

**TINDAKAN HUKUM DISKRESI DALAM
KONSEP WELFARE STATE
Perspektif Hukum Administrasi Negara dan
Hukum Islam**

Aristoni

Lembaga kajian Sosial dan Agama tasamuh institute Kudus,
Jawa Tengah, Indonesia

Aris_toni52@gmail.com

Abstract

DISCRETIONARY LEGAL ACTION (FREIESERMESSEN) IN THE WELFARE STATE CONCEPT: PERSPECTIVE OF STATE ADMINISTRATION LEGAL AND ISLAMIC LAW. Regulation of wisdom known as discretionary or 'freiesermessen' essentially is a legal act of government or supplies tool of state administration. This action carried out by the agency or the officials carrying out the government affairs to be able to act on their own initiative in solving social problems. This paper is an analysis of discretion or 'freiesermessen' as one of the means to move for official or administrative departments of the State to take action without having to be bound completely on legislation. As a result, in the ideal level, the government has the authority to make discretionary without being tied entirely to the law. But in practical terms, it does not mean that the government or officials of the State administration can act arbitrarily, but rather an attitude that must be accounted for. In other words, despite government intervention in the lives of citizens is indispensable in the conception of the welfare state, but also the accountability of each government action is indispensable in a State of law that upholds the values of truth and justice.

Keywords: *Law act, Discretion, State administration legal, Islamic Law.*

Abstrak

Peraturan kebijaksanaan yang dikenal dengan istilah *diskresi* atau *freiesermessen* pada hakikatnya merupakan tindakan hukum pemerintah atau alat perlengkapan administrasi Negara. Tindakan ini dilakukan oleh badan atau pejabat yang melaksanakan urusan pemerintahan untuk dapat bertindak atas inisiatif sendiri dalam menyelesaikan persoalan-persoalan sosial. Tulisan ini merupakan analisis terhadap *diskresi* atau *freiesermessen* sebagai salah satu sarana yang memberikan ruang bergerak bagi pejabat atau badan-badan administrasi Negara untuk melakukan tindakan tanpa harus terikat sepenuhnya pada undang-undang. Hasilnya, pada tataran ideal, pemerintah memang diberikan kewenangan untuk membuat *diskresi* tanpa harus terikat sepenuhnya pada undang-undang. Namun pada tataran praktis, tidak berarti pemerintah atau pejabat administrasi Negara dapat bertindak semena-mena, melainkan sikap itu haruslah dipertanggungjawabkan. Dengan kata lain, meskipun campur tangan pemerintah dalam kehidupan warga Negara merupakan *keniscayaan* dalam konsepsi *welfare state*, tetapi pertanggungjawaban setiap tindakan pemerintah juga merupakan *keniscayaan* dalam Negara hukum yang menjunjung tinggi nilai-nilai kebenaran dan keadilan.

Kata kunci: *Tindakan hukum, Diskresi, Hukum administrasi negara, hukum Islam.*

A. Pendahuluan

Dalam negara kesejahteraan (*welfare state*, *verzorgingsstaat*) tugas pemerintah tidak hanya terbatas untuk melaksanakan undang-undang yang telah dibuat oleh lembaga legislatif. Dalam perspektif *welfare state*, pemerintah dibebani kewajiban untuk menyelenggarakan kepentingan umum (*bestuurszorg*) atau mengupayakan kesejahteraan sosial yang dalam menyelenggarakan kewajiban itu pemerintah diberi kewenangan untuk campur tangan (*staatsbemoeyenis*) dalam kehidupan masyarakat, tentunya dalam batas-batas yang diperkenankan oleh hukum.

Pemerintah mengandung arti suatu kelembagaan atau organisasi yang menjalankan kekuasaan pemerintahan, sedangkan pemerintahan adalah proses berlangsungnya kegiatan atau perbuatan pemerintah dalam mengatur kekuasaan suatu negara.

Penguasa dalam hal ini pemerintah yang menyelenggarakan pemerintahan, melaksanakan penyelenggaraan kepentingan umum, yang dijalankan oleh penguasa administrasi negara yang harus mempunyai wewenang. Seiring dengan perkembangan, fungsi pemerintahan ikut berkembang, dahulu fungsi pemerintah hanya membuat dan mempertahankan hukum, akan tetapi pemerintah tidak hanya melaksanakan undang-undang tetapi berfungsi juga untuk merealisasikan kehendak negara dan menyelenggarakan kepentingan umum (*public service*).

Perwujudan tugas pemerintah dalam negara hukum modern atau *welfare state* dalam rangka menyelenggarakan kesejahteraan umum adalah dimilikinya kebebasan oleh pemerintah, dalam arti bahwa pemerintah tidak terikat secara mutlak oleh peraturan perundang-undangan dalam rangka menyelenggarakan kesejahteraan umum tersebut. Dengan demikian alat-alat perlengkapan administrasi negara ikut serta dalam pergaulan masyarakat untuk menyelenggarakan kesejahteraan umum masyarakat. Pergaulan masyarakat itu kecuali sifatnya kompleks, berbelit-belit juga akan terus-menerus berkembang seiring dengan perkembangan serta kemajuan jaman. Oleh karena itu apabila alat-alat perlengkapan administrasi negara atau pemerintah hanya dapat bertindak menurut apa yang telah diatur dalam peraturan perundangan sifat tindakannya akan menjadi kaku.¹ Agar alat-alat perlengkapan administrasi negara dapat melakukan perbuatan-perbuatan demi kesejahteraan rakyat, alat-alat perlengkapan administrasi negara memerlukan kebebasan untuk berbuat inisiatif serta atas kebijaksanaan sendiri terutama dalam hal penyelesaian masalah genting yang timbul secara mendadak atau dengan sekonyong-konyong dan yang peraturan penyelesaian belum ada. Kebebasan pemerintah atau alat-alat perlengkapan administrasi negara tersebut disebut diskresi atau *freies ermessen*.²

¹ Soehino, *Asas-asas Hukum Tata Usaha Negara*, Liberty (Yogyakarta: 2000), hlm. 26-27.

² Laica Marzuki, *Peraturan Kebijaksanaan Hakikat Serta Fungsinya Selaku*

Kendati demikian disadari atau tidak, fakta empirik menunjukkan banyaknya kebijakan yang dikeluarkan oleh pejabat administrasi negara selaku penyelenggara negara dalam pelaksanaannya berpotensi menimbulkan permasalahan hukum dan administratif. Dengan dalih kebijakan yang diperuntukkan kemaslahatan terkadang kebijakan yang dilakukan melampaui batas kewenangan yang telah ditetapkan oleh undang-undang. Untuk itu diperlukan kontrol masyarakat terhadap serangkaian tindakan pejabat pemerintah atau alat perlengkapan administrasi negara dalam menyelenggarakan pemerintahan yang bersih dan berwibawa dalam rangka mewujudkan *good governance*.³

B. Pembahasan

1. Tindakan Hukum Pemerintahan Perspektif Hukum Administrasi Negara

Pemerintah atau administrasi negara merupakan subjek hukum, sebagai *drager van de rechten en plichten* atau pendukung hak-hak dan kewajiban-kewajiban. Sebagai subjek hukum, pemerintah sebagaimana subjek hukum lainnya melakukan berbagai tindakan baik tindakan nyata (*feitelijkhandelingen*) maupun tindakan hukum (*rechtsbandelingen*). Tindakan nyata adalah tindakan-tindakan yang tidak ada relevansinya dengan hukum dan oleh karenanya tidak menimbulkan akibat-akibat hukum, sedangkan tindakan hukum

Sarana Hukum Pemerintahan Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin, Ujung Pandang, 1996), hlm. 7

³ Melihat rawannya potensi kekacauan hukum dan administrasi yang ditimbulkan, maka diskresi harus dapat dipertanggungjawabkan (*responsibility*) sekaligus dipertanggunggugatkan (*accountability*). Dalam sudut pandang ini, perlu ditekankan bahwa seorang pejabat pemerintah dituntut harus dapat mempertanggungjawabkan tindakan diskresi yang dibuat kepada masyarakat tanpa perlu menunggu adanya gugatan secara legalistik. Mengingat hal tersebut merupakan suatu kewajiban yang sifatnya melekat pada kewenangan yang menjadi dasar tindakan diskresi yang merupakan bagian dari *freies ermessen* artinya kebebasan mempertimbangkan, menilai, menduga dan bebas mengambil keputusan.

adalah tindakan yang dimaksudkan untuk menciptakan hak dan kewajiban⁴

Istilah tindakan hukum ini semula berasal dari ajaran hukum perdata yang kemudian digunakan dalam hukum administrasi negara sehingga dikenal dengan istilah tindakan hukum administrasi (*administratieve rechtsbepaling*). Menurut H.J. Roelijn, tindakan hukum administrasi merupakan pernyataan kehendak yang muncul dari organ administrasi dalam keadaan khusus, dimaksudkan untuk menimbulkan akibat hukum dalam bidang hukum administrasi. Sementara menurut Huisman mengungkapkan bahwa tindakan hukum merupakan tindakan-tindakan yang berdasarkan sifatnya dapat menimbulkan akibat hukum tertentu.⁵

Akibat hukum yang lahir dari tindakan hukum adalah akibat-akibat yang memiliki relevansi dengan hukum seperti penciptaan hubungan hukum baru, perubahan atau pengakhiran hubungan hukum yang ada. Dengan kata lain akibat-akibat hukum itu dalam berupa hal-hal di antaranya :

- a. *Indien er een verandering optreedt in de bestaande rechten, verplichtingen of bevoegdheid van sommigen* (jika menimbulkan beberapa perubahan hak, kewajiban atau kewenangan yang ada).
- b. *Wanneer er verandering optreedt in juridische status van een persoon of (van) object* (bila menimbulkan perubahan kedudukan hukum bagi seseorang atau objek hukum yang ada).
- c. *Wanneer het bestaan van zekere rechten, verplichtingen, bevoegdheden of status bindend wordt vastgesteld* (bila terdapat hak-hak, kewajiban, kewenangan, ataupun status tertentu yang ditetapkan).

Apabila dikatakan bahwa tindakan hukum pemerintahan merupakan pernyataan kehendak sepihak dari organ

⁴ *Ibid.*, hlm. 137.

⁵ Ridwan H.R, *Hukum Administrasi Negara* (Jakarta: Rajagrafindo Persada, 2007), hlm. 114.

pemerintahan dan membawa akibat pada hubungan hukum atau kehendak hukum yang ada, kehendak organ tersebut tidak boleh mengandung cacat seperti kekhilafan (*dwaling*), penipuan (*bedrog*), paksaan (*dwang*), dan lain-lain yang menyebabkan akibat-akibat hukum yang tidak sah. Di samping itu, karena setiap tindakan hukum pemerintah harus didasarkan pada peraturan perundang-undangan yang berlaku, maka dengan sendirinya tindakan tersebut tidak boleh menyimpang atau bertentang dengan peraturan yang bersangkutan yang dapat menyebabkan akibat-akibat hukum yang muncul itu batal (*nietig*) atau dapat dibatalkan (*nietigbaar*). Terdapat perbedaan tindakan hukum administrasi dengan tindakan hukum perdata terutama dalam sifat mengikatnya, yaitu tindakan hukum administrasi dapat mengikat warga negara tanpa memerlukan persetujuan dari warga negara bersangkutan, sementara tindakan hukum perdata diperlukan persesuaian kehendak atau diperlukan persetujuan dari pihak yang dikenai tindakan hukum tersebut.⁶ Hal ini dikarenakan hubungan hukum perdata bersifat sejajar, sementara hubungan hukum publik itu bersifat sub ordinatf, di satu pihak pemerintah dilekati dengan kekuasaan publik, di pihak lain warga negara tidak dilekati dengan kekuasaan yang sama.⁷

Dalam perspektif Hukum Administrasi Negara, tindakan hukum pemerintahan itu selanjutnya dituangkan dalam dan dipergunakan beberapa instrumen hukum dan kebijakan seperti peraturan (*regeling*), keputusan (*besluit*), peraturan kebijaksanaan (*beleidsregel*), dan ketetapan (*beschikking*). Setiap penggunaan wewenang dan penerapan instrumen hukum oleh pejabat pemerintahan sudah barang tentu menimbulkan akibat hukum karena memang yang dimaksudkan untuk menciptakan hubungan hukum dan akibat hukum. Hubungan hukum ini ada yang bersifat intern (*interne rechtsbetrekkend*), yakni hubungan hukum di dalam

⁶ Bagir Manan, *Bentuk-Bentuk Perbuatan Keperdataan Yang Dapat Dilakukan Oleh Pemerintah Daerah* (Universitas Padjadjaran. Majalah Ilmiah, 1996), hlm. 27- 29.

⁷ Indroharto, *Perbuatan Pemerintah Menurut Hukum Publik Dan Hukum Perdata* (Jakarta : Universitas Indonesia, 1992), hlm. 147-148

atau antarinstansi pemerintahan, dan hubungan hukum *eksten* (*externe rechtsbetrekkng*), yakni hubungan hukum antar pemerintah dengan warga negara. dalam hal hubungan hukum eksternal, akibat hukum yang ditimbulkannya ada yang bersifat umum, dalam arti mengenai setiap warga negara, dan akibat hukum yang bersifat khusus yakni mengenai seseorang atau badan hukum perdata tertentu.⁸

2. Diskresi (Freies Ermessen) dalam Konsepsi Welfare State

a. Pengertian Diskresi (Freies Ermessen)

Keberadaan peraturan kebijaksanaan tidak dapat dilepaskan dengan kewenangan bebas (*vrijebevoegdheid*) dari pemerintah yang akrab disebut dengan istilah *Freies Ermessen*. Secara bahasa *freies ermessen* berasal dari kata *frei* yang artinya bebas, lepas, tidak terikat, dan merdeka. Kemudian *freies* artinya orang yang bebas, tidak terikat, dan merdeka. Sementara itu, *ermessen* berarti mempertimbangkan, menilai, menduga, dan memperkirakan. *Freies ermessen* berarti orang yang memiliki kebebasan untuk menilai, menduga, dan mempertimbangkan sesuatu.⁹

Istilah ini kemudian secara khas digunakan dalam bidang pemerintahan sehingga *freies ermessen* (*diskresionare*) diartikan sebagai salah satu sarana yang memberikan ruang bergerak bagi pejabat atau badan-badan administrasi negara untuk melakukan tindakan tanpa harus terikat sepenuhnya pada undang-undang. Definisi lain yang hampir senada diberikan oleh Nana Saputra, yakni suatu kebebasan yang diberikan kepada alat administrasi, yaitu kebebasan yang pada dasarnya memperkenankan alat administrasi negara mengutamakan keefektifan tercapainya suatu

⁸SF Marbuh dan Moh. Mahfud, *Pokok-pokok Hukum Administrasi Negara*, (Yogyakarta: Leberty, 2001), hlm. 205.

⁹ Marcus Lukman, *Eksistensi Peraturan Kebijakan Dalam Bidang Perencanaan Dan Pelaksanaan Rencana Pembangunan Di Daerah Serta Dampaknya Terhadap Pembangunan Materi Hukum Tertulis Nasional*, (Bandung: Universitas Padjajaran, 1996), hlm. 205.

tujuan daripada berpegang teguh kepada ketentuan hukum.¹⁰ Kewenangan yang sah untuk turut campur dalam kegiatan sosial guna melaksanakan tugas-tugas menyelenggarakan kepentingan umum.¹¹

Bahsan Mustafa mendefinisikan bahwa *freies ermessen* diberikan kepada pemerintah mengingat fungsi pemerintah atau administrasi negara, yakni menyelenggarakan kesejahteraan umum yang berbeda dengan fungsi kehakiman untuk menyelesaikan sengketa antar penduduk. Keputusan pemerintah dalam konteks ini lebih mengutamakan pencapaian tujuan atau sasarannya (*doelmatigheid*) daripada sesuai dengan hukum yang berlaku (*rechtmatigheid*).

Dari beberapa pengertian menurut para ahli di atas, maka dapat disimpulkan bahwa diskresi atau *freies ermessen* yaitu segala aktifitas yang melibatkan proses pembuatan kebijakan maupun pengambilan keputusan atau tindakan atas inisiatif sendiri, tidak terpaku ada ketentuan aturan atau undang-undang dengan berbagai 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.

Meskipun pemberian *Freies Ermessen* kepada pemerintah atau administrasi negara merupakan konsekuensi logis dari konsepsi *welfare state*, akan tetapi kaitannya dengan kerangka hukum *freies ermessen* ini tidak dapat digunakan tanpa batas. Untuk itu Sjachran Basah mengungkapkan unsur-unsur *freies ermessen* dalam suatu negara hukum, yaitu : a) ditujukan untuk menjalankan tugas-tugas servis publik; b) merupakan sikap tindak yang aktif dari administrasi negara; c) sikap tindak itu dimungkinkan oleh hukum; d) sikap tindak itu diambil atas inisiatif sendiri; e) sikap

¹⁰ Nana Saputra, 1988, *Hukum Administrasi Negara*, (Jakarta: Rajawali, 1988), hlm. 15.

¹¹ SF. Marbuh dan Moh. Mahfud, *Pokok-Pokok Hukum*, hlm. 46.

tindak itu dimaksudkan untuk menyelesaikan persoalan-persoalan penting yang timbul secara tiba-tiba; f) sikap tindak itu dapat dipertanggungjawabkan baik secara moral Kepada Tuhan Yang Maha Esa maupun hukum.¹²

Freies Ermessen ini muncul sebagai alternatif untuk mengisi kekurangan dan kelemahan di dalam penerapan asas legalitas (*wetmatigheid van bestuur*). Bagi negara yang bersifat *welfare state*, asas legalitas saja tidak cukup untuk dapat berperan secara maksimal dalam melayani kepentingan masyarakat, yang berkembang pesat sejalan dengan perkembangan ilmu dan teknologi. Dalam konsepsi lain disebutkan bahwa *freies ermessen* merupakan kebebasan yang diberikan kepada Tata Usaha Negara dalam rangka penyelenggaraan pemerintahan, sejalan dengan meningkatnya tuntutan pelayanan publik yang harus diberikan Tata Usaha Negara terkait kehidupan sosial ekonomi para warga yang kian kompleks.¹³

Pemerintah atau dalam hal ini pejabat publik diberikan kebebasan untuk mengambil keputusan berdasarkan pendapat sendiri, namun ini tidak berarti tidak ada rambu-rambu atau koridor-koridor hukum yang membatasinya. Pendapat pribadinya tersebut tetap harus merupakan pengejawantahan undang-undang yang melandasinya tersebut, kemudian asas moralitas dan rasa keadilan masyarakat seharusnya tetap menjiwai kewenangan diskresinya.

Satjipto Rahardjo menyatakan seorang pejabat publik tidak melaksanakan peraturan tertulis secara “hitam putih”, melainkan selalu bertanya, apakah yang dilakukannya sudah baik untuk masyarakat. Penegak hukum bukan mesin otomatis undang-undang dan prosedur. Tetapi selalu dihantui keinginan untuk memberikan keadilan kepada masyarakat (*bringing justice to*

¹² Syachran Basah, *Perlindungan Hukum Atas Sikap Tindak Administrasi Negara*, (Bandung: Alumni, 1992), hlm. 68.

¹³ Laica Marzuki, 1996, *Peraturan Kebijaksanaan Hakikat Serta Fungsinya*, hlm. 7

the people) sehingga pengadilan menjadi pengadilan yang murni, memiliki nurani (*court with conscience*). Dengan kata lain ketika memutuskan suatu perkara selain menggunakan logika peraturan, hakim juga mempertimbangkan logika kepatutan sosial (*social reasonableness*) dan logika keadilan.¹⁴

Di dalam praktik penyelenggaraan pemerintahan, *Freies Ermessen* dilakukan oleh administrasi negara dalam hal-hal, yaitu : *pertama*, belum ada peraturan perundang-undangan yang mengatur tentang penyelesaian inkonkreto terhadap suatu masalah tertentu, sementara masalah tersebut menuntut penyelesaian yang segera. Misalnya dalam menghadapi suatu bencana alam ataupun wabah penyakit menular, aparat pemerintah harus segera mengambil tindakan yang menguntungkan bagi negara maupun bagi masyarakat, tindakan yang timbul atas prakarsa sendiri. *Kedua*, Peraturan perundangan yang menjadi dasar berbuat aparat pemerintah memberikan kebebasan sepenuhnya. Misalkan dalam pemberian izin berdasarkan Pasal 1 Hinder Ordonantie (HO), setiap pemberi izin bebas menafsirkan pengertian “menimbulkan keadaan bahaya” sesuai dengan situasi dan kondisi daerah masing-masing. *Ketiga*, Adanya delegasi perundang-undangan, artinya aparat pemerintah diberi kekuasaan untuk mengatur sendiri yang sebenarnya kekuasaan itu merupakan kekuasaan aparat yang lebih tinggi tingkatannya. Misalnya dalam menggali sumber-sumber keuangan daerah. Pemerintah daerah bebas untuk mengelolanya asalkan sumber-sumber tersebut merupakan sumber yang sah.¹⁵

¹⁴Satjipto Rahardjo, *Membedah Hukum Progresif, Cet.ke-3*, (Jakarta: Kompas Media Nusantara, 2008), hlm. 38.

¹⁵*Freies Ermessen* tersebut di atas bertolak dari kewajiban pemerintah dalam *welfare state*, dimana tugas pemerintah yang utama adalah memberikan pelayanan umum atau mengusahakan kesejahteraan bagi warga negara, disamping memberikan perlindungan bagi warga negara. Disamping itu *freies ermessen* muncul bersamaan dengan pemberian tugas kepada pemerintah untuk merealisasikan tujuan negara seperti yang tercantum dalam alinea keempat Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Karena tugas utama pemerintah dalam konsepsi *welfare state* itu memberikan pelayanan bagi warga negara, muncul prinsip “Pemerintah tidak boleh menolak untuk memberikan pelayanan

Dalam perspektif Hukum Administrasi Negara, *freies ermessen* diberikan hanya kepada pemerintah atau administrasi negara baik untuk melakukan tindakan-tindakan biasa maupun tindakan hukum, dan ketika *freies ermessen* ini implementasikan dalam instrumen yuridis yang tertulis, jadilah ia sebagai peraturan kebijaksanaan. Sebagai sesuatu yang lahir dari *freies ermessen* dan yang hanya diberikan kepada pemerintah atau administrasi negara, kewenangan pembuatan peraturan kebijaksanaan tersebut inheren pada pemerintahan (*inherent aan het bestuur*).¹⁶

b. Pengertian, Ciri-ciri, Fungsi dan Penormaan Peraturan Kebijaksanaan

Di dalam penyelenggaraan tugas-tugas administrasi negara, pemerintah banyak mengeluarkan kebijaksanaan yang dituangkan dalam berbagai bentuk seperti *beleidslijnen* (garis-garis kebijaksanaan), *het beleid* (kebijaksanaan), *voorschriften* (peraturan-peraturan), *richtlijnen* (pedoman-pedoman), *regelingen* (petunjuk-petunjuk), *circulaires* (surat edaran), *resoluties* (resolusi-resolusi), *aanschrijvingen* (intruksi-intruksi), *reglemen ministriële* (peraturan-peraturan menteri), *beschikkingen* (keputusan-keputusan).¹⁷

Peraturan kebijaksanaan pada hakikatnya merupakan produk dari perbuatan tata usaha negara yang bertujuan untuk menampakkan keluar suatu kebijakan tertulis. Peraturan kebijaksanaan hanya berfungsi sebagai bagian dari operasional penyelenggaraan tugas-tugas pemerintahan sehingga tidak dapat mengubah atau menyimpangi peraturan perundang-undangan. Oleh sebab itu peraturan ini disebut perundang-undangan semu atau istilah lain hukum bayangan atau cermin.¹⁸

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”.

¹⁶ Ridwan HR, 2007, *Hukum Administrasi Negara*, hlm. 182.

¹⁷ Ibid., hlm.183.

¹⁸ Indroharto, 1992, *Perbuatan Pemerintah Menurut Hukum Publik*, hlm. 129.

Secara praktis kewenangan diskresioner administrasi negara yang kemudian melahirkan peraturan kebijaksanaan mengandung dua aspek pokok. *Pertama*, kebebasan menafsiran mengenai ruang lingkup wewenang yang dirumuskan dalam peraturan dasar wewenangnya. Aspek pertama ini lazim disebut dengan kebebasan menilai yang sifatnya obyektif. *Kedua*, kebebasan untuk menentukan sendiri dengan cara bagaimana dan kapan wewenang yang dimiliki administrasi negara itu dilaksanakan. Aspek kedua ini dikenal dengan istilah kebebasan menilai yang bersifat subyektif. Kewenangan bebas untuk menafsirkan secara mandiri dari pemerintah inilah yang melahirkan peraturan kebijaksanaan.

Peraturan kebijaksanaan adalah peraturan umum yang dikeluarkan oleh instansi pemerintahan yang berkenaan dengan pelaksanaan wewenang pemerintahan terhadap warga negara atau terhadap instansi pemerintahan lainnya dan pembuatan peraturan tersebut tidak memiliki dasar yang tegas dalam Undang-undang dasar dan Undang-undang formal baik langsung maupun tidak langsung. Artinya bahwa peraturan kebijaksanaan tidak didasarkan pada kewenangan pembuatan undang-undang, dan oleh karena itu tidak termasuk peraturan perundang-undangan yang mengikat umum, tetapi dilekatkan pada kewenangan pemerintahan suatu organ administrasi negara dan terikat dengan pelaksanaan kewenangnya.¹⁹

Sementara itu, berkenaan dengan ciri-ciri peraturan kebijaksanaan, Bagir Manan menyebutkan sebagai berikut :

- a. Peraturan kebijaksanaan bukan merupakan peraturan perundang-undangan.
- b. Asas-asas pembatasan dan pengujian terhadap peraturan perundang-undangan tidak dapat diberlakukan pada peraturan kebijaksanaan.
- c. Peraturan kebijaksanaan tidak dapat diuji secara *wetmatigheid*, karena memang tidak ada dasar peraturan

¹⁹ Ridwan HR, 2007, *Hukum Administrasi Negara* ,hlm. 184.

- perundang-undangan untuk membuat keputusan peraturan kebijaksanaan tersebut.
- d. Peraturan kebijaksanaan dibuat berdasarkan *Freies Ermessen* dan tiada kewenangan administrasi bersangkutan membuat peraturan perundang-undangan.
 - e. Pengujian terhadap peraturan kebijaksanaan lebih diserahkan pada *doelmatigheid* sehingga batu ujinya adalah asas-asas umum pemerintahan yang layak.
 - f. Dalam praktik diberi format dalam berbagai bentuk dan jenis aturan, yakni keputusan, instruksi, surat edaran, pengumuman, dan lain-lain, bahkan dapat dijumpai dalam bentuk peraturan.²⁰

Melihat ciri-ciri di atas tampaknya terdapat persamaan dan perbedaan antara peraturan perundang-undangan dengan peraturan kebijaksanaan. A. Hamid Attamimi menyebutkan unsur-unsur persamaannya yaitu :

- a. Aturan yang berlaku umum. Artinya bahwa peraturan perundang-undangan dan peraturan kebijaksanaan mempunyai *adresat* atau subyek norma dan pengaturan perilaku atau objek norma yang sama, yaitu bersifat umum dan abstrak (*algemene regeling atau algemene lezel*).
- b. Peraturan yang berlaku keluar. Artinya peraturan perundang-undangan berlaku keluar dan ditujukan kepada masyarakat umum (*naar buiten werkend, toot eenieder gericht*), demikian pula dengan peraturan kebijaksanaan berlaku keluar dan ditujukan kepada masyarakat umum yang bersangkutan.
- c. Kewenangan pengaturan yang bersifat umum atau publik. Artinya peraturan perundang-undangan dan peraturan kebijaksanaan ditetapkan oleh lembaga atau pejabat yang mempunyai kewenangan umum atau publik untuk hal tersebut.

²⁰ Bagir Manan, *Bentuk-Bentuk Perbuatan Keperdataan*, hlm. 16-17.

Selain terdapat persamaan, beberapa perbedaan antara peraturan perundang-undangan dan peraturan kebijaksanaan antara lain :

- a. Pembentukan peraturan perundang-undangan merupakan fungsi negara. Artinya kekuasaan dibidang perundangan-undangan atau kekuasaan legislatif hanya diberikan kepada lembaga yang khusus untuk itu, yakni lembaga legislatif dimana sebagai organ kenegaraan yang bertindak untuk dan atas nama negara.
- b. Fungsi pembentukan peraturan kebijaksanaan ada pada pemerintah dalam arti sempit (eksekutif). Artinya kewenangan pemerintah dalam arti sempit ini mengandung kewenangan pembentukan peraturan-peraturan dalam rangka penyelenggaraan fungsinya di dalam penyelenggaraan pemerintahan.
- c. Materi muatan peraturan perundang-undangan berbeda dengan materi muatan peraturan kebijaksanaan. Artinya peraturan kebijaksanaan mengandung muatan materi berhubungan membentuk keputusan-keputusan dalam arti *beschikkingen*, bertindak dalam hukum privat, membuat rencana-rencana (*planen*) yang memang ada pada lembaga pemerintahan. Sedangkan peraturan perundang-undangan memuat materi mengatur tata kehidupan masyarakat seperti halnya berupa larangan untuk berbuat atau tidak berbuat, mengadakan suruhan dengan disertai sanksi pidana dan sanksi pemaksa.
- d. Sanksi dalam peraturan perundang-undangan dan pada peraturan kebijaksanaan. Artinya peraturan perundang-undangan yang lebih rendah lainnya hanya dapat mencantumkan sanksi pidana bagi pelanggar ketentuan-ketentuan yang apabila hal tersebut secara tegas diatribusikan oleh undang-undang. Sementara peraturan kebijaksanaan hanya dapat mencantumkan sanksi administratif bagi pelanggar ketentuan-ketentuannya.

Pada dasarnya setiap bentuk campur tangan pemerintah harus didasarkan pada peraturan perundang-undangan yang berlaku sebagai perwujudan dari asas legalitas yang menjadi sendi utama negara hukum. Akan tetapi, karena setiap produk perundang-undangan tidak ada yang sempurna dan meniscayakan adanya kelemahan dan kekurangan, sebagaimana telah disebutkan di atas, keberadaan peraturan kebijaksanaan menempati posisi penting sejalan dengan perkembangan negara modern saat ini.

Marcus Lukman mengungkapkan bahwa peraturan kebijaksanaan dapat difungsikan secara tepat guna dan berdaya guna yang artinya. *Pertama*, tepat guna dan berdaya guna sebagai sarana pengaturan yang melengkapi, menyempurnakan, dan mengisi kekurangan-kekurangan yang ada pada peraturan perundang-undangan. *Kedua*, tepat guna dan berdaya guna sebagai sarana pengaturan bagi keadaan vakum peraturan perundang-undangan. *Ketiga*, tepat guna dan berdaya guna sebagai sarana pengaturan bagi kepentingan-kepentingan yang belum terakomodasi secara patut, layak, benar, dan adil dalam peraturan perundang-undangan. *Keempat*, tepat guna dan berdaya guna sebagai sarana pengaturan untuk mengatasi kondisi peraturan perundang-undangan yang sudah ketinggalan zaman. *Kelima*, tepat guna dan berdaya guna bagi kelancaran pelaksanaan tugas dan fungsi administrasi di bidang pemerintahan dan pembangunan yang bersifat cepat berubah atau memerlukan pembaharuan sesuai dengan situasi dan kondisi yang dihadapi.²¹

Di dalam pembuatan dan penerapan perundang-undangan tentunya harus memerhatikan beberapa persyaratan, begitu sebaliknya terhadap pembuatan dan penerapan peraturan kebijaksanaan juga harus memerhatikan persyaratan yang mana menurut Indroharto, pembuatan peraturan kebijaksanaan harus memerhatikan hal-hal sebagai berikut :

²¹ Marcus Lukman, 1996, *Eksistensi Peraturan Kebijaksanaan*, hlm. 467-468.

- a. Tidak boleh bertentangan dengan peraturan dasar yang mengandung wewenang diskresioner yang dijabarkan itu.
- b. Tidak boleh nyata-nyata bertentangan dengan nalar yang sehat.
- c. Harus dipersiapkan dengan cermat, semua kepentingan, keadaan-keadaan serta alternatif-alternatif yang perlu dipertimbangkan.
- d. Isu dari kebijaksanaan harus memberikan kejelasan yang cukup mengenai hak-hak kewajiban-kewajiban dari warga yang terkena peraturan tersebut.
- e. Tujuan-tujuan dan dasar-dasar pertimbangan mengenai kebijaksanaan yang akan ditempuh haruslah jelas adanya.
- f. Harus memenuhi syarat kepastian hukum materiel, artinya bahwa hak-hak yang telah diperoleh dari warga masyarakat yang terkena harus dihormati, kemudian juga harapan-harapan warga yang pantas telah ditimbulkan jangan sampai diingkari.

Sementara itu, dalam penerapan atau penggunaan peraturan kebijaksanaan harus memperhatikan antara lain :

- a. Harus sesuai dan serasi dengan tujuan undang-undang yang memberikan ruang kebebasan bertindak (*beoordelingsvrijheid*).
- b. Serasi dengan asas-asas hukum umum yang berlaku, seperti : asas perlakuan yang sama menurut hukum, asas kepatutan dan kewajaran, asas keseimbangan, asas pemenuhan kebutuhan dan harapan, dan asas kelayakan mempertimbangkan segala sesuatu yang relevan dengan kepentingan publik dan warga masyarakat.
- c. Serasi dan tepat guna dengan tujuan yang hendak dicapai.

3. Pertanggungjawaban Tindakan Hukum Diskresi (Freies Ermessen) Pemerintah Dalam Hukum Administrasi Negara

Perlu dipahami di sini bahwa adanya diskresi atau *freies ermessen* pada alat-alat perlengkapan administrasi negara itu

hanya dapat dipertanggungjawabkan apabila diskresi atau *freies ermessen* itu sungguh-sungguh dilakukan untuk kepentingan umum. Dengan demikian kebebasan atau kemerdekaan alat-alat perlengkapan negara administrasi negara itu berarti bahwa alat-alat perlengkapan administrasi negara dapat membentuk serta menentukan peraturan-peraturan baru dalam batas-batas undang-undang, Maka agar dapat membuat peraturan atas inisiatif serta kebijaksanaannya sendiri alat-alat perlengkapan administrasi negara harus memiliki wewenang atau kekuasaan membentuk peraturan.²²

Dengan adanya *freies ermessen* pada alat-alat perlengkapan administrasi negara pada negara-negara hukum modern yang bersifat *welfare state*, berarti bahwa kekuasaan membentuk peraturan perundang-undangan yang ada pada badan pembentuk undang-undang atau badan legislatif dikurangi dan diserahkan kepada pemerintah atau alat-alat perlengkapan administrasi Negara.²³ Dalam hal penyerahan atau pendelegasian kekuasaan membentuk peraturan perundang-undangan kepada pemerintah (alat-alat perlengkapan administrasi negara) dalam sistem UUDNRI Tahun 1945 ketentuannya terdapat pada Pasal 22 Ayat (1) yang menentukan : “*Dalam hal-ihwal kegentingan yang memaksa, Presiden berhak menetapkan Peraturan Pemerintah sebagai pengganti Undang-undang*”.

Dari penjelasan Pasal 22 Ayat (1) di atas dapat dipahami bahwa hak Presiden untuk menetapkan Peraturan Pemerintah sebagai pengganti Undang-undang hanya dapat dilakukan dalam hal-ihwal kegentingan yang memaksa. Namun demikian pengertian *hal-ihwal kegentingan yang memaksa* dalam pasal tersebut tidak selalu ada hubungannya dengan pengertian *keadaan bahaya* dalam Pasal 12 UUDNRI Tahun 1945, disebutkan : “*Presiden menyatakan keadaan bahaya. Syarat-syarat dan akibatnya keadaan bahaya*

²² Soehino, 2000, *Asas-Asas Hukum Tata Usaha Negara*, (Yogyakarta: Liberty, 2000)., hlm. 24.

²³ Ibid., hlm. 111-112.

ditetapkan dengan Undang-undang". Kendati sering timbul kesan bahwa Peraturan Pemerintah sebagai pengganti Undang-undang itu ditetapkan oleh Presiden sehubungan dengan adanya keadaan genting yang penafsirannya menjurus kepada keadaan bahaya.

Presiden dalam hal menetapkan Peraturan Pemerintah sebagai pengganti Undang-undang tersebut harus memperhatikan syarat-syarat tertentu, dengan demikian Presiden selaku bertindak sebagai pemerintah tidak dapat bertindak bebas. Lagi pula perbatan pemerintah (alat-alat perlengkapan administrasi negara) tersebut tidak akan terlepas dari pengawasan Dewan Perwakilan Rakyat yang sifatnya represif, sebagaimana ditentukan dalam Pasal 22 Ayat (2) dan Ayat (3) UUDRI Tahun 1945, dimana Ayat (1) menyebutkan : "*Peraturan Pemerintah itu harus mendapat persetujuan Dewan Perwakilan Rakyat dalam persidangan yang berikut*", sedangkan ayat (3) menyebutkan : "*Jika tidak mendapat persetujuan, maka Peraturan Pemerintah itu harus dicabut*".

Adanya kewenangan Presiden untuk menetapkan peraturan pemerintah sebagai pengganti Undang-undang tersebut, hal ini berarti bahwa pemerintah atau alat-alat perlengkapan administrasi negara memiliki kekuasaan untuk membentuk peraturan atas inisiatif dan kebijaksanaannya sendiri berdasarkan diskresi atau *freies ermessen*. Meskipun begitu penggunaan diskresi atau *freies ermessen* ini haruslah didasarkan pada ketentuan hierarki perundang-undangan yang ada. Menurut Syachran Basah, pemerintah dalam menjalankan aktivitasnya terutama dalam mewujudkan tujuan-tujuan negara melalui pembangunan, tidak berarti pemerintah dapat bertindak semena-mena melainkan sikap tindak itu haruslah dipertanggungjawabkan. Artinya meskipun intervensi pemerintah dalam kehidupan warga negara merupakan kemestian dalam konsepsi *welfare state*, tetapi pertanggungjawaban setiap tindakan pemerintah merupakan kemestian dalam negara hukum yang menjunjung tinggi nilai-nilai kebenaran dan keadilan.²⁴ Dalam konsepsi negara hukum

²⁴ Syachran Basah, *Perlindungan Hukum*, hlm. 68.

mengindikasikan *ekuilibrium* antara hak dan kewajiban. Salah satu sarana untuk menjaga *ekuilibrium* adalah melalui peradilan administrasi, sebagai peradilan khusus yang berwenang dan menyelesaikan sengketa antara pemerintah dengan warga Negara.²⁵ Hal ini pula tadi dimaksudkan agar diskresi atau *freies ermessen* dalam pelaksanaannya jangan sampai disalah gunakan yang dapat menimbulkan *detournement de pouvoir*.

Detournement de pouvoir atau *salah menggunakan kekuasaan* adalah perbuatan hukum yang berupa pembentukan aturan hukum inkonkrito yang disebut ketetapan administrasi yang dilakukan oleh suatu alat perlengkapan administrasi negara berdasarkan wewenang khusus yang diberikan kepadanya oleh aturan-aturan hukum inabstrakto dan unpersonal untuk mencapai tujuan publik lain daripada tujuan publik yang dimaksud atau ditentukan oleh peraturan atau aturan-aturan hukum inabstrakto dan unpersonal yang menjadi dasar hukum atau memberi wewenang khusus kepada alat perlengkapan administrasi Negara.²⁶

Berdasarkan yurisprudensi, dewasa ini mengenai pengertian *salah menggunakan kekuasaan* atau *detournement de pouvoir* tidak ada alasan lagi untuk menggunakan pengertian *detournement de pouvoir* dalam pengertian luas, yang dapat meliputi berbagai macam bentuk serta jenis diskriminasi yang bertentangan dengan keadilan. Dan apabila pengertian ini dipertahankan untuk menyatakan suatu macam jenis atau bentuk khusus atau istimewa salah menggunakan kekuasaan, maka pengertian *detournement de pouvoir* ini hanya dapat dipergunakan untuk menyatakan suatu kekurangan dalam suatu perbuatan hukum yang dilakukan oleh suatu alat perlengkapan administrasi negara.

Dari sini timbul pertanyaan kapan terjadi *detournement de pouvoir*. *Detournement de pouvoir* itu terjadi bilamana suatu alat

²⁵ Utrecht, *Pengantar Hukum Administrasi Negara Indonesia*, (Surabaya Pustaka Tinta Emas, 1988), hlm. 30.

²⁶ Soehino, 2000, *Asas-Asas Hukum Tata Usaha Negara*, hlm. 124.

perlengkapan administrasi negara menggunakan wewenang yang diberikan kepadanya oleh suatu peraturan atau aturan hukum inabstrakto dan unpersonal untuk menyelenggarakan kepentingan umum yang lain atau untuk mencapai tujuan publik lain daripada kepentingan yang dimaksud atau ditentukan oleh peraturan atau aturan hukum inabstrakto dan unpersonal yang menjadi dasar atau memberi wewenang khusus kepada alat perlengkapan administrasi negara.

Detournement de pouvoir sebenarnya merupakan gejala umum yang ada pada negara-negara sejak kuno sampai jaman modern saat ini, dan terjadi dalam lapangan pemerintahan yang dilakukan oleh pemerintah dalam arti luas, yang meliputi dalam arti sempit, badan pemegang kekuasaan membentuk undang-undang dan badan pemegang kekuasaan peradilan. Terlepas dari semua itu pada intinya bahwa serangkaian penggunaan kewenangan yang dilakukan oleh pemerintah (alat-alat perlengkapan administrasi negara) baik dalam lapangan peraturan, ketetapan, keputusan, dan peraturan kebijaksanaan kesemuanya mengandung pertanggungjawaban baik secara hukum maupun administratif. Dalam perspektif hukum publik, adanya kewenangan inilah yang memunculkan adanya pertanggungjawaban, sejalan dengan prinsip umum; *“geen bevoegheid zonder verantwoordelijkheid there is no authority without responsibility; la sulthota bi la mas-ulyat”* (tidak ada kewenangan tanpa pertanggungjawaban).

4. Diskresi (Freies Ermessen) Perspektif Hukum Islam

Setiap muslimin sepakat bahwa sumber hukum tertinggi dalam Islam adalah al-Qur'an dan Hadits. Namun, seiring berjalannya waktu, permasalahan-permasalahan yang ditemui umat Islam pun kian berkembang. Ketika permasalahan-permasalahan tersebut tidak dapat lagi diselesaikan hanya melalui al-Qur'an dan Hadist secara eksplisit, maka langkah yang dapat dilakukan adalah dengan ijtihad.²⁷

²⁷ Nasruddin Rusli, *Konsep Ijtihad al-Syaukani; Relevansinya Bagi Pembaharuan*

Ijtihad adalah sumber ajaran Islam setelah al-Quran dan Hadits. Ijtihad berasal dari kata *ijtahada*, artinya mencurahkan tenaga, memeras pikiran, berusaha keras, bekerja semaksimal mungkin. Secara terminologis, Ijtihad adalah berpikir keras untuk menghasilkan pendapat hukum atas suatu masalah yang tidak secara jelas disebutkan dalam al-Quran dan as-Sunnah. Pelakunya disebut *Mujtahid*. Ijtihad merupakan dinamika Islam untuk menjawab tantangan zaman. Ia adalah “semangat rasionalitas Islam” dalam rangka hidup dan kehidupan modern yang kian kompleks permasalahannya. Banyak masalah baru yang muncul dan tidak pernah ada semasa hayat Nabi Muhammad Saw. Ijtihad diperlukan untuk merealisasikan ajaran Islam dalam segala situasi dan kondisi. Di dalam al-Qur’an, perintah ijtihad terdapat dalam surat *an-Nisa* ayat 83, *asy-Syu’ara* ayat 38, *surat al-Hasyar* ayat 2, dan surat *al-Baqarah* ayat 59.

Dasar ijtihad terdapat pula pada sebuah hadist yang artinya: “Apabila seorang Hakim berijtihad dan benar, maka baginya dua pahala, tetapi bila berijtihad lalu keliru maka baginya satu pahala (HR. Bukhari dan Muslim).” Pada dasarnya ijtihad itu dilakukan oleh para ulama mujtahid berlandaskan maqshid asy-syari’ah; yaitu memelihara agama, jiwa, harta, kehormatan, dan keturunan pada tataran dharuri, haji dan tahsini. Di dalam kitab *ihya Ulumu ad-Din*, hukum mengenai berijtihad dikategorikan menjadi fardhu ‘ain, fardhu kifayah, dan sunnah. Hukum ijtihad menjadi fardhu ‘ain jika timbul persoalan yang sangat mendesak untuk ditentukan kepastian hukumnya. Hukum ijtihad menjadi fardhu kifayah apabila ada persoalan yang diajukan kepada beberapa ulama sedemikian hingga kewajiban berijtihad bagi ulama atau orang lain menjadi hilang manakala telah ada salah seorang yang telah menjawab persoalan tersebut. Sedangkan ijtihad menjadi sunnah jika masalah yang akan dicari kepastian hukumnya adalah masalah yang tidak mendesak atau masalah yang belum terjadi dalam masyarakat. Dalam perspektif ini, model

Islam Di Indonesia (Ciputat: Logos Wacana Ilmu, 1999), hlm. 152.

ijtihad yang demikian itu pada dasarnya dapat disamakan dengan diskresi atau *Freies Ermessen*. Dikatakan sama karena ijtihad yang demikian merupakan pengambilan keputusan atas inisiatif dan kebijaksanaan sendiri, tidak terpaku pada ketentuan yang ada atau bahkan merupakan ciri dari diskresi atau *Freies Ermessen*.

Praktik ijtihad model diskresi atau *freies ermessen* pernah dilakukan oleh Rasulullah saw ketika beliau membebaskan tahanan perang badar dengan syarat mereka mau mengajar baca tulis kepada kaum muslimin. Keputusan Rasulullah saw tersebut dapat dikatakan sebagai bentuk diskresi dimana tahanan yang seharusnya masih dipenjara namun oleh Rasulullah saw dibebaskan. Selain Rasulullah saw praktik ijtihad model diskresi juga pernah dilakukan para sahabat sebagai bentuk penggalian hukum terhadap kasus-kasus tertentu dalam penetapan hukum, antara lain ijtihad khalifah Abu Bakar Shidiq yaitu memerangi mani' az-zakah pada masa pemerintahannya dimana setelah sepeninggal Rasulullah saw sebagian masyarakat muslim saat itu enggan untuk mengeluarkan zakat. Mungkin mereka menyangka zakat semacam upeti yang diberikan kepada Rasulullah Saw, sehingga setelah beliau wafat, maka gugurlah kewajiban untuk mengeluarkan zakat. Abu bakar dengan pertimbangan kemaslahatan (masalah mursalah) umat kemudian memerintahkan untuk memerangi mereka.²⁸

Ijtihad lainnya dipraktikkan oleh khalifah Umar ibn Khattab di antaranya ijtihad umar yang menyimpang dari ketentuan Al-Qur'an yaitu tidak membagikan harta rampasan perang kepada anggota pasukan yang ikut dalam peperangan, tetapi tetap digarap oleh si pemilik tanah tersebut sebagai gantinya pemiliknya diwajibkan membayar pajak (*kharaj*). Adapun pertimbangan umar ialah lebih melihat pada hal kemaslahatannya, yakni apabila tanah tersebut dibagikan dikhawatirkan akan terbengkalai karena penerimanya sibuk dengan berperang, sehingga dengan digarap pemiliknya aslinya maka kemanfaatannya akan lebih optimal. Kemudian ijtihad umar lainnya adalah membebaskan sanksi

²⁸ *Ibid.*, hlm. 331

hukum bagi pencuri pada saat krisis ekonomi, dimana diketahui latar belakang pencuri tersebut adalah untuk mempertahankan hidup. Keputusan ini berdasarkan atas inisiatif Umar tanpa mengikuti aturan umum yang terdapat dalam surat al-Maidah (5):37. Tindakan Khalifah Umar Bin Khatab yang menyimpang dari ketentuan dalam al-Qur'an dan beralih ke ketentuan khusus ini disebut dengan *istihsan*.²⁹

Pada masa pemerintahan khalifah Usman ibn Affan, *ijtihad* yang dilakukan yaitu pada persoalan penanganan onta-onta yang tersesat. Nabi telah memberikan petunjuk dalam menangani onta yang tersesat; terpisah dari pemiliknya. Di masa Nabi, onta-onta tersebut dibiarkan lepas untuk mencari makan sendiri dan tidak boleh ditangkap. Kebijakan ini lalu dirobah oleh khalifah Usman ibn Affan. Pada masa pemerintahan khalifah Usman ibn Affan keadaan masyarakat telah mulai mengalami pergeseran. Di tengah-tengah masyarakat ternyata telah mulai banyak orang yang kurang baik akhlaknya dan tangan jahil yang suka mengambil milik orang lain dengan cara yang tidak dibenarkan agama.

Dengan *ijtihadnya* Usman menetapkan bahwa onta yang tersesat itu harus ditangkap lalu dijual. Kemudian hasil penjualannya akan diserahkan kepada pemilik onta yang sah nantinya. Ketentuan ini diberlakukan Usman berdasarkan pertimbangan kalau onta tersebut tidak ditangkap dibiarkan lepas mencari makan sendiri, maka akan dicuri orang dan hilanglah hak pemiliknya. Sedang kalau onta tersebut dijual, hak si pemilik akan terpelihara. Tindakan yang dilakukan oleh khalifah Usman ibn Affan ini dalam ilmu *ushul fiqh* disebut dengan *masalah mursalah*.³⁰

Dengan melihat gambaran *ijtihad* yang dipraktikkan oleh Rasulullah Saw dan para sahabatnya di atas, maka dapat kita

²⁹ Wahbah az-Zuhaili, *Al-Fiqh al-Islami wa Adillatuhu*, terj. Abdul hayyie Al-Kaffaani dkk (Jakarta: Gema Insani, 2011) 738.

³⁰ *Ibid.*, hlm 332.

pahami bahwa ijtihad yang dilakukan tersebut sebagai bentuk penetapan hukum yang digali atas dasar inisiatif sendiri dan atas kebijaksanaan yang tidak hanya terpaku pada ketentuan teks yang ada, akan tetapi berdasarkan situasi dan kondisi yang melatar belakangnya, sehingga lebih memenuhi rasa keadilan. Dengan begitu dapat diartisamakan bahwa ijtihad yang dipraktikkan Rasulullah dan para sahabat merupakan bentuk diskresi atau *freies ermessen*.

C. Simpulan

Diskresi atau *freies ermessen* merupakan segala aktifitas yang melibatkan proses pembuatan kebijakan maupun pengambilan keputusan atau tindakan atas inisiatif sendiri, tidak terpaku ada ketentuan aturan atau undang-undang dengan berbagai 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.

Dalam perspektif Hukum Administrasi Negara diskresi atau *freies ermessen* dimaknai sebagai tindakan hukum alat-alat perlengkapan administrasi negara yang muncul sebagai alternatif untuk mengisi kekurangan dan kelemahan di dalam penerapan asas legalitas (*wetmatigheid van bestuur*). Bagi negara yang bersifat *welfare state*, asas legalitas saja tidak cukup untuk dapat berperan secara maksimal dalam melayani kepentingan masyarakat, yang berkembang pesat sejalan dengan perkembangan ilmu dan teknologi. Kendati demikian diskresi atau *freies ermessen* dalam pelaksanaannya ditujukan untuk kepentingan umum dan jangan sampai disalah gunakan yang dapat menimbulkan *detournement de pouvoir*.

Ijtihad dalam konsep hukum Islam dapat diartisamakan dengan diskresi atau *freies ermessen*, pasalnya proses penggalian hukum yang dilakukan oleh mujtahid untuk menetapkan suatu

hukum atas peristiwa hukum tidak hanya terpaku pada ketentuan Al-Qur'an maupun As-Sunnah, akan tetapi lebih melihat pada situasi dan kondisi dimana sebelum menetapkan hukumnya yang dimaksudkan untuk menciptakan rasa keadilan dan kemaslahatan umat. Diskresi atau ijtihad dikatakan sama karena pengambilan keputusan atau penetapan hukumnya berdasarkan atas inisiatif dan kebijaksanaannya sendiri.

Daftar Pustaka

- Basah, Syachran, *Perlindungan Hukum Atas Sikap Tindak Administrasi Negara*, Bandung: Alumni, 1992.
- Indroharto, *Perbuatan Pemerintah Menurut Hukum Publik Dan Hukum Perdata*, Jakarta: Universitas Indonesia 1992.
- Lukman, Marcus *Eksisistensi Peraturan Kebijaksanaan Dalam Bidang Perencanaan Dan Pelaksanaan Rencana Pembangunan Di Daerah Serta Dampaknya Terhadap Pembangunan Materi Hukum Tertulis Nasional*, Bandung: Universitas Padjajaran, 1996.
- Manan, Bagir *Bentuk-Bentuk Perbuatan Keperdataan Yang Dapat Dilakukan Oleh Pemerintah Daerah*, Universitas Padjajaran: Majalah Ilmiah, 1996.
- Marzuki, Laica *Peraturan Kebijaksanaan Hakikat Serta Fungsinya Selaku Sarana Hukum Pemerintahan*, Ujung Pandang: Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin, 1996.
- Rahardjo, Satjipto, *Membedah Hukum Progresif, Cet.ke-3*, Jakarta: Kompas Media Nusantara, 2008.
- Ridwan HR, *Hukum Administrasi Negara*, Jakarta: Rajagrafindo Persada, 2007.
- Rusli, Nasruddin *Konsep Ijtihad Al-Syaukani; Relevansinya Bagi Pembaharuan Islam Di Indonesia*, Ciputat: Logos Wacana Ilmu, 1999.
- saputra, Nana *Hukum Administrasi Negara*, Jakarta: Rajawali, 1988.
- SF. Marbuh dan Moh. Mahfud, *Pokok-pokok Hukum Administrasi*, Yogyakarta: Negara, Leberty, 1987.
- Soehino, *Asas-Asas Hukum Tata Usaha Negara*, Yogyakarta: Liberty, 2000,
- Utrecht, *Pengantar Hukum Administrasi Negara Indonesia*, Surabaya: Pustaka Tinta Emas, 1988.