

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Sesuai judul yang digunakan maka penelitian ini hendak mengkaji hakikat dari konsep kekuasaan diskresi pemerintah. Tesis yang hendak dipertahankan melalui penelitian ini adalah “kekuasaan diskresi merupakan kekuasaan yang sah (*legitimate*) menurut hukum dan sekaligus merupakan kekuasaan sangat penting bagi pemerintah pada negara yang menyatakan diri tunduk terhadap asas negara hukum (*the Rule of Law*), yaitu “*government of laws not of men*” (pemerintah berdasarkan hukum bukan berdasarkan penguasa). Dalam pengertian demikian maka isu yang penting adalah mengklarifikasi keabsahan konsep kekuasaan diskresi pemerintah dalam perspektif hukum.

Sebagai prapemahaman, perlu lebih dulu diberikan batasan pengertian terhadap konsep kekuasaan dan konsep kekuasaan diskresi. Konsep kekuasaan yang akan didiskusikan di sini adalah kekuasaan sebagai produk bentukan hukum dan digunakan dalam konteks pemerintahan dalam arti luas. Kekuasaan sebagai produk bentukan hukum tunduk pada asas negara hukum.¹ Dalam penelitian ini konsep kekuasaan adakalanya digunakan secara bergantian dengan kewenangan karena kedua istilah merupakan spesies-spesies yang merujuk pada satu hakikat pengertian yang sama yaitu memberikan gambaran tentang kapasitas atau kemampuan bertindak.² Sementara secara semantik, penggunaan istilah kekuasaan

¹ Tentang konsep asas negara hukum lihat penjelasan dalam **Bab I Sub-Bab D. 2. Kerangka Teoretik**.

² Lihat entri di dalam *Black's Law Dictionary* tentang istilah *authority* (kewenangan) dengan istilah *power* (kekuasaan). Menurut *Black's Law Dictionary*, kewenangan adalah “*the right*

diskresi juga lebih cocok karena paralel dengan istilah *discretionary power* dalam literatur-literatur berbahasa Inggris.

Secara teori, berdasar asas negara hukum, konsep kekuasaan dapat dikategorikan dalam dua jenis. Kekuasaan berdasarkan “*general rule of law*” dan “*personal discretion to do justice*”. Konsep ini dikemukakan oleh Justice **Antonin Scalia**, *the Supreme Court of the United States*, sesuai kerangka pemikiran yang diletakkan sebelumnya oleh **Aristoteles** dalam karyanya *Politics*. Menurut **Aristoteles**:

*“Rightly constituted laws should be the final sovereign; and personal rule, whether it be exercised by a single person or a body of persons, should be sovereign only in those matters on which law is unable, owing to the difficulty of framing general rules for all contingencies, to make an exact pronouncement.”*³

Pada tataran abstrak konsep kekuasaan diskresi dimaknai sebagai kekuasaan bebas; kekuasaan berdasarkan pertimbangan subjektif atau personal dari pemegang kekuasaan untuk melakukan atau tidak melakukan sesuatu. Pemegang kekuasaan diskresi memiliki kebebasan bertindak dalam menghadapi suatu situasi kasuistik.⁴ Konsep kekuasaan diskresi bersifat kontras sangat tajam dibandingkan dengan konsep kekuasaan berdasarkan “*general rule of law*”. Oleh karena itu

or permission to act legally on another's behalf; esp., the power of one person to affect another's legal relations by acts done in accordance with the other's manifestations of assent.” Sementara kekuasaan adalah “*the ability to act or not to act; esp., a person's capacity for acting in such a manner as to control someone else's responses.*” Bryan A. Garner, Editor in Chief, *Black's Law Dictionary*, Ninth Edition, West, St. Paul-Minnesota, 2009, h. 152 dan 1288. Upaya untuk membedakan secara tajam konsep kekuasaan dengan kewenangan pada hakikatnya sangat dipengaruhi oleh pemikiran asas legalitas bahwa kewenangan adalah kekuasaan hukum, yaitu kekuasaan yang diberikan oleh undang-undang (atau peraturan perundang-undangan).

³ Antonin Scalia, “The Rule of Law as a Law of Rules,” *The University of Chicago Law Review*, Vol. 56, 1989, h. 1176.

⁴ Kuntjoro Purbopranoto, *Beberapa Catatan Hukum Tata Pemerintahan dan Peradilan Administrasi Negara*, Penerbit Alumni, Bandung, 1975, h. 36.

kekuasaan diskresi adalah kekuasaan yang bersifat pengecualian terhadap “*general rule of law*”.

Dalam pengertian demikian maka hakikat dari kekuasaan diskresi adalah kekuasaan bebas, yaitu dijalankan tidak lagi menurut pertimbangan peraturan perundang-undangan yang berlaku sebelumnya. Pemegang kekuasaan diskresi dalam bertindak tidak perlu mendasari secara ketat aturan undang-undang.⁵ Karena bersifat kekecualian maka kekuasaan diskresi hanya dapat digunakan secara kasuistik atau kontekstual.⁶

Pembatasan hukum terhadap kekuasaan diskresi adalah perlu supaya digunakan secara tepat. **Scalia** menyatakan pendiriannya tentang pembatasan bagi kekuasaan diskresi sebagai berikut:

In a democratic system, of course, the general rule of law has special claim to preference, since it is the normal product of the branch of government most responsive to the people. Executives and judges handle individual cases; the legislature generalizes. Statutes that are seen as establishing rules of inadequate clarity or precision are criticized, on that account, as undemocratic—and, in the extreme, unconstitutional—because they leave too much to be decided by persons other than the people’s representatives.⁷

Pendapat **Scalia** tersebut adalah hasrat umum asas negara hukum dalam sistem pemerintahan yang demokratis. Artinya, peraturan perundang-undangan yang mampu menyatakan ketentuannya secara jelas dan tepat adalah harapan semua orang; tetapi ini bukan apa yang sesungguhnya terjadi. Dalam kondisi demikian maka konsep kekuasaan diskresi menjadi penting sebagai pelengkap, yaitu

⁵ Ibid., h.44.

⁶ Ibid., h. 36.

⁷ Antonin Scalia, Loc.cit.

manakala, meminjam pendapat **Aristoteles**, “*unable, owing to the difficulty of framing general rules for all contingencies, to make an exact pronouncement.*”

Insentif bagi munculnya kebutuhan atas kekuasaan diskresi pemerintah adalah konsepsi pemerintahan modern yang aktif, yang disebut dengan istilah *bestuurzorg*, yaitu suatu fungsi pemerintahan yang tidak hanya mengatur tetapi juga mengurus (*ordenede en verzorgende taken*).⁸ Berpatokan pada konsepsi tersebut pemerintah tidak boleh bersikap menerima saja atau menunggu meskipun peraturan perundang-undangan yang berlaku tidak memberikan aturan atau preskripsi bagi suatu tindakan (*lacunae*), atau sekurang-kurangnya tidak jelas atau kabur (*vague*) dalam ketentuannya menyangkut penyelenggaraan kemaslahatan masyarakat. Dengan pengertian lain, secara konseptual, kekuasaan diskresi pemerintah muncul sebagai penyelesaian atas kelemahan asas legalitas (bahwa semua tindakan pemerintah harus berdasarkan undang-undang yang berlaku sebelumnya).

Ruang lingkup kekuasaan diskresi pada pemerintah mencakup semua ranah tindak pemerintahan (*bestuurshandelingen*), yaitu minus bidang kekuasaan legislatif dan kekuasaan yudisial. Bidang tersebut sekurang-kurangnya meliputi: kekuasaan regulasi (*delegated legislation*); keputusan-keputusan pemerintah (KTUN); tindakan-tindakan faktual; tindakan-tindakan polisionil dan penegakan hukum; sanksi pemerintahan, dan lain-lain.⁹

⁸ N.M. Spelt & J.B.J.M. ten Berge, *Pengantar Hukum Perizinan*, Yuridika, Surabaya, 1993, h. 1.

⁹ Philipus M. Hadjon, *Pengertian-pengertian Dasar tentang Tindak Pemerintahan (Bestuurshandeling)*, Djumali, Surabaya, 1985; Philipus M. Hadjon, et.al., *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia*, Gadjah Mada University Press, Yogyakarta, 2002, h. 124-179 & 245-265. Pemerintah yang dimaksudkan di sini adalah alat perlengkapan negara (tingkat pusat dan daerah) yang menjalankan seluruh kegiatan bernegara dalam menyelenggarakan pemerintahan. Sjachran Basah, *Perlindungan Hukum terhadap Sikap-Tindak Administrasi Negara*, Penerbit Alumni,

Berdasarkan penjelasan di atas maka penelitian ini akan menganalisis secara luas dan lengkap makna dan hakikat kekuasaan diskresi serta penjabarannya menjadi kekuasaan pemerintah. Tataran penelitian dalam disertasi ini adalah penelitian teori hukum, dengan memusatkan pada elaborasi produk-produk pemikiran hukum tentang kekuasaan diskresi yang telah berkembang menjadi doktrin atau ajaran hukum, baik yang dinyatakan oleh para sarjana maupun oleh hakim dalam pendapat hukumnya. Hasil yang diharapkan oleh penelitian ini adalah sebuah teori umum (*general theory*) mengenai kekuasaan diskresi secara komprehensif dari perspektif hukum.

Dalam kaitan itu penelitian ini juga memiliki tujuan khusus untuk menghilangkan pandangan kurang baik terhadap kekuasaan diskresi yang digunakan untuk melakukan tindak pidana korupsi. Konsep kekuasaan diskresi adalah netral secara makna kata (semantik). Sementara secara fungsional kekuasaan diskresi dapat bermakna memberi hasil jika digunakan secara tepat dan bertanggung jawab dengan keahlian (*expertise*), kebijaksanaan (*wisdom*) dan pertimbangan (*judgement*), sehingga penggunaannya justru diinginkan.¹⁰ Dalam takaran yang tepat penggunaan kekuasaan diskresi bukan tindakan penyalahgunaan kekuasaan (wewenang).¹¹

Bandung, 1986, h. 2. Pemerintah tingkat pusat dan daerah tersebut, dapat merupakan seorang petugas/pejabat (fungsionaris) maupun badan (lembaga) pemerintahan. Kuntjoro Purbopranoto, *Op.cit.*, h. 42-43.

¹⁰ Brian Z. Tamanaha, "A Concise Guide to the Rule of Law," dalam Gianluigi Palombella & Neil Walker, eds., *Relocating the Rule of Law*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2009, h. 8.

¹¹ Bandingkan dengan Nur Basuki Minarno, *Penyalahgunaan Wewenang dalam Pengelolaan Keuangan Daerah yang Berimplikasi Tindak Pidana Korupsi*, Penerbit Laksbang Mediatama, Yogyakarta, 2011, h. 95-98.

B. Rumusan Masalah

Isu sentral penelitian ini adalah kekuasaan diskresi sebagai kekuasaan hukum bagi pemerintah. Berdasarkan isu utama tersebut maka dijabarkan permasalahan khusus yang akan dikaji secara mendalam yang dirumuskan dalam pertanyaan-pertanyaan sebagai berikut:

1. Apakah landasan filosofis konsep kekuasaan diskresi pemerintah?
2. Apakah asas-asas hukum umum yang melandasi keabsahan kekuasaan diskresi pemerintah?
3. Apakah asas-asas hukum yang membatasi penerapan kekuasaan diskresi pemerintah?

C. Tujuan dan Manfaat Penelitian

Penelitian ini bertujuan:

1. Menemukan landasan teori hukum dan filsafat hukum sebagai hakikat dari konsep kekuasaan diskresi.
2. Menemukan dasar pembedaan pada objektivitas dan kesahan kekuasaan diskresi pada pemerintah (eksekutif).
3. Menemukan asas-asas hukum sebagai pembatasan terhadap kekuasaan diskresi agar tetap berada dalam hukum.

Manfaat penelitian ini dibedakan menjadi dua, yaitu manfaat keilmuan dan manfaat praktikal. Manfaat keilmuan dari penelitian ini adalah memperkaya wacana yuridis di bidang teori hukum dengan memberikan pemahaman dan argumentasi baru mengenai konsep kekuasaan diskresi. Sementara manfaat pelaksanaan secara nyata adalah sebagai masukan dalam rangka penataan

pemerintahan Indonesia di masa depan di mana penggunaan kekuasaan diskresi secara tepat sangat penting untuk mewujudkan kesejahteraan umum.

D. Kerangka Teoritik

1. Perbedaan Hukum dan Undang-Undang

Secara ringkas kekuasaan diskresi dapat dimaknai bahwa pemegang kekuasaan dapat bertindak menyimpang dari undang-undang atau bertindak manakala undang-undang tidak memberikan ketentuan (preskripsi) secara khusus bagi tindakan itu. Sesuai dengan tesis penelitian ini yang mendalilkan bahwa kekuasaan diskresi adalah kekuasaan hukum maka isu utamanya adalah pendasaran bagi kekuasaan tersebut karena sesuai asas negara hukum, tindakan subjek hukum harus sesuai dengan hukum. Atas dasar itu maka perbedaan antara hukum dan undang-undang adalah kerangka teoretik untuk memahami pendasaran bagi kekuasaan diskresi.

Perbedaan pada tataran analitik antara konsep hukum dan konsep undang-undang dapat dijumpai secara etimologis dalam penggunaan istilah “*ius* atau *Law*” (hukum) dan “*lex* atau *Laws*” (undang-undang). Jika kedua istilah tersebut dipahami maka orang dapat membedakan dengan mudah konsep hukum dan undang-undang pada satu sisi, dan simpulannya pada sisi lain, orang dapat membangun makna asas negara hukum yang lebih luas ketimbang asas legalitas.

Tentang perbedaan tersebut **Roscoe Pound** menjelaskan:

Law is a body of ideals, principles, and precepts for the adjustment of the relations of human beings and the ordering of their conduct in society. Law seeks to guide decision as laws seek to constrain action. Law is needed to achieve and maintain justice. Laws are needed to keep the peace—to maintain order. Law is experience developed by reason and corrected by further experience. Its immediate task is the administration of justice; the

*attainment of full and equal justice to all. The task of laws is one of policing, of maintaining the surface of order.*¹²

Sesuai pernyataan tersebut maka perbedaan antara konsep hukum dan undang-undang sangat tajam secara hakiki. Hal ini sekaligus menunjukkan bahwa pandangan hakikat (ontologi) dari hukum positif (*legal positivism*) yang mengidentikkan hukum dengan undang-undang sesungguhnya tidak tepat. Kritik atas pandangan ontologi tersebut dinyatakan **Gustav Radbruch** berikut ini:

*Legal positivism, with its principle that 'a law is a law,' has in fact rendered the German legal profession defenseless against statutes that are arbitrary and criminal. Legal positivism is, moreover, in and of itself wholly incapable of justifying or explaining the validity of statutes. The positivist believes he [she] has proved the validity of a statute simply by showing that it had sufficient power behind it to prevail. But although compulsion may be based on power, obligation and validity never are. Obligation and validity must be based, rather, on a value that inheres in the statute.*¹³

Pemahaman seperti dikemukakan oleh **Pound** perlu dihidupkan kembali untuk menghilangkan kesan konsepsi hukum yang legalistik dalam cara pandang ontologis *legal positivism*. Pengertian hukum yang penting dari pendapat **Pound** adalah tuntutan keadilan yang lebih diperhitungkan daripada undang-undang yang orientasinya lebih ke arah membatasi tindakan subjek hukum dalam rangka kedamaian dan ketertiban (*peace and order*).

Konsep hukum memiliki cakupan makna yang bersifat berlaku umum (universal). Dari penjelasan yang diberikan berikut ini nampak bahwa keberadaannya bersifat sudah ada sebelumnya (*a priori*), dan nampak bahwa

¹² Roscoe Pound, *Law Finding Through Experience and Reason*, The University of Georgia Press, Athens, 1960, h. 1-2.

¹³ Heather Leawoods, "Gustav Radbruch: An Extraordinary Legal Philosopher," *Washington University Journal of Law and Policy*, Vol. 2, 2000, h. 497-498 (mengacu pada pendapat Radbruch dalam *Statutory Non-Law and Suprastatutory Law*, h. 13). Pendapat senada dengan bertolak dari kerangka pemikiran yang juga sama, pembedaan antara konsep hukum dan undang-undang, dikemukakan oleh George P. Fletcher, *Basic Concepts of Legal Thought*, Oxford University Press, Oxford, 1996, h. 36-37.

maknanya cenderung bersifat filosofis karena disejajarkan dengan akal budi sebagai sumbernya. Sementara undang-undang adanya bersifat yang kemudian (*a posteriori*), dibuat oleh penguasa dengan orientasi situasi kondisi lokal atau setempat:

*Law is found; Laws are made. Law is governed by principles, starting points for reasoned decision, found by application of reason to experience and corrected by experience as the process of development of society goes on. It deals with general conditions and situations, and seek to deal with them in universal rather than local terms. Where there are local conditions and situations rules become necessary. But a rule may express a locally applicable principle. Although rules frequently are arbitrary, they are not so always of necessity. Rules are prescribed by sovereign political authority.*¹⁴

Dalam pembahasan ini isu terpentingnya adalah sifat keterhubungan antara hukum dengan undang-undang:

*“Ideals of law and ideals of principles and rules of law, are pictures made to conform to an ethical-philosophical juristic picture of the legal order, intended to guide judges and legislators and administrative agencies toward making means afforded by the legal order achieve its postulated ends.”*¹⁵

Nampak bahwa hukum berfungsi sebagai landasan etis yang harus direalisasikan oleh undang-undang. Undang-undang yang tidak berlandaskan hukum dapat dinilai sewenang-wenang. Hal itu nampak dinyatakan lebih spesifik oleh **Pound** menyangkut proses dalam rangka membangun ketertiban masyarakat (*establishing an ordered society*) yang dapat ditempuh lewat dua sumber sekaligus, yaitu moral dan politik:

What we have to bear in mind is that law has to govern life and that the essence of life is growth and change. In establishing an ordered society men have used two fundamental ideas, one moral, an idea taken from ethics, and the other political, an idea taken from political science. From the one we develop the idea of reasoned adjustment of relations and ordering of conduct

¹⁴ Ibid., h. 2.

¹⁵ Ibid., h. 7.

*in accord with principles. From the other we develop the idea of sanctioned rules imposed and enforced by a sovereign political authority. The one gives us law. The other gives us rules of law or laws.*¹⁶

Pernyataan **Pound** di atas menegaskan kembali tentang hakikat makna hukum yang bersifat moral; yang berbeda dengan makna hakikat undang-undang yang bersifat politik atau kekuasaan. Oleh karena itu dalam hubungan fungsional keduanya, hukum harus menjadi dimensi etis atau moral dari undang-undang supaya undang-undang tidak jatuh pada kesewenang-wenangan. Dengan cara pandang demikian maka konsep kekuasaan diskresi pemerintah seharusnya bertumpu pada, dan dapat dibenarkan oleh hukum (*ius*). Kekuasaan terberi (otorisasi) oleh hukum ini dapat membenarkan tindakan pemerintah meskipun tidak berdasarkan undang-undang.

2. Negara Hukum (*The Rule of Law*)

Negara hukum (*the Rule of Law*) adalah asas yang berlaku umum (*universal*) yang diterima atau diakui oleh negara-negara sebagai landasan bagi bekerjanya sistem hukum dan pemerintahan. Oleh karena itu, membahas atau mendiskusikan keberadaan dan bekerjanya kekuasaan diskresi pemerintah seyogianya bertumpu atau bertolak dari asas negara hukum (*the Rule of Law*). Asas hukum yang memberlakukan konsep kekuasaan diskresi adalah negara hukum (*the Rule of Law*). Ini berarti untuk memberikan landasan teoritis kekuasaan diskresi dalam negara hukum perlu mengkonstruksi makna seyogianya asas negara hukum.

Konsep negara hukum pada mulanya tumbuh dan berkembang secara partikular dengan istilah dan makna berbeda-beda mengikuti tradisi negara-

¹⁶ Ibid., h. 4.

negara. Namun demikian, pada saat ini telah dicapai kesepakatan tentang elemen-elemen yang sama dari pengertian negara hukum yang berlaku umum. Oleh karena itu dalam penelitian ini digunakan konsep negara hukum dalam tataran makna keumumannya yang telah diterima secara teoritis.

The Rule of Law dipandang sebagai istilah yang mewakili tradisi Anglo-Saxon. Sementara di negara-negara Eropa digunakan istilah-istilah *Rechtsstaat* (Jerman, Belanda), *Etat de droit* (Perancis), *Stato di diritto* (Italia) dan *Estado de derecho* (Spanyol). Suatu kajian historis-komparatif yang menggambarkan perkembangannya di masing-masing negara diperlukan untuk memperoleh perbedaan secara presisi konsep partikular dari masing-masing versi konsep negara hukum tersebut.¹⁷

Kajian yang menonjolkan perbedaan konseptual secara partikular tersebut dilakukan oleh **Philipus M. Hadjon**¹⁸ dan **Azhari**¹⁹ sehingga nampak bahwa orientasi studi mereka cenderung mengarah pada kajian Dogmatik Hukum (*doctrinal study of law*) daripada kajian Teori Hukum (*legal theory*). Jika dikaji secara lebih mendetail, hakikat perbedaan dari pendekatan konsep negara hukum yang partikular adalah perbedaan tradisi antara negara *common law system* yang tidak menghendaki adanya peradilan administrasi (bertumpu pada pemikiran tentang tidak adanya perbedaan antara tindakan pemerintah dengan tindakan orang perorangan biasa – dipengaruhi oleh asas *equality before the law* yang

¹⁷ Danilo Zolo, "The Rule of Law: A Critical Reappraisal," dalam Pietro Costa dan Danilo Zolo, eds., *The Rule of Law: History, Theory and Criticism*, Springer, Dordrecht, 2007, h. 3.

¹⁸ Philipus M. Hadjon, *Perlindungan Hukum bagi Rakyat di Indonesia*, Bina Ilmu, Surabaya, 1987.

¹⁹ Azhari, *Negara Hukum Indonesia: Analisis Yuridis Normatif tentang Unsur-Unsurnya*, UI Press, Jakarta, 1995.

dikemukakan **A.V. Dicey**) dengan negara *civil law system* yang menghendaki adanya peradilan administrasi (yang bertumpu pada perbedaan antara tindakan pemerintah dengan tindakan orang perorangan biasa – dipengaruhi oleh pandangan **F.J. Stahl** dan **Immanuel Kant**).²⁰

Karena orientasi penelitian ini adalah membahas hakikat konsep kekuasaan diskresi pemerintah pada tataran Teori Hukum maka konsep negara hukum (*the Rule of Law*) yang digunakan adalah konsep umumnya; bukan konsep khusus/partikularnya yaitu konsep negara hukum (*the Rule of Law*) versi atau menurut tradisi negara tertentu. Dengan demikian, pada tataran teoretis ini, yang sangat ditekankan dari konsep negara hukum yang berlaku umum adalah tataran kesamaan unsur-unsur pengertiannya secara hakiki. Salah satu contoh bentuk memberlakukan umum (universalisasi) konsep negara hukum adalah penekanan pada hakikatnya sebagai tuntutan kepada semua negara dalam rangka perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia (HAM).²¹

Ricardo Gosalbo-Bono mengemukakan elemen pengertian negara hukum yang berlaku umum adalah:

(i) the principle that power may not be exercised arbitrarily, which requires a rejection of the rule by man and requires that laws should be prospective, accessible, and clear; (ii) the principle of supremacy of the law, which distinguishes the rule of law from the rule by law and implies acceptance of the principle of separation of powers or the idea that the law applies to all, including the sovereign, with an independent institution, such as a judiciary, to apply the law to specific cases; and (iii) the principle that the law must apply to all persons equally, offering equal protection without

²⁰ Philipus M. Hadjon, *Perlindungan ...*, Op.cit., h. 73 dan 81.

²¹ Pengertian tersebut misalnya nampak dari pandangan Danilo Zolo berikut ini: “*to support the rule of law means to advocate the protection of individual rights as the primary aim of political institutions and legal bodies.*” Danilo Zolo, Op.cit., h. 4.

*discrimination or the idea that the law should be of general application and should be capable of being obeyed.*²²

Brian Z. Tamanaha membedakan konsep negara hukum (*rule of law*) secara dikotomis yaitu formal atau *thin definition* dan substantif atau *thicker* atau *substantive definition*. Konsep *rule of law* formal menurut **Tamanaha**:

*The rule of law, at its core, requires that government officials and citizens are bound by and act consistent with the law. This basic requirement entails a set of minimal characteristics: law must be set forth in advance (be prospective), be made public, be general, be clear, be stable and certain, and be applied to everyone according to its terms.*²³

Inti dari konsep negara hukum formal adalah asas legalitas. Definisi formal ini adalah prasyarat minimal untuk suatu negara dapat menyatakan diri sebagai negara berdasar asas negara hukum. Pengertiannya secara substantif, konsep negara hukum mencakup “*reference to fundamental rights, democracy, and/or criteria of justice or right*” (referensi untuk hak-hak dasar, demokrasi, dan/atau kriteria keadilan atau kebenaran).²⁴

Perkembangan konsep negara hukum sebagaimana diterangkan di atas dapat digambarkan secara lebih sistematis dalam bagan berikut ini:²⁵

²² Ricardo Gosalbo-Bono, “The Significance of the Rule of Law and Its Implications for the European Union and the United States,” *University of Pittsburg Law Review*, Vol. 72, 2010, h. 290.

²³ Brian Z. Tamanaha, *Op.cit.*, h. 3.

²⁴ *Ibid.*, h. 4.

²⁵ Brian Z. Tamanaha, *On the Rule of Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, h. 91.

ALTERNATIVE RULE OF LAW FORMULATIONS

	Thinner	→	to	→	Thicker
FORMAL VERSIONS	1. Rule-by-Law	2. Formal Legality		3. Democracy + Legality	
:	- law as instrument of government action	- general prospective, clear, certain		- consent determines content of law	
SUBSTANTIVE VERSIONS	4. Individual Rights	5. Rights of Dignity and/or Justice		6. Social Welfare	
:	- Property, contract, privacy, autonomy			- Substantive equality, welfare, preservation of community	

Berdasar pembahasan di atas maka berikut ini diberikan penjelasan atas isu bahwa kekuasaan diskresi dibenarkan oleh hukum, khususnya dalam kerangka asas negara hukum, dengan karakter kekuasaannya bersifat menyimpangi asas legalitas.

Pertama, pemberian kekuasaan (otorisasi) bagi kekuasaan diskresi sumbernya bukan asas legalitas, tetapi hukum sendiri, sehingga konsep kekuasaan diskresi juga merefleksikan muatan moralitas dari hukum. Pernyataan yang dapat dikemukakan di sini adalah sifat hubungan antara konsep hukum dan undang-undang. Undang-undang memiliki banyak kelemahan seperti kejelasan dan kelengkapan; tetapi hukum tidak. Hukum adalah asas regulatif bagi undang-undang. **Aristoteles** dalam *Rhetoric* menyatakan:

*If the written law tells against our case, clearly we must appeal to the universal law, and insist on its greater equity and justice . . . We must urge that the principles of equity are permanent and changeless, and that the universal law does not change either, for it is the law of nature, whereas written laws often do change.*²⁶

²⁶ Mark Tebbit, *Philosophy of Law*, Routledge, London-New York, 2005, h. 12.

Pendapat **Aristoteles** ini dapat dimaknai sebagai bentuk pemberian kekuasaan secara moral menurut cita hukum bagi kekuasaan diskresi, yaitu untuk menysihkan pendirian berdasarkan undang-undang manakala undang-undang tersebut tidak sesuai dengan tuntutan hukum yang dikonsepsikan sebagai hukum pada umumnya (*universal law*).

Kedua, sebagai kekuasaan hukum maka kekuasaan diskresi merefleksikan cita hukum sebagaimana digambarkan pengertiannya di atas. Cita hukum yang dimaksudkan adalah moralitas internal hukum seperti keadilan; sebuah kekuatan yang mampu menysihkan keberlakuan undang-undang. Ketika **Agustinus** menyatakan "*lex iniusta non est lex*" maka sebenarnya **Agustinus** telah meletakkan asas bagi kekuasaan diskresi dengan dimensi moralitas yang kuat, yaitu keadilan menysihkan keberlakuan undang-undang yang tidak adil. **Suri Ratnapala** menjelaskan konteks pernyataan **Agustinus** tersebut sebagai berikut: "*at some point on the moral scale an enactment may be seen as so immoral or unjust that it loses its authority as law.*"²⁷ Sebagai simpulan, keadilan itu sendiri dapat menjadi dasar tindakan manakala undang-undang tidak memberikan ketentuan peraturan (preskripsi) bagi tindakan secara jelas.

Seperti halnya **Agustinus**, **Ronald Dworkin** juga mengemukakan konsep diskresi dengan muatan moral meskipun tidak secara tersurat (eksplisit). Hal itu nampak dari konsep hakikat hukum yang dikemukakannya yang memasukkan konsep *standards* sebagai penolakannya terhadap ajaran positivisme (konsep ontologis hukum non-positivis). **Ian McLeod** mengatakan: "*Dworkin places great emphasis on what he calls standards, which exist independently of the rules which*

²⁷ Suri Ratnapala, *Jurisprudence*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, h. 11.

positivists regard as the totality of law."²⁸ Konsep *standards* yang dikemukakan

Dworkin terdiri dari dua jenis, kebijakan (*policies*) dan asas (*principles*).

Dworkin menjelaskan:

*I call a "policy" that kind of standard that sets out a goal to be reached, generally an improvement in some economic, political or social feature of the community (though some goals are negative, in that they stipulate that some present feature is to be protected from adverse change). I call a "principle" a standard that is to be observed, not because it will advance or serve an economic, political or social situation deemed desirable, but because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality.*²⁹

Sesuai pendapat **Dworkin** dapat disimpulkan bahwa dasar hukum bagi tindakan yang sah tidak hanya berupa *rules* secara khusus, tetapi juga *standards* yang dapat meliputi *policies* atau *principles*. Meskipun teori tentang konsep ontologis hukum non-positivis yang dikemukakan **Dworkin** berada di ranah teori adjudikasi, namun teori tersebut juga dapat diaplikasikan sebagai dasar moralitas bagi kekuasaan diskresi pemerintah. Dalam konteks itu peneliti berpendapat, sejalan dengan pandangan **Dworkin**, pembenaran bagi tindakan diskresi pemerintah tidak hanya "*an improvement in some economic, political or social feature of the community*" (memperbaiki ekonomi, politik atau fitur sosial masyarakat) atau *policies*, tetapi juga "*a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality*" (persyaratan hukum atau keadilan atau dimensi lain moralitas) atau *principles*. Dengan dapat dibenarkannya tindakan diskresi pemerintah oleh *principles* maka konsep kekuasaan diskresi pemerintah tersebut mengandung makna moral secara melekat (*inheren*).

²⁸ Ian McLeod, *Legal Theory*, Palgrave-MacMillan, London, 2003, h. 122.

²⁹ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London, 2009, h. 22.

Mengacu kepada hukum sebagai pendasaran kekuasaan diskresi yang menuntut penundukan pada cita hukum keadilan adalah sekaligus pembatasan terhadap kekuasaan diskresi. Penggunaan kekuasaan diskresi yang mengabaikan pembatasan ini jatuh pada penilaian tindakan sewenang-wenang dan sekaligus penyalahgunaan kekuasaan diskresi. Oleh karena itu, penyesuaian keadaan supaya kekuasaan diskresi dapat memiliki makna yang objektif dan juga diinginkan atau dikehendaki adalah isu utama karena banyaknya problematik yang juga berhubungan erat, seperti keterpercayaan pemegang kekuasaan. Meluasnya praktik atau tindakan koruptif seringkali menjadikan kekuasaan diskresi sebagai sasaran untuk dipersalahkan. Pada kasus Indonesia saat ini fenomena itu dapat dibatasi sebagai tahap di mana kekuasaan diskresi mengalami krisis sangat serius.

Keutamaan yang melekat pada kekuasaan diskresi, sehingga boleh mengesampingkan keberlakuan undang-undang, yang peneliti sepakati adalah berdasar penilaian **Naomi Claire Lazar** berikut ini:

*Because so many elements intervene in human affairs – the vicissitudes of human error, the ultimate unpredictability of human agency, even the weather – judgement and agency are necessary elements of effective institutions. I have argued that because government, and particularly crisis government requires flexibility it requires that experience, prudence and agency enter into the design of institutions as well as the administration of law. Political action in the service of principled ends must take account of new circumstances, not just in a crisis, but always. This is why government can never be a machine that runs itself.*³⁰

3. Asas Legalitas dan Aspek Situasional Keberlakuannya

Konsep diskresi berbanding terbalik dengan asas legalitas. Sebagai kaidah umum, setiap tindakan subjek hukum harus sesuai atau berdasarkan

³⁰ Nomi Claire Lazar, "A Topography of Emergency Power," dalam Victor V. Ramraj, ed., *Emergencies and the Limits of Legality*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, h. 171.

undang-undang yang berlaku sebelumnya (lihat kerangka teori pada **Sub-Bab II**). Namun makna legalitas dari asas negara hukum ini dapat berubah menjadi negatif manakala dipahami dalam perspektif yang legalistik. Hal itu nampak dari pendapat **F. Julius Stahl** yang mendefinisikan *Rechtsstaat*:

*“a state acting in a legal form and purporting to exactly determine and unquestionably establish the lines and boundaries of its actions as well as the free ambits of its citizens in accordance with the law (in der Weise des Rechts).”*³¹

Konsep diskresi mengandung makna sebaliknya dari konsep legalitas. Landasan bagi kekuasaan diskresi adalah: *“Designed for the ordinary and the normal, law cannot always provide for such extraordinary occurrences in spite of its aspiration to comprehensiveness.”*³²

Berlakunya undang-undang, dalam hal ini asas legalitas, situasional, yaitu bergantung pada situasi yang dihadapi apakah menurut pola yang umum (normal) atau tidak menurut pola yang umum (abnormal). **Carl Schmitt** menyatakan:

*Every general norm demands a normal, everyday frame of life to which it can be factually applied and which is subjected to its regulations. The norm requires a homogeneous medium. This effective normal situation is not a mere “superficial presupposition” that a jurist can ignore; that situation belongs precisely to [the norm’s] immanent validity. There exists no norm that is applicable to chaos. For a legal order to make sense, a normal situation must exist, and he is sovereign who definitely decides whether this normal situation actually exists. All law is ‘situational law’.*³³

³¹ Pendapat F. Julius Stahl dalam *Die Philosophies Des Rechts* seperti dikutip oleh Ricardo Gosalbo-Bono, Op.cit., h. 241. Pendapat Stahl tersebut dikritik oleh sesama sarjana Jerman yaitu Robert von Mohl karena cenderung bebas nilai. Menurut Mohl, konsep *Rechtsstaat* harus dapat dibedakan dari konsep *the aristocratic police state* karena tujuan utama konsep *Rechtsstaat* adalah *“organi[z]ing the living together of the people in such a manner that each member of it will be supported and fostered, to the highest degree possible, in the free and comprehensive exercise and use of his strengths.”* Ibid.

³² Clement Fatovic, *Outside the Law: Executive and Emergency Power*, The John Hopkins University Press, Baltimore, 2009, h. 2.

³³ Pendapat tersebut dinyatakan dalam karyanya berjudul *Political Theology: Four Chapters of Sovereignty*. Pendapat tersebut diacu oleh Kim Lane Scheppele, “Law in a Time of Emergency: States of Exception and the Temptations of of 9/11,” *Public Law and Legal Theory*

Makna teoretis dari penjelasan di atas adalah adanya potensi halangan yang besar bagi pemerintah dari asas legalitas yang gagal dalam memberikan aturan (preskripsi) secara jelas, presisi dan lengkap untuk tindakan pemerintah agar dapat terhindar dari situasi demikian.

Yuris-filsuf yang menggunakan kerangka pemikiran serupa adalah **Radbruch**. Beda dengan **Schmitt** adalah kondisi yang abnormalitas yang dikemukakan oleh **Radbruch** mengandung muatan nilai, yaitu menanggapi situasi di mana undang-undang dianggap menimbulkan ketidakadilan serius sehingga isu utamanya kemudian adalah kualitas kekuatan mengikatnya:

*Preference is given to the positive law, duly enacted and secured by State power as it is, even when it is unjust and fails to benefit the people, unless its conflict with justice reaches so intolerable a level that the statute becomes, in effect, 'false law' and must therefore yield to justice ... Where there is not even an attempt at justice, where equality, the core of justice, is deliberately betrayed in the issuance of positive law, then the statute is not merely 'false law', it lacks completely the very nature of law. For law, including positive law, cannot be otherwise defined than as a system and an institution whose very meaning is to serve justice.*³⁴

Secara teoretis-konseptual, kedua sarjana sama-sama menganjurkan kemungkinan dapat disisihkannya keberlakuan undang-undang, termasuk dalam hal ini dilakukannya tindakan yang bertentangan dengan ketentuan peraturan undang-undang, jika terpenuhi syarat situasionalnya yaitu keadaan yang abnormal. Pengertian ini pada hakikatnya adalah kesahan kekuasaan diskresi.

Keberlakuan asas legalitas memiliki fungsi untuk membatasi penggunaan kekuasaan diskresi, yaitu tindakan atau putusan yang diambil berdasarkan

Research Papers Series, University of Pennsylvania Law School, Research Paper No. 60, 2004, h. 10.

³⁴ Heather Leawoods, *Op.cit.*, h. 500 (berasal dari karya Radbruch berjudul *Statutory Non-Law and Suprastatutory Law*, h. 14-15).

pertimbangan personal atau individual. Tujuannya adalah untuk mempertahankan asas negara hukum yaitu bersifat umum dan seragam. Akan tetapi tidak berarti bahwa asas legalitas meniadakan kekuasaan diskresi. Yang dilarang sepenuhnya adalah diskresi secara sewenang-wenang. Hal ini sebenarnya yang hendak dibatasi oleh asas legalitas dengan pengertiannya setiap tindakan subjek hukum harus sesuai atau berdasarkan undang-undang yang berlaku sebelumnya.

Tentang keutamaan asas legalitas sebagai asas operasional dari asas negara hukum **Cass R. Sunstein** menyatakan:

A system committed to the rule of law is committed to limiting official discretion, but it is not committed to the unrealistic goal of making every decision according to judgments fully specified in advance. Nonetheless, rules are an admirable device for obtaining agreement on the content of law, and also for reducing decision at the point of application. Often people can agree on rules when they disagree about abstract and theoretical issues; they can agree that rules are binding, that rules are good, and that rules have a certain identifiable meaning. Frequently a lawmaker adopts rules because rules narrow or even eliminate the range of disagreement and uncertainty faced by people attempting to follow or to interpret the law. This step has enormous virtues in terms of promoting predictability and planning and reducing both costs and risks of official abuse.³⁵

Peneliti setuju pendapat **Sunstein** sepanjang pernyataan di atas diberlakukan dalam situasi normal untuk memberikan perkiraan (prediktabilitas) dan perencanaan. Hal ini disadari oleh **Sunstein** lewat pernyataan “*but it is not committed to the unrealistic goal of making every decision according to judgments fully specified in advance.*”

Pernyataan tersebut adalah pengakuan secara tersirat atas pengesahan kekuasaan diskresi sebagai kekuasaan hukum yang keberadaannya bersifat situasional. Keberlakuan undang-undang yang situasional harus dipahami

³⁵ Cass R. Sunstein, “Problems with Rules,” *California Law Review*, Vol. 83, No. 4, 1995, h. 1021-1022.

sebelumnya, baik oleh pemerintah maupun kekuasaan yudisial, untuk menghindari penerapan cara pandang legalistik yang memiliki implikasi lebih banyak negatifnya daripada positifnya (generalitas dan uniformitas). Implikasi negatif itu misalnya kelambanan bertindak sehingga dalam situasi krusial tidak dapat mencegah terjadinya potensi kerugian.

E. Keaslian Penelitian

Kajian terhadap konsep kekuasaan diskresi dari perspektif teoretis-filosofis kurang dilakukan di Indonesia. Sejauh penelusuran yang telah peneliti lakukan, tidak ditemukan disertasi yang secara substansi membahas isu tentang kekuasaan diskresi dengan lebih memberi tekanan kepada kajian teori hukum serta filsafat hukum seperti disertasi ini. Beberapa dari disertasi tersebut, antara lain:

- Disertasi oleh Lukman Arif, *Diskresi Dalam Proses Implementasi Kebijakan Pelayanan Publik (Suatu Kajian Tentang Diskresi Dari Optik Paradigmatik)*, Program Pascasarjana Universitas Brawijaya, 2006. Masalah yang diteliti mengenai bentuk-bentuk diskresi pengambilan keputusan pelayanan publik, alasan dan dampak penggunaan diskresi pengambilan keputusan pelayanan publik.
- Disertasi oleh Abintoro Prakoso, *Diskresi Pada Tahap Penyidikan Dalam Mewujudkan Perlindungan Hukum Bagi Anak Nakal*, Program Pascasarjana Universitas Brawijaya, 2010. Disertasi ini isu utamanya membahas tentang kurang memadainya ketentuan hukum kewenangan diskresi polisi pada tahap penyidikan perkara anak nakal dan praktek diskresi penanganan perkara anak nakal.

- Disertasi oleh Ridwan, *Diskresi dan Tanggungjawab Pejabat dalam Penyelenggaraan Pemerintahan di Indonesia*, Program Doktor Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Airlangga, 2013. Isu hukum di disertasi ini lebih ditujukan kepada tanggung jawab pejabat pemerintah dalam penggunaan diskresi. Kekuasaan diskresi lebih dimaknai sebagai kebebasan bertindak dari pemerintah yang diberikan dan ada sebagai kewenangan yang diatur dan dirumuskan di dalam undang-undang. Pengujian atas penggunaan diskresi oleh pemerintah dengan demikian tetap menggunakan ketentuan yang ada pada peraturan perundang-undangan, selain juga memakai asas-asas umum pemerintahan yang baik.

Sementara *treatise* yang ada, sejauh pengamatan peneliti, pembahasan mengenai kekuasaan diskresi pemerintah atau pengujian hukum tindakan diskresi pemerintah dilakukan secara parsial saja. Buku-buku di bidang hukum administrasi yang terbit pada masa sekarang (di Indonesia), umumnya lebih memberi porsi bahasan kepada pemahaman asas-asas umum pemerintahan yang baik. Satu contoh agak berbeda dan menarik adalah penelitian **Nur Basuki Minarno** tentang penyalahgunaan wewenang dalam pengelolaan keuangan daerah yang membahas perbedaan secara spesifik antara konsep penyalahgunaan wewenang dan penyalahgunaan diskresi.³⁶

F. Metode Penelitian

Penelitian disertasi ini adalah penelitian hukum yang berada pada tataran teori hukum. Pendekatan yang digunakan adalah pendekatan konseptual. Terkait dengan pendekatan tersebut maka bahan-bahan hukum yang digunakan adalah

³⁶ Nur Basuki Minarno, Op.cit., h. 65-100.

treatise atau ajaran dari para sarjana hukum terkemuka³⁷ yang membahas isu tentang kekuasaan diskresi pemerintah. *Treatise* yang akan diacu diutamakan yang bidang pembahasannya adalah teori hukum dan filsafat hukum.

Sebagai penelitian teori hukum maka penelitian ini bersifat lintas yurisdiksi. Hal ini berbeda dengan penelitian dogmatik hukum yang bersifat nasional, yang objeknya adalah hukum positif negara tertentu.³⁸ Oleh karena itu pendekatan perbandingan sangat diperlukan.³⁹ Orientasi dari pendekatan perbandingan dalam tataran kajian teori hukum adalah memperoleh hakikat pengertian-pengertian umum yang sama atas suatu isu hukum.⁴⁰ Artinya, pengertian-pengertian umum yang sama atas suatu isu hukum tersebut tidak terikat isu yurisdiksi.

Saat ini di Indonesia berlaku Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan di mana di dalamnya diatur mengenai kekuasaan diskresi. Meskipun telah ada undang-undang yang mengatur mengenai diskresi namun penelitian ini tidak menggunakan pendekatan perundang-undangan (*statute approach*) karena undang-undang tersebut tidak diposisikan sebagai sumber hukum dalam menjawab isu hukum, tetapi pengaturannya yang justru akan menjadi objek kritik apakah sudah dibangun secara benar sesuai teori hukum atau tidak.

Supaya pembahasan ini juga dapat memberikan masukan yang operasional maka hasil penelitian ini akan peneliti proyeksikan bagi kasus Indonesia, terutama

³⁷ Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Kencana, Jakarta, 2009, h. 95, 137-138.

³⁸ Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Russell & Russell, New York, 1961, h. xiii. Bandingkan dengan J.J.H. Bruggink, *Refleksi tentang Hukum*, Penerbit PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 1999, h. 168-176.

³⁹ Peter Mahmud Marzuki, *Op.cit.*, h. 132-133.

⁴⁰ J.J.H. Bruggink, *Op.cit.*, h. 173.

sebagai desain konseptual dalam rangka penataan kekuasaan pemerintahan di masa depan supaya kekuasaan diskresi dapat digunakan secara bertanggung jawab serta penyalahgunaan terhadap kekuasaan diskresi dapat dinilai secara proporsional.

G. Pertanggungjawaban Sistematis

Bab I merupakan bab pengantar tentang orientasi penelitian yang menjelaskan isu sentral studi ini, terutama hakikat permasalahan yang dihadapi, dan selanjutnya menjabarkannya menjadi sub-sub isu hukum sebagai rumusan masalah. Bab ini menjelaskan pula mengenai tujuan dan manfaat penelitian, orisinalitas penelitian, kerangka teoretis serta metode penelitian.

Bab II penelitian ini akan membahas tentang hakikat dari konsep kekuasaan diskresi pemerintah dan landasan filosofis kekuasaan diskresi pemerintah. Sebagai kekuasaan hukum yang sah maka Bab ini berpendapat bahwa kekuasaan diskresi tidak bertentangan dengan asas negara hukum; tetapi sebaliknya, memperkuat asas tersebut sehingga makna substantifnya dapat direalisasikan. Dalam konteks demikian, maka kekuasaan diskresi pemerintah memperoleh landasan filosofis dari filsafat *natural law*.

Bab III membahas asas-asas hukum umum sebagai landasan bagi konsep kekuasaan diskresi pemerintah yang mentransformasikan landasan filosofis dari konsep kekuasaan diskresi yang telah dibahas dalam Bab sebelumnya. Bab ini berpendapat bahwa asashukum umum bagi konsep kekuasaan diskresi adalah asas keadilan, bukan asas manfaat seperti pemikiran yang selama ini dominan di kalangan ahli hukum di Indonesia.

Bab IV membahas mengenai batasan hukum yang berlaku terhadap kekuasaan diskresi pemerintah. Pembahasan ini sesuai tesis bahwa kekuasaan diskresi pemerintah adalah kekuasaan hukum. Dalam kaitan itu Bab ini berpendapat bahwa kekuasaan diskresi pemerintah harus dijalankan dalam koridor Hukum Administrasi, dalam hal ini berdasarkan asas-asas dasarnya yaitu Asas-asas Umum Pemerintahan yang Baik sebagai landasan *rechtmatigheid*-nya.

Bab V merupakan bab penutup dari penelitian di disertasi ini yang berisi pernyataan-pernyataan pendapat peneliti berupa kesimpulan dan saran sebagai hasil pembahasan isu utama dari studi ini pada Bab-Bab sebelumnya.

