

DISKRESI (*FREIES ERMESSEN*) OLEH PEJABAT PEMERINTAH RAMBU HUKUM, ALAT UKUR KEABSAHAN, DAN KECERMATAN DALAM PENGGUNAANNYA

RIDWAN

Fakultas Hukum Universitas Sriwijaya, Jalan Raya Palembang-Prabumulih Km. 32 Ogan Ilir Sumatra Selatan, Indonesia. Email: ridwanrosita@yahoo.co.id.

ABSTRACT

There is no law which articles can embrace all aspects of the community life and various unpredicted events. Discretion is intended to implement the vague written laws (*vagenormen*) at the concrete situation so the government function can be conducted in flexibility and effectivity. Even though the discretion is not based on the written law, or there is no written text at all, discretion is still bounded to the principle of validity (*rechtmatigheid*), in term of the authority, procedure, and substance. The legal sign of the discretion is clear and universal, but it is often adjusted to be in line with the needs of the users of the discretion. That kind of discretion is out of the real discretion context; it is a kind of authority and law abuse. The problem is not on the law, but it is on the manner of the discretion users.

Key words: Discretion, *rechtmatigheid*, abuse of the authority, abuse of the law.

I. PENDAHULUAN

Diskresi sebagai instrumen pemerintahan banyak diperbincangkan dan diperdebatkan keberadaannya dalam penyelenggaraan pemerintahan di Indonesia. Perdebatan tersebut terutama mengenai konsep diskresi itu sendiri, apa tolok ukurnya untuk melakukan diskresi, siapa yang dapat melakukan diskresi, dan bagaimana mengontrol penggunaan diskresi.

Esensi diskresi adalah pengambilan suatu keputusan yang cepat, tepat, dan berfaedah terhadap sesuatu yang belum diatur oleh hukum, atau aturannya tidak jelas (*normanya kabur, vagenormen*). Keputusan dari diskresi harus tetap dibingkai oleh hukum. Dalam kepustakaan hukum dikenal berbagai istilah untuk diskresi, yaitu *pouvoir discretionare*, *discretionary power*, *freies ermessen*, dan *vrije bestuur* (Fahmal, 2006: 44). Fungsi diskresi menurut Marcus Lukman (Ridwan, 2006: 177), merupakan:

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

Pemahaman tentang diskresi sering dimaknai menurut masing-masing persepsi dan selera penggunaannya, sehingga berpotensi besar menimbulkan tindak pemerintahan yang tidak absah. Suatu hasil diskresi yang pernah dilakukan dan berdampak jauh ke masa depan, tetapi segi keabsahannya dipertanyakan, misalnya keputusan yang melahirkan pengikatan "kontrak penjualan" gas alam cair produksi ladang (kilang) Tangguh, Papua. Di masa yang lalu, pemerintah Indonesia mengikat kontrak penjualan (ekspor) gas alam produksi kilang Tangguh dengan perusahaan Fujian (China) dengan harga jual sebesar US\$3,35 *per-mile-mile british thermal unit* (mmbtu). Besaran harga itu pun sudah merupakan hasil negosiasi ulang (renegosiasi) kontrak tahun 2006. Ketika awal kontrak tahun 2002 dijual dengan harga US\$2,4 per-mmbtu. Sebagai perbandingan, harga gas di pasar internasional (Agustus 2008) mencapai US\$20 per-mmbtu. Untuk masa kontrak selama 25 (dua puluh lima) tahun (Media Indonesia: 2008). Secara matematis terdapat selisih harga jual yang sangat jauh (US\$16 lebih per-mmbtu) di bawah harga di pasar internasional saat itu.

Produksi gas kilang Tangguh tidak hanya dijual ke perusahaan Fujian (China) saja. Pada saat yang hampir bersamaan dan dengan harga juga relatif sama, pemerintah Indonesia juga mengikat kontrak penjualan gas tersebut dengan perusahaan asing lainnya, yakni: (Media Indonesia: 2008)

- *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.

Keputusan pemerintah untuk menjual gas tersebut di atas merupakan diskresi, sebab keputusan terakhir ada pada pemerintah Indonesia sendiri, menjual atau tidak menjual. Ada kebebasan untuk menilai dan mempertimbangkan secara matang sebelum mengambil keputusan. Namun keputusan yang diambil pemerintah dinilai sangat merugikan bangsa Indonesia. Saat suplai gas dalam negeri masih tidak memadai, justru sebagian besar produksi gas diekspor dengan harga yang sangat murah, sedangkan harga di pasar internasional jauh lebih tinggi.

Diskresi lainnya yang kontroversi adalah keputusan alih fungsi hutan di Batam, Bintan, dan Tanjung Api-Api (Sumatera Selatan). Untuk alih fungsi hutan di tiga lokasi tersebut, Menteri Kehutanan telah membuat keputusan 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 DPR. Sesuai ketentuan Pasal 19 ayat (2) UU No. 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan, alih fungsi hutan harus ada persetujuan DPR. Menteri Kehutanan, beralih keputusan tersebut hasil diskresi, "diskresi memang dilakukan sembari

menunggu persetujuan dari DPR" (Padangekspres, "Anggota DPR Ungkap Diskresi Menteri Kebutuhan, Izinkan Eksploitasi Hutan Sebelum Izin DPR Turun". <http://www.padangekspres.co.id/content/view/9626/103/>, diunduh 30 Agustus 2008).

Jika ditelusuri lebih jauh akan ditemukan lebih banyak kasus-kasus diskresi yang kontroversi maupun tidak absah seperti tersebut di atas. Tidak perlu dan tidak dapat dikuantitatifkan berapa jumlahnya, karena sebenarnya diskresi merupakan tindakan rutin dalam penyelenggaraan pemerintahan. Di samping diskresi yang buruk (keliru), sangat banyak diskresi yang baik dan bermanfaat dalam arti luas.

Dari fakta empirik penggunaan diskresi yang kontroversi tersebut di atas, mengingatkan betapa pentingnya pemahaman tentang norma pemerintahan, termasuk penggunaan diskresi yang seharusnya. Pemahaman secara benar tentang diskresi sangat penting, agar penggunaan diskresi tidak bias dari tujuannya, yakni meningkatkan daya guna pelaksanaan pemerintahan dan keadilan. Langkah-langkah menuju penggunaan diskresi yang tepat sasaran, sangat relevan dengan paradigma aparatur pemerintah di era globalisasi sekarang. Dikatakan oleh Effendi (2008: 27), "paradigma aparatur dalam era globalisasi, yakni tiap aparatur harus mampu mengambil keputusan (*make a decision*), bukan hanya sekedar menjalankan perintah atasan".

Pembahasan dalam studi ini berkisar pada penggunaan diskresi oleh pejabat pemerintah dalam melaksanakan wewenangnya, khususnya dari segi pemahaman konsep dan ketepatangunaan. Permasalahan dirumuskan sebagai berikut:

1. Mengapa diskresi digunakan dalam penyelenggaraan pemerintahan?
2. Dalam bentuk apakah rambu-rambu hukum yang membingkai sekaligus penguji keabsahan diskresi?

II. METODE PENELITIAN

Kajian ini beranjak dari ranah hukum administrasi, sehingga aspek normatif menjadi titik pangkal analisis, khususnya menyangkut instrumen-instrumen yang digunakan dalam penyelenggaraan pemerintahan. Untuk menjawab permasalahan yang diajukan, digunakan pendekatan aturan hukum (*statute approach*) dan norma hukum tidak tertulis, yaitu Asas Asas Umum Pemerintahan yang Baik (AUPB). Pendekatan AUPB adalah menggenapkan koridor hukum yang mendasari tindak pemerintahan, yaitu tidak hanya bersandar pada hukum tertulis (undang-undang) melainkan juga hukum tidak tertulis.

Penggunaan sumber bahan hukum, baik primer maupun sekunder, terutama dari kepustakaan bidang hukum tata negara, hukum administrasi (negara), khususnya persoalan-persoalan penggunaan wewenang pemerintahan, termasuk beberapa fenomena aktual cara ber hukum. Terhadap bahan hukum tersebut dilakukan analisis secara yuridis, baik dari sisi sumber kewenangan, norma pemerintahan, dan keabsahan tindak pemerintahan.

III. HASIL PENELITIAN DAN ANALISIS

A. DIMENSI HAKIKI DISKRESI DALAM PENYELENGGARAAN PEMERINTAHAN

Tiap penyelenggara pemerintahan harus memiliki legitimasi, yakni kewenangan yang diberikan oleh undang-undang (hukum tertulis). Namun undang-undang yang menjadi norma pemerintahan, tidak cukup mampu untuk merumuskan semua aspek kehidupan masyarakat dan perkembangan yang terjadi secara cepat di masyarakat.

Tugas pemerintahan tidaklah pasif (hanya melaksanakan undang-undang) tetapi aktif menyelenggarakan ketertiban dan kesejahteraan masyarakat. Di sisi lain, tidak ada undang-undang yang dapat menjangkau seluruh aspek kehidupan masyarakat, melainkan sifat pengaturannya umum, "impersonal" dan "abstrak". Untuk selanjutnya tugas pemerintah untuk menerapkan undang-undang dalam situasi konkrit, sehingga dengan latar belakang undang-undang yang demikian melahirkan asas "*freies ermessen*" (Hadjon, 1987: 185-186).

Konteks uraian tersebut di atas, selaras dengan pandangan Bruggink, bahwa aturan (hukum) itu berkaitan dengan keseluruhan kejadian yang tidak dapat diramalkan, sehingga dipandang lebih bijak untuk membuat aturan tetap fleksibel (lentur) dengan menggunakan pengertian yang "kabur" (Bruggink, 1996: 64). Di sini pula fungsi strategis diskresi bagi pejabat pemerintah dalam rangka memberi isi pada pengertian yang "kabur" itu, dengan memperhitungkan pada situasi atau keadaan konkret. Dengan menggunakan diskresi, menjadikan fungsi-fungsi pemerintahan dapat dijalankan secara fleksibel dan efektif.

Dari uraian di atas, ditarik benang merah terjadinya keputusan diskresi oleh pejabat pemerintah, yaitu muncul dalam lingkup penyelenggaraan wewenang pemerintahan yang tidak terikat atau bebas (*vrijebevoegdheid*), dalam arti tidak diatur secara tegas oleh aturan hukum. Meskipun demikian, kebebasan dalam arti diskresi tidak diartikan sama dengan kebebasan tanpa dasar sama sekali, melainkan kebebasan bagi pejabat pemerintah untuk mengambil suatu keputusan berdasarkan pendapatnya yang wajar. Dengan adanya diskresi dapat mencairkan kekakuan aturan hukum tertulis yang sering sangat sempit, kaku, bahkan tertinggal dari perkembangan di masyarakat.

Pemanfaatan diskresi yang tetap terkawal dalam bingkai hukum, sungguh merupakan proyek besar dan menantang, di tengah situasi cara berhukum yang masih carut-marut sekarang. Harapan tersebut akan lebih mudah diwujudkan jika situasi cara berhukum yang normal dan dinamis mewujudkan tujuan bernegara yang aman dan sejahtera.

B. RAMBU-RAMBU HUKUM YANG MEMBINGKAI DISKRESI

Apapun kekuasaan itu selalu ada batasnya dan harus dipertanggungjawabkan; "*geen bevoegdheid zonder verantwoordelijkheid*" atau "*there is no authority without responsibility*". Oleh karena itu, terhadap keputusan-keputusan yang dikeluarkan secara diskresi, tetap ada norma-norma yang berlaku terhadapnya. Dengan demikian, suatu keputusan

diskresi tetap dapat diuji segi keabsahannya.

Kriteria umum (*juridische criteria*) yang digunakan untuk menilai segi keabsahan (*rechtmatigheid*) suatu diskresi itu di Belanda, disebut "*algemene beginselen van beoorlijk bestuur*", di Perancis disebut "*principes generaux du droit publique*", di Belgia disebut "*algemene rechtsbeginselen*", dan di Jerman termasuk lingkungan "*Vervassungsprinzipien*" (Hadjon, 1994(1): 105). Dikatakan oleh de Moor-van Vugt (de Moor-van Vugt, 1987: 13):

De rol van juridische criteria die aan de uitoefening van discretionaire bevoegdheid gesteld worden, wordt in het Nederlandse administratieve recht vervuld door algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Zij zijn tot ontwikkeling gekomen in de rechtspraak van administratieve rechter, die ze hanteert als toetsingsnorm bij de controle van individuele besluiten.

(Peran dari kriteria yuridis yang diterapkan pada pelaksanaan wewenang bebas pada hukum administrasi Belanda dilaksanakan oleh AUPB. Peran tersebut berkembang di dalam peradilan oleh hakim administrasi, ia dipakai sebagai norma penguji pada pengawasan terhadap suatu keputusan individual).

Pada mulanya AUPB dipakai sebagai norma penguji pada pengawasan terhadap keputusan individual (*beschikking*). Dalam perkembangannya timbul kesadaran bahwa peran AUPB tidak hanya berfungsi sebagai norma penguji, melainkan juga sebagai norma bagi pejabat pemerintah untuk melaksanakan wewenangnya. Konsekuensi dari fungsi normatif AUPB bagi pejabat pemerintah, maka suatu keputusan pemerintah yang bertentangan dengan AUPB berarti bertentangan dengan hukum.

AUPB sebagai hukum tidak tertulis sejajar keberlakuannya dengan keberlakuan hukum tertulis dan keduanya mempunyai kedudukan atau fungsi yang sama yakni sebagai sumber hukum. Dikatakan oleh Hadjon (1987: 193), perbuatan penguasa (dengan memperhatikan asas keserasian yang bertumpu atas dasar kerukunan) tidak hanya dinilai berdasarkan norma-norma yang "*zakelijk*", tetapi juga dinilai berdasarkan kepatutan yang berlaku dalam masyarakat.

Konsep AUPB dimaksudkan juga sebagai upaya untuk mewujudkan pemerintahan yang baik, yakni bersih dari korupsi, efisien, efektif, terbuka, dan akuntabel. Dikatakan oleh Hadjon (1994(2): 7), konsep pemerintahan yang bersih sejajar dengan konsep (tindak) pemerintah yang absah (*rechtmatig bestuur* atau *rechtmatigheid van bestuur*). Oleh karena itu, keabsahan penggunaan diskresi melekat pada nilai-nilai dan norma yang terkandung dalam AUPB.

Dalam kepustakaan dikenal sejumlah unsur dari AUPB, antara lain asas "*fair play*", asas kecermatan, asas sasaran yang tepat, asas keseimbangan, dan asas kepastian hukum (Hadjon, 199(1): 106). Keputusan yang diambil berdasarkan diskresi mengandung nilai keadilan, dilakukan secara cermat, tepat guna dan hasil guna, keseimbangan dari berbagai aspek kepentingan (warga, pemerintah, dan negara, serta lingkungan hidup), serta kepastian hukum. Perlu digarisbawahi, makna kepastian hukum tidak hanya berdasarkan aturan hukum tertulis, melainkan juga didasarkan norma tidak tertulis (AUPB) karena

AUPB senantiasa menjadi norma pemerintahan. Di Belanda (Hadjon, 1994(1): 107), dikembangkan beberapa unsur AUPB melalui yurisprudensi, yakni:

1. asas pertimbangan (*mottveringsbeginsel*);
2. asas kecermatan (*zorgvuldigheidsbeginsel*);
3. asas kepastian hukum (*rechtzekerheid beginsel*);
4. asas kepercayaan atau asas menanggapi harapan yang telah ditimbulkan (*vertrouwensbeginsel op beginsel van opgewekte verwachtingen*);
5. asas persamaan (*gelijkheidsbeginsel*);
6. asas keseimbangan (*evenredigheidsbeginsel*);
7. asas kewenangan (*bevoegheidsbeginsel*);
8. asas "fair play" (*beginsel van fair play*);
9. asas larangan "*detournement de pouvoir* (*bet verbod detournement de pouvoir*);
10. asas larangan bertindak sewenang-wenang (*bet verbod willekeur*).

Kemungkinan masih dapat diidentifikasi lebih banyak lagi unsur-unsur AUPB, baik dalam suatu literatur maupun dari praktek peradilan. Meskipun demikian, tidak merupakan aktivitas yang utama mengidentifikasi segi kuantitas unsur AUPB dan memang tidak dirinci dalam aturan hukum, tetapi ditemukan dalam praktik menjalankan pemerintahan dan oleh hakim melalui *rechtsvinding*.

C. ALAT UKUR KEABSAHAN DISKRESI

Tiap pengambilan keputusan diskresi, mesti dilandasi semangat dan perasaan yang selalu bertanya pada diri pejabat tersebut, apakah keputusan yang akan diambil sudah tepat? Pertanyaannya tidak sekedar menyangkut aspek prosedur formal, melainkan juga menyangkut beberapa aspek "pengaman", seperti hasil dan manfaat yang diperoleh, dan dampak yang timbul dari segi sosial-ekologis. Dalam kaitannya dengan keputusan pemerintah menjual (ekspor) gas sebagaimana dicontohkan di atas, seyogyanya pengambil keputusan mempertanyakan dan memprediksi, seperti apa kemungkinan harga gas alam di pasar internasional di masa depan. Jika aspek-aspek pengaman diskresi diabaikan, maka dapat berujung pada diskresi yang merugikan negara dan masyarakat, seperti dalam kasus penjualan gas alam tersebut di atas.

Bagaimana menguji (mengukur) keabsahan diskresi? Pengujian keabsahan (*rechtmatigheidsstoetsing*) suatu diskresi dapat menggunakan teori keabsahan yang meliputi 3 (tiga) aspek, yaitu kewenangan, prosedur, dan substansi (Hadjon, 1994(2): 7). Ketiga aspek tersebut menurunkan beberapa aspek lagi, seperti:

- cara memperoleh wewenang yang sah;
- perlindungan hak-hak dasar manusia;
- keterbukaan;

- efisiensi (*doematigbeid*, daya guna);
- efektivitas (*doeltreffenbeid*, hasil guna);
- rasionalitas, menyangkut ada tidaknya unsur sewenang-wenang, tanpa anasir yang jelas atau nyata-nyata tidak masuk akal; dan
- tujuan tindakan, menyangkut ada tidaknya penyalahgunaan wewenang (penggunaan wewenang untuk tujuan lain).

Secara institusional, pada dasarnya dapat diketahui dengan jelas instansi-instansi pemerintah apa yang berwenang melakukan suatu tindakan, misalnya dalam hal perizinan, seperti mendirikan bangunan, izin perkebunan, izin pertambangan, dan izin usaha perhotelan. Dari cara memperoleh wewenang bisa secara atribusi, delegasi, atau mandat, namun yang menimbulkan masalah yakni ruang lingkup wewenang yang dimiliki suatu instansi atau pejabat. Sering tidak jelas batasan, atau duplikasi wewenang antar departemen atau instansi tertentu. Dari contoh dimensi diskresi pemberian izin eksplorasi hutan oleh Menteri Kehutanan, muncul problematik penggunaan kewenangan yang "prematurn", yaitu mendahului kewenangan DPR. Bila diuji berdasarkan asas legalitas, maka tindakan Menteri Kehutanan tersebut bernilai tidak sah.

Aspek perlindungan hak-hak dasar manusia, adalah hak rakyat untuk mendapatkan manfaat yang besar dari hasil pengelolaan sumber daya alam, terjaminnya lingkungan yang sehat, dan kesinambungan fungsi lingkungan. Diskresi atas pengelolaan sumber daya alam atau sumber daya energi, harus memberi manfaat besar bagi negara dan rakyat, bukan malah lebih banyak merugikan rakyat.

Asas keterbukaan mewajibkan pemerintah untuk aktif memberikan informasi kepada publik tentang keputusan yang akan diambil, terlebih jika keputusan tersebut memiliki dampak yang luas, misalnya bagi kepentingan sosial, ekonomi, ekologis, dan negara. Asas keterbukaan memberi ruang bagi pemerintahan yang demokratis, sebab keterbukaan informasi seperti itu memungkinkan peran serta masyarakat dalam mengambil keputusan. Lebih jauh asas keterbukaan dapat mencegah penyalahgunaan wewenang karena berjalannya fungsi pengawasan oleh masyarakat. Pengawasan masyarakat atas tindak pemerintahan, termasuk diskresi, hanya mungkin dilakukan jika terbuka akses atas informasi rencana, program, dan kegiatan pemerintahan yang mestinya diketahui publik.

Pada banyak kasus, seperti pada diskresi yang kontroversi sebagaimana dipaparkan di atas, justru aspek keterbukaan ini yang lepas dari perhatian pemerintah, atau memang ada unsur kesengajaan dan direncanakan. Jika asas keterbukaan dijalankan dalam skala yang lebih luas dan memungkinkan masyarakat mengakses rencana keputusan pemerintah, maka tipis peluang terjadinya penggunaan diskresi secara salah tafsir dan salah guna. Ironi, justru aspek keterbukaan ini pula hampir tidak berjalan sama sekali, sehingga membuka ruang terjadinya penyalahgunaan wewenang dengan dalih diskresi.

Asas efisiensi, selalu mengingatkan pentingnya daya guna dari keputusan yang diambil, baik pada saat keputusan diambil maupun dalam prediksi di masa depan. Efisien, dilakukan dengan melakukan perbandingan dengan biaya yang dikeluarkan, atau hasil yang dicapai dengan pengorbanan. Menurut Abdul Asri Harahap, efisien bila hasil lebih besar daripada pengorbanan (Harahap, 2004: 157-158). Kontrak penjualan gas alam tersebut di atas, jauh dari efisiensi, karena akibatnya jelas-jelas merugikan Indonesia.

Dari rangkaian tindakan-tindakan yang tidak absah tersebut di atas, sulit dibayangkan tercapainya efektivitas (*doeltreffenheid*, hasil guna) tujuan semula penyelenggaraan pemerintahan. Dikaitkan dengan hakikat dan tujuan sejati diskresi untuk efektivitas dan kemaslahatan yang besar bagi rakyat, maka tindakan diskresi yang menyimpang dari tujuannya, tidak dapat lagi disebut sebagai diskresi, karena nyata-nyata bertentangan dengan asas efektivitas dan asas-asas keabsahan lainnya seperti diuraikan di atas.

Keputusan penjualan gas alam dan alih fungsi lahan seperti diuraikan di atas, jauh dari aspek rasionalitas, karena tidak didasarkan pada anasir yang jelas sehingga nyata-nyata tidak masuk akal. Tepatlah dikatakan bahwa penilaian keabsahaan terhadap tindak pemerintahan, termasuk diskresi, tidak hanya tentang hasilnya yang dicapai, melainkan juga tentang caranya dari aspek kewajaran dan keadilan. Pencapaian hasil yang baik, harus dilakukan dengan cara dan prosedur yang baik pula. Semua tindakan-tindakan yang tidak cermat atau mungkin tidak jujur sebagaimana telah diuraikan tadi, sudah menjadi indikasi yang kuat terjadinya penyalahgunaan wewenang untuk suatu kepentingan tertentu, setidaknya sebagai keputusan yang tidak cermat (tidak absah).

D. MENGAPA RAMBU HUKUM DISKRESI DITERABAS?

Rambu-rambu hukum diskresi yang begitu prinsip dan universal dan seharusnya melandasi tiap tindakan pemerintahan, ternyata "diterabas" begitu saja seakan-akan tidak ada sama sekali, padahal hukumnya sudah baik. Tentu ada persoalan besar yang terjadi dalam kehidupan bernegara dan ber hukum di Indonesia, yakni terletak pada cara pikir dan cara pandang sebagian besar masyarakatnya, sehingga menjelma dalam perilaku, termasuk perilaku aparat pemerintah.

Ungkapan filosofis-dialogis Sri Redjeki Hartono, mengapa hukum menjadi begitu sangat tidak fungsional sebagaimana mestinya? Jawabannya bukan terletak pada hukum itu sendiri, tetapi pada manusianya (Pramudya, 2007: 11). Paralel dengan itu, dikatakan oleh Rahardjo (2007(2): 17), "hukum itu lebih merupakan masalah manusia daripada peraturan. Peraturan itu tidak akan menimbulkan berbagai pergolakan dalam hukum apabila tidak digerakkan oleh manusia".

Hukum itu tidak pernah bisa bertindak untuk mewujudkan apa yang dikatakan tanpa campur tangan manusia. Pencuri hanya bisa dihukum bila ada polisi yang bertindak. Koruptor hanya bisa diadili dan dihukum bila polisi, jaksa, dan hakim bergandengan

tangan (Rahardjo, 2007(1): 111). Kemandulan hukum terjadi bila manusia tidak turun dengan penuh *greget* (*compassion, empathy, determination*) untuk memberikan keadilan bagi rakyat (Rahardjo, 2007(1): 111). Peran manusia sangat menentukan bagaimana cara ber hukum, misalnya cara ber hukum untuk kemaslahatan (kebahagiaan) publik (rakyat), cara ber hukum untuk kepentingan diri sendiri dan kelompok, atau cara ber hukum untuk mengokohkan kekuasaan.

Pada prinsipnya, penggunaan hukum itu (dalam arti undang-undang) seperti apa adanya, sesuai teks undang-undang, sudah memadai dan dapat dipertanggungjawabkan secara legal formal. Memang cara ber hukum yang cenderung legalistik (secara sempit) seperti itu memiliki kelemahan-kelemahan, sebagaimana dikatakan oleh Rahardjo (2007(2): 95):

“...pemahaman teori hukum secara sempit yang pada gilirannya cenderung formalistik, lambat, dan kekurangan kapasitas untuk beradaptasi dan mengantisipasi perkembangan aspek kehidupan masyarakat yang kompleks dan progresif”.

Keadaan akan menjadi gawat, dalam hal mana hukum tertulis termasuk cara diskresi itu “dibengkokkan”, bahkan “dipatahkan”, dengan cara menafsirkan menurut selera penggunaannya. Dalam realitas empirik, praktik hukum yang demikian mewujud, misalnya penyuaipan dikatakan sebagai pemberian hibah atau uang titipan; dan kasus pengedar narkoba yang terjerat hukum, “dimodifikasi” sebagai pemakai atau pengguna narkoba, dengan maksud menghindari jerat pidana yang lebih berat dibandingkan sebagai pengedar.

Membengkokkan atau mematahkan hukum, hanya mungkin dilakukan oleh orang-orang bisa membaca peraturan, tetapi dimaknai dari sudut kepentingan tertentu, kepentingan sendiri, atau kepentingan kelompok. Cara-cara ber hukum yang demikian, jelas di luar konteks diskresi yang sejatinya, tetapi penyalahgunaan wewenang dan penyalahgunaan hukum.

Hukum memang membawa “cacat sejak dilahirkan” (rumusan norma hukumnya yang sempit, terbatas), namun jika digunakan dengan penuh dedikasi dan kesetiaan, maka kinerja hukum akan menjadi baik. Robert B. Seidman, menunjukkan bahwa sejak negara-negara jajahan Inggris di Afrika merdeka, maka tugas menjalankan hukum langsung diambil oleh orang-orang pribumi, tetapi hukum yang dipakai tetap hukum peninggalan kolonial. Masalahnya, mengapa dengan hukum sama, tapi kinerja hukumnya jauh merosot? (Rahardjo, 2007(2): 19). Ternyata dimasa kolonial Inggris, hukum administrasi dijalankan dengan penuh dedikasi dan kesetiaan para *civil servants* kerajaan Inggris, sehingga kelemahan dalam hukum administrasi ditutup oleh sikap dedikasi dan kesetiaan tersebut.

Suatu fakta historis yang menarik untuk dijadikan bahan pencerahan, yakni buruknya praktik perizinan di Inggris dua abad yang lalu. Ketika itu, di Inggris semua bisa dibeli,

termasuk kursi di parlemen. Pegawai negeri juga tak dapat dipercaya, semua bisa dibeli. Ternyata sumbernya adalah sistem perizinan yang sudah berubah menjadi barang dagangan. Karena serba harus ada izin, maka orang berusaha membeli izin itu, tanpa bersusah payah memenuhi persyaratan untuk mendapat izin. Akhirnya langkah tegas yang diambil adalah menghapus izin-izin itu, sehingga tidak ada alasan untuk adanya sesuatu yang bisa dibeli atau diperjualbelikan. Sejak itu Inggris berangsur-angsur mampu keluar dari kondisi sosialnya yang buruk itu (Rahardjo, 2007(1): 87).

Indonesia termasuk negara yang sangat buruk sistem pelayanan izin. Hasil survey oleh *International Finance Corporation* (IFC) -sebuah lembaga di bawah naungan Bank Dunia tahun 2008- mengenai kemudahan perizinan. Dari 178 negara diteliti, Indonesia termasuk sangat buruk sistem dan mutu pelayanan perizinan (berada di peringkat 123). Negara-negara tetangga, seperti Singapore (peringkat 1), Malaysia (peringkat 24), Thailand (peringkat 15), Australia (peringkat 9), India (peringkat 120), dan Vietnam (peringkat 91) (Effendi, 2008: 20, dan Kompas, 2008: 25). Pada tahun 2009 posisi Indonesia naik berada di peringkat 111 (<http://id.news.yahoo.com/viva/20091117/tpl-indonesia-peringkat-111-negara-terko-770ca16.html>, diunduh tanggal 17 November 2009, pukul 17.35). Indeks peringkat korupsi tersebut belum memperhitungkan merebaknya kasus dugaan korupsi yang melibatkan KPK dan Polri.

Kerumitan pelayanan perizinan jelas terkait dengan diskresi dari aparaturnya, sedangkan keputusan memberikan izin atau tidak, itu berada dalam ranah wewenang bebas (diskresi). Mungkin paradigma pelayanan rumit itu telah dilandasi sikap dan cara pandang "kalau bisa diperlambat, mengapa harus dipercepat", "kalau bisa dipersulit, mengapa harus dipermudah". Paradigma pelayanan rumit akan segera berubah jika yang harus dilayani adalah dari kelompok kroni atau dari kelompok sendiri, atau karena ada keuntungan bagi diri pribadi. Hal ini makin menyadarkan pula bahwa reformasi pelayanan perizinan, tidak bisa ditunda-tunda dan merupakan bagian yang tak terpisahkan dari upaya-upaya menuju cara ber hukum yang membahagiakan.

E. DISKRESI YANG BIAS DAN LAYANAN DISKRIMINATIF

Diskresi yang bias melahirkan diskriminasi pelayanan oleh pemerintah, misalnya diskresi dalam penerimaan peserta didik (PPD) atau penerimaan calon siswa baru, tahun ajaran 2008/2009 di lingkungan Dinas Pendidikan di Kota Semarang. Selama masa PPD tersebut, berbagai media cetak lokal hampir tiap hari memuat berita yang "menggugat" "diskresi jalur khusus". Persoalannya bukan membuat diskresi khusus kemudahan orang yang tidak mampu secara ekonomi, tetapi khusus bagi mereka yang mampu atau kaya (*the haves*) untuk memasukkan anaknya ke sekolah "favorit". Diskresi itu mempersyaratkan sejumlah uang yang relatif besar, mulai dari belasan juta rupiah sampai dengan puluhan juta rupiah (catatan: diolah dari berbagai sumber). Tidak jelas apa dasar hukum

yang meletakkan syarat sejumlah uang tersebut, menjadi pos penerimaan apa, dan digunakan untuk apa. Bagi orang tua calon siswa yang mampu (kaya), uang sejumlah itu relatif kecil-ringan, tapi lain halnya bagi mereka strata bawah, lemah secara sosial-ekonomi, hanya pasrah dalam ketidakberdayaan. Kasus tersebut, hanyalah gambaran kecil dari persoalan besar penggunaan diskresi yang langsung berhubungan dengan kepentingan individual masyarakat.

Fenomena tersebut di atas, sudah lama menjadi amatan oleh Marc Galanter, sehingga ia menyatakan "*the haves always come out ahead*" (Rahardjo, 2004: 75, Wignjosoebroto, 2008: 185 dan 187). Donald Black, mengemukakan hal yang lebih kurang sama maksudnya, bahwa "gugatan oleh seseorang dari kelas atas terhadap mereka yang berstatus rendah akan cenderung dinilai serius, sehingga akan memperoleh reaksi cepat, tidak demikian yang sebaliknya" (Wignjosoebroto, 2008: 87). Ungkapan tersebut bermakna, bahwa pelaksana hukum cenderung lebih melayani orang-orang yang status sosialnya yang lebih tinggi, daripada mereka status sosialnya yang rendah, sehingga menimbulkan kondisi yang diskriminatif dalam hal layanan hukum.

Kenyataan tersebut di atas, mungkin salah satu pemicu pro-kontra terhadap Rancangan Undang-Undang (RUU) Administrasi Pemerintahan. Apakah perlu masalah diskresi diatur dalam suatu undang-undang mengenai batasan-batasan ruang lingkungannya? Benyamin Hossein, menganggap keberadaan suatu "UU Administrasi Pemerintahan", nantinya bisa menjadi batasan secara hukum pembuatan diskresi sebagai fungsi kontrol mencegah terjadinya *abuse of power*, dan agar menjadi sarana terwujudnya *good governance* (Hukumonline, "*Diskresi Pejabat Sulit Dicari Batasannya*" <http://hukumonline.com/detail.asp?id=14965&c1=Fokus>, diunduh 30 Agustus 2008). Persoalan sebenarnya bukan apakah perlu adanya diskresi dan perlu diatur dalam suatu undang-undang, melainkan bagaimana cara menggunakannya, sehingga sesuai dengan hakikat dan fungsi diskresi itu sendiri.

IV. SIMPULAN

Suatu undang-undang itu selalu terbatas jangkauannya, ditandai dengan rumusan pasal-pasal hanya bersifat umum, impersonal dan abstrak. Dengan demikian, tak terhindarkan adanya rumusan norma yang "kabur" karena memperhitungkan situasi atau keadaan konkret yang belum dapat diramalkan. Di sisi lain, tugas pemerintahan tidaklah pasif (hanya melaksanakan undang-undang), melainkan aktif menyelenggarakan ketertiban dan kesejahteraan warga. Oleh karena itu, diperlukan diskresi untuk menerapkan norma hukum tertulis yang kabur dalam situasi konkret, sehingga fungsi pemerintahan dapat dijalankan secara fleksibel dan efektif.

Kekuasaan itu ada batasnya dan harus dipertanggungjawabkan, sehingga tiap diskresi yang dibuat pejabat pemerintah tunduk pada norma hukum, setidak-tidaknya berupa

hukum tidak tertulis (AUPB). Di samping berfungsi sebagai norma pemerintahan, AUPB memiliki fungsi pula sebagai alat uji keabsahan (*rechtmatigheidscontrole*) terhadap diskresi. Keputusan pemerintah yang bertentangan dengan AUPB berarti bertentangan dengan hukum. Ruang lingkup pengujian diskresi harus meliputi keabsahan dari aspek kewenangan, prosedur, dan substansi. Penjabaran dari ketiga aspek keabsahan tersebut meliputi: sumber kewenangan yang sah; perlindungan hak-hak dasar manusia; keterbukaan; efisiensi (*doelmatigheid*, daya guna); efektivitas (*doeltreffendheid*, hasil guna); rasionalitas; dan tujuan tindakan.

Rambu-rambu hukum diskresi sudah jelas dan universal serta melandasi tiap tindakan pemerintahan. Namun diskresi yang semula dimaksudkan untuk kebaikan, sering "dibengkokkan" atau "dipatahkan", agar cocok dengan "selera" penggunaannya. Cara diskresi yang demikian itu sudah di luar konteks diskresi yang sejati, melainkan penyalahgunaan wewenang dan penyalahgunaan hukum. Yang demikian itu tidak terletak pada persoalan hukumnya, melainkan terletak pada cara pikir dan cara pandang aparaturnya dan masyarakat, sehingga menjelma dalam perilaku. Hukum atau peraturan itu sendiri tidak akan menimbulkan berbagai ketegangan apabila tidak digerakkan oleh perilaku manusia untuk tujuan yang tidak semestinya.