

PROBLEMATIKA HUKUM PEMBERIAN DISKRESI PADA LEMBAGA

YUDIKATIF

TESIS



OLEH:

Nama : ASHFA AZKIA, S.H.

NPM : 17912036

BKU : HTN/HAN

PROGRAM MAGISTER ILMU HUKUM

PROGRAM PASCASARJANA FAKULTAS HUKUM

UNIVERSITAS ISLAM INDONESIA

2021

PROBLEMATIKA HUKUM PEMBERIAN DISKRESI PADA LEMBAGA

YUDIKATIF

TESIS



OLEH:

Nama : ASHFA AZKIA, S.H.

NPM : 17912036

BKU : HTN/HAN

PROGRAM MAGISTER ILMU HUKUM

PROGRAM PASCASARJANA FAKULTAS HUKUM

UNIVERSITAS ISLAM INDONESIA

2021



**PROBLEMATIKA HUKUM PEMBERIAN DISKRESI
PADA LEMBAGA YUDIKATIF**

Oleh :

Nama Mhs : **ASHFA AZKIA., S.H.**
No. Pokok Mhs : **17912036**
BKU : **Hukum Tata Negara**

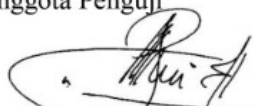
**Telah diujikan dihadapan Tim Penguji dalam Ujian Akhir/Tesis dan
dinyatakan LULUS pada hari Jum'at, 26 Februari 2021**

Pembimbing


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

Yogyakarta, 22 Maret 2021

Anggota Penguji


Prof. Dr. Ni'matul Huda, S.H., M.Hum.

Yogyakarta, 22 Maret 2021

Anggota Penguji



Dr. Idul Rishan, S.H., LL.M.

Yogyakarta, 22 Maret 2021

Mengetahui

Ketua Program Studi Hukum Program Magister
Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia




Drs. Agus Triyanta, M.A., M.H., Ph.D

MOTTO

“Never give up. Great things take time. Be patient”



PERSEMBAHAN

*Kupersembahkan tesis ini untuk almamaterku tercinta,
Program Studi Magister Ilmu Hukum,
Program Pascasarjana Fakultas Hukum,
Universitas Islam Indonesia Yogyakarta, dan
Rasa hormatku dan terimakasihku kepada keluarga tercinta
Ayahanda Fahrudin dan ibunda Khusnul Khotimah;
Saudaraku Aulia Musthafa, Faiz Albanna, Azza Syuhada', Zulfa Ulinnuha;
Serta keponakanku Alfarizky, Alfaiza, Arkanizar, Alfatih, Alghifari;
Sahabatku tersayang Hitaqi, Laksmi, Farikha.*

SURAT PERNYATAAN ORISINALITAS

Saya yang bertanda tangan dibawah ini:

Nama : Ashfa Azkia

NPM : 17912036

BKU : HTN/HAN

Dengan ini menyatakan bahwa penulisan tesis dengan judul **“Problematika Hukum Pemberian Diskresi Pada Lembaga Yudikatif”** ini berdasarkan hasil penelitian, pemikiran dan pemaparan saya sendiri, jika terdapat karya orang lain, saya akan mencantumkan sumber yang jelas. Apabila dikemudian hari ternyata terdapat penyimpangan dan ketidakbenaran dalam pernyataan ini, maka saya menerima sanksi akademik berupa pencabutan gelar Strata-2 yang diperoleh karena karya tulis ini dan sanksi lain sesuai dengan peraturan yang berlaku di Universitas Islam Indonesia.

Demikian pernyataan ini saya buat dengan sebenar-benarnya tanpa ada paksaan dari pihak manapun.

Klaten, 22 Januari 2021

Yang Membuat Pernyataan,



Ashfa Azkia

KATA PENGANTAR

Bismillahirrahmanirrohim,

Assalamu'alaikum Wa rahmatullahi Wa barakatuh. Alhamdulillah Rabbil'Alamin.

Dengan mengucapkan puji dan syukur penulis haturkan kehadiran Allah SWT karena atas segala rahmat, berkah dan hidayah-Nya, penulis dapat menyelesaikan tesis ini. Serta Sholawat dan salam kepada Nabi Muhammad SAW yang telah membawa kita ke alam penuh makna seperti sekarang. Penulisan tesis dengan judul **“Problematika Hukum Pemberian Diskresi Pada Lembaga Yudikatif”** dimaksudkan untuk memenuhi sebagian syarat guna meraih gelar Magister Hukum pada Pascasarjana Hukum Universitas Islam Indonesia.

Dengan harapan, semoga tesis ini mempunyai nilai manfaat dan dapat memperkaya khazanah kailmuan bagi siapa saja yang membacanya. Penulis menyadari dalam penyusunan tesis ini, penulis mendapat bantuan dalam bentuk apapun yang telah diterima dari berbagai pihak. Maka pada kesempatan ini, penulis menyampaikan ucapan terimakasih serta rasa hormat kepada:

1. Bapak Prof. Fathul Wahid, S.T., M.Sc., Ph.D. Selaku Rektor Universitas Islam Indonesia Yogyakarta;
2. Bapak Dr. Abdul Jamil, S.H., M.H. Selaku Dekan Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia;
3. Bapak Drs. Agus Triyanta, M.A., M.H., Ph.D. Selaku Ketua Program Studi Magister Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia;
4. Bapak Dr. Ridwan HR, S.H., M.Hum. Selaku dosen pembimbing, terimakasih dan salam hormat saya karena telah memberikan bimbingan kepada penulis dengan penuh kesabaran dan keterbukaan sehingga penyusunan tesis ini dapat terselesaikan. Dan yang selalu memberikan inspirasi kepada penulis atas karya-karya beliau yang membantu penulis dalam menjawab segala permasalahan dalam penyusunan tesis;

5. Ibu Prof.Ni'matul Huda, S.H., M.Hum dan Bapak Dr.Idul Rishan,S.H.,LL.M , selaku dosen penguji tesis, terimakasih telah memberi masukan dan saran kepada penulis. Terimakasih kepada Mbak Nurmalita A Harahap, S.H.,M.H, terimakasih telah mendengarkan keluh kesah penulis selama menyelesaikan tesis ini;
6. Prof. Dr. Moh. Mahfud MD, S.H., SU., Prof. Jawahir, S.H., Ph.D., Prof. Hikmahanto Juwana, S.H.,LL.M, Ph.D., Prof Purwo Santoso, M.A, Ph.D., Prof. Dr. Bagir Manan, S.H, M.CL., Prof. Dr.Adi Sulistiyono, S.H., M.H., Dr.Saifuddin, SH., M.Hum., Prof. Dr.Guntur Hamzah, S.H., MH., Dr. Zainal Arifin Mochtar, S.H., LL.M., Dr. Muhamad Busyro Muqoddas, S.H., M.Hum., Dr. Suparman Marzuki, S.H., M.Si., Dr. Mudzakkir, S.H., M.H., Dr. M. Syamsudin, S.H., M.Hum., Dr. SF. Marbun, S.H., M.H., Dr. Drs. Muntoha, S.H., M.Ag., Dr. Mustaqiem, S.H., M.Hum., Dr. W. Riawan Tjandra, S.H., M.Hum., (Alm) Dr. Jazim Hamidi, S.H., M.H. Selaku Dosen Program Studi Magister Ilmu Hukum Universitas Islam Indonesia yang telah memberikan berbagai ilmunya kepada penulis selama menempuh pendidikan di Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia;
7. Segenap Karyawan Program Magister Ilmu Hukum Universitas Islam Indonesia. Mbak Ika, Mbak Nurul, Mbak Listya, Mas Putera, Mas Wawan, Mas Rahmat, Pak Yusri, dan semua yang tidak bisa saya sebutkan, penulis mengucapkan terimakasih atas segala kesempatan, dukungan dan bantuan yang diberikan kepada penulis sehingga penulis dapat menyelesaikan pendidikan S-2 dengan lancar;
8. Keluarga besar Magister Ilmu Hukum Universitas Islam Indonesia angkatan 39, teman seperjuangan HTN/HAN angkatan 39 (Ahmad Rodli, S.HI, M.H, Adam Setiawan, S.H., M.H., Fatma Hidayati, S.H., M.H., Rizky J. Poliang, S.H., M.H., Nehru Asyikin, S.H., M.H., Rheza Firmansyah, S.H., M.H., Any Nurul, S.H., M.H., Ramli, S.H.I, M.H., Juanda Albert, S.H., M.H. Terkhusus sahabat seperjuangan Dipadary Abiyudara, Aziza Aziz Rahmaningsih, Evi

Hastuti, terimakasih telah memberikan warna dan kenangan indah selama masa studi S-2 ini;

9. Keluarga Besar Pusat Studi Hukum Konstitusi (PSHK) Fakultas Hukum UII, yang telah memeberikan kesempatan kepada penulis untuk belajar dan menggali ilmu-ilmu ketatanegaraan;
10. All Crew Rumah Hukum, keluarga klikhukum.id, terimakasih atas segala canda tawa, dukungan, kesempatan dan semangat yang diberikan kepada penulis untuk terus belajar, bekerja, dan bermain bersama;

Serta ucapan terimakasih teristimewa teruntuk:

1. Bapak dan Ibu penulis, bapak Fahrudin dan ibu Khusnul Khotimah, terimakasih selalu memberikan do'a, cinta dan kasih sayang disetiap langkah penulis.
2. Saudara-saudaraku tersayang, Aulia Mushafa, Nuning Farida Utami, Faiz Albanna, Cindy Khairunnisa, Azza Suhada', Heru Setiawan, Zulfa Ulinnuha, Hayyat Kholidan, terimakasih atas segala bentuk dukungan dan do'a yang diberikan. Tak lupa keponakan-keponakan tercinta yang selalu menghibur penulis, Alfarizky, Alfaiza, Arkanizar, Alfatih, Bilal;
3. Sahabat-sahabatku Hitaqi Millata, Farikha Nur Khasanah, Laksmi Pratiwi, Nabih Ahmad Kamal, Handi Pusdiana, Miftah Thoha. Terimakasih telah memberikan semangat dan selalu ada dikehidupan penulis dalam kondisi apapun.

Akhir kata semoga tesis ini dapat membawa manfaat kepada diri penulis, masyarakat, negara maupun bagi perkembangan ilmu hukum. *wassalam'ualaikum warrahmatullahi wabarakatuh.*

Klaten, 22 Januari 2021

Penulis,

Ashfa Azkia

DAFTAR ISI

HALAMAN JUDUL	i
HALAMAN PENGESAHAN	ii
HALAMAN MOTTO DAN PERSEMBAHAN	iii
HALAMAN PERNYATAAN	iv
KATA PENGANTAR	v
DAFTAR ISI	vii
ABSTRAK	x
BAB I PENDAHULUAN	1
A. Latar Belakang Masalah	1
B. Rumusan Masalah	12
C. Tujuan Penelitian	12
D. Orisinalitas Penelitian	12
E. Kerangka Teori	14
F. Metode Penelitian	33
BAB II TINJAUAN UMUM TENTANG NEGARA HUKUM INDONESIA, ORGAN PEMERINTAH, KEWENANGAN PEMERINTAH, TINDAKAN PEMERINTAH, DISKRESI DAN AAUPB	
A. Negara Hukum Indonesia	38
B. Organ Pemerintah	43
C. Kewenangan Pemerintah	50
D. Tindakan Pemerintah	56
E. Diskresi	64
F. Asas-Asas Umum Pemerintah Yang Baik (AAUPB)	77

**BAB III ANALISIS PEMBERIAN KEWENANGAN UNTUK
MENGUNAKAN DISKRESI PADA LEMBAGA YUDIKATIF DAN
PROBLEMATIKA PENGGUNAAN DISKRESI BAGI LEMBAGA
YUDIKATIF**

A. Analisis Pemberian Kewenangan Untuk Menggunakan Diskresi Pada Lembaga Yudikatif	90
B. Problematika Penggunaan Diskresi Bagi Lembaga Yudikatif	95

BAB IV PENUTUP

A. Kesimpulan	106
B. Saran	108
DAFTAR PUSTAKA	110

ABSTRACT

The government has the authority to make laws and regulations and is adhered to with the authority to make discretion. This is because in certain conditions, there are obstacles that must be faced in the field in the form of unclear or incomplete legal rules that are applicable which are the basis for every action and / or decision that must be taken by Government Officials. In State Administrative Law it is known that the government in question is the executive, but with the existence of Law Number 30 of 2014 concerning Government Administration, the scope included in the meaning of government in question is judicative and legislative, so that the judiciary as referred to in the research can exercise discretionary powers. . This study aims to determine whether the Judicative Institution can theoretically be given the authority to use discretion and to find out the problems in the use of discretion for the Judiciary. This research is a normative study that uses a conceptual approach and a statute approach. The focus that is the center of research information or providing data to the author in this study is Law Number 30 of 2014 concerning Government Administration and the concept of discretionary theory in State Administrative Law. This research is a normative legal research with secondary data sources consisting of primary legal materials, secondary and tertiary. The analysis of legal materials in this study is presented qualitatively, using descriptive analysis. The legal material analysis technique used in this legal research is to use the induction analysis method, which is to draw conclusions from a specific matter into general provisions. The results of this thesis research include, first, the Judiciary is a governmental organ as referred to in law. State Administration in which it has the authority to use discretion to carry out its duties and functions. Second, there is a similarity in meaning between discretion and the discovery of law, namely by thinking. However, there are legal problems in the use of discretion in the judiciary, namely Law Number 30 of 2014 is a material rule, while to implement its provisions must go through formal rules, so the rules regarding discretion will not be implemented and there are no rules regarding discretionary testing.

Keywords: Authority, Discretion, Judiciary Institution

ABSTRAK

Pemerintah berwenang membuat peraturan perundang-undangan juga dilekati dengan kewenangan membuat diskresi. Hal ini dikarenakan dalam kondisi tertentu, terdapat kendala yang harus dihadapi di lapangan berupa tidak jelas atau belum lengkapnya aturan hukum yang berlaku yang menjadi dasar bagi setiap tindakan dan/atau keputusan yang harus diambil oleh Pejabat Pemerintahan. Dalam Hukum Administrasi Negara dikenal bahwa pemerintahan yang dimaksud adalah eksekutif, namun dengan adanya UU Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintah, ruang lingkup yang termasuk dalam arti pemerintahan yang dimaksud adalah yudikatif dan legislatif, sehingga lembaga yudikatif sebagaimana yang dimaksud dalam penelitian dapat menggunakan kewenangan diskresi. Penelitian ini bertujuan untuk mengetahui apakah Lembaga Yudikatif secara teoritik dapat diberikan kewenangan untuk menggunakan diskresi dan untuk mengetahui problematika penggunaan diskresi bagi Lembaga Yudikatif. Penelitian ini merupakan penelitian normatif yang menggunakan pendekatan konseptual dan pendekatan undang-undang. Fokus yang menjadi pusat informasi penelitian atau memberi data kepada penulis dalam penelitian ini adalah Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan dan konsep teori diskresi dalam Hukum Administrasi Negara Penelitian ini merupakan penelitian hukum normatif dengan sumber data sekunder yang terdiri dari bahan hukum primer, sekunder dan tersier. Analisis bahan hukum pada penelitian ini disajikan secara kualitatif, dengan menggunakan analisis deskriptif. Teknik analisis bahan hukum yang digunakan dalam penelitian hukum ini adalah menggunakan metode analisis induksi, yaitu menarik kesimpulan dari suatu hal yang bersifat khusus ke dalam ketentuan yang umum. Hasil penelitian tesis ini antara lain, *pertama*, Lembaga Yudikatif termasuk organ pemerintahan sebagaimana yang dimaksud didalam hukum Administrasi Negara yang didalamnya mempunyai kewenangan untuk menggunakan diskresi untuk menjalankan tugas dan fungsinya. *Kedua*, terdapat kesamaan makna antara diskresi dan penemuan hukum, yaitu keleluasaan berpikir. Namun terdapat problematika hukum penggunaan diskresi pada lembaga yudikatif, yaitu UU Nomor 30 Tahun 2014 merupakan aturan materiil sedangkan untuk melaksanakan ketentuannya harus melalui aturan formilnya, maka aturan mengenai diskresi tidak akan implementatif dan belum ada aturan mengenai pengujian diskresi.

Kata Kunci: Kewenangan, Diskresi, Lembaga Yudikatif

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Seiring dengan berkembangnya tugas-tugas pemerintahan, khususnya dalam ajaran *welfare state*, yang memberikan kewenangan yang luas kepada administrasi negara termasuk kewenangan dalam bidang legislasi, maka peraturan-peraturan hukum dalam Hukum Administrasi Negara disamping dibuat oleh lembaga legislatif, juga ada peraturan-peraturan yang berkenaan dengan pemerintah dalam arti sempit atau administrasi negara, peraturan-peraturan tersebut dibentuk oleh lembaga legislatif untuk mengatur tindakan pemerintahan dalam hubungannya dengan warga negara, dan sebagian peraturan-peraturan itu dibentuk oleh administrasi negara.¹ Sejalan dengan pemberian wewenang kepada pemerintah untuk menata, mengatur dan memberikan pelayanan kehidupan warga negara, pembentukan peraturan-peraturan oleh administrasi negara atau pemerintah merupakan sesuatu yang tidak dapat dihindari dalam penyelenggaraan negara dan pemerintahan dalam suatu negara dan pemerintahan dalam suatu negara hukum yang modern.²

¹ Soehino, *Asas-asas Hukum Tata Pemerintahan*, (Yogyakarta: Liberty, 1984), hlm.2

² Ridwan HR, *Hukum Administrasi Negara*, Cetakan ke-14, (Jakarta: Rajawali Press, 2018), hlm 38

Pemerintah dapat diartikan secara luas dan dapat pula diartikan secara sempit. Pemerintah dalam arti secara luas (*bewindvoering* atau *regering*) mencakup semua alat kelengkapan negara, yang pada pokoknya terdiri dari cabang-cabang kekuasaan eksekutif, legislatif, dan yudisial atau alat-alat kelengkapan negara yang bertindak untuk dan atas nama negara. Sedangkan yang dimaksud pemerintahan dalam arti sempit (*bestuur* atau *administratie*) adalah khusus mencakup kekuasaan eksekutif.³ Pemerintah dalam arti sempit ini juga dikenal dengan sebutan administrasi.

Administrasi (*bestuur*) sendiri dalam Hukum Administrasi memiliki dua pengertian, yaitu administrasi diartikan secara fungsional dan administrasi diartikan secara institusional atau sebagai organisasi.⁴ Dalam arti fungsional, administrasi merupakan penyelenggaraan semua tugas-tugas kenegaraan selain bidang pembuatan undang-undang dan peradilan. Sedangkan secara institusional, administrasi adalah kumpulan jabatan pemerintahan (*complex van de bestuursambten*).⁵ Kumpulan jabatan pemerintahan tersebut, merupakan bagian dari instrumen dalam menjalankan hukum administrasi untuk mengelola negara dan pemerintahan. Karenanya diperlukan kewenangan yang melekat pada pejabat pemerintahan yang berfungsi sebagai media pelaksanaan tugas dan kewajibannya. Hal ini diperlukan guna

³ Bagir Manan dan Kuntana Magnar, *Beberapa Masalah Hukum Tata Negara Indonesia*, (Bandung: Alumni, 1997), hlm. 158-159.

⁴ Ridwan, *Diskresi dan Tanggung Jawab Pemerintah*, Cetakan Pertama, (Yogyakarta: FH UII Press, 2014), hlm.92-93.

⁵ *Ibid.*, hlm. 93.

mewujudkan tujuan negara sebagaimana tercantum dalam alinea keempat Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 sehingga pemerintah berkewajiban melakukan intervensi kehidupan warga negara melalui tugas dan wewenang yang dimiliki secara konstitusional.

Menurut Ridwan⁶, sebagai bagian dari wujud pemenuhan kewajiban pemerintah dalam mewujudkan tujuan negara tersebut, pemerintah memiliki kewenangan membentuk organ-organ pemerintahan, membuat peraturan perundang-undangan (*regeling*), membuat peraturan kebijakan (*beleidsregel*), mengeluarkan berbagai keputusan, perizinan dan sebagainya.

Berkaitan dengan wewenang membuat peraturan, pejabat pemerintahan sebetulnya tidak terbatas pada fungsi pelaksanaan peraturan sebagaimana dalam konsep pemisahan kekuasaan trias politika. Dalam praktiknya, pemerintah selain melaksanakan peraturan juga memiliki fungsi dan wewenang yang melekat pada jabatannya untuk membuat peraturan dan menyelesaikan sengketa. Oleh karena itu, dalam penyelenggaraan pemerintahan Indonesia banyak ditemui peraturan perundang-undangan yang hanya dibuat oleh organ pemerintah mulai dari pemerintah pusat sampai di tingkat daerah seperti Peraturan Pemerintah, Peraturan Presiden, Peraturan Menteri hingga Peraturan Bupati/Walikota.⁷

⁶ *Ibid.*, hlm 86.

⁷ *Ibid.*, hlm. 89.

Dalam rangka mewujudkan tujuan negara dan kesejahteraan umum, selanjutnya pemerintah selain berwenang membuat peraturan perundang-undangan juga dilekati dengan kewenangan membuat diskresi. Hal ini dikarenakan dalam kondisi tertentu, terdapat kendala yang harus dihadapi di lapangan berupa tidak jelas atau belum lengkapnya aturan hukum yang berlaku yang menjadi dasar bagi setiap tindakan dan/atau keputusan yang harus diambil oleh Pejabat Pemerintahan dalam melaksanakan atau mendukung tugas dalam mewujudkan kesejahteraan umum tersebut. Diskresi adalah pertimbangan sendiri, wewenang untuk melakukan tindakan berdasarkan kebijakan sendiri, pertimbangan seorang pejabat publik dalam melaksanakan tugasnya, dan kekuasaan seseorang untuk mengambil pilihan melakukan atau tidak melakukan tindakan.⁸

S. Prajudi Atmosudirjo, mendefinisikan diskresi sebagai kebebasan bertindak atau mengambil keputusan dari para pejabat administrasi negara yang berwenang menurut pendapat sendiri. Atmosudirjo menjelaskan bahwa diskresi diperlukan sebagai pelengkap dari asas legalitas, yaitu asas hukum yang menyatakan bahwa setiap tindak atau perbuatan administrasi negara harus berdasarkan ketentuan Undang-Undang. Akan tetapi tidak mungkin bagi Undang-Undang untuk mengatur segala macam kasus posisi dalam

⁸ Ridwan HR, *Hukum Administrasi...op.cit.*, hlm 125.

praktik kehidupan sehari-hari. Oleh sebab itu, perlu adanya kebebasan atau diskresi dari administrasi negara.

Dalam Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan dirumuskan pengertian diskresi adalah Keputusan dan/atau tindakan yang ditetapkan dan/atau dilakukan oleh Pejabat Pemerintahan untuk mengatasi persoalan konkret yang dihadapi dalam penyelenggaraan pemerintahan dalam hal peraturan perundang-undangan yang memberikan pilihan, tidak mengatur, tidak lengkap atau tidak jelas, dan/atau adanya stagnasi pemerintahan. Dengan adanya diskresi memungkinkan pejabat pemerintahan berhak untuk melakukan tindakan tertentu untuk mengatasi persoalan konkret yang dihadapi pemerintah ketika perundang-undangan yang memberikan pilihan, tidak mengatur, tidak lengkap atau tidak jelas maupun terjadi stagnasi pemerintahan, dijelaskan pula bahwa yang dimaksud dengan stagnasi pemerintahan adalah tidak dapat dilaksanakannya aktivitas pemerintahan sebagai akibat kebuntuan atau disfungsi dalam penyelenggaraan pemerintahan, sebagai contoh yaitu keadaan bencana alam atau gejolak politik.

Namun demikian, berdasarkan Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan, terdapat perubahan yang patut menjadi diskursus baru dalam dunia akademik di bidang hukum administrasi dimana Pasal 4 ayat (1) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 menyebutkan

Ruang Lingkup pengaturan Administrasi Pemerintahan meliputi semua aktivitas:

- a. Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan yang menyelenggarakan Fungsi Pemerintahan dalam lingkup lembaga eksekutif;
- b. Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan yang menyelenggarakan Fungsi Pemerintahan dalam lingkup lembaga yudikatif;
- c. Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan yang menyelenggarakan Fungsi Pemerintahan dalam lingkup lembaga legislatif; dan
- d. Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan lainnya yang menyelenggarakan Fungsi Pemerintahan yang disebutkan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dan/atau undang-undang.

Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan adalah unsur yang melaksanakan Fungsi Pemerintahan, baik di lingkungan pemerintah maupun penyelenggara negara lainnya. Pemerintah mempunyai tugas dan fungsi mengatur dan menyelenggarakan urusan pemerintah atau melayani kepentingan umum. Pasal 1 angka 2 UU Nomor 30 Tahun 2014 menyebutkan bahwa fungsi pemerintahan adalah fungsi dalam melaksanakan Administrasi Pemerintahan yang meliputi fungsi pengaturan, pelayanan, pembangunan, pemberdayaan, dan perlindungan. Dalam penjelasan Pasal 1 angka 1 UU Nomor 5 Tahun 1986 tentang PTUN disebutkan bahwa urusan pemerintah adalah kegiatan yang bersifat eksekutif. Mengenai urusan pemerintahan tersebut, Hadjon membuat rumus sebagai berikut : $B = KN - (rg+rh)$, maksudnya adalah urusan pemerintahan ($B = \textit{bestuur}$) adalah semua kekuasaan atau kegiatan negara (KN) dikurangi pembuat undang-undang ($rg = \textit{regelgeving}$) dan peradilan ($rh + \textit{rechtsspraak}$). Tetapi perlu diingat kembali

bahwa kedudukan hukum pemerintah dalam proses *regelving* atau *wetgeving* dan proses peradilan (*rechsspraak*) adalah sebagai “pemerintah”, yang melaksanakan urusan diluar bidang pemerintahan atau administrasi.⁹ Dengan demikian maka ada ketidakselarasan antara ruang lingkup pengaturan administrasi pemerintahan dengan teori yang ada dalam hukum administrasi negara dimana badan dan/atau Pejabat Pemerintahan yang menyelenggarakan Fungsi Pemerintahan dalam lingkup lembaga yudikatif dalam hal ini adalah lembaga peradilan menjadi ruang lingkup UU Nomor 30 Tahun 2014 yang menjadikan memiliki wewenang membuat diskresi, yang merupakan wewenang yang dimiliki oleh pejabat administrasi dalam hal ini berarti eksekutif, namun dengan adanya perluasan cakupan dalam Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan menjadikan badan dan/atau pejabat lingkup lembaga yudikatif dalam hal ini adalah lembaga peradilan juga memiliki wewenang membuat diskresi.

Jika melihat unsur-unsur diskresi, bahwa diskresi digunakan untuk mengatasi persoalan konkret yang dihadapi dalam penyelenggaraan pemerintahan dalam hal peraturan perundang-undangan yang memeberikan pilihan, tidak mengatur, tidak lengkap atau tidak jelas, dan/atau adanya stagnasi pemerintahan. Ketika diskresi diberikan kepada lembaga yudikatif, tentu unsur harus terpenuhi. Diskresi juga muncul pada saat undang-undang

⁹ Ridwan. HR, *Tiga Dimensi Hukum Administrasi dan Peradilan Administrasi*, (Yogyakarta: FH UII Press, 2009), hlm 39

tidak menentukan secara jelas apa yang harus dilakukan terhadap suatu persoalan tertentu. Hal ini berkaitan erat dengan asas hukum bahwa pengadilan tidak boleh menolak perkara dengan alasan tidak ada atau kurang jelas hukumnya. Asas tersebut secara tidak langsung telah memberikan kewenangan kepada hakim untuk menentukan sendiri hukumnya dengan cara menggali dan mencari hukum yang tepat terhadap perkara yang diajukan.

Lembaga yudikatif melakukan penerapan undang-undang terhadap persoalan hukum yang diajukan. Tidak selalu persoalan yang diperiksa dan diadili adalah perkara yang jelas hukumnya, adakalanya hukum tersebut harus dicari terlebih dahulu dengan berbagai penalaran dan penelaahan. Jika setiap hakim terbelenggu pada ketentuan undang-undang, maka dalam kasus-kasus tertentu keadilan substantif tidak mungkin akan bisa dicapai dengan baik.¹⁰ Dalam menghadapi hal tersebut hakim tidak dapat berpangku tangan dan menutup mata, namun dituntut harus dapat memberi solusi yang konstruktif bagi implementasi hukum dalam konteks perubahan sosial yang salah satunya dengan menggunakan metode penemuan-penemuan hukum (*rechtvinding*).¹¹ Di ranah implementasi dan penegakan hukum khususnya pada lembaga kekuasaan kehakiman, diskresi sering muncul ketika undang-undang memberikan kewenangan kepada hakim untuk memilih dari dua atau beberapa

¹⁰ Darmoko Yuti Witanto dan Arya Putra Negara, *Diskresi Hakim Sebuah Instrumen Menegakkan Keadilan Substantif Dalam Perakara-Perkara Pidana*, cetakan kesatu, (Bandung: ALFABETA, 2013), hlm 68.

¹¹ *Ibid*, hlm 23.

pilihan yang memang sudah disediakan oleh undang-undang, misalnya dalam hal kewenangan penahanan. Pasal 20 ayat (3) KUHAP berbunyi “untuk kepentingan pemeriksaan hakim disidang pengadilan dengan penetapannya berwenang melakukan penahanan” selanjutnya menyangkut makna yang sama undang-undang menegaskan kembali Pasal 190 huruf (a) KUHAP yang berbunyi “selama pemeriksaan di sidang jika terdakwa tidak ditahan dipengadilan dapat memerintahkan dengan surat penetapannya untuk menahan terdakwa apabila dipenuhi ketentuan Pasal 21 dan terdapat alasan yang cukup”, kata berwenang dan kata dapat dalam dua ketentuan pasal diatas memeberikan makna bahwa penahanan bukan merupakan kewajiban yang dibebankan kepada seorang hakim yang sedang mengadili perkara, akan tetapi sebagai hak yang bisa saja digunakan dan sekaligus juga tidak dapat disalahkan jika kewenangan itu tidak dipergunakan. Menurut dua pasal KUHAP di atas undang-undang telah memberikan kewenangan kepada hakim untuk memilih antara menerapkan penahanan kepada si terdakwa atau tidak, jika tindak pidana yang didakwakan memenuhi syarat dan alasan yang telah ditentukan secara tegas di dalam undang-undang.

Lembaga yudikatif juga dihadapkan dengan persoalan terkait kekosongan hukum, misalnya aturan terkait peran hakim pengganti dalam KUHAP sendiri belum diatur. Peran hakim pengganti dikaitkan dengan pasal 198 ayat (1) KUHAP tentang pergantian hakim ketika berhalangan

tetap. aturan dalam pasal 198 ayat (1) KUHP merupakan aturan yang bersifat *imperative* atau memaksa artinya ketika hakim dinyatakan berhalangan maka ketua pengadilan harus segera menunjuk hakim pengganti untuk kemudian kembali dilakukannya proses persidangan. Persidangan tetap harus dilanjutkan dan tidak dapat ditunda dengan alasan berhalangan hadirnya hakim, agar jalan pemeriksaan dalam persidangan dapat berjalan dengan lancar serta kemudian bahwa hakim pengganti memiliki kewenangan untuk melakukan diskresi dikarenakan adanya kekosongan hukum yang terjadi dimana belum ada aturan baku terkait peran hakim pengganti.¹²

Istilah diskresi berasal dari bahasa inggris yaitu *discretion* yang berarti kebebasan dan kebebasan itu bisa diwujudkan baik dalam bentuk kebebasan memilih, kebebasan menafsirkan, kebebasan mempertimbangkan atau kebebasan mengambil keputusan.¹³ Dalam fungsi kekuasaan mengadili kebebasan merupakan pilar utama dalam konsep negara hukum, karena salah satu ciri dari negara hukum adalah adanya kekuasaan kehakiman yang bebas dan merdeka. terhadap kondisi yang sama antara pemerintah ketika dihadapi permasalahan undang-undang atau peraturan tidak lengkap/tidak ada/pilihan atau seperti yang dijelaskan sebelumnya maka dilekati wewenang diskresi, sedangkan hakim dalam hal ini lembaga yudikatif ketika dihadapkan dengan

¹² Andriyan Hanif Setyananda, *Tinjauan Yuridis Pasal 198 ayat (1) KUHP terkait pergantian majelis hakim serta peran hakim pengganti, studi kasus dalam perkara nomor 75/PID.SUS/TPK/2015/PN. Bgl.*, skripsi, Universitas Islam Indoneisa, 2019

¹³ Darmoko, ... *op.cit.*, hlm.72

tidak ada atauran terkait perkara yang ditangani maka ada metode penemuan hukum. Maka dengan demikian menjadi diskursus dalam hukum administrasi negara ketika disebutkan ruang lingkup administrasi pemerintahan termasuk lingkup lembaga yudikatif. Selain itu, menurut Bagir Manan, batasan terhadap pelaksanaan diskresi adalah Asas-Asas Umum Pemerintahan Yang Layak, jika suatu kebijakan sesuai dengan asas-asas ini maka ia dapat dilanjutkan tetapi jika tidak, kebijakan tersebut dapat dibatalkan.¹⁴ Terhadap pembatalan tersebut disebutkan pada Pasal 30, Pasal 31 dan Pasal 32 UU Nomor 30 Tahun 2014 apabila diskresi dikategorikan melampaui wewenang, dikategorikan mencampuradukkan wewenang dan dikategorikan sebagai tindakan sewenang-wenang, menjadi tidak sah dan dapat dibatalkan. Diskresi digugat ke Peradilan Tata Usaha Negara dan dibatalkan oleh PTUN. Namun, dalam hal ini perlu diingat kembali bahwasannya PTUN merupakan lembaga yudikatif yang diberi wewenang melakukan diskresi, muncul kemungkinan bahwa nanti jika diskresi yang dikeluarkan oleh lembaga yudikatif diuji oleh lembaga yudikatif itu sendiri.

Berdasarkan pemaparan di atas, maka menjadi urgen untuk dilakukan penelitian tentang problematika hukum pemberian diskresi kepada lembaga yudikatif yang dalam penelitian ini.

¹⁴ Ridwan et.al, *Perluasan Kompetensi Absolut PTUN* ,Cetakan Pertama (Yogyakarta: Kreasi Total Media, 2018), hlm 119.

B. Rumusan Masalah

1. Apakah Lembaga Yudikatif secara teoritik dapat diberikan kewenangan untuk menggunakan diskresi?
2. Apakah problematika penggunaan diskresi bagi Lembaga Yudikatif?

C. Tujuan Penelitian

1. Untuk mengetahui apakah Lembaga Yudikatif secara teoritik dapat diberikan kewenangan untuk menggunakan diskresi.
2. Untuk mengetahui problematika penggunaan diskresi bagi Lembaga Yudikatif.

D. Orisinalitas Penelitian

Berdasarkan penelusuran kepustakaan terhadap penelitian yang relevan dengan permasalahan yang dibahas dalam rencana penelitian ini, diperoleh beberapa penelitian yang telah membahas tentang pelaksanaan diskresi maupun diskresi badan yudikatif. Namun secara spesifik penelitian yang membahas mengenai problematika hukum pemberian diskresi kepada badan yudikatif, belum pernah diteliti sebelumnya. Adapun hasil penelusuran tersebut adalah sebagai berikut:

1. Penelitian dengan judul Tinjauan Yuridis Pasal 198 ayat (1) KUHAP Terkait Pergantian Majelis Hakim Serta Peran Hakim Pengganti, Studi Kasus dalam Perkara Nomor 75/PID.SUS/TPK/2015/PN Bgl. Penelitian tersebut dilakukan oleh Andrian Hanif Setyananda, Mahasiswa Program Studi S1 Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia, 2019. Penelitian

ini menunjukkan diskresi yang dilakukan oleh badan yudikatif, hal tersebut dapat diketahui dari hasil penelitian yang menunjukkan aturan dalam pasal 198 ayat (1) KUHAP merupakan aturan yang bersifat *imperative* atau memaksa artinya ketika hakim dinyatakan berhalangan maka ketua pengadilan harus segera menunjuk hakim pengganti untuk kemudian kembali dilakukannya proses persidangan. Persidangan tetap harus dilanjutkan dan tidak dapat ditunda dengan alasan berhalangan hadirnya hakim, agar jalan pemeriksaan dalam persidangan dapat berjalan dengan lancar serta kemudian bahwa hakim pengganti memiliki kewenangan untuk melakukan diskresi dikarenakan adanya kekosongan hukum yang terjadi dimana belum ada aturan baku terkait peran hakim pengganti.

2. Penelitian dengan judul *Prosedur Penggunaan Diskresi Berdasarkan Pada Stagnasi Pemerintahan*, penelitian dilakukan oleh Muhammad Farodi Al Kalingga, Mahasiswa Program S1 Hukum Administrasi Negara, Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin, 2018. Penelitian tersebut mengangkat permasalahan mengenai bagaimana kriteria penentuan stagnasi pemerintahan dan bagaimana prosedur penggunaan diskresi dalam kondisi stagnasi pemerintahan. Hasil penelitian tersebut adalah prosedur penggunaan diskresi sesuai pada ketentuan Undang-Undang Nomor 30 tahun 2014 Pasal 27 dan didasarkan pada kondisi stagnasi pemerintahan serta berpotensi menimbulkan keresahan di masyarakat, maka olehnya

pejabat pemerintah terkait tidak diperkenankan menunda untuk melakukan tindakan diskresi dengan alasan politis sedangkan kondisi pemerintahan sangat jelas membutuhkan suatu tindakan diskresi.

3. Penelitian dengan judul Diskresi Polisi Dalam Penegakan Hukum Terhadap Tindak Pidana. Penelitian tersebut dilakukan oleh Ari Nurhaqi, Mahasiswa Program Magister Ilmu Hukum Universitas Katolik Parahyangan, 2017. Penelitian tersebut mengangkat permasalahan tentang hakikat diskresi polisi dalam penegakan hukum terhadap tindak pidana, bagaimana implementasi diskresi polisi dan penegakan hukum pidana dalam sistem peradilan hukum pidana Indonesia, dan bagaimana diskresi polisi dalam penegakan hukum terhadap tindak pidana dimasa mendatang.

Berdasarkan hal tersebut diatas, penelitian tentang Problematika Hukum Pemberian Diskresi Pada Lembaga Yudikatif, sampai saat ini belum pernah ada, akan tetapi apabila ternyata pernah dilaksanakan penelitian yang sama atau sejenis, maka penelitian ini diharapkan dapat melengkapinya.

E. Kerangka Teori

1. Negara Hukum

Negara hukum merupakan sebuah konsep yang terbuka yang dapat ditinjau dan dimaknai secara beragam berdasarkan kondisi dan konteks tempat dimana konsep tersebut diterapkan. Konsep negara hukum sangat bergantung pada identitas, ideologi, falsafah hidup, budaya bangsa serta

aspek-aspek lainnya yang ada pada suatu komunitas sehingga memunculkan berbagai macam karakteristik permodelan antara satu dengan lainnya.

Secara singkat, negara hukum dapat diartikan sebagai suatu negara yang menjadikan hukum sebagai aturan main (*spelregel*) dalam menata kehidupan berbangsa dan bernegara.¹⁵ Secara lebih mendetail, terdapat beberapa definisi yang dikemukakan oleh para ahli. Menurut A. Hamid S. Attamimi, misalkan, mengemukakan bahwa negara hukum adalah negara yang menempatkan hukum sebagai dasar kekuasaan negara dan penyelenggaraan kekuasaan tersebut dalam segala bentuknya dilakukan di bawah kekuasaan hukum, dimana ikatan antara negara dan hukum tidaklah berlangsung dalam ikatan yang lepas ataupun kebetulan, melainkan ikatan yang hakiki.¹⁶

Munculnya konsep negara hukum merupakan titik awal kesadaran masyarakat tentang pentingnya sebuah pengaturan yang baik. Ide-ide tentang model negara hukum pada prinsipnya telah ada sejak lama bahkan ketika manusia telah mulai mengenal perkembangan pemikiran. Secara embriotik, gagasan negara hukum telah muncul sejak zaman Plato, yang ia tuangkan dalam dalam *Nomoi* dan kemudian dilanjutkan oleh muridnya, Aristoteles yang menyadari bahwa penyelenggaraan negara yang baik

¹⁵ Ridwan, *Diskresi ... op.cit.*, hlm. 25.

¹⁶ *Ibid.*, hlm. 50.

adalah yang didasarkan pada pengaturan (hukum) yang baik. Sampai pada akhirnya gagasan tersebut terus-menerus mengalami perkembangan hingga lahirlah beberapa konsep negara hukum dengan berbagai karakter sesuai dengan konteksnya, seperti negara hukum menurut Al-Qur'an dan Sunnah (nomokrasi Islam), negara hukum menurut konsep Eropa Kontinental (*rechstaat*), negara hukum menurut konsep Anglo-Saxon (*rule of law*), konsep *social legality*, dan konsep negara hukum Pancasila.¹⁷

Indonesia sebagai negara hukum, tentu organ pemerintahannya melakukan tindakan hukum atas dasar wewenang dan akan melahirkan hukum. Ridwan¹⁸ menyatakan hubungan hukum ini ada yang bersifat internal (*interne rechtsbetrekking*), yaitu hubungan hukum di dalam atau antar instansi pemerintahan, dan hubungan hukum eksternal (*externe rechtsbetrekking*) yaitu hubungan hukum antara pemerintah dengan warga negara yang melahirkan hak dan kewajiban antara organ pemerintahan dengan warga negara.

Kewajiban dan hak dalam hubungan hukum tersebut merupakan aspek yang penting dalam penyelenggaraan pemerintahan, karenanya, pemerintah harus tepat dalam menggunakan kewenangan yang dimiliki. Kewenangan haruslah merupakan suatu tindakan yang sah menurut hukum

63. ¹⁷ Muhammad Tahir Azhary, *Negara Hukum*, (Jakarta: Bulan Bintang, 1992), hlm.

¹⁸ Ridwan, *Diskresi... op.cit.*, hlm 41.

(*rechtsgeldig*) sehingga kewajiban dapat dilaksanakan sebagaimana mestinya dan hak warga negara tidak terlanggar.

2. Organ Pemerintah

Dalam Undang-Undang Hukum Administrasi Umum Belanda, dirumuskan pengertian organ pemerintah, organ, orang dan badan pemerintahan.¹⁹ Dalam perspektif hukum publik dikenal dengan istilah jabatan (*ambt*) yakni lingkungan pekerjaan tetap yang dibentuk atau diadakan untuk melaksanakan tugas dan kewenangan, atau suatu lembaga dengan lingkup pekerjaannya sendiri yang dibentuk untuk waktu lama dan kepadanya diberikan tugas dan wewenang.²⁰

F.R. Bothlingk mengatakan bahwa yang dimaksud dengan organ adalah setiap orang atau lembaga yang diberi kekuasaan umum, atau setiap orang yang dilekati kewenangan itu berkuasa untuk melakukan perbuatan hukum atau sesuatu yang sejenis dengan itu. Pejabat atau organ adalah fungsionaris jabatan, yang bertindak untuk dan atas nama jabatan atau melaksanakan tugas, fungsi, dan kewenangan yang melekat pada jabatan.²¹

¹⁹ Pasal 1:1 (1.1) Undang-Undang Hukum Administrasi Umum (*Algemene Wet Bestuursrecht/AWB*) tahun 1992/1993

²⁰ N.E Algra en H.C.J.G. Janssen, *Rechtsingang, een Orientatie in het Recht*, H.D. Tjeenk Willink bv, Groningen, 1974, hlm 175, Dikutip dari Ridwan, *Tiga Dimensi Hukum Administrasi dan Peradilan Administrasi*, (Yogyakarta: FH UII Press, 2009), hlm.31.

²¹ Ridwan, *Tiga Dimensi Hukum Administrasi dan Peradilan Administrasi*, (Yogyakarta: FH UII Press, 2009), hlm.33.

Di antara jabatan-jabatan yang ada dalam suatu negara adalah jabatan pemerintahan, yakni lingkungan pekerjaan tetap yang dilekati dengan wewenang untuk menyelenggarakan urusan pemerintahan, yakni semua tugas-tugas kenegaraan selain bidang pembuatan undang-undang dan peradilan. Fungsionaris jabatan pemerintahan adalah organ pemerintahan (*bestuurorgaan*), yang di dalam Hukum Administrasi ditempatkan sebagai konsep sentral,²² dengan kepribadian hukum sendiri dan memiliki karakteristik sebagai berikut:

- 1) Organ pemerintah menjalankan wewenang atas nama dan tanggung jawab sendiri. Organ pemerintah adalah pemikul tanggungjawab.
- 2) Pelaksanaan wewenang dalam rangka menjaga dan mempertahankan norma hukum administrasi, organ pemerintahan dapat bertindak sebagai pihak tergugat dalam proses peradilan.
- 3) Di samping sebagai pihak tergugat, organ pemerintahan juga dapat tampil sebagai pihak penggugat.
- 4) Pada prinsipnya organ pemerintahan tidak memiliki harta kekayaan sendiri. Organ pemerintahan merupakan bagian (alat) dari badan hukum menurut hukum privat dengan harta kekayaannya.

3. Kewenangan Pejabat Pemerintahan

Dalam hukum administrasi, kewenangan merupakan diskursus yang tidak bisa dilepaskan dalam pembahasan tentang pejabat pemerintahan dan kekuasaannya. Kewenangan berhubungan erat dengan pertanggungjawaban hukum (*rechtelijke verantwoording*) dalam konsep

²² P.M.B Schrijveners en H.C.M. Smeets, *Staats-en Bestuursrecht*, Tiende Druk, Wolters-Noordhoff, Groningen, 2003, hlm.339, Dikutip dari Ridwan, *Tiga Dimensi Hukum Administrasi dan Peradilan Administrasi*, (Yogyakarta: FH UII Press, 2009), hlm.33

penyelenggaraan salah satu prinsip negara hukum, sebagaimana ungkapan ”*geen bevoegheid zonder verantwoordelijkheid* atau *there is no authority without responsibility*” (tidak ada kewenangan tanpa pertanggungjawaban).

Kewenangan merupakan hak menggunakan wewenang yang dimiliki oleh seorang pejabat atau institusi menurut ketentuan yang berlaku, dengan demikian kewenangan juga menyangkut kompetensi tindakan hukum yang dapat dilakukan menurut kaedah-kaedah formal sehingga menjadikannya sebagai kekuasaan formal yang dimiliki oleh pejabat atau institusi. Dari pemaparan ini, dapat diketahui bahwa kewenangan menempati posisi penting dalam hukum tata negara maupun dalam administrasi negara. Begitu pentingnya kedudukan kewenangan ini, sehingga F.A.M. Stroink dan J.G. Steenbeek menyebut sebagai konsep inti dalam hukum tata negara dan hukum administrasi negara.²³

Kewenangan dalam hukum administrasi dapat dibedakan berdasarkan sumber pelimpahannya, bersumber dari beberapa klasifikasi, yaitu di antaranya:

1) Atribusi

Atribusi merupakan pemberian kewenangan pada badan atau lembaga pejabat negara yang berasal dari undang-undang. Wewenang yang diperoleh organ pemerintahan secara atribusi tersebut bersifat

²³ Ridwan HR., *Hukum Administrasi ... Op.Cit.*, hlm. 99.

asli yang berasal dari peraturan perundang-undangan, yaitu dari redaksi pasal-pasal tertentu dalam peraturan perundang-undangan.²⁴

2) Delegasi

Delegasi yaitu penyerahan atau pelimpahan kewenangan dari badan/lembaga pejabat tata usaha negara dengan konsekuensi tanggung jawab beralih pada penerima delegasi. Dalam hal delegasi mengenai prosedur pelimpahannya berasal dari suatu organ pemerintahan kepada organ pemerintahan yang lainnya dengan peraturan perundang-undangan, dengan tanggung jawab dan tanggung gugat beralih ke delegataris. Pemberi delegasi tidak dapat menggunakan wewenang tersebut lagi, kecuali setelah ada pencabutan dengan berpegang pada asas "*contrarius actus*". Artinya, setiap perubahan, pencabutan suatu peraturan pelaksanaan perundang-undangan, dilakukan oleh pejabat yang menetapkan peraturan dimaksud, dan dilakukan dengan peraturan yang setaraf atau yang lebih tinggi.²⁵

3) Mandat

Mandat yaitu pelimpahan kewenangan namun tanggung jawab masih berada pada sipemberi mandat. Dalam hal mandat, prosedur pelimpahan dalam rangka hubungan atasan bawahan yang bersifat

²⁴ Philipus M. Hadjon, *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia*, (Yogyakarta: Gajah Mada University Press, 2014), hlm.

²⁵ *Ibid.*

rutin. Adapun tanggung jawab dan tanggung gugat tetap pada pemberi mandat. Setiap saat pemberi mandat dapat menggunakan sendiri wewenang yang dilimpahkan.²⁶

4. Tindakan Pemerintahan

Menurut Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan Pasal 1 angka 8 menyebutkan Tindakan Administrasi Pemerintahan adalah perbuatan Pejabat Pemerintahan atau penyelenggara negara lainnya untuk melakukan dan/atau tidak melakukan perbuatan konkret dalam rangka penyelenggaraan pemerintahan.

Pemerintah atau administrasi negara adalah sebagai subjek hukum, sebagai *dragger van de rechten en plichten* atau pendukung hak-hak dan kewajiban-kewajiban. Sebagai subjek hukum pemerintah sebagaimana subjek hukum yang lainnya melakukan berbagai tindakan baik itu tindakan nyata maupun tindakan hukum. Tindakan nyata adalah tindakan-tindakan yang tidak ada relevansinya dengan hukum dan oleh karenanya tidak menimbulkan akibat-akibat hukum, sedangkan tindakan hukum menurut R.J.H.M. Huisman adalah tindakan-tindakan yang berdasarkan sifatnya dapat menimbulkan akibat hukum tertentu. Istilah hukum ini semula berasal dari ajaran hukum perdata yang kemudian digunakan dalam istilah Hukum Administrasi Negara, sehingga dikenal istilah tindakan hukum administrasi (*administratieve rechtshandeling*). Menurut

²⁶ *Ibid.*

H.J. Romeijen, tindakan hukum administrasi adalah suatu pernyataan kehendak yang muncul dari organ administrasi dalam keadaan khusus, dimaksudkan untuk menimbulkan akibat hukum dalam bidang Hukum Administrasi Negara.

Disebutkan bahwa tindakan hukum berasal dari ajaran hukum perdata, yang kemudian digunakan juga dalam Hukum Administrasi Negara, sifat tindakan hukum ini mengalami perbedaan yaitu tindakan hukum administrasi dapat mengikat warga negara tanpa memerlukan persetujuan dari warga yang bersangkutan, sementara dalam tindakan hukum perdata diperlukan persesuaian kehendak antara kedua pihak atas dasar kebebasan kehendak atau diperlukan persetujuan dari pihak yang dikenai tindakan hukum tersebut.²⁷ Hal ini karena hubungna hukum perdata itu bersifat sejajar sementara hubungna hukum publik itu bersifat sub ordinatif, di satu pihak pemerintah dilekati dengan kekuasaan publik, di pihak pemerintah dilekati dengan kekuasaan publik, di pihak lain warga negara tidak dilekati dengan kekuasaan yang sama.²⁸

Muchsan menyebutkan unsur-unsur tindakan hukum pemerintahan sebagai berikut:

- 1) Perbuatan itu dilakukan oleh aparat pemerintah dalam kedudukannya sebagai penguasa maupun sebagai alat perlengkapan pemerintahan (*bestuurrorganen*) dengan prakarsa dan tanggung jawab sendiri;

²⁷ Ridwan HR., *Hukum Administrasi ... op.cit*, hlm. 112.

²⁸ *Ibid*

- 2) Perbuatan tersebut dilaksanakan dalam rangka menjalankan fungsi pemerintahan.;
- 3) Perbuatan tersebut dimaksudkan sebagai sarana untuk menimbulkan akibat hukum di bidang Administrasi Negara;
- 4) Perbuatan yang bersangkutan dilakukan dalam rangka pemeliharaan kepentingan negara dan rakyat.²⁹

Pemerintah atau administrasi negara adalah subjek hukum yang mewakili dua institusi yaitu jabatan pemerintahan dan badan hukum. Kedudukan hukum pemerintah yang mewakili dua institusi, tampil dengan “*twee petten*” dan diatur dengan dua bidang hukum yang berbeda, yaitu hukum publik dan hukum privat, akan melahirkan tindakan hukum dengan akibat-akibat hukum yang juga berbeda.³⁰

Dalam suatu negara hukum setiap tindakan hukum pemerintahan selalu harus didasarkan pada asas legalitas, artinya tindakan hukum pemerintahan itu pada dasarnya adalah tindakan yang dilakukan dalam rangka melaksanakan ketentuan-ketentuan yang terdapat dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku atau dalam rangka mengatur dan melayani kepentingan umum yang dikristalisasikan dalam ketentuan undang-undang yang bersangkutan. Ketentuan undang-undang ini melahirkan kewenangan tertentu bagi pemerintah untuk melakukan tindakan hukum tertentu. Karena kewenangan ini hanya diberikan kepada organ pemerintah tertentu, tidak kepada pihak lain maka tindakan hukum

²⁹ Muchsan, *Beberapa Catatan tentang Hukum Administrasi Negara dan Peradilan Administrasi Negara di Indonesia*, (Yogyakarta: Liberty, 1981), hlm. 18-19

³⁰ Ridwan HR, *Hukum Administrasi ...*, *Op.cit.*, hlm. 115

pemerintahan itu pada dasarnya berdifat sepihak, bukan hasil persetujuan dengan pihak yang dikenai tindakan hukum tersebut. Dalam Hukum administrasi Negara, hubungan hukum antara pemerintah dalam kapasitasnya sebagai wakil dari jabatan pemerintahan bukan dalam kapasitasnya selaku wakil dari badan pemerintahan, dengan seseorang atau badan hukum perdata tidak berada dalam kedudukan yang sejajar.

Pada kenyataannya, tidak semua urusan pemerintahan dapat diselenggarakan sendiri oleh organ pemerintahan yang diberi kewenangan untuk menjalankan tugas dan urusan tersebut, serta tidak semua tugas dan urusan pemerintahan dapat dijalankan secara bersama-sama dengan organ pemerintahan yang lainnya. Hal ini karena ruang lingkup urusan pemerintahan itu demikian luas dan kompleks, sehingga untuk efektivitas dan efisiensi diperlukan pula keterlibatan pihak swasta, yang diwujudkan dengan cara kerjasama atau perjanjian. Tindakan hukum pemerintahan yang dilakukan dengan melibatkan pihak swasta ini disebut sebagai tindakan hukum campuran (*de gemend rechtshandeling*).³¹

Disamping dikenal karakteristik tindakan hukum pemerintahan yang bersifat sepihak, dikenal karakteristik tindakan hukum pemerintah yang bersifat terikat, fakultatif dan bebas. Karakteristik tindakan hukum ini

³¹ *Ibid*

berkenaan dengan dasar bertindak yang dimiliki oleh organ pemerintahan yaitu kewenangan.³²

5. Konsep Diskresi

Dalam konsepsi negara hukum modern, diskresi merupakan suatu hal yang mutlak ada. Diskresi dibutuhkan oleh pemerintah sejalan dengan meningkatnya tuntutan pelayanan publik yang harus diberikan pemerintah terhadap kehidupan sosial ekonomi para warga yang semakin kompleks.³³ Hal itu dikarenakan diskresi memiliki fungsi sebagai salah satu sarana yang memberikan ruang bergerak bagi pejabat atau badan-badan administrasi negara untuk melakukan tindakan tanpa harus terikat sepenuhnya pada undang-undang, atau tindakan yang dilakukan dengan mengutamakan pencapaian tujuan (*doelmatigheid*) daripada sesuai dengan hukum yang berlaku (*rechtmatigheid*).³⁴

Adapun menurut para ahli, diskresi memiliki beberapa pengertian. Sjachran Basah mengatakan bahwa *freies ermessen* (diskresi) adalah kebebasan untuk bertindak atas inisiatif sendiri, akan tetapi dalam pelaksanaannya haruslah tindakan-tindakan administrasi negara itu sesuai

³² *Ibid*

³³ Ridwan, *Tiga Dimensi .. Op.Cit.*, hlm. 51.

³⁴ *Ibid.*, hlm. 80 – 81.

dengan hukum, sebagaimana telah ditetapkan dalam negara hukum berdasarkan Pancasila.³⁵

Sedangkan S. Prajudi Atmosudirjo, mendefinisikan diskresi sebagai kebebasan bertindak atau mengambil keputusan dari para pejabat administrasi negara yang berwenang menurut pendapat sendiri. Atmosudirjo menjelaskan bahwa diskresi diperlukan sebagai pelengkap dari asas legalitas, yaitu asas hukum yang menyatakan bahwa setiap tindak atau perbuatan administrasi negara harus berdasarkan ketentuan Undang-Undang. Akan tetapi tidak mungkin bagi Undang-Undang untuk mengatur segala macam kasus posisi dalam praktek kehidupan sehari-hari. Oleh sebab itu, perlu adanya kebebasan atau diskresi dari administrasi negara.³⁶

Adapun menurut Pasal 1 ayat (9) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Negara, mengartikan diskresi sebagai keputusan atau tindakan yang ditetapkan 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, atau adanya stagnasi pemerintahan.

³⁵ Sjachran Basah, *Eksistensi dan Tolok Ukur Peradilan Administrasi Negara di Indonesia*, (Bandung: Alumni, 1997), hlm. 3.

³⁶ S. Prajudi Atmosudirjo, *Hukum Administrasi Negara*, (Jakarta: Ghalia Indonesia, 1994), hlm. 82.

Meskipun diartikan sebagai sebuah tindakan yang bebas, penggunaan kewenangan diskresi tetap memiliki koridor yang harus diperhatikan. Badan/Pejabat administrasi pemerintahan hanya dapat menggunakan diskresi dalam hal tertentu dimana peraturan perundang-undangan yang berlaku tidak mengaturnya atau karena peraturan yang ada yang mengatur tentang sesuatu hal tidak jelas, sedangkan hal tersebut dilakukan dalam keadaan darurat/mendesak demi kepentingan umum yang telah ditetapkan dalam suatu peraturan perundang-undangan.

S.F. Marbun merincikan yang dimaksud persoalan-persoalan penting yang mendesak, sekurang-kurangnya mengandung unsur-unsur sebagai berikut:

- 1) Persoalan-persoalan yang muncul harus menyangkut kepentingan umum, yaitu, kepentingan bangsa dan negara, kepentingan masyarakat luas, kepentingan rakyat banyak/bersama, serta kepentingan pembangunan.
- 2) Munculnya persoalan tersebut secara tiba-tiba, berada diluar rencana yang telah ditentukan.
- 3) Untuk menyelesaikan persoalan tersebut, peraturan perundang-undangan belum mengaturnya atau hanya mengatur secara umum, sehingga administrasi Negara mempunyai kebebasan untuk menyelesaikan atas inisiatif sendiri.
- 4) Prosedurnya tidak dapat diselesaikan menurut administrasi yang normal, atau jika diselesaikan menurut prosedur administrasi yang normal justru kurang berdaya guna dan berhasil guna.
- 5) Jika persoalan tersebut tidak diselesaikan dengan cepat, maka akan menimbulkan kerugian bagi kepentingan umum.³⁷

³⁷ SF Marbun dkk, *Dimensi-Dimensi Pemikiran Hukum Administrasi Negara*, (Yogyakarta: UII Press, 2001), hlm. 117.

6. Asas-asas Umum Pemerintahan Yang Baik (AUPB)

Konsep negara hukum mengindikasikan adanya kesetimbangan antara hak dan kewajiban, salah satu untuk menjaga hal tersebut adalah melalui peradilan administrasi, sebagai peradilan khusus yang berwenang menyelesaikan sengketa antara pemerintah dengan warga negara. Salah satu tolok ukur untuk menilai apakah tindakan pemerintah itu sejalan dengan negara hukum atau tidak adalah dengan menggunakan asas-asas umum pemerintahan yang baik (AUPB). Berdasarkan penelitiannya, Jazim Hamidi menemukan pengertian AAUPB sebagai berikut:

- a. AAUPB merupakan nilai-nilai etik yang hidup dan berkembang dalam lingkungan hukum Administrasi Negara;
- b. AAUPB berfungsi sebagai pegangan bagi pejabat administrasi dalam menjalankan fungsinya, merupakan alat uji bagi hakim administrasi dalam menilai tindakan administrasi negara (yang berwujud penetapan/beschikking), dan sebagai dasar pengajuan gugat bagi pihak penggugat;
- c. Sebagian besar dari AAUPB masih merupakan asas-asas yang tidak tertulis, masih abstrak, dan dapat digali dalam praktik kehidupan dimasyarakat;
- d. Sebagian asas yang lain sudah menjadi kaidah hukum tertulis dan terpencah dalam berbagai peraturan hukum positif. Meskipun sebagian dari asas itu berubah menjadi kaidah hukum tertulis, namun sifatnya tetap sebagai asas hukum.³⁸

Menurut Philipus M. Hadjon, AUPB harus dipandang sebagai norma-norma hukum tidak tertulis, yang senantiasa harus ditaati oleh pemerintah, meskipun arti yang tepat dari AUPB bagi tiap keadaan

³⁸ Jazim Hamidi, *Penerapan Asas-Asas Umum Penyelenggaraan Pemerintah yang Layak (AAUPB) di Lingkungan Peradilan Administrasi Indonesia*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 1999), hlm.24.

tersendiri tidak selalu dapat dijabarkan dengan teliti. Dapat pula dikatakan, bahwa AUPB adalah asas-asas hukum tidak tertulis, darimana untuk keadaan-keadaan tertentu dapat ditarik aturan-aturan hukum yang dapat diterapkan.³⁹

Sebenarnya menyamakan AUPB dengan norma hukum tidak tertulis dapat menimbulkan salah paham, sebab dalam konteks, ilmu hukum telah dikenal bahwa antara “asas” dengan “norma” itu terdapat perbedaan. Asas atau prinsip merupakan dasar pemikiran yang umum dan abstrak, ide atau konsep, dan tidak mempunyai sanksi, sedangkan norma adalah aturan yang konkret, penjabaran dari ide, dan mempunyai sanksi.⁴⁰ Pada kenyataannya, AUPB ini meskipun merupakan asas, namun tidak semuanya merupakan pemikiran yang umum dan abstrak, dan dalam beberapa hal muncul sebagai aturan hukum yang konkret atau tertuang secara tersurat dalam pasal undang-undang, serta mempunyai sanksi tertentu. AUPB sebagai hukum tidak tertulis ini mempunyai ciri atau karakteristik yang khas yang membedakan dengan etika dan moral, sehingga dapat dipastikan AUPB bukanlah kecenderungan etis dan moral,

³⁹ Philipus M. Hadjon, *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia*, (Yogyakarta: Gadjah Mada University Press, 1994), hlm. 270

⁴⁰ Ateng Syafrudin, *Asas-Asas Pemerintahan Yang Layak Pegangan Bagi Pengabdian Kepala Daerah*, vide Paulus E. Lotulung, *Beberapa Sistem tentang Kontrol Segi Hukum terhadap Pemerintah*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1993, hlm. 65. Dalam Ridwan HR, *Hukum Administrasi Negara*, Op.cit, hlm. 237

akan tetapi lebih merupakan hukum tidak tertulis yang mempunyai kekuatan mengikat dan sanksi yang dapat dipaksakan.⁴¹

Pada awal kemunculannya, AUPB hanya dimaksudkan sebagai sarana perlindungan hukum dan bahkan dijadikan sebagai instrumen untuk meningkatkan perlindungan hukum bagi warga negara dari tindakan pemerintah. AUPB dijadikan sebagai dasar penilaian dalam upaya administrasi disamping sebagai hukum tidak tertulis bagi tindakan pemerintah. Lebih lanjut AUPB ini ada dua varian, yaitu sebagai dasar penilaian bagi hakim dan sebagai norma pengarah bagi organ pemerintahan. Dalam perkembangannya, AUPB memiliki arti penting dan fungsi sebagai berikut:⁴²

- a. Bagi Administrasi Negara, bermanfaat sebagai pedoman dalam melakukan penafsiran dan penerapan terhadap ketentuan-ketentuan perundang-undangan yang bersifat sumir, samar atau tidak jelas. Lebih dari itu AUPB juga membatasi dan menghindari kemungkinan administrasi negara menggunakan Peraturan kebijaksanaan (*freise ermessen*) yang jauh menyimpang dari peraturan perundangundangan. Dengan demikian, administrasi negara diharapkan terhindar dari perbuatan melawan hukum yang dilakukan oleh pemerintah/pejabat yang berwenang (*onrechtmatige daad*), penyalahgunaan wewenang (*detournement de pouvoir*), tindakan sewenang-wenang (*abuse de droit*), dan pelampauan kewenangan (*ultravires*);
- b. Bagi warga masyarakat pencari keadilan, AUPB dapat digunakan sebagai dasar gugatan sebagaimana disebutkan dalam Pasal 53 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara;

⁴¹ S.F. Marbun, *Asas-asas Umum ... Op.Cit*, hlm. 7

⁴² Ridwan HR, *Hukum Administrasi ... Op.cit*, hlm.239

- c. Bagi Hakim TUN, AUPB dapat dipergunakan sebagai alat penguji dan dasar pembatalan keputusan yang dikeluarkan atau diterbitkan Badan atau Pejabat TUN;
- d. AUPB juga berguna bagi badan legislatif dalam merancang suatu undang-undang.

Pada mulanya keberadaan AUPB ini di Indonesia belum diakui secara yuridis formal sehingga belum memiliki kekuatan hukum formal. Ketika pembahasan Rancangan Undang-undang (RUU) Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara di DPR, fraksi ABRI mengusulkan agar asas-asas umum pemerintahan yang baik tersebut dimasukan sebagai salah satu alasan gugatan terhadap keputusan badan/pejabat tata usaha negara, akan tetapi usulan ini tidak dapat diterima oleh pemerintah dengan alasan yang dikemukakan oleh Ismail Saleh, selaku Menteri Kehakiman waktu itu yang mewakili pemerintah. Alasan Pemerintah waktu itu sebagai berikut:⁴³

“Menurut hemat kami dalam praktek ketatanegaraan kita maupun dalam Hukum Tata Usaha Negara yang berlaku di Indonesia kita belum mempunyai kriteria tentang ‘Algemene beginselen van behoorlijk bestuur’ tersebut yang berasal dari Negeri Belanda. Pada waktu itu kita mempunyai tradisi administrasi yang kuat mengakar seperti halnya di negara-negara Eropa Kontinental tersebut. Tradisi demikiran bisa dikembangkan melalui yurisprudensi yang kemudian akan menimbulkan norma-norma. Secara umum prinsip dari hukum Tata Usaha Negara kita selalu dikaitkan dengan aparatur pemerintahan yang bersih dan berwibawa yang konkritisasi normanya maupun pengertiannya masih sangat luas sekali dan perlu dijabarkan melalui kasus-kasus yang konkret”.

⁴³ Ismail Saleh, Jawaban Pemerintah terhadap Pandangan Fraksi-fraksi di DPR atas Rancangan Undang-undang Peradilan Tata Usaha Negara, disampaikan dalam sidang DPR tanggal 20 Mei 1986. Dalam SF Marbun dan Moh. Mahfud MD, Pokok-Pokok Hukum Adminstrasi Negara, Cetakan Pertama, Edisi Pertama, (Liberty:Yogyakarta, 1987), hlm. 59

Namun, dengan tidak dicantumkannya AUPB dalam UU PTUN bukan berarti eksistensinya tidak diakui sama sekali, karena ternyata AUPB ini diterapkan dalam praktik peradilan terutama di PTUN. Seiring dengan berjalannya waktu dan perubahan politik Indonesia, asas-asas ini kemudian muncul dan dimuat dalam suatu Undang-Undang, yaitu UU Nomor 28 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Negara yang Bersih dan Bebas dari Korupsi, Kolusi, dan Nepotisme (KKN).⁴⁴

Eksistensi AUPB juga terdapat di UU Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan dalam Pasal 1 angka 17 menyebutkan Asas-asas Umum Pemerintahan yang Baik yang selanjutnya disingkat AUPB adalah prinsip yang digunakan sebagai acuan penggunaan Wewenang bagi Pejabat Pemerintahan dalam mengeluarkan Keputusan dan/atau Tindakan dalam penyelenggaraan pemerintahan. Selain itu dalam Pasal 5 bahwa AUPB merupakan asas dari Penyelenggaraan Administrasi Pemerintahan. Kemudian pada Pasal 6 dan Pasal 8 ditegaskan bahwa dalam melaksanakan Kewenangannya Pejabat Pemerintahan berdasarkan AUPB. Bahkan pada Pasal 7 ditegaskan lagi bahwa Pejabat Pemerintahan berkewajiban mematuhi AUPB dan dalam penyelenggaraan administrasi pemerintah wajib sesuai dengan AUPB. Secara terperinci ada 8 asas yang dimasukkan dalam Pasal 10 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014.

⁴⁴ Ridwan HR, *Hukum Administrasi ...*, *Op.cit*, hlm.241.

Bahwa meskipun dalam UU Nomor 30 Tahun 2014 telah disebutkan secara rinci, namun tetap terbuka bagi AUPB lainnya diluar yang sudah disebutkan dalam UU tersebut, dengan syarat sepanjang AUPB itu dijadikan dasar penilaian oleh hakim dan tertuang dalam putusan pengadilan yang berkekuatan hukum tetap.⁴⁵

F. Metode Penelitian

Berdasarkan rumusan permasalahan yang diangkat, penulisan ini menggunakan metode penelitian sebagai berikut:

1. Pendekatan Penelitian

Penelitian ini merupakan penelitian normatif yang menggunakan pendekatan konseptual dan pendekatan undang-undang. Pendekatan konseptual dalam hal ini adalah pendekatan yang beranjak dari pandangan-pandangan dan doktrin-doktrin yang berkembang di dalam ilmu hukum, khususnya hukum administrasi. Pendekatan ini sebagai acuan bagi penyusun dalam membangun argumentasi hukum atas permasalahan dalam penulisan penelitian ini.

Adapun pendekatan undang-undang, yaitu pendekatan yang didasarkan pada peraturan perundang-undangan yang berlaku. Maksudanya ialah pendekatan yang dilakukan dengan menelaah undang-undang dan regulasi yang berhubungan dengan isu hukum yang sedang

⁴⁵ S.F. Marbun, *Asas-Asas Umum ...*, *Op.cit*, hlm. 60

ditangani. Pendekatan ini berguna untuk mempelajari ada atau tidaknya konsistensi dan kesesuaian antara suatu undang-undang dengan undang-undang lainnya atau antara undang-undang dengan undang-undang dasar atau regulasi dan undang-undang.

2. Objek Penelitian

Objek penelitian adalah sesuatu yang dapat memberikan data atau informasi penelitian. Fokus yang menjadi pusat informasi penelitian atau memberi data kepada penulis dalam penelitian ini adalah Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan dan konsep teori diskresi dalam Hukum Administrasi.

3. Bahan Hukum

Data penelitian dalam penelitian hukum normatif menggunakan istilah bahan hukum. Penelitian hukum yang bersifat normatif, secara umum menggunakan jenis data yang terarah pada penelitian data sekunder. Di dalam penelitian hukum, data sekunder mencakup:⁴⁶

- a. Bahan hukum primer, yaitu: bahan-bahan hukum yang mengikat, terdiri dari:
 - 1) Norma (dasar) atau kaidah dasar, yaitu: Pembukaan Undang-Undang Dasar 1945.

⁴⁶ Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat*, Cetakan kedelapan, (Penerbit: Rajawali Press, 1985), hlm. 5.

- 2) Peraturan Dasar, yaitu: Batang Tubuh Undang-Undang Dasar 1945, Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat.
- 3) Peraturan perundang-undangan.
- 4) Bahan hukum yang tidak dikodifikasikan, seperti, hukum adat.
- 5) Yurisprudensi.
- 6) Traktat.
- 7) Bahan hukum dari zaman penjajahan yang hingga kini masih berlaku, seperti Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (yang merupakan terjemahan yang secara yuridis formal bersifat tidak resmi dari *Wetboek van Strafrecht*).

Bahan hukum primer yang digunakan oleh penyusun dalam penelitian ini yaitu Undang-undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan.

- b. Bahan hukum sekunder, yaitu bahan yang memberikan penjelasan bahan hukum primer, seperti rancangan undang-undang, hasil-hasil penelitian, hasil karya dari kalangan hukum, dan seterusnya. Bahan hukum sekunder yang digunakan oleh penyusun adalah buku-buku hukum, seperti hukum administrasi, jurnal, artikel, dan tulisan lain yang relevan.
- c. Bahan hukum tersier, yakni bahan hukum yang memberikan petunjuk maupun penjelasan terhadap bahan hukum primer dan sekunder. Contohnya adalah kamus dan ensiklopedia.

4. Pengelolaan dan Penyajian Bahan Hukum

Pada tahap pengolahan bahan hukum, bahan hukum yang diperoleh dalam penelitian ini akan dikelompokkan, diuraikan, dan dihubungkan secara sistematis. Bahan-bahan hukum yang telah dikumpulkan lalu dikelompokkan sesuai dengan jenis bahan hukumnya. Setelah bahan hukum primer terkumpul, bahan-bahan hukum sekunder yang secara spesifik mengandung ajaran, doktrin, asas-asas dalam hukum administrasi akan dikelompokkan sesuai dengan kegunaannya sebagai tambahan untuk bahan hukum primer. Selanjutnya jika masih dirasakan ada yang tidak atau kurang dimengerti pengistilahannya maka akan digunakan bahan hukum tersier sebagai penunjang dan kelengkapan penulisan penelitian ini.

5. Analisis

Analisis bahan hukum pada penelitian ini disajikan secara kualitatif, dengan menggunakan analisis deskriptif, yaitu dengan mendeskripsikan data yang diperoleh ke dalam bentuk penjelasan. Artinya problem yang ada dianalisis dan dipecahkan berdasarkan peraturan-peraturan, kaidah-kaidah, dan asas-asas hukum yang ada.

Teknik analisis bahan hukum yang digunakan dalam penelitian hukum ini adalah menggunakan metode analisis induksi, yaitu menarik kesimpulan dari suatu hal yang bersifat khusus ke dalam ketentuan yang umum. Bahan-bahan hukum yang diperoleh dalam penelitian studi

kepastakaan, diuraikan dan dihubungkan sedemikian rupa sehingga tersajikan dalam penulisan yang lebih sistematis guna menjawab permasalahan yang telah dirumuskan. Bahan-bahan hukum yang telah dianalisis akan ditarik untuk menjawab badan Yudikatif secara teoretik dapat diberikan kewenangan untuk membuat diskresi, kemudian dari hasil proses pengujian ini akan dianalisis problematika hukum pemberian diskresi pada Lembaga Yudikatif.



BAB II
TINJAUAN UMUM TENTANG NEGARA HUKUM INDONESIA, ORGAN
PEMERINTAH, KEWENANGAN PEMERINTAH, TINDAKAN
PEMERINTAH, DISKRESI DAN AAUPB

A. Negara Hukum Indonesia

Munculnya konsep negara hukum merupakan titik awal kesadaran masyarakat tentang pentingnya sebuah pengaturan yang baik. Ide-ide tentang model negara hukum pada prinsipnya telah ada sejak lama bahkan ketika manusia telah mulai mengenal perkembangan pemikiran. Secara embriotik, gagasan negara hukum telah muncul sejak zaman Plato, yang ia tuangkan dalam dalam *Nomoi* dan kemudian dilanjutkan oleh muridnya, Aristoteles yang menyadari bahwa penyelenggaraan negara yang baik adalah yang didasarkan pada pengaturan (hukum) yang baik. Sampai pada akhirnya gagasan tersebut terus-menerus mengalami perkembangan hingga lahirnya beberapa konsep negara hukum dengan berbagai karakter sesuai dengan konteksnya, seperti negara hukum menurut Al-Qur'an dan Sunnah (nomokrasi Islam), negara hukum menurut konsep Eropa Kontinental (*rechstaat*), negara hukum menurut konsep Anglo-Saxon (*rule of law*), konsep *social legality*, dan konsep negara hukum Pancasila.⁴⁷

Mochtar Kusumaatmadja mengemukakan, makna terdalam dari negara berdasarkan atas hukum adalah: "...kekuasaan tunduk pada hukum dan semua

⁴⁷ Muhammad Tahir Azhary, *Negara Hukum*, (Jakarta: Bulan Bintang, 1992), hlm. 63.

orang sama di hadapan hukum”. Konsep negara hukum tentu saja sekaligus memadukan paham kedaulatan rakyat dengan kedaulatan hukum sebagai satu kesatuan. Untuk menelusuri konsep tentang negara hukum pada dasarnya dapat dijelaskan melalui dua aliran pemikiran, yaitu konsep *rechtsstaat* dan *the rule of law*. Untuk memahami hal itu, dapat ditelusuri sejarah perkembangan dua konsep yang berpengaruh tersebut. Konsep “*rechtstaat*” berasal dari Jerman dan konsep “*the rule of law*” berasal dari Inggris. Istilah *rechtsstaat* mulai populer di Eropa sejak abad XIX, meskipun pemikiran tentang itu sudah lama ada, sedangkan istilah “*the rule of law*” mulai populer dengan terbitnya sebuah buku dari Albert Venn Dicey tahun 1855 dengan judul *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*.⁴⁸

Di dalam negara hukum, setiap aspek tindakan pemerintahan baik dalam lapangan pengaturan maupun dalam lapangan pelayanan harus didasarkan pada peraturan perundang-undangan atau berdasarkan pada legalitas. Artinya pemerintah tidak dapat melakukan tindakan pemerintahan tanpa dasar kewenangan.

Unsur-unsur yang berlaku umum bagi setiap negara hukum, yakni sebagai berikut:⁴⁹

⁴⁸ Mochtar Kusumaatmaja. *Konsep-konsep Hukum dalam Pembangunan*. (Bandung: PT. Alumni, 2002) . hlm. 24

⁴⁹ Frans Magnis Suseno, *Mencari Sosok Demokrasi, Sebuah telaah Filosofis*. (Jakarta: Gramedia, 1997) ,hlm71

- a. Adanya suatu sistem pemerintahan negara yang didasarkan atas kedaulatan rakyat.
- b. Bahwa pemerintah dalam melaksanakan tugas dan kewajibannya harus berdasar atas hukum atau peraturan perundang-undangan.
- c. Adanya jaminan terhadap hak-hak asasi manusia (warga negara).
- d. Adanya pembagian kekuasaan dalam negara.
- e. Adanya pengawasan dari badan-badan peradilan (*rechterlijke controle*) yang bebas dan mandiri, dalam arti lembaga peradilan tersebut benar-benar tidak memihak dan tidak berada di bawah pengaruh eksekutif.
- f. Adanya peran yang nyata dari anggota-anggota masyarakat atau warga negara untuk turut serta mengawasi perbuatan dan pelaksanaan kebijaksanaan yang dilakukan oleh pemerintah.
- g. Adanya sistem perekonomian yang dapat menjamin pembagian yang merata sumberdaya yang diperlukan bagi kemakmuran warga negara.

Unsur-unsur negara hukum ini biasanya terdapat dalam konstitusi.

Oleh karena itu, keberadaan konstitusi dalam suatu negara hukum merupakan keharusan. Menurut Sri Soemantri, tidak ada satu negarapun di dunia ini yang tidak mempunyai konstitusi atau undang-undang dasar. Negara dan konstitusi merupakan dua lembaga yang tidak dapat dipisahkan satu dengan yang lain.⁵⁰

Dalam konteks Indonesia sebagai negara hukum secara tegas disebutkan dalam UUD NRI 1945 yaitu pasal 1 ayat (3); “Indonesia ialah negara yang berdasar atas hukum”. Yang menganut desentralisasi dalam penyelenggaraan pemerintah, sebagaimana disebutkan dalam pasal 18 ayat (1) UUD NRI 1945. Sebagai negara hukum, setiap penyelenggaraan urusan pemerintahan haruslah berdasarkan pada hukum yang berlaku (*wetmatigheid van bestuur*). Indikasi bahwa Indonesia menganut konsepsi *welfare state*

⁵⁰ *Ibid*, hlm 75.

terdapat pada kewajiban pemerintah untuk mewujudkan tujuan-tujuan negara, sebagaimana yang termuat dalam alinea keempat Pembukaan UUD 1945, yaitu; “Melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia, memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, dan melaksanakan ketertiban dunia”. Salah satu karakteristik konsep negara kesejahteraan adalah kewajiban pemerintah untuk mengupayakan kesejahteraan umum. Menurut E.Utrecht, adanya *bestuurszorg* ini menjadi suatu tanda yang menyatakan adanya suatu “*welfare state*”.⁵¹ Disebutkan oleh Bagir Manan bahwa dimensi sosial ekonomi dari negara berdasarkan atas hukum adalah berupa kewajibannegara atau pemerintah untuk mewujudkan dan menjamin kesejahteraan sosial dalam suasana sebesar-besarnya kemakmuran menurut asas keadilan sosial bagi seluruh rakyat. Dimenasi ini secara spesifik melahirkan paham negara kesejahteraan (*verzorgingstaat, welfare state*).⁵² Jika adanya kewajiban pemerintah untuk memajukan kesejahteraan umum itu merupakan ciri konsep negara kesejahteraan, Indonesia tergolong sebagai negara kesejahteraan, karena tugas pemerintah saja, melainkan semata-mata hanya di bidang pemerintah saja, melainkan harus juga melaksanakan kesejahteraan sosial dalam rangka mencapai tujuan

⁵¹ E. Utrecht, *Pengantar Hukum Administrasi Negara Indonesia*, (Surabaya:Pustaka Tinta Mas,1988), hlm 30.

⁵² Bagir Manan, *Pemikiran Negara Berkonstitusi di Indonesia*, Makalah pada Temu Ilmiah Nasional, Fakultas Hukum Universitas PADjajaran, Bandunh, 6 April 1999, hlm.2 , dalam Ridwan, *Hukum Administrasi Negara.....*, hlm 19.

negara, yang dijalankan melalui pembangunan nasional.⁵³ secara konstitusional, dalam Bab XIV Pasal 33 dan 34 UUD NRI 1945 terdapat kewajiban negara dan pemerintah untuk mengatur dan mengelola perekonomian, cabang-cabang produksi, dan kekayaan alam dalam rangka mewujudkan kesejahteraan sosial, memelihara fakir miskin dan anak-anak terlantar, serta memberikan jaminan sosial dan kesehatan bagi warga negara.

Berdasarkan pada unsur-unsur negara hukum yang telah dijelaskan diatas, bahwa beberapa ketentuan dalam UUD NRI 1945 yang menunjukkan bahwa negara hukum Indonesia yang menganut desentralisasi dan berorientasi kesejahteraan, seperti:⁵⁴

1. Pengakuan dan perlindungan HAM sebagaimana terdapat dalam Pasal 28 A sampai 28 J UUD NRI 1945;
2. Pemencaran kekuasaan negara, yang berbentuk pemencaran dan pembagian kekuasaan secara horizontal dan vertikal. Pemencaran dan pembagian kekuasaan secara horizontal tampak pada pembentukan dan pemberian kekuasaan kepada DPR (Pasal 19,20,21,22 UUD NRI 1945), kekuasaan Presiden (Pasal 4 sampai Pasal 15 UUD NRI 1945), dan beberapa suprastruktur politik lainnya. Pemencaran dan pembagian kekuasaan secara vertikal muncul dalam wujud desentralisasi yaitu dengan pembentukan dan pemberian wewenang kepada satuan pemerintahan daerah (Pasal 18 UUD NRI 1945);
3. Prinsip kedaulatan rakyat sebagaimana tercantum dalam Pasal 1 ayat (2) “Kedaulatan adalah ditangan rakyat dan dilaksanakan menurut Undang-Undang Dasar”
4. Penyelenggaraan negara dan pemerintahan berdasarkan atas hukum dan peraturan perundang-undangan yang berlaku;

⁵³ Sjachran Basah, *Eksistensi dan Tolok Ukur Badan Peradilan Administrai di Indonesia*, (Bandung: Alumni, 1985), hlm 2-3.

⁵⁴ Ridwan, *Hukum Administrasi ...*, *op.cit.*, hlm 20-21

5. Pengawasan oleh hakim yang merdeka, yang merupakan implementasi dari Pasal 24 UUD NRI 1945 dan beberapa undang-undang organik tentang kekuasaan kehakiman dan lembaga-lembaga peradilan;
6. Pemilihan umum yang dilakukan secara periodik;
7. Tersedianya tempat pengaduan bagi rakyat atas tindakan pemerintah yang merugikan warga negara, yakni upaya administratif, PTUN, dan Komisi Ombudsman.

Bagir Manan mengemukakan bahwa dengan merujuk pada konsep negara hukum yang diselenggarakan melalui mekanisme demokrasi, Indonesia tergolong sebagai negara hukum demokratis. Hukum yang dijadikan aturan main (*spelregel*) dalam penyelenggaraan negara dan pemerintahan serta untuk mengatur hubungan hukum (*rechtbetrekking*) antara penyelenggara negara dan pemerintahan di Indonesia adalah Hukum Tata Negara dan Hukum Administrasi Negara.⁵⁵

B. Organ Pemerintah

Dalam ajaran hukum publik, dikenal istilah pemerintah dalam arti luas dan dalam arti sempit. Pemerintah dalam arti luas mencakup semua alat kelengkapan negara, yang pada pokoknya terdiri dari cabang-cabang kekuasaan eksekutif, legislatif, yudisial atau alat kelengkapan negara yang bertindak untuk dan atas nama negara, sedangkan pemerintah dalam arti sempit adalah cabang kekuasaan eksekutif.⁵⁶ Pemerintah dalam arti sempit dikenal pula dengan istilah administrasi, istilah ini bahasa latin yaitu

⁵⁵ *Ibid*

⁵⁶ Bagir Manan dan Kuntana Magnar, *Beberapa Masalah Hukum Tata Negara Indonesia*, alumni, (Bandung: 1997), hlm. 158-159

administratie yang mengandung arti *to menage* (mengatur, mengurus, melaksanakan, mengelola. Derivasi dari *administrare* ini antara lain menjadi *administration* yang berarti *bestuuring* atau pemerintahan, berdasarkan pengertian tersebut maka dalam perspektif Hukum Administrasi istilah administrasi itu adalah aparat penyelenggara pemerintahan.⁵⁷

Dalam perkembangan dan implementasinya, istilah administrasi ini berkembang menjadi dua pengertian, yaitu; pertama, administrasi diartikan secara fungsional; dan kedua, administrasi diartikan secara institusional atau sebagai organisasi. Menurut Doehardjo, pemerintahan sebagai organisasi bilamana kita mempelajari ketentuan-ketentuan susunan organisasi, termasuk dalam fungsi, penugasan, kewenangan, dan kewajiban masing-masing departemen pemerintahan, badan-badan, instansi serta dinas-dinas pemerintahan, sedangkan sebagai fungsi mempelajari ketentuan-ketentuan yang mengatur apa dan cara tindakan aparatur pemerintah sesuai kewenangan masing-masing. Dengan kata lain secara fungsional, administrasi adalah penyelenggaraan semua tugas-tugas kenegaraan selain bidang pembuatan undang-undang dan peradilan, sedangkan secara institusional administrasi adalah kumpulan jabatan pemerintahan (*complex van bestuurambten*), seperti Presiden, Wakil Presiden, para Menteri beserta perangkatnya, Gubernur

⁵⁷ Ridwan, Tiga Dimensi *op.cit.*, hlm.28

beserta perangkatnya, Bupati atau Walikota beserta perangkatnya, dan Kepala Desa atau Lurah beserta perangkatnya.⁵⁸

Dalam Hukum Administrasi menempatkan organ atau jabatan pemerintahan sebagai salah satu objek kajian utama, P.Nicolai dan kawan-kawan menyebutkan beberapa ciri atau karakter yang terdapat pada jabatan atau organ pemerintahan, yaitu:⁵⁹

- a. organ pemerintahan menjalankan wewenang atas nama dan tanggung jawab sendiri, yang dalam pengertian modern, diletakkan sebagai pertanggung jawab pemerintah sendiri di hadapan hakim. Organ pemerintah adalah pemikul kewajiban.
- b. Pelaksanaan wewenang dalam rangka menjaga dan mempertahankan norma hukum administrasi, organ pemerintahan dapat dapat bertindak sebagai pihak tergugat dalam proses peradilan, yaitu dalam hal ada keberatan, banding, atau perlawanan.
- c. Disamping sebagai pihak tergugat, organ pemerintahan juga dapat tampil menjadi pihak yang tidak puas, artinya sebagai penggugat.
- d. Pada prinsipnya organ pemerintahan tidak memiliki harta kekayaan sendiri. Organ pemerintahan merupakan bagian (alat) dari badan hukum menurut hukum privat dengan harta kekayaannya. Jabatan Bupati atau Walikota adalah organ-organ dari badan umum "Kabupaten". Berdasarkan aturan hukum badan umum inilah yang dapat memiliki harta kekayaan, bukan organ pemerintahannya.

Dalam perspektif hukum publik dikenal dengan istilah jabatan (*ambt*) yakni lingkungan pekerjaan tetap yang dibentuk atau diadakan untuk melaksanakan tugas dan kewenangan, atau suatu lembaga dengan lingkup pekerjaannya sendiri yang dibentuk untuk waktu lama dan kepadanya

⁵⁸ *Ibid.*,

⁵⁹ Ridwan, Hukum Administrasi Negara.... *op.cit.*, hlm75.

diberikan tugas dan wewenang.⁶⁰ Menurut logeman, dalam realitas sosialnya, negara adalah organisasi yang berkenaan dengan berbagai fungsi, yang dimaksud dengan fungsi adalah lingkungan kerja yang terperinci dalam hubungannya secara keseluruhan, fungsi-fungsi itu dinamakan jabatan, Negara adalah organisasi jabatan. Selain itu, menurut Stroink, arti yuridis dari fungsi adalah menjalankan wewenang. Jabatan ini seperti dengan badan hukum yang merupakan abstraksi atau fiksi yang diakui keberadaannya dalam *rechverkeer* dan dapat melakukan perbuatan hukum karena dikategorikan sebagai subjek hukum menurut hukum publik, yang kepadanya diberikan kewenangan yang bersifat hukum publik. Adanya kewenangan publik inilah yang membedakan subjek hukum publik dengan subjek hukum privat, dimana subjek hukum publik itu melakukan perbuatan hukum atas dasar kewenangan, sedangkan subjek hukum privat bertindak atas nama kecakapan.⁶¹

F.R. Bothlingk mengatakan bahwa yang dimaksud dengan organ adalah setiap orang atau lembaga yang diberi kekuasaan umum, atau setiap orang yang dilekati kewenangan itu berkuasa untuk melakukan perbuatan hukum atau sesuatu yang sejenis dengan itu. Pejabat atau organ adalah

⁶⁰ N.E Algra en H.C.J.G. Janssen, *Rechtsingang, een Orientatie in het Recht*, H.D. Tjeenk Willink bv, Groningen, 1974, hlm 175, Dikutip dari Ridwan, *Tiga Dimensi Hukum Administrasi dan Peradilan Administrasi*, (Yogyakarta: FH UII Press, 2009), hlm.31.

⁶¹ Ridwan, *Tiga Dimensi... op.,cit.*, hlm 32

fungsionaris jabatan, yang bertindak untuk dan atas nama jabatan atau melaksanakan tugas, fungsi, dan kewenangan yang melekat pada jabatan.⁶²

Di antara jabatan-jabatan yang ada dalam suatu negara adalah jabatan pemerintahan, yaitu lingkungan pekerjaan tetap yang dilekati dengan wewenang untuk menyelenggarakan urusan pemerintahan, yakni semua tugas-tugas kenegaraan selain bidang pembuatan undang-undang dan peradilan. Fungsionaris jabatan pemerintahan adalah organ pemerintahan (*bestuurorgaan*), yang di dalam Hukum Administrasi ditempatkan sebagai konsep sentral,⁶³ dengan kepribadian hukum sendiri dan memiliki karakteristik sebagai berikut:

- 1) Organ pemerintah menjalankan wewenang atas nama dan tanggung jawab sendiri. Organ pemerintah adalah pemikul tanggungjawab.
- 2) Pelaksanaan wewenang dalam rangka menjaga dan mempertahankan norma hukum administrasi, organ pemerintahan dapat bertindak sebagai pihak tergugat dalam proses peradilan.
- 3) Di samping sebagai pihak tergugat, organ pemerintahan juga dapat tampil sebagai pihak penggugat.
- 4) Pada prinsipnya organ pemerintahan tidak memiliki harta kekayaan sendiri. Organ pemerintahan merupakan bagian (alat) dari badan hukum menurut hukum privat dengan harta kekayaannya.

De Meij dan van der Vlies mengatakan bahwa organ pemerintahan adalah suatu konstruksi yuridis. Organ pemerintahan bukanlah manusia yang mempersonifikasikan organ pemerintahan, tetapi pihak yang menjalankan

⁶² *Ibid*, hlm.33.

⁶³ P.M.B Schrijveners en H.C.M. Smeets, *Staats-en Bestuursrecht*, Tiende Druk, Wolters-Noordhoff, Groningen, 2003, hlm.339, Dikutip dari Ridwan, *Tiga Dimensi* hlm.33

kewenangan. Kewenangan yang diberikan kepada organ pemerintah harus dijalankan manusia (*reel person*). Tenaga dan pikiran organ pemerintah adalah tenaga dan pikiran mereka yang ditunjuk untuk menjalankan fungsi organ tersebut yaitu para pejabat. Berdasarkan ketentuan hukum, pejabat hanya menjalankan tugas dan wewenang yang memiliki dan dilekati wewenang adalah jabatan.⁶⁴ Menurut Stroink dan Steenbeek, kewenangan itu melekat pada jabatan.

Indroharto menyebutkan bahwa ukuran untuk dapat disebut Badan atau Pejabat PTUN adalah fungsi yang dilaksanakan, bukan nama sehari-hari, bukan pula kedudukan strukturalnya dalam salah satu lingkungan kekuasaan dalam negara. Selanjutnya Indroharto mengelompokkan organ pemerintahan atau tata usaha negara sebagai berikut:

- a. Instansi-Instansi resmi pemerintah yang berada dibawah Presiden sebagai kepala eksekutif;
- b. Instansi-instansi dalam lingkungan negara diluar lingkungan kekuasaan eksekutif yang berdasarkan peraturan perundang-undangan melaksanakan urusan pemerintahan;
- c. Badan-badan hukum perdata yang dididrikan oleh pemerintah dengan maksud untuk melaksanakan tugas-tugas pemerintahan;
- d. Instansi-instansi yang merupakan kerjasama antara pihak pemerintah dengan pihak swasta yang melaksanakan tugas-tugas pemerintahan;
- e. Lembaga-lembaga hukum swasta yang berdasarkan peraturan perundang-undangan dengan sistem perizinan melaksanakan tugas pemerintahan.⁶⁵

⁶⁴ Ridwan, Tiga Dimensi ... *op.cit.*, hlm 34

⁶⁵ Indroharto, *Usaha Memahami Undang-Undang tentang Peradilan Tata Usaha Negara*, Buku I (Jakarta:Sinar Harapan,1993), hlm.137

Secara lebih terperinci SF. Marbun menyebutkan kelompok Badan atau Pejabat TUN yang menyelenggarakan urusan, fungsi atau tugas pemerintahan, yakni sebagai berikut :

- a. Mereka yang termasuk dalam lingkungan eksekutif mulai dari presiden sebagai kepala pemerintahan (termasuk pembantu-pembantunya di pusat seperti Wakil Presiden, para menteri dan lembaga-lembaga non-departemen);
- b. Mereka yang menyelenggarakan urusan desentralisasi, yaitu Kepala Daerah tingkat I (termasuk Sekretariat Daerah Tingkat I dan Dinas-dinas Daerah tingkat I). Kepala Daerah tingkat II (termasuk Sekretariat Daerah tingkat II dan Dinas-dinas Tingkat II) dan Pemerintah Desa;
- c. Mereka yang menyelenggarakan urusan dekonsentrasi, seperti Gubernur (termasuk Sekretariat Wilayah dan Kanwil-Kanwil), Bupati (termasuk Sekretariat Wilayah dan Kadep-Kadep), Walikotaamadya, Walikota Administratif, Camat, serta Lurah;
- d. Pihak ketiga atau pihak swasta yang mempunyai hubungan istimewa atau hubungan biasa dengan pemerintah, baik yang diatur atas dasar hukum publik maupun hukum privat;
- e. pihak ketiga atau swasta yang memperoleh konsensi atau izin dari pemerintah;
- f. Pihak ketiga atau swasta yang diberi subsidi oleh pemerintah, misalnya sekolah-sekolah swasta;
- g. Yayasan-yayasan yang didirikan dan diawasi oleh pemerintah;
- h. Pihak ketiga atau koperasi yang didirikan dan diawasi oleh pemerintah;
- i. Pihak ketiga atau bank-bank yang didirikan dan diawasi oleh pemerintah;
- j. Pihak ketiga atau swasta yang bertindak bersama-sama dengan pemerintah (Persero), seperti BUMN yang memperoleh atribusi wewenang, PLN, Pos, Giro, PAM, Telkom, Garuda, dan lain-lain;
- k. Ketua Pengadilan Negeri, Ketua Pengadilan Tinggi, dan Ketua Mahkamah Agung serta Panitera dalam lingkungan peradilan;
- l. Sekretariat pada lembaga-lembaga Tinggi Negara serta Sekretariat pada DPRD.⁶⁶

Berdasarkan UU Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan, bahwa yang dimaksud dengan organ pemerintahan mencakup

⁶⁶ SF. Marbun, Op.cit., hlm.141

semua organ-organ kenegaraan. Dalam UU tersebut dijelaskan mengenai Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan adalah unsur yang melaksanakan Fungsi Pemerintahan, baik di lingkungan pemerintah maupun penyelenggara negara lainnya. Disebutkan dalam Pasal 4 UU tersebut bahwa ruang lingkup pemerintahan adalah lembaga eksekutif, lembaga yudikatif, lembaga legislatif dan/atau lainnya. Maka organ pemerintahan dalam menjalankan tugas dan wewenangnya harus tunduk pada ketentuan-ketentuan UU Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan.

C. Kewenangan Pemerintah

Kewenangan berasal dari kata dasar “wewenang” yang dalam bahasa hukum tidak sama dengan kekuasaan (*macht*). Kekuasaan hanya menggambarkan hak untuk berbuat atau tidak berbuat. Kekuasaan hanya menggambarkan hak untuk memaksakan kehendak. Dalam hukum, wewenang sekaligus hak dan kewajiban (*rechten en plichten*). Dalam kaitannya dengan otonomi daerah, hak mengandung pengertian kekuasaan untuk mengatur sendiri (*selfregelen*) dan mengelola sendiri (*self besturen*). Sedangkan, kewajiban mempunyai dua pengertian, yakni horizontal dan vertical. Secara horizontal berarti kekuasaan untuk menyelenggarakan pemerintah sebagaimana mestinya. Wewenang dalam pengertian vertikal berarti

kekuasaan untuk menjalankan pemerintahan dalam suatu tertib ikatan pemerintah negara secara keseluruhan.⁶⁷

Menurut hukum administrasi, pengertian “kewenangan” (*authority, gezag*) adalah kekuasaan yang diformalkan, baik terhadap suatu bidang pemerintah tertentu yang berasal dari kekuasaan legislatif atau dari kekuasaan pemerintah, sedangkan pengertian “wewenang” (*competence, bevoegdheid*), hanyalah mengenai onderdil tertentu atau bidang tertentu saja. Dengan demikian wewenang adalah kemampuan bertindak yang diberikan oleh undang-undang yang berlaku untuk melakukan hubungan hukum tertentu.⁶⁸

Kewenangan berhubungan erat dengan pertanggungjawaban hukum (*rechtelijke verantwoording*) dalam konsep penyelenggaraan salah satu prinsip negara hukum, sebagaimana ungkapan ”*geen bevoegheid zonder verantwoordelijkheid* atau *there is no authority without responsibility*” (tidak ada kewenangan tanpa pertanggungjawaban).

Kewenangan merupakan hak menggunakan wewenang yang dimiliki oleh seorang pejabat atau institusi menurut ketentuan yang berlaku, dengan demikian kewenangan juga menyangkut kompetensi tindakan hukum yang dapat dilakukan menurut kaedah-kaedah formal sehingga menjadikannya

⁶⁷ Muhammad Fauzan, *Hukum Pemerintahan Daerah, Edisi revisi*, (Purwokerto: STAIN Press, 2010), hlm. 79.

⁶⁸ R. Wiyono, *Hukum Acara Peradilan Tata Usaha Negara, Edisi Kedua*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2010), hlm. 64.

sebagai kekuasaan formal yang dimiliki oleh pejabat atau institusi. Dari pemaparan ini, dapat diketahui bahwa kewenangan menempati posisi penting dalam hukum tata negara maupun dalam administrasi negara. Begitu pentingnya kedudukan kewenangan ini, sehingga F.A.M. Stroink dan J.G. Steenbeek menyebut sebagai konsep inti dalam hukum tata negara dan hukum administrasi negara.⁶⁹

Berdasarkan asas legalitas, tersirat bahwa wewenang pemerintahan berasal dari peraturan perundang-undangan, artinya sumber wewenang bagi pemerintah adalah peraturan perundang-undangan. Secara teoritik, kewenangan yang bersumber dari peraturan perundang-undangan tersebut diperoleh melalui tiga cara yaitu atribusi, delegasi, dan mandat.⁷⁰ Indroharto menyebutkan bahwa atribusi terjadi pemberian wewenang pemerintahan yang baru oleh suatu ketentuan dalam peraturan perundang-undangan, maka lahirlah suatu wewenang baru. Lebih lanjut disebutkan bahwa legislator yang kompeten untuk memberikan atribusi wewenang pemerintah dibedakan antara:⁷¹

- a. Yang berkedudukan sebagai *original legislator*; dinegara kita ditingkat pusat adalah MPR sebagai pembentuk konstitusi dan DPR bersama-sama pemerintah sebagai yang melahirkan suatu undang-undang, dan di tingkat daerah adalah DPRD dan Pemerintah Daerah yang melahirkan Peraturan Daerah.

⁶⁹ Ridwan, Hukum Administrasi..... *op.cit.*, hlm 99.

⁷⁰ *Ibid*, 101

⁷¹ *Ibid*

- b. Yang bertindak sebagai *delegated legislator*; seperti Presiden yang berdasarkan suatu ketentuan undang-undang mengeluarkan Peraturan Pemerintah di mana diciptakan wewenang-wewenang pemerintahan kepada Badan atau Jabatan Tata Usaha Negara tertentu.

Mengenai atribusi, delegasi, dan mandat ini H.D. van Wijk/Willem

Konijnenbelt mendefinisikan sebagai berikut:⁷²

- a. *Attributie: toekening van een beestuersbevoegheid door een weetgever aan een bestuursorgaan*, (Atribusi adalah pemberian wewenang pemerintahan oleh pembuat undang-undang kepada organ pemerintahan).
- b. *Delegatie: overdracht van een bevoegheid van het ene bestuursorgaan aan een ander*, (Delegasi adalah pelimpahan wewenang pemerintahan dari satu organ pemerintahan kepada organ pemerintahan lainnya).
- c. *Mandaat: een bestuursorgaan laat zijn bevoegheid namens hemuitoefenen door een ander*, (Mandat terjadi ketika organ pemerintahan mengizinkan kewenangannya dijalankan oleh organ lain atas namanya).

Wewenang yang diperoleh secara atributisi bersifat asli yang berasal dari peraturang perundang-undangan. Dengan kata lain organ pemerintahan memperoleh kewenangan secara langsung dari redaksi pasal tertentu dalam suatu peraturan perundang-undangan. Dalam hal atribusi, penerima wewenang dapat menciptakan wewenang baru atau memperluas wewenang yang sudah ada, dengan tanggung jawab intern dan ekstern pelaksanaan wewenang yang didistribusikan sepenuhnya berada penerima wewenang (atributaris). Pada delegasi tidak ada penciptaan wewenang, yang ada hanya pelimpahan wewenang dari pejabat yang satu kepada pejabat lainnya. Tanggung jawab

⁷² *Ibid*, hlm 102.

yuridis tidak lagi berada pada pemberi delegasi (delegans), tetapi beralih pada penerima delegasi (delegataris). Sementara pada mandat, penerima mandat (mandataris) hanya bertindak untuk dan atas nama pemberi mandat (mandans).⁷³

Dalam kepustakaan terdapat pembagian mengenai sifat wewenang pemerintahan yakni terikat, fakultatif, dan bebas, terutama dalam kaitannya dengan kewenangan pembuatan dan penerbitan keputusan-keputusan (*beschikkingen*) oleh organ pemerintahan sehingga dikenal ada keputusan yang bersifat terikat dan bebas. Indroharto mengatakan bahwa: *pertama*, wewenang pemerintahan yang bersifat terikat, yakni terjadi apabila peraturan dasarnya menentukan kapan dan dalam keadaan yang bagaimana wewenang tersebut dapat digunakan atau peraturan dasarnya menentukan tentang isi dari keputusan yang harus diambil secara terinci, maka wewenang pemerintahan semacam itu merupakan wewenang yang terikat; *kedua*, wewenang fakultatif terjadi dalam hal badan atau pejabat tata usaha negara yang bersangkutan tidak wajib menerapkan wewenangnya atau sedikit banyak masih ada pilihan, sekalipun pilihan itu hanya dapat dilakukan dalam hal-hal atau keadaan-keadaan tertentu sebagaimana ditentukan dalam peraturandasarnya; *ketiga*, wewenang bebas, yakni terjadi ketika peraturan dasarnya memberi kebebasan kepada badan atau pejabat tata usaha negara untuk menentukan sendiri

⁷³ *Ibid*

mengenai isi dari keputusan yang akan dikeluarkannya atau peraturan dasarnya memberikan ruang lingkup kebebasan kepada pejabat tata usaha negara yang bersangkutan.

Philipus M. Hadjon dengan mengutip pendapat Spelt dan Ten Berge, membagi kewenangan bebas dalam dua kategori, yaitu kebebasan kebijaksanaan (*beleidsvrijheid*) dan kebebasan penilaian (*beoordingsvrijheid*). Ada kebebasan kebijaksanaan (wewenang diskresi dalam arti sempit) bila peraturan perundang-undangan memberikan wewenang tertentu kepada organ pemerintahan sedangkan organ tersebut bebas untuk (tidak) menggunakannya meskipun syarat-syarat bagi penggunaannya secara sah dipenuhi. Adapun kebebasan penilaian (wewenang diskresi dalam arti yang tidak sesungguhnya) ada, sejauh menurut hukum diserahkan kepada organ pemerintahan untuk menilai secara mandiri dan eksklusif apakah syarat-syarat bagi pelaksanaan suatu wewenang secara sah telah dipenuhi. Berdasarkan pengertian ini, Philipus M. Hadjon menyimpulkan adanya dua jenis kekuasaan bebas atau kekuasaan diskresi, yaitu: *pertama*, kewenangan untuk memutuskan secara mandiri; *kedua*, kewenangan interpretasi terhadap norma-norma tersamar (*vage norm*). Terlepas dari bagaimana wewenang itu diperoleh dan apa isi dan sifat wewenang serta bagaimana mempertanggungjawabkan wewenang tersebut, yang pasti bahwa wewenang merupakan faktor penting dalam hubungannya dengan masalah pemerintahan, karena berdasarkan pada

wewenang inilah pemerintah dapat melakukan berbagai tindakan hukum dibidang publik (*publiekrechtshandeling*).⁷⁴

D. Tindakan Pemerintah

1. Pengertian Tindakan Pemerinatahan

Pemerintah atau administrasi negara adalah sebagai subjek hukum, sebagai *dragger van de rechten en plichten* atau pendukung hak-hak dan kewajiban-kewajiban. Sebagai subjek hukum pemerintah sebagaimana subjek hukum yang lainnya melakukan berbagai tindakan baik itu tindakan nyata maupun tindakan hukum. Tindakan nyata adalah tindakan-tindakan yang tidak ada relevansinya dengan hukum dan oleh karenanya tidak menimbulkan akibat-akibat hukum, sedangkan tindakan hukum menurut R.J.H.M. Huisman adalah tindakan-tindakan yang berdasarkan sifatnya dapat menimbulkan akibat hukum tertentu. Istilah hukum ini semula berasal dari ajaran hukum perdata yang kemudian digunakan dalam istilah Hukum Administrasi Negara, sehingga dikenal istilah tindakan hukum administrasi (*administratieve rechtshandeling*). Menurut H.J. Romeijen, tindakan hukum administrasi adalah suatu pernyataan kehendak yang muncul dari organ administrasi dalam keadaan khusus, dimaksudkan untuk menimbulkan akibat hukum dalam bidang Hukum Administrasi Negara.

⁷⁴ *Ibid.*, hlm 109

Tindakan hukum pemerintahan merupakan pernyataan kehendak sepihak dari organ pemerintahan (*eenzijdigie wilsverklaring van de bestuursorgaan*) dan membawa akibat pada hubungna hukum atau keadaan hukum atau keadaan hukum yang ada, maka kehendak organ tersebut tidak boleh mengandung cacat seperti kekhilafan (*dwaling*), penipuan (*bedrog*), paksaan (*dwang*) dan lain-ilain yang menyebabkan akibat-akibat hukum yang tidak sah. Disamping itu, karena setiap tindakan hukum harus didasarkan pada peraturan perundang-undangan yang berlaku, maka dengan sendirinya tindakan tersebut tidak boleh menyimpang atau bertentangan dengan peraturan yang bersangkutan, yang dapat menyebabkan akibat-akibat hukum yng muncul itu batal (*nietig*) atau dapat dibatalkan (*nietigbaar*).⁷⁵

Tindakan hukum atau disebut dengan istilah “*rechthandeling*” berasalah dari ajaran hukum perdata, yang kemudian digunakan juga adalam Hukum Administrsi Negara. Begitu digunakan dalam Hukum Administrasi Negara, sifat tindakan hukum ini mengalami perbedaan, hal ini karen ahubungan hukum perdata itu bersifat sejajar, sementara hubungnan hukum publik itu bersifat sub ordinatif, di satu pihak pemerintah dilekati dengan kekuasaan publik, di pihak lain warga negara tidak dilekati dengan kekuasaan yang sama.⁷⁶

⁷⁵ *Ibid.*, hlm 111.

⁷⁶ *Ibid.*, hlm 112.

2. Unsur, Macam-macam dan Karakteristik Tindakan Hukum Pemerintah

a. Unsur-unsur Tindakan Hukum Pemerintah

Disebutkan bahwa tindakan hukum berasal dari ajaran hukum perdata, yang kemudian digunakan juga dalam Hukum Administrasi Negara, sifat tindakan hukum ini mengalami perbedaan yaitu tindakan hukum administrasi dapat mengikat warga negara tanpa memerlukan persetujuan dari warga yang bersangkutan, sementara dalam tindakan hukum perdata diperlukan persesuaian kehendak antara kedua pihak atas dasar kebebasan kehendak atau diperlukan persetujuan dari pihak yang dikenai tindakan hukum tersebut. Hal ini karena hubungan hukum perdata itu bersifat sejajar sementara hubungan hukum publik itu bersifat sub ordinatif, di satu pihak pemerintah dilekati dengan kekuasaan publik, di pihak pemerintah dilekati dengan kekuasaan publik, di pihak lain warga negara tidak dilekati dengan kekuasaan yang sama.

Muchsan menyebutkan unsur-unsur tindakan hukum pemerintahan sebagai berikut:

- 1) Perbuatan itu dilakukan oleh aparat pemerintah dalam kedudukannya sebagai penguasa maupun sebagai alat perlengkapan pemerintahan (*bestuurrorganen*) dengan prakarsa dan tanggung jawab sendiri;

- 2) Perbuatan tersebut dilaksanakan dalam rangka menjalankan fungsi pemerintahan.;
- 3) Perbuatan tersebut dimaksudkan sebagai sarana untuk menimbulkan akibat hukum di bidang Administrasi Negara;
- 4) Perbuatan yang bersangkutan dilakukan dalam rangka pemeliharaan kepentingan negara dan rakyat.

Dalam kaitannya dengan negara hukum maka unsur yang telah disebutkan diatas perlu ditambahkan dengan asas legalitas, yaitu perbuatan hukum administrasi harus didasarkan dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Dimana pada prinsipnya tindakan hukum administrasi hanya dapat dilakukan dalam hal dan dengan cara yang telah diatur dan diperkenankan oleh peraturan perundang-undangan, tanpa dasar itu maka tindakan hukum pemerintah akan dikategorikan sebagai tindakan hukum tanpa kewenangan. Ada tiga kemungkinan tindakan hukum tanpa kewenangan; pertama, tidak berwenangan dari segi wilayah; kedua, tidak berwenang dari segi waktu; ketiga, tidak berwenang dari segi materi.⁷⁷ P. de Haan dan kawan-kawan menyebutkan tindakan hukum tanpa kewenangan mencakup tindakan *onbevoegdheid* absolut yaitu berkenaan dengan substansi wewenang atau urusan, hal ini berkenaan dengan substansi

⁷⁷ *Ibid.*, hlm 113.

wewenang atau urusan itu terkait persoalan atribusi, delegasi dan mandate, dan *onbevoegdheid* relative yakni berkenaan dengan waktu dan tempat, yang berkenaan dengan tempat ini terkait dengan desentralisasi territorial atau terkait dengan dekonsentrasi dari aparat pegawai pemerintah pusat, sedangkan yang berkenaan dengan waktu adalah suatu urusan dimana dalam hal pengambilan atau pembentukan keputusannya tidak sesuai dengan waktu yang ditentukan dalam peraturan perundang-undangan.

b. Macam-macam Tindakan Hukum Pemerintahan

Pemerintah atau administrasi negara adalah subjek hukum yang mewakili dua institusi yaitu jabatan pemerintahan dan badan hukum. Kedudukan hukum pemerintah yang mewakili dua institusi, tampil dengan "*twee petten*" dan diatur dengan dua bidang hukum yang berbeda, yaitu hukum publik dan hukum privat, akan melahirkan tindakan hukum dengan akibat-akibat hukum yang juga berbeda.

Secara teoritis, cara untuk menentukan apakah tindakan pemerintah itu diatur oleh hukum privat atau hukum publik adalah dengan melihat kedudukan pemerintah dalam menjalankan tindakan tersebut. Jika pemerintah bertindak dalam kualitasnya sebagai pemerintah, maka hanya hukum publiklah yang berlaku, jika pemerintah bertindak tidak dalam kualitas pemerintah, maka hukum

privatlah yang berlaku, dengan kata lain ketika pemerintaha terlibat dalam pergaulan keperdataan dan bukan dalam kedudukannya sebagai pihak yang memelihara kepentingan umum, ia tidak berbeda dengan pihak swasta, yaitu tunduk pada hukum privat.⁷⁸ Berkenaan dengan tindakan hukum publik dari organ pemerintahan, A.F.A. Korsten dan F.P.C.L. Tonnaer mengatakan sebagai bahwa tindakan hukum publik yang dilakukan oleh pemerintah dalam menjalankan fungsi pemerintahannya, dapat dibedakan dalam tindakan hukum publik yang bersifat sepihak dan tindakan banyak pihak. Peraturan bersama antar kabupaten atau antara kabupaten kabupaten dengan provinsi adalah contoh dari tindakan hukum beberapa pihak. Tindakan hukum publik sepihak berbentuk tindakan yang dilakukan sendiri oleh organ pemerintahan yang menimbulkan akibat hukum publik, contohnya adalah pemberian izin bangunan dari Walikota, pemberian bantuan (subsidi), perintah pengosongan bangunan/rumah. Dan sebagainya.

c. Karakteristik Tindakan Hukum Pemerintahan

Dalam suatu negara hukum setiap tindakan hukum pemerintahan selalu harus didasarkan selalu harus didasarkan pada asas legalitas atau harus berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku, artinya tindakan hukum pemerintahan itu pada dasarnya adalah

⁷⁸ *Ibid.*, hlm 116.

tindakan yang dilakukan dalam rangka melaksanakan ketentuan-ketentuan yang terdapat dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku atau dalam rangka mengatur dan melayani kepentingan umum yang dikristalisasikan dalam ketentuan undang-undang yang bersangkutan. Ketentuan undang-undang ini melahirkan kewenangan tertentu bagi pemerintah untuk melakukan tindakan hukum tertentu. Karena kewenangan ini hanya diberikan kepada organ pemerintahan tertentu, tidak kepada pihak lain, maka tindakan hukum pemerintah itu pada dasarnya bersifat sepihak, bukan hasil persetujuan dengan pihak yang dikenai tindakan hukum tersebut. Dalam HAN hubungan hukum antara pemerintah dalam kapasitasnya sebagai wakil dari jabatan pemerintahan bukan dalam kapasitasnya selaku wakil dari badan pemerintahan dengan seseorang atau badan hukum perdata tidak berada dalam kedudukan yang sejajar. Ridwan mengemukakan bahwa pemerintah memiliki kedudukan khusus, sebagai satu-satunya pihak yang disertai kewajiban untuk mengatur dan menyelenggarakan kepentingan umum dimana dalam rangka melaksanakan kewajiban ini kepada pemerintah diberikan wewenang membuat peraturan perundang-undangan, menggunakan paksaan pemerintah atau menerapkan sanksi-sanksi hukum. Kedudukan pemerintah yang tidak dimiliki oleh seseorang atau badan hukum perdata ini menyebabkan hubungan hukum antara pemerintah dengan seseorang dan badan

hukum perdata bersifat ordinatif, meskipun demikian pemerintah tidak dapat melakukan tindakan hukum dengan secara bebas dan semena-mena terhadap warga negara. Kalaupun kemudian dikenal dengan adanya tindakan hukum dua pihak atau lebih, maka ini hanya menyangkut mengenai cara-cara merealisasikan tindakan hukum tersebut.⁷⁹

Pada kenyataannya, tidak semua urusan pemerintahan dapat diselenggarakan sendiri oleh organ pemerintahan yang diberi kewenangan untuk menjalankan tugas dan urusan tersebut, serta tidak semua tugas dan urusan pemerintahan dapat dijalankan secara bersama-sama dengan organ pemerintahan yang lainnya. Hal ini karena ruang lingkup urusan pemerintahan itu demikian luas dan kompleks, sehingga untuk efektivitas dan efisiensi diperlukan pula keterlibatan pihak swasta, yang diwujudkan dengan cara kerjasama atau perjanjian. Tindakan hukum pemerintahan yang dilakukan dengan melibatkan pihak swasta ini disebut sebagai tindakan hukum campuran (*de gemend rechtshandeling*).⁸⁰

E. Utrecht menyebutkan beberapa cara pelaksanaan urusan pemerintahan, yaitu:

1) Yang bertindak ialah administrasi negara sendiri.

⁷⁹ *Ibid.*, hlm 120.

⁸⁰ *Ibid*

- 2) Yang bertindak ialah subjek hukum (badan hukum) lain yang tidak termasuk administrasi negara dan yang mempunyai hubungan istimewa atau hubungan biasa dengan pemerintah.
- 3) Yang bertindak ialah subjek hukum lain yang tidak termasuk administrasi negara dan yang menjalankan pekerjaannya berdasarkan izin (*vergunning*) yang diberikan oleh pemerintah.
- 4) Yang bertindak ialah subjek hukum lain yang tidak termasuk administrasi negara dan yang diberi subsidi pemerintah.
- 5) Yang bertindak ialah pemerintah bersama-sama dengan subjek hukum lain yang bukan administrasi negara dan kedua belah pihak itu tergabung dalam bentuk kerjasama yang diatur dalam hukum privat.
- 6) Yang bertindak ialah yayasan yang didirikan oleh pemerintah atau diawasi pemerintah.
- 7) Yang bertindak ialah subjek hukum lain yang bukan administrasi negara, tetapi diberi suatu kekuasaan memerintah (delegasi perundang-undangan).

Disamping dikenal karakteristik tindakan hukum pemerintahan yang bersifat sepihak, dikenal karakteristik tindakan hukum pemerintah yang bersifat terikat, fakultatif dan bebas. Karakteristik tindakan hukum ini berkenaan dengan dasar bertindak yang dimiliki oleh organ pemerintahan yaitu kewenangan.⁸¹

E. Diskresi

1. Diskresi dalam Hukum Administrasi Negara

Secara harfiah, diskresi adalah kebijaksanaan, keleluasaan, penilaian, kebebasan untuk menentukan. *Discretionary* berarti kebebasan untuk menentukan atau memilih, terserah kepada kebijaksanaan seseorang. *Discretionary power to act*: kebebasan untuk bertindak. Istilah

⁸¹ *Ibid*

diskresi sering disebut dengan *Ermessen* yakni mempertimbangkan, menilai, menduga atau penilaian, pertimbangan dan keputusan. Dalam bahasan Belanda diskresi ini memiliki beberapa arti seperti disebutkan R.K Kuipers “*discretie; coorzichtigheid; bescheidenheid; eigen oordeel, goedevinden, willekeur; grootmoedigheid, genade en ongenage*” (diskresi; sifat hati-hati, kewaspadaan, sikap hati-hati dalam pembicaraan dan tindakan. Berkelakuan sederhana; pertimbangan sendiri, kehendak, pilhan bebas, berbudi luhur atau tanpa pamrih, ampunan dan tanpa belas kasihan). Sementara yang dimaksud kekuasaan diskresi (*discretionare macht*); “*eene macht, waarvan met gematigdheid en bescheid gebruik behoort gemaakt te worden. De bevoegdheid om in sommige opzichten naar eigen goeddunken te handelen*” (sesuatu kekuasaan yang digunakan dengan proporsional dan sederhana. Wewenang untuk melakukan tindakan dari sudut pandang tertentu berdasarkan kehendak sendiri).⁸²

Bryan A. Garner mengemukakan pengertian diskresi sebagai tingkah laku dan manajemen yang bijaksana; kearifan yang diiringi kewaspadaan, sikap hati-hati, penilaian individu; kekuasaan bebas mengambil keputusan. Dari kata dasar diskresi muncul istilah diskresi administrasi (*administrative discretion*) yaitu seorang pejabat publik atau

⁸² R.K Kuipers, Geillusteed Woordenboek Nederlandsche Taal, Maatschappij “Elsevier”, Amsterdam, 1901, hlm399, dalam Ridwan, Diskresi dan tanggung jawab pemerintah, hlm 124

kekuasaan institusi melakukan pertimbangan dalam pelaksanaan tugas-tugasnya.⁸³ Sedangkan yang dimaksud dengan kekuasaan diskresi adalah kekuasaan yang diberikan pada seseorang untuk dapat memilih melakukan tindakan atau tidak, berdasarkan penilaian seseorang tersebut.⁸⁴

Florence Heffron dan Neil McFeeley mengemukakan bahwa diskresi pemerintahan itu mengandung makna sebagai berikut:

*“allowing administrators to decide if, when, how, and against whom the laws and rules will be enforced. This administrative discretion is manifested when legislature provides no or vague, meaningless standards which permit and require that administrators themselves must determine the substance and applicability of the laws, Choice is the essence of discretion and discretion is essence of administration”.*⁸⁵ (memperkenankan pemerintah untuk mengambil keputusan ketika, kapan, bagaimana, dan terhadap siapa peraturan dan ketentuan itu akan diterapkan. Diskresi pemerintah ini diperluas ketika pembuat undang-undang tidak merumuskan standar atau standar yang samara tau tidak memiliki arti tegas yang membolehkan dan mengharuskan pemerintah menentukan sendiri substansi dan penerapan peraturan. Pilihan merupakan esensi diskresi dan diskresi adalah esensi administrasi).

Menurut Philipus M. Hadjon, kebebasan bertindak (*Freis Ermessen*) pada dasarnya berarti kebebasan untuk mengetrapkan peraturan dalam situasi konkrit, kebebasan untuk mengukur situasi konkrit tersebut, dan kebebasan untuk bertindak meskipun tidak ada atau

⁸³ Bryan A. Garner, Blacks Law Disctionary, Eight Edition, Thomson West, USA, 2004, hlm 499 dalam Ridwan, Diskresi....., hlm 124

⁸⁴ *Ibid*

⁸⁵ Florence Heffron dan Neil McFeeley, The administrative Regulatory Process, Longman, New York, 1983, hlm. 44 dalam Ridwan, Diskresi Hlm 127

belum ada pengaturan tegas (sifat aktifnya pemerintah).⁸⁶ Selain itu Philipus M. Hadjon menyebutkan bahwa istilah *discretionary power* (Inggris), *Ermessen* (Jerman), *vrij bevoegdheis* (Belanda) hakikatnya sebagai lawan dari kewenangan terikat (*gebonden bevoegdheid*).⁸⁷ Akan tetapi bukan berarti yang dimaksud dengan kewenangan bebas bukanlah arti kemerdekaan yang lepas dari bingkai hukum, seperti yang diungkapkan H.D van Wijk/Williwkonijnenbelt bahwa organ pemerintah dalam menggunakan kewenangan-kewenangannya selalu terikat pada norma hukum yang berasal dari undang-undang hukum administrasi umum dan norma hukum tidak tertulis – asas-asas pemerintahan yang baik yang tidak tertulis.

Istilah *Freis Ermessen* kemudian secara khas digunakan dalam bidang pemerintahan, sehingga *Freies Ermessen (diskresionare power)* diartikan sebagai salah satu sarana yang memeberikan ruang gerak bagi pejabat atau badan-badan administrasi negara untuk melakukan tindakan tanpa harus terikat sepenuhnya pada undang-undang. Bachsan Mustafa menyebutkan bahwa *freis Ermessen* diberikan kepada pemerintah mengingat fungsi pemerintah atau administrasi negara yaitu menyelenggarakan kesejahteraan umum yang berbeda dengan fungsi kehakiman untuk menyelesaikan sengketa antar penduduk. Keputusan

⁸⁶ Philipus M.Hadjon, *Pengertian-pengertian Dasar tentang tindakan pemerintahah (besstuurshandelling)*, (Surabaya: Djumali, 1980), hlm 40-4.

⁸⁷ Philipun M.Hadjon , *Hukum Administrasi.....* hlm 24.

lebih mengutamakan pencapaian tujuan atau sasasarannya (*doelmatigheid*) daripada sesuai dengan hukum yang berlaku (*rechmatigheid*).⁸⁸

Meskipun pemberian *Freis Ermessen* kepada pemerintah atau administrasi negara merupakan konsekuensi logis dari konsepsi *welfare state* akan tetapi dalam kerangka negara hukum *freis ermessen* tidak dapat digunakan tanpa batas. Atas dasar itu Sjachran Basah mengemukakan unsur-unsur *Freis Ermessen* dalam suatu negara hukum yaitu sebagai berikut:⁸⁹

- a. Ditujukan untuk menjalankan tugas-tugas servis publik;
- b. Merupakan sikap tindak yang aktif dari administrasi negara;
- c. Sikap tindak itu dimungkinkan oleh hukum;
- d. Sikap tindak itu diambil atas inisiatif sendiri;
- e. Sikap tindak itu dimaksudkan untuk menyelesaikan persoalan-persoalan penting yang timbul secara tiba-tiba;
- f. Sikap tindak itu dapat dipertanggung jawabkan baik secara moral kepada Tuhan Yang Maha Esa maupun secara hukum.

Dalam praktik penyelenggaraan pemerintahan, *Freis Ermessen* dilakukan oleh administrasi negara dalam hal-hal sebagai berikut:⁹⁰

- a. Belum adanya peraturan perundang-undangan yang mengatur tentang penyelesaian *in konkrito* terhadap suatu masalah tertentu, padahal masalah tersebut menuntut penyelesaian yang segera. Misalnya dalam menghadapi suatu bencana alam ataupun wabah penyakit menular, maka aparat pemerintah harus segera mengambil tindakan yang

⁸⁸ Bachsan Mustafa, *Pokok-Pokok Hukum Administrasi Negara*, Bandung, citra aditya bakti, 1990, hlm 55

⁸⁹ Sjarach Basah, eksistensi dan tolok ukur badan peradilan administrasi di Indonesia, Bandung, alumni, 1985, hlm 151 dalam Ridwan, *Hukum Administrasi*.... Hlm 170

⁹⁰ Ridwan, *Hukum Administrasi*.... *Op.cit.*, hlm 171

- menguntungkan bagi negara maupun bagi rakyat, tindakan man asemata-mata timbul atas prakarsa sendiri.
- b. Peraturan perundang-undangan menjadi dasar berbuat aparat pemerintah memberikan keabsahan sepenuhnya. Misalnya dalam pemberian izin bebas untuk menafsirkan pengertian “menimbulkan keadaan bahaya” sesuai dengan situasi dan kondisi daerah masing-masing.
 - c. Adanya delegasi perundang-undangan, maksudnya aparat pemerintah diberi kekuasaan untuk mengatur sendiri, yang sebenarnya kekuasaan itu merupakan kekuasaan aparat yang lebih tinggi tingkatannya. Misalnya dalam menggali sumber-sumber keuangan daerah. Pemerintah daerah bebas untuk mengelolanya asalkan sumber-sumber itu merupakan sumber yang sah.

Meskipun kepada pemerintah diberikan kewenangan bebas, namun dalam suatu negara hukum penguunaan *Freis Ermessen* ini harus dalam batas-batas yang dimungkinkan oleh hukum yang berlaku. Penggunaan freis Ermessen tidak boleh bertentangan dengan hukum yang berlaku baik hukum tertulis maupun hukum tidak tertulis. Menurut Mucsan pembatasan penggunaan *Freis Ermessen* adalah :

- a. Penggunaan freies Ermessen tidak boleh bertentangan dengan sistem hukum yang berlaku (kaidah hukum positif).
- b. Penggunaan freies Ermessen hanya ditujukan demi kepentingan umum.

Dalam ilmu Hukum Administrasi Negara, *Freis Ermessen* ini diberikan hanya kepada pemerintah atau administrasi negara baik untuk melakukam tindakan-tindakan biasa maupun tindakan hukum, dan ketika *Freies Ermessen* ini diwujudkan dalam instrument yuridis yang tertulis, jadilah ia sebagai peraturan kebijakan. Sebagai sesuatu

yang lahir dari *freies Ermessen* dan yang hanya diberikan kepada pemerintah atau administrasi negara, kewenangan pembuatan peraturan kebijakan itu inheren pada pemerintahan (*inherent aan het bestuur*).⁹¹

Ruang lingkup diskresi pemerintah berkenaan dengan implementasi atau penjelasan secara detail dan lebih spesifik norma umum dan abstrak undang-undang (*uitleg van wettelijke voorschriften*), menafsirkan norma samar (*vage norm*) dan terbuka (*open texture*) yang terdapat dalam undang-undang (*wetsinterpretatie*), mengambil pilihan dari beberapa alternatif yang ada, memepertimbangkan berbagai kepentingan terkait, dan bahkan membuat norma untuk penyelenggaraan urusan pemerintahan ketika berhadapan dengan masalah-masalah yang belum ada aturannya atau tidak ada undang-undang yang mengaturnya (*leemten het recht*).⁹²

Penyelenggaraan urusan pemerintah dalam suatu negara hukum tetap didasarkan pada asas legalitas (*legaliteitsbeginsel*), namun kepada organ pemerintah juga dilekati wewenang diskresi sehubungan dengan kenyataan undang-undang dibidang publik itu umumnya bersifat umum dan abstrak, seringkali memuat norma samar dan terbuka serta memuat beberapa pilihan disamping kemungkinan

⁹¹ A.M Donner , *Nederlannds Bestuursrecht*, Samson H.D. Tjeenk Willink, Alpena an den Rijn, 1987, hlm 134 , dalam Ridwan, *Hukum Administrasi.....* , hlm174

⁹² Ridwan, *Diskresi..... op.cit.*,hlm 141.

munculnya persoalan-persoalan yang harus dihadapi oleh organ pemerintah dan belum ada undang-undangnya. Pemberian diskresi kepada organ pemerintah itu bukan berarti menggeser apalagi meniadakan asas legalitas. Diskresi pemerintah berfungsi untuk mendinamisir keberkakuan undang-undang terhadap persoalan faktual yang semakin kompleks.⁹³

2. Diskresi menurut UU Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan

a. Pengertian Diskresi dalam Undang-Undang Nomor 30 tahun 2014

Dalam Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan dirumuskan pengertian diskresi adalah Keputusan dan/atau tindakan yang ditetapkan dan/atau dilakukan oleh Pejabat Pemerintahan untuk mengatasi persoalan konkret yang dihadapi dalam penyelenggaraan pemerintahan dalam hal peraturan perundang-undangan yang memberikan pilihan, tidak mengatur, tidak lengkap atau tidak jelas, dan/atau adanya stagnasi pemerintahan. Dari pengertian tersebut dapat ditarik unsur unsur diskresi sebagai berikut:⁹⁴

- 1) Keputusan dan/tindakan;

⁹³ *Ibid* , hlm 142.

⁹⁴ S.F Marbun,.. *op.cit.*, hlm 263.

Unsur ini menegaskan ada 2 (dua) bentuk diskresi yaitu keputusan dan tindakan. Keputusan dalam bentuk diskresi adalah ketetapan berbentuk tertulis yang dikeluarkan oleh Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan dalam penyelenggaraan pemerintahan. Pengertian keputusan demikian berbeda dengan pengertian keputusan sebagaimana yang disebutkan dalam UU Nomor 30 Tahun 2014 pasal 87 yang menyebutkan bahwa pengertian Keputusan tidak hanya berupaketetapan tertulis tetapi juga mencakup tindakan faktual.

Tindakan yang dimaksud sebagai bentuk diskresi dalam rumusan tersebut sebagaimana yang disebutkan pada Pasal 1 angka 8 UU Nomor 30 Tahun 2014 yaitu perbuatan Pejabat Pemerintahan atau Penyelenggara Negara lainnya untuk melakukan perbuatan konkret dalam rangka penyelenggaraan pemerintahan.

2) Dilakukan oleh Pejabat Pemerintahan;

Pasal 1 angka 3 UU Nomor 30 Tahun menyebutkan bahwa Pejabat Pemerintahan adalah unsur yang melaksanakan fungsi pemerintahan baik dilingkungan pemerintah maupun penyelenggaraan negara lainnya. Pejabat Pemerintah yang dimaksud dalam hal ini sebagaimana yang disebutkan pada Pasal 4 UU Nomor 30 tahun 2014 adalah pejabat pemerintah dalam lingkup eksekutif, legislatif yudikatif dan pejabat pemerintah lainnya. Dan yang

dimaksud dengan penyelenggara negara lainnya sebagaimana dalam pasal 4 ayat (1) huruf d UU Nomor 30 Tahun 2014 adalah pejabat yang menyelenggarakan fungsi pemerintahan yang disebutkan UUD dan/atau UU. Dengan demikian maka diskresi dapat digunakan oleh pejabat eksekutif, legislatif, yudikatif, dan pejabat lain yang melaksanakan fungsi pemerintahan.

- 3) Untuk mengatasi persoalan konkret yang dihadapi dalam penyelenggaraan pemerintahan;

Diskresi digunakan apabila peraturan perundang-undangan tidak mengatur persoalan konkret yang dihadapi oleh Pejabat Pemerintah, sehingga ditemukan ketiadaan atau kekosongan hukum yang tidak mengatur persoalan konkret tersebut. Oleh karena itu secara yuridis salah satu tujuan pemberian diskresi kepada pejabat pemerintah adalah untuk mengisi kekosongan hukum tersebut, sehingga ketiadaan atau kekosongan hukum merupakan bagian dari ruang lingkup diskresi.

- 4) Peraturan Perundang-Undangan Yang Memeberikan Pilihan, Tidak Mengatur, Tidak Lengkap Atau Tidak Jelas;

Dalam menghadapi beberapa pilihan, atau peraturan tidak mengatur, atau tidak lengkap, atau tidak jelas, maka kepada Badan/Pejabat Pemerintahan diberikan ruang kebijaksanaan atau diskresi untuk menghadapi hal-hal tersebut seta dilengkapi pula

dengan asaa-asas umum pemerintahan yang baik (*algemene beginselen van berhoorlijk bestuur*).⁹⁵

Ruang lingkup diskresi meliputi pengambilan keputusan dan/atau tindakan berdasarkan peraturan perundang-undangan memberikan suatu pilihan. Hal tersebut terjadi berhubungan dengan kewenangan bebas pemerintahan (*vrijs bestuur*) yang dicirikan atau ditandai dengan kata-kata dapat, boleh, atau diberikan atau diberikan kewenangan, berhak, diharapkan dan kata-kata lain yang sejenis. Kemudian yang dimaksud dengan pilihan adalah respon atau sikap Pejabat Pemerintahan dalam melaksanakan atau tidak melaksanakan Administrasi Pemerintahan sesuai dengan ketentuan Peraturan Perundang-undangan. Diskresi juga meliputi kewenangan dalam menghadapi adanya peraturan perundang-undangan yang tidak mengatur atau tidak lengkap suatu peristiwa yang dihadapi sehingga terjadi kekosongan hukum yang mengatur penyelenggaraan pemerintahan dalam suatu kondisi tertentu atau diluar kelaziman.⁹⁶ Diskresi juga diperlukan dalam hal peraturan perundang-undangan tidak lengkap atau tidak jelas. Karena peraturan perundang-undangan masih memerlukan penjelasan lebih lanjut atau karena peraturan perundang-undangan tumpang tindih

⁹⁵ SF Marbun, *Asas-Asas Umum Pemerintahan yang Layak*, (Yogyakarta: FH UII, 2014), hlm 89

⁹⁶ SF Marbun, *Hukum Administrasi... op.cit.*, hlm 269.

(tidak harmonis dan tidak sinkron) atau belum ada peraturan pelaksanaan.⁹⁷

5) Adanya Stagnasi Pemerintahan;

Wewenang diksresi juga diberikan kepada pejabat pemerinatahan guna mengatasi terjadinya stagnasi pemerintahan sehingga kepentingan yang lebih luas dapat diatasi, yaitu kepentingan yang menyangkut hajat hidup orang banyak, penyelamatan kemanusiaan dan keutuhan negara, antara lain bencana alam, wabah penyakit, konflik sosial, kerusuhan, pertanahan dan kesatuan bangsa. Terjadinya Stagnasi pemerintahan mengakibatkan aktivitas pemerintahan tidak dapat dilaksanakan sehingga terjadi kebuntuan atau disfungsi dalam penyelenggaraan pemeirntahan, oleh karrena itu terjadinya stagnasi pemerintahan menjadi bagian dari lingkup diskresi.⁹⁸

- b. Tujuan Dan Ruang Lingkup Diskresi menurut UU Nomor 30 Tahun 2014
- Pasal 22 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 menyebutkan bahwa diskresi hanya dapat dilakukan oleh Pejabat Pemerintah yang berwenang. Setiap penggunaan diskresi pejabat pemerintah bertujuan untuk:
- a. Melancarkan penyelenggaraan pemerintah;
 - b. Mengisi kekosongan hukum;

⁹⁷ *Ibid*

⁹⁸ SF Marbun, *Hukum Administrasi...*, *op.cit.*, hlm 270.

- c. Memeberikan kepastian hukum; dan
- d. Mengatasi stagnasi pemerintahan dalam keadaan tertentu guna kemanfaatan dan kepentingan umum.

Ruang lingkup Diskresi Pejabat Pemerintah dalam menggunakan diskresi meliputi:

- a. pengambilan Keputusan dan/atau Tindakan berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan yang memberikan suatu pilihan Keputusan dan/atau Tindakan;
 - b. pengambilan Keputusan dan/atau Tindakan karena peraturan perundang-undangan tidak mengatur;
 - c. pengambilan Keputusan dan/atau Tindakan karena peraturan perundang-undangan tidak lengkap atau tidak jelas; dan
 - d. pengambilan Keputusan dan/atau Tindakan karena adanya stagnasi pemerintahan guna kepentingan yang lebih luas.
- c. Syarat Penggunaan Diskresi

Salah satu unsur rnegara hukum adalah setiap tindakan Pejabat Pemerintahan harus berdasarkan Peraturan perundang-undangan. Untuk mencegah penyalah gunaan penggunaan wewenang diskresi yang diberikan oleh undang-undang kepada pejabat pemerintahan, maka untuk menggunakan wewenang diskresi diatur syarat penggunaan sebagaimana yang diatu pada Pasal 24 UU Nomor 30 tahun 2014, yaitu:

- a. Sesuai tujuan diskresi, yaitu melancarkan penyelenggaraan pemerintahan, mengisikekosongan hukum, memeberikan kepastian hukum dan mengatasi stagnasi pemerintahan dalam keadaan tertentu guna kemanfaatan dan kepentingan umum.
- b. Tidak bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.
- c. Sesuai dengan AUPB
- d. Berdasarkan alasan yang obyektif.
- e. Tidak menimbulkan konflik kepentingan.
- f. Dilakukan dengan itikad baik.

Syarat-syarat yang dipenuhi agar wewenang diskresi dapat digunakan oleh Pejabat Pemerintahan cukup rigid, karena bersifat kumulatif dan cukup sulit untuk dipenuhi.⁹⁹ Untuk mengujinya dapat dilakukan dengan undang-undang dan/atau hukum, meskipun AUPL yang dimaksud juga sudah dituangkan dalam peraturan perundang-undangan. Kesulitan yang dirasakan ketika menguji unsur rasional, itikad baik dan motif kejujuran, dengan demikian tidak mudah bagi pejabat pemerintahan untuk menggunakan wewenang diskresi.

F. Asas-Asas Umum Pemerintahan Yang Baik (AAUPB)

1. Sejarah AAUPB

Sejak dianutnya konsep negara kesejahteraan (*welfare state*) yang menempatkan pemerintah sebagai pihak yang bertanggungjawab terhadap kesejahteraan umum warga negara dan untuk mewujudkan kesejahteraan ini pemerintah diberi wewenang untuk campur tangan dalam segala lapangan kehidupan masyarakat, yang dalam campur tangan ini tidak saja berdasarkan pada peraturan perundang-undangan, tetapi dalam keadaan tertentu dapat bertindak tanpa berdasarkan pada peraturan perundang-undangan tetapi berdasarkan inisiatif sendiri yang biasa disebut *freise ermessen* atau peraturan kebijaksanaan.

⁹⁹ *Ibid.*, hlm 275.

Tahun 1946 untuk menghindari tindakan pemerintah yang seenaknya sendiri dalam membuat peraturan kebijaksanaan, Pemerintah Belanda membentuk sebuah komisi yang bernama komisi de Monchy dan bertugas memikirkan serta meneliti beberapa alternatif tentang *Verhooodge Rechtbescherming* atau peningkatan perlindungan hukum bagi rakyat dari tindakan administrasi negara yang menyimpang. Pada tahun 1950 komisi de Monchy melaporkan hasil penelitiannya tentang *Verhooodge Rechtbescherming* dalam bentuk “*Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*” yang secara umum dapat diartikan sebagai Asas-Asas Umum Pemerintahan yang Baik (AUPB) walaupun dikalangan akademisi Indonesia masih terjadi perbedaan penerjemahan.¹⁰⁰ Mulanya laporan yang dibuat oleh komisi de Monchy ini menimbulkan kekhawatiran bagi pejabat administrasi atau pegawai pemerintahan di *Nederland* karena bisa jadi asas-asas tersebut dijadikan oleh hakim administrasi sebagai tolak ukur untuk menguji tindakan atau kebijaksanaan yang dilakukan oleh mereka. Namun kekhawatiran tersebut sudah kehilangan relevansinya karena pejabat pemerintahan dapat menggunakan *freies Ermessen* atau *discretionare*, yaitu kebebasan untuk bertindak atas inisiatif sendiri menyelesaikan persoalan-persoalan penting yang mendesak dan muncul

¹⁰⁰ Muchsan, *Pengantar Hukum Administrasi Negara Indonesia*, Liberty, Yogyakarta, 1982, hlm. 74, dalam SF Marbun dan Moh. Mahfud MD, *Pokok-Pokok Hukum Administrasi Negara*, Cetakan Pertama, Edisi Pertama, Liberty, Yogyakarta, 1987, hlm. 57

secara tiba-tiba, dimana hukum tidak mengaturnya.¹⁰¹ Pada akhirnya panitia De Monchy ini dibubarkan oleh pemerintah. Kemudian muncul komisi Van De Greenten, yang juga bentukan pemerintah dengan tugas yang sama dengan panitia De Monchy. Namun komisi ini juga mengalami nasib yang sama dengan panitia sebelumnya, yaitu karena ada beberapa pendapat yang diperoleh hasil dari penelitian tidak disetujui oleh pemerintah dan dibubarkan tanpa membuahkan hasil.¹⁰² Meskipun demikian ternyata hasil penelitian de monchy digunakan dalam pertimbangan putusan-putusan Raad van State dalam perkara administrasi, meskipun AAUPB tidak mudah memasuki wilayah demorasi untuk dijadikan sebagai norma bagi tindakan pemerintah tetapi tidak demikian halnya dalam wilayah peradilan. Seiring dengan berjalannya waktu, keberatan dan kekhawatiran para pejabat dan pegawai pemerintahan tersebut akhirnya hilang, bahkan sekarang telah diterima dan dimuat dalam berbagai peraturan perundang-undangan di Naderland.¹⁰³

2. Peristilahan, Pengertian dan Kedudukan AAUPB

Istilah *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur* di indonesia mengalami perbendaan penerjemahan dikalangan para pakar. Menurut Ridwan HR dalam bukunya beliau memberikan kesimpulan akhir bahwa

¹⁰¹ SF Marbun, *Peradilan Administrasi Negara dan Upaya Administrasi di Indonesia*, Cetakan Ketiga, FH UII Press, Yogyakarta, 2011, hlm. 371

¹⁰² Amrullah Salim, *Asas-asas Umum Pemerintahan yang Baik Berdasarkan Pancasila dan UUD 1945*, dalam Paulus E. Lotulung, *Beberapa Sistem tentang Kontrol Segi Hukum terhadap Pemerintah*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1993, hlm. 127-128

¹⁰³ SF. Marbun, *op.cit*, hlm 355

terjemahan dari istilah *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur* adalah asas-asas umum pemerintahan yang baik disingkat AAUPB.¹⁰⁴ Beda halnya dengan SF Marbun dalam disertasinya, beliau lebih cenderung menggunakan asas-asas umum penyelenggaraan pemerintahan yang layak atau disingkat AAUPPL karena lebih populer dan sering digunakan oleh akademisi Universitas Padjajaran Bandung.¹⁰⁵

Awal mula perkembangannya, istilah *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur* (dalam literatur hukum administrasi Belanda), *principes generaux du droit coutumier public* (dalam literatur hukum administrasi Perancis) atau *algemene rechtbeginselen* (dalam literatur hukum administrasi Belgia). Ketiga istilah dalam bahasa asing tersebut mempunyai arti yang sama akan tetapi jika diterjemahkan dalam bahasa Indonesia sering muncul kesulitan dalam mencari padanan kata yang sesuai, maka dari itulah para pakar memiliki pengertiannya masing-masing walaupun yang dimaksud adalah hal yang sama. *Algemene* dalam bahasa Inggris berarti *general*, dalam bahasa Perancis berarti *generaux* dan dalam bahasa Indonesia padanan katanya adalah umum. Mengenai kata *algemene* yang berarti umum ini tidak ada perbedaan secara mendasar tentang terjemahannya. Demikian juga dengan kata *beginselen*

¹⁰⁴ Ridwan HR, *Hukum Administrasi ...*, *Op.cit*, hlm. 234

¹⁰⁵ S.F. Marbun, *Eksistensi Asas-Asas Umum Penyelenggaraan Pemerintahan yang Layak dalam Menjelmakan Pemerintahan yang Baik dan Bersih di Indonesia*, (Disertasi), Fakultas Pascasarjana, Universitas Padjajaran, Bandung, 2001, hlm. 50. Lihat juga disertasi yang sudah diterbitkan menjadi buku S.F. Marbun, *Asas-asas Umum Penyelenggaraan Pemerintahan yang Layak*, Cetakan Pertama, FH UII Press, 2014, hlm. 5

yang diterjemahkan dalam bahasa Indonesia sebagai asas, dasar atau prinsip.

Kemudian dalam hukum administrasi Indonesia, kata *behoorlijk* inilah yang menimbulkan ketidakseragaman dari para pakar, karena jika diterjemahkan kedalam bahasa Indonesia arti dari kata tersebut adalah baik, layak, atau patut. Secara epistemologi kata baik mempunyai arti tersendiri yang berarti elok, teratur, rapi. Kata layak berarti wajar, pantas, atau patut. Sedangkan kata patut berarti baik, layak, pantas, senonoh. Maka dari itu sebenarnya kata patut lebih lengkap artinya daripada kata layak atau kata baik. Kata *bestuur* juga banyak mengundang perdebatan tersendiri di lingkungan para pakar hukum administrasi. Jika diterjemahkan kata tersebut memiliki arti pemerintahan, penyelenggaraan pemerintahan, dan penyelenggaraan administrasi.¹⁰⁶ Apabila kata *bestuur* diterjemahkan sebagai pemerintahan, maka pengertian pemerintahan dapat difahami melalui dua pengertian, yakni pengertian pemerintahan dalam arti fungsi yang berarti kegiatan memerintah dan pengertian pemerintahan dalam arti organisasi yang berarti kumpulan dari kesatuan-kesatuan pemerintahan. Pengertian pemerintahan dalam arti fungsi dalam hal ini ditempatkan dalam hubungannya dengan fungsi-fungsi lembaga negara lainnya, yakni fungsi perundang-undangan dan fungsi peradilan. Dengan demikian pengertian pemerintahan dalam arti sempit adalah keseluruhan

¹⁰⁶ S.F. Marbun, *Asas-asas Umum Penyelenggaraan.*, *op.cit*, 2014, hlm.3 .

kegiatan yang tidak termasuk dalam kegiatan perundang-undangan dan kegiatan peradilan. Istilah asas-asas umum pemerintahan yang baik terdapat didalam hukum positif di Indonesia yaitu Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan, serta untuk mempermudah penyebutannya, bahwa dalam ketentuan umum Ayat 17 asas-asas umum pemerintahan yang baik disingkat dan seterusnya akan digunakan AUPB.

Berdasarkan penelitiannya, Jazim Hamidi menemukan pengertian AAUPB sebagai berikut:

- a. AAUPB merupakan nilai-nilai etik yang hidup dan berkembang dalam lingkungan hukum Administrasi Negara;
- b. AAUPB berfungsi sebagai pegangan bagi pejabat administrasi dalam menjalankan fungsinya, merupakan alat uji bagi hakim administrasi dalam menilai tindakan administrasi negara (yang berwujud penetapan/beschikking), dan sebagai dasar pengajuan gugatan bagi pihak penggugat;
- c. Sebagian besar dari AAUPB masih merupakan asas-asas yang tidak tertulis, masih abstrak, dan dapat digali dalam praktik kehidupan dimasyarakat;
- d. Sebagian asas yang lain sudah menjadi kaidah hukum tertulis dan terpencair dalam berbagai peraturan hukum positif. Meskipun sebagian dari asas itu berubah menjadi kaidah hukum tertulis, namun sifatnya tetap sebagai asas hukum.¹⁰⁷

Menurut Philipus M. Hadjon, AUPB harus dipandang sebagai norma-norma hukum tidak tertulis, yang senantiasa harus ditaati oleh pemerintah, meskipun arti yang tepat dari AUPB bagi tiap keadaan

¹⁰⁷ Jazim Hamidi, *Penerapan Asas-Asas Umum Penyelenggaraan Pemerintah yang Layak (AAUPB) di Lingkungan Peradilan Administrasi Indonesia*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 1999), hlm.24.

tersendiri tidak selalu dapat dijabarkan dengan teliti. Dapat pula dikatakan, bahwa AUPB adalah asas-asas hukum tidak tertulis, darimana untuk keadaan-keadaan tertentu dapat ditarik aturan-aturan hukum yang dapat diterapkan.¹⁰⁸

Sebenarnya menyamakan AUPB dengan norma hukum tidak tertulis dapat menimbulkan salah paham, sebab dalam konteks, ilmu hukum telah dikenal bahwa antara “asas” dengan “norma” itu terdapat perbedaan. Asas atau prinsip merupakan dasar pemikiran yang umum dan abstrak, ide atau konsep, dan tidak mempunyai sanksi, sedangkan norma adalah aturan yang konkret, penjabaran dari ide, dan mempunyai sanksi.¹⁰⁹ Pada kenyataannya, AUPB ini meskipun merupakan asas, namun tidak semuanya merupakan pemikiran yang umum dan abstrak, dan dalam beberapa hal muncul sebagai aturan hukum yang konkret atau tertuang secara tersurat dalam pasal undang-undang, serta mempunyai sanksi tertentu. AUPB sebagai hukum tidak tertulis ini mempunyai ciri atau karakteristik yang khas yang membedakan dengan etika dan moral, sehingga dapat dipastikan AUPB bukanlah kecenderungan etis dan moral,

¹⁰⁸ Philipus M. Hadjon, *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia*, (Yogyakarta: Gadjah Mada University Press, 1994), hlm. 270

¹⁰⁹ Ateng Syafrudin, *Asas-Asas Pemerintahan Yang Layak Pegangan Bagi Pengabdian Kepala Daerah*, vide Paulus E. Lotulung, *Beberapa Sistem tentang Kontrol Segi Hukum terhadap Pemerintah*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1993, hlm. 65. Dalam Ridwan HR, *Hukum Administrasi Negara*, Op.cit, hlm. 237

akan tetapi lebih merupakan hukum tidak tertulis yang mempunyai kekuatan mengikat dan sanksi yang dapat dipaksakan.¹¹⁰

3. Fungsi AAUPB

Pada awal kemunculannya, AUPB hanya dimaksudkan sebagai sarana perlindungan hukum dan bahkan dijadikan sebagai instrumen untuk meningkatkan perlindungan hukum bagi warga negara dari tindakan pemerintah. AUPB dijadikan sebagai dasar penilaian dalam upaya administrasi disamping sebagai hukum tidak tertulis bagi tindakan pemerintah. Lebih lanjut AUPB ini ada dua varian, yaitu sebagai dasar penilaian bagi hakim dan sebagai norma pengarah bagi organ pemerintahan. Dalam perkembangannya, AUPB memiliki arti penting dan fungsi sebagai berikut:¹¹¹

- a. Bagi Administrasi Negara, bermanfaat sebagai pedoman dalam melakukan penafsiran dan penerapan terhadap ketentuan-ketentuan perundang-undangan yang bersifat sumir, samar atau tidak jelas. Lebih dari itu AUPB juga membatasi dan menghindari kemungkinan administrasi negara menggunakan Peraturan kebijaksanaan (*freise ermessen*) yang jauh menyimpang dari peraturan perundang-undangan. Dengan demikian, administrasi negara diharapkan terhindar dari perbuatan melawan hukum yang dilakukan oleh pemerintah/pejabat yang berwenang (*onrechtmatige daad*), penyalahgunaan wewenang (*detournement de pouvoir*), tindakan sewenang-wenang (*abuse de droit*), dan pelampauan kewenangan (*ultravires*);
- b. Bagi warga masyarakat pencari keadilan, AUPB dapat digunakan sebagai dasar gugatan sebagaimana disebutkan dalam Pasal 53

¹¹⁰ S.F. Marbun, *Asas-asas Umum ... Op.Cit*, hlm. 7

¹¹¹ Ridwan HR, *Hukum Administrasi ...*, *Op.cit*, hlm.239

Undang-undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara;

- c. Bagi Hakim TUN, AUPB dapat dipergunakan sebagai alat penguji dan dasar pembatalan keputusan yang dikeluarkan atau diterbitkan Badan atau Pejabat TUN;
- d. AUPB juga berguna bagi badan legislatif dalam merancang suatu undang-undang.

Selain itu Pemberlakuan asas-asas umum pemerintahan yang baik (AUPB) sebagai norma akan lebih mewujudkan fungsi dan tujuan hukum yang sesungguhnya dan sebagai instrumen atau alat bagi hakim dalam mempertimbangkan fungsi administrasi dalam menilai pekerjaan-pekerjaan administrasi. Oleh karena itu Muin Fahmal dalam bukunya menyebutkan fungsi AUPB sebagai berikut:¹¹²

- a. Sebagai tali pengikat antara berbagai kaidah hukum yang akan menjamin keterpaduan kaidah hukum dalam suatu ikatan sistem;
- b. Menjamin kaidah hukum dibentuk dan dilaksanakan sesuai dengan tujuan hukum, misalnya asas kecermatan adalah untuk kepastian hukum;
- c. Menjamin keluwesan (fleksibilitas) penerapan kaidah hukum pada suatu situasi konkret; dan
- d. Sebagai instrumen untuk mengarahkan penerapan kaidah hukum dimana hakim tidak boleh menerapkan suatu kaidah hukum yang akan bertentangan dengan asas hukum umum yang berlaku.

4. AAUPB di Indonesia

Pada mulanya keberadaan AUPB ini di Indonesia belum diakui secara yuridis formal sehingga belum memiliki kekuatan hukum formal. Ketika pembahasan Rancangan Undang-undang (RUU) Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara di DPR, fraksi ABRI mengusulkan

¹¹² Muin Fahmal, *Peran Asas-asas Umum Pemerintahan yang Layak dalam Mewujudkan Pemerintahan yang Bersih*, Cetakan Pertama, UII Press, Yogyakarta, 2006, hlm. 60

agar asas-asas umum pemerintahan yang baik tersebut dimasukan sebagai salah satu alasan gugatan terhadap keputusan badan/pejabat tata usaha negara, akan tetapi usulan ini tidak dapat diterima oleh pemerintah dengan alasan yang dikemukakan oleh Ismail Saleh, selaku Menteri Kehakiman waktu itu yang mewakili pemerintah. Alasan Pemerintah waktu itu sebagai berikut:¹¹³

“Menurut hemat kami dalam praktek ketatanegaraan kita maupun dalam Hukum Tata Usaha Negara yang berlaku di Indonesia kita belum mempunyai kriteria tentang ‘Algemene beginselen van behoorlijk bestuur’ tersebut yang berasal dari Negeri Belanda. Pada waktu itu kita mempunyai tradisi administrasi yang kuat mengakar seperti halnya di negara-negara Eropa Kontinental tersebut. Tradisi demikiran bisa dikembangkan melalui yurisprudensi yang kemudian akan menimbulkan norma-norma. Secara umum prinsip dari hukum Tata Usaha Negara kita selalu dikaitkan dengan aparatur pemerintahan yang bersih dan berwibawa yang konkritisasi normanya maupun pengertiannya masih sangat luas sekali dan perlu dijabarkan melalui kasus-kasus yang konkret”.

Namun, dengan tidak dicantumkan AUPB dalam UU PTUN bukan berarti eksistensinya tidak diakui sama sekali, karena ternyata AUPB ini diterapkan dalam praktik peradilan terutama di PTUN. Seiring dengan berjalannya waktu dan perubahan politik Indonesia, asas-asas ini kemudian muncul dan dimuat dalam suatu Undang-Undang, yaitu UU Nomor 28 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Negara yang Bersih dan

¹¹³ Ismail Saleh, Jawaban Pemerintah terhadap Pandangan Fraksi-fraksi di DPR atas Rancangan Undang-undang Peradilan Tata Usaha Negara, disampaikan dalam sidang DPR tanggal 20 Mei 1986. Dalam SF Marbun dan Moh. Mahfud MD, Pokok-Pokok Hukum Administrasi Negara, Cetakan Pertama, Edisi Pertama, (Liberty:Yogyakarta, 1987), hlm. 59

Bebas dari Korupsi, Kolusi, dan Nepotisme (KKN).¹¹⁴ Dengan format yang berbeda dengan AAUPB dari Negeri Belanda, dalam Pasal 3 UU Nomor 28 Tahun 1999 disebutkan beberapa asas umum penyelenggaraan negara, yaitu sebagai berikut :

1. Asas Kepastian Hukum, yaitu asas dalam negara hukum yang mengutamakan landasan peraturan perundang-undangan, kepatutan dan keadilan dalam setiap kebijakan penyelenggaraan negara.
2. Asas Tertib Penyelenggaran Negara, yaitu asas yang menjadi landasan keteraturan, keserasian dan keseimbangan dalam pengendalian penyelenggara negara.
3. Asas Kepentingan Umum, yaitu asas yang mendahulukan kesejahteraan umum dengan cara yang aspiratif, akomodatif dan selektif.
4. Asas Keterbukaan, yaitu asas yang membuka diri terhadap hak masyarakat untuk memperoleh informasi yang benar, jujur dan tidak deskriminatif tentang penyelenggaraan negara dengan tetap memerhatikan perlindungan atas hak asasi pribadi, golongan dan rahasia negara.
5. Asas Proporsionalitas, yaitu asas yang mengutamakan keseimbangan antara hak dan kewajiban penyelenggara negara.

¹¹⁴ Ridwan HR, *Hukum Administrasi ...* , *Op.cit*, hlm. 241.

6. Asas Profesionalitas, yaitu asas yang mengutamakan keahlian yang berlandaskan kode etik dan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku.
7. Asas Akuntabilitas, yaitu asas yang menentukan bahwa setiap kegiatan dan hasil akhir dari kegiatan penyelenggara negara harus dapat dipertanggungjawabkan kepada masyarakat atau rakyat sebagai pemegang kedaulatan tertinggi negara sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Asas-asas yang tercantum dalam UU Nomor 28 Tahun 1999 tersebut pada awalnya ditujukan untuk para penyelenggara negara secara keseluruhan, berbeda dengan asas-asas AAUPB yang sejak semula hanya ditujukan pada pemerintah dalam arti sempit sesuai dengan istilah *bestuur* pada *algemeen beginselen van behoorlijk bestuur*, bukan *regering* atau *overhead*, yang mengandung arti pemerintah dalam arti luas. Seiring dengan berjalannya waktu asas-asas dalam UU Nomor 28 Tahun 1999 diakui dan diterapkan dalam penyelenggaraan pemerintah dan dalam proses peradilan di PTUN.

5. Macam-macam AAUPB

Asas-asas Umum Pemerintahan yang Baik merupakan konsep terbuka dan lahir dari proses sejarah dan juga berjalan sangat dinamis, yang kemudian

akan mengalami perkembangan. Koentjoro Purbopranoto merumuskan

AAUPB sebagai berikut:

- a. Asas kepastian hukum (Principle of legal security)
- b. Asas keseimbangan (Principle of proportionality)
- c. Asas kesamaan dalam mengambil keputusan (Principle of equality)
- d. Asas bertindak cermat (Principle of carefulness)
- e. Asas motivasi untuk setiap keputusan (Principle of motivation)
- f. Asas tidak mencampuradukan kewenangan (Principle of non misuse of competence)
- g. Asas permainan yang layak (Principle of fair play)
- h. Asas keadilan dan kewajaran (Principle of reasonable or prohibition of arbitrariness)
- i. Asas kepercayaan dan menanggapi pengharapan yang wajar (Principle of meeting raised expectation)
- j. Asas meniadakan akibat suatu keputusan yang batal (Principle of undoing the consequences of an annuled decision)
- k. Asas perlindungan atas pandangan atau cara hidup pribadi (Principle of protecting the personal may of life)
- l. Asas kebijaksanaan (sapientia)
- m. Asas penyelenggaraan kepentingan umum (Principle of public service)

Macam-macam AUPB diatas ini termasuk dalam asas hukum tidak tertulis dan juga ada yang masuk dalam hukum tertulis (Undang-Undang). Dalam hukum positif Indonesia Peraturan perundang-undangan yang memasukan asas-asas umum pemerintahan yang baik ini masih langka, seperti halnya UU Nomor 28 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Negara yang Bersih dan Bebas dari Korupsi, Kolusi, dan Nepotisme (KKN) dan UU Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan yang dimuat dalam Pasal 10, yaitu Kepastian hukum; Kemanfaatan; Ketidakberpihakan; Kecermatan; Tidak menyalahgunakan kewenangan; Keterbukaan; Kepentingan umum; dan Pelayanan yang baik.

BAB III

ANALISIS PEMBERIAN KEWENANGAN UNTUK MENGGUNAKAN DISKRESI PADA LEMBAGA YUDIKATIF DAN PROBLEMATIKA PENGUNAAN DISKRESI BAGI LEMBAGA YUDIKATIF

A. Analisis Pemberian Kewenangan Untuk Menggunakan Diskresi Pada Lembaga Yudikatif

Sebagai negara hukum, setiap penyelenggaraan urusan pemerintahan haruslah berdasarkan pada hukum yang berlaku (*wetmatigheid van bestuur*), dimana pemerintah dalam melaksanakan tugas dan kewajibannya harus berdasarkan hukum atau perundang-undangan. Pemerintah sendiri dapat diartikan secara luas dan dapat pula diartikan secara sempit. Pemerintah dalam arti secara luas (*bewindvoering* atau *regering*) mencakup semua alat kelengkapan negara, yang pada pokoknya terdiri dari cabang-cabang kekuasaan eksekutif, legislatif, dan yudisial atau alat-alat kelengkapan negara yang bertindak untuk dan atas nama negara.

Sedangkan yang dimaksud pemerintahan dalam arti sempit (*bestuur* atau *administratie*) adalah khusus mencakup kekuasaan eksekutif yang dikenal dengan istilah administrasi, dalam perspektif hukum administrasi istilah administrasi itu adalah penyelenggara pemerintah. Istilah administrasi berdasarkan teori-teori yang berkembang, mempunyai dua pengertian yaitu pemerintahan diartikan sebagai organisasi apabila mempelajari ketentuan-ketentuan susunan organisasi, termasuk dalam fungsi, penugasan, kewenangan,

dan kewajiban masing-masing departemen pemerintahan, badan-badan, instansi serta dinas-dinas pemerintahan, dan pemerintah yang diartikan secara fungsional sebagai fungsi mempelajari ketentuan-ketentuan yang mengatur apa dan cara tindakan aparatur pemerintah sesuai kewenangan masing-masing.

Dengan pengertian lain bahwa secara fungsional, administrasi adalah penyelenggaraan semua tugas-tugas kenegaraan selain bidang pembuatan undang-undang dan peradilan, sedangkan secara institusional administrasi adalah kumpulan jabatan pemerintahan. Jabatan pemerintahan yaitu lingkungan pekerjaan tetap yang dilekati dengan wewenang untuk menyelenggarakan urusan pemerintahan, yakni semua tugas-tugas kenegaraan selain bidang pembuatan undang-undang dan peradilan. Jabatan dalam kacamata hukum publik yaitu lingkungan pekerjaan tetap yang dibentuk atau diadakan untuk melaksanakan tugas dan kewenangan, atau suatu lembaga dengan lingkup pekerjaannya sendiri yang dibentuk untuk waktu lama dan kepadanya diberikan tugas dan wewenang. Jabatan ini seperti dengan badan hukum yang merupakan abstraksi atau fiksi yang diakui keberadaannya dalam *rechverkeer* dan dapat melakukan perbuatan hukum karena dikategorikan sebagai subjek hukum menurut hukum publik, yang kepadanya diberikan kewenangan yang bersifat hukum publik. Adanya kewenangan publik inilah yang membedakan subjek hukum publik dengan subjek hukum privat, dimana subjek hukum publik itu melakukan perbuatan hukum atas dasar kewenangan, sedangkan subjek hukum privat bertindak atas nama kecakapan.

Tugas dan fungsi pemerintah adalah mengatur dan menyelenggarakan urusan pemerintahan atau melayani kepentingan umum. Penjelasan Pasal 1 angka 1 UU Nomor 5 Tahun 1986 tentang PTUN disebutkan bahwa urusan pemerintah adalah kegiatan yang bersifat eksekutif. Mengenai urusan pemerintahan sebagai mana yang telah dijelaskan pada bab sebelumnya, Hadjon membuat rumus $B=KN-(rg+rh)$ sebagaimana yang dimaksud adalah urusan pemerintahan ($B=bestuur$) adalah semua kekuasaan atau kegiatan negara (KN) dikurangi pembuat undang-undang ($rg=regelgeving$) dan peradilan ($rh=rechtsspraak$). Tetapi perlu diingat kembali bahwa kedudukan hukum pemerintah dalam proses *regelving* atau *wetgeving* dan proses peradilan (*rechsspraak*) adalah sebagai pemerintah, yang melaksanakan urusan diluar bidang pemerintahan atau administrasi. Dalam perspektif Hukum Administrasi istilah administrasi atau pemerintah dalam arti sempit adalah aparat penyelenggara negara.

F.R. Bothlingk mengatakan bahwa yang dimaksud dengan organ adalah setiap orang atau lembaga yang diberi kekuasaan umum, atau setiap orang yang dilekati kewenangan itu berkuasa untuk melakukan perbuatan hukum atau sesuatu yang sejenis dengan itu. Pejabat atau organ adalah fungsionaris jabatan, yang bertindak untuk dan atas nama jabatan atau melaksanakan tugas, fungsi, dan kewenangan yang melekat pada jabatan. Fungsionaris jabatan pemerintahan adalah organ pemerintahan (*bestuurorgan*).

Seperti yang dijelaskan dalam bab sebelumnya mengenai kewenangan pemerintah, dimana di dalamnya terdapat kewenangan bebas yang disebut dengan istilah *Freis Ermessen*. Bachsan Mustafa menyebutkan bahwa *Freis Ermessen* diberikan kepada pemerintah mengingat fungsi pemerintah atau administrasi negara yaitu menyelenggarakan kesejahteraan umum yang berbeda dengan fungsi kehakiman untuk menyelesaikan sengketa antar penduduk. Keputusan lebih mengutamakan pencapaian tujuan atau sasarannya (*doelmatigheid*) daripada sesuai dengan hukum yang berlaku (*rechmatigheid*).

Dalam ilmu Hukum Administrasi Negara, *freies Ermessen* ini diberikan hanya kepada pemerintah atau administrasi negara baik untuk melakukan tindakan-tindakan biasa maupun tindakan hukum, dan ketika *Freies Ermessen* ini diwujudkan dalam instrument yuridis yang tertulis, jadilah ia sebagai peraturan kebijakan.

Penyelenggaraan urusan pemerintah dalam suatu negara hukum tetap didasarkan pada asas legalitas (*legaliteitsbeginsel*), namun kepada organ pemerintah juga dilekati wewenang diskresi sehubungan dengan kenyataan undang-undang dibidang publik itu umumnya bersifat umum dan abstrak, seringkali memuat norma samar dan terbuka serta memuat beberapa pilihan disamping kemungkinan munculnya persoalan-persoalan yang harus dihadapi oleh organ pemerintah dan belum ada undang-undangnya. Pemberian diskresi kepada organ pemerintah itu bukan berarti menggeser apalagi meniadakan asas

legalitas. Diskresi pemerintah berfungsi untuk mendinamisir keberkakuan undang-undang terhadap persoalan faktual yang semakin kompleks.

Berdasarkan UU Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan, bahwa yang di maksud dengan organ pemerintahan mencakup semua organ-organ kenegaraan. Dalam UU tersebut dijelaskan mengenai Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan adalah unsur yang melaksanakan fungsi pemerintahan, baik di lingkungan pemerintah maupun penyelenggara negara lainnya. Disebutkan dalam Pasal 4 UU tersebut bahwa ruang lingkup pemerintahan adalah menyelenggarakan fungsi pemerintahan dibidang eksekutif, legislatif, yudikatif, dan badan negara lainnya. Maka organ pemerintahan dalam menjalankan tugas dan wewenangnya harus tunduk pada ketentuan-ketentuan UU Nomor 30 Tahun 2014 tentang Adminstrasi Pemerintah.

Dalam penelitian ini membahas tentang kewenangan untuk menggunakan diskresi pada Lembaga Yudikatif, dimana lembaga yudikatif merupakan lembaga yang menjalankan tugas dibidang peradilan, sesuai dengan teori pemisahan kekuasaan yaitu eksekutif, legislatif dan yudikatif. Secara teori, sebagaimana yang dikemukakan oleh Indroharto bahwa instansi-instansi dalam lingkungan negara diluar lingkungan kekuasaan eksekutif yang berdasarkan peraturan perundang-undangan melaksanakan urusan pemerintahan, merupakan kelompok organ pemerintahan atau tata usaha negara. Lembaga Yudikatif yang merupakan lembaga yang menjalankan bidang peradilan dimana hal tersebut adalah urusan

diluar pemerintahan namun masih sebagai pemerintah. Selain itu SF.Marbun juga menyebutkan kelompok atau Pejabat TUN yang menyelenggarakan urusan, fungsi atau tugas pemerintahan, salah satunya adalah Ketua Pengadilan Negeri, Ketua Pengadila Tinggi, dan Ketua Mahkamah Agung serta Panitera dalam lingkungan peradilan. Dengan demikian, maka Lembaga Yudikatif termasuk organ pemerintahan sebagaimana yang dimaksud didalam hukum Administrasi Negara yang didalamnya mempunyai kewenangan untuk menggunakan diskresi untuk menjalankan tugas dan fungsinya. Pasal 1 angka 2 UU Nomor 30 Tahun 2014 menyebutkan bahwa fungsi pemerintahan adalah fungsi dalam melaksanakan Administrasi Pemerintahan yang meliputi fungsi pengaturan, pelayanan, pembangunan, pemberdayaan, dan perlindungan. Sedangkan fungsi pemerintahan lembaga yudikatif meliputi management seperti rekrutmen hakim, promosi mutasi hakim atau hal-hal yang berkaitan dengan manajemen organisasi lainnya.

B. Problematika Penggunaan Diskresi Bagi Lembaga Yudikatif

Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintah terdapat aturan tentang penggunaan Diskresi oleh Badan dan/atau Pejabat Pemerintah yang menyelenggarakan fungsi pemerintahan dalam lingkup lembaga eksekutif, yudikatif, legislatif dan badan dan/atau pejabat pemerintahan lainnya yang menyelenggarakan fungsi pemerintahan yang disebutkan Undang-Undang Dasar NRI Tahun 1945 dan/atau undang-undang.

Pasal 1 angka 9 UU Nomor 30 Tahun 2014 menyebutkan diskresi adalah keputusan dan/atau tindakan yang ditetapkan dan/atau dilakukan oleh pejabat pemerintahan untuk mengatasi persoalan konkret yang dihadapi dalam penyelenggaraan pemerintahan dalam hal peraturan perundang-undangan yang memberikan pilihan, tidak mengatur, tidak lengkap atau tidak jelas, dan/atau adanya stagnasi pemerintahan. Sebagaimana yang sudah dijelaskan pada bab sebelumnya bahwa syarat-syarat yang dipenuhi agar wewenang diskresi dapat digunakan oleh Pejabat Pemerintahan cukup rigid, karena bersifat kumulatif dan cukup sulit untuk dipenuhi. Untuk menggunakan wewenang diskresi diatur syarat penggunaan sebagaimana yang diatur pada Pasal 24 UU Nomor 30 tahun 2014, yaitu:

- a. Sesuai tujuan diskresi, yaitu melancarkan penyelenggaraan pemerintahan, mengisi kekosongan hukum, memberikan kepastian hukum dan mengatasi stagnasi pemerintahan dalam keadaan tertentu guna kemanfaatan dan kepentingan umum.
- b. Tidak bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.
- c. Sesuai dengan AUPB
- d. Berdasarkan alasan yang obyektif.
- e. Tidak menimbulkan konflik kepentingan.
- f. Dilakukan dengan itikad baik.

Diskresi digunakan apabila peraturan perundang-undangan tidak mengatur persoalan konkret yang dihadapi oleh pejabat pemerintah, sehingga ditemukan ketiadaan atau kekosongan hukum yang tidak mengatur persoalan konkret tersebut, seperti yang telah disebutkan salah satu tujuan diskresi kepada pejabat pemerintah adalah untuk mengisi kekosongan hukum tersebut, sehingga ketiadaan atau kekosongan hukum merupakan bagian dari ruang

lingkup diskresi. Lembaga Yudikatif dalam penyelenggaraan Kekuasaan Kehakiman, dimana dapat diartikan sebagai lembaga peradilan yang melakukan penerapan undang-undang terhadap persoalan hukum yang diajukan. Meskipun melakukan penerapan undang-undang, sering lembaga peradilan dihadapkan dengan persoalan perkara yang tidak jelas hukumnya. Dalam menyelenggarakan fungsi lembaga peradilan, hakim tidak terlepas dari kewajiban serta tanggung jawabnya untuk tidak boleh untuk menolak memeriksa dan mengadili suatu perkara yang diajukan dengan dalil hukumnya kurang jelas atau tidak jelas, karena dalam menjalankan tugasnya terdapat metode penemuan hukum (*rechtfinding*). Proses penemuan hukum tidak dimaknai bahwa hakim sedang menjalankan proses pembentukan undang-undang sebagaimana tugas dan kewenangan lembaga legislatif namun fungsi penemuan hukum itu tidak lain untuk mencari dan menemukan makna dan arti hukum yang sebenarnya karena makna hukum itu tidak selalu tersurat secara tekstual dalam rumusan undang-undang.¹¹⁵ Setiap peraturan perundang-undangan yang dilahirkan selalu akan tertinggal oleh dinamika sosial di masyarakat. Undang-undang dibentuk dan dilahirkan mengikuti kondisi hukum dan masyarakat pada saat itu, ketika undang-undang disahkan dan dinyatakan berlaku, maka dinamika hukum dan dinamika sosial telah bergerak jauh meninggalkan kondisi pada saat itu, sehingga dalam praktiknya

¹¹⁵ Darmoko Yuti Witanto dan Arya Putra Negara Kutawaringin, *loc.cit.*

banyak aturan yang tidak sesuai lagi dengan kondisi sosial.¹¹⁶ Menafsirkan suatu aturan undang-undang bukan berarti mengubah atau mengganti aturan yang sudah ada, namun semata-mata hanya memberikan ruang yang lebih luas bagi penerapannya agar aturan tersebut mampu menjangkau persoalan yang tidak secara garis tegas diatur dalam ketentuan perundang-undangan. Dalam perkembangannya penafsiran ditempatkan sebagai salah satu penemuan hukum, yaitu menggali dan mencari suatu makna dibalik kalimat undang-undang.¹¹⁷ Dengan demikian menurut penulis, dapat disamakan makna dari penemuan hukum dan diskresi yaitu keleluasaan berpikir. Ketika dihadapkan dengan permasalahan yang hukumnya tidak jelas terhadap perkara yang diajukan kepadanya, lembaga peradilan dalam hal ini adalah hakim menggunakan keleluasaan berpikir. Sama halnya dengan yang dimaksud dengan diskresi yang digunakan pemerintah ketika terjadi kekosongan hukum dalam persoalan yang dihadapi, maka pemerintahpun menggunakan keleluasaan berpikir.

Berkenaan dengan wewenang pengadilan/hakim (dalam hal ini sebagai lingkup dari Lembaga Yudikatif) bersumber pada peraturan perundang-undangan secara atribusi, sebagaimana dimaksud dalam Pasal 47 UU Nomor 5 Tahun 1986 tentang PTUN yaitu pengadilan bertugas dan berwenang

¹¹⁶ *Ibid*

¹¹⁷ Bagir Manan, *Beberapa Catatan Tentang Penafsiran*, varia pengadilan nomor: 285 Agustus 2009; hlm 5-6

memeriksa, memutus dan menyelesaikan sengketa Tata Usaha Negara, akan tetapi dalam praktik wewenang hakim tidak hanya diatur atau dibatasi oleh aturan tertulis melainkan juga mendapat pengaruh besar dari asas-asas/prinsip-prinsip hukum dan doktrin, misalnya doktrin pemisahan kekuasaan melahirkan prinsip pengujian *rechmatigheid* dan larangan menguji kebijakan.¹¹⁸ Selain pengaruh doktrin pemisahan kekuasaan juga terdapat prinsip-prinsip yang membatasi pengadilan tata usaha negara untuk menyelesaikan sengketa secara tuntas yaitu prinsip pengujian *ex tunc* dan larangan *ultra petita*.¹¹⁹ Dimana *extunc* digunakan dalam dua teori yaitu teori tentang aspek kebatalan putusan pengadilan, yang dapat disamakan dengan prinsip retroaktif; dan teori tentang pengujian suatu norma atau tindakan administrasi, yang menyatakan bahwa pengadilan administrasi melakukan suatu penilaian atas dasar fakta-fakta dan keadaan-keadaan yang diperoleh pada waktu keputusan yang disengketakan keluar.¹²⁰

Menurut Umar Dani, tujuan pemberian diskresi kepada hakim dalam menyelesaikan sengketa adalah upaya menghindari proses peradilan yang tidak bisa menyelesaikan sengketa yang sesungguhnya, atau proses peradilan yang kaku hanya mengejar formalitas semata, peradilan seperti ini menimbulkan permasalahan yang baru baik menyangkut kepastian hukum maupun keadilan

¹¹⁸ Umar Dani, *Rekonstruksi Sistem Hukum Acara PTUN*, Cetakan Pertama (Yogyakarta: FH UII Press, 2019), hlm 356.

¹¹⁹ *Ibid*

¹²⁰ *Ibid*, hlm 123.

masyarakat. Faktor penghambat penyelesaian sengketa secara tuntas adalah terbatasnya wewenang pengadilan dalam menjatuhkan vonis, yaitu sebatas menyatakan keabsahan objek sengketa. Kadang para pihak dalam satu perkara tertentu menginginkan tidak sekedar pembatalan objek sengketa tetapi ada permohonan lain yang tidak terakomodasi dalam peraturan mengenai jenis tuntutan di PTUN. Pentingnya pengaturan diskresi hakim agar proses di PTUN beparadigma penyelesaian sengketa, yaitu diskresi hakim dalam menentukan amar putusan dan diskresi hakim dalam menentukan keputusan-keputusan mana yang dapat ditarik untuk turut diuji keabsahannya yang berhubungan langsung dengan legitimasi keputusan yang dijadikan objek sengketa.¹²¹

Pada gugatan subjektif (gugatan individual) hukum acara PTUN harus memberi ruang kepada para pihak untuk mengajukan tuntutannya tidak hanya sekedar permohonan pembatalan keputusan tetapi permohonan lain yang relevan dengan sengketa yang dihadapinya, seperti keleluasaan tuntutan pada sengketa perdata. Mengenai dapat tidaknya dikabulkan menjadi kewenangan hakim untuk menentukannya. Kegagalan PTUN untuk menyelesaikan sengketa secara tuntas adalah larangan ultra petita sedangkan objek sengketa bisa berkaitan dengan keputusan lain, sehingga apabila keputusan lain tersebut tidak diuji keabsahannya dan dinyatakan batal oleh PTUN maka dapat

¹²¹ *Ibid*, hlm 357

berpengaruh pada pelaksanaan putusan PTUN. Dengan demikian harus diberi diskresi hakim secara proporsional untuk menguji dan membatalkan keputusan yang tidak ikut dijadikan objek sengketa.¹²²

Penggunaan diskresi oleh hakim ini sebenarnya telah dilakukan oleh Mahkamah Agung, sayangnya tidak pernah diikuti oleh hakim-hakim PTUN. Putusan Mahkamah Agung Reg. No. 5 K/TUN/1992 yang diputus tanggal 6 Februari 1993 secara tidak langsung memberi diskresi kepada hakim tata usaha negara untuk menyimpangi ajaran ultra petita ke dalam dunia Peradilan TUN. Inti dari pertimbangan putusan Mahkamah Agung tersebut adalah :

“ Mahkamah Agung berpendapat bahwa walaupun pihak penggugat-penggugat tidak mengajukan dalam petitum, Mahkamah Agung dapat mempertimbangkan dan mengadili semua keputusan atau penetapan yang bertentangan dengan tatanan hukum yang ada....” Tidaklah dibenarkan bila hakim membiarkan keputusan dan/atau penetapan yang bertentangan dengan tatanan hukum yang ada tersebut dipersidangan. Lagi pula tidak pada tempatnya bila hak menguji hakim dibatasi pada objek sengketa yang telah diajukan oleh pihak-pihak, karena sering objek-objek tersebut harus dinilai dan dipertimbangkan dalam kaitannya dengan bagian-bagian penetapan-penetapan atau keputusan-keputusan Badan atau Pejabat TUN yang tidak disengketakan antara kedua belah pihak (*ultrapetita*). Oleh karena itu kepada para penggugat perlu diperintahkan untuk mencabut surat-surat yang telah mereka terbitkna sesudah tanggal diambilnya.

Sebagai contoh dalam ranah implementasi, PTUN Yogyakarta telah memutus diluar tuntutan penggugat sebagaimana ditunjukkan dalam perkara

¹²² *Ibid*

Nomor 18/G/2017/PTUN-Yk, dimana Kepala Kantor Pertanahan (Tergugat) telah menerbitkan Sertipikat Hak Pakai (SHP) atas nama Pemerintah Desa diatas tanah milik Penggugat. Atas kejadian itu penggugat mengajukan gugatan perdata lalu dimenangkan oleh penggugat. Di peradilan perdata dinyatakan bahwa SHP diterbitkan diatas tanah milik penggugat, sehingga SHP dimaksud bertentangan dengan hukum. Atas putusan perdata tersebut penggugat mengajukan permohonan konversi atas tanah miliknya untuk diterbitkan sertipikat, namun ditolak oleh Kepala Kantor Pertanahan dengan alasan ada SHP atas nama Pemerintah Desa diatas tanah yang dimohonkan oleh Penggugat, padahal SHP ini sudah dinyatakan tidak mempunyai hukum lagi oleh pengadilan perdata namun secara eksplisit tidak ada perintah pembatalan dari pengadilan perdata. Untuk menggugat SHP ternyata sudah lewat tenggang waktu, lalu penggugat mengajukan gugatan ke PTUN dengan objek sengketa Surat Penolakan dari Kepala Kantor Pertanahan. Dalam pengujiannya PTUN berpendapat bahwa tidak ada permohonan Penggugat dan gugatan harus dikabulkan. Namun yang menjadi masalah adalah di atas tanah tersebut masih terdapat SHP yang belum dibatalkan. Akhirnya PTUN berpendapat bahwa kedudukan hukum SHP sudah dipertimbangkan oleh pengadilan perdata maka sesuai asas *res judicata pro veritate habitur* (apa yang telah diputus oleh hakim harus dianggap benar). Oleh karena Kepala Kantor Pertanahan tidak menjalankan kewajibannya, aka demi tuntasnya

sengketa yang dihadapi para pihak maka PTUN turut membatalkan SHP, meski tidak dijadikan objek gugatan.

Hal semacam ini sebaiknya dilegalkan oleh hukum acara dengan memberi kewenangan diskresi kepada hakim secara proporsional ketika dihadapkan pada sengketa-sengketa sejenis agar tidak ada keraguan dikalangan hakim untuk mengambil diskresi tersebut.¹²³

Sebagaimana yang telah diuraikan diatas, meskipun di dalam UU Nomor 30 Tahun 2014 badan dan/pejabat pemerintahan yang menyelenggarakan fungsi pemerintahan dalam lingkup lembaga yudikatif dapat menggunakan diskresi, namun perlu diingat kembali bahwa UU Nomor 30 Tahun 2014 merupakan undang-undang materiil bagi para penyelenggara negara dan juga bagi peradilan tata usaha negara, hal ini disebabkan banyak aturan–aturan baru bagi pejabat negara termasuk mengenai diskresi, sedangkan untuk undang-undang formilnya masih tetap mengacu kepada UU Nomor 5 Tahun 1986.¹²⁴ Dengan demikian, maka beberapa ketentuan yang ada pada UU 30 Tahun 2014 tidak akan implementatif ketika tidak ada aturan formilnya.

Permasalahan lain yang muncul ketika lembaga yudikatif menggunakan kewenangan diskresi, kemudian dalam keputusan dan/atau tindakan yang ditetapkan dan/atau dilakukan oleh pejabat pemerintahan di lingkup lembaga

¹²³ *Ibid*

¹²⁴ Ridwan, et.al, *Perluasan Kompetensi Absolut... op.cit*, hlm 134

yudikatif masuk dalam kategori melampaui wewenang, dikategorikan mencampur adukkan wewenang, dan dikategorikan sebagai tindakan sewenang-wenang apabila dikeluarkan oleh pejabat yang tidak berwenang, sehingga diskresi tersebut dapat digugat dan di batalkan. Meskipun tidak ada nomenklatur dalam UU 30 Tahun 2014 yang menyebutkan dengan jelas memberikan hak pengujian terhadap diskresi.¹²⁵ Namun jika melihat dari dasar-dasar pengujian diskresi dan batasab terhadap penggunaan diskresi adalah AAUPB, maka pengujian atas diskresi diberikan kepada PTUN. Selain itu dikatakan bahwa fungsi AAUPB bagi Hakim TUN, AAUPB dapat dipergunakan sebagai alat penguji dan dasar pembatalan keputusan yang dikeluarkan atau diterbitkan Badan atau Pejabat TUN.

Telah disebutkan bahwa diskresi yang dapat digugat ke PTUN dan dibatalkan oleh PTUN adalah diskresi yang dikategorikah melampaui wewenang, dikategorikan mencampur adukkan wewenang, dan dikategorikan sebagai tindakan sewenang-wenang apabila dikeluarkan oleh pejabat yang tidak berwenang, sedangkan PTUN sendiri merupakan nagian dari Lembaga Yudikatif yang diatur didalam UU 30 tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan. Sebagaimana untuk menjaga objektivitas, suatu lembaga dilarang untuk menguji lembaganya sendiri. Maka dalam hal ini, perlu adanya aturan tentang pengujian diskresi, sehingga ketentuan-ketentuan yang ada

¹²⁵ Dalam disertasinya Ridwan HR menyatakan bahwa sebaiknya pengujian atas diskresi diberikan kepada PTUN, bukan ke peradilan umum.

dalam UU Nomor 30 Tahun 2014 mengenai diskresi oleh lembaga yudikatif dapat dilaksanakan.



BAB IV

PENUTUP

A. Kesimpulan

Berdasarkan uraian dalam pembahasan diatas, maka dapat disimpulkan bahwa:

1. Lembaga yudikatif merupakan lembaga yang menjalankan tugas dibidang peradilan, sesuai dengan teori pemisahan kekuasaan yaitu eksekutif, legislatif dan yudikatif. Secara teori, instansi-instansi dalam lingkungan negara diluar lingkungan kekuasaan eksekutif yang berdasarkan peraturan perundang-undangan melaksanakan urusan pemerintahan, merupakan kelompok organ pemerintahan atau tata usaha negara. Lembaga Yudikatif yang merupakan lembaga yang menjalankan bidang peradilan dimana hal tersebut adalah urusan diluar pemerintahan namun masih sebagai pemerintah. Selain itu, didalam lingkup Lembaga Yudikatif disebutkan bahwa Ketua Pengadilan Negeri, Ketua Pengadilan Tinggi, dan Ketua Mahkamah Agung serta Panitera dalam lingkungan peradilan merupakan kelompok atau Pejabat TUN yang menyelenggarakan urusan, fungsi atau tugas pemerintahan . Dengan demikian, maka Lembaga Yudikatif termasuk organ pemerintahan sebagaimana yang dimaksud didalam hukum Administrasi Negara yang didalamnya mempunyai kewenangan untuk menggunakan diskresi untuk menjalankan tugas dan fungsinya.
2. Diskresi digunakan apabila peraturan perundang-undangan tidak mengatur persoalan konkret yang dihadapi oleh pejabat pemerintah, sehingga ditemukan

ketiadaan atau kekosongan hukum yang tidak mengatur persoalan konkret tersebut, seperti yang telah disebutkan salah satu tujuan diskresi kepada pejabat pemerintah adalah untuk mengisi kekosongan hukum tersebut, sehingga ketiadaan atau kekosongan hukum merupakan bagian dari ruang lingkup diskresi. Lembaga Yudikatif dalam penyelenggaraan Kekuasaan Kehakiman, dimana dapat diartikan sebagai lembaga peradilan yang melakukan penerapan undang-undang terhadap persoalan hukum yang diajukan. Meskipun melakukan penerapan undang-undang, sering lembaga peradilan dihadapkan dengan persoalan perkara yang tidak jelas hukumnya. Dalam menyelenggarakan fungsi lembaga peradilan, hakim tidak terlepas dari kewajiban serta tanggung jawabnya untuk tidak boleh untuk menolak memeriksa dan mengadili suatu perkara yang diajukan dengan dalil hukumnya kurang jelas atau tidak jelas, karena dalam menjalankan tugasnya terdapat metode penemuan hukum. Dengan demikian menurut penulis, dapat disamakan makna dari penemuan hukum dan diskresi yaitu keleluasaan berpikir. Ketika dihadapkan dengan permasalahan yang hukumnya tidak jelas terhadap perkara yang diajukan kepadanya, lembaga peradilan dalam hal ini adalah hakim menggunakan keleluasaan berpikir. Sama halnya dengan yang dimaksud dengan diskresi yang digunakan pemerintah ketika terjadi kekosongan hukum dalam persoalan yang dihadapi, maka pemerintah pun menggunakan keleluasaan berpikir. Namun dalam menerapkan hal tersebut terdapat problematika bagi lembaga yudikatif, yaitu : *pertama*, bahwa UU

Nomor 30 Tahun 2014 merupakan undang-undang materiil bagi para penyelenggara negara dan juga bagi peradilan tata usaha negara, hal ini disebabkan banyak aturan-aturan baru bagi pejabat negara termasuk mengenai diskresi, sedangkan untuk undang-undang formilnya masih tetap mengacu kepada UU Nomor 5 Tahun 1986, maka beberapa ketentuan termasuk penggunaan diskresi sesuai dengan yang ada pada UU 30 Tahun 2014 tidak akan implementatif ketika tidak ada aturan formilnya. *Kedua*, dalam pengujian diskresi yang dapat diajukan ke PTUN, sedangkan PTUN sendiri merupakan bagian dari Lembaga Yudikatif yang diatur didalam UU 30 tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan, sebagaimana bahwa suatu lembaga dilarang untuk menguji lembaganya sendiri.

B. Saran

1. Lembaga Yudikatif sebagai lembaga peradilan yang melakukan penerapan undang-undang terhadap persoalan hukum yang diajukan dan tujuan pemberian diskresi kepada hakim dalam menyelesaikan sengketa adalah upaya menghindari proses peradilan yang tidak bisa menyelesaikan sengketa yang sesungguhnya, atau proses peradilan yang kaku hanya mengejar formalitas semata, peradilan seperti ini menimbulkan permasalahan yang baru baik menyangkut kepastian hukum maupun keadilan masyarakat dan juga memberikan keleluasaan berpikir oleh hakim. Sesuai dengan ini sebaiknya diatur lebih lanjut oleh hukum acara dengan memberi kewenangan diskresi kepada hakim secara proporsional ketika dihadapkan pada sengketa-sengketa

sejenis agar tidak ada keraguan dikalangan hakim untuk mengambil diskresi tersebut.

2. Perlu adanya penyesuaian antara hukum formil dan hukum materiil, dalam hal ini perlu adanya penyesuaian (perubahan) antara ketentuan yang ada dalam UU PTUN dengan UU Administrasi Pemerintah. Agar ketentuan-ketentuan dalam UU Nomor 30 Tahun 2014 dapat diimplemenetasikan sesau dengan tujuan pembuatan undang-undang.
3. Untuk menjaga objektivitas, perlu adanya aturan tentang pengujian diskresi, sehingga ketentuan-ketentuan yang ada dalam UU Nomor 30 Tahun 2014 mengenai penggunaan diskresi oleh lembaga yudikatif dapat dilaksanakan.

DAFTAR PUSTAKA

A. Buku-buku

- Atmosudirjo, S. Prajudi. *Hukum Administrasi Negara*. Jakarta. Ghalia Indonesia. 1994.
- Azhary, Muhammad Tahir Azhary. *Negara Hukum*. Jakarta. Bulan Bintang. 1992
- Basah, Sjachran. *Eksistensi dan Tolak Ukur Peradilan Administrasi Negara di Indonesia*. Bandung. Alumni. 1997.
- Fahmal, Muin. *Peran Asas-asas Umum Pemerintahan yang Layak dalam Mewujudkan Pemerintahan yang Bersih*. Cetakan Pertama. UII Press. Yogyakarta. 2006.
- Fauzan, Muhammad. *Hukum Pemerintahan Daerah*. Edisi revisi. Purwokerto. STAIN Press. 2010.
- Hadjon, Philipus M. *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia*. Yogyakarta. Gajah Mada University Press. 2014.
- Hadjon, Philipus M. *Pengertian-pengertian Dasar tentang tindakan pemerintahah (bestuurshandelling)*. Surabaya. Djumali. 1980.
- Hamidi, Jazim. *Penerapan Asas-Asas Umum Penyelenggaraan Pemerintah yang Layak (AAUPB) di Lingkungan Peradilan Administrasi Indonesia*. Bandung. Citra Aditya Bakti. 1999.
- HR, Ridwan. *Diskresi dan Tanggung Jawab Pemerintah*. Cetakan Pertama. Yogyakarta. FH UII Press. 2014.
- HR, Ridwan. *Hukum Administrasi Negara*. Cetakan ke-14. Jakarta. Rajawali Press. 2018.
- HR, Ridwan. *Tiga Dimensi Hukum Administrasi dan Peradilan Administrasi*. Yogyakarta. FH UII Press. 2009.
- HR. Ridwan et.al. *Perluasan Kompetensi Absolut PTUN*. Cetakan Pertama. Yogyakarta. Kreasi Total Media. 2018.

- Indroharto. *Usaha Memahami Undang-Undang tentang Peradilan Tata Usaha Negara*. Buku I. Jakarta. Sinar Harapan. 1993.
- Kusumaatmaja, Mochtar. *Konsep-konsep Hukum dalam Pembangunan*. Bandung. PT. Alumni. 2002.
- Lotulung, Paulus E. *Beberapa Sistem tentang Kontrol Segi Hukum terhadap Pemerintah*. Citra Aditya Bakti. Bandung. 1993.
- Manan, Bagir dan Kuntana Magnar. *Beberapa Masalah Hukum Tata Negara Indonesia*. Bandung. Alumni. 1997.
- Marbun, SF dan Moh. Mahfud MD. *Pokok-Pokok Hukum Administrasi Negara*. Cetakan Pertama. Edisi Pertama. Liberty Yogyakarta. 1987
- Marbun, SF. *Asas-Asas Umum Pemerintahan yang Layak*. Yogyakarta. FH UII. 2014.
- Marbun, SF. Dkk. *Dimensi-Dimensi Pemikiran Hukum Administrasi Negara*. Yogyakarta. UII Press. 2001.
- Marbun, SF. *Peradilan Administrasi Negara dan Upaya Administrasi di Indonesia*. Cetakan Ketiga, FH UII Press, Yogyakarta, 2011,
- Muchsan. *Beberapa Catatan tentang Hukum Administrasi Negara dan Peradilan Administrasi Negara di Indonesia*. Yogyakarta. Liberty. 1981.
- Mustafa, Bachsan. *Pokok-Pokok Hukum Administrasi Negara*. Bandung. Citra Aditya Bakti. 1990.
- Soehino. *Asas-asas Hukum Tata Pemerintahan*. Yogyakarta. Liberty. 1984.
- Soekanto, Soerjono dan Sri Mamudji. *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat*. Cetakan kedelapan. Penerbit. Rajawali Press. 1985.
- Suseno, Frans Magnis. *Mencari Sosok Demokrasi, Sebuah telaah Filosofis*. Jakarta. Gramedia. 1997.
- Utrecht, E. *Pengantar Hukum Administrasi Negara Indonesia*. Surabaya. Pustaka Tinta Mas. 1988.

Witanto, Darmoko Yuti dan Arya Putra Negara. *Diskresi Hakim Sebuah Instrumen Menegakkan Keadilan Substantif Dalam Perakara-Perkara Pidana*. Cetakan kesatu. Bandung. ALFABETA. 2013.

Wiyono, R. *Hukum Acara Peradilan Tata Usaha Negara*. Edisi Kedua. Jakarta. Sinar Grafika. 2010.

B. Jurnal Dan Makalah Hukum

Setyananda, Andriyan Hanif. *Tinjauan Yuridis Pasal 198 ayat (1) KUHAP terkait pergantian majelis hakim serta peran hakim pengganti, studi kasus dalam perkara nomor 75/PID.SUS/TPK/2015/PN*. Bgl. Skripsi. Universitas Islam Indoneisa. 2019.

C. Peraturan Perundang-undangan

Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan

Undang-Undang Hukum Administrasi Umum (Algemene Wet Bestuursrecht/AWB) tahun 1992/1993