

# DISKRESI HUKUM DAN KAITANNYA DENGAN IJTIHAD

Oleh: Mubarak\*

## Abstrak:

Discretion is the authority possessed by public officials (police, preacher, civil servants, judges and others) to make any policies on the basis of his own initiative. They have independency and do not fall in the trap of the rigid existing rules, otherwise the decision they make must be in accordance with the circumstances and conditions; and viewed from moral and legal perspective, their authority can not be discharged from their responsibility to God. This authority is not widely used by the judges, either in the first instance court or religious court. *Legisme* orientation, as the most influential school, restrains some judges to have contradiction with the laws and regulation in presiding over the cases. In fact, the history recorded that Prophet Muhammad SAW and his companions made some policies and decision that have same characteristics with discretion.

**Kata Kunci:** Diskresi, hukum, ijtihad.

## A. Pendahuluan

Dalam melaksanakan tugasnya aparatur negara dituntut untuk berpegang kepada aturan-aturan (baca: undang-undang) yang telah dibuat oleh pemerintah. Namun dalam praktiknya tidak semua masalah bisa diselesaikan dengan aturan yang ada mengingat kelemahan-kelemahan yang dimiliki undang-undang. Apalagi jika dihadapkan pada perkembangan sosial ekonomi yang semakin kompleks. Dalam kasus-kasus tertentu aturan tersebut tidak bisa diterapkan. Di sisi lain aparat dituntut untuk segera menyelesaikan masalah tersebut. Menghadapi situasi demikian dibutuhkan kemampuan para aparat untuk mengambil tindakan atau keputusan atas inisiatif sendiri yang sesuai dengan kondisi yang dihadapi. Dalam ilmu hukum praktik demikian dikenal dengan diskresi.

Dalam makalah ini penulis akan memaparkan tentang pengertian, tolok ukur diskresi serta contoh diskresi yang dilakukan oleh hakim, polisi dan seorang penghulu. Selanjutnya penulis akan mengaitkannya dengan ijtihad yang dilakukan Nabi Saw dan para sahabatnya. Adapun analisis yang penulis gunakan dalam makalah ini adalah analisis deskriptif.

## B. Pengertian Diskresi

Kata diskresi berasal dari bahasa Inggris *discretion*. Dalam bahasa Indonesia tidak ditemukan padanan kata yang tepat untuk kata *discretion*, sehingga

---

\* Penulis adalah Dosen Syari'ah STAIN Syari'ah

diterjemahkan seperti kata aslinya yaitu dikresi. Menurut Peter Salim (1986:524-525) *discretion* memiliki arti kebijaksanaan, penilaian, atau kebebasan untuk menentukan. Sementara itu, John M. Echols dan Hassan Shadily (1995:185) mengartikan *discretion* sebagai kebijaksanaan, keleluasaan, menurut kehendak, atau kebebasan untuk menentukan atau memilih. Dalam *Webster's New World College Dictionary* (1988:392) diskresi berarti: kebebasan atau kekuasaan untuk membuat keputusan dan pilihan-pilihan; kekuasaan untuk menghakimi atau bertindak.

Dalam *Black Law Dictionary* (Black, 1979:479) *discretion* didefinisikan dengan "*a public official's power or right to act in certain circumstances according to personal judgment and conscience*" (kekuatan resmi publik atau hak untuk bertindak dalam keadaan-keadaan tertentu menurut pertimbangan dan kesadaran personal).

Sementara itu Lehman (2004:449) dalam *West's Encyclopedia of American Law* mendefinisikan *discretion* dengan "*The power or right to make official decisions using reason and judgment to choose from among acceptable alternatives*" (kekuatan atau hak untuk membuat keputusan-keputusan resmi dengan menggunakan alasan dan pertimbangan untuk memilih di antara alternatif-alternatif yang dapat diterima).

Pengertian kata diskresi di atas tidak hanya berkenaan dengan aktifitas tertentu. Namun diskresi itu berlaku pada semua aktifitas yang melibatkan proses pembuatan kebijakan maupun pengambilan keputusan atau tindakan, dengan terlebih dahulu melalui pertimbangan sepanjang dilakukan secara merdeka, mandiri dan kontekstual. Kata diskresi juga tidak merujuk secara khusus hanya pada organisasi tertentu. Banyak lembaga umum, dalam hal ini lembaga pemerintah, menerapkan diskresi dengan sifat dan ciri-cirinya masing-masing (Jauhari, 2007:26). Dalam perspektif Ilmu Hukum Administrasi negara diskresi dikenal dengan istilah *Freies Ermessen*, yang dalam konteks etimologi berasal dari kata *frei* yang berarti bebas, lepas, tidak terikat, dan merdeka. *Freies* artinya orang bebas, tidak terikat dan merdeka. *Ermessen* sendiri berarti mempertimbangkan, menilai, menduga, dan memperkirakan. Jadi *Freies Ermessen* berarti orang yang memiliki kebebasan untuk menilai, menduga dan mempertimbangkan sesuatu. Istilah ini jika aplikasikan dalam bidang pemerintahan diartikan sebagai salah satu sarana yang memberikan ruang gerak bagi para pejabat atau badan-badan administrasi negara untuk melakukan tindakan tanpa harus terikat sepenuhnya pada undang-undang (Ridwan, 2007:177).

Nana Saputra sebagaimana dikutip Ridwan (2007:177-178), mengartikan diskresi atau *Freies Ermessen* dengan suatu kebebasan yang diberikan kepada alat administrasi, yaitu kebebasan yang pada dasarnya memperkenankan alat administrasi negara mengutamakan keefektifan tercapainya suatu tujuan (*doelmatigheid*) dari pada berpegang teguh kepada ketentuan hukum.

Dari definisi di atas, secara praktis kewenangan diskresioner administrasi negara yang kemudian melahirkan peraturan kebijaksanaan mengandung dua aspek pokok. *Pertama*, kebebasan menafsirkan mengenai ruang lingkup wewenang yang dirumuskan dalam peraturan dasar wewenangnya. Aspek pertama ini lazim dikenal dengan kebebasan menilai yang bersifat obyektif. *Kedua*, kebebasan untuk menentukan sendiri dengan cara bagaimana dan kapan wewenang yang dimiliki administrasi negara itu dilaksanakan. Aspek kedua ini dikenal dengan kebebasan menilai yang bersifat subyektif (Ridwan, 2007:183-184).

Istilah diskresi dalam kepolisian dikenal sebagai *diskresi kepolisian*, yang menurut Sadjiono (2006:155) memiliki arti suatu wewenang yang melekat pada kepolisian untuk bertindak atas dasar kebijaksanaan dan penilaiannya sendiri dalam rangka menjalankan fungsi kepolisian.

Sementara itu Erlyn, sebagaimana dikutip Jauhari (2007:25) mendefinisikan diskresi sebagai kemerdekaan dan/atau otoritas/kewenangan untuk membuat keputusan serta kemudian mengambil tindakan yang dianggap tepat/sesuai dengan situasi dan kondisi yang dihadapi, yang dilakukan secara bijaksana dan dengan memperhatikan segala pertimbangan maupun pilihan yang memungkinkan.

Dari definisi-definisi di atas dapat disimpulkan bahwa inti dari diskresi atau *freies ermessen* adalah segala aktifitas yang melibatkan proses pembuatan kebijakan maupun pengambilan keputusan atau tindakan atas inisiatif sendiri, tidak terpaku pada aturan atau undang-undang dengan pelbagai pertimbangan yang matang, kontekstual dan dapat dipertanggungjawabkan. Dalam hal pembuatan kebijakan atau pun pengambilan keputusan tersebut yang lebih diutamakan adalah keefektifan tercapainya tujuan dari pada berpegang teguh kepada ketentuan hukum.

*Freies Ermessen* bertolak dari kewajiban pemerintah dalam *welfare state*, dimana tugas pemerintah yang utama adalah memberikan pelayanan umum atau mengusahakan kesejahteraan dan rasa keadilan bagi warga negara. Kemunculan

*Freies Ermessen* di Indonesia berkaitan dengan tugas yang diemban pemerintah untuk merealisasi tujuan negara seperti yang termaktub dalam alinea keempat Pembukaan Undang-Undang Dasar 1945. Bertolak dari tugas pemerintah di atas, muncullah prinsip "*Pemerintah tidak boleh menolak untuk memberikan pelayanan kepada masyarakat dengan alasan tidak ada peraturan perundang-undangan yang mengaturnya atau belum/tidak ada peraturan perundang-undangan yang dijadikan dasar kewenangan untuk melakukan perbuatan hukum.*" (Ridwan, 2007:180-181).

Dalam dunia peradilan prinsip serupa juga muncul, prinsip tersebut berbunyi: "*Pengadilan tidak boleh menolak untuk memeriksa dan mengadili sesuatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak atau kurang jelas melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya*".

Penggunaan diskresi menurut Rahardjo (t.t.: 111) pada hakekatnya bertentangan dengan prinsip negara yang didasarkan pada hukum. Diskresi ini menghilangkan kepastian terhadap apa yang akan terjadi. Namun suatu tatanan dalam masyarakat yang sama sekali dilandaskan pada hukum juga merupakan suatu ideal yang tidak mungkin dicapai. Di sini dikehendaki, bahwa semua hal dan tindakan diatur oleh peraturan yang jelas dan tegas, suatu keadaan yang tidak akan dapat dicapai. Hukum itu hanya dapat menuntun kehidupan bersama secara umum, sebab begitu ia mengatur secara terperinci, dengan memberikan skenario langkah-langkah secara lengkap, maka pada waktu itu pula kehidupan akan macet. Oleh karena itu sesungguhnya diskresi merupakan kelengkapan dari sistem pengaturan oleh hukum itu sendiri.

Diskresi atau *Freies Ermessen* merupakan paham yang diyakini oleh aliran hukum *Interessenjurisprudenz* atau *Freirechtsschule*. Aliran ini menolak dasar-dasar pikiran aliran *Legisme*. Aliran ini menyatakan bahwa undang-undang tidak lengkap, ia bukan satu-satunya sumber hukum. Menurutnya hakim dan para pejabat lainnya mempunyai kebebasan yang seluas-luasnya dalam menemukan hukum. Demi untuk mencapai hukum yang seadil-adilnya, menurut pengikut aliran ini hakim boleh menyimpang dari peraturan undang-undang (*diskresi/Freies Ermessen*) (Sudarsono,1995:118).

Dengan demikian diskresi atau *Freies Ermessen* muncul dalam rangka menyempurnakan aliran yang muncul sebelumnya yaitu aliran *Legisme*. sementara itu menurut Erlyn sebagaimana dikutip Jauhari (2007:34) diskresi atau *Freies*

*Ermessen* muncul dilatarbelakangi oleh beberapa faktor yang dapat digolongkan menjadi tiga kategori sebagai berikut:

- a. Faktor dasar utama, yang terdiri dari: ketidakmungkinan dilakukan penegakan setiap hukum yang ada; dan perlunya penerjemahan atau penafsiran terhadap hukum tersebut.
- b. Faktor dasar pendukung, yaitu: terbatasnya sumber daya yang ada pada aparaturnegara, terutama sumber daya manusia atau personil, baik dari segi kualitas maupun kuantitas.
- c. Faktor dasar tambahan, yang meliputi: adanya keberatan dari pihak masyarakat bila penegakan hukum diberlakukan terhadap seluruh hukum yang ada, diberlakukan secara total atau sepenuhnya, dilaksanakan sepanjang waktu, kesadaran bahwa aparaturnegara bukan 'superman' yang dapat melaksanakan semua peran dan tugasnya, serta memenuhi tuntutan atau kebutuhan masyarakat (Jauhari, 34).

Hampir senada dengan Erlyn, Rahardjo (2002:74) mengemukakan beberapa alasan yang melatarbelakangi pelaksanaan diskresi yaitu sebagai berikut:

1. Tidak ada perundang-undangan yang sedemikian lengkapnya sehingga dapat mengatur semua perilaku manusia.
2. Adanya keterlambatan-keterlambatan untuk menyesuaikan perundang-undangan terhadap perkembangan masyarakat, sehingga tidak menimbulkan kepastian hukum.
3. Kurangnya biaya untuk menetapkan perundang undangan sebagaimana yang dikehendaki oleh pembentuk undang-undang.
4. Adanya kasus-kasus individual yang memerlukan penanganan secara khusus.

### **C. Praktik Diskresi di Indonesia**

#### **1. Hakim.**

Seorang hakim memiliki kedudukan, kewajiban sekaligus memiliki peran yang sangat penting dalam membuat keputusan. Dalam pasal 28 (1) UU No. 4 tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman disebutkan bahwa: "Hakim sebagai penegak hukum dan keadilan wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat". Sementara dalam ayat (2) disebutkan bahwa: "Dalam mempertimbangkan berat ringannya pidana, hakim wajib

memperhatikan pula sifat yang baik dan jahat dari terdakwa." Selanjutnya dalam pasal 14 (1) disebutkan: "Pengadilan tidak boleh menolak untuk memeriksa dan mengadili sesuatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak atau kurang jelas melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya".

Menurut A. Qadri Azizy (2004:249) pasal di atas berarti seorang hakim tidaklah sekedar mengambil hukum dari kotak. Ungkapan "menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup di masyarakat" memberi peran yang luar biasa bagi setiap hakim untuk berijtihad. Dalam kasus-kasus tertentu diperlukan pemahaman kontekstual, bukan sekedar tekstual. Bahkan tidak mustahil atau dimungkinkan pula dengan tegas dan jelas melawan pasal-pasal tertentu kalau pasal itu dinilai sudah tidak sesuai dengan keadilan dan hukum yang hidup di masyarakat.

Berdasar penafsiran Azizy di atas, seorang hakim berhak melakukan diskresi. Namun dalam kenyataannya sangat jarang ditemukan seorang hakim melakukan diskresi. Di antara penyebabnya adalah: *pertama*, ketidakberanian hakim. Mereka takut akan *eksaminasi* dari pengadilan yang ada di atasnya; *kedua*, minimnya pengetahuan yang dimiliki hakim; *ketiga*, masih kuatnya pengaruh aliran *legisme* pada mereka. Namun demikian di negara ini masih ada hakim yang berani melakukan diskresi walaupun pada akhirnya keputusannya menuai kritik yang keras dari penentangannya.

Di antara contoh diskresi yang dilakukan hakim adalah keputusan hakim Bismar Siregar yang pernah menjatuhkan hukuman mati kepada pembunuh. Keputusan tersebut menggemparkan, ramai diperdebatkan publik. Saat itu (1976), ketika menjabat Ketua PN Jakarta Timur, Bismar menjatuhkan hukuman mati kepada terdakwa Albert Togas. Dari situlah mencuat polemik tentang hukuman mati. Kasusnya, Albert Togas, karyawan PT Bogasari yang di PHK, membunuh Nurdin Kotto, staf ahli perusahaan tersebut. Padahal selama menganggur, Albert ditolong oleh Nurdin. Namun Albert membunuh Nurdin secara keji. Mayatnya dipotong-potong, dagingnya dicincang, dicuci bersih, lantas dimasukkan ke dalam plastik. Setelah itu, potongan mayatnya dibuang ke sebuah kali di Tanjung Priok. Albert membalas air susu dengan air tuba, kebaikan dibalas dengan kejahatan. "Kekejaman itulah yang saya tidak ragu menjatuhkan hukuman mati," kata Bismar ([www.tokohindonesia.com/ensiklopedi/b/bismar-siregar](http://www.tokohindonesia.com/ensiklopedi/b/bismar-siregar)).

Namun Bismar, atas putusannya, menerima serangan bertubi-tubi dari orang-orang yang menentang hukuman mati. Dia dicap tidak Pancasila karena dituding menjatuhkan hukuman yang tidak patut dilakukan oleh seorang hakim, merampas nyawa orang. Sedangkan yang berhak melakukan itu hanya Tuhan.

Keputusan kontroversial Bismar yang lain, adalah hukuman pidana bagi pengedar ganja ketika dia menjabat Ketua Pengadilan Tinggi di Medan. Seorang terdakwa yang dituntut jaksa 10 bulan penjara, Bismar melipatgandakan menjadi 10 tahun. Yang 15 bulan menjadi 15 tahun .

## **2. Polisi**

Polisi bisa disebut sebagai perwujudan dari norma-norma hukum pidana. Ia merupakan hukum pidana yang hidup. Ia merupakan juru tafsir hukum pidana (Rahardjo, t.t.:111). Dalam Undang-undang No.13/61 (Undang-Undang Pokok Kepolisian Negara/UUPKN) ditegaskan bahwa Kepolisian Negara ialah alat Negara penegak hukum yang terutama bertugas memelihara keamanan di dalam negeri.

Kewenangan diskresi yang diberikan kepada polisi mempunyai latar belakang yang jauh, tetapi memiliki nilai yang fundamental dalam kehidupan hukum pada umumnya. Polisi di satu sisi berkewajiban memelihara ketertiban, di sisi lain dia harus menjalankan hukum. Hukum di sini merupakan lambang dari kepastian yang didasarkan pada peraturan, sedangkan ketertiban tidak perlu menghiraukan apakah hukum sudah dijalankan atau belum. Dalam suasana hukum darurat, ketertiban bisa dipertahankan, tetapi jelas pada waktu itu banyak peraturan hukum yang dikesampingkan dan dengan demikian merupakan pengabaian tuntutan kepastian hukum (Rahardjo, tt.:111).

Tindakan yang dilakukan polisi atas inisiatif sendiri dengan mengesampingkan aturan hukum namun dapat dipertanggungjawabkan inilah yang dikatakan sebagai diskresi. Tindakan itu dilakukan justeru demi kepentingan umum yang lebih besar. Konsep mengenai diskresi kepolisian terdapat dalam pasal 18 Undang-Undang Kepolisian Negara Nomor 2 tahun 2002, yang berbunyi: Untuk kepentingan umum, pejabat Kepolisian Negara Republik Indonesia dalam melaksanakan tugas dan wewenangnya dapat bertindak menurut penilaiannya sendiri; (2) Pelaksanaan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) hanya dapat dilakukan dalam keadaan yang sangat perlu dengan

memperhatikan peraturan perundang-undangan serta Kode Etik Profesi Kepolisian Negara.

Di bawah ini penulis paparkan contoh dari diskresi kepolisian:

- a. Kepolisian tidak menjadikan anak di bawah umur sebagai tersangka narkoba. Anak-anak yang menjadi pemakai narkoba adalah korban perilaku orang dewasa yang berperan sebagai pengedar. Karena itu pembinaan yang ditimpakan kepadanya tidak bisa disamakan dengan orang dewasa yang juga tersangkut kasus narkoba. Sehingga anak di bawah umur tidak dipenjarakan. Keputusan tersebut sesuai dengan UU Nomor 23 tahun 2002 tentang Perlindungan Anak. Perlindungan itu juga sesuai dengan Konvensi Internasional tentang Hak-Hak Sipil dan Politik yang telah diratifikasi pemerintah Indonesia. Di dalamnya diatur pemberian perlindungan terhadap anak.
- b. Di sebuah perempatan jalan, kondisi jalan macet, arus dari arah A terlalu padat, sementara arah sebaliknya (arus B) lengang. Dalam keadaan demikian polisi kemudian memberi instruksi kepada pengendara dari arus A untuk terus berjalan walaupun lalu lintas berwarna merah.

### **3. Penghulu**

Penghulu adalah bagian dari birokrasi pemerintah. Ia bertugas melakukan pengawasan terhadap masalah nikah rujuk dan masalah lain yang berhubungan dengan kepenghuluan. Dalam menjalankan tugasnya penghulu harus berpegang kepada aturan-aturan yang ada seperti UUP, KHI dan aturan-aturan lain yang berkaitan dengan kepenghuluan. Namun dalam praktiknya tidak semua masalah perkawinan itu bisa diselesaikan dengan aturan tersebut. Pada kasus tertentu aturan tersebut terkadang tidak bisa diterapkan. Di sisi lain seorang penghulu juga mengalami dilema ketika menghadapi perbedaan pendapat atau konflik antara UUP dan KHI sebagai hukum Islam Indonesia dengan kitab fikih munakahat yang dipegangi oleh masyarakat Indonesia. Pada situasi demikian terkadang seorang penghulu melakukan diskresi yakni membuat keputusan hukum yang tidak sesuai dengan ketentuan yang ada. Di antara diskresi yang dilakukan oleh seorang penghulu adalah kasus yang diitemukan oleh Imron Jauhari (2007:210) di Kota Semarang sebagai berikut:

Pada bulan-bulan musim nikah seperti bulan Syawwal, dzulhijjah, Maulud dan Rajab karena banyaknya peristiwa nikah maka terkadang penghulu sering



terlambat menghadiri prosesi akad nikah. Prosesi akad nikah telah dilaksanakan sebelum kehadiran sang penghulu dengan dipimpin oleh seorang kiai (ulama) setempat. Masalahnya adalah, menurut pasal 6 UUP (undang-undang perkawinan) ayat (1) dan (2) bahwa setiap perkawinan harus dilangsungkan di hadapan dan di bawah pengawasan Pegawai Pencatat Nikah (penghulu). Adapun perkawinan yang dilakukan di luar pengawasan Pegawai Pencatat Nikah tidak mempunyai kekuatan hukum. Menurut Drs. Sinwani selaku penghulu yang menangani pernikahan tersebut, bahwa pernikahan tersebut dinilai sah. Ia tinggal mencatat pernikahan tersebut tanpa harus mengulang prosesi *ijab-qabul*. Walaupun pernikahan tersebut dilangsungkan sebelum kedatangannya namun hal itu tetap di bawah pengawasannya selaku penghulu.

Keputusan dan kebijaksanaan ini berdasarkan beberapa pertimbangan: (1) sebelum hari H, calon pengantin dan wali nikah sudah mendaftarkan kehendak nikah. Pemeriksaan terhadap pihak-pihak yang terkait dalam pernikahan tersebut telah dilaksanakan dan telah lolos verifikasi. Dengan kata lain mereka telah diizinkan untuk melaksanakan prosesi nikah; (2) Prosesi akad nikah model ini biasanya dihadiri oleh orang banyak yang sekaligus menjadi saksi atas terjadinya peristiwa nikah. Di samping itu, prosesi akad nikah juga disaksikan oleh pembantu penghulu selaku wakil dari KUA; (3) Keterlambatan dan ketidakhadiran para penghulu ini bukan sebuah kesengajaan tapi karena keterbatasan waktu yang harus mereka jalani (Jauhari,2007:210).

#### **D. Tolok Ukur Diskresi**

Diskresi laksana pisau bermata ganda, di satu sisi dapat membantu menyelesaikan problem hukum atau lainnya, di sisi lain bisa menjadikan seorang aparat terjebak dalam kesewenang-wenangan. Oleh karena itu kewenangan diskresi diberikan bukan tanpa batas.

Syahrani Basah, sebagaimana dikutip Ridwan (2007:178-179) mengemukakan bahwa diskresi atau *freies ermessen* dalam suatu negara hukum memiliki ketentuan sebagai berikut:

- a. Ditujukan untuk menjalankan tugas-tugas pelayanan publik.
- b. Merupakan sikap tindak yang aktif dari administrasi negara.
- c. Sikap itu dimungkinkan oleh hukum;
- d. Sikap tindak itu dilakukan atas inisiatif sendiri;

- e. Sikap tindak itu dimaksudkan sebagai solusi atas persoalan-persoalan yang timbul secara tiba-tiba;
- f. Sikap tindak itu dapat dipertanggungjawabkan baik secara moral kepada Tuhan Yang Maha Esa maupun secara hukum.

Sementara Indoharto, sebagaimana dikutip Jauhari (2007:38). mengemukakan bahwa diskresi atau *freies ermessen* dalam pelaksanaannya harus memperhatikan hal-hal berikut:

1. Ia tidak boleh bertentangan dengan peraturan dasar yang mengandung wewenang *diskresioner*.
2. Ia tidak boleh nyata-nyata bertentangan dengan nalar yang sehat.
3. Ia harus dipersiapkan dengan cermat; semua kepentingan, keadaan serta alternatif-alternatif yang ada perlu dipertimbangkan terlebih dahulu.
4. Isi dari kebijakan harus memberikan kejelasan yang cukup mengenai hak-hak dan kewajiban-kewajiban dari warga yang terkena peraturan tersebut.
5. Tujuan-tujuan dan dasar-dasar pertimbangan mengenai kebijakan yang dilakukan harus jelas.
6. Ia harus memenuhi syarat kepastian hukum material, artinya hak-hak yang diperoleh dari warga masyarakat yang terkena harus dihormati, kemudian juga harapan-harapan warga yang pantas telah ditimbulkan jangan sampai diingkari.

Diskresi atau *freies ermessen* digunakan dalam rangka menjalankan fungsi pemerintahan dan sangat ditentukan oleh perilaku setiap aparatur. Oleh karena itu di dalam mengambil tindakan dan penilaian harus tetap berdasar pada undang-undang dan hak asasi manusia, tidak bertentangan dengan asas-asas umum pemerintahan yang baik (Sadjiono, 2006:158).

Hampir senada dengan pernyataan di atas Bagir Manan (2004:16) mengatakan bahwa *Freies Ermessen* haruslah merupakan suatu tindakan yang memiliki tujuan dan manfaat yang dibenarkan hukum. Kebebasan bertindak adalah kebebasan dalam lingkup wewenang yang telah ditentukan berdasarkan hukum. Setiap tindakan di luar wewenang yang telah ditetapkan berdasarkan hukum adalah tindakan melampaui wewenang (*detournement de pouvoir*), bahkan dapat melawan hukum (*onrechtigover heidsdaad*), atau penyalahgunaan wewenang (*misbruik van recht*).

Timbulnya penilaian yang diyakini untuk bertindak bagi setiap aparatur Negara sangat dipengaruhi oleh situasi dan kondisi yang kongkrit yang mengharuskan untuk bertindak. Namun demikian penilaian yang diyakini setiap individu sangatlah berbeda-beda tergantung dari pengalaman, pengetahuan, kecerdasan, dan moralitas masing-masing. Berkait dengan hal tersebut setiap aparatur Negara dalam menggunakan wewenang diskresi tidak boleh digunakan secara sembarangan tanpa alasan yang rasional dan logis, akan tetapi selektif dan proporsional dan dapat dipertanggungjawabkan secara hukum. Oleh karena wewenang untuk bertindak berdasar penilaian sendiri tersebut dalam rangka menjalankan kewajiban tugas dan kewajiban hukum, maka di dalam melakukan tindakan hukum wajib berpegang pada norma hukum maupun moral (Sadjiono, 2006:158).

#### **E. Penyalahgunaan Wewenang Diskresi**

Masalah diskresi berkaitan erat dengan integritas pelaksananya (hakim, polisi atau pejabat publik lainnya), dan integritas pelaksana ini sangat dipengaruhi oleh pribadi pelaksana dan bagaimana moralitas pelaksana yang juga dipengaruhi kehidupan di luar pribadi pelaksana seperti kehidupan hedonisme yang berkembang saat ini, tuntutan budaya, organisasi, hubungan pelaksana diskresi dengan atasannya, keterbatasan sarana dan prasarana dan lain-lain.

Faktor-faktor tersebut di atas dapat menggoda pelaksana diskresi untuk mengarahkan diskresi ke arah lain. Walau syarat penggunaan diskresi sudah diatur sedemikian rupa, namun interpretasi hukum dari pribadi-pribadi pelaksana diskresi terkadang subyektifitasnya tidak bisa dihindari. Diskresi yang demikian dapat mempengaruhi terjadinya penyalahgunaan wewenang, bahkan sampai pada tingkat pelanggaran Hak Asasi Manusia (HAM).

Penyalahgunaan wewenang diskresi di antaranya banyak dilakukan oleh polisi, hal itu disebabkan pelaksanaan tugas kepolisian yang dilakukan secara sendiri tidak berkelompok sehingga menyulitkan bagi atasan untuk melakukan pengawasan. Kesulitan pengawasan itulah yang merupakan salah satu penyebab terjadinya penyalahgunaan wewenang diskresi.

Beberapa pelanggaran HAM terjadi dilatarbelakangi oleh penyalahgunaan wewenang diskresi, seperti pada kasus-kasus berikut (<http://yogenhero.blog.friendster.com>):

1. Penembakan tersangka oleh penyidik saat penangkapan. Dimana tersangka tidak melakukan perlawanan. Namun karena ada target untuk tembak di tempat, kemudian direkayasa kalau tersangka melawan petugas dan akhirnya dilumpuhkan dengan tembakan. Tindakan menghilangkan nyawa seseorang merupakan pelanggaran Hak Asasi Manusia (HAM).
2. Saat menentukan tersangka ditahan atau tidak subyektifitas penyidik sangat dimungkinkan, bahkan terkadang hal ini digunakan untuk *bargaining* penyidik pada tersangka. Sikap demikian akibat adanya diskriminasi pelayanan dalam proses penyidikan yang melanggar ketentuan HAM.
3. Masih sering ditemukan kasus penyiksaan terhadap tersangka oleh penyidik pada saat dilakukan pemeriksaan untuk mengejar pengakuan tersangka. Penyiksaan demikian merupakan salah satu tindakan yang melanggar HAM.
4. Penghentian suatu proses pengadilan yang tidak berlandaskan hukum, namun karena adanya pengaruh tekanan dari atasan penyidik atau kepentingan penyidik sendiri. Hal tersebut merupakan pelanggaran HAM.
5. Pada saat menangkap pelaku penyalahgunaan narkoba, terjadi “negosiasi” pasal yang akan diterapkan agar pelaku tersebut tidak terancam hukuman yang lebih berat. Dari yang seharusnya diterapkan pasal untuk pengguna, penyimpan dan memberikan terhadap orang lain untuk menggunakan, dirubah menjadi pasal pengguna saja, dengan barang bukti yang tersisa disita tanpa pernah ditampilkan di muka sidang pengadilan. Jadi barang bukti yang ada dan diserahkan ke penuntut umum hanya tes urine dari si pelaku. Barang bukti yang disita ini terkadang digunakan untuk menjebak pelaku lainnya yang memang sudah menjadi Target Operasi namun sulit diproses mengingat minimnya barang bukti.
6. Pada kasus utang piutang yang merupakan kasus perdata, dengan berbagai cara penyidik berusaha mengarahkan kasus tersebut ke arah pidana. Apabila tersangka tidak mengerti hukum, maka hal ini kemudian dijadikan media untuk meminta sejumlah uang agar kasusnya tidak dilanjutkan dan proses sampai ke pengadilan. Padahal nyata-nyata kasus tersebut bukan merupakan kasus pidana.
7. Menghentikan penyidikan atau penyelidikan setelah terjadi kesepakatan dengan melibatkan sejumlah uang sehingga kasus ditutup dengan berbagai

alasan seperti kurang cukup bukti, kasus bukan merupakan tindak pidana dan berbagai alasan lainnya .

#### **F. Ijtihad Nabi SAW. dan para Sahabatnya**

Bagi setiap muslim, segala aktifitas yang dilakukannya dalam kehidupan sehari-hari harus sesuai dengan titah Allah SWT. Sebagai realisasi dari keimanan kepada-Nya. Titah Allah SWT tersebut dapat ditemukan dalam kumpulan wahyu yang disampaikan melalui Nabi-Nya (al-Quran) dan penjelasan yang diberikan oleh Nabi SAW mengenai wahyu tersebut (al-Hadis).

Namun titah Allah di dalam al-Quran dalam bentuk perintah dan larangan atau ungkapan lain. Titah tersebut masih perlu diformulasikan ke dalam bentuk hukum. Untuk memformulasikan titah Allah SWT tersebut ke dalam bentuk hukum diperlukan usaha keras melalui pemahaman. Usaha keras itulah yang dalam perspektif ilmu ushul fikih dikenal dengan ijtihad.

Ijtihad, di samping dilakukan terhadap hal-hal yang ada ketentuan hukumnya dalam nash (al-Quran dan al-Hadis), juga dilakukan dalam rangka mencari solusi terhadap masalah baru yang tidak ditemukan jawabannya secara jelas dalam nash. Kaitannya dengan yang pertama, bahwa hukum yang telah ada ketentuannya di dalam nash terkadang mengalami kendala dalam pengaplikasiannya jika dihadapkan pada kondisi sosial yang telah berubah. Dalam situasi semacam ini diperlukan pemahaman lain (ijtihad) yang berbeda dengan apa yang telah ditetapkan dalam nash sebelumnya (Syarifuddin,2001:243). Model ijtihad yang demikian pada dasarnya sama dengan diskresi. Dikatakan sama karena ijtihad yang demikian merupakan pengambilan keputusan atas inisiatif sendiri, tidak terpaku pada ketentuan yang telah ada atau bahkan menyimpang yang merupakan ciri dari diskresi.

Dalam situasi tertentu Nabi SAW dan para sahabatnya terkadang berijtihad yang keputusan hukumnya "menyimpang" dari ketentuan yang telah ada sebelumnya. Salah satu contoh bentuk ijtihad Nabi SAW yang seperti ini adalah keputusan Nabi SAW untuk membebaskan beberapa tahanan perang Badar dengan syarat mereka mau mengajar baca-tulis kepada orang muslim. Keputusan Nabi SAW ini bisa dikatakan dengan diskresi karena ketentuannya tahanan tersebut seharusnya masih di penjara namun Nabi SAW membebaskannya.

Beberapa sahabat juga pernah melakukan ijtihad model diskresi, diantaranya adalah Umar bin Khattab, Usman bin Affan dan Ali bin Abi Thalib. Di antara para sahabat tersebut, Umar bin Khattab merupakan sahabat paling banyak melakukan ijtihad model tersebut. Di antara ijtihad Umar bin Khattab adalah membebaskan sanksi hukum bagi pencuri pada saat krisis ekonomi, dimana latar belakang pencuriannya adalah untuk mempertahankan hidup (Syarifuddin, 2001:309-310). Keputusan ini atas inisiatif Umar sendiri dan tidak mengikuti aturan umum yang ada yaitu QS. Al-Maidah (5):37. Seharusnya hukuman bagi pencuri menurut ayat tersebut adalah potong tangan, namun Umar tidak menerapkannya karena latar belakang melakukan pencurian dan kondisi sosial ekonomi saat itu. Dalam bahasa Satjipto Raharjo, dalam menjalankan hukum Umar tidak menggunakan logika peraturan tetapi logika sosial (Rahardjo,2006:). Tindakan Umar yang menyimpang dari ketentuan hukum umum beralih ke ketentuan hukum khusus ini dalam ilmu ushul fikih dikenal dengan *istihsan* (al-Zuhaili, Wahbah, 2001:738).

Di antara ijtihad Umar yang menyimpang dari ketentuan al-Quran lainnya adalah Umar tidak membagi-bagikan tanah pampasan perang di Irak kepada anggota pasukan yang ikut dalam peperangan tersebut, tetapi tetap digarap oleh pemilik awal tanah tersebut dan penggarap diwajibkan membayar *kharaj* (pajak) (Syarifuddin, 2001:240). Umar mengambil tindakan tersebut mempertimbangkan kepentingan umum (*Maslahah*). Jika tanah tersebut dibagikan diyakini tidak akan bermanfaat dan terbengkalai karena penerimanya sibuk dengan berperang. Dengan digarap oleh pemilik aslinya maka kemanfaatannya lebih optimal.

Dalam masa pemerintahan Umar dan Ali bin Abi Thalib keduanya pernah memutuskan untuk menghukum peminum *ksamr* dengan cambuk 80 kali. Hukuman ini dua kali lebih berat dari ketentuan Nabi SAW dalam sunnahnya. Menurut Umar hukuman cambuk 40 kali bagi pemabuk sudah tidak efektif lagi pada zamannya. Untuk lebih memberi efek jera maka Umar menambahkan menjadi 80 kali cambukan. Sementara Ali melihat bahwa minum khamr akan berakibat kepada perbuatan jahat lainnya seperti membunuh, zina, atau menuduh orang lain berbuat zina akibat bicaranya yang kacau. Untuk mencegah hal tersebut Ali menghukum pemabuk seperti hukuman yang dikenakan pada penuduh zina yaitu 80 kali cambukan. Dalam hal ini Ali berijtihad dengan metode *masalih al-mursalah* (Sayatibi, tt.:356).

Usman bin Affan, khalifah ketiga juga pernah berijtihad dengan model ijtihad ini. Pada masa pemerintahannya, Usman mengambil inisiatif untuk

memberlakukan azan shalat jum'at dua kali. Pada masa Nabi SAW dan begitu pula pada masa Abu Bakar dan Umar menjadi khalifah, azan shalat jum'at hanya satu kali. Pada saat itu azan shalat jum'at satu kali dirasa sudah cukup untuk memberi tahu masuknya waktu salat jum'at karena umat Islam pada saat itu masih relatif sedikit. Pada masa khalifah Usman dimana perkembangan kuantitas kaum muslim meningkat tajam, Usman dengan ijtihadnya sendiri memberlakukan azan shalat jum'at dua kali (Sarifuddin, 2001;240). Pertimbangan Usman adanya kepentingan umum (*maslahah*).

Jika dilihat dari model ijtihad Nabi SAW dan para sahabatnya di atas, ijtihad mereka memiliki dua karakteristik utama yaitu; *Pertama*, ijtihad atau tindakan yang dilakukan mereka atas inisiatif sendiri; *kedua*, ijtihad yang mereka lakukan tidak terpaku pada aturan yang sudah ada tetapi mempertimbangkan situasi dan kondisi pada saat berijtihad sehingga lebih memenuhi rasa keadilan. Kedua karakteristik itulah karakteristik yang dimiliki oleh diskresi, sehingga bisa disimpulkan bahwa ijtihad Nabi Saw dan para sahabatnya merupakan diskresi. Dengan demikian diskresi memiliki sandaran yang kuat dalam hukum Islam. Oleh karena itu seorang hakim diharapkan untuk tidak ragu-ragu dan tidak takut untuk melakukan diskresi dengan selama keputusannya dapat dipertanggung jawabkan kepada Tuhan Yang Maha Esa baik secara moral maupun hukum.

## **G. Kesimpulan**

Diskresi merupakan kewenangan yang dimiliki oleh pejabat publik (polisi, penghulu, alat administrasi negara, hakim dan lainnya) untuk memutuskan atas dasar inisiatif sendiri, merdeka, tidak terpaku pada aturan yang ada sesuai dengan situasi dan kondisi yang dihadapi dan dapat dipertanggungjawabkan kepada Tuhan Yang Maha Esa baik secara moral maupun hukum.

Diskresi dipengaruhi oleh situasi dan kondisi yang kongkrit yang mengharuskan untuk bertindak. Namun demikian penilaian yang diyakini setiap individu sangatlah berbeda-beda tergantung dari pengalaman, pengetahuan, kecerdasan, dan moralitas masing-masing. Berkait dengan hal tersebut setiap aparatur Negara dalam menggunakan wewenang diskresi tidak boleh digunakan secara sembarangan tanpa alasan yang rasional dan logis, akan tetapi selektif dan proporsional dan dapat dipertanggungjawabkan secara hukum.

Diskresi memiliki sandaran yang kuat dalam hukum Islam terbukti Nabi SAW sendiri dan para sahabatnya melakukan ijtihad yang karakteristiknya sama dengan karakteristik yang dimiliki oleh diskresi.

## DAFTAR PUSTAKA

- Azizy, A. Qadri, 2004, *Hukum Nasional Eklektisisme hukum Islam dan Hukum Umum*, Jakarta: PT. Mizan Publika.
- Black, Henry Cambell, 1979, *Black Law Dictionary with Pronounciatio*, USA: West Publising & Co.
- Jauhari, Imron, 2007, *Penerapan Diskresi dalam Dunia Kepenghuluan (Studi tentang Perilaku Diskrestif Penghulu dalam Menyelesaikan Masalah Hukum Perkawinan di Kota Semarang)*, Tesis Program Pascasarjana IAIN Walisongo Semarang.
- Lehman, Jefrey, 2004, *West Encyclopedia of American Law*, Farmington Hills: The Gale Group Inc.
- Manan, Bagir, 2004, *Hukum Positif Indonesia (Satu Kajian Teoritik)*, Yogyakarta: FH UII Press.
- Rahardjo, satjipto, 2002, *Sosiologi Hukum, Perkembangan Metodologi dan Perilaku Masalah*, Surakarta: UMS.
- ....., t.t., *Masalah Penegakan Hukum: Suatu Tinjauan Hukum Sosiologis*, Bandung: Sinar Baru.
- ....., 2007, *Membedah Hukum Progresif*, Jakarta: Kompas Media Nusantara.
- Ridwan, 2007, *Hukum Administrasi Negara*, Jakarta: PT Raja Grafindo Persada.
- Sadily, Hassan dan John M. Echols, 1995, *Kamus Inggris Indonesia*, Jakarta: PT Gramedia.
- Sadjiono, *Hukum Kepolisian, Perspektif, Kedudukan, dan Hubungannya dalam Hukum Administrasi*, Yogyakarta: Laksbang Pressindo.
- Salim, Peter, 1986, *The contemporary English-Indonesi Dictionary*, Jakarta: Modern English Press.
- Sudarsono, 1995. *Pengantar Ilmu Hukum*, Jakarta: Rineka Cipta.
- Syarifuddin, Amir, 2001, *Ushul Fiqh*, Jilid 2, Jakarta: Logos.
- Al-Syatibi, t.t., *al-I'tisham*, juz I, Bairut: Dar al-Kutub al-Ilmiyyah.
- Al-Zuhaili, Wahbah, 2001, *Ushul al-Fiqh al-Islami*, Juz II, Damaskus: Dal al-Fikr.
- POLRI: *Antara Penyimpangan Perilaku dan Diskresi Fungsional*, (<http://yogenhero.blog.friendster.com>)