

DISKRESI YANG DILAKUKAN APARAT PENEGAK HUKUM DALAM SISTEM HUKUM MILITER INDONESIA

Budi Pramono¹

Abstract

The implementation of law enforcement in the Indonesian military environment according to the writer's observation is still chaotic and there is sectoral ego. Discretion is very important in law enforcement in the military legal system, law enforcement officials are required to act wisely, wisely and responsibly. This research is a study of normative law using statutory and conceptual approaches. Every policy issued by public officials must pay attention to the signs that do not conflict with law and human rights, do not conflict with statutory regulations, must apply the general principles of good governance; and does not conflict with public order and decency. The use of discretion has a positive impact on law enforcement, although in certain circumstances the public interest must violate the law. In conducting discretion a clear and accurate consideration is needed, so that it can be accounted for legally, morally and to the community seeking justice, so that military soldiers before becoming law enforcers must go through education/courses first.

Keywords: discretion; law enforcement; military law

Abstrak

Pelaksanaan penegakan hukum di lingkungan militer Indonesia menurut pengamatan penulis masih terjadi carut marut dan adanya ego sektoral. Diskresi sangat penting dalam penegakan hukum dalam sistem hukum militer, aparat penegak hukum dituntut untuk bertindak arif, bijaksana dan bertanggung jawab. Penelitian ini merupakan penelitian hukum normatif dengan menggunakan pendekatan perundang-undangan dan konseptual. Sertiap kebijakan yang dikeluarkan oleh pejabat publik harus memperhatikan rambu-rambu tidak bertentangan dengan hukum dan HAM, tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan, wajib menerapkan asas-asas umum pemerintahan yang baik; serta tidak bertentangan dengan ketertiban umum dan kesusilaan. Penggunaan diskresi berdampak positif terhadap penegakan hukum, meskipun dalam keadaan tertentu untuk kepentingan umum harus melanggar hukum. Dalam melakukan diskresi diperlukan pertimbangan yang jelas dan akurat, sehingga dapat dipertanggung jawabkan secara hukum, moral dan kepada masyarakat pencari keadilan, sehingga prajurit militer sebelum menjadi penegak hukum harus melalui pendidikan/kursus terlebih dahulu.

Kata kunci: diskresi; penegak hukum; hukum militer

A. Pendahuluan

1. Latar Belakang

Dalam kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara, salah satu hal yang harus ditegakan adalah suatu kehidupan hukum dalam masyarakat yang majemuk. Hubungan antara hukum dengan masyarakat sangat erat, dapat diibaratkan seperti dua sisi mata uang yang tidak dapat dipisahkan satu sama lain. Adagium lama bangsa Romawi *ubi societas ibi ius* yang berarti dimana ada masyarakat disitu ada hukum sangat cocok untuk menggambarkan betapa eratnya hubungan antara hukum dengan masyarakat. Untuk itu, diperlukan adanya penegakan hukum yang konsisten, tidak tebang pilih dan berasaskan keadilan dalam masyarakat. Pandangan ini diyakini tidak saja disebabkan Indonesia menganut paham negara hukum, melainkan lebih melihat secara kritis kecenderungan yang terjadi dalam kehidupan yang berkembang ke arah suatu masyarakat modern. Kondisi demikian menuntut hukum yang berdimensi nasional, termasuk di dalamnya hukum di lingkungan militer, yang memiliki paradikma berwawasan keindonesiaan, sekaligus mengakomodasikan tuntutan zaman. Masyarakat menghendaki hukum sebagai sarana

¹ Fakultas Hukum Universitas Hang Tuah Surabaya, Jln. Arief Rahman Hakim 150 Sukolilo, Surabaya, 60111 | budipramono12023p@gmail.com.

penegakan keadilan tidak lagi menjadi alat untuk kepentingan penguasa atau kepentingan politik tertentu.

Harus diakui bahwa dalam tataran praktek di lingkungan militer, banyak faktor yang mempengaruhi penegakan hukum baik faktor hukum itu sendiri ataupun faktor di luar hukum, yang kadang kala dipandang oleh sebagian kalangan begitu transparan dan kasat mata, sehingga mencederai rasa keadilan masyarakat dan hukum itu sendiri. Berbagai keluhan masyarakat dan para pencari keadilan seolah-oleh sudah tidak dapat lagi menjadi media kontrol bagi aparat penegak hukum yang masuk dalam *criminal justice system* untuk selanjutnya melakukan perbaikan yang signifikan bagi terciptanya suatu sistem hukum yang ideal dan sesuai harapan masyarakat. Hal ini sesuai dengan yang dinyatakan oleh Tb. Ronny R. Nitibaskara, adalah sebagai berikut:

Bagi orang yang menguasai hukum dan teknik hukum yang tinggi tetapi rendah moralitasnya akan dapat memanfaatkan hukum dengan sebaik-baiknya untuk memenangkan kasus yang sedang ditanganinya. Bahkan jika memiliki kecenderungan senang berkolaborasi dengan pihak yang melakukan kejahatan, maka baginya hukum sewaktu-waktu dapat diubah sebagai alat kejahatan (*law as a tool of crime*). Perbuatan jahat dengan hukum sebagai alatnya merupakan kejahatan yang sempurna, sulit dilacak, karena diselubungi hukum dan berada di dalam hukum.²

Pelaksanaan penegakan hukum di lingkungan militer Indonesia menurut pengamatan penulis masih terjadi carut marut dan adanya ego sektoral masing-masing aparat penegak hukum yang masuk dalam *criminal justice system* militer. Carut marut dan keterpurukan penegakan hukum ini disebabkan sebagian besar aparat penegak hukum mengabaikan tiga ide dasar hukum atau cita hukum (*idee des rechts*) sebagaimana dikemukakan oleh *Gustaf Radbruch* yaitu keadilan (*gerechtigheit*), kemanfaatan (*zweckmaeszigkwit*), dan kepastian hukum (*rechtssicherkwit*). Ketiga nilai dasar tersebut tidak selalu dalam hubungan yang harmonis, melainkan berhadapan, bertentangan, ketegangan satu sama lain. Keadilan bisa bertabrakan dengan kemanfaatan dan kepastian hukum, tuntutan kemanfaatan bisa bertabrakan dengan keadilan dan kepastian hukum, dan seterusnya.³ Carut marut tentang penegakan hukum itu tidak saja terjadi di Indoneia, di Inggris pun sebagai negara yang sudah maju juga terjadi penyimpangan. Kepolisian Inggris apabila terjadi kesalahan dalam melakukan penangkapan dapat dikenakan hukuman denda terhadap pelaku yang salah dalam melakukan penangkapan. Hal ini sesuai yang dinyatakan Gregory Howard Williams bahwa *One of the earliest English efforts to control discretion in the arrest decision is found in a code which levied fines on law enforcement officials who failed to enforce specific criminal laws. Constables were subject to fines when they failed to make arrests to preserve morality, safety, or the public peace. Penalties ranged from a minimum of two shillings to a maximum of twenty potqnds.*⁴

Penegakan hukum dalam sistem hukum militer hendaknya mengikuti perkembangan dan mampu menjawab perkembangan zaman, serta mampu melayani masyarakat dengan menyandarkan pada aspek moralitas dari penegak hukum itu sendiri. Hukum militer idealnya dirumuskan dengan jelas dan tidak multi tafsir atau *ambigu* namun

² Anis Ibrahim, *Merekonstruksi Keilmuan Ilmu Hukum & Hukum Melinium Ketiga* (Malang: In-TRANS, 2007).

³ Satjipto Rahardjo, *Hukum Dalam Jagad Ketertiban* (Jakarta: UKI Press, 2006).

⁴ Gregory Howard Williams, 'Police Discretion: A Comparative Perspective', *Ind lana Law Journal*, 64.87 (1989).

realitanya malah sebaliknya, sehingga diperlukan tindakan diskresi. Hal ini sesuai dengan yang dijelaskan oleh *Chambliss* dan *Seidman*, bahwa suatu masyarakat yang secara murni diatur oleh hukum yang telah dirumuskan secara jelas adalah suatu ideal yang agak sulit untuk dicapai, karena itu tetap dibutuhkan suatu diskresi dari pejabat penegak hukum dalam penerapannya, walaupun diskresi yang berlebihan yang didasari pada kebebasan dan kelonggaran yang diberikan hukum kepada aparat penegak hukum dapat menyebabkan ketimpangan akan rasa keadilan yang ingin dicapai oleh hukum, bahkan bisa membawa kehancuran bagi kehidupan masyarakat.⁵

2. Rumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang masalah yang telah dijelaskan di atas, yang menjadi pokok permasalahan dalam penelitian ini adalah bentuk diskresi yang dilakukan oleh aparat penegak hukum dalam sistem peradilan militer Indonesia.

3. Metode Penelitian

Penelitian ini merupakan penelitian hukum normatif/doktrinal yang memandang hukum sebagai suatu sistem utuh mencakup seperangkat asas, norma dan aturan hukum baik yang tertulis maupun yang tidak tertulis. Pendekatan yang digunakan adalah pendekatan perundang-undangan dan konseptual, dengan pengumpulan bahan hukum berupa studi kepustakaan. Penelitian ini difokuskan pada penerapan kaidah atau norma hukum positif yang sesuai dengan substansi materi penelitian.

B. Pembahasan

1. Diskresi dan Perspektif Hukum Militer

Diskresi dalam bahasa Belanda *discretionair*, dalam bahasa Jerman dikenal dengan istilah *freies ermessen* dan dalam bahasa Inggris *discretionary power*, merupakan suatu bentuk penyimpangan terhadap asas legalitas, sehingga dapat diartikan bahwa diskresi merupakan pengecualian dari asas legalitas. Pasal 1 KUHP menjelaskan tentang asas legalitas, bahwa tiada suatu perbuatan dapat dihukum melainkan atas ketentuan pidana dalam undang-undang, yang ada terlebih dahulu daripada perbuatan itu (*nullun delictum nulla poena sine legi poenali*). Ketentuan pidana harus lebih dahulu ada sebelum perbuatan dilakukan dan ketentuan pidana harus sudah berlaku ketika perbuatan itu dilakukan. Oleh karena itu, ketentuan tersebut tidak berlaku surut, baik mengenai ketetapan dapat dipidana maupun sanksinya.

Diskresi merupakan penyimpangan dari positivisme hukum. Diskresi muncul karena adanya cita-cita dalam kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara yang harus dicapai, yaitu untuk mensejahterakan rakyat dan menegakan hukum yang berorientasi pada keadilan, kemanfaatan dan kebahagiaan masyarakat. Konsep ini disebut *utilitarianisme* dengan tokohnya Jeremy Bentham, John Stuart Mill dan Rudolf von Jhering. Tujuan hukum dan wujud keadilan adalah kebahagiaan yang sebesar-besarnya untuk sebanyak-banyaknya orang. Dalam pandangan aliran utilitarian, hukum itu harus bertujuan untuk mencapai empat tujuan yaitu untuk memberi nafkah hidup, untuk memberikan makanan yang berlimpah, untuk memberikan perlindungan, dan untuk mencapai persamaan. Diskresi meliputi hubungan kekuasaan dan masyarakat yang bekerjanya terdapat keterikatan pada sistem politik dalam suatu negara. Hal ini sesuai yang dijelaskan oleh George C. Christie

⁵ Satjipto Rahardjo, *Membedah Hukum Progresif* (Jakarta: Kompas, 2007).

bahwa *discretion involves power relationships and the ways that people work out these relationships in an ongoing political system.*⁶

Thomas J. Aaron mendefinisikan diskresi sebagai suatu kekuasaan atau wewenang yang dilakukan berdasarkan hukum atas pertimbangan dan keyakinan serta lebih menekankan pertimbangan-pertimbangan moral daripada pertimbangan hukum (*discretion is power authority conferred by law to action on the basis of judgment of conscience, and its uses is more than idea of morals than law*).⁷ Harold E. Pepinsky mendefinisikan *discretion is at once clear, simple, and implausible: "A public officer has discretion whenever the effective limits on his power leave him free to make a choice among possible courses of action or inaction."*⁸ Menurut Wayne La Farve, seperti yang dikutip oleh Soerjono Soekanto, diskresi menyangkut pengambilan keputusan yang tidak sangat terikat oleh hukum, dimana penilaian pribadi juga memegang peranan. Dengan demikian jika dijabarkan lebih jauh mengacu kepada pendapat Wayne La Farve tersebut, berarti diskresi merupakan pelengkap dari aturan yang secara formal tertulis dalam undang-undang.⁹

Lawrence M. Friedman membagi diskresi menjadi dua, yaitu diskresi formal dan diskresi riil. Diskresi formal berada dalam suatu sistem hukum, sedangkan diskresi riil berada di luar sistem hukum. Diskresi formal cenderung agak kontroversial tetapi merupakan fakta yang amat menarik dan penting.¹⁰ Diskresi dapat disebut dengan kewenangan yang luas atau kebebasan untuk bertindak. Dalam melaksanakan diskresi terdapat pertentangan dua asas hukum yaitu asas kepastian hukum (asas legalitas) dan kepentingan masyarakat atau kepentingan umum. Dalam bidang peradilan putusan hakim tidak bisa diprediksi, padahal sebenarnya hakim itu dapat memperkirakan hasil putusannya. Hal ini sesuai yang dijelaskan oleh Nicola Gennaioli dan Andrei Shleifer, bahwa *"discretion leads to unpredictability of judicial decisions from the objective facts of a case and elevates the importance of knowing who the judge is for predicting the outcome of a trial."*¹¹

Terdapat bermacam-macam bentuk diskresi ditinjau dari aspek kewenangan lembaga yang meliputi legislatif, eksekutif, yudikatif dan administratif. Hal ini sesuai dengan yang dijelaskan oleh Birutė Pranevičienė, adalah sebagai berikut.

*Similarly to the Legislative power, Executive and Judiciary powers have discretion, in implementing their functions; in other words, they have freedom of action in implementing objectives prescribed to one particular power. Modern states seek not to only give discretion legislative power to pass laws, and discretion to judiciary power to implement justice, but also give an executive power a certain scope of freedom in decision making and implementing the objectives prescribed.*¹²

⁶ George C. Christie, 'An Essay On Discretion', *Duke Law Journal*, 5, 1986, 747.

⁷ Marwan Effendy, *Diskresi, Penemuan Hukum, Korporasi & Tax Amnesty Dalam Penegakan Hukum* (Jakarta: Referensi, 2012).

⁸ Harold E. Pepinsky, 'Better Living Through Police Discretion', *Law and Contemporary Problems Journal*, 47.4 (1984), 250.

⁹ Soerjono Soekanto, *Faktor-Faktor Yang Mempengaruhi Penegakan Hukum* (Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2007).

¹⁰ Lawrence M. Friedman, *The Legal System, A Social Science Perspective* (New York, Russel: Sage Foundation, 1975).

¹¹ Nicola Gennaioli and Andrei Shleifer, 'Judicial Fact Discretion', *Journal of Legal Studies, The University of Chicago*, 37, 2.

¹² Birutė Pranevičienė, *Legislative Discretionary Powers of the Executive Institutions in the Field of Regulation of Higher Education in Lithuania* (Mykolas Romeris University, Faculty of Public Security, Department of Law V. Putvinskio 70, LT-44211 Kaunas, Lithuania, 2011).

Diskresi dalam lingkungan militer sudah melekat dan *ekseptional* terhadap hal-hal tertentu yang memang khusus diberikan, baik kepada Atasan yang berhak menghukum (Ankum), Perwira Penyerah Perkara (Papera), Polisi Militer selaku penyidik, Oditur selaku penuntut umum maupun hakim selaku pemutus perkara, yang apabila dilakukan oleh orang di luar pejabat tersebut dapat dikategorikan sebagai tindak pidana. Selain itu, terbuka juga diskresi yang tidak diatur dalam undang-undang akan tetapi muncul karena melekat, yang dapat diambil oleh penyidik, penuntut umum, atau hakim karena bersifat *conditioning*.

Dalam ranah hukum pidana, meskipun sifatnya diskresi tetapi harus tetap dalam koridor hukum dan terukur karena terkait dengan HAM, terlebih apabila diskresi itu berhubungan dengan upaya paksa. Oleh karena itu, dalam melakukan diskresi harus terukur, karena menurut hukum besi kekuasaan seperti yang disampaikan oleh *Lord Acton* bahwa setiap kekuasaan pasti memiliki kecenderungan untuk berkembang menjadi sewenang-wenang, *power tends to corrupt, and absolute power corrupts absolutely*. Diskresi yang dimiliki oleh aparat penegak hukum yang masuk dalam *criminal justice system* memiliki unsur-unsur, antara lain:

- a. Terdapat suatu beban yang dipikul oleh pejabat penegak hukum sebagai pejabat publik untuk menegakan hukum;
- b. Terdapat suatu keleluasaan/kewenangan untuk membuat suatu kebijakan oleh pejabat publik/pejabat penegak hukum tersebut;
- c. Kebijakan yang dihasilkan harus memiliki dasar hukum dan dapat dipertanggung-jawabkan baik kepada Tuhan YME maupun secara hukum;
- d. Terdapat situasi darurat/genting yang memerlukan suatu solusi jalan keluar;
- e. Terdapat inisiatif dari pejabat publik.¹³

Diskresi sangat penting dalam penegakan hukum militer, aparat penegak hukum dituntut untuk bertindak dengan arif, bijaksana dan bertanggung jawab, baik menyangkut diskresi dalam konteks kebijakan melekat maupun kebijaksanaan. Diskresi yang melekat dideskripsikan sebagai suatu keputusan yang berpayung pada peraturan perundang-undangan. Diskresi berupa kebijakan ini disebut juga dengan kebijakan melekat dan diberikan oleh undang-undang berkaitan dengan kewenangan yang dimiliki lembaga, institusi atau seorang pejabat. Diskresi dalam bentuk kebijaksanaan itu merupakan keputusan yang diambil oleh seorang pejabat, lembaga atau institusi diluar kebijakan melekat, sehingga ada kalanya tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan. Hal ini bisa terjadi dikarenakan terjadinya kondisi saat itu, dan tujuan dikeluarkannya keputusan tersebut.

2. Syarat dalam Melakukan Tindakan Diskresi

Setiap kebijakan yang dikeluarkan oleh pejabat publik harus memperhatikan rambu-rambu atau batasan-batasan antara lain tidak bertentangan dengan hukum dan HAM, tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan, wajib menerapkan asas-asas umum pemerintahan yang baik dan tidak bertentangan dengan ketertiban umum dan kesusilaan. Kekuasaan diskresi berbeda dengan kekuasaan darurat. Kekuasaan diskresi dengan kekuasaan darurat secara prinsipil saling berimpitan. Secara situasional kedua kekuasaan tersebut adalah sama-sama bukan merupakan kekuasaan rutin. Situasi darurat negara

¹³ Effendy, hl. 9-10.

merupakan justifikasi untuk lahirnya kekuasaan darurat dan jenis kekuasaan ini mengandung elemen diskresi. Hal ini sesuai yang dijelaskan oleh J. H. Grey yang menjelaskan bahwa *"If administrative law is seen as the study of the use of power, one of its most important interests is discretion, since the limits on discretion are at the same time the limits on the power that anyone can have in our type of democracy."*¹⁴

Menurut Beatson bahwa diskresi memiliki peranan yang sangat penting dalam segala aspek kehidupan berbangsa dan bernegara. Utamanya dalam mengisi kekosongan hukum ketentuan tertulis, serta melenturkan ketentuan yang kaku dan sudah usang bahkan menyesuaikan dengan konteks kekinian yang lebih baik dan bermanfaat bagi masyarakat. Diskresi memiliki peranan yang sangat penting dalam segala aspek kehidupan berbangsa dan bernegara. Utamanya dalam mengisi kekosongan hukum ketentuan tertulis, serta melenturkan ketentuan yang kaku dan sudah usang, bahkan menyesuaikan dengan konteks kekinian yang lebih baik dan bermanfaat bagi masyarakat.¹⁵

Kekuasaan diskresi secara khusus di atur dalam BAB VI Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan. Pasal 1 angka 9 menjelaskan pengertian diskresi sebagai keputusan dan/atau tindakan yang ditetapkan dan/atau dilakukan oleh pejabat pemerintah untuk mengatasi persoalan konkret yang dihadapi dalam penyelenggaraan pemerintahan dalam peraturan perundang-undangan yang memberikan pilihan, tidak mengatur, tidak lengkap atau tidak jelas, dan/atau adanya stagnasi pemerintahan. Definisi tersebut memberikan unsur-unsur diskresi, adalah sebagai berikut (1) berupa keputusan dan/atau tindakan; (2) ditetapkan dan/atau dilakukan; (3) dilakukan oleh pejabat pemerintah; (4) untuk mengatasi persoalan konkret dalam penyelenggaraan pemerintahan, serta (5) diskresi tersebut dilakukan dalam hal (bersifat alternatif), yaitu peraturan perundang-undangan memberikan pilihan, tidak mengatur, tidak lengkap atau tidak jelas, dan adanya stagnasi pemerintahan.

Diskresi yang berupa kebijakan merupakan suatu proses pengambilan keputusan untuk mengatasi masalah yang dihadapi dengan tetap berpegang pada peraturan untuk mewujudkan tujuan hukum dan tujuan nasional dengan syarat tertentu. Syarat-syarat tersebut menurut Ali Murtadha¹⁶ adalah sebagai berikut:

a. Tidak bertentangan dengan suatu aturan hukum

Tidak bertentangan dengan suatu aturan hukum diartikan bahwa tindakan-tindakan yang dilakukan dapat dibenarkan menurut hukum dan aturan perundang-undangan yang berlaku, misalnya tidak diatur dalam KUHAP. Tindakan tersebut antara lain:

- 1) Melakukan tindakan karena terpaksa oleh suatu kekuasaan yang tidak dapat dihindari. Ketentuan ini tertuang dalam Pasal 48 KUHP yang rumusannya adalah sebagai berikut: "Barang siapa melakukan perbuatan karena terpaksa oleh sesuatu kekuasaan yang tak dapat dihindarkan tidak boleh dihukum." Kata terpaksa harus diartikan baik paksaan fisik (lahir/jasmani) maupun paksaan rohani (batin). Kekuasaan yang tidak dapat dihindarkan adalah sesuatu kekuasaan yang berlebih, kekuasaan yang pada umumnya dianggap tidak dapat dilawan atau suatu *overmacht*.

¹⁴ J. H. Grey, 'Discretion In Administrative Law', *Osgoode Hall Law Journal*, 17.1, 107.

¹⁵ Beatson, *Administrative Law: Text and Materials* (UK: Oxford University Press, 2011).

¹⁶ Ali Murtadha, *Diskresi Dalam Sistem Penegakan Hukum Pidana Indonesia* (Fakultas Hukum UHT (Tesis), 2019).

- 2) Melakukan Tindakan Untuk Mempertahankan Dirinya. Melakukan tindakan untuk mempertahankan dirinya atau diri orang lain, mempertahankan kehormatan atau harta benda sendiri atau kepunyaan orang lain dari pada serangan yang melawan hak dan mengancam dengan segera pada saat itu juga dan melakukan pembelaan darurat yang melampaui batas, bila perbuatan itu sekonyong-konyong dilakukan karena perasaan tergoncang tidak dapat dihukum. Ketentuan ini diatur dalam Pasal 49 ayat(1) dan ayat (2) KUHP yang rumusnya adalah sebagai berikut:
 - a) Barang siapa melakukan perbuatan, yang terpaksa dilakukan mempertahankan dirinya atau diri orang lain, mempertahankan kehormatan atau harta benda sendiri atau kepunyaan orang lain, daripada serangan yang melawan hak dan mengancam dengan segera pada saat itu juga, tidak boleh dihukum.
 - b) melampaui batas pertahanan yang sangat perlu, jika perbuatan itu dengan sekonyong-konyong dilakukan karena perasaan tergoncang dengan segera pada saat itu juga, tidak boleh di hukum.
- 3) Melakukan Tindakan Untuk Melaksanakan Suatu Peraturan Perundang-undangan. Melakukan tindakan untuk melaksanakan suatu peraturan perundang-undangan tidak dapat dihukum. Ketentuan ini diatur dalam Pasal 50 KUHP yang rumusnya adalah sebagai berikut "Barang siapa melakukan perbuatan untuk menjalankan peraturan undang-undang, tidak boleh dihukum." Disini diletakkan suatu prinsip, bahwa apa yang telah diharuskan atau di perintahkan oleh suatu undang-undang tidak mungkin untuk diancam hukuman dengan undang-undang yang lain. Pengertian undang-undang disini ialah semua peraturan yang dibuat oleh suatu badan pemerintahan yang diberi kekuasaan untuk membuat undang-undang, jadi termasuk pula misalnya peraturan pemerintah dan peraturan-peraturan pemerintahan daerah seperti propinsi, kabupaten dan kota madya.
- 4) Melakukan Tindakan Memaksa Dengan Kekerasan Kepada Orang-Orang Supaya Mereka Menurut Perintah. Melakukan tindakan memaksa dengan kekerasan kepada orang-orang supaya mereka menurut perintah dan petunjuk-petunjuk yang diberikan oleh polisi pada waktu mencegah kecelakaan dan mengatur lalu-lintas di jalan umum atau di tempat umum dapat dibenarkan dan bagi mereka yang tidak menurut perintah atau membangkang dapat dituntut dengan Pasal 216 KUHP, sedangkan bagi mereka yang melawan dengan kekerasan atau mengancam dengan kekerasan kepada penyelidik yang sedang menjalankan kewajibannya dapat dituntut dengan Pasal 212 dan Pasal 213 KUHP.
 - b. Selaras dengan kewajiban hukum yang mengharuskan dilakukan tindakan tersebut
Pengertian selaras dengan kewajiban hukum yang mengharuskan dilakukan tindakan tersebut adalah tindakan hanya diambil, apabila betul-betul diperlukan untuk meniadakan suatu gangguan atau untuk mencegah terjadinya suatu gangguan, karena jika tindakan yang diperlukan tidak diambil akan terjadi tindakan pidana, maka tentu saja sesuatu yang dicegah agar tidak terjadi tindak pidana.
 - c. Tindakan itu harus patut dan masuk akal serta termasuk dalam lingkungan jabatannya
Pengertian dari tindakan itu harus patut dan masuk akal serta termasuk dalam lingkungan jabatannya adalah tindakan itu merupakan tindakan atau jalan yang paling

tepat, agar kerugian bagi perorangan itu dapat diperkecil atau juga segala tindakan yang sesuai dengan kepentingan hukum, yang menurut pendapat umum tidak berlebihan untuk mencapai tujuan dengan memperhatikan usul-usul orang yang bersangkutan.

- d. Tindakan tersebut atas pertimbangan yang layak berdasarkan keadaan memaksa
Tindakan tersebut atas pertimbangan yang layak berdasarkan keadaan memaksa adalah tindakan itu harus ada keseimbangan antara sifat (keras lunaknya) tindakan atau sarana yang dibegunakan pada satu pihak dan besar kecilnya suatu gangguan atau berat ringannya suatu obyek yang harus ditindak pada pihak lain.
- e. Menghormati hak asasi manusia
Pengertian menghormati hak asasi manusia merupakan suatu tindakan itu terutama tidak didasarkan atas kepentingan pribadi atau golongan atau karena dendam pribadi. Jadi dalam bertindak harus ada keseimbangan antara hak asasi yang dilanggar pelanggar hukum dengan kewajiban hukumnya.

3. Diskresi oleh Penegak Hukum dalam Sistem Hukum Militer Indonesia

Negara Indonesia adalah negara hukum yang demokratis, berdasarkan Pancasila dan UUD 1945, menjunjung tinggi HAM dan menjamin setiap warga negara berkedudukan yang sama dalam hukum dan pemerintahan, serta wajib menjunjung hukum dan pemerintahan itu dengan tidak ada kecualinya. Sebagai negara hukum, Indonesia mempunyai konsekuensi supremasi hukum harus ditegakan dan dijalankan dengan baik. Segala sesuatu yang berkaitan dengan perilaku, baik perilaku anggota masyarakat maupun aparat pelaksana pemerintah yang berhubungan dengan kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara harus berdasarkan pada norma-norma hukum yang berlaku.

UUD 1945 sebagai sumber dari segala sumber hukum di Indonesia tidak mencantumkan ketentuan yang melarang tentang melakukan diskresi. Latar belakang munculnya diskresi, secara konsepsional, baik pada ranah pemerintahan maupun yudisial adalah sama, sebuah tindakan harus dilakukan meskipun dalam situasi *rules*-nya membisu, tidak menyediakan suatu preskripsi, atau sekurang-kurangnya tidak jelas atau kabur. Pada hakekatnya, diskresi mempunyai fungsi untuk menyelesaikan berbagai permasalahan pelik yang membutuhkan penanganan segera, dan menyelesaikan soal-soal genting yang timbul dengan sekonyong-konyong dan yang peraturan penyelesaiannya belum ada.

Kekuasaan diskresi muncul selain apa yang telah dijelaskan, juga dapat disebabkan adanya perubahan situasi dan kondisi yang tidak dapat diprediksi oleh keberlakuan peraturan perundang-undangan, dimana dalam rangka kontinuitas para penegak hukum harus tetap melakukan tindakan. Perbedaan antara situasi-kondisi normal dan abnormal berkenaan dengan keberlakuan asas legalitas adalah hal yang wajar dan alami. Oleh karena itu, justifikasi bagi kekuasaan diskresi adalah perbedaan antara situasi-kondisi dari yang normal dan abnormal berkenaan dengan keberlakuan hukum. Situasi-kondisi kemasyarakatan tidaklah konstan dan perubahan situasi kondisi kemasyarakatan tidak selalu mampu diantisipasi oleh asas legalitas, atau keberlakuan peraturan perundang-undangan. Dalam situasi dan kondisi normal dimana hukum *ceteris paribus* (semua variabel dalam keadaan sama) berlaku, maka asas legalitas yang berlaku. Pada saat situasi yang tidak normal dimana hukum *ceteris paribus* tidak berlaku, maka demi hukum asas legalitas tidak berlaku dan

kekuasaan diskresi yang berlaku.¹⁷ Penegak hukum itu tidak bebas untuk membuat pilihan di antara apakah akan melakukan suatu tindakan atau tidak bertindak. Hal ini sesuai dengan yang dijelaskan oleh Sellin bahwa *no actor is free to make a choice among possible courses of action or inaction, for adherence to norms is the only possibility*.¹⁸

Dalam tataran implementasi, bentuk diskresi dapat dikelompokkan dalam dua hal, yaitu diskresi yang berupa kebijakan yang melekat dan berpayung pada peraturan perundang-undangan, dan yang berupa kebijaksanaan, dengan tetap memperhatikan peraturan perundang-undangan dan tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan. Beberapa diskresi yang dilakukan oleh pejabat penegak hukum di lingkungan militer, berupa kebijakan yang melekat dan berpayung pada peraturan perundang-undangan yang berlaku di Indonesia, adalah sebagai berikut:

a. Kewenangan penyidik melakukan penangkapan, penggeledahan, penyitaan, dan lain-lain sesuai yang dirumuskan Pasal 71 Undang-Undang Nomor 31 tahun 1997 tentang Peradilan Militer, yang rumusannya adalah sebagai berikut:

(1) Penyidik dalam melakukan penyidikan terhadap suatu peristiwa yang diduga merupakan tindak pidana yang dilakukan oleh seseorang atau diduga sebagai Tersangka, mempunyai wewenang:

- a. menerima laporan atau pengaduan dari seseorang tentang terjadinya suatu peristiwa yang diduga merupakan tindak pidana;
- b. melakukan tindakan pertama pada saat dan di tempat kejadian;
- c. mencari keterangan dan barang bukti;
- d. menyuruh berhenti seseorang yang diduga sebagai Tersangka dan memeriksa tanda pengenalnya;
- e. melakukan penangkapan, penggeledahan, penyitaan, dan pemeriksaan surat-surat;
- f. mengambil sidik jari dan memotret seseorang;
- g. memanggil seseorang untuk didengar dan diperiksa sebagai tersangka atau saksi;
- h. meminta bantuan pemeriksaan seorang ahli atau mendatangkan orang ahli yang diperlukan dalam hubungannya dengan pemeriksaan perkara; dan
- i. mengadakan tindakan lain menurut hukum yang bertanggung jawab.

b. Kewenangan Oditur untuk melakukan penuntutan, melaksanakan penetapan hakim atau putusan pengadilan, serta melakukan penyidikan sesuai dengan Pasal 64 UU No. 31 Tahun 1997, yang rumusannya adalah sebagai berikut:

(1) Oditur militer mempunyai wewenang:

- a. Melakukann penuntutan dalam perkara pidana yang Terdakwaanya:
 - 1) Prajurit berpangkat Kapten kebawah;
 - 2) Mereka sebagaimana dimaksud dalam Pasal 9 angka 1 huruf b dan huruf c yang Terdakwaanya "termasuk tingkat kepangkatan " Kapten kebawah;
 - 3) Mereka berdasarkan pasal 9 angka 1 huruf d harus diadili oleh Pengadilan militer.

¹⁷ Krishna D. Darumurti, *Kekuasaan Diskresi Pemerintah* (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2012).

¹⁸ Pepinsky.

- b. Melaksanakan penetapan Hakim atau Putusan pengadilan dalam lingkungan Peradilan Militer atau Pengadilan dalam lingkungan Pengadilan Umum;
 - c. melakukan pemeriksaan tambahan.
- (2) Selain mempunyai tugas dan wewenang sebagaimana di maksud pada ayat (1), Oditurat militer dapat melakukan penyidikan.
- c. Kewenangan Hakim untuk memeriksa, mengadili dan memutus perkara sesuai dengan Pasal 133 Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1997, yang rumusannya adalah sebagai berikut:
- (1) Dalam hal kepala pengadilan militer/pengadilan militer tinggi berpendapat bahwa perkara pidana itu tidak termasuk wewenang dari pengadilan yang di pimpinnya, ia membuat penetapan yang membuat alasannya dan segera mengembalikan berkas perkara tersebut kepada Oditurat militer/Oditurat militr tinggi yang bersangkutan untuk dilimpahkan ke pengadilan militer/pengadilan militer tinggi lain yang berwenang.
 - (2) Oditurat militer/Oditurat militer tinngi yang bersangkutan menyampaikan penetapan beserta berkas perkaranya kepada oditurat militer/oditurat militer tinngi di daerah hukum pengadilan militer/pengadilan tinngi lain yang tercantum dalam penetapan itu.
 - (3) Salinan penetapan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) disampaikan kepada Terdakwa atau Penasihat Hukumnya dan Oditurat Militer/Oditurat Militer tinggi yang bersangkutan.
- d. Kewenangan Atasan yang berhak menghukum untuk melakukan penyelidikan, penyidikan, dan penahanan perkara sesuai dengan Pasal 74 Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1997, yang rumusannya adalah sebagai berikut:
- Atasan yang berhak menghukum mempunyai wewenang:
- a. melakukan penyidikan terhadap Prajurit bawahannya yang ada di bawah wewenang komandonya yang pelaksanaannya dilakukan oleh penyidik sebagaimana dimaksud dalam Pasal 69 ayat (1) huruf b atau huruf c;
 - b. menerima laporan pelaksanaan penyidikan dari penyidik sebagaimana dimaksud dalm Pasal 69 ayat (1) huruf b atau huruf c;
 - c. menerima berkas perkara hasil penyelidikan dari Penyidik sebagaimana dimaksud dalm Pasal 69 ayat (1) huruf b atau huruf c;
 - d. melakukan penahanan terhadap Tersangka anggota bawahannya yang ada di bawah wewenang komandonya.
 - e. Kewenangan Perwira Penyerah Perkara untuk melakukan penahanan, penyerahan perkara, dan menutup perkara sesuai dengan Pasal 123 Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1997, yang rumusannya adalah sebagai berikut:
 - (1) Perwira Penyerah Perkara mempunyai wewenang:
 - a. Memerintahkan Penyidik untuk melakukan penyidikan;
 - b. Menerima laporan tentang pelaksanaan penyidikan;
 - c. Memerintahkan dilakukan upaya paksa;
 - d. Memperpanjang penahanan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 78;
 - e. Menerima atau meminta pendapat hukum dari Oditur tentang penyelesaian suatu perkara;

- f. Menyerahkan perkara kepada Pengadilan yang berwenang untuk memeriksa dan mengadili;
 - g. Menentukan perkara untuk diselesaikan menurut Hukum Disiplin Prajurit; dan
 - h. Menutup perkara demi kepentingan hukum atau demi kepentingan umum/militer.
- (2) Kewenangan penutupan perkara demi kepentingan umum/militer hanya pada Perwira Penyerah Perkara sebagaimana dimaksud dalam Pasal 122 ayat (1) huruf a.
 - (3) Panglima selaku Perwira Penyerah Perkara tertinggi melakukan pengawasan dan pengendalian penggunaan wewenang penyerahan perkara oleh Perwira Penyerah Perkara lainnya.

Pada tataran praktek, diskresi yang dimiliki oleh Penyidik Polisi Militer, Oditur selaku Penuntut Umum ataupun Hakim selaku pemutus perkara yang berupa kebijaksanaan, selalu bias karena adanya intervensi secara hirarkhi dan membudaya dalam institusi militer. Masih ditemukan adanya surat atau telepon yang ditujukan kepada penyidik, Oditur maupun Hakim untuk meringankan bahkan membebaskan perkara, atau sebaliknya untuk meminta hukuman tambahan berupa pemecatan apabila prajurit yang menjadi tersangka atau terdakwa tersebut menurut penilaian Ankom atau Papera sudah tidak dapat dibina lagi. Bentuk intervensi ini apabila pada tahap persidangan dapat dikategorikan sebagai *contem of court* dan dapat diproses secara pidana. Semakin tinggi jabatan dalam tubuh militer, maka semakin besar pula kewenangan berupa diskresi yang dimilikinya. Dengan kewenangan yang hierarkhis tersebut tidak sedikit pejabat penegak hukum yang menyalahgunakan diskresi yang dimilikinya.

Penerapan diskresi dalam pengertian kebijaksanaan harus selalu berada dikoridor yang benar. Sertiap kebijaksanaan yang dikeluarkan oleh pejabat publik harus memperhatikan rambu-rambu atau batasan-batasan antara lain tidak bertentangan dengan hukum dan HAM, tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan, wajib menerapkan asas-asas umum pemerintahan yang baik; dan tidak bertentangan dengan ketertiban umum dan kesusilaan. Pertanggungjawaban adalah suatu konsep hukum yang sangat fundamental. Pertanggungjawaban bekerja di bagian hilir, yaitu secara *ex post*. Pertanggungjawaban menghubungkan antara asas/kaidah hukum *apriori* dan tindakan *apostiori*, dengan memberikan kualifikasi hukum pada tindakan *apostiori* tersebut (apakah sesuai dengan hukum atau tidak sesuai dengan hukum), dan sekaligus menentukan akibat hukumnya (pengenaan sanksi atau tidak). Keberadaan asas/kaidah pertanggungjawaban sangat vital bagi hukum, yaitu supaya asas/kaidah perilaku hukum bermakna sebagai hukum dalam fungsinya yang basic sebagai sarana kontrol.¹⁹

C. Penutup

Penggunaan diskresi oleh aparat penegak hukum berdampak positif terhadap penegakan hukum di lingkungan militer, meskipun dalam keadaan dan situasi tertentu demi kepentingan umum harus melanggar hukum. Dalam melakukan diskresi di lingkungan penegak hukum militer perlu dilatarbelakangi dan digunakan dasar hukum dan

¹⁹ Darumurti, hl. 26.

pertimbangan yang jelas dan akurat, sehingga dapat dipertanggung jawabkan secara hukum, secara moral terhadap Tuhan YME dan kepada masyarakat pencari keadilan. Dalam ranah hukum meskipun sifatnya diskresi tetapi harus tetap dalam koridor hukum karena terkait dengan HAM. Oleh karena itu, dalam melakukan diskresi harus terukur, karena setiap kekuasaan pasti memiliki kecenderungan untuk berkembang menjadi sewenang-wenang, *power tends to corrupt, and absolute power corrupts absolutely*.

Penegak hukum militer yang masuk dalam *criminal justice system* militer dalam melaksanakan kewenangannya untuk melalkan diskresi agar sesuai dengan asas-asas umum pemerintahan yang baik dan tidak melakukan pelanggaran yang bersifat koruptif, disarikan sebagai berikut:

- a. Kepada pemerintah dalam hal ini Kemenhan/Mabes TNI dapat memasukan mata kuliah kewenangan diskresi yang dimiliki oleh penegak hukum militer dalam kurikulum pendidikan Polisi Militer selaku penyidik dan kursus calon Oditur Militer selalu penuntut, serta kepada MA pada pendidikan calon hakim militer.
- b. Kepada masyarakat agar bersikap kritis untuk mengawasi pelaksanaan diskresi yang dilakukan oleh aparat penegak hukum karena sangat rentan terhadap penyalahgunaan wewenang yang bermuara pada tindakan koruptif.
- c. Bagi peneliti hukum sebagai sumber atau objek penelitian baik penelitian yang bersifat normatif (dari dalam diri hukum itu sendiri) maupun yang bersifat sosiologis hukum.

Daftar Pustaka

- Beatson, *Administrative Law: Text and Materials* (UK: Oxford University Press, 2011)
- Christie, George C., 'An Essay On Discretion', *Duke Law Journal*, 5, 1986, 747
- Darumurti, Krishna D., *Kekuasaan Diskresi Pemerintah* (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2012)
- Effendy, Marwan, *Diskresi, Penemuan Hukum, Korporasi & Tax Amnesty Dalam Penegakan Hukum* (Jakarta: Referensi, 2012)
- Friedman, Lawrence M., *The Legal System, A Social Science Perspective* (New York, Russel: Sage Foundation, 1975)
- Gennaioli, Nicola, and Andrei Shleifer, 'Judicial Fact Discretion', *Journal of Legal Studies, The University of Chicago*, 37, 2
- Grey, J. H., 'Discretion In Administrative Law', *Osgoode Hall Law Journal*, 17.1, 107
- Ibrahim, Anis, *Merekonstruksi Keilmuan Ilmu Hukum & Hukum Melinium Ketiga* (Malang: INTRANS, 2007)
- Murtadha, Ali, *Diskresi Dalam Sistem Penegakan Hukum Pidana Indonesia* (Fakultas Hukum UHT (Tesis), 2019)
- Pepinsky, Harold E., 'Better Living Through Police Discretion', *Law and Contemporary Problems Journal*, 47.4 (1984), 250
- Pranevičienė, Birutė, *Legislative Discretionary Powers of the Executive Institutions in the Field of Regulation of Higher Education in Lithuania* (Mykolas Romeris University, Faculty of Public Security, Department of Law V. Putvinskio 70, LT-44211 Kaunas, Lithuania, 2011)
- Rahardjo, Satjipto, *Hukum Dalam Jagad Ketertiban* (Jakarta: UKI Press, 2006)
- — —, *Membedah Hukum Progresif* (Jakarta: Kompas, 2007)
- Soekanto, Soerjono, *Faktor-Faktor Yang Mempengaruhi Penegakan Hukum* (Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2007)
- Williams, Gregory Howard, 'Police Discretion: A Comparative Perspective', *Indiana Law Journal*, 64.87 (1989)