

KEWENANGAN DISKRESI MENGENAI PELUANG SIKAP TINDAK ADMINISTRASI NEGARA DALAM PERBERDAYAAN HUKUM PROGRESIF¹

Wijaya

Fakultas Hukum Universitas 17 Agustus 1945 Semarang
Jl. Pawiyatan Luhur Bendan Dhuwur Semarang
wijaya.lawyer@yahoo.co.id

Abstract

The burden of state administrative tasks in carrying out “public service” from time to time shows an increasingly broad development, in accordance with the demands of development. Mean while the existing laws and regulations are not accommodating enough to the needs of the state administration in carrying out their duties. In such conditions it will be difficult for the state administration and limited space in carrying out their duties, if only rely on positive law only. The research used a normative juridical method, with a view to obtaining a description of the functional relationship between policy regulations and legal vacuum which provided opportunities or progressive legal empowerment. The result turned out to be state administration in the use of the discretionary authority, providing opportunities for progressive legal empowerment.

Keywords: *Discretion Authority; State Administration Attitude; Progressive Law Empowerment*

Abstrak

Beban tugas administrasi negara dalam menjalankan “*public service*” dari masa ke masa menunjukkan perkembangan yang semakin luas, sesuai dengan tuntutan pembangunan. Sementara itu peraturan perundangan yang ada tidak cukup akomodatif, dengan demikian akan menjadi sulit bagi administrasi negara dan terbatas ruang geraknya dalam menjalankan tugasnya, jika hanya menggantungkan pada hukum positif saja. Penelitian ini menggunakan metode yuridis normatif, dengan maksud untuk memperoleh gambaran hubungan fungsional antara peraturan kebijakan dengan kekosongan hukum, yang memberikan peluang bagi pemberdayaan hukum progresif. Hasilnya ternyata administrasi negara dalam penggunaan kewenangan diskresi, memberikan peluang untuk pemberdayaan hukum progresif.

Kata Kunci: Kewenangan Diskresi; Sikap tindak Administrasi Negara; Pemberdayaan Hukum Progresif

¹ Artikel Hasil Penelitian yang dilakukan penulis pada Fakultas Hukum Universitas 17 Agustus 1945 Semarang.

A. Pendahuluan

Kegagalan hukum dalam menjalankan fungsinya mewujudkan keadilan dan kesejahteraan masyarakat, telah menimbulkan kegelisahan bagi seorang begawan hukum Satjipto Rahardjo. Dalam kontemplasinya, ia kemudian melahirkan pikiran cerdas, beranjak dari kesalahan bangsa ini dalam cara berhukum, sehingga perlu cara berhukum yang baru, yang mampu mengatasi persoalan-persoalan hukum. Disadarinya, bahwa hukum itu sebaiknya diperankan untuk kepentingan manusia, dan bukannya manusia untuk hukum. Oleh karena itu hukum harus selalu mengikuti dinamika kehidupan, bukannya selalu *status quo* seperti yang sekarang ini telah mempertunjukkan kinerja hukum yang buruk. Hukum haruslah memberikan ruang untuk kreatif dan inovatif, sehingga terhindar dari resiko anomali. Sifat dinamisnya hukum akan memberikan rasa memiliki bagi rakyat yang diaturnya.

Ajaran positivisme tampaknya tidak memberikan peluang bagi pemberdayaan hukum progresif, sebagaimana sering digambarkan bahwa teori hukum dipahami secara sempit yang pada gilirannya cenderung formalistik serta proses penerapan hukum menganut paham hukum positif (Ridwan, 2009). Cara berhukum seperti ini ternyata telah mengecewakan karena tidak mampu menghasilkan keadilan substantif, melainkan hanya mampu memberikan keadilan prosedural. Latar belakang ini memberikan konsekuensi pemikiran bahwa hukum itu harus dinamis sehingga dalam penegakan hukum tidak terpaku pada teks peraturan perundang-undangan.

Dalam konteks yang dinamis itu, maka timbul persoalan kunci: apakah ada kemungkinan ruang gerak bagi tumbuhnya hukum progresif di negara hukum Indonesia? Pertanyaan ini harus terjawab, karena pembelajaran hukum progresif akan dapat berkembang dengan baik dan dirasakan manfaatnya ketika sistemnya memberikan harapan yang baik. Sebaliknya, jika sistemnya menolak secara keseluruhan,

menjadikan konsep hukum progresif hanyalah angan-angan saja yang tidak berujung pangkal, karena harus berhadapan dengan benteng-benteng hukum yang statis. Bebannya juga akan semakin berat, karena harus berhadapan dengan sistem yang sudah kokoh. Inipun disadari oleh penggagasnya, kendatipun hukum progresif sangat menekankan pada perilaku nyata dari para aktor hukum (Rhiti, 2016), tetapi tidak mengabaikan sistem hukum. Di sini pengamatannya tidak saja mencari sistem mana yang menghambat laju hukum progresif, melainkan juga yang lebih penting dan operasional adalah mencari peluang pemberdayaan hukum progresif sehingga dapat memberikan spirit kepada penganutnya untuk senantiasa membangun hukum progresif. Peluang ini patut ditemukan, supaya tidak menjadikan enggan bagi penggunaannya, melakukan tindakan-tindakan hukum yang tidak dibatasi oleh tidak adanya peraturan dasar yang mengaturnya.

Berbagai pendapat, sebagaimana dikemukakan di atas, telah menyampaikan betapa besar tantangan pemberdayaan hukum progresif, yang selalu dihadapkan pada ajaran positivisme, tetapi kajiannya selalu dalam konteks penegakan hukum, dan ditujukan kepada hakim, jaksa, polisi. Demikian pula Satjipto Rahardjo sebagai penggagasnya, dalam berbagai tulisannya, sasarannya diikhtiarkan kepada penegak hukum yang selalu menjalankan paham positivistik (Rahardjo, 2011) Sedangkan kepada administrasi negara yang selalu membutuhkan instrumen hukum dalam menjalankan tugasnya, kurang mendapat perhatian. Hal ini didukung bahwa hukum progresif muncul karena prihatin terhadap kualitas penegakan hukum di Indonesia (Rahardjo, 2005). Hal inilah yang menjadi kebaruan dalam penulisan ini, perihal bagaimanakah kewenangan diskresi/peluang sikap tindak administrasi negara melalui pemberdayaan hukum progresif merupakan suatu hal yang belum pernah diteliti sebelumnya. Perspektif hukum dalam pemberdayaan hukum progresif menjadi

pembeda karena menjadi *standpoint* yang menunjukkan orisinalitas tulisan ini dibandingkan dengan penelitian sebelumnya yang pernah ada.

B. Metode Penelitian

Penelitian ini dimaksudkan untuk menemukan hubungan fungsional antara peraturan kebijakan dengan kekosongan hukum, sehingga digunakan pendekatan yuridis normatif. Prosedurnya dilakukan terlebih dahulu dengan pengumpulan data sekunder, berupa bahan hukum primer, bahan hukum sekunder dan bahan hukum tertier. Pada bahan hukum primer, diperoleh dari peraturan kebijakan-peraturan kebijakan yang telah diterbitkan guna mengatur sesuatu yang belum diatur pada peraturan-perundang-undangan. Data primer digunakan untuk memperoleh bahan-bahan hukum mengenai efektifitas dari berlakunya peraturan kebijakan tersebut dalam pemberian pelayanan perijinan penanaman modal.

Atas dasar data-data yang terkumpul dan setelah dilakukan validasi secara triangulasi, maka dilakukan analisis secara kualitatif, sehingga dapat diperoleh analisis sejauh mana hubungan antara peraturan kebijakan dengan kekosongan hukum dapat memberikan manfaat, di antaranya bagi kepastian hukum, bagi pelaksanaan tugas-tugas pemerintahan dan bagi pemberdayaan hukum progresif.

C. Hasil dan Pembahasan

1. Kewenangan Diskresi: Sebuah Keniscayaan dalam Negara Hukum Materiil

Hukum progresif berangkat dari dominasi cara ber hukum yang positivistik, yang ternyata menjadikan hukum tidak mampu mengatasi persoalan masyarakat. Pada hakekatnya dinyatakan bahwa hukum tidak bersifat final, melainkan selalu berada dalam proses untuk terus menjadi (*law as a process, law in the making*). Hukum adalah institusi yang secara terus menerus membangun dan mengubah dirinya menuju

tingkat kesempurnaan yang lebih baik (Sukananda, 2018). Karakter hukum seperti ini dimiliki oleh peraturan kebijakan (*beleidsregel*), yang diterbitkan oleh administrasi negara dalam menjalankan tugasnya tidak berdasarkan undang-undang, melainkan bersumber pada kewenangan diskresi yang dimiliki. Peraturan kebijakan ini bukanlah peraturan-perundang-undangan, tetapi mempunyai kekuatan mengikat seperti peraturan perundang-undangan.

Kewenangan diskresi dalam konsep negara hukum materiil dalam berbagai literatur akademik sering dikemukakan sebagai kewenangan yang dimiliki administrasi negara guna menjalankan tugas-tugasnya dalam memberikan pelayanan publik, berdasarkan asas diskresi. Namun dalam praktek penyelenggaraan pemerintahan di Indonesia belum optimal dalam penggunaannya. Alasan yang paling utama adalah takut nanti dianggap sebagai tindakan yang tidak berdasarkan undang-undang atau bertentangan dengan asas legalitas, sehingga beresiko mendapatkan sanksi. Disamping itu karena kualitas administrasi negara dalam memanfaatkan kewenangannya, masih dirasakan sebagai kewenangan yang tidak perlu dijalankan, dianggap sebagai tindakan yang bertentangan dengan asas legalitas. Bukan karena adanya pergulatan pemikiran penggunaan asas diskresi antara Ronald Dworkin dengan L Hart, yang mengkaji diskresi yudisial (Dworkin, 2012), melainkan diskresi eksekutif yang diberikan kepada administrasi negara.

Untuk mencari tahu kewenangan diskresi, maka tidak boleh hanya mengetahui pengertian kata “diskresi” dari segi bahasa, melainkan harus memahami makna dari kata itu dalam suatu sistem atau konsep negara hukum yang dianut. Ini penting, supaya tidak terjebak pada pemahaman yang keliru, yakni dengan menuruti kepentingan yang bersifat praktis, seperti diskresi kepolisian sekarang ini sering diartikan seolah-olah boleh melanggar hukum positif. Jika pengertian ini dianut, maka akan menimbulkan benturan

yang sangat hebat, yang justru akan melemahkan keberadaan kewenangan diskresi.

Pemaknaan kewenangan diskresi dalam konsep negara hukum, harus bertumpu pada hukum yang mengatur sikap tindak administrasi negara. Untuk itu harus dipahami dahulu dengan mempelajari pemikiran Plato dan Aristoteles, yang telah melahirkan konsep pemikiran negara hukum, yang mengklasifikasikan atas negara hukum formal dan negara hukum materiil. Pengertian negara hukum formal, yang muncul pada abad 19, dipandang sebagai pelajaran tentang kedaulatan dari parlemen. Negara hukum dipahami sebagai suatu negara yang seluruh aksinya didasarkan dan diatur oleh undang-undang, yang telah ditetapkan semula dengan bantuan dari badan pemberi suara rakyat (Siallagan, 2016). Kebebasan atau kemerdekaan warga negara benar-benar tidak boleh diganggu oleh negara. Kebebasan disini maksudnya, ada bagian-bagian dari kehidupan masyarakat atau individu yang tidak boleh menjadi obyek urusan negara atau pemerintah. Negara hukum seperti ini, oleh Yulius Stahl disebut sebagai negara hukum klasik, yang mempunyai ciri-ciri sebagai berikut: (a) adanya perlindungan hak-hak asasi manusia; (b) pemisahan kekuasaan untuk menjamin hak-hak asasi manusia; (c) pemerintah berdasarkan peraturan; (d) peradilan administrasi (Siallagan, 2016).

Maka melihat dari ciri-cirinya itu, semua tugas negara harus dapat dikembalikan pada jaminan perlindungan hak asasi manusia. Untuk itu pula, hukum diartikan secara sempit, yakni terbatas pada peraturan-peraturan. Diluar itu tidak dapat menjadi dasar bagi pemerintah. Adanya peradilan administrasi hanyalah dimaksud sebagai sarana menegakkan hukum materiil, dalam pengertian yang sudah menjadi materi muatan undang-undang saja. Dengan demikian tugas negara sudah jelas dan tegas sebagaimana tertera dalam undang-undang. Dalam negara hukum klasik, dan dikenal sebagai negara hukum formal, tidak memungkinkan terjadinya “*freies*

ermessen” atau tidak diakuinya kewenangan diskresi. Karakter negara hukum seperti ini tidak memberikan tempat bagi berkembangnya hukum progresif, karena semuanya diatur oleh undang-undang. Hukum diartikan secara sempit, yakni terbatas pada peraturan-peraturan. Diluar itu tidak ada yang menjadi dasar bagi pemerintah. Adanya peradilan administrasi hanyalah dimaksud sebagai sarana untuk menegakkan hukum materiil, dalam pengertian yang sudah menjadi materi muatan undang-undang saja.

Sedangkan konsep negara hukum materiil, kemunculannya sebagai akibat dari tidak puasnya atas konsep negara hukum yang kolot, kuno dan tidak sesuai dengan perkembangan jaman. Oleh karena itu disebut juga sebagai negara hukum modern. Fungsi negara menjadi lebih luas dari pada fungsi yang dimiliki negara hukum formal. Negara tidak saja berfungsi menjaga keamanan warga negara, melainkan mengutamakan kepentingan kesejahteraan rakyatnya, maka dikenal sebagai “*welfare state*” (Usman, 2019). Disini administrasi negara diwajibkan untuk berperan secara aktif diseluruh segi kehidupan masyarakatnya. Hakekatnya pada administrasi negara melekat fungsi *service public (bestuurzorg)*. Tugas yang berat ini, memberikan konsekwensi logis kepada administrasi negara diberi kemerdekaan untuk bergerak atau bertindak atas inisiatif sendiri, walaupun belum ada peraturan perundangan yang mengatur. Hal ini penting, terutama dalam kepentingan yang sangat mendesak, masyarakat membutuhkan pelayanannya. Jangan sampai terjadi pelayanan umum menjadi terhenti hanya karena belum ada peraturan-perundangannya. Oleh karena itu diperlukan sarana hukum lain.

Sarana hukum lain ini berupa kebebasan untuk bertindak atas inisiatif sendiri, sebagaimana dinyatakan oleh Thomas J. Aaron: “.....*is power or authority conferred by the law to act on the basic of judgement or conscience, and it use moe an idea of morals than law* “ (Ulfa, 2017). Bisa

dimaklumi bahwa peraturan yang ada tidak akan dapat menjangka seluruh persoalan dalam kehidupan masyarakat. Pengertian hukum disini, tidak saja yang ada dalam peraturan-perundangan, melainkan juga tindakan diluar undang-undang. Di negara hukum dalam pengertian materil ini, administrasi negara berpeluang besar untuk dapat menggunakan kewenangan diskresi. Terhadap karakter seperti ini, maka berpeluang berkembangnya hukum progresif.

Kebebasan bertindak yang dimiliki administrasi negara, tidak berarti kebebasan yang sebeb-as-bebasnya, melainkan kebebasan yang harus dapat dipertanggung jawabkan secara hukum, untuk itu maka ada batasannya, walaupun peraturan-perundangan tidak mengaturnya. Dalam konsep negara hukum tidak ada kebebasan yang tanpa batas. Kebebasan yang tanpa batas justru akan menimbulkan *disorder*, lepas dari tujuannya. Persoalannya sekarang batas-batas apa yang harus digunakan? Maka kita harus mencari sumber-sumber pembentukan hukum bagi kepentingan administrasi negara dalam menjalankan tugasnya. Untuk mewujudkan pelaksanaan tugas yang dapat memberikan jaminan bagi pelayanan umum, maka segala pelaksanaan kewenangan diskresi harus ditujukan bagi kepentingan pelayanan umum. Sarana untuk kesana, telah ada yang mempedomaninya, yakni menjalankan azas-azas pemerintahan yang baik. Selain dari itu untuk kepentingan hukum yang memberikan pengayoman bagi masyarakat, maka dalam menjalankan tugasnya itu tidak boleh bertentangan dengan etika, moral dan agama, serta tidak melanggar hak asasi manusia.

Kewenangan diskresi sebagai prinsip yang melekat pada hukum administrasi negara, nomenklturnya berasal dari bahasa Perancis "*discretionaire*", selanjutnya diterjemahkan dalam bahasa Inggris "*discretionary*" yang berarti kebebasan dalam mengambil keputusan. Namun asal mula katanya dari bahasa Jerman, yakni "*freiss ermessen*". Kata "*frei*" berarti bebas, merdeka, tidak terikat. "*Ermessen*"

mengandung arti mempertimbangkan, menilai, menduga, penilaian, pertimbangan dan keputusan (Heuken, 1981). Sebagai ajaran hukum, tentu saja diharapkan mempunyai peranan yang besar terutama bagi administrasi Negara dalam menyelenggarakan pemerintahan. Oleh karena itu menjadi bahan kajian yang menarik, hal ini dapat dilihat dari perbedaan pendapat para ahli.

Sering dipahami, diskresi sebagai kebebasan bertindak bagi administrasi negara saat belum ada peraturan perundangan yang mengatur, tetapi masyarakat membutuhkan penyelesaian pelayanan segera, tidak boleh dilakukan penundaan, sehingga merupakan keputusan yang bersifat mendesak. Pengertian ini berbeda dengan pendapat Prajudi Atmosudirdjo, "*Freiss Ermessen*" atau "diskresi" menjadi dua macam, yakni diskresi bebas dan diskresi terikat. Disebut diskresi bebas, bilamana undang-undang tidak menentukan batas-batasnya. Diskresi terikat, bilamana undang-undang menetapkan beberapa alternatif untuk dipilih salah satu yang oleh pejabat dianggap paling dekat (Kurniawati, 2016).

Terhadap perbedaan pendapat tersebut, jika ditelaah dari sisi etimologisnya, maka pendapat tersebut mengingkari arti "*frei*" (bebas). Dianggapnya, diskresi itu hanya terjadi, jika undang-undang sudah mengaturnya, walaupun hanya menentukan batas-batasnya saja. Jika pengertian ini dianut, menimbulkan persoalan bagi administrasi negara, terutama bila undang-undang tidak mengaturnya. Kekhawatiran muncul, administrasi negara akan menemui kesulitan menjalankan tugas *public service* sebaik-baiknya, mengingat keterbatasan materi muatan peraturan perundangan untuk dapat mengakomodir segala aspek kehidupan masyarakat. Disisi lain, hukum administrasi negara sebagai sandaran administrasi negara, mempunyai beban tugas agar dapat menjadi instrument bagi administrasi negara dalam menjalankan fungsinya. Untuk itu diberikan kewenangan kebebasan bertindak atas inisiatif sendiri

berdasarkan hukum yang memberikan ruang gerak bagi administrasi negara. Kebebasan yang diberikan kepada administrasi negara yang dimaksud, adalah kebebasan untuk dapat bertindak tidak harus selalu mendasarkan undang-undang. Kebebasan ini sesuai dengan jiwanya hukum progresif, yang dikenal dengan kredonya: “tidak mau menjadi tawanan undang-undang”. Cara berhukumnya harus menggunakan penilaian, hati nurani dan moral (Aaron J, 1964).

Jadi hukum yang dikehendaki sebagai perwujudan kewenangan diskresi adalah hukum yang bernurani serta bermoral. Untuk itu, semangat hukum progresif sebagaimana menjadi kekuatannya harus senantiasa dimiliki oleh administrasi negara, agar dapat menjalankan fungsinya dengan baik. Namun pelaksanaan semangat progresif bisa terwujud, jika administrasi negara mempunyai kemampuan kreatif, berinovasi, terutama dalam menghadapi kemacetan hukum sebagai akibat ketidakmampuan undang-undang dalam mengakomodir kebutuhan masyarakat. Penggunaan kewenangan diskresi ini dapat dimaknai sebagai pembebasan hukum dari sifatnya yang “*status quo*” terbelenggu oleh paradigma positivisme, untuk berubah menjadi dinamis terbuka pada kebutuhan hukum yang tidak mau tertinggal oleh kebutuhan masyarakat. Dalam konteks tugas-tugas administrasi negara, pembebasan hukum dari sifatnya yang statis ini dapat terwujud, jika administrasi negara mempunyai kemampuan memberdayakan diri dalam menjalankan fungsi pengaturan, dengan membuat peraturan kebijaksanaan (*beleidsregel*). Berarti karut marut hukum dilihat dari sisi kurang lengkapnya undang-undang, akan tersolusikan dengan baik ketika administrasi negara dapat memanfaatkan kewenangan diskresinya dengan baik.

Tentang pengertian administrasi negara, ada beberapa pandangan atau pendapat yang patut kita pelajari. Pandangan klasik, yang berpegang pada trias politika-nya Montesquieu, yang menyatakan administrasi negara adalah gabungan jabatan-jabatan atau

aparatus administrasi dibawah pimpinan pemerintah, yang melakukan tugas pemerintahan, yang tidak ditugaskan kepada badan pengadilan dan badan legislatif. Pandangan ini jika dikaitkan dengan ajaran “catur praja” dari *Van Vollenhoven*, maka akan terjadi kegaduhan dalam berpikir. Namun dari beberapa pandangan atau pendapat, lebih memfokuskan, bahwa administrasi negara adalah perlengkapan negara yang menyelenggarakan kegiatan yang bersifat eksekutif atau pelaksana urusan pemerintahan, termasuk pelayanan terhadap lembaga atau badan negara. Dari rumusan ini, maka yang memperoleh kewenangan kebebasan bertindak adalah badan eksekutif atau pemerintah, baik di pusat maupun di daerah. Minimal ada beberapa alasan yang memperkuat pengertian tersebut, yakni: (a) Pemerintah, dalam menjalankan fungsinya dalam sehari-harinya berhubungan langsung dengan masyarakat, sehingga lebih mengetahui kebutuhan riilnya, dibanding badan yang lain; (b) Badan legislatif, sudah ditetapkan kewenangannya dalam pembuatan peraturan perundangan tertentu, sehingga apabila diberi kewenangan yang mendasarkan “*freiss ermessen*”, dapat menimbulkan kekacauan kewenangan; (c) Badan yudikatif, kewenangannya hanya menyelesaikan sengketa dan tidak bisa memutuskan tanpa ada sengketa; (d) Badan eksekutif, apabila dalam penyelenggaraan “*freiss ermessen*” terjadi pelanggaran, lebih mudah diminta pertanggung jawabannya dibanding yang lain.

Administrasi negara sebagai komunitas yang harus mempunyai semangat progresif, mempunyai peranan yang besar dalam mendukung pencerahan pemikiran hukum. Dalam kapasitasnya sebagai pelaku hukum progresif, administrasi negara dengan kewenangan diskresinya mempunyai pengaruh kuat dalam menyosialisasi atau melakukan pembelajaran hukum progresif kepada masyarakat, dibanding dengan aparat penegak hukum. Jadi gerakan hukum progresif sebagaimana telah dikumandangkan gendang perangnya oleh

penggagasnya Satjipto Rahardjo tidak saja melibatkan hakim, jaksa dan pengacara, tetapi tidak kalah pentingnya melibatkan administrasi negara, yang dalam berbagai tulisan tentang hukum progresif kurang mendapat perhatian. Padahal kewenangan yang dimiliki administrasi negara memberikan potensi yang besar untuk secara leluasa membangun hukum progresif, dari pada jaksa dan hakim. Administrasi negara tidak saja membuat penafsiran, melainkan juga dengan kewenangan diskresinya dapat mengisi kekosongan hukum. sehingga tidak terjadi kemacetan dalam pelayanan publik sebagai akibat lumpuhnya hukum itu.

2. Peraturan Kebijakan sebagai Pemberdayaan Hukum Progresif

Dalam praktek penyelenggaraan pemerintahan, kewenangan diskresi diwujudkan dengan menerbitkan peraturan kebijakan (*beleidsregel*), guna mengisi kekosongan hukum (*rechtsvacuum*). Disini menunjukkan bahwa peraturan perundang-undangan tidak mampu mengatasi kebutuhan pemerintah dalam menjalankan tugasnya. Meskipun kewenangan diskresi telah memberikan peluang untuk memberikan solusi kebutuhan pengaturannya, tetapi pada kenyataannya tidak dapat dimanfaatkan secara optimal, lebih banyak menghindari untuk menggunakan kewenangan diskresi yang dimiliki, karena ada ketakutan akan berbuat salah. Ada yang menganggap bahwa hambatan itu dikarenakan masih ada pergulatan teori antara kewenangan diskresi dengan asas legalitas, sehingga terkesan ada problem teoritiknya. Padahal dengan adanya kewenangan diskresi itu menjadi pelengkap dalam mengatasi kelemahan asas legalistik yang tidak selalu mampu mengakomodir kebutuhan pemerintah.

Berdasarkan hasil penelitian, kewenangan diskresi telah dipakai oleh administrasi negara, dalam bentuk penerbitan peraturan kebijakan sebagaimana contohnya pada peraturan yang mengatur bidang penanaman modal, sebelum diberlakukannya maupun setelah

diberlakukannya Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007, tentang Penanaman Modal (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2007 Nomor 67), yakni diterbitkannya peraturan kebijakan sebagai berikut (Wijaya, 2017): (a) Keputusan Presiden Nomor 29 Tahun 2004 tentang Penyelenggaraan Penanaman Modal Dalam Rangka Penanaman Modal Asing dan Penanaman Modal Dalam Negeri Melalui Sistem Pelayanan Satu Atap; (b) Keputusan Presiden Nomor 97 Tahun 1993 tentang Tata Cara Penanaman Modal, sebagaimana telah diubah terakhir dengan Keputusan Presiden Nomor 117 Tahun 1999; (c) Instruksi Presiden Nomor 3 Tahun 2006 tentang Paket Kebijakan Perbaikan Iklim Investasi; (d) Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 24 Tahun 2006 tentang Pedoman Penyelenggaraan Pelayanan Terpadu Satu Pintu; (e) Peraturan Presiden Nomor 97 Tahun 2014 tentang Penyelenggaraan Pelayanan Terpadu Satu Pintu (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 221); (f) Peraturan Presiden Nomor 91 tahun 2017 tentang Percepatan Pelaksanaan Berusaha (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2017 Nomor 210).

Peraturan-peraturan ini merupakan "*beleidsregel*" atau peraturan kebijakan, yang diterbitkan tidak berdasarkan perintah undang-undang atau bukan atas delegasi peraturan perundangan tentang Penanaman Modal, sehingga sifatnya mengisi kekosongan hukum (*rechtsvacuum*). Sandarannya pada kewenangan diskresi yang dimiliki oleh pejabat administrasi negara, berdasarkan inisiatif sendiri atas kebutuhan yang bersifat mendesak. Disinilah hukum progresif diterapkan oleh pejabat administrasi negara, yang tidak mau terpaku oleh kurangnya materi pengaturan pada undang-undang atau adanya perbedaan penafsiran, melainkan dengan inisiatifnya sendiri melakukan penilaian dan gagasan moral untuk menyediakan instrumen hukum guna mengatasi kebutuhan.

Menurut J.H. Van Kreveld, kewenangan dikresi yang dimiliki oleh administrasi

negara diwujudkan dalam bentuk, seperti: *beleidslenen* (garis-garis kebijakan), *het beleid* (kebijakan), *voorschriften* (peraturan-peraturan), *richtlijnen* (pedoman-pedoman), *regelingen* (petunjuk-petunjuk), *circulaires* (surat edaran), *resolutie* (resolusi-resolusi), *aanshceijvingen* (instruksi-instruksi), *beleidsnota* (nota kebijakan), *reglemen* (peraturan-peraturan menteri, *beschikking* (keputusan-keputusan (Ridwan, 2009). Sedangkan ciri-cirinya peraturan kebijakan, paling tidak meliputi: (a) Peraturan kebijakan bukan peraturan perundang-undangan, tetapi daya mengikatnya seperti peraturan perundang-undangan, diterbitkan oleh administrasi negara; (b) Peraturan kebijakan tidak mempunyai dasar hukum pembentukan; (c) Peraturan kebijakan diterbitkan berdasarkan kewenangan diskresi; (d) Peraturan kebijakan tidak boleh bertentangan dengan peraturan perundang-undangan, melainkan sifatnya melengkapi sehingga mengisi kekosongan hukum (*rechtsvacuum*).

Berdasarkan ciri-ciri tersebut, maka peraturan kebijakan lebih menitik beratkan pada "*doelmatigheid*" dari pada "*rechtmatigheid*", sehingga pembentukannya atas dasar kebutuhan agar dapat menjalankan tugasnya "*bestuurzorg*". Adanya "*freies ermessen*" atau kewenangan diskresi, bukannya tidak mungkin timbulnya resiko masalah, karena bisa terjadi "*mal-administratief*" yang merugikan warga negara. Resiko tindakan yang "*ultra vires*", harus dihindarkan dengan tidak saja memberikan batasan berupa asas-asas pemerintahan yang baik, tetapi juga batasan yang lahir dari cara memandang hukum untuk manusia, dan bukan manusia untuk hukum, yakni batasan moral, etika dan agama. Permasalahan hukum tidak semata-mata hukum, melainkan juga dilihat dari tujuannya, maka merupakan kebutuhan pelayanan masyarakat. Kepentingan-kepentingan masyarakat yang selalu dinamis senantiasa melampaui pengaturan undang-undang atau tidak cukup terwadahi dalam undang-undang. Oleh karena itu aliran pikiran progresif harus mengalir pada

administrasi negara, terutama ketika terjadi "*rechtsvacuum*" yang bisa mengakibatkan kemandekan dalam pelayanan publik. Apakah ini yang dimaksud cara berpikir melompat? Memang kebebasan yang dimiliki oleh administrasi negara tidak diberikan oleh undang-undang. Tidak ini saja, karena kebebasan yang dijalankan juga merupakan tindakan untuk tidak terikat pada hukum positif. Fenomena ini telah ditunjukkan Alan Hunt dalam bukunya yang berjudul "*the sociological movement in law*", memberikan gambaran pada abad 20-an adanya gerakan masyarakat baik dari pembentuk undang-undang, praktisi dan akademisi yang tidak lagi melihat hukum positif seperti menjaga cagar alam yang eksklusif, sehingga diperlukan hukum progresif (Rahardjo, 2016).

Penggunaan kewenangan diskresi bagi administrasi negara, sekarang ini sebenarnya secara tidak sadar maupun sadar berdasarkan hasil penelitian, telah memberikan kontribusi bagi pembangunan. Bahkan dirasakan mempunyai peranan yang luar biasa, terutama dalam menghadapi kepentingan yang bersifat mendesak, tanpa harus menunggu keterlibatan undang-undang. Dalam persoalan ini, kepentingan-kepentingan diluar hukum justru lebih mendominasi, terutama kepentingan "*public service*" tanpa disadari undang-undang, membentuk peraturan kebijakan untuk mengatur penanaman modal. Langkah ini tidak akan terwujud, jika tidak ada semangat hukum progresif yang mengalir dalam pikiran administrasi negara. Ini juga menjadi bukti bahwa hukum untuk manusia lebih berarti dari pada manusia untuk hukum sebagaimana terlihat dalam jiwanya ajaran positivisme.

Tentu saja langkah pemerintah tersebut bisa diterima, demi kepentingan pelayanan umum atau "*bestuurzorg*" yang harus segera dilakukan dan jika tidak dilakukan tindakan justru menimbulkan stagnasi. Tetapi dalam situasi yang lain, bisa saja tidak dapat diterima, jika kepentingan pelayanan umum justru menjadi terganggu. Ini artinya, kewenangan diskresi tetap harus dapat

dipertanggungjawabkan secara hukum. Untuk itu perlu ada pembatasannya, agar penggunaan kewenangan diskresi dapat dipertanggung jawabkan secara hukum. Oleh Philippe Nonet dan Philip Selznik, dikatakan bahwa diskresi yang tidak dievaluasi dianggap sebagai benda asing di dalam tatanan hukum (Kurniawati, 2016). Mengenai unsur-unsur yang harus dipertanggungjawabkan, paling tidak meliputi: adanya kebebasan administrasi negara untuk bertindak atas inisiatif sendiri; dan untuk menyelesaikan persoalan-persoalan yang membutuhkan penanganan yang bersifat mendesak atau segera. Unsur pertama, bentuk kebebasan bertindak atas inisiatif sendiri, tidaklah berarti kebebasan yang sebebaskan-bebasnya tanpa batas, melainkan ada batasannya, yakni: (a) Tidak bertentangan dengan asas-asas pemerintahan yang baik; (b) Tidak bertentangan dengan etika, moral dan agama; serta (c) Tidak melanggar hak asasi manusia.

Batasan agar tidak bertentangan dengan penyelenggaraan asas-asas umum pemerintahan yang baik, kini merupakan nilai-nilai etik yang hidup dan berkembang dalam lingkungan hukum administrasi Negara. Asas-asas umum ini, merupakan terjemahan dari "*algemeine beginselen van behoerlijk bestuur*" (Pratiwi..[et.al], 2016). Pada awal kelahirannya dimaksud untuk mencari sarana pengawasan dari segi hukum (*rechtmatigheidscontrole*), tetapi dalam perkembangannya mempunyai makna yang lebih penting, yakni sebagai nilai-nilai etik. Dalam praktek peradilan umum di Indonesia, telah lama diterapkan dalam putusan pengadilan, seperti pada Putusan Mahkamah Agung No 42 K/Kr/1965 tertanggal 8 Januari 1966 (Yurisprudensi Mahkamah Agung Republik Indonesia, 1966), yang menetapkan: "suatu tindakan pada umumnya dapat hilang sifatnya sebagai melawan hukum bukan hanya berdasarkan suatu ketentuan dalam perundang-undangan, melainkan juga berdasarkan asas-asas hukum yang tidak tertulis, dalam perkara ini misalnya faktor-faktor negara tidak

dirugikan, kepentingan umum dilayani, dan terdakwa sendiri tidak mendapat untung.

Sama halnya dengan bidang pemerintahan, maka dapatlah dikatakan dikatakan bahwa dengan keputusan ini telah terpenuhi "asas-asas umum pemerintahan yang baik" atau dapat juga disebut sebagai telah memenuhi asas-asas umum peradilan yang baik." (Yurisprudensi Mahkamah Agung Republik Indonesia, 1966). Dari putusan ini, hakim telah menggunakan semangat hukum progresif, yang dalam pertimbangan hukumnya dilandasi oleh pemikiran bahwa hukum yang tertulis tidak harus diterapkan secara absolut, jika tindakan yang diuji mempunyai alasan dapat dipertanggung-jawabkan menurut nilai-nilai etik yang hidup. Contoh konkret ini, tentunya memberikan pengertian bahwa aliran pikiran positivisme tidak selalu memberikan keadilan. Bisa dibayangkan, bagaimana nasib terdakwa dalam perkara itu, jika hakim tidak mempunyai semangat hukum progresif, maka terdakwa akan mendapat hukuman sesuai dengan undang-undang, sementara ia sudah menjalankan tugasnya dengan baik memberikan pelayanan umum, dengan mendasarkan diri pada nilai-nilai etik, tidak ada maksud dan mendapat keuntungan pribadi serta negara tidak dirugikan. Kalau ini terjadi, pasti terdakwa menjadi korban dari aliran positivisme, yang berarti "manusia untuk kepentingan hukum", bukan "hukum untuk manusia". Hakim dalam pandangan hukum progresif tidak boleh (mutlak) terikat pada struktur rasional, prosedur dalam berhadapan dengan perkara konkret, sehingga dalam menangani perkara lebih pada keadilan (Zulfadli, 2016).

Namun sangat disayangkan, dengan terbitnya Undang-Undang Nomor 9 Tahun 2004 tentang Perubahan Undang-Undang Peradilan Tata Usaha Negara (Lembaran Negara Republik Indonesia, Tahun 2004 Nomor 8), asas-asas umum pemerintahan yang baik, yang sudah menjadi nilai-nilai etik yang berkembang dan dilaksanakan dengan baik oleh peradilan, dipaksakan dikukuhkan sebagai asas hukum yang

tertulis. Walaupun dimaksud untuk menjamin kepastian hukum, tetapi justru menjadikan nilai-nilai etik itu dimaknai sebagai nilai yang “statis”. Pembentuk undang-undang telah melakukan kesalahan yang besar, karena nilai-nilai etik itu berkembang terus menurut tempat dan waktunya, sehingga sifatnya “dinamis”. Undang-Undang yang mempunyai sifat statis, justru membelenggu nilai-nilai etik yang hidup, yang bersifat dinamis. Apakah ini yang dinamakan arogansi legislatif? Inilah pentingnya yang terhormat legislator diberikan pencerahan hukum progresif. Meskipun kewenangannya membuat undang-undang, tetapi mempunyai peran dalam memberikan perlindungan hukum bagi masyarakat. Undang-undang yang tidak responsif terhadap kebutuhan masyarakat, menjadikan perlindungan hukum masyarakat tidak terwujud, melainkan akan menimbulkan ancaman atau ketidaktertiban. Perlindungan hukum itu hakekatnya juga pelayanan publik. Lebih baik tidak diatur undang-undang, jika materi muatannya justru menimbulkan kemacetan pelayanan publik. Hal ini sesuai temuan, bahwa penggunaan paradigma positivisme dalam hukum modern ternyata juga banyak menimbulkan kekakuan-kekakuan sedemikian rupa sehingga pencarian kebenaran (*searching for the truth*) dan keadilan (*searching for justice*) tidak tercapai karena terhalang oleh tembok-tembok prosedural (Samekto, 2017). Dalam pada itu jabatan administrasi negara telah diberi kewenangan diskresi yakni kebebasan bertindak atas inisiatif sendiri untuk memberikan pelayanan umum, memiliki urgensi dalam mengatasi kekakuan-kekakuan itu. Jadi ukuran keberhasilan pembangunan hukum tidak boleh hanya menggunakan tolok ukur kuantitas produk undang-undang, melainkan juga kemampuan administrasi negara dalam menggunakan hukum.

Kembali pada batasan agar kewenangan diskresi dilaksanakan untuk penanganan persoalan yang bersifat mendesak atau segera. Sulit bagi administrasi negara untuk

menemukan kriterianya. “*Staatnoodrecht*” sebagaimana dipahami dalam hukum dan praktek ketatanegaraan, tidak dapat dijadikan kriteria, karena mengenai hal ini hanya diperuntukkan bagi presiden (di Indonesia). Sedang untuk menteri atau administrasi negara dibawahnya tidak mempunyai kewenangan untuk menyatakan darurat. Ukuran yang baik, adalah ukuran yang tidak mengurangi arti kepentingan publik, yang dapat dipertanggungjawabkan menurut nilai-nilai etik, maka setidaknya tidaknya meliputi: (a) Keputusan tersebut, materi muatannya menyangkut kepentingan publik, terutamanya yang dapat dijadikan sarana untuk mewujudkan tujuan negara, yakni kesejahteraan rakyat; (b) Keputusan tersebut, jika ditunda penerbitannya akan mengurangi manfaat sesuai dengan tujuan dari keputusan yang hendak diterbitkan; (c) Keputusan tersebut, jika tidak segera diterbitkan akan menimbulkan kerugian atau menambah persoalan yang lebih besar, sehingga kemungkinan lebih sulit dalam penanganannya dikemudian hari; (d) Persoalan yang hendak diselesaikan, diluar dugaan sebelumnya sehingga tidak menjadi agenda produk legislatif.

Tolok ukur ini, dalam situasi tertentu dapat menjembatani kepentingan hukum progresif, dan paham positivistik, sehingga dengan kewenangan diskresi yang dimiliki oleh administrasi negara, memberikan peluang untuk menggunakan hukum progresif. Di satu sisi menghendaki pemberdayaan hukum progresif, sedang dilain sisi ada semacam komitmen untuk tidak melampaui lembaga legislatif. Dalam perjuangan gerakan hukum progresif, tidak sama sekali meniadakan hukum positif. Dalam konsep hukum administrasi, tindakan pemerintah (*bestuurhandeling*) merupakan perbuatan pemerintah untuk dapat menjalankan fungsinya, yang tidak terbatas menjalankan undang-undang, tetapi yang lebih penting menyelenggarakan “*bestuurzorg*” (kesejahteraan umum).

Dalam perkembangan yang terakhir, kewenangan diskresi telah mendapat pengukuhan oleh Undang-Undang

Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan, sekarang ini tidak ada alasan bagi administrasi negara tidak mempunyai keberanian menggunakan kewenangan diskresi, sehingga peluang sikap tindak administrasi negara akan lebih besar untuk menerbitkan peraturan kebijakan, yang berarti aktivitas melakukan pemberdayaan hukum progresif semakin terbuka dan dinamis.

D. Simpulan

Penggunaan kewenangan diskresi sangat tergantung dari semangat hukum progresif yang mengalir pada diri administrasi negara. Oleh karena itu, kewenangan diskresi dapat dikatakan sebagai cara ber hukum bagi administrasi negara dalam menjalankan tugas-tugas pelayanan publik, untuk tidak selalu bergantung pada ketersediaan undang-undang yang mengatur. Faktor kepekaan terhadap kebutuhan masyarakat dan prinsip hukum untuk manusia, senantiasa menjadi landasan dalam menjalankan tugas-tugasnya itu, dengan menggunakan kewenangan diskresi. Hukum tidak lagi dipandang sebagai sesuatu yang “statis”, namun bersifat “dinamis”, sehingga progresivitas dalam hal ini menjadi lebih bermakna dari pada menuruti kepentingan yang menghendaki “*status quo*”. Penggunaan kebebasan dalam bertindak bagi administrasi negara, sekaligus mengandung pertanggungjawaban hukum, yang berkaitan dengan nilai-nilai etik yang hidup dan berkembang dalam hukum administrasi negara. Meskipun sekarang perwujudannya belum maksimal, tetapi melihat dari tugas-tugas yang wajib dilaksanakan oleh administrasi negara yang semakin kompleks, memberikan prospek baik bagi pengembangannya dimasa mendatang, sepanjang semangat hukum *progresif* dapat dialirkan pada pikiran-pikiran untuk selalu dapat memenuhi kebutuhan pelayanan publik, terlepas ada tidaknya undang-undang yang mengaturnya. Tuntutan berpikir secara holistik, maka akan memandang hukum dalam bentuknya yang utuh, tidak

terpenggal-penggal, sehingga menjadi satu kesatuan dengan kehidupan masyarakat. Pada tataran inilah, kewenangan diskresi akan memperoleh penerimaan yang baik, sebagai peluang bagi administrasi negara dapat menjalankan tugas-tugasnya dengan baik, dengan tidak menunggu terbitnya undang-undang, sehingga merupakan peluang pemberdayaan hukum progresif.

DAFTAR PUSTAKA

- Aaron J, T. (1964). *The Control of Policy Discretion*. Charles C Thomas Co.
- Dworkin, R. (2012). *Law's Empire*. The Belknap Press of Harvard.
- Heuken, A. (1981). *Kamus Jerman-Indonesia*. Ghalia Indonesia.
- Kurniawati, Y. (2016). Penggunaan Kewenangan Diskresi Dalam Pembentukan Produk Hukum (The Use of Discretion in The Formation of a Legal Produk). *Jurnal Legislasi Indonesia*, 3(1), 53–62.
- Pratiwi..[et.al]. (2016). *Azas-Azas Umum Pemerintahan Yang Baik (AUPB) Hukum Administrasi Negara*. Judicial Sector Support Program, Center for International Legal Cooperation (CLC) with The Indonesian Institute for Independent.
- Rahardjo, S. (2005). Hukum progresif: hukum yang membebaskan. *Jurnal Hukum Progresif*, 1(1), 3–5.
- Rahardjo, S. (2011). *Satjipto Rahardjo dan Hukum Progresif: Urgensi dan Kritik*. Epistema Institute.
- Rahardjo, S. (2016). *Ilmu Hukum Di Tengah Arus Perubahan* (S. Rachmat (ed.)). Surya Pena Gemilang.
- Rhiti, H. (2016). Landasan Filosofis Hukum Progresif. *Jurnal Justitia Et Pax*, 32(1).
- Ridwan. (2009). Memunculkan Karakter Ukum Progresif Dari Asas-Asas Hukum Pemerintahan Yang Baik Solusi

- Pencarian Dan Penemuan Keadilan Substantif. *Jurnal Pro Justitia*, 27(1), 72–73.
- Samekto, F. A. (2017). Effec of Positivism in Clinical Legal Education. *Jurnal Pendecta*, 12(1), 203–207.
- Siallagan, H. (2016). Penerapan Prinsip Negara Hukum Di Indonesia. *Jurnal Sosiohumaniora*, 18(2), 131–137.
- Sukananda, S. (2018). Pendekatan Teori Hukum Progresif Dalam Menjawab Kesenjangan Hukum (Legal Gap) Di Indonesia. *Jurnal Hukum Ekonomi Syariah*, 1(3), 135–158.
- Ulfa, M. . [et. al. (2017). Penghentian Penyidikan: Tinjauan Hukum Administrasi dan Hukum Acara Pidana. *Mimbar Hukum*, 29(1).
- Usman, A. (2019). *Peran Mahkamah Konstitusi Dalam Membangun Peradaban dan Ketatanegaraan Indonesia Sebagai Negara Hukum Yang Konstitusional, Bunga Rampai Memperkuat Peradaban Hukum dan Ketatanegaraan Indonesia, Sekjen Komisi Yudisial*. Komisi Yudisial Republik Indonesia.
- Wijaya. (2017). *Laporan Hasil Penelitian, Hubungan Fungsional Antara Beleidsregels dengan Rechtsvacuum*.
- Zulfadli, M. . [et. al. (2016). Penegakan Hukum Yang Responsif dan Berkeadilan Sebagai Instrumen Perubahan Sosial Untuk Membentuk Karakter Bangsa. *Pendidikan Ilmu-Ilmu Sosial Membentuk Karakter Bangsa Dalam Rangka Daya Saing Global*.