



**Dr. H. Yulius, S.H., M.H.**, lahir di Bukit Tinggi, Sumatera Barat, pendidikan formal terakhir ditempuh pada Program Doktor Ilmu Hukum (S-3) Pascasarjana Universitas Padjadjaran, Bandung (2016). Mengawali karir sebagai Hakim Pengadilan Negeri pada tahun 1985 s/d 1992, kemudian menjadi Hakim Pengadilan Tata Usaha Negara pada tahun 1992 s/d 2005, selanjutnya diangkat sebagai Hakim Tinggi Pengadilan Tinggi Tata Usaha Negara pada tahun 2005 s/d 2010, dan saat ini menjabat sebagai Hakim Agung pada Mahkamah Agung RI sejak tahun 2010 sampai dengan sekarang.



**Dr. Agus Budi Susilo, S.H., M.H.**, lahir di Jakarta, pendidikan formal terakhir ditempuh pada Program Doktor Ilmu Hukum (S-3) Pascasarjana Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta (2016). Mengawali karir sebagai Calon Hakim sejak tahun 2000 s/d 2004 dan sebagai Hakim Pengadilan Tata Usaha Negara pada tahun 2004 s/d 2015, dan saat ini menjabat sebagai Hakim Yustisial (Asisten Hakim Agung) pada Mahkamah Agung RI sejak tahun 2015 sampai dengan sekarang.

**Dr. H. Yulius, SH., M.H.**  
**Dr. Agus Budi Susilo, SH., M.H.**

**DISKRESI PEMERINTAHAN DALAM DIMENSI HUKUM**

## **DISKRESI PEMERINTAHAN DALAM DIMENSI HUKUM**

**<SUATU KAJIAN NORMATIF, PRAKTIS, TEORITIS, DAN FILOSOFIS>**

**Editor:**  
**Dr. Maftuh Effendi, S.H., M.H.**

**Kata Pengantar:**

**Prof. Dr. H. M. Hatta Ali, S.H., M.H.**  
**(Ketua Mahkamah Agung RI)**



**AURA**  
PUBLISHING

# **DISKRESI PEMERINTAHAN DALAM DIMENSI HUKUM**

(Suatu Kajian Normatif, Praktis,  
Teoritis, dan Filosofis)

**Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 19 Tahun 2002  
tentang Hak Cipta**

**Lingkup Hak Cipta**

**Pasal 2:**

1. Hak cipta merupakan hak eksklusif bagi Pencipta atau Pemegang Hak Cipta untuk mengumumkan atau memperbanyak ciptaannya, yang timbul secara otomatis setelah suatu ciptaan dilahirkan tanpa mengurangi pembatasan menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku.

**Ketentuan Pidana:**

**Pasal 72**

1. Barangsiapa dengan sengaja melanggar dan tanpa hak melakukan perbuatan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 2 Ayat (1) atau Pasal 49 Ayat (1) dan Ayat (2) dipidana dengan pidana penjara masing-masing paling singkat 1 (satu) bulan dan/atau denda paling sedikit Rp 1.000.000,00 (satu juta rupiah), atau pidana penjara paling lama 7 (tujuh) tahun dan/atau denda paling banyak Rp 5.000.000.000,00 (lima milyar rupiah).
2. Barangsiapa dengan sengaja menyiarkan, memamerkan, mengedarkan, atau menjual kepada umum suatu ciptaan atau barang hasil pelanggaran hak cipta atau hak terkait sebagai dimaksud pada Ayat (1) dipidana dengan pidana penjara paling lama 5 (lima) tahun dan/atau denda paling banyak Rp 500.000.000,00 (lima ratus juta rupiah).

# **DISKRESI PEMERINTAHAN DALAM DIMENSI HUKUM**

**(Suatu Kajian Normatif, Praktis,  
Teoritis, dan Filosofis)**

Penulis:

**Dr. H. Yulius, SH., MH**  
**DR. Agus Budi Susilo, SH., MH**

Perpustakaan Nasional RI:  
Katalog Dalam Terbitan (KDT)

**DISKRESI PEMERINTAHAN DALAM DIMENSI HUKUM  
(Suatu Kajian Normatif, Praktis, Teoritis, dan Filosofis)**

**Penulis:**

Dr. H. Yulius, SH., MH.  
Dr. Agus Budi Susilo, SH. MH.

**Editor:**

Dr. Maftuh Effendi, SH., MH.

**Penyelaras Bahasa:**

Akhdiat Sastrodinata, S.H., M.H.

**Desain sampul dan tata letak:**

Tri Purna Jaya

Penerbit

**AURA**

**CV. Anugrah Utama Raharja**

**Anggota IKAPI**

**No.003/LPU/2013**

xiv + 136 hal : 15,5 x 30 cm

Cetakan, Mei 2019

**ISBN: 978-623-211-005-7**

**Alamat**

Jl. Prof. Dr. Soemantri Brojonegoro, Komplek Unila  
Gedongmeneng Bandar Lampung  
HP. 081281430268 E-mail: redaksiaura@gmail.com  
Website: www.aura-publishing.com  
Hak Cipta dilindungi Undang-undang

# Sambutan

Ketua Mahkamah Agung Republik Indonesia  
Prof. Dr. H. Muhammad Hatta Ali, S.H., M.H.

*Assalamualaikum Wr. Wb.*

Saya menyambut gembira penerbitan buku berjudul “*Diskresi Pemerintahan Dalam Dimensi Hukum: Suatu Kajian Normatif, Praktis, Teoritis, dan Filosofis*”, yang ditulis oleh Dr. H. Yulius, S.H., M.H. dan Dr. Agus Budi Susilo, S.H., M.H. Buku ini cukup memberikan gambaran mengenai makna diskresi pemerintahan secara komprehensif kepada kita. Pentingnya memahami diskresi pemerintahan bagi pemerintah (dalam arti luas), dikarenakan adanya konsekuensi logis keterbatasan pengaturan norma hukum dalam peraturan perundang-undangan. Hal ini tidak hanya berlaku di Indonesia, namun juga terjadi di semua negara maju. Mengingat dalam sistem hukum modern, keberadaan diskresi pemerintahan diperlukan dalam menghadapi perkembangan hukum dan realitas sosial.

Diskresi pemerintahan yang dikaji dalam tulisan ini sangat menarik untuk ditelaah. Sebab, meskipun kajiannya singkat, namun uraiannya ditinjau dari berbagai aspek, yang meliputi konsep dasar, pengaturan,

implementasi dan penegakan hukumnya, serta perspektif dari berbagai mazhab hukum. Menjadikan buku ini kaya akan pemikiran-pemikiran ilmiah para ahli hukum yang bukan hanya dari Indonesia saja, melainkan juga pemikiran-pemikiran dari beberapa negara maju.

Tema dalam tulisan ini, sudah ada beberapa buku yang mengupasnya. Akan tetapi, substansi kajian dalam buku ini, mempunyai nilai lebih dibandingkan buku-buku yang telah terbit sebelumnya. Karena, ditulis oleh praktisi yang juga sebagai akademisi. Menjadikan adanya elaborasi antara konsep ideal dan realita terhadap diskresi pemerintahan yang dilakukan oleh pemerintah. Terlihat dalam sub babnya, yang menguraikan penerapan diskresi pemerintahan dalam praktek, yang mempunyai nilai positif maupun negatif, bahkan beberapa permasalahan yang terjadi dalam diskresi pemerintahan sudah diuji melalui putusan Mahkamah Agung.

Masih sangat sedikit praktisi hukum administrasi yang berkeinginan menuangkan gagasan atau pemikirannya yang didapat selama mempelajari bidang keilmuannya secara ilmiah yang dipadukan dengan pengalaman praktiknya dalam wujud karya tulis ilmiah. Melalui buku yang ada di hadapan pembaca inilah, terangkum pemikiran ilmiah dan praktik diskresi pemerintahan kontemporer.

Dalam kata sambutan saya ini, turut mengapresiasi kepada penulis yang di tengah-tengah kesibukannya menjalankan tugas pokok sebagai praktisi penegak hukum di Mahkamah Agung, masih dapat dengan tekun mempelajari, mengamati, dan kemudian menuangkannya dalam bentuk tulisan yang bermanfaat bagi bangsa dan negara. Semoga buku ini bukan akhir karya tulis penulis, melainkan awal dari tulisan-tulisan pemikiran penulis yang akan dipublikasikan.

Akhirul kata, saya mengucapkan selamat kepada penulis, semoga dapat menjadi amal-ilmiah penulis dalam menebar kebaikan, dan akan mengundang banyak peminat dari kalangan akademisi maupun praktisi, khususnya kalangan pemerintah untuk membaca dan mengambil hikmah di dalamnya.

*Wassalamualaikum Wr. Wb.*

# Kata Pengantar Penulis

*Assalamualaikum, Wr. Wb*

Buku yang berada di tangan para pembaca ini diawali dari adanya rasa ingin tahu penulis mengenai eksistensi diskresi pemerintahan. Sepengetahuan penulis, belum ada buku diskresi pemerintahan yang membahas persoalan dari dasar pemikiran, norma hukum kekinian, sampai praktek dan penegakan hukum diskresi pemerintahan. Beberapa tulisan yang ada, banyak membahas diskresi dari perspektif dogmatis dan teoritis semata. Oleh karenanya, penulis mencoba untuk mengisi “ruangkosong” dari tulisan para penulis diskresi sebelumnya.

Pembahasan mengenai diskresi pemerintahan, mempunyai jangkauan dan cakupan yang sangat luas. Tidak akan pernah tuntas untuk mengkajinya. Akan tetapi masih sangat relevan untuk terus dibahas dari berbagai perspektif. Hal ini sejalan dengan pemikiran Max Weber yang mempertanyakan mengapa otoritas hukum begitu sering memilih jenis diskresioner untuk mencapai suatu tujuan pemerintahan? Apakah ini dikarenakan ada hubungan yang lebih mendasar antara aktivitas negara modern dalam memberi kesejahteraan sosial dan tatanan



sosial, yang memerlukan model diskresi pemerintahan? Atau pemikiran R.M. Unger yang berpendapat bahwa adanya kecenderungan pencapaian kesejahteraan dan korporatis secara substansial telah mengikis gagasan legalitas. Sehingga ada perpaduan antara otoritas rasional formal dan peraturan tertulis, berupa diskresi, untuk mendukung rasionalitas substantif yang meresap menuju gagasan tentang kesetaraan dan solidaritas komunal.

Untuk merefleksikan pertanyaan dan pemikiran Max Weber dan R.M. Unger tersebut, dalam buku ini penulis berusaha menguraikan makna, arti penting, problematika, dasar pemikiran, dan membandingkan diskresi pemerintahan dalam konteks keindonesiaan dengan beberapa negara maju. Maksudnya, agar diperoleh gambaran yang komprehensif mengenai keberadaan, nilai-nilai, dan penggunaan diskresi pemerintahan.

Di samping itu, dari aspek sejarahnya, penulis mencoba menguraikan adanya hubungan antara diskresi dengan prerogatif pemerintah, yang lahir berdasarkan pergulatan politik hukum di masa awal berdirinya kerajaan Inggris. Berikut perbedaan lahirnya diskresi di negara Jerman dan Belanda, yang pada akhirnya berpengaruh ke Indonesia. Meskipun dalam perkembangannya, Indonesia mempunyai karakteristik diskresi pemerintahan tersendiri sebagaimana diatur dalam Undang-Undang No. 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan.

Dalam buku ini, penulis juga berusaha menggambarkan adanya dialektika diskresi pemerintahan, yaitu di satu sisi adanya suatu keniscayaan namun di sisi lain menimbulkan problematika dalam praktek. Untuk menambah bahan renungan dalam dialektika tersebut, penulis juga mendeskripsikan teori-teori penting yang melingkupinya dengan menguraikan pemikiran secara singkat mazhab-mazhab sebagai basisnya.

Tentunya, tulisan dalam buku ini jauh dari kata sempurna, oleh sebab itu kami mengharapkan adanya masukan baik berupa saran maupun kritik terhadapnya. Pastinya akan kami terima dengan berbesar hati dan mudah-mudahan dapat diperbaiki dalam edisi revisi nantinya.

Kepada penerbit yang bersedia menerbitkan tulisan ini dalam bentuk buku, demikian juga kepada Ketua Mahkamah Agung R.I dan

Ketua Kamar Tata Usaha Negara serta Hakim Agung Mahkamah Agung R.I, serta segenap keluarga dan rekan-rekan yang tidak kami sebutkan satu persatu, yang telah memotivasi untuk terus belajar, menyediakan waktu untuk berdiskusi dan mendukung terbitnya buku ini, kami sampaikan ucapan terimakasih.

Harapan kami, semoga pemikiran-pemikiran dalam buku ini dapat bermanfaat bagi para pemerhati hukum kenegaraan, baik dari kalangan akademisi maupun praktisi, serta Allah SWT, Tuhan Yang Maha Kuasa memberkahi tulisan ini.

*Wassalamualaikum Wr. Wb*

Jakarta, April 2019  
Penulis

**Dr. H. Yulius, S.H., M.H**  
**Dr. Agus Budi Susilo, S.H., M.H**

# Daftar Isi

<b>Sambutan</b>	v
<b>Kata Pengantar Penulis</b>	vii
<b>Daftar Isi</b>	x
<b>Daftar Singkatan</b>	xii
<b>Glosari</b>	xiii

## **BAB I**

### **Pendahuluan**

A. Memahami Istilah Pemerintah dan Pemerintahan	1
B. Arti Penting Diskresi Pemerintahan	8
C. Problematika Diskresi Pemerintahan	16

## **BAB II**

### **Teori-teori Esensial di Sekitar Diskresi Pemerintahan**

A. Teori Kewenangan	27
B. Teori Kebijakan Publik	37
C. Teori Pertanggungjawaban Hukum	44

## **BAB III**

### **Paradigma Diskresi Pemerintahan Menurut Beberapa Mazhab Hukum**

A. Diskresi Pemerintahan dalam Perspektif Hukum Alam	51
B. Diskresi Pemerintahan dalam Perspektif Positivisme Hukum	57
C. Diskresi Pemerintahan dalam Perspektif Sociological Jurisprudence	60
D. Diskresi Pemerintahan dalam Perspektif Realisme Hukum	63

## **BAB IV**

### **Diskresi Pemerintahan di Beberapa Negara**

A. Dasar Pemikiran Diskresi Pemerintahan di Negara Inggris	69
--	----

B. Dasar Pemikiran Diskresi Pemerintahan di Negara Jerman	75
C. Dasar Pemikiran Diskresi Pemerintahan di Negara Belanda	82

## **BAB V**

### **Diskresi Pemerintahan di Indonesia**

A. Beberapa Pendapat Ahli Hukum di Indonesia Mengenai Makna Diskresi Pemerintahan	88
B. Diskresi Pemerintahan menurut Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan	105
C. Diskresi Pemerintahan dalam Praktek dan Putusan Mahkamah Agung	112

<b>Daftar Pustaka</b>	129
-----------------------	-----

<b>Indeks</b>	134
---------------	-----

# Daftar Singkatan

ANDAL	: Analisa Dampak Lingkungan
API	: Alat Penangkap Ikan
AUPB	: Asas Umum Pemerintahan yang Baik
AWB	: <i>Algemene Wet Bestuurrecht</i>
Bansos	: Bantuan Sosial
BBM	: Bahan Bakar Minyak
BPLH	: Badan Pengelolaan Lingkungan Hidup
B3	: Bahan Berbahaya Beracun
DIY	: Daerah Istimewa Yogyakarta
DKI	: Daerah Khusus Ibukota
JPS	: Jaring Pengaman Sosial
KPK	: Komisi Pemberantasan Korupsi
PDAM	: Perusahaan Daerah Air Minum
Pemda	: Pemerintah Daerah
Pemilu	: Pemilihan Umum
Pilkada	: Pemilihan Kepala Daerah
RPL	: Rencana Pengelolaan Lingkungan
RTRW	: Rencana Tata Ruang Wilayah
TKPRD	: Tim Koordinasi Penataan Ruang Daerah
SBI	: Sertifikat Bank Indonesia
SKRT	: Keterangan Riwayat Tanah
SPPK	: Sub Pusat Pelayanan Kota
TPA	: Tempat Pembuangan Akhir
TPS	: Tempat Pembuangan Sementara
UU NRI	: Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia

# Glosari

- Abolisi** merupakan penghapusan terhadap seluruh akibat penjatuhan putusan pengadilan pidana kepada seseorang terpidana atau terdakwa yang bersalah. Abolisi adalah hak yang dimiliki kepala negara yang berhak untuk menghapuskan hak tuntutan pidana dan menghentikan jika telah. Hak abolisi diberikan dengan memperhatikan pertimbangan DPR.
- Daerah otonom** kesatuan masyarakat hukum yang mempunyai batas-batas wilayah yang berwenang mengatur dan mengurus urusan pemerintahan dan kepentingan masyarakat setempat menurut prakarsa sendiri berdasarkan aspirasi masyarakat dalam sistem Negara Kesatuan Republik Indonesia.
- Diskresi** merupakan 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. Namun, penggunaannya harus oleh pejabat yang berwenang dan sesuai dengan tujuannya.
- Entitas** kesatuan unit badan atau lembaga (satuan yang berwujud) yang menerima dan mengelola anggaran dari Pemerintah dan mempertanggungjawabkan anggaran tersebut. misalnya, Kesekretariatan Jenderal, Kementerian Negara/Lembaga, LPND, BUMN/BUMD, Komisi Negara, Bank Indonesia, Pemerintah Daerah (Provinsi/Kabupaten/Kota).

Fiskal	hal mengenai keuangan, terutama yang berkenaan dengan urusan pajak atau pendapatan negara.
Lembaga (negara)	organisasi non-kementerian negara dan instansi lain pengguna anggaran yang dibentuk untuk melaksanakan tugas tertentu berdasarkan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 atau peraturan perundang-undangan lainnya.
Mandataris	orang atau pemerintah yang mendapatkan amanat, pemangku amanat.
<i>Trias politica</i>	istilah yang dikembangkan oleh John Locke dan Montesquieu, yang membagi kekuasaan negara ke dalam tiga cabang, yaitu legislatif (kekuasaan membuat undang-undang/ <i>rulemaking function</i> ); eksekutif (kekuasaan melaksanakan undang-undang/ <i>rule application function</i> ); dan yudikatif (kekuasaan mengadili atas pelanggaran undang-undang/ <i>rule adjudication function</i> )
Yurisprudensi	suatu keputusan hakim yang terdahulu yang diikuti oleh hakim-hakim lainnya dalam perkaranya yang sama.

# BAB I

## Pendahuluan

### A. Memahami Istilah Pemerintah dan Pemerintahan

Konsepsi “pemerintah” sering disepadankan dengan istilah dalam bahasa asing, antara lain “*government*”, “*executive*”, “*administration*”, “*bestuur*”, dan “*overheid*”. Di beberapa negara yang menggunakan bahasa Inggris, secara teoritis mengartikan “*government*” dalam arti yang luas (*in the broad sense*), yaitu sebagai organisasi yang diberi hak untuk melaksanakan kekuasaan kedaulatan negara, karena bertanggung jawab untuk memelihara perdamaian dan keamanan di dalam dan luar negara (*is charged with the maintenance of the peace and security of the state within and without*). Berbeda dengan pengertian “*executive*” yang disamakan dengan “*administration*”, yaitu untuk menyebut kepala pemerintahan (Presiden di Amerika Serikat dan Perdana Menteri Inggris), dan terkadang mencakup seluruh lembaga pejabat negara, pemerintahan, dan militer (*the whole body of public servants, civil, and military*).<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> CF. Strong, *Modern Political Constitution*, Sidgwick & Jackson, London, 1966, hlm. 8 dan 9., bandingkan dengan definisi Bryan A. Garner (Editor In Chief), dalam *Black Law Dictionary*, Wet Group, 1999, hlm. 44, 590, dan 703, yang mengartikan: “*government*” diartikan dengan tiga arti: 1) *the structure of principles and rules determining how a state or organization is regulated*; 2) *the sovereign*



Adapun pengertian lain dari pemerintah, menurut istilah hukum yang umum digunakan di Indonesia, sering “meminjam” istilah dari bahasa Belanda, seperti “*bestuur*” dan “*overheid*”. Arti “*bestuur*” dari segi bahasa diartikan sebagai pemerintah sebagai pelaksanaan undang-undang, sedangkan “*overheid*” mempunyai arti pemerintah sebagai lembaga. Akan tetapi secara teoritis pengertian “*bestuur*” disejajarkan dengan kekuasaan atau kewenangan eksekutif (*executive power*) atau pemerintah dalam arti sempit (*in the narrow sense*). Berbeda dengan “*overheid*” yang mempunyai arti lebih luas (*in the broad sense*), yaitu pemerintah yang memiliki fungsi eksekutif, inspektif, legislatif, dan yudikatif. Dalam arti luas inilah oleh H.A. Logemann, pemerintah disebut “*regering*”, hanya saja menurutnya kekuasaan pemerintah ini berbagi dengan kekuasaan “*parlement*”.<sup>2</sup>

Dalam artinya sebagai *government* atau *overheid* atau *regering*, pemerintah menentukan bentuk kekuasaan suatu negara dan pemerintahannya sendiri. Oleh karenanya, C.F. Strong memberikan perumpamaan, pemerintah selain sebagai sebuah mesin negara (*state's machinery*), juga dianggap sebagai penyelenggara kekuasaan tertinggi (*supreme authority*).<sup>3</sup> Dari pendapat ini terlihat, pemerintah merupakan bagian terpenting dari organ suatu negara. Tanpa adanya pemerintah, negara tidak akan pernah mencapai tujuannya.

Istilah pemerintah sering *dijumbuhkan* (diselaraskan) dengan pemerintahan, padahal keduanya mempunyai arti yang berbeda. Atas dasar itu, perlu diuraikan perbedaan secara etimologis antara pengertian “pemerintah” dengan “pemerintahan”, sebagai berikut:

1. Pemerintah dideskripsikan sebagai kekuasaan memerintah sesuatu negara atau lembaga / badan yang tertinggi yang memerintah sesuatu negara. Biasanya pemegang kekuasaan untuk memerintah itu

---

*power in a nation or state; 3) an organization through which a body of people exercise political authority; sedangkan “executive” dari aspek hukum merupakan “the branch of government responsible for effecting and enforcing laws”, dan “administration” dari aspek hukum publik dengan “the practical management and direction of the executive department and its agencies”.*

<sup>2</sup> *Ibid.*, hlm. 6., dan H.A. Logemann, *Het Staatsrecht van Indonesie*, N.V. Uitgeverij W. Van Hoeve, Bandung, 1954, hlm. 20.

<sup>3</sup> C.F.Strong, *Op. Cit.*, hlm. 8

didistribusikan ke lebih dari satu tampuk pemegang kekuasaan atau beberapa lembaga negara. Jadi, pemerintah berupa satu kata nama dan berupa subyek yang berdiri sendiri.

2. Pemerintahan dilihat dari segi tata bahasa merupakan kata imbuhan berakhiran –an. Didapatnya akhiran –an ini disebabkan oleh adanya subyek sebelumnya. Artinya, pemerintah sebagai subyek melakukan tugas / kegiatan atas nama negara. Cara untuk melakukan tugas / kegiatan tersebut disebut sebagai pemerintahan. Dengan kata lain, pemerintahan berarti suatu perbuatan / tindakan memerintah atas nama pemerintah. Adakalanya tambahan akhiran –an dapat juga diartikan sebagai bentuk jamak atau dapat diartikan lebih dari satu pemerintahan. Namun pengertian tersebut tidak selalu dapat disamakan dengan negara lain. Dalam beberapa literatur sistem *anglo saxon*, seperti Inggris dijumpai kata “*government*” yang acapkali diartikan baik sebagai pemerintah ataupun sebagai pemerintahan.<sup>4</sup>

Lebih lanjut, untuk membedakan keduanya, istilah pemerintah menunjuk kepada badan, organ atau alat perlengkapan yang menjalankan fungsi atau bidang tugas pekerjaan itu. Sedangkan istilah pemerintahan menunjuk kepada bidang tugas pekerjaan atau fungsi. Jadi, dapat dikatakan pemerintah menunjuk kepada subyek, sedangkan istilah pemerintahan menunjuk kepada obyek.<sup>5</sup>

Sebagai obyek, pengertian pemerintahan menurut Ryaas Rasyid mencakup tiga paradigma, yaitu sebagai *a ruling process*, *a governing process*, dan *an administering process*.<sup>6</sup> Di sini, pemerintahan dimaknai sebagai suatu proses yang dilakukan oleh pemerintah sebagai pemangku kekuasaan yang terpilih, dalam membuat sekaligus melaksanakan peraturan, manajerial pemerintahan, dan melaksanakan fungsi administrasi negara. Dengan demikian, luas bidang kegiatan pemerintahan mencakup yang bersifat umum (*algemeen bestuur*) yang dipimpin oleh presiden

---

<sup>4</sup> Bandingan dengan Victor M. Situmorang dan Cormentya Sitanggang, *Hukum Administrasi Pemerintahan di Daerah*, Sinar Grafika, Jakarta, 1994, hlm. 4

<sup>5</sup> Mariun, *Asas-Asas Ilmu Pemerintahan*, Diktat Kuliah Yogyakarta, Fakultas Sosial dan Ilmu Politik UGM

<sup>6</sup> Muhammad Ryaas Rasyid, *Makna Pemerintahan: Tinjauan dari segi Etika dan Kepemimpinan*, PT Mutiara Sumber Widya, Jakarta, 2000, hlm. 23-24

selaku kepala pemerintahan dan pelaksanaan kewenangannya dikoordinir oleh para menteri atau badan atau komisi yang berada di bawah presiden. Kewenangan itu selanjutnya dapat didelegasikan kepada pemerintah di tingkat bawahnya, termasuk pemerintah daerah. Selain itu, ada juga kegiatan pemerintahan yang bersifat khusus, misalnya: mengadakan hubungan diplomatik luar negeri, membuat perjanjian dengan negara lain, melakukan kebijakan ekonomi-sosial-budaya-hukum-pertahanan-keamanan, memberi grasi-abolisi-rehabilitasi, mengembangkan ilmu pengetahuan dan teknologi, dan sebagainya.

Pengertian-pengertian tersebut, pada dasarnya hanya sering digunakan dalam beberapa literatur hukum kenegaraan. Hal ini dikarenakan, tidak ada peraturan yang memberikan definisi secara khusus mengenai pemerintah dan pemerintahan. Yang ada hanya pengertian “Pemerintah Pusat”, “Pemerintah Daerah”, dan “Pemerintahan Daerah” yang diatur dalam Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah (Undang-Undang Pemda). Pasal 1 angka 1 Undang-Undang Pemda mendefinisikan Pemerintah Pusat dengan arti Presiden Republik Indonesia yang memegang kekuasaan pemerintahan negara Republik Indonesia yang dibantu oleh Wakil Presiden dan menteri sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Sedangkan Pemerintah Daerah menurut ketentuan Pasal 1 angka 3 Undang-Undang Pemda diartikan kepala daerah sebagai unsur penyelenggara pemerintahan daerah yang memimpin pelaksanaan urusan pemerintahan yang menjadi kewenangan daerah otonom. Dari dua pengertian *stipulatif* tersebut, hanya menggambarkan Pemerintah (baik Pemerintah Pusat maupun Pemerintah Daerah) sebagai bentuk organ pemegang kekuasaan saja.

Sebagai pemangku organ kekuasaan, Pemerintah Pusat dan Daerah juga melaksanakan tugas pokok dan fungsinya di bidang pemerintahan. Dalam Undang-Undang Pemda, khususnya Pasal 1 angka 2 membatasi pengertian Pemerintahan Daerah dengan penyelenggaraan urusan pemerintahan oleh Pemerintah Daerah dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah menurut asas otonomi dan tugas pembantuan dengan prinsip otonomi seluas-luasnya dalam sistem dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang

Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD NRI Tahun 1945). Ketentuan ini menggambarkan adanya distribusi kewenangan dari Pemerintah Pusat kepada Pemerintah Daerah untuk menyelenggarakan urusan pemerintahan (negara) di tingkat lokal atau daerah. Fungsi pemerintahan (negara) yang luas ini, diberikan kepada daerah-daerah selain agar terjadi pemerataan pembangunan yang disertai tanggung jawab, juga agar pelaksanaan urusan pemerintahan berjalan secara efektif dan efisien. Hal ini dikarenakan, daerahlah yang lebih tahu bagaimana pemerintahan dilakukan sesuai karakteristik daerah masing-masing.

Setelah menguraikan secara singkat mengenai pengertian pemerintah dan pemerintahan, selanjutnya ada beberapa istilah dalam undang-undang yang kerap dihubungkan dengan pemerintah dan pemerintahan. Istilah itu adalah “pejabat tata usaha negara”, “pejabat pemerintahan” dan “pejabat publik”.

Pengertian pejabat tata usaha negara berdasarkan ketentuan Pasal 1 angka 8 Undang-Undang Nomor 51 Tahun 2009 Tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 Tentang Peradilan Tata Usaha Negara didefinisikan sebagai pejabat yang melaksanakan urusan pemerintahan berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Ketentuan perubahan ini tidak memberikan penjelasan lebih lanjut mengenai siapa itu pejabat tata usaha negara, akan tetapi dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 Tentang Peradilan Tata Usaha Negara (sebelum direvisi), dalam pengertian yang sama, menjelaskan yang dimaksud pejabat tata usaha negara adalah pejabat di pusat dan daerah yang melakukan kegiatan yang bersifat eksekutif.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> Arti kata “eksekutif” dalam hukum, adalah kekuasaan menjalankan undang-undang, Departemen Pendidikan Nasional, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, PT Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2014, hlm. 356., definisi ini juga dipengaruhi doktrin *trias politica* yang dikembangkan oleh John Locke dan Montesquieu, yang membagi kekuasaan negara ke dalam tiga cabang, yaitu legislatif (kekuasaan membuat undang-undang/*rulemaking function*); eksekutif (kekuasaan melaksanakan undang-undang/*rule application function*); dan yudikatif (kekuasaan mengadili atas pelanggaran undang-undang/*rule adjudication function*). Lihat Romi Librayanto, *Trias Politica Dalam Struktur Ketatanegaraan Indonesia*, PuKAP, Makassar, 2008, hlm 18 dan 19

Begitu juga dengan pejabat pemerintahan, menurut ketentuan Pasal 1 angka 3 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan (Undang-Undang Administrasi Pemerintahan), diartikan sebagai unsur yang melaksanakan fungsi pemerintahan, baik di lingkungan pemerintah maupun penyelenggara negara lainnya. Dalam ketentuan ini sama juga dengan Undang-Undang Nomor 51 Tahun 2009, yang tidak memberi penjelasan lebih lanjut mengenai pejabat pemerintahan. Namun demikian, Undang-Undang Administrasi Pemerintahan secara eksplisit dalam salah satu normanya mengatur ruang lingkup yang berkaitan dengan aktivitas penyelenggaraan fungsi pemerintahan. Yaitu yang diatur dalam ketentuan Pasal 4 Undang-Undang Administrasi Pemerintahan, yang pada prinsipnya menyatakan pejabat pemerintahan ini termasuk dalam lingkup lembaga eksekutif, yudikatif, legislatif, dan lain-lain yang menjalankan fungsi pemerintahan yang disebutkan UUD NRI Tahun 1945 dan/atau undang-undang.

Kemudian pengertian pejabat publik, tertera dalam ketentuan Pasal 1 angka 8 Undang-Undang Nomor 14 Tahun 2008 Tentang Keterbukaan Informasi Publik. Ketentuan ini menyebutkan, pejabat publik adalah orang yang ditunjuk dan diberi tugas untuk menduduki posisi atau jabatan tertentu pada badan publik. Selanjutnya, dalam undang-undang yang sama, khususnya Pasal 1 angka 3, memberikan pengertian “badan publik” sebagai lembaga eksekutif, legislatif, yudikatif, dan badan lain yang fungsi dan tugas pokoknya berkaitan dengan penyelenggaraan negara, yang sebagian atau seluruh dananya bersumber dari anggaran pendapatan dan belanja negara dan/atau anggaran pendapatan dan belanja daerah, atau organisasi non-pemerintah sepanjang sebagian atau seluruh dananya bersumber dari anggaran pendapatan dan belanja negara dan/atau anggaran pendapatan dan belanja daerah, sumbangan masyarakat, dan/atau luar negeri. Beranjak dari pengertian tersebut, pejabat publik artinya memiliki kemiripan dengan pejabat pemerintahan yang disebutkan dalam Undang-Undang Administrasi Pemerintahan.

Berdasarkan pengertian yang diberikan oleh undang-undang tersebut, maka istilah pejabat tata usaha negara, pejabat pemerintahan, maupun pejabat publik pada dasarnya mempunyai makna yang sama, yakni pejabat yang melakukan kegiatan atau menyelenggarakan urusan pe-

merintahan atau fungsi eksekutif. Dari segi kelembagaannya tidak melihat hanya lembaga tertentu saja, melainkan juga meliputi lembaga eksekutif, yudikatif, legislatif, maupun lembaga lainnya yang disebut dalam UUD NRI Tahun 1945 dan/atau undang-undang.

Pengertian urusan pemerintahan secara normatif diatur dalam ketentuan Pasal 1 angka 3 Undang-Undang Nomor 39 Tahun 2008 tentang Kementerian Negara. Menurut ketentuan ini urusan pemerintahan adalah setiap urusan sebagaimana dimaksud dalam ketentuan UUD NRI Tahun 1945. Urusan tertentu dalam pemerintahan menurut ketentuan Pasal 4 ayat (2) dan Pasal 5 ayat (1), (2), dan (3) undang-undang ini terdiri atas:

1. Urusan pemerintahan yang nomenklatur kementeriannya secara tegas disebutkan dalam UUD NRI Tahun 1945, meliputi: urusan luar negeri, dalam negeri, dan pertahanan.
2. Urusan pemerintahan yang ruang lingkupnya disebutkan dalam UUD NRI Tahun 1945, meliputi: urusan agama, hukum, keuangan, keamanan, hak asasi manusia, pendidikan, kebudayaan, kesehatan, sosial, ketenagakerjaan, industri, perdagangan, pertambangan, energi, pekerjaan umum, transmigrasi, transportasi, informasi, komunikasi, pertanian, perkebunan, kehutanan, peternakan, kelautan, dan perikanan.
3. Urusan pemerintahan dalam rangka penajaman, koordinasi, dan sinkronisasi program pemerintah, meliputi: urusan perencanaan pembangunan nasional, aparaturnegara, kesekretariatan negara, badan usaha milik negara, pertahanan, kependudukan, teknologi, investasi, koperasi, usaha kecil dan menengah, pariwisata, pemberdayaan perempuan, pemuda, olahraga, perumahan, dan pembangunan kawasan atau daerah tertinggal.

Berkenaan dengan eksistensi jabatan<sup>8</sup> (pejabat tata usaha negara, pe-

---

<sup>8</sup> Jabatan (*ambt*) adalah lingkungan kerja tetap yang berisi fungsi-fungsi tertentu yang secara keseluruhan akan mencerminkan tujuan dan tata kerja suatu organisasi. Disamping itu, jabatan beserta fungsi-fungsi yang melekat atau dilekatkan padanya bersifat abstrak dan statis. Agar jabatan beserta fungsi-fungsi tersebut menjadi konkret dan bergerak mencapai sasaran atau tujuan, harus ada pemangku jabatan atau para pejabat (*ambtsdrager*), yaitu orang perorangan yang duduk dan didudukkan dalam suatu jabatan dengan tugas dan wewenang tertentu untuk merealisasikan berbagai fungsi jabatan tertentu. I Gde Pantja Astawa, *Problematika*

jabat pemerintahan, maupun pejabat publik), secara teoritis, jabatan dapat diampu oleh pihak swasta sepanjang diatur dalam peraturan perundang-undangan, dan diberi tugas untuk melaksanakan urusan pemerintahan. Seperti yang terjadi di bidang pendidikan, ada beberapa urusan pemerintahannya dilakukan oleh pihak universitas swasta; juga di bidang kesehatan dilakukan oleh rumah sakit swasta; bahkan di bidang transportasi, sarana dan prasarana transportasi (darat, laut, dan udara) sudah banyak di delegasikan ke pihak swasta; dan di bidang lain-lainnya. Dengan begitu, yang menjadi patokan bukanlah struktur atau kedudukan struktural “organ atau pejabat” yang bersangkutan dalam jajaran pemerintah, bukan juga nama resminya, melainkan urusan pemerintahan yang diembannya.<sup>9</sup> Atas dasar pemikiran yang demikian, maka urusan pemerintahan dapat dilakukan oleh pihak swasta, sepanjang diatur dalam peraturan perundang-undangan, dan konsekuensi hukumnya tunduk pada hukum publik, khususnya hukum administrasi. Karena kewenangan yang diberikan kepada swasta itu, sewaktu-waktu dapat dicabut dan diambil kembali oleh pemerintah berdasarkan peraturan perundang-undangan (asas *contrarius actus*), yang bertitik tolak pada konstitusi, khususnya yaitu Pasal 31, Pasal 33, dan Pasal 34 UUD NRI Tahun 1945.

## **B. Arti Penting Diskresi Pemerintahan**

Pejabat pemerintahan, dalam konteks hukum administrasi, mempunyai kewenangan atau wewenang yang luas dalam menjalankan roda pemerintahan. Adanya kewenangan atau wewenang yang luas ini, dikarenakan pejabat pemerintahan merupakan pemangku utama otoritas penyelenggaraan kepentingan umum baik di tingkat pusat maupun di tingkat daerah.

Kewenangan atau wewenang harus menjadi dasar setiap perbuatan atau tindakan hukum publik. Meskipun menurut hukum, kewenangan atau wewenang pejabat pemerintahan diatur dalam bentuk peraturan

---

*Hukum Otonomi Daerah di Indonesia*, PT. Alumni, Bandung, 2008, hlm. 19

<sup>9</sup> Indroharto, *Usaha Memahami Undang-Undang Tentang Peradilan Tata Usaha Negara Buku I: Beberapa Pengertian Dasar Hukum Tata Usaha Negara*, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, 2000, hlm. 64 dan 66

perundang-undangan (hukum tertulis), akan tetapi dalam melakukan tindakan berdasarkan kewenangan atau wewenang tersebut, pejabat pemerintahan dimungkinkan melakukan tindakan di luar ketentuan hukum tertulis. Keadaan ini sebagai suatu konsekuensi, bahwa undang-undang dan peraturan tertulis lainnya seringkali tertinggal dalam mengantisipasi perkembangan zaman (*het recht hinkt achter de feiten aan*), perubahan nilai dalam masyarakat, dan meningkatnya kebutuhan hidup manusia seiring dengan kemajuan yang dicapainya di bidang ilmu pengetahuan dan teknologi.

Kondisi dan situasi yang demikian, menurut JP. Wind merupakan hal yang wajar, karena tidak ada ketentuan tertulis yang mengatur segala aspek kehidupan secara lengkap dan tuntas, melainkan hanya garis besarnya saja yang diatur. Untuk menambal kekurangan ini, diperlukan suatu “kebijakan” dalam mengambil suatu keputusan (termasuk membuat peraturan kebijakan) dan/atau tindakan dari adanya “ruang kosong” pada ketentuan tertulis tersebut.<sup>10</sup> Selain itu, sebagai penopang utama kegiatan administrasi negara, pejabat pemerintahan sering mengalami suatu keadaan yang sangat mendesak untuk mengambil keputusan dan/atau tindakan sesegera mungkin, padahal waktu yang tersedia sangatlah singkat. Dengan adanya kondisi dan situasi seperti ini, pejabat pemerintahan dihadapkan pada serangkaian pilihan alternatif dalam mengambil keputusan dan/atau melakukan tindakan.<sup>11</sup> Oleh karenanya, agar prinsip legalitas pada tahap operasionalnya dapat dilaksanakan secara cepat, dinamis, efektif, dan efisien, maka diperlukan “diskresi” sebagai sarana pengembangannya. Jadi, dapatlah dipahami bahwa eksistensi diskresi sangat diperlukan dalam rangka melengkapi atas segala kekurangan dan kelemahan prinsip legalitas (*wetmatigheid van bestuur*).

Diskresi memiliki peranan yang sangat penting dalam segala aspek kehidupan berbangsa dan bernegara,<sup>12</sup> terutama dalam mengisi

---

<sup>10</sup> JP. Wind, *Enige Bestuursrechtelijke Begrippen : en de Algemene wet bestuursrecht*, Sdu Uitgever bv Den Haag, 2004

<sup>11</sup> Wahyudi Kumorotomo, *Etika Administrasi Negara*, PT. RajaGrafindo Persada, 2013, hlm. 342

<sup>12</sup> Beatson, dkk, *Administrative Law : Text and Materials*, Oxford University Press, UK, 2011, hlm. 113-114.



kekosongan peraturan tertulis, serta melenturkan peraturan yang kaku (*rigid*) dan sudah usang (*out of date*). Bahkan, diskresi dapat menyesuaikan dengan konteks kekininan yang lebih baik dan bermanfaat bagi masyarakat (*public*).

Konsep diperlukannya diskresi pemerintahan dalam membuat keputusan dan/atau tindakan, pernah dibahas dalam Kongres ke XVIII dalam *International of Administrative Science* di Madrid pada tahun 1980, terutama yang di presentasikan oleh Wagner, dengan poin-poin sebagai berikut :

1. *The contents of laws has significantly changed.*
2. *The administration works largely with the help of plans and programs.*
3. *There are too many laws which are too complicated.*
4. *There is too much emphasis upon solving specialized problems.*
5. *The employment opportunities for lawyers in the administration are being reduced and finally.*
6. *Many laws can not be implemented because citizen-action groups and similar organisations prove obstructive.*

Apabila dicermati pembahasan dalam kongres tersebut, menunjukkan arti penting perlunya fleksibilitas pemerintah dalam memahami hukum, khususnya yang berbentuk tertulis. Fleksibel di sini maksudnya, memberikan kewenangan cukup luas kepada pejabat pemerintahan untuk melakukan diskresi pemerintahan. Di negara modern manapun hal ini tidak terelakkan lagi.

Pemikiran tersebut sejalan dengan pandangan D.J. Galigan, yang menyatakan:

*“We can now consider how these points of tension around the ideal type of formal rational authority are manifested in the modern state. It has become commonplace that a notable characteristic of the modern legal system is the prevalence of discretionary powers vested in a wide variety of officials and authorities.”<sup>13</sup>*

Galigan menguraikan, dalam sistem hukum modern, merupakan

---

<sup>13</sup> D.J. Galligan, *Discretionary Powers : A Legal Study of Official Discretion*, Clarendon Press, Oxford, 1990, hlm. 72

kelaziman adanya ciri khusus berupa prevalensi kekuasaan diskresioner yang diberikan kepada pemerintah atau pejabat yang berwenang. Karena pada kenyataannya, di negara-negara modern dalam beberapa dekade terakhir, pemberian kewenangan diskresi pemerintahan meningkat dari tahun ke tahun, sehingga keberadaannya menjadi aspek penting dalam otoritas negara.

Selanjutnya, D.J. Galigan mengungkapkan:

*“The extended reliance upon discretionary powers has accompanied and to a large extent been a product of the growth of state regulation. there is ample evidence of that expansion in the later part of the nineteenth century and the major part of the twentieth as the state has extended its activities into a wide range of social and economic affairs.”<sup>14</sup>*

Dari pendapat ini, terlihat adanya ketergantungan negara-negara modern terhadap kewenangan diskresioner. Hal ini terlihat dari peraturan-peraturan yang dibuat di negara-negara modern tersebut yang memberikan kewenangan diskresioner, terutama ketika negara memperluas aktivitasnya ke bidang sosial dan ekonomi yang begitu rumit. Semua ini berkaitan dengan pencapaian cita-cita keadilan sosial dan kesejahteraan, yang memungkinkan pemerintah untuk mengintervensi regulasi ekonomi dan untuk mempertahankan serta melindungi struktur dasar ekonominya.

Berdasar kenyataan tersebut, Galigan menilai ada hubungan konseptual yang fundamental dan mendasar antara sifat masyarakat modern dan peran negara, serta dibangkitkannya kewenangan diskresioner. Hubungan konseptual tersebut, dikarenakan adanya empat faktor sebagai berikut:

1. Faktor historis, yaitu besarnya beban badan legislatif dalam membuat regulasi di berbagai bidang dan sumber dayanya yang terbatas, sehingga menjadikannya mendelegasikan sebagian besar kewenangannya kepada pejabat pemerintahan (eksekutif). Pendelegasian dalam bentuk-bentuk diskresi ini dengan melihat juga pertumbuhan dalam ukuran, keragaman, dan kompleksitas peraturan yang dibuat badan legislatif.

---

<sup>14</sup> *Ibid.*, hlm. 73

2. Faktor teknis implementasi, yaitu adanya tuntutan bahwa banyak pembuatan peraturan itu harus menggunakan pendekatan teknis dan ilmiah yang hanya dapat dilakukan melalui otoritas spesialis. Begitu ditemukan masalah penormaan di wilayah teknis, menjadi suatu keharusan untuk menyerahkannya kepada kebijaksanaan si pelaksana teknis.
3. Faktor adanya pergeseran dari peraturan formal kepada tindakan rasional yang lebih substantif. Maksudnya, norma peraturan formal yang bersifat abstrak pada akhirnya menuju kepada keputusan bersifat purposif dalam artian konkrit sesuai fakta dan kenyataan yang terjadi. Dapatlah dimengerti adanya keharusan pejabat yang berwenang untuk melaksanakan norma formal sebagai perantara menuju kebijakan pejabat dalam mengambil sebuah keputusan konkrit dan substantif.
4. Faktor kompleksitas dan variabilitas masalah yang dihadapi penerapan norma hukum. Kompleksitas di sini adalah fungsi dari sifat dan keragaman kepentingan yang terlibat atau terpengaruh, dan tingkat konflik potensial dengan kisaran solusi yang mungkin terbuka, serta konsekuensi dari solusi tersebut, misalnya: ketika pemerintah melakukan pengendalian tingkat polusi suatu industri. Sedangkan variabilitas berkenaan dengan masalah satu dengan masalah lain saling pengaruh mempengaruhi, seperti tindakan pemerintah dalam mengatasi pencemaran lingkungan hidup, dengan cara membatasi kapasitas produsen yang berpotensi mencemari lingkungan hidup.

Beranjak dari faktor-faktor tersebut, dapat dikatakan diskresi pemerintahan sebagai *condition sine qua non* dalam negara modern dan sistem hukum modern. Diskresi pemerintahan mempunyai peran yang sangat mendasar. Peran ini dalam konteks yang beragam, di bidang perekonomian, sosial-budaya, pendidikan, pertanian, teknologi, dan sebagainya. Karena dalam kehidupan berbangsa dan bernegara, pejabat pemerintahan dan masyarakatnya saling bersimbiosis mutualisme. Merespon dan menstabilkan kepentingan pejabat pemerintahan dan masyarakat di bidang tersebut, harus menggunakan kelenturan dalam berhukum.

Kelenturan ini berupa kebijakan yang berpedoman dan tetap dalam kerangka hukum.

Apabila kita renungkan, sesungguhnya diskresi pemerintahan telah ada sejak negara itu berdiri. Sebagai pemegang mandat dari rakyat dalam menjalankan negara, pejabat pemerintahan tidak mungkin menggunakan kewenangannya secara kaku, dalam arti hanya mengikuti perintah undang-undang *an sich*. Dalam memahami interaksi kehidupan masyarakat yang sedemikian cepat dan kompleks, pejabat pemerintahan tidak dapat hanya mengikuti aturan tekstual secara rigid yang tertera dalam undang-undang.

Pembuat undang-undang (Parlemen), tidak mungkin membuat ketentuan (legislasi) yang menjamin secara detail setiap situasi yang mungkin timbul dalam pelaksanaan kebijakan negara yang sedang berjalan. Meskipun undang-undang dapat menetapkan kebijakan umum dan menetapkan prinsip serta kriteria utama dengan mengacu pada kebijakan mana yang harus dioperasikan, keberadaan diskresi pemerintahan tidak dapat dielakkan. Di bidang pendidikan misalnya, apakah Parlemen (di Indonesia Presiden dan DPR) dimungkinkan dapat membuat Undang-Undang Pendidikan yang lengkap dan sempurna normanya? Jawabannya tentu tidak mungkin. Karena pendidikan menyangkut banyak aspek, yaitu mulai dari ijin pelaksanaan pendidikan, pembangunan gedung pendidikan, sistem akreditasi, manajerial pendidikan, administrasi kepegawaian, proses ngajar-mengajar, pembuatan soal-soal ujian, pemberian penilaian, penentuan kelulusan, dan sebagainya. Hal ini tidak mungkin diatur secara lengkap dan utuh dalam suatu undang-undang. Bahkan dimungkinkan adanya lintas bidang, yaitu bidang pendidikan berkaitan dengan ekonomi, sosial masyarakatnya, tata ruang wilayah, dan lain-lain, yang semuanya memerlukan adanya diskresi pemerintahan.

Contoh lain yang dalam kenyataannya terjadi, yaitu diperlukannya diskresi pemerintahan di Provinsi Daerah Istimewa Yogyakarta (DIY), berkenaan dengan Tempat Pembuangan Akhir (TPA). Terhitung sejak tanggal 18 Januari 2018 sejumlah vendor mengirim surat ke beberapa rumah sakit, kalau mereka tidak akan mengambil limbah medis setidaknya dalam jangka waktu beberapa bulan ke depan. Penyebabnya

adalah TPA medis disejumlah tempat sudah melebihi kapasitas dan *overload*, sehingga sudah tidak dapat menampung lagi sampah / limbah medis. Untuk Kabupaten Sleman saja, dari 28 rumah sakit baik negeri maupun swasta, timbunan limbah medis padatnya mencapai 1,6 ton setiap harinya. Meskipun masing-masing rumah sakit memiliki Tempat Pembuangan Sementara (TPS), namun kapasitasnya hanya cukup untuk menampung 500 kilogram perhari. Penanganan limbah rumah sakit tidak dapat dilakukan secara asal. Pasalnya limbah medis termasuk dalam kategori limbah Bahan Berbahaya Beracun (B3), sehingga penganganannya harus dengan kehati-hatian.<sup>15</sup> Adanya kondisi yang mendesak itu, maka Pemerintah Daerah (Pemda) setempat perlu melakukan diskresi pemerintahan, berupa pembuatan TPA alternatif dengan segera.

Di waktu yang berdekatan juga, terjadi serangan hama berupa belalang beracun (*Aularches miliaris*) ke berbagai jenis tanaman pangan dan hortikultura di Kabupaten Gunung Kidul Provinsi DIY. Spesies belalang yang menyerang tanaman ini sebelumnya belum pernah dikenal para petani dan baru pertama kali Kabupaten Gunung Kidul diserang jenis hama yang demikian. Keberadaan hama tersebut telah membuat resah masyarakat setempat, karena selain mengancam kegagalan produksi tanaman pangan, juga membahayakan manusia.<sup>16</sup> Untuk mengatasinya, Pemda setempat melalui Dinas Pertanian berupaya melakukan diskresi pemerintahan. Karena tanpa adanya diskresi, maka hama tersebut akan mewabah ke wilayah lain di luar Kabupaten Gunung Kidul.

Contoh selanjutnya diskresi pengeluaran anggaran oleh Bupati Sleman ketika memenuhi kebutuhan pengungsi. Hal ini terjadi di bulan Mei tahun 2018, yakni ketika terjadi erupsi gunung merapi, banyak masyarakat sekitar pegunungan tersebut mengungsi. Karena kejadian ini, berdampak pada kebutuhan logistik di tempat pengungsian. Pihak Pemerintah Kabupaten tidak mungkin membiarkan pengungsi kelaparan. Sementara desa hanya mampu memberikan logistik hanya beberapa hari. Ketika kekurangan logistik, maka dibutuhkan diskresi pengeluaran anggaran dana tak terduga untuk menangani pengungsi. Di

---

<sup>15</sup> Kedaulatan Rakyat, terbit hari Sabtu tanggal 27 Januari 2018, hlm. 1

<sup>16</sup> Kedaulatan Rakyat, terbit hari Selasa tanggal 23 Januari 2018, hlm. 1

sini, Bupati menerbitkan keputusan sebagai payung hukum dikeluarkannya anggaran atau dana tak terduga (*buffer stock*) karena adanya status tanggap darurat.<sup>17</sup> Diskresi ini sebagai bentuk kehadiran pemerintah kepada masyarakat pada saat membutuhkan.

Berdasarkan uraian tersebut, akan sangat naif apabila ada yang berpandangan diskresi pemerintahan tidak diperlukan. Dapat dipastikan akan terjadi stagnasi, bahkan *chaos* dalam pemerintahan, yang akibatnya akan merugikan masyarakat dan pejabat pemerintahan itu sendiri. Walaupun ada kekhawatiran penggunaan diskresi pemerintahan, maka diperlukan aturan main dalam diskresi pemerintahan, dan diberikan akses keadilan melalui lembaga peradilan. Selain untuk memberikan perlindungan hukum bagi siapapun yang terkena dampak diskresi pemerintahan, juga untuk memberikan keseimbangan antara undang-undang atau peraturan tertulis lainnya dengan diskresi pemerintahan, jangan sampai ada anggapan diskresi pemerintahan itu baik dan undang-undang atau peraturan tertulisnya buruk, dan atau sebaliknya.

Konsepnya, diskresi pemerintahan senantiasa melihat dari sudut pandang yang logis, rasional, dan obyektif, serta berpedoman pada ukuran-ukuran, norma-norma, dan nilai-nilai tata (perilaku) pemerintahan (di Indonesia yang berparadigma Pancasila). Melihat kondisi ketimpangan saat ini, diskresi pemerintahan diperlukan guna mengimbangi kekuatan pihak tertentu (terutama pemilik modal besar) yang dapat menggerus masyarakat kecil (golongan ekonomi menengah ke bawah) dan kemelut horizontal atau konflik sosial yang mempengaruhi tujuan berbangsa dan bernegara.

Diskresi pemerintahan juga mengimbangi eksistensi perubahan dari proses pembangunan nasional maupun lokal. Pengaruh itu ada yang bersifat konstruktif, dan ada yang bersifat destruktif. Pengaruh dimaksud juga menimbulkan hukum perubahan dalam masyarakat. Ada dinamika dalam perubahan tersebut yang perlu diselaraskan melalui diskresi pemerintahan. Jadi, fungsi diskresi pemerintahan dalam proses pembangunan adalah untuk merespon hal-hal yang konstruktif (positif), dan mengeliminir atau mengurangi hal-hal yang destruktif merugikan masyarakat.

---

<sup>17</sup> Kedaulatan Rakyat, terbit hari Sabtu tanggal 26 Mei 2018, hlm.6

Disamping itu, dari perspektif teori hukum responsif (*responsive law*), diskresi pemerintahan seyogyanya dapat dijadikan sebagai sarana penyerap aspirasi masyarakat. Diskresi pemerintahan dianggap sebagai sebuah institusi yang responsif mempertahankan secara kuat hal-hal yang esensial bagi integritasnya sambil tetap memperhatikan keberadaan kekuatan-kekuatan baru di dalam lingkungannya. Untuk melakukan hal tersebut, dengan memperkuat cara-cara bagaimana keterbukaan dan integritas dapat saling menopang walaupun terdapat pertentangan diantara keduanya. Hal ini sejalan dengan pandangan teori tersebut, “*It perceives social pressures as sources of knowledge and opportunities for self-correction*” (hukum responsif menganggap tekanan-tekanan sosial sebagai sumber pengetahuan dan kesempatan untuk melakukan koreksi diri).<sup>18</sup> Dengan demikian, diskresi pemerintahan dapat menampung berbagai aspirasi masyarakat sebelum pejabat pemerintahan melakukan perbuatan hukum publik. Melalui cara penyelidikan diagnostik dan menemukan ketidakadilan yang masif yang terjadi ditengah-tengah masyarakat. Bahkan, pejabat pemerintahan dapat mengelaborasi dan mengoreksi regulasi atau kebijakan internalnya dengan melakukan diskresi pemerintahan ini. Diskresi pemerintahan yang demikian, dipahami sebagai mekanisme untuk mengklarifikasi kepentingan masyarakat dan merealisasikan tujuan hukum.

### C. Problematika Diskresi Pemerintahan

Dari uraian tersebut, konsepsi adanya diskresi pemerintahan dalam menetapkan keputusan (termasuk membuat peraturan kebijakan) dan/atau melakukan tindakan, merupakan sesuatu yang positif dan merupakan sebuah solusi terhadap keadaan-keadaan yang menjadi hambatan pejabat pemerintahan dalam menjalankan tugas pokok dan fungsinya. Akan tetapi, realitasnya terkadang berbanding terbalik, yaitu penggunaan diskresi oleh pejabat pemerintahan dengan dalih untuk kepentingan umum dan kepastian hukum, justru mengorbankan hak-hak masyarakat baik secara individu pribadi, kelompok maupun badan hukum perdata. Kenyataan ini sesuai dengan pendapat Peter H. Schuck,

---

<sup>18</sup> Philippe Nonet and Philip Selznick, *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, Harper Colophon Books, London, 1978, hlm. 77

yang pada pokoknya menyatakan :

*“Paradoxically today’s excessive discretionary power is largely attributable to the zeal of those who a generation or two ago were especially striving to protect against excessive discretionary power.....they tended to oppose all discretionary power; they should have opposed only unnecessary discretionary power..... The worst of it is that milder and sounder opposition to excessive discretionary power became identified with the extravagant version of the rule of law and with the nondelegation doctrine and was largely pulled down in the defeat of those two doctrines. And our legal system has not yet recovered its balance.....”<sup>19</sup>*

Shuck melihat ada dilematis penggunaan diskresi pemerintahan, karena banyak yang tidak taat asas dan terkadang sangat berlebihan. Menurutnya keadaan itu disebabkan oleh satu atau dua generasi sebelumnya yang menggunakan kekuasaan diskresioner sebagai alat untuk mempertahankan kekuasaan. Terutama yang tidak mau diskresinya dikontrol oleh hukum. Ironisnya, jika diskresi pemerintahan ditentang atau dilarang, maka akan terjadi banyaknya peraturan-peraturan yang tidak perlu (tidak penting) dibuat untuk menghindari adanya diskresi. Juga akan memunculkan doktrin non delegasi kepada pejabat pemerintahan dalam melaksanakan tugas pokok dan fungsinya, dampaknya tentu ada ketidakstabilan dalam pemerintahan. Negara itu akan menjadi sebuah negara peraturan (tertulis), bukan lagi negara hukum.

Problem mendasar terhadap kewenangan diskresi pemerintahan ini, ketika salah memahami prinsip *“quod principi placuit legis habet vigorem”* (suatu kedaulatan akan memiliki kekuatan hukum). Pejabat pemerintahan, banyak yang memahaminya sebagai bentuk kekuasaan yang dapat digunakan sesuai keinginannya, tidak mengindahkan kepastian hukum dan keadilan. Bentuk diskresi yang seperti ini berwujud ketidakpedulian pejabat pemerintahan kepada masyarakatnya dan dapat juga diskresi yang dikeluarkannya bersifat bias.

Mengenai hubungan hukum dan diskresi, menarik apa yang diungkapkan Sir Edward Coke ketika menjadi Ketua Pengadilan *the Common Pleas* dan *the King’s Bench* (1608 – 1616), yang membatalkan keputusan Raja King James I mengenai sengketa pertanahan yang ditanganinya.

---

<sup>19</sup> Peter H. Schuck, *Foundations Of Administrative Law*, Foundation Press, New York, 2004, hlm. 182



Menurut Edward Coke terhadap kasus itu, “*to be measured by the golden and straight met-wand of the law, and not to the uncertain and crooked cord of discretion*”. Dalam hal ini, Edward Coke mengibaratkan hukum seperti tongkat emas yang lurus, dihadapkan dengan diskresi yang hanya sebuah tali berbelok-belok (melingkar) yang penuh ketidakpastian. Dari kasus tersebut dapat diambil kalam hikmahnya, yaitu diskresi pemerintahan harus dilakukan berdasar hukum, karena tanpa ada dasar hukum maka kewenangan cenderung disalahgunakan. Dengan kata lain, hukum tanpa diskresi menjadi angan-angan, sedangkan diskresi tanpa hukum menimbulkan kezaliman. Jadi, hukum dan diskresi ibarat dua sisi pada sekeping mata uang sehingga saling berkaitan, akan tetapi kedudukan hukum lebih tinggi dari diskresi.

Ada beberapa dampak negatif, apabila kewenangan yang bersifat diskresioner dilakukan tanpa memperdulikan prinsip-prinsip hukum, yaitu akan menimbulkan hal-hal sebagai berikut:<sup>20</sup>

1) Melampaui kewenangan (*abuse of power*).

Terkadang ada yang menyebutnya dengan *excess de pouvoir*, yaitu adanya pemaksaan untuk mengambil alih atau menyerobot wewenang dalam menetapkan keputusan dan/atau melakukan tindakan pemerintahan yang sebenarnya memiliki wewenang berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Diskresi yang demikian, meliputi: “*exercising a power for an authorised purpose, disregarding decision or taking into account irrelevant consideration*”.

2) Penyalahgunaan kewenangan (*détournement de pouvoir*).

Diskresi seperti ini terjadi apabila pejabat pemerintahan menetapkan keputusan dan/atau melakukan tindakan telah dengan sengaja mempergunakan wewenangnya untuk suatu tujuan atau maksud yang menyimpang dari tujuan atau maksud semula terhadap wewenang yang diberikan kepadanya.

---

<sup>20</sup> Lihat : Safri Nugraha, dkk., *Hukum Administrasi Negara*, Badan Penerbit FH UI, Jakarta, 2005, hlm. 45., Paulus Effendie Lotulung, *Beberapa Sistem Tentang Kontrol Segi Hukum Terhadap Pemerintah*, PT. Bhuana Ilmu Populer, Jakarta, 1986, hlm. 12., Ian Ellis-Jones, *Essential Administrative Law*, Cavendish Publishing Pty Limited, Sydney, 2003, hlm. 53., O. Hood Philips and Jackson, *Constitutional and Administrative Law*, Sweet and Maxwell, London, 2001, hlm 701., dan Bachsan Mustafa, *Pokok-Pokok Hukum Administrasi Negara*, PT. Citra Aditya Bakti, Jakarta, 1990, hlm 55

3) Berbuat sewenang-wenang (*ultra vires*).

Menurut Ian Ellis-Jones :

*“The doctrine of ultra vires (“beyond power”) became a means of ensuring that executive and administrative authorities (particularly local government authorities) acted within their powers. Where a decision maker is exercising a power, a superior court has the power to review the exercise of that power to ensure that the decision maker has not gone outside the limits of the power”.*

Jones mendeskripsikan doktrin *ultra vires* menjadi sarana untuk memastikan bahwa pejabat pemerintahan melakukan tindakan sesuai kewenangan yang dimilikinya. Pengadilan administrasi dapat menguji tindakan pejabat pemerintahan tersebut, untuk memastikan kalau tindakan yang dilakukan pejabat pemerintahan itu tidak melampaui batas kewenangannya.

Pendapat Jones tersebut, sejalan dengan pendapat Cora Hoexter dan Rosemary Lyster. Hanya saja, Cora Hoexter dan Rosemary Lyster membaginya kepada dua teori *ultra vires*, yaitu secara harfiah melampaui kewenangan yang diberikan (teori dalam arti sempit), dan sebagai doktrin pengujian dalam *judicial review* pada sistem *common law* (teori dalam arti luas).<sup>21</sup>

Adanya dampak negatif diskresi pemerintahan, baik dari aspek proses maupun isinya, ditanggapi secara berbeda oleh beberapa kalangan. Seperti adanya pendapat beberapa pejabat negara yang menyatakan diskresi diartikan sebagai kebijakan yang tidak bisa diadili, karena jika dapat diadili, pejabat pemerintahan tidak akan ada yang berani menetapkan keputusan dan/atau melakukan tindakan. Hanya saja perlu digaris bawahi, jika implementasi dari menetapkan keputusan dan/atau melakukan tindakan itu menyimpang untuk beragam kepentingan tertentu, baru bisa diadili di ranah hukum.<sup>22</sup> Apabila dicermati, pendapat tersebut menginginkan bahwa diskresi dalam mengambil keputusan tidak serta merta dapat diadili, karena ukurannya bukan diskresinya yang salah atau benar, melainkan perilaku koruptifnya yang bisa

---

<sup>21</sup> Cora Hoexter dan Rosemary Lyster, *The New Constitutional and Administrative Law*, Juta Law, hlm. 77

<sup>22</sup> Kompas, terbit hari Selasa tanggal 11 Maret 2014, hlm. 3.

diadili.<sup>23</sup> Ada juga pejabat negara yang berpendapat sebaliknya, bahwa diskresi menetapkan keputusan dan/atau melakukan tindakan yang tidak ada dasar hukumnya dan disalahgunakan dapat diadili atau dipermasalahkan ke lembaga peradilan.<sup>24</sup>

Adanya dua sisi (persepsi) yang bertolak belakang dalam menyikapi diskresi tersebut, dapat dimaklumi apabila ada yang beranggapan diskresi sebagai sesuatu yang “klise” dan “paradoks”. Situasi dan kondisi yang demikian, menjadikan diskresi dapat diibaratkan sebagai sebilah pedang bermata dua, yaitu dapat berfungsi secara positif maupun negatif. Sebagai contoh, kasus diskresi yang dilakukan seorang kepala daerah yaitu ketika menunjuk anak dan menantunya menjadi pejabat di lingkungan pemerintah daerah, dari aspek sosiologis, masyarakat yang dapat menilai baik atau buruknya diskresi yang dilakukan kepala daerah tersebut, dan dari aspek yuridis diskresi yang demikian dapat dinilai mengenai ada atau tidaknya pelanggaran hukum baik tertulis maupun tidak tertulis. Tentu saja kasus serupa banyak terjadi di wilayah Indonesia lainnya.

Banyaknya permasalahan kasus hukum kaitannya dengan diskresi, menurut penulis karena adanya “celah” bagi pejabat pemerintahan dalam menafsirkan peraturan perundang-undangan sesuai kehendaknya atau kepentingan dirinya maupun kelompok tertentu. Hal ini merupakan konsekuensi hukum sebagaimana dikemukakan oleh Ronald Dworkin :

*“Discretion like the hole in the doughnut does not exist except an area left open by surrounding belt of restriction. it is therefore a relative concept. it always make sense to ask :”discretion under which standards”? or “discretion as to which authority”.*<sup>25</sup>

Maksudnya, diskresi di deskripsikan seolah-olah ibarat lingkaran “seperti kue donat” yang ada kekosongan di area ditengahnya, hanya dibatasi oleh lingkaran yang mengelilinginya, jadi menurutnya perlu

---

<sup>23</sup> Kompas, terbit hari Jumat tanggal 16 Mei 2014, hlm. 7

<sup>24</sup> Kompas, terbit hari Jumat tanggal 9 Mei 2014, hlm. 1 dan 15

<sup>25</sup> Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Universal Law Publishing Co.PVT. LTD, Delhi, 1999, hlm. 31.

ada standard dan batasan kewenangan yang mendasari diterapkannya diskresi. Kemudian dilanjutkan olehnya:

*“Like almost all terms, the precise meaning of “discretion” is affected by features of the context. the term is always colored by the background of understood information against which it is used. although the shadings are many, it will be helpful for us to recognize some gross distinctions. Sometimes we use “discretion” in a weak sense, simply to say that for some reason the standards and official must apply cannot be applied mechanically but demand the use of judgment. We use this weak sense when the context does not already make that clear, when the background our audience assumes does not contain that piece of information”.*<sup>26</sup>

Dari pernyataannya itu, Dworkin melihat sisi kelemahan adanya diskresi. Yang secara maknawi, sangat dipengaruhi oleh karakter atau sifat konteks ketika diskresi dilakukan. Diskresi selalu diwarnai atau dipengaruhi oleh latar belakang informasi yang dipahami pejabat yang berwenang. Terkadang juga, diskresi diharuskan berdasarkan alasan standar dan peraturan resmi, namun kenyataannya tidak dapat diterapkan. Penyebabnya, si pejabat tidak memahami secara jelas konteksnya dan ada perbedaan informasi yang di dapat, bahkan bertentangan dengan diskresi yang dilakukan. Dworkin mengilustrasikan, seorang komandan berpangkat letnan memberikan kewenangan penuh (bersifat diskresi) kepada seorang prajurit berpangkat sersan kepala untuk menunjuk anak buahnya 5 (lima) orang yang mumpuni dan berpengalaman dalam suatu patroli atau tugas khusus. Gambaran ini menunjukkan, pihak yang terkena diskresi (lima orang prajurit yang ditunjuk) tidak tahu perintah sersan kepala itu atas dasar apa menunjuk dirinya, padahal banyak prajurit lain yang mungkin lebih mumpuni dan berpengalaman. Atau ada kemungkinan kewenangan si letnan juga bersifat diskresi, sehingga ada diskresi di atas diskresi. Tolok ukur diskresi tersebut tentu akan menjadi sangat subyektif dan dilatarbelakangi oleh informasi yang belum tentu akurat. Belum lagi apabila terjadi kesalahan, siapa yang dikenai tanggung jawab, si komandan (letnan) atau si sersan kepala, karena pelaksanaan diskresi tanpa mengetahui dasar hukum,

---

<sup>26</sup> *Idem*

melainkan hanya perintah lisan semata. Semua itu berpulang pada kemampuan, profesionalitas, dan integritas si letnan dan sersan kepala tadi ketika melakukan diskresi.

Di Indonesia, dalam suatu kajian hukum mengenai diskresi, ditemukan setidaknya ada sekitar 20 peraturan perundang-undangan yang mengandung diskresi yang dapat dilakukan beberapa lembaga negara, 17 berbentuk Undang-Undang, 2 Peraturan Pemerintah, dan 1 Peraturan Presiden.<sup>27</sup> Sebagai contoh, ketentuan Pasal 1 angka 1, Pasal 3, Pasal 7 dan Pasal 8 Undang-Undang No. 39 Tahun 2008 Tentang Kementerian Negara, memungkinkan adanya diskresi yang dilakukan oleh menteri selaku bawahan presiden. Materi atau isi dari ketentuan ini, pada pokoknya menyatakan bahwa sebagai perangkat pemerintah, kementerian mempunyai tugas menyelenggarakan urusan tertentu dalam pemerintahan dibawah dan bertanggung jawab kepada presiden. Tugas dalam menyelenggarakan pemerintahan negara yang dilakukan oleh kementerian adalah sebagai berikut :

1. Merumuskan, menetapkan, dan melaksanakan kebijakan di bidangnya, mengelola barang milik/kekayaan negara yang menjadi tanggung jawabnya, melakukan pengawasan terhadap pelaksanaan tugas di bidangnya dan melaksanakan kegiatan teknis dari pusat sampai ke daerah.
2. Merumuskan, menetapkan, dan melaksanakan kebijakan di bidangnya, mengelola barang milik/kekayaan negara yang menjadi tanggung jawabnya, melakukan pengawasan terhadap pelaksanaan tugas di bidangnya dan melaksanakan bimbingan teknis dan supervisi atas pelaksanaan urusan kementerian di daerah dan pelaksanaan kegiatan teknis yang berskala nasional.
3. Merumuskan dan menetapkan kebijakan di bidangnya, mengkoordinasi dan mensinkronisasi pelaksanaan kebijakan di bidangnya, mengelola barang milik/kekayaan negara yang menjadi tanggung jawabnya dan melakukan pengawasan terhadap pelaksanaan tugas di bidangnya.

---

<sup>27</sup> Yopie Morya Immanuel Patiro, *Diskresi Pejabat Publik Dan Tindak Pidana Korupsi*, CV. Keni Media, Bandung, 2012, hlm. 128.

Ketentuan di lingkungan kementerian negara tersebut, memberi peluang kepada para menteri untuk melakukan diskresi pemerintahan, karena banyaknya norma yang memberi wewenang kepada menteri untuk melakukan perumusan, penetapan, pelaksanaan kebijakan di bidangnya masing-masing dari tingkat pusat sampai dengan daerah.

Kemudian, di dalam pemerintahan daerah juga masih mengalami banyak kendala dalam mengimplementasikan diskresi, seperti apa yang tercantum dalam aturan dan mekanisme pemberian hibah dan bantuan sosial sesuai Peraturan Menteri Dalam Negeri No. 32 Tahun 2011 Tentang Pedoman Pemberian Hibah Dan Bantuan Sosial, yang kemudian sebagian normanya dilakukan perubahan dengan Peraturan Menteri Dalam Negeri No. 39 Tahun 2012. Secara spesifik, dalam ketentuan tersebut, khususnya Pasal 4 ayat (1) dan Pasal 22 ayat (1) pada pokoknya menegaskan bahwa pemerintah daerah dapat memberikan hibah sesuai kemampuan keuangan daerah dan dapat memberikan bantuan sosial kepada anggota/kelompok masyarakat sesuai kemampuan keuangan daerah. Dengan adanya norma ini, pemerintah daerah mempunyai diskresi untuk melakukan tindakan berupa pemberian hibah dan bantuan sosial (bansos).

Menariknya, diskresi mengenai pemberian hibah dan bansos meskipun mempunyai tujuan yang positif, akan tetapi rentan untuk disalahgunakan, terlebih menjelang adanya kegiatan yang bersifat politis, misalnya pemilihan umum (Pemilu) dan pemilihan kepala daerah (Pilkada). Oleh karenanya, untuk menghindari penyalahgunaan tindakan yang bersifat diskresi pemerintahan terhadap pemberian dana hibah dan bansos, Komisi Pemberantasan Korupsi (KPK) meminta pemerintah pusat dan daerah untuk memorandum dana-dana tersebut dalam menghadapi pemilihan umum, sampai dengan pelaksanaan “pesta demokrasi” tersebut selesai.<sup>28</sup>

Contoh konkrit permasalahan lainnya (di bidang kepegawaian sekaligus pendidikan), diskresi yang bersifat pemberhentian atau pencopotan jabatan, seperti yang terjadi pada salah satu Kepala Sekolah Dasar Negeri di wilayah Provinsi DKI yang diberhentikan dari jabatannya oleh Gubernur DKI Jakarta pada tahun 2014, karena adanya permasalahan

---

<sup>28</sup> Kompas, Terbit Hari Selasa, Tanggal 25 Maret 2014, hlm. 1

hukum yaitu meninggalnya seorang murid kelas SDN tersebut akibat dianiaya oleh kakak kelasnya. Pemberhentian kepala sekolah ini, menurut Gubernur DKI Jakarta, dikarenakan kepala sekolah dan guru tidak hanya bertanggung jawab memberikan pendidikan pelajaran formal, tetapi juga pendidikan moral dan budi pekerti, selain itu manajemen kontrol di sekolah terletak pada kepala sekolah dan guru, artinya sudah semestinya jika melihat tingkah laku anak yang berubah, kepala sekolah dan guru harus segera melakukan tindakan (sekolah harus mengontrol para siswanya). Begitu juga dengan Walikota Bogor, pada tahun 2014 memberhentikan jabatan seorang Kepala Sekolah Dasar Negeri di wilayahnya, terkait adanya kejahatan seksual yang dilakukan oknum guru, dan meskipun yang melakukan adalah bawahannya Kepala Sekolah tetap harus bertanggung jawab.<sup>29</sup> Apabila mencermati dua kasus tersebut, ditinjau dari aspek hukum akan timbul dua pandangan yang berbeda. Perbedaan pandangan itu terjadi apabila menjawab beberapa pertanyaan sebagai berikut, apakah secara hukum dan administratif atasan otomatis harus bertanggung jawab terhadap kesalahan muridnya dan bawahannya? Kalaupun dasar (pertimbangan) diskresi tersebut adalah karena kurangnya pendidikan moral, budi pekerti, dan manajemen kontrol di sekolah, apakah adil kesalahan hanya dibebankan pada kepala sekolah semata? Sebaliknya, kalau sudah ada kegiatan rutinitas yang berkaitan dengan pendidikan moral, budi pekerti, dan manajemen kontrol di sekolah, apakah kepala sekolah tetap bertanggung jawab atas kejadian seperti itu? Bagaimana kalau kejadian dalam dua kasus tersebut terjadi secara spontanitas, apakah kepala sekolah tetap bertanggung jawab? Dan masih banyak pertanyaan lainnya yang dapat menjadi perdebatan secara hukum dengan dikeluarkannya diskresi dalam kasus tersebut.

Selain itu, beberapa waktu yang lalu juga ada permasalahan diskresi pemerintahan di bidang kelautan dan perikanan. Permasalahan terkait pro dan kontra penggunaan alat penangkap ikan (API) berdasarkan ketentuan Pasal 21 ayat (1) dan (2) Peraturan Menteri Kelautan dan Perikanan RI Nomor 71/PERMEN-KP/2016 tentang Jalur

---

<sup>29</sup> Kompas, Terbit Hari Rabu, Tanggal 7 Mei 2014, hlm. 1., dan Kompas, Terbit Hari Jum'at, Tanggal 16 Mei 2014, hlm. 27

Penangkapan Ikan dan Penempatan Alat Penangkapan Ikan di Wilayah Pengelolaan Perikanan Negara Republik Indonesia. Ketentuan ini pada pokoknya mengatur bahwa termasuk API yang mengganggu dan merusak keberlanjutan sumber daya ikan merupakan API yang dioperasikan: a) mengancam kepunahan biota; b) mengakibatkan kehancuran habitat; dan c) membahayakan keselamatan pengguna. Diatur di dalamnya, termasuk API yang mengganggu dan merusak keberlanjutan sumber daya ikan, terdiri dari: pukuk tarik (*seine nets*), yang meliputi dogol (*danis seines*), *scottish*, *seines*, *pair seines*, cantrang, dan lampara dasar, dsb. Ketentuan ini mengatur tenggang waktu untuk pengalihan ke alat tangkap lainnya diberi sampai Juli 2017. Kenyataannya, masa tenggang untuk pengalihan cantrang yang seharusnya berakhir pada Juli 2017 ditunda hingga 31 Desember 2017. Penundaan larangan cantrang berlaku untuk seluruh wilayah Indonesia. Per 1 Januari 2018, sebenarnya nelayan tidak dapat lagi menggunakan alat tangkap cantrang. Dengan adanya diskresi pemerintahan, kini nelayan dapat menggunakannya hingga proses peralihan alat tangkap selesai. Ada beberapa poin dari keluarnya diskresi tersebut, diantaranya: pertama, cantrang boleh melaut lagi tanpa batasan waktu, tetapi tidak boleh menambah kapal; kedua, yang mau beralih ke alat tangkap lain akan dibantu pinjaman perbankan.<sup>30</sup> Diskresi pemerintahan tersebut dikeluarkan dalam situasi dan kondisi dihipnotis antara *pro natura* dan *pro masyarakat* (nelayan).

Diskresi pemerintahan yang dilematis juga terjadi di bidang ekonomi. Misalnya pernah terjadi di pemerintahan sebelumnya, yaitu:

1. Ketika terjadi krisis moneter diskresi yang dilakukan dengan pengetatan ekonomi secara serentak melalui jalur moneter dan fiskal. Sehingga terjadi kenaikan harga bahan bakar minyak (BBM) sebagai dampak dari adanya diskresi fiskal yang ketat. Dari situ, muncul huru-hara dan demo masyarakat dan hampir terjadi amuk masa, sehingga diskresi itu kemudian dikoreksi kembali.
2. Terjadi sebaliknya, diskresi yang terlalu ketat ini dilonggarkan. Muncul gagasan menyelamatkan kelompok masyarakat miskin melalui Jaring Pengaman Sosial (JPS), tetapi program ini menja-

---

<sup>30</sup> Kompas, Terbit Hari Kamis, Tanggal 18 Januari 2018, hlm. 17., dan Kompas, Terbit Hari Selasa, Tanggal 19 Januari 2018, hlm. 1



di kontroversial karena distribusinya “salah alamat”, bahkan terjadi korupsi dan diduga dijadikan alat politik uang (*money politics*) dari partai politik tertentu yang memiliki akses ke penguasa pada waktu itu.

3. Adanya diskresi suku bunga tinggi atau uang ketat merupakan titik paling kritis dan mengundang kontroversi dalam skema penyelamatan ekonomi Indonesia. Pemerintah saat itu mengumumkan secara mendadak tingkat suku bunga Sertifikat Bank Indonesia (SBI) dari 13 persen menjadi 30 persen menjelang akhir tahun. Dampaknya, banyak pihak yang kaget, bahkan banyak investor dirugikan oleh diskresi tersebut, karena pengumuman kenaikan bunga SBI pada waktu perdagangan saham sedang berlangsung.<sup>31</sup>

Masih banyak lagi permasalahan yang terjadi dalam praktek penerapan diskresi pemerintahan. Apabila disimpulkan, tentu dapat terjadi adanya diskresi yang sifatnya positif dan negatif. Semua itu, selain dipengaruhi sudut pandang atau perspektif dari khalayak umum, juga tujuan diberlakukannya norma yang mendasari adanya kewenangan diskresi pemerintahan.

Meskipun secara konseptual diskresi bertujuan positif, bukan tidak mungkin terjadi suatu permasalahan hukum, apalagi diskresi yang bersifat negatif sudah dapat dipastikan akan menimbulkan gejolak baik di internal instansi yang bersangkutan ataupun pihak lain yang terkena kebijakan berupa diskresi dalam menetapkan keputusan dan/atau melakukan tindakan. Dengan adanya permasalahan yang muncul terkait “diskresi” tersebut, dapat diasumsikan bisa saja terjadi pejabat pemerintahan atau bahkan *stakeholder* maupun masyarakat umum belum memahami sejatinya makna diskresi pemerintahan berikut kriterianya.

---

<sup>31</sup> St, Sularto (Editor), *Menggugat Masa Lalu Menggagas Masa Depan Ekonomi Indonesia*, Kompas, Jakarta, 2000, hlm. 209 dan 210

## BAB II

# Teori-teori Esensial di Sekitar Diskresi Pemerintahan

### A. Teori Kewenangan

Untuk memahami diskresi pemerintahan tidak bisa lepas dari kewenangan yang diberikan pada pejabat pemerintahan. Di Indonesia, sebelum berlakunya Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan (Undang-Undang Administrasi Pemerintahan), pengaturan mengenai kewenangan ini tersebar diberbagai peraturan perundang-undangan yang ada. Namun semenjak berlakunya Undang-Undang Administrasi Pemerintahan, maka secara umum pembahasan mengenai kewenangan acuannya pada ketentuan tersebut.

Dilihat dari asal-usulnya, istilah “kewenangan” secara teoritis mengikuti istilah “*bevoegheid*” di Belanda. Istilah “*bevoegheid*” ini di Indonesia sering diterjemahkan dengan “kewenangan” atau “wewenang”.<sup>32</sup> Kalau

---

<sup>32</sup> S. Wojowasito, *Kamus Umum Belanda – Indonesia*, Penerbit PT. Ichtiar baru Van Hoeve, Jakarta, 1996, hlm. 78. Dalam bahasa Inggris disebut “*competence*” yang berarti *being competent; ability or legal authority* lihat A.P. Cowie (chief editor), *Op.Cit.*, hlm. 235. Sedangkan dalam bahasa Perancis disebut “*pouvoir*” atau “*puissance*” bahasa Jerman “*gezag*” lihat SF. Marbut, *Peradilan Administrasi Negara dan Upaya Admnistratif di Indonesia*, Penerbit Libety, Yogyakarta,

ditelusuri lebih lanjut terdapat perbedaan yang mendasar antara “kewenangan” dan “wewenang”. Arti “kewenangan” kaitannya dengan hukum administrasi adalah awal mula otoritas pejabat pemerintahan itu muncul berdasarkan peraturan perundang-undangan untuk melaksanakan tugas dan fungsinya. Berbeda dengan “wewenang”, yang merupakan bagian dari “kewenangan” tersebut.

Begitu juga dengan Undang-Undang Administrasi Pemerintahan, memberikan pemisahan pengertian antara kewenangan dan wewenang. Kewenangan menurut ketentuan Pasal 1 angka 6 Undang-Undang Administrasi Pemerintahan diartikan sebagai kekuasaan Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan atau penyelenggara negara lainnya untuk bertindak dalam ranah hukum publik. Sedangkan wewenang dalam ketentuan Pasal 1 angka 5 Undang-Undang Administrasi Pemerintahan diartikan sebagai hak yang dimiliki oleh Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan atau penyelenggara negara lainnya untuk mengambil keputusan dan/atau tindakan dalam penyelenggaraan pemerintahan. Meskipun terdapat ketidaksamaan arti antara keduanya (kewenangan dan wewenang), dalam tulisan ini penulis tetap menjadikan keduanya satu makna yang sama, karena pada waktu Undang-Undang Administrasi Pemerintahan didesain tidak ada perbedaan prinsipil/substantif antara wewenang dan kewenangan, yang ada hanya perbedaan *gradual*. Perbedaan *gradual*, bahwa ketika yang melakukan kewenangan maka *addressat*-nya adalah lembaga, dan apabila yang menjalankan itu pejabat pemerintahan maka itu merupakan wewenang. Jadi, kalau ada perbedaan atau dipisahkan antara kewenangan dan wewenang akan menimbulkan kontradiksi-kontradiksi.<sup>33</sup>

Menurut F.A.M. Stroink, pembahasan “*bevoegheid*” ini merupakan teori inti dalam hukum tata negara dan hukum administrasi (hukum publik). Dalam hukum tata negara “*bevoegheid*” dideskripsikan sebagai kekuasaan hukum (*teebtement*) atau yang berkaitan dengan kekuasaan, sedangkan dalam hukum administrasi membahas kewenangan

---

1997, hlm. 153

<sup>33</sup> Yulius, dkk (Editor)., Undang-Undang Admnistrasi Pemerintahan Dalam Upaya Pemberantasan Korupsi, Sinar Grafika, Jakarta, 2016, hlm. 93

atau wewenang pemerintahan (*bestuurbevoegheid*).<sup>34</sup> Menurut Henc van Maarseveen, dalam teori hukum publik, kewenangan atau wewenang terdiri atas sekurang-kurangnya tiga komponen, yaitu : pengaruh, dasar hukum, dan konformitas hukum. Komponen pengaruh ialah bahwa penggunaan kewenangan atau wewenang dimaksudkan untuk mengendalikan perilaku subjek hukum. Sedangkan komponen dasar hukum, bahwa kewenangan atau wewenang itu selalu harus dapat ditunjuk dasar hukumnya dan komponen konformitas hukum mengandung makna adanya standar kewenangan atau wewenang, yaitu standar umum (semua jenis kewenangan atau wewenang) dan standar khusus (untuk jenis kewenangan atau wewenang tertentu). Standar umum kewenangan atau wewenang diatur oleh norma hukum administrasi dan seyogyanya dituangkan dalam aturan umum hukum administrasi seperti yang berlaku di Indonesia, yaitu dalam Undang-Undang Administrasi Pemerintahan dan Belanda diatur dalam AWB (*Algemene Wet Bestuurrecht*).

Standar umum wewenang dapat dilihat dalam ketentuan Pasal 6 ayat (1) dan (2) Undang-Undang Administrasi Pemerintahan. Ketentuan ini mengatur, pejabat pemerintahan memiliki hak untuk menggunakan wewenang dalam melakukan perbuatan hukum publik (*publiekrechtelijke handelingen*). Hak yang dimaksud meliputi hal-hal sebagai berikut:

- a) melaksanakan wewenang yang dimiliki berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan dan AUPB.
- b) menyelenggarakan aktivitas pemerintahan berdasarkan wewenang yang dimiliki.
- c) menetapkan keputusan berbentuk tertulis atau elektronik dan/atau menetapkan tindakan.
- d) menerbitkan atau tidak menerbitkan, mengubah, mengganti, mencabut, menunda, dan/atau membatalkan keputusan dan/atau tindakan.
- e) menggunakan diskresi sesuai dengan tujuannya.
- f) mendelegasikan dan memberikan mandat kepada pemerintah (pejabat pemerintahan) lainnya sesuai dengan ketentuan peraturan pe-

---

<sup>34</sup> Pendapat Henc van Maarseveen disitir oleh Philipus M. Hadjon dalam tulisannya di Gema Peratun Tahun VI No.12 Agustus 2000, MARI Lingkungan Peratun, hlm. 103.

rundang-undangan.

- g) menunjuk pelaksana harian atau pelaksana tugas untuk melaksanakan tugas apabila pejabat definitif berhalangan.
- h) menerbitkan izin, dispensasi, dan/atau konsesi sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.
- i) memperoleh perlindungan hukum dan jaminan keamanan dalam menjalankan tugasnya.
- j) memperoleh bantuan hukum dalam pelaksanaan tugasnya.
- k) menyelesaikan sengketa wewenang di lingkungan atau wilayah wewenangnya.
- l) menyelesaikan upaya administratif yang diajukan masyarakat atas keputusan dan/atau tindakan yang dibuatnya; dan
- m) menjatuhkan sanksi administratif kepada bawahan yang melakukan pelanggaran sebagaimana diatur dalam undang-undang ini.

Selain itu, dalam ketentuan Pasal 8 ayat (1) sampai (3) Undang-Undang Administrasi Pemerintahan mengatur ruang lingkup wewenang. Ruang lingkup tersebut, pada pokoknya menentukan:

- 1) Setiap keputusan dan/atau tindakan harus ditetapkan dan/atau dilakukan oleh pemerintah (badan dan/atau pejabat pemerintahan) yang berwenang.
- 2) Pemerintah dalam menggunakan wewenang wajib berdasarkan:
  - a) peraturan perundang-undangan; dan
  - b) asas umum pemerintahan yang baik (AUPB).
- 3) Pemerintah dilarang menyalahgunakan wewenang dalam menetapkan dan/atau melakukan keputusan dan/atau tindakan.

Berdasarkan ketentuan tersebut, ada dua parameter pemberian wewenang, yaitu peraturan perundang-undangan (hukum tertulis) dan asas umum pemerintahan yang baik/AUPB (hukum tidak tertulis). Oleh karenanya, pejabat pemerintahan dalam melakukan perbuatan hukum publik wajib mencantumkan atau menunjukkan ketentuan peraturan perundang-undangan yang menjadi dasar wewenang dan dasar perbuatan hukum publik tersebut. Namun, ketiadaan atau ketidakjelasan peraturan perundang-undangan yang menjadi dasar dalam melaku-

kan perbuatan hukum publik, tidak menghalangi pejabat pemerintahan yang berwenang untuk melakukan perbuatan hukum publik sepanjang memberikan kemanfaatan umum dan sesuai AUPB.

Disamping standard umum yang tersurat dalam Undang-Undang Administrasi Pemerintahan, wewenang juga diatur oleh peraturan perundang-undangan yang bersifat teknis. Inilah yang disebut dengan standar khusus wewenang, yaitu norma khusus tentang wewenang tertentu dan bersifat teknis yang dimuat dalam aturan teknis tentang penggunaan wewenang dalam bidang tertentu, seperti Peraturan Daerah tentang Bangunan yang mengatur prosedur Izin Mendirikan Bangunan (IMB).<sup>35</sup>

Mengenai wewenang ini, dalam doktrin hukum administrasi mengenal dua cara utama memperoleh wewenang, yaitu atribusi dan mandat. Terkadang juga, mandat ditempatkan sebagai cara tersendiri untuk memperoleh wewenang, namun apabila dikaitkan dengan gugatan ke PTUN, mandat tidak ditempatkan secara tersendiri karena penerima mandat tidak bisa menjadi tergugat di PTUN. Secara teoritis, atribusi merupakan wewenang untuk melakukan perbuatan hukum publik yang langsung bersumber pada undang-undang dalam arti materiil. Dalam rumusan lainnya, atribusi disebut juga merupakan pembentukan wewenang tertentu dan pemberiannya kepada organ tertentu, sehingga yang dapat membentuk wewenang adalah organ yang berwenang berdasarkan peraturan perundang-undangan. Pembentukan dan distribusi wewenang ini utamanya ditetapkan dalam Undang Undang Dasar, sedangkan pembentukan wewenang pemerintahan didasarkan pada wewenang yang ditetapkan oleh peraturan perundang-undangan. Berbeda dengan mandat, yang merupakan suatu pelimpahan wewenang dari pejabat pemerintahan kepada bawahannya. Pelimpahan ini bermaksud memberi wewenang kepada bawahan untuk melakukan perbuatan hukum publik atas nama pejabat yang memberi mandat. Oleh karena perbuatan tersebut merupakan tindakan pejabat pemerintahan yang memberi mandat, maka tanggung jawab dan tanggung gugat tetap pada pemberi mandat. Jadi, dalam mandat ini tidak perlu ada ketentuan peraturan perundang-undangan yang melandasinya, karena mandat me-

---

<sup>35</sup> Philipus M. Hadjon, *Ibid.*, hlm. 105

rupakan hal rutin hubungan intern-hierarkis organisasi pemerintahan.<sup>36</sup>

Kemudian dari aspek teoritis, dimanakah letak delegasi sebagai sumber wewenang? Pada prinsipnya, delegasi bukan merupakan cara utama pemberian wewenang. Delegasi diartikan sebagai penyerahan wewenang untuk melakukan perbuatan hukum publik oleh pejabat pemerintahan (delegans) kepada pihak lain (delegataris) dan wewenang tersebut menjadi tanggung jawab pihak lain yang menerima wewenang tersebut (delegataris). Menurut J.B.J.M. Ten Berge setidaknya ada lima syarat dalam delegasi wewenang, yaitu:

- a) Delegasi harus definitif, artinya tidak dapat lagi menggunakan sendiri wewenang yang telah dilimpahkan itu.
- b) Delegasi harus berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan, artinya hanya dimungkinkan kalau ada ketentuan untuk mendelegasikan wewenang dalam peraturan perundang-undangan.
- c) Delegasi tidak kepada bawahan, artinya dalam hubungan hierarkis kepentingan tidak diperkenankan adanya delegasi.
- d) Ada kewajiban memberi keterangan atau penjelasan, artinya delegasi berwenang untuk meminta penjelasan tentang pelaksanaan wewenang tersebut.
- e) Peraturan kebijakan (*beleidsregel*), artinya delegasi memberikan instruksi (petunjuk) tentang penggunaan wewenang tersebut.<sup>37</sup>

Terhadap delegasi ini, menurut H.D. van Wijk dapat disubdelegasikan lagi kepada subdelegataris. Menurutnnya, “.... *Maar ook de delegataris kan deze bevoegdheid soms weer doorgeven; dan is er sparke van subdelegatie. Voor subdelegatie gelden, mutatis mutandis, dezelfde regels als voor delegatie*”<sup>38</sup> Proses dan akibat hukum dari adanya subdelegasi ini sama halnya dengan delegasi. Dengan kata lain, pemberlakuan subdelegasi mutatis mutandis peraturannya sama seperti untuk delegasi.

---

<sup>36</sup> *Ibid.*, hlm. 106, 111, dan 112

<sup>37</sup> *Ibid.*, hlm. 109 dan 110

<sup>38</sup> H.D. van Wijk, *Hoofdstukken van Administratief Recht*, LEMMA B.V, Utrecht, 1988, hlm. 65

Uraian singkat sumber wewenang tersebut, berdasarkan teori yang ada dalam hukum administrasi, dan sudah ada sejak lama. Akan lebih lengkap lagi memahaminya, apabila mengaitkannya dengan ketentuan Pasal 11 sampai 15 Undang-Undang Administrasi Pemerintahan.

Cara memperoleh wewenang Undang-Undang Administrasi Pemerintahan, secara konseptual terdapat sedikit perbedaan dengan teori yang ada dalam hukum administrasi, yang mengenal cara utama dan bukan cara utama memperoleh wewenang. Dalam Undang-Undang Administrasi Pemerintahan secara eksplisit, dinyatakan wewenang diperoleh melalui atribusi, delegasi dan/atau mandat.

Ketentuan Pasal 12 Undang-Undang Administrasi Pemerintahan, menyatakan bahwa pejabat pemerintahan memperoleh wewenang melalui atribusi apabila diatur dalam Undang Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD NRI Tahun 1945) dan/atau undang-undang; merupakan wewenang baru atau sebelumnya tidak ada; dan atribusi diberikan kepada pejabat pemerintahan. Wewenang atribusi tidak dapat didelegasikan, kecuali diatur dalam UUD NRI Tahun 1945 dan/atau undang-undang.

Kemudian, delegasi diatur dalam ketentuan Pasal 13 Undang-Undang Administrasi Pemerintahan. Menurut ketentuan ini, pendelégasian wewenang ditetapkan berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan. Perolehan wewenang melalui delegasi terjadi apabila diberikan dari satu pejabat pemerintahan kepada pejabat pemerintahan lainnya; ditetapkan dalam Peraturan Pemerintah, Peraturan Presiden, dan/atau Peraturan Daerah; dan merupakan wewenang pelimpahan atau wewenang itu sebelumnya telah ada. Wewenang yang didelegasikan kepada pejabat pemerintahan tidak dapat didelegasikan lebih lanjut, kecuali ditentukan lain dalam peraturan perundang-undangan. Dalam hal ketentuan peraturan perundang-undangan menentukan lain, pejabat pemerintahan yang memperoleh wewenang melalui delegasi dapat mensubdelegasikan tindakan kepada pejabat pemerintahan lain dengan syarat: dituangkan dalam bentuk peraturan sebelum wewenang dilaksanakan; dilakukan dalam lingkungan pemerintahan itu sendiri; dan paling banyak diberikan kepada pejabat pemerintahan 1 (satu) tingkat di bawahnya.



Pejabat pemerintahan yang memberikan delegasi dapat menggunakan sendiri wewenang yang telah diberikan melalui delegasi, kecuali ditentukan lain dalam ketentuan peraturan perundang-undangan. Sebagai catatan juga, dalam hal pelaksanaan wewenang berdasarkan delegasi menimbulkan ketidakefektifan penyelenggaraan pemerintahan, maka pejabat pemerintahan yang memberikan pendelegasian wewenang dapat menarik kembali wewenang yang telah didelegasikan.

Kemudian mandat, sebagaimana diatur dalam ketentuan Pasal 14 Undang-Undang Administrasi Pemerintahan, pejabat pemerintahan dapat memperoleh mandat apabila ditugaskan oleh pejabat pemerintahan di atasnya, dan merupakan pelaksanaan tugas rutin. Maksud pejabat yang melaksanakan tugas rutin ini adalah pelaksana harian yang melaksanakan tugas rutin dari pejabat definitif yang berhalangan sementara, dan pelaksana tuas yang melaksanakan tugas rutin dari pejabat definitif yang berhalangan tetap. Pada prinsipnya, pejabat pemerintahan dapat memberikan mandat kepada pejabat pemerintahan lain yang menjadi bawahannya, kecuali ditentukan lain dalam peraturan perundang-undangan.

Pejabat pemerintahan yang memberikan mandat juga dapat menggunakan sendiri wewenang yang telah diberikan melalui mandat, kecuali ditentukan lain dalam peraturan perundang-undangan. Sama halnya dengan delegasi, dalam hal pelaksanaan wewenang berdasarkan mandat menimbulkan ketidakefektifan penyelenggaraan pemerintahan, maka pejabat pemerintahan yang memberikan mandat kewenangan dapat menarik kembali wewenang yang telah dimandatkan.

Pejabat pemerintahan yang memperoleh wewenang melalui mandat tidak berwenang melakukan perbuatan hukum publik yang bersifat strategis yang berdampak pada perubahan status hukum pada aspek organisasi, kepegawaian, dan alokasi anggaran.

Dari ketiga wewenang pejabat pemerintahan tersebut, menurut sifatnya dibagi lagi menjadi tiga macam, yaitu :

1. Wewenang yang bersifat pilihan (*facultative*)

Wewenang semacam ini berdasarkan norma yang pada peraturan dasarnya menentukan kapan dan dalam keadaan yang bagaimana wewenang tersebut digunakan. Sekilas terlihat adanya keterikatan

pada norma, akan tetapi keterikatannya hanya sedikit, karena yang bersangkutan tidak wajib menerapkan wewenang yang diberikan oleh normanya atau masih ada pilihan untuk melakukan apabila hal atau keadaan tertentu sebagaimana diatur dalam norma dimaksud.

2. Wewenang yang bersifat Terikat (*gebonden*)

Norma yang ada dalam peraturan dasarnya sudah menentukan tentang isi dari keputusan yang harus diambil. Pejabat pemerintahan dalam melaksanakan wewenangnya tidak dapat berbuat selain apa yang sudah diatur secara harfiah dalam rumusan peraturan dasarnya.

3. Wewenang yang bersifat (*diskresioner*)

Realitasnya, wewenang yang diberikan oleh peraturan dasar tidak bersifat terikat, yaitu ketika pejabat pemerintahan menentukan isi dari suatu tindakannya bebas dilakukan berdasarkan interpretasinya. Meskipun adanya kebebasan pejabat pemerintahan menafsirkan suatu peraturan yang menjadi dasar wewenangnya, akan tetapi kebebasan (diskresi) ini dilakukan dalam koridor norma hukum yang berlaku, baik yang bersifat tertulis maupun tidak tertulis.<sup>39</sup>

Terhadap wewenang yang bersifat diskresioner tersebut, tidak bersifat terikat sama sekali. Di sini peraturan dasarnya memberikan suatu ruang lingkup kebebasan kepada pejabat pemerintahan yang bersangkutan. Di satu pihak, batas (*marge*) kebebasan seperti itu sedikit banyak merupakan hal yang tidak dapat diperhitungkan, karenanya merupakan hal yang sedikit banyak tidak pasti. Tetapi di pihak lain, kebebasan demikian itu memberikan kemungkinan untuk diadakan penyesuaian dengan kekhususan dari hal atau keadaan senyatanya yang hendak diurus kepentingannya. Pejabat pemerintahan tersebut memang harus mengadakan tindakan ke arah individualisasi dan konkretisasi. Kemungkinan untuk mengindividualisir dan mengkonkretisir itu tidak hanya dalam bentuk kewenangan untuk menolak atau mengabulkan saja apa yang dimohon masyarakat, tetapi juga memberikan kemung-

---

<sup>39</sup> Indroharto, *Usaha Memahami Undang-undang tentang Peradilan Tata Usaha Negara Buku I : Beberapa Pengertian Dasar Hukum Tata Usaha Negara*, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, 2000, hlm. 99 sampai dengan 101

kinan bagi pejabat pemerintahan yang bersangkutan untuk melekatkan syarat-syarat pada penetapan tertulis (izin) yang ia keluarkan. Sebagai contoh di bidang kepegawaian, bahwa “Pejabat yang berwenang memiliki wewenang untuk memberikan cuti kepada bawahannya”. Dengan rumusan wewenang yang demikian, berarti wewenang tersebut mengandung kebebasan (diskresioner sifatnya). Oleh karenanya pejabat pemerintahan yang bersangkutan selain dapat menentukan untuk dikabulkannya atau ditolaknya permohonan izin untuk cuti dari pegawai yang bersangkutan, di mana dalam izin cuti kepada pegawai A tersebut dapat disertai dengan syarat umpamanya pegawai tersebut sewaktu-waktu dapat dipanggil masuk kalau diperlukan, atau selama cuti tidak boleh meninggalkan kota Jakarta.<sup>40</sup> Masih banyak lagi jenis-jenis perbuatan pejabat pemerintahan yang bersifat diskresi dalam mengambil keputusan dan/atau tindakan.

Disamping cara memperoleh wewenang dan sifatnya tersebut, yang perlu menjadi perhatian juga adalah adanya pembatasan wewenang. Dalam ketentuan Pasal 15 Undang-Undang Administrasi Pemerintahan ditegaskan bahwa wewenang pejabat pemerintahan dibatasi oleh tiga hal, yaitu masa atau tenggang waktu wewenang (*ratione temporis*), wilayah atau daerah berlakunya wewenang (*ratione locus*), dan cakupan bidang atau materi/wewenang (*ratione materiae*).

Berdasarkan uraian mengenai wewenang tersebut, dapat disimpulkan secara teoritis wewenang mengandung unsur hak dan kewajiban. Hak yang dimaksud, berupa kebebasan untuk melakukan atau tidak melakukan suatu tindakan atau perbuatan tertentu atau menuntut pihak terkait untuk melakukan tindakan atau perbuatan tertentu (*een recht houdt in de vrijheid om een bepaalde feitelijke handeling te verrichten op ne te laten, of de aanspraak op het verrichten van een handeling door een ander*). Hak di sini juga diartikan sebagai kekuasaan untuk mengatur sendiri (*zelfregelen*) dan mengelola sendiri (*zelfbestuuren*). Sedangkan kewajiban dalam wewenang merupakan muatan keharusan untuk melakukan atau tidak melakukan tindakan atau perbuatan tertentu (*een plicht impliceert een verplichting om een bepaalde handeling te verrichten op na te laten*), dan kekuasaan

---

<sup>40</sup> *Ibid.*, hlm 101

untuk menyelenggarakan pemerintahan sebagaimana ditentukan.<sup>41</sup>

Karena adanya unsur hak dan kewajiban, wewenang dimungkinkan ada yang bersifat bebas, karena adanya norma tersamar atau kekosongan peraturan (*vagenormen*) ketika pejabat yang berwenang akan melakukan tindakan atau perbuatan pemerintahan. Wewenang bebas ini yang disebut beberapa kalangan sebagai diskresi.<sup>42</sup> Namun dalam tulisan pada Bab ini, penulis tidak menjabarkan substansi mengenai wewenang bebas atau diskresi ini, akan tetapi akan dibahas lebih khusus di Bab berikutnya.

**Tabel 1**  
**Perbandingan Cara Memperoleh Kewenangan atau Wewenang**

	Atribusi	Delegasi	Sub Delegasi	Mandat
Sifat	Orisinal dan Utama	Non Orisinal dan Bukan Utama	Non Orisinal dan Bukan Utama	Non Orisinal dan Utama
Proses dan Konsekuensi	Langsung dari Peraturan Perundang-undangan	Terjadi Pelimpahan Wewenang (Baru)	Terjadi Pelimpahan Wewenang (Baru)	Tidak Terjadi Pelimpahan Wewenang (Baru)
Sumber	Peraturan Perundang-undangan	Delegans	Delegataris	Mandans
Tanggung Jawab	Penerima Atribusi	Delegataris	Sub Delegataris	Mandataris

## B. Teori Kebijakan Publik

Membahas diskresi pemerintahan, tidak lepas dari kebijakan publik. Ketika diskresi pemerintahan dipahami sebagai tindakan pemerintahan dalam melakukan tugas pelayanan publik, maka kebijakan publik lebih diposisikan sebagai penerjemah praktis atas idealitas yang terdapat dalam diskresi pemerintahan tersebut.

Ada beberapa pendapat mengenai arti kebijakan publik (*public policy*). Harold D. Laswell dan Abraham Kaplan memahaminya sebagai suatu

<sup>41</sup> P. Nicolai, dkk., *Bestuursrecht*, Amsterdam, 1994, hlm 4., dan Baqir Manan, *Menyongsong Fajar Otonomi Daerah*, FH UII, Yogyakarta, 2001, hlm. 2

<sup>42</sup> Philipus M. Hadjon, dkk., *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia*, Gajah Mada University Press, Yogyakarta, 1994, hlm. 5

program pencapaian tujuan, nilai-nilai dan praktek-praktek yang terarah. Berbeda dengan Carl J. Frederick yang menyatakannya sebagai serangkaian tindakan yang diusulkan seseorang, kelompok atau pemerintah dalam suatu lingkungan tertentu dengan menunjukkan hambatan-hambatan dan kesempatan-kesempatan terhadap pelaksanaan usulan kebijaksanaan tersebut dalam rangka mencapai tujuan tertentu. Lebih simpel pendapat James E. Anderson, yang menyatakan kebijakan publik adalah kebijakan-kebijakan yang dikembangkan oleh badan-badan dan pejabat-pejabat pemerintahan. Sedangkan menurut David Easton, kebijakan publik merupakan sebuah proses pengalokasian nilai-nilai secara paksa kepada seluruh masyarakat yang dilakukan oleh lembaga yang berwenang seperti pemerintah.<sup>43</sup> Dengan demikian, dalam konteks hukum kenegaraan, perumusan kebijakan publik harus didasari oleh proses intelektual dari sebuah organ negara, berisi nilai-nilai yang efektif dan efisien diperuntukan bagi lingkungan atau masyarakat tertentu, sesuai falsafah dan tujuan suatu negara.

Agar lebih dalam lagi memahaminya, perlu juga ditelusuri sejarah kelahiran konsep kebijakan publik. Dari hasil analisis para pakar, kebijakan publik pertama kali ditemukan di Kota Mesopotamia kuno Ur, di Irak Selatan, menghasilkan satu kode legal pertama pada abad 21 Sebelum Masehi, sekitar 2000 tahun sebelum Aristoteles (384-322 Sebelum Masehi), Confucius (551-479 Sebelum Masehi), dan Kautilya (300 Sebelum Masehi) menghasilkan pakta-pakta tentang pemerintahan dan politik. Dinamakanlah Kode Hammurabi, yang ditulis oleh penguasa Babilonia pada abad 18 Sebelum Masehi, yang mengekspresikan keinginan untuk membentuk ketertiban publik yang bersatu dan adil pada masa ketika Babilonia mengalami masa transisi dari negara kota kecil menjadi negara wilayah yang luas. Kode Hammurabi memiliki kesamaan dengan hukum Musa, yaitu mencantumkan persyaratan-persyaratan ekonomi dan sosial untuk suatu permukiman urban yang stabil di mana hak dan tanggung jawab didefinisikan menurut kedudukan sosial. Kode tersebut berisikan ketentuan prosedur kriminal, hak milik, perdagangan, hubungan keluarga dan perkawinan, dana keseha-

---

<sup>43</sup> M. Irfan Islamy, *Prinsip-Prinsip Perumusan Kebijaksanaan Negara*, Bumi Aksara, Jakarta, 1984, hlm. 17 dan 18

tan, dan apa yang dikenal sekarang dengan akuntabilitas publik, sebagai contoh: prosedur yang dirancang untuk mengatur hakim, gubernur, dan pegawai negeri.<sup>44</sup>

Kitab Undang-Undang Mesopotamia Kuno dapat dipandang sebagai jawaban dari pertumbuhan kompleksitas pemukiman kota yang tetap dan terhadap pola baru organisasi sosial yang dirancang untuk distribusi komoditas dan pelayanan (*the distribution of commodities and eservice*), penyimpanan dokumen (*record keeping*), dan pemeliharaan keamanan dalam negeri dan pertahanan luar negeri (*the maintenance of of internal security and external defense*). Bersamaan dengan itu, tumbuhnya kesadaran tentang hubungan antara pengetahuan dan tindakan mempercepat pertumbuhan strata terdidik yang ahli dalam menghasilkan pengetahuan yang relevan dengan kebijakan publik.<sup>45</sup> Kode Hammurabi ini kemudian dikembangkan dan mempengaruhi tulisan-tulisan hukum dan kebijakan publik lainnya, seperti *Arthashastra* karya Kautilya, *Republic* karya Plato, *Politics* dan *Ethics* karya Aristoteles, dan seterusnya karya-karya filosof lainnya dan undang-undang yang menyebar ke seluruh penjuru dunia.

Dari sejarah tersebut, tergambarlah bahwa hukum dan kebijakan publik mempunyai keterkaitan yang erat. Keterkaitan itu dapat dilihat bahwa setiap kebijakan publik harus didasari kewenangan yang dimandatkan oleh rakyat atau tercantum dalam norma hukum tertulis, dan pelaksanaannya pun tidak boleh keluar dari bingkai norma hukum baik yang tertulis maupun tidak tertulis.

Dalam bingkai hukum, kebijakan publik bercirikan sebagai berikut:

1. Bahwa kebijakan publik itu bentuk awalnya adalah merupakan penetapan tindakan-tindakan Pemerintah.
2. Bahwa kebijakan publik tersebut tidak cukup hanya dinyatakan dalam bentuk teks-teks formal, namun juga harus dilaksanakan atau diimplementasikan secara nyata.
3. Bahwa kebijakan publik tersebut pada hakekatnya harus memiliki

---

<sup>44</sup> William N. Dunn, *Public Policy Analysis: An Introduction*, Prentice Hall, 1994, hlm. 34 dan 35

<sup>45</sup> *Ibid.*, hlm. 36 dan 37

tujuan-tujuan dan dampak-dampak, baik jangka panjang maupun jangka pendek, yang telah dipikirkan secara matang terlebih dahulu.

4. Dan pada akhirnya segala proses yang ada di atas adalah diperuntukkan bagi pemenuhan kepentingan masyarakat.<sup>46</sup>

Di Indonesia bentuk kebijakan publik beragam, dari peraturan perundang-undangan, keputusan pemerintahan (termasuk peraturan kebijakan) dan/atau tindakan pemerintahan, dan sebagainya. Keberagaman itu dikarenakan sebanyak jumlah level pemerintahan dikalikan jumlah *policy maker*-nya dikalikan jenis masalah yang hendak ditangani oleh kebijakan tersebut.<sup>47</sup>

Dalam pembuatannya, kebijakan publik seperti siklus hidup sebuah kebijaksanaan. Siklus itu berupa tahap-tahap dari suatu kebijakan yang apda dasarnya dimulai dari perumusan masalah, identifikasi alternatif solusi, penilaian alternatif, seleksi alternatif, implementasi kebijakan dan kembali pada perumusan masalah. Di sela-sela tahap-tahap tersebut terdapat aktivitas evaluasi maupun interpretasi dari pejabat pemerintahan.<sup>48</sup> Jadi, inti dari kebijakan publik ini sebetulnya membuat atau mengambil keputusan (*decision making*).

Disamping itu, kebijakan publik di semua bidang, diawali pemikiran konseptual yang digariskan berikut peraturan pelaksanaannya (*regulation*) sekaligus pemantauan dan penilaian hasilnya di lapangan (monitoring dan evaluasi), tujuannya untuk mendapat umpan balik (*feed back*) bagi penetapan kebijakan ke depan (*next policy*). Jadi pada hakikatnya, hak dan kewajiban serta kewenangan semua *stakeholder* sudah diatur, mulai dari UUD (konstitusi), peraturan perundang-undangan, sebagai peraturan pelaksanaannya (peraturan organik).<sup>49</sup>

Para ahli telah banyak mengembangkan model, pendekatan, konsep, dan rancangan untuk menganalisis pembuatan kebijakan publik dan

---

<sup>46</sup> M. Irfan Islamy, *Op. Cit.*, hlm. 20 dan 21

<sup>47</sup> Samodra Wibawa, *Politik Perumusan Kebijakan Publik*, Graha Ilmu, Yogyakarta, 2011, hlm. 1

<sup>48</sup> *Ibid.*, hlm. 5

<sup>49</sup> M. Solly Lubis, *Politik Hukum dan Kebijakan Publik*, CV. Mandar Maju, Bandung, 2014, hlm. 138

komponennya, yaitu pengambilan/pembuatan keputusan. Kendatipun demikian, pada umumnya para ahli cenderung mempunyai hasrat lebih besar dalam mengembangkan teori mengenai kebijakan publik daripada mempelajari praktik kebijakan publik itu sendiri.<sup>50</sup> Ada banyak teori pengambilan keputusan dalam kebijakan publik, akan tetapi dalam tulisan ini hanya mengambil tiga teori saja yang mempunyai relevansi dengan diskresi pemerintahan.

Pertama, teori yang paling dikenal dan secara umum diterima oleh kalangan luas, yaitu teori rasional komprehensif. Hasil dari prosesnya adalah keputusan yang rasional yakni suatu keputusan yang dapat mencapai suatu tujuan yang paling efektif. Unsur-unsur utama dari proses teori ini dapat dikemukakan sebagai berikut:

- ▶ Pembuat keputusan dihadapkan pada suatu masalah tertentu, yang dapat dibedakan dari masalah-masalah lain atau paling tidak dinilai sebagai masalah-masalah yang dapat diperbandingkan satu dengan lainnya.
- ▶ Tujuan, nilai, atau sasaran yang memberikan pedoman pembuat keputusan harus jelas dan dapat ditetapkan rangkingnya sesuai dengan urutan kepentingannya.
- ▶ Berbagai alternatif untuk memecahkan masalah tersebut diteliti secara saksama.
- ▶ Akibat-akibat (biaya dan manfaat) yang ditimbulkan oleh setiap alternatif yang dipilih terlebih dahulu diteliti.
- ▶ Setiap alternatif dan masing-masing akibat yang ditimbulkannya, dapat diperbandingkan dengan alternatif-alternatif lainnya.
- ▶ Pembuatan keputusan akan memilih alternatif dan akibat-akibatnya, yang dapat memaksimalkan tercapainya tujuan, nilai atau sasaran yang telah ditentukan.

Kedua, mencerminkan suatu teori pengambilan keputusan yang menghindari banyak masalah yang harus dipertimbangkan (seperti dalam teori rasional komprehensif). Teori ini disebut teori inkremental,

---

<sup>50</sup> Solichin Abdul Wahab, *Analisis Kebijakan: Dari Formulasi Ke Penyusunan Model-Model Implementasi Kebijakan Publik*, Bumi Aksara, Jakarta, 2014, hlm. 73



sebagai model pembuatan keputusan yang membuahkan hasil yang terbatas, praktis, dan dapat diterima banyak pihak. Merupakan teori yang lebih banyak menggambarkan cara yang ditempuh oleh pejabat pemerintahan dalam mengambil keputusan sehari-hari. Pokok-pokok teori ini dapat diuraikan sebagai berikut:

- ▶ Pemilihan tujuan atau sasaran dan analisis tindakan empiris yang diperlukan untuk tercapainya dipandang sebagai sesuatu yang saling terkait, daripada sesuatu yang saling terpisah.
- ▶ Pembuat keputusan dianggap hanya mempertimbangkan beberapa alternatif yang langsung berhubungan dengan pokok masalah, dan alternatif-alternatifnya hanya dipandang berbeda secara inkremental atau marginal bila dibandingkan dengan kebijakan yang ada sekarang.
- ▶ Bagi tiap alternatif, hanya sejumlah kecil akibat-akibat yang mendasar saja yang akan dievaluasi.
- ▶ Masalah yang dihadapi oleh pembuat keputusan akan didefinisikan secara teratur. Adanya untuk mempertimbangkan dan menyesuaikan tujuan dan sarana, serta sarana dan tujuan sehingga menjadikan dampak dari masalah itu lebih dapat tertanggulangi.
- ▶ Tidak ada keputusan atau cara pemecahan yang tepat bagi tiap masalah. Batu uji bagi keputusan yang baik terletak pada keyakinan bahwa berbagai analisis pada akhirnya akan sepakat pada keputusan tertentu, meskipun tanpa menyepakati bahwa keputusan itu adalah yang paling tepat sebagai sarana untuk mencapai tujuan.
- ▶ Hakikat pembuatan keputusan ini bersifat perbaikan-perbaikan kecil. Lebih diarahkan untuk memperbaiki ketidaksempurnaan dari upaya-upaya yang konkret dalam mengatasi masalah sosial yang ada sekarang, daripada sebagai upaya untuk menyodorkan tujuan sosial yang sama sekali baru di masa yang akan datang.<sup>51</sup>

Ketiga, teori yang secara arif menggabungkan teori rasional komprehensif dengan teori inkremental. Teori yang melakukan suatu pendekatan untuk pengambilan keputusan yang memperhitungkan, baik keputusan yang bersifat fundamental maupun keputusan yang bersifat ink-

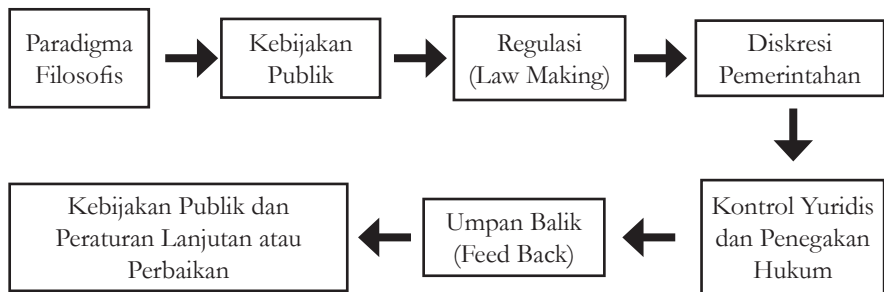
---

<sup>51</sup> *Ibid.*, hlm. 79 dan 80

remental, dan memberikan urutan teratas bagi proses pembuatan kebijakan fundamental yang berfungsi memberikan arahan dasar dan proses-proses pembuatan kebijakan inkremental yang melapangkan jalan bagi keputusan fundamental sesudah keputusan itu tercapai. Ini disebut teori pengamatan terpadu (*mixed scanning theory*). Model teori pengamatan terpadu memungkinkan para pembuat keputusan untuk memanfaatkan teori rasional komprehensif dan teori incremental pada situasi yang berbeda-beda. Model ini juga memperhitungkan tingkat kemampuan para pembuat keputusan yang berbeda-beda. Secara umum dapat dikatakan, semakin besar kemampuan para pembuat keputusan untuk memobilisasi kekuasaannya guna mengimplementasikan keputusan mereka, semakin besar keperluan untuk melakukan *scanning* dan semakin menyeluruh *scanning* itu, semakin efektif pengambilan keputusan tersebut.<sup>52</sup>

Ketiga teori kebijakan publik dalam mengambil keputusan tersebut, ada kekurangan maupun kelebihan. Sehingga pejabat pemerintahan dapat melakukan pilihan teori dengan melihat situasi dan kondisi birokrasi dan masyarakatnya.

**Tabel 2**  
**Alur Pikir Terbentuknya Kebijakan Publik Dengan**  
**Memodifikasi Pendapat M. Solly Lubis**



<sup>52</sup> *Ibid.*, hlm. 81, 82 dan 84

## C. Teori Pertanggungjawaban Hukum

Dalam khasanah hukum, dikenal adanya pertanggungjawaban hukum. Di beberapa negara, hal ini sudah menjadi bagian dari teori hukum. Seperti di Inggris dikenal dengan *the theory of legal responsibility*, di Belanda *de theorie van wettelijke aansprakelijkheid*, dan di Jerman disebut *die theorie der haftung*. Tanggungjawab hukum yang dimaksud dalam teori ini adalah bentuk tanggung jawab yang dibebankan kepada subyek hukum ketika terjadi pelanggaran hukum. Inilah yang dinamakan Hans Kelsen dengan “*the legal responsibility*”.<sup>53</sup>

Menurut Hans Kelsen, konsep pertanggungjawaban hukum berhubungan dengan konsep kewajiban hukum (*the legal duty*). Setiap orang, termasuk pejabat, bertanggung jawab secara hukum atas tindakan tertentu dan dia memikul tanggung jawab hukum dalam artian bertanggung jawab terhadap sanksi akibat tindakannya yang melanggar hukum.<sup>54</sup>

Hans Kelsen membagi dua jenis tanggung jawab (pertanggungjawaban), yaitu tanggung jawab yang didasarkan atas kesalahan (*responsibility based on fault*), dan tanggung jawab mutlak (*absolute responsibility*). Perbedaan keduanya, kalau tanggung jawab yang didasarkan atas kesalahan dibebankan kepada subjek hukum atau pelaku yang melakukan tindakan yang bertentangan dengan hukum, karena adanya kekeliruan atau kekhilafan. Sedangkan dalam tanggung jawab mutlak, si pelaku melakukan tindakan yang menimbulkan akibat yang dianggap merugikan oleh pembentuk undang-undang, dan di dalamnya ada suatu hubungan eksternal antara tindakan dengan akibatnya.

---

<sup>53</sup> Istilah *responsibility* dalam bahasa Inggris harus dibedakan dengan istilah *liability* dan *accountability*. Menurut Pinto, *responsibility* ditujukan bagi indicator penentu atas lahirnya suatu tanggung jawab, yakni standar yang telah ditentukan terlebih dahulu dalam suatu kewajiban yang harus ditaati, serta saat lahirnya tanggung jawab itu, sedangkan *liability*, lebih menunjuk kepada akibat yang timbul dari akibat kegagalan untuk memenuhi standar tersebut, bentuk tanggung jawab diwujudkan dalam bentuk ganti rugi kerugian dan pembulihan sebagai akibat dari terjadinya kerusakan kerugian. Selanjutnya menurut Miriam Budiardjo, *accountability* diartikan sebagai pertanggungjawaban dari pihak yang diberi mandate untuk memerintah, kepada mereka yang memberi mandat. Lukman Hakim, *fisofofi Kewenangan Organ dan Lembaga Daerah*, Setara Press, Malang, 2012, hlm. 47 dan 49.

<sup>54</sup> Hans Kelsen, *General Theory of Law an State*, The Lawbook Exchange LTD, New Jersey, 1999, hlm. 65

Tanggung jawab mutlak ini oleh Hans Kelsen dibagi lagi menjadi dua model, yaitu yang berlaku di dalam hukum klasik dan hukum modern. Ciri khas tanggung jawab mutlak dalam hukum klasik diantaranya: tidak mewajibkan perorangan (termasuk individu pejabat) untuk melakukan tindakan yang diperlukan untuk menghindari akibat dari tindakan yang membahayakan pihak lain, tidak membatasi sanksi terhadap perkara yang unsur akibat membahayakannya dapat diantisipasi dan dikehendaki pelakunya, tidak dipenuhinya kewajiban untuk melakukan kehati-hatian, dan sanksi dikenakan pada suatu tindakan meskipun akibat yang membahayakannya telah ditimbulkan tanpa menghiraukan kehati-hatian yang diperlukan. Sedangkan tanggung jawab mutlak dalam hukum modern, bercirikan: mempunyai kecenderungan untuk membatasinya kepada keadaan yang tidak sepenuhnya menjadi kewajiban untuk mengambil tindakan seperti dalam keadaan normal, dapat menghindari akibat-akibat dari tindakan yang membahayakan pihak lain, dan bila tindakan dari seseorang atau individu pejabat menimbulkan suatu akibat yang membahayakan pihak lain maka dia dapat terbebas dari sanksi dengan membuktikan dirinya tidak menduga atau tidak menghendaki akibat yang membahayakan dari tindakannya itu dan yang bersangkutan telah memenuhi kewajiban hukum untuk mengambil tindakan dalam keadaan normal. Dari kedua model ini terlihat, pertanggungjawaban menurut hukum klasik, hubungan antara tindakan dengan akibat hukumnya tidak mengandung kualifikasi psikologis. Tidak ada relevansi antara perorangan (individu pejabat sebagai pelaku) mengantisipasi atau menghendaki akibat dari tindakannya itu. Cukup dengan mengatakan, tindakannya menimbulkan akibat hukum yang dianggap merugikan oleh pembuat undang-undang, dan ada suatu hubungan eksternal antara tindakan dengan akibatnya. Tidak penting melihat hubungannya antara keadaan jiwa si perorangan atau individu pejabat tadi dengan akibat dari tindakannya. Sedikit berbeda dengan hukum modern, yang menyetujui pengenaan sanksi terhadap tindakan yang telah menimbulkan akibat hukum yang membahayakan tanpa terlebih dahulu dikehendaki atau benar-benar diantisipasi, terutama jika si perorangan atau individu pejabat tadi tidak melakukan tindakan dalam keadaan normal dapat menghindarkan akibat yang

membahayakan pihak lain itu. Hukum modern mewajibkan perorangan atau individu pejabat untuk mengambil tindakan demikian guna menghindari akibat yang membahayakan dari tindakannya pada pihak lain. Kegagalan dilakukannya tindakan kehati-hatian yang diharuskan oleh hukum disebut kekhilafan (*negligence*). Kekhilafan pada umumnya dipandang sebagai suatu jenis lain dari “kesalahan” atau “*culpability*”. Tetapi sebagai catatan, ada perbedaan prinsipil antara kekhilafan dan kesalahan. Kesalahan merupakan suatu kualifikasi (spesifik) psikologis dari tindakan yang dapat dikenai hukuman, di sini dalam kasus tertentu keadaan jiwa dari perorangan atau individu pejabat (sebagai pelaku) menjadi suatu kondisi penting dalam menentukan sanksi (hukuman), ini juga yang dikenal dengan *mens rea*. Berbeda dengan kekhilafan, yang bukan merupakan kualifikasi spesifik dari suatu tindakan yang dikenai hukuman. Kekhilafan ditandai dengan ketiadaan antisipasi dan kehendak yang nyata. Kekhilafan merupakan rumusan tindakan yang dapat dihukum secara tersendiri, biasanya berupa kelalaian (*omission*) dari suatu tindakan pencegahan tertentu. Berarti terdapat ketiadaan pelaksanaan dari derajat kehati-hatian yang harus dilakukan menurut hukum.

Teori pertanggungjawaban ini bersifat umum, yang berlaku bagi setiap orang atau setiap pejabat sebagai individu. Maksud pejabat sebagai individu, perbuatan atau tindakan pejabat tersebut tidak terkait dengan kewenangannya yang diatur dalam peraturan perundang-undangan.

Sedangkan perbuatan pejabat pemerintahan terkait kewenangannya sebagaimana diatur dalam peraturan perundang-undangan berlaku asas “*geen bevoegheid zonder verantwoordelijkheid*” (tidak ada kewenangan tanpa pertanggungjawaban) atau “*zonder bevoegheid geen verantwoordelijkheid*” (tanpa kewenangan tidak ada pertanggungjawaban). Atas dasar asas ini, maka setiap penggunaan kewenangan apapun bentuknya apakah dalam rangka pengaturan, pengawasan, maupun penentuan sanksi oleh pemerintah selalu disertai dengan adanya tanggung jawab.<sup>55</sup>

---

<sup>55</sup> Tatiek Sri Djatmiati, *Perizinan sebagai Instrumen Yuridis dalam Pelayanan Publik*, Orasi Pengukuhan Guru Besar Hukum Administrasi FH Airlangga, Surabaya, 24 November 2007, hlm. 85

Adanya tanggung jawab pejabat pemerintahan dalam melakukan diskresi pemerintahan, dikarenakan adanya dua entitas yang dapat dibedakan namun tidak dapat dipisahkan, yakni jabatan dan pemangku jabatan atau pejabat. Dari dua entitas ini, terkait dengan dua jenis norma, yaitu norma pemerintahan (*bestuursnorm*) dan norma perilaku aparat (*gedragnorm*). Perbedaan kedua norma itu, norma pemerintahan menyangkut kaidah-kaidah hukum tertulis dan tidak tertulis yang berlaku dan diterapkan terhadap jabatan pemerintahan, sedangkan norma perilaku merupakan kaidah-kaidah hukum tertulis dan tidak tertulis yang harus diperhatikan dan dipatuhi oleh pemangku jabatan. Keharusan memperhatikan dan mematuhi kedua norma ini karena adanya asas negara hukum yang menghendaki agar penggunaan wewenang (diskresi) itu berjalan sesuai dengan hukum dan tidak melanggar hak-hak warga negara. Keharusan tersebut juga relevan dengan kenyataan bahwa pejabat pemerintahan dilakukan oleh manusia selaku makhluk yang bersifat rohani dan jasmani (*geestelijke tevens stoffelijke wezen*), yang dalam melakukan tindakan diskresi pemerintahan dipengaruhi oleh berbagai faktor dan kepentingan atau ada unsur subyektifitas pejabat pemerintahan yang bersangkutan, sehingga dimungkinkan adanya penyimpangan dalam penggunaan kewenangannya.<sup>56</sup>

Dua entitas tersebut juga berhubungan dengan penyelenggaraan pemerintahan, sehingga terdapat tanggung jawab jabatan dan tanggung jawab pribadi. Menurut J.H.A Logemann, "*het ambt wordt vertegenwoordigd door de ambtsdrager, maar ook van psychische elementen, zoals dwaling, kwade trouw, wetenschap*" (jabatan diwakili oleh pejabat. Ini berarti bukan hanya pertanggungjawaban tindakan jabatan yang dilakukan, tetapi juga unsur psikis, seperti: kesesatan, itikad buruk, dan pengetahuan). Lebih lanjut menurutnya, ada beberapa kewajiban yang harus diperhatikan. Pertama, seorang pejabat harus berusaha sebaik-baiknya melaksanakan seluruh tugas jabatan. Pejabat pemerintahan haruslah pihak yang baik. Kedua, pejabat pemerintahan harus menyelesaikan fungsinya dengan baik sesuai dengan pertimbangan akal sehat atau rasional. Ketiga, pejabat pemerintahan dalam melaksanakan tindakan jabatan tunduk pada

---

<sup>56</sup> Ridwan, *Diskresi dan Tanggung Jawab Pemerintah*, FH UII Press, Yogyakarta, 2014, hlm. 190, 191 dan 193

norma hukum tertulis dan asas-asas hukum yang berlaku untuk jabatannya. Termasuk asas-asas hukum terkait jabatan yang mewujudkan kewajiban atau hak-haknya terhadap pihak ketiga. Hal yang sama juga dengan kepribadian privat seorang pejabat, tidak hanya memfokuskan perhatian pada pelayanan, ia juga harus membaktikan diri pada pekerjaan jabatan. Pejabat pemerintahan memiliki kewajiban, sehingga harus menjaga kepercayaan dalam hubungan dengan pihak lain. Kredibilitas jabatan diupayakan tidak terganggu. Oleh karenanya, ada tuntutan dalam perilaku pribadinya, baik dirinya maupun keluarganya serta martabat sosialnya. Terutama dan terpenting dari kewajiban pribadi dalam diri pejabat pemerintahan adalah sumpah jabatan sebagai sumpah kesetiaan.<sup>57</sup>

Yang sering menjadi permasalahan mengenai pertanggungjawaban pejabat pemerintahan adalah pertanggungjawaban terkait jabatannya. Pejabat pemerintahan (*ambtdrager*) adalah manusia yang menjalankan tugas dan kewenangan yang melekat pada jabatan. Manusiawi, apabila pejabat pemerintahan melakukan kekeliruan, kesalahan atau kekhilafan dalam menjalankan tugas dan kewenangan tersebut, bahkan dapat menimbulkan kerugian bagi pihak ketiga. Dalam keadaan yang demikian, timbul pertanyaan apakah pertanggungjawabannya bersifat pribadi selaku *natuurlijk person* atau *ambtdrager*? Dan apakah dapat bebas dari pertanggungjawaban hukum?

Untuk menjawabnya, perlu dilihat sejarah pemikiran pertanggungjawaban pejabat pemerintahan menurut hukum administrasi. Ada teori pertanggungjawaban pejabat pemerintahan sebagai hasil sejarah pemikiran hukum sejak era romawi kuno dan kemudian diikuti negara Perancis serta negara jajahan Perancis. Teori tersebut diformulasikan dalam putusan *Conseil d'Etat*, dengan mempertimbangkan unsur ukuran kesalahan pemerintahan. Dari sini muncul dua teori, pertama, teori *fautes personnelles*, menganggap tanggung jawab pribadi berkaitan dengan pendekatan fungsionaris atau pendekatan perilaku, dalam hukum administrasi berkenaan dengan maladministrasi dalam penggunaan wewenang dalam pelayanan publik. Sehingga, dalam teori ini, kerugian terhadap pihak ketiga yang dilakukan pejabat pemerintahan, dibebank-

---

<sup>57</sup> *Ibid.*, hlm. 193 dan 194

an kepada pejabat pemerintahan selaku pribadi karena tindakannya itu telah menimbulkan kerugian. Karena sifatnya yang merupakan tanggung jawab pribadi, maka tidak berlaku asas “*superior respondeat*” (atasan bertanggungjawab atas perbuatan bawahan). Kedua, teori *fautes de service*, yang berkenaan dengan legalitas (keabsahan) tindakan pemerintahan. Pendekatan kekuasaan berkaitan dengan wewenang yang diberikan menurut undang-undang atas dasar asas legalitas (asas *rechtmatigheid*). Dengan pendekatan ini, terhadap kontrol atau pengawasan terhadap pejabat pemerintahan, dan kemudian terdapat penyimpangan atau pelanggaran dalam penggunaan kekuasaannya, maka tanggung jawab negara dilakukan atas dasar asas legalitas. Jadi, dalam teori ini, bahwa kerugian terhadap pihak ketiga itu dibebankan pada instansi dari pejabat pemerintahan yang bersangkutan. Di banyak negara, yang banyak dianut adalah teori kedua, karena teori yang pertama sangat sulit dibuktikan adanya kesalahan subyektif dalam praktek ketika pejabat pemerintahan menjalankan tugas dan kewenangannya telah menimbulkan kerugian pihak lain.<sup>58</sup>

**Tabel 3**  
**Perbandingan Tanggung Jawab Jabatan dan Tanggung Jawab Pribadi Menurut Philipus M. Hadjon**

	<b>Tanggung Jawab Jabatan</b>	<b>Tanggung Jawab Pribadi</b>
a.	Fokus: legalitas (keabsahan) tindakan - Wewenang - Prosedur - Substansi	Fokus: maladministrasi Perilaku jelek aparat dalam pelaksanaan tugas > perbuatan tercela, antara lain: sewenang-wenang dan penyalahgunaan wewenang
b.	Parameter: - Peraturan Perundang-undangan - AAUPB	Parameter: - Peraturan Perundang-undangan - AAUPB - <i>Code of good administrative behavior</i> (Uni Eropa)

<sup>58</sup> Tatiek Sri Djatmiati, *Maladministrasi dalam Konteks Kesalahan Pribadi dan Kesalahan Jabatan, Tanggung Jawab Pribadi dan Tanggung Jawab Jabatan*, dalam Philipus M. Hadjon, dkk, *Hukum Administrasi dan Good Governane*, Penerbit Universitas Trisakti, Jakarta, 2010, hlm. 90 dan 94., Bandingkan HR. Ridwan, *Hukum Administrasi Negara*, FH UII Press, Yogyakarta, 2003, hlm. 256



c.	Pertanyaan hukum: Adakah cacat yuridis menyangkut: - Wewenang - Prosedur - Substansi	Pertanyaan hukum: Adakan maladministrasi dalam tindakan tersebut?
d.	Asas <i>presumption iustae causa</i> Setia tindakan pemerintahan harus dianggap sah sampai ada pencabutan dan pembatalan	Berkenaan dengan tindak pidana: asas praduga tidak bersalah
e.	Asas <i>vicarious liability</i> : berlaku	Asas <i>vicarious liability</i> : tidak berlaku
f.	Sanksi: Administrasi dan Perdata	Sanksi: Administrasi, Perdata, dan Pidana

### BAB III

## **Paradigma Diskresi Pemerintahan Menurut Beberapa Mazhab Hukum**

### **A. Diskresi Pemerintahan dalam Perspektif Hukum Alam**

Membahas mazhab atau aliran dalam ilmu hukum, tidak lepas dari membahas mazhab hukum alam (*lex naturalis*). Karena, hukum alam merupakan mazhab yang tertua dalam sejarah filsafat hukum.

Membahas hukum alam, tentu akan menjadi bahan renungan bersama, mengenai dasar pemikiran mazhab yang mencetuskan konsep hukum alam. Menariknya, dari para pencetusnya, tidak ada satupun konsep yang memberi definisi tegas mengenai hukum alam ini. Pemikiran mereka banyak yang bersifat ambigu, karena didasari dari asumsi pemikiran dan situasi maupun kondisi kehidupan yang berbeda.

Penulis secara sederhana memahami hukum alam sebagai hukum natural yang selama ini ada dan terus menerus berlangsung di kehidupan alam semesta, seperti: keajegan adanya siang dan malam, adanya musim (hujan, panas, salju, dll) di masing-masing wilayah, adanya letusan gunung merapi, adanya gempa bumi dan sebagainya. Hukum alam seperti itu sangat berpengaruh ke dalam kehidupan manusia.

Dalam kaitannya dengan manusia, hukum alam berhubungan dengan lingkungan di sekitarnya. Sebagai makhluk yang berpikir dan ber-

budaya, manusia mempunyai pilihan-pilihan dalam lingkungan dimana dia hidup dan tinggal. Manusia mempunyai kebebasan untuk menentukan pilihan-pilihan tersebut. Namun, kebebasan dalam menentukan pilihan antara individu satu dengan individu yang lain diikat dengan satu yang namanya kehidupan bersama (bermasyarakat). Ikatan ini merupakan komitmen bersama, yang oleh Hugo Grotius (seorang filosof hukum alam sekaligus tokoh utama dalam hukum publik internasional) disebutnya sebagai *pacta sunt servanda*. Sehingga menimbulkan hak dan kewajiban masing-masing individu tersebut.

Komitmen bersama diawali oleh adanya kebebasan individu. Dalam konteks negara, “buah” dari komitmen itu adalah jabatan yang merupakan hasil imajiner bersama. Jabatan hanya diibaratkan “bungkus” dari kekuasaan atau kewenangan yang diberikan negara. Pelaksana dari jabatan, yakni pejabat, diisi oleh individu tertentu. Jadi, pejabat merupakan personifikasi manusia yang sifatnya *natuurlijk persoon*. Maksudnya, pejabat yang diisi oleh manusia adalah sebagai subjek hukum, yang memiliki hak dan kewajiban subjektif serta melekat kepadanya kewenangan yang diatur dalam suatu peraturan.

Tergambar dari uraian tersebut, eksistensi pejabat dilihat dari dasar pembentukannya, berawal dari kebebasan manusia. Hanya saja, keberadaannya merupakan hasil komitmen bersama yang mempunyai aturan main dalam pelaksanaannya. Artinya, kebebasan yang dimiliki pejabat tidak pernah hilang, hanya saja dibatasi oleh hukum yang juga sebagai produk komitmen bersama.

Oleh karenanya, penulis berdasarkan pemahaman akan hukum alam tersebut berpendapat, diskresi pemerintahan pada dasarnya wujud dari kebebasan pejabat yang terbatas karena adanya kemampuan berbuat dan kemampuan kehendak. Kemampuan berbuat sifatnya konkrit dan semua tindakannya telah diatur dalam norma hukum tertulis, sedangkan kemampuan kehendak sifatnya abstrak karena ada “cita” didalamnya. Cita dalam konteks jabatan dan tujuan negara, artinya pejabat dalam melakukan diskresi pemerintahan mempunyai kehendak sesuai cita negara hukum (*rechtsidee*) yang abstrak sifatnya tapi bersifat positif, seperti: kedamaian, keadilan, kesejahteraan, ketertiban, dan sebagainya.

Kalau dikaitkan dengan pemikiran hukum alam yang mempunyai karakter religius, cita negara hukum yang menjadi basis diskresi pemerintahan di Indonesia juga mempunyai karakter yang sama (religius), karena pasti akan mengarah pada cita Pancasila yang mengakui kebebasan negara adalah “terbatas” ruang lingkupnya. Hanya ada satu pemilik diskresi yang tanpa batas atau *supreme power*, yaitu Tuhan Yang Maha Esa.

Untuk lebih jelas dan detailnya keberadaan diskresi pemerintahan ditinjau dari sudut pandang hukum alam, penulis akan menguraikan beberapa pemikiran para filosof hukum alam. Diawali dari adanya perspektif yang berbeda antara penganut hukum alam yang konsep dasarnya religius.

Perbedaan tersebut dapat ditelusuri dan dideskripsikan dari aspek sejarahnya. Seperti pemikiran para ahli hukum di era Yunani kuno ditandai suatu semangat religius yang kuat. Di era itu, ada dua aliran religi yang saling bertentangan, yaitu aliran religi primitif, yang memandang alam semesta sebagai suatu kekuasaan yang mengancam manusia, sehingga memerlukan orang menghadapi alam itu sebagai suatu yang penuh misteri dan sakral. Aliran berikutnya aliran religi dewa-dewi Olympus (antara lain: Zeus, Apollo, Athena, Aphrodite), yaitu aliran yang memandang kehidupan ini bukan sesuatu yang gelap gulita penuh misteri, melainkan penuh dengan keterangaan dan sesuai akal budi (*logos*) manusia. Aliran ini memahami mitos-mitos dewa-dewi sebagai jalan untuk hidup di dunia, sehingga pandangan religiusnya menjalin antara kehidupan spiritual dengan rasional manusia.<sup>59</sup> Selanjutnya, pandangan kaum religius pasca kekaisaran Romawi runtuh dan kaum skolastik di abad pertengahan, yang dimotori diantaranya oleh Augustinus (354-430), Thomas Aquinas (1225-1275), Hugo Grotius (1583-1645), dan lain-lain, memberikan sumbangsih pemikiran yang berbeda-beda mengenai hukum alam. Meskipun ada beberapa perbedaan pemikiran, namun secara garis besar dapat disimpulkan mazhab ini bersumber pada dua hal, yaitu bersumber dari Tuhan (Irrasional) dan rasio manusia (rasional).

---

<sup>59</sup> Theo Huijbers, *Filsafat Hukum Dalam lintasan Sejarah*, Penerbit Kanisius, Yogyakarta, 1982, hlm. 19

Berkenaan dengan diskresi pemerintahan, dari perspektif hukum alam, diskresi pemerintahan tidak lepas dari sumbernya yang irrasional (bersumber dari Tuhan). Tokoh yang menyatakan hukum alam bersumber dari Tuhan salah satunya, Augustinus. Pemikiran Augustinus banyak dipengaruhi oleh kaum Stoa<sup>60</sup> yang menganggap hukum sebagai rencana alam, yang bersifat imanen dalam dunia. Hanya saja, Augustinus memandang rencana sebagai sesuatu yang transenden terhadap dunia, yaitu terletak dalam Budi Tuhan sendiri. Jadi, penggunaan diskresi pemerintahan ini tidak lepas dengan Budi Tuhan sebagai ide-ide abadi di dunia.<sup>61</sup> Artinya, diskresi pemerintahan dilakukan dengan didasari niat baik (Budi Manusia), karena dalam jiwa manusia yang didasari ketakwaan pada Tuhan, akan memunculkan niat baik pejabat ketika melakukan suatu kebijakan berwujud diskresi.<sup>62</sup> Diskresi pemerintahan yang demikian merupakan partisipasi hukum alam, dalam memberikan rasa keadilan, yakni sikap jiwa untuk memberikan kepada setiap manusia apa yang patut baginya, dengan mengindahkan juga tuntutan-tuntutan kepentingan umum. Perlunya basis imanen dan transenden sebelum membuat diskresinya, menjadikan pejabat pemerintahan menjunjung prinsip tertinggi dari hukum alam ini, yakni *Ne aliquid faciat quisque alteri, quod pati ipse non vult* (artinya: janganlah berbuat kepada orang lain, apa yang engkau tidak ingin orang lain berbuat kepadamu).<sup>63</sup>

Diskresi pemerintahan menurut hukum alam dari pandangan Augustinus ini, perlu disandingkan lagi dengan sudut pandang yang lebih luas, yaitu pandangan Thomas Aquinas. Pemikiran Thomas Aquinas

---

<sup>60</sup> Kaum Stoa merupakan segolongan filosof pada Masa Yunani. Dikenal dengan Kaum Stoa karena mereka mempunyai kebiasaan memberikan pelajaran dalam lorong-lorong yang banyak tonggakunya. Lorong semacam itu dinamakan Stoa.

<sup>61</sup> Augustinus mengikuti jejak Plato yang menerima adanya ide-ide abadi di dunia. Hukum abadi terletak dalam Budi Tuhan, ditemukan juga dalam jiwa manusia. *Ibid.*, hlm. 38

<sup>62</sup> Hal ini sejalan dengan pandangan John Locke, yang menyatakan: “*the divine law is that which, having been delivered to men by God is a rule and pattern of living for them. And according as it either becomes known by the light of reason which is natural and implanted in men, or is made manifest in divine revelation, it is in turn divided into natural and positive law*”. Lihat Stanislaw Miranda, *Natural Law in The Moral Philosophy of John Locke*, Universitas Gregoriana, Mangalore, 1971, hlm. 10

<sup>63</sup> Theo Huijbers, *Op. Cit*

yang terkenal, membagi hukum itu menjadi empat golongan, yaitu: *Lex Aeterna*, *Lex Divina*, *Lex Naturalis*, dan *Lex Positivis*.<sup>64</sup> Dengan demikian, diskresi pemerintahan yang baik menurut hukum alam mengacu pada keempat prinsip ini.

Beranjak dari pandangan tadi, pertama, diskresi pemerintahan tidak boleh menyentuh hal-hal yang bersifat di luar kemampuan akal pikirannya, dan menempatkan dirinya seolah-olah sejajar dengan Tuhan, layaknya Fir'aun. Diskresi pemerintahan yang demikian, sesuai prinsip *Lex Aeterna* (hukum merupakan kehendak Tuhan sendiri yang mengatur segala hal dan merupakan sumber dari segala hukum. Kehendak Tuhan tidak dapat ditangkap oleh pancaindera manusia). Kedua, dalam situasi dan kondisi tertentu diskresi pemerintahan dapat mempertimbangkan instisari norma agama yang terdapat dalam kitab suci yang diturunkan oleh Tuhan, karena norma agama tentunya mengajarkan nilai-nilai moral dan kebaikan, sebagaimana dimaksud prinsip *Lex Divina* (bagian dari kehendak Tuhan yang dapat ditangkap oleh manusia berdasarkan waktu yang diterimanya). Ketiga, diskresi pemerintahan yang didasari pengamatan tanda-tanda alam (semesta), karena dalam sains (ilmu pengetahuan dan teknologi) tanda-tanda alam dimungkinkan untuk dipelajari, inilah yang dimaksud dalam konsep *Lex Naturalis* (merupakan penjelmaan dari *lex aeterna* di dalam rasio manusia).<sup>65</sup> Dan terakhir, diskresi pemerintahan perlu memperhatikan hak-hak dasar manusia sebagai makhluk hidup ciptaan Tuhan, seperti

---

<sup>64</sup> Lili Rasjidi, *Dasar-Dasar Filsafat Hukum*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 1996, hlm. 50

<sup>65</sup> Hal ini sama dengan pandangan H.L.A. Hart, *The Cocept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1997, hlm. 188., yang menyatakan "A scientific theory's claim to forward our understanding of nature is therefore, in the last resort, depend on its power to predict what will occur, which is based on generalization of what regularly occurs. The law of gravity and the second law of thermodynamics are, for modern thought. Laws of nature and more than mere mathematical constructions in virtue in virtue of the information they yield concerning the regularities of observable phenomena" (Sebuah teori ilmiah mengklaim dapat menambah pemahaman kita mengenai alam pada dasarnya bergantung pada kekuatannya untuk memprediksi apa yang akan terjadi, dengan berpijak pada generalisasi mengenai apa yang secara teratur berlangsung. Bagi alam pikiran modern, hukum grafitasi dan hukum kedua termodinamika adalah hukum alam dan bukan sekedar konstruksi matematis dalam bentuk informasi mengenai keteraturan fenomena yang bisa diamati).

apa yang ada dalam piagam madinah, magna carta, hak-hak warga negara dalam konstitusi masing-masing negara, dsb, merupakan konsep yang dikembangkan dari *Lex Positivis* (aturan yang berasal dari *lex naturalis* tetapi dikodifikasi menjadi hukum positif).<sup>66</sup>

Selanjutnya, mencermati diskresi pemerintahan dari aspek hukum alam yang bersifat rasional. Peletak dasar hukum alam yang rasional diantaranya Hugo de Grotius. Dari segi ontologis, epistemologis, dan aksiologi (aliran filsafatnya) ia cenderung ke aliran hukum alam rasional. Menurutnya, hukum alam merupakan hukum yang muncul sesuai kodrat manusia, namun Tuhanlah yang memberikan kekuatan mengikatnya.<sup>67</sup> Secara garis besar pandangannya menyatakan bahwa hukum yang asli ada di dalam hati manusia dan diproses melalui pikirannya, jadi berupa pertimbangan-pertimbangan akal budinya. Rasio manusia sangat menentukan. Karena rasio merupakan ciri utama manusia, berarti manusia harus hidup sesuai dengan apa yang diajarkan oleh akalunya.<sup>68</sup> Atas dasar hal itu, diskresi pemerintahan harus dilandasi logika berfikir falsafah secara umum (penalaran), dengan diimbangi pertimbangan kaidah-kaidah religi dan proses pengolahan hati nurani (melalui kontemplasi).

Sedangkan kaitannya dengan hukum kenegaraan, negara dipandang Grotius sebagai hasil dari suatu perjanjian yang logis di antara sesama warga negara demi keselamatan bersama. Dengan demikian, Grotius termasuk dalam kalangan pemikir pertama yang merintis gagasan mengenai “perjanjian masyarakat”. Berdasar pada pendapat ini, diskresi pemerintahan perlu memperhatikan keseimbangan antara kepentingan pemerintah dengan kepentingan masyarakat secara umum (bukan orang perorangan). Oleh karenanya, pembentukan diskresi pemerintahan harus berbasiskan komunalitas, yaitu semua manusia berhubungan satu sama lain dan berkecenderungan untuk membentuk hidup bersama. Kecenderungan ini disebutnya “kecenderungan untuk

---

<sup>66</sup> Lili Rasjidi, *Op.Cit*

<sup>67</sup> Menurut Hugo de Grotius, sebagai suatu sistem hukum, prinsip-prinsip hukum kodrat dipandang mengikat semua orang dan bangsa, terlepas dari adat istiadat setempat.

<sup>68</sup> E. Sumaryono, *Filsafat Hukum Sebuah Pengantar Singkat*, UAJY, Yogyakarta, 1989, hlm. 40

bermasyarakat (*appetitus societatis*), dan masyarakat yang demikian disebut masyarakat manusia (*societas humana*) yang diambil dari aliran Stoa. Jadi, frame diskresi pemerintahan adalah berupa masyarakat seutuhnya, yaitu semua manusia yang berdasarkan kodratnya (alamnya) memiliki hak yang sama. Dalam konteks ini, hukum bagi diskresi pemerintahan yang berlaku adalah hukum manusia (*ius hominis*), hukum yang tidak bersangkutan paut dengan hukum bangsa-bangsa yang berlaku, melainkan bersangkutan paut dengan hukum alam yang ada pada diri manusia. Dari sinilah kehidupan bernegara dipandang sebagai hasil persetujuan antara setiap orang berdasarkan kecenderungan hidup bersama sesuai kodratnya.<sup>69</sup> Sehingga, layak atau tidak layaknya suatu diskresi pemerintahan, diharuskan diukur sesuai atau tidaknya dengan kodrat manusia tersebut sebagai manusia berakal budi dan makhluk sosial, serta atas dasar norma kesusilaan.

## **B. Diskresi Pemerintahan dalam Perspektif Positivisme Hukum**

Paham positivisme hukum, merupakan sebuah pemikiran yang mengkritisi mazhab hukum alam. Positivisme hukum lahir sebagai sebuah kritik terhadap paham yang mencampuradukan “hukum” dengan yang “non hukum”, khususnya moral. Sehingga yang menjadi slogan para pengikutnya adalah “*law as law*”, yaitu hukum harus mandiri sebagai hukum.

Sama halnya dengan mazhab hukum alam, dalam positivisme hukum mempunyai banyak cabang pemikiran. Banyak tokoh-tokoh yang dikenal dalam mazhab ini, seperti Jean Bodin (1530-1596), John Austin (1790-1859), Rudolf von Jhering (1818-1892), Hans Kelsen (1881-1973), dan lain-lain. Dari sekian banyak pemikiran, mayoritas pengikutnya mengikuti pemikiran legisme. Terutama pemikiran Hans Kelsen mengenai teori hukum murni (*reine rechtslehre*), yang diikuti di banyak negara eropa dan asia, termasuk Indonesia. Pemikiran ini beranggapan tidak ada norma hukum di luar hukum positif, karena semua persoalan dia-

---

<sup>69</sup> Bandingkan dengan Theo Huijbers, *Op. Cit.*, hlm. 59., dan Budiono Kusumohamidjojo, *Filsafat Hukum: Problematik Ketertiban Yang Adil*, CV. Mandar Maju, Bandung, 2011, hlm. 58



tur dalam hukum tertulis. Dengan kata lain, hukum identik dengan peraturan tertulis.

Begitu juga dalam memahami diskresi pemerintahan dari perspektif positivisme hukum, semua kebijakan pejabat pemerintahan harus berpijak pada hukum tertulis atau peraturan perundang-undangan. Diskresi pemerintahan, bukan suatu perbuatan pejabat pemerintahan yang tidak ada dasar hukum tertulisnya. Semua kebijakan berupa diskresi, harus mempunyai aturan mainnya. Oleh karenanya institusi negara harus membuat aturan tertulis mengenai diskresi pemerintahan.

Pejabat pemerintahan dalam mengambil kebijakan berupa diskresi disamping harus berdasarkan ketentuan tertulis, juga harus dibersihkan dari anasir-anasir non yuridis. Dalam mazhab positivisme hukum, hanya ingin melihat diskresi pemerintahan sebagai produk hukum yang murni tentang hukum, bukan produk hukum yang dipengaruhi aspek di luar hukum seperti: politis, sosiologis, psikologis, ekonomi, dan sebagainya. Menyuplik pemikiran Hans Kelsen, diskresi pemerintahan sebagai yang bersifat pengaturan dan/atau keputusan harus dipandang diskresi sebagai hukum *an sich* (*what the discretion is*), bukan bagaimana diskresi itu seharusnya (*what the discretion ought to be*).

Apabila diskresi pemerintahan dipandang sebagai suatu keharusan, maka perlu dicari alasan yang menghendaknya. Secara teoritis, setiap “harus” (*Sollen*) berakar dalam suatu “menghendaki” (*Wollen*). Artinya, sesuatu terjadi, hanya kalau dikehendaki.<sup>70</sup> Oleh karenanya, harus dicari kehendak apa yang dimaksud dari adanya diskresi pemerintahan.

Kehendak yang dimaksud adalah berupa kehendak normatif (hukum) dalam ruang lingkup interpretasi. Dikatakan oleh Kelsen:

*“This determination can never be complete. The higher norm cannot bind in every direction the act by which it is applied. There must always be more or less room for discretion, so that the higher norm in relation to the lower one can only have the character of a frame to be filled by this act”*,

Dari pendapat ini maka diskresi pemerintahan yang dilakukan oleh pejabat pemerintahan karakteristiknya tetap dalam frame norma hukum tertulis, bukan berupa kebijakan di luar norma hukum yang men-

---

<sup>70</sup> Theo Huijbers, *Op. Cit.*, hlm. 157

jadi dasar tersebut.

Menurut Hans Kelsen, kehendak yang mendasari keharusan yang ada dalam norma (hukum) tidak dapat disamakan dengan suatu kehendak dalam arti psikologis. Argumentasi yang dibangunnya, kehendak psikologis itu tidak mungkin menjadi dasar sesuatu yang seharusnya, sebab kehendak itu termasuk bidang “ada”, bidang kenyataan. Sehingga tidak mungkin sesuatu yang hanya kenyataan saja mendasari suatu keharusan. Selain itu, kehendak psikologis merupakan kehendak suatu subyek yang bersifat subyektif, karena itu kehendak psikologis tidak dapat menjadi dasar suatu keharusan. Kesimpulannya, harus ada suatu kehendak yang netral dan obyektif untuk dapat menjadi dasar suatu keharusan yang sungguh-sungguh. Dari sifatnya yang obyektif ini, maka kehendak itu tidak melekat pada adanya atau tidak adanya subyek. Oleh karenanya, terdapat norma dasar (*Grundnom*) yang berfungsi sebagai sumber keharusan dalam bidang hukum.<sup>71</sup>

Begitu juga dengan diskresi pemerintahan, pejabat pemerintahan tidak sekehendak dirinya sendiri melakukan atau tidak melakukan suatu kebijakan. Diskresi sebagai keharusan (*Sollen*) dasarnya adalah kehendak (*Wollen*) dari peraturan dasarnya. Peraturan dasar itu dirumuskan dalam bentuk suatu kaidah hukum yang mengatur mengenai diskresi.

Pejabat pemerintahan yang melakukan diskresi pemerintahan harus memperhatikan peraturan dasar dalam bingkai hirarkhi hukum tertulis. Hirarkhi ini dalam mazhab positvisme hukum dikenal dengan “*Stufen Theorie Des Rechts*” atau teori piramida norma hukum. Dalam teori ini, norma hukum digambarkan bertingkat-tingkat selayaknya sebuah piramida. Dimulai dari tingkat yang tertinggi yang bersifat umum dan abstrak sampai kepada yang terendah yang bersifat konkrit, individual, dan bersifat pelaksanaan. Hubungan masing-masing tingkatan ini adalah hukum yang lebih rendah mendapat legalitas dari hukum yang tingkatnya lebih tinggi, dimana setiap tingkatan sekaligus merupakan penciptaan hukum baru dan pelaksanaan dari hukum yang lebih tinggi (*create and apply*).<sup>72</sup> Kedudukan diskresi pemerintahan, da-

---

<sup>71</sup> Theo Huijbers, *Op. Cit.*, hlm. 157-158

<sup>72</sup> Achmad Rustandi, *Responsi Filsafat Hukum*, Armico, Bandung, 1992, hlm.

lam teori tersebut letaknya berada di ranah aplikasi norma peraturan perundang-undangan, karena masuk ruang lingkup keputusan (*besluit*), yang di dalamnya terdapat peraturan kebijakan (*beleids regels*) dan ketetapan (*beschikking*).

Hans Kelsen, mendeskripsikan pembuat diskresi seolah-olah sebagai pembentuk norma substantif. Hal ini dikarenakan tiadanya norma umum yang menetapkan kewajiban bagaimana hukum harus dilaksanakan (*the lack of general norm violated by the latter*). Dengan kata lain, kekosongan norma hukum menimbulkan ketidakpuasan, ketidakpatutan, dan ketidakadilan. Solusinya pejabat yang berwenang diberi kewenangan diskresi untuk menetapkan norma substantif yang dianggapnya memuaskan, patut, atau adil bagi kasus konkret (*authorize to create for the concrete case the norm of substantive law it considers satisfactory, just, or equitable*).<sup>73</sup> Maksud norma substantif di sini, termasuk berupa perbuatan hukum publik. Diskresi pemerintahan dalam bentuk perbuatan hukum publik ini mempunyai pengaruh sebagai hukum *ex post facto*.

### C. Diskresi Pemerintahan dalam Perspektif Sociological Jurisprudence

Terjemahan istilah *sociological jurisprudence* ke dalam bahasa Indonesia lebih tepatnya adalah hukum sosiologis. Inti pemikiran mazhab ini adalah hukum yang baik adalah hukum yang sesuai dengan hukum yang hidup di dalam masyarakat. Namun, masih banyak yang menjumbuhkannya dengan mazhab *sociology of law* atau sosiologi hukum. Hendaknya perlu dibedakan antara mazhab *sociological jurisprudence* dengan *sociology of law*. Karena, pemikiran *sociological jurisprudence* merupakan bagian dari ilmu hukum yang cara pendekatannya bermula dari hukum kepada masyarakat. Berbeda dengan *sociology of law*, yang merupakan cabang dari ilmu sosiologi, tetapi mempelajari hukum sebagai gejala sosial. Jadi, *sociological jurisprudence* merupakan aliran pemikiran hukum yang mempelajari pengaruh timbal balik antara hukum dan masyarakat, dengan hukum sebagai titik tolaknya, sebaliknya *sociology of law* mempelajari pengaruh masyarakat kepada hukum dan sejauhmana gejala-gejala

---

<sup>73</sup> Pendapat ini sebagai analogi dari diskresi hakim ketika mengambil putusan, lihat Hans Kelsen, *Op. Cit.*, hlm. 145

la yang ada dalam masyarakat itu dapat mempengaruhi hukum tersebut disamping juga diselidiki sebaliknya pengaruh hukum terhadap masyarakat.<sup>74</sup> Tokoh-tokoh mazhab hukum sosiologis ini diantaranya Eugen Ehrlich (1862-1922), Roscoe Pound (1870-1964), Benyamin Cardozo (1870-1938), dan lain-lain.

Dalam pandangan mazhab hukum sosiologis, perlunya mengetengahkan kajian *living law* sebelum diskresi pemerintahan dilakukan. Pejabat pemerintahan mau tidak mau, perlu menggunakan pendekatan rasio, pengalaman, dan keadaan yang ada di dalam masyarakat sebelum melakukan diskresinya.

Diskresi pemerintahan baru akan memiliki daya berlaku yang efektif apabila berisikan atau selaras dengan hukum yang hidup di dalam masyarakat. Diskresi pemerintahan akan terasa asing dan tidak dapat diterapkan apabila tidak mengindahkan keadaan realitas hukum dalam masyarakat. Masyarakat hanya akan patuh pada kenyataan-kenyataan hukum yang hidup dan berkembang disekitarnya, karena merupakan cerminan nilai-nilai yang sudah ada sejak lama dan mengakar daging untuk dipatuhi. Misalnya, pejabat pemerintahan harus hati-hati dalam menerapkan diskresi pemerintahan terhadap masyarakat hukum adat. Karena masyarakat hukum adat akan menentang keras segala unsur (hukum atau diskresi pemerintahan) yang tidak sesuai atau bahkan bertentangan dengan nilai-nilai yang ada di masyarakat tersebut.

Apabila diskresi pemerintahan yang diambil berupa penyelesaian suatu permasalahan yang terjadi di masyarakat, maka menurut Roscoe Pound setidaknya ada tiga langkah pemikiran yang harus ditempuh oleh pejabat pemerintahan, yaitu:

1. Menemukan hukum, yaitu dengan menetapkan manakah yang akan diterapkan diantara banyaknya kaidah di dalam sistem hukum, atau jika tidak ada yang dapat diterapkan, menentukan satu kaidah untuk permasalahan itu (yang mungkin atau tidak mungkin dipakai sebagai satu kaidah untuk permasalahan yang lain sesudahnya) berdasarkan bahan hukum yang sudah ada menurut sesuatu cara yang ditunjukkan oleh sistem hukum.
2. Menafsirkan kaidah yang dipilih atau dipastikan, yaitu menentukan

---

<sup>74</sup> Lili Rasjidi, *Op. Cit.*, hlm. 70-71

maknanya sebagaimana ketika kaidah itu dibentuk dan hubungkan berkenaan dengan keluasan makna yang dimaksud.

3. Menerapkan kepada permasalahan yang sedang dihadapi dengan kaidah yang ditemukan dan ditafsirkan.<sup>75</sup>

Lebih lanjut Roscoe Pound menjelaskan, dalam menggunakan ketiga langkah tadi tidak sekedar menafsirkan semata-mata teks dari badan legislatif dan mendeduksikan isinya yang logis dari asas-asas tradisional yang diinginkan penguasa (layaknya teori hukum byzantium yang menganggap hukum itu kemauan kaisar). Melainkan, pemerintah harus menggunakan kebijaksanaannya yang bersendikan *equity*. Disamping itu, dalam menafsirkan hukum, yang menjadi sandaran penyelesaian permasalahan tadi bukan dengan ketentuan yang terperinci, tetapi menggunakan pangkal dalil (premis) umum berupa asas-asas hukum yang berkembang di masyarakat untuk menjadi dasar pemikiran pejabat pemerintahan sebelum melakukan diskresi pemerintahan. Premis tersebut, digunakan untuk mengadakan kaidah (kebijakan) baru, menafsirkan ketentuan yang lama dengan menghadapi situasi baru, untuk mengukur keluasan dan penerapan ketentuan dan ukuran dan merukunkannya apabila berbenturan. Semua itu harus dilakukan dengan itikad baik pejabat pemerintahan.

Setidaknya ada tiga karakteristik untuk mengukur diskresi pemerintahan tadi, yaitu:

1. Diskresi melibatkan penilaian moral tertentu atas perilaku. Perilaku itu berupa keadilan (*fair*) atau saksama (*conscientious*) atau sewajarnya (*reasonable*) atau bijaksana (*prudent*) atau penuh kesungguhan (*diligent*).
2. Diskresi tidak membutuhkan penerapan kepastian dalam pengetahuan hukum, namun yang dibutuhkan adalah keinginan masyarakat pada umumnya (*common sense*) atau intuisi yang terlatih dan peka mengenai hal yang terletak di luar pengalaman setiap orang.
3. Diskresi tidak dirumuskan secara mutlak dan diberi konten yang pasti oleh undang-undang, namun berkaitan dengan perkembang-

---

<sup>75</sup> Roscoe Pound, *An Introduction to the Philosophy of Law*, Yale University Press, hlm. 48

an waktu, tempat dan keadaan yang diterapkan dan mengacu pada fakta permasalahan yang dihadapi. Karena perlu disadari bahwa dalam batas-batas yang ditentukan setiap permasalahan hukum sampai batas tertentu bersifat kasuistis dan berbeda-beda.

Ketiga karakteristik ini menginginkan diskresi pemerintahan bukan sebagai suatu proses yang mekanis semata. Penggunaan diskresi pemerintahan tidak menggunakan logika saja, tetapi juga ada penilaian moral/kesusilaan terhadap situasi yang dihadapi, karena setiap permasalahan memiliki kekhasan tersendiri dan tidak ada yang sama persis. Juga, pejabat pemerintahan perlu mempertajam intuisi sosialnya yang terasah berdasarkan pengalaman masing-masing pejabatnya. Konsekuensinya, tidak semua permasalahan hukum selalu merujuk pada norma tertulis, melainkan norma tertulislah yang mengikuti perkembangan hukum dalam mengatasi permasalahan hukum.

Atas dasar hal itulah, setiap diskresi pemerintahan hendaknya mengintegrasikan dengan hukum yang murni bersumber pada kenyataan atau realitas sosial. Di sini, diskresi pemerintahan diciptakan untuk membingkai kenyataan atau realitas sosial tersebut. Karena pada dasarnya, hukum yang hidup merupakan hukum positif, yaitu diakui juga oleh konstitusi dan peraturan perundang-undangan di Indonesia (Pasal 18B UUD NRI Tahun 1945, Pasal 3 dan 5 Undang-Undang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria, dan Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman).

#### **D. Diskresi Pemerintahan dalam Perspektif Realisme Hukum**

Banyak yang beranggapan bahwa realisme hukum bukan merupakan suatu mazhab, melainkan sebuah gerakan. Tetapi dalam perkembangannya menurut penulis, realisme sudah tidak relevan lagi dianggap hanya sebagai sebuah gerakan, karena sudah ratusan tahun aliran ini kokoh, dikaji di forum ilmiah nasional maupun internasional, dan masih banyak pengikutnya hingga sekarang. Sudah selayaknya realime hukum bermetamorfosa menjadi sebuah mazhab dalam ilmu hukum.

Awal mula munculnya mazhab realisme hukum, ditandai adanya keraguan tentang kesempurnaan logika hukum. Keadaan ini terjadi di

Amerika Serikat, yang beberapa ahli hukumnya berupaya mencari keseimbangan antara kepentingan pemangku hukum. Para pencetusnya meninggalkan pembicaraan hukum yang abstrak dan tidak menyibukkan diri dengan mengutak-atik hukum tertulis. Para tokoh realisme hukum ini, seperti Oliver Wendell Holmes (1841-1935), John Dewey (1859-1952), Jerome Frank (1889-1957), Lawrence M. Friedman (1930-sekarang), dan lain-lain.

Untuk menemukan keseimbangan itu, dicermatilah nilai-nilai kultural yang ada di dalam masyarakat. Ditemukan bahwa nilai-nilai tersebut tidak berpusat pada norma-norma atau proposisi-proposisi, melainkan pada situasi problematik dalam masyarakat. Kemudian muncul teori "*the problem of process*" dari nilai-nilai kultural dari sisi anthropologis dan filosofis. Teori ini hanya hidup di Amerika Serikat dan lahir dari filsafat instrumental-pragmatis (*pragmatic instrumental philosophy*). Menurut teori ini, ukuran baik atau buruknya sesuatu ialah membuat pemecahan masalah dari apa yang dikatakan John Dewey sebagai "*the problematic situation*". Dengan kata lain, ukuran baik atau buruknya nilai budaya ialah efektifnya merubah berbagai elemen-elemen situasi sosial yang berkompetisi menjadi seimbang. Akan tetapi dalam situasi diktatorial, faktor yang bernilai (menentukan kebenaran) menurut pandangan instrumental pragmatis ini adalah jika memperhatikan sifat semua faktor dan kehendak dalam situasi itu.<sup>76</sup> Dapat disimpulkan, mazhab realisme hukum memandang keseimbangan dalam hukum itu berubah-ubah sesuai situasi dan kondisi sosial, namun dengan adanya keseimbangan itu menjadikan hukum sebagai alat untuk mencapai tujuan sosial (masyarakat). Keadaan demikian merupakan konsekuensi dari suatu keadaan sosial yang berubah lebih cepat daripada hukum.

Oleh karenanya, diskresi pemerintahan dalam pandangan mazhab ini, harus memperhatikan adanya penyelidikan terhadap tujuan maupun hasil yang hendak dicapai dari kebijakan pejabat pemerintahan, dengan melakukan observasi terhadap nilai-nilai sosial-budaya setempat dan menggunakannya sebagai bahan pembuatan diskresi pemerintahan. Diperlukan kearifan dan ketrampilan pejabat pemerintahan

---

<sup>76</sup> Lili Rasjidi, *Op. Cit.*, hlm. 132-133

dalam menghubungkan teks peraturan dasar kewenangannya dengan memperhatikan dan menghubungkan realitas makna peraturan itu dengan kondisi-situasi sosial-budaya yang ada.

Perlu dicatat di sini, meskipun pada awalnya mazhab ini mengkritisi logika hukum yang dianut mazhab positivisme hukum, akan tetapi mazhab ini juga tetap menggunakan logika berfikir dalam memahami peraturan tertulis, hanya saja faktor non logika yaitu realitas nilai-nilai sosial-budaya lebih besar pengaruhnya. Oleh karenanya, pejabat pemerintahan dalam melakukan diskresi tetap menggunakan unsur logika, sebagai pelengkap unsur-unsur lain, sehingga dapat diperoleh petunjuk untuk mencapai tujuan maupun hasil yang diinginkan.

Dalam pandangan realime hukum, diskresi pemerintahan tidak melulu merujuk pada ketentuan tertulis. Asumsi dasar yang dibangun sebelumnya harus mengacu pada interdisipliner keilmuan, yaitu dengan memanfaatkan ilmu non hukum (sosiologi, ekonomi, politik, psikologi, dan sebagainya) tergantung konteks diskresi pemerintahan yang akan dilakukan. Harapannya, dengan kajian yang bidang keilmuan yang komprehensif diharapkan akan dapat mensinkronkan antara apa yang dikehendaki hukum dan fakta atau realitas *stake holder* yang terkena diskresi pemerintahan.

Menariknya, menurut mazhab ini, untuk melihat produk diskresi pemerintahan yang baik dan benar harus dilihat juga pejabat berwenang itu sendiri. Karena pengalaman, pendidikan, lingkungan sosial, religius, moral, bahkan pandangan politik, dan sebagainya sangat mempengaruhi model kebijakan seperti apa yang akan diambilnya. Diskresi pemerintahan banyak dipengaruhi hal-hal yang sifatnya pribadi dari si pejabat itu sendiri. Jadi, dapat diibaratkan kaidah hukum yang tertera dalam diskresi pemerintahan itu merupakan gambaran diri si pejabat yang melakukannya.

Lawrence M. Friedman sebagai salah satu tokoh mazhab ini, menyatakan:

*“Discretion is a term with many meanings. Discretion commonly refers to a case where a person, subject to a rule, has power to choose between alternative courses of action. Since rules have a double aspect – they speak to officials and to some or all members of the public as well*



– a rule may carry a grant of discretion in one aspect and not in the other...”<sup>77</sup>

Friedman, mengakui kalau istilah diskresi mempunyai banyak arti, menurutnya dalam kasus tertentu, pemerintah diberi kewenangan mengambil keputusan dari beberapa alternatif. Terutama ketika berhadapan dengan peraturan yang memiliki dua aspek kepentingan di dalamnya, yaitu kepentingan pemerintah dan kepentingan masyarakat. Jadi, diperlukan diskresi untuk memilih salah satu kepentingan yang akan diambilnya.

Lebih lanjut, menurut Friedman, oleh karena berkenaan dengan peraturan dan kepentingan antara pemerintah dengan masyarakat, maka diskresi pemerintahan terikat pada empat tipe peraturan sebagai berikut:

1. Peraturan bersifat pasti dan tetap, artinya baik pemerintah dan masyarakat sama-sama tidak memiliki pilihan dalam menerapkan norma yang ada (*the rule doubly fixed*). Biasanya peraturan administratif yang berkaitan dengan hukum pidana.
2. Peraturan dengan pilihan bagi masyarakat, artinya hanya masyarakatlah yang pada hakikatnya memiliki diskresi, dan pemerintah tidak dapat memaksakan kehendaknya (*the rule of authorization*). Misalnya: penerbitan izin menikah, merupakan hak dari masyarakat untuk mengajukan permohonan izin nikah dan dengan pasangan pilihannya.
3. Peraturan yang berimbang antara keinginan pemerintah dan masyarakat berkedudukan sama, sehingga masing-masing tidak dapat saling memaksakan (*the privilege rules*). Misalnya: pengaturan penerbitan surat izin siaran radio atau televisi, masyarakat mempunyai hak untuk mengajukan atau tidaknya permohonan akan tetapi harus mengikuti syarat formal yang dibuat pemerintah. Pemerintah di sini tidak dapat memaksakan kehendaknya agar masyarakat mengajukan permohonan tersebut.
4. Peraturan yang memberikan kewenangan pada pemerintah untuk

---

<sup>77</sup> Lawrence M. Friedman, *The Legal System: A Social Science Perspective*, Russel Sage Foundation, 1975, hlm. 32

melakukan perbuatan hukum publik, dengan adanya pilihan alternatif (*only the official has leeway*). Misalnya: pengaturan kepegawaian yang memberi kewenangan jabatan atasan untuk memilih bawahannya, seperti Presiden memiliki hak prerogatif untuk memilih menteri-menterinya.

Keempat tipe inilah yang harus dicermati setiap pejabat pemerintahan ketika akan melakukan diskresinya. Permasalahannya, tidak mudah menafsirkan peraturan-peraturan yang demikian banyaknya untuk diklasifikasikan pada keempat tipe tersebut. Apalagi antara pejabat pemerintahan dan masyarakat mempunyai perspektif yang berbeda. Belum lagi, dalam penerapan diskresinya, ada yang bersikap obyektif dan ada yang tidak obyektif. Hal ini dikarenakan proposisi antara satu tipe dengan tipe lainnya selalu berubah mengikuti perkembangan zaman. Oleh karenanya, dalam perspektif realisme hukum, setiap peraturan yang mengandung adanya diskresi, dibuatkan norma-norma yang membatasi atau meminimalisir penyalahgunaan diskresi yang diberikan. Sedapat mungkin norma dalam peraturan itu dibuat secara saksama dan mendetail, bagi pihak yang melakukan diskresi.

Untuk mengkaji norma itu saksama dan detail, tidak lepas dari pengelompokan peraturan itu secara umum. Dalam pandangan aliran ini, ada tiga kelompok umum pemberlakuan peraturan. Pertama, dianggap sebagai peraturan yang tertidur (*dormant*), artinya tidak seorang pun yang melakukan upaya riil untuk memberlakukannya. Kedua, bagian dari hukum yang hidup (*part of living law*), namun mengandung problem klasik berupa ketidakpastian, karena ketidakpastian bukan disebabkan pada teksnya melainkan adanya kontroversi sosial atau tuntutan sosial di dalam masyarakat. Seperti konstitusi Amerika yang memberikan kebebasan berbicara, akan tetapi tidak ada kepastian definisi kebebasan berbicara dan batasan-batasan kebebasan berbicara. Realisme sosial, menangkap makna dari kenyataan-kenyataan fakta sosial, terutama jika ada konsensus sosial mengenai *obscenity* atau perkataan simbolis. Ketiga, peraturan itu mapan (*well-settled*), artinya peraturan itu hidup dan bekerja, dan tidak ada pihak mana pun yang menentangnya. Semisal, tidak ada yang meragukan norma yang mengatur selebar cek (dari bank) itu

bisa dicairkan, atau sebuah wasiat harus dilakukan memerlukan minimal dua orang saksi. Mapan di sini dimaksudkan sebagai peraturan yang secara aktual terbebas dari keraguan menurut ukuran perilaku yang lazim dan pemahaman yang lazim. Dengan catatan, jangan sampai norma itu dibuat “terbuka ruang bebas penafsiran”, jika proposisi dan konsep memunculkan persoalan “mudah” yang bisa diperdebatkan, akan terjadi hambatan antara interaksi pemerintahan dengan sosial kemasyarakatan.

Dapat disimpulkan, menurut pandangan mazhab ini, diskresi pemerintahan sangat dipengaruhi faktor peraturan yang menjadi dasar adanya kewenangan mengambil pilihan perbuatan hukum publik. Hanya dengan dasar peraturan yang mapan, diskresi pemerintahan dapat digunakan dengan tepat guna dan meminimalisir gejala sosial. Meskipun demikian, perlu ada kontrol terhadap diskresi pemerintahan, utamanya dari lembaga independen yang berwenang, yaitu pengadilan. Di sini, alat uji hakim yang menangani perkara diskresi pemerintahan adalah realitas hukum di masyarakat.

## BAB IV

# Diskresi Pemerintahan di Beberapa Negara

### A. Dasar Pemikiran Diskresi Pemerintahan di Negara Inggris

Di Inggris, dasar pemikiran kewenangan diskresi (*discretionary powers*) adalah diawali adanya jenis tindakan Raja atau Ratu (*the King or the Queen*) atas nama Kerajaan (*the Crown*) yang legal dan dapat dilakukan tanpa harus meminta persetujuan dari Parlemen (lembaga legislatif). Bahkan dalam sejarahnya, pemerintah sebagai abdi Raja atau Ratu berdasarkan ketentuan yang ada, dapat melakukan diskresi untuk melanggar hukum umum, seperti: menghukum masyarakatnya, memaksakan pengenaan pajak, dan menyerahkan seorang asing pada pemerintahannya sendiri untuk diadili (sebagaimana diatur dalam Undang-Undang Ekstradisi tahun 1870).<sup>78</sup>

Lebih lanjut, menurut AV. Dicey :

*“The discretionary authority of the Crown originates generally, not in Act of Parliament, but in the prerogative ..... The prerogative appears to be both historically and as a matter of actual fact nothing else than the residue of dis-*

---

<sup>78</sup> H.W.R. Wade dan C.F. Forsyth, *Administrative Law*, Oxford University Press, 2000, hlm. 221., dan AV. Dicey, *Introduction to the study of The Law Of The Constitution*, Macmillan & Co LTD, London, 1959, hlm. 422 dan 423

*cretionary or arbitrary authority, which at any given time is legally left in the hands of the Crown”.*

Dengan begitu, diskresi di Inggris pada umumnya selalu dihubungkan dengan hak prerogatif Raja atau Ratu, sebab bukan berasal dari undang-undang, sebagaimana di negara lain. Bahkan secara historis, hak-hak prerogatif faktanya hanyalah residu (sisa) dari kewenangan diskresi, yang kurun waktu tertentu secara legal tetap ada di tangan Raja atau Ratu. Argumentasi yang dibangun, Raja atau Ratu pada dasarnya – sebagaimana namanya – adalah merupakan seorang penguasa di wilayahnya atau negaranya, atau istilah dalam hukum adalah bagian yang paling kuat dari suatu kekuasaan yang berdaulat (*the most powerful part of the sovereign power*).

Pandangan itu sejalan dengan pemikiran O. Hood Phillips and Jackson, yang pada pokoknya menyatakan:

*“The term “royal prerogative” is not a technical one. It is sometimes used to cover all the powers of the Sovereign, or at least those which the Sovereign does not share with his subjects. Sometimes it refers to the powers of the Sovereign in relation to his subjects, as distinct from “acts of state” done in relation to foreign affairs.”<sup>79</sup>*

Istilah “hak prerogatif kerajaan” tidak bersifat teknis semata. Terkadang digunakan untuk mencakup semua kekuasaan penguasa (negara), atau setidaknya orang-orang yang berkuasa, akan tetapi tidak berbagi kekuasaan dengan warga negara atau rakyatnya. Seolah-olah dia penguasa tunggal. Kekuasaan penguasa tersebut juga digunakan dalam hubungannya dengan rakyatnya (dalam negeri), berbeda dengan kekuasaan (berdaulat) untuk melakukan “tindakan negara” yang kaitannya dengan negara lain di bidang urusan luar negeri.

Kalau ditelusuri lebih jauh sejarah di Inggris, Raja atau Ratu sebenarnya memiliki kekuasaan lebih tinggi (anterior) dari kekuasaan Parlemen. Sejak masa penaklukan bangsa Normandia sampai dengan revolusi 1688, Raja memiliki banyak atribut sebagai penguasa (*many of the attributes of sovereignty*). Hak prerogatif merupakan nama bagi sebagian

---

<sup>79</sup> O. Hood Phillips and Jackson, *Constitutional and Administrative Law*, Sweet and Maxwell, London, 2001, hlm. 304

kewenangan asli Raja atau Ratu yang tersisa, menjadi nama bagi residu kewenangan diskresi pada saat kapan pun tetap ada ditangan Raja atau Ratu, meskipun kewenangan itu dilakukan oleh abdinya dalam bentuk lembaga kementerian. Sehingga, setiap tindakan pejabat pemerintahan (*executive*) dapat secara legal dilakukan tanpa mendapatkan otoritas dari undang-undang yang dibuat oleh Parlemen (*legislative*).

Pernah terjadi konvensi ketatanegaraan (konstitusional), Raja atau Ratu berdasarkan hak prerogatifnya memberhentikan Pemerintahan yang menguasai mayoritas Parlemen, dan membubarkan Parlemen yang memberi dukungan kepada Pemerintahan tersebut. Tindakan Raja atau Ratu pada waktu itu dianggap konstitusional dengan alasan, bahwa Raja atau Ratu terkadang dapat melakukan diskresi dan menurut preseden konstitusional digunakan untuk melepaskan kewenangan atau pembubaran Parlemen, dengan alasan ketika keinginan lembaga legislatif secara masuk akal diyakini berbeda dengan keinginan rakyat. Dari kejadian ini, timbul perdebatan para ahli hukum dan politik mengenai penggunaan diskresi yang digunakan Raja atau Ratu untuk memberhentikan jabatan di Pemerintahan dan membubarkan Parlemen, sehingga muncul doktrin konvensi konstitusional bahwa penggunaan konvensi yang demikian harus dipahami secara selektif dan ketat. Doktrin kedaulatan Parlemen tetap berada di bawah kedaulatan rakyat secara riil, atau dengan kata lain keshahihan atas dasar konstitusional itu berada di bawah atau tunduk pada prinsip fundamental kedaulatan rakyat.

Doktrin diskresi Raja atau Ratu berdasarkan konvensi konstitusional tersebut, mempengaruhi sistem pemerintahan yang ada saat ini di Inggris dan beberapa negara persemakmurnya (*Commonwealth*), yaitu adanya ketentuan pertanggungjawaban Pemerintahan dan Parlemen. Pemerintahan yang tidak lagi didukung oleh mayoritas Parlemen wajib meletakkan jabatannya dan mengembalikan mandatnya kepada Raja atau Ratu, sebaliknya apabila Pemerintahan berpendapat mereka mendapat dukungan dari rakyat pemilih, diperkenankan tidak mengembalikan mandat, bahkan sebaliknya mengusulkan agar Parlemen dibubarkan, yang akan terjawab setelah adanya pemilihan umum rakyat.

Begitu mendominasinya Raja atau Ratu, maka kerajaan kuno Inggris menganggap diskresi Raja atau Ratu merupakan “tahta suci” yang tidak

dapat disentuh oleh hukum, sebab titah Raja atau Ratu itulah yang dinamakan hukum. Hal ini sesuai apa yang disampaikan Henri Bracton, “*Rex non debed esse sub homine, sed sub Deo et lege, quia lex facit regem*” (bahwa Raja seharusnya tidak berada di bawah manusia kecuali di bawah Tuhan dan hukum, dan hukum itu yang membuatnya adalah Raja). Meskipun setelahnya, Raja atau Ratu mendelegasikan kewenangan penegakan hukumnya kepada hakim di pengadilan. Tetapi tetap saja isi dari hukum itu sendiri dibuat untuk menjaga dan melanggengkan kekuasaan Raja atau Ratu.

Pada perkembangannya hingga saat ini, diskresi pemerintahan sangat diperlukan di sistem pemerintahan Inggris, karena sifatnya pengambilan kebijakan yang fleksibel. Konsepnya, hukum di Inggris tidak membedakan berbagai bentuk diskresi pemerintahan, yang ada hanya tiga hal untuk mengidentifikasi sumber otorisasi kewenangan tersebut. Pertama, dapat ditemukan beberapa ciri dalam ketentuan peraturan perundang-undangan yang memberikan kewenangan untuk melakukan diskresi pemerintahan, seperti dalam normanya menyatakan: “*if there is evidence that ...*” (“jika ada bukti bahwa ...”), atau “*if he thinks that....*” (“jika dia berpikir bahwa ...”), dan seterusnya. Kedua, norma peraturan itu secara tersirat mengatur kewenangan pejabat pemerintahan untuk melakukan diskresi, misalnya: adanya norma yang memberi celah kepada pejabat pemerintahan melakukan kebijakannya demi “kepentingan umum” (*public interest*). Pemerintah perlu menafsirkan normanya yang dikaitkan dengan makna “kepentingan umum”. Ketiga, merupakan kewenangan diskresioner adalah hak prerogatif kerajaan (*the discretionary powers is the royal prerogative*). Ketika mendefinisikan arti hak prerogatif tersebut, tidak ada daftar norma tertulis tentang kewenangan yang dapat ditemukan dalam konstitusi Inggris. Kekuatan prerogatif adalah semua kekuatan yang secara tradisional dilakukan oleh Raja atau Ratu dan yang belum diatur oleh undang-undang. Bila mengacu pada hak prerogatif, setiap kekuatan hukum umum pemerintah dipahami seperti itu. Pejabat pemerintahan biasanya melakukan diskresi berdasarkan kebiasaan dalam praktek dan contoh yang sudah pernah ada (*they are entrenched by practice and example*).

Bila dilihat fungsi negara di Inggris – dan sejauh mana negara berinteraksi serta dampaknya pada individu atau masyarakat – telah mulai berubah secara radikal sejak kembalinya abad yang cepat, dan laju perubahan meningkat secara mencolok setelah terjadi peperangan pada tahun 1939-1945. Terlebih, di era pemerintahan Margaret Thatcher, pada tahun 1980 an, yang dikenal dengan “*the Thatcher administration*”, menggunakan filosofi pemerintahan yang efektif dan efisien (*a philosophy of “smaller” government*). Peranan pemerintahan Inggris terus berekspansi sampai abad ke 20. Hasil dari penerapan sistem pemerintahan yang demikian berpengaruh pada lanjutnya perekonomian di Inggris saat itu. Konsekuensinya, dengan menggunakan diskresi pemerintahan, pemerintahan di Inggris banyak mencampuri kehidupan masyarakat sampai batas tertentu. Hal ini penting bagi pemerintahan yang “*smaller*” menggunakan kekuatan diskresi pemerintahannya untuk menggapai tujuan negara, sehingga ada beberapa keadaan tertentu yang tidak dapat dihindari, yaitu mengintervensi atas nama negara. Keadaan ini dapat diterima semua kalangan, karena mereka beranggapan tidak mungkin Parlemen membuat produk hukum (undang-undang) yang sempurna atau istilah mereka “*it is clearly impossible for Parliament to make legislative provision for each and every situation which may arise in the course of the ongoing implementation of policy*”. Olehkarenanya, penggunaan diskresi pemerintahan sampai saat ini sering digunakan (*so the use of discretionary power has also exploded*).<sup>80</sup>

Dari uraian tersebut, terlihat bahwa Inggris dan negara persemakmurannya mengakui diskresi sangat diperlukan di dalam negara yang menganut sistem administrasi pemerintahan modern. Kewenangan diskresi dipegang oleh setiap pejabat pemerintahan baik di ibu kota maupun di tingkat lokalnya, bahkan ada pelimpahan wewenang kepada perwakilan instansi pemerintahan dan badan publik lainnya untuk menggunakan kewenangan diskresi itu. Penerapan diskresi pemerintahan, tetap harus mengacu pada kewenangan yang diberikan peraturan sebagai parameter. Sehingga perlu dicermati pernyataan Taylor berikut ini:

---

<sup>80</sup> Beatson, dkk, *Administrative Law : Text and Materials*, Oxford University Press, UK, 2011, hlm. 113



*“Abuse of discretion is too easily regarded as “grab-bag” from which a ground of review can always be found to suit the conclusion sought to be reached on the merits. Judicial review is a flexible tool but each ground has a limited use. “improper purposes” and “irrelevant factors” exist as distinct phrases because each represents a separate mode of analysis which is particularly useful in a given situation”.*

Diskresi pemerintahan adalah salah satu elemen dalam kekuasaan pejabat pemerintahan, meskipun penggunaannya terkadang melanggar dari suatu kewajibannya. Diskresi pemerintahan yang melanggar itu disebut dengan *“abuse of discretion”*, diskresi seperti ini masuk kategori pelanggaran apa yang ada dalam norma hukum administrasi. Dalam hukum administrasi, diskresi diartikan sebagai kewenangan untuk mengambil sikap atau tindakan terhadap suatu peristiwa hukum, tetapi bukan menurut pendapat subyektif pribadi, melainkan menurut aturan hukum yang logis dan berdasarkan kepada keadilan.<sup>81</sup>

Menurut HWR Wade and CF. Forsyth, dalam hukum administrasi modern, isi pasal - per pasal peraturan tertulis tidak mengekang adanya diskresi pemerintahan. Diskresi pemerintahan yang demikian, dimaknai dengan adanya suatu petunjuk dari konsideran peraturan tertulis yang dijadikan sebagai dasar yang relevan, sehingga konsideran suatu peraturan tertulis harus menghindari adanya pertimbangan-pertimbangan yang *irrelevant*. Karena, dari konsideran peraturan itulah pejabat pemerintahan dapat menjadikan dasar pijakan dalam menerbitkan suatu keputusan yang bersifat diskresi pemerintahan.<sup>82</sup>

Diskresi pemerintahan juga perlu melihat situasi dan kondisi kekinian, D.J. Galligan menyatakan : *“The concept of discretion, it is suggested, as it occurs in legal contexts, is based around these two variables : the scope for personal assessments in the course of a decision, and the attitudes of other officials”*. Jadi, dalam memahami diskresi pemerintahan perlu memperhatikan konteks secara hukum, terutama yang berkenaan dengan *“personal assessments”* dan *“attitudes of other officials”*, sehingga akan ditemukan fakta-fakta terkait keputusan yang akan diambil, ada standar yang harus dibuat atau ditafsirkan, kemudian penerapan standar yang ditemukan

---

<sup>81</sup> HWR Wade and CF. Forsyth, *Op. Cit*, hlm. 346 dan 352

<sup>82</sup> *Ibid.*, hlm 360

tadi terhadap fakta-fakta yang ada. Dengan kata lain, dalam membuat konsep diskresi pemerintahan, pejabat pemerintahan berpegang pada tiga rumusan atau elemen utama, yaitu : menemukan fakta, menyelesaikan standar, dan menerapkan standar dengan fakta-fakta.

Konsep yang demikian, bertujuan merealisasikan stabilitas, rasionalitas, dan prosedur yang adil, atau sebagai dasar untuk prinsip-prinsip hukum diskresi pemerintahan. Selain itu, ada kategori lainnya, yaitu residual dari prinsip-prinsip moral dan politik yang dapat digunakan untuk menghasilkan kendala pada tindakan diskresioner.

Dari konsep tersebut, dapat dikatakan bahwa diskresi pemerintahan memiliki peranan penting dalam konteks yang beragam, seperti : perencanaan, imigrasi, pendidikan, dan kesehatan, bahkan dalam hampir setiap aspek lain dari kehidupan masyarakat di Inggris yang tunduk pada segala bentuk peraturan yang memberikan kebijakan kepada pejabat pemerintahan.

Dengan luasnya cakupan wewenang diskresi pemerintahan yang diberikan kepada pejabat pemerintahan, menimbulkan banyak pertanyaan dari masyarakat, yang sulit untuk dijawab mengenai baik atau tidaknya adalah banyaknya pengaturan yang memberi keluasan wewenang diskresioner tersebut. Timbulnya pertanyaan tentu tidak lepas dari adagium Lord Acton, yang menyatakan “*Power tends to corrupt, absolut power corrupt absolutely*”.

Dalam beberapa konteks, yang memerlukan adanya fleksibilitas dan kepekaan terhadap keadaan individu maupun masyarakat tertentu, penggunaan diskresi jelas lebih baik diberi pijakan berupa peraturan-peraturan hukum formal yang membatasinya. Karena, apabila wewenang diskresi pemerintahan diberikan secara luas, justeru menimbulkan banyak permasalahan, yaitu dalam suatu situasi dimana adanya ketergantungan pada diskresi pemerintahan, peliknya lagi apabila peraturan yang dijadikan dasarnya bermasalah.

## **B. Dasar Pemikiran Diskresi Pemerintahan di Negara Jerman**

Jerman termasuk negara yang memegang teguh prinsip legalitas. Dengan begitu, semua perbuatan pemerintah harus berdasarkan hukum tertulis. Hukum tertulis yang diakui berupa Undang-Undang Dasar

(*Grundgesetz*), Undang-Undang (*Formell Gesetz*), Putusan (Yurisprudensi) Mahkamah Administrasi Negara Pusat (*Bundesverwaltungsgericht*), dan Putusan Mahkamah Konstitusi Federal (*Bundesverfassungsgericht*).

Prinsip legalitas di bidang administrasi pemerintahan mengikat pemerintah pada produk hukum lembaga legislatif, dan menjadikannya sebagai sarana kontrol bagi lembaga yudikatif. Pengertian prinsip dimaksud mengandung dua unsur, yang disebut sebagai *precedent* dalam hukum (*vorrang des Gesetzes*) dan ketundukan/ketaatan pada hukum (*Vorbehalt des Gesetzes*). *Precedent* dalam hukum berarti bahwa pemerintah harus mengikuti hukum, tidak boleh menyimpang dari hukum, dan tidak diperbolehkan melanggar hukum dalam tingkatan manapun. Dengan demikian, aspek penekanan dari prinsip legalitas terletak pada adanya prinsip tunduk terhadap hukum. Semua perbuatan pejabat pemerintahan pada umumnya harus disimpulkan dari hukum, sehingga membutuhkan dasar kewenangan.

Setiap perbuatan hukum pejabat pemerintahan harus mengacu pada undang-undang prosedur administrasi pemerintahan yang menggambarkan konkretisasi norma konstitusi (*Grundgesetz*) dalam hubungannya antara negara dengan warga negara (masyarakat). Karena itu, pengaturan prosedur administrasi pemerintahan dalam bentuk undang-undang adalah elemen penting dari budaya hukum yang berkembang sejak lama dan dijunjung tinggi. Untuk penegakan hukum terhadap pelaksanaan norma tersebut, diserahkan kepada peradilan administrasi, sebagai wujud Jerman penganut negara hukum yang demokratis dan mengakui adanya kedaulatan rakyat.<sup>83</sup>

Dalam melaksanakan tugas pokok dan fungsinya, pejabat pemerintahan memiliki beberapa perbuatan hukum yang berbeda, yaitu dapat menggunakan bentuk hukum privat dan publik. Perbuatan pejabat pemerintahan yang terkait dalam ranah hukum privat, seperti adanya konsensus (mufakat) dalam bentuk sebuah kontrak administratif atau unilateral yang menawarkan beberapa alat/instrumen untuk memilih antara pejabat pemerintahan dengan pihak ketiga (badan hukum per-

---

<sup>83</sup> Siegfried Brop (Hakim Mahkamah Konstitusi Jerman), *Karakteristik Undang-Undang Prosedur Administrasi dalam Sebuah Negara Hukum Demokratis dan Makna dimungkinkannya gugatan di Peradilan Administrasi bagi sebuah standar Administrasi Pemerintahan*, Seminar Indonesia-Jerman, 2005, hlm. 4

data atau individu tertentu). Sedangkan, perbuatan pejabat pemerintahan yang berkenaan dengan hukum publik, dapat berbentuk melakukan perbuatan faktual maupun mengeluarkan sebuah peraturan atau keputusan. Khusus perbuatan hukum pejabat pemerintahan berbentuk keputusan memiliki dampak hukum secara eksternal yang mempengaruhi badan hukum perdata atau individu / masyarakat atau semata-mata berdampak internal di institusi pejabat pemerintahan berada.

Perbuatan administratif yang dilakukan oleh pejabat pemerintah adalah bentuk perbuatan yang paling nyata dan sering digunakan untuk mengatasi sebuah kasus individual, sebagai cermin adanya hubungan sub-ordinat antara negara dengan warga negara dan menetapkan hak dengan kewajiban yang berlaku bagi individu.

Ketentuan Pasal 35 Undang-Undang Prosedur Administrasi Pemerintahan (*Verwaltungsverfahrensgesetz*) mendefinisikan bahwa tindakan administratif adalah setiap perintah, keputusan, atau kekuasaan lainnya yang diambil berdasarkan kewenangan tertentu untuk mengatur kasus-kasus tertentu dalam lingkup hukum publik, guna menimbulkan suatu akibat hukum secara eksternal. Kalimat kedua dari pasal ini memperjelas lagi, bahwa hukum administrasi dapat juga dianggap sebagai sebuah ketentuan atau perintah umum (*Allgemeinverfügung*) yang ditujukan untuk kategori orang-orang yang ditentukan atau dapat ditentukan berdasarkan karakteristik umum atau yang berhubungan dengan kualitas hukum publik atau penggunaan sesuatu hal oleh masyarakat umum. Dapat disimpulkan, perbuatan yang bersifat administratif pemerintahan merupakan suatu kewenangan yang terukur (oleh hukum administrasi), dapat berupa perintah ataupun keputusan yang bersifat administratif.

Dari berbagai bentuk perbuatan hukum publik, ada yang bersifat tertulis atau pun tidak tertulis, diantara bentuk-bentuk perbuatan tersebut ada yang disebut dengan "Ermessen" atau diskresi. Menurut ketentuan Pasal 40 Undang-Undang Prosedur Administrasi Pemerintahan (*Verwaltungsverfahrensgesetz*) pada pokoknya menyatakan setiap lembaga negara/publik memiliki kewenangan berbuat "Ermessen", jika menggunakan kewenangan tersebut haruslah sesuai dengan kegunaan kewenangan itu dan batas-batas hukum yang berlaku bagi adanya "Ermessen".

Berdasarkan ketentuan yang mendefinisikan “*Ermessen*” tersebut, terlihat bahwa secara konseptual berbeda dengan istilah yang sering digunakan banyak pakar hukum baik di Indonesia maupun negara lain, yaitu menyama-artikan dengan istilah “*Freies Ermessen*”. Perbedaan tersebut terlihat seakan-akan istilah “*Freies Ermessen*”, bebas “*Freies*” melakukan tindakan “*Ermessen*”, padahal dalam “*Ermessen*” terikat dengan kaidah-kaidah hukum yang berlaku di Jerman.

Kaidah hukum yang berlaku bagi “*Ermessen*” diantaranya diatur oleh *Verwaltungsvorschriften* (dikelompokkan menjadi tiga: *Mit nur verwaltungsinerner, mit unmittelbarer, dan min mittelbareer*), yang menentukan pejabat pemerintahan dalam mengambil kebijakan diskresi harus memperhatikan aspek relevansi dan memastikan pada prakteknya harus seragam, seimbang, dan konsisten. Begitu juga dengan efek eksternal setelah dikeluarkannya diskresi pemerintahan harus memperhatikan prinsip perlakuan yang sama.

Dalam sejarahnya, kewenangan bersifat diskresi di Jerman tidak dapat diganggu gugat. Menurut P. Laband dan M. Bullinger, paruh kedua abad ke sembilan, pada waktu dibentuknya peradilan administrasi di Jerman, para hakim dan akademisi sangat menghormati perbuatan pejabat pemerintahan (diskresi) yang bebas dari kontrol yudisial. Keadaan ini dipengaruhi sistem monarki konstitusional Jerman pada waktu itu. Sistem tersebut mengizinkan kekuasaan diskresioner tetap menjadi area pelaksanaan kedaulatan terbatas Raja (*the “pouvoir administrative” is the area of sovereign power*), sehingga parlemen maupun lembaga peradilan tidak boleh memasuki wilayah kedaulatan Raja di masa itu.

Perubahan besar terjadi, tepatnya pada tahun 1945, selepas dari pemerintahan era Nazi di Jerman. Di era “reformasi” hukum Jerman pada waktu itu, pemerintah yang baru membuat sistem pemerintahan yang tetap mengakui adanya diskresi, akan tetapi bukan diskresi yang mempunyai imunitas hukum, melainkan diskresi sebagai sarana melenturkan (fleksibilitas) jalannya administrasi pemerintahan yang sesuai koridor hukum dan dapat dikontrol oleh lembaga peradilan, yaitu peradilan administrasi.

Perkembangan ini merupakan konsekuensi penting dari sejarah dan dampaknya terhadap pembentukan peraturan perundang-undangan ad-

ministrasi pemerintahan Jerman yang mengacu pada sistem *Rechtsstaat*. Prinsip utama dari *Rechtsstaat* di Jerman waktu itu mencakup unsur-unsur ”sebuah negara yang menghormati dan tunduk pada peraturan hukum, sebuah negara yang diatur oleh hukum” (*a state respecting and conforming to the rule of law, a state governed by the rule of law*).

Pasca reformasi hukum tersebut, terjadi perubahan besar dalam sistem pemerintahan dan penegakan hukumnya di Jerman. Penggunaan kekuasaan negara oleh pejabat pemerintahan terhadap individu dan masyarakat (warga negara) bukanlah tanpa persyaratan. Setiap warga negara tidak dapat diperlakukan secara sewenang-wenang sebagai objek. Perbuatan hukum dan intervensi negara terhadap warga negara harus sesuai dengan prosedur yang telah dibuat oleh lembaga legislatif, sebagai perwakilan warga negara. Pengawasan terhadap perbuatan pemerintah dan prinsip-prinsip perlindungan hukum secara efektif dapat dilakukan oleh sebuah peradilan administrasi yang independen.<sup>84</sup>

Atas dasar perubahan itu, “*Ermessen*” (selanjutnya disesuaikan dengan istilah diskresi) dalam bentuk keputusan maupun tindakan yang berdampak pada warga negara harus berdasarkan kepada kekuasaan negara (*Hohheitsgewalt*). Atas dasar itu, kedudukan hukum antara pejabat pemerintahan dengan warga negara menjadi tidak sama. Oleh karenanya perlu adanya pengaturan yang jelas dalam setiap perbuatan pemerintah yang bersifat diskresi.

Terkait dengan diskresi pemerintahan, Indroharto berdasarkan yurisprudensi di Jerman, membedakan antara prinsip “*Eingriffsverwaltung*” (tindakan pemerintahan yang mencampuri kehidupan pribadi masyarakatnya) yang berdasarkan *Bundesverfassungsgericht* (puncak peradilan administrasi di tingkat Federal) disyaratkan adanya dasar hukum dalam bentuk peraturan perundang-undangan (lebih diutamakan undang-undang dalam arti formal), dan prinsip “*Leistungsverwaltung*” (tindakan pemerintahan yang merupakan melaksanakan), tidak adanya keharusan pengaturan dalam bentuk peraturan perundang-undangan. Jadi, pejabat pemerintahan dimungkinkan melakukan tindakan diskresi dikarenakan ada atau tidaknya norma dasar untuk melakukan tindakan tersebut. Dengan catatan, meskipun norma dasar dalam bertindak tidak ada, na-

---

<sup>84</sup> *Ibid.*, hlm. 1

mun diskresi tetap harus sesuai prosedur diatur dalam undang-undang terkait administrasi pemerintahan.

Berdasarkan hal tersebut, diskresi merupakan keleluasaan yang diberikan undang-undang kepada pejabat pemerintahan untuk membuat keputusan dan/atau melakukan tindakan hukum publik. Sehingga diskresi hanya berkenaan dengan penarikan kesimpulan hukum dari serangkaian fakta yang ada (*Rechtsfolgeermessen*). Bukan pemberian kewenangan kepada pejabat pemerintahan untuk melakukan penafsiran ketentuan hukum atau dalam mengenali fakta yang ada (*Beurteilungsspielraum*). Oleh karenanya, dapat diperluas atau dibatasinya diskresi tergantung dari undang-undang yang mengaturnya. Pada umumnya, diskresi merupakan suatu keputusan dan/atau tindakan yang paling tepat dalam situasi tertentu yang sebelumnya tidak diatur oleh lembaga legislatif.

Persyaratan adanya tindakan diskresi dalam bentuk, isi, dan prosedur yang harus dipenuhi dalam suatu tindakan administratif, ditetapkan oleh Undang-Undang Administrasi Pemerintahan dan juga terkadang aturan internal di lembaga pejabat pemerintahan berada (*Verwaltungsvorschrift/* Petunjuk Teknis). Diskresi tersebut dapat diungkapkan dalam bentuk apapun, dapat dikeluarkan secara lisan tulisan atau bentuk lainnya (misalnya : keputusan tertulis). Tindakan administratif lisan harus dipertegas dengan tulisan yang mengandung tanda tangan atau nama pejabat pemerintahan (selaku pemilik otoritas) atau pihak yang berwenang untuk memberikan/menetapkan tindakan tersebut. Pengecualian terhadap aturan ini dibuat untuk sarana otomatis.

Dalam konsepsinya, tolok-ukur penggunaan “*Ermessen*” adalah :

- a) Diberi landasan kewenangan.
- b) Adanya batas-batas dan kewajiban-kewajiban (*pflchtgemaess*) pejabat publik yang harus dilakukan.

Kedua tolok-ukur tersebut, oleh Peter Rimmelé untuk yang huruf (a) disebut *Ermessen* secara jelas dicantumkan dalam undang-undang, sedangkan huruf (b) *Ermessen* yang muncul jika undang-undangnya menyatakan sebagai berikut : *kann* (dapat), *darf* (boleh), *ist befugt* (diberikan kewenangan), *ist berechtigt* (berhak), *soll* (seharusnya), dsb. Apabila tolok-ukur ini dilanggar, maka tindakan pejabat pemerintahan ini disebut se-



bagai “*Ermessenfehler*” (*ermessen* yang keliru).<sup>85</sup>

Kemudian, “*Ermessenfehler*” tersebut dibagi menjadi tiga macam, yakni :

1. “*Ermessenunterschreitung*” / “*Ermessenmangel*” (*Ermessen* yang kurang alasan faktual atau dasar hukum untuk diterbitkannya keputusan). Dikenal juga dengan diskresi yang kurang dari proporsi, misalnya: undang-undang tentang Izin Mendirikan Bangunan (IMB) memberikan batas minimal bangunan 4 lantai, akan tetapi pejabat pemerintahan memberikan izinnya 3 lantai.
2. “*Ermessenfehlgebrauch*” / “*Ermessenmissbrauch*” (*Ermessen* yang disalahgunakan atau tidak sesuai dengan maksud tujuan diberikannya kewenangan itu, biasanya dikarenakan motif yang tidak obyektif). Merupakan diskresi yang tidak dimanfaatkan, misalnya : pejabat pemerintahan tidak melihat adanya ruang diskresi (terikat).
3. “*Ermessenuberschreitung*” (*Ermessen* yang melampaui batas wewenang, sehingga tidak mengindahkan asas larangan kesewenang-wenangan). Disini dikatakan sebagai diskresi yang melebihi proporsi, misalnya: dalam undang-undang tentang Izin Mendirikan Bangunan (IMB) membatasi pendirian bangunan dibatasi maksimal 5 lantai, tetapi pejabat pemerintahan memberikan IMB untuk 6 lantai.<sup>86</sup>

Berdasarkan uraian tersebut, hukum administrasi di Jerman, mengkomodir pengaturan diskresi dengan batas-batas tertentu. Batas-batas dimaksud dengan memperhatikan hak-hak individu atau masyarakat yang dijamin oleh undang-undang atau konstitusi. Disamping itu, juga memperhatikan prinsip proporsionalitas yang berasal dari konstitusi. Menurut prinsip ini, diskresi harus memiliki tujuan hukum dan melayani kepentingan publik. Artinya, perlu ada tinjauan antara kerugian yang diterima dengan keuntungan di luar proporsi yang diperoleh dalam memenuhi tujuan hukum, ibarat pepatah menyatakan: “tidaklah

---

<sup>85</sup> Pipit R. Kartawidjaja, *Pemerintah Bukanlah Negara : Studi Komparasi Administrasi Pemerintah RI Dengan Negara Jerman*, Henk Publishing, 2006, hlm. 136., dan SF. Marbun, *Hukum Administrasi Negara I*, FH UII Press, Yogyakarta, 2012, hlm. 186

<sup>86</sup> Pipit R. Kartawidjaja, *Op.Cit.*, hlm. 135., dan SF. Marbun, *Op.Cit.*, hlm. 186 dan 187



proporsional memecahkan sebuah kacang tanah dengan menggunakan sebilah martil atau palu besar”.

### C. Dasar Pemikiran Diskresi Pemerintahan di Negara Belanda

Membahas dasar pemikiran diskresi pemerintahan di Belanda, tidak lepas dari latar belakang terbentuknya sistem pemerintahannya. Belanda menganut sistem pemerintahan Monarki Konstitusional (*a constitutional monarchy*). Uniknyanya di dalam sistem itu, Pemerintah (Raja dan Kabinet) berbagi kekuasaan dengan Parlemen (legislatif), karena konstitusinya juga mengenal sistem *parliamentary representative democracy*.

Dalam konstitusi Belanda, Raja merupakan kepala negara dan memiliki peran dalam pembentukan pemerintahan dan dalam proses legislasi. Dia harus menandatangani semua undang-undang untuk membuatnya berlaku. Raja secara *ex officio* menjabat Pimpinan Dewan Negara (*Raad van State*) yang merupakan peradilan administrasi tertinggi. Raja berfungsi menasihati Kabinet yang dipimpin oleh Perdana Menteri mengenai pembahasan undang-undang, pembentukan Kabinet setelah Pemilu. Atas dasar hal itu, maka Raja mempunyai kekuasaan yang sangat penting dalam menentukan jalannya roda pemerintahan.

Dari gambaran singkat sistem pemerintahan tersebut, maka terlihat bahwa titik sentral “kekuasaan” atau dalam istilah hukum administrasi “kewenangan” ada di tangan Raja. Sebagaimana telah penulis uraikan sebelumnya, meminjam istilah AV. Dicey, dasar kewenangan mutlak Raja adalah berupa diskresi. Ada yang menyebut kewenangan mutlak Raja dengan istilah hak prerogatif. Padahal menurut Dicey, justru hak prerogatif hanya merupakan bagian dari kewenangan diskresi Raja. Dengan diskresi inilah Raja kemudian memberikan hak prerogatif kepada pemerintah (eksekutif). Dalam sejarahnya, diskresi seorang Raja lebih dulu ada daripada konstitusi di sebuah negara (monarki). Dengan diskresi itulah Raja kemudian membentuk sebuah pemerintahan, termasuk juga konstitusi di negaranya.

Hal itulah yang kemudian berpengaruh di paruh kedua abad sembilan belas, dimana pemerintah Belanda dalam melakukan perbuatan hukum publik terlepas dari peraturan tertulis. Konsep yang dibangun pada waktu itu dikenal dengan “*gelede normstelling*”, yaitu mendelegasikan

kewenangan membuat peraturan. Konsekuensinya, pemerintah diberi kewenangan diskresioner yang luas. Terlebih ketika terjadi krisis ekonomi Belanda di tahun 1930an, pemerintah dituntut banyak melakukan diskresi agar segera keluar dari masalah krisis tersebut. Setelah berhasil mengatasi krisis ekonomi, di tahun 1980an mulai dibangun sistem pemerintahan yang demokratis, salah satunya mengurangi kebebasan pemerintah dalam menjalankan roda pemerintahan.<sup>87</sup>

Selanjutnya, untuk memahami eksistensi diskresi pemerintahan di Belanda saat ini, maka perlu dikaji dasar hukum kewenangan pemerintah ketika akan melakukan diskresi pemerintahan. Dengan disertai teori-teori diskresi yang masih berlaku di Belanda.

Hukum administrasi di Belanda melekatkan istilah diskresi dengan jabatan atau organ pemerintahan (*inherent aan het bestuur*). Menurut J.B.J.M. ten Berge, diskresi pemerintahan eksis karena adanya tiga macam kebebasan, yaitu *interpretatievrijheid*, *beoordelingsvrijheid*, dan *beleidsvrijheid*.<sup>88</sup>

Pengaturan mengenai adanya diskresi tertera dalam AwB (*Algemene wet Bestuursrecht*), apabila diartikan ke dalam bahasa Indonesia “Undang-Undang Umum Hukum Administrasi”. Undang-undang ini mengatur proses pengambilan keputusan oleh pejabat pemerintahan, baik yang bersifat terikat (*gebonden*) maupun bebas (*vrijheid*). Selain mengatur batasan-batasan yang harus diperhatikan oleh pejabat pemerintahan ketika mengeluarkan atau mengambil keputusan, ketentuan tersebut juga memberikan perlindungan bagi masyarakat yang kemungkinan terkena dampak diambilnya keputusan oleh pejabat pemerintahan.

Berdasarkan ketentuan Pasal 1 : 1 AwB yang menyebutkan bahwa kewenangan administrasi (*bestuursorgan*) yang dimiliki pejabat pemerintahan maksudnya adalah “*een orgaan van een rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld of een ander persoon of college, met enig openbaar gezag bekleed*”, jadi ukuran kewenangan publik yang diberikan oleh peraturan perundang-undangan menjadi dasar pijakan pejabat pemerintahan dalam melakukan perbuatan hukum.

---

<sup>87</sup> H.D. Van Wijk, *Hoofdstukken Van Administratief Recht*, Universiteit van Amsterdam, 1988, hlm. 2-5 dan 14-17

<sup>88</sup> Ridwan, *Diskresi .... Op. Cit*, hlm. 236

Perbuatan hukum pejabat pemerintahan berdasarkan ketentuan Pasal 1 : 3 AwB, setidaknya ada empat macam, yaitu : *besluit* (keputusan), *beschikking* (ketetapan individual), *aanvraag* (permohonan), dan *beleidsregel* (peraturan kebijakan). Pada tataran teoritis istilah “*besluit*” dan “*beschikking*”, di Indonesia sama-sama diartikan dengan “keputusan”, meskipun mempunyai makna yang berbeda. *Besluit* dalam ketentuan tersebut, dimaksudkan sebagai keputusan tertulis pejabat pemerintahan dalam rangka melaksanakan perbuatan atau tindakan hukum publik, sedangkan *beschikking* diartikan sebagai keputusan yang bukan bersifat umum, termasuk keputusan yang berisi penolakan terhadap suatu permohonan (aplikasi). Arti “*aanvraag*” di sini sebagai bentuk permohonan (aplikasi) atas suatu keputusan (*besluit*) dari pihak yang berkepentingan (*belanghebbende*). Kemudian, “*beleidsregel*” ketentuan ini mengartikannya dengan aturan umum, tetapi tidak mengikat secara umum (*een bij besluit vastgestelde algemene regel, niet zijnde een algemeen verbindend voorschrift*), ditetapkan dalam bentuk suatu keputusan (*beleid*), dengan maksud untuk adanya keseimbangan kepentingan terkait, yang pembentukannya oleh pejabat pemerintahan berdasarkan kewenangan administratifnya, berdasarkan fakta-fakta atau interpretasi terhadap suatu produk legislatif.

Peraturan kebijakan (*beleidsregel*) ini hakikatnya merupakan peraturan perundang-undangan semu atau peraturan cermin yang dikeluarkan pejabat pemerintahan berdasarkan kewenangan yang bersifat diskresioner. Peraturan ini tidak dapat disamakan dengan peraturan perundang-undangan dalam artian peraturan tertulis yang memuat norma hukum yang mengikat secara umum dan dibentuk atau ditetapkan oleh lembaga negara atau pejabat yang berwenang melalui prosedur yang ditetapkan dalam peraturan perundang-undangan Belanda. Karena kedudukan peraturan kebijakan, meskipun berupa norma umum-abstrak, akan tetapi pembentukannya tidak melalui prosedur formal yang ditentukan oleh undang-undang. Bahkan secara teoritis keberadaannya masuk dalam kategori *besluiten*. Isi dan materi muatan dari peraturan kebijakan itu merupakan kewenangan diskresi pemerintahan yang diperoleh dari menilai suatu peraturan perundang-undangan (*beoordelingvrijheid*).

Bentuk-bentuk perbuatan hukum pejabat pemerintahan tersebut, secara implisit tersirat mengandung dua macam kewenangan, yaitu ke-

wenangan melakukan perbuatan hukum publik (*publiekrechtelijke rechtehandel*) yang terikat pada peraturan tertulis (*gebonden bevoegdheid*) dan kewenangan tidak terikat (*vrij bevoegdheid* atau *discretionary power*), yaitu dalam melakukan atau tidak melakukan perbuatan hukum publik atas suatu permohonan, ada unsur “kebijakan”nya dalam menafsirkan suatu peraturan tertulis.

J.B.J.M. ten Berge dan beberapa ahli hukum Belanda lainnya mengartikan wewenang diskresi (*discretionary bevoegdheden*) sebagai berikut :

*“Discretionaire bevoegdheden, publiekrechtelijke bevoegdheden, waarbij voor het bestuursorgaan beleidsvrijheid m.b.t. het gebruik daarvan. Het staat hier ter beoordeling van het bestuursorgaan in hoeverre men een bepaalde maatregel toepast of een beschikking verleent. Bij vrije beschikkingen is deze beoordelingsvrijheid aanwezig, zoals b.v. hij het verlenen van subsidie. Deze beleidsvrijheid is echter niet onbegrensd, maar wordt ingeperkt door de inhoud van de wettelijke bepaling waarop de bevoegdheid berust en de algemene beginselen van behoort bestuur, alsmede door eventueel ter zake geldende beleidsregels of privaatrechtelijke overeenkomsten”* (artinya : wewenang diskresi adalah wewenang publik yang penggunaannya berkenaan dengan kebebasan mengambil kebijakan dari organ pemerintah. Di sini terletak pemberian wewenang pertimbangan bagi organ pemerintah sepanjang berkenaan dengan pelaksanaan peraturan tertentu atau pengambilan keputusan. Dalam keputusan bebas terdapat kebebasan mempertimbangkan ini, misalnya keputusan pemberian subsidi. Meskipun demikian, kebebasan mengambil kebijakan ini bukan tanpa batas, tetapi dibatasi oleh isi ketentuan undang-undang yang menjadi dasar wewenang diskresi tersebut dan asas-asas umum pemerintahan yang baik, dan juga tidak boleh menyimpang dari peraturan kebijakan yang berlaku atau perjanjian perdata).<sup>89</sup>

Alur pikir adanya diskresi di negara Belanda, oleh H.D Sout, dianggap sebagai sebuah konsekuensi fungsi pemerintahan yang sangat luas dalam negara hukum modern yang ada di beberapa negara eropa (termasuk Belanda). Menurutnya, perluasan fungsi pelayanan negara sebagai akibat perkembangan konsep negara kesejahteraan beriringan dengan langkah mundur pembuat undang-undang. Meskipun undang-

---

<sup>89</sup> *Ibid.*, hlm. 127

undang dibuat banyak, akan tetapi sedikit yang mengatur mengenai tindakan pemerintahan. Padahal dalam melakukan fungsi pelayanan kepada warga negaranya, pejabat pemerintahan menggunakan sarana undang-undang sebagai dasar ada perintah atau tidaknya dan dilarang atau tidaknya suatu tindakan.<sup>90</sup>

Lebih lanjut menurut H.D Sout, saat ini fungsi pelayanan terhadap warga negara mengarah pada pengurangan arti umum, yakni pengertian dilarang atau melarang yang ditentukan dalam peraturan perundang-undangan. Di sini lembaga legislatif mengambil dua langkah mundur berupa adanya delegasi wewenang pembentukan peraturan kepada organ pejabat pemerintahan dan secara besar-besaran memberikan wewenang pejabat pemerintahan yang bersifat diskresi. Dengan adanya diskresi, berarti fungsi instrumental kebijakan lembaga legislatif dibawa serta dalam penyerahan penetapan normanya kepada organ pejabat pemerintahan. Kekurangan lembaga legislatif dalam mendelegasikan pembuatan peraturan atau keputusan kepada pejabat pemerintahan adalah tanpa disertai banyaknya penetapan batasan-batasannya. Organ pejabat pemerintahan sendiri yang menetapkan berbagai norma yang relevan, yaitu dari sekian banyak undang-undang yang wewenang penentuan normanya didelegasikan kepada organ pejabat pemerintahan. Hanya keputusan-keputusan yang sangat penting dalam masyarakat yang penetapan syarat-syaratnya diambil oleh atau bersama-sama dengan lembaga legislatif, selebihnya dilaksanakan melalui pejabat pemerintahan. Bentuk kedua langkah mundur lembaga legislatif adalah pemberian wewenang diskresi dalam skala besar. Lembaga legislatif dalam banyak hal selalu memberikan wewenang diskresi pemerintahan tersebut dan wewenang tersebut tidak terikat secara tegas dengan undang-undang.<sup>91</sup>

Permasalahan lain, dari aspek teoritis mengenai diskresi di Belanda, tindakan diskresi pemerintahan juga harus mempedomani tindakannya tersebut untuk kepentingan umum atau "*algemeen belang*". Ukuran kepentingan umum terkesan absurd, oleh karena ukurannya adalah apa yang ada dalam titah kerajaan di Belanda. Selain itu, terkadang isti-

---

<sup>90</sup> *Ibid.*, hlm. 129

<sup>91</sup> *Ibid.*, hlm. 130

lah “*algemeen belang*” dipertentangkan dengan kepentingan yang bersifat khusus atau “*bijzondere belang*”, karena adanya kebijakan yang harus disikapi oleh pejabat pemerintahan terkait kepentingan lembaganya dalam rangka efektifitas tugasnya atau dalam ranah “*doelmatigheid*”, sebagaimana pernyataan Kranenburg “*Inderdaad is de vrijheid van het bestuur, hoe groot ook, steeds gebonden en zal zij “doelmatig” moeten worden gebruikt*”.<sup>92</sup>

Terlepas dari adanya ambiguitas dalam penerapan diskresi, pada prinsipnya sama dengan negara lain yang menganut negara hukum, tidak ada kewenangan yang tidak dibatasi, artinya meskipun diskresi di dasari dari kewenangan yang bebas, akan tetapi tetap harus tunduk pada hukum. Menurut P. de Haan dan beberapa ahli hukum Belanda lainnya, sesungguhnya terhadap diskresi, bentuk pengujian menggunakan peraturan tertulis kurang memadai, sehingga perlu diuji dengan asas-asas umum pemerintahan yang baik, khususnya asas larangan melampaui wewenang (*willekeur*) dan larangan penyalahgunaan wewenang (*detournement de pouvoir*), yaitu selain menentukan pejabat pemerintahan dalam melakukan perbuatan hukum publik harus dilakukan dengan cara-cara yang masuk akal, juga adanya kewajiban pejabat pemerintahan dalam menggunakan wewenangnya sesuai tujuan diberikannya wewenang, dengan memperhatikan juga asas persamaan (*gelijkeheid*), asas kepastian hukum (*rechtszekerheid*), asas kecermatan (*zorgvuldigheid*), dll.<sup>93</sup>

Jadi, dapat disimpulkan bahwa diskresi atau “*vrijheid*” di sini bukanlah berarti pejabat pemerintahan bebas melakukan tindakan di luar hukum. Meskipun terkadang tindakan pejabat pemerintahan keluar dari undang-undang, akan tetapi tetap terikat pada peraturan yang lebih luas atau hukum baik yang tertulis maupun tidak tertulis. Oleh karenanya, ada dua hal penting dalam diskresi pemerintahan, yaitu kebebasan menilai (*beoordelingsvrijheid*) yang bersifat subjektif dan bersifat objektif.

---

<sup>92</sup> Kranenburg, dkk., *Nederlands Bestuursrecht*, N. Samsom NV, Aphen Aan Den Rijn, Netherland, 1953, hlm. 197

<sup>93</sup> H.R. Ridwan, *Op.Cit.*, hlm. 164 dan 165

## BAB V

# Diskresi Pemerintahan di Indonesia

### A. Beberapa Pendapat Ahli Hukum di Indonesia Mengenai Makna Diskresi Pemerintahan

Makna dipahami sebagai arti, pengertian atau maksud yang diberikan kepada suatu kebahasaan.<sup>94</sup> Kaitannya dengan makna diskresi pemerintahan, maka makna di sini sama halnya dengan mencoba menelusuri arti dan maksud dari diskresi pemerintahan itu sendiri dengan menggunakan pendekatan konsep-konsep yang ada dalam hukum administrasi.

Ada beberapa pengertian “diskresi pemerintahan” yang dikemukakan beberapa ahli hukum administrasi di Indonesia, yaitu :

1. Prajudi Atmosudirjo mengartikan diskresi sebagai kebebasan untuk bertindak atau mengambil keputusan dari para pejabat pemerintahan yang berwenang dan berwajib menurut pendapatnya sendiri. Pendapat ini melihat adanya hubungan antara diskresi dengan kebijaksanaan, karena kebijaksanaan merupakan dasar atau garis sikap atau pedoman untuk pelaksanaan dan pengambilan keputusan.

---

<sup>94</sup> *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, PT Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2013, hlm. 864

an dan/atau tindakan, sedangkan diskresi pada umumnya dipakai untuk menetapkan kebijaksanaan dalam melaksanakan ketentuan peraturan perundang-undangan.<sup>95</sup>

2. Kemudian Sjachran Basah menyatakan bahwa dalam hal pejabat pemerintahan memiliki keleluasaan dalam menentukan kebijakan-kebijakan (diskresi), sikap-tindaknya yang demikian harus dapat dipertanggung jawabkan baik secara moral maupun secara hukum. Pertanggungjawaban dimaksud, adanya batas-batas ketaatan akan asas atau ketaat-asasan, yaitu batas-atas dan batas-bawah. Maksud ketaat-asasan batas atas adalah kebijakan yang dikeluarkan oleh pejabat pemerintahan tidak boleh bertentangan dengan peraturan yang tingkat derajatnya lebih tinggi, sedangkan arti dari batas-bawah adalah kebijakan yang dibuat tidak boleh melanggar hak dan kewajiban asasi warga, akan tetapi tetap memperhatikan keseimbangan antara kepentingan perseorangan terhadap kepentingan umum, bangsa, dan negara.<sup>96</sup>
3. Pengertian yang lebih konkrit lagi adalah yang disampaikan oleh Fatimah Achyar, menurutnya diskresi diartikan sebagai salah satu rumusan kekuasaan pemerintahan negara, yaitu memberikan ruang gerak kebebasan (memberikan *freies ermessen*) kepada pejabat pemerintahan yang diberi kekuasaan untuk menentukan sendiri, bagaimana mengartikan (menangkap maksud dan tujuan) dari kekuasaan dengan maksud menyelenggarakan pemerintahan yang dilimpahkan, dan menentukan sendiri apakah ia akan melaksanakan kekuasaannya itu, serta pejabat pemerintahan tersebut dapat menentukan sendiri kapan ia akan berbuat demikian dan bagaimana caranya menggunakan kekuasaan itu. Jadi, diskresi berkenaan dengan suatu bidang pemerintahan yang bebas atau *vrij bestuur*. Berbeda dengan kekuasaan terikat, yang rumusan dalam peraturan perundang-undangan sifatnya hanya mendikte saja apa yang harus dilakukan

---

<sup>95</sup> Prajudi Atmosudirjo, *Hukum Administrasi Negara*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1995, hlm. 82 dan 103

<sup>96</sup> Sjahran Basah, *Perlindungan Hukum terhadap Sikap-Tindak Administrasi Negara*, Alumni, Bandung, 1992, hlm 3, 4, dan 5., dan Sjachran Basah, *Beberapa Permasalahan Pokok Sebelum Realisasi Efektif Pengadilan Administrasi*, dalam : Bunga Rampai HTN dan HAN, FH UII, Yogyakarta, hlm. 98 dan 99



oleh pejabat pemerintahan yang bersangkutan. Di sini, pejabat pemerintahan hanya diberi kewajiban untuk dilaksanakan saja (*duty*), apa yang dirumuskan tanpa boleh menafsirkannya. Dalam hal yang demikian, diskresi termasuk di bidang penyelenggaraan pemerintahan yang terikat atau *gebonden bestuur*.<sup>97</sup>

4. Muchsan menjabarkan diskresi, sebagai kewenangan yang bersifat bebas yang diberikan kepada pejabat pemerintahan, karena peraturan perundang-undangan yang menjadi dasar kewenangan memberikan ruang gerak kebebasan untuk bertindak. Maksudnya, pejabat pemerintahan diberi kebebasan untuk menentukan sendiri bagaimana mengartikan (menangkap maksud dan tujuan) dari kewenangan untuk menyelenggarakan pemerintahan yang dibebankan kepadanya.<sup>98</sup>
5. Dari perspektif filosofis (hukum) tergambar dari pernyataan Erlyn Indarti yang merumuskan diskresi sebagai kemerdekaan dan/atau otoritas (seseorang/sekelompok orang/suatu institusi) untuk –secara bijaksana dan dengan penuh pertimbangan menetapkan dan / atau mengambil tindakan (tertentu) yang dipandang paling tepat.<sup>99</sup>
6. Definisi yang lebih teknis disampaikan oleh Philipus M.Hadjon, yang menyatakan diskresi merupakan istilah yang digunakan sebagai lawan dari wewenang terikat (*gebonden bevoegdheid*), yang esensinya adalah pilihan (*choice*) untuk melakukan tindakan pemerintahan. Pilihan ini berkenaan dengan rumusan norma, misalnya: dalam pasal itu ada kata “dapat”, “dalam keadaan tertentu”, “seharusnya”, “demi kepentingan umum”, dsb., juga berkaitan dengan kondisi faktual, yakni ketika ada bencana alam atau keadaan darurat lainnya.<sup>100</sup>

---

<sup>97</sup> Fatimah Achyar, *Selintas Tentang Undang-Undang Peradilan Tata Usaha Negara*, Diterbitkan Mahkamah Agung RI, 1989, Jakarta, hlm. 111

<sup>98</sup> Muchsan, *Sistem Pengawasan Terhadap Perbuatan Aparat Pemerintah Dan Peradilan Tata Usaha Negara Di Indonesia*, Liberty, Yogyakarta, 1992, hal. 13

<sup>99</sup> Erlyn Indarti, *Diskresi dan Paradigma : Sebuah Telaah Filsafat Hukum*, Pidato Pengukuhan Guru Besar Filsafat Hukum Pada Universitas Diponegoro, Semarang, tanggal 4 Nopember 2010, hlm. 39

<sup>100</sup> Philipus M. Hadjon, *Kisi-Kisi Hukum Administrasi Dalam Konteks Tindak Pidana Korupsi*, dalam Philipus M. Hadjon, dkk., *Hukum Administrasi dan Tindak*

7. Sedangkan Indroharto berpendapat bahwa diskresi sebenarnya merupakan kebebasan untuk menentukan kebijaksanaan atau kebebasan untuk mengadakan suatu penilaian mana yang baik, mana yang kurang baik, mana yang tepat dan mana yang tidak tepat. Dalam implementasinya, diskresi mempunyai dua pola, yaitu :
- a) Kebebasan untuk menilai secara obyektif, yaitu apabila norma dalam undang-undangnya bersifat samar-samar akan tetapi sesungguhnya dimaksudkan sebagai norma hukum yang obyektif, karena rumusan eksplisitnya sulit untuk diberikan, misalnya : rumusan “bertingkah laku sebagai abdi negara yang baik”.
  - b) Kebebasan menilai secara subyektif, artinya adanya kebebasan melakukan suatu kebijakan sendiri, karena undang-undang memberikan wewenang kepada pejabat pemerintahan untuk menentukan sendiri apa yang harus dilakukan ketika menghadapi suatu peristiwa konkrit.

Dari pendapat-pendapat tersebut, dapat disimpulkan, diskresi pemerintahan mengandung makna adanya pemberian wewenang dari pemegang kedaulatan pemerintahan negara kepada pejabat pemerintahan berupa ruang gerak untuk menafsirkan dan menentukan maksud dan tujuan norma hukum yang digunakan sebagai dasar melakukan perbuatan atau tindakan hukum publik. Ruang gerak ini bukanlah merupakan kebebasan (tanpa batas) pejabat pemerintahan dalam berbuat atau bertindak, melainkan masih dalam frame atau koridor hukum yang berlaku di Indonesia dengan menggunakan paradigma Pancasila dan UUD NRI 1945. Terhadap peristiwa konkrit dan mendesak yang dihadapi, namun peraturan perundang-undangan tidak mengatur, maka pejabat pemerintahan harus menilai secara obyektif dengan kebijaksanaanannya untuk mengambil keputusan dan/atau tindakan (diskresi pemerintahan) yang mengutamakan kepentingan umum (publik) dan kepentingan nasional sesuai paradigma tadi. Diskresi pemerintahan ini, nantinya dipertanggungjawabkan secara hukum, dalam wujud pertanggungjawaban kepada atasan pejabat pemerintahan yang melakukan diskresi (kontrol yuridis internal) dan dapat diajukan gugatan ke peradilan

administrasi (kontrol yuridis eksternal).

Ada beberapa karakteristik yang terkandung dalam makna diskresi pemerintahan, yaitu :

1. Diskresi merupakan pengecualian dari adanya asas legalitas, yang mengharuskan pejabat pemerintahan dalam mengambil keputusan dan/atau tindakan untuk mentaati teks-teks dalam norma yang diatur oleh peraturan perundang-undangan.
2. Adanya kewenangan untuk melakukan perbuatan hukum publik.
3. Penilaian pejabat pemerintahan terhadap situasi / kondisi tertentu atau keadaan mendesak atau memberikan solusi terhadap suatu permasalahan, dapat bersifat subyektif dan obyektif, akan tetapi yang dibenarkan oleh hukum adalah penilaian yang bersifat obyektif.
4. Adanya stagnasi pemerintahan.
5. Terdapat unsur kebijaksanaan atau kebijakan yang diberikan kepada pejabat pemerintahan dalam melaksanakan peraturan perundang-undangan, baik yang bersifat suatu perintah (imperatif) untuk menafsirkan suatu teks tertulis maupun adanya konflik norma (antinomi teks) atau ketidakjelasan (*vague van normen*) atau kekosongan suatu teks dalam ketentuan tertulis (*leemten van normen*).
6. Meskipun ada ruang “kebebasan penafsiran” dalam melakukan diskresi pemerintahan harus memperhatikan tujuan diskresi.
7. Taat asas, yaitu batas-atas dan batas bawah (hierarkis peraturan perundang-undangan dan asas-asas umum pemerintahan yang baik).
8. Diskresi yang dilakukan pejabat pemerintahan, harus bisa dipertanggung jawabkan secara hukum, baik kepada atasan atau institusi pejabat pemerintahan tersebut, maupun kepada masyarakat.
9. Bentuk pertanggungjawaban diskresi pemerintahan adalah dengan adanya pengujian secara hukum dalam suatu proses peradilan secara administratif (dalam hal ini peradilan tata usaha negara).

Dari makna dan karakteristik tersebut, terlihat adanya penyerahan wewenang lembaga legislatif atau pembuat undang-undang kepada pejabat pemerintahan. Sikap pembuat undang-undang yang menyerahkan sebagian wewenangnya kepada pejabat pemerintahan menurut Struycken dan van Wijk disebut “*terugtrek wetgever*” (sikap mundur

dari pembuat undang-undang). Manfaat dari *terugfred wetgever* ini adalah dalam penentuan dan penetapan norma-norma pejabat pemerintahan yang bersangkutan, dapat lebih melakukan diferensiasi menurut keadaan khusus serta konkritnya dalam masyarakat daripada yang mungkin dapat dicapai oleh pembuat undang-undang. Dengan demikian, pejabat pemerintahan dalam melaksanakan urusan pemerintahan memperoleh wewenang diskresioner yang sangat luas, khususnya dalam melakukan perbuatan hukum publik.

Selain adanya penyerahan atau pelimpahan wewenang, adakalanya rumusan peraturan perundang-undangan yang menjadi dasar bertindak pejabat pemerintahan bersifat samar-samar atau istilah Muchsan merupakan *blanco volmacht*, seperti dalam suatu norma atau pasal peraturan tersebut ada kata atau kalimat sebagai berikut :

- “Perangkat Desa sebagaimana dimaksud pada ayat (1) diangkat oleh kepala desa setelah dikonsultasikan dengan camat atas nama bupati/walikota” (Pasal Pasal 49 ayat (2) Undang-Undang No. 6 Tahun 2014 Tentang Desa).
- “Izin lingkungan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 36 ayat (4) dapat dibatalkan.....” (Pasal 37 ayat (2) Undang-Undang No. 32 Tahun 2009 Tentang Perlindungan Dan Pengelolaan Lingkungan Hidup).
- “Komnas HAM dapat menetapkan untuk merahasiakan atau membatasi penyebarluasan suatu keterangan atau bukti lain yang diperoleh Komnas HAM, yang berkaitan dengan materi pengaduan atau pemantauan” (Pasal 92 ayat 2 Undang-Undang No.39 Tahun 1999 Tentang Hak Asasi Manusia).
- “.....penetapan kebijakan sesuai peraturan perundang-undangan yang berlaku” (Pasal 5 ayat (3) Peraturan Pemerintah No. 38 Tahun 2007 Tentang Pembagian Urusan Pemerintahan Antara Pemerintah, Pemerintah Daerah Provinsi, Dan Pemerintah Daerah Kabupaten/ Kota).
- “Dalam menyelenggarakan urusan pemerintahan yang menjadi kewenangan Pemerintah sebagaimana dimaksud dalam Pasal 2 ayat (2), Pemerintah dapat.....” (Pasal 16 ayat (1) Peraturan Pemerintah No. 38 Tahun 2007).

- “Apabila pembayaran ganti rugi tidak dapat dilaksanakan oleh Badan Tata Usaha Negara dalam tahun anggaran yang sedang berjalan, maka pembayaran ganti rugi dimasukkan dan dilaksanakan dalam tahun anggaran berikutnya”, dan “Apabila pembayaran kompensasi tidak dapat dilaksanakan oleh Badan Tata Usaha Negara dalam tahun anggaran yang sedang berjalan, maka pembayaran kompensasi dimasukkan dan dilaksanakan dalam tahun anggaran berikutnya” (Pasal 8 dan Pasal 16 Peraturan Pemerintah Nomor 43 Tahun 1991 Tentang Ganti Rugi Dan Tata Cara Pelaksanaannya Pada Peradilan Tata Usaha Negara).

Beberapa contoh diatas hanyalah sebagian kecil adanya diskresi pemerintahan, masih banyak lagi peraturan perundang-undangan yang memberikan celah bagi pejabat pemerintahan untuk melakukan atau tidaknya suatu perbuatan hukum publik berupa dikeluarkannya keputusan (termasuk peraturan kebijakan) dan/atau melakukan tindakan. Banyaknya kata atau kalimat “apabila dipandang perlu”, “dapat”, “dikonsultasikan”, “atas usul”, “seijin” atau “dengan ijin”, “kecuali”, “persetujuan”, dan sebagainya, dalam suatu norma merupakan bentuk adanya diskresi yang dilakukan oleh pejabat pemerintahan.

Pengisian jabatan pimpinan tinggi utama dan madya (kementerian, kesekretariatan lembaga negara, lembaga nonstruktural, dan instansi daerah) misalnya, berdasarkan ketentuan Pasal 108 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2014 Tentang Aparatur Sipil Negara dilakukan secara terbuka dan kompetitif di kalangan PNS, dengan memperhatikan syarat kompetensi, kualifikasi, kepangkatan, pendidikan dan latihan, rekam jejak jabatan, dan integritas serta persyaratan lain yang dibutuhkan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan. Ketentuan ini membuka adanya kewenangan yang bersifat diskresioner, karena selain harus memenuhi syarat sebagaimana dimaksud, juga harus melalui beberapa tes uji kompetensi (misalnya : penulisan makalah dan mempresentasikan, wawancara, dll) yang berdasarkan Pasal 112 ayat (1) ketentuan ini, nantinya panitia seleksi akan menyaring tiga orang untuk masing-masing jabatan, dan diserahkan kepada Pejabat Pembina Kepegawaian (PPK) untuk dipilih dan ditetapkan salah satu. Kalau di Kabupaten/

Kota PPK-nya Bupati/Walikota, sedang di Provinsi oleh Gubernur, di kementerian oleh Menteri, dan untuk pejabat eselon I, yang menetapkan adalah Presiden. Bentuk kewenangan dalam hal pemilihan dan penetapan oleh PPK inilah, menurut konsep hukum administrasi dikatakan sebagai kewenangan diskresi yang diberikan oleh peraturan perundang-undangan.

Sistem seperti ini, dalam perkembangannya diterapkan sebagai promosi terbuka atau lelang jabatan. Sebelum adanya pengaturan promosi secara terbuka, banyak PPK yang melakukan promosi dan mutasi sesuai kehendaknya semata, yang mengakibatkan adanya tindakan penyelewengan, penyalahgunaan wewenang, terjadinya penempatan seseorang dalam jabatan berdasarkan suka dan tidak suka (*like and dislike*).

Berdasarkan, laporan akuntabilitas kinerja kementerian pendayagunaan aparatur negara dan reformasi birokrasi, sampai awal tahun 2014 setidaknya ada 45 (empat puluh lima) instansi pemerintah yang menerapkan promosi terbuka, yaitu :

- I. **Pemerintah Pusat:** Kementerian Kehutanan, Kementerian Lingkungan Hidup, Kementerian Kelautan dan Perikanan, Badan Koordinasi Kemanan Laut, Badan Intelijen Negara, Kementerian Koordinator Bidang Polhukam, Badan Standarisasi Nasional, Badan Informasi Geospasial (BIG), Kementerian Kesehatan, Badan Pusat Statistik, Kementerian Koordinator Bidang Kesra, Kementerian Koordinator Bidang Perekonomian, Badan Pengawas Tenaga Nuklir, Sekretariat Jenderal MPR-RI, Kementerian Perhubungan, Lembaga Ketahanan Nasional, Badan Pengkajian dan Penerapan Teknologi, Kementerian Pendidikan dan Kebudayaan, Lembaga Ilmu Pengetahuan Indonesia, Badan Narkotika Nasional, Kementerian Pertanian, Kementerian Riset dan Teknologi, Arsip Nasional RI, Kementerian Pemuda dan Olah Raga, Kementerian Sekretariat Negara, Dewan Perwakilan Daerah, Kementerian Hukum dan HAM, Badan Pertanahan Nasional.
- II. **Pemerintah Daerah:** Kabupaten Lahat, Kapaten Jepara, Kapaten Batang, Provinsi Sulawesi Selatan, Kota Pekalongan, Kota Balikpapan, Provinsi Sumatera Selatan, Kapaten Jembrana, Kota Singkawang, Kota Palembang, Kapaten Klungkung, Kota

Samarinda, Kapaten Muara Enim, Kota Manado, Provinsi Bali, Kapaten Karangasem, Provinsi DKI.

Diskresi yang bersifat promosi terbuka atau lelang jabatan telah dilakukan Provinsi DKI secara progresif, yang terlebih dahulu membuat payung hukumnya berupa Peraturan Gubernur Provinsi Daerah Khusus Ibukota Jakarta Nomor 19 Tahun 2013 Tentang Seleksi Terbuka Camat dan Lurah, dan Peraturan Gubernur Provinsi Daerah Khusus Ibukota Jakarta Nomor 113 Tahun 2013 Tentang Seleksi Terbuka Kepala Sekolah. Oleh karena bersifat positif, diharapkan instansi lain atau pemerintah daerah lain, memberlakukan adanya sistem promosi jabatan secara terbuka, sehingga diperoleh sumber daya jabatan yang handal dan mumpuni. Langkah awal yang harus diperhatikan adalah dibuatnya peraturan yang bersifat sektoral, sebagai tindak lanjut dari norma hukum yang ada dalam undang-undang pokoknya, yang memberikan adanya kewenangan yang bersifat diskresi dalam melakukan perbuatan hukum publik.

Menurut penulis, undang-undang yang mengandung adanya diskresi pemerintahan, diantaranya sebagai berikut dalam daftar tabel :

**Tabel 4**

**Daftar undang-undang yang mengandung adanya kewenangan diskresi (Diundangkan dalam rentang waktu 2013 s/d 2017)**

No	Jenis Peraturan	Judul Peraturan
1.	Undang-Undang No. 2 Tahun 2017	Tentang Jasa Konstruksi
2.	Undang-Undang No. 3 Tahun 2017	Tentang Sistem Perbukuan
3.	Undang-Undang No. 5 Tahun 2017	Tentang Pemajuan Kebudayaan
4.	Undang-Undang No. 6 Tahun 2017	Tentang Arsitek
5.	Undang-Undang No. 9 Tahun 2017	Tentang Penetapan Perpu No.1 Tahun 2017 Tentang Akses Informasi Keuangan Untuk Kepentingan Perpajakan Menjadi Undang-Undang
6.	Undang-Undang No. 18 Tahun 2017	Tentang Perlindungan Pekerja Migran Indonesia
7.	Undang-Undang No. 1 Tahun 2016	Tentang Penjaminan
8.	Undang-Undang No. 4 Tahun 2016	Tentang Tabungan Perumahan Rakyat

9.	Undang-Undang No. 7 Tahun 2016	Tentang Perlindungan dan Pemberdayaan Nelayan, Pembudidaya Ikan, dan Petambak Garam
10.	Undang-Undang No. 8 Tahun 2016	Tentang Penyandang Disabilitas
11.	Undang-Undang No. 9 Tahun 2016	Tentang Pencegahan dan Penanganan Krisis Sistem Keuangan
12.	Undang-Undang No. 11 Tahun 2016	Tentang Pengampunan Pajak
13.	Undang-Undang No. 13 Tahun 2016	Tentang Paten
14.	Undang-Undang No. 20 Tahun 2016	Tentang Merek dan Indikasi Geografis
15.	Undang-Undang No. 1 Tahun 2015	Tentang Penetapan Perpu No.1 Tahun 2014 Tentang Pemilihan Gubernur, Bupati, dan Walikota Menjadi Undang-Undang
16.	Undang-Undang No. 2 Tahun 2015	Tentang Penetapan Perpu No.2 Tahun 2014 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang No. 23 Tahun 2014 Tentang Pemerintahan Daerah Menjadi Undang-Undang
17.	Undang-Undang No. 8 Tahun 2015	Tentang Perubahan Atas Undang-Undang No. 1 Tahun 2015 Tentang Penetapan Perpu No.1 Tahun 2014 Tentang Pemilihan Gubernur, Bupati, dan Walikota Menjadi Undang-Undang
16.	Undang-Undang No. 9 Tahun 2015	Tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang No. 23 Tahun 2014 Tentang Pemerintahan Daerah
19.	Undang-Undang No. 1 Tahun 2014	Tentang Perubahan Atas Undang-Undang No. 27 Tahun 2007 Tentang Pengelolaan Wilayah Pesisir dan Pulau-Pulau Kecil
20.	Undang-Undang No. 2 Tahun 2014 Tentang Perubahan Undang-Undang No. 30 Tahun 2004	Tentang Jabatan Notaris
21.	Undang-Undang No. 3 Tahun 2014	Tentang Perindustrian
22.	Undang-Undang No. 5 Tahun 2014	Tentang Aparatur Sipil Negara
23.	Undang-Undang No. 6 Tahun 2014	Tentang Desa
24.	Undang-Undang No. 7 Tahun 2014	Tentang Perdagangan
25.	Undang-Undang No. 11 Tahun 2014	Tentang Keinsinyuran
26.	Undang-Undang No. 18 Tahun 2014	Tentang Kesehatan Jiwa
27.	Undang-Undang No. 20 Tahun 2014	Tentang Standarisasi dan Penilaian Kesesuaian
28.	Undang-Undang No. 21 Tahun 2014	Tentang Panas Bumi
29.	Undang-Undang No. 20 Tahun 2014	Tentang Pendidikan Kedokteran
30.	Undang-Undang No. 25 Tahun 2014	Tentang Hukum Disiplin Militer



31.	Undang-Undang No. 28 Tahun 2014	Tentang Hak Cipta
32.	Undang-Undang No. 29 Tahun 2014	Tentang Pencarian dan Pertolongan
33.	Undang-Undang No. 30 Tahun 2014	Tentang Administrasi Pemerintahan
34.	Undang-Undang No. 31 Tahun 2014	Tentang Perubahan Atas Undang-Undang No. 13 Tahun 2006 Perlindungan Saksi dan Korban
35.	Undang-Undang No. 32 Tahun 2014	Tentang Kelautan
36.	Undang-Undang No. 33 Tahun 2014	Tentang Jaminan Produk Halal
37.	Undang-Undang No. 34 Tahun 2014	Tentang Pengelolaan Keuangan Haji
38.	Undang-Undang No. 35 Tahun 2014	Tentang Perubahan Atas Undang-Undang No. 23 Tahun 2002 Perlindungan Anak
39.	Undang-Undang No. 36 Tahun 2014	Tentang Tenaga Kesehatan
40.	Undang-Undang No. 37 Tahun 2014	Tentang Konservasi Tanah Air
41.	Undang-Undang No. 38 Tahun 2014	Tentang Keperawatan
42.	Undang-Undang No. 39 Tahun 2014	Tentang Perkebunan
42.	Undang-Undang No. 40 Tahun 2014	Tentang Perasuransian
44.	Undang-Undang No. 41 Tahun 2014	Tentang Perubahan Atas Undang-Undang No. 18 Tahun 2009 Peternakan dan Kesehatan Hewan
41.	Undang-Undang No. 1 Tahun 2013	Tentang Lembaga Keuangan Mikro Tentang Pencegahan dan Pemberantasan Perusakan Hutan
42.	Undang-Undang No. 17 Tahun 2013	Tentang Organisasi Masyarakat
43.	Undang-Undang No. 18 Tahun 2013	Tentang Pencegahan dan Pemberantasan Perusakan Hutan
44.	Undang-Undang No. 19 Tahun 2013	Tentang Perlindungan dan Pemberdayaan Petani
45.	Undang-Undang No. 20 Tahun 2013	Tentang Pendidikan Kedokteran
46.	Undang-Undang No. 21 Tahun 2013	Tentang Keantariksaan

Dari beberapa peraturan tersebut, yang perlu menjadi perhatian pejabat pemerintahan ketika melakukan tindakan diskresi pemerintahan adalah harus menyesuaikan diri dengan kewenangan yang ada padanya, dan memperhatikan situasi atau kondisi tertentu (misalnya : keadaan mendesak / darurat / stagnasi pemerintahan) dikaitkan ketentuan yang menjadi dasar bertindak apakah memberikan pilihan (multitafsir) atau tidak, sehingga apabila melakukan perbuatan hukum publik dilakukan dengan itikad baik, demi kepentingan umum dan kepastian hukum, maka diskresi pemerintahan sudah sesuai koridor hukum.

Bertolak dari makna diskresi pemerintahan, menurut Faried Ali dan Prajudi Atmosudirdjo, pejabat pemerintahan mempunyai kebe-

basan (diskresi) untuk melakukan perbuatan dalam bentuk sebagai berikut :

1. Keputusan dan/atau tindakan yang pada umumnya melahirkan hukum baru, misalnya : keputusan mengangkat seseorang untuk menduduki jabatan struktural.
2. Keputusan dan/atau tindakan yang berkenaan dengan suatu obyek tertentu, melahirkan keadaan baru, misalnya : penunjukan lokasi untuk dijadikan sebagai bandara atau pelabuhan.
3. Keputusan dan/atau tindakan yang melahirkan atau membubarkan suatu badan hukum, misalnya : memberikan ijin berdirinya suatu organisasi kemasyarakatan (ormas) atau membubarkannya.
4. Berbentuk perintah, misalnya : surat perintah membongkar bangunan liar di atas tanah negara.
5. Keputusan dan/atau tindakan yang menguntungkan (positif), misalnya : mengeluarkan izin mendirikan bangunan (IMB).
6. Penarikan kembali keputusan dan/atau tindakan yang menguntungkan, dikarenakan adanya : tipuan, tidak diumumkan, keputusan bersyarat, mempunyai kekuatan hukum yang lemah sekali, dll, misalnya : pemberhentian seorang pegawai negeri sipil (PNS), dikarenakan pada waktu ujian penerimaan PNS yang bersangkutan menggunakan ijazah palsu.

Terlihat di sini, bahwa diskresi pemerintahan bersifat luas dan bertanggung dengan masyarakat banyak. Bukan tidak mungkin, diskresi tersebut berdampak negatif atau bersifat kontroversial.

Bahkan, terkadang diskresi pemerintahan bermakna ganda (dapat positif sekaligus negatif), seperti apa yang diungkap oleh Indroharto, yaitu suatu tindakan pejabat pemerintahan yang menimbulkan kerugian kepada pihak lain, dapat dibenarkan oleh hukum (*rechtmatigheid*) karena adanya diskresi tersebut memenuhi syarat sebagai berikut :

1. Perbuatan yang dilakukannya merupakan salah satu tugas dan kewajibannya.
2. Perbuatan tersebut dilaksanakan demi kepentingan umum sehingga perlu dilakukan.
3. Sebelum perbuatan tersebut dilaksanakan, telah dilakukan pertim-

bangun-pertimbangan menyangkut segala kepentingan yang terkait dengan perbuatan itu.

4. Perbuatannya dilaksanakan dengan cara yang sedemikian rupa dan pada saat timbul akibat yang merugikan dapat ditekan sekecil mungkin kerugian itu.

Dengan adanya syarat-syarat tersebut, menurut penulis tidak dapat diartikan bahwa semua diskresi pemerintahan yang melanggar kepentingan pihak lain dibenarkan oleh hukum, terkadang pejabat pemerintahan melakukan atas nama kepentingan umum, tetapi secara tersirat demi kepentingan pribadi. Oleh karenanya, syarat-syarat seperti itu harus diterapkan secara cermat, tepat, dan hati-hati supaya tidak disalahgunakan.

Untuk menghindari tindakan diskresi pemerintahan yang disalahgunakan pejabat pemerintahan, diperlukan sarana yang membatasi diskresi pemerintahan, yaitu dengan berpedoman pada prinsip-prinsip tata pemerintahan yang baik. Maksud sarana di sini adalah tolok-ukur atau ukuran yang menjadi dasar penilaian dalam mempertimbangkan atau menentukan diskresi pemerintahan dalam mewujudkan tata pemerintahan yang baik.

Prinsip-prinsip tata pemerintahan yang baik, sudah tercantum dalam ketentuan Pasal 53 ayat (2) huruf b Undang-Undang Nomor 9 Tahun 2004 Tentang Perubahan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 Tentang Peradilan Tata Usaha Negara dan Pasal 3 Undang-Undang Nomor 28 Tahun 1999 Tentang Penyelenggaraan Negara yang Bersih dan Bebas dari Korupsi, Kolusi dan Nepotisme, yaitu meliputi :

1. Kepastian hukum, merupakan prinsip dalam negara hukum yang mengutamakan landasan peraturan perundang-undangan yang berlaku, kepatutan, dan keadilan dalam setiap kebijakan. Prinsip ini memberi hak kepada yang berkepentingan, sekaligus kewajiban-kewajiban yang melekat.
2. Tertib penyelenggaraan negara, menjadi landasan keteraturan, keserasian, dan keseimbangan dalam pengendalian penyelenggaraan negara. Setiap tindakan pejabat publik, tetap memperhatikan dasar hukum dan motivasi sesuai dengan frame ketentuan yang berlaku.

3. Keterbukaan, artinya membuka diri terhadap hak-hak masyarakat untuk memperoleh informasi yang benar, jujur, dan tidak diskriminatif tentang penyelenggaraan negara dengan tetap memerhatikan perlindungan atas hak-hak pribadi, golongan dan rahasia negara. Dengan adanya keterbukaan informasi, akan tercipta kepercayaan yang timbal balik antara pejabat publik dengan masyarakat.
4. Proporsionalitas, mengutamakan keseimbangan antara hak dan kewajiban penyelenggara negara. Dengan demikian, akan ada sikap tenggang rasa dan tidak ada tindakan diskriminasi atau semena-mena dari pejabat publik.
5. Profesionalitas, memprioritaskan keahlian yang berlandaskan kode etik dan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Pejabat publik dituntut mengutamakan kepentingan negara dan masyarakat, serta dalam menghadapi konflik diselesaikan dengan cara musyawarah dengan akan sehat dan hati nurani yang luhur.
6. Akuntabilitas, menentukan bahwa setiap kegiatan dan hasil akhir dari kegiatan penyelenggaraan negara harus dapat dipertanggung-jawabkan kepada masyarakat atau rakyat sebagai pemegang kedaulatan tertinggi negara sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Tanggung jawab dapat bersifat personal atau karena jabatannya, tergantung dari tindakan yang dilakukan.

Prinsip-prinsip yang dikenal dengan asas-asas umum pemerintahan yang baik tersebut ada sedikit perbedaan dengan apa yang tertera dalam Undang-Undang Administrasi Pemerintahan. Perbedaannya terlihat dalam ketentuan Pasal 10 Undang-Undang Administrasi Pemerintahan, yaitu :

1. Kepastian Hukum

Sebagai asas dalam negara hukum yang mengutamakan landasan peraturan perundang-undangan, kepatutan, keajegan, dan keadilan dalam setiap kebijakan penyelenggaraan negara.

2. Kemanfaatan

Mewajibkan badan atau pejabat pemerintahan untuk menjaga, menjamin, paling tidak mengupayakan keseimbangan, antara : (1) kepentingan antar individu yang satu dengan kepentingan individu

yang lain; (2) keseimbangan antar individu dengan masyarakat; (3) antar kepentingan warga negara dan masyarakat asing; (4) antar kepentingan kelompok masyarakat yang satu dan kepentingan kelompok masyarakat yang lain; (5) keseimbangan kepentingan antara pemerintah dengan warga negara; (6) keseimbangan antara generasi yang sekarang dan kepentingan generasi mendatang; (7) keseimbangan antara manusia dan ekosistemnya; (8) antara kepentingan pria dan wanita.

3. Ketidakberpihakan

Dengan demikian, Badan atau pejabat pemerintahan wajib dalam mengambil keputusan mempertimbangkan kepentingan para pihak secara keseluruhan dan tidak diskriminatif.

4. Kecermatan

Bahwa setiap suatu keputusan harus didasarkan pada informasi dan dokumen yang lengkap untuk mendukung legalitas pengambilan keputusan sehingga keputusan yang bersangkutan dipersiapkan dengan cermat sebelum keputusan tersebut diambil atau diucapkan.

5. Tidak Menyalahgunakan Wewenang.

Kewajiban Badan atau pejabat pemerintahan tidak menggunakan kewenangannya untuk kepentingan pribadi atau kepentingan yang lain dan tidak sesuai dengan tujuan pemberian kewenangan tersebut.

6. Keterbukaan

Melayani masyarakat untuk memperoleh informasi yang benar, jujur, dan tidak diskriminatif dalam penyelenggaraan administrasi pemerintahan dengan tetap memperhatikan perlindungan atas hak asasi pribadi, golongan, dan rahasia negara.

7. Kepentingan Umum

Mendahulukan kesejahteraan umum dengan cara yang aspiratif, akomodatif, selektif, dan tidak diskriminatif.

8. Pelayanan Yang Baik

Memberikan pelayanan yang tepat waktu, prosedur, dan biaya yang jelas, sesuai dengan standar pelayanan, dan ketentuan peraturan perundang-undangan.

Prinsip-prinsip atau asas-asas tersebut, merupakan kristalisasi dari konsep yang pertama kali diuraikan oleh Koentjoro Purbopranoto yang mengelaborasi pendapat Crinice Le Roy. Konsep ini sebetulnya merupakan rangkuman hasil penelitian putusan hakim yang sudah menjadi yurisprudensi dan dikembangkan sebagai doktrin dalam hukum administrasi.

Menurut Koentjoro Purbopranoto dan Crinice Le Roy ada tiga belas tolok-ukur terwujudnya tata pemerintahan yang baik, yaitu :

1. Asas kepastian hukum (*principle of legal security*).

Asas ini memiliki dua aspek, yang satu lebih bersifat hukum materiil, yang lain lebih bersifat formil. Aspek hukum materiil berhubungan erat pada asas kepercayaan, di sini menghalangi pejabat publik untuk menarik kembali suatu ketetapan atau mengubahnya untuk kerugian yang berkepentingan. Sedangkan sisi formal asas kepastian hukum membawa serta bahwa ketetapan-ketetapan yang memberatkan dan ketentuan-ketentuan yang terkait pada ketetapan-ketetapan yang menguntungkan harus disusun dengan kata-kata yang jelas.

2. Asas keseimbangan (*principle of proportionality*).

Bekerjanya asas ini hanya terbatas pada bidang penerapan keputusan berupa sanksi-sanksi administratif. Artinya dalam menerapkan sanksi, pejabat publik harus menjaga keseimbangan antara sanksi yang diterapkan dengan pelanggaran yang telah dilakukan.

3. Asas bertindak cermat (*principle of carefulness*).

Mengandung arti, suatu keputusan harus dipersiapkan dan diambil dengan cermat. Asas ini mensyaratkan, agar pejabat publik sebelum mengambil keputusan terlebih dahulu meneliti fakta yang relevan dan memasukkan pula semua kepentingan yang relevan ke dalam pertimbangannya.

4. Asas motivasi untuk setiap keputusan pejabat publik (*principle of motivation*).

Suatu keputusan harus dapat didukung oleh alasan-alasan yang dijadikan dasarnya. Dapat dibedakan menjadi tiga sub varian, yakni: 1) syarat bahwa suatu ketetapan harus diberi alasan; 2) ketetapan harus memiliki dasar fakta yang cukup kuat; 3) pemberian alasan

harus cukup dapat mendukung.

5. Asas tidak boleh mencampuradukan kewenangan (*principle of non misuse of competence*).

Kewenangan yang diberikan kepada pejabat publik hanya boleh digunakan sesuai tujuan atau maksud diberikannya kewenangan itu oleh peraturan perundang-undangan.

6. Asas-Asas kesamaan dalam mengambil keputusan (*principle of equality*).

Bahwa hal-hal yang sama harus diperlakukan sama, dipandang sebagai salah satu asas hukum yang paling mendasar dan berakar di dalam kesadaran hukum.

7. Asas permainan yang layak (*principle of fair play*).

Pada garis besarnya, asas ini menghendaki agar semua kemungkinan yang terbuka bagi warga masyarakat untuk membela kepentingannya tidak dihalangi oleh tindakan-tindakan formal menurut peraturan perundang-undangan yang dilakukan pejabat publik.

8. Asas keadilan atau kewajaran (*principle of arbitrariness*).

Memberikan jaminan perlakuan yang layak kepada pihak yang berhak, sehingga mendapatkan kesempatan untuk dapat melangsungkan kehidupan yang lebih baik.

9. Asas menanggapi pengharapan yang wajar (*principle of meeting raised expectation*).

Apabila pejabat publik telah memberikan harapan-harapan atau janji-janji, jangan diingkari. Harapan atau janji tersebut kaitannya dengan memberikan pelayanan yang sebaik-baiknya kepada masyarakat.

10. Asas meniadakan akibat-akibat suatu keputusan yang batal (*principle of undoing the consequence of unnullled decision*).

Apabila dalam suatu gugatan ada keputusan pejabat publik yang dibatalkan oleh pengadilan, maka bagi pihak yang menggugat selain direhabilitasi, pejabat publik tersebut juga harus membayar segala kerugian yang disebabkan oleh keputusannya.

11. Asas perlindungan atas pandangan hidup (cara hidup) pribadi (*principle of protecting the personal way of life*).

Pejabat publik harus menghargai hak untuk hidup sesuai dengan

cara pandangnya atau keyakinannya, sepanjang tidak bertentangan dengan asas ketertiban umum dan asas kesusilaan.

12. Asas kebijaksanaan (*principle of sapiently*).

Sebelum pejabat publik mengeluarkan keputusan, terlebih dahulu harus dilakukan dengan adanya pengetahuan dan analisa, kemudian diputus dengan penuh kebijakan.

13. Asas penyelenggaraan kepentingan umum (*principle of public service*).

Kepentingan umum meliputi kepentingan nasional dalam arti kepentingan bangsa, masyarakat, dan negara. Kepentingan umum mengatasi kepentingan individu dan kepentingan golongan.<sup>101</sup>

## **B. Diskresi Pemerintahan menurut Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan**

Untuk memahami “diskresi” secara tekstual menurut hukum positif, dapat dilihat dalam Undang-Undang No. 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan (Undang-Undang Administrasi Pemerintahan). Pasal 1 angka 9 Undang-Undang Administrasi Pemerintahan mengartikan diskresi 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 dapat dilakukan oleh pejabat pemerintahan yang berwenang. Selain itu, dalam penggunaannya diskresi juga harus bertujuan untuk melancarkan penyelenggaraan pemerintahan, mengisi kekosongan hukum, memberikan kepastian hukum, dan mengatasi stagnasi pemerintahan dalam keadaan tertentu guna kemanfaatan dan kepentingan umum. Maksud “stagnasi pemerintahan” ini adalah tidak dapat

---

<sup>101</sup> Kuntjoro Purbopranoto, *Beberapa Catatan Hukum Tata Pemerintahan dan Peradilan Administrasi Negara*, Alimni, Bandung, 1981, hlm.28-29., Philipus M. Hadjon, dkk, *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia*, Gadjah Mada University, Yogyakarta, 2008, hlm. 270 s/d 279., dan Jazim Hamidi, *Penerapan Asas-Asas Umum Penyelenggaraan Pemerintahan Yang Layak (AAUPL) Di Lingkungan Peradilan Administrasi Indonesia*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 1999, hlm. 34 s/d 39



dilaksanakannya aktivitas pemerintahan sebagai akibat kebuntuan atau disfungsi dalam penyelenggaraan pemerintahan, contohnya: keadaan bencana alam atau gejolak politik.

Dalam menggunakan kewenangannya tersebut, diskresi pemerintahan dibatasi ruang lingkupnya, yang menurut Undang-Undang Administrasi Pemerintahan meliputi:

- a. pengambilan keputusan dan/atau tindakan berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan yang memberikan suatu pilihan keputusan dan/atau tindakan. Pilihan ini dicirikan dengan kata dapat, boleh, atau diberikan kewenangan, berhak, seharusnya, diharapkan, dan kata-kata lain yang sejenis yang ada dalam peraturan perundang-undangan sebagai dasar kewenangan pejabat pemerintahan ketika melakukan diskresi. Oleh karenanya, pejabat pemerintahan melakukan pilihan dengan merespon atau bersikap dalam melaksanakan atau tidak melaksanakan tugas, pokok, dan fungsinya di bidang urusan pemerintahan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.
- b. pengambilan keputusan dan/atau tindakan karena peraturan perundang-undangan tidak mengatur. Arti “peraturan perundang-undangan tidak mengatur” adalah ketiadaan atau kekosongan hukum yang mengatur penyelenggaraan pemerintahan dalam suatu kondisi tertentu atau di luar kelaziman.
- c. pengambilan keputusan dan/atau tindakan karena peraturan perundang-undangan tidak lengkap atau tidak jelas. Maksudnya, apabila dalam peraturan perundang-undangan masih membutuhkan penjelasan lebih lanjut, peraturan yang tumpang tindih (tidak harmonis dan tidak sinkron), dan peraturan yang membutuhkan peraturan pelaksanaan, tetapi belum dibuat.
- d. pengambilan keputusan dan/atau tindakan karena adanya stagnasi pemerintahan guna kepentingan yang lebih luas. Kepentingan tersebut yang menyangkut hajat hidup orang banyak, penyelamatan kemanusiaan dan keutuhan negara, antara lain: bencana alam, wabah penyakit, konflik sosial, kerusuhan, pertahanan dan kesatuan bangsa.

Disamping mengatur ruang lingkup, undang-undang ini juga membatasi pejabat pemerintahan ketika akan menggunakan kewenangan bebasnya (diskresioner). Pembatasan itu berupa prosedur yang harus ditempuh dalam diskresi pemerintahan, yaitu:

1. Pengambilan keputusan dan/atau tindakan berdasarkan ruang lingkup huruf a, b, dan c tersebut, karena berpotensi mengubah alokasi anggaran, dan dapat menimbulkan akibat hukum yang berpotensi membebani keuangan negara, maka wajib memperoleh persetujuan dari atasan pejabat pemerintahan sesuai dengan peraturan perundang-undangan. Atasan yang dimaksud adalah atasan langsung pejabat yang berwenang, seperti: bagi pimpinan satuan kerja perangkat daerah (SKPD) mengajukan persetujuan kepada kepala daerah, bagi bupati/walikota mengajukan persetujuan kepada gubernur, bagi gubernur mengajukan persetujuan kepada menteri yang menyelenggarakan urusan pemerintahan dalam negeri, dan seterusnya. Permohonan persetujuan itu diajukan secara tertulis kepada atasannya. Dalam permohonannya, pejabat pemerintahan wajib menguraikan maksud, tujuan, substansi, serta dampak administrasi dan keuangan. Atasan pejabat tersebut diberi waktu 5 (lima) hari kerja setelah berkas permohonan diterima untuk kemudian ditetapkan persetujuan, petunjuk perbaikan, atau penolakan. Apabila atasan pejabat melakukan penolakan, maka harus diberikan alasan penolakannya secara tertulis.
2. Dalam hal penggunaan diskresi menimbulkan keresahan masyarakat, keadaan darurat, mendesak dan/atau terjadi bencana alam, pejabat pemerintahan wajib memberitahukan kepada atasan pejabat sebelum menggunakan diskresi paling lama 5 (lima) hari kerja sebelum penggunaan diskresi, dan melaporkan kepada atasan pejabat setelah penggunaan diskresi paling lama 5 (lima) hari kerja terhitung sejak penggunaan diskresi.
3. Pemberitahuan sebelum penggunaan diskresi dilakukan apabila penggunaan diskresi karena adanya stagnasi pemerintahan guna kepentingan yang lebih luas yang berpotensi menimbulkan keresahan masyarakat. Dalam pemberitahuan secara lisan atau tertulis ini, pejabat wajib menguraikan maksud, tujuan, substansi, dan dampak

administrasi yang berpotensi mengubah pembebanan keuangan negara.

4. Sedangkan pelaporan setelah penggunaan diskresi karena adanya stagnasi pemerintahan guna kepentingan yang lebih luas yang terjadi dalam keadaan darurat, keadaan mendesak, dan/atau terjadi bencana alam. Pelaporan wajib diajukan secara tertulis, dengan menguraikan maksud, tujuan, substansi, dan dampak yang ditimbulkan.
5. Pada prinsipnya pejabat pemerintahan memiliki kewajiban untuk memberitahukan kepada warga masyarakat yang berkaitan dengan dikeluarkannya keputusan dan/atau dilakukannya tindakan yang menimbulkan kerugian paling lama 10 (sepuluh) hari kerja terhitung sejak keputusan dan/atau tindakan itu ditetapkan dan/atau dilakukan. Begitu juga dalam diskresi, pejabat pemerintahan memiliki kewajiban yang sama tersebut. Hanya saja kewajiban itu dikecualikan terhadap diskresi yang sifatnya berpotensi mengubah alokasi anggaran, menimbulkan akibat hukum yang berpotensi membebani keuangan anggaran, dan menimbulkan keresahan masyarakat masyarakat, keadaan darurat, mendesak dan/atau terjadi bencana alam.

Bentuk adanya pembatasan diskresi pemerintahan bukan hanya berupa prosedur tersebut, akan tetapi juga diharuskan dipenuhinya syarat-syarat sebagai berikut:

- a. sesuai dengan tujuan diskresi (sebagaimana telah diuraikan sebelumnya).
- b. tidak bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.
- c. sesuai dengan Asas Umum Pemerintahan Yang Baik (AUPB).
- d. berdasarkan alasan-alasan yang objektif, artinya alasan-alasan yang diambil berdasarkan fakta dan kondisi faktual, tidak memihak, dan rasional serta berdasarkan AUPB.
- e. tidak menimbulkan konflik kepentingan, dan
- f. dilakukan dengan itikad baik, yaitu didasarkan atas motif kejujuran dan berdasarkan AUPB.

Apabila prosedur dan syarat-syarat tersebut tidak dipenuhi, maka perbuatan pejabat pemerintahan itu dianggap telah melanggar hukum. Ada 3 (tiga) kategori diskresi yang melanggar hukum, yaitu:

1. Diskresi yang melampaui wewenang.

Diskresi seperti ini terjadi apabila pejabat pemerintahan bertindak melampaui batas waktu berlakunya wewenang atau melampaui batas wilayah yang diberikan oleh ketentuan peraturan perundang-undangan. Termasuk juga, diskresi yang tidak mengikuti prosedur yang ditentukan oleh Undang-Undang Administrasi Pemerintahan, sebagaimana telah penulis uraikan.

2. Diskresi yang mencampuradukkan wewenang.

Ciri diskresi ini yaitu penggunaannya tidak sesuai dengan tujuan wewenang yang diberikan oleh peraturan perundang-undangan dan/atau bertentangan dengan AUPB.

3. Diskresi yang sewenang-wenang.

Undang-Undang Administrasi Pemerintahan hanya memberikan kriteria diskresi tersebut dikeluarkan oleh pejabat yang tidak berwenang.

Akibat hukum dari adanya diskresi yang melampaui wewenang dan sewenang-wenang adalah menjadikan diskresi itu tidak sah, sedangkan terhadap diskresi yang mencampuradukkan wewenang adalah dapat dibatalkan. Undang-Undang Administrasi Pemerintahan ini mengartikan “tidak sah” adalah keputusan dan/atau tindakan (diskresi) yang dilakukan pejabat pemerintahan dianggap tidak pernah ada atau dikembalikan pada keadaan semula sebelum keputusan dan/atau tindakan (diskresi) dilakukan, dan segala akibat hukum yang ditimbulkan dianggap tidak pernah ada. Berbeda dengan “dapat dibatalkan”, yang diartikan sebagai pembatalan keputusan dan/atau tindakan (diskresi) hanya melalui pengujian internal oleh atasan pejabat atau pengujian eksternal oleh badan peradilan administrasi (PTUN).

Mengenai akibat hukum berupa keabsahan atau keberlakuan keputusan dan/atau tindakan sebagaimana telah diuraikan tadi perlu dibandingkan dengan konsep E. Utrecht. Menurutnya, setiap perbuatan hukum yang dilakukan pejabat pemerintahan mengandung kekurangan

(*gebroken*), maka perbuatan hukum berupa keputusan dan/atau tindakan itu dapat menjadi sebab tidak sah (*niet-rechtsgeldig*). Maksud kalimat “dapat menjadi sebab” ini adalah oleh karena tidak setiap keputusan dan/atau tindakan yang mengandung kekurangan menjadi ketetapan yang tidak sah. Termasuk juga, keputusan dan/atau tindakan yang mengandung kekurangan yang masih juga dianggap keputusan dan/atau tindakan sah. Menerima atau tidaknya suatu keputusan dan/atau tindakan yang mengandung kekurangan sebagai keputusan dan/atau tindakan sah (*rechtsgeldig*), pada umumnya bergantung pada hal apakah syarat yang tidak dipenuhi itu merupakan *bestaansvoorwaarde* atau tidak untuk adanya keputusan dan/atau tindakan. Arti *bestaansvoorwaarde* ini, syarat yang harus dipenuhi agar sesuatu ada; apabila syarat itu tidak dipenuhi maka sesuatu itu (dianggap) tidak ada. Pendapat ini sejalan dengan Stellinga, bahwa suatu keputusan dan/atau tindakan yang mengandung kekurangan masih juga dapat diterima sah oleh karena sah atau tidaknya suatu keputusan dan/atau tindakan yang mengandung kekurangan bergantung pada beratnya kekurangan itu.<sup>102</sup>

Keberlakuan keputusan dan/atau tindakan dibagi menjadi dua macam, yaitu yang sah (*rechtsgeldige*) dan tidak sah (*niet-rechtsgeldige*). Keputusan dan/atau tindakan yang tidak sah berupa: keputusan dan/atau tindakan yang batal karena hukum (*nietigheid van rechtswege*), keputusan dan/atau tindakan yang batal (*nietig*, termasuk: batal absolut atau *absoluut nietig*, dan keputusan dan/atau tindakan yang dapat dibatalkan (*vernietigbaar*).<sup>103</sup>

Selanjutnya, mengenai pengertian “batal”, yakni “batal karena hukum” dan “dapat dibatalkan”. Yang diterima secara umum oleh ilmu hukum dan praktek ada beberapa macam, yaitu:

- a) “batal” (*nietig*) berarti bahwa bagi hukum perbuatan yang dilakukan tidak ada. Jadi, bagi hukum akibat perbuatan itu dianggap tidak pernah ada.
- b) “batal karena hukum” (*nieteg van rechtswege*), berarti bahwa akibat sesuatu perbuatan, untuk sebagiannya atau untuk seluruhnya, bagi

---

<sup>102</sup> E. Utrecht, *Pengantar Hukum Administrasi Negara Indonesia*, Pustaka Tinda Mas, Surabaya, 1986, hlm. 108

<sup>103</sup> *Ibid.*, hlm. 109

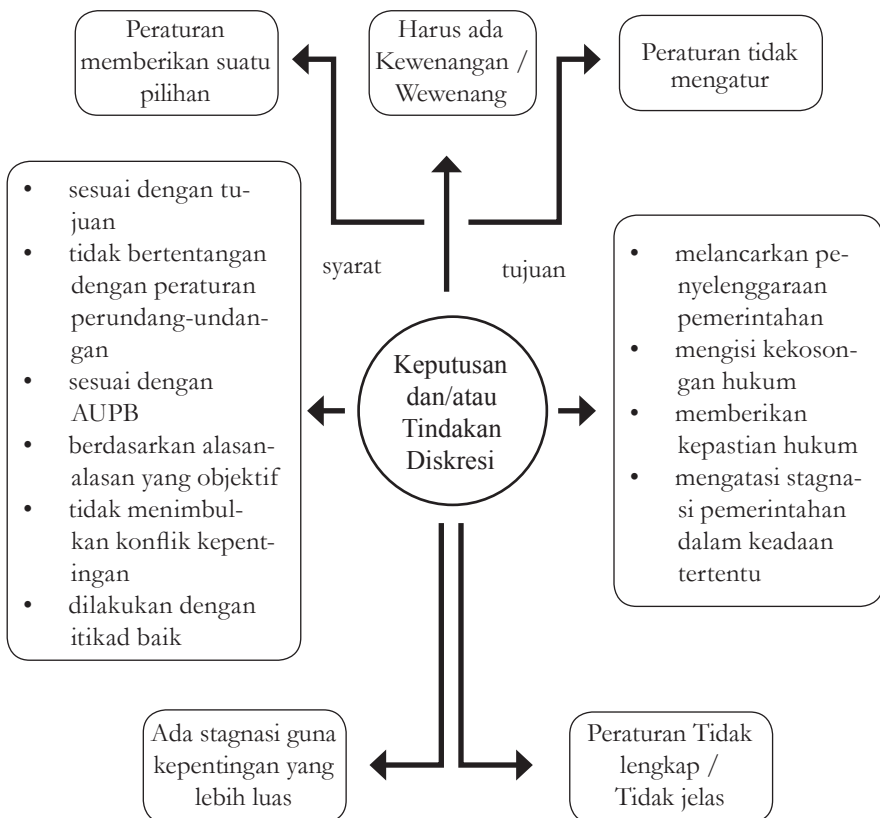
hukum dianggap tidak ada atau dihapuskan, tanpa diperlukan suatu keputusan badan/pejabat pemerintahan atau putusan pengadilan yang berkompeten untuk menyatakan batalnya sebagian atau seluruh akibat hukumnya itu.

- c) “dapat dibatalkan” (*vernietigbaar*), berarti bahwa bagi hukum perbuatan yang dilakukan dan akibatnya dianggap ada sampai waktu pembatalan oleh suatu keputusan badan/pejabat pemerintahan atau putusan pengadilan yang berkompeten. Pembatalan itu ada karena dalam pembuatannya (keputusan dan/atau tindakan itu mengandung sesuatu kekurangan persyaratan hukum. Bagi hukum, perbuatan tersebut ada sampai waktu pembatalannya dan oleh karenanya segala akibat yang ditimbulkan antara waktu mengadakannya sampai waktu pembatalannya menjadi sah (terkecuali peraturan perundang-undangan menghendaki lain). Setelah adanya pembatalan, maka perbuatan itu tidak ada dan – bila memungkinkan – diusahakan supaya akibat yang telah terjadi semuanya atau sebagiannya menjadi terhapus.
- d) “batal nisbi” (*relatief nietig*), berarti bahwa suatu perbuatan bagi hukum dapat dikatakan batal nisbi, jika pembatalan perbuatan itu – yang bagi hukum batal sama sekali – hanya dapat dituntut oleh beberapa orang tertentu saja. Karena, bila pembatalan perbuatan itu – yang bagi hukum batal sama sekali – dapat dituntut oleh setiap orang, maka perbuatan itu merupakan perbuatan yang batal mutlak (*absoluut nietig*).
- e) “dapat dibatalkan nisbi” (*relatief vernietigbaar*), berarti bahwa suatu perbuatan bagi hukum dapat dikatakan dapat dibatalkan nisbi jika pembatalan itu – yang bagi hukum sah sampai waktu pembatalan – dapat dituntut oleh beberapa orang tertentu. Karena undang-undang menentukan “dapat dibatalkan” itu hanya dapat dituntut oleh beberapa orang tertentu saja, maka pengertian “dapat dibatalkan nisbi” itu pada hakikatnya suatu pengertian teoritis saja.<sup>104</sup>

---

<sup>104</sup> *Ibid.*, hlm. 109 s/d 113

**Tabel 5**  
**Diskresi Pemerintahan dalam Undang-Undang Administrasi Pemerintahan**



**C. Diskresi Pemerintahan dalam Praktek dan Putusan Mahkamah Agung**

Dalam tulisan ini, akan diuraikan beberapa diskresi pemerintahan yang ada dalam praktek, namun digugat oleh pihak yang merasa dirugikan dengan adanya diskresi tersebut. Dari adanya gugatan ini kemudian diputus oleh lembaga peradilan yang berwenang, yaitu diputus oleh pengadilan tingkat pertama (PTUN) sampai dengan Mahkamah Agung. Terhadap putusan-putusan pengadilan tersebut, penulis menguraikan secara singkat mengenai kaidah hukum yang terkandung di dalamnya, khususnya putusan Mahkamah Agung. Putusan-putusan tersebut merupakan putusan yang sudah mempunyai kekuatan hukum tetap dan mengikat.

- 1) Putusan No. 48 PK/TUN/2010, Putusan No. 309 K/TUN/2009, Putusan No. 46 B/2009/PTTUN.JKT, dan Putusan No. 136/G/2008/PTUN-JKT

### **Kasus Posisi :**

Penggugat adalah perusahaan swasta nasional yang bergerak di bidang Migas termasuk Pengelolaan Minyak dan Gas Bumi. Penggugat telah cukup lama bergerak di bidang tersebut, sehingga telah memiliki pengalaman yang memadai dengan pengetahuan, keahlian dan pengalaman kerja yang profesional dengan SDM yang handal, serta didukung oleh kemampuan dan sumber keuangan yang berasal dari milik sendiri maupun dalam dan luar negeri. Sebagai mitra Perusahaan Daerah berkaitan dengan Pengelolaan Gas Bumi, Penggugat telah mengikuti seleksi kegiatan (tender) untuk membangun dan mengelola Gas Bumi di Kabupaten Bekasi. Hasil dari seleksi itu, Penggugat menempati posisi kedua. Dalam perjalanannya si pemenang seleksi tidak mampu melaksanakan pekerjaan pembangunan LPG yang telah disepakati. Oleh karenanya, Pemda Bekasi telah menunjuk Penggugat sebagai pemenang seleksi kedua untuk menggantikan pemenang pertama. Kemudian diadakan perjanjian antara Penggugat dengan Perusahaan Daerah Kabupaten Bekasi. Akan tetapi, setelahnya ada pergantian Kepala Daerah, yang berdampak pada pemutusan perjanjian kerja sama tersebut. Singkat cerita, terjadilah gugatan perjanjian kerja sama tersebut ke dua jalur pengadilan, yaitu PTUN dan Pengadilan Negeri. Putusan PTUN sudah sampai tingkat Peninjauan Kembali dimenangkan oleh pihak Penggugat, yang amar pokoknya yaitu menyatakan tidak sah surat keputusan Bupati Bekasi No... tentang pembatalan kerja sama antara Perusahaan Daerah Kabupaten Bekasi dengan Penggugat, sedangkan perkara di Pengadilan Negeri masih dalam proses kasasi dan belum berkekuatan hukum tetap.

Dengan adanya sengketa ini, Penggugat juga telah memberitahukan kepada pihak Tergugat (Menteri Energy Sumber Daya Mineral RI) melalui Dirjen Migas, karena terkait proyek tersebut juga terdapat kewenangan Tergugat untuk mengambil keputusan untuk melaksanakan kegiatan dimaksud. Namun, Tergugat tetap menerbitkan objek sengketa



keta (Surat Keputusannya tahun 2008 Tentang Izin Usaha Pengolahan Gas Bumi Kepada Pihak Ke-III).

### **Abstraksi Putusan :**

Kalau dicermati, terbitnya surat keputusan objek sengketa, merupakan tindakan diskresi pemerintahan Tergugat. Hal ini dikarenakan, berdasarkan ketentuan Pasal 30 Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi dan Pasal 13 ayat (1) Jo Pasal 15 ayat (1) dan (2) Peraturan Pemerintah Nomor 36 Tahun 2004 tentang Kegiatan Usaha Hilir Minyak dan Gas Bumi, Tergugat mempunyai kewenangan menerbitkan Izin Usaha terkait Migas. Namun kepada siapa izin usaha itu diberikan, peraturan dimaksud hanya mengatur persyaratan administrasi dan teknis saja yang harus dipenuhi oleh pihak calon penerima izin usaha tersebut. Melihat kasus dalam perkara ini, Tergugat menggunakan kewenangan yang bersifat diskresi untuk menerbitkan objek sengketa, mengingat kegiatan pelaksanaan proyek itu harus segera dilaksanakan mengingat anggaran yang dibatasi oleh waktu. Dengan pertimbangan (Tergugat), berdasarkan hasil pengujian Dirjen Migas terhadap berbagai aspek (aspek administrasi, teknis, kinerja perusahaan, serta rencana bisnis perusahaan ke depan dan telah dipenuhinya persyaratan), maka Tergugat menunjuk pihak ke tiga, yaitu memberikan izin usaha pengolahan gas bumi.

Dari perkara yang diajukan itu, PTUN (tingkat pertama) dan Pengadilan Tinggi TUN (tingkat banding) membenarkan sikap Tergugat dalam melakukan tindakan diskresi pemerintahan itu. Menariknya, setelah diajukan upaya hukum kasasi, Mahkamah Agung menyatakan tindakan diskresi pemerintahan Tergugat itu melanggar asas kecermatan dan asas larangan bertindak sewenang-wenang sebagaimana dimaksud dalam asas-asas umum pemerintahan yang baik (hukum administrasi tidak tertulis). Hal ini dikarenakan, Tergugat menerbitkan objek sengketa ketika proses peradilan masih berjalan, dan pihak Penggugat juga sebelumnya telah memberitahukan kepada Tergugat mengenai adanya proses peradilan tersebut. Dengan demikian, diskresi pemerintahan Tergugat cacat prosedur. Meskipun diajukan upaya hukum Peninjauan Kembali, ternyata Putusan Peninjauan Kembali tetap membenarkan putusan kasasi tersebut.

Berdasarkan putusan tersebut, yang menjadi kualifikasi diskresi pemerintahan adalah kearifan dan kebijakan pejabat pemerintahan dalam menerbitkan keputusan yang bersifat dikresi, terutama pada waktu proses penerbitan harus memperhatikan permasalahan hukum yang sedang berjalan di peradilan.

- 2) Putusan No. 391 K/TUN/2009, Putusan No. 81/B/2009/PTTUN-JKT, dan Putusan No. 155/G/2008/PTUN-JKT

### **Kasus Posisi :**

Penggugat adalah ahli waris dari Pemilik dan Pengelola dari Stasiun Pengisian Bahan Bakar Umum (SPBU) yang terletak dan dikenal umum di Jalan Tanjung Duren, Jakarta, sebagaimana Penetapan Pengadilan Agama Jakarta Selatan tanggal 26 Februari 2007 Jakarta Selatan. SPBU tersebut berdiri di atas bidang tanah dengan bukti kepemilikan, seperti: Surat Izin Tempat Usaha, Surat Keterangan Domisili Perusahaan, Surat Penunjukan Pengelolaan dan Penggunaan SPBU yang sampai dengan adanya sengketa ini masih berlaku.

Meskipun surat izin pengelolaan dan penggunaan SPBU tersebut masih berlaku, namun General Manager Pemasaran BBM Retail Region III PT. Pertamina (Persero) (Tergugat) menerbitkan Surat tentang Penunjukan Pengelolaan SPBU atas nama pihak ketiga, Surat tentang Pemutusan Hubungan Usaha atas nama Pengusaha SPBU milik Penggugat (ahli waris), dan Surat tentang Penghentian Sementara Supply BBM di SPBU tersebut. Surat-Surat Keputusan Tergugat tersebut kemudian digugat Penggugat ke Pengadilan Tata Usaha Negara Jakarta (selanjutnya disebut objek sengketa).

Menurut Tergugat, dasar diterbitkannya objek sengketa tersebut adalah setelah adanya Penetapan Pengadilan Negeri tanggal 18 Januari 2002, yang pada intinya menyatakan orang tua Penggugat telah menghibahwasiatkan harta peninggalannya kepada Pihak Ke-III berupa sebidang tanah HGB berikut kegiatan usaha SPBU yang ada diatas tanah itu, yang kemudian dikuatkan dengan akta hibah wasiat dan surat perjanjian yang dibuat di Notaris.

## Abstraksi Putusan :

Penulis melihat bahwa objek sengketa diterbitkan oleh Tergugat atas dasar adanya diskresi pemerintahan. Karena objek sengketa terbit pada tanggal 25 Juni 2008 di lokasi yang dikuasai Penggugat atas dasar Surat Penunjukan Pengelolaan dan Penggunaan SPBU yang masa berlakunya habis sampai tanggal 4 Desember 2014, sehingga Tergugat mengenyampingkan keberadaan surat Penggugat tersebut.

Mahkamah Agung dalam putusannya menguatkan putusan Pengadilan Tinggi Tata Usaha Negara Jakarta yang juga menguatkan Putusan Pengadilan Tata Usaha Negara Jakarta. Sehingga kaidah hukum yang digunakan ada pada pertimbangan hukum pengadilan tingkat pertama (PTUN Jakarta). Dalam putusannya, pengadilan menyatakan Tergugat mempunyai kewenangan menerbitkan objek sengketa sebagaimana ditentukan dalam Pasal 6 ayat (1) Peraturan Pemerintah RI Nomor 31 Tahun 2003 tentang Pengalihan Bentuk Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara (Pertamina) Menjadi Perusahaan Persero (Persero), dan uraian tugas yang ditetapkan Direksi Pertamina (Persero), sehingga Tergugat berwenang untuk memberikan ijin / persetujuan untuk pengangkatan rekanan baru pengadaan barang dan jasa, kontraktor / transporter dan pemutusan hubungan kerja. Kemudian dari aspek prosedural dan substansi pengadilan menilai tindakan Tergugat atas dasar keputusan yang bersifat diskresioner (*vrije beschikkingen*) sehingga pengujiannya menggunakan asas-asas umum pemerintahan yang baik. Dalam pertimbangannya, pengadilan menyatakan penerbitan objek sengketa I merupakan izin untuk mengelola SPBU karena balik nama kepada pihak ketiga (Tergugat II Intervensi) dan dalam tanggal yang sama dengan penerbitan objek sengketa I, Tergugat menerbitkan objek sengketa II yang merupakan pemutusan hubungan usaha kepada Penggugat dalam mengelola SPBU yang sama dan dilanjutkan dengan penerbitan objek sengketa III yang merupakan pemutusan aliran BBM ke SPBU yang sama yang sedang dikelola oleh Penggugat. Terhadap penerbitan objek sengketa I tersebut, pengadilan berdasarkan pertimbangannya menyatakan Tergugat tidak mengindahkan kedudukan Penggugat selaku ahli waris (pemilik dan pengelola SPBU di lokasi objek sengketa) sebagaimana penetapan Pengadilan Agama Jakarta

Selatan tanggal 26 Februari 2007. Berdasarkan penetapan ahli waris tersebut, untuk melanjutkan usaha pengelolaan SPBU milik almarhumah, Penggugat dengan surat tanggal 15 November 2007 menyampaikan kepada Tergugat berikut lampiran foto copy surat kematian almarhumah, foto copy kuasa ahli waris, meminta perubahan status kepemilikan SPBU menjadi atas nama salah satu ahli waris. Namun, sebaliknya Tergugat justru mengabulkan permohonan Tergugat II Intervensi yang menggunakan Akta Wasiat tanggal 5 Februari 2002 sebagai dasar penerbitan objek sengketa I, yang isinya menghibahkan SPBU kepada Tergugat II Intervensi. Selain itu, terdapat fakta hukum lainnya, berupa adanya kesepakatan antara Penggugat dengan Tergugat II Intervensi pada tanggal 30 Agustus 2007 untuk membagi peninggalan antara lain untuk SPBU tersebut keuntungan dibagi 45% ahli waris (Penggugat) dan 55% pemegang wasiat. Atas dasar itu, pengadilan menilai Tergugat sesungguhnya telah mengetahui adanya kepentingan Penggugat di dalamnya, terutama adanya permohonan Penggugat yang diajukan lebih dahulu dan bagi hasil antara Penggugat dan Tergugat II Intervensi. Oleh karenanya dalam penerbitan objek sengketa I, terlihat Tergugat hanya mempertimbangkan kepentingan Tergugat II Intervensi semata, tanpa memperhatikan kepentingan Penggugat. Seharusnya Tergugat memanggil Penggugat untuk dimintai keterangannya. Berdasarkan hal tersebut, pengadilan menyatakan penerbitan objek sengketa I bertentangan dengan asas kecermatan yang merupakan bagian dari asas-asas umum pemerintahan yang baik dan objek sengketa I dinyatakan batal. Konsekuensinya, penerbitan objek sengketa II dan III juga harus dinyatakan batal karena merupakan rangkaian dari penerbitan objek sengketa I.

Berdasarkan putusan tersebut, ada klasifikasi yang harus diperhatikan oleh pejabat pemerintahan dalam melakukan diskresi pemerintahan, yaitu kebijakan yang diambil terhadap suatu permohonan perubahan suatu keputusan yang sudah ada tetap memperhatikan substansi keputusan yang masih berlaku tersebut, dan ada kewajiban untuk mendengar keterangan para pihak yang berkepentingan secara berimbang.

- 3) Putusan No. 180 K/TUN/2010, Putusan No. 08/B/2009/PTTUN-JKT, dan Keputusan Bapek No. 090/KPTS/BAPEK/2008

### **Kasus Posisi :**

Penggugat adalah seorang wanita dan bekerja sebagai Pegawai Negeri Sipil (PNS). Selama menjadi PNS Penggugat tidak pernah punya masalah di instansi dia bekerja. Dalam perjalanan waktu, Penggugat disangka melakukan pelanggaran berupa tidak melaksanakan tugas kedinasan (tidak masuk kerja) ± 5 bulan. Kemudian diketahui bahwa ketidakhadiran pada jam kantor tersebut, dikarenakan Penggugat baru saja melahirkan melalui operasi caesar. Setelah menjalani operasi caesar, Penggugat tetap masuk kantor hanya saja sesekali tidak masuk berdasarkan ijin lisan.

Meskipun Penggugat tetap mengisi daftar hadir, namun hal itu tidak diakui oleh Inspektorat Pemerintah Kota Makassar. Dampaknya, pada bulan Maret 2005 gaji Penggugat sudah tidak dibayarkan. Kemudian, Walikota Makassar (selaku Tergugat) melakukan diskresi pemerintahan dengan menerbitkan objek sengketa, yaitu keputusan tanggal 6 Maret 2007 berupa pemberhentian dengan hormat tidak atas permintaan sendiri sebagai Pegawai Negeri Sipil, yang dijatuhi kepada Penggugat, Golongan Ruang II/d, Staf pada Kelurahan Mamajang dalam Kecamatan Mamajang Kota Makassar.

### **Abstraksi Putusan :**

Penggugat sebelumnya sudah mengajukan upaya administratif melalui Badan Pertimbangan Kepegawaian (Bapek), akan tetapi Bapek dalam Surat Keputusannya tanggal 9 Desember 2008, pada pokoknya menyatakan memperkuat sanksi hukuman disiplin kepada Penggugat oleh Walikota Makassar tanggal 6 Maret 2007 berupa pemberhentian dengan hormat tidak atas permintaan sendiri sebagai Pegawai Negeri Sipil (PNS). Kemudian, Penggugat mengajukan upaya hukum ke Pengadilan Tinggi Tata Usaha Negara (PTTUN) Jakarta. Namun PTTUN Jakarta telah mengambil putusan, yaitu putusan Nomor 08/G/2009/PTTUN. Jkt tanggal 19 Januari 2010 yang dalam amarnya pada pokoknya menolak gugatan Penggugat. Artinya, PTTUN Jakarta tetap menguatkan putusan Bapek dan Keputusan Walikota tersebut.

Berbeda dengan putusan tersebut, Mahkamah Agung telah mengambil putusan yang pada intinya *Judex Factie* (PTTUN Jakarta) telah keliru dan salah menerapkan hukum, khususnya tentang cara penilaian kekuatan beberapa alat bukti surat dan keterangan saksi yang diajukan dalam persidangan. Mahkamah Agung memandang secara materiil pembuktian ketidakhadiran Penggugat dalam melaksanakan tugas adalah karena kodrat melahirkan sebagai seorang wanita yang harus menjalani operasi caesar. Hal ini juga secara normatif diperkenankan kepada PNS yang bersangkutan untuk tidak melaksanakan tugas dengan tata cara tertentu. Putusan *Judex Factie* menurut Mahkamah Agung terlalu formalistik dengan menyimpulkan Penggugat terbukti  $\pm$  5 bulan, terhitung mulai Januari s/d Juni 2006 tidak masuk kantor, padahal secara rasional membuktikan ketidakhadiran Penggugat tersebut sebagian karena melahirkan yang tidak bisa diabaikan begitu saja dalam rangka mencari kebenaran materiil dalam persidangan di Peradilan Tata Usaha Negara.

Mencermati putusan Mahkamah Agung tersebut, dalam melakukan diskresi, pejabat pemerintahan hendaknya mempertimbangkan aspek-aspek humanisme seseorang. Terlebih dalam perkara ini, melahirkan adalah merupakan tugas kodrati Pemohon Kasasi sebagai seorang ibu yang terkadang bertaruh nyawa dalam menjalani proses persalinan itu sendiri, dan dalam persalinan yang menjalani operasi caesar, maka dapat dipastikan stamina melemah. Sehingga perlu adanya dispensasi dari pejabat atasannya. Setelah melahirkan pun pada akhirnya Pemohon Kasasi dapat kembali menjalankan tugas sebagai PNS secara normal. Dalam putusan ini, terlihat adanya anasir mazhab hukum alam yang dijadikan sebagai pertimbangan hukum untuk menguji diskresi pemerintahan.

- 4) Putusan No. 60 PK/TUN/2016, Putusan Nomor 295/B/2015/PTTUN.JKT, dan Putusan 42/G/2015/PTUN-BDG

### **Kasus Posisi :**

Perkara ini diawali adanya pembangunan sebuah proyek property di atas lahan yang sebelumnya merupakan sebuah lapangan bola desa kurang

lebih seluas 6.000 M<sup>2</sup>. Lapangan tersebut merupakan lapangan bola yang sudah digunakan oleh penduduk setempat untuk bermain bola dan kegiatan kemasyarakatan lainnya seperti pasar malam. Pembangunan proyek tersebut dilakukan oleh PT. Desindo Wijaya Tama (“PT. DWT”) selaku pemrakarsa ANDAL, yang dimulai pada sekitar Tahun 2010. Proyek property ini nantinya akan dibangun berupa ruko dan pusat perbelanjaan di Jalan Ratna kelurahan Jatibening Pondok Gede Bekasi.

Atas pembangunan ruko dan pusat perbelanjaan tersebut berlangsung tanpa adanya keberatan dari masyarakat termasuk warga Jatibening Estate di lingkungan RW 13, Kelurahan Jatibening *in casu* Para Penggugat (yang bertempat tinggal dan berdomisili yang berbatasan dengan lokasi pembangunan). Meskipun ternyata saluran air limbah dari kompleks pertokoan tersebut dialirkan ke saluran air hujan Komplek Jatibening Estate tanpa seizin warga dan/atau pengurus RT/RW di lingkungan Jatibening Estate *in casu* Para Penggugat. Akan tetapi pada perkembangannya, ternyata PT. DWT hanya membangun pertokoan beserta fasilitas sosial dan fasilitas umum pertokoan tersebut di atas lahan seluas lebih kurang 4.000 M<sup>2</sup> dan sisa lahan seluas lebih kurang 2.000 M<sup>2</sup> tidak jadi dibangun pusat perbelanjaan. Kemudian, sekitar akhir Tahun 2012, lahan sisa dengan luas lebih kurang 2.000 M<sup>2</sup> tersebut ternyata oleh PT. DWT diubah peruntukkannya, dan akan digunakan untuk membangun dan menjual unit Apartemen City Terrace. Meskipun belum mendapatkan izin-izin yang diperlukan untuk membangun apartemen, PT. DWT telah mulai melakukan penjualan yang dilakukan pada saat peluncuran perdana Apartemen City Terrace tersebut pada tanggal 1 Juni 2013. Terhadap rencana PT. DWT membangun Apartemen City Terrace dan aktifitas penjualan unit apartemen walaupun belum mendapatkan izin-izin yang diperlukan tersebut, Para Penggugat telah menyatakan keberatannya baik kepada PT. DWT melalui penyampaian aspirasi langsung pada tanggal 1 Juni 2013 maupun kepada Pemerintah Kota Bekasi termasuk kepada Kepala Badan Pengelolaan Lingkungan Hidup (BPLH) Kota Bekasi (Tergugat) melalui surat-surat Para Penggugat antara lain Surat tertanggal 24 April 2013, Surat tertanggal 12 Mei 2014 dan Surat tertanggal 28 November 2014 (“Surat Keberatan”). Keberatan-keberatan Para Penggugat juga

telah disampaikan dalam setiap pertemuan dan/atau sosialisasi tentang pembangunan Apartemen City Terrace maupun dalam pembahasan izin lingkungan yang diajukan PT. DWT termasuk dalam pengajuan dokumen Analisa Dampak Lingkungan (AMDAL), maupun Rencana Pengelolaan Lingkungan (RPL) dan Rencana Pemantauan Lingkungan (RPL) bagi kelayakan lingkungan Apartemen City Terrace yang telah dinyatakan layak oleh Tergugat melalui Keputusan Nomor 660.1/1534/BPLH.AMDAL tentang Kelayakan Lingkungan Hidup Rencana Kegiatan Pembangunan Apartemen City Terrace di Jalan Raya Dr. Ratna RT 001 RW 001, Kelurahan Jatibening, Kecamatan Pondok Gede, Kota Bekasi tanggal 5 November 2014 (objek sengketa).

Dari adanya keberatan-keberatan Para Penggugat tersebut, Tergugat menyatakan keberadaan Apartemen City Terrace telah sesuai Rencana Tata Ruang Wilayah (RTRW) karena PT. DWT telah memperoleh izin berkaitan dengan tata ruang yakni: Rekomendasi Tim Koordinasi Penataan Ruang Daerah (TKPRD) Kota Bekasi tertanggal 10 Januari 2013, dan Rekomendasi Peruntukan Penggunaan Lahan dan Revisi Rencana Tapak Nomor 651.1/339-Distako/Rekom-PPGL.98/III/2014. Berdasarkan dokumen dimaksud maka keberadaan Apartemen City Terrace telah sesuai dengan RTRW Kota Bekasi dimana Kec. Pondokgede terletak pada wilayah dengan arahan Fungsi Sub Pusat Pelayanan Kota (SPPK) dengan fungsi Pemerintahan, perdagangan skala grosir dan retail kelompok, pusat jasa dan pusat pendidikan. RTRW tersebut adalah gambaran makro Kec. Pondokgede sedangkan gambaran detailnya (mikronya) terdapat di dalam Rencana Dasar Tata Ruang Kota Bekasi. Dengan demikian, pengembangan kawasan hunian vertikal dan kawasan komersial telah selaras dengan arahan sub fungsi SPPK. Selain itu, PT. DWT juga telah memperoleh izin terkait lingkungan hidup berupa :

- Pertimbangan Teknis Peil Banjir melalui surat Dinas Bina Marga dan Tata Air Kota Bekasi tertanggal 16 September 2013.
- Rekomendasi Teknis Amdal melalui surat BPLH Kota Bekasi tertanggal 30 September 2014
- Keputusan Kelayakan Lingkungan Hidup (objek sengketa) pada tanggal 5 Nopember 2014.



- Izin Lingkungan melalui Keputusan Kepala BPPT Kota Bekasi tertanggal 17 Desember 2014.

### **Abstraksi Putusan:**

Beranjak dari permasalahan hukum tersebut, Para Penggugat mengajukan gugatan ke PTUN, dan dalam putusannya PTUN pada intinya mempertimbangkan penerbitan objek sengketa tidak sejalan dengan ketentuan Pasal 8 ayat (2) huruf (a) Perda RTRW Kota Bekasi No. 13/2011, yaitu Kelurahan Jatibening disebutkan peruntukannya sebagai salah satu zona untuk fungsi pusat pemerintahan, perdagangan skala grosir dan retail berkelompok, pusat jasa dan pusat pendidikan dan tidak dinyatakan sebagai zona untuk pusat permukiman. Disamping itu, seharusnya dokumen Amdal yang diawali dengan pengajuan dokumen Kerangka Acuan (KA) tidak dapat dinilai dan tidak diproses lebih lanjut, sehingga tindakan Tergugat yang tetap memproses pengajuan dokumen Amdal oleh PT. DWT hingga diterbitkannya Keputusan Kelayakan Lingkungan Hidup yang menjadi objek sengketa bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku khususnya dari aspek prosedur. Sedangkan dari aspek substansi, dengan adanya fakta bahwa lokasi rencana usaha/atau kegiatan pembangunan serta pengoperasian Apartemen City Terrace oleh PT. DWT tidak sesuai dengan rencana tata ruang Kota Bekasi sehingga bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku dan asas kecermatan dari asas-asas umum pemerintahan yang baik.

Adanya putusan tersebut, oleh pihak Tergugat diajukan upaya hukum banding ke Pengadilan Tinggi TUN. Dalam amar putusan Pengadilan Tinggi TUN tersebut, pada pokoknya menyatakan menerima permohonan Tergugat/Pembanding dan membatalkan putusan PTUN tersebut. Inti dari pertimbangan putusan Pengadilan Tinggi TUN, diawali dengan mempertimbangkan dalil gugatan Penggugat / Terbanding tersebut yang menyebutkan lingkungan Apartemen City Terrace tidak memenuhi / mempunyai 2 (dua) persyaratan rona awal lingkungan yang diwajibkan dalam Peraturan Pemerintah No.4/1988 khususnya Pasal 22 ayat (2) dan ayat (4) Peraturan Pemerintah No.4/1988 yang harus memperhatikan rencana tata ruang dan tata guna tanah yang memung-

kinkan berfungsinya saluran pembuangan air hujan dan air limbah serta dijangkau oleh pelayanan jaringan air bersih dan obyek sengketa tersebut dinilai melanggar Pasal 29 ayat 1 dan Pasal 30 ayat 1 Undang-undang No.32 Tahun 2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup khususnya yang menyangkut masalah Amdal. Terhadap dalil tersebut, dikaitkan dengan beberapa bukti yang diajukan Tergugat/Pembanding, masing-masing berupa : Berita Acara Hasil Penilaian Dokumen Amdal, RKL dan RPL tanggal 27 Agustus 2014, Rekomendasi Teknis Amdal melalui surat Keputusan BPLH Kota Bekasi tertanggal 30 September 2014, Pertimbangan Teknis Peil Banjir melalui Surat Dinas Bina Marga dan Tata Air Kota Bekasi tertanggal 16 September 2013, maka dapat diketahui bahwa sebelum obyek sengketa diterbitkan adalah PT. DWT telah melalui proses/prosedur tahapan-tahapan sebagaimana tersebut. Disamping itu, terkait dengan Penyediaan Air Bersih Pihak PT. Desindo Wijaya Tama telah memperoleh Rekomendasi dari Perusahaan Daerah Air Minum (PDAM) Tirta Patriot Kota Bekasi, sebagaimana suratnya tertanggal 18 Juli 2014, juga dari lain yang berkaitan dapat diketahui bahwa sumber Air Bersih dari City Terrace akan disuplai dari PDAM Kota Bekasi yang berencana membangun jaringan pipa ke lokasi kegiatan. Berdasarkan pertimbangan-pertimbangan hukum tersebut di atas pengadilan berpendapat bahwa Tergugat/Pembanding dalam menerbitkan surat keputusan objek sengketa adalah telah melalui semua prosedur yang ada dan telah mempertimbangkan semua kepentingan yang terkait, sehingga Para Penggugat/Terbanding telah gagal membuktikan akan dalil-dalil gugatannya, oleh karena itu gugatan tersebut haruslah ditolak untuk seluruhnya. Dengan adanya putusan Pengadilan Tinggi TUN tersebut, pihak Para Penggugat mengajukan upaya hukum peninjauan kembali ke Mahkamah Agung. Namun dalam putusannya, Mahkamah Agung pada pokoknya menyatakan putusan Pengadilan Tinggi TUN sudah benar dan tidak terdapat kekhilafan hukum dan kekeliruan nyata-nyata didalamnya, dengan pertimbangan bahwa Keputusan Tata Usaha Negara objek sengketa diterbitkan melalui prosedur tahapan sesuai ketentuan yang berlaku, yaitu dengan adanya Berita Acara Hasil Penilaian Dokumen AMDAL, RKL, dan RPL tanggal 27 Agustus 2014,

Rekomendasi Teknis AMDAL dari BPLH Kota Bekasi, Pertimbangan Teknis Peil Banjir dari Dinas Bina Marga dan Tata Air Kota Bekasi, serta adanya penyediaan air bersih yang sudah diperoleh rekomendasi dari Perusahaan Daerah Air Minum (PDAM) Tirta Patriot Kota Bekasi dengan rencana pembangunan jaringan pipa ke lokasi kegiatan, dengan demikian penerbitan objek sengketa *a quo* telah mempertimbangkan semua kepentingan yang terkait dan memenuhi peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Dari putusan tersebut, terlihat bahwa pejabat pemerintahan dalam hal ini Tergugat mempunyai pilihan hukum dengan adanya permohonan penerbitan objek sengketa. Pilihan hukum dimaksud adalah didasari kewenangan yang melekat pada diri Tergugat. Karena berdasarkan Keputusan Walikota Bekasi Nomor 660.1/Kep.381-PLH/XI/2008 tanggal 17 November 2008 tentang Pendelegasian Penandatanganan Keputusan Kelayakan Lingkungan, Walikota Bekasi menetapkan menunjuk kepala Satuan Perangkat Daerah (SKPD) yang mempunyai kewenangan di bidang lingkungan hidup sebagai pejabat yang berwenang untuk dan atas nama Walikota memberikan keputusan kelayakan lingkungan hidup bagi suatu rencana usaha dan/atau kegiatan (ANDAL, RKL&RPL). Oleh karenanya, Tergugat selaku Kepala SKPD yang mempunyai kewenangan di bidang lingkungan hidup memperoleh dan mempunyai wewenang delegasi untuk menerbitkan keputusan yang menjadi objek sengketa dan tanggung jawab kewenangan berada pada Tergugat selaku penerima delegasi. Berdasar kewenangan dan pilihan hukum untuk mengabulkan atau tidaknya penerbitan objek sengketa, sebagaimana diatur dalam ketentuan Pasal 31 Undang-undang Nomor 32 Tahun 2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup, Pasal 29, Pasal 30, dan Pasal 14 ayat (2) huruf a Pasal 32 ayat (1) Peraturan Pemerintah Nomor 27 Tahun 2012 tentang Izin Lingkungan, dan Peraturan Menteri Lingkungan Hidup Nomor 08 Tahun 2013 tentang Tata Laksana Penilaian dan Pemeriksaan Dokumen Lingkungan Hidup Serta Penerbitan Izin Lingkungan, maka penerbitan objek sengketa oleh Tergugat atas dasar diskresi pemerintahan yang dimilikinya. Dalam perkara ini, diskresi pemerintahan berupa penerbitan objek sengketa, menurut Mahkamah Agung dianggap telah sesuai den-

gan peraturan perundang-undangan yang berlaku dan asas-asas umum pemerintahan yang baik, karena sudah memenuhi syarat-syarat formil maupun materiil penerbitan keputusan objek sengketa tersebut, yaitu telah mempertimbangkan semua kepentingan yang terkait khususnya dokumen-dokumen yang berkenaan dengan izin lingkungan hidup, sebagaimana diuraikan dalam pertimbangan hukumnya.

- 5) Putusan No. 113 PK/TUN/2017 dan Putusan Nomor 02/P/FP/2017/PTUN.SBY

### **Kasus Posisi :**

Para Pemohon menyatakan dirinya sebagai ahli waris H. Kasan, yang dalam sislisah keluarga Para Pemohon sebagai keponakan H. Kasan. H. Kasan menikah dengan Siti Khodijah, dan memiliki sebidang tanah tanah yasan / adat yang tercantum dalam buku letter C Nomor 293, Persil Nomor 91, Kelas Dt-II, yang terletak di Desa Ambeng-Ambeng Watangrejo, Kecamatan Duduk Sampeyan, Kabupaten Gresik seluas kurang lebih 38.310 M<sup>2</sup>, dan sampai saat ini dalam buku letter C, Desa masih atas nama Siti Khodijah. Berdasarkan fakta tanah tersebut belum pernah dialihkan haknya oleh H. Kasan, maupun para ahli warisnya, maka Para Pemohon mengajukan permohonan kepada Kepala Desa Ambeng-Ambeng Watangrejo (Termohon), dengan Surat Permohonan tertanggal 21 Desember 2016 yang telah diterima oleh Termohon, pada tanggal 21 Desember 2016.

Para Pemohon mengajukan permohonan kepada Termohon untuk diterbitkan surat keputusan berupa:

- a. Surat Keterangan Riwayat Tanah (SKRT) yang pada pokoknya menerangkan bahwa pemegang hak atas tanah tersebut atas nama H. MS. Mansur Muhtarom, Dkk. (Ahli waris dari H. Kasan).
- b. Surat Pernyataan Telah Memasang Tanda Batas.
- c. Surat Keterangan mencoret dalam Kutipan Buku Letter C Desa Nomor 293, Persil 91, kelas dt II, luas 38.310 meter persegi, dari atas nama Hj. Khodijah menjadi atas nama H. MS. Mansur Muhtarom, Dkk.

- d. Surat Pernyataan Penguasaan Fisik Bidang Tanah (Sporadik), yang menyatakan bahwa penguasaan fisik bidang tanah dalam buku Letter C Nomor 293, persil 91 kelas d-II, adalah atas nama H. MS. Mansur Muhtarom, Dkk.
- e. Surat Pernyataan sanggup menunjukkan batas-batas tanah kepada petugas ukur Kantor Pertanahan Kabupaten Gresik.
- f. Sket lokasi.
- g. Surat Keterangan tanah tidak atau sedang dalam proses sengketa.
- h. Membuat surat pernyataan yang pada pokoknya berisi pernyataan Kepala Desa tidak akan menerbitkan surat tanah pada objek yang sama kepada pihak lain (selain ahli waris dari H. Kasan) yang berkaitan dengan hak atas tanah dalam buku letter C Desa Nomor 293, Persil 91, kelas dt II, luas 38.310 meter persegi atas nama H. Khodijah, terletak di Desa Ambeng-Ambeng Watangrejo, Kecamatan Duduk Sampeyan, Kabupaten Gresik.

Terhadap permohonan tersebut, Termohon tidak menerbitkan surat-surat yang dimohonkan Para Pemohon sampai batas waktu lebih dari 10 (sepuluh) hari kerja. Padahal permohonan dimaksud telah dilengkapi dengan bukti-bukti surat berupa KTP atas nama Pra Pemohon, KSK atas nama Para Pemohon, Surat Keterangan Kematian (H. Kasan dan istrinya Siti Khodijah, serta orang tua Para Pemohon), Foto copy Petok D Nomor 293 atas nama Siti Khodijah yang telah dilegalisasi oleh Desa Ambeng-Ambeng Watangrejo, foto copy surat perjanjian jual beli tanah tambak tanggal 5 Juni 1956, Surat Pernyataan Ahli Waris almarhum H. Kasan, foto copy permohonan dari ahli waris almarhum H. Kasan pada tanggal 21 November 2016. Oleh karena tenggang waktu permohonan sudah lebih 10 (sepuluh) hari kerja, maka sesuai ketentuan Pasal 53 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan, permohonan tersebut dianggap dikabulkan secara hukum atau secara teoritis dikenal dengan fiktif-positif.

### **Abstraksi Putusan :**

Oleh karena tidak ada aturan dasar yang mengatur batasan waktu bagi Termohon untuk menjawab permohonan Para Pemohon, maka

berdasarkan ketentuan Pasal 53 ayat (2) Undang-Undang Administrasi pemerintahan, apabila sudah melewati 10 (sepuluh) hari kerja sejak permohonan diajukan, menurut ketentuan ini, secara hukum dianggap dikabulkan oleh Termohon. Selanjutnya Para Pemohon dapat mengajukan permohonan kepada PTUN untuk memperoleh putusan penerimaan permohonan tersebut.

Dengan adanya permohonan Para Pemohon ke PTUN, kemudian PTUN memutuskan yang pada pokoknya menyatakan permohonan Para Pemohon dapat dibenarkan dan dikabulkan. Dalam pertimbangannya, PTUN menyatakan bahwa Para Pemohon merupakan ahli waris dari pihak yang namanya tercantum dalam buku letter C desa, sebagai alas hak tanah yang dimohonkan terbitnya objek permohonan. Disamping itu, kedudukan Termohon jika dihubungkan dengan pendaftaran tanah sangatlah penting, hal ini dikarenakan Termohon adalah pihak yang mengetahui situasi, kondisi / keadaan di wilayahnya. Atau dapat dikatakan, Termohon adalah yang paling mengetahui mengenai data fisik dan data yuridis mengenai objek bidang tanah yang ada di bawah wilayah hukumnya, bahkan juga sebagai pihak yang melegalkan dokumen-dokumen pendukung sebagai bukti dalam pendaftaran tanah. Tanpa adanya bukti-bukti / dokumen pendukung yang dilegalkan oleh Termohon, maka sudah dapat dipastikan proses suatu pendaftaran tanah tentunya tidak dapat berjalan. Sehingga sejalan dengan ketentuan Pasal 24 Peraturan Pemerintah No. 24 Tahun 1997 tentang Pendaftaran Tanah. Dengan demikian, tindakan Badan dan/ atau Pejabat Pemerintahan (yang dalam perkara permohonan ini adalah Termohon atau Kepala Desa Ambeng-Ambeng Watangrejo, Kec. Duduksampeyan Kab. Gresik yang mendiamkan saja atau tidak menetapkan dan / atau melakukan keputusan dan / atau tindakan apapun terhadap permohonan Para Pemohon tersebut tidak dapat dibenarkan dan bertentangan dengan Pasal 53 ayat (2) dan ayat (3) Undang-Undang Administrasi Pemerintahan.

Terhadap putusan PTUN yang mengabulkan permohonan Para Pemohon, Termohon kemudian mengajukan upaya hukum peninjauan kembali ke Mahkamah Agung. Dalam pertimbangan hukum Mahkamah Agung, pada intinya menyatakan bahwa terdapat kekeliruan yang nyata

pada putusan PTUN sebagai *Judex Facti*, karena walaupun suatu Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara tidak memenuhi permohonan dari Para Pemohon untuk menerbitkan suatu keputusan atau melakukan tindakan dalam waktu 10 (sepuluh) hari sejak diterimanya permohonan sebagaimana dimaksud Pasal 53 Undang-Undang Administrasi Pemerintahan, akan tetapi tidaklah serta merta harus ditafsirkan bahwa Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara dianggap mengabulkan permohonan dari Para Pemohon (Termohon Peninjauan Kembali), dan selanjutnya pengadilan harus pula mengabulkan permohonan dari Pemohon *a quo*, karena pengadilan harus mempertimbangkan pula, kenapa Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara (Pemohon Peninjauan Kembali) tidak memenuhi permohonan *a quo*. Dalam perkara ini, Pemohon Peninjauan Kembali menganggap masih terdapat permasalahan warisan yang harus diselesaikan terlebih dahulu melalui Peradilan Agama.

Dari uraian tersebut dapat disimpulkan, tindakan Termohon yang demikian masih masuk dalam ranah kewenangannya, karena Pasal 2 ayat (1) Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 30 Tahun 2006 tentang Tatacara Penyerahan Urusan Pemerintahan Kabupaten / Kota Kepada Desa, menyebutkan bahwa urusan pemerintah Kabupaten / Kota yang dapat diserahkan pengaturannya kepada Desa (melalui Kepala Desa) diantaranya adalah bidang pertanahan. Apabila dikaitkan dengan objek permohonan, maka untuk menentukan dikabulkan atau ditolaknya permohonan merupakan tindakan yang bersifat diskresi pemerintahan.

Diskresi pemerintahan yang dilakukan Termohon tersebut menurut Mahkamah Agung dapat dibenarkan. Tidak dikabulkannya permohonan dari Termohon Peninjauan Kembali dikarenakan masih terdapat permasalahan warisan yang harus diselesaikan terlebih dahulu melalui Peradilan Agama, yaitu status kepemilikan tanah tersebut merupakan tanah bersama Hj. Khadijah / Siti Khadijah dan H. Kasan yang belum terbagi, sehingga tidak memenuhi syarat untuk diterbitkan surat keputusan sebagaimana yang dimohon, seperti: Surat Keterangan Riwayat Tanah (SKRT)

# Daftar Pustaka

## A. Buku Literatur :

- A.V. Dicey, *Introduction to the study of The Law Of The Constitution*, Macmillan & Co LTD, London
- Achmad Rustandi, *Responsi Filsafat Hukum*, Armico, Bandung, 1992
- Bachsan Mustafa, *Pokok-Pokok Hukum Administrasi Negara*, PT. Citra Aditya Bakti, Jakarta, 1990
- Baqir Manan, *Menyongsong Fajar Otonomi Daerah*, FH UII, Yogyakarta, 2001
- , *Perkembangan UUD 1945*, FH UII Press, Yogyakarta, 2004
- Beatson, dkk, *Administrative Law : Text and Materials*, Oxford University Press, UK, 2011
- Budiono Kusumohamidjojo, *Filsafat Hukum: Problematik Ketertiban Yang Adil*, CV. Mandar Maju, Bandung, 2011
- C.F.Strong, *Modern Political Constitutions*, Sidgwick & Jackson Limited, London
- Cora Hoexter dan Rosemary Lyster, *The New Constitutional and Administrative Law*, Juta Law
- D.J. Galligan, *Discretionary Powers : A Legal Study of Official Discretion*, Clarendon Press, Oxford, 1990
- E. Sumaryono, *Filsafat Hukum Sebuah Pengantar Singkat*, UAJY, Yogyakarta, 1989
- E. Utrecht, *Pengantar Hukum Administrasi Negara Indonesia*, Pustaka Tinta Mas, Surabaya, 1994
- Fatimah Achyar, *Selintas Tentang Undang-Undang Peradilan Tata Usaha Negara*, Diterbitkan Mahkamah Agung RI, Jakarta, 1989
- H.A. Logemann, *Het Staatsrecht van Indonesie*, N.V. Uitgeverij W. Van Hoeve, Bandung.



- H.D. van Wijk, *Hoofdstukken van Administratief Recht*, LEMMA B.V, Utrecht, 1988
- H.L.A. Hart, *The Cocept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1997
- H.W.R Wade and CF. Forsyth, *Administrative Law*, Oxford University Press, 2000
- Hans Kelsen, *General Theory of Law an State*, The Lawbook Exchange LTD, New Jersey, 1999
- , *Pure Theory of Law*, University of California Prees, Los Angeles
- I Gde Pantja Astawa, *Problematika Hukum Otonomi Daerah di Indonesia*, PT. Alumni, Bandung, 2008
- Ian Ellis-Jones, *Essential Administrative Law*, Cavendish Publishing Pty Limited, Sydney, 2003
- Indroharto, *Usaha Memahami Undang-undang tentang Peradilan Tata Usaha Negara Buku I : Beberapa Pengertian Dasar Hukum Tata Usaha Negara*, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, 2000
- J.P. Wind, *Enige Bestuursrechtelijke Begrippen : en de Algemene wet bestuursrecht*, Sdu Uitgever bv Den Haag, 2004
- Jazim Hamidi, *Penerapan Asas-Asas Umum Penyelenggaraan Pemerintahan Yang Layak (AAUPL) Di Lingkungan Peradilan Administrasi Indonesia*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 1999
- Kranenburg, dkk., *Nederlands Bestuursrecht*, N. Samsom NV, Aphen Aan Den Rijn, Netherland
- Kuntjoro Purbopranoto, *Beberapa Catatan Hukum Tata Pemerintahan dan Peradilan Administrasi Negara*, Alimni, Bandung, 1981
- Lawrence M. Friedman, *The Legal System: A Social Science Perspective*, Russel Sage Foundation
- Lili Rasjidi, *Dasar-Dasar Filsafat Hukum*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 1996
- Lukman Hakim, *Filosofi Kewenangan Organ dan Lembaga Daerah*, Setera Press, Malang, 2012
- M. Irfan Islamy, *Prinsip-Prinsip Perumusan Kebijakan.sanaan Negara*, Bumi Aksara, Jakarta, 1984
- M. Solly Lubis, *Politik Hukum dan Kebijakan Publik*, CV. Mandar Maju, Bandung, 2014

- Muchsan, *Sistem Pengawasan Terhadap Perbuatan Aparat Pemerintah Dan Peradilan Tata Usaha Negara Di Indonesia*, Liberty, Yogyakarta, 1992
- Muhammad Ryaas Rasyid, *Makna Pemerintahan: Tinjauan dari segi Etika dan Kepemimpinan*, PT Mutiara Sumber Widya, Jakarta, 2000
- O. Hood Philips and Jackson, *Constitutional and Administrative Law*, Sweet and Maxwell, London, 2001
- P. Nicolai, dkk., *Bestuursrecht*, Amsterdam, 1994
- Paulus Effendie Lotulung, *Beberapa Sistem Tentang Kontrol Segi Hukum Terhadap Pemerintah*, PT. Bhuana Ilmu Populer, Jakarta, 1986
- Peter H. Schuck, *Foundations Of Administrative Law*, Foundation Press, New York, 2004
- Philippe Nonet and Philip Selznick, *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, Harper Colophon Books, London, 1978
- Philipus M. Hadjon, dkk, *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia*, Gadjah Mada University, Yogyakarta, 2008
- , *Hukum Administrasi dan Good Governane*, Penerbit Universitas Trisakti, Jakarta, 2010
- , *Hukum Administrasi dan Tindak Pidana Korupsi*, Gajah Mada University Press, 2011
- Pipit R. Kartawidjaja, *Pemerintah Bukanlah Negara : Studi Komparasi Administrasi Pemerintah RI Dengan Negara Jerman*, Henk Publishing, Surabaya, 2006
- Prajudi Atmosudirjo, *Hukum Administrasi Negara*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1995
- Ridwan, *Hukum Administrasi Negara*, FH UII Press, Yogyakarta, 2003
- , *Diskresi dan Tanggung Jawab Pemerintah*, FH UII Press, Yogyakarta, 2014
- Romi Librayanto, *Trias Politica Dalam Struktur Ketatanegaraan Indonesia*, PuKAP, Makassar, 2008
- Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Universal Law Publishing Co.PVT.LTD, Delhi, 1999
- Roscoe Pound, *An Introduction to the Philosophi of Law*, Yale University Press
- S.F. Marbun, *Hukum Administrasi Negara I*, FH UII Press, Yogyakarta, 2012

- , *Peradilan Administrasi Negara dan Upaya Administratif di Indonesia*, Penerbit Libety, Yogyakarta, 1997
- Safri Nugraha, dkk., *Hukum Administrasi Negara*, Badan Penerbit FH UI, Jakarta, 2005
- Samodra Wibawa, *Politik Perumusan Kebijakan Publik*, Graha Ilmu, Yogyakarta
- Sjahran Basah, *Perlindungan Hukum terhadap Sikap-Tindak Administrasi Negara*, Alumni, Bandung, 1992
- , *Beberapa Permasalahan Pokok Sebelum Realisasi Efektif Pengadilan Administrasi*, dalam : Bunga Rampai HTN dan HAN, FH UII, Yogyakarta
- Solichin Abdul Wahab, *Analisis Kebijakan: Dari Formulasi Ke Penyusunan Model-Model Implementasi Kebijakan Publik*, Bumi Aksara, Jakarta, 2014
- St. Sularto (Editor), *Mengingat Masa Lalu Menggagas Masa Depan Ekonomi Indonesia*, Kompas, Jakarta, 2000
- Stanislaos Miranda, *Natural Law in The Moral Philosophy of John Locke*, Universitatis Gregoriana, Mangalore, 1971
- Theo Huijbers, *Filsafat Hukum Dalam lintasan Sejarah*, Penerbit Kanisius, Yogyakarta, 1982
- Victor M. Situmorang dan Cormentyna Sitanggang, *Hukum Administrasi Pemerintahan di Daerah*, Sinar Grafika, Jakarta, 1994
- Wahyudi Kumorotomo, *Etika Administrasi Negara*, PT. RajaGrafindo Persada, 2013
- William N. Dunn, *Public Policy Anaysis: An Introduction*, Prentice Hall, 1994
- Yopie Morya Immanuel Patiro, *Diskresi Pejabat Publik Dan Tindak Pidana Korupsi*, CV. Keni Media, Bandung, 2012
- Yulius, dkk (Editor), *Undang-Undang Admnistrasi Pemerintahan Dalam Upaya Pemberantasan Korupsi*, Sinar Grafika, Jakarta, 2016

## **B. Jurnal Hukum, Kamus, Ensiklopedi, dan Surat Kabar :**

- Bryan A. Garner (Editor In Chief), *Black's Law Dictionary*, West Publishing Co., The United States of America

- Departemen Pendidikan Nasional, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, PT Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2014
- Erlyn Indarti, *Diskresi dan Paradigma : Sebuah Telaah Filsafat Hukum*, Pidato Pengukuhan Guru Besar Filsafat Hukum Pada Universitas Diponegoro, Semarang, tanggal 4 Nopember 2010
- Gema Peratun Tahun VI No.12 Agustus 2000, MARI Lingkungan Peratun
- Kamus Besar Bahasa Indonesia, PT Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2013
- Mariun, *Asas-Asas Ilmu Pemerintahan*, Diktat Kuliah Yogyakarta, Fakultas Sosial dan Ilmu Politik UGM
- S. Wojowasito, *Kamus Umum Belanda – Indonesia*, Penerbit PT. Ichtiar baru Van Hoeve, Jakarta, 1996
- Siegfried Brop (Hakim Mahkamah Konstitusi Jerman), *Karakteristik Undang-Undang Prosedur Administrasi dalam Sebuah Negara Hukum Demokratis dan Makna dimungkinkannya gugatan di Peradilan Administrasi bagi sebuah standar Administrasi Pemerintahan*, Seminar Indonesia-Jerman, 2005
- Tatiek Sri Djatmiati, *Perizinan sebagai Instrumen Yuridis dalam Pelayanan Publik*, Orasi Pengukuhan Guru Besar Hukum Administrasi FH Airlangga, Surabaya, 24 November 2007
- Kompas, terbit hari Selasa tanggal 11 Maret 2014
- Kompas, terbit hari Jumat tanggal 16 Mei 2014
- Kompas, terbit hari Jumat tanggal 9 Mei 2014
- Kompas, terbit hari Selasa, tanggal 25 Maret 2014
- Kompas, terbit hari Rabu, tanggal 7 Mei 2014
- Kompas, terbit hari Jum'at, tanggal 16 Mei 2014
- Kompas, terbit hari Kamis, tanggal 18 Januari 2018
- Kedaulatan Rakyat, terbit hari Sabtu, tanggal 27 Januari 2018.
- Kedaulatan Rakyat, terbit hari Selasa, tanggal 23 Januari 2018.

# Indeks

## A

abolisi 4

Administrasi viii, 3, 6, 9, 18, 27,  
28, 29, 30, 31, 33, 34, 36,  
37, 46, 49, 50, 76, 77, 80,  
81, 83, 89, 90, 98, 101, 105,  
106, 109, 110, 112, 126, 127,  
128, 129, 130, 131, 132, 133

asas 4, 8, 17, 30, 46, 47, 48, 49,  
50, 62, 81, 85, 87, 89, 92,  
101, 103, 104, 105, 114,  
116, 117, 122, 125

aspirasi 16, 120

atribusi 31, 33

## B

bantuan 23, 30

batas 19, 35, 53, 63, 73, 77, 80,  
81, 85, 89, 91, 92, 109, 126

bevoegheid 27, 28, 46

bidang vi, 3, 4, 8, 9, 11, 12, 13,  
23, 24, 25, 31, 36, 40, 59,  
65, 70, 76, 89, 90, 103, 106,  
113, 115, 124, 126, 127, 128

## C

cantrang 25

cermin 77, 84

culpability 46

cuti 36

## D

Daerah 3, 4, 5, 8, 13, 14, 31, 33,  
37, 44, 93, 95, 96, 97, 113,  
121, 123, 124, 129, 130, 132

delegasi 17, 32, 33, 34, 86, 124

diagnostik 16

diskresi v, vi, vii, viii, 9, 10, 11, 12,  
13, 14, 15, 16, 17, 18, 19,  
20, 21, 22, 23, 24, 25, 26,  
27, 29, 35, 36, 37, 41, 47,  
52, 53, 54, 55, 56, 57, 58,  
59, 60, 61, 62, 63, 64, 65,  
66, 67, 68, 69, 70, 71, 72,  
73, 74, 75, 77, 78, 79, 80, 81,  
82, 83, 84, 85, 86, 87, 88,  
89, 90, 91, 92, 94, 95, 96,  
98, 99, 100, 105, 106, 107,  
108, 109, 112, 114, 115, 116,  
117, 118, 119, 124, 128

dogol 25

doktrin 5, 17, 19, 31, 71, 103

## E

ekonomi 4, 11, 13, 15, 25, 26, 38,  
58, 65, 83

eksekutif 2, 5, 6, 7, 11, 82

elektronis 29

entitas 47

etimologis 2

## F

faktor 11, 12, 47, 64, 65, 68

Federal 76, 79

fiskal 25

fundamental 11, 42, 43, 71

fungsi 2, 3, 6, 7, 12, 15, 73, 85, 86,  
121, 122

## G

gradual 28  
grasi 4  
Gubernur 23, 24, 95, 96, 97

## H

hibah 23, 115  
hierarkis 32, 92  
historis 11, 70  
hukum v, vi, vii, viii, ix, 2, 4, 5, 7, 8, 9, 10, 12, 13, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 24, 26, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 38, 39, 44, 45, 46, 47, 48, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 98, 99, 100, 101, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 122, 123, 124, 126, 127

## I

implementasi vi, 12, 19, 40  
individu 16, 45, 46, 52, 73, 75, 77, 79, 81, 101, 102, 105  
inkremental 41, 42, 43  
inspektif 2  
izin 30, 36, 66, 99, 114, 115, 116, 120, 121, 125

## J

jabatan 6, 7, 8, 23, 24, 47, 48, 52, 67, 71, 83, 94, 95, 96, 99

## K

karakteristik viii, 5, 62, 63, 77  
klasik 45, 67  
komprehensif v, 41, 42, 43, 65  
konseptual 11, 26, 33, 78  
kontroversi 26, 67

## L

legalitas viii, 9, 49, 59, 75, 76, 92, 102  
legislatif 2, 5, 6, 7, 11, 62, 69, 71, 76, 79, 80, 82, 84, 86, 92  
lembaga 1, 2, 3, 6, 7, 15, 20, 22, 28, 38, 68, 69, 71, 76, 77, 78, 79, 80, 84, 86, 92, 94, 112  
locus 36

## M

Mandataris 37  
Materi 22  
Militer 97  
model viii, 40, 42, 45, 65  
moneter 25

## N

Nelayan 97  
norma v, vii, 12, 15, 23, 26, 29, 31, 34, 35, 37, 39, 47, 48, 52, 55, 57, 58, 59, 60, 63, 64, 66, 67, 68, 72, 74, 76, 79, 84, 86, 90, 91, 92, 93, 94, 96

## O

organisasi 1, 6, 7, 32, 34, 39, 99  
Orisinal 37  
otoritas vii, viii, 8, 11, 12, 28, 71, 80, 90

## P

Paradigma 43, 51, 90, 133  
parlemen 78  
pemerintah v, vi, viii, 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 10, 11, 12, 15, 20, 22, 23, 29, 30, 38, 46, 56, 62, 66, 69, 72, 75, 76, 77, 78, 79, 82, 83, 85, 95, 96, 102, 128  
perdata 16, 76, 77, 85  
pusat 5, 8, 22, 23, 120, 121, 122

## R

rasional viii, 12, 15, 41, 42, 43, 47,  
53, 56, 108, 119  
responsif 16

## S

skema 26  
solusi 12, 16, 40, 92  
stipulatif 4

## T

tahta 71  
teori viii, 16, 19, 27, 28, 29, 33, 41,  
42, 43, 44, 48, 49, 55, 57,  
59, 60, 62, 64, 83  
titah 72, 86

## U

uji 42, 68, 94  
undang-undang 2, 5, 6, 7, 9, 13,  
15, 30, 31, 33, 39, 44, 45,  
49, 62, 70, 71, 72, 73, 76,  
79, 80, 81, 82, 84, 85, 86,  
87, 91, 92, 93, 96, 107, 111

unilateral 76

unsur 4, 6, 36, 37, 41, 45, 47, 48,  
61, 65, 76, 79, 85, 92

## W

wajib 30, 35, 71, 102, 107, 108  
waktu ix, 8, 9, 13, 14, 24, 25, 26,  
28, 36, 55, 63, 70, 71, 78, 79,  
82, 96, 99, 102, 107, 109,  
111, 114, 115, 118, 126, 128  
wewenang 7, 8, 9, 18, 23, 27, 28,  
29, 30, 31, 32, 33, 34, 35,  
36, 37, 47, 48, 49, 73, 75,  
81, 85, 86, 87, 90, 91, 92,  
93, 95, 109, 124

Wilayah 25, 97, 121

Wollen 58, 59

## Y

yudikatif 2, 5, 6, 7, 76  
yudisial 78  
yurisprudensi 79, 103

## Z

zonder 46