

# BAB I

## PENDAHULUAN

### 1.1. Latar Belakang

Fungsi-fungsi pemerintahan yang harus dijalankan oleh negara modern pada abad 21 tidak sesederhana seperti tugas negara pada beberapa abad yang lampau, yang lebih banyak berurusan dengan upaya menjaga ketertiban dan keamanan (*rust en orde*). Negara modern sekarang,<sup>1</sup> mempunyai tugas publik yang makin kompleks dan harus melibatkan diri dalam urusan masyarakat (rakyat). Oleh karena itu bernegara tidak mudah, dalam arti menjalankan negara dan roda pemerintahan untuk menjaga dan mempertahankan eksistensinya, tidak semudah seperti dalam teori-teori yang ada di dalam buku.<sup>2</sup> Menjalankan negara melalui pemerintahannya harus melibatkan diri secara aktif dalam urusan kesejahteraan masyarakat, karena itu negara menyandang atribut sebagai negara kesejahteraan (*welfare state, welvaarstaat*).<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Satjipto Rahardjo. *Negara Hukum Yang Membahagiakan Rakyatnya*. Yogyakarta: Genta Press, 2008, hlm. 27 s/d 28. Periksa juga, Satjipto Rahardjo. *Mendudukan Undang-Undang Dasar: Suatu Pembahasan dari Optik Ilmu Hukum*. Semarang: Badan Penerbit Universitas Diponegoro, 2007, hlm. 11. Negara modern merupakan bangunan manusia dan bangunan politik dengan batas-batas wilayah (*territorial space*) dan penduduk (warga negara) yang jelas.

<sup>2</sup> Arief Hidayat. "Bernegara Itu Tidak Mudah (dalam Perspektif Politik dan Hukum)". Pidato Pengukuhan pada Penerimaan Jabatan Guru Besar Bidang Ilmu Hukum pada Fakultas Hukum Universitas Diponegoro. Semarang, 4 Februari 2010, hlm. 4.

<sup>3</sup> Esping-Andersen menyebutkan tiga bentuk negara kesejahteraan: (a) *Residual welfare state*: berbasis rezim kesejahteraan liberal dan dicirikan dengan jaminan sosial yang terbatas terhadap kelompok target yang selektif, disertai dorongan yang kuat bagi pasar untuk mengurus pelayanan publik; (b) *Universalist welfare state*: berbasis kesejahteraan sosial demokrat dan bercirikan dengan cakupan jaminan sosial yang universal dan kelompok target yang luas; (c) *Social insurance welfare state*: berbasis kesejahteraan konservatif dan dicirikan dengan sistem jaminan sosial yang tersegmentasi dan peran penting keluarga sebagai penyedia kesejahteraan. Periksa, Darmawan Triwibowo – Sugeng Bahagijo. *Mimpi Negara Kesejahteraan*. Jakarta: LP3ES, 2006, hlm. 14 s/d 15.

Negara itu sendiri dapat dipahami dalam arti politis, sosiologis, yuridis, dan religis. Secara politis, negara merupakan organisasi kekuasaan. Secara sosiologis, negara merupakan kenyataan masyarakat dalam arti luas yang terikat oleh suatu kebudayaan. Secara yuridis, negara sebagai organisasi hukum yang dibuat untuk mengatur kehidupan manusia; dan secara religis, negara dianggap sebagai implementasi kekuasaan Tuhan. Negara dalam penelitian ini dipahami sebagai “organisasi tertinggi yang memiliki teritorial dan kekuasaan untuk mengatur dan memelihara warganya berdasarkan hukum.”<sup>4</sup>

Dari segi eksternal, negara sekarang tidak seperkasa seperti penampilan awalnya di panggung dunia dan masa-masa sesudah itu, yakni sejak munculnya kekuatan-kekuatan global, seperti ekonomi dan teknologi yang menandingi hegemoni kekuasaan negara. Perkembangan teknologi yang bergandengan dengan ekonomi dunia, telah menggerogoti hegemoni kekuasaan negara (*nation state*). Meskipun demikian, suatu kekuasaan dan kekuatan politik tetap dibutuhkan untuk menjaga agar kehidupan menjadi sejahtera dan bahagia.<sup>5</sup>

Pemerintahan negara-negara modern dituntut pula untuk transparansi dan akuntabilitas. Oleh karena itu, paradigma dalam pengaturan tata kelola pemerintahan tidak melulu berupa perintah satu arah kepada warga saja. Melainkan, telah bergeser makin banyak pula pemberian kewajiban kepada

---

<sup>4</sup> Bandingkan pengertian negara, Arief Hidayat. *Op cit.*, hlm. 4. Bandingkan, Deddy Ismatullah dan Asep A. Sahid Gatara. *Ilmu Negara dalam Multi Perspektif; Kekuasaan, Masyarakat, Hukum, dan Agama*. Bandung: CV. Pustaka Setia, 2007, hlm. 46.

<sup>5</sup> Periksa, Satjipto Rahardjo. “Merencanakan Pembangunan Hukum dalam Era Demokrasi, Transparansi, dan Perkembangan Sains”. Makalah, Seminar dan Temu Hukum Nasional IX. “Membangun Hukum Nasional yang Demokratis dalam Tatanan Masyarakat yang Berbudaya dan Cerdas Hukum”. Yogyakarta, 20-21 November 2008, hlm 1 s/d 2.

pemerintah agar pelaksanaan wewenangnya dapat dipertanggungjawabkan, sehingga dikenal pula konsep negara hukum yang bertanggung jawab (*verantwoordingsrechtsstaat*).

Tiap penyelenggara pemerintahan harus memiliki legitimasi, yakni wewenang yang diberikan oleh undang-undang (hukum tertulis). Di samping wewenang yang ditentukan secara tertulis dalam undang-undang, pemerintah memerlukan kebebasan bertindak atas inisiatif sendiri (diskresi) dalam menjalankan fungsi pemerintahan. Hal ini dikarenakan di dalam undang-undang sebagai titik pangkal melakukan tindakan pemerintahan, tidak cukup tersedia dalam pasal-pasal nya mengenai pengaturan semua aspek kehidupan bernegara dan masyarakat yang kompleks dan dinamis.<sup>6</sup> Dengan diskresi, diharapkan dapat mencairkan kekakuan dan keterbatasan undang-undang sebagai norma pemerintahan. Menurut Marcus Lukman, diskresi merupakan:<sup>7</sup>

“...sarana yang memberikan ruang bergerak bagi pejabat atau badan-badan administrasi negara untuk melakukan tindakan tanpa harus terikat sepenuhnya pada undang-undang”.

Dimensi positif dari diskresi yakni memiliki peran strategis bagi pejabat pemerintah (administrasi negara), terutama dalam penyelesaian soal-soal genting yang timbul dengan sekonyong-konyong, sedangkan pengaturannya belum ada atau tidak jelas.<sup>8</sup> Hal ini berarti bahwa esensi dari diskresi yang pada dasarnya

---

<sup>6</sup> Bandingkan, Satjipto Rahardjo. *Mendudukan Undang-Undang Dasar...*, hlm. 15. Ditegaskan bahwa, “teks undang-undang itu hanyalah sekeleton atau skema belaka dari sesuatu yang pada awalnya utuh”.

<sup>7</sup> Ridwan HR. *Hukum Administrasi Negara*. Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2006, hlm. 177.

<sup>8</sup> Bandingkan, E. Utrecht. *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia*. Surabaya: Pustaka Tinta Mas, 1988, hlm. 28.

melekat pada wewenang pejabat pemerintah; adalah keleluasaan untuk mengambil suatu keputusan yang tepat, cepat, dan bermanfaat dalam (keadaan mendesak) terhadap sesuatu yang belum diatur oleh hukum, atau norma hukumnya tidak jelas. Namun demikian, tindak pemerintahan melalui diskresi, harus dibingkai oleh hukum.

Ciri khas wewenang diskresi adalah muncul dalam lingkup penyelenggaraan wewenang pemerintahan yang tidak terikat (*vrijebevoegdheid*), dalam arti tidak diatur secara tegas oleh perundang-undangan.<sup>9</sup> Pengkajian tentang penggunaan diskresi dalam penyelenggaraan pemerintahan yang tetap terkawal dalam bingkai hukum dalam arti *rechtmatig*,<sup>10</sup> sungguh merupakan proyek besar dan menantang. *Rechtmatig* atau absah di sini adalah absah tidak sekedar menurut undang-undang (*wetmatig*) namun juga absah berdasarkan AUPB. Hal ini didasarkan pada beberapa pertimbangan atau tuntutan, yakni:

- a. Kondisi cara berhukum di Indonesia yang masih mengalami keterpurukan hukum.
- b. Tugas negara modern sekarang yang menyandang atribut sebagai negara kesejahteraan adalah makin kompleks dan tuntutan pelayanan publik yang cepat dan baik. Disamping itu, tindakan pemerintahan harus dapat

---

<sup>9</sup> Sebagian besar wewenang pemerintah itu bersifat terikat, dalam arti undang-undang telah mengatur dan merumuskan lingkup wewenang secara jelas dan rinci, sehingga tidak menimbulkan interpretasi dan makna yang lain. Di samping itu, terdapat pula wewenang yang bersifat bebas, sehingga terbuka untuk interpretasi dan diskresi.

<sup>10</sup> *Rechtmatig* atau *rechtmatigheid* bermakna absah/keabsahan dari segi hukum yang lebih luas dibandingkan dengan *wetmatigheid* (menurut undang-undang, hukum tertulis), karena meliputi juga keabsahan dari optik norma tidak tertulis sebagai bagian dari norma pemerintahan.

dipertanggungjawabkan, tidak hanya dari aspek yuridis formal, namun juga secara akuntabilitas.

- c. Kontrol yang tidak jelas tentang penggunaan diskresi agar terselenggaranya tindak pemerintahan yang *rechtmatic*.

Dari aspek keterpurukan hukum yang masih terjadi di Indonesia; hal ini dicirikan oleh, seperti maraknya praktik korupsi yang menjamah ke seluruh bagian-bagian dari institusi-institusi pemerintahan.<sup>11</sup> Keterpurukan hukum tersebut mirip dengan kondisi yang digambarkan dalam syair Ranggawarsita sebagai *kalatida*.<sup>12</sup> Indikasi keterpurukan lainnya adalah sistem dan praktik perizinan yang rumit dan biaya tinggi. Di samping itu, hukum yang berlaku sebagai aturan berperilaku, acapkali tidak jelas sehingga masyarakat cenderung tidak percaya dengan penyelesaian masalah secara hukum. Hal-hal tersebut menggambarkan cara berhukum yang tidak baik dan dalam hubungan ini, diskresi banyak dituding sebagai peluang dan memiliki andil dalam penyalahgunaan wewenang.

Di bidang hukum perizinan investasi, Indonesia merupakan salah satu negara yang “kurang menarik” untuk kegiatan usaha dan investasi, terutama disebabkan pelayanan perizinan yang buruk. Menurut hasil survey tahun 2008 yang dilakukan oleh *International Finance Corporation* (IFC) - sebuah lembaga di bawah naungan Bank Dunia - mengenai kemudahan perizinan di 178 negara.

---

<sup>11</sup> Bandingkan, Satjipto Rahardjo. *Mendudukan Undang-Undang Dasar...*, hlm. 15.

<sup>12</sup> *Kalatida* yang digambarkan sebagai era ketika akal sehat diremehkan dan perbedaan antara benar dan salah, baik buruk, adil dan tidak adil, tidak lagi digubris. Terjadi krisis moral yakni krisis akal sehat, korupsi merata dan merajalela karena erosi tata nilai terjadi di lapisan atas dan bawah. Periksa syair Ranggawarsita, Serat Kalatida, bait 1 dan 2. Periksa juga syair Ranggawarsita, Megatruh, baik 12.

Indonesia di peringkat 123, sementara negara-negara tetangga, seperti Singapore (peringkat 1), Malaysia (peringkat 24), Thailand (peringkat 15), Australia (peringkat 9), India (peringkat 120), dan Vietnam (peringkat 91).<sup>13</sup> Ternyata Indonesia masih kalah jauh dari Vietnam yang dibawah peringkat 100, padahal Vietnam relatif baru menata diri dari keterpurukan akibat pergolakan dalam negeri.<sup>14</sup>

Dalam kerangka tugas negara modern yang makin kompleks dan tuntutan pelayanan publik yang cepat dan baik, berkonsekwensi bahwa negara melalui pemerintahnya melibatkan diri secara aktif dalam urusan kesejahteraan masyarakat, yakni menjamin kesejahteraan hidup minimum bagi warga negara. Oleh karena itu, pemerintah harus memerankan fungsi “*staatsbemoeyenis*”, maksudnya pemerintah terlibat aktif dalam urusan kehidupan ekonomi dan sosial masyarakat.<sup>15</sup> Peran aktif pemerintah tersebut, dimaksudkan sebagai langkah mewujudkan kesejahteraan umum, dan bersamaan dengan itu dalam rangka menjaga ketertiban dan keamanan (*rust en orde*).<sup>16</sup>

---

<sup>13</sup> Taufiq Effendi. "Peningkatan Kualitas Pelayanan Publik dalam Rangka Mewujudkan Indonesia yang Maju dan Sejahtera". Makalah pada Seminar *Reformasi Birokrasi Menuju Pelayanan Publik yang Baik dalam Rangka Pemenuhan Hak-hak Konstitusional Rakyat*. Universitas Diponegoro. Semarang, 1 Agustus 2008, hlm. 20.

<sup>14</sup> Besarnya angka peringkat Indonesia menunjukkan pelayanan perizinan yang buruk, sebagai contoh, prosedur perizinan investasi di Jakarta mencapai 150 hari. Pemerintah DKI Jakarta mulai 1 Juli 2008 menerapkan kebijakan baru yaitu proses perizinan untuk investasi di Jakarta cukup 38 hari melalui pengurangan prosedur perizinan, dari 19 item menjadi 8 item. (Periksa harian Kompas, tanggal 30 Juni 2008, hlm. 25).

<sup>15</sup> Periksa Ridwan HR. *Op cit.*, hlm. 14 s/d15.

<sup>16</sup> *Ibid.* Periksa juga Nanik Trihastuti. "Tanggung Jawab Perusahaan Penanaman Modal di Sektor Pertambangan Mineral dalam Pembangunan Berkelanjutan Dihubungkan dengan Tujuan Negara Kesejahteraan", dalam, *Kapita Selekta Hukum Menyambut Dies Natalis ke 50 Fakultas Hukum Universitas Diponegoro*. Semarang: Fakultas Hukum UNDIP, hlm. 159. Menurut Nanik, "peran aktif pemerintah menjadi pokok pemikiran yang melandasi konsep negara kesejahteraan (*welfare state*), dalam hal ini, pemerintah dibebani suatu tanggung jawab sosial bagi pemerataan, keadilan, dan kemakmuran demi terwujudnya kesejahteraan umum".

Konsepsi negara hukum kesejahteraan Indonesia,<sup>17</sup> telah mengakomodir tanggung jawab negara di bidang kesejahteraan.<sup>18</sup> Tanggung jawab tersebut tercermin dalam Pembukaan UUD 1945 alinea keempat, sekaligus sebagai tujuan dan fungsi negara Indonesia: “...memajukan kesejahteraan umum dan mencerdaskan kehidupan bangsa”. Meskipun demikian, Indonesia adalah negara kesejahteraan berdasarkan konstitusinya, tapi belum sejahtera.<sup>19</sup> Konsep negara hukum kesejahteraan Indonesia juga dirancang dalam optik global, yakni tercermin dari fungsi ikut “ menjaga ketertiban dan keamanan dunia”.

Ketertiban dan keamanan sangat diperlukan, agar tercipta keserasian pelaksanaan aktivitas manusia dalam kehidupan bernegara dan bermasyarakat. Dengan perkataan lain, negara menjadi penanggung jawab utama mengkoordinasikan mengenai perbuatan-perbuatan, hubungan-hubungan antar subjek, kepemilikan, dan peristiwa-peristiwa, yang kesemuanya itu dirangkum dengan sebutan kepentingan-kepentingan terkait, agar tidak bertubrukan satu sama

---

<sup>17</sup> Pasal 1 ayat (3) UUD 1945 (perubahan), menegaskan, “Indonesia adalah negara hukum”. Terdapat beberapa tipe negara hukum, seperti a) negara hukum formal, b) negara hukum liberal, dan c) negara hukum sosialis. Di samping itu, Satjipto Rahardjo, mengembangkan konsep “negara hukum yang bernurani” dan “negara hukum yang membahagiakan rakyat”. Periksa Satjipto Rahardjo. *Negara Hukum...*, hlm. 75 s/d119.

<sup>18</sup> Tipe negara hukum “*welfare state*” muncul sebagai reaksi atas kegagalan “*nachtwakersstaat*” dalam menciptakan keadilan sosial. Di abad ke-19, tipe negara hukum dikenal sebagai “*nachtwakersstaat*” (negara penjaga malam, “*legal state*”). Peran kekuasaan publik di bidang politik dan ekonomi sangat dibatasi, sehingga pemerintah atau administrasi negara menjadi pasif. Urusan kesejahteraan diserahkan sepenuhnya kepada inisiatif individu. Tipe negara hukum ini dilandasi oleh semboyan liberal “*Laissez faire, laissez aller*”, oleh karena itu tipe negara hukum liberal ini disebut juga “*Laissez faire staat*”. Pelaksanaan pemerintahan mengutamakan didasarkan pada perundang-undangan, sehingga lazim juga disebut negara hukum formil (*formele rechtsstaat*). Implementasi “*nachtwakersstaat*” memunculkan fotret ketidakadilan sosial, dengan ungkapan “*the haves come out ahead*” dan “*the poor pay more*”. Respon terhadap suasana yang demikian itu, mendesak pemerintah agar bertanggung jawab (campur tangan) atas atas kesejahteraan rakyat. Tipe negara hukum yang demikian ini, disebut “*verzorgingstaat*” atau “*welfare state*” (negara hukum kesejahteraan).

<sup>19</sup> Periksa, Siswono Yudo Husodo. (kata) *Pengantar*, dalam. Darmawan Triwibowo – Sugeng Bahagijo. *Op cit.*, hlm. xix.

lain (harmonis). Dalam suasana yang harmonislah akan memudahkan upaya mewujudkan kesejahteraan.<sup>20</sup> Sudah barang tentu untuk memenuhi tuntutan tugas-tugas negara tersebut, pemerintah tidak cukup hanya menggunakan satu macam instrumen pemerintahan.

Tidak semua lembaga-lembaga atau norma-norma hukum yang digunakan dalam melaksanakan urusan pemerintahan, selalu berupa lembaga-lembaga dan norma-norma hukum yang terdapat dalam suasana hukum publik. Ada kalanya untuk mencapai tujuan pemerintahan, pemerintah menggunakan lembaga-lembaga hukum yang tersedia dalam suasana hukum perdata,<sup>21</sup> sebagai instrumen pemerintahan. Dengan demikian, perbuatan hukum keperdataan dari badan atau pejabat tata usaha negara, juga menjadi salah satu instrumen (sarana) hukum dalam penyelenggaraan pemerintahan.<sup>22</sup>

Berdasarkan uraian di atas, tindakan hukum pemerintahan dilakukan dalam dua ranah hukum, yaitu tindakan-tindakan dalam ranah hukum publik (*publiek rechtshandelingen*) dan tindakan dalam ranah hukum privat (*privaat rechtshandelingen*). Pemerintah dalam melakukan tindakan hukum privat, misalnya dalam transaksi jual dan kontrak - bertindak selaku subjek hukum - bukan sebagai penguasa, namun demikian dimensi hukum publik yang terkait tidak bisa diabaikan. Dalam perkembangan negara hukum, beriring pula

---

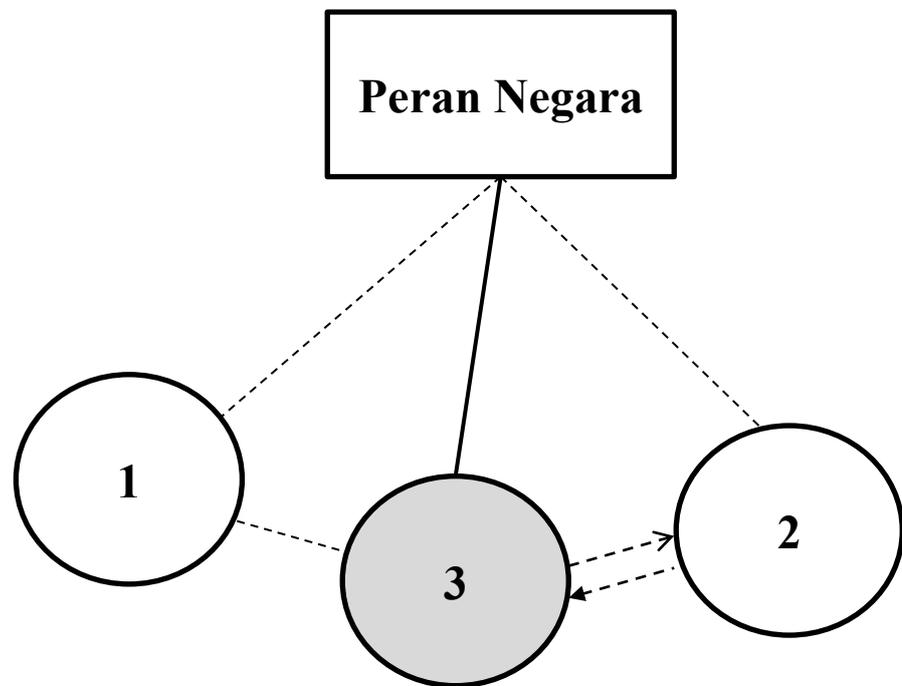
<sup>20</sup> Kesejahteraan adalah buah dari sistem ekonomi negara yang mandiri, produktif, dan efisien dengan pendapatan individu yang memungkinkan *saving*. Periksa, Darmawan Tri Wibowo dan Sugeng Bahagijo. *Op cit.*, hlm. xvii.

<sup>21</sup> Indroharto. *Usaha Memahami Undang-Undang tentang Peradilan Tata Usaha Negara*. Buku I. Jakarta: Pustaka Sinar Harapan, 1994, hlm. 111.

<sup>22</sup> M. Laica Marzuki. "Kebijakan yang Diperjanjikan (*Beleidsvereenkomst*)". Makalah pada Seminar Sehari dalam rangka Hari Ulang Tahun Ke-39 Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin. Ujung Pandang, 14 Maret 1991, hlm. 4.

pergeseran dan arus balik peran negara dalam penggunaan kekuasaan lapangan publik dan penggunaan peran dalam lapangan privat. Keadaan tersebut diilustrasikan dalam suatu pendulum peran negara hukum modern.

Ragaan 1: Pendulum Peran Negara Hukum Modren dalam Lapangan Publik dan Privat<sup>23</sup>



Saluran-saluran dalam suasana hukum keperdataan, terutama melalui asas kebebasan berkontrak, telah banyak memberikan kemungkinan kebijakan

<sup>23</sup> Pergeseran peran negara hukum dalam urusan kesejahteraan rakyat dan penggunaan bidang hukum publik dan hukum privat, terjadi pergeseran dan arus balik.

- (1) Tipe negara hukum "*nachtwakersstaat*" bercorak sangat liberal dan individualis, telah menimbulkan kesenjangan sosial di masyarakat. Peran kekuasaan publik sangat dibatasi (-), sebaliknya lapangan privat sangat menonjol (+).
- (2) Tipe negara hukum "*welfare state*" melakukan koreksi dari cara bernegara dalam tatanan "*nachtwakersstaat*". Negara harus ikut serta secara aktif dalam menciptakan keadilan sosial, sehingga peran kekuasaan publik lebih menonjol (+), sedangkan peran negara di lapangan privat menjadi menyempit (-).
- (3) Dalam perkembangan dewasa ini, timbul upaya meminimalisir peran negara, terutama di lapangan sosial-ekonomi. Faktor pemicunya ada yang timbul secara lokal melalui otonomi daerah, dan yang timbul akibat globalisasi dalam bidang pelayanan (*service*) yang memerlukan keunggulan komparatif dan keunggulan kompetitif. Bersamaan dengan itu, berkembangannya konsep "*civil society*", sehingga peran Negara di lapangan hukum publik (administrasi negara) menyempit.

pemerintah yang dapat direalisasikan secara lebih efektif. Dikatakan oleh Ridwan HR, penggunaan instrumen hukum privat merupakan konsekuensi paham negara kesejahteraan yang menuntut pemerintah untuk mengusahakan kesejahteraan masyarakat (*bestuurszorg*)<sup>24</sup>. Realisasi dari pemanfaatan asas kebebasan berkontrak dalam hubungannya dengan tugas mensejahterakan rakyat, tampak makin banyak dilakukan kerjasama antara pihak pemerintah dengan pihak swasta; seperti pengadaan dan pengelolaan jalan tol, penyelenggaraan angkutan umum, penyelenggaraan kesehatan, penyelenggaraan pendidikan, usaha pertambangan, dan usaha penerbangan, yang dengan izin-izin dilaksanakan oleh pihak swasta.

Tugas pemerintahan (dalam arti *besturen*) adalah tugas-tugas yang tidak termasuk dalam tugas-tugas membuat peraturan dan mengadili.<sup>25</sup> Tugas pemerintahan dalam arti *besturen* (*bestuur*) berbasis pada kegiatan pengaturan, pengendalian, dan pengayoman (perlindungan) masyarakat dalam berbagai dimensi kehidupan, seperti bidang sosial, budaya, ekonomi, politik, dan pemanfaatan tata ruang, termasuk pemanfaatan sumber daya alam.

Istilah pemerintahan dapat dipahami dari dua dimensi: *pertama*, pemerintahan dalam arti fungsional atau “fungsi pemerintahan” (kegiatan-kegiatan memerintah); *kedua*, pemerintahan dalam arti struktural atau “organisasi pemerintahan” (keseluruhan dari satuan-satuan pemerintahan).

*Bestuur als functie – dat wil zeggen het besturen- is de uitoefening van bestuurstaak. Onder het (openbaar) bestuur als organ worden al die*

---

<sup>24</sup> Ridwan HR. *Op cit.*, hlm. 226 s/d 227.

<sup>25</sup> Philipus Mandiri Hadjon. *Pengertian-pengertian Dasar tentang Tindak Pemerintahan (Bestuurshandeling)*. Surabaya: tanpa penerbit, 1987, hlm. 2.

*organen uit de overheidsorganisatie samengevat die belast zijn met de uitoefening van de bestuursstaat.*<sup>26</sup>

(pemerintahan sebagai fungsi - yakni aktivitas memerintah - adalah melaksanakan tugas-tugas pemerintahan. Pemerintahan (umum) sebagai organ adalah keseluruhan dari organ-organ dari organisasi pemerintahan yang ditugasi melaksanakan urusan pemerintahan).

Ditinjau dari jenis tindak pemerintahan, maka fungsi pemerintahan (bidang *besturen*), dapat dilakukan dalam bentuk tindakan yuridis (*rechtshandelingen*) dan tindakan nyata (*feitelijke handelingen*).<sup>27</sup> *Rechtshandeling* (tindakan hukum) adalah tindakan yang dimaksudkan untuk menimbulkan akibat hukum (hak dan kewajiban). *Een rechtshandeling is gericht op het scheppen van rechten of plichten.*<sup>28</sup>

Tindakan nyata (*feitelijke handelingen*) tidak dimaksudkan untuk menimbulkan akibat hukum, misalnya petugas dari dinas kebersihan pemerintah kota membersihkan sampah-sampah di jalan dan mengumpulkannya di lokasi pembuangan sampah (tempat pembuangan akhir-TPA). Contoh lain, petugas dinas pertamanan kota menyingkirkan pohon yang tumbang dan menimpah jalan umum, sehingga tidak mengganggu kelancaran dan keselamatan berlalu lintas.

Dari perspektif pelayanan publik, membutuhkan perbaikan kualitas hidup masyarakat yang makin meningkat, seiring dengan perkembangan global, terutama di bidang ekonomi dan teknologi. Dalam kondisi-kondisi tersebut, pemerintah suatu negara harus senantiasa siap melakukan berbagai penyesuaian

---

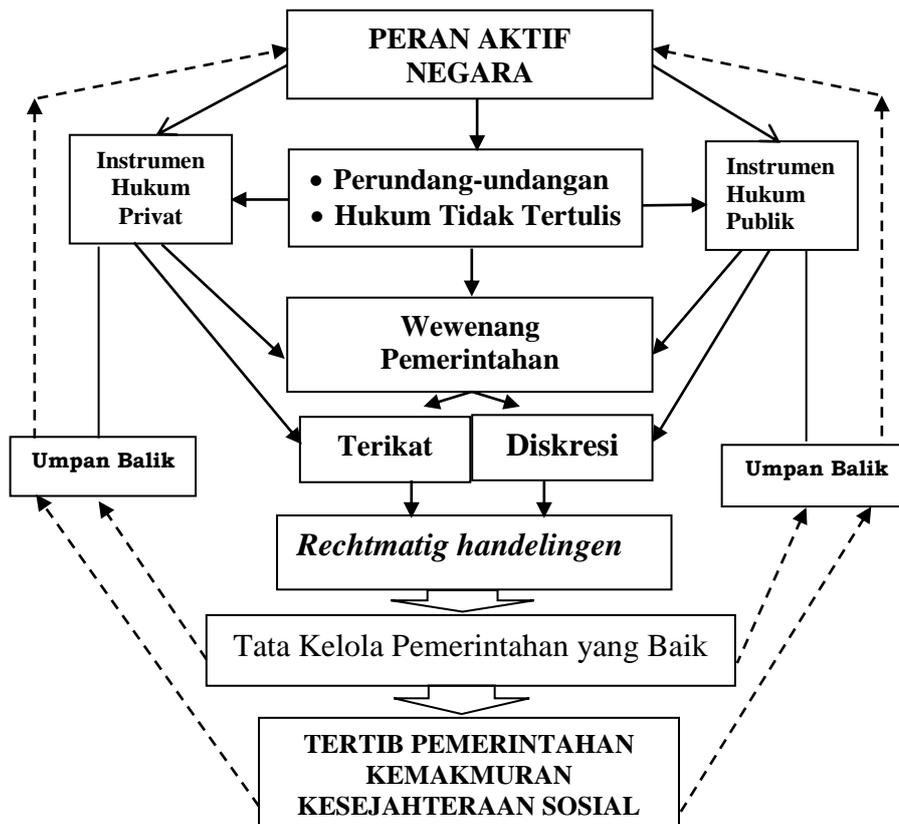
<sup>26</sup> P. de Haan, *et al. Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*. Deel 1. Deventer: Kluwer, 1986, hlm. 6.

<sup>27</sup> Ridwan HR. *Op cit.*, hlm. 113.

<sup>28</sup> J.B.J.M. ten Berge. *Besturen Door de Overheid*. Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 1996, hlm.137.

dan perubahan dalam tata kelola pemerintahan. Suatu tata kelola pemerintahan yang baik, tidak mungkin harus selalu terpaku pada prosedural yang kaku, melainkan dapat dan seringkali dapat lebih efektif dilaksanakan melalui diskresi.

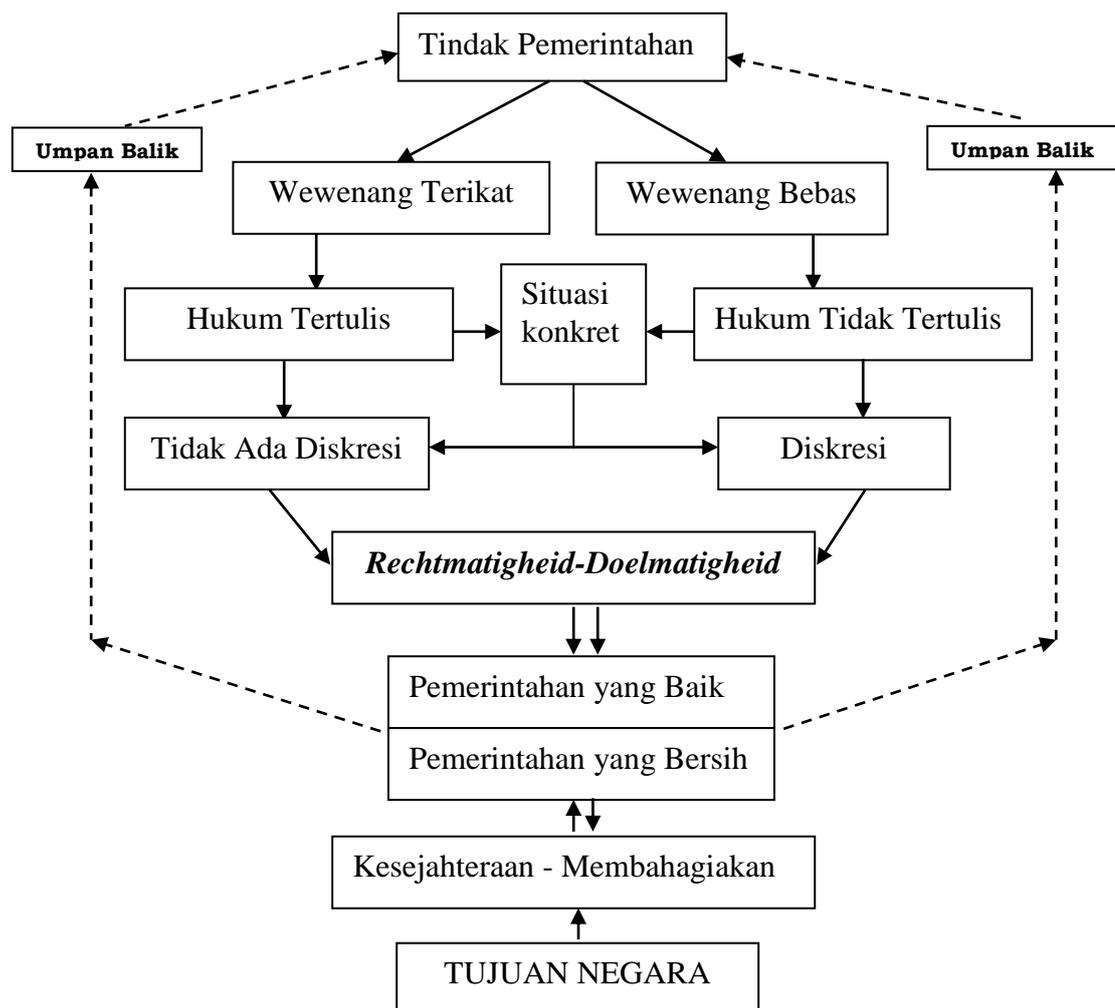
Ragaan 2 Alur Ideal Tindak Pemerintahan yang Absah dalam Rangka Mewujudkan Tujuan Negara yang Membahagiakan



Perubahan-perubahan pengaturan dan kebijakan oleh pemerintahan, tidak hanya sekedar merespon dan mampu beradaptasi dengan perubahan situasi dan kondisi lokal maupun global, melainkan lebih dari itu, diarahkan kepada upaya-upaya membahagiakan rakyat. Adakalanya, pemerintah dalam merespon perubahan – termasuk perubahan di masa depan yang serba tidak pasti – melakukan berbagai kebijakan untuk melakukan rekayasa perubahan yang

diinginkan berdasarkan wewenang diskresi.<sup>29</sup> Hakikat dari diskresi, berupa kemanfaatannya dalam menjalankan fungsi pemerintahan itulah yang menjadi dimensi positif dari diskresi.

Ragaan 3 Tindak Pemerintahan dalam Hubungannya dengan Diskresi



<sup>29</sup> Penggunaan wewenang bebas (diskresi) oleh pemerintah mengenai suatu tindakan tertentu yang akan dilakukan atau tidak, selaras dengan pemikiran bahwa menjalankan hukum itu harus peka terhadap perkembangan masyarakat dan hukum itu harus disesuaikan atau menyesuaikan diri dengan keadaan yang telah berubah. Periksa, Astim Riyanto. *Filsafat Hukum*. Bandung: Yapemdo, 2007, hlm. 279.

Di samping dimensi positif dari diskresi, terkandung pula dimensi negatifnya yang pada dasarnya lebih merupakan eksekusi dari menggunakan diskresi secara negatif. Diskresi secara praktis masih merupakan persoalan yang krusial tentang persepsi dan cara penggunaannya, bahkan sering dimaknai bukan sebagai persoalan hukum. Oleh karena itu, banyak kalangan yang mengkhawatirkan, bahwa penggunaan diskresi rawan diterapkan secara keliru atau salah oleh penggunanya. Kerawanan seperti inilah yang menjadi dimensi negatif dari diskresi, sehingga diperlukan suatu solusi yaitu segi kontrol terhadap penggunaan diskresi agar terselenggara tindak pemerintahan yang absah (*rechtmatic*) yang tidak sekedar dipandang dari sudut hukum tertulis saja namun juga dari norma-norma lain khususnya norma hukum tidak tertulis.

Kenyataan menunjukkan, bahwa penggunaan wewenang bebas (diskresi), misalnya dalam pemberian izin, sering menimbulkan konflik kepentingan dalam pengelolaan sumber daya alam (SDA), seperti konflik pertanahan (tumpang tindih) lahan dalam perusahaan perkebunan, pertambangan, kehutanan, dan pertanian. Konflik tersebut sering terjadi antara lahan perusahaan dan lahan rakyat, antar sesama lahan perusahaan, dan antar wilayah administratif wilayah pemerintahan, bahkan antar wewenang institusi. Menurut catatan Iwan Nurdin, Koordinator Advokasi Kebijakan Konsorsium Pembaruan Agraria (KPA), sampai dengan tahun 2001 terdapat 1.753 konflik pertanahan yang bersifat struktural. Sebanyak 344 kasus (19.6%) diantaranya akibat diterbitkan perpanjangan Hak

Guna Usaha (HGU) atau diterbitkannya HGU baru untuk usaha perkebunan besar termasuk di dalamnya PTPN.<sup>30</sup>

Keputusan diskresi dalam bentuk izin-izin dapat menimbulkan akibat yang luas, terutama izin yang berkaitan dengan pemanfaatan ruang dan sumber daya alam. Dikatakan izin seperti itu, misalnya izin pertambangan, mempunyai dampak yang luas karena menyangkut kepentingan-kepentingan warga, perlindungan sumber daya alam, kepentingan pengguna izin itu sendiri. Sebagaimana dikatakan oleh Kepala Badan Pertanahan Nasional (BPN), Joyo Winoto, terdapat ribuan kasus tumpang tindih lahan di negeri ini. Sebanyak 742 kasus terdapat di Kalimantan Timur.<sup>31</sup> Tumpang tindih izin usaha tersebut melibatkan izin-izin di bidang pertambangan, perkebunan, kehutanan, status kawasan. Terbanyak di bidang izin pertambangan batu bara.<sup>32</sup> Hal yang sama dikatakan oleh Kepala Dinas Pertambangan dan Energi Kalimantan Timur, Amrullah, (Rabu, 7 Maret 2012): terdapat 724 izin usaha pertambangan (IUP) terancam hangus atau dibatalkan karena tumpang tindih dengan kegiatan usaha lainnya.<sup>33</sup> Tumpang tindih terjadi sesama pemegang IUP, tumpang tindih antara pemegang IUP dengan pemegang Perjanjian Karya Pengusahaan Pertambangan Batu Bara (PKP2B) serta dengan perusahaan perkebunan.

---

<sup>30</sup> Iwan Nurdin. "Konflik Pertanahan, Kemana Seharusnya Berujung?". Rimanews.com. <http://www.rimanews.com/read/20110427/25449/konflik-pertanahan-kemana-seharusnya-berujung>. (Diakses 10 September 2011)

<sup>31</sup> Nusantara\_Kaltim. "742 Kasus Tumpang Tindih Izin di Kaltim". <http://www.jpnn.com/index.php?mib=berita.detail&id=119735>

<sup>32</sup> *Ibid.*

<sup>33</sup> Tempo.Co. "Ratusn Izin Tambang di Kaltim Terancam Batal". <http://www.tempo.co/read/news/2012/03/07/090388720/Ratusan-Izin-Tambang-di-Kaltim-Terancam-Batal>.

Keputusan pemberian izin, sebagaimana disebutkan sebelumnya, adalah termasuk keputusan yang diskresioner karena keputusan akhir untuk memberikan izin atau tidak memberikan izin adalah atas pertimbangan dari pemberi izin. Di izin pertambangan batubara wewenang pemberian izin ada pada bupati atau walikota. Tumpang tindih sejumlah izin pertambangan dan izin lainnya menunjukkan adanya kesenjangan hukum (*legal gab*) antara yang seharusnya secara absah (*rechtmatigheid*) misalnya segi kecermatan dengan kenyataan berupa pemberian izin yang tidak cermat (tumpang tindih). Hal inipun diakui oleh Gubernur Kalimantan Timur, Awang Faroek Ishak, bahwa kasus tumpang tindih izin pertambangan membuktikan bahwa kita belum baik dalam menerbitkan izin.<sup>34</sup>

Suatu turunan diskresi yang dilakukan di masa lalu, dampaknya akan berlangsung lama di masa-masa yang akan datang, yakni kontrak penjualan gas alam cair (*Liquid Natural Gas-LNG*) produksi landang (kilang) Tangguh, Papua. Di masa yang lalu, pemerintah telah mengikat kontrak jangka panjang penjualan (ekspor) gas alam cair (LNG) produksi ladang (kilang) Tangguh dengan perusahaan Fujian (China). Harga jual ditetapkan sebesar US\$3,35 per *MMBTU* (disebut juga *One Million British Thermal Unit*),<sup>35</sup> besaran harga itu merupakan hasil negosiasi ulang kontrak tahun 2006, sedangkan ketika awal kontrak tahun 2002 dijual dengan harga US\$2,4 per *MMBTU*. Sebagai perbandingan, harga gas

---

<sup>34</sup> Ibid.

<sup>35</sup> MBTU didefinisikan *One Thousand British Thermal Unit*, sebagai satuan standar pengukuran gas alam. Mungkin dari sistem angka Romawi di mana "M" berarti seribu (1.000). Hal ini dapat membingungkan dengan awalan SI mega (M), yang mengalikan dengan faktor satu juta (1.000.000). Untuk menghindari kebingungan banyak perusahaan gas dan insinyur menggunakan MMBTU untuk mewakili satu juta BTU (*one million BTUs*). Periksa, Wikipedia. *British thermal unit*. [http://en.wikipedia.org/wiki/British\\_thermal\\_unit](http://en.wikipedia.org/wiki/British_thermal_unit). (Diakses tanggal 30 Agustus 2008).

di pasar internasional (Agustus 2008) mencapai US\$20 per *MMBTU*, sedangkan masa kontrak berlangsung selama 25 (dua puluh lima) tahun<sup>36</sup>. Secara matematis saat, terdapat selisih harga jual yang sangat jauh (sekitar US\$16 lebih per *MMBTU*) di bawah harga di pasar internasional.

Bahkan, harga jual ke Cina itu ternyata masih lebih murah dibanding dengan harga jual untuk dalam negeri (tahun 2007), yaitu sebesar US\$4 sampai dengan US\$5 per *MMBTU*. Untuk pembangkit listrik Muara Karang, PLN membeli gas dengan harga US\$4,5 per *MMBTU*.<sup>37</sup>

Kisah produksi gas ladang Tangguh menjadi makin tragis, oleh karena kontrak penjualan gas produksi ladang Tangguh, Papua, tidak hanya terikat kontrak dengan satu perusahaan asing. Selain kontrak dengan Fujian (China), pada saat yang hampir bersamaan dan dengan harga juga relatif sama (hanya berselisih tipis), pemerintah Indonesia juga mengikat kontrak penjualan gas tersebut dengan perusahaan-perusahaan asing lainnya, yakni<sup>38</sup>:

- *SK Power* (Korea Selatan) dengan harga US\$3,7 per *MMBTU*.
- *Posco* (Korea Selatan) dengan harga US\$3,36 per *MMBTU*.
- *Sempra Energy* (Amerika Serikat) dengan harga US\$5,94 per *MMBTU*.

Sungguh suatu hasil diskresi yang tragis bagi bangsa Indonesia ditinjau dari kondisi sekarang dan di masa yang akan datang. Betapa tidak, saat suplai gas

---

<sup>36</sup> Periksa, Media Indonesia. (Analisis). *Politik Dagang Gas Buah Simalakama*. Jumat, 29 Agustus 2008.

<sup>37</sup> Kurtubi. "Penjualan Gas Alam Cair Tangguh". Koran Tempo, edisi 28 Juni 2007, hlm. A10.

<sup>38</sup> Media Indonesia. *Op cit.* Menurut Eddy Purwanto, (Deputi Operasi BP Migas), "antara tahun 2001 s/d. 2002 terdapat sembilan kontrak penjualan gas, salah satunya produksi gas Tangguh". Saat ini (2009) terdapat sebanyak 12 (dua belas) ladang (kilang) yang aktif.

dalam negeri masih tidak memadai, justru sebagian besar produksi gas diekspor dengan harga yang sangat murah. Sebagai negara produsen gas, Indonesia sangat dirugikan dengan substansi dari kontrak-kontrak penjualan gas tersebut di atas. Sementara negara lain produsen gas menikmati keuntungan besar dari penjualan gas, tetapi Indonesia justru "gigit jari" karena gas terlanjur dijual dengan harga yang sangat rendah dalam kontrak penjualan jangka panjang.

Kasus diskresi lainnya adalah kasus alih fungsi hutan di Batam, Bintan, dan Tanjung Api Api (Sumatera Selatan). Untuk alih fungsi hutan di tiga lokasi tersebut, Menteri Kehutanan ketika itu, telah membuat diskresi yang mengizinkan pihak swasta (pengembang) untuk melakukan eksploitasi, tanpa persetujuan terlebih dahulu dari Dewan Perwakilan Rakyat (DPR). Seharusnya izin eksploitasi alih fungsi hutan baru dapat diterbitkan setelah ada persetujuan dari dewan Perwakilan Rakyat (DPR). Sesuai dengan ketentuan Pasal 19 ayat (2) Undang-Undang Nomor 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan, alih fungsi hutan harus ada persetujuan DPR. Menteri Kehutanan mendalilkan, "diskresi memang dilakukan sembari menunggu persetujuan dari DPR". Kasus tersebut diungkap oleh Suswono, Wakil Ketua Komisi IV DPR RI, setelah ia menjalani pemeriksaan di Gedung KPK Kuningan, tanggal 17 Juni 2008, sehubungan kasus Tanjung Api Api dengan tersangka ST (Anggota Komisi IV DPR RI)<sup>39</sup>.

---

<sup>39</sup> <http://www.padangekspres.co.id/content/view/9626/103/> . (Diakses tanggal 30 Agustus 2008). Periksa Juga, Idil Victor. "Dampak Alih Fungsi Hutan Lindung Terhadap Perubahan Ekosistem Di Lingkungan Sekitarnya". <http://idilvictor.blogspot.com/2008/06/dampak-alih-fungsi-hutan-lindung.html>. (Diakses tanggal 30 Agustus 2008).

Hasil diskresi yang tidak cermat dan cenderung ego sektoral, misalnya di bidang pemanfaatan sumber daya alam, terutama yang berskala besar, seperti pertambangan sebagaimana telah disebutkan sebelumnya, *pulp-paper*, dan perkebunan, rawan terjadinya duplikasi (tumpang tindih) kewenangan dan lahan kegiatan usaha. Tumpang tindih lahan, dapat terjadi misalnya, antara kawasan Hak Pengusahaan Hutan (HPH), hutan tanaman industri (HTI), dan lahan perkebunan kelapa sawit. Pemberian izin yang tidak cermat menghasilkan izin-izin yang tumpang tindih dalam pemanfaatan lahan, sehingga dapat menimbulkan konflik horizontal. Hal seperti itu,<sup>40</sup> dapat pula terjadi karena untuk kegiatan perkebunan, harus membuka hutan terlebih dulu, baru kemudian dikonversi menjadi kebun kelapa sawit.

Berdasarkan fakta tersebut di atas, memunculkan suatu pernyataan hipotetis, bahwa: diskresi cenderung digunakan "terlalu bebas" sehingga melanggar prinsip-prinsip hukum yang berlaku dalam penggunaan wewenang pemerintahan. Hal yang demikian itu telah menyimpang dari tujuan hakiki diskresi. Sementara itu, belum nampak kesatuan bahasa dalam memahami dan menggunakan diskresi dalam pelaksanaan fungsi pemerintahan, bahkan cenderung diartikan sebagai wewenang bebas semata. Juga belum terdapat aturan-aturan pokok tentang wewenang diskresi, sehingga aspek akuntabilitas penggunaan diskresi kurang mendapat perhatian.

---

<sup>40</sup> Periksa <http://www.hrw.org/indonesian/reports/2003/01/indonbahasa0103-02.htm>. (Diakses tanggal 30 Agustus 2008).

Dari fakta-fakta empirik penggunaan diskresi yang kontroversi dan pernyataan hipotetis tersebut di atas, mengingatkan betapa pentingnya pemahaman dan cara penggunaan diskresi. Kapasitas pemahaman tentang eksistensi sangat penting sebagai modal dasar bagi pencegahan penggunaan diskresi yang bias dari hakikat dan tujuannya, yakni meningkatkan pelaksanaan pemerintahan yang berdaya guna dan berkeadilan. Langkah-langkah menuju penggunaan diskresi yang tepat sasaran, sangat relevan dengan paradigma aparatur pemerintah di era globalisasi sekarang. Dikatakan oleh Taufiq Effendi, "paradigma aparatur dalam era globalisasi yakni tiap aparatur harus mampu mengambil keputusan (*make a decision*), bukan hanya sekedar menjalankan perintah atasan".<sup>41</sup>

Terdapat orientasi pemahaman yang tidak sesuai dengan hakikat atau tujuan diskresi dan problematik tentang kontrol penggunaan diskresi, sehingga perlu pengkajian yang lebih mendalam. Selaras dengan persoalan kontrol atas penggunaan diskresi, adalah menarik pembahasannya didekati dari suatu instrumen pemerintahan berupa perjanjian kebijakan (*beleidsvereenkomst*). Suatu perjanjian kebijakan sangat relevan untuk dikaji dan didayagunakan sebagai alternatif lain (memperkuat), di samping orientasi pemahaman dan aspek kontrol yang lain mengenai diskresi.

Suatu bentuk perjanjian kebijakan sehubungan dengan diskresi oleh pemerintah, adalah terkait dengan pelaksanaan fungsi-fungsi pemerintahan yang

---

<sup>41</sup> Taufiq Effendi. *Op cit.*, hlm. 27.

dilakukan dalam suasana hukum keperdataan.<sup>42</sup> Penggunaan lembaga hukum keperdataan dalam pelaksanaan urusan pemerintahan zaman sekarang, terutama hukum perjanjian, makin meluas dan intensif, dapat terjadi pada hampir semua bidang-bidang hukum yang kita kenal.<sup>43</sup> Di samping perjanjian yang bersifat perdata biasa yang objeknya di bidang harta kekayaan, dapat terjadi pula perjanjian dalam hubungan antara pemerintah dan warga (warga biasa atau pelaku usaha), yakni perjanjian mengenai kebijakan tertentu (perjanjian kebijakan).

Dalam perjanjian kebijakan (*beleidsvereenkomst*), badan atau pejabat tata usaha negara dapat mengikatkan diri untuk menempuh, atau tidak menempuh, mengenai suatu kebijakan tertentu dengan pihak lain yang mengadakan perjanjian dengan badan atau pejabat tata usaha negara tersebut.

Di dalam Bahasa Indonesia, ditemukan penggunaan istilah yang tidak sama sebagai terjemahan dari kata *beleids*. Ada yang menyebutnya "kebijaksanaan" dan ada pula yang menyebutnya "kebijakan", namun secara substansi mempunyai maksud yang sama sebagai terjemahan dari *beleids*. Sebagaimana dikatakan oleh Abdul Latief:

Istilah "kebijakan" bermakna perilaku atau tindakan yang mencerminkan kebajikan bagi setiap pribadi pejabat, sedangkan "kebijaksanaan" dalam pengertian hukum mempunyai makna sebagai tindakan yang mengarah pada tujuan sebagai pelaksanaan dari kekuasaan pejabat atau organ pemerintahan. Dengan perkataan lain, istilah kebijaksanaan itu muncul sebagai akibat dari adanya kewenangan bebas dalam bidang

---

<sup>42</sup> Bandingkan, M. Laica Marzuki. *Op cit.*, hlm. 4.

<sup>43</sup> Indroharto. *Op cit.*, hlm. 114.

penyelenggaraan pemerintahan, sehingga lebih tepat menggunakan istilah “kebijaksanaan”.<sup>44</sup>

Tidak dipersoalkan tentang padanan istilah yang lebih tepat, apakah “kebijaksanaan” atau “kebijakan”, namun dipandang perlu untuk menegaskan istilah mana yang digunakan dalam penulisan ini. Untuk maksud tersebut dan dalam pembahasan selanjutnya digunakan istilah kebijakan.

Penggunaan istilah kebijakan (*beleids*) dilihat dari optik perbuatan tata usaha negara (pelaksanaan fungsi *bestuur*), yakni dikaitkan dengan penggunaan wewenang bebas (diskresi, *discretionary power*)<sup>45</sup>. Penggunaan diskresi oleh pejabat pemerintah adalah terkait dengan sikap peka (sensitif) dan tanggap dalam pelaksanaan hukum terhadap perkembangan masyarakat. Pelaksanaan hukum itu harus disesuaikan atau menyesuaikan diri dengan keadaan yang telah berubah.<sup>46</sup> Kepekaan tersebut sebenarnya telah terdapat dalam pikiran bangsa Indonesia, seperti digambarkan dalam ungkapan bijak Minangkabau, antara lain:<sup>47</sup>

*Sakali aia gadang* (sekali air besar, pasang)

*Sakali tapian baranjak* (sekali tepian berkisar, bergerak)

Artinya: Adat (hukum) itu berubah mengikuti keadaan masyarakat. Namun, perubahan itu bukan sembarang perubahan, melainkan (harus) tetap ada hubungannya dengan (keadaan) yang lama. Hal ini digambarkan:

*Walaupun baranjak* (walaupun berkisar, bergerak)

*Di lapiak sa'alai juo* (masih (tetap) di tikar yang sama).

---

<sup>44</sup> Abdul Latief. *Hukum dan Peraturan Kebijakan (Beleidsregel) pada Pemerintahan Daerah*. Jogjakarta: UII Press, 2006, hlm. 2-3. Padanan istilah yang sama (kebijaksanaan) juga dapat dilihat dalam buku Indroharto. *Op cit.*

<sup>45</sup> Diskresi yang diwujudkan dalam instrument yuridis tertulis, melahirkan peraturan kebijaksanaan (*beleidsregel, policy rules*). Itulah sebabnya, pembicaraan mengenai diskresi terkait erat dengan peraturan kebijaksanaan sebagai salah satu instrumen yuridis tertulis.

<sup>46</sup> Astim Riyanto. *Op cit.*, hlm. 279.

<sup>47</sup> *Ibid.*

Perubahan-perubahan pengaturan dan kebijakan oleh pemerintahan, tidak hanya sekedar merespon dan mampu beradaptasi dengan perubahan situasi dan kondisi lokal maupun global, melainkan lebih dari itu, diarahkan kepada upaya-upaya membahagiakan rakyat. Seringkali kebijakan-kebijakan dari pemerintah memiliki dampak yang bersifat ekologis, terutama berkaitan dengan pemanfaatan ruang dan sumber daya alam seperti tanah, air, hutan, dan bahan tambang.

Kebijakan yang bersifat ekologis jelas akan bersinggungan dengan berbagai kepentingan warga yang terkait. Sebagai contoh, jika seorang pengusaha yang akan mendirikan pusat pertokoan di suatu kota berdasarkan izin pemerintah setempat, maka kegiatan tersebut dapat menimbulkan kerugian besar apabila pemerintah kota dengan cepat dan mudah mengubah kebijakan rencana peruntukan tata ruang perkotaan di wilayah tersebut.

Pada dasarnya, wewenang pemberian izin-izin dalam berbagai hal, erat kaitan dengan penggunaan wewenang diskresi, oleh karena keputusan akhir untuk memberikan izin atau tidak memberikan izin, didasarkan pada wewenang diskresi untuk mempertimbangkannya. Keleluasaan yang tidak cermat, misalnya dalam pemberian izin usaha pengelolaan suatu sumber daya alam yang berkaitan dengan lahan (tanah), dapat menimbulkan tumpang tindih dan ketegangan antar berbagai sektor kepentingan atau banyak pihak.

Di sisi lain, sering terjadi, tiap “pergantian pejabat pemerintahan”<sup>48</sup> di berbagai instansi, sudah terbayang akan segera disusul dengan perubahan-perubahan peraturan, termasuk berbagai rencana dan tindakan kebijakan atas dasar wewenang diskresi. Tindakan semacam itu sering dilakukan tanpa didasarkan hasil evaluasi dan pengkajian mendalam mengapa hal tersebut perlu dilakukan. Cara menjalankan pemerintahan yang demikian itu, juga dapat mengakibatkan kerugian bagi pihak lain yang terlanjur melibatkan diri secara ekonomis pada kebijakan pejabat yang lama.

Oleh karena itu, tidak ada keraguan lagi betapa pentingnya pengkajian tentang orientasi pemahaman dan penggunaan diskresi, dalam rangka meningkatkan pelaksanaan pemerintahan yang berdaya guna dan berkeadilan. Pikiran dasar yang mengilhami perlunya kajian tersebut dilakukan, yakni perlu upaya kontrol yang jelas, agar wewenang diskresi digunakan tetap dalam kendali keabsahan.

## **1.2. Fokus Studi dan Permasalahan**

### **1.2.1. Fokus Studi**

Berdasarkan latar belakang masalah tersebut di atas, tampak bahwa penggunaan diskresi merupakan suatu keniscayaan dalam penyelenggaraan kekuasaan (pemerintahan), agar fungsi pemerintahan dijalankan untuk mewujudkan kesejahteraan dan membahagiakan rakyat. Di dalam praktik,

---

<sup>48</sup> Maksudnya terjadi pergantian dari pejabat yang lama (orang yang menduduki jabatan) dengan pejabat yang baru, dapat terjadi karena berakhir masa jabatan (dinas), diberhentikan karena suatu sebab, dan tidak mampu lagi menunaikan tugas.

keniscayaan diskresi tersebut memunculkan persoalan orientasi pemaknaan dan penggunaan diskresi oleh pejabat administrasi di satu sisi, dan di sisi lain menyangkut persoalan kontrol atas penggunaan kebebasan dalam diskresi. Dari aspek represif, hal itu berkait pula dengan pengujian keabsahan atas tindak pemerintahan yang dilakukan atas dasar diskresi. Persoalan mengenai diskresi tersebut menjadi rumusan pokok masalah (tema sentral) penelitian disertasi ini.

Mengingat penggunaan diskresi dapat dilakukan berbagai kegiatan pemerintahan dalam arti yang luas, maka dalam kajian diskresi ini memfokuskan pada *administrative discretion*. Istilah *administrative* di sini di sejajarkan dengan istilah *bestuur* dalam perpustakaan hukum berbahasa Belanda, yaitu fungsi pemerintahan atau lapangan pemerintahan di luar bidang *regelgeving* (pembuatan peraturan) dan *rechtsspraak* (yudisial, peradilan). Untuk kepentingan pemahasan, istilah *bestuur* disinonimkan dengan pemerintahan atau pemerintah dalam arti sempit, untuk selanjutnya disebut pemerintahan atau pemerintah.

Aspek hukum mengenai kontrol terhadap penggunaan diskresi dapat didekati pula dari optik hukum privat, yakni melalui penggunaan mekanisme perjanjian kebijakan (*beleidsovereenkomst*) sebagai instrumen pemerintahan. Dengan perjanjian kebijakan terkandung pula fungsi kontrol preventif terhadap diskresi atas kebijakan tertentu.

### **1.2.2. Permasalahan**

Beranjak dari rumusan pokok masalah (tema sentral) tersebut, dijabarkan dalam sub-sub permasalahan, yaitu:

1. Bagaimanakah reorientasi pemaknaan diskresi agar penggunaannya oleh pejabat pemerintah dapat menghasilkan tindak pemerintahan yang absah (*rechtmatig*) dan tepat guna (*doelmatig*)?
2. Bagaimanakah diskresi dalam bentuk perjanjian kebijakan (*beleidsovereenkomst*) dapat berfungsi sebagai kontrol dalam penyelenggaraan pemerintahan?
3. Bagaimanakah instrumen hukum yang dapat berfungsi sebagai upaya kontrol terhadap penggunaan diskresi dalam penyelenggaraan pemerintahan?

### **1.3. Tujuan dan Kontribusi Penelitian**

#### **1.3.1. Tujuan Penelitian**

Bertitik tolak dari fokus masalah sebagaimana diuraikan di atas, maka tujuan yang ingin dicapai dari penelitian ini adalah:

1. Melakukan mitigasi (semacam peringatan) dalam berdiskresi agar dapat dilakukan pencegahan atas penggunaan diskresi yang tidak absah sehingga tidak merugikan warga maupun negara. Demikian juga bagi si pembuat diskresi terhindar dari tindakannya yang tidak absah (*onrechtmatig*) termasuk tindakan yang dikategorikan korupsi. Segi *rechtmatig* tindak pemerintahan tidak sekedar menurut hukum tertulis (*wetmatig*) namun juga berdasarkan AUPB. Tindakan yang *rechtmatig* disyaratkan memenuhi unsur *doelmatig*. Di samping itu disertai bertujuan pula untuk mencegah dampak negatif dari

pelaksanaan kebebasan dalam diskresi agar tidak keluar dari rel atau rambu kebebasan diskresi.

2. Mengajukan dan menganalisis perjanjian kebijakan, baik sebagai instrumen pemerintahan maupun sebagai salah satu alternatif kontrol preventif dalam hal penggunaan diskresi yang tidak absah dan berakibat disharmoni antara pemerintah dan warga. Disamping itu, dengan kajian ini merupakan upaya memberikan pemahaman secara substansial, baik bagi internal lingkungan institusi pemerintahan maupun bagi warga mengenai instrumen pemerintahan dalam bentuk perjanjian kebijakan.
3. Mengembangkan instrumen (hukum) yang berfungsi sebagai kontrol dalam penggunaan diskresi oleh pejabat pemerintah, sehingga dapat dicegah terjadinya tindak pemerintahan yang tidak absah dan tidak tepat guna (*ondoelmatig*). Dengan perkataan lain, instrumen kontrol tersebut dimaksudkan untuk mencegah penggunaan diskresi yang cenderung didasarkan atas kebebasan yang semata-mata ditentukan oleh kehendak dari pemegang kewenangan itu sendiri (bebas nilai). instrumen kontrol tersebut dapat bersifat preventif maupun yang bersifat represif sehubungan dengan penggunaan diskresi oleh pejabat pemerintah.

### **1.3.2. Kontribusi Penelitian**

Diyakini hasil penelitian ini bermanfaat dan mampu memberikan sumbangan untuk pengembangan pemikiran, baik secara teoritikal maupun praktikal dalam penggunaan instrumen hukum bagi pelaksanaan fungsi

pemerintahan secara efektif. Dengan penggunaan wewenang diskresi yang tepat secara substansial, waktu, dan tempat, akan terbangun kinerja pemerintahan yang absah menuju terwujudnya *good governance*. Di samping itu, dapat dibangun keserasian hubungan antara pemerintah dan warga, sekaligus sebagai wahana penguatan fungsi perlindungan (pengayoman) kepada warga. Kontribusi penelitian tersebut diharapkan secara konkrit mampu menunjukkan bahwa:

- a. Penggunaan wewenang bebas yang ego sektoral dan bebas kendali, potensial bagi terjadinya tindak pemerintahan yang boros dan disharmoni antar berbagai kepentingan terkait, baik kepentingan negara maupun kepentingan warga. Sekaligus menjadi pencerahan dan reorientasi pemahaman aparatur pemerintah dan warga, dalam arti adanya ruang yang dapat mengakomodir kepentingan warga. Dalam perspektif kebijakan yang sering berubah, diharapkan tetap mampu menjaga keserasian kepentingan terkait dalam tatanan yang harmoni (kerukunan).
- b. Perjanjian kebijakan sebagai instrumen pemerintahan dapat menuntun penggunaan diskresi yang tepat guna dalam hubungan yang bersifat kontraktual antara pemerintah dan warga. Di sinilah pentingnya eksistensi perjanjian kebijakan yang diharapkan mampu mengakomodir berbagai kepentingan dalam tatanan harmoni (rukun). Perlu pemanfaatan perjanjian kebijakan secara nyata dalam pelaksanaan wewenang pemerintahan, sehingga dengan penelitian ini bagaimana perjanjian kebijakan dapat didayagunakan sebagai bagian instrumen kontrol bersama warga dalam penyelenggaraan pemerintahan.

- c. Dapat dibangun suatu instrumen yuridis yang berfungsi sebagai kontrol preventif atas kebebasan berdiskresi. Pada akhirnya instrument tersebut dapat menjadi input perumusan kaidah-kaidah hukum tertulis bidang hukum administrasi, serta memperkuat landasan bagi sarana perlindungan hukum secara represif.

#### **1.4. Orijinalitas Penelitian**

Dalam menyelenggarakan kegiatan pemerintahan, terutama bagi negara-negara yang masih tarap berkembang, pembinaan negara dipusatkan pada perjuangan untuk mencapai kesejahteraan dan keadilan sosial bagi rakyat. Dalam hal ini, pemerintah tidak hanya semata-mata menjalankan tugas pemerintahan berdasarkan hukum publik, melainkan juga bergerak dalam ranah privat.

Badan-badan atau para pejabat tata usaha negara bertindak melalui dua macam peranan (*roles*), yakni:

- selaku pelaku hukum publik (*public actor*) yang menjalankan kekuasaan publik (*public authority, openbaar gezag*), yaitu dalam kualitasnya penguasa (*authorities*) dengan wewenang “istimewa” untuk menggunakan dan menjalankan kekuasaan publik.
- selaku pelaku hukum keperdataan (*civil actor*) seperti halnya mengikat perjanjian jual beli, sewa menyewa, dan pemborongan, yang dijemakan dalam kualitas badan hukum (*legal person, rechtspersoon*).

Beberapa tulisan dalam bentuk buku atau hasil penelitian, baru sebatas menyinggung sedikit tentang diskresi. Hal itu disajikan dalam suatu sub bahasan singkat sebagai bagian dari uraian tentang wewenang pemerintahan. Dari tulisan yang singkat dan terbatas analisisnya tersebut, tidak menjawab atas permasalahan-permasalahan yang dirumuskan dalam penelitian disertasi ini.

Philipus Mandiri Hadjon, pada tahun 1979, menulis tentang diskresi dengan judul "*Freies Ermessen (Keleluasaan Bertindak) dan Tanggung Gugat Penguasa*".<sup>49</sup> Secara singkat Hadjon menegaskan, bahwa suatu kontrol penggunaan diskresi (*freies Ermessen*) di Belanda merujuk kepada etik pemerintahan. Selebihnya, tulisan Hadjon, mendiskripsikan sejumlah unsur AUPB dalam rangka perlindungan hukum bagi rakyat terhadap tindak pemerintahan di Belanda. Pada waktu itu, belum ada rumusan tentang AUPB dalam hukum pemerintahan di Indonesia.

Tulisan lain tentang diskresi, namun hanya disinggung secara sepintas dalam sub bahasan, terdapat dalam buku yang ditulis oleh Indroharto, *Usaha Memahami Undang-Undang Peradilan Tata Usaha Negara*. Uraian dalam buku tersebut hanya terbatas pada pengertian dan timbulnya diskresi. Masih dalam nuansa yang sama, Ridwan HR., dalam bukunya *Hukum Administrasi Negara*, paralel dengan uraian dalam buku Indroharto. Baik Indroharto maupun Ridwan HR, banyak merujuk kepada pandangan-pandangan dari A.D. Belinfante dan J.B.J.M. ten Berge. Namun demikian, dari tulisan-tulisan tersebut, tetap

---

<sup>49</sup> Fakultas Hukum Universitas Airlangga. *Pertanggungjawaban Hukum*. (Kumpulan tulisan). Surabaya: Fakultas Hukum Universitas Airlangga, 1979, hlm. 77 s/d 90.

bermanfaat dalam penelitian ini, dan menjadi rujukan yang signifikan, terutama yang berkaitan dengan aspek teoritik mengenai diskresi.

Tulisan dengan topik khusus tentang perjanjian kebijakan (*beleidsovereenkomst*) yang penulis ketahui, yakni M. Laica Marzuki, dengan judul *Kebijakan yang Diperjanjikan (Beleidsovereenkomst)*. Tulisan singkat tersebut berupa makalah yang lebih bersifat informatif dan pengenalan, sehingga secara substansial tidak menjawab permasalahan-permasalahan yang dirumuskan dalam penelitian ini. Sementara itu, uraian *beleidsovereenkomst* yang hanya disinggung secara sepintas, dalam sub bahasan, juga ditemukan dalam buku Indroharto dan Ridwan HR tersebut. Dalam kedua buku tersebut memaparkan secara singkat mengenai pengertian dan kemungkinan dilakukan perjanjian kebijakan. Namun demikian, dari tulisan-tulisan tersebut tetap bermanfaat dalam penelitian ini, dan menjadi rujukan yang signifikan, terutama yang berkaitan dengan aspek teoritik mengenai perjanjian kebijakan

Kajian yang dilakukan melalui penelitian ini, berbeda dengan sudut pandang pembahasan dari para penulis tersebut di atas. Kajian ini menganalisis lebih jauh dari aspek orientasi pemahaman dari pengguna diskresi (pejabat) dan sejauhmana kebebasan diskresi itu dapat dilakukan. Analisis kritisnya juga mengenai kontrol penggunaan diskresi. Kontrol yang dimaksud tidak hanya dari ranah hukum publik dan norma lainnya dalam masyarakat, melainkan juga dari ranah hukum perdata, yakni melalui perjanjian kebijakan. Pengikatan pemerintah dalam suatu perjanjian kebijakan, dapat pula lahir dari penggunaan diskresi.

Hal menarik lainnya, yakni belum adanya konsepsi yang jelas dan tegas tentang diskresi di satu sisi, dan kebutuhan akan diskresi yang selaras dengan hakikat diskresi dalam tatanan hukum dan empirik, juga keraguan banyak pihak tentang validitas dari diskresi yang akan diambil pejabat pemerintah. Di sini pula esensi perlunya perlindungan hukum bagi kepentingan warga dan kepentingan publik (negara). Dalam Hadjon, dapat dirujuk uraian tentang *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat di Indonesia*, namun fokus kajiannya tentang sarana perlindungan hukum secara “represif” (melalui pengadilan), khususnya pengadilan tata usaha negara. Sebaliknya, analisis tentang perjanjian kebijakan dalam penelitian ini, menekankan pada perlindungan hukum dari ranah preventif.<sup>50</sup>

Berdasarkan fakta tersebut di atas, maka kajian ini menurut hemat peneliti sangat layak dan inovatif dikaji lebih jauh dan dikembangkan, baik dari sisi teoritik maupun praksis. Sebagaimana disebutkan di atas, kajian ini menyorot secara kritis sejauhmana diskresi itu dapat dilakukan. Bersamaan dengan itu, dianalisis masalah kontrol penggunaan diskresi di Indonesia. Analisis tentang kontrol yang dimaksud tidak hanya dari ranah hukum publik (administrasi), melainkan juga dari ranah hukum perdata, yakni perjanjian kebijakan. Hal ini sangat menarik, oleh karena persoalan perjanjian kebijakan dari optik kontrol terhadap pemerintahan, yakni terlibatnya secara langsung pihak warga dalam figur perjanjian kebijakan dengan pemerintah.

---

<sup>50</sup> Sarana perlindungan hukum (bagi rakyat) dari tindak pemerintahan, dalam perkembangannya agak tertinggal dibandingkan dengan sarana perlindungan hukum yang represif.

## 1.5. Kerangka Pemikiran dan Penjelasan Konsep

### 1.5.1. Kerangka Pemikiran

#### 1.5.1.1. Tindak Pemerintahan dan Diskresi

Tujuan hakiki dari tiap negara adalah menciptakan kesejahteraan dan keamanan bagi warganya. Untuk mencapai tujuan tersebut, pemerintah harus melakukan perlindungan dan pengaturan terhadap kegiatan-kegiatan masyarakat.<sup>51</sup> Dengan perkataan lain, pemerintah mempunyai kewajiban untuk menciptakan kesejahteraan umum dan keamanan bagi warga, sehingga pemerintah turut serta secara aktif dalam urusan masyarakat. Untuk dapat menjalankan kewajiban tersebut, terlebih dahulu tiap penyelenggara pemerintahan harus memiliki legitimasi, yakni kewenangan yang diberikan oleh undang-undang (hukum tertulis).

Pemerintah atau administrasi negara adalah subjek hukum yang mewakili dua institusi, yaitu jabatan pemerintahan dan badan hukum. Atas dasar dua kualitas dalam diri pemerintah tersebut, membawa konsekuensi adanya dua macam tindakan hukum yang dapat dilakukan oleh pemerintah, yaitu tindakan-tindakan hukum publik (*publiekrechtshandelingen*) dan tindakan-tindakan hukum privat (*privaatrechtshandelingen*).<sup>52</sup> Dari kedua jenis tindakan hukum tersebut, pemerintah dapat melakukan dua macam peranan; *pertama*, sebagai pelaku hukum publik yang menjalankan kekuasaan dan diijelmakan sebagai penguasa. *Kedua*,

---

<sup>51</sup> Samodra Wibawa. *Reformasi Administrasi: Bunga Rampai Pemikiran Adminisstrasi Negara/Publik*. Yogyakarta: Gava Media, 2005, hlm. 197.

<sup>52</sup> Periksa, Ridwan HR. *Op cit.*, hlm. 117.

sebagai pelaku hukum privat yang dapat melakukan berbagai perbuatan hukum keperdataan, dalam hal ini diijelmakan sebagai badan hukum (*rechtspersoon, legal person*).

Pemerintah sebagai pelaku hukum publik (penguasa) melalui badan atau pejabat tata usaha negara, memiliki wewenang “istimewa” untuk menggunakan dan menjalankan kekuasaan publik. Berdasarkan kekuasaan publik tersebut, badan atau pejabat tata usaha negara dapat secara sepihak menggunakan berbagai instrumen pemerintahan, baik instrumen dalam ranah *publiek domain* (barang-barang kepunyaan publik, penggunaannya ditujukan untuk umum) maupun instrumen yuridis.<sup>53</sup> Semua instrumen yang dapat digunakan tersebut, haruslah diarahkan dan didayagunakan untuk mencapai tujuan institusi negara. Dikatakan oleh Nonet dan Selznick, fungsi utama kepemimpinan administratif adalah “pengejawantahan tujuan institusional” (*the institutional embodiment of purpose*).<sup>54</sup>

Disadari bahwa undang-undang sebagai hukum tertulis, tidak cukup mampu untuk merumuskan semua aspek kehidupan masyarakat yang kompleks dan perkembangan yang cepat di masyarakat. Sebagaimana disinggung di muka, agar pemerintah dapat menjalankan tugas penyelenggaraan kesejahteraan bagi warga (rakyat), di samping memiliki wewenang berdasarkan hukum tertulis, maka pejabat pemerintah (administrasi negara) memerlukan kemerdekaan untuk dapat

---

<sup>53</sup> Instrumen pemerintahan yang bersifat *domain publiek*, misalnya alat tulis perkantoran, sarana transportasi dan komunikasi umum, dan gedung-gedung perkantoran. Periksa Ridwan HR. *Ibid.* hlm. 129.

<sup>54</sup> Philippe Nonet - Philip Selznick. *Law and Society in Transition; Toward Responsive Law*. New York: Harper & Row, Publisher, 1978, hlm. 111.

bertindak atas inisiatif sendiri. Kemerdekaan bertindak tersebut merupakan sarana yang memberikan ruang bergerak bagi pejabat atau badan-badan administrasi negara untuk melakukan tindakan tanpa harus terikat secara kaku dengan undang-undang.

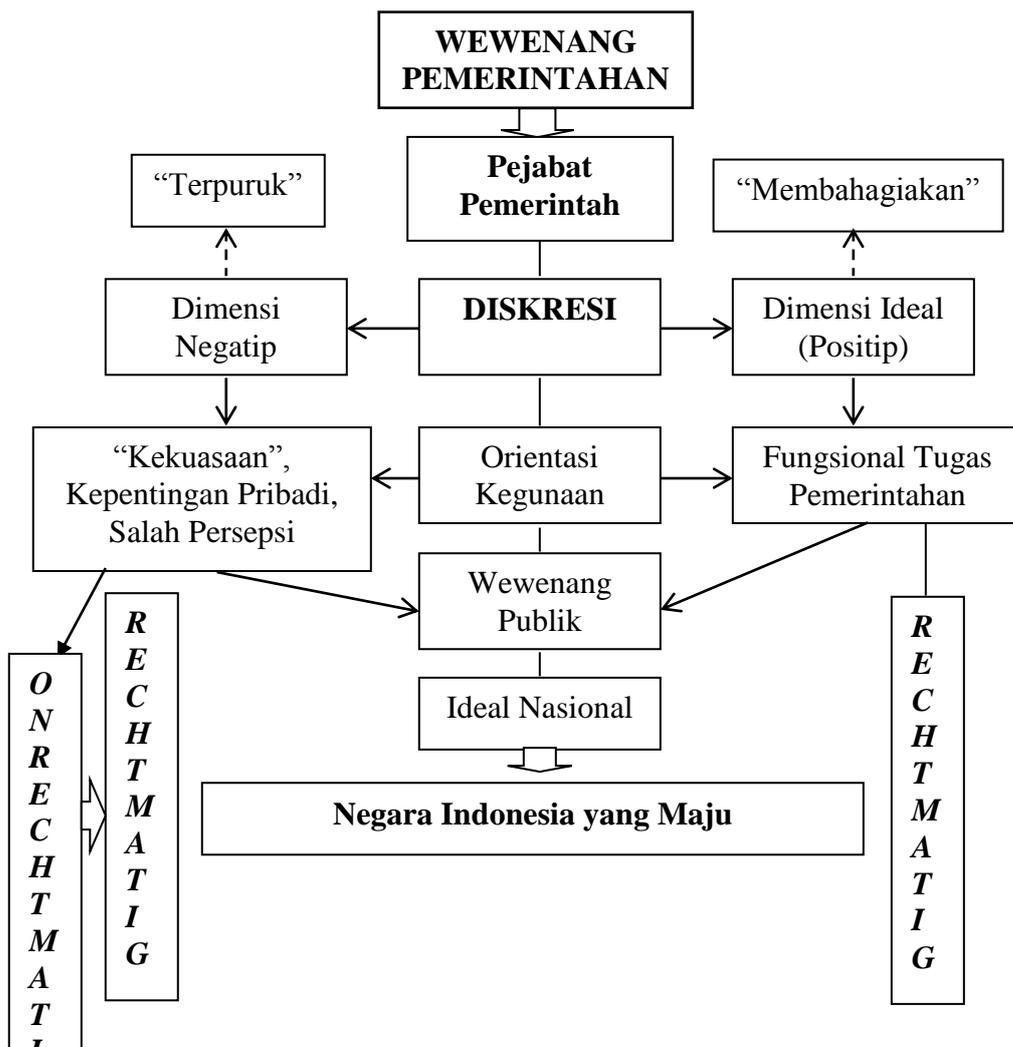
Kebebasan bertindak (diskresi) mempunyai fungsi strategis bagi pejabat pemerintah (administrasi negara), yakni diperlukan kemerdekaan (kebebasan-*peneliti*) untuk dapat bertindak atas inisiatif sendiri, terutama untuk penyelesaian soal-soal “genting” dan mendesak, sedangkan pengaturannya belum ada, atau pengaturannya tidak jelas.<sup>55</sup>

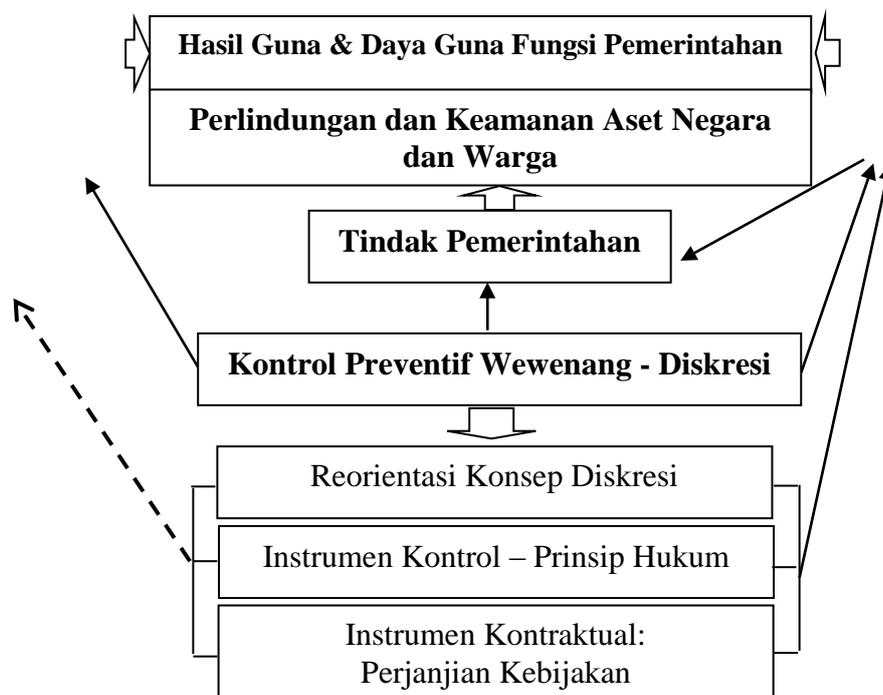
Esensi dari diskresi (kemerdekaan atau kebebasan bertindak) yang diberikan oleh hukum (terutama hukum administrasi), adalah kebebasan untuk mengambil suatu keputusan yang tepat, cepat, dan berfaedah dalam (keadaan mendesak) terhadap sesuatu yang belum diatur oleh hukum, namun tindakan tersebut harus dibingkai oleh hukum. Kebebasan dalam arti diskresi adalah keleluasaan bagi pejabat pemerintah untuk mengambil suatu keputusan berdasarkan pendapatnya yang wajar.

---

<sup>55</sup> Adakalanya suatu rumusan peraturan tidak jelas (norma yang kabur), misalnya dengan rumusan “... mengganggu kepentingan umum”. Menjadi pertanyaan apa atau kapan suatu fakta dikatakan mengganggu kepentingan umum.

Ragaan 4 Alur Pikir Disertasi; Reorientasi Penggunaan Diskresi





Dalam kepustakaan hukum administrasi dikenal dengan berbagai istilah untuk diskresi, seperti *pouvoir discretionare*, *discretionary power*, *freies Ermessen*, dan *vrije bestuur*.<sup>56</sup> Berdasarkan uraian di atas, ciri khas wewenang diskresi adalah muncul dalam lingkup penyelenggaraan wewenang pemerintahan yang tidak terikat (*vrijebevoegdheid*), dalam arti tidak diatur secara tegas oleh peraturan perundang-undangan, namun dihadapkan pada situasi yang mendesak untuk diambil suatu keputusan.

<sup>56</sup> Periksa, A. Muin Fahmal. *Peran Asas-asas Umum Pemerintahan yang Layak dalam Mewujudkan Pemerintahan yang Bersih*. Yogyakarta: UII Press, 2006, hlm. 44. Bandingkan juga, Indroharto. *Usaha Memahami Undang-Undang tentang Peradilan Tata Usaha Negara. Buku I*. Jakarta: Pustaka Sinar Harapan, 1994, hlm. 197. Bandingkan juga, Abdul Latief. *Hukum dan Peraturan Kebijaksanaan (Beleidsregel) pada Pemerintahan Daerah*. Yogyakarta: UII Press, 2005, hlm. 93. Bandingkan juga, Ridwan HR. *op cit*.

Eksistensi wewenang diskresi (*freies Ermessen*) mempunyai fungsi dan hakikat yang strategis dalam penyelenggaraan pemerintahan sesuai dengan dinamika masyarakat. Secara tegas dikatakan oleh A. Muin Fahmal:

Fungsi *freies Ermessen* adalah agar administrasi negara sebagai aparat penyelenggara negara dapat menilai dan menentukan apa yang *inkonkreto*, yang pada nyatanya harus terjadi, sesuai dengan dinamika masyarakat. Karena itu, kebebasan yang dimaksud adalah bebas menentukan apa yang harus dilakukan, dengan ukuran apa wewenang itu digunakan, kapan tindakan itu dilakukan dan bagaimana caranya wewenang itu digunakan. Jadi hakikatnya adalah kebebasan untuk bertidak demi kepentingan yang lebih besar, tetapi tetap dalam bingkai hukum.

Seperti telah disinggung pada bagian latar belakang, bahwa penggunaan diskresi oleh pejabat publik yang tetap terkawal dalam bingkai hukum, sungguh merupakan “proyek besar” dan menantang. Dikatakan demikian, terutama karena Indonesia masih dalam situasi krisis hukum atau keterpurukan hukum. Tindakan-tindakan diskresi oleh pejabat publik yang diidealkan tersebut, akan lebih mudah diwujudkan jika situasi berhukum yang normal dan dinamis.

Keadaan yang hukum terpuruk tersebut, merupakan perjalanan hukum yang kacau (*chaos*), sehingga jauh dari suasana yang membahagiakan masyarakat. Berdasarkan pengalaman sejarah bangsa, Satjipto Rahardjo mengatakan, dalam ketertiban ada benih-benih kekacauan, sedangkan dalam kekacauan tersimpan bibit-bibit ketertiban. Keduanya adalah sisi-sisi dari mata uang yang sama.<sup>57</sup> Di dalam keterpurukan, situasi kacau, selalu terbuka kesempatan untuk bangkit dan kembali pada kehidupan sosial yang normal.

---

<sup>57</sup> Satjipto Rahardjo. *Membedah Hukum Progresif*. Jakarta: Penerbit Buku Kompas, 2007, hlm. 85.

Terhadap keterpurukan hukum yang bersangkutan paut dengan krisis penggunaan diskresi, tidak cukup dijelaskan dengan teori-teori normatif-positivis, karena hanya bisa menjelaskan, bahwa kekacauan itu menyimpang atas kehidupan sosial yang normal. Agar dapat memberikan penjelasan atas terjadinya krisis hukum, digunakan pula teori kekacauan (*chaos theory*). Seperti dikatakan oleh Satjipto Rahardjo:<sup>58</sup>

Teori-teori normatif-positivis hanya bisa menjelaskan, bahwa kekacauan itu menyimpang dan bersalah atas kehidupan sosial yang kita sebut normal. Hanya sampai di situ penjelasannya, titik. Teori yang diharapkan bisa memberikan penjelasan yang lebih memuaskan atas keadaan yang "tidak diinginkan" (kekacauan) adalah teori kekacauan (*chaos theory*) atau teori kompleksitas (*complexity theory*).

Teori kekacauan tersebut diadopsi dari ilmu fisika yang menjelaskan fenomena alam yang berdasarkan teori mekanik Newton dipersepsikan sebagai proses yang berjalan tertib, mekanistik, dan deterministik. Namun ternyata teori mekanik Newton tidak dapat menjelaskan aneka kenyataan menyimpang (*aberrant data*) yang sama dan nyata-nyata terjadi di alam. Ternyata alam tidak bisa dimasukkan ke kotak teori yang mekanistik itu. Dari fenomena alam yang tak dapat dijelaskan dengan teori mekanik Newton itu, dimulailah dijelaskan bagaimana kekacauan itu muncul. Dalam teori kekacauan, sesuatu yang menyebabkan terjadinya perubahan dari keadaan yang semula tertib itu disebut faktor penggerak yang datang dari luar atau asing (*strange attractor*). Jadi ada ketertiban, ada kekacauan, dan ada kekuatan yang bisa memulihkan ketertiban.<sup>59</sup>

---

<sup>58</sup> *Ibid.*

<sup>59</sup> Bandingkan, *Ibid.*, hlm. 85 s/d 86.

Uraian tadi sangat relevan untuk menjawab fenomena keterpurukan hukum yang terjadi di Indonesia (krisis moral, krisis orang bijak), karena krisis tersebut mengandung dimensi kacau (*chaos*, "*kalatida*" dan "*kalabendu*") yang diupayakan dapat pulih, tertib, atau normal kembali ("*kalasuba*", stabil, dan makmur).<sup>60</sup> Peran pemerintah yang patut diteladani dan lebih mengayomi masyarakat, sungguh sangat diperlukan untuk mendayagunakan sumber daya yang ada bagi terciptanya keadaan yang normal.

Berbagai instrumen yuridis yang dapat digunakan oleh pemerintah dalam pengaturan dan pengendalian masyarakat, seperti peraturan perundang-undangan, keputusan tata usaha negara (*beschikkingen*), peraturan kebijakan (*beleidsregel*, *policy rules*, *pseudo wetgeving*), rencana-rencana (*het plannen*), perizinan (*vergunningen*), dan instrumen hukum keperdataan terutama dalam berbagai

---

<sup>60</sup> Menurut WS. Rendra, *kalabendu* adalah era yang mantap stabilitasnya, tetapi alatnya berupa penindasan. Ketidakadilan malah disewakan, ulama-ulama mengkhianati kitab suci, dan pengusaha zalim tak bisa ditegur. Selain itu, koruptor dilindungi, kemewahan dipamerkan di samping jeritan kaum miskin dan tertindas, penjahat dipahlawankan, dan orang jujur ditertawakan dan disingkirkan.

Tata hukum, tata negara, dan tata pembangunan yang "sableng" seperti sekarang, telah mendorong lahirnya *kalatida* dan *kalabendu*. Mensitir syair Ronggowarsito, Rendra mengingatkan, rakyat Indonesia harus waspada, tidak mengkompromikan akal sehat, dan juga harus sabar tawakkal, maka *kalasuba* (zaman kestabilan dan kemakmuran) pasti akan datang bersama ratu adil.

Mengantisipasi datangnya *kalasuba*, maka menurut Rendra, ada tiga hal. Pertama, *kalasuba* pasti akan tiba, karena dalam tiap *chaos* secara *built in* ada potensi untuk kestabilan dan keteraturan. Namun kestabilan belum tentu baik untuk kelangsungan kedaulatan rakyat dan kedaulatan manusia yang sangat penting untuk emansipasi kehidupan manusia secara jasmani, sosial, rohani, intelektual, dan budaya. Dalam sejarah, setelah *chaos* Revolusi Perancis, lahir kestabilan (*kalasuba*) pemerintahan Napoleon, tapi bersifat diktator.

Kedua, harus ada usaha yang lain, tidak sekedar sabar dan tawakkal. Rakyat tidak menghendaki *kalasuba* yang dikuasai oleh diktator, tidak pula yang dikuasai oleh asing seperti di Timor Leste. Oleh karena itu, rakyat harus aktif mengembangkan usaha untuk mendesak perubahan tata pembangunan, tata hukum, dan tata negara, sehingga menjadi lebih baik untuk daya hidup dan daya cipta bangsa.

Ketiga, situasi semacam itu (*kalasuba-peneliti*) tidak tergantung pada hadirnya ratu adil, tetapi tergantung pada hukum yang adil, mandiri, dan tawakkal. Periksa, WS. Rendra. "Megatruh Kambuh, Renungan Seorang Penyair dalam Menanggapi Kalabendu". Pidato penerimaan gelar Doktor Honoris Causa dalam bidang kebudayaan dari Universitas Gajah Mada. Bulak Sumur - Yogyakarta, 4 Maret 2008. (Dikutip dari harian Suara Merdeka, 5 Maret 2008, hlm. 1 dan 15).

pengikatan perjanjian, serta berbagai tindakan administratif (*administratieve maatregels*).<sup>61</sup>

Bertitik tolak dari uraian di atas tadi, pelaksanaan wewenang hukum publik oleh pemerintah, tidak bisa dilepaskan dari penggunaan wewenang (dalam arti kemampuan bertindak, *bevoedheid*) untuk melakukan perbuatan keperdataan bagi efektivitas fungsi pemerintahan. Bertemunya aspek hukum publik dan hukum privat dalam penyelenggaraan pemerintahan (kekuasaan) dan pelayanan kepada masyarakat, adalah konsekwensi dianutnya negara kesejahteraan. Pemerintah makin intensif melakukan perbuatan hukum perdata, seperti jual-beli, sewa-menyewa, pemborongan, dan hibah. Dikatakan oleh J.B.J.M. ten Berge:

*De overheid kan net als natuurlijke personen en privaatrechterlijke rechtspersonen deelnemen aan het privaatrechtelijke rechtsvekeer. De overheid koopt en verkoopt, huurt en veerhuurt, pacht en verpacht, sluit overeenkomsten en bezit eigendom.*<sup>62</sup>

“Pemerintah sebagaimana manusia dan badan hukum privat terlibat dalam lalu lintas pergaulan hukum. Pemerintah melakukan jual-beli, sewa-menyewa, menggadaikan, membuat perjanjian, dan mempunyai hak milik”.

Perbuatan hukum keperdataan seperti tersebut di atas, hanya dapat dilakukan oleh subjek hukum, yakni orang pribadi dan badan hukum (*legal person*) dalam posisi yang setara/sejajar. Konsekwensi dari prinsip subjek hukum tersebut dalam kaitannya dengan pemerintah melakukan tindakan hukum keperdataan, maka rezim hukum perdata tidak memosisikan sebagai penguasa, melainkan selaku badan hukum (*legal person*). Posisi pemerintah dalam kualitas

---

<sup>61</sup> Disarikan dari Ridwan HR. *Op cit.*, hlm. 133 s/d 239.

<sup>62</sup> J.B.J.M. ten Berge. *Besturen Door de Overheid*. Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 1996, hlm. 85.

selaku badan hukum membawa kepada posisi yang sejajar, sebagaimana halnya dengan orang pribadi atau badan hukum perdata, yaitu sama-sama tunduk pada peraturan perundang-undangan hukum perdata. *In deze gevallen is de overheid evenals de particuliere personen aan de regels van het privaatrecht onderworpen.*<sup>63</sup> (Dalam hal ini, pemerintah seperti halnya orang-orang swasta tunduk pada peraturan hukum keperdataan). *Civilrechtelijk is rechtspersoon prosespartij en moet, bij gemeente, de burgemeester aantreden.*<sup>64</sup> [Sementara dalam hal keperdataan, badan hukum-lah yang menjadi pihak, misalnya pada kabupaten, bupati tampil bertindak (untuk mewakili badan hukum) yaitu kabupaten].

Bertitik tolak dari uraian mengenai tindakan-tindakan subjek hukum, baik dalam ranah hukum publik maupun privat, dan alternatif tindakan yang dapat dilakukan dalam kedua ranah hukum tersebut, maka kajian ini berkaitan dengan realitas dalam kehidupan bernegara dan bermasyarakat dari optik penggunaan wewenang pemerintahan yang absah dan humanis.

Ditilik dari realitas yang dikaji, penelitian ini dapat berkisar pada tatanan realitas makro-subyektif, yang menyangkut kultur, norma, dan nilai-nilai yang dianut masyarakat dan aparatur pejabat (pemegang wewenang publik). Di samping itu, memiliki pula realitas mikro-obyektif, menyangkut pola tingkah laku atau tindakan masyarakat maupun para pemegang kewenangan, dan interaksi

---

<sup>63</sup> C.J.N. Verstedden. *Inleiding Algemeen Bestuursrecht*. Alphen aan den Rijn: Samsom HD., Tjeenk Willink, 1984, hlm. 283.

<sup>64</sup> F.A.M. Stroink - J.G. Steenbeek. *Inleiding in het Staats-en Administratief Recht*. Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink, 1985, hlm. 34.

antara kedua subjek tersebut dalam suatu momen penggunaan wewenang bebas (diskresi) namun tetap dalam area keabsahan (*rechtmatigheid*) tindakan.

### 1.5.1.2. Teori yang Digunakan

Untuk menjelaskan dan menjawab atas permasalahan yang diajukan, sebagai titik tolak penelitian, digunakan sejumlah teori yang dirinci berdasarkan permasalahan.

Terhadap **permasalahan yang pertama**; reorientasi pemaknaan diskresi yang bagaimanakah diperlukan agar supaya penggunaannya oleh pejabat pemerintah dapat menghasilkan tindak pemerintahan (*rechtshandelingen*) yang absah (*rechtmatig*) dan tepat guna (*doelmatig*)? Untuk itu secara khusus dianalisis menggunakan teori: 1) tujuan negara (Indonesia), 2) paradigma baru aparatur pemerintah dari Taufiq Effendy, 3) teori keabsahan dari Philipus Mandiri Hadjon, 3) teori hukum progresif (teori hukum *deep ecology*) dari Satjipto Rahardjo, dan 4) Teori *the turning point*.

Tujuan negara Indonesia mengarahkan pelaksanaan pemerintahan yang sangat memperhatikan kepentingan publik maupun kepentingan warga, bukan kepentingan kelompok. Paradigma baru aparatur pemerintahan, selaras dengan perkembangan masyarakat modern dan demokrasi, yakni menghendaki tiap aparatur pemerintah harus mampu mengambil keputusan (*make a decision*), bukan hanya sekedar menjalankan perintah atasan.

Teori keabsahan (Hadjon) mensyaratkan keabsahan tindak pemerintahan didasarkan pada aspek kewenangan, aspek prosedur, dan aspek substansi.<sup>65</sup> Aspek kewenangan mensyaratkan tiap tindak pemerintahan bertumpu atas sumber kewenangan, baik kewenangan yang berasal dari atribusi, delegasi, maupun dari mandat. Kewenangan atribusi lazimnya digariskan melalui pembagian kekuasaan negara oleh undang-undang dasar, kewenangan delegasi dan mandat adalah kewenangan yang berasal dari pelimpahan<sup>66</sup>. Tiap kewenangan dibatasi oleh isi (materi), wilayah, dan waktu. Cacat dalam aspek-aspek tersebut menyebabkan cacat kewenangan (*onbevoegdheid*).<sup>67</sup>

Aspek prosedur dari teori keabsahan, bertumpu atas asas negara hukum, asas demokrasi, dan asas instrumental. Asas negara hukum dan asas demokrasi adalah asas-asas utama dari hukum tata negara. Asas negara hukum terutama berkaitan dengan perlindungan hak-hak dasar manusia. Asas demokrasi berkaitan dengan keterbukaan dalam penyelenggaraan pemerintahan. Asas instrumental dari asas keabsahan meliputi asas *doelmatigheid* (daya guna) dan asas *doeltreffendheid* (hasil guna).<sup>68</sup> Oleh karena itu segi *doelmatig* dan *doeltreffend* harus melekat dalam konteks *rechtmatigheid*. Aspek substansi menegaskan bahwa kewenangan pemerintah dibatasi secara substansial, yakni menyangkut “apa” dan “untuk apa”. Cacat substansial menyangkut “apa” merupakan tindakan sewenang-wenang, dan

---

<sup>65</sup> Philipus Mandiri Hadjon. “Fungsi Normatif Hukum Administrasi dalam Mewujudkan Pemerintahan yang Bersih”. Orasi ilmiah pengukuhan jabatan Guru Besar dalam ilmu hukum. Fakultas Hukum Universitas Airlangga. Surabaya, 10 Oktober 1994, hlm. 7.

<sup>66</sup> *Ibid.*

<sup>67</sup> *Ibid.*, hlm. 9.

<sup>68</sup> *Ibid.*

cacat substansial menyangkut “untuk apa” merupakan tindakan penyalahgunaan wewenang.<sup>69</sup>

Teori keabsahan tersebut merupakan titik sentral dalam memahami kewenangan dan pelaksanaan kewenangan secara absah, sehingga dapat menjelaskan validasi atau keabsahan dari tindak pemerintahan dalam kaitannya dengan kemungkinan diskresi.

Terkait erat dengan rambu-rambu kebebasan menggunakan diskresi, maka relevan untuk diperhatikan teori hukum responsif dari Nonet dan Selznick. Dalam pespektif hukum responsif, hukum yang baik haruslah menawarkan sesuatu yang lebih daripada sekedar keadilan prosedural, berkompeten, adil, dan mampu mengenali keinginan publik, serta punya komitmen bagi tercapainya keadilan substansial.

*“...good law should offer something more than procedural justice. It should be competent as well as fair; it should help define the public interest and be committed to the achievement of substantive justice”.*<sup>70</sup>

Bagaimana cara menjalankan hukum yang baik, secara konseptual pada dasarnya telah diberikan langkah-langkah solusinya oleh teori keabsahan.

Paralel dengan hukum responsif tersebut, di Indonesia dikembangkan hukum progresif yang awalnya merupakan gagasan dari Satjipto Rahardjo. Hukum progresif lebih menekankan pada cara berpikir dan aksi dalam penyelenggaraan hukum dan pemerintahan. Secara konkrit, ditegaskan oleh Satjipto Rahardjo, hukum progresif itu menghendaki para penyelenggara hukum

---

<sup>69</sup> *Ibid.*, hlm. 10.

<sup>70</sup> Philippe Nonet - Philip Selznick. *Op cit.*, hlm. 73 s/d 74.

agar senantiasa merasa gelisa apabila hukum belum bisa membikin rakyat bahagia.<sup>71</sup> Untuk merealisasikan konsep tersebut, diperlukan keberanian membebaskan diri dari pola yang kaku dengan mencari cara baru (*rule breaking*).

Menurut Satjipto Rahardjo, cara melakukan *rule breaking* yaitu:<sup>72</sup>

- a. mempergunakan kecerdasan spritual untuk mencari jalan baru (*rule breaking*), tidak membiarkan diri terkekang dengan cara-cara menjalankan hukum yang lama (kaku) dan lebih banyak melukai rasa keadilan.
- b. Pencarian makna lebih dalam hendaknya menjadi ukuran dalam menjalankan hukum dan bernegara. Para penyelenggara pemerintahan agar selalu bertanya kepada hati nurani tentang makna hukum yang lebih dalam.
- c. Hukum hendaknya dijalankan tidak menurut prinsip logika saja, tetapi dengan perasaan, kepedulian dan keterlibatan (*compassion*) kepada rakyat.

Konsepsi atau teori hukum progresif tersebut sangat erat kaitannya dengan kegiatan diskresi, oleh karena itu dalam pembahasan digunakan pula teori hukum progresif. Penggunaan teori hukum progresif tersebut satu nafas dengan tujuan hakiki dari penggunaan diskresi, yakni ketertiban, kesejahteraan, dan kebahagiaan. Semangat hukum progresif sejalan dan "bergandengan tangan" dengan tujuan diskresi adalah dilatarbelakangi oleh keterbatasan hukum tertulis (undang-undang). Dikatakan oleh Hadjon:

Kekuasaan pemerintahan yang semula adalah "*legis executio*" yang berarti bahwa kekuasaan itu melaksanakan undang-undang. Kekuasaan yang demikian tidak pernah dapat dilaksanakan, baik dilihat dari sifat tugas pemerintahan maupun keterbatasan undang-undang. Tugas pemerintahan tidaklah pasif (hanya melaksanakan undang-undang) tetapi aktif menyelenggarakan ketertiban dan kesejahteraan masyarakat. Demikian juga, tidak ada undang-undang yang dapat menjangkau seluruh aspek kehidupan masyarakat. Undang-undang sifatnya umum dan ditandai dengan ciri-ciri "*impersonal*" dan "*abstrak*". Untuk selanjutnya tugas

---

<sup>71</sup> Satjipto Rahardjo. *Membedah Hukum...*, hlm. 12.

<sup>72</sup> *Ibid.*, hlm. 21s/d 22.

pemerintah untuk menerapkan undang-undang dalam situasi konkret, sehingga dengan latar belakang undang-undang yang demikian melahirkan asas "*freies Ermessen*".<sup>73</sup>

Dalam perkembangannya, teori hukum progresif oleh Satjipto Rahardjo dipadukan dengan cara pandang dan berpikir "*deep ecology*" yang dicetuskan oleh Fritjof Capra,<sup>74</sup> sehingga oleh Satjipto Rahardjo dikembangkan pula teori hukum progresif *deep ecology*. Dalam konsep *deep ecology*, organisme hidup tidak terisolasi dari lingkungannya, melainkan berinteraksi dengan lingkungannya terus-menerus.<sup>75</sup>

Konsekwensi dari cara pandang dan berpikir *deep ecology*, kita harus melekat ekologi (*eco-literacy*) yang nantinya akan mengarah kepada *deep ecology*, yakni manusia memposisikan dirinya berada dalam lingkungan itu sendiri (kearifan ekologi) dan menjadi *universe*, semuanya menjadi kait-mengkait satu sama lain. Itulah cara berpikir yang merangkul alam semesta,<sup>76</sup> bahwa keutuhan seluruh jagad raya yang dialami adalah perluasan dari tubuh, sebagai cerminan manusia

---

<sup>73</sup> Philipus Mandiri Hadjon. *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat di Indonesia*. Surabaya: PT Bina Ilmu, 1987, hlm. 185 s/d 186.

<sup>74</sup>Periksa, Fritjof Capra. *The Hidden Connections*. Alih bahasa: Andya Primanda, *Strategi Sistematis Melawan Kapitalisme Baru*. Yogyakarta: Jalasutra, 2004, hlm. 7 sd. 9. Periksa juga melekat ekologi dalam Fritjof Capra. *The Web of Life, a New Synthesis of Mind and Matter*. Alih Babasa: Saut Pasaribu. *Jaring-jaring Kehidupan (Visi Baru Epistemologi dan Kehidupan)*. Banguntapan-Yogyakarta: Fajar Pustaka Baru, 2001, hlm. 433.

<sup>75</sup> Fritjof Capra. *The Hidden Connections*, hlm. 99.

<sup>76</sup> Manusia tidaklah terpisah, berbeda atau berkuasa atas alam semesta, melainkan sebuah bagian penting dari keseluruhan alam semesta. Manusia merupakan mikrokosmos dari makrokosmos alam semesta. Manusia yang bijaksana senantiasa berusaha bertindak berdasarkan analogi dari kekuatan alam semesta dan mengendalikan perubahan dengan cara mensejajarkan dirinya dengan perubahan alam semesta. Periksa, Budi Sumadiyo. *The Secret of Inner Energy. Rahasia Hidup Sehat dan Bahagia dengan Jurus Keseimbangan*. Jakarta: PT. Gramedia Pustaka Utama, 2008, hlm. 34-35.

yang tercerahkan. Dikatakan oleh Lama Govinda,<sup>77</sup> manusia tercerahkan memiliki karakter, yakni:

”Kesadarannya merangkul alam semesta, baginya alam semesta menjadi tubuhnya, sementara tubuh fisiknya menjadi perwujudan Akal Semesta, penglihatan batinnya menjadi sebuah ekspresi realitas tertinggi, dan perkataannya menjadi sebuah ekspresi kebenaran abadi dan kekuatan mantra”.

Berdasarkan uraian di atas, maka pembahasan atas permasalahan yang pertama dipertajam dengan teori hukum progresif yang *deep ecology*. Penjelasan dengan menggunakan konsep ekologi tersebut makin mempertegas, bahwa manusia aparatur pemerintah adalah juga makhluk ekologis. Dengan demikian, (seharusnya) tidak ada diskresi yang keluar dari konteks sistem ekologi sosial sebagai keabsahan tindakan yang tertinggi. Oleh karena itu dengan diperkuat oleh teori *the turning point* dari Fritjof Capra yakni arus balik pemikiran berdasarkan cara pandang sistem atas persoalan kontemporer, sehingga dapat digelorkan arus balik pemaknaan dan penggunaan diskresi yang absah menuju diskresi yang absah.

Terhadap **permasalahan yang kedua**; bagaimanakah penggunaan perjanjian kebijakan sebagai kontrol terhadap tindak pemerintahan? Untuk menjawab permasalahan tersebut, digunakan teori perlindungan hukum (bagi rakyat) dari Hadjon, teori harmonisasi/keserasian hubungan antara pemerintah dan rakyat dari Hadjon, dan teori dua jalur dari Indroharto. Titik berat teori perlindungan hukum di sini adalah perlindungan hukum preventif dalam rangka

---

<sup>77</sup> Fritjof Capra. *The Tao of Physics: An Exploration of the Parallels between Modern Physics and Eastern Mysticism*. Alih bahasa: Afiya Ilhamal Hafizhi. *The Tao of Physics: Menyingkap Paralelisme Fisika Modern dan Mistisisme Timur*. Yogyakarta: Jalasutra, 2006, hlm. 320.

memperkuat analisis bagi upaya-upaya preventif terhadap kemungkinan disharmoni atau konflik kepentingan antara pemerintah dan warga.

Teori perlindungan hukum tersebut dipadukan dengan teori harmonisasi/keserasian hubungan antara pemerintah dan rakyat.<sup>78</sup> Keserasian hubungan antara pemerintah dan rakyat dapat dibangun atas dasar “kerukunan” di antara kedua belah pihak. Di samping itu, digunakan pula teori dua jalur dari Indroharto,<sup>79</sup> yakni untuk menjelaskan validasi penggunaan jalur hukum perdata dan posisinya dalam kaitannya dengan wewenang hukum publik yang dimiliki pemerintah. Saat dan kondisi yang bagaimanakah pemerintah dapat menggunakan sarana hukum keperdataan, seperti perjanjian, sehingga diperoleh dasar pembenaran, baik secara filosofis, yuridis, dan asas manfaat.

Suatu perjanjian, terikat dengan asas kebebasan berkontrak. Kebebasan berkontrak dianut dalam berbagai sistem hukum, baik dalam sistem *civil law*, *common law*, maupun sistem hukum lainnya, seperti sistem hukum Islam, juga dianut dalam prinsip hukum komersial internasional (UNIDROIT).<sup>80</sup> Kebebasan berkontrak ini berkaitan dengan hubungan hukum yang akan dibuat oleh subjek hukum, baik sebagai manusia pribadi (*natuurlijkpersoon*, *natural person*) maupun bukan sebagai manusia pribadi (badan hukum, *rechtspersoon*, *legal person*).

Secara filosofis, kebebasan manusia tidak tanpa batas, tapi tiap-tiap pilihan terbatas, baik karena faktor-faktor ekstern maupun karena faktor-faktor intern.<sup>81</sup>

---

<sup>78</sup> Philipus Mandiri Hadjon. *Perlindungan Hukum...*, hlm. 144.

<sup>79</sup> Periksa Indroharto. *Op cit.*, hlm. 126.

<sup>80</sup> Periksa, Taryana Soenandar. *Prinsip-prinsip UNIDROIT Sebagai Sumber Hukum Kontrak dan Penyelesaian Sengketa Bisnis*. Jakarta: Sinar Grafika, 2006, hlm. 37.

<sup>81</sup> Theo Huijbers. *Filsafat Hukum*. Yogyakarta: Kanisius, 1995, hlm. 54.

Kebebasan bermakna bahwa manusia dapat bertindak menurut inisiatif sendiri dan pilihan sendiri, atas pandangannya yang universal.<sup>82</sup> Dengan demikian, kebebasan ini disebut juga kebebasan dalam artian ekstensial, yaitu sebagai sarana untuk mencapai tujuan, dan tiap-tiap orang mempunyai tujuan yang berbeda-beda pula.

Dalam analisis berikutnya dari rumusan permasalahan nomor tiga penelitian ini, digunakan pula asas keterbukaan dan asas kebebasan berkontrak. Melalui analisis dari optik asas keterbukaan dan asas kebebasan berkontrak, akan menyangkut persoalan hak, kebebasan, dan kemampuan warga untuk mendapatkan akses informasi, misalnya informasi tentang rencana dan tindak pemerintahan. Dari akses informasi itu, dimungkinkan untuk mengikatkan suatu perjanjian yang terkait dengan tindak pemerintahan.

Hukum tidak hanya membatasi kebebasan individual terhadap kebebasan individual lain, melainkan juga kebebasan (wewenang) dari yang berkuasa dalam negara. Dengan demikian, hukum akan melawan penggunaan kekuasaan yang sewenang-wenang.<sup>83</sup> Kemampuan pribadi untuk mencapai tujuannya dapat disikapi secara berlainan, namun dalam pelaksanaannya yang berhubungan dengan orang lain, bahwa tujuan hidup yang hendak dicapai, harus berdasarkan tujuan yang wajar (menurut pandangan umum). Kebebasan yang demikian ini disebut kebebasan rasional.<sup>84</sup> Dengan demikian, penggunaan asas kebebasan berkontrak, tidak dalam arti kebebasan yang sebebas-bebasnya, melainkan terikat dengan batasan-batasan yang ada.

---

<sup>82</sup> *Ibid.*, hlm. 56.

<sup>83</sup> *Ibid.*, hlm. 114.

<sup>84</sup> *Ibid.*, hlm. 57.

Tindakan apa yang dipilih dalam kaitannya dengan kebebasan berkontrak, maka secara filosofis kebebasan manusia tidak tanpa batas. Tiap pilihan itu terbatas, baik karena faktor-faktor ekstern maupun karena faktor-faktor intern.<sup>85</sup>

**Permasalahan yang ketiga;** yaitu instrumen hukum atau prinsip-prinsip bagaimanakah yang dapat berfungsi sebagai upaya kontrol terhadap kebebasan penggunaan diskresi dalam penyelenggaraan pemerintahan? Sebelum memastikan teori yang digunakan untuk menjawab permasalahan tersebut, terlebih dahulu diapresiasi posisi dan peran diskresi serta norma yang melandasi diskresi.

Bagi Indonesia yang bercita-cita mensejahterakan rakyatnya, sebagaimana ditegaskan dalam Pembukaan UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945, maka penggunaan diskresi atau "*freies Ermessen*", "*pouvoir discretionaire*" atau kekuasaan bebas, memang sangat diperlukan. Penggunaan diskresi tersebut tentunya diarahkan kepada pencapaian tujuan untuk kepentingan kesejahteraan masyarakat. Tiap tindak pemerintahan, selalu didasari atas hukum yang diproyeksi untuk mensejahterakan dan membahagiakan warga.<sup>86</sup>

Dalam pengertian diskresi, bahwa pejabat administrasi dapat mengambil suatu keputusan berdasarkan pendapatnya yang wajar, apabila tidak terdapat sesuatu kejelasan dalam sumber hukumnya yang tertulis. Dengan demikian, hukum tertulis (undang-undang) sebagai dasar pemberian wewenang pemerintahan, hanya salah satu jalan keluar bagi penyelenggaraan wewenang

---

<sup>85</sup> *Ibid.*, hlm. 54.

<sup>86</sup> Ridwan. "Memunculkan Karakter Hukum Progresif dari Asas-asas Umum Pemerintahan yang Baik: Solusi Pencarian dan Penemuan Keadilan Substantif". Dalam Jurnal Hukum *Pro Justitia*, volume 26 No. 2, April 2008. Bandung: Fakultas Hukum Universitas Katholik Parahyangan, hlm.175.

pemerintahan yang hampir menyangkut semua aspek kehidupan dan begitu kompleks. Di sisi lain, sebenarnya yang diminta oleh hukum kepada organ-organ pemerintahan adalah agar tiap tindakannya selalu didasarkan pada hukum. Dengan demikian, pelaksanaan wewenang pemerintahan tidak saja berlandaskan pada norma-norma tertulis, namun juga memperhatikan norma-norma tidak tertulis (hukum tidak tertulis), seperti Asas-asas Umum Pemerintahan yang Baik (AUPB, "*algemene beginselen van behoorlijk bestuur*").

Di Indonesia cukup lama berkembang dan diyakini suatu paradigma, bahwa tindak pemerintahan berdasarkan *discretionary power* tidak termasuk ranah pengujian segi "*rechtmatigheid*" oleh pengadilan. Hal tersebut dianggap sepenuhnya wewenang "eksklusif" pejabat (administrasi) dengan jargon, "itu tindakan kebijaksanaan pejabat, wewenang sepenuhnya dari pejabat tersebut". Dengan dikembangkannya AUPB, maka paradigma lama tersebut tidak dapat dipertahankan lagi. Dalam kepustakaan dikenal sejumlah unsur-unsur dari AUPB, misalnya sebagaimana dikemukakan oleh G.J. Wiarda, yakni:

- a. asas "fair play" (*het beginsel van fair play*);
- b. asas kecermatan (*zorgvuldigheidsbeginsel*);
- c. asas sasaran yang tepat (*zuiverheid van oogmerksbeginsel*);
- d. asas keseimbangan (*evenwichtigheidsbeginsel*); dan
- e. asas kepastian hukum (*rechtzekerheidsbeginsel*).<sup>87</sup>

Dalam yurisprudensi di Belanda, seperti dikemukakan oleh Hadjon, dikembangkan beberapa asas (unsur AUPB) terkenal, yakni:

- a. asas pertimbangan (*motiveringsbeginsel*)

---

<sup>87</sup> Philipus Mandiri Hadjon. *Asas-asas Umum Pemerintahan yang Baik (Algemene Beginselen van Behoorlijk Bestuur)*, dalam Paulus Effendi Lotulung. *Himpunan Makalah Asas-asas Umum Pemerintahan yang Baik*. Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 1994, hlm.106.

- b. asas kecermatan (*zorgvuldigheidsbeginsel*);
- c. asas kepastian hukum (*rechtzekerheidsbeginsel*);
- d. asas kepercayaan atau asas menanggapi harapan yang telah ditimbulkan (*vertrouwensbeginsel op beginsel van opgewekte verwachtingen*);
- e. asas persamaan (*gelijkheidsbeginsel*);
- f. asas keseimbangan (*evenredigheidsbeginsel*);
- g. asas kewenangan (*bevoegheidsbeginsel*);
- h. asas “fair play” (*beginsel van fair play*);
- i. asas larangan “*detournement de pouvoir*” (*het verbod detournement de pouvoir*);
- j. asas larangan bertindak sewenang-wenang (*het verbod willekeur*).<sup>88</sup>

Kemungkinan masih dapat diidentifikasi beberapa unsur yang lain dari AUPB selain seperti tersebut di atas, terutama untuk pendayagunaan AUPB dalam konteks Indonesia. Meskipun demikian, tidak merupakan aktivitas yang utama mengidentifikasi segi kuantitas unurnya. AUPB memang tidak dirinci dalam peraturan perundangan, tetapi ditemukan dalam praktik menjalankan pemerintahan dan oleh hakim melalui “*rechtsvinding*”.<sup>89</sup> Dengan perkataan lain, unsur-unsur AUPB adalah asas-asas yang hidup (*levend*), dalam kehidupan masyarakat dan menjalankan pemerintahan. Oleh karena itu, secara ringkas dikatakan, bahwa istilah AUPB sebenarnya dimaksudkan sebagai peraturan hukum tidak tertulis pada pemerintahan.<sup>90</sup> Suatu keputusan pemerintah yang bertentangan dengan AUPB berarti bertentangan dengan peraturan hukum. Dalam hubungan ini Philipus Mandiri Hadjon mengemukakan:

Kekuasaan bebas (*discretionary power, discretinaire bevoegdheid*) yang semula seakan-akan tidak terjamah oleh *rechtmatigheids-toetsing*) sudah lama ditinggalkan. Kriteria umum (*juridische criteria*) yang digunakan untuk menilai segi *rechtmatigheid* kekuasaan bebas itu di Belanda

---

<sup>88</sup> *Ibid.*, hlm.106 s/d 07.

<sup>89</sup> Penemuan hukum (*rechtsvinding*) oleh hakim tidak semata-mata menerapkan peraturan terhadap peristiwa konkrit, tapi juga penciptaan dan pembentukan hukumnya sekaligus.

<sup>90</sup> Ridwan HR. *Op cit.*, hlm. 249.

disebut "*algemene beginselen van behoorlijk bestuur*", di Perancis disebut "*principes generaux du droit publique*", di Belgia disebut "*algemene rechtsbeginselen*" dan di Jerman termasuk lingkungan "*Vervassungsprinzipien*".<sup>91</sup>

Secara teknis yuridis dan teknis pemerintahan, *rechtmatigheid* bermakna keabsahan, sehingga *rechtmatigheid van bestuur* adalah asas keabsahan dalam pemerintahan yang berfungsi sebagai:

- a. norma pemerintahan bagi aparat pemerintahan.
- b. landasan mengajukan gugatan kepada pemerintah bagi rakyat yang dirugikan (*akibat tindak pemerintahan – peneliti*).
- c. dasar pengujian suatu tindakan pemerintah (administrasi) oleh hakim.<sup>92</sup>

Bertitik tolak dari uraian di atas, maka untuk menjawab permasalahan yang ketiga, digunakan beberapa komponen teori keabsahan yang diperkaya dengan teori perlindungan hukum bagi rakyat. Di samping itu dalam hubungan dengan kontrol diskresi yang kontraktual digunakan teori dua jalur dan teori perjanjian.

Beberapa komponen dari teori keabsahan yang sangat relevan dalam melakukan analisis yaitu aspek keterbukaan, aspek efisiensi, dan aspek substansial. Pendekatan dari beberapa aspek tersebut diharapkan dapat mengarahkan analisis untuk menarik suatu jawaban atas permasalahan nomor tiga. Aspek keterbukaan mewajibkan pemerintah untuk aktif memberikan informasi kepada publik tentang keputusan yang akan diambil, terlebih jika keputusan tersebut memiliki dampak yang luas.

Aspek efisien menghendaki suatu keputusan berdampak positif. Menurut Abdul Asri Harahap, dikatakan efisien bila hasil lebih besar daripada

---

<sup>91</sup> Philipus Mandiri Hadjon. *Asas-asas Umum ...*, hlm. 105.

<sup>92</sup> *Ibid.*, hlm. 10.

pengorbanan.<sup>93</sup> Adapun asas substansi, khususnya mengenai isi dan untuk apa kewenangan digunakan.

Sehubungan dengan perlunya prinsip pembatasan penggunaan diskresi, maka relevan untuk diperhatikan teori Pound,<sup>94</sup> mengenai kepentingan-kepentingan sosial (*social interest*) merupakan suatu usaha yang lebih eksplisit untuk mengembangkan suatu model hukum responsif (*model of responsive law*). Dalam perspektif hukum responsif, hukum yang baik seharusnya tidak sekedar menawarkan keadilan prosedural, melainkan lebih jauh lagi, “*it should be competent as well as fair; it should help define the public interest and be committed to the achievement of substantive justice*”.<sup>95</sup> Hukum harus kompeten, adil, dan mampu mengakomodir keinginan publik, serta komitmen bagi tercapainya keadilan substantif.

### 1.5.2. Penjelasan Konsep

Beberapa konsep yang digunakan dalam disertasi ini dijelaskan sebagai berikut:

- a. Reorientasi penggunaan diskresi; Orientasi itu sendiri diartikan sebagai pandangan yang mendasari pikiran, perhatian, atau kecenderungan pandangan. Dalam hal ini pandangan yang mendasari pikiran, perhatian, atau kecenderungan pandangan dari banyak kalangan atau pemerhati masalah diskresi, terutama pengguna diskresi itu sendiri, dengan stigma

---

<sup>93</sup> Abdul Asri Harahap. *Paradigma Baru Perpajakan Indonesia: Perspektif Ekonomi-Politik*. Jakarta: Integrita Dinamika Press, 2004, hlm. 157 s/d 158.

<sup>94</sup> Philippe Nonet - Philip Selznick. *Op cit.*, hlm. 73.

<sup>95</sup> *Ibid.*, hlm. 73 s/d 74.

(anggapan, persepsi) bahwa diskresi dekat dengan konotasi ketidakpastian hukum, penyalagunaan wewenang, penyelewengan, dan korupsi. Diskresi seakan sebagai tindakan pejabat yang bebas tanpa terikat dengan norma-norma pemerintahan, sehingga tidak dapat diuji keabsahan dan tidak dapat diminta pertanggungjawaban hukum. Mempersepsikan penggunaan diskresi untuk tindakan yang melanggar hukum, atau tindakan bebas sesuka hati, merupakan persepsi yang keliru mengenai hakikat diskresi. sebagai akibat cara pandang seperti itu banyak menimbulkan diskresi yang tidak absah demikian pula segi *doelmatigheid*-pun tidak *doelmatig* (*ondoelmatig*).

Dengan reorientasi penggunaan diskresi bahwa konsep dan konteks reorientasi pemaknaan dan penggunaan diskresi adalah mengembalikan diskresi pada wibawa *rechtmatig*, sehingga tidak menghasilkan tindakan sewenang-wenang dan penyalahgunaan wewenang serta diskresi yang tidak absah lainnya, melainkan adalah diskresi yang absah.

- b. Sarana kontrol penyelenggaraan pemerintahan; adalah instrumen pengendali, pengarah, pembatasan, atau pengaturan terhadap tindak pemerintahan, terutama dalam rangka penggunaan diskresi dan rencana-rencana kebijakan yang terkait dengan kepentingan warga. Kontrol dapat bersifat preventif yaitu berupa peraturan perundang-undangan, prosedur dan tata cara, termasuk dokumen-dokumen yang bersifat kontraktual, serta prinsip-prinsip keabsahan penggunaan wewenang. Kontrol dapat pula bersifat represif yaitu dengan instrumen pengujian terhadap keabsahan atas

suatu tindak pemerintahan, baik secara administratif maupun secara yudisial melalui sarana-sarana peradilan.

- c. Perjanjian kebijakan (*beleidsvereenkomst*); adalah perjanjian yang dilakukan oleh para subjek hukum yang terdiri pemerintah di satu pihak dan warga di lain pihak, yang objek perjanjiannya berupa kebijakan tertentu dari pemerintah. Bagi pemerintah, perjanjian kebijakan termasuk salah satu instrumen pemerintahan yang dapat digunakan meningkatkan efektivitas dan akuntabilitas pemenuhan kepentingan warga. Dengan perjanjian kebijakan, badan atau pejabat tata usaha negara dapat mengikatkan diri untuk menempuh, atau tidak menempuh, mengenai suatu kebijakan tertentu dengan pihak lain (warga) yang mengadakan perjanjian dengan badan atau pejabat tata usaha negara tersebut. Kebijakan publik yang dapat dijadikan objek perjanjian, seperti transaksi-transaksi yang terkait dengan penyediaan dan penggunaan harta tidak bergerak, misalnya perumahan dan fasilitas publik. Di samping itu, dapat pula kebijakan yang dijadikan sebagai objek perjanjian berupa suatu rekayasa untuk keadaan atau lingkungan yang lebih baik melalui kebijakan pemerintah. Objek perjanjian kebijakan dapat bersifat sangat umum, sepanjang menyangkut hajat atau kepentingan masyarakat, efektivitas pelayanan publik, dan pengayoman masyarakat oleh pemerintah.

## **1.6. Metode Penelitian**

### **1.6.1. Paradigma Peneliti**

Paradigma adalah basis kepercayaan (*metaphysics*) utama dan cara berpikir. Paradigma dalam pandangan filosofis, memuat pandangan awal yang membedakan, memperjelas, dan mempertajaman orientasi atau cara berpikir.<sup>96</sup> Dengan demikian, paradigma di sini merupakan seperangkat kepercayaan atau keyakinan dasar yang menjadi penuntun dalam “cara berhukum” (menggunakan hukum) dan tindak pemerintahan. Lebih khusus paradigma dalam penelitian ini adalah keyakinan dasar peneliti sehubungan penggunaan wewenang pemerintahan dalam ranah diskresi, yaitu:

- a. Hukum tertulis (undang-undang) tidak mampu menampung (memuat rumusan) mengenai semua aspek yang dibutuhkan dalam melaksanakan pemerintahan.<sup>97</sup>
- b. Aparatur pemerintah bukan hanya sekedar menjalankan perintah atasan (menunggu perintah), melainkan harus mampu mengambil keputusan (*make a decision*) secara mandiri atau diskresi.
- c. Diskresi yang dilakukan oleh pejabat pemerintah harus tetap berada dalam bingkai tindak pemerintahan yang absah.
- d. Oleh karena itu sinergi antara peraturan tertulis dan diskresi adalah dasar dinamis bagi penyelenggaraan negara hukum modern.

---

<sup>96</sup> Agus Salim. (penyunting). *Teori dan Paradigma Penelitian Sosial (Pemikiran Norman K. Denzin & Egon Guba, dan Penerapannya)*. Yogyakarta: Tiara Wacana Yogya, 2001, hlm. 70, bandingkan juga hlm. 33. Thomas Khun; paradigma adalah model yang memungkinkan lahirnya keyakinan bersama (padu) dari orang-orang mengenai ilmu pengetahuan tertentu pada masa tertentu pula. Thomas S. Kuhn. *The Structure of Scientific Revolutions*. Chicago: The University of Chicago Press, 1970. Alih bahasa: Tjun Suryaman. *Peran Paradigma dalam Revolusi Sains*. Bandung: PT. Remaja Rosdakarya, 2005, hlm.10 s/d11.

<sup>97</sup> Dari segi isinya, tidak mungkin ada undang-undang yang dapat menjangkau seluruh aspek kehidupan masyarakat secara detail termasuk segala hal yang akan terjadi.

### 1.6.2. Jenis Penelitian

Jenis atau tipe penelitian ini adalah penelitian hukum dengan kajian dari lapangan hukum publik, khususnya hukum administrasi (negara). Hal ini dilakukan dengan pertimbangan, bahwa titik tolak penelitian adalah tindakan hukum pemerintahan (*bestuurs rechtshandelingen*), khususnya diskresi dalam rangka menyelenggarakan urusan pemerintahan.

Ditinjau dari tugas dari ilmu dalam arti luas penelitian ini termasuk dalam ranah teori hukum. Ilmu hukum dalam arti luas meliputi (1) Ilmu hukum, yang mempelajari makna objektif dari norma positif (dogmatik hukum), (2) Teori hukum, yang memberi penjelasan tentang bahan hukum tersaji dan kegiatan yuridis dalam kenyataan kemasyarakatan, dan (3) Filsafat hukum; mencari hakikat dengan merefleksikan hukum secara umum, bukan pada norma positifnya melainkan dari segi legitimasi (dasar mengikatnya) dan kriteria keadilan.<sup>98</sup>

Posisi awal (*standpoint*) penelitian ini berada pada ranah yang kedua yaitu teori hukum dengan titik tolak analisis mengenai solusi atas keterbatasan norma hukum tertulis sebagai norma pemerintahan. Oleh karena itu penelitian ini merujuk pula pada bahan-bahan dari ilmu hukum (dogmatik hukum) sebagai bahan dasar awal. Dalam pengkajian lebih lanjut digunakan teori-teori hukum dan pada tataran tertentu bersentuhan dengan nilai-nilai filosofis terutama keadilan.

---

<sup>98</sup> Sidharta. "Pemetaan Aliran-aliran Pemikiran Hukum dan Konsekuensi Metodologisnya", dalam Sulistyowati Irianto & Shidharta (ed). *Metode Penelitian Hukum; Konstelasi dan Releksi*. Jakarta: Yayasan Pustaka Obor Indonesia, 2011, hlm. 157.

Unsur doktrinal tetap muncul dalam penelitian ini, hal ini tampak dari kajian teks-teks peraturan perundang-undangan. Namun teks di sini (norma diskresi) tidak sebagai norma yang telah pasti, melainkan masih perlu dicari maknanya melalui interpretasi kontekstual. Menurut Esmi Warassih P, interpretasi teks sangat terkait pada konteks yang memiliki multi interpretik,<sup>99</sup> terlebih lagi dengan diskresi sebagai *an elusive phenomenon*,<sup>100</sup> sehingga kajian dari ilmu hukumnya melibatkan pula kajian dari *social scientists*. Oleh karena itu teks tersebut tidak dikonsepsikan sebagai sistem normatif yang tertutup dan eksklusif melainkan sebagai suatu sistem empiris yang terbuka.<sup>101</sup> Konsekwensinya *das sollen* teks tersebut tidak seperti pada teks yang bersifat terikat dengan kaidah-kaidahnya yang telah terberi secara jelas, melainkan masih harus dieksplorasi terlebih dahulu dari situasi aktual (konteks) sehingga baru diperoleh makna *das sollen*-nya baik dari segi nilai keadilan, kemanfaatan, maupun nilai kepastian.

Dalam penelitian ini teks tersebut ditempatkan sebagai *das sein* (I) dan justru *das sollen*-nya yang masih perlu diperjuangkan dalam pencarian kebenaran yang berkeadilan melalui observasi pertimbangan-pertimbangan yang kontekstual dan futuristik. Norma sebagai *das sollen* di sini merupakan ramuan nilai-nilai seperti nilai kultural, keagamaan, kemanusiaan,<sup>102</sup> dan nilai keadilan. Hasil

---

<sup>99</sup> Esmi Warassih Pujirahayu. *Metode Penelitian Hukum*. Semarang: Yayasan Dewi Sartika, tanpa tahun, hlm. 162.

<sup>100</sup> Keith Hawkins. (Ed). *The Uses of Discretion*. Preface. Oxford: Clarendon Press, 2001, hlm. v.

<sup>101</sup> Soetandyo Wignjosoebroto. *Hukum: Paradigma, Metode, dan Masalahnya*. Jakarta: ELSAM dan HUMA, 2002, hlm. 132.

<sup>102</sup> Bernard Arief Sidharta. "Penelitian Hukum Normatif: Analisis Penelitian Filosofikal dan Dogmatikal", dalam Sulistyowati Irianto & Shidharta. (Ed). *Metode Penelitian Hukum; Konstelasi dan Releksi*. Jakarta: Yayasan Pustaka Obor Indonesia, 2011, hlm. 142.

penerapan norma yang berasal dari *das sollen* tersebut berposisi sebagai *das sein* (2), sehingga dirumuskan sebagai berikut: *das sein* (1) – *das sollen* – *das sein* (2). Dengan demikian nilai kepastian terletak pada keputusan diskresioner, tidak pada pada teks yang eksisting dan keputusan diskresioner itu diposisikan sebagai *das sein* (2). Dari kesenjangan antara *das sollen* dan *das sein* (2) diinterpretasikan bagaimanakah mengeksplorasi *das sollen* itu dan diperjuangkan agar tercermin dalam *das sein* (2). Untuk mencapai tujuan tersebut dalam beberapa hal mengakomodasi cara kerja pendekatan *socio-legal research*, terutama dari segi penalaran, mengingat keterkaitan pemaknaan hukum yang eksisting dengan konteks.<sup>103</sup>

Pemaknaan hukum secara konteks diperlukan, karena *het recht hink achter de feiten* (hukum itu berjalan tertatih-tatih mengikuti kenyataan).<sup>104</sup> Oleh karena itu hukum adalah untuk kenyataan, bukan sebaliknya kenyataan dipaksa untuk mengikuti hukum. Gagasan dari pembuat undang-undang yang terwujud dalam norma-norma diskresi, diobservasi secara interpretatif-konstruktif sehingga ditarik prinsip umum pemaknaan diskresi yang sejatinya kelak sebagai titik tolak bagi badan atau pejabat administrasi negara melakukan diskresi.

### 1.6.3. Pendekatan

---

<sup>103</sup> Sulistyowati. “Memperkenalkan Studi Sosiolegal dan Implikasi Metodologisnya”, dalam Sulistyowati Irianto & Shidharta. (Ed). *Metode Penelitian Hukum; Konstelasi dan Releksi*. Jakarta: Yayasan Pustaka Obor Indonesia, 2011, hlm. 173.

<sup>104</sup> Satjipto Rahardjo. *Ilmu Hukum; Pencarian, Pembebasan, dan Pencerahan*. Surakarta: Muhammadiyah University Press, 2004, hlm. 4.

Penelitian ini beranjak dari ranah hukum administrasi, sehingga aspek normatif menjadi titik pangkal analisis, khususnya menyangkut instrumen-instrumen yang digunakan dalam penyelenggaraan pemerintahan. Interaksi tindak pemerintahan dalam tatanan masyarakat yang makin kompleks, menunjukkan makin intensifnya penggunaan instrumen hukum keperdataan untuk memperlancarkan pelaksanaan fungsi pemerintahan secara efektif. Untuk menjawab permasalahan yang diajukan, digunakan beberapa pendekatan (*integrated approach*) yaitu pendekatan konseptual (*conceptual approach*), pendekatan perbandingan (*comparative approach*), pendekatan *socio-legal* (*socio-legal approach*), pendekatan futuristik (*futuristic approach*), serta pendekatan interaksi antara ranah hukum publik dan ranah hukum privat.

Pendekatan konseptual digunakan untuk memahami konsep-konsep dan teori-teori yang berkaitan dengan penggunaan instrumen pemerintahan oleh badan atau pejabat tata usaha negara. Termasuk di dalamnya adalah konsep-konsep mengenai diskresi dan perjanjian kebijakan.

Pendekatan perbandingan digunakan untuk menganalisis mengenai penggunaan perjanjian kebijakan berdasarkan melalui dokumen-dokumen perjanjian kebijakan seperti halnya yang telah eksis dalam pelaksanaan hukum pemerintahan Belanda dan Belgia sebagai acuan pengembangan kajian.

Pendekatan *socio-legal* dalam penelitian ini terkait dengan pemaknaan diskresi yang bersentuhan dengan nilai keadilan secara konteks. Pendekatan futuristik adalah sebagai langkah mitigasi menuju diskresi yang absah. Masih terkait dengan mitigasi diskresi ini adalah pendekatan interaksi antara ranah

hukum publik dan ranah hukum privat yaitu dari aspek penggunaan instrumen hukum privat (perdata) dalam penyelenggaraan pemerintahan. Dukungan hukum privat sangat membantu dalam memverifikasi perjanjian kebijakan sebagai instrumen pemerintahan.

Dengan menggunakan beberapa pendekatan tersebut dapat diformulasikan konsepsi orientasi pemaknaan diskresi, konsepsi dan penggunaan perjanjian kebijakan baik sebagai instrumen pemerintahan maupun sebagai kontrol diskresi, serta instrumen kontrol diskresi lainnya.

#### **1.6.4. Sumber Data/Bahan Hukum Penelitian**

Sumber data/bahan hukum yang digunakan dalam penelitian ini terdiri dari data/bahan hukum primer dan sekunder. Data/bahan hukum primer yakni berupa peraturan terutama undang-undang, peraturan pemerintah, dan peraturan lainnya, juga menggunakan bahan hukum asing (negara lain sebagai pembanding) dalam rangka mempertajam analisis yang relevan dengan perjanjian kebijakan.

Sumber data/bahan hukum primer bersumber pula dari ahli-ahli hukum administrasi dan ahli ilmu lainnya yang dapat memberikan masukan mengenai diskresi dan perjanjian kebijakan. Sumber bahan primer diperoleh pula dari kalangan pemerintahan dan dari amatan berdasarkan "*social setting*" terdapat fakta yang mendukung untuk memperkaya dan kedalaman analisis. Di samping itu, meliputi pula bahan hukum tidak tertulis yaitu AUPB dan norma kepatutan.

Data/bahan hukum sekunder bersumber dari dokumentasi berupa buku teks, jurnal, kasus hukum, makalah, simposium/seminar yang dilakukan oleh para pakar

yang kompeten sehubungan dengan pembahasan yang terkait dengan diskresi dan perjanjian kebijakan. Dari sumber yang sekunder tersebut mengintrodusir asas-asas hukum, konsepsi-konsepsi, dan teori-teori hukum yang relevan serta masalah keadilan, termasuk di dalamnya nilai dan asas yang tersurat maupun tersirat dalam Pancasila. Juga bahan hukum yang dapat memberi petunjuk atau penjelasan suatu bahan hukum yang ada, yaitu kamus hukum dan ensiklopedia.

### **1.6.5. Pengumpulan dan Analisis Bahan Hukum**

#### **1.6.5.1. Pengumpulan Bahan Hukum**

Pengumpulan bahan hukum primer dan sekunder didasarkan pada topik permasalahan yang telah dirumuskan. Berdasarkan topik permasalahan tersebut dilakukan pengumpulan bahan hukum yang relevan, menggunakan metode bola salju (*sneeuwbal methode*). Metode tersebut digandengkan dengan sistem kartu (*card system*), disusun berdasarkan pokok masalah dalam penelitian. Bahan-bahan yang dicatat dalam kartu meliputi permasalahan, argumentasi, langkah-langkah yang diambil dan konsekwensinya, serta alternatif pemecahan masalah.

Penggalian bahan hukum dilakukan pula dengan metode diskusi dengan narasumber secara bebas dan terarah, diharapkan dapat mengeksplorasi bahan hukum atau data yang bersifat primer maupun sekunder. Metode tersebut menggunakan teknik *purposive sampling*, terhadap narasumber yang diyakini dapat memberikan informasi mengenai penggunaan diskresi dan perjanjian kebijakan, seperti: a) pakar hukum administrasi, b) pejabat pemerintah termasuk

pemerintah daerah (provinsi) atau berdasarkan “*social setting*” terdapat fakta yang mendukung untuk memperkaya dan kedalaman analisis.

Sumber bahan hukum primer dan sekunder yang dominan adalah kepustakaan dalam bidang hukum tata negara, hukum administrasi (negara), dan hukum perdata, khususnya persoalan-persoalan penggunaan wewenang pemerintahan, sarana-sarana hukum penyelenggaraan pemerintahan, dan sarana perlindungan hukum bagi rakyat sehubungan dengan tindak pemerintahan, serta aspek-aspek hukum perjanjian. Meskipun demikian, rekomendasi akhir tetap dalam bingkai hukum (administrasi) yang empiris-normologis maupun normatif-normologis.

#### **1.6.5.2. Analisis Data/Bahan Hukum**

Terhadap serangkaian data/bahan hukum yang berhasil diperoleh, dilakukan analisis secara yuridis – kualitatif. Dengan analisis tersebut, langkah-langkah yang ditempuh didasarkan atas alur berpikir yang telah disiapkan secara runtun dan runut, sehingga diperoleh jawaban atas masalah-masalah yang dijadikan titik tolak penelitian ini.

### **1.7. Pertanggungjawaban Sistematika Penulisan**

Sesuai dengan fokus studi, rumusan permasalahan, dan analisis, penulisan disertasi ini terdiri atas 6 (enam) bab. Susunan bab tersebut sebagai berikut: Bab I Pendahuluan, Bab II Negara dan Instrumen Hukum dalam Penyelenggaraan Pemerintahan di Indonesia, Bab III Penggunaan Diskresi Sebagai Instrumen

Pelaksanaan Wewenang Pemerintahan Secara Absah, Bab IV Perjanjian Kebijakan Sebagai Kontrol dalam Penyelenggaraan Pemerintahan, Bab V Kontrol Terhadap Penggunaan Diskresi dalam Rangka Pelaksanaan Wewenang Pemerintahan, dan Bab VI Penutup.

Pada Bab I menguraikan latar belakang pentingnya penelitian disertasi, bahwa diskresi mempunyai fungsi yang sangat penting dalam menjalankan fungsi pemerintahan. Peraturan perundang-undangan sebagai landasan wewenang pemerintahan, memiliki keterbatasan jangkauan norma hukumnya secara pasti dan rinci mengenai semua situasi dan kejadian konkret. Sebagai solusinya, pada tiap jabatan pemerintahan melekat wewenang diskresi, dengan maksud agar norma-norma hukum yang bersifat kabur atau samar, dapat diterapkan secara fleksibel dan lebih sesuai dengan situasi konkret. Oleh karena itu diskresi yang dibahas berada dalam lapangan pemerintahan (*bestuur*) yang disebut juga *administrative discretion*. Dalam pemaknaan dan penggunaan diskresi sering terjadi ketidaksesuaian dengan maksud dan tujuan diskresi, karena itu pengkajian mengenai instrumen kontrol penggunaan diskresi perlu dilakukan. Hal itu penting bagi terwujudnya tindakan pemerintahan yang absah atas dasar diskresi. Untuk pembatasan lingkup kajian, ditentukan fokus kajian sehingga dari itu dirumuskan permasalahan sebagai dasar penelitian, yaitu secara garis besar menyangkut kesenjangan dalam mengelola diskresi dan segi kontrolnya dengan hakikat diskresi itu sendiri.

Dalam Bab I juga diuraikan kerangka pemikiran sebagai dasar atau pedoman untuk pembahasan dalam bab-bab selanjutnya. Kerangka pemikiran

tersebut menguraikan dasar-dasar teoriti tentang tindak pemerintahan dan diskresi, selanjutnya dideskripsikan alur pikir disertasi. Untuk penjabaran alur pikir tersebut digunakan beberapa teori terpilih, sekaligus sebagai instrumen untuk pembahasan dalam menjawab pertanyaan permasalahan (rumusan permasalahan). Untuk merealisasikan penelitian ini ditentukan metode penelitian yang tepat dan pertanggungjawaban sistematika penulisannya.

Diskresi dalam penyelenggaraan pemerintahan, perlu dipahami secara jelas dan benar yaitu pendekatan hukum tentang pemerintahan. Hal tersebut dibahas pada Bab II yaitu mengenai eksistensi negara dan fungsi pemerintahan. Di samping itu mengenai instrumen hukum yang digunakan dalam menjalankan fungsi pemerintahan sebagai ejawantah aktualisasi tujuan negara. Uraian pada Bab II ini menjadi penghubung menuju pembahasan inti permasalahan yang pertama, yaitu pemaknaan diskresi dalam rangka tindak pemerintahan yang absah. Bab II juga menjadi penghubung terhadap uraian dalam Bab III yang memfokuskan pada konsepsi, model, dan akuntabilitas diskresi.

Pada Bab IV dianalisis mengenai pendekatan kontraktual yaitu dalam kerangka perjanjian kebijakan (*beleidsovereenkomst*) sebagai suatu instrumen pemerintahan yang lebih bersifat privat. Perjanjian kebijakan tersebut difungsikan pula sebagai kontrol preventif dalam penggunaan diskresi. Pembahasan mengenai perjanjian kebijakan terkait erat dengan ranah hukum privat, oleh karena itu pendekatan dari segi teori hukum perjanjian menjadi satu kesatuan dalam pembahasan pada Bab IV tersebut. Uraian mengenai perjanjian kebijakan tersebut

merupakan juga salah satu inti dari disertasi, baik sebagai suatu wujud diskresi maupun fungsinya sebagai kontrol atas diskresi itu sendiri.

Sebagai instrumen hukum pemerintahan, perjanjian kebijakan belum tersosialisasi secara luas dalam teori ilmu hukum Indonesia. Oleh karena itu, untuk mendukung pembahasan mengenai perjanjian kebijakan, dalam Bab IV juga dibahas praktik dan bentuk perjanjian kebijakan yang diterapkan di Belanda dan Belgia. Pembahasan tersebut dimaksudkan untuk menarik “benang merah” dari perjanjian kebijakan, dalam hal ini: suatu dimensi fundamental dari perjanjian kebijakan adalah transparansi dan perlindungan hukum bagi warga; serta jalinan kerukunan antar pemerintah dan warga. Praktik perjanjian kebijakan di Belanda dan Belgia tersebut menggambarkan dengan jelas manfaat perjanjian kebijakan bagi pengembangan hukum administrasi dan penyelenggaraan pemerintahan di Indonesia di masa depan.

Pemaknaan dan penggunaan diskresi harus tetap dalam lingkup keabsahan tindak pemerintahan, oleh karena itu diperlukan sarana kontrol dalam melakukan diskresi. Pada Bab V memfokuskan pembahasan segi kontrol dalam penggunaan diskresi, sekaligus sebagai jawaban atas permasalahan yang ketiga; diawali dengan uraian secara umum hakikat kontrol terhadap tindak pemerintahan pada umumnya. Uraian selanjutnya membahas segi-segi kontrol preventif terhadap penggunaan diskresi, baik berdasarkan asas-asas keabsahan, berdasarkan undang-undang prosedur administrasi, dan berdasarkan perjanjian kebijakan. Selain kontrol preventif, dibahas pula upaya perlindungan hukum sehubungan dengan diskresi, yaitu kontrol secara represif, yaitu melalui proses peradilan. Kontrol

represif ditentukan pula berdasarkan model diskresi yang dibuat oleh pejabat administrasi, sehingga menentukan pula ruang lingkup pengujian dan alat ukur atau parameter pengujian keabsahan yang digunakan. Pembahasan ini didukung pula dengan sejumlah indikator diskresi dalam peraturan perundang-undangan serta rambu-rambu diskresi ditinjau dari perkembangan manajemen pelayanan publik. Dari analisis perkembangan manajemen pelayanan publik tersebut, terdapat titik temu antara perkembangan tipe negara hukum dan perkembangan manajemen publik mengenai bagaimana sikap pandang terhadap diskresi. Dalam Bab V diajukan pula parameter diskresi yang baik dan aman bagi pembuat diskresi sehingga terhindar dari tindakan yang bertentangan dengan hukum.

Akhirnya, pada VI merangkum hasil penelitian dan pembahasan dalam bab-bab terdahulu, sehingga ditarik simpulan mengenai pemaknaan diskresi yang sejatinya disertai kontrol penggunaan diskresi dan dihubungkan dengan perjanjian kebijakan sebagai suatu sarana kontrol preventif. Sebagai kontribusi penelitian dirumuskan dalam implikasi hasil penelitian baik secara teoritik maupun praktis. Berdasarkan implikasi hasil penelitian tersebut diajukan sejumlah rekomendasi sebagai tindak lanjut pengembangan pemikiran mengenai hukum administrasi pada umumnya, dan khususnya arti penting dan permasalahan dalam praktik penggunaan diskresi. Demikian juga mengenai pentingnya perjanjian kebijakan sebagai instrumen pemerintahan yang sekaligus dalam banyak hal berfungsi sebagai sarana kontrol diskresi.

