

STUDI KOMPARATIF HUKUM TERHADAP *FREIES ERMESSEN* DENGAN IJTIHAD DALAM PENGAMBILAN KEBIJAKAN OLEH PEJABAT TATA USAHA NEGARA

Muchammad Andy Pradana, Universitas Merdeka Pasuruan, m.andypradana@yahoo.co.id

Ronny Winarno, Universitas Merdeka Pasuruan, ronny.winarnoprof@gmail.com

Humiati, Universitas Merdeka Pasuruan, humiatiariyono@gmail.com

Abstrak : *Freies Ermessen* merupakan kewenangan bebas yang diberikan kepada pejabat pemerintahan dalam rangka memberikan pelayanan yang terbaik bagi warga masyarakat, yang merupakan konsekuensi dari adanya konsep negara kesejahteraan (*welfare state*) yang bertujuan untuk mensejahterakan masyarakat. Undang Undang Nomor 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan ini lahir untuk mengisi kekosongan hukum yang menjadi dasar perlindungan terhadap pengambilan keputusan dan/atau tindakan (diskresi) dari badan dan/atau pejabat pemerintahan dan untuk mencegah penyalahgunaan wewenang dalam penggunaan diskresi itu sendiri. Ijtihad merupakan upaya untuk menggali suatu hukum yang sudah ada pada zaman Rasulullah SAW. Tidak semua hasil ijtihad merupakan pembaruan bagi ijtihad yang lama sebab ada kalanya hasil ijtihad yang baru sama dengan hasil ijtihad yang lama. Bahkan sekalipun berbeda hasil dari ijtihad baru juga tidak bisa mengubah status ijtihad yang lama. Penulisan ini menggunakan metode penelitian perbandingan hukum dan yuridis normatif. Tujuan penelitian ini karena banyaknya pejabat tata usaha negara sekarang ini yang notabene mereka berasal dari golongan yang mengerti agama (Islam), justru mereka belum mampu membedakan yang sebenarnya konteks dan hakikat dari *freies ermessen* dan ijtihad itu sendiri. Seringkali menjadikan ijtihad sebagai alat pelindung untuk dirinya dalam membuat kebijakan atau keputusan agar dapat diterima dengan mudah oleh masyarakat karena seolah olah mereka berijtihad layaknya pada zaman Rasulullah SAW dan para sahabatnya terdahulu.

Kata Kunci : *Freies Ermessen* (Diskresi), Ijtihad, Pejabat Tata Usaha Negara

Abstract : *Freies Ermessen* is a free authority given to government officials in order to provide the best service for citizens, which is a consequence of the concept of a welfare state which aims to prosper the community. Law Number 30 of 2014 concerning Government Administration was born to fill the legal vacuum that forms the basis for protection against decision-making and/or actions (discretion) from government agencies and/or officials and to prevent abuse of authority in the use of discretion itself. Ijtihad is an effort to explore a law that already existed at the time of the Prophet Muhammad. Not all the results of ijtihad are renewals for the old ijtihad because sometimes the results of the new ijtihad are the same as the results of the old ijtihad. Even if the results of the new ijtihad differ, they cannot change the status of the old ijtihad. This writing uses comparative law and normative juridical research methods. The purpose of this study is because many state administrative officials today who incidentally come from groups who understand religion (Islam), they have not been able to distinguish the actual context and nature of *freies ermessen* and ijtihad itself. Often they make ijtihad as a protective tool for themselves in making policies or decisions so that

they can be easily accepted by the community because it is as if they were ijtihad like in the time of the Prophet Muhammad and his former companions.

Keywords : *Freies Ermessen (Discretion), Ijtihad, State Administration Official*

PENDAHULUAN

Tema reformasi telah menggetarkan hampir semua sendi-sendi kehidupan berbangsa dan bernegara. Lembaga pemerintah dituntut untuk segera melakukan gerakan reformasi secepatnya. Bahkan gerakan reformasi mulai menyentuh aspek fundamental kehidupan bangsa dan bernegara yakni sumber utama hukum tata negara Indonesia Undang Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.¹ Menurut *Ten Berge*, hukum administrasi sebagai hukum sekunder yang berkenaan dengan keanekaragaman tatanan hukum publik yang lebih mendalam sebagai akibat pelaksanaan tugas penguasa. Ketika kekuasaan (tugas dan wewenang) dijalankan, hukum administrasi memberikan rambu-rambu terhadap penguasa. Oleh karena itu hukum administrasi memiliki peranan penting dan sebagai instrumen pokok dalam menjalankan fungsi pemerintahan terutama bagi negara yang menyatakan sebagai negara hukum.²

Hukum administrasi harus dipahami dengan baik dan benar oleh seluruh lapisan masyarakat. Melalui pemahaman yang benar, maka tindakan penyalahgunaan wewenang (*detournement de pouvoir*) dan tindakan sewenang-wenang (*wellekeur*) yang dilakukan oleh pemerintah akan dapat dikontrol dan di minimalisir. *Freies Ermessen* muncul bersamaan dengan pemberian tugas kepada pemerintah untuk merealisasi tujuan negara seperti yang tercantum dalam alenia keempat Pembukaan UUD NRI Tahun 1945. Pemberian wewenang kepada pemerintah untuk bertindak bebas tersebut didasari pertimbangan, bahwa wewenang pemerintahan yang berdasarkan pada peraturan perundang-undangan tidak cukup untuk dapat berperan secara maksimal dalam melayani kepentingan masyarakat yang berkembang begitu pesat dan dalam konsep negara kesejahteraan (*Welfare State*), pemerintah lebih banyak menggunakan *Freies Ermessen* dalam mewujudkan kesejahteraan umum.

Permasalahannya adalah Pejabat Tata Usaha Negara di era modern ini yang berasal dan berangkat dari lingkungan agamis mendalihkan bahwa setiap kewenangan bebas yang mereka lakukan adalah bentuk dari ijtihad yang

¹ Sudono Syueb, Dinamika Hukum Pemerintahan Daerah : Sejak Kemerdekaan sampai Era Reformasi, (Yogyakarta : Laksbang Mediatama, 2008), hal. 1

² Sadjijono, Bab-Bab Pokok Hukum Administrasi, (Yogyakarta: Laksbang, 2011), hal. 3

seharusnya dilakukan oleh mujtahid. Akan tetapi dengan adanya pernyataan demikian menjadikan kewenangan bebas yang dikeluarkannya dapat diterima oleh masyarakat dengan dalih tuntutan agama meskipun kebijakan yang dikeluarkannya tidak menguntungkan masyarakat dan tidak untuk kesejahteraan umum. Jadi, jika ditinjau dari syarat-syarat pengambilan ijtihad oleh mujtahid, para pejabat tersebut belum tentu dapat memenuhi syarat-syarat untuk menjadi mujtahid, mereka harus bisa membedakan kapan mereka akan melakukan diskresi dan kapan akan berijtihad.

Diskresi memiliki sandaran yang kuat dalam hukum Islam, terbukti Nabi Muhammad SAW sendiri dan para sahabatnya melakukan ijtihad yang karakteristiknya sama dengan karakteristik yang dimiliki oleh diskresi. Berdasarkan uraian latar belakang masalah di atas, maka yang menjadi permasalahan pokok dalam penelitian ini adalah sebagai berikut:

1. Bagaimana hakikat *Freies Ermessen* dalam perspektif Hukum Administrasi dan Hukum Islam?
2. Bagaimana konsep perlindungan hukum yang terjadi terkait kebijakan *Freies Ermessen* dalam perspektif Hukum Administrasi dan Hukum Islam?

METODE

Metode yang digunakan dalam penelitian ini adalah metode penelitian perbandingan hukum. Metode penelitian perbandingan hukum yang digunakan ini bertujuan untuk menentukan prinsip-prinsip dari (ilmu) peraturan perundang-undangan yang satu dengan yang lain. Yang dimaksud disini adalah pengambilan kebijakan *Freies Ermessen* dalam perspektif Hukum Administrasi dan (Ijtihad) Hukum Islam.³ Penelitian ini menekankan dan mencari adanya perbedaan-perbedaan dan persamaan-persamaan yang ada pada berbagai sistem hukum Dalam penelitian ini, penulis melakukan tahapan-tahapan yaitu sebagai berikut :

- 1) Penulis memilih dan menentukan objek-objek hukum yang akan dibandingkan, kemudian objek tersebut disistematisasi;
- 2) Penulis mengidentifikasi serta mencari perbedaan-perbedaan dan persamaan-persamaan dari objek yang diperbandingkan;
- 3) Penulis mencari sebab-sebab dari perbedaan-perbedaan dan persamaan-persamaan tersebut.

³ Elisabeth Nurhaini Butarbutar, Metode Penelitian Hukum Langkah-Langkah Untuk Menemukan Kebenaran Dalam Ilmu Hukum, PT. Refika Aditama, Bandung, 2018, hal. 80

PEMBAHASAN

A. Hakikat *Freies Ermessen* Dalam Perspektif Hukum Administrasi dan Hukum Islam

Pada hakikatnya kewenangan diskresi atau *Freies Ermessen* diberikan kepada pejabat pemerintahan sebagai pelengkap dari aturan perundang-undangan, karena pada prinsipnya peraturan perundang-undangan tidak dapat mengikuti perkembangan dinamika di masyarakat sehingga diperlukan kemerdekaan bagi pejabat pemerintahan untuk mengeluarkan keputusan secara cepat sesuai dengan persoalan yang dihadapi dan juga tidak mungkin seorang pejabat pemerintahan tidak melakukan sesuatu dengan alasan menunggu sampai dibuatnya suatu aturan atau menunggu suatu aturan yang baru.⁴

Dalam rangka melakukan tindakan hukum, pejabat publik sering melakukan tindakan di luar ketentuan hukum tertulis. Keadaan yang demikian ini sebagai suatu konsekuensi logis bahwa undang-undang dan peraturan tertulis lainnya seringkali tertinggal dalam mengantisipasi perkembangan zaman, perubahan nilai, dan meningkatnya kebutuhan hidup manusia seiring dengan kemajuan yang dicapainya di bidang ilmu pengetahuan dan teknologi.

Pasal 6 ayat (1) Rancangan Undang Undang Administrasi Pemerintahan (Draft bulan Juli 2008) memberi batasan terhadap diskresi dengan menyebutkan bahwa Pejabat pemerintahan dan atau badan hukum lainnya yang menggunakan diskresi dalam mengambil keputusan wajib mempertimbangkan tujuan diskresi itu sendiri, peraturan perundang-undangan yang menjadi dasar diskresi dan asas-asas umum pemerintahan yang baik.

Di dalam *Freies Ermessen*, tindakan pemerintah lebih mengutamakan pencapaian tujuan atau sasarannya (*doelmatigheid*) daripada sesuai dengan hukum yang berlaku (*rechtmatigheid*). Selain itu, *Freies Ermessen* ini muncul sebagai alternatif untuk mengisi kekurangan dan kelemahan di dalam penerapan asas legalitas (*wetmatigheid van bestuur*). Sebab, bagi negara yang bersifat *welfare state*, asas legalitas saja tidak cukup untuk dapat berperan secara maksimal dan melayani kepentingan masyarakat, yang berkembang pesat sejalan dengan perkembangan ilmu dan

⁴ Muhammad Arief Muhtadin Purba, 2017, "Diskresi Dan Pengenaan Sanksi Administratif Kepada Pejabat Pemerintahan Berdasarkan Peraturan Pemerintahan Nomor 48 Tahun 2016," USU, <https://123dok.com/document/q279mvey-departemen-hukum-administrasi-negara.html>.

teknologi.⁵ Akan tetapi saat ini, asas legalitas sangat penting maknanya untuk menegaskan tuntutan kepatuhan pemerintah terhadap asas negara hukum. Asas legalitas menjelma dalam bentuk pemerintahan berdasarkan undang-undang.⁶

Penerapan asas legalitas ini sebagai dasar kepastian hukum dan persamaan perlakuan di hadapan hukum. Artinya asas legalitas dimaksudkan untuk memberikan jaminan kedudukan hukum warga negara terhadap pemerintah. Asas legalitas dalam hukum administrasi negara dijelaskan dalam Pasal 1 angka 8 Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 51 Tahun 2009 Tentang Perubahan Kedua Atas Undang Undang Republik Indonesia Nomor 5 Tahun 1968 Tentang Peradilan Tata Usaha Negara yang menyatakan bahwa :

“Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara adalah badan atau pejabat yang melaksanakan urusan pemerintahan berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku.”⁷

Sjachran Basah mengemukakan unsur-unsur *Freies Ermessen* dalam suatu negara hukum, yaitu :⁸

- a. Ditujukan untuk melaksanakan tugas-tugas pelayanan publik
- b. Merupakan sikap tindak aktif dari Administrasi Negara
- c. Sikap tindak itu dimungkinkan oleh hukum
- d. Sikap tindak itu diambil atas inisiatif sendiri
- e. Sikap tindak itu dimaksudkan untuk menyelesaikan persoalan-persoalan penting yang muncul secara tiba-tiba
- f. Sikap tindak itu dapat dipertanggungjawabkan baik secara moral kepada Tuhan Yang Maha Esa maupun secara hukum.

Asas legalitas penting dalam rangka mencegah potensi kesewenang-wenangan pemerintah karena dua alasan yaitu :

- (1) *government officials are required to consult and conform to the law before and during actions;*

⁵ Ridwan HR, Hukum Administrasi, (Yogyakarta : UII Press, 2002), hal. 171

⁶ Khrisna Djaya Darumurti, Diskresi : Kajian Teori Hukum, (Yogyakarta : Genta Publishing, 2016), hal. 38

⁷ Pasal 1 angka 8 Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 51 Tahun 2009 Tentang Perubahan Kedua Atas Undang Undang Republik Indonesia Nomor 5 Tahun 1968 Tentang Peradilan Tata Usaha Negara

⁸ Sengketa Administrasi dalam Buku Bunga Rampai Hukum Tata Negara dan Hukum Administrasi Negara, (Yogyakarta : Jurusan HTN, Fakultas Hukum UII, 1987)

(2) *legal rules provide publicly available requirements and standards that can be used to hold government officials accountable both during and after their actions*⁹

Ketika *Freies Ermessen* ini lahir, tidak berarti bahwa asas legalitas kemudian hilang, *Freies Ermessen* hanyalah pelengkap dan memberi penyelesaian bagi asas legalitas yang tidak mampu mengantisipasi perubahan keadaan krusial yang terjadi, sementara di sisi lain pemerintah tetap harus bertindak. Di sini dikehendaki, bahwa semua hal dan tindakan diatur oleh peraturan yang jelas dan tegas. Sesungguhnya *Freies Ermessen* merupakan kelengkapan dari sistem pengaturan oleh hukum itu sendiri.

Pasal 22 Ayat (2) Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan dengan tegas menyatakan bahwa :

Setiap penggunaan Diskresi Pejabat Pemerintahan bertujuan untuk :

- a. melancarkan penyelenggaraan pemerintahan;
- b. mengisi kekosongan hukum;
- c. memberikan kepastian hukum; dan
- d. mengatasi stagnasi pemerintahan dalam keadaan tertentu guna kemanfaatan dan kepentingan umum.¹⁰

Pasal 23 Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan memberikan penafsiran yang konkrit mengenai kapan suatu diskresi dapat digunakan berdasarkan dari pengertian diskresi itu sendiri yang meliputi :

- (1) Diskresi dalam hal peraturan perundang-undangan memberikan pilihan. Berdasarkan penjelasan Pasal 23 huruf a Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan menjelaskan bahwa pilihan keputusan dan/atau tindakan pejabat pemerintahan dicirikan dengan kata dapat, boleh, atau diberikan kewenangan, berhak, seharusnya, diharapkan, dan kata-kata lain yang sejenis dalam ketentuan peraturan perundang-undangan. Sedangkan yang dimaksud pilihan keputusan dan/atau tindakan adalah respon atau sikap pejabat pemerintahan dalam melaksanakan atau tidak melaksanakan administrasi pemerintahan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan;

⁹ Khrisna Djaya Darumurti, Op Cit., hal. 104

¹⁰ Pasal 22 Ayat (2) Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan

- (2) Diskresi dalam hal peraturan perundang-undangan tidak mengatur. Berdasarkan Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan terkait dengan penggunaan diskresi karena peraturan perundang-undangan tidak mengatur dengan penjelasan, bahwa yang dimaksud dengan “peraturan perundang-undangan tidak mengatur” adalah ketiadaan atau kekosongan hukum yang mengatur penyelenggaraan pemerintahan dalam suatu kondisi tertentu atau diluar kelaziman;
- (3) Diskresi dalam hal peraturan perundang-undangan tidak lengkap atau tidak jelas. Mengenai penggunaan diskresi atas alasan peraturan perundang-undangan tidak lengkap atau tidak jelas adalah dengan penjelasan bahwa yang dimaksud dengan “peraturan perundang-undangan tidak lengkap atau tidak jelas” apabila dalam peraturan perundang-undangan masih membutuhkan penjelasan lebih lanjut, peraturan yang tumpang tindih (tidak harmonis dan tidak sinkron), dan peraturan yang membutuhkan peraturan pelaksanaan, tetapi belum dibuat;
- (4) Diskresi karena adanya stagnasi pemerintahan. Berdasarkan penjelasan Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan terhadap kriteria adanya stagnasi pemerintahan yang terkait dengan kepentingan yang lebih luas maka yang dimaksud dengan “kepentingan yang lebih luas” adalah kepentingan yang menyangkut hajat hidup orang banyak, penyelamatan kemanusiaan dan keutuhan negara, antara lain bencana alam, wabah penyakit, konflik sosial, kerusuhan, pertahanan dan kesatuan bangsa.

Pasal 24 Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan mengatur bahwa :

Pejabat Pemerintahan yang menggunakan Diskresi harus memenuhi syarat :

- a. sesuai dengan tujuan Diskresi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 22 ayat (2);
- b. tidak bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan;
- c. sesuai dengan AUPB;
- d. berdasarkan alasan-alasan yang objektif;
- e. tidak menimbulkan Konflik Kepentingan; dan

f. dilakukan dengan iktikad baik.¹¹

Dalam penggunaan diskresi pada dasarnya harus memenuhi beberapa syarat serta tidak bertentangan ataupun melanggar Asas Umum Pemerintahan yang Baik (AUPB). Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan mengatur bahwa rambu-rambu dalam penggunaan diskresi dan pembuatan kebijakan pemerintah berdasarkan hukum administrasi negara adalah asas-asas umum pemerintahan yang baik, khususnya asas larangan penyalahgunaan kewenangan (*detournement de pouvoir*) dan asas larangan sewenang-wenang (*willekeur*). Bagaimanapun bebasnya sifat dari wewenang pemerintahan yang telah dirumuskan dalam peraturan dasarnya, di situ juga tetap harus dapat berlaku paling tidak norma-norma hukum yang tidak tertulis yaitu asas-asas umum pemerintahan yang baik.

Diterapkannya AUPB pada *Freies Ermessen* adalah dalam rangka mewujudkan pelayanan yang baik dari pejabat kepada masyarakat luas. Pasal 10 Ayat (1) Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan menyatakan bahwa AUPB yang dimaksud dalam undang-undang ini meliputi asas :

- a. Kepastian hukum;
- b. Kemanfaatan;
- c. Ketidakberpihakan;
- d. Kecermatan;
- e. Tidak menyalahgunakan kewenangan;
- f. Keterbukaan;
- g. Kepentingan umum; dan
- h. Pelayanan yang baik.¹²

Permasalahannya, banyaknya pejabat pemerintahan sekarang ini yang notabene mereka berasal dari golongan yang mengerti agama (Islam), justru mereka belum mampu membedakan yang sebenarnya konteks dan hakikat dari *Freies Ermessen* dan ijtihad itu sendiri. Untuk mendapatkan kepercayaan penuh atas kebijakan atau keputusan yang mereka ambil, mereka sering menjadikan ijtihad sebagai alat pelindung untuk dirinya dalam membuat kebijakan atau keputusan agar dapat diterima dengan mudah oleh masyarakat karena seolah olah mereka berijtihad layaknya pada zaman Rasulullah SAW dan para sahabatnya terdahulu. Hal yang

¹¹ Pasal 24 Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan

¹² Pasal 10 Ayat (1) Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan

demikian ini sering mereka lakukan untuk meyakinkan masyarakat dalam pembuatan kebijakan atau keputusannya, sehingga terkadang dalam pengaplikasiannya *Freies Ermessen* tersebut justru tidak untuk kemaslahatan atau hanya sebatas penggugur kewajiban dari pejabat pemerintahan, hal tersebut bertentangan dengan hakikat dan syarat-syarat ijtihad itu sendiri. Maka dari itu pejabat pemerintahan harus tahu hakikat dari ijtihad dan kapan dapat berijtihad yang sesuai dengan ketentuan serta memenuhi syarat untuk menjadi mujtahid, untuk itu diperlukan pemahaman yang luas dan lebih oleh pejabat pemerintahan untuk berijtihad. Yang menjadi permasalahan di sini bahwa sebagian pejabat pemerintah menyebutnya sebagai bentuk dari ijtihad, yang sebenarnya kebijakan dan keputusan yang mereka ambil telah memenuhi unsur diskresi dan belum memenuhi unsur serta syarat-syarat untuk melakukan ijtihad. Hal ini dilakukan oleh mereka tidak lain supaya mereka mendapatkan kepercayaan serta meyakinkan masyarakat agar dapat mengikuti dan menaati kebijakan yang mereka buat sedemikian rupa, hal ini sangat disayangkan karena kurangnya pemahaman dari pejabat pemerintahan itu terkait diskresi dan ijtihad.

Berbicara hakikat dari ijtihad, ijtihad selain dilakukan terhadap hal-hal yang tidak ada ketentuan hukumnya dalam *nash* (Al-Qur'an dan Hadis), juga dilakukan dalam rangka mencari solusi terhadap masalah baru yang tidak ditemukan jawabannya secara jelas dalam *nash*. Hukum yang telah ada ketentuannya di dalam *nash* terkadang mengalami kendala dalam penerapannya jika dihadapkan pada kondisi dan keadaan sosial yang telah berubah dan mengikuti perkembangan zaman.

Hadis Mu'az bin Jabal, yaitu berupa percakapan antara Nabi Muhammad SAW dan sahabatnya Mu'az bin Jabal. Percakapan ini muncul saat Mu'az bin Jabal akan pergi ke Yaman untuk menjadi Gubernur disana. Berikut ini potongan percakapan antara Rasul dan Mu'az bin Jabal.

- Rasul : “Dengan pedoman apa engkau akan memutus suatu urusan?”
Mu'az : “Dengan Kitabullah”
Rasul : “Kalau tidak ada dalam Al-Qur'an?”
Mu'az : “Dengan Sunnah Rasulullah”
Rasul : “Kalau dalam Sunnah juga tidak ada?”
Mu'az : “Saya berijtihad dengan pikiran saya”

Rasul : “Maha Suci Allah yang telah memberikan bimbingan kepada utusan”.¹³

Bentuk 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. Akan tetapi dalam berijtihad disini hal utama yang perlu dipenuhi adalah syarat-syarat mujtahid dalam berijtihad.

Imam Syafi'i menegaskan bahwa seseorang tidak boleh mengatakan tidak tahu terhadap suatu permasalahan apabila ia belum melakukan dengan sungguh-sungguh dalam mencari sumber hukum dalam permasalahan tersebut. Demikian juga, ia tidak boleh mengatakan tahu sebelum menggali sumber hukum dengan sungguh-sungguh. Artinya, mujtahid juga harus memiliki kemampuan dari berbagai aspek kriteria seorang mujtahid agar hasil ijtihadnya bisa menjadi pedoman bagi banyak orang.¹⁴

Mengenai hukum daripada ijtihad, patokan untuk mengukur perbuatan manusia baik dalam bidang ibadah maupun dilapangan muamalah dalam berijtihad dilihat dari urgensinya yaitu sebagai berikut :¹⁵

- (1) *Fardu Ain*, jika melakukan ijtihad untuk kasus dirinya sendiri dan dia harus mengamalkan hasil ijtihadnya sendiri, dan juga tergolong *Fardu Ain* dalam menjawab permasalahan yang belum ada hukumnya, dan jika tidak dijawab dikhawatirkan akan terjadi kesalahan dalam melaksanakan hukum tersebut dan habis waktunya;
- (2) *Fardu Kifayah*, jika dalam permasalahan yang diajukan kepadanya tidak dikhawatirkan akan habis waktunya atau ada lagi mujtahid yang lain yang telah memenuhi syarat;
- (3) *Sunnah*, jika melakukan ijtihad terhadap permasalahan yang baru, baik ditanya ataupun tidak;
- (4) *Haram* jika melakukan ijtihad yang telah ditetapkan secara qat'i karena bertentangan dengan *syara'*.

¹³ Khatibul Umam dan Angger Sigit Pramukti, Hukum Islam dan Acara Peradilan Agama, (Tangerang Selatan : Universitas Terbuka, 2019), hal. 2.4

¹⁴ Abd Wafi Has, Ijtihad Sebagai Alat Pemecahan Masalah Umat Islam, (Tulungagung : STIKA Arjasa, 2013), hal. 93

¹⁵ Ahmad Badi', Ijtihad : Teori dan Penerapan, (Kediri : Tribakti Jurnal Pemikiran Keislaman, 2013), hal. 34

Sebagai contoh kisah yang terjadi setelah Perang Ahzab, kaum muslimin merasa letih, lelah dan bersiap untuk beristirahat. Allah SWT mewahyukan agar kaum muslimin jangan beristirahat, Rasulullah SAW menyampaikan dalam ucapan beliau yaitu “*Barang siapa beriman kepada Allah SWT dan Hari Akhir janganlah salat Ashar kecuali di perkampungan Bani Quraizhah*” (HR. Bukhari). Pasukan muslimin segera berangkat ke perkampungan Bani Quraizhah, dalam perjalanan mereka memperkirakan akan habis waktu Ashar sebelum mereka sampai ditujuan. Sebagian dari mereka mengerjakan salat Ashar dan sebagian lagi berpendapat bahwa sabda Rasulullah SAW berarti suatu keharusan salat Ashar di perkampungan Bani Quraizhah dan tidak boleh salat Ashar ditempat lain. Dari sini timbul dua pendapat sebagian berpegang dari segi waktu dan sebagian lagi berpegang dari segi tempat, mendengar itu Rasulullah SAW membenarkan keduanya. Dari ketetapan Rasulullah SAW tersebut dapat disimpulkan bahwa apabila suatu ketetapan hukum mengandung unsur ijtihad, tiap pendapat dari seorang mujtahid yang memenuhi persyaratan dapat dianggap benar.

B. Konsep Perlindungan Hukum Terkait Kebijakan *Freies Ermessen* Dalam Perspektif Hukum Administrasi dan Hukum Islam

Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan telah mengatur sedemikian rupa tentang diskresi ini, tidak lain tujuannya adalah untuk kemaslahatan, maka seyogyanya pejabat pemerintahan tersebut mengacu pada hakikat diskresi tersebut. Penyalahgunaan wewenang merupakan konsep hukum administrasi negara yang banyak menimbulkan salah paham dalam memaknainya. Dalam praktiknya dicampuradukkan dengan perbuatan sewenang-wenang, penyalahgunaan sarana dan kesempatan, melawan hukum atau bahkan memperluasnya dengan setiap tindakan yang melanggar aturan atau kebijakan apapun dan di bidang apapun.

Penyalahgunaan wewenang dapat terjadi pada jenis wewenang terikat dan juga bisa terjadi pada jenis wewenang bebas (*Freies Ermessen*). Indikator atau tolak ukur penyalahgunaan wewenang pada jenis wewenang terikat adalah asas legalitas, sedangkan pada jenis wewenang bebas (*Freies Ermessen*) menggunakan parameter asas-asas umum pemerintahan yang baik karena asas *wetmatigheid* saja tidak cukup memadai. Dengan penggunaan konsep yang luas dan bebas ini akan mudah menjadi senjata dan alat penyalahgunaan wewenang yang lain,

bahkan kebebasan bertindak pemerintah dalam menghadapi situasi konkret, *Freies Ermessen* tidak ada artinya.¹⁶

Mengenai pertanggungjawaban secara yuridis terhadap penggunaan wewenang yang melanggar hukum atau penyalahgunaan wewenang harus dilihat dari segi sumber atau lahirnya wewenang dalam setiap pemberian wewenang kepada pejabat pemerintahan tertentu, maka akan tersirat pertanggungjawaban dari pejabat yang bersangkutan. Pertanggungjawaban mandat bersumber dari persoalan wewenang, karena wewenang tetap berada pada pemberi wewenang, sedangkan mandataris (penerima wewenang) hanya dilimpahi wewenang bertindak untuk dan atas nama pemberi wewenang. Pada mandat tidak terjadi penyerahan wewenang, artinya pemberi mandat tetap dapat bertindak sendiri atas namanya sendiri. Tidak adanya penyerahan wewenang pada mandat maka yang bertanggung jawab secara yuridis tetap pada pemberi wewenang. Sedangkan pada atribusi, wewenang pertanggungjawaban secara yuridis oleh si penerima wewenang dan tergantung pada penerima wewenang melakukan mandat atau delegasi. Jika delegasi, maka pemberi wewenang tidak bertanggung jawab, pertanggung jawaban sudah beralih pada delegatoris.

Pasal 17 Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan mengatur bahwa :

- (1) Badan dan/atau Pejabat Pemerintahan dilarang menyalahgunakan Wewenang.
- (2) Larangan penyalahgunaan Wewenang sebagaimana dimaksud pada ayat (1) meliputi :
 - a. larangan melampaui Wewenang;
 - b. larangan mencampuradukkan Wewenang; dan/atau
 - c. larangan bertindak sewenang-wenang.¹⁷

Sedangkan Pasal 81 Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan menjelaskan terkait sanksi, yaitu sebagai berikut :

- (1) Sanksi administratif ringan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 80 ayat (1) berupa :
 - a. teguran lisan;
 - b. teguran tertulis; atau

¹⁶ Sadjijono, Op Cit., hal. 56

¹⁷ Pasal 17 Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan

- c. penundaan kenaikan pangkat, golongan, dan/atau hak-hak jabatan.
- (2) Sanksi administratif sedang sebagaimana dimaksud dalam Pasal 80 ayat (2) berupa :
 - a. pembayaran uang paksa dan/atau ganti rugi;
 - b. pemberhentian sementara dengan memperoleh hak-hak jabatan; atau
 - c. pemberhentian sementara tanpa memperoleh hak-hak jabatan.
- (3) Sanksi administratif berat sebagaimana dimaksud dalam Pasal 80 ayat (3) berupa:
 - a. pemberhentian tetap dengan memperoleh hak-hak keuangan dan fasilitas lainnya;
 - b. pemberhentian tetap tanpa memperoleh hak-hak keuangan dan fasilitas lainnya;
 - c. pemberhentian tetap dengan memperoleh hak-hak keuangan dan fasilitas lainnya serta dipublikasikan di media massa; atau
 - d. pemberhentian tetap tanpa memperoleh hak-hak keuangan dan fasilitas lainnya serta dipublikasikan di media massa.
- (4) Sanksi lainnya sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.

Dari segi administrasi, keputusan dari *Freies Ermessen* wajib dilaporkan secara tertulis kepada atasan langsung pejabat yang menerbitkan *Freies Ermessen* tersebut. Apabila menurut penilaian atasan pejabat yang menerbitkan *Freies Ermessen* tersebut tidak dapat dibenarkan dari segi hukum dan dari segi kebijakan, maka atasan pejabat yang menerbitkan *Freies Ermessen* harus memerintahkan agar keputusan *Freies Ermessen* tersebut dicabut.

Selanjutnya mengenai sanksi administratif pada pejabat pemerintahan yang menggunakan *Freies Ermessen* tidak sesuai dengan peraturan perundang-undangan dapat dikenakan sanksi sebagai berikut :¹⁸

- (1) Sanksi *reparatoir*, artinya sanksi yang diterapkan sebagai reaksi atas pelanggaran norma yang ditujukan untuk mengembalikan pada kondisi semula sebelum terjadinya pelanggaran misalnya *bestuursdwang*, *dwangsom*;
- (2) Sanksi *punitif*, artinya sanksi yang ditujukan untuk memberikan hukuman pada seseorang berupa denda administratif;

¹⁸ Ridwan HR, Op Cit., hal. 319

- (3) Sanksi *regresif*, yaitu sanksi yang diterapkan sebagai reaksi atas ketidakpatuhan terhadap ketentuan yang terdapat pada ketetapan yang diterbitkan.

Berbicara tentang *Freies Ermessen* yang biasa dikenal dengan Ijtihad dalam perspektif hukum Islam, Rasulullah SAW dan para sahabatnya pernah berijtihad yang keputusan hukumnya menyimpang dari ketentuan yang telah ada sebelumnya. Salah satu contoh bentuk ijtihad Rasulullah SAW adalah pada saat Rasulullah SAW membebaskan tahanan perang dengan syarat-syarat yang harus dipenuhi. Contohnya yaitu keputusan Rasulullah SAW untuk membebaskan beberapa tahanan perang Badar dengan syarat mereka mau mengajar baca tulis kepada orang Islam. Keputusan Rasulullah SAW ini dapat dikatakan diskresi karena ketentuannya tahanan tersebut seharusnya masih di penjara namun Rasulullah SAW membebaskannya.

Umar bin Khattab, Usman bin Affan dan Ali bin Abi Thalib pernah melakukan ijtihad yang serupa dengan *Freies Ermessen*. Umar bin Khattab adalah sahabat Rasulullah SAW yang paling banyak melakukan ijtihad dengan model yang demikian ini, seperti membebaskan sanksi hukuman bagi pencuri pada saat krisis ekonomi, dengan alasan tindakan pencuriannya itu karena untuk mempertahankan hidup. Keputusan ini atas dasar inisiatif Umar bin Khattab sendiri dan tidak mengikuti aturan umum yang ada yang sesuai dengan dalam *nash* yaitu Q.S. Al-Maidah Ayat 38 yang seharusnya hukuman bagi pencuri menurut ayat tersebut adalah potong tangan, namun Umar bin Khattab tidak menerapkannya karena latar belakang melakukan pencurian tersebut adalah kondisi sosial ekonomi pada saat itu. Tindakan Umar bin Khattab yang menyimpang dari ketentuan hukum umum beralih ke ketentuan hukum khusus ini dalam ilmu ushul fiqh dikenal dengan *Istihsan*.

Usman bin Affan juga pernah berijtihad dengan model ijtihad yang sama dengan *Freies Ermessen* ini. Usman bin Affan pernah mengambil inisiatif untuk memberlakukan azan shalat jum'at dua kali. Pada masa Rasulullah SAW, masa Abu Bakar Ash Shiddiq dan Umar bin Khattab menjadi khalifah, azan shalat jumat hanya satu kali. Pada saat itu azan shalat jumat satu kali karena dirasa sudah cukup untuk memberi tahu masuknya waktu salat jumat karena umat Islam pada saat itu tidak terlalu banyak, sedangkan pada zaman kepemimpinannya Usman di mana perkembangan kuantitas umat Islam meningkat sangat tajam maka Usman dengan ijtihadnya sendiri memberlakukan azan shalat jumat dua kali karena untuk kepentingan umum (masalah).

Rasulullah SAW memberikan tempat yang mulia kepada mujtahid, walaupun mujtahid salah dalam berijtihad. Amr bin Ash dia pernah mendengar Rasulullah SAW bersabda :

“Apabila seorang hakim hendak menetapkan suatu hukum kemudian dia berijtihad dan ternyata benar ijtihadnya, maka baginya dua pahala, dan apabila dia hendak menetapkan hukum kemudian dia berijtihad dan ternyata salah ijtihadnya, maka untuknya satu pahala” (HR. Asy-Syafi’i dari Amr bin ‘Ash).

Hadis Rasulullah SAW tersebut diatas hanya berlaku bagi para ulama’ yang mencapai derajat mujtahid atau memiliki *ahliyyah* (kemampuan) untuk berijtihad. Bilamana ada yang tidak sampai derajat mujtahid itu, baik dia orang awam ataupun penuntut ilmu secara umum, maka dapat dikatakan itu tidak berlaku sama sekali karena keterbatasan kita dalam memenuhi syarat-syarat untuk menjadi mujtahid.

Madzhab As Syafi’iyah adalah madzhab terbesar yang dianut di negara kita, dengan bermadzhab maka kita tinggal memakai dan mengamalkan berbagai masalah hasil dari ijtihad para ahlinya. Kita hanya sekedar menukil, tidak mengurangi dan tidak menambahkan. Dengan demikian, kesalahan atau penyimpangan akan dapat diminimalisir. Maka dianjurkan jika seseorang belum mampu mencapai sebagai mujtahid, maka kita diwajibkan untuk *taklid*. Dan jika dalam berijtihad melalui lajur yang benar, yaitu mencari hukum baru atau menggali permasalahan yang belum terselesaikan dengan tetap berpedoman pada kaidah-kaidah yang benar bisa jadi pintu ijtihad masih terbuka lebar. Sebab jika tidak, hukum Islam akan menjadi bisu dan kaku lantaran tidak mampu mengimbangi dinamika perkembangan zaman.

KESIMPULAN

Hakikat *Freies Ermessen* merupakan kekuasaan bebas yang meliputi kebebasan menilai (*beoordelingsvrijheid*) dan kebebasan kebijakan (*beleidvrijheid*) yang pada praktiknya kebebasan yang diberikan oleh undang-undang dan oleh undang-undang diberikan spesifikasi terhadap penyelesaian-penyelesaian yang dihadapkan kepada pemerintahan. *Freies Ermessen* memungkinkan terjadinya benturan kepentingan antara pemerintah dengan rakyat baik dalam bentuk *onrechtmatigedaad*, *detournement de pouvoir*, maupun dalam bentuk *willekeur*. Sedangkan Ijtihad merupakan suatu kebutuhan yang senantiasa diperlukan pada setiap masa. Keabadian dari eksistensi syariat Islam tidak terlepas dari adanya peranan ijtihad oleh para mujtahid. Jika suatu hukum yang diijtihadi oleh imam mujtahidin masih

dianggap cukup untuk menjawab masalah yang muncul, maka kemungkinan ijtihad akan berhenti sementara. Apabila masalah yang muncul dan ijtihad yang lama tidak relevan untuk menjawab permasalahannya, maka ijtihad itu akan terus berfungsi dalam *istinbat* hukum Islam yakni mujtahid akan muncul pada setiap masa. Pendayagunaan *freies ermessen* oleh pejabat pemerintahan dalam rangka usaha untuk memujudkan kesejahteraan masyarakat sesuai dengan tujuan negara tercapainya masyarakat yang adil, makmur dan sejahtera, dalam pelaksanaannya harus mendapat pengawalan baik dari unsur-unsur yang membatasai *freies ermessen* itu sendiri, maupun penerapan AUPB sebagai pendamping. Di Indonesia dikenal adanya upaya administratif sebagaimana diatur dalam Pasal 48 Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara, yang meliputi keberatan dan banding administratif.

DAFTAR PUSTAKA

Buku

- Aibak, Kutbuddin, 2008, *Metodologi Pembaruan Hukum Islam*, Pustaka Belajar, Yogyakarta.
- Ali, Mohammad Daud, 2017, *Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Islam di Indonesia*, Rajawali Pers, Depok.
- Butarbutar, Elisabeth Nurhaini 2018, *Metode Penelitian Hukum Langkah-Langkah Untuk Menemukan Kebenaran Dalam Ilmu Hukum*, PT. Refika Aditama, Bandung.
- Darumurti, Khrisna Djaya, 2016, *Diskresi: Kajian Teori Hukum*, Genta Publishing, Yogyakarta.
- Effendi, Lutfi, 2004, *Pokok-pokok Hukum Administrasi*, Bayumedia Publishing, Malang.
- Hadjon, Phillipus M, dkk, 2005, *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia (Introduction to the Indonesian Administrative Law)*, Gajahmada University Press, Yogyakarta.
- HR, Ridwan, 2002, *Hukum Administrasi Negara*, UII Press, Yogyakarta.
- Ishaq, 2009, *Dasar-Dasar Ilmu Hukum*, Sinar Grafika, Jakarta.
- _____ 2017, *Metode Penelitian Hukum dan Penulisan Skripsi, Tesis serta Disertasi*, Alfabeta, Bandung
- Manan, Abdul, 2017, *Pembaruan Hukum Islam di Indonesia*, Kencana, Depok.
- Miswanto, Agus, 2019, *Ushul Fiqih: Metode Ijtihad Hukum Islam Jilid II*, Unimma Press, Magelang.
- Muchsin, 2003, *Perlindungan dan Kepastian Hukum bagi Investor di Indonesia*, Universitas Sebelas Maret, Surakarta.
- Purwanto, Roy, 2014, *Dekonstruksi Teori Hukum Islam: Kritik Terhadap Konsep Masalah Najmuddin Al Thufi*, Kaukaba, Yogyakarta.

- Sadjijono, 2011, *Bab-Bab Pokok Hukum Administrasi*, Laksbang, Yogyakarta.
- Setiono, 2004, *Supremasi Hukum*, UNS, Surakarta.
- Sunggono, Bambang, 2003, *Metodologi Penelitian Hukum*, Raja Grafindo Persada, Jakarta.
- Syueb, Sudono, 2008, *Dinamika Hukum Pemerintahan Daerah : Sejak Kemerdekaan sampai Era Reformasi*, Laksbang Mediatama, Yogyakarta
- Umam, Ktahibul, Angger Sigit Pramukti, 2017, *Hukum Islam dan Acara Peradilan Agama*, Universitas Terbuka, Tangerang Selatan.
- Tim Penyusun Buku Pedoman Penulisan Proposal dan Skripsi*, 2021, Fakultas Hukum Universitas Merdeka Pasuruan

Peraturan Perundang-Undangan

- Undang Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945
- Undang Undang Nomor 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan
- Undang Undang Nomor 51 Tahun 2009 Tentang Perubahan Kedua Atas Undang Undang Nomor 5 Tahun 1986 Tentang Peradilan Tata Usaha Negara, 2019, Citra Umbara, Bandung
- Peraturan Pemerintah Nomor 48 Tahun 2016 Tentang Tata Cara Pengenaan Sanksi Administratif

Jurnal/Artikel

- Muhammad Arief Muhtadin Purba, 2017, “*Diskresi Dan Pengenaan Sanksi Administratif Kepada Pejabat Pemerintahan Berdasarkan Peraturan Pemerintahan Nomor 48 Tahun 2016,*” *USU*, <https://123dok.com/document/q279mvey-departemen-hukum-administrasi-negara.html>,
- Andry Ilham Amrie, 2018, “*Kajian Yuridis Pelaksanaan Freies Ermessen ditinjau dari Pasal 10 Undang Undang Nomor 30 Tahun 2014 Tentang Administrasi Pemerintahan,*” *Lex Privatum* Vol. VI/No.1/Jan-Mar/2018 <https://ejournal.unsrat.ac.id/index.php/lexprivatum/article/view/19435>,
- Saut P. Panjaitan, “*Makna dan Peranan Freies Ermessen dalam Hukum Administrasi Negara*” *UNISIA* 10. XI.IV.1991 20 Juli 2016, <https://journal.uui.ac.id/Unisia/article/view/5165>,
Email : panjaitan@gmail.com