



PENGANTAR

KEKUASAAN DISKRESI PEMERINTAHAN PASCA UU CIPTA KERJA

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

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

Ine Ventyrina, S.H., M.H.

CV PENERBIT
Muhammad
Fahmi Al Azizy

PENGANTAR

KEKUASAAN

DISKRESI PEMERINTAHAN

PASCA UU CIPTA KERJA

Disusun oleh:

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

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

Ine Ventyrina, S.H., M.H.

PENGANTAR KEKUASAAN DISKRESI PEMERINTAHAN PASCA UU CIPTA KERJA

Copyright © CV. Muhammad Fahmi Al Azizy 2023

Hak cipta ada pada penulis

viii + 184 hlm.; 14,5 x 20,5 cm

E-ISBN : 978-623-8127-07-8

Penulis : Dr. Siti Kotijah, S.H., M.H.,
Agustina Wati, S.H., M.H.,
Ine Ventyrina, S.H., M.H.,
Editor : Dr. Suparto Wijoyo, S.H., M.Hum.
Penyunting : Dr. Siti Kotijah, S.H., M.H.
Produksi : Lingkar Media Jogja

PENGANTAR KEKUASAAN DISKRESI PEMERINTAHAN PASCA UU CIPTA KERJA

Diterbitkan (cetakan 1) 31 Januari 2023 oleh:

CV. Muhammad Fahmi Al Azizy

Bandung Rt. 30 No. 163, Pendowoharjo, Sewon, Bantul,

Daerah Istimewa Yogyakarta

Tlp. 085725782088

Anggota IKAPI

Pencetak:

Lingkar Media / Telp. 0857 1285 3858

Email: lingmedjog@gmail.com

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

KATA PENGANTAR

Lahirnya UU No. 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan, menjadi dasar berpijak bagi badan/pejabat pemerintah dalam melakukan tindakan diskresi. 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.

Tujuan diskresi 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.

Disahkan UU No.11 Tahun 2020 tentang Cipta Kerja, Pasal 175 angka 1, dan Pasal 175 angka 2, merubah UU No.30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan, terkait dengan pengertian diskresi, dan penghapusan syarat pada angka 2, diskresi pejabat pemerintah dengan syarat, berdasarkan peraturan perundang-undangan diha-

pus. Hal ini, berakibat badan dan/atau pejabat pemerintah yang mengambil keputusan dan/atau tindakan begitu luas, tidak dibatas, sehingga dapat menimbulkan penyalagunaan wewenang dalam pemerintahan.

Perkembangan UU Cipta ini, merubah diskresi yang menjadi dasar untuk pegangan/pedoman bagi badan dan/atau pejabat pemerintahan, untuk melakukan suatu kebijakan tanpa berdasarkan peraturan perundang-undangan. Tentu hal memberi akibat hukum, dan memberi ruang kesewenang-wenangan, penyalagunaan wewenang bagi badan dan/atau pejabat pemerintah yang menyelenggarakan pemerintahan.

Secara hukum, diskres pasca terbitnya UU Cipta Kerja memberi perubahan dan ketidakjelasan bagi perlindungan hukum bagi warga masyarakat, hukum sebagai dasar, telah dihilangkan sebagai dasar untuk penggunaan diskresi bagi badan dan/atau pejabat pemerintahan.

Buku awal Pengantar Kekuasaan Diskresi Pemerintah, dengan terbitnya UU Cipta Kerja mengalami perubahan secara teori, dan konsep. Untuk dalam buku ini dibuat edisi revisi dengan adanya perubahan dengan judul yaitu Pengantar Kekuasaan Diskresi Pemerintahan Pasca UU Cipta Kerja (Edisi Revisi), yang mengupas 1 (satu) bab, terkait disahkannya UU Cipta Kerja, yang merubah makna, pengertian dan penghapusan syarat diskresi bagi badan dan/atau pejabat pemerintahan dalam penyelenggaraan pemerintahan.

Buku masih jauh dari kesempurnaan, karena keterbatasan pengetahuan dan kelimuan kami, akan tetapi inilah sumbangsih yang dapat diberikan sebagai akademisi terhadap dinamika perubahan peraturan perundang-undangan yang begitu cepat, termasuk dalam diskresi pejabat pemerintahan.

Terimakasih Buat Ayah Bunda (Almarhum) yang tahun ini meninggalkan dinda secara bergantian, perjuang-anmu untuk mendidik dan menjadi dinda seseorang yang berguna, telah terpenuhi, Tuhan Selalu MenjagaMU, Amin. Terimakasih buat suamiku Evans Sofanus yang selalu ada, memotivasi, bersemangat, dan berdoa untuk saya tetap berkarya. Setiap hidup ada masanya, ada kelahiran, ada kematian, jadi kita harus melihat ke depan, selalu berbuat baik. Tetap menjadi orang terbaik bagiku suamiku yang selalu ada, dalam suka dan duka, Bahagia itu mudah. Bersyukur, menikmati, dan berbagi.

Ucapan terima kasih bagi semua pihak yang telah membantu dalam penerbit buku, percetakan, editing, editor dalam proses ini. Sesuatu yang indah, jika kita bisa menorehkan karya dalam tulisan yang menginspirasi sesama. Buku ini aku tabur, semoga tumbuh subur dan menjadi amal jariah saya amiin.

Samarinda, 1 Oktober 2022

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

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	24
1.3. Pembatasan dalam Kekuasaan Diskresi Pemerintahan	34
1.4. Sejarah Kekuasaan Diskresi Pemerintahan	42

BAB II

KONSEP KEKUASAAN DISKRESI

PEMERINTAH	61
2.1. Hakikat Kekuasaan Diskresi Pemerintahan	61
2.2. Asas Hukum Umum dalam Kekuasaan Diskresi Pemerintahan	69
2.3. Asas-asas Hukum yang Membatasi Penerapan Kekuasaan Diskresi Pemerintah	78
2.4. Dasar Pengujian terhadap Pelaksanaan Kekuasaan Diskresi Pemerintah	80
2.5. Konsep Kekuasaan Diskresi Pemerintahan	

berdasarkan Undang-Undang Administrasi Pemerintahan	86
BAB III PENGATURAN KEKUASAAN DISKRISI PEMERINTAHAN	89
3.1. Pengaturan di UUD NRI Tahun 1945	89
3.2. Pengaturan Perundang-Undangan yang Terkait dengan Kekuasaan Diskresi Pemerintahan	93
3.3. Peraturan Pemerintah yang Terkait dengan Kekuasaan Diskresi Pemerintahan	110
BAB IV KEKUASAAN DISKRISI PEMERINTAHAN PASCA UU CIPTA KERJA	117
4.1. Konsep Dasar Diskresi UU Administrasi Pemerintahan	117
4.2. Prosedur Penggunaan Diskresi Pejabat Pemerintahan	126
4.3. Diskresi Pejabat Pasca Terbitnya UU Cipta Kerja	129
DAFTAR PUSTAKA	137
GLOSARIUM	145
INDEKS	149
BIODATA PENULIS	153

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 mengikatkan

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 Adminsitrase*, Laksbang press; Yogyakarta, hlm 59-60.

² *Ibid*, hlm. 92.

bagi organ pemerintahan ketika akan menjalankan wewenangnya dan mewajibkan sesuai dengan aturan dasar dimaksud ketika wewenang dijalankan.³ Contoh penyidik menghentikan penyidikan. Penghentian penyidikan merupakan wewenang penyidik yang bersifat terikat, karena penyidik dapat melakukan penghentian penyidikan dengan syarat: a) perkara hukum merupakan perbuatan hukum; b) tidak cukup bukti unsur pidananya; dan c) tersangka meninggal dunia;

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 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.

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 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

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

wewenang pemerintahan yang berdasarkan pada peraturan perundang-undangan tidak cukup maksimal dalam melayani kepentingan masyarakat yang berkembang, dan dalam konsep negara kesejahteraan (*welfarestate*),⁶pemerintah 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;

atau penyelenggaraan negara lainnya untuk bertindak dalam ranah hukum pidana (Pasal1 angka 6),

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.

- 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*).

Fungsi pemerintahan tersebut, wewenang merupakan bagian yang penting. Wewenang hanya berlaku dalam konsep hukum publik. Di dalam hukum publik konsep wewenang berkaitan erat dengan kekuasaan, namun tidak dapat diartikan sama.⁷ Konsep wewenang pemerintahan ini, tidak hanya wewenang membuat keputusan (*besluit*),

⁷ Di dalam hukum wewenang tidak sama dengan kekuasaan terikat (*maacht*). Kekuasaan hanya menggambarkan hak untuk berbuat atau tidak berbuat. Sedang wewenang sekaligus berarti hak dan kewajiban (Bagir Manan: 78), hak berisi kebebasan untuk melakukan atau tidak melakukan tindakan tertentu atau menuntut pihak lain untuk melakukan tindakan tertentu. Sedang kewajiban memuat keharusan untuk melakukan atau tidak melakukan tindak. Menurut Hern van Maarseven, dalam hukum publik wewenang sekurang-kurangnya terdiri ada 3 (tiga) komponen yaitu: a) komponen pengaruh, ialah bahwa penggunaan wewenang dimaksudkan untuk mengendalikan perilaku subyek hukum; b) komponen dasar hukum, bahwa wewenang itu selalu harus dapat ditunjuk dasar hukumnya; dan c) komponen konformitas hukum, mengandung makna adanya standar wewenang, baik standar umum (semua jenis wewenang) maupun standar khusus (untuk jenis wewenang tertentu (Philipus M. Hadjon: 5)

tetapi semua wewenang dalam penyelenggaraan tugas pemerintahan.

Pemerintahan dijalankan oleh seorang pejabat pemerintah, pejabat tersebut memiliki sebuah kewenangan yang disebut diskresi. Diskresi dalam Bahasa Inggris dikenal dengan istilah “*discretion*” atau “*discretion power*,” di Indonesia lebih populer dikenal dengan istilah diskresi yang diterjemahkan “kebebasan bertindak” atau keputusan yang diambil atas dasar penilaian sendiri.

Menurut kamus hukum diskresi berarti kebebasan mengambil keputusan dalam setiap situasi yang dihadapi menurut pendapatnya sendiri. Sedang dalam *Black Law Dictionary*, istilah “*discretion*” berarti (*A public official’s power or right to act in certain circumstances according to personal judgment and conscience*).⁸ Dalam *Webster’s New World College Dictionary* (1988:392), diskresi berarti kebebasan atau kekuasaan untuk membuat keputusan dan pilihan-pilihan; kekuasaan untuk menghakimi atau bertindak. Sementara menurut Lehman (2004:449), dalam *West’s Encyclopedia of American Law* mendefinisi *discretion* dengan, “*the power or right to make official decide using reason and judgment to choose from among acceptable alternatives.*”

Istilah diskresi memiliki perbedaan penyebutan dalam beberapa negara, “*vrij bevoegdheid*” (Belanda), “*discretion*” (Inggris), “*discretionair*” (Perancis), “*freie*

⁸ Bryam A. Garner, 1979, *Black’s Law Dictionary, Eight Edition*, West Group, USA, hlm . 479.

ermessen” (Jerman),⁹ sebagai kebebasan bertindak atau mengambil keputusan dari para pejabat administrasi negara yang berwenang dan berwajib menurut pendapat sendiri.¹⁰

Secara etimologi, istilah *freies ermessen* berasal dari bahasa Jerman. Adapun *freies* berarti seseorang yang bersifat bebas, tidak terikat, dan bebas merdeka. Istilah *ermessen* mempunyai arti yaitu mempertimbangkan, menilai, menduga, memperkirakan. Sehingga pada akhirnya *freies ermessen* berarti orang yang memiliki kebebasan untuk menilai, menduga, dan mempertimbangkan sesuatu.

Menurut KBBI diskresi ialah kebebasan mengambil keputusan sendiri dalam setiap situasi yang dihadapi.¹¹ Adapun beberapa pendapat para ahli mendefinisikan diskresi sebagai berikut:

1. S.F. Marbun mengemukakan, setiap persoalan-persoalan penting yang mendesak, sekurang-kurangnya mengandung unsur-unsur sebagai berikut:¹²
 - a) Persoalan-persoalan yang muncul harus menyangkut kepentingan umum, yaitu kepentingan bangsa dan negara, kepentingan masyarakat luas, kepentingan

⁹ *Ibid.* hlm. 479.

¹⁰ Julia Mustamu. 2011. *Diskresi dan Tanggung Jawab Administrasi Pemerintahan*. Maluku. Vol. 17 No. 2, April-Juni.

¹¹ KBBI, Diakses dari <http://kbbi.web.id/diskresi> pada tanggal 15 Maret 2018 pukul 20.19.

¹² *Ibid.*

PENGANTAR

KEKUASAAN DISKRESI PEMERINTAHAN PASCA UU CIPTA KERJA

Edisi Revisi

Disahkan UU No.11 Tahun 2020 tentang Cipta Kerja, Pasal 175 angka 1, dan Pasal 175 angka 2, merubah UU No.30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan, terkait dengan pengertian diskresi, dan penghapusan syarat pada angka 2, diskresi pejabat pemerintah dengan syarat, berdasarkan peraturan perundang-undangan dihapus. Hal ini, berakibat badan dan/atau pejabat pemerintah yang mengambil keputusan dan/atau tindakan begitu luas, tidak dibatasi, sehingga dapat menimbulkan penyalahgunaan wewenang dalam pemerintahan.

Buku awal Pengantar Kekuasaan Diskresi Pemerintah ini mengalami perubahan secara teori dan konsep, dengan terbitnya UU Cipta Kerja. DalBab lam buku ini disusun sebagai edisi revisi dengan adanya perubahan judul, yaitu "Pengantar Kekuasaan Diskresi Pemerintahan Pasca UU Cipta Kerja (Edisi Revisi), yang mengupas bab yang terkait dengan disahkannya UU Cipta Kerja, yang merubah makna, pengertian dan penghapusan syarat diskresi bagi badan dan/atau pejabat pemerintahan dalam penyelenggaraan pemerintahan.

Bahasan pokok dalam buku ini meliputi:

- Bab I Pendahuluan
- Bab II Konsep Kekuasaan Diskresi Pemerintah
- Bab III Pengaturan Kekuasaan Diskresi Pemerintahan
- Bab IV Kekuasaan Diskresi Pemerintahan Pasca Uu Cipta Kerja



ISBN 978-623-8127-07-8

