

PERSPEKTIF FILOSOFIS KONSEP KEKUASAAN DISKRESI PEMERINTAH

Krishna Djaya Darumurti

Staf Pengajar Fakultas Hukum Universitas Kristen Satya Wacana

Korespondensi: krishna_solo3@yahoo.com

Abstrak

Artikel ini menganalisis isu filosofis tentang konsep kekuasaan diskresi pemerintah. Artikel ini berargumen bahwa teori hukum alam lebih memadai dibandingkan teori positivisme yuridis dalam menjustifikasi dasar filosofis kekuasaan diskresi pemerintah. Dengan kekuasaan diskresi yang dimiliki, pemerintah adakalanya dapat bertindak menyimpangi undang-undang atau asas legalitas. Oleh karena itu, supaya terlegitimasi, tindakan demikian memerlukan justifikasi filosofis yang memadai. Teori hukum alam menjustifikasi kekuasaan diskresi pemerintah dengan mengajukan klaim bahwa diskresi adalah tuntutan hukum yang lebih tinggi dari hukum positif.

Kata-kata Kunci: Diskresi; Pemerintah; Hukum Alam.

Abstract

This article analyses the philosophical issue of the concept of discretionary power of the government. It is argued that natural law theory is better than legal positivism theory to justify the philosophical underpinning of the discretionary power of government. By its discretionary power, the government sometimes can take an action contrary to laws or legislation or principle of legality. To be legitimate, this action needs sufficient philosophical justification. Natural law theory justifies discretionary power of government by claiming that discretion is the demand of the higher law that is higher than the positive law.

Key Words: Discretion; Government; Natural Law.

PENDAHULUAN

Tulisan ini akan menganalisis hakikat dari konsep kekuasaan diskresi pemerintah secara filosofis. Sebagai prapemahaman, konsep kekuasaan yang dibahas di sini adalah produk bentukan hukum (*legal concept*) dan digunakan dalam konteks pemerintahan dalam arti luas. Kekuasaan sebagai produk bentukan hukum tunduk pada asas negara hukum.

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

*Rightly constituted laws should be the final sovereign; and personal rule, whether it be exercised by a single person or a body of persons, should be sovereign only in those matters on which law is unable, owing to the difficulty of framing general rules for all contingencies, to make an exact pronouncement.*¹

Pada tataran abstraktif konsep kekuasaan diskresi dimaknai sebagai kekuasaan bebas; kekuasaan berdasarkan pertimbangan subjektif atau personal dari pemegang kekuasaan untuk melakukan atau tidak melakukan

sesuatu. Pemegang kekuasaan diskresi memiliki kebebasan bertindak dalam menghadapi suatu situasi kasuistik.² Konsep kekuasaan diskresi bersifat kontras dibandingkan dengan konsep kekuasaan berdasarkan "*general rule of law*". Oleh karena itu kekuasaan diskresi adalah kekuasaan yang bersifat eksepsional; pengecualian terhadap "*general rule of law*". Dalam pengertian demikian maka hakikat dari kekuasaan diskresi adalah kekuasaan bebas di mana pemegang kekuasaan tidak perlu mendasari secara ketat aturan undang-undang dalam bertindak.³ Karena bersifat eksepsional maka kekuasaan diskresi hanya dapat digunakan secara kasuistik.⁴

Atas dasar prapemahaman tersebut maka tulisan ini akan menggali landasan filosofis konsep kekuasaan diskresi. Untuk itu saya berargumen bahwa konsep kekuasaan diskresi pemerintah paling memadai jika dipahami dari perspektif *natural law theory* (teori hukum alam). Dengan demikian, hakikat konsep kekuasaan diskresi sebagaimana dinyatakan di atas akan dapat dibenarkan sehingga konsep tersebut *legitimate* meskipun dalam situasi-situasi tertentu pemerintah, dengan kekuasaan diskresinya, dapat bertindak menyimpangi asas legalitas atau undang-undang.

¹ Antonin Scalia, 'The Rule of Law as a Law of Rules' (1989) 56 *The University of Chicago Law Review* 1175, 1176.

² Kuntjoro Purbopranoto, *Beberapa Catatan Hukum Tata Pemerintahan dan Peradilan Administrasi Negara* (Alumni 1975) 36.

³ *Ibid.* 44.

⁴ *Ibid.* 36.

PEMBAHASAN

Kontroversi dalam Konsep Diskresi

Isu teoretis-konseptual sentral dalam menganalisis konsep diskresi adalah terjadinya tegangan (*tension*) antara tindakan menjalankan undang-undang (atau peraturan perundang-undangan lebih luas) secara legalistik *versus* tindakan menyimpang dari undang-undang (atau peraturan perundang-undangan lebih luas). Secara logika, tindakan yang disebut lebih akhir kontroversial tanpa justifikasi memadai. Misal, tindakan tersebut dapat dikualifikasikan secara sumir sebagai pelanggaran hukum; penyalahgunaan kekuasaan karena yang melakukan adalah badan/pejabat pemerintah. Hal ini sejalan dengan penilaian negatif atas konsep diskresi yang dikemukakan oleh Herbert Packer yang menyatakan: “*The basic trouble with discretion is simply that it is lawless, in the literal sense of that term.*”⁵

Albert Venn Dicey, yuris konstitusional terkemuka dari Inggris, mengontraskan secara tajam konsep diskresi dengan konsep *the rule of law* lewat pernyataannya: “*In this sense the rule of law is contrasted with every system of government based on the exercise by persons in authority of wide, arbitrary, or discretionary powers of*

constraint.”⁶ Dicey yang berpandangan negatif tentang diskresi lalu menyatakan:

*wherever there is discretion there is room for arbitrariness, and that in a republic no less than under a monarchy discretionary authority on the part of the government must mean insecurity for legal freedom on the part of its subjects.*⁷

Oleh karena itu, sebagai implikasi dari doktrinnya tentang *the rule of law*, Dicey mengklaim:

*It means, in the first place, the absolute supremacy or predominance of regular law as opposed to the influence of arbitrary power, and excludes the existence of arbitrariness, of prerogative, or even of wide discretionary authority on the part of the government.*⁸

Pendapat lebih simpatik tentang konsep diskresi dikemukakan oleh Kenneth Culp Davis yang menyatakan proposisi sangat terkenal: “*where law ends, discretion begins, and the exercise of discretion may mean either beneficence or tyranny, either justice or injustice, either reasonableness or arbitrariness.*”⁹ Pendapat ini berusaha bersikap netral dalam menanggapi konsep diskresi karena secara konsekuensial tindakan diskresi dapat berimplikasi positif maupun negatif. Dalam konteks demikian, menjawab isu konseptual tentang kekuasaan diskresi pada

⁵ Seperti dikutip dalam Robert C. Post, ‘The Management of Speech: Discretion and Rights’ (1984) *The Supreme Court Review* 169, 169.

⁶ A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (MacMillan and Co. Ltd. 1915) 184.

⁷ *Ibid.*

⁸ *Ibid.* 198.

⁹ Seperti dikutip oleh Martina Künnecke, *Tradition and Change in Administrative Law: An Anglo-German Comparison* (Springer 2007) 74.

Pernyataan ini dikutip pula di dalam Robert C. Post, *Loc.cit.* Pernyataan tersebut bersumber dari bukunya berjudul *Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry* (1969).

hakikatnya adalah membangun suatu argumen di mana legalitas sebagai nilai universal,¹⁰ dan tindakan menjalankan undang-undang (peraturan perundang-undangan) secara legalistik (dalam kerangka asas legalitas) sebagai implikasinya, dapat kehilangan maknanya yang hakiki pada momen tertentu sehingga perlu diambil suatu tindakan yang secara drastis bertolak belakang dengan itu. Hal ini menjadikan isu teoretis-konseptual tentang hakikat konsep diskresi sangat menarik karena berada di ranah perdebatan yang kontroversial secara ontologis.

Makna Kekuasaan Diskresi Pemerintah

Secara etimologis, konsep diskresi (*discretion*) memiliki akar kata *discernere* (Latin). Kata ini dalam bahasa Inggris memiliki padanan (sinonim) dengan kata *discernment* dan *judgment*.¹¹ Dalam pengertian demikian, konsep diskresi secara konseptual sesungguhnya tidak mengandung makna yang negatif seperti banyak reaksi yang muncul.¹² Hal itu mengindikasikan adanya salah pengertian serius dalam memaknai konsep diskresi pada tataran teoretis-konseptual, terutama pemaknaannya dalam konteks antinomi dengan tuntutan asas legalitas yang cenderung dimaknai secara negatif sebagai

tuntutan untuk bertindak secara legalistik supaya tindakan tersebut sesuai dengan hukum.

Dalam perspektif demikian, pandangan yang keliru mengenai konsep diskresi perlu diluruskan karena hakikat sebenarnya dari diskresi menghendaki agar: “*An exercise of discretion is subject to reversal only if the discretion is abused.*”¹³ Sesuai pengertian itu maka diskresi merupakan konsep yuridis (*legal concept*) tentang kekuasaan pemerintah yang *legitimate* di mana badan/pejabat pemerintah yang menjalankannya berhak untuk memperoleh perlindungan hukum. Implikasinya, tindakan diskresi baru bermakna negatif manakala ada penyalahgunaan atas diskresi tersebut, dan hal itu yang seyogianya dipermasalahkan.

Seperti telah dijelaskan, analisis konsep diskresi seyogianya difokuskan pada kebalikan dari situasi tindakan normal bagi badan/pejabat pemerintah dalam kerangka negara hukum (*the rule of law*) yang menuntut supaya tindakan badan/pejabat pemerintah tersebut bersifat *rule-based* atau *rule following*. Menurut Maurice Rosenberg, dalam situasi demikian konsep diskresi bermakna: “*a decision maker has a wide range of choice as to what he decides, free from the constraints which*

¹⁰ Argumen tentang legalitas sebagai nilai universal dikemukakan oleh Judith N. Skhlar lewat konsep *legalism*-nya. Menurut Skhlar, yang dimaksud dengan *legalism* adalah “*the ethical attitude that holds moral conduct to be a matter of rule following, and moral relationships to consist of duties and rights determined by rules.*” Judith N. Skhlar, *Legalism: An Essay on Law, Morals and Politics* (Harvard University Press 1964) 1.

¹¹ George P. Fletcher, ‘Some Unwise Reflections About Discretion’ (1984) 47 *Law and Contemporary Problems* 269, 270.

¹² Lihat kembali secara spesifik pendapat Dicey di atas.

¹³ George P. Fletcher, *Op.Cit.* 271.

characteristically attach whenever legal rules enter the decision process."¹⁴ Pendapat tersebut diperkuat oleh Kenneth Culp Davis yang menjelaskan prakondisi bagi dimilikinya kekuasaan diskresi oleh badan/pejabat pemerintah sebagai berikut: "*An administrator has discretion whenever the effective limits on his power leave him free to make a choice among possible courses of action or inaction.*"¹⁵

Seperti tersirat di atas, diskresi pada hakikatnya menampakkan satu kecenderungan berupa pengecualian dari keharusan bertindak sesuai *general rule* dari peraturan perundang-undangan (pendekatan *rule-based* atau *rule following*). Pengecualian tersebut mengandung karakter inheren kebebasan yang disertai dengan ruang lingkup yang luas secara fungsional berbanding lurus dengan cakupan dari kekuasaan yang dimiliki oleh badan/pejabat pemerintah.

Bahkan lebih jauh lagi ada pandangan bahwa badan/pejabat pemerintah secara inheren memiliki kebebasan bertindak residual tanpa adanya otorisasi undang-undang sekalipun. Pemikiran ini timbul dari asumsi bahwa pemerintah boleh melakukan tindakan apapun sepanjang tidak melanggar hukum atau hak-hak individual. Pandangan ini mengakui bahwa kedudukan pemerintah sama

dengan individu yang dipresumsikan sama-sama memiliki kebebasan dan boleh melakukan apapun sepanjang tidak dilarang oleh hukum. Itu artinya, undang-undang atau putusan pengadilan dapat membatasi kebebasan tersebut. Sepanjang hal itu tidak dilakukan maka dianggap pemerintah memiliki kebebasan bertindak. Pengertian ini dikonsepsikan sebagai "*the third source authority for government action*" yang dikembangkan oleh B.V. Harris dari Selandia Baru.¹⁶

Sejalan dengan itu, Maria O'Sullivan menekankan makna konsep diskresi sebagai keadaan yang berkebalikan dengan situasi tindakan secara subsumtif berdasarkan peraturan perundang-undangan. O'Sullivan menyatakan:

*The term 'discretion' indicates the existence of a level of choice in making a decision and is usually expressed by use of the word 'may' in a statutory provision. This can be contrasted with those statutory provisions which require a decision maker to make a decision if certain criteria are satisfied. The important aspect of a discretion in terms of administrative law is that it is designed to allow a decision maker to examine the merits of a particular case, rather than applying criteria in an automatic fashion.*¹⁷

Pendapat di atas tidak berbeda secara substansial dengan pendapat yang selama ini telah diterima dalam studi

¹⁴ Seperti dikutip dalam George C. Christie, 'An Essay on Discretion' (1986) Duke Law Journal 747, 747-748.

¹⁵ Kenneth Culp Davis, *Administrative Law: Cases – Text – Problems*(West Publishing Co. 1977) 443.

¹⁶ Matthew Mortimer, 'Is Positive Authorisation in Law Necessary for Lawful Public Body Action?' (LL.B dissertation, University of Otago 2012) 8.

Hukum Administrasi di Indonesia. Beranjak dari pemahaman seperti yang dikembangkan oleh studi Hukum Administrasi Belanda maka nampak secara konseptual di mana diskresi dimaknai sebagai:

*the administrative authority can weigh the different interests and give its own administrative judgment. In this case, there is a lack of detailed regulations in the background law on which the decision rests: it is left to the insight of the administrative authority to use the power in a sensible manner.*¹⁸

Sementara konsep sebaliknya, kekuasaan atau kewenangan terikat, dimaknai bahwa *“the administration is compelled to act in a prescribed manner.”*¹⁹ Dari penjelasan di atas nampak adanya kesamaan pengertian dari konsep diskresi yang mencerminkan dapat digeneralisirnya makna dari konsep tersebut.

Upaya memahami konsep diskresi tidak lengkap tanpa menyinggung konsepsi yang dikemukakan oleh John Locke. Konsep diskresi yang dikemukakan Locke mengandung konsepsi paling otentik dengan diberikan istilah prerogatif (*prerogative*). Kerangka pikir yang melatar belakangi pemikiran Locke tentang prerogatif adalah konsep *limited government*. Dalam posisi yang demikian, prerogatif hanya salah satu

kekuasaan yang dimiliki oleh pemerintah dalam situasi sangat khusus dalam kerangka konsep *limited government*. Sebagai asas umum Locke menyatakan doktrin tentang kekuasaan pemerintah dalam kerangka konsep *limited government* bahwa *“the powers of government ought to be exercised by established and promulgated laws.”*²⁰ Selanjutnya, sebagai asas khusus atau pengecualian, Locke mengemukakan konsep prerogatif, yaitu: *“to act according to discretion, for the publick good, without the prescription of the Law, and sometimes even against it.”*²¹

Konsep diskresi Locke pada hakikatnya menggambarkan konstelasi aktivitas penyelenggaraan pemerintahan yang tidak mungkin sepenuhnya mampu menjamin bahwa *“the powers of government ought to be exercised by established and promulgated laws,”* tetapi adakalanya, sebagai sebuah pengecualian, pemerintah harus *“to act according to discretion, for the publick good, without the prescription of the Law, and sometimes even against it.”* Kata kunci untuk digaris bawahi sebagai makna yang kuat dari konsep diskresi di sini adalah tidak hanya otorisasi bertindak bagi pemerintah tanpa adanya preskripsi dari peraturan perundang-undangan, tetapi juga tindakan tersebut bahkan dimungkinkan untuk

¹⁷ Maria O 'Sullivan, 'Failure to Exercise Discretion or Perform Duties, ' dalam Matthew Groves dan H.P. Lee (eds), *Australian Administrative Law: Fundamentals, Principles and Doctrines* (Cambridge University Press 2007) 253.

¹⁸ J.G. Brouwer dan A.E. Schilder, *A Survey of Dutch Administrative Law* (Ars Aequi Libri 1998) 27.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Dalam *Two Treatises of Government*, Book II, par. 137 seperti dikutip oleh Clement Fatovic, *Outside the Law: Emergency and Executive Power* (The John Hopkins University Press 2009) 39.

²¹ Dalam *Two Treatises of Government*, Book II, par. 160 seperti dikutip oleh *Ibid.*

menentang peraturan perundang-undangan yang berlaku. Konsep diskresi dengan demikian tidak menyalahi konsep *limited government* Lockean, tetapi diskresi memang dibutuhkan bagi jalannya pemerintahan ketika “*the powers of government ought to be exercised by established and promulgated laws*” tidak lagi mampu menjadi solusi yang tepat bagi tindak pemerintahan.²²

Kekuasaan Pemerintah Tanpa Diskresi Tidak Mungkin

Dalam konteks demikian Kenneth Culp Davis meyakini bahwa kekuasaan diskresi pada pemerintah sangat penting. P.P. Craig yang merangkum pemikiran Davis menyatakan: “*Discretion is a vital tool in society aiding the individualisation of justice, and no society has existed in which discretion was absent.*”²³ Pemikiran yang dikemukakan Davis sejalan dengan H.W.R. Wade yang menyatakan:

It used to be thought to be classical constitutional doctrine that wide discretionary power was incompatible with the rule of law. But this dogma cannot be taken seriously today, and indeed it never contained much truth. What the rule of law demands is not that wide discretionary power should be eliminated, but that the law should be able to control its exercise. Modern government demands discretionary

*powers which are as wide as they are numerous.*²⁴

Pendapat senada dengan itu juga dikemukakan oleh A.W. Bradley dan K.D. Ewing yang menyatakan bahwa kebutuhan pemerintah dalam menjalankan kekuasaan atau kewenangannya dengan berbagai cara sehingga pada akhirnya diskresi bahkan dapat menjadi suatu kewajiban:

*Since it is inherent in the nature of a power that it may be exercised in various ways, use of a power invariably requires the exercise of discretion. Often there may be a duty to exercise a discretion. When an official decides to perform a duty or to exercise a power or discretion in a certain way, the decision may delight some persons and disappoint others. Within a democracy, choices of this kind should be made by those who bear political responsibility for them, not by judges.*²⁵

Martina Künnecke memberikan pandangan fungsional yang positif dalam menilai eksistensi kekuasaan diskresi dalam kerangka hukum administrasi yang bertolak dari penyelenggaraan pemerintahan sebagai berikut: “*In the administrative decision-making process the concept of discretion is an important tool to reach just decisions. It offers an important degree of flexibility.*”²⁶ Seperti tersirat dari pendapat di atas, tuntutan untuk mencapai suatu keputusan yang adil

²² Hal ini akan dijelaskan lebih lanjut di bawah ketika mendiskusikan landasan filosofis konsep diskresi yang bersumberkan *natural law*.

²³ P.P. Craig, *Administrative Law* (Sweet & Maxwell 1983) 380.

²⁴ H.W.R. Wade, *Administrative Law* (English Language Book Society-Oxford University Press 1986) 347. Pernyataan ini pada hakikatnya merupakan kritik terhadap konsepsi *the rule of law* yang dikemukakan A.V. Dicey.

²⁵ A.W. Bradley dan K.D. Ewing, *Constitutional and Administrative Law* (Pearson Education Ltd. 2007) 666. Pendapat ini mengacu pada kasus *Alconbury Developments Ltd v Environment Secretary* (2001).

serta fleksibilitas dalam jalannya penyelenggaraan pemerintahan modern merupakan harga sangat mahal bagi pemerintah, dan dalam hal ini diskresi dipandang akan mampu memberikan sumbangan (kontribusi) penting.

Teori di atas dapat lebih dikonkretkan dengan menganalogikannya ke dalam permainan sepakbola. Tujuan dari permainan sepakbola adalah mencetak gol untuk mengalahkan kesebelasan lawan. Dalam konteks demikian, pelatih atau manajer sebuah kesebelasan mengatur skema permainan yang harus dijalankan pemainnya. Sementara di lapangan, urusan mencetak gol dan menghalangi supaya gawang sendiri tidak kebobolan adalah tanggung jawab para pemain. Pelatih atau manajer di sini tidak lain adalah legislatif. Sementara para pemain di lapangan adalah eksekutif. Gol yang dicetak oleh pemain adalah yang menyempurnakan skema permainan yang dirancang oleh manajer atau pelatih. Sementara bagaimana para pemain mencetak gol adalah kreativitas di lapangan. Bagaimana tujuan itu dicapai ada yang telah dicanangkan langkah-langkah tindakannya secara eksplisit oleh pembentuk undang-undang, tetapi tidak semuanya demikian. Di sinilah letak pentingnya diskresi sebagai bentuk jaminan untuk fleksibilitas pemerintahan dalam kerangka pencapaian tujuan lebih luas yang lazimnya dicanangkan oleh pembentuk undang-undang.

Sejalan dengan pemahaman di atas, diskresi sebagai tuntutan fleksibilitas dalam penyelenggaraan pemerintahan, Kuntjoro Purbopranoto mengemukakan konsepsi diskresi yang menarik dengan bertolak sebelumnya dari konsep *besturen* yang dikemukakan oleh C. van Vollenhoven. Menurut Vollenhoven, yang dimaksud dengan *besturen* ialah “*het spontaan en zelfstandig behartigen van het belang van land en volk door hogere en lagere overheden*” (pemeliharaan kepentingan negara dan rakyat secara spontan dan tersendiri oleh penguasa tinggi dan rendah).²⁷ Selanjutnya Kuntjoro Purbopranoto mengartikan konsep *spontaan* dan *zelfstandig*:

“*Spontaan*” ialah segera atas inisiatif sendiri menghadapi keadaan dan keperluan yang timbul, satu demi satu (*individuele gevallen*) termasuk dalam bidangnya demi kepentingan umum. Contoh kebakaran; jika Pak Camat menghadapi peristiwa kebakaran ia harus segera bertindak ialah untuk memadamkannya dan menghindari bahaya yang lebih besar demi untuk kepentingan umum, kalau dianggapnya perlu dengan merobohkan rumah-rumah/gubuk-gubuk penduduk sekelilingnya. Arti istilah “*zelfstandig*” ialah: tidak perlu menunggu perintah atasan, atas tanggung jawab sendiri.²⁸

Atas dasar itu Kuntjoro Purbopranoto kemudian menjelaskan konsepsinya tentang diskresi (*freies Ermessen*) dalam kerangka cara bertindak pemerintah sebagai berikut:

Cara bertindak alat pemerintahan harus berdasar kebijaksanaan pada umumnya atau dengan mengingat azas “*freies*

²⁶ Martina Künnecke, *Op.Cit.* 74.

²⁷ Kuntjoro Purbopranoto, *Op.Cit.* 42.

²⁸ *Ibid.* 43.

Ermessen". Tidak perlu mendasari secara ketat norma-norma undang-undang (seperti hakim/peradilan), tetapi harus dapat segera bertindak menurut keperluan, untuk mengatasi situasi mendadak dan sebagainya (lihat azas "*spontaan*") asal bijaksana dan tidak melampaui batas kewenangan dan hukum.²⁹

Pandangan Kuntjoro Purbopranoto sangat tepat karena mengembalikan makna diskresi sesuai etimologinya, yaitu dengan menekankan pentingnya per-timbangan kebijaksanaan. Selain itu, pandangan tersebut secara kontekstual menggarisbawahi pentingnya fleksibilitas pemerintahan melalui perantara konsep diskresi dengan mempertimbangkan situasi urgen yang sering dihadapi pemerintah sehingga tindakan *spontaan* dan *zelfstandig* acapkali justru lebih penting dan perlu dihargai. Oleh karena itu kemudian muncul satu preskripsi yang terang benderang tentang cara bertindak pemerintah, yaitu "tidak perlu mendasari secara ketat norma-norma undang-undang." Kesimpulan ini sesuai (konsisten) dengan pendapat Kuntjoro Purbopranoto sendiri dalam bagian lain tulisannya yang tegas menyatakan:

Dalam pandangan kita azas "*freies Ermessen*" itu justru harus kita dasarkan pada azas kebijaksanaan, yang menghendaki bahwa Pemerintah dalam segala tindak-tanduknya itu harus ber-pemandangan luas dan selalu dapat menghubungkan dalam menghadapi tugasnya itu gejala-gejala masyarakat yang harus dihadapinya, serta pandai memperhitungkan lingkungan akibat-akibat tindak

pemerintahannya itu dengan penglihatan yang jauh ke depan.³⁰

Faktor yang juga relevan sebagai justifikasi keniscayaan perlunya kekuasaan diskresi pemerintah adalah situasi tidak lazim yang tidak mampu diprediksi atau diantisipasi secara presisi oleh peraturan perundang-undangan sebagai dasar bertindak pemerintah sesuai asas legalitas. Pernyataan ini mengandung satu makna *a contrario* secara tersirat bahwa sesungguhnya kekuasaan diskresi tidak diperlukan manakala pembentuk undang-undang mampu menghasilkan undang-undang sebagai dasar tindakan bagi pemerintah secara lengkap, sempurna serta mengetahui lebih dulu (antisipatif) terhadap semua kemungkinan yang ada. Tetapi tuntutan demikian mustahil mampu dipenuhi oleh pembentuk undang-undang.

Oleh karena itu, pengecualian atas keberlakuan asas legalitas seyogianya ditanggapi sebagai hal yang normal atau biasa. Sunstein menyatakan: "*It is familiar to find rules that have explicit or implicit exceptions for cases of necessity or emergency. It is unfamiliar to find rules without any such exceptions.*"³¹ Konsisten dengan pernyataan di atas adalah hakikat fungsional dari kekuasaan diskresi pemerintah sebagai situasi pengecualian dari peraturan perundang-undangan baik karena alasan *necessity* maupun *emergency*. Dalam situasi demikian maka tidak mungkin asas

²⁹ *Ibid.* 44.

³⁰ *Ibid.* 36.

³¹ Cass R. Sunstein, 'Problems with Rules' (1995) 83 California Law Review 953, 962.

legalitas dapat berlaku secara normal dengan menuntut pemerintah untuk bertindak di bawah kerangka kekuasaan terikat (*rule-based* atau *rule following*). Dengan kata lain keberlakuan diskresi bersifat situasional, atau tidak dapat digeneralisir dalam semua situasi.

Pada akhirnya dapat disimpulkan bahwa peraturan perundang-undangan yang baik sekalipun adakalanya memiliki keterbatasan dalam memberikan preskripsi sebagai dasar bertindak bagi pemerintah karena faktor situasional. Menanggapi hal itu pemerintah tidak boleh berdiam diri dengan alasan peraturan perundang-undangan tidak memberikan preskripsi baginya untuk bertindak. Diskresi dengan demikian adalah solusinya seperti diklaim Lazar berikut ini: "*If there is more to power than the rule of law, then, if the rule of law is not intrinsically valuable, it would follow that there is no intrinsic reason to be concerned about a shift away from the rule of law toward more discretionary individual rule.*"³²

Kekuasaan Diskresi Pemerintah dan Natural Law Theory

Konsepsi *natural law* (hukum alam) yang digunakan di sini adalah konsepsi yang mengandung kesamaan makna yang bersifat universal. Konsepsi demikian nampak dalam kutipan berikut ini:

*Natural law moral philosophy thus sought principles and precepts for morality, law, and other forms of social authority, whose prescriptive force was not dependent for validity on human decision, social influence, past tradition, or cultural convention, but through natural reason itself. As Thomas Aquinas notes, the natural law is a function of reason, "... promulgated by the very fact that God instilled it into man's mind so as to be known by him naturally" (ST I-II, Q90, A4).*³³

Penekanan makna *natural* di dalam konsep *natural law* pada hakikatnya berfungsi menjelaskan sumber dari *natural law* itu sendiri. Persoalan sumber inilah yang membedakan konsep *natural law* dengan *positive law* yang secara kefilosofatan didasari oleh ajaran *legal positivism*. Pengertian demikian nampak secara eksplisit dalam pendapat Suri Ratnapala yang merumuskan konsep *natural law* sebagai berikut:

*Natural law is so called because it is believed to exist independently of human will. It is 'natural' in the sense that it is not humanly created. Natural law theories are theories about the relation between the moral natural law and positive human law. Natural law theories vary in aims and content but they share one central idea: that there is a kind of higher (non-human) 'law', based on morality, against which the moral or legal validity of human law can be measured.*³⁴

Lebih lanjut Ratnapala menyatakan bahwa fokus pemikiran dari *natural law* adalah untuk menyelidiki atau menelaah

³² Nomi Claire Lazar, *States of Emergency in Liberal Democracies* (Cambridge University Press 2009) 135.

³³ Mark J. Cherry, 'Natural Law and the Possibility of Global Ethics: An Introduction to a Culture in Crisis' dalam Mark J. Cherry (ed), *Natural Law and the Possibility of Global Ethics* (Kluwer Academic Publishers 2004) xii.

³⁴ Suri Ratnapala, *Jurisprudence* (Cambridge University Press 2009) 119. Lihat juga pendapat senada yang dikemukakan oleh Ian McLeod, *Legal Theory* (Pallgrave-Macmillan 2003) 18-19.

“the moral principles that ought to govern political action, law making and adjudication as well as the personal lives of citizens.”³⁵ Oleh karena itu Ratnapala menyimpulkan: “The ‘law’ that natural law theory speaks of has a much wider meaning than the positive law of the State.”³⁶

Secara fungsional *natural law* memiliki fungsi inheren yang dapat digambarkan sebagai berikut:

*It provides an account of the appropriate functioning of moral reasoning, in terms of sound moral norms and permissible individual choices, as well as of its consequences for social and political moral judgments. If established, such norms would then form the foundations of justifiable national and international policy seeking to produce and preserve human happiness, social justice, and the common good.*³⁷

Sebagai standar moralitas bagi hukum positif fungsi *natural law* klasik dan modern memiliki perbedaan secara konseptual yaitu fungsi konstitutif dan fungsi evaluatif. Pemilahan tersebut dilakukan oleh Wolfgang Friedmann:

The most important distinction would appear to be that between natural law as a higher law, which invalidates any inconsistent positive law, and natural law as an ideal to which positive law ought to conform without its legal validity being affected. Broadly speaking, ancient and medieval law theories are of the first type;

*modern law theories are of the second. This change coincides on the whole with the rise of the modern state and its claim to absolute sovereignty.*³⁸

Selain fungsi yang terkait dengan hukum, konsep *natural law* juga sangat fundamental maknanya dalam menjawab isu legitimasi moral bagi kekuasaan pemerintah dalam memerintah warganya.³⁹ Artinya, dengan landasan *natural law*, kekuasaan memerintah yang dimiliki pemerintah dapat menuntut secara sah kepatuhan warganya karena kekuasaan tersebut dapat dibenarkan secara moral, sehingga tidak ada alasan lain lebih kuat untuk menolak hal itu. Dengan demikian, ajaran *natural law* juga berfungsi memvalidasi kekuasaan memerintah yang dimiliki oleh pemerintah dalam hubungan dengan warganya.

Sesuai pernyataan saya di awal maka yang menjadi isu utama di sini landasan filosofis sebagai justifikasi terhadap kekuasaan diskresi pemerintah berdasarkan *natural law theory*. Sebelum argumen tersebut dijabarkan maka pertanyaan yang perlu dijawab lebih dahulu adalah apakah asas legalitas berlaku absolut dengan implikasi pemerintah sebagai pelaksana undang-undang terbatas fungsinya hanya sebagai “corong” undang-

³⁵ Suri Ratnapala, *Ibid.* 120.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ Mark J. Cherry, *Loc.Cit.*

³⁸ Dalam *Ibid.* 20.

³⁹ Murphy menggunakan istilah lain yang maknanya sepadan atau sinonim yaitu sebagai *decisive reason*. Mark C. Murphy, *Natural Law in Jurisprudence and Politics* (Cambridge University Press 2006) 1.

undang? Pertanyaan ini secara kontekstual sangat penting karena mengindikasikan satu pengertian spesifik tentang aspek fungsional undang-undang yang dapat dinyatakan dalam pertanyaan lanjutan: Apakah hukum hanya undang-undang? Pertanyaan ini secara tersirat dapat bermakna ganda, yaitu dapat dijawab afirmatif atau negatif, bergantung pada pendirian orang yang menjawabnya.

Seperti telah dijelaskan di atas, manakala asas legalitas dimaknai secara absolut, maka tidak ada tempat bagi diskresi. Lebih lanjut, walaupun diskresi cocok dengan kerangka asas legalitas, maka landasan satu-satunya dari diskresi adalah "kekuasaan" yang inheren pada diri penguasa. Pengertian ini nampak dalam pandangan H.L.A. Hart atas konsep diskresi yudisial (*judicial discretion*) yang dibingkai oleh kerangka pikir *legal positivism*.⁴⁰ Kritik terhadap pandangan di atas adalah posisinya yang bebas nilai dan kekuasaan sentris. Artinya, pengertian ini dapat berimplikasi mengabaikan kontribusi moralitas di dalam konsep diskresi itu sendiri. Hal ini berbeda dengan pendirian yang saya anut: diskresi, bahkan dengan menyimpangi undang-undang sendiri, adalah tindakan yang dapat dibenarkan oleh "hukum". Hal inilah yang perlu dikaji landasan filosofisnya.

Oleh karena itu saya berargumen bahwa landasan filosofis sebagai

justifikasi bagi kekuasaan diskresi pemerintah adalah *natural law*. Argumen ini akan berbeda hasilnya dengan argumen untuk kekuasaan diskresi yang dilandasi oleh ajaran *legal positivism*. Dalam perspektif ajaran *legal positivism*, sumber bagi kekuasaan diskresi adalah delegasi oleh pembentuk undang-undang dengan asumsi bahwa otorisasi yang diberikan oleh undang-undang kepada pemerintah dalam menjalankan skema undang-undang itu sendiri kurang memadai sehingga pembentuk undang-undang perlu melengkapi skema undang-undangnya dengan melegitimasi kemungkinan pemerintah dapat melakukan tindakan diskresi dalam menjalankan undang-undang. Ajaran ini mengandung kelemahan inheren karena justru menegasi kekuasaan diskresi itu sendiri. Kesimpulan ini dihasilkan dari pemikiran bahwa jika pembentuk undang-undang tidak memberikan tempat bagi kekuasaan diskresi dalam skema undang-undangnya maka implikasinya pemerintah tidak memiliki kekuasaan diskresi. Pandangan tersebut menafikan hakikat fungsional dari kekuasaan diskresi yang bersifat inheren bagi kerangka kerja pemerintahan sehari-hari apakah diotorisasi atau tidak oleh undang-undang.

Kalaupun pembentuk undang-undang lalai dengan tidak memberikan otorisasi tersebut maka kekuasaan itu sendiri yang akan memvalidasi

⁴⁰ H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (Clarendon Press 1994) 272-276. Meskipun pandangan Hart ditujukan pada hakim sebagai personifikasi kekuasaan yudisial, namun secara *mutatis mutandis* pandangan tersebut juga dapat diberlakukan bagi pemerintah dalam arti sempit.

kemungkinan dilakukannya tindakan diskresi (Hart). Pemikiran demikian tidak dapat diterima secara filosofis. Dalam konteks itu dapat disimpulkan bahwa konsep diskresi tidak mampu dijelaskan secara memadai oleh ajaran *legal positivism* meskipun dalam batas-batas tertentu pemikiran tersebut tetap mengandung nilai kebenarannya sendiri (antara lain menjadi dasar bagi asas *the rule of law*, yaitu legalitas). Sementara pendirian yang hendak dipertahankan di sini lebih luas cakupannya karena dengan diskresi pemerintah tidak hanya dapat bertindak meskipun tidak ada ketentuan undang-undang sebagai dasar tindakannya, tetapi lebih jauh lagi undang-undang bahkan juga dapat disimpangi. Argumen ini sekaligus menunjukkan urgensi yang dikandung secara inheren oleh konsep diskresi itu sendiri yang tidak mampu dijelaskan dengan baik oleh ajaran *legal positivism*.

Fokus dari ajaran *natural law* yang universal adalah pengakuan atas adanya "*higher (non-human) law*", yang didasarkan pada moralitas, di mana pada analisis akhir "*the moral or legal validity of human law can be measured.*" Dalam pengertian demikian, ajaran *natural law* bersifat normatif. Dalam kaitan itu, *a fortiori*, saya lebih memilih argumen bahwa konsep diskresi lebih tepat jika didikte oleh ajaran *natural law* ketimbang oleh ajaran *legal positivism*. Menurut hemat saya, konsep diskresi dapat dijelaskan secara lebih memadai oleh ajaran *natural law* ketimbang yang mampu dilakukan oleh *legal positivism*.

Pertama, dalam kerangka pikir ajaran *natural law*, selalu terbuka argumen justifikasi untuk konsep diskresi manakala secara hirarkis *natural law* diposisikan sebagai *higher law* bagi hukum positif. Kecenderungan demikian sudah nampak dalam pemikiran Aristoteles tentang konsep *equity*. Peter Mahmud Marzuki menjelaskannya sebagai berikut: "Akan tetapi Aristoteles menyadari bahwa dalam pelaksanaan hukum bukan tidak mungkin untuk kasus-kasus konkret akan terjadi kesulitan akibat penerapan hukum yang kaku. Untuk mengatasi masalah tersebut, Aristoteles mengusulkan adanya *equity*. Ia mendefinisikan *equity* sebagai 'koreksi terhadap hukum apabila hukum itu kurang tepat karena bersifat umum.'"⁴¹ Dalam pengertian demikian dapat disimpulkan bahwa eksistensi konsep diskresi tidak perlu bergantung pada otorisasi hukum positif. Eksistensinya bersifat inheren dengan eksis di dalam *natural law* itu sendiri.

Kedua, hukum positif membawa dalam dirinya cacat bawaan berupa ketidakmampuan pembentuk undang-undang untuk menghasilkan perangkat pengaturan yang serba lengkap dan komprehensif. Klaim bahwa pembentuk undang-undang mampu menghasilkan sistem peraturan perundang-undangan (undang-undang dan segala peraturan pelaksanaannya) yang *gapless* hanyalah arogansi belaka. Dalam situasi demikian, selain sebagai batu uji terhadap hukum positif, *natural law*

⁴¹ Peter Mahmud Marzuki, *Pengantar Ilmu Hukum* (Kencana 2008) 107.

secara fungsional juga menjadi *gapfiller* hukum positif.⁴² Diskresi, tanpa otorisasi undang-undang atau bahkan yang lebih ekstrem berupa penyimpangan undang-undang, tetap absah dengan dilegitimasi oleh hukum itu sendiri (*ius*), yaitu *natural law*. Pada poin ini pandangan klasik yang dikemukakan John Locke sangat terang benderang.

Locke menyatakan salah satu asas dari *natural law*-nya sebagai berikut: “*the first and fundamental natural Law, which is to govern even the Legislative it self, is the preservation of the Society, and (as far as will consist with the publick good) of every person in it*” (II, § 134).⁴³ Sesuai asas tersebut maka secara logis, sebagai implikasinya, Locke menjustifikasi konsep diskresi (atau prerogatif) berdasarkan *natural law*. Clement Fatovic menyimpulkan pemikiran Locke:

*Exercises of prerogative by the executive are constitutionally permissible as long as these activities do not conflict with the fundamental substantive principle of natural law: salus populi suprema lex, ‘the welfare of the people is the supreme law’.*⁴⁴

Lebih lanjut Fatovic menjelaskan bahwa diskresi yang dikonsepsikan Locke dengan perspektif *natural law* bukanlah kekuasaan yang absolut, tetapi terbatas. Pembatasan terhadap

diskresi tersebut bersifat inheren sesuai sumber bagi validitasnya yaitu dikte *natural law* sendiri. Untuk itu Fatovic menyatakan:

*Prerogative can be understood as an extralegal means of serving the ends of the constitution, which is not an end in itself but a means of serving the ends directed by natural law. Despite its extraordinary character, the proper employment of prerogative remains in strict compliance with the moral and legal order that matters most.*⁴⁵

Oleh karena itu Larry Arnhart beranggapan bahwa diskresi Lockean “*is not a substitute for law*”, tetapi “*a supplement to law*,” di mana *law* yang dimaksudkan adalah *natural law*.⁴⁶

Dapat dijustifikasinya konsep diskresi dalam hukum secara filosofis, yaitu dalam perspektif *natural law*, berimplikasi pada pengertian bahwa secara hakiki konsep diskresi hanya dapat dijustifikasi karena konsisten dan sebangun dengan tujuan hukum.⁴⁷ Oleh karena itu saya tidak setuju dapat dijustifikasinya diskresi dari perspektif kekuasaan belaka, yang nuansanya cenderung positivistik. Konsisten dengan itu maka saya berargumen lebih lanjut bahwa landasan bagi diskresi adalah moralitas yang melekat secara inheren dalam kerangka tujuan hukum, dalam hal ini untuk merealisasikan

⁴² Simak pernyataan Fatovic dalam menjelaskan konsep prerogatif Locke berikut ini: “*But the inapplicability of positive legal norms did not result in the abandonment of norms altogether. For Locke and his American adherents, natural law compensated for any inadequacies in positive law*,” Clement Fatovic, *Op.Cit.* 36.

⁴³ *Ibid.* 40. Kutipan pendapat Locke mengacu pada *Two Treatises of Government*, Book II, par. 134.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ *Ibid.* 41.

⁴⁶ *Ibid.*

tujuan hukum itu sendiri dalam kerangka kehidupan bernegara.

Menurut Peter Mahmud Marzuki, tujuan hukum pada hakikatnya mengarah kepada sesuatu yang hendak dicapai sehingga implikasinya tujuan itu merujuk pada sesuatu yang ideal dan abstrak.⁴⁸ Isu tentang tujuan hukum ini sangat penting karena tujuan tersebut yang mampu menjadikan hukum bermartabat. Dalam pemikiran yang dikemukakan Gustav Radbruch, hukum adalah “*a creation of man, and like any human creation it can be understood only by its idea... a view of human creations that is blind to purposes, that is, to values, is impossible.*”⁴⁹ Menyimpulkan tentang hakikat hukum dikaitkan dengan aspek nilai atau tujuannya, Radbruch kemudian menyatakan:

*Law is a cultural phenomenon, that is, a fact related to value. The concept of law can be determined only as something given, the meaning of which is to realize the idea of law. Law may be unjust (summa jus – summa injuria); but it is law only because its meaning is to be just.*⁵⁰

Pada analisis akhir, pandangan yang hakiki tentang tujuan hukum adalah untuk membedakan hukum yang sesungguhnya dengan sesuatu yang dianggap sebagai “hukum” hanya karena dibuat oleh penguasa (karena

didasari oleh adanya kekuasaan belaka). Sejalan dengan itu, Peter Mahmud Marzuki mengemukakan konsepsi tentang tujuan hukum yang dikaitkan dengan posisi manusia dalam hidup bermasyarakat sebagai *modus survival* manusia. Dalam konteks demikian maka tujuan hukum adalah untuk memenuhi baik kebutuhan aspek fisik maupun aspek eksistensial manusia dalam hidup bermasyarakat.⁵¹

Dalam konteks demikian maka yang kemudian menjadi isu sentral di sini adalah: Dapatkah eksistensi konsep diskresi pada pemerintah dijustifikasi oleh moralitas, dalam hal ini keadilan, sehingga diskresi tersebut valid dalam kerangka tujuan hukum? Konsep kekuasaan diskresi pada pemerintah harus dipahami dalam konteks tujuan inherennya sehingga dapat dibandingkan apakah tujuan tersebut konsisten dengan tujuan hukum.

Hasil pembahasan di atas menunjukkan bahwa eksistensi konsep diskresi adalah tidak untuk dirinya sendiri (yaitu kekuasaan pada pemerintah semata). Tetapi, eksistensi konsep diskresi tersebut harus memiliki tujuan, dan tujuan tersebut harus benar (atau ideal). Hal ini untuk menjamin supaya eksistensi konsep diskresi tersebut tidak sewenang-wenang

⁴⁷ Peter Mahmud Marzuki menyatakan: “Tidak semua aliran dalam ilmu hukum membahas tujuan hukum. Perbincangan mengenai tujuan hukum merupakan karakteristik aliran hukum alam. Yang demikian ini disebabkan hukum alam berkaitan dengan hal-hal yang bersifat transenden dan metafisis di samping hal-hal yang membumi.” Peter Mahmud Marzuki, *Op.Cit.* 97.

⁴⁸ *Ibid.* 98.

⁴⁹ Kurt Wilk, *The Legal Philosophy of Lask, Radbruch and Dabin* (Harvard University Press, 1950) 51-52.

⁵⁰ *Ibid.* 52.

⁵¹ Peter Mahmud Marzuki, *Op.Cit.* 139.

(*unreasonable*). Berdasarkan pembahasan yang telah dilakukan di atas, posisi dari kekuasaan diskresi pada badan/pejabat pemerintah adalah dalam kerangka hukum. Dalam konteks ini, tindakan diskresi yang dapat dilakukan oleh badan/pejabat pemerintah bersifat situasional. Jika syarat ini tidak terpenuhi maka badan/pejabat pemerintah tersebut tunduk sepenuhnya pada tuntutan asas legalitas (kewenangan terikat, *rule-based* atau *rule following*). Clement Fatovic menjelaskan pemikiran John Locke tentang diskresi (dalam hal ini digunakan istilah lain yaitu prerogatif) sebagai berikut:

Prerogative is no ordinary power of government. Indeed, it is literally defined by the concrete contingencies that call it forth. It is "a Power in the hands of the Prince to provide for the publick good, in such Cases, which depending upon unforeseen and uncertain Occurrences, certain and unalterable Laws could not safely direct" (II, § 158). Prerogative is justified by the fact that the extraordinary is an ordinary part of politics. As Larry Arnhart puts it, "Executive prerogative is a political response to that flux in the world that runs against the fixity of law".⁵²

Dengan demikian maka pertanyaannya: Apakah tujuan dari diskresi? Saya setuju dengan tujuan diskresi (prerogatif) yang dikemukakan John Locke yaitu "*for the publick good.*" Dengan menggunakan teknik inferensi

Locke menyatakan: "*'Prerogative is nothing but the Power of doing publick good without a Rule' (II, § 166).*"⁵³ Tuntutan ini menurut saya merupakan asas yang universal sebagai landasan maupun pembatasan terhadap diskresi. Hal itu nampak dari klaim Locke: "*'Salus Populi Suprema Lex, is certainly so just and fundamental a Rule, that he, who sincerely follows it, cannot dangerously err' (II, § 158).*"⁵⁴ Pandangan tersebut didukung oleh John Finnis yang menyatakan:

Some who hold office in common ('public') enterprises, civil or military, have responsibilities clearly definable and regulated by rules which require little more than application or administration. Other responsibilities cannot be discharged adequately unless the officers who bear them are permitted to exercise a wide and even unreviewable discretion. Such discretionary authority remains, however, public; it is the good of the common enterprise that the officers are conscientiously to pursue, not their own ('private') advantage.⁵⁵

Pertanyaan selanjutnya adalah: Apakah tujuan diskresi tersebut konsisten atau sejalan dengan tujuan hukum? Tujuan hukum yang lazim didiskusikan dalam kajian Filsafat Hukum adalah keadilan. Dalam hukum, keadilan merupakan tuntutan niscaya karena ketidakadilan adalah situasi yang dicela dimanapun, bahkan ketika konsep keadilan itu sendiri sulit didefinisikan secara positif. Terkait

⁵² Clement Fatovic, *Op.Cit.* 51. Kutipan pendapat Locke mengacu pada *Two Treatises of Government*, Book II, par. 158.

⁵³ *Ibid.* 61. Kutipan pendapat Locke mengacu pada *Two Treatises of Government*, Book II, par. 166.

⁵⁴ *Ibid.* Kutipan pendapat Locke mengacu pada *Two Treatises of Government*, Book II, par. 158.

⁵⁵ John Finnis, *Natural Law and Natural Rights* (Oxford University Press 2011) 168.

dengan itu Anthony D'Amato menyatakan: "We can all agree on what is unjust, whereas we find it hard to say what justice is."⁵⁶ Hukum harus mewujudkan keadilan karena ketidakadilan tidak dikehendaki, yakni dalam pengertian "a condition in which the humanity of the people living in it, both as individuals and as social creatures, is fundamentally denied."⁵⁷ Dalam rumusan yang positif, hubungan antara hukum dan keadilan, dan bahwa keadilan adalah tujuan hukum, nampak dalam pandangan Radbruch yang secara metaforis menyatakan: "est autem jus a justitia, sicut a matre sua, ergo prius fuit justitia quam jus (but law issues from justice as from its mother, as it were, so there has been justice prior to law)."⁵⁸

Peter Mahmud Marzuki mengemukakan pemikiran tentang tujuan hukum yang lebih fundamental yaitu damai sejahtera (*peace*) di mana keadilan sebagai prasyaratnya. Peter Mahmud Marzuki menyatakan:

Untuk menciptakan keadaan damai sejahtera tersebut, hukum mempertimbangkan kepentingan-kepentingan secara cermat dan menciptakan keseimbangan di antara kepentingan-kepentingan itu. Tujuan untuk mencapai damai sejahtera itu dapat terwujud apabila hukum sebanyak mungkin memberikan pengaturan yang adil, yaitu suatu pengaturan yang di dalamnya terdapat kepentingan-kepentingan yang dilindungi secara seimbang sehingga

setiap orang sebanyak mungkin memperoleh apa yang menjadi bagiannya.⁵⁹

Berdasarkan pembahasan di atas dapat disimpulkan bahwa tujuan yang menjadi dasar eksistensial konsep kekuasaan diskresi konsisten atau sejalan dengan hukum. Dalam pengertian yang lebih fungsional dapat dinyatakan bahwa supaya *justifiable* maka konsep diskresi harus dilandasi oleh tujuan hukum; atau, tindakan diskresi yang dilakukan oleh pemerintah harus dibimbing oleh tujuan hukum. Dengan demikian, keadilan dapat menjadi moralitas dari diskresi dalam mewujudkan masyarakat yang damai sejahtera seperti tergambar di atas.

Sejalan dengan itu, badan/pejabat pemerintah yang menjalankan tindakan diskresi harus sadar bahwa melakukan tindakan tersebut akan dinilai atau diuji oleh standar moralitas di mana tindakan tersebut harus *conform* karena adanya keterikatan pada moralitas *a priori* yang menjadi dasarnya. Dikembalikan pada makna etimologisnya, *discernere*, maka pelaksanaan tindakan diskresi mutlak memerlukan syarat tambahan bagi pelaksanaannya, yaitu kebijaksanaan (*wisdom*). Dalam konteks demikian pemikiran yang saya kembangkan sejalan dengan pemikiran yang dikemukakan oleh Kuntjoro Purbopranoto tentang konsep diskresi.

⁵⁶ Anthony D'Amato, *Analytic Jurisprudence Anthology* (Anderson Publishing Co. 1995) 251.

⁵⁷ Hilaire McCoubrey dan Nigel D. White, *Textbook on Jurisprudence* (Blackstone Press Ltd. 1996) 287.

⁵⁸ Gustav Radbruch dalam Kurt Wilk, *Op.Cit.* 73.

⁵⁹ Peter Mahmud Marzuki, *Op.Cit.* 150-152.

PENUTUP

Sebagai penutup dari tulisan ini saya ingin menggariskan kembali hal-hal yang prinsip berdasarkan hasil pembahasan di atas. Pertama, jalannya pemerintahan tidak boleh terhenti hanya karena dasar untuk tindakan pemerintah tidak digariskan secara spesifik oleh undang-undang atau peraturan perundang-undangan (asas legalitas). Kedua, kekuasaan diskresi pemerintah adalah solusi untuk terjaminnya kontinuitas jalannya pemerintahan. Karena bersifat pengecualian terhadap asas legalitas maka hakikat dari kekuasaan diskresi pemerintah, terutama dimensi moralitas internalnya, paling memadai jika dijelaskan dari perspektif teori *natural law*.

Argumen ini untuk menanggapi dominasi pandangan yang bersifat utilitarian atas konsep kekuasaan diskresi pemerintah dengan ditunjang oleh pemikiran filosofis teori *legal positivism*. Pemikiran tersebut sangat tidak memadai dalam menjelaskan sifat niscaya dari kekuasaan diskresi pemerintah supaya konsep tersebut *legitimate* secara moral dalam menyikapi isu kemungkinan kemandekan jalannya pemerintahan. Teori *legal positivism* mengotorisasi konsep kekuasaan diskresi pemerintah secara bebas nilai. Situasi demikian sangat cocok dengan kecenderungan dari pemikiran-pemikiran utilitarian. Hal ini yang menurut hemat saya perlu ditanggapi secara lebih fundamental.

DAFTAR BACAAN

Buku

- Bradley, A.W., dan K.D. Ewing, *Constitutional and Administrative Law* (Pearson Education Ltd. 2007).
- Brouwer, J.G., dan A.E. Schilder, *A Survey of Dutch Administrative Law* (Ars Aequi Libri 1998).
- Craig, P.P., *Administrative Law* (Sweet & Maxwell 1983).
- D'Amato, Anthony, *Analytic Jurisprudence Anthology* (Anderson Publishing Co. 1995).
- Davis, Kenneth Culp, *Administrative Law: Cases – Text – Problems* (West Publishing Co. 1977).
- Dicey, A.V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (MacMillan and Co. Ltd. 1915).
- Fatovic, Clement, *Outside the Law: Emergency and Executive Power* (The John Hopkins University Press 2009).
- Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights* (Oxford University Press 2011).
- Hart, H.L.A., *The Concept of Law* (Clarendon Press 1994).
- Künnecke, Martina, *Tradition and Change in Administrative Law: An Anglo-German Comparison* (Springer 2007).

- Lazar, Nomi Claire, *States of Emergency in Liberal Democracies* (Cambridge University Press 2009). 47 Law and Contemporary Problems 269.
- Marzuki, Peter Mahmud, *Pengantar Ilmu Hukum* (Kencana 2008).
- McCoubrey, Hilaire, dan Nigel D. White, *Textbook on Jurisprudence* (Blackstone Press Ltd. 1996).
- McLeod, Ian, *Legal Theory* (Pallgrave-Macmillan 2003).
- Murphy, Mark C., *Natural Law in Jurisprudence and Politics* (Cambridge University Press 2006).
- Purbopranoto, Kuntjoro, *Beberapa Catatan Hukum Tata Pemerintahan dan Peradilan Administrasi Negara*, (Alumni 1975).
- Ratnapala, Suri, *Jurisprudence* (Cambridge University Press 2009).
- Skhlar, Judith N., *Legalism: An Essay on Law, Morals and Politics* (Harvard University Press 1964).
- Wade, H.W.R., *Administrative Law* (English Language Book Society-Oxford University Press 1986).
- Wilk, Kurt, *The Legal Philosophy of Lask, Radbruch and Dabin* (Harvard University Press, 1950).
- Jurnal**
- Christie, George C., 'An Essay on Discretion' (1986) *Duke Law Journal* 747.
- Fletcher, George P., 'Some Unwise Reflections About Discretion' (1984) 47 Law and Contemporary Problems 269.
- Post, Robert C., 'The Management of Speech: Discretion and Rights' (1984) *The Supreme Court Review* 169.
- Scalia, Antonin, 'The Rule of Law as a Law of Rules' (1989) 56 *The University of Chicago Law Review* 1175.
- Sunstein, Cass R., 'Problems with Rules' (1995) 83 *California Law Review* 953.
- Kontributor Buku**
- Cherry, Mark J., 'Natural Law and the Possibility of Global Ethics: An Introduction to a Culture in Crisis' dalam Mark J. Cherry (ed), *Natural Law and the Possibility of Global Ethics* (Kluwer Academic Publishers 2004).
- O'Sullivan, Maria, 'Failure to Exercise Discretion or Perform Duties,' dalam Matthew Groves dan H.P. Lee (eds), *Australian Administrative Law: Fundamentals, Principles and Doctrines* (Cambridge University Press 2007).
- Skripsi/Tesis/Disertasi**
- Mortimer, Matthew, 'Is Positive Authorisation in Law Necessary for Lawful Public Body Action?' (LL.B dissertation, University of Otago 2012).

