANTAR KEKUASAAN DISKRESI PEMERINTAHAN

Kualitas penyelenggaraan pemerintahan dalam menggunakan kekuasaan diskresi pemerintahan harus jelas dan terukur, sehingga diharapkan menjadi solusi dalam memberikan perlindungan hukum, baik warga masyarakat maupun pejabat pemerintahan buku ini buat mahasiswa Fakultas Hukum, Fakultas Sosial, baik sarjana, magister dan doktor yang mempunyai minat bidang hukum administrasi.

Terdid atas 3 (tiga bab) yaitu Pengantar Umum Kekuasaan Diskresi Pemerintahan; Pengertian kekuasaan diskresi pemerintahan; Prasyarat dalam menggunakan Kekuasaan Diskresi Pemerintah; Pembatasan dalam Kekuasaan Diskresi Pemerintahan; Sejarah Kekuasaan Diskresi Pemerintahan. Konsep Kekuasaan Diskresi Pemerintahan; Hakikat Kekuasaan Diskresi Pemerintahan; Asas-asas Hukum yang Membatasi Penerapan Kekuasaan Diskresi Pemerintah;Asas-asas Hukum yang Membatasi Penerapan Kekuasaan Diskresi Pemerintah; Konsep Kekuasaan Diskresi Pemerintahan berdasarkan Undang-Undang Administrasi Pemerintahan. Pengaturan Kekuasaan Diskresi Pemerintahan; Pengaturan di UUD NRI Tahun 1945; Pengaturan dalam Undang-undang, Pengaturan dalam Peraturan Pemerintah.

ISBN 978-602-5431-41-8

