

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Kepolisian Negara Republik Indonesia atau yang sering disingkat dengan Polri dalam kaitannya dengan Pemerintahan adalah salah satu fungsi pemerintahan negara di bidang pemeliharaan keamanan dan ketertiban masyarakat, penegakan hukum, perlindungan, pengayoman, dan pelayanan kepada masyarakat, yang bertujuan untuk mewujudkan keamanan dalam negeri yang meliputi terpeliharanya keamanan dan ketertiban masyarakat, tertib dan tegaknya hukum, terselenggaranya perlindungan, pengayoman, dan pelayanan kepada masyarakat, serta terbinanya ketentraman masyarakat dengan menjunjung tinggi hak azasi manusia.

Dalam kaitannya dengan kehidupan bernegara Polri merupakan alat negara yang berperan dalam memelihara keamanan dan ketertiban masyarakat, menegakkan hukum, serta memberikan perlindungan, pengayoman, dan pelayanan kepada masyarakat dalam rangka terpeliharanya keamanan dalam negeri. Di tengah situasi yang semakin sulit seperti ini, Polri dihadapkan banyak tantangan, selain harus mampu menjadi aparat penegak hukum yang baik, Polri juga harus pandai menjadi mitra masyarakat dalam hal pelayanan, khususnya adalah masyarakat yang sedang mencari keadilan, hal ini telah sesuai dengan Pancasila dan Undang-undang Dasar 1945. Agar dalam melaksanakan fungsi dan perannya di seluruh wilayah

negara Republik Indonesia dapat berjalan dengan efektif dan efisien, maka wilayah negara Republik Indonesia dibagi dalam daerah hukum menurut kepentingan pelaksanaan tugas Kepolisian Negara Republik Indonesia, sebagaimana yang ditentukan dalam Peraturan Pemerintah, wilayah Kepolisian dibagi secara berjenjang mulai tingkat pusat yang biasa disebut dengan Markas Besar Polri yang wilayah kerjanya meliputi seluruh wilayah negara Republik Indonesia yang dipimpin oleh seorang Kapolri yang bertanggung jawab kepada Presiden, kemudian wilayah di tingkat Provinsi disebut dengan Kepolisian Daerah yang lazim disebut dengan Polda yang dipimpin oleh seorang Kapolda yang bertanggung jawab kepada Kapolri, di tingkat Kabupaten disebut dengan Kepolisian Resort atau disebut juga Polres yang dipimpin oleh seorang Kapolres yang bertanggungjawab kepada Kapolda, dan di tingkat Kecamatan ada Kepolisian Sektor yang biasa disebut dengan Polsek dengan pimpinan seorang Kapolsek yang bertanggungjawab kepada Kapolres, dan di tingkat Desa atau Kelurahan ada Pos Polisi yang dipimpin oleh seorang Brigadir Polisi atau sesuai kebutuhan menurut situasi dan kondisi daerahnya.³⁸

Dalam melaksanakan tugas dan kewenangannya, Kepolisian berada di tengah-tengah masyarakat, setiap detik, setiap jam, setiap hari. Selain bertugas sebagai penegak hukum (*law enforcement*) dan pemelihara ketertiban (*order maintenance*), Polisi juga bertugas sebagai pengayom, pelindung dan pelayan masyarakat. Sebagai penegak hukum, tugas

³⁸ <https://pospolisi.wordpress.com/2012/11/03/tugas-dan-wewenang-polri/>, Diakses 24 Juli 2017 Jam 20.00

Kepolisian senantiasa bersinggungan dengan kehidupan sosial kemasyarakatan yang akan selalu memungkinkan terjadi benturan-benturan yang berakibat memunculkan persepsi masyarakat yang kurang menguntungkan bagi aparat kepolisian. Dalam pelaksanaan tugasnya kadang kala Polisi harus mengambil tindakan-tindakan yang merupakan kewenangannya yang dinamakan diskresi untuk memelihara keamanan dan ketertiban itu sendiri. Namun demikian beberapa pihak memandang bahwa tindakan diskresi Kepolisian yang dilakukan rentan untuk menimbulkan arogansi dan tindakan kesewenang-wenangan dari aparat kepolisian itu sendiri, yang justru akan memperburuk citra kepolisian.

Semua lapisan masyarakat senantiasa berurusan dengan polisi. Sehingga polisi lebih beresiko dicaci-maki ketimbang dipuji, akibat posisinya sebagai ujung tombak pelayanan masyarakat. Untuk itu diperlukan adanya kemauan dan kemampuan kreatif dan inovatif untuk mendukung tugas Kepolisian sebagai pelayan masyarakat. Sebagai penegak hukum, tugas Kepolisian senantiasa bersinggungan dengan kehidupan sosial kemasyarakatan yang akan selalu memungkinkan terjadi benturan-benturan yang berakibat memunculkan persepsi masyarakat yang kurang menguntungkan bagi aparat kepolisian. Dalam pelaksanaan tugasnya kadang kala polisi harus mengambil tindakan-tindakan yang merupakan kewenangannya yang dinamakan diskresi. Yang mana diskresi tersebut dipandang oleh beberapa pihak akan menimbulkan arogansi dan tindakan

kesewenang-wenangan dari aparat kepolisian itu sendiri, yang justru akan memperburuk citra kepolisian.

Keberhasilan penyelenggaraan fungsi kepolisian tanpa meninggalkan etika profesi sangat dipengaruhi oleh kinerja polisi yang direfleksikan dalam sikap dan perilaku pada saat menjalankan tugas dan wewenangnya. Apabila berbicara soal diskresi kepolisian dalam sistem peradilan pidana, maka akan ditemukan suatu hubungan antara hukum, diskresi, kepolisian, penyidikan dan sistem peradilan pidana. Maka pokok permasalahan yang akan dikaji pada hakekatnya adalah bekerjanya hukum dan diskresi kepolisian itu.

Diskresi dimaknakan sebagai “kemerdekaan dan/atau kewenangan dalam membuat keputusan untuk mengambil tindakan yang dianggap tepat atau sesuai dengan situasi dan kondisi yang dihadapi secara bijaksana dan dengan memperhatikan segala pertimbangan maupun pilihan yang memungkinkan. Diskresi diartikan sebagai kebebasan mengambil keputusan dalam setiap situasi yang dihadapi menurut pendapatnya sendiri. Diskresi sebagai kebijakan dari pejabat negara dari pusat sampai daerah yang intinya membolehkan pejabat publik melakukan sebuah kebijakan yang melanggar dengan undang-undang. Kebijakan atau upaya penanggulangan kejahatan yakni diskresi tersebut pada hakikatnya merupakan bagian integral dari kebijakan sosial yang menuju pada perlindungan sosial dan kesejahteraan sosial.³⁹

³⁹ Prajidi Admosudirjo, 1995, *Hukum Administrasi Negara*, Ghalia Indonesia, Jakarta, hlm. 82

Terdapat beberapa perkara pidana yang tidak diproses walaupun semua perkara itu merupakan tindak pidana, yaitu pertama, kasus tindak pidana kekerasan dalam rumah tangga (KDRT) tetapi pihak kepolisian menggunakan cara mediasi atau damai sehingga perkara tersebut tidak diproses lebih lanjut. Kedua, tindakan pencurian ringan polisi bisa melepaskan pelakunya apabila pemilik barang yang dicuri ternyata merelakan barang miliknya tersebut. Ketiga, Penjualan barang-barang yang mereknya dipalsukan oleh pedagang asongan walau dianggap pelanggaran, tetapi petugas seringkali tidak menindaknya apabila jumlah yang beredar di masyarakat sedikit dan tidak membahayakan.

Beberapa contoh perkara tersebut termasuk perbuatan pidana tetapi seringkali dilakukan diskresi oleh penyidik, karena perkara tersebut terlalu ringan, pihak yang dirugikan tidak menuntut malah memanfaatkannya. Pengabaian perkara itu didasari oleh kebutuhan praktek, bukan saja dipandang dari segi hukum semata, tetapi dari kebutuhan sosial budaya setempat serta pembinaan dan bimbingan masyarakat.

Kewenangan diskresi mendukung tugas dan fungsi kepolisian dalam menangani perkara baik perkara berat maupun perkara ringan. Banyak pekerjaan polisi harus melibatkan diri pada konflik orang lain dan harus menangani berbagai macam perilaku menyimpang, dan terkadang polisi harus menggunakan tindakan diskresi Perkara yang selama ini pernah didiskresikan dalam proses penyidikan jenis perkara baik terhadap harta benda (harta), kehormatan, badan jiwa dan lainnya. Sesungguhnya perkara yang

menyangkut jiwa manusia merupakan hal yang sulit untuk didiskresikan, namun pada kenyataannya bisa saja terjadi, terutama pelanggaran terhadap ketentuan Pasal 359 KUHP, yaitu yang menyebabkan matinya orang lain karena kealpaan atau kelalaian. Hal ini biasanya karena kecelakaan lalu-lintas. Walau termasuk tindak pidana, tetapi jalan keluar yang diambil biasanya dengan perdamaian.

Meskipun undang-undang memberikan kesempatan bagi polisi untuk melakukan diskresi, namun polisi sebagai penyidik di Polrestabes Makassar tidak bisa bertindak sewenang-wenang tanpa batas. Tindakan yang diambil oleh polisi didasarkan kepada pertimbangan-pertimbangan yang didasarkan kepada prinsip moral dan prinsip kelembagaan. Terdapat pengawasan dan pertanggungjawaban terhadap pelaksanaan diskresi itu. Pelaksanaan diskresi harus sesuai dengan kebijakan dari pimpinan, kebijakan sosial dan kriminal. Sekalipun sangat subyektif tetapi tidak boleh diskriminatif. Adanya diskresi bertujuan demi kepentingan masyarakat yang lebih luas, jadi tidak dibenarkan jika pelaksanaannya demi memperkaya dan menguntungkan diri sendiri. Dengan demikian maka setiap keputusan terhadap diskresi dapat diminta untuk pertanggungjawabannya.

Berdasarkan pada Pasal 7 ayat (1), polisi dapat mengambil tindakan lain pada saat penyidikan selain yang telah disebutkan pada aturan perundang-undangan tersebut selama demi kepentingan tugas-tugas kepolisian. Meskipun polisi telah diberikan kewenangan oleh undang-undang untuk mengambil tindakan lain tersebut tetap saja polisi harus bisa untuk

mempertanggungjawabkan atas segala tindakan dan keputusan yang telah diambil di dalam melaksanakan tugasnya. Hal demikian dimaksudkan agar polisi tidak menyalahgunakan kewenangan yang dimilikinya, mengingat kewenangan untuk melakukan tindakan lain oleh polisi pada saat penyidikan tersebut demikian luasnya.

Diskresi kepolisian itu memiliki landasan-landasan hukum, namun para petugas kurang memahaminya. Tindakan mereka untuk menggunakan kebijaksanaan diskresi dalam praktek biasanya berdasarkan situasi dan kondisi yang dirasakan sebagai sesuatu kebutuhan untuk membuat suatu kebijakan yang bertanggungjawab secara moral dan hukum. Oleh karena itu bentuk pertanggungjawaban seorang personel kepolisian yang melakukan penyimpangan kewenangan atas nama diskresi dapat diselesaikan melalui Komisi Kode Etik Kepolisian. Penyidikan dilaksanakan bukan sekedar didasarkan pada dugaan-dugaan belaka, tetapi suatu asas dipergunakan adalah bahwa penyidikan bertujuan untuk membuat suatu perkara menjadi terang dengan menghimpun pembuktian-pembuktian mengenai terjadinya suatu perkara pidana.

Ditinjau dari sudut hukum, setiap kekuasaan akan dilandasi dan dibatasi oleh ketentuan hukum. Namun, kekuasaan diskresi yang begitu luas dan kurang jelas batas-batasnya akan menimbulkan permasalahan terutama apabila dikaitkan dengan asas-asas hukum pidana yaitu asas kepastian hukum dan hak asasi manusia. Berdasarkan uraian-uraian tersebut diatas, dapat dikemukakan bahwa masalah kebijaksanaan polisi yaitu diskresi kepolisian

dalam sistem pertanggungjawaban hukum, menarik perhatian penulis untuk meneliti lebih lanjut dan menuliskannya, baik dari segi pelaksanaan tugas dan fungsi kepolisian.

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 penggalan 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 mereka⁴⁰.

Ijtihad lainnya dipraktikkan oleh khalifah Umar ibn Khattab di antaranya ijtihad umar yang menyimpang dari ketentuan AlQur'an yaitu tidak membagikan harta rampasan perang kepada anggota pasukan yang ikut dalam peperangan, tetapi tetap digarap oleh si pemilik tanah tersebut sebagai

⁴⁰ Nasruddin Rusli, 1999, *Konsep Ijtihad al-Syaukani; Relevansinya Bagi Pembaharuan Islam Di Indonesia* Jakarta : Logos Wacana Ilmu, hlm. 152.

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 kemanfaatnya akan lebih optimal. Kemudian ijtihad Umar lainnya adalah membebaskan sanksi hukum bagi pencuri pada saat krisis ekonomi, dimana diketahui latar belakang pencuri tersebut adalah untuk mempertahankan hidup. Keputusan ini berdasarkan atas inisiatif Umar ra. 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*⁴¹.

Diskresi kepolisian telah menjadi kewenangan dan tanggung jawab kepolisian. Dalam Undang Undang Kepolisian Nomor 2 Tahun 2002 Pasal 18 telah disebutkan dalam satu pasalnya tentang salah satu bentuk kewenangan yang legal berupa diskresi kepolisian, dimana kepolisian berwenang melakukan tindakan lain yang bertanggung jawab. Polri sebagai institusi telah melakukan diskresi, hal ini dimaksudkan lembaga kepolisianpun dapat bekerja secara profesional sebagai pengayom masyarakat. Pelaksanaan diskresi kepolisian diperlukan apabila polisi menganggap penting untuk dilakukan, sebagai contoh apabila di dalam berlalu lintas di jalan raya polisi lalu lintas mencermati terjadi kemacetan yang luar biasa, lalu polisi dapat mengambil tindakan dengan memberi jalan bagi kendaraan bermotor

⁴¹ *Ibid*, Nasruddin Rusli

meskipun posisi lampu masih posisi merah dan menstop kembali pada posisi merah berikutnya, dengan demikian kondisi kemacetan dapat teratasi.

Diskresi kepolisian dalam penyelesaian perkara pidana serta relevansinya dalam penerapan keadilan *restorative justice* tertuang dalam Surat Edaran Kepolisian Nomor : SE/8/VII/2018. Penerapan prinsip keadilan restoratif (*restorative justice*) dalam konsep penyelidikan dan penyidikan tindak pidana demi mewujudkan kepentingan umum dan rasa keadilan masyarakat. Prinsip keadilan restoratif (*restorative justice*) tidak bisa dimaknai sebagai metode penghentian perkara secara damai, tetapi lebih luas pada pemenuhan rasa keadilan semua pihak yang terlibat dalam perkara pidana melalui upaya yang melibatkan korban, pelaku dan masyarakat setempat serta penyelidik/penyidik sebagai mediator, sedangkan penyelesaian perkara salah satunya dalam bentuk perjanjian perdamaian dan pencabutan hak menuntut dari korban perlu dimintakan penetapan hakim melalui jaksa penuntut umum untuk menggugurkan kewenangan menuntut dari korban, dan penuntut umum.

Uraian latar belakang diatas menarik bagi peneliti untuk mengambil judul : “Rekonstruksi Kewenangan Diskresi Dalam Pelaksanaan Tugas dan Fungsi Kepolisian Berbasis Keadilan dan Kemanfaatan”.

B. Perumusan Masalah

Dari uraian tersebut diatas dapat dirumuskan suatu permasalahan sebagai berikut :

1. Bagaimana kewenangan diskresi dalam pelaksanaan tugas dan fungsi kepolisian pada saat ini ?
2. Faktor-faktor apa saja yang mempengaruhi kewenangan diskresi dalam pelaksanaan tugas dan fungsi kepolisian?
3. Bagaimana rekonstruksi kewenangan diskresi dalam pelaksanaan tugas dan fungsi kepolisian di Indonesia yang berbasis keadilan dan kemanfaatan ?

C. Tujuan Penelitian

1. Untuk mengkaji dan menganalisa kewenangan diskresi dalam pelaksanaan tugas dan fungsi kepolisian pada saat ini.
2. Untuk mengkaji dan menganalisa faktor apa saja yang yang mempengaruhi kewenangan diskresi dalam pelaksanaan tugas dan fungsi kepolisian.
3. Untuk mengkaji dan menganalisa rekonstruksi kewenangan diskresi dalam pelaksanaan tugas dan fungsi kepolisian di Indonesia yang berbasis keadilan dan kemanfaatan.

D. Kegunaan Penelitian

Hasil penelitian ini diharapkan dapat memberikan manfaat dan masukan yang baik dari sudut ilmu pengetahuan maupun dari sudut praktis, antara lain:

1. Secara Teoritik
 - a. Dapat menemukan teori baru sehingga dapat memberikan sumbangan

pemikiran terhadap ilmu pengetahuan di bidang hukum, khususnya mengenai kewenangan diskresi dalam pelaksanaan tugas dan fungsi kepolisian.

- b. Diharapkan hasil penelitian ini dapat memberikan tambahan perbendaharaan literatur dan menambah khasanah dunia kepastakaan, sehingga dapat menjadi bahan acuan untuk mengadakan kajian dan penelitian selanjutnya dengan pokok bahasan yang berkaitan satu sama lainnya.

2. Secara Praktik

- a. Dapat memberikan paradigma baru kepada instansi-instansi terkait dalam diskresi kepolisian.
- b. Sebagai tambahan informasi bagi instansi dan pihak-pihak terkait di kepolisian.
- c. Untuk memberikan masukan dan informasi bagi masyarakat luas tentang diskresi kepolisian.

E. Kerangka Konseptual Dan Kerangka Teoretis

a. Kerangka Konseptual

1. Rekonstruksi

a. Pengertian Rekonstruksi

1) James P. Chaplin

Reconstruction merupakan penafsiran data psikoanalitis sedemikian rupa, untuk menjelaskan perkembangan pribadi yang telah terjadi, beserta makna materinya yang sekarang ada bagi individu yang bersangkutan.⁴²

2) B.N Marbun.

Rekonstruksi adalah pengembalian sesuatu ketempatnya yang semula, Penyusunan atau penggambaran kembali dari bahan-bahan yang ada dan disusun kembali sebagaimana adanya atau kejadian semula.⁴³

3) Ali Mudhofir

Rekonstruksionisme adalah salah satu aliran dalam filsafat pendidikan yang bercirikan radikal. Bagi aliran ini persoalan-persoalan pendidikan dan kebudayaan dilihat jauh kedepan dan bila perlu diusahakan terbentuknya tata peradaban yang baru.⁴⁴

Jadi Rekonstruksi berarti membangun atau pengembalian kembali sesuatu berdasarkan kejadian yang sempurna, dimana dalam rekonstruksi tersebut terkandung nilai – nilai primer yang harus tetap ada dalam aktifitas membangun kembali sesuatu sesuai dengan kondisi yang ideal. Untuk

⁴²James P. Chaplin, 1997, *Kamus Lengkap Psikologi*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, hal.421.

⁴³B.N. Marbun, 1996, *Kamus Politik*, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, hal.469.

⁴⁴Ali Mudhofir, 1996, *Kamus Teori dan Aliran dalam Filsafat dan Teologi*, Gajahmada University Press, Yogyakarta, hal.213.

kepentingan pembangunan kembali sesuatu, apakah itu peristiwa, fenomena-fenomena sejarah masa lalu, hingga pada konsepsi pemikiran yang telah dikeluarkan oleh pemikir-pemikir terdahulu, kewajiban para rekonstruktor adalah melihat pada segala sisi, agar kemudian sesuatu yang coba dibangun kembali sesuai dengan keadaan yang sebenarnya dan terhindar pada subjektifitas yang berlebihan, dimana nantinya dapat mengaburkan substansi dari sesuatu yang ingin kita bangun tersebut.

2. Kewenangan Diskresi Kepolisian

Diskresi merupakan kewenangan polisi untuk mengambil keputusan atau memilih berbagai tindakan dalam menyelesaikan masalah pelanggaran hukum atau perkara pidana yang ditanganinya.

Roescoe Pound, sebagaimana dikutip oleh Prof R. Abdussalam, (1997, 25-26) mengartikan diskresi kepolisian yaitu: *an authority conferred by law to act in certain condition or situation; in accordance with official's or an official agency's own considered judgement and conscience. It is an idea of morals, belonging to the twilight zone between law and morals.*

Artinya, diskresi kepolisian adalah suatu tindakan pihak yang berwenang berdasarkan hukum untuk bertindak pasti atas dasar situasi dan kondisi, menurut pertimbangan dan keputusan nuraninya sendiri.

Diskresi adalah suatu wewenang yang menyangkut kebijaksanaan untuk pengambilan suatu keputusan pada situasi dan kondisi tertentu atas dasar pertimbangan dan keyakinan pribadi seseorang dalam hal ini polisi.

Diskresi dalam Black Law Dictionary berasal dari bahasa Belanda “*Discretionair*” yang berarti kebijaksanaan dalam halnya memutuskan sesuatu tindakan berdasarkan ketentuan-ketentuan peraturan, Undang-undang atau hukum yang berlaku tetapi atas dasar kebijaksanaan, pertimbangan atau keadilan.⁴⁵

Diskresi dalam bahasa Inggris diartikan sebagai suatu kebijaksanaan, keleluasaan. Menurut kamus hukum yang disusun oleh J.C.T Simorangkir diskresi diartikan sebagai kebebasan mengambil keputusan dalam setiap situasi yang dihadapi menurut pendapatnya sendiri⁴⁶

Thomas J. Aaron mendefinisikan diskresi bahwa: “*discretion is power authority conferred by law to action on the basic of judgement of conscience, and its use is more than idea of morals than law*” yang dapat diartikan sebagai suatu kekuasaan atau wewenang yang dilakukan berdasarkan hukum atas pertimbangan dan keyakinan serta lebih menekankan pertimbangan-pertimbangan moral daripada pertimbangan hukum⁴⁷

Menurut Wayne La Farve maka diskresi menyangkut pengambilan keputusan yang tidak sangat terikat oleh hukum, dimana penilaian pribadi juga memegang peranan.

Tindakan diskresi dapat dibedakan sebagai berikut ;

- 1) tindakan diskresi yang dilakukan oleh petugas kepolisian secara individu dalam mengambil keputusan tersebut;

⁴⁵ Pramadya Puspa, 1997. *Kamus Hukum*, Aneka Ilmu, Semarang , 1997, hlm.64.

⁴⁶ Simorangkir, dkk.,2002. *Kamus Hukum*. Jakarta. Sinar Grafika.Susanto, Anthon F. 2004. *Wajah Peradilan Kita*. Bandung:Refika Aditama.hlm.38

⁴⁷ M. Faal., 1991. *Penyaringan Perkara Pidana oleh Polisi*. Jakarta: Pradnya Paramita. Hlm.16

- 2) tindakan diskresi yang berdasar petunjuk atau keputusan atasan atau pimpinannya.⁴⁸

3. Asas-asas Diskresi

Diskresi meskipun dapat dikatakan suatu kebebasan dalam mengambil keputusan, akan tetapi hal itu bukan hal yang sewenang-wenang dapat dilakukan oleh polisi. Diskresi itu tidak bisa disamakan begitu saja dengan kesewenang-wenangan untuk bertindak atau berbuat sekehendak hati polisi. Menurut H.R. Abdussalam⁴⁹, tindakan yang diambil oleh polisi didasarkan pada pertimbangan-pertimbangan yang didasarkan pada prinsip moral dan prinsip kelembagaan, sebagai berikut:

- a. Prinsip moral, bahwa konsepsi moral akan memberikan kelonggaran kepada seseorang, sekalipun ia sudah melakukan kejahatan.
- b. Prinsip kelembagaan, bahwa tujuan institusional dari polisi akan lebih terjamin apabila hukum itu tidak dijalankan dengan kaku sehingga menimbulkan rasa tidak suka dikalangan warga negara biasa yang patuh pada hukum.

Mengingat kekuasaan diskresi yang menjadi wewenang polisi itu sangat luas, maka diperlukan persyaratan-persyaratan yang harus dimiliki oleh petugas, terutama di dalam menilai suatu perkara. Hal ini diperlukan guna menghindari penyalahgunaan kekuasaan mengingat diskresi oleh polisi didasarkan atas kemampuan atau pertimbangan subyektif pada diri polisi

⁴⁸ *Ibid*, hlm.70

⁴⁹ H.R. Abdussalam. *Hukum Kepolisian Sebagai Hukum Positif dalam Disiplin Hukum*. Restu Agung, Jakarta. 2009, hlm. 51

sendiri. Sebagai contoh di dalam melaksanakan KUHAP polisi sebelum mengadakan penyidikan didahului dengan kegiatan penyelidikan. Sesungguhnya fungsi penyelidikan ini merupakan alat penyaring atau filter terhadap peristiwa-peristiwa yang terjadi apakah dapat dilakukan penyidikan atau tidak. Untuk mencegah tindakan sewenang-wenang atau arogansi petugas yang didasarkan atas kemampuan atau pertimbangan subyektif. Adapun batasan-batasan pelaksanaan diskresi dibatasi oleh asas-asas antara lain :⁵⁰

- a. Asas keperluan, bahwa tindakan itu harus benar-benar diperlukan.
- b. Tindakan yang diambil benar-benar untuk kepentingan tugas kepolisian.
- c. Asas tujuan, bahwa tindakan yang paling tepat untuk meniadakan suatu gangguan atau tidak terjadinya kekhawatiran terhadap akibat yang lebih besar.
- d. Asas keseimbangan, bahwa dalam mengambil tindakan harus diperhitungkan keseimbangan antara sifat tindakan atau sasaran yang digunakan dengan besar kecilnya gangguan atau berat ringannya suatu obyek yang harus ditindak.

Langkah kebijaksanaan yang diambil polisi itu biasanya sudah banyak dimengerti oleh komponen-komponen fungsi di dalam sistem peradilan pidana. terutama oleh jaksa. Menurut M. Faal⁵¹, langkah kebijaksanaan yang

⁵⁰ Satjipto Raharjo, 1991. *Polisi Pelaku dan Pemikir*. Gramedia Pustaka Utama. Jakarta .hlm. 12-13

⁵¹ M. Faal, 1991. *Penyaringan Perkara Pidana Oleh Polisi (Diskresi Kepolisian)*. Pradnya Paramita. Jakarta. hlm. 26-27

diambil oleh polisi itu. Biasanya dengan pertimbangan-pertimbangan sebagai berikut:

- a. Penggunaan hukum adat setempat dirasa lebih efektif dibanding dengan hukum positif yang berlaku.
- b. Hukum setempat lebih dapat dirasakan oleh para pihak antara pelaku, korban dan masyarakat.
- c. Kebijaksanaan yang ditempuh lebih banyak manfaat daripada semata-mata menggunakan hukum positif yang ada.
- d. Atas kehendak mereka sendiri.
- e. Tidak bertentangan dengan kepentingan umum

Adanya diskresi kepolisian akan mempermudah polisi di dalam menjalankan tugasnya, terutama pada saat penyidikan di dalam menghadapi perkara pidana yang dinilai kurang efisien jika dilanjutkan ke proses selanjutnya.

Pasal 3 Peraturan Kepala Kepolisian Negara Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 2009 tentang Penggunaan Kekuatan dalam Tindakan Kepolisian, prinsip-prinsip penggunaan kekuatan sebagai batas dalam tindakan kepolisian (diskresi) adalah:

- a. Legalitas, yang berarti bahwa semua tindakan kepolisian harus sesuai dengan hukum yang berlaku.
- b. Nesesitas, yang berarti bahwa penggunaan kekuatan dapat dilakukan bila memang diperlukan dan tidak dapat dihindarkan berdasarkan situasi yang dihadapi.

- c. Proporsionalitas, yang berarti bahwa penggunaan kekuatan harus dilaksanakan secara seimbang antara ancaman yang dihadapi dan tingkat kekuatan atau respon berlebihan.
- d. Kewajiban umum, yang berarti bahwa anggota Polri diberi kewenangan untuk bertindak atau tidak bertindak menurut penilaian sendiri, untuk menjaga, memelihara ketertiban dan menjamin keselamatan umum.
- e. Preventif, yang berarti bahwa tindakan kepolisian mengutamakan pencegahan.
- f. Masuk akal (*reasonable*), yang berarti bahwa tindakan kepolisian diambil dengan mempertimbangkan secara logis situasi dan kondisi dari ancaman atau perlawanan pelaku kejahatan terhadap petugas atau bahaya terhadap masyarakat.

Kepolisian Negara Republik Indonesia merupakan alat negara yang berperan dalam memelihara keamanan dan ketertiban masyarakat, menegakkan hukum, serta memberikan perlindungan, pengayoman dan pelayanan kepada masyarakat dalam rangka terpeliharanya keamanan dalam negeri. Dalam melaksanakan tugas di lapangan anggota Kepolisian Negara Republik Indonesia sering dihadapkan pada situasi, kondisi atau permasalahan yang mendesak, sehingga perlu melaksanakan penggunaan kekuatan dalam tindakan kepolisian. Pelaksanaan penggunaan kekuatan dalam tindakan kepolisian harus dilakukan dengan cara yang tidak bertentangan dengan aturan hukum, selaras dengan kewajiban hukum dan tetap menghormati/menjunjung tinggi Hak Asasi Manusia.

Perlindungan dan bantuan dalam diskresi kepolisian terdapat pada Pasal 12 ayat (1) Peraturan Kepala Kepolisian Negara Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 2009 tentang Penggunaan Kekuatan dalam Tindakan Kepolisian, yang menyatakan bahwa anggota Polri yang menggunakan kekuatan dalam pelaksanaan tindakan kepolisian sesuai dengan prosedur yang berlaku berhak mendapatkan perlindungan dan bantuan hukum oleh Polri sesuai dengan peraturan perundang-undangan. Pasal 12 ayat (2) menyatakan bahwa hak anggota Polri tersebut wajib diberikan oleh institusi Polri.

Pertanggungjawaban dalam diskresi kepolisian terdapat pada Pasal 13, yaitu sebagai berikut:

- 1) Setiap individu anggota Polri wajib bertanggung jawab pelaksanaan penggunaan kekuatan dalam tindakan kepolisian yang dilakukannya.
- 2) Dalam hal pelaksanaan penggunaan kekuatan dalam tindakan kepolisian yang didasarkan pada perintah atasan/pimpinan, anggota Polri yang menerima perintah tersebut dibenarkan untuk tidak melaksanakan perintah, bila perintah atasan/pimpinan bertentangan dengan peraturan perundang-undangan.
- 3) Penolakan pelaksanaan perintah atasan/pimpinan untuk menggunakan kekuatan dalam tindakan kepolisian sebagaimana dimaksud pada ayat (2), harus dapat dipertanggungjawabkan dengan alasan yang masuk akal.

- 4) Atasan/pimpinan yang memberi perintah kepada anggota Polri untuk melaksanakan penggunaan kekuatan dalam tindakan kepolisian, harus turut bertanggung jawab atas resiko/akibat yang terjadi sepanjang tindakan anggota tersebut tidak menyimpang dari perintah atau arahan yang diberikan.
- 5) Pertanggungjawaban atas resiko yang terjadi akibat keputusan yang diambil oleh anggota Polri ditentukan berdasarkan hasil penyelidikan/penyidikan terhadap peristiwa yang terjadi oleh Tim Investigasi.
- 6) Tim Investigasi sebagaimana dimaksud pada ayat (5) dibentuk sesuai ketentuan yang berlaku.

Pengawasan dan pengendalian dalam diskresi kepolisian terdapat pada Pasal 14 Peraturan Kepala Kepolisian Negara Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 2009 Tentang Penggunaan Kekuatan dalam Tindakan Kepolisian, yaitu:

- 1) Setiap pimpinan sebelum menugaskan anggota yang diperkirakan akan menggunakan kekuatan dalam tindakan kepolisian wajib memberikan arahan kepada anggota yang ditugaskan mengenai penggunaan kekuatan.
- 2) Setiap anggota yang menggunakan kekuatan dalam tindakan kepolisian wajib memperhatikan arahan pimpinan sebagaimana dimaksud pada Pasal 14 ayat (1) dan menjadikannya sebagai pertimbangan dalam menerapkan diskresi kepolisian
- 3) Setiap pelaksanaan tindakan kepolisian yang menggunakan kekuatan, anggota Polri yang melaksanakan penggunaan kekuatan kekuatan wajib

secara segera melaporkan pelaksanaannya kepada atasan langsung secara tertulis dalam bentuk formulir penggunaan kekuatan

- 4) Laporan sebagaimana dimaksud pada ayat (3) memuat: (a) tanggal dan tempat kejadian; (b) uraian singkat peristiwa tindakan pelaku kejahatan atau tersangka, sehingga memerlukan tindakan kepolisian; (c) alasan/pertimbangan penggunaan kekuatan; (d) evaluasi hasil penggunaan kekuatan; (e) akibat dan permasalahan yang ditimbulkan oleh penggunaan kekuatan tersebut.
- 5) Informasi yang dimuat dalam laporan sebagaimana dimaksud pada ayat (4) digunakan untuk: (a) bahan laporan penggunaan kekuatan; (b) mengetahui tahapan penggunaan kekuatan yang telah digunakan; (c) mengetahui hal-hal yang terkait dengan keselamatan anggota Polri dan/atau masyarakat; (d) bahan analisa dan evaluasi dalam rangka pengembangan dan peningkatan kemampuan professional anggota Polri secara berkesinambungan; (e) bahan pertanggungjawaban hukum penerapan penggunaan kekuatan; (f) bahan pembelaan hukum dalam hal terjadi gugatan pidana/perdata terkait penggunaan kekuatan yang dilakukan oleh anggota Polri yang bersangkutan.

Diskresi Kepolisian diatur dalam ketentuan hukum yang ada di Indonesia, khususnya diatur dalam Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2002 tentang Kepolisian Negara Republik Indonesia dan KUHAP.

Dalam Pasal 2 Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2002 tentang Kepolisian Republik Indonesia, “Fungsi Kepolisian adalah salah satu fungsi pemerintahan negara di bidang pemeliharaan keamanan dan

ketertiban masyarakat, penegakan hukum, perlindungan, pengayoman, dan pelayanan kepada masyarakat”

Dalam Pasal 4 Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2002 juga menegaskan “Kepolisian Negara RI bertujuan untuk mewujudkan keamanan dalam negeri yang meliputi terpeliharanya keamanan dan ketertiban masyarakat, tertib, dan tegaknya hukum, terselenggaranya perlindungan, pengayoman, dan pelayanan kepada masyarakat, serta terbinanya ketentraman masyarakat dengan menjunjung tinggi hak asasi manusia”

Dalam Pasal 18 ayat (1) bahwa “Untuk kepentingan umum pejabat Kepolisian Negara Republik Indonesia dalam melaksanakan tugas dan wewenangnya dapat bertindak menurut penilaiannya sendiri”.

Dalam Pasal 18 ayat (2) bahwa “Pelaksanaan ketentuan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) hanya dapat dilakukan dalam keadaan yang sangat perlu dengan memperhatikan peraturan perundang-undangan serta Kode Etik Profesi Kepolisian Negara Indonesia”.

Dalam Pasal 15 Ayat 2 huruf k, Kepolisian Negara Republik Indonesia sesuai dengan peraturan perundang-undangan lainnya berwenang : melaksanakan kewenangan lain yang termasuk dalam lingkup tugas kepolisian;

Dalam Pasal 16 Ayat (1) huruf l : Dalam rangka menyelenggarakan tugas dibidang proses pidana, Kepolisian Negara Republik Indonesia berwenang untuk : mengadakan tindakan lain menurut hukum

yang bertanggung jawab. (ayat 2) : Tindakan lain sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) huruf l adalah tindakan penyelidikan dan penyidikan yang dilaksanakan jika memenuhi syarat sebagai berikut :

- a. tidak bertentangan dengan suatu aturan hukum;
- b. selaras dengan kewajiban hukum yang mengharuskan tindakan tersebut dilakukan;
- c. harus patut, masuk akal, dan termasuk dalam lingkungan jabatannya;
- d. pertimbangan yang layak berdasarkan keadaan yang memaksa; dan
- e. menghormati HAM.

Dalam Pasal 18 ayat (1), Untuk kepentingan umum, pejabat Kepolisian Negara Republik Indonesia dalam melaksanakan tugas dan wewenangnya dapat bertindak menurut penilaiannya sendiri. Ayat (2) Pelaksanaan ketentuan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) hanya dapat dilakukan dalam keadaan yang sangat perlu dengan memperhatikan peraturan perundang-undangan, serta Kode Etik Profesi Kepolisian Negara Republik Indonesia.

Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHAP), diskresi yang berhubungan dengan penyelidikan dan penyidikan tindak pidana termasuk penyidikan pelanggaran tindak pidana lalu lintas yang dalam hal ini menunjuk adanya tindakan lain berdasarkan hukum yang dapat dipertanggungjawabkan antara lain ;

Dalam Pasal 7 ayat 1 KUHAP, yang memberikan wewenang kepada penyidik yang karena kewajibannya dapat melakukan tindakan apa saja menurut hukum yang bertanggung jawab. Adapun "tindakan lain" ini dibatasi dengan syarat :

- a. Tidak bertentangan dengan suatu aturan hukum.
- b. Selaras dengan kewajiban hukum yang mengharuskan dilakukannya tindakan jabatan;
- c. Tindakan itu harus patut dan masuk akal dan termasuk dalam lingkungan jabatannya;
- d. Atas pertimbangan yang layak berdasarkan keadaan memaksa;
- e. Menghormati hak asasi manusia (penjelasan pasal 5 ayat (1) huruf a sub 4 dan pasal 7 ayat (1) sub j).

4. Latar Belakang Munculnya Penerapan Kewenangan Diskresi

Jika kita melihat peradilan dalam dinamika masyarakat dari waktu ke waktu, dan kita berhenti pada peralihan abad ke-19 ke abad 20, maka kita akan menyaksikan terjadinya perubahan dari peran pengadilan sebagai institusi hukum yang sempit dan terisolasi menjadi pengadilan (untuk) rakyat. Pengadilan yang terisolasi ini dinyatakan sebagai pengadilan sebagai corong undang-undang. Semangat liberal dan legalistik-positivistik memberikan landasan teori bagi peradilan terisolasi dari masyarakat di mana pengadilan berada, yang selanjutnya mengundang asosiasi ke arah kediktatoran pengadilan.

Karena ia memutus semata-mata menurut tafsiran hukum terlepas dari dinamika masyarakat. Sehingga, secara sosiologis pengadilan itu menjadi benda asing di tubuh masyarakat.⁵²

Sementara itu, dinamika masyarakat menampakkan era baru seperti perkembangan demokrasi dan bangkitnya kekuatan baru seperti buruh yang kemudian mengubah peta sosial politik secara mendalam. Dan berlalunya era kaum borjuis yang banyak dikaitkan dengan hukum liberal, menjadi hukum (untuk) rakyat.

Pada masa peralihan dari orde hukum liberal ke orde dinamika masyarakat, terjadi pembangkangan-pembangkangan oleh pengadilan. Aliran legalistik-positivistik digantikan realisme hukum realisme Skandinavia dan realisme Amerika dengan tokohnya Benjamin Cardozo dan Oliver Wendell Holmes. Misalnya, hakim membuat putusan yang sebetulnya melampaui peran pengadilan yang hanya menkonkritkan undang-undang.⁵³

Diasumsikan bahwa praktek diskresi ini berkembang pada sistem hukum common law yang menganut aliran realisme hukum. Aliran realisme hukum dikenal dengan konsep yang radikal tentang proses peradilan. Mereka menyatakan bahwa hakim tidak hanya menentukan hukum, akan tetapi membentuk hukum. Hakim harus memilih,

⁵² Satjipto Rahardjo, 2008, *Membedah Hukum Progresif*, cet. ke-3 (Jakarta: PT Kompas Media Nusantara, hlm. 38.

⁵³ *Ibid.*, h. 39.

menentukan prinsip- prinsip yang akan dipakai dan pihak yang dimenangkan.⁵⁴

Keputusan hakim sering kali mendahului penggunaan prinsip-prinsip hukum formal. Keputusan pengadilan dan doktrin hukum selalu dapat dikembangkan untuk menunjang hasil proses hukum. Keputusan pengadilan dibuat berdasarkan konsepsi-konsepsi hakim yang bersangkutan tentang keadilan dan dirasionalisasikan dalam pendapat tertulis. Ahli-ahli hukum dari aliran ini menaruh perhatian yang sangat besar tentang keadilan walaupun mereka berpendapat secara ilmiah tidak dapat ditentukan apa yang dinamakan hukum yang adil.⁵⁵ Adapun dalam sistem hukum civil law, diskresi ini muncul sebagai alternatif untuk mengisi kekurangan dan kelemahan dalam penerapan azas legalitas. Bagi negara yang bersifat welfare state, azas legalitas saja tidak cukup untuk dapat berperan secara maksimal dalam melayani kepentingan masyarakat, yang berkembang pesat sejalan dengan kemajuan ilmu pengetahuan dan teknologi. Pertimbangan lainnya adalah adanya realitas bahwa suatu kebijakan atau peraturan tidak mungkin mampu merespons banyak aspek dan kepentingan semua pihak sebagai akibat adanya keterbatasan prediksi para aktor atau stakeholders dalam proses perumusan suatu kebijakan atau peraturan.⁵⁶

⁵⁴ Soerjono Soekanto, 2006, *Pokok-Pokok Sosiologi Hukum*, Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, hlm. 44.

⁵⁵ *Ibid.*, h. 45.

⁵⁶ Agus Dwiyanto dkk, 2002. *Reformasi Birokrasi Publik di Indonesia*, Yogyakarta: Galang Pritika, hlm.23

Indonesia adalah jajahan Belanda dan mewarisi sistem hukumnya. Di sisi lain, kita tidak bisa terlepas dari pengaruh global sistem hukum yang ada di dunia. Indonesia dikatakan tidak mutlak lagi menganut sistem hukum civil law tapi bagi Indonesia berjalan juga dengan dasar-dasar lain yang mewarnai sistem hukumnya.⁵⁷

Kelaziman di Indonesia, hakim yang satu memakai undang-undang sebagai dasar keputusannya, hakim yang lain memakai Pasal sebagai dasar keputusannya, yang lain memakai hukum adat sebagai dasar keputusannya, dan ada lagi yang mendasarkannya kepada yurisprudensi. Hal tersebut di atas mengingat Undang-undang Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman No. 48 tahun 2009 secara jelas menyatakan bahwa hakim dan juga semua penegak hukum dan keadilan wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai yang hidup dalam masyarakat. Ini memberi peluang kepada hakim di Indonesia untuk memperbaiki citra miring terhadap sistem hukum yang berkembang di Indonesia.⁵⁸

Menurut Sabian Utsman, sistem hukum Indonesia sekarang lebih didominasi oleh aliran legal realism dengan cara dan karakteristik budaya bangsa Indonesia. Dengan tidak mengabaikan kenyataan saat ini dengan beberapa perundang-undangan, maka Indonesia sesungguhnya lebih dekat dengan sistem hukum *common law*. Alasannya, karena masyarakat Indonesia dan hukum kebiasaan (*customary law*) tumbuh dan mengakar di masyarakat sehingga menjadi *living law* yang ada bersama-

⁵⁷ Sabian Utsman, 2008. *Menuju Penegakan Hukum Responsif*, cet. ke-1, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, hlm. 71.

⁵⁸ *Ibid.*, h. 71-72

sama dengan budaya dan agama (terlebih agama Islam). Ini membuat semakin dekatnya kita dengan sistem common law ketimbang sistem hukum roman law.⁵⁹

5. Perspektif Diskresi di Tinjau dari Hukum Islam

a. Ijtihad

Hukum Islam mengenal adanya istilah ijtihād (proses penggalian hukum Islam).⁶⁰ Ijtihād ini dilakukan oleh seseorang yang dikategorikan sebagai mujtahid (ahli hukum Islam) dalam menjawab problematika hukum Islam yang terjadi di tengah-tengah masyarakat. Proses kreatif ini dapat dianalogikan dengan proses seorang hakim dalam tugasnya dalam memutuskan perkara hukum.

Metode ijtihād memungkinkan adanya kasus-kasus yang diputuskan dengan diskresi. Ini adalah sebuah indikasi awal bahwa para mujtahid tidak terpaku begitu saja terhadap ayat al-Qur`an dan hadis nabi secara literal. Tetapi mereka juga mempertimbangkan azas-azas, maksud, dan tujuan di balik teks nash tersebut. Sehingga ketika menetapkan suatu hukum, boleh jadi mereka keluar dari ketentuan yang secara eksplisit terdapat dalam al- Qur`an dan Sunah. Pada dasarnya, ijtihād itu dilakukan oleh para ulama mujtahid berlandaskan maqâsid asy-syarf`ah; yaitu memelihara agama, jiwa, harta, kehormatan, dan keturunan pada tataran darūrī, hajjī, dan tahsīnī.

⁵⁹ Ibid., h. 73.

⁶⁰ Ijtihād adalah proses pengerahan segenap kemampuan (oleh seorang mujtahid) dalam penggalian hukum Islam dari al-Qur`an dan Sunnah.

Diskresi dalam wacana hukum Islam menurut penilaian penulis bukan saja dipraktekkan oleh para mujtahîd di era keemasan ilmu-ilmu keislaman; di masa imam mazhab yang empat dan kemudian diteruskan oleh para pengikut mereka. Tapi jauh sebelumnya pada masa tabi'în dan sahabat. Bahkan nabi pun selaku seorang yang bertugas menyampaikan wahyu Allah berupa al- Qur`an kepada umatnya pernah memaknai suatu hukum berbeda dengan yang dijelaskan dalam al-Qur`an.⁶¹

Ada beberapa metode ijtihâd yang dapat ditempuh oleh para mujtahîd dalam proses penggalian hukum Islam. Terkait dengan bahasan tentang diskresi hukum, maka yang akan disinggung berikut dibatasi pada metode ijtihâd yang memungkinkan terjadinya diskresi hukum.

1. Istihsân

Istihsân adalah beralih dari penggunaan suatu qiyâs kepada qiyâs lain dari padanya (qiyâs pertama). Dalam hal ini mujtahîd tidak menggunakan qiyâs zhâhir dalam memutuskan permasalahan hukum yang dihadapinya tapi beralih menggunakan qiyâs khâfî. Karena menurut pertimbangannya cara itulah yang paling tepat.⁶² Dalam istihsân ini, seorang mujtahîd tidak menggunakan ketentuan yang telah secara jelas yang terdapat dalam al- Qur`an dan atau hadis. Tapi ia beralih menggunakan ketentuan lain yang dianggap lebih kuat.

⁶¹ Dalam pembahasan kedudukan hadis Rasulullah terhadap al-Qur`an; salah satu hadis nabi adalah menetapkan hukum baru yang belum ditegaskan secara eksplisit dalam al-Qur`an. Ini sebuah petunjuk awal dimungkinkannya Rasulullah pernah melakukan diskresi hukum. Namun karena masih debatable di kalangan para ulama sehingga penulis tidak membahasnya lebih lanjut.

⁶² Amir Syarifuddin, 2001. *Ushul Fiqh Jilid 2*, Jakarta: Logos Wacana Ilmu, hlm. 304-308.

Berikut ini beberapa contoh kasus penetapan hukum dengan menggunakan istihsân:

a. Sanksi hukum terhadap pencuri.

Menurut ketentuan umum berdasarkan ketentuan dalam al-Qur`an, sanksi bagi orang yang mencuri adalah potong. Jika telah memenuhi ketentuan pemberlakuan hukuman potong tangan, maka diberlakukanlah hukuman potong tangan. Namun bila pencurian tersebut dilakukan pada masa paceklik; kelaparan dan dilakukan dalam keadaan terpaksa untuk mempertahankan hidup, maka hukum potong tangan yang bersifat umum itu tidak diberlakukan. Hal ini karena dalam kasus ini berlaku hukum khusus. Peralihan dari hukum umum kepada hukum khusus ini dalam ilmu ushul fiqh disebut dengan istihsân. Praktek ini pernah dicontohkan oleh Umar ibn Khattâb di masa pemerintahannya.⁶³

b. Orang yang makan dan minum karena lupa ketika ia sedang berpuasa

Ibadah puasa pada hakikatnya adalah menahan makan, minum, dan segala hal yang membatalkannya mulai terbit fajar hingga terbenam matahari. Maka ibadah puasa seseorang itu batal ketika ia makan minum sedang berpuasa. Namun hukum itu dikecualikan oleh hadis nabi yang menyatakan:

⁶³ Ibid., h. 240, 309, 310, dan 312.

Siapa yang makan dan minum karena lupa tidak batal puasanya. Karena hal itu merupakan rizki yang diturunkan Allah kepadanya. (HR. at-Tirmizî).⁶⁴

c. Dokter melihat aurat pasien wanita pada saat pemeriksaan kesehatan

Secara umum seseorang dilarang melihat aurat orang lain. Tetapi dalam keadaan tertentu seseorang harus membuka pakaiannya untuk dilakukan pemeriksaan dan pendiagnosaan penyakitnya. Berdasarkan pertimbangan kemashlahatan orang tersebut, maka menurut kaedah istihsân seorang dokter laki-laki diperbolehkan melihat aurat pasiennya yang perempuan.⁶⁵

2. Masalah Mursalah

Masalah mursalah adalah apa yang dipandang baik oleh akal, sejalan dengan tujuan syara' dalam menetapkan hukum; namun tidak ada petunjuk syara' yang memperhitungkannya dan tidak ada pula petunjuk syara' yang menolaknya.⁶⁶ Berdasarkan metode masalah mursalah ini dimungkinkan terjadinya suatu hukum yang telah digariskan secara jelas oleh al-Qur'an dan atau hadis kemudian —diabaikanl dan beralih mengambil ketentuan hukum lain yang sebenarnya lebih sesuai dengan kemaslahat umum.

Berikut ini diuraikan beberapa kasus diskresi hukum yang terjadi pada metode masalah mursalah:

⁶⁴ Nasrun Haroen, 1997. *Ushul Fiqh I*, Jakarta: Logos Wacana Ilmu, hlm. 106.

⁶⁵ Ibid., h. 107.

⁶⁶ Amir Syarifuddin, *Ushul Fiqh*, h. 332.

- a. Memerangi *mâni'* az-zakâh pada masa pemerintahan Abū Bakar as- Siddîq.

Kewajiban membayar zakat merupakan salah satu kewajiban yang harus ditunaikan oleh setiap muslim yang mampu dengan syarat- syarat yang telah ditentukan. Kewajiban ini merupakan salah satu ajaran dasar dalam Islam, sebagai rukun Islam yang ketiga.

Setelah Rasulullah wafat, pada masa pemerintahan Abū Bakar as-Siddîq, sebagian masyarakat Islam enggan mengeluarkan kewajiban ini. Mereka menyangka zakat semacam —upetil kepada Rasulullah. Dan setelah beliau wafat, maka gugurlah kewajiban tersebut. Abū Bakar dengan pertimbangan untuk kemaslahatan umat, kemudian memerintahkan untuk memerangi mereka.

- b. Tidak memberikan hak zakat untuk para muallaf pada masa Umar bin Khattâb Dalam QS. at-Taubah [9]: 60 ditegaskan bahwa salah satu *asnâf* (kelompok) yang berhak atas harta zakat adalah para muallaf (mereka yang baru masuk Islam). Pada masa pemerintahannya, `Umar tidak mengeluarkan bagian para muallaf ini. Menurut `Umar, kondisi umat Islam telah kuat sehingga tidak perlu lagi memberikan reward kepada orang yang baru masuk Islam melalui harta zakat. Hal ini merupakan ujian kepada para muallaf atas keyakinannya untuk masuk Islam-masuk Islam bukan karena iming-iming materi.

- c. Penanganan onta-onta yang tersesat pada masa `Usmân ibn `Affân 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 diubah oleh khalifah `Usmân ibn `Affân.

Pada masa pemerintahan khalifah `Usmân ibn `Affân, keadaan masyarakat telah mulai mengalami pergeseran. Di tengah-tengah masyarakat mulai banyak yang kurang baik akhlakunya dan tangan jahil yang suka mengambil milik orang lain dengan cara yang tidak dibenarkan agama. Dengan ijtihâdnya, `Usmân menetapkan bahwa onta yang tersesat itu harus ditangkap lalu dijual. Kemudian hasil penjualannya akan diserahkan kepada pemilik onta yang sah nantinya. Ketentuan ini diberlakukan `Usmân 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.⁶⁷

3. Sad az-Zarî`ah

Sad az-zarî`ah menutup jalan terjadinya kerusakan. Dasar pegangan para ulama dalam penggunaan sad az-Zarî`ah adalah kehati-hatian dalam beramal ketika menghadapi benturan antara masalah dan

⁶⁷ Ibid., h. 240-241.

mafsadah. Jika faktor masalahnya yang dominan maka perbuatan itu boleh dilakukan. Namun jika sebaliknya; mafsadahnya yang dominan maka perbuatan itu harus ditinggalkan. Dan jika sama kuat antara keduanya maka untuk ihtiyât diambil. Prinsip yang berlaku, *ldar'u al-mafâsid muqaddam `alâ jalb al-masâlih*. Dalam metode ijtihâd ini akan kita lihat permasalahan yang pada dasarnya dibolehkan dalam syari'at Islam. Namun kemudian dipalingkan dari ketentuan dasar yang memperbolehkan permasalahan tersebut karena ternyata terdapat ke-mafsadah-an besar yang akan terjadi di baliknya. Di sini letak diskresi dalam metode ijtihâd ini. Berikut ini dipaparkan beberapa contoh:

a. Pernikahan Tahlîl

Syari'at Islam pada dasarnya menganjurkan seseorang untuk menikah. Banyak sekali ayat al-Qur'an dan teks hadis yang menegaskan hal tersebut. Ditinjau dari segi motivasi melakukan sesuatu, maka suatu pekerjaan yang awalnya dianjurkan oleh syara' menjadi terlarang ketika dilakukan berdasarkan motivasi yang tidak benar seperti kasus nikah tahlîl. Nikah tahlîl adalah pernikahan-bohong-bohongan seorang laki-laki dengan seorang janda yang telah bercerai talak tiga dengan suami sebelumnya. Ini adalah sebagai syarat bagi sang janda untuk menikah kembali dengan mantan suaminya yang telah menjatuhkan talak tiga tersebut.⁶⁸

⁶⁸ Nasrun Haroen, *Ushul Fiqh 1*, h. 169.

b. Larangan laki-laki muslim menikahi wanita ahl al-kitâb

Al-Qur`an menyatakan tentang kebolehan seorang laki-laki muslim menikah dengan perempuan ahl al-kitâb. Namun para ulama termasuk di dalamnya Majelis Ulama Indonesia (MUI) lalu melarang (mengharamkan) bentuk pernikahan tersebut. Pertimbangan pengharaman ini adalah sad az-Zarî`ah; dalam kondisi masyarakat sekarang ini dikhawatirkan seorang pria muslim dengan rayuan dan pengaruh istrinya dapat saja melakukan konversi agama. Tentu saja hal ini kontra-produktif dengan alasan pembolehan awal bentuk pernikahan ini yakni; dalam rangka dakwah islamiyah untuk mengajak istri yang ahl kitâb untuk memeluk agama Islam.⁶⁹

b. Rukhsah dan Azimah

Rukhsah terambil dari bahasa Arab yang berarti meringankan dan memudahkan⁷⁰. Dari segi istilah Rukhsah adalah keringanan dan kelonggaran bagi manusia mukallaf dalam melakukan ketentuan Allah pada keadaan tertentu karena ada kesulitan, suatu kebolehan melakukan pengecualian dari prinsip umum karena kebutuhan (al-Hajat) atau keterpaksaan (ad-daruwiyat)⁷¹. Dan definisi lain Rukhsah yaitu apa yang disyariatkan Allah, dari hal-hal hukum yang meringankan kepada mukallaf

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ Abu Luwis al-Ma'luf, *al-Mumjid fi al-luglat wa al-a'lum*, (Cet. XXVI, Bairut Libanon, Thab'at Jadidah Munaggahat, 1997), hlm. 254

⁷¹ Departemen Agama RI, *Ensiklopedi Islam, Jilid IV*, (Cet. III, Jakarta: Dirjen Bimbaga Islam, Proyek Peningkatan Sarana dan Prasarana Perguruan Tinggi Agama / IAIN, 1992/1993), hlm.179

dalam hal-hal khusus memperlakukan keringanan atau apa yang disyariatkan karena ada unsur kesulitan pada hal tertentu⁷².

Demikian juga Azimah yaitu apa yang disyariatkan Allah, berasal dari hukum-hukum umum yang tidak dikhususkan dengan hal yang selain dari hal, dan tidak pula mukallaf⁷³. Agar menjadi peraturan yang umum bagi seluruh orang mukallaf dalam keadaan biasa, misalnya bangkai menurut aslinya adalah haram dimakan oleh seluruh orang mukallaf, akan tetapi bagi orang yang dalam keadaan terpaksa, asal tidak berlebihan atau dengan maksud menentang ketentuan Tuhan, haramnya memakan bangkai adalah Azimah, sedang boleh memakannya bagi orang yang terpaksa adalah Rukhsah. Maka dari pemahaman di atas, dapat dikatakan bahwa daya dan kemampuan yang dimiliki manusia merupakan syarat utama bagi berlakunya hukum Taklif, perbuatan atau keadaan pada diri manusia dapat dibedakan dalam dua bentuk yakni :

Pertama, perbuatan atau keadaan di luar daya manusia. *Kedua*, perbuatan yang berada pada batas daya manusia, contoh perbuatan macam pertama adalah manusia boleh makan bangkai jika dalam keadaan terpaksa, kencing netes menggugurkan kewajiban wudhu untuk setiap shalat, haid menjadi halangan bagi shalat, puasa dan tawaf, hilang akal (gila) menggugurkan kewajiban beribadah, dan lain-lain. Sedang bentuk kedua adalah segenap perbuatan sadar yang menjadi objek taklif, baik yang

⁷² Abd. Wahab Khallaf, *Ilmu Ushul Fikih*, Alih Bahasa Halimuddin, SH (Jakarta: Rineka Cipta, 1990), hlm. 146.

⁷³ *Ibid*, Abd. Wahab Khallaf.

diperintahkan maupun dilarang serta yang diizinkan demi terwujudnya kemaslahatan⁷⁴.

Demikian pula segenap perbuatan yang masuk dalam kategori wadh'i yang wujudnya tergantung pada usaha manusia sendiri. Contoh kongkritnya seperti jual beli, nikah, kepatuhan, menyembelih hewan qurban, bersafar, membunuh, minum khamar, berzina, mencuri, dan sebagainya⁷⁵. Dengan demikian perbuatan apa saja yang berada di luar jangkauan kemampuan manusia, tidak mungkin disyariatkan oleh Tuhan, supaya tampak jelas baik dari segi terwujudnya kemaslahatan sesuai dengan kemampuan manusia.

1) Macam-macam Rukhsah

Rukhsah sebagai keringanan yang diberikan oleh Allah sebagai pembuat hukum kepada orang-orang mukallaf dalam suatu keadaan tertentu yang berlaku terhadap orang mukallaf. Maka rukhsah dapat dilihat dari beberapa segi antara lain :⁷⁶

1. Rukhsah dilihat dari segi bentuk hukum asalnya terbagi dua yakni:
 - a. Rukhsah memperbuat ialah keringanan untuk melakukan sesuatu perbuatan yang harus ditinggalkan. Dalam bentuk asal ini perbuatan terlarang dan haram hukumnya (azimah), oleh karena kondisi darurat dan hajat, maka perbuatan terlarang itu menjadi boleh hukumnya. Umpamanya memakan daging babi dalam keadaan terpaksa sebagaimana termuat dalam surah Al-Baqarah ayat 173).

⁷⁴ Abu Ishak Al-Syatiby, *Al Muwafuqat*, (Bayunit Dar: Al Maarif), hlm. 187.

⁷⁵ *Ibid*, Abu Ishak Al-Syatiby.

⁷⁶ Amir Syarifuddin, *Ushul Fikih*, Ed.I, Jld.I, (Cet.III, Jakarta : Kencana, 2008), hlm.353.

إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنزِيرِ وَمَا أُهْلَ بِهِ
 لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ
 غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴿١٦٧﴾

Artinya: Sesungguhnya Allah hanya mengharamkan bagimu bangkai, darah, daging babi, dan binatang yang (ketika disembelih) disebut (nama) selain Allah. Tetapi barangsiapa dalam keadaan terpaksa (memakannya) sedang Dia tidak menginginkannya dan tidak (pula) melampaui batas, Maka tidak ada dosa baginya. Sesungguhnya Allah Maha Pengampun lagi Maha Penyayang.

- b. Rukhsah untuk meninggalkan perbuatan yang menurut hukum azimahnya adalah wajib atau Nadb (Sunat) yang menurut asalnya dalam keadaan tertentu si mukallaf tidak dapat melakukannya akan membahayakan terhadap dirinya, dibolehkan meninggalkannya umpamanya kebolehan meninggalkan puasa Ramadhan karena sakit atau dalam perjalanan sebagaimana disebutkan dalam surah Al-Baqarah ayat 184 :

أَيَّامًا مَّعْدُودَاتٍ فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَّرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ
 مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ

Artinya: Beberapa hari yang tertentu. Maka Barangsiapa diantara kamu ada yang sakit atau dalam perjalanan (lalu ia berbuka), Maka (wajiblah baginya berpuasa) sebanyak hari yang ditinggalkan itu pada hari-hari yang lain.

Demikianlah pada contoh lain, kebolehan mengqasar shalat empat rakaat jadi dua rakaat karena kondisi tertentu yaitu dalam perjalanan.

- c. Rukhsah dalam meninggalkan hukum-hukum yang berlaku terhadap umat sebelum Islam yang dinilai terlalu berat untuk dilakukan umat Muhammad SAW. Umpamanya membayar zakat $\frac{1}{4}$ dari harta, bunuh diri sebagai cara tobat, memotong pakaian yang terkena najis sebagai cara membersihkannya, dan keharusan sembahyang di masjid yang berlaku bagi syariat Nabi Musa As.
 - d. Rukhsah dalam bentuk melegalisasikan beberapa bentuk akad yang tidak memenuhi syarat-syarat yang ditentukan. Umpamanya jual beli salam, dalam hal muamalah.
2. Rukhsah ditinjau dari bentuk keringanan yang diberikan ada 7 bentuk antara lain :⁷⁷
- a. Keringanan dalam bentuk menggugurkan kewajiban seperti bolehnya meninggalkan shalat Jum'at Haji, Umrah, Haji dan Jihad dalam keadaan uzur.
 - b. Keringanan dalam mengurangi kewajiban umpama mengqasar salat empat rakaat menjadi dua rakaat bagi orang dalam perjalanan.
 - c. Keringanan dalam mengganti kewajiban seperti mengganti wudhu dan mandi dengan tayamun karena tidak ada air, dan seterusnya.

⁷⁷ Amir Syarifuddin, *op.cit.*, hlm. 356.

- d. Keringanan dalam bentuk penangguhan pelaksanaan kewajiban, seperti pelaksanaan shalat zhuhur dalam waktu ashar pada jama' takhir karena dalam perjalanan.
 - e. Keringanan dalam bentuk mendahulukan pelaksanaan kewajiban, seperti membayar zakat fitrah semenjak awal bulan Ramadhan, mengerjakan shalat ashar pada waktu dhuhur kalau jama' taqdim di perjalanan.
 - f. Keringanan dalam bentuk mengubah kewajiban seperti cara-cara pelaksanaan shalat dalam perang yang berubah dari bentuk biasanya yang disebut shaf khauf.
 - g. Keringanan dalam bentuk membolehkan mengerjakan perbuatan haram dan meninggalkan perbuatan wajib karena uzur sebagaimana tersebut di atas.
3. Rukhsah ditinjau dari segi keadaan hukum asal sesudah berlaku pada Rukhsah, apakah masih berlaku pada waktu itu atau tidak. Ulama Hanafiah membagi dua macam, yaitu :⁷⁸
- a. Rukhsah Tarfih ialah rukhsah meringankan pelaksanaan hukum azimah tetapi hukum azimah berikut dalilnya tetap berlaku. Umpamanya, mengucapkan ucapan mengkafirkan yang terlarang dalam hukum azimah, dibolehkan bagi orang yang ada dalam keadaan terpaksa selama hatinya tetap beriman.

⁷⁸ Abd. Wahab Khallaf, *Ilmu Usul Fikih*, (Da'wah Islamiah AlAzhar. 1410 H/1990 M), hlm. 123.

- b. Rukhsah Isqat atau Rukhsah menggurkan. Dalam keadaan terpaksa adalah hukum rukhsah berlaku pada waktu itu hukum azimah, umpamanya mengqashar shalat dalam perjalanan.
4. Macam Rukhsah menurut Abu Ishak Al Syatiby dalam Al Muwafuqat dalam menggunakannya sesuai tingkat masyaqqah atau kesukaran melakukan hukum azimah, yakni :⁷⁹
- a. Dalam menghadapi kesukaran itu seorang mukallaf tidak mungkin melakukan kesabaran dalam menghadapinya. Umpamanya melakukan puasa karena khawatir mencelakakan dirinya atau orang makan daging babi karena terpaksa dan tidak menemukan makanan halal yang lain.
- b. Dalam menghadapi kesukaran itu mukallaf dapat berlaku sabar karena secara langsung tidak akan membahayakan diri pelakunya, rukhsah dalam bentuk ini kembali kepada hak hamba untuk memperoleh kemudahan dari Allah dan kasih sayangnya.

Dari kedua macam rukhsah tersebut di atas dapat disesuaikan dengan prinsip atau asas yang menjadi dasar. Dan tumpuan hukum apakah hukum itu kuat atau lemah, berat atau ringan pelaksanaannya, bisa dipertahankan atau tidak, dapat diterima atau ditolak oleh masyarakat yang terkena pembebanan hukum tersebut.

Dengan dasar adanya *rukhsah*, maka dapat dilihat asas penerapan syariat yang disepakati ulama ushul yakni syariat tidak memberatkan dan

⁷⁹ Al-Khudari Bieh, *Ushul Fikih*, Alih Bahasa Said Al-Syekh Muhammad Hamid, (Pekalongan: Raja Murak, 1982), hlm. 87.

tidak mempersempit, tidak memperbanyak tuntutan, dan dilaksanakan secara bertahap⁸⁰.

- a. *مدء جرحلا* Meniadakan kesempitan dan kesukaran, maka dalam hal ini tuntutan dan syariat dilaksanakan secara bertahap dibolehkan hal yang haram disebabkan karena darurat. Misalnya, memakan daging babi apabila dalam keadaan darurat memakannya karena dia dalam keadaan kelaparan dan tidak ada makanan lain kecuali babi itu saja. Andai kata ia tidak memakannya dia akan meninggal. Maka berlakulah rukhsah baginya. Sebagaimana disebutkan dalam firman Allah surah Al Baqarah ayat 173, berbunyi :

فَمَنْ أَضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ...

Artinya: Tetapi Barangsiapa dalam Keadaan terpaksa (memakannya) sedang Dia tidak menginginkannya dan tidak (pula) melampaui batas, Maka tidak ada dosa baginya.

Dan membolehkan meninggalkan sesuatu yang wajib karena ada uzur. Misalnya diperbolehkan tidak berpuasa di bulan suci ramadhan karena ada sesuatu uzur. Seperti sakit atau dalam perjalanan. Maka segenap amal yang diperintahkan syariat selalu disertai syarat kemampuan bagi mukallaf. Sebagaimana disebutkan dalam Al Quran surah Al Baqarah ayat 185:

وَمَنْ كَانَ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ

⁸⁰ Athiyah Musyarifah. *Al Qadaufi Al Islam*, (t.t, Syarikat Al Syarq Al Ausat, 1996), hlm. 66.

Artinya: Barangsiapa sakit atau dalam perjalanan (lalu ia berbuka), Maka (wajiblah baginya berpuasa), sebanyak hari yang ditinggalkannya itu, pada hari-hari yang lain. Allah menghendaki kemudahan bagimu, dan tidak menghendaki kesukaran bagimu.

Begitu pula memberikan pengecualian sebagai perikatan karena dihajatkan dalam lalu lintas muamalah. Misalnya perikatan jual beli salam, ariyah. Yakni perikatan jual-beli dimana barang yang diperjualbelikan belum terwujud diperikatan saat diadakan, tetapi harganya telah dibayar lebih dulu. Namun syarat umum dalam jual beli tersebut belum dipenuhi, tetapi karena salam atau ariyah itu berlaku pada kebanyakan orang dan sangat dibutuhkannya, maka perjanjian perikatan salam itu sah secara rukhsah. Hal ini sesuai sabda Nabi yang berbunyi:

وقال يزيد عن سفيان بن حسين العرايا فحل كانت توهب للمساكين فلا يستطيعون ان ينتظروا بهار خص لهم ان يبيعوها بما شاءوا من التمر.

Artinya: Dan berkata Yazid dari Sufyan bin Husani pinjam meminjam kurma yang diberikan pada fakir miskin lalu tidak sanggup menanggungnya, diberi keringananlah baginya untuk menjualnya sesuai kehendaknya dari kurma⁸¹.

b. عفرية فيلأكتة Menghilangkan beban yang berat berlaku pada syariat terdahulu.

Misalnya mencuci pakaian yang kena najis dengan air suci, sebagai rukhsah terhadap tata cara mensucikan pakaian yang kena najis menurut syariat sebelum Islam, yaitu memotong pakaian yang kena najis itu lalu bertaubat

⁸¹ Abi Abdillah Muhammad bin Ismail, al-Bukhary. *Shahih al-Bukhary*. Juz II (Indonesia, Maktabah Dahlan, t.th.), h. 826

sebagai rukhsah terhadap tata cara menyatukan penyesalan dari suatu perbuatan maksiat dengan bunuh diri, sebagaimana dilakukan oleh umat terdahulu. Seperti yang diisyaratkan oleh Al-Quran surah Al-Baqarah ayat 286 :

رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِن كُنتُمْ بِعِزَّتِكُمْ عَلِيمِينَ أَوْ أَخْطَأْنَا ...

Artinya: Ya Tuhan Kami, janganlah Engkau bebankan kepada Kami beban yang berat sebagaimana Engkau bebankan kepada orang-orang sebelum kami....

Jadi pada rukhsah tersebut diatas sebenarnya hanya kembali kepada asas *Qaidah Fiqhiyah* yang berarti:

تَارُورِضْلَا حِيِيْتَتَا رُوْظْحَمْلَا

Kemudahan itu dapat membolehkan keharaman⁸².

- c. Asas Tadarruj (bertahap) Ayat Al-Quran sendiri turun sedikit demi sedikit sampai lengkap dengan segeap surah, ayat-ayatnya selama ± 22 tahun, salah satu hikmahnya untuk mempermantap bacaan dan mempermudah hafalan Rasulullah serta sahabat-sahabatnya, dengan maksud agar kandungannya mudah, dihayati dan diamalkan secara bertahap sampai pada puncak kesempurnaan. Sebagaimana dalam Al-Quran Surah Al-Maidah ayat 3 :

الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيْتُ لَكُمْ
الْإِسْلَامَ دِينًا

⁸² Mukhlis Usman, *Kaedah-kaedah Ushuliyah Fiqhiyah pedoman dasar Istimbath Hukum Islam*. Ed. I (Cet. I, Jakarta: Raja Grafindo Persada. 1996), hlm. 133.

Artinya: Pada hari telah kusempurnakan agamamu dan telah kusempurnakan atasmu serta kuridhoi Islam agamamu⁸³.

6. Tugas dan Fungsi

Kepolisian Negara Republik Indonesia atau yang sering disingkat dengan Polri dalam kaitannya dengan Pemerintahan adalah salah satu fungsi pemerintahan negara di bidang pemeliharaan keamanan dan ketertiban masyarakat, penegakan hukum, perlindungan, pengayoman, dan pelayanan kepada masyarakat, yang bertujuan untuk mewujudkan keamanan dalam negeri yang meliputi terpeliharanya keamanan dan ketertiban masyarakat, tertib dan tegaknya hukum, terselenggaranya perlindungan, pengayoman, dan pelayanan kepada masyarakat, serta terbinanya ketenteraman masyarakat dengan menjunjung tinggi hak azasi manusia.⁸⁴

Menurut Pasal 4 Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2002 tentang Kepolisian Negara Republik Indonesia disebutkan bahwa Kepolisian bertujuan untuk mewujudkan keamanan dalam negeri yang meliputi terpeliharanya keamanan dan ketertiban masyarakat, tertib dan tegaknya hukum, terselenggaranya perlindungan, pengayoman, dan pelayanan kepada masyarakat, serta terbinanya ketenteraman masyarakat dengan menjunjung tinggi Hak Asasi Manusia.

Pasal 2 Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2002, fungsi kepolisian adalah salah satu fungsi pemerintahan negara di bidang pemeliharaan

⁸³ Departemen Agama RI, Al-Quran dan Terjemahnya, *op.cit*, hlm. 157.

⁸⁴ <https://pospolisi.wordpress.com/2012/11/03/tugas-dan-wewenang-polri/>, Diakses tanggal 12 juni 2017 Pukul 09.00.

keamanan dan ketertiban, penegakan hukum, perlindungan, pengayoman, dan pelayanan kepada masyarakat.

Pasal 5 Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2002 menyebutkan bahwa kepolisian merupakan alat negara yang berperan dalam memelihara keamanan dan ketertiban masyarakat, menegakkan hukum, serta memberikan perlindungan, pengayoman, dan pelayanan kepada masyarakat dalam rangka terpeliharanya keamanan dalam negeri.

Kepolisian Negara Republik Indonesia adalah Kepolisian Nasional yang merupakan satu kesatuan dalam melaksanakan peran:

- 1) Keamanan dan ketertiban masyarakat adalah suatu kondisi dinamis masyarakat sebagai salah satu prasyarat terselenggaranya proses pembangunan nasional dalam rangka tercapainya tujuan nasional yang ditandai oleh terjaminnya keamanan, ketertiban, dan tegaknya hukum, serta terbinanya ketenteraman, yang mengandung kemampuan membina serta mengembangkan potensi dan kekuatan masyarakat dalam menangkal, mencegah, dan menanggulangi segala bentuk pelanggaran hukum dan bentuk-bentuk gangguan lainnya yang dapat meresahkan masyarakat.
- 2) Keamanan dalam negeri adalah suatu keadaan yang ditandai dengan terjaminnya keamanan dan ketertiban masyarakat, tertib dan tegaknya hukum, serta terselenggaranya perlindungan, pengayoman, dan pelayanan kepada masyarakat. Kepentingan umum adalah kepentingan masyarakat dan/atau kepentingan bangsa dan negara demi terjaminnya keamanan dalam negeri.

Menurut Pasal 13 Tugas pokok Kepolisian Negara Republik Indonesia adalah:

- 1). memelihara keamanan dan ketertiban masyarakat;
- 2). menegakkan hukum; dan
- 3). memberikan perlindungan, pengayoman, dan pelayanan kepada masyarakat.

Menurut Pasal 14 (1) Dalam melaksanakan tugas pokok sebagaimana dimaksud dalam Pasal 13, Kepolisian Negara Republik Indonesia bertugas :

- 1) melaksanakan pengaturan, penjagaan, pengawalan, dan patroli terhadap kegiatan masyarakat dan pemerintah sesuai kebutuhan;
- 2) menyelenggarakan segala kegiatan dalam menjamin keamanan, ketertiban, dan kelancaran lalu lintas di jalan;
- 3) membina masyarakat untuk meningkatkan partisipasi masyarakat, kesadaran hukum masyarakat serta ketaatan warga masyarakat terhadap hukum dan peraturan perundang-undangan;
- 4) turut serta dalam pembinaan hukum nasional;
- 5) memelihara ketertiban dan menjamin keamanan umum;
- 6) melakukan koordinasi, pengawasan, dan pembinaan teknis terhadap kepolisian khusus, penyidik pegawai negeri sipil, dan bentuk-bentuk pengamanan swakarsa;

- 7) melakukan penyelidikan dan penyidikan terhadap semua tindak pidana sesuai dengan hukum acara pidana dan peraturan perundang-undangan lainnya;
- 8) menyelenggarakan identifikasi kepolisian, kedokteran kepolisian, laboratorium forensik dan psikologi kepolisian untuk kepentingan tugas kepolisian;
- 9) melindungi keselamatan jiwa raga, harta benda, masyarakat, dan lingkungan hidup dari gangguan ketertiban dan/atau bencana termasuk memberikan bantuan dan pertolongan dengan menjunjung tinggi hak asasi manusia;
- 10) melayani kepentingan warga masyarakat untuk sementara sebelum ditangani oleh instansi dan/atau pihak yang berwenang;
- 11) memberikan pelayanan kepada masyarakat sesuai dengan kepentingannya dalam lingkup tugas kepolisian; serta
- 12) melaksanakan tugas lain sesuai dengan peraturan perundang-undangan.

b. Kerangka Teoretis

1. Teori Keadilan Sebagai Grand Theory

Keadilan sesungguhnya merupakan konsep yang relatif⁸⁵. Pada sisi lain, keadilan merupakan hasil interaksi antara harapan dan kenyataan yang ada, yang perumusannya dapat menjadi pedoman dalam kehidupan individu

⁸⁵Majjid Khadduri, *The Islamic Conception of Justice*, Baltimore and London : The Johns Hopkins University Press, 1984, hlm. 1, sebagaimana dikutip Mahmutarom, *Rekonstruksi Konsep Keadilan*, Undip Semarang, 2009, hlm. 31

maupun kelompok. Dari aspek etimologis kebahasaan, kata “adil” berasal dari bahasa arab “adala” yang mengandung makna *tengah* atau *pertengahan*. Dari makna ini, kata “adala” kemudian disinonimkan dengan *wasth* yang menurunkan kata *wasith*, yang berarti *penengah* atau orang yang berdiri di tengah yang mengisyaratkan sikap yang adil.⁸⁶

Dari pengertian ini pula, kata adil disinonimkan dengan *inshaf* yang berarti sadar, karena orang yang adil adalah orang yang sanggup berdiri di tengah tanpa *a priori* memihak. Orang yang demikian adalah orang yang selalu menyadari persoalan yang dihadapi itu dalam konteksnya yang menyeluruh, sehingga sikap atau keputusan yang diambil berkenaan dengan persoalan itu pun menjadi tepat dan benar.⁸⁷

Dengan demikian, sebenarnya adil atau keadilan itu sulit untuk dilukiskan dengan kata-kata, akan tetapi lebih dekat untuk dirasakan. Orang lebih mudah merasakan adanya keadilan atau ketidakadilan ketimbang mengatakan apa dan bagaimana keadilan itu. Memang terasa sangat abstrak dan relatif, apalagi tujuan adil atau keadilan itupun beraneka ragam, tergantung mau dibawa kemana.

Keadilan akan terasa manakala sistem yang relevan dalam struktur-struktur dasar masyarakat tertata dengan baik, lembaga-lembaga politis, ekonomi dan sosial memuaskan dalam kaitannya dengan konsep kestabilan

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ Nurcholis Madjid, *Islam Kemanusiaan dan Kemoderenan, Doktrin dan Peradaban, Sebuah Telaah Kritis tentang Masalah Keimanan*, Jakarta : Yayasan Wakaf Paramadina, Cetakan kedua, 1992, hlm. 512-513, sebagaimana dikutip Mahmutarom, *Rekonstruksi Konsep Keadilan*, Undip Semarang, 2009, hlm. 31

dan keseimbangan. Rasa keadilan masyarakat dapat pula kita temukan dalam pelaksanaan penegakan hukum melalui putusan hakim.

Keadilan secara umum diartikan sebagai perbuatan atau perlakuan yang adil. Sementara adil adalah tidak berat sebelah, tidak memihak dan berpihak kepada yang benar. Keadilan menurut kajian filsafat adalah apabila dipenuhi dua prinsip, yaitu : pertama tidak merugikan seseorang dan kedua, perlakuan kepada tiap-tiap manusia apa yang menjadi haknya. Jika kedua ini dapat dipenuhi barulah itu dikatakan adil. Dalam keadilan harus ada kepastian yang sebanding, dimana apabila digabung dari hasil gabungan tersebut akan menjadi keadilan.

Pada prakteknya, pemaknaan keadilan modern dalam penanganan permasalahan-permasalahan hukum ternyata masih *debatable*. Banyak pihak merasakan dan menilai bahwa lembaga pengadilan telah bersikap kurang adil karena terlalu syarat dengan prosedur, formalistis, kaku, dan lamban dalam memberikan putusan terhadap suatu perkara. Agaknya faktor tersebut tidak lepas dari cara pandang hakim terhadap hukum yang amat kaku dan normatif-prosedural dalam melakukan konkretisasi hukum. Idealnya hakim harus mampu menjadi *living interpretator* yang mampu menangkap semangat keadilan dalam masyarakat dan tidak terbelenggu oleh kekakuan normatif – prosedural yang ada dalam suatu peraturan perundang-undangan bukan lagi sekedar sebagai *la bouche de la loi* (corong undang-undang).

Lebih lanjut dalam memaknai dan mewujudkan keadilan, Teori Hukum Alam sejak Socrates hingga Francois Geny yang tetap

mempertahankan keadilan sebagai mahkota hukum. Teori Hukum Alam mengutamakan “*the search for justice*”.⁸⁸ Terdapat macam-macam teori mengenai keadilan dan masyarakat yang adil. Teori-teori ini menyangkut hak dan kebebasan, peluang kekuasaan, pendapatan dan kemakmuran.

a. Teori Keadilan Pancasila

Negara Pancasila adalah negara kebangsaan yang berkeadilan sosial, yang berarti bahwa negara sebagai penjelmaan manusia sebagai makhluk Tuhan yang Maha Esa, sifat kodrat individu dan makhluk sosial bertujuan untuk mewujudkan suatu keadilan dalam hidup bersama (Keadilan Sosial). Keadilan sosial tersebut didasari dan dijiwai oleh hakikat keadilan manusia sebagai makhluk yang beradab (sila kedua). Manusia pada hakikatnya adalah adil dan beradab, yang berarti manusia harus adil terhadap diri sendiri, adil terhadap Tuhannya, adil terhadap orang lain dan masyarakat serta adil terhadap lingkungan alamnya.⁸⁹

Berkaitan dengan Keadilan Sosial dimaksud, pandangan keadilan dalam hukum secara harfiahnya mempunyai makna apa yang sesuai dengan hukum dianggap adil sedang yang melanggar hukum dianggap tidak adil. Jika terjadi pelanggaran hukum, maka harus dilakukan pengadilan untuk memulihkan keadilan. Dalam hal terjadinya pelanggaran pidana atau yang dalam bahasa sehari-hari

⁸⁸ Theo Huijbers, *Filsafat Hukum Dalam Lintasan Sejarah*, Cet VIII, Yogyakarta: Kanisius, 1995, hlm. 196.

⁸⁹ <http://kartikarahmah2406.wordpress.com/2012/12/02/teori-keadilan-sosial>. Di akses 16 Juli 2016

disebut “*kejahatan*” maka harus dilakukan pengadilan yang akan melakukan pemulihan keadilan dengan menjatuhkan hukuman kepada orang yang melakukan pelanggaran pidana atau kejahatan tersebut.

Pandangan keadilan dalam hukum nasional bersumber pada dasar negara.Pancasila sebagai dasar negara atau falsafah negara (*fiilosofische grondslag*) sampai sekarang tetap dipertahankan dan masih tetap dianggap penting bagi negara Indonesia.Secara aksiologis, bangsa Indonesia merupakan pendukung nilai-nilai Pancasila (*subscriber of values Pancasila*).Bangsa Indonesia yang berketuhanan, yang berkemanusiaan, yang berpersatuan, yang berkerakyatan, dan yang berkeadilan sosial.

Sebagai pendukung nilai, bangsa Indonesialah yang menghargai, mengakui, serta menerima Pancasila sebagai suatu bernilai. Pengakuan, penghargaan, dan penerimaan Pancasila sebagai sesuatu yang bernilai itu akan tampak merefleksikan dalam sikap, tingkah laku, dan perbuatan bangsa Indonesia. Kalau pengakuan, penerimaan, atau penghargaan itu direfleksikan dalam sikap, tingkah laku, serta perbuatan manusia dan bangsa Indonesia dalam hal ini sekaligus adalah pengembannya dalam sikap, tingkah laku, dan perbuatan manusia Indonesia.Oleh karenanya Pancasila sebagai suatu sumber hukum tertinggi secara nasional dan sebagai rasionalitasnya adalah sebagai sumber hukum nasional bangsa Indonesia.

Pandangan keadilan dalam hukum nasional bangsa Indonesia tertuju pada dasar negara, yaitu Pancasila, yang sila kelimanya berbunyi: “Keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia”. Yang menjadi persoalan sekarang adalah apakah yang dinamakan adil menurut konsepsi hukum nasional yang bersumber pada Pancasila.

Untuk lebih lanjut menguraikan tentang keadilan dalam perspektif hukum nasional, terdapat diskursus penting tentang adil dan keadilan sosial. Adil dan keadilan adalah pengakuan dan perlakuan seimbang antara hak dan kewajiban.

Konsepsi demikian apabila dihubungkan dengan sila kedua dari Pancasila sebagai sumber hukum nasional bangsa Indonesia, pada hakikatnya menginstruksikan agar senantiasa melakukan perhubungan yang serasi antar manusia secara individu dengan kelompok individu yang lainnya sehingga tercipta hubungan yang adil dan beradab.

Lebih lanjut apabila dihubungkan dengan “Keadilan Sosial”, maka keadilan itu harus dikaitkan dengan hubungan-hubungan kemasyarakatan. Keadilan sosial dapat diartikan sebagai:

- 1) mengembalikan hak-hak yang hilang kepada yang berhak.
- 2) menumpas keaniayaan, ketakutan dan perkosaan dari pengusaha-pengusaha.
- 3) merealisasikan persamaan terhadap hukum antara setiap individu, pengusaha-pengusaha dan orang-orang mewah yang didapatnya dengan tidak wajar.

Keadilan sosial menyangkut kepentingan masyarakat dengan sendirinya individu yang berkeadilan sosial itu harus menyisihkan kebebasan individunya untuk kepentingan individu yang lainnya.

Hukum nasional hanya mengatur keadilan bagi semua pihak, oleh karenanya keadilan didalam perspektif hukum nasional adalah keadilan yang mensesikan atau menseslaraskan keadilan-keadilan yang bersifat umum diantara sebagian dari keadilan-keadilan individu. Dalam keadilan ini lebih menitikberatkan pada keseimbangan antara hak-hak individu masyarakat dengan kewajiban-kewajiban umum yang ada didalam kelompok masyarakat hukum.⁹⁰

Menurut Tap MPR No.1 Tahun 2003 terdapat 45 butir Pancasila, untuk sila kelima terdapat 11 butir Pancasila, yakni :

- (1) Mengembangkan perbuatan yang luhur, yang mencerminkan sikap dan suasana kekeluargaan dan kegotongroyongan.
- (2) Mengembangkan sikap adil terhadap sesama.
- (3) Menjaga keseimbangan antara hak dan kewajiban.
- (4) Menghormati hak orang lain.
- (5) Suka memberi pertolongan kepada orang lain agar dapat berdiri sendiri.
- (6) Tidak menggunakan hak milik untuk usaha-usaha yang bersifat pemerasan terhadap orang lain.

⁹⁰<http://ugun-guntari.blogspot.com/2011/02/teori-keadilan-perspektif-hukum.html>

- (7) Tidak menggunakan hak milik untuk hal-hal yang bersifat pemborosan dan gaya hidup mewah.
- (8) Tidak menggunakan hak milik untuk bertentangan dengan atau merugikan kepentingan umum.
- (9) Suka bekerja keras.
- (10) Suka menghargai hasil karya orang lain yang bermanfaat bagi kemajuan dan kesejahteraan bersama.
- (11) Suka melakukan kegiatan dalam rangka mewujudkan kemajuan yang merata dan berkeadilan sosial.

b. Teori Keadilan Aristoteles

Pandangan Aristoteles tentang keadilan bisa didapatkan dalam karya *nichomachean ethics*, *politics*, dan *rethoric*. Lebih khusus, dalam buku *nicomachean ethics*, buku itu sepenuhnya ditujukan bagi keadilan, yang, berdasarkan filsafat umum Aristoteles, mesti dianggap sebagai inti dari filsafat hukum, “karena hukum hanya bisa ditetapkan dalam kaitannya dengan keadilan”.⁹¹

Pendapat bahwa keadilan mesti dipahami dalam pengertian kesamaan, namun Aristoteles membuat perbedaan penting antara kesamaan numerik dan kesamaan proporsional. Kesamaan numerik mempersamakan setiap manusia sebagai satu unit, yang sekarang biasa dipahami tentang kesamaan bahwa semua warga adalah sama di depan

⁹¹ Carl Joachim Friedrich, *Filsafat Hukum Perspektif Historis*, Bandung : Nuansa dan Nusamedia, 2004, hlm. 24

hukum. Kesamaan proporsional memberi tiap orang apa yang menjadi haknya sesuai dengan kemampuan, prestasi, dan sebagainya.

Pembedaan ini Aristoteles menghadirkan banyak kontroversi dan perdebatan seputar keadilan. Lebih lanjut, dia membedakan keadilan menjadi jenis keadilan distributif dan keadilan korektif. Keadilan yang pertama berlaku dalam hukum publik, yang kedua dalam hukum perdata dan pidana. Keadilan distributif dan korektif sama-sama rentan terhadap problema kesamaan atau kesetaraan dan hanya bisa dipahami dalam kerangka konsepsi di wilayah keadilan distributif, bahwa imbalan yang sama-rata diberikan atas pencapaian yang sama rata. Pada keadilan yang kedua, bahwa yang menjadi persoalan bahwa ketidaksetaraan disebabkan oleh, misalnya, pelanggaran kesepakatan.

Keadilan distributif menurut Aristoteles berfokus pada distribusi, honor, kekayaan, dan barang-barang lain yang sama-sama bisa didapatkan dalam masyarakat. Dengan mengesampingkan “pembuktian” matematis, jelas bahwa apa yang ada dibenak Aristoteles bahwa distribusi kekayaan dan barang berharga lain berdasarkan nilai yang berlaku di kalangan warga. Distribusi yang adil boleh jadi merupakan distribusi yang sesuai dengan nilai kebaikan, yakni nilai bagi masyarakat.⁹²

⁹²*Ibid*, hlm. 25

Di sisi lain, keadilan korektif berfokus pada pembedaan sesuatu yang salah. Jika suatu pelanggaran dilanggar atau kesalahan dilakukan, maka keadilan korektif berusaha memberikan kompensasi yang memadai bagi pihak yang dirugikan; jika suatu kejahatan telah dilakukan, maka hukuman yang pantas perlu diberikan kepada si pelaku. Bagaimanapun, ketidakadilan akan mengakibatkan terganggu tentang “kesetaraan” yang sudah mapan atau telah terbentuk. Keadilan korektif bertugas membangun kembali kesetaraan tersebut. Uraian tersebut nampak bahwa keadilan korektif merupakan wilayah peradilan sedangkan keadilan distributif merupakan bidangnya pemerintah.⁹³

Dalam membangun argumentasi, Aristoteles menekankan perlu dilakukan pembedaan antara vonis yang mendasarkan keadilan pada sifat kasus dan yang didasarkan pada watak manusia yang umum dan lazim, dengan vonis yang berlandaskan pandangan tertentu dari komunitas hukum tertentu. Pembedaan ini jangan dicampuradukkan dengan pembedaan antara hukum positif yang ditetapkan dalam undang-undang dan hukum adat. Berdasarkan pembedaan Aristoteles, dua penilaian yang terakhir itu dapat menjadi sumber pertimbangan yang hanya mengacu pada komunitas tertentu, sedangkan keputusan serupa yang lain, kendati diwujudkan dalam bentuk perundang-

⁹³*Ibid*

undangan, tetap merupakan hukum alam jika bisa didapatkan dari fitrah umum manusia.⁹⁴

c. Keadilan Sosial Ala John Rawls

John Rawls dalam buku *a theory of justice* menjelaskan teori keadilan sosial sebagai *the difference principle* dan *the principle of fair equality of opportunity*. Inti *the difference principle*, bahwa perbedaan sosial dan ekonomis harus diatur agar memberikan manfaat yang paling besar bagi mereka yang paling kurang beruntung.

Istilah perbedaan sosialekonomis dalam prinsip perbedaan menuju pada ketidaksamaan dalam prospek seorang untuk mendapatkan unsur pokok kesejahteraan, pendapatan, dan otoritas. Sementara itu, *the principle of fair equality of opportunity* menunjukkan pada mereka yang paling kurang mempunyai peluang untuk mencapai prospek kesejahteraan, pendapat dan otoritas. Mereka inilah yang harus diberi perlindungan khusus.⁹⁵

Rawls mengerjakan teori mengenai prinsip-prinsip keadilan terutama sebagai alternatif bagi teori utilitarisme sebagaimana dikemukakan Hume, Bentham dan Mill. Rawls berpendapat bahwa dalam masyarakat yang diatur menurut prinsip-prinsip utilitarisme, orang-orang akan kehilangan harga diri, lagi pula bahwa pelayanan demi perkembangan bersama akan lenyap. Rawls juga berpendapat

⁹⁴*Ibid*, hlm. 26-27

⁹⁵*Ibid*, hlm. 27

bahwa teori ini lebih keras dari apa yang dianggap normal oleh masyarakat. Memang boleh jadi diminta pengorbanan demi kepentingan umum, tetapi tidak dapat dibenarkan bahwa pengorbanan ini pertama-tama diminta dari orang-orang yang sudah kurang beruntung dalam masyarakat.

Menurut Rawls, situasi ketidaksamaan harus diberikan aturan yang sedemikian rupa sehingga paling menguntungkan golongan masyarakat yang paling lemah. Hal ini terjadi kalau dua syarat dipenuhi. Pertama, situasi ketidaksamaan menjamin maximum minimal bagi golongan orang yang paling lemah. Artinya situasi masyarakat harus sedemikian rupa sehingga dihasilkan untung yang paling tinggi yang mungkin dihasilkan bagi golongan orang-orang kecil. Kedua, ketidaksamaan diikat pada jabatan-jabatan yang terbuka bagi semua orang, supaya kepada semua orang diberikan peluang yang sama besar dalam hidup. Berdasarkan pedoman ini semua perbedaan antara orang berdasarkan ras, kulit, agama dan perbedaan lain yang bersifat primordial, harus ditolak.

Lebih lanjut John Rawls menegaskan bahwa maka program penegakan keadilan yang berdimensi kerakyatan haruslah memperhatikan dua prinsip keadilan, yaitu, pertama, memberi hak dan kesempatan yang sama atas kebebasan dasar yang paling luas seluas kebebasan yang sama bagi setiap orang. Kedua, mampu mengatur kembali kesenjangan sosial ekonomi yang terjadi sehingga

dapat memberi keuntungan yang bersifat timbal balik (*reciprocal benefits*) bagi setiap orang, baik mereka yang berasal dari kelompok beruntung maupun tidak beruntung.⁹⁶

Dengan demikian, prinsip perbedaan menuntut diaturnya struktur dasar masyarakat sedemikian rupa sehingga kesenjangan prospek mendapat hal-hal utama kesejahteraan, pendapatan, otoritas diperuntukkan bagi keuntungan orang-orang yang paling kurang beruntung. Ini berarti keadilan sosial harus diperjuangkan untuk dua hal : Pertama, melakukan koreksi dan perbaikan terhadap kondisi ketimpangan yang dialami kaum lemah dengan menghadirkan institusi-institusi sosial, ekonomi, dan politik yang memberdayakan. Kedua, setiap aturan harus memosisikan diri sebagai pemandu untuk mengembangkan kebijakan-kebijakan untuk mengoreksi ketidakadilan yang dialami kaum lemah.

John Rawls menyatakan dua prinsip keadilan yang dipercaya akan dipilih dalam posisi awal. Di bagian ini John Rawls hanya akan membuat komentar paling umum, dan karena itu formula pertama dari prinsip-prinsip ini bersifat tentative. Kemudian John Rawls mengulas sejumlah rumusan dan merancang langkah demi langkah pernyataan final yang akan diberikan nanti. John Rawls yakin bahwa tindakan ini membuat penjelasan berlangsung dengan alamiah.

⁹⁶ John Rawls, *A Theory of Justice*, London : Oxford University Press, 1973, yang sudah diterjemahkan dalam Bahasa Indonesia oleh Uzair Fauzan dan Heru Prasetyo, *Teori Keadilan*, Yogyakarta : Pustaka Pelajar, 2006, hlm. 69

Pernyataan pertama dari dua prinsip tersebut berbunyi sebagai berikut:⁹⁷

Pertama, setiap orang mempunyai hak yang sama atas kebebasan dasar yang paling luas, seluas kebebasan yang sama bagi semua orang.

Kedua, ketimpangan sosial dan ekonomi mesti diatur sedemikian rupa, sehingga (a) dapat diharapkan memberi keuntungan semua orang, dan (b) semua posisi dan jabatan terbuka bagi semua orang. Ada dua frasa ambigu pada prinsip kedua, yakni “keuntungan semua orang” dan “sama-sama terbuka bagi semua orang”. Pengertian frasa-frasa itu secara lebih tepat yang akan mengarah pada rumusan kedua. Versi akhir dari dua prinsip tersebut diungkapkan dalam mempertimbangkan prinsip pertama.

Melalui jalan komentar umum, prinsip-prinsip tersebut terutama menerapkan struktur dasar masyarakat, mereka akan mengatur penerapan hak dan kewajiban dan mengatur distribusi keuntungan sosial dan ekonomi. Sebagaimana diungkapkan rumusan mereka, prinsip-prinsip tersebut menganggap bahwa struktur sosial dapat dibagi menjadi dua bagian utama, prinsip pertama diterapkan yang satu, yang kedua pada yang lain. Mereka membagi antara aspek-aspek sistem sosial yang mendefinisikan dan menjamin kebebasan warganegara dan aspek-aspek yang menunjukkan dan mengukuhkan

⁹⁷*Ibid*, hlm. 72

ketimpangan sosial ekonomi. Kebebasan dasar warga Negara adalah kebebasan politik (hak untuk memilih dan dipilih menduduki jabatan publik) bersama dengan kebebasan berbicara dan berserikat, kebebasan berkeyakinan dan kebebasan berpikir, kebebasan seseorang seiring dengan kebebasan untuk mempertahankan hak milik (personal), dan kebebasan dari penangkapan sewenang-wenang sebagaimana didefinisikan oleh konsep *rule of law*. Kebebasan-kebebasan ini oleh prinsip pertama diharuskan setara, karena warga suatu masyarakat yang adil mempunyai hak-hak dasar yang sama.

Prinsip kedua berkenaan dengan distribusi pendapatan dan kekayaan serta dengan desain organisasi yang menggunakan perbedaan dalam otoritas dan tanggung jawab, atau rantai komando. Sementara distribusi kekayaan dan pendapatan tidak perlu sama, harus demi keuntungan semua orang, dan pada saat yang sama, posisi-posisi otoritas dan jabatan komando harus bisa diakses oleh semua orang. Masyarakat yang menerapkan prinsip kedua dengan membuat posisi-posisinya terbuka bagi semua orang, sehingga tunduk dengan batasan ini, akan mengatur ketimpangan sosial ekonomi sedemikian hingga semua orang diuntungkan.

Prinsip-prinsip ini ditata dalam tata urutan dengan prinsip pertama mendahului prinsip kedua. Urutan ini mengandung arti bahwa pemisahan dari lembaga-lembaga kebebasan setara yang diperlukan prinsip pertama tidak bisa dijustifikasi, atau digantikan dengan

keuntungan sosial dan ekonomi yang lebih besar. Distribusi kekayaan dan pendapatan, serta hierarki otoritas, harus sejalan dengan kebebasan warga negara dan kesamaan kesempatan.

Jelas bahwa prinsip-prinsip tersebut agak spesifik isinya, dan penerimaan mereka terletak pada asumsi-asumsi tertentu yang pada akhirnya harus dijelaskan. Teori keadilan tergantung pada teori masyarakat dalam hal-hal yang akan tampak nyata nanti. Sekarang, harus dicermati bahwa dua prinsip tersebut (dan hal ini berlaku pada semua rumusan) adalah kasus khusus tentang konsepsi keadilan yang lebih umum yang bisa dijelaskan sebagai berikut:⁹⁸

Semua nilai sosial – kebebasan dan kesempatan, pendapatan dan kekayaan dan basis-basis harga diri – didistribusikan secara sama kecuali jika distribusi yang tidak sama dari sebagian, atau semua, nilai tersebut demi keuntungan semua orang.

Ketidakadilan adalah ketimpangan yang tidak menguntungkan semua orang. Tentu, konsepsi ini sangat kabur dan membutuhkan penafsiran.

Sebagai langkah pertama, anggaplah bahwa struktur dasar masyarakat mendistribusikan sejumlah nilai-nilai primer, yakni segala sesuatu yang diinginkan semua orang yang berakal. Nilai-nilai ini biasanya punya kegunaan apa pun rencana hidup seseorang. Sederhananya, anggaplah bahwa nilai-nilai primer utama pada disposisi masyarakat adalah hak dan kebebasan, kekuasaan dan

⁹⁸*Ibid*, hlm. 74

kesempatan, pendapatan dan kekayaan. Hal-hal tersebut merupakan nilai-nilai sosial primer. Nilai-nilai primer lain seperti kesehatan dan kekuatan, kecerdasan dan imajinasi, hal-hal natural, kendati kepemilikan mereka dipengaruhi oleh struktur dasar, namun tidak langsung berada di bawah kontrolnya. Bayangkan tatanan hipotesis awal di mana semua nilai primer di distribusikan secara sama, semua orang punya hak dan kewajiban yang sama, pendapatan dan kekayaan dibagi sama rata. Kondisi ini memberikan standar untuk menilai perbaikan. Jika ketimpangan kekayaan dan kekuasaan organisasional akan membuat semua orang menjadi lebih baik daripada situasi asal hipotesis ini, maka mereka sejalan dengan konsepsi umum.

Mustahil secara teoritis, bahwa dengan memberikan sejumlah kebebasan fundamental, mereka secara memadai dikompensasi capaian-capaian ekonomi dan sosialnya. Konsepsi keadilan umum tidak menerapkan batasan pada jenis ketimpangan apa yang diperbolehkan, hanya mengharuskan agar posisi semua orang bisa diperbaiki. Tidak perlu mengandaikan sesuatu yang amat drastis seperti persetujuan pada perbudakan. Bayangkan bahwa orang-orang justru menanggalkan hak-hak politik tertentu manakala keuntungan ekonomi signifikan dan kemampuan mereka untuk memengaruhi arus kebijaksanaan melalui penerapan hak-hak tersebut pada semua kasus akan terpinggir. Pertukaran jenis ini yang akan diungkapkan dua prinsip tersebut, setelah diurutkan secara serial mereka tidak

mengijinkan pertukaran antara kebebasan dasar dengan capaian-capaian sosial dan ekonomi. Urutan secara serial atas prinsip-prinsip tersebut mengekspresikan pilihan dasar di antara nilai-nilai sosial primer. Ketika pilihan ini rasional, begitu pula pilihan prinsip-prinsip tersebut dalam urutan ini.

Dalam mengembangkan keadilan sebagai *fairness*, dalam banyak hal akan mengabaikan konsepsi umum tentang keadilan dan justru mengulas kasus khusus dua prinsip dalam urutan. Keuntungan dari prosedur ini, bahwa sejak awal persoalan prioritas diakui, kemudian diciptakan upaya untuk menemukan prinsip-prinsip untuk mengatasinya. Orang digiring untuk memperhatikan seluruh kondisi di mana pengetahuan tentang yang absolute memberi penekanan pada kebebasan dengan menghargai keuntungan sosial dan ekonomi, sebagaimana didefinisikan oleh *leksikal order* dua prinsip tadi, akan jadi masuk akal. Urutan ini tampak ekstrim dan terlampau spesial untuk menjadi hal yang sangat menarik, namun ada lebih banyak justifikasi daripada yang akan terlihat pada pandangan pertama. Atau setidaknya seperti yang akan disebutkan. Selain itu, perbedaan antara hak-hak dan kebebasan fundamental dengan keuntungan sosial dan ekonomi menandai perbedaan di antara nilai sosial primer yang seharusnya dimanfaatkan. Perbedaan yang ada dan urutan yang diajukan hanya bersandar pada perkiraan. Namun penting untuk menunjukkan kalimat utama dari konsepsi keadilan yang masuk akal,

dan dalam kondisi, dua prinsip dalam tata urutan serial tersebut bisa cukup berguna.

Kenyataan bahwa dua prinsip tersebut bisa diterapkan pada berbagai lembaga punya konsekuensi tertentu. Berbagai hal menggambarkan hal ini. Pertama, hak-hak dan kebebasan yang diacu oleh prinsip-prinsip ini adalah hak-hak dan kebebasan yang didefinisikan oleh aturan publik dari struktur dasar. Kebebasan orang ditentukan oleh hak dan kewajiban yang dibentuk lembaga-lembaga utama masyarakat. Kebebasan merupakan pola yang pasti dari bentuk-bentuk sosial. Prinsip pertama menyatakan bahwa seperangkat aturan tertentu, aturan-aturan yang mendefinisikan kebebasan dasar, diterapkan pada semua orang secara sama dan membiarkan kebebasan ekstensif yang sesuai dengan kebebasan bagi semua. Satu alasan untuk membatasi hak-hak yang menentukan kebebasan dan mengurangi kebebasan bahwa hak-hak setara sebagaimana didefinisikan secara institusional tersebut saling mencampuri.

Hal lain yang harus diingat bahwa ketika prinsip-prinsip menyebutkan person, atau menyatakan bahwa semua orang memperoleh sesuatu dari ketidaksetaraan, acuannya person yang memegang berbagai posisi sosial, atau jabatan atau apapun yang dikukuhkan oleh struktur dasar. Dalam menerapkan prinsip kedua diasumsikan bahwa dimungkinkan untuk memberi harapan akan kesejahteraan pada individu-individu yang memegang posisi-posisi

tersebut. Harapan ini menunjukkan masa depan hidup mereka sebagaimana dilihat dari status sosial mereka. Secara umum, harapan orang-orang representative bergantung pada distribusi hak dan kewajiban di seluruh struktur dasar. Ketika hal ini berubah, harapan berubah. Dapat diasumsikan bahwa harapan-harapan tersebut terhubung dengan menaikkan masa depan orang yang representative pada satu posisi, berarti kita meningkatkan atau menurunkan masa depan orang-orang representative di posisi-posisi lain. Hal ini bisa diterapkan pada bentuk-bentuk institusional, prinsip kedua (atau bagian pertamanya) mengacu pada harapan akan individu-individu representative. Kedua prinsip tersebut tidak bisa diterapkan pada distribusi nilai-nilai tertentu pada individu-individu tertentu yang bisa diidentifikasi oleh nama-nama pas mereka. Situasi di mana seseorang mempertimbangkan bagaimana mengalokasikan komoditas-komoditas tertentu pada orang-orang yang membutuhkan yang diketahui tidak berada dalam cakupan prinsip tersebut. Mereka bermaksud mengatur tatanan institusional dasar, dan tidak boleh mengasumsikan bahwa terdapat banyak kesamaan dari sudut pandang keadilan antara porsi administratif berbagai nilai pada person-person spesifik dengan desain yang layak tentang masyarakat. Intuisi *common sense* mengenai porsi administratif mungkin merupakan panduan yang buruk bagi desain tata masyarakat.

Sekarang prinsip kedua menuntut agar setiap orang mendapat keuntungan dari ketimpangan dalam struktur dasar. Berarti pasti masuk akal bagi setiap orang representative yang didefinisikan oleh struktur ini, ketika ia memandangnya sebagai sebuah titik perhatian, untuk memilih masa depannya dengan ketimpangan daripada masa depannya tanpa ketimpangan. Orang tidak boleh menjustifikasi perbedaan pendapatan atau kekuatan organisasional karena orang-orang lemah lebih diuntungkan oleh lebih banyaknya keuntungan orang lain. Lebih sedikit penghapusan kebebasan yang dapat diseimbangkan dengan cara ini. Dengan diterapkan pada struktur dasar, prinsip utilitas akan memaksimalkan jumlah harapan orang-orang representative (ditekankan oleh sejumlah orang yang mereka wakili, dalam pandangan klasik), dan hal ini akan membuat kita mengganti sejumlah kerugian dengan pencapaian hal lain. Dua prinsip tersebut menyatakan bahwa semua orang mendapat keuntungan dari ketimpangan sosial dan ekonomi. Namun jelas bahwa ada banyak cara yang membuat semua orang bisa diuntungkan ketika penataan awal atas kesetaraan dianggap sebagai standar. Bagaimana memilih di antara berbagai kemungkinan ini? Pada prinsipnya harus jelas sehingga dapat memberikan kesimpulan yang pasti.

d. Keadilan Bermartabat

1. Aturan Lama Dan Teori Keadilan Bermartabat

Meskipun ada ketentuan-ketentuan hukum substansif yang sama dengan substansi kaidah dan asas-asas hukum sebelum Proklamasi⁹⁹ kemerdekaan yang berlaku atas dasar Aturan Peralihan Pasal II Undang-Undang Dasar 1945, namun dalam penerapannya aturan-aturan itu telah disesuaikan dengan keadaan baru setelah kemerdekaan. Penyesuaian itu misalnya dilakukan dengan jalan memberikan tafsir atau interpretasi nilai sebagaimana diterangkan oleh Notonegoro¹⁰⁰. Pemakaian istilah atau perkataan pelestarian bagi berlakunya hukum yang lama (kolonial) sesungguhnya kurang tepat. Kekurangtepatan itu disebabkan berlakunya ketentuan hukum serta badan-badan yang ada atau yang lama diberikan legalitas oleh Aturan Peralihan Pasal II itu guna mengisi dan menjaga agar tidak terjadi apa yang oleh sementara kalangan dianggap kekosongan hukum. Dalam kalimat Aturan Peralihan Pasal II tersebut tercantum rumusan kata-kata “.....selama belum diadakan yang baru menurut Undang-Undang Dasar ini”.

Hal itu tidak menutup kemungkinan, apabila telah diadakan ketentuan peraturan-peraturan yang baru sesuai dengan Undang-Undang Dasar yang Asli, maka ketentuan-ketentuan tersebut menjadi

⁹⁹”Sebelum Proklamasi” dipakai mengingat secara filsafat Bangsa Indonesia adalah Bangsa yang secara defacto adalah bangsa yang Merdeka, namun Indonesia baru menyatakan kemerdekaannya pada tanggal 17 Agustus 1945.

¹⁰⁰Teguh Prasetyo dan Abdul Halim Barkatullah, (2012), *Op.Cit.*, hal.,371. Tanggapan terhadap penilaian Daniel S. Lev, dalam bukunya yang berjudul *Hukum dan Politik di Indonesia*, LP3ES, Jakarta, 1990, hal., 460-462.

tidak berlaku lagi. Jadi, di sini terdapat syarat bagi berlakunya peraturan hukum lama (kolonial) itu, dan dengan demikian tidak terdapat kehendak untuk melestarikan dalam pengertian tanpa syarat.

Meskipun dalam hal ini, keberlakuan tidak ditetapkan waktu yang definitif sampai berapa lama ketentuan-ketentuan¹⁰¹ itu berlaku.

Sementara pihak berpandangan bahwa kehendak untuk tidak melestarikan hukum kolonial itu terus ada di dalam pikiran setiap orang Indonesia. Terbukti dengan partisipasi pihak di dalam pembaruan hukum yang selama ini masih dilandasi oleh asas-asas hukum dan pranata hukum yang berasal dari pemikiran pembuat undang-undang Perancis dan Belanda (abad ke-19). Hanya saja, dicontohkan pihak itu bahwa asas keseimbangan yang pernah diperkenalkan memberikan dasar dan landasan baru yang digali dari alam pikiran, filsafah, nilai, dan norma bangsa Indonesia sendiri. Hal ini sangat penting bagi perdagangan dan bisnis internasional dalam era globalisasi dan informatika abad ini¹⁰².

Apabila contoh diatas dilakukan oleh unsur pertikelir di dalam negara, maka contoh selanjutnya dari kontribusi negara secara langsung dalam membuktikan bahwa tidak terdapat kehendak untuk melestarikan

¹⁰¹Menurut Sunaryati Hartono, sampai dengan tahun 2006 masih ada kurang lebih 400 produk hukum dari zaman Hindia Belanda yang tetap diberlakukan sebagaimana telah diteliti oleh Badan Pembinaan Hukum Nasional, ketika Sunaryati memimpin lembaga tersebut. Sunaryati menyayangkan bahwa di balik kenyataan masih begitu banyaknya jumlah produk hukum Hindia Belanda yang masih berlaku, namun penggantiannya dengan yang baru produk pembangunan hukum bangsa sendiri terkendala dengan sangat kecilnya APBN yang disediakan untuk pembangunan hukum sampai sekarang ini. Dalam Kata Sambutan Sunaryati Hartono untuk Buku Herlin Budiono, Asas Keseimbangan bagi Hukum Perjanjian Indonesia, Hukum Perjanjian Berlandaskan Asas-Asas Wigati Indonesia, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2006, hal., iii.

¹⁰²Sunaryati Hartono, dalam Herlin Budiono, (2006) *Ibid.*, hal., IV.

produk-produk hukum kolonial secara tanpa syarat dan dengan demikian ternyata sifat lainnya dari teori keadilan bermartabat ini adalah pembuatan dan pemberlakuan suatu hukum acara pidana nasional.

Yang dimaksud dengan hukum acara pidana nasional itu adalah Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana (KUHP). Di dalam bagian Menimbang huruf (b), (a), (c), (d) dan huruf (e) Undang-Undang itu dinyatakan dengan tegas prinsip-prinsip pembaruan hukum kolonial ke hukum nasional.

Bahwa demi pembangunan di bidang hukum sebagaimana termaktub dalam Garis-Garis Besar Haluan Negara (Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia Nomor IV/MPR/1978) dipandang perlu mengadakan usaha peningkatan dan penyempurnaan pembinaan hukum nasional dengan mengadakan pembaruan kodifikasi serta unifikasi hukum dalam rangkaian pelaksanaan secara nyata dari Wawasan Nusantara.

Selanjutnya dirumuskan pula bahwa pembangunan hukum nasional yang demikian itu, di bidang hukum acara pidana, adalah agar masyarakat menghayati kewajibannya dan untuk meningkatkan pembinaan sikap pelaksanaan penegak hukum sesuai dengan fungsi dan wewenang masing-masing ke arah tegaknya peraturan perundang-undangan, keadilan, dan perlindungan terhadap harkat dan martabat

manusia, ketertiban serta kepastian hukum demi terselenggaranya negara hukum sesuai dengan Undang-Undang Dasar 1945. Perumusan demikian itu juga dilandasi oleh pertimbangan bahwa NKRI adalah negara hukum¹⁰³ berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945 yang menjunjung tinggi hak asasi manusia serta yang menjamin segala warganegara sama kedudukannya di dalam hukum dan pemerintahan dan wajib menjunjung tinggi hukum dan pemerintahan itu tanpa pengecualian atau perbedaan.

Pertimbangan dibuatnya hukum acara pidana yang baru bagi bangsa Indonesia adalah bahwa hukum acara pidana sebagai yang termuat dalam *Het Herzine Inlandsch Reglemen (Staatsblad Tahun 1941 Nomor 44)* dihubungkan dengan dan Undang-Undang Nomor 1 Drt. Tahun 1951 (Lembaran Negara Tahun 1951 Nomor 9, Tambahan Lembaran Negara Nomor 81) serta semua peraturan pelaksanaannya dan ketentuan yang diatur dalam perundang undangan lainnya sepanjang hal itu mengenai hukum acara pidana, perlu dicabut, karena sudah tidak sesuai dengan cita-cita hukum nasional. Di sini terlihat dimensi praktikal yang paling jelas dari teori keadilan bermartabat.

Sehubungan dengan itu, di dalam penjelasan KUHAP dirumuskan bahwa sekalipun Undang-Undang Nomor 1 Drt. Tahun 1951 telah menetapkan bahwa hanya ada satu hukum acara pidana yang berlaku untuk seluruh Indonesia, yaitu RIB, akan tetapi ketentuan

¹⁰³Aspek mengenai negara hukum juga dibahas dalam buku ini, infra.

yang tercantum di dalamnya ternyata belum memberikan jaminan dan perlindungan terhadap hak asasi manusia, perlindungan terhadap harkat dan martabat manusia sebagaimana wajarnya dimiliki oleh suatu negara hukum. Contoh dari ketiadaan pemberian perlindungan yang sewajarnya ada dalam suatu negara hukum tetapi tidak ada di dalam RIB, menurut pembuat KUHAP yaitu misalnya mengenai bantuan hukum di dalam pemeriksaan oleh penyidik atau penuntut hukum, demikian juga mengenai ketentuan yang mengatur pemberian ganti kerugian.

Berkaitan dengan itu dirumuskan pula bahwa alasan, antara lain; '...karena sudah tidak sesuai dengan cita-cita hukum nasional' jugalah yang mendasari keperluan diadakannya undang-undang tentang hukum acara pidana yang baru untuk melaksanakan peradilan bagi pengadilan dalam lingkungan peradilan umum dan Mahkamah Agung dengan mengatur hak serta kewajiban bagi mereka yang ada dalam proses pidana, sehingga dengan demikian dasar utama negara hukum dapat ditegakkan.

Berkenaan dengan alasan '...karena sudah tidak sesuai dengan cita-cita hukum nasional', dirumuskan dalam penjelasan KUHAP bahwa KUHAP. Misalnya, karena mengatur tentang hukum acara pidana nasional, wajib didasarkan kepada falsafah/pandangan hidup bangsa dan dasar negara.

Maka sudah seharusnya di dalam ketentuan materi pasal atau ayat tidak hanya tercermin perlindungan terhadap hak asasi manusia serta kewajiban warga negara. Namun, terefleksikan pula asas-asas yang mengatur perlindungan terhadap keluhuran harkat serta martabat manusia. Di sini juga, terlihat dengan jelas dimensi pokok dari teori keadilan bermartabat. Adapun asas-asas tersebut, antara lain adalah perlakuan yang sama atas diri setiap orang di muka hukum dengan tidak mengadakan pembedaan perlakuan. Selanjutnya, ditentukan pula bahwa penangkapan, penahanan, penggeledahan dan penyitaan hanya dilakukan berdasarkan perintah tertulis oleh pejabat yang diberi wewenang oleh undang-undang dan hanya dalam hal serta cara yang diatur dengan undang-undang.

Dikemukakan pula disini contoh yang lain tentang asas dalam teori keadilan bermartabat. Syarat bagi berlakunya peraturan hukum lama (kolonial) itu sama sekali tidak mengandung kehendak untuk melestarikan peraturan hukum kolonial itu tanpa syarat. Dalam bidang hukum agraria dalam arti luas¹⁰⁴, yaitu sebagai sebutan suatu kelompok berbagai bidang hukum, yang mengatur hak hak penguasaan atas sumber-sumber kekayaan alam yang meliputi hukum tanah, hukum air.

Hukum yang mengatur hak-hak penguasaan atas tenaga dan unsur-unsur tertentu dalam ruang angkasa Indonesia, hukum pertambangan,

¹⁰⁴Boedi Harsono, Hukum Agraria Indonesia, Himpunan Peraturan-Peraturan Hukum Tanah, Cet., Keduabelas, Djambatan, Jakarta, 1992, hal., xxxii.

hukum perikanan, hukum kehutanandan lain sebagainya yang masih berlaku. Keberlakuan itu berlangsung hingga disusunnya Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agrari. Undang-Undang dimaksud masih berlaku asas dan kaidah yang sebagian tersusun berdasarkan tujuan dan sendi-sendi dari pemerintahan jajahan dan sebagian dipengaruhi olehnya. Sebab itu, ada kesan, Undang-Undang tersebut bertentangan dengan kepentingan rakyat dan negara di dalam menyelesaikan revolusi nasional dan pembangunan semesta.

Tujuan dan sendi-sendi yang berada dibalik susunan pemerintahan jajahan itu adalah sifat dualisme, dengan berlakunya hukum adat disamping hukum agraria yang didasarkan atas hukum Barat dan bahwa bagi rakyat asli hukum agraria penjajahan itu tidak menjamin kepastian hukum.

Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria (UUPA) sebagai dasar bagi hukum agraria yang baru kemudian disusun dengan muatan asas-asas serta soal-soal pokok dalam garis besarnya dalam rangka memberikan kemungkinan akan tercapainya fungsi bumi, air dan ruang angkasa yang sesuai dengan kepentingan rakyat dan Negara serta memenuhi keperluannya menurut permintaan zaman dalam segala soal agraria. Hukum agraria nasional, sebagaimana dinyatakan di dalam Penjelasan Umum UUPA Bagian I tentang tujuan UUPA, harus mewujudkan

penjelamaan daripada asas kerohanian negara dan cita hukum bangsa yaitu Pancasila.

Sementara itu, sanggahan juga perlu dikemukakan terhadap pandangan bahwa hukum substantif yang majemuk menggambarkan atau merupakan acuan pokok sifat hukum kolonial¹⁰⁵. Memang betul bahwa substansi hukum kolonial menunjukkan corak kemajemukan, sebab itu merupakan suatu kenyataan. Hanya saja kemajemukan tidak selalu berarti kolonial. Terdapatnya kemajemukan di dalam hukum nasional tidak merupakan corak satu-satunya¹⁰⁶.

Hal itu dikarenakan dalam hukum nasional juga mengakui adanya asas Bhineka Tunggal Ika sebagai perwujudan dari asas yang bersumber pada sila Pancasila yaitu Persatuan Indonesia. Meskipun demikian disadari benar tentang bagaimana penerapannya di bidang hukum bukanlah permasalahan yang sederhana. Untuk menuju ke arah itu diperlukan kajian serta pengalaman yang memadai¹⁰⁷.

Selama ini semua itu bukanlah suatu mimpi, sebagaimana dikemukakan di atas. Hal-hal seperti itu merupakan kerja nyata sehari-hari yang telah berlangsung lama, masih dapat dijumpai dalam kehidupan sehari-hari individu dan masyarakat Indonesia serta masih akan berlangsung terus di masa-masa yang akan datang.

Terkait dengan permasalahan ini, Kusumaatmadja memberikan sumbangan pemikiran yang berharga, dan mengemukakan

¹⁰⁵Daniel S. Lev., (1990), Ibid.

¹⁰⁶Teguh Prasetyo dan Abdul Halim Barkatullah, (2012), Op.Cit., hal., 372.

¹⁰⁷Ibid.

pendapatnya sebagai berikut¹⁰⁸. Pandangan Prof. Mochtar Kusumaatmadja juga tidak ditolak oleh pakar teori hukum lainnya di Indonesia, yaitu Prof. Satjipto Raharjo. Pedoman yang dapat digunakan dalam membangun hukum nasional adalah untuk mengusahakan kesatuan yang mungkin membolehkan keanekaragaman bila keadaan menghendaknya, tetapi bagaimana pun juga mengutamakan kepastian (*unity whenever possible, diversity where desirable, but above all certainty*). Sementara itu, teori keadilan bermartabat tidak mempersoalkan pembedaan atau dikotomi maupun antinomi antara keadilan, kemanfaatan dan kepastian hukum, namun memandang keadilan sebagai hal yang utama dimana secara sistemik didalamnya sudah otomatis terkandung pula kemanfaatan dan kepastian hukum.

Kaitan dengan sistem hukum yang dibangun di atas dasar Pancasila, Prof. Kusumaatmadja mengemukakan bahwa asas kesatuan dan persatuan tidak berarti bahwa adanya keanekaragaman budaya tidak perlu diperhatikan. Sebab, apabila Pancasila merupakan nilai dasarnya maka hukum nasional dapat di pandang sebagai perangkat yang mengandung nilai instrumental yang berkembang secara dinamis¹⁰⁹.

¹⁰⁸Mochtar Kusumatatmadja, Pemantapan Cita Hukum dan Asas-Asas Hukum Nasional di Masa Kini dan Masa yang akan Datang, Dalam Majalah hukum Nasional Nomor 1, Badan Pembinaan Hukum Nasional Departemen Kehakiman, Jakarta, 1995, hal., 97.

¹⁰⁹Teguh Prasetyo dan Abdul Halim Barkatullah, (2012), Op. Cit., hal., 372-373.

Berikut dibawah ini penelusuran yang lebih jauh terhadap hakikat dari teori keadilan bermartabat itu. Penelusuran dibawah ini diharapkan juga untuk menguatkan suatu simpulan bahwa teori keadilan bermartabat ini dapat disebut juga dengan suatu teori sistem hukum berdasarkan Pancasila.

2. Teori Keadilan Bermartabat; Nilai Dan Pendekatan

Sebagai teori, maka seyogyanya teori itu dipahami dengan kesadaran penuh atau dirasionalisasi sampai ke akarnya; yaitu bahwa setiap teori itu sejatinya adalah “alat”. Teori adalah alat, artinya setiap teori yang di bangun selalu berorientasi kepada nilai kemanfaatan untuk manusia dan masyarakat. Begitu pula dengan teori keadilan bermartabat. Sebagai suatu teori maka pada hakikatnya teori keadilan bermartabat itu juga adalah suatu “alat”. Umumnya di era kemajuan dan pengembangan ilmu pengetahuan dan teknologi ini orang menyamakan “alat” dengan suatu teknologi. Teori keadilan bermartabat adalah suatu “alat”, suatu bentukan atau temuan dan karya-cipta, hasil rancang bangun yang dibuat manusia, untuk memanusiakan manusia.

“Alat” itu dibuat manusia supaya manusia itu sendiri atau manusia lain yang berminat dapat mempergunakan “alat” itu. Tujuan penggunaan “alat” yang bernama teori itu antara lain sebagai pembenar (*justification*), atau sekurang-kurangnya untuk memberi

nama (identitas) terhadap sesuatu. Pemberian identitas itu dimaksudkan pula untuk membedakan sesuatu itu dengan sesuatu yang lainnya. Sesuatu dalam tulisan ini yaitu sistem hukum positif yang berlaku di Indonesia. Teori keadilan bermartabat merupakan temuan dan pokok kajian dalam buku ini. Hal ini perlu dikemukakan mengingat pada umumnya orang memahami bahwa teori adalah hasil pemikiran atau buah karya seseorang; teori adalah milik seseorang. Suatu teori adalah hasil penemuan buah karya atau hasil konstruksi berpikir milik seseorang yang menekuni bidang keilmuan tertentu.

3. Nilai Teori Keadilan Bermartabat

Sebagai suatu “alat” yang diciptakan atau hasil pemikiran, sudah pasti si penciptanya mengetahui dan ingin agar supaya “alat” itu bermanfaat. Ini juga suatu ciri lain dari teori. Demikian pula ciri yang lain dari teori keadilan bermartabat. Sebagaimana umum juga dipahami bahwa manfaat atau kegunaan adalah suatu nilai material atau nilai yang bersifat kebendaan. Nilai adalah kualitas dari sesuatu. Demikian pula dengan teori keadilan bermartabat.

Teori keadilan bermartabat bernilai, seperti nilai yang dimaksud Notonagoro, sebab sekurang-kurangnya teori itu memiliki kualitas, dapat dimanfaatkan oleh suatu bangsa yang besar dan penduduknya, terbentang dari Sabang sampai Marauke dan dari Talud sampai Pulau Rote. Dimaksudkan dengan berkualitas, juga antara lain

bahwa untuk tujuan yang baik; menjadi alat pemersatu, memahami, menjalani dan memelihara bentuk sistem dari suatu bangsa yang besar.

Notonagoro membagi nilai menjadi tiga kelompok, yaitu nilai material segala sesuatu yang berguna bagi jasmani manusia, vital (berguna bagi manusia untuk melaksanakan aktivitas) dan kerohanian (berguna bagi rohani manusia). Nilai kerohanian dapat dibagi menjadi nilai kebenaran kenyataan yang bersumber dari unsur rasio (akal) manusia, nilai keindahan yang bersumber dari unsur rasa (estetis) manusia, nilai kebaikan yang bersumber pada kepercayaan manusia dengan disertai penghayatan melalui akal dan budi nuraninya¹¹⁰.

Selama ini teori keadilan bermartabat sudah dimanfaatkan, baik oleh penemunya sendiri maupun oleh pihak lain yang menggunakan teori keadilan bermartabat. Di dalam buku ini, sengaja ditunjukkan sejumlah bukti penggunaan teori keadilan bermartabat, misalnya dalam pembentukan peraturan perundang-undangan, keputusan hakim dan doktrin hukum yang dikembangkan dalam sistem hukum positif Indonesia selama ini. Agar “alat” itu dapat dipergunakan tidak hanya oleh si penemu itu sendiri, tetapi juga dapat berguna orang lain, maka si pencipta “alat” itu mengusahakan hal itu dengan jalan “mempromosikan”(publikasi) bahwa “alat” hasil ciptaannya itu yang paling baik ketimbang “alat” hasil ciptaan atau temuan pihak lain.

¹¹⁰Darji Darmodiharjo, Penjabaran Nilai-Nilai Pancasila dalam Sistem Hukum Indonesia, Rajawali Pers, Jakarta, 1996.

Keinginan si pencipta atau, begitu seterusnya dengan orang lain (pihak ketiga) yang sudah merasakan manfaat dari “alat” hasil karya si pencipta pertama itu agar supaya nantinya orang-orang yang lain juga turut menggunakan “alat” itu terlihat dengan jelas di balik pernyataan di bawah ini:

“Filsafat Pancasila adalah hasil berpikir/pemikiran yang sedalam-dalamnya dari bangsa Indonesia yang dianggap, dipercaya dan diyakini sebagai sesuatu (kenyataan, norma-norma, nilai-nilai) yang paling benar, paling adil, paling bijaksana, paling baik dan paling sesuai bagi, bangsa Indonesia”¹¹¹.

Sekalipun nampak dari kutipan diatas ada semacam usaha untuk mempromosikan teori keadilan bermartabat itu sebagai sesuatu yang paling benar namun hal itu dilakukan tanpa disertai maksud untuk menjadikan teori keadilan bermartabat menjadi satu-satunya teori yang memonopoli kebenaran atau bersifat indoktrinasi dan arogan. Seperti telah dikemukakan di muka, teori keadilan yang memiliki ciri kefilsafatan, mencintai kebijaksanaan dan bertanggung jawab. Dalam konteks itu, teori keadilan bermartabat menolak arogansi, namun mendorong rasa percaya diri, dan keyakinan diri suatu sistem hukum, dalam hal ini sistem hukum berdasarkan Pancasila. Ada perbedaan yang prinsipil antara arogansi dan keyakinan diri. Yang pertama

¹¹¹Tommy Leonard, Disertasi, Pembaharuan Sanksi Pidana Berdasarkan Falsafah Pancasila dalam Sistem Pidana di Indonesia, Program Doktor Ilmi Hukum Pascasarjana Universitas Jayabaya, Jakarta, 2013, hal., 37

adalah sikap yang kurang baik dan bahkan tepatnya tidak baik, namun yang kedua adalah sikap, terutama sikap ilmiah yang dianjurkan, secara bertanggung jawab. Mereka yang mempelajari filsafat selalu berusaha untuk berwawasan luas dan terbuka. Mereka, para filsuf, dalam hal ini filsuf hukum diajak untuk menghargai pemikiran, pendapat dan pendirian orang lain¹¹², dan tidak memaksakan kebenaran yang mereka yakini itu (indoktrinasi) kepada orang atau pihak lain.

4. Pendekatan Sistem Menurut Teori Keadilan Bermartabat

Sebagai suatu teori, hasil berpikir secara kefilsafatan, maka teori keadilan bermartabat juga mempunyai metode pendekatan dalam mempelajari dan menjelaskan atau menguraikan dan menerangkan objek pengkajian teori tersebut. Dalam hal ini objek pengkajian dari teori keadilan bermartabat yaitu segala sesuatu kaidah dan asas-asas hukum yang berlaku.

Pendekatan yang paling khas dalam teori keadilan bermartabat terhadap objek studinya sehingga teori ini dapat diidentifikasi sebagai memiliki sifat bermartabat yaitu bahwa kaidah-kaidah dan asas-asas hukum itu dilihat sebagai suatu sistem. Dengan perkataan lain, teori keadilan bermartabat bekerja secara sistem, pendekatannya dapat juga disebut sistemik atau, seperti telah dikemukakan dimuka yakni

¹¹²Teguh Prasetyo dan Abdul Halim Barkarullah, (2012), Op. Cit., hal., 4.

pendekatan filosofis (philosophical approach). Itulah sebabnya, dalam teori keadilan bermartabat kaidah-kaidah dan asas-asas hukum Indonesia juga dilihat sebagai berada dan merupakan bagian dari suatu sistem hukum yang disusun secara tersruktur yang berlaku dalam sistem positif.

Kaitannya dengan konsep hukum positif yang disebutkan diatas, maka perlu ditegaskan kembali disini bahwa apabila orang membicarakan hukum, maka yang senantiasa harus selalu ada di dalam benak pihak itu ialah hukum pada saat ini atau hukum yang ada disini dan yang dibuat oleh penguasa yang berwenang disaat ini dan ditempat ini pula (*ius constitutum*). Hukum yang demikian itu diberi nama hukum positif atau ada yang menyebutnya sebagai hukum yang berlaku (*positief recht, gelden recht, atau stelling recht*)¹¹³.

Perlu dikemukakan disini bahwa, sistemik berasal dari kata sistem. Perkataan sistem yang dipahami didalam teori keadilan bermartabat mengandung pengertian suatu kebulatan dan sejumlah unsur yang saling berhubungan menurut tata/urutan atau struktur/susunan pengaturan untuk mencapai sesuatu maksud atau menunaikan sesuatu peranan maupun tugas tertentu. Dalam mengemukakan jawaban terhadap suatu masalah pendekatan sistem menggunakan pendapat atau argumen yang merupakan uraian kefilsafatan yang berhubungan

¹¹³E. Utrecht/Moh. Saleh Djindang, Pengantar dalam Hukum Indonesia, Cet., Kesepuluh, Sinar Harapan, Jakarta, 1983, hal., 20-21.

secara teratur, saling berkaitan satu sama lain dan terkandung adanya maksud atau tujuan tertentu¹¹⁴.

Sehubungan dengan teori keadilan bermartabat yang hanya mempelajari obyeknya yaitu hukum dengan pendekatan sistem, maka perlu ditambahkan bahwa sistem merupakan suatu kesatuan yang terdiri dari unsur-unsur atau elemen yang saling berinteraksi satu sama lain. Teori keadilan bermartabat memandang bahwa dalam sistem tidak dikehendaki adanya konflik atau pertentangan antar unsur-unsur yang ada di dalam sistem tersebut. Teori keadilan bermartabat sebagai suatu sistem juga menganut pandangan bahwa manakala suatu konflik tidak terelakkan dalam sistem itu, maka konflik atau ketidak sesuaian, pertentangan maupun kesalingtumpangtindihan antar unsur-unsur dalam sistem itu segera dapat diselesaikan oleh sistem itu sendiri.

Kaitan dengan apa yang baru saja dikemukakan diatas itu dalam sistem hukum positif Indonesia dapat dijumpai ciri-ciri suatu pluralisme hukum. Sistem hukum positif Indonesia tidak menolak eksistensi atau keberadaan lima sistem hukum besar seperti sistem *Hukum Adat Civil Law* atau *Roman Law*, *Islamic Law* dan *Common Law* dan *Socialist Law*.

Teori keadilan bermartabat memiliki sifat bermartabat mengingat teori ini memandang sistem hukum positif Indonesia sebagai suatu sistem hukum yang toleran terhadap keberadaan kelima

¹¹⁴Ibid., hal., 3.

sistem dan tradisi hukum besar yang pernah dibangun umat manusia dimaksud. Mengingat sifatnya yang bertoleran terhadap kelima tradisi sistem hukum besar dimaksud, sampai-sampai Ilham Basri berpendapat bahwa sistem hukum Indonesia sebagai suatu sistem aturan yang berlaku di Indonesia adalah sistem yang sedemikian rumit dan luas.

Ilham Basri menganggap bahwa kelima sistem hukum besar dunia itu, di dalam sistem hukum positif Indonesia adalah unsur-unsur hukum. Menurut Ilham Basri, di antara unsur hukum yang satu dengan yang lain saling bertautan, saling pengaruh mempengaruhi serta saling mengisi di dalam sistem hukum positif Indonesia. Oleh karenanya pembicaraan suatu bidang atau unsur atau sub sistem hukum yang berlaku di Indonesia tidak bisa dipisahkan dari yang lain, sehingga sistem hukum positif Indonesia itu mirip dengan tubuh seorang manusia, unsur hukum bagaikan suatu organ di dalam suatu tubuh yang keberadaannya tidak bisa dipisahkan dari organ yang lain¹¹⁵.

Selanjutnya perlu diketengahkan pula bahwa dalam teori keadilan bermartabat terkandung suatu sifat dasar lainnya yaitu bahwa sistem hukum positif itu berorientasi kepada tujuan. Di dalam sistem maka keseluruhan adalah lebih dari sekedar jumlah dan bagian-bagiannya. Selanjutnya suatu sistem berorientasi dengan sistem yang lebih besar, yaitu lingkungannya. Bekerjanya bagian-bagian dari sitem

¹¹⁵Teguh Prasetyo dan Arie Purnomosidi, (2009), hal., 41-42.

itu menciptakan sesuatu yang berharga. Seterusnya, di dalam sistem masing-masing bagian harus cocok satu sama lain dan ada kekuatan pemersatu yang mengikat sistem itu. Berikut, di dalam sistem terdapat mekanisme kontrol, koreksi atau pengawasan dan umpan balik¹¹⁶ yang berfungsi untuk menjaga kesinambungan eksistensi dari sistem itu.

Demikian pula dengan suatu sistem hukum positif dalam perspektif teori keadilan bermartabat. Hukum positif Indonesia itu satu sistem yang tidak sedang ditunggu, tetapi satu sistem yang eksis disini, sekarang ini dan sehari-hari mesin itu “berputar”, sistem itu sudah ada masih bekerja dan akan terus bekerja serta mengatur tata tertib dalam masyarakat. Sistem hukum Indonesia dilihat sebagai suatu kesatuan yang terdiri dari unsur-unsur yang mempunyai interaksi satu sama lain dan bekerjasama untuk mencapai tujuan kesatuan tersebut¹¹⁷ diatas. Pada hakikatnya sistem hukum merupakan suatu kesatuan hakiki dan terbagi-bagi dalam bagian-bagian, di dalam mana setiap masalah atau persoalan menemukan jawaban atau penyelesaiannya. Jawaban itu terdapat didalam sistem itu sendiri¹¹⁸.

Sistem hukum berdasarkan Pancasila sebagai suatu filsafat hukum, sistem hukum positif Indonesia, juga dilihat suatu kesatuan hakiki dan terbagi dalam bagian-bagian, di dalamnya setiap masalah atau persoalan harus dapat menemukan jawaban atau penyelesaiannya.

¹¹⁶Teguh Prasetyo, (2013), *Op. Cit.*, hal. 40.

¹¹⁷Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum Suatu Pengantar*, Set., Keempat, Liberty, Yogyakarta, 2008, hal., 122.

¹¹⁸*Ibid.*, hal., 123.

Prinsip ini juga menyebabkan sistem hukum itu menjadi suatu sistem hukum yang bermartabat.

Meskipun pada prinsipnya jawaban atas setiap permasalahan yang timbul dalam sistem hukum itu terdapat di dalam sistem hukum itu sendiri, namun dapat dipahami bahwa sistem hukum itu merupakan sistem yang terbuka dan toleran. Dimaksudkan dengan sistem yang terbuka adalah kesatuan unsur-unsur dalam sistem itu juga mempengaruhi unsur-unsur diluar sistem hukum tersebut. Peraturan-peraturan hukum dalam bentuk kaidah dan asas-asas di dalam sistem itu terbuka untuk ditafsirkan sistem itu, dalam rangka menyesuaikan diri dengan perkembangan yang terjadi diluar sistem hukum tersebut. Dengan karakter yang terbuka dan toleran itu, suatu sistem hukum selalu berkembang, tidak terkesan statis dan berubah tanpa meninggalkan sifat-sifat utamanya sebagai sistem hukum.

Sifat sistemik dalam teori keadilan bermartabat yang baru saja dikemukakan itu, menjawab tuntutan keseimbangan yang sudah umum pula. Bahwa, meskipun sistem hukum itu merupakan sistem terbuka, namun tidak menutup kemungkinan ada bagian-bagian tertentu dalam sistem hukum itu yang bersifat steril. Dimaksudkan dengan steril adalah berdaulat. Unsur yang secara bebas menerima pengaruh, namun tidak dapat ditekan atau dipaksakan oleh unsur-unsur diluar sistem hukum itu sendiri.

Sistem hukum sebagaimana dikemukakan oleh Harold J. Berman adalah keseluruhan aturan dan prosedur spesifik. Oleh karena itu, sistem hukum dapat dibedakan ciri-cirinya dari sistem kaidah-kaidah dan norma sosial pada umumnya. Dengan identitas sistem kaidah hukum yang dapat dibedakan dengan sistem kaidah pada umumnya, maka sistem hukum secara relatif konsisten diterapkan oleh suatu struktur otoritas yang profesional guna mengontrol proses-proses sosial yang terjadi dalam masyarakat¹¹⁹.

Pengertian atau definisi dari konsep sistem yang dianut dalam teori keadilan bermartabat, dengan demikian, adalah suatu perangkat prinsip atau perangkat asas dan perangkat kaidah hukum positif yang merupakan bagian yang tidak terpisahkan dan teramat penting dari suatu sistem hukum positif yang keseluruhannya telah dirancang menurut pola tertentu, saling berkaitan erat antara satu bagian dengan bagian yang lain dan saling bahu membahu antara satu unsur dengan unsur yang lainnya di dalam suatu kesatuan tujuan.

5. Keadilan Sebagai Tujuan Dan Moralitas Sistem Hukum

Pembicaraan mengenai keadilan selalu terkait dengan pembahasan mengenai hukum itu sendiri. Seperti telah dikemukakan pula di muka, hukum dan keadilan bagaikan dua sisi mata uang yang tidak dapat dipisahkan. Satu uang, dua sisi, yang membuat uang itu

¹¹⁹Soetandyo Wignjosebroto, *Dari hukum kolonial ke Hukum Nasional: Dinamika Sosial-Politik dalam Perkembangan Hukum di Indonesia*, Cet., Kedua, Raja Grafindo Pesada, Jakarta, 1995, hal., 1. Catatan Kaki nomor 1 dalam buku itu.

disebut uang. Ada kalanya, keadilan sendiri dimaknai menurut asal atau kata dasar adil yang artinya tidak berat sebelah. Pemahaman seperti ini tidak salah, hanya saja belum lengkap. Dalam buku ini, teori keadilan bermartabat berusaha untuk memahami keadilan hukum.

Profesor Satjipto Rahardjo telah mencoba mendefinisikan keadilan dengan menziarahi, atau membaca buku sejumlah pemikir yang pernah hidup dan berusaha menemukan hakikat keadilan. Dikatakan bahwa menurut Ulpianus, keadilan adalah kemauan yang bersifat tetap dan terus menerus untuk memberikan kepada setiap orang apa yang semestinya, untuknya. Dikemukakan pula suatu ungkapan klasik dalam bahasa Latin, atau Latin Maxim untuk itu, yaitu *iustitia est constant et perpetua voluntas ius suum cuique tribendi*. Sementara itu, menurut Herbert Spencer, keadilan merupakan kebebasan seseorang untuk menentukan apa yang akan dilakukannya, asal tidak melanggar kebebasan yang sama dari orang lain. Menurut Justinian, keadilan adalah kebijakan yang memberikan hasil, bahwa setiap orang mendapat apa yang merupakan bagiannya¹²⁰.

Rumusan pengertian keadilan yang banyak dirujuk adalah pengertian keadilan yang dikemukakan oleh Aristoteles. Seperti diketahui, Aristoteles merupakan seorang filsuf kebangsaan Yunani. Selama ini, ziarah terhadap pemikiran filsuf Yunani itu sering

¹²⁰Satjipto Rahardjo, Ilmu Hukum, Cet. Keenam, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2006, hal., 163-164.

dilakukan karena pemikiran filsuf itu mempunyai kontribusi besar terhadap perkembangan hukum (Filsafat Hukum). Prof. Satjipto Rahardjo mengemukakan bahwa setidaknya ada 5 kontribusi Aristoteles dalam perkembangan hukum.

Pertama, mengutip Friedman, Prof. Satjipto berpendapat bahwa pemikiran Aristoteles itu mengilhami studi Ensiklopedia terhadap keberadaan berbagai undang-undang dan konstitusi. Doktrin-doktrin Aristoteles tidak hanya meletakkan dasar-dasar bagi teori hukum tetapi juga kepada filsafat barat pada umumnya. Kedua, kontribusi Aristoteles terhadap filsafat hukum dalam formulasi terhadap keadilan. Ketiga, Aristoteles membedakan antara keadilan distributif dan keadilan korektif atau remedial. Selanjutnya, Aristoteles juga memilihi saham dalam membedakan antara keadilan menurut hukum dengan keadilan menurut alam. Keempat, kontribusi Aristoteles selanjutnya adalah membedakan terhadap keadilan abstrak dan kepatutan. Kontribusi kelima, Aristoteles mendefinisikan hukum sebagai kumpulan peraturan yang tidak hanya mengikat masyarakat tetapi juga hakim¹²¹.

Dapat diketahui dari pemaparan diatas, beberapa macam keadilan yang dikemukakan oleh Aristoteles. Yaitu keadilan distributif, keadilan korektif, keadilan menurut hukum, keadilan menurut alam, dan keadilan abstrak. Banyaknya pembedaan keadilan

¹²¹Wolfgang Friedmann, Teori dan Filsafat Hukum: Telaah Kritis Atas Teori-teori Hukum (susunan I), Cet. Kedua, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1993, hal., 10-11.

tersebut, dikarenakan memang keadilan, menurut Aristoteles adalah sesuatu yang tidak dapat dirumuskan secara pasti apa itu sebenarnya keadilan. Bahkan sampai sekarang tidak ada rumusan yang pasti tentang rumusan tersebut.

Rujukan kepada pandangan Aristoteles yang demikian itu kontradiksi dengan keadaan sesungguhnya di dalam praktik dimana setiap hari orang menikmati keadilan itu. Pada level teoritis, pandangan Aristoteles itu berseberangan dengan tujuan hukum yaitu keadilan. Oleh sebab itu, untuk mengatasi kesimpang siuran pemahaman, teori keadilan bermartabat, meletakkan tujuan hukum yaitu keadilan secara sistemik. Tujuan hukum dalam teori keadilan bermartabat tidak dipertentangkan, atau tidak diantonomikan dengan kemanfaatan dan kepastian hukum. Hukum itu, bagi teori keadilan bermartabat selalu adil, selalu bermanfaat dan selalu pasti.

Rumusan pengertian tentang keadilan juga dikemukakan Hans Kelsen. Dalam *Pure Theory of Law And State*, keadilan oleh Kelsen dimaknai sebagai legalitas. Dimaksudkan dengan pemaknaan keadilan sebagai legalitas jika suatu aturan diterapkan pada semua kasus dimana menurut isinya memang aturan tersebut harus dipublikasikan. Adalah tidak adil jika suatu aturan diterapkan pada satu kasus tetapi tidak pada kasus lain yang sama. Menurut Kelsen, juga sudah umum dipahami, keadilan dalam arti legalitas adalah suatu kualitas yang tidak berhubungan dengan isi tata aturan positif, tetapi dengan

pelaksanaannya. Menurut legalitas, pernyataan bahwa tindakan individu adalah adil atau tidak adil itu sama dengan legal atau tidak legal. Artinya, suatu tindakan itu adil apabila sesuai dengan norma hukum yang berlaku dan memiliki validitas untuk menilai tindakan tersebut.

Norma hukum itu bagian dari tata hukum positif. Nampaknya, menurut Kelsen, hanya dalam makna legalitas inilah keadilan dapat masuk ke dalam ilmu hukum¹²². Pandangan Kelsen itu juga seolah olah ada *Contradictio in Terminis* bahkan hukum itu keadilan. Jadi, apa yang dimaksud dengan keadilan oleh Hans Kelsen adalah jika suatu tindakan yang sesuai dengan apa yang diatur dalam hukum positif (peraturan perundang-undangan) dan jika tindakan tersebut tidak sesuai dengan apa yang diatur dalam hukum positif (peraturan perundang-undangan), maka tindakan itu disebut tidak adil.

6. Keadilan Bermartabat, Perbandingan *justice as Fairness*

Belakangan ini, dipopulerkan versi lain tentang pengertian yang diberikan terhadap konsep keadilan, hasil penziarahan terhadap definisi filsuf kontemporer John Rawls (1921-2002). Dalam bukunya setebal 538 halaman, berjudul *A Theory of Justice*, hasil revisi fundamental, dan memiliki kecenderungan menyerang karyanya sendiri yang sudah dibuat lebih dahulu. Meskipun demikian, Rawls

¹²²Jimly Asshididique dan M. Ali Safaat, Teori Hans Kelsen Tentang Hukum, Cet. Kedua, Konstitusi Press, Jakarta, 2013, hal., 21.

menyatakan dalam bukunya bahwa dia berusaha mempertahankan doktrin sentral teori keadilannya. Rawls nampaknya memahami keadilan sebagai sesuatu yang identik dengan inti dari tradisi demokrasi. Pemikiran keadilan Rawls, dengan demikian lebih berorientasi pada pemikiran politik, ketimbang pemikiran mengenai hukum. Dalam bukunya itu Rawls, tetap konsisten menyerang para pengikut aliran utilitarian. Rawls menulis:

“I will comment on the conception of justice presented in A Theory of Justice, a conception I call ‘justice as fairness’. The central ideas and aims of this conception I see as those of a philosophical conception for a constitutional democracy. My hope is that justice as fairness will seem reasonable and useful, even if not fully convincing, to a wide range of thoughtful political opinions and thereby express an essential part of the common core of the democratic tradition”. (Artinya, saya akan membahas konsep keadilan yang dikemukakan dalam buku saya berjudul suatu teori tentang keadilan ini, suatu konsep yang saya sebut dengan “keadilan sebagai sesuatu yang pantas, atau layak serta patut”. Gagasan dan saran-saran yang hendak di cakup oleh konsep keadilan sebagai sesuatu yang pantas, atau layak serta patut itu saya pandang sebagai suilan dari begitu banyak konsepsi mengenai demokrasi berdasarkan konstitusi. Saya berharap bahwa keadilan sebagai sesuatu yang pantas, atau layak serta patut dapat membuat keadilan menjadi dipahami dan masuk akal serta bermanfaat, sekalipun usaha memahami keadilan itu *toch* tidak terlalu meyakinkan di tengah keberagaman pandangan-pandangan politik, namun sekiranya menunjukkan inti terdalam dari tradisi berdemokrasi yang selama ini sudah menjadi pemahaman bersama.¹²³

Memang, harus diakui, tidaklah adil rasanya menyimpulkan

538 halaman buku asli yang bukan terjemahan, hasil karya John

¹²³Terjemahan menggunakan metoda memahami suatu teks asing yang menghindari pengartian menurut kata per kata, namun merupakan suatu interpretasi setelah membaca teks asli secara keseluruhan; dan membandingkan teks revisi dengan teks yang direvisi oleh Rawls. Lihat, John Rawls, A Theory of Justice, Revised Edition, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge 1999, hal., xi.

Rawls, hanya dengan merujuk intisari pemikirannya pada apa yang dikatakan Rawls sendiri di dalam bukunya itu. Namun yang pasti adalah Rawls hendak memberikan penekanan pada suatu dimensi kemartabatan dalam manusia untuk hidup bermasyarakat dalam institusi demokrasi. Keadilan itu adalah suatu proses demokrasi yang berdasarkan pada inti ajaran konstitusionalisme.

Ada pendapat bahwa Rawls, mungkin merasa sebagai penerus, hendak menjaga benang merah pemikiran yang mengakar kepada teori kontrak sosial yang pernah dikemukakan oleh Hobbes, Locke dan Rousseau dan berusaha mengangkat kontribusi ketiga pemikir yang serangkai itu ke suatu abstraksi yang lebih tinggi lagi¹²⁴. Seperti sudah umum diketahui, akar dari pandangan Rawls itu tertanam dalam pemikiran Barat, yang dapat diziarahi pada pemikiran-pemikiran ketiga tokoh sebagaimana sudah dikemukakan.

Pandangan keadilan John Rawls dengan demikian berdimensi ideologis. Sementara teori keadilan bermartabat itu, bermartabat, karena tidak mencari akar pada pemikiran Barat, tetapi digali dari dalam bumi Indonesia, yaitu dari dalam Pancasila sebagai sumber dari segala sumber hukum. Hukum di bangun dari filsafat yang mana dalam filsafat tersebut terdapat nilai-nilai luhur suatu bangsa yang di yakini kebenarannya. Sehingga keadilan dalam hukum tersebut juga didasari atau dilandasi oleh falsafah tersebut. Sehingga dapat

¹²⁴Raymond Wacks, *Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford., hal., 70.

disimpulkan konsep keadilan di Indonesia dilandasi oleh dua sila Pancasila yaitu sila kedua, kemanusiaan yang adil dan beradab dan sila kelima yaitu keadilan sosial.

Pancasila sebagai falsafah bangsa dalam perspektif hukum berarti bahwa Pancasila sebagai landasan untuk menilai suatu keadilan, karena pada prinsipnya dalam filsafat hukum adalah untuk menilai suatu keadilan. Keadilan hukum dalam perspektif Pancasila adalah keadilan yang dilandasi oleh sila kedua yaitu adil dan beradab. Sedangkan oleh sila kelima yaitu keadilan sosial.

e. Teori Keadilan dalam Filsafat Hukum Islam

1) Keadilan dalam perspektif Hukum Islam

Masalah keadilan menurut hukum Islam, tidak terlepas dari filsafat hukum Islam dan teori mengenai tujuan hukum Islam, yang pada prinsipnya adalah bagaimana mewujudkan “*kemanfaatan*” kepada seluruh umat manusia, yang mencakupi “*kemanfaatan*” dalam kehidupan di dunia maupun di akherat.

Tujuan mewujudkan “*kemanfaatan*” ini, sesuai dengan prinsip umum Al-Qur’an:

- a) *al-Asl fi al-manafi al-hall wa fi al-mudar al man’u* (segala yang bermanfaat dibolehkan, dan segala yang mudarat dilarang);
- b) *la darara wa la dirar* (jangan menimbulkan kemudaratatan dan jangan menjadi korban kemudaratatan);

c) *ad-Darar yuzal* (bahaya harus dihilangkan).¹²⁵

Lebih lanjut dalam gagasan Islam tentang keadilan dimulai dari diskursus tentang keadilan ilahiyah, apakah rasio manusia dapat mengetahui baik dan buruk untuk menegakkan keadilan dimuka bumi tanpa bergantung pada wahyu atau sebaliknya manusia itu hanya dapat mengetahui baik dan buruk melalui wahyu (Allah).

Pada optik inilah perbedaan-perbedaan teologis di kalangan cendekiawan Islam muncul. Perbedaan-perbedaan tersebut berakar pada dua konsepsi yang bertentangan mengenai tanggung jawab manusia untuk menegakkan keadilan ilahiah, dan perdebatan tentang hal itu melahirkan dua mazhab utama teologi dialektika Islam yaitu: mu`tazilah dan asy`ariyah.

Tesis dasar Mu`tazilah adalah bahwa manusia, sebagai yang bebas, bertanggung jawab di hadapan Allah yang adil. Selanjutnya, baik dan buruk merupakan kategori-kategori rasional yang dapat diketahui melalui nalar – yaitu, tak bergantung pada wahyu. Allah telah menciptakan akal manusia sedemikian rupa sehingga mampu melihat yang baik dan buruk secara obyektif.¹²⁶

\

¹²⁵ Achmad Ali, *Menguak Teori Hukum dan Teori Peradilan*, Cet IV, Jakarta: Prenada Media Goup, 2012, hlm. 216 - 217.

¹²⁶ <http://diqa-butar-butar.blogspot.com/2011/09/teori-teori-keadilan.html>

2) Perspektif hukum Islam tentang qisas dan diat

a) Pengertian qisas dan diat

Menurut Sri Endah Wahyuningsih¹²⁷, bahwa tindak pidana qisas dan diat adalah tindak pidana yang diancamkan hukuman qisas atau diat. Keduanya merupakan hal individu yang kadar jumlahnya telah ditentukan, yakni tidak memiliki batasan minimum ataupun maksimal. Maksud hak individu di sini adalah sang korban boleh membatalkan hukuman tersebut dengan memafkan si pelaku jika ia menghendakinya.

Untuk tindak pidana yang diancam dengan hukuman qisas adalah :

- (1) Pembunuhan dengan sengaja;
- (2) Penghilangan/pemotongan anggota badan dan perlukaan (penganiayaan) disengaja.¹²⁸

Adapun tindak pidana yang diancam dengan hukuman diat adalah :

- (1) Semua tindak pidana qisas yang diberi ampunan dari qisas atau karena ada uzur syar'i yang menghalanginya;
- (2) Pembunuhan semi sengaja;

¹²⁷Wahyuningsih, *Op Cit.* hlm. 65-74

¹²⁸ Qisas ialah mengambil pembalasan yang sama. Kisas itu tidak dilakukan, bila yang membunuh mendapat kema'afan dari ahli waris yang terbunuh yaitu dengan membayar diat (ganti rugi) yang wajar. Pembayaran diat diminta dengan baik, umpamanya tidak mendesak yang membunuh, dan yang membunuh hendaklah membayarnya dengan baik, umpamanya tidak menangguk-nangguk. Bila ahli waris si korban sesudah Tuhan menjelaskan hukum-hukum ini, membunuh yang bukan si pembunuh, atau membunuh si pembunuh setelah menerima diat, maka terhadapnya di dunia diambil qishash dan di akherat dia mendapat siksa yang pedih. Sebagaimana diambil oleh Sri Endah Wahyuningsih dari *Al-Qur'an Digital Penjelasan Al-Qur'an surat al-Baqarah (2) ayat 178*, 23 Juni 2009.

- (3) Pembunuhan tersalah (tidak disengaja);
- (4) Penghilangan atau pemotongan anggota badan dan perlukaan (penganiayaan) tidak sengaja¹²⁹

b) Landasan hukum qisas dan diat

Landasan hukum mengenai larangan untuk :

- (1) tindak pidana pembunuhan dan perlukaan (penganiayaan) dan sanksinya terdapat sebagaimana firman Allah SWT dalam Al-Qur'an :

(a) **Surat al-Isra' (17) ayat 33**, yang artinya :

“Dan janganlah kamu membunuh jiwa yang diharamkan Allah (membunuhnya), melainkan dengan suatu (alasan) yang benar. Dan barang siapa dibunuh secara lazim, maka sesungguhnya kami telah memberikan kekuasaan kepada ahli warisnya, tetapi janganlah ahli waris itu melampaui batas dalam membunuh. Sesungguhnya ia adalah orang yang mendapat pertolongan”.

(b) **Surat al-Baqarah (2) ayat 178**, yang artinya :

“Hai orang-orang yang beriman, diwajibkan atas kamu kisas berkenaan dengan orang-orang yang dibunuh; orang merdeka dengan orang merdeka, hamba dengan hamba, dan wanita dengan wanita. Maka barang siapa

¹²⁹*Ibid.*

yang mendapat suatu pema'afan dari saudaranya, hendaklah (yang mema'afkan) mengikuti dengan cara yang baik, dan hendaklah (yang diberi ma'af) membayar (diat) kepada yang memberi ma'af dengan cara yang baikpula. Yang demikian itu suatu keringanan dari Tuhan kamu dan suatu rahmat. Barang siapa yang melampaui batas sesudah itu, maka baginya siksa yang amat pedih”.

(c) Surat al-Maidah (5) ayat 45, yang artinya :

“Dan kami telah tetapkan terhadap mereka di dalamnya (At Taubat) bahwasannya jiwa (dibalas) dengan jiwa, mata dengan mata, hidung dengan hidung, telinga dengan telinga, gigi dengan gigi, dan luka-luka (pun) ada kisasnya. Barang siapa yang melepaskan (hak kisas) nya, maka melepaskan itu (menjadi) penebus dosa baginya. Barang siapa tidak memutuskan perkara menurut apa yang diturunkan Allah, maka mereka itu adalah orang-orang yang zalim”

Mengenai hal tersebut, Rasulullah bersabda sebagai berikut :

(a) “Barang siapa menganiaya seorang mukmin dengan membunuhnya maka di kisas karenanya kecuali jika

walikorban merelakannya (memaafkan untuk tidak dikisas);

(b) Barang siapa dibunuh maka ahli waris korban (pembunuhan) memiliki dua pilihan; jika mereka menghendaki hukumannya/kisas; jika mereka menghendaki (hukumannya) diat”.

(2) Dalam tindak pidana penghilangan anggota badan dan perlukaan (penganiayaan) disengaja, sanksinya terdapat sebagaimana firman Allah SWT dalam Al-Qur’an :

(a) **Surat al-Baqarah (2) ayat 179**, yang artinya :

“Dan dalam kisas itu ada (jaminan kelangsungan) hidupbagimu, hai orang-orang yang berakal, supaya kamu bertaqwa.

(b) **Surat al-Maidah (5) ayat 45**, yang artinya :

“Dan kami telah tetapkan terhadap mereka di dalamnya (At Taubat) bahwasannya jiwa (dibalas) dengan jiwa, mata dengan mata, hidung dengan hidung, telinga dengan telinga, gigi dengan gigi, dan luka-luka (pun) ada kisasnya. Barang siapa yang melepaskan (hak kisas) nya, maka melepaskan itu (menjadi) penebus dosa baginya. Barang siapa tidak memutuskan perkara menurut apa yang diturunkan Allah, maka mereka itu adalah orang-orang yang zalim”

(c) **Surat an-Nahl (16) ayat 126**, yang artinya :

“Dan jika kamu memberikan balasan, maka balaslah dengan balasan yang sama dengan siksaan yang ditimpakan kepadamu. Akan tetapi jika kamu bersabar, sesungguhnya itulah yang lebih baik bagi orang-orang yang sabar”

(3) Dalam tindak pidana pembunuhan semi sengaja, Rosulullah

SAW bersabda :

“Ingatlah, pada pembunuhan semi sengaja, yaitu pembunuhan dengan cambuk, tongkat dan batu, ialah seratus unta”

(4) Dalam tindak pidana pembunuhan tersalah (tidak disengaja),

(a) Allah berfirman dalam QS. An-Nisa ayat (4) ayat 92, yang artinya :

“Dan layak bagi seorang mukmin membunuh seorang mukmin (yang lain), kecuali karena tersalah (tidak sengaja), dan barang siapa membunuh seorang mukmin karena tersalah (hendaklah) ia memerdekakan seorang hamba sahaya yang beriman serta membayar di yang diserahkan kepada keluarganya (si terbunuh itu), kecuali jika mereka (keluarga terbunuh) bersedekah. Jika ia (si terbunuh) dari kaum (kafir) yang ada

perjanjian (damai) antara mereka dengan kamu, maka (hendaklah si pembunuh) membayar diat yang diserahkan kepada keluarganya (si terbunuh) serta memerdekakan hamba sahaya yang beriman. Barang siapa yang tidak memperolehnya, maka hendaklah ia (si pembunuh) berpuasa dua bulan berturut-turut untuk penerimaan taubat dari pada Allah. Dan adalah Allah Maha Mengetahui lagi Maha Bijaksana.

(b) Rosulullah juga bersabda yang artinya :

“Dalam diat pembunuhan tidak sengaja (tersalah) dua puluh unta hiqqah (anak unta yang memasuki umur empat tahun), dua puluh unta jaza’ah (anak unta yang sudah sempurna umurnya empat tahun dan memasuki tahun kelima), dua puluh unta binti makhad (anak unta betina yang memasuki umur dua tahun dan induknya mulai bunting), dua puluh unta binti labun (anak unta umur dua tahun dan memasuki umur tiga tahun, dan induknya sudah mempunyai air susu karena telah melahirkan kandungannya), dan dua puluh unta banu makhad (anak unta jantan yang memasuki usia dua tahun dan induknya mulai bunting).

(5) Hukuman untuk tindak pidana penganiayaan tidak disengaja, Rosulullah SAW menentukan :

“Jika anggota badan itu hanya satu, seperti hidung, zakar, lidah diatnya adalah diat sempurna, Jika anggota badannya sepasang, seperti mata, telinga, diatnya adalah setengah”

Berkaitan dengan hal tersebut, Rosulullah SAW bersabda :

“Dalam memotong hidung jika pucuknya habis terdapat diat”. Pada lidah, zakar, tulang sulbi, kedua tangan, kedua kaki, kedua buah pelir, kedua telinga terdapat diat. Pada mata diat lima puluh unta, pada gigi diat lima unta”

Rosulullah SAW mewajibkan diat pada setiap menghilangkan manfaat anggota badan, seperti pendengaran, penglihatan dan akal. Adapun pada pelukaan (penganiayaan) Rosulullah SAW telah menetapkan hukuman untuk sebagian perkara dan tidak menetapkan pada sebagian yang lain. Beliau menjadikan ganti rugi melukai kepala dan muka (*syajjai*) yang sampai menampakkan tulangnya (*al-mudihah*) dengan lima ekor unta, *arsy* (ganti rugi) pelukaan yang memecahkan (mematahkan) tulang (*hasyimah*) dengan sepuluh ekor unta, dan pada luka yang sampai mengenai selaput antara tulang dan otak (*ammah*) atau merobek selaput antara tulang dan otak sehingga otaknya terlihat (*damingah*) dengan sepertiga diat (satu diat adalah seratus ekor unta), dan menjadikan

setiap luka yang sampai masuk perut atau dada dikenai sepertiga diat.

Menurut kaidah (aturan) umum hukum Islam, pelukaan atau pemotongan yang belum ditentukan diat/arsy oleh Rosulullah SAW (ganti rugi yang diwajibkan atas tindakan sewenang-wenang terhadap anggota tubuh manusia, tetapi tidak menghilangkan seluruh manfaatnya) maka hal itu diserahkan pada hakim untuk menentukan diat/arsy berdasarkan asumsi para pakar dan ulama. Aturan ini sudah menjadi kesepakatan (*ijmak*).

Pada dasarnya, hukuman kisas dan diat bertujuan untuk menjaga kemaslahatan masyarakat dengan mengabaikan keadaan pelaku tindak pidana. Dengan kata lain, hukum Islam tidak memperhatikan pribadi dan kondisi pelaku kecuali jika korban atau ahli warisnya memberikan ampunan.

Bahwa walaupun terhadap tindak pidana pembunuhan dan pelukaan/penganiayaan telah menyentuh eksistensi masyarakat, akan tetapi dalam hal ini terlebih dahulu menyentuh pada sisi korban. Apabila korban atau walinya telah mengampuni pelaku, maka tidak ada lagi sebab yang menyerukan pengabaian diri pelaku dan sebab untuk menyeru bersikap keras dalam menjaga kemaslahatan masyarakat umum. Ini karena pengaruh pidana berat itu telah hilang oleh

pemaafan sehingga pidana itu menjadi tidak berbahaya dan tidak mempengaruhi eksistensi masyarakat.

Pada realitasnya, si korban atau ahli warisnya tidak akan mengampuni pelaku kecuali telah benar-benar memaafkan pelaku atau melihat adanya manfaat material dari diat. Artinya, alasan pengampunan si korban/walinya dapat berupa dua hal, yaitu :

- (1) Permaafan dan
- (2) Manfaat material yang berupa diat untuk korban atau ahli warisnya.

Kedua alasan ini disyariatkan dan dihalalkan oleh hukum Islam. Alasannya, permaafan bermakna menghilangkan pertikaian dan kedengkian, sedangkan sikap mengutamakan pembayaran diat daripada menjatuhkan hukuman bermakna sikap toleransi, memaafkan dan melemahkan rasa permusuhan. Tidak diragukan lagi bahwa hak korban atau walinya adalah agar mereka menjadi pihak pertama yang mendapat manfaat atas tindak pidana yang menimpa mereka setelah mereka menanggung penderitaan yang tidak ditanggung orang lain.

2. Teori Kemanfaatan Hukum

Secara etimologi, kata "kemanfaatan" berasal dari kata dasar "manfaat",

yang menurut Kamus Bahasa Indonesia, berarti faedah atau guna.¹³⁰ Hukum merupakan urat nadi dalam kehidupan suatu bangsa untuk mencapai cita-cita masyarakat yang adil dan makmur. Bagi Hans Kelsen hukum itu sendiri adalah suatu *sollens kategorie* (kategori keharusan) bukannya *seinkategorie* (kategori faktual). Yang maksudnya adalah hukum itu dikonstruksikan sebagai suatu keharusan yang mengatur tingkah laku manusia sebagai makhluk rasional. Dalam hal ini yang dipersoalkan oleh hukum bukanlah ‘bagaimana hukum itu seharusnya’ (*what the law ought to be*) melainkan ‘apa hukumnya’ (*what is the law*)¹³¹.

Sebagian orang berpendapat bahwa kemanfaatan hukum (*zweckmasigkeit*) sangat berkorelasi dengan tujuan pemidanaan terutama sebagai prevensi khusus agar terdakwa tidak mengulangi kembali melakukan perbuatan melawan hukum, dan prevensi umum setiap orang berhati-hati untuk tidak melanggar hukum karena akan dikenakan sanksinya. Oleh karena itu putusan hakim harus memberi manfaat bagi dunia peradilan, masyarakat umum dan perkembangan ilmu pengetahuan.

3. Teori Penegakan Hukum

Penegakan hukum adalah proses dilakukannya upaya untuk tegaknya atau berfungsinya norma-norma hukum secara nyata sebagai pedoman perilaku dalam lalu lintas atau hubungan-hubungan hukum dalam kehidupan bermasyarakat dan bernegara.

¹³⁰ Kamus Bahasa Indonesia, <http://m.artikata.com/arti-339692-manfaat.html>, diunduh tanggal 12 Februari 2018, Pukul 15.00 wib.

¹³¹ Kelsen, Hans, 2007, Teori Hukum Murni : Dasar-dasar Ilmu Hukum Normatif, Penerbit Nusamedia, Bandung, hal. 15.

Ditinjau dari sudut subjeknya, penegakan hukum itu dapat dilakukan oleh subjek yang luas dan dapat pula diartikan sebagai upaya penegakan hukum oleh subjek dalam arti yang terbatas atau sempit. Dalam arti luas, proses penegakan hukum itu melibatkan semua subjek hukum dalam setiap hubungan hukum. Siapa saja yang menjalankan aturan normatif atau melakukan sesuatu atau tidak melakukan sesuatu dengan mendasarkan diri pada norma aturan hukum yang berlaku, berarti dia menjalankan atau menegakkan aturan hukum. Dalam arti sempit, dari segi subjeknya itu, penegakan hukum itu hanya diartikan sebagai upaya aparaturnya penegakan hukum tertentu untuk menjamin dan memastikan bahwa suatu aturan hukum berjalan sebagaimana seharusnya. Dalam memastikan tegaknya hukum itu, apabila diperlukan, aparaturnya penegak hukum itu diperkenankan untuk menggunakan daya paksa.

Pengertian penegakan hukum itu dapat pula ditinjau dari sudut objeknya, yaitu dari segi hukumnya. Dalam hal ini, pengertiannya juga mencakup makna yang luas dan sempit. Dalam arti luas, penegakan hukum itu mencakup pula nilai-nilai keadilan yang terkandung di dalamnya bunyi aturan formal maupun nilai-nilai keadilan yang hidup dalam masyarakat. Tetapi, dalam arti sempit, penegakan hukum itu hanya menyangkut penegakan peraturan yang formal dan tertulis saja. Karena itu, penerjemahan perkataan '*law enforcement*' ke dalam bahasa Indonesia dalam menggunakan perkataan '*penegakan hukum*' dalam arti luas dan dapat pula digunakan istilah '*penegakan peraturan*' dalam arti sempit. Perbedaan antara formalitas aturan hukum yang tertulis dengan cakupan nilai keadilan yang dikandungnya ini bahkan juga timbul dalam bahasa Inggris sendiri dengan

dikembangkannya istilah *'the rule of law'* versus *'the rule of just law'* atau dalam istilah *'the rule of law and not of man'* versus istilah *'the rule by law'* yang berarti *'the rule of man by law'*. Dalam istilah *'the rule of law'* terkandung makna pemerintahan oleh hukum, tetapi bukan dalam artinyanya yang formal, melainkan mencakup pula nilai-nilai keadilan yang terkandung di dalamnya. Karena itu, digunakan istilah *'the rule of just law'*. Dalam istilah *'the rule of law and not of man'* dimaksudkan untuk menegaskan bahwa pada hakikatnya pemerintahan suatu negara hukum modern itu dilakukan oleh hukum, bukan oleh orang. Istilah sebaliknya adalah *'the rule by law'* yang dimaksudkan sebagai pemerintahan oleh orang yang menggunakan hukum sekedar sebagai alat kekuasaan belaka.¹³²

4. Teori Hukum Progresif

Teori Hukum Progresif dicetuskan oleh Satjipto Rahardjo dimana dinyatakan bahwa pemikiran hukum perlu kembali pada filosofis dasarnya yaitu hukum untuk manusia, bukan sebaliknya sehingga manusia menjadi penentu dan titik orientasi hukum. Hal ini mengingat di samping kepastian dan keadilan hukum juga berfungsi untuk kesejahteraan hidup manusia atau memberikan kemanfaatan kepada masyarakat. Sehingga boleh dikatakan bahwa berhukum adalah sebagai medan dan perjuangan manusia dalam konteks mencari kebahagiaan hidup.¹³³

Satjipto Rahardjo menyatakan baik faktor; peranan manusia, -maupun masyarakat, ditampilkan kedepan, sehingga hukum lebih tampil sebagai medan pergulatan dan

¹³² Jimly Asshiddiqie, *Penegakan Hukum*, Mantan Ketua Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Guru Besar Hukum Tata Negara Universitas Indonesia, Ketua Dewan Penasihat Asosiasi Hukum Tata Negara dan Administrasi Negara Indonesia, 2010.

¹³³ Sabian Usman, *Dasar-Dasar Sosiologi Hukum*, Yogyakarta: Pustaka Belajar, 2009, hlm.1

perjuangan manusia. Hukum dan bekerjanya hukum seyogianya dilihat dalam konteks hukum itu sendiri. Hukum tidak ada untuk diri dan keperluannya sendiri, melainkan untuk manusia, khususnya kebahagiaan manusia.¹³⁴

Menurut Satjipto Rahardjo penegakan hukum progresif adalah menjalankan hukum tidak hanya sekedar kata-kata hitam-putih dari peraturan (*according to the letter*), melainkan menurut semangat dan makna lebih dalam (*to very meaning*) dari undang-undang atau hukum. Penegakan hukum tidak hanya kecerdasan intelektual, melainkan dengan kecerdasan spiritual. Dengan kata lain, penegakan hukum yang dilakukan dengan penuh determinasi, empati, dedikasi, komitmen terhadap, penderitaan bangsa dan disertai keberanian untuk mencari jalan lain daripada yang biasa dilakukan.¹³⁵

Bagi hukum progresif proses perubahan tidak lagi berpusat pada peraturan, tetapi pada kreativitas pelaku hukum mengaktualisasikan hukum dalam ruang dan waktu yang tepat. Para pelaku hukum progresif dapat melakukan perubahan dengan melakukan pemaknaan yang kreatif terhadap peraturan yang ada, tanpa harus menunggu perubahan peraturan (*changing the law*). Peraturan buruk tidak harus menjadi penghalang bagi para pelaku hukum progresif untuk menghadirkan keadilan untuk rakyat dan pencari keadilan, karena mereka dapat melakukan interpretasi baru setiap kali terhadap suatu peraturan, pada titik inilah menurut Satjipto Rahardjo hukum harus dibiarkan mengalir begitu saja menggeser paradigma hukum *positivisme* untuk menemukan tujuannya sendiri. Agar hukum

¹³⁴ Satjipto Rahardjo, *Biarkan Hukum Mengalir* Catatan Kritis Tentang Pergulatan Manusia dan Hukum, Jakarta: Penerbit Buku Kompas, 2007, him. Ix

¹³⁵ Satjipto Rahardjo, *Penegakan Hukum Suatu Tinjauan Sosiologis*, Yogyakarta : Gents Publishing, 2009, him. xiii

dirasakan manfaatnya, maka dibutuhkan jasa pelaku hukum yang kreatif menterjemahkan hukum itu dalam kepentingan-kepentingan sosial yang memang harus dilayaninya.

Berdasarkan uraian tersebut di atas dipahami bahwa secara substantif gagasan pemikiran hukum progresif tidak semata-mata memahami sistem hukum pada sifat yang dogmatik melainkan juga aspek perilaku sosial pada sifat yang empirik di mana hukum dipandang sebagai suatu:

1) Institusi yang Dinamis

Pemikiran hukum progresif menolak segala anggapan bahwa institusi hukum sebagai institusi yang final dan mutlak, sebaliknya hukum progresif percaya bahwa institusi hukum selalu berada dalam proses untuk terus menjadi (*law as a process, law in the making*). Hukum progresif tidak memahami hukum sebagai institusi yang mutlak secara final, melainkan sangat ditentukan oleh kemampuannya untuk mengabdikan kepada manusia. Dalam konteks pemikiran yang demikian itu, hukum selalu berada dalam proses untuk terus menjadi. Hukum adalah institusi yang secara terus menerus membangun dan mengubah dirinya menuju kepada tingkat kesempurnaan yang lebih baik. Kualitas kesempurnaan di sini bisa diverifikasi ke dalam faktor-faktor keadilan, kesejahteraan, kepedulian kepada rakyat dan lain-lain. Inilah hakikat “hukum yang selalu dalam proses menjadi (*law as, a process, law in the making*).¹³⁶

Dalam konteks yang demikian itu, hukum akan tampak selalu bergerak, berubah, mengikuti dinamika kehidupan manusia. Akibatnya hal ini akan

¹³⁶ Faisal, *Menerobos Positivisme Hukum*, Yogyakarta : Rangkang Education, 2010, hlm. 72

mempengaruhi pada cara ber hukum kita, yang tidak akan sekedar terjebak dalam ritme “kepastian hukum”, status quo dan hukum sebagai skema yang final, melainkan suatu kehidupan hukum yang selalu mengalir dan dinamis baik itu melalui perubahan undang-undang maupun pada kultur hukumnya. Pada saat kita menerima hukum sebagai sebuah skema yang final, maka hukum tidak lagi tampil sebagai solusi bagi persoalan kemanusiaan, melainkan manusialah yang dipaksa untuk memenuhi kepentingan kepastian hukum.

2) Ajaran Kemanusiaan dan Keadilan

Dasar filosofi dari pemikiran hukum progresif adalah suatu institusi yang bertujuan mengantarkan manusia kepada kehidupan yang adil, sejahtera dan membuat manusia bahagia.¹³⁷ Hukum adalah untuk manusia, dalam artian hukum hanyalah sebagai “alat” untuk mencapai kehidupan yang adil, sejahtera dan bahagia, bagi manusia. Oleh karena itu menurut pemikiran hukum progresif, hukum bukanlah tujuan dari manusia, melainkan hukum hanyalah alat. Sehingga keadilan substantif yang harus lebih didahulukan ketimbang keadilan prosedural, hal ini semata-mata agar dapat menampilkan hukum menjadi solusi bagi problem-problem kemanusiaan.

3) Aspek Peraturan dan Perilaku

Orientasi pemikiran hukum progresif bertumpu pada aspek peraturan dan perilaku (*rules and behavior*). Peraturan akan membangun sistem hukum positif yang logis dan rasional. Sedangkan aspek perilaku atau manusia akan menggerakkan peraturan dan sistem yang telah terbangun itu. Karena asumsi yang

¹³⁷ Mahmud Kusuma, *Menyelami Semangat Hukum Progresif- Terapi Paradigmatik Atas Lemahnya Penegakan Hukum Indonesia*, Yogyakarta : Antony Lib bekerjasama LSHP, 2009, h1m. 31

dibangun disini, bahwa hukum bisa dilihat dari perilaku sosial penegak hukum dan masyarakatnya. Dengan menempatkan aspek perilaku berada di atas aspek peraturan, faktor manusia dan kemanusiaan mempunyai unsur *compassion* (perasaan baru), *sincerely* (ketulusan), *commitment* (tanggung jawab), *dare* (keberanian), dan *determination* (kebulatan tekad).

Mengutamakan faktor perilaku (manusia) dan kemanusiaan di atas faktor peraturan, berarti melakukan pergeseran pola pikir, sikap dan perilaku dari aras legalistik-positivistik ke aras kemanusiaan secara utuh (holistik), yaitu manusia sebagai pribadi (individu) dan makhluk sosial. Dalam konteks demikian, maka setiap manusia mempunyai tanggung jawab individu dan tanggung jawab sosial untuk memberikan keadilan kepada siapapun. Mengutamakan perilaku (manusia) daripada peraturan perundang-undangan sebagai titik tolak paradigms penegakan hukum, akan memberikan pemahaman hukum sebagai proses kemanusiaan.¹³⁸

4) Ajaran Pembebasan

Pemikiran hukum progresif menempatkan diri sebagai kekuatan “pembebasan” yaitu membebaskan diri dari tipe, cara berpikir, asas dan teori hukum yang legalistik-positivistik. Dengan ciri ini “pembebasan” itu, hukum progresif lebih mengutamakan “tujuan” daripada “prosedur”. Dalam konteks ini, untuk melakukan penegakan hukum, maka diperlukan langkah-langkah kreatif, inovatif dan bila perlu melakukan “mobilisasi hukum” maupun “*rule breaking*”.

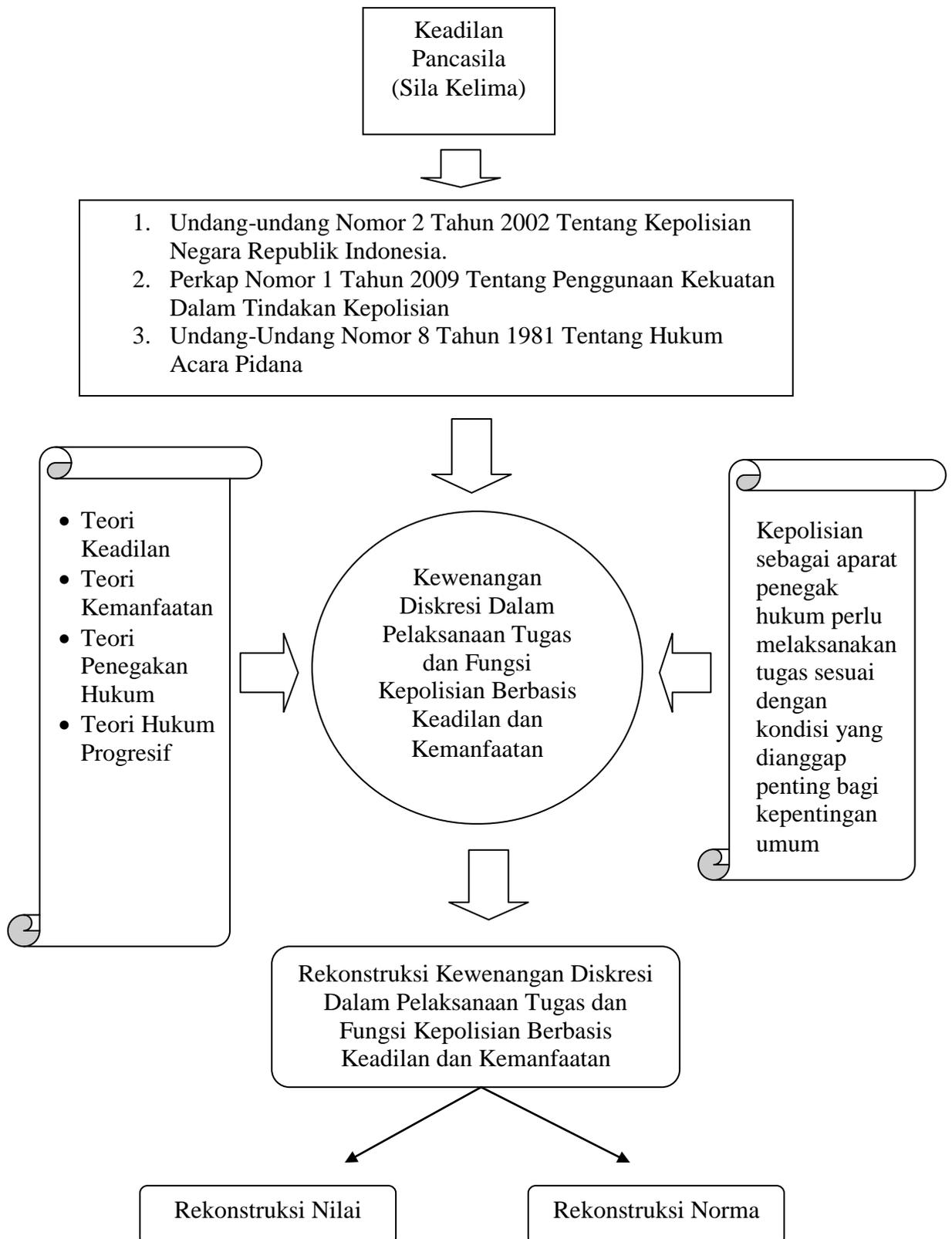
Paradigma “pembebasan” yang dimaksud di sini bukan berarti menjurus kepada tindakan anarkisme, sebab apapun yang dilakukan harus tetap didasarkan

¹³⁸*Ibid.* Mahmud Kusuma

pada logika kepatutan sosial dan logika keadilan serta tidak semata-mata berdasarkan logika peraturan semata. Di sinilah pemikiran hukum progresif itu menjunjung tinggi moralitas. Karena hati nurani ditempatkan sebagai penggerak, pendorong sekaligus pengendali “paradigma pembebasan” itu.

Dengan demikian paradigma pemikiran hukum progresif bahwa “hukum untuk manusia, dan bukan sebaliknya” akan membuat konsep pemikiran hukum progresif merasa bebas untuk mencari dan menemukan format, pikiran, asas serta aksi yang tepat untuk mewujudkannya.

F. Kerangka Pemikiran Disertasi



G. Metode Penelitian

Metode penelitian adalah suatu cara atau prosedur yang dipergunakan untuk melakukan penelitian sehingga mampu menjawab rumusan masalah dan tujuan penelitian.¹³⁹

Metode penelitian yang dipergunakan dalam penelitian ini terdiri atas:

1. Paradigma Penelitian

Penulis dalam penelitian ini menggunakan paradigma konstruktivisme, suatu paradigma yang memandang bahwa ilmu hukum itu hanya berurusan dengan peraturan perundang-undangan semata. Hukum sebagai sesuatu yang harus diterapkan, dan lebih cenderung untuk tidak mempersoalkan nilai keadilan dan kegunaannya bagi masyarakat. Kajian hukum dan penegakannya hanya berkisar tentang apa yang benar dan yang tidak benar, apa yang salah dan yang tidak salah dan bentuk-bentuk lain yang lebih bersifat preskriptif.

Paradigma konstruktivisme mempunyai cara pandang tersendiri untuk melihat sebuah aturan/regulasi yang muncul dan kemudian diterapkan di tengah masyarakat. Menurut paradigma konstruktivisme, hukum terlahir dari konstruksi mental yang lokal dan spesifik berdasarkan realitas pengalaman. Hukum lahir sebagai suatu kesepakatan yang kontekstual, wujudnya bisa tertulis dan tidak tertulis.

Menurut penganut paradigma konstruktivisme, Keadilan yang ingin diwujudkan dalam proses kewenangan diskresi dalam pelaksanaan tugas dan fungsi kepolisian di Indonesia yang berbasis keadilan dan kemanfaatan akan

¹³⁹ <http://andy-pio.blogspot.co.id/2013/10/pengertian-jenis-dan-langkah-langkah.html>, Diakses 25 Juli 2018 Pukul 10.00

tercapai manakala perdebatan mengenai dapat atau tidak dapat-nya hukum ditafsir, termasuk ketentuan dalam perundang-undangan yang diajukan dalam proses persidangan, tidak lagi relevan, dengan demikian adanya kemerdekaan untuk secara kontekstual mengkonstruksi Hukum berdasarkan realitas eksperiensial (realitas erbasiskan pengalaman),

- a. Manakala dalam proses peradilan pidana tidak lagi dikaitkan dengan perlu atau tidak perlunya penemuan hukum.
- b. Manakala relativitas/fleksibilitas hukum dapat dipertahankan; di mana setiap individu, kelompok, dan/atau institusi merdeka untuk terus secara aktif menkonstruksi hukum.
- c. Manakala demokratisasi hukum dapat dijaga; melalui mana konsensus atau kesepakatan terus terbangun di antara sekalian individu, kelompok, dan/atau institusi.

Demikianlah pandangan para penganut paradigma konstruktivisme yang melihat penemuan hukum dalam proses kewenangan diskresi dalam pelaksanaan tugas dan fungsi kepolisian di Indonesia yang berbasis keadilan dan kemanfaatan dengan pendekatan *yuridis sosiologis*.

2. Metode Pendekatan

Pendekatan penelitian yang digunakan dalam penelitian ini adalah penelitian hukum sosiologis atau biasa disebut penelitian *yuridis sosiologis*. Dalam penelitian ini, hukum dikonsepskan sebagai suatu gejala empiris yang dapat diamati di dalam kehidupan nyata.

3. Tipe Penelitian

Jenis penelitian yang dipergunakan dalam menyelesaikan disertasi ini adalah metode penelitian yuridis deskriptif analisis, yaitu penelitian yang dilakukan dengan cara meneliti bahan pustaka (data sekunder) atau penelitian hukum perpustakaan¹⁴⁰, lalu dideskripsikan dalam analisa dan pembahasannya.

4. Jenis dan Sumber Data

Jenis data yang digunakan adalah data primer dan sekunder. Untuk memperoleh data primer peneliti mengacu terhadap data atau fakta-fakta dan kasus hukum yang diperoleh langsung melalui penelitian di lapangan termasuk keterangan dari responden yang berhubungan dengan objek penelitian dan praktik yang dapat dilihat serta berhubungan dengan obyek penelitian. Sementara data sekunder dilakukan dengan cara studi kepustakaan. Data sekunder ini berguna sebagai landasan teori untuk mendasari penganalisaan pokok-pokok permasalahan yang ada dalam penelitian ini. Data sekunder dalam penelitian ini meliputi :

c. Bahan hukum primer, yang terdiri dari ;

- 1) Undang-Undang Dasar 1945.
- 2) Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2002 Tentang Kepolisian Negara Republik Indonesia.
- 3) Peraturan Kapolri Nomor 1 Tahun 2009 Tentang Penggunaan Kekuatan Dalam Tindakan Kepolisian.
- 4) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 Tentang Hukum Acara Pidana

¹⁴⁰ Ediwarman, *Monograf, Metodologi Penelitian Hukum*, Medan: Program Pascasarjana Univ. Muhammadiyah Sumatera Utara, Medan, 2010, hal. 24

f. Bahan hukum sekunder.

Buku-buku, jurnal, dan dokumen hasil penelitian di bidang hukum khususnya masalah kewenangan diskresi dalam pelaksanaan tugas dan fungsi kepolisian.

g. Bahan Hukum Tersier, yang terdiri dari :

Kamus Bahasa Indonesia, Kamus Bahasa Inggris, Kamus Hukum, Ensiklopedia serta sarana ajar (*hand out*) tentang tata cara penulisan karya ilmiah.

5. Metode Pengumpulan Data

Pengumpulan data difokuskan pada yang ada, sehingga dalam penelitian ini tidak menyimpang dan kabur dalam pembahasannya. Penelitian ini menggunakan pengumpulan data primer yang berupa observasi dan wawancara, sedangkan penumpulan data sekundernya dengan menggunakan *Library Research* (studi kepustakaan) yaitu pengumpulan data yang diperoleh dari sumber-sumber literature, karya ilmiah, peraturan perundang-undangan, sumber-sumber tertulis lainnya yang berhubungan dengan masalah yang diteliti sebagai landasan teori. Dari penelitian ini data yang diperoleh disebut data sekunder.

6. Metode Analisis Data

Metode analisa data yang digunakan adalah analisa deskriptif, yaitu dengan memperhatikan fakta-fakta yang ada dalam praktek lapangan yang kemudian dibandingkan dengan uraian yang didapat dari studi kepustakaan. Dari analisis tersebut dapat diketahui efektifitas sistem hukum yang bersifat edukatif kewenangan diskresi dan pertanggungjawaban hukum dalam pelaksanaan tugas dan fungsi kepolisian.

Sebagai cara untuk menarik kesimpulan dari hasil penelitian yang sudah terkumpul, metode analisa data yang digunakan adalah Analisis Kualitatif, karena memaparkan pembahasan, sedangkan kualitatif maksudnya analisa data yang bertitik tolak pada informasi-informasi yang didapat dari responden untuk mencapai kejelasan masalah yang akan dibahas.

H. Originalitas Penelitian

Tabel 3.1 Originalitas Penelitian

No	Peneliti & Tahun	Judul Penelitian	Hasil Penelitian	Kebaharuan Promovendus
1	Yogie Rahardjo (2012)	Penerapan Diskresi polisi Dalam Pelaksanaan Pasal 291 Ayat (1) Undang-Undang RI Nomor 2 Tahun 2009 Tentang Lalu Lintas dan Angkutan Jalan (Studi Kasus Yogyakarta)	Diskresi polisi merupakan salah satu kewenangan yang dimiliki oleh kepolisian yang telah banyak diterapkan di masyarakat. Diskresi polisi dapat dilaksanakan apabila terlebih dahulu ada pertimbangan-pertimbangan tersebut dilakukan oleh anggota kepolisian yang bersangkutan dilakukan atas dasar kepentingan umum. Diskresi Polisi dapat dibenarkan apabila didasarkan atas pertimbangan atau penilaian bahwa diskresi tersebut dilakukan dengan memandang nilai-	Rekonstruksi Kewenangan Diskresi Dalam Pelaksanaan Tugas Dan Fungsi Kepolisian

			nilai moral pada masyarakat untuk tujuan terciptanya keamanan, ketentraman dan ketertiban.	
2	Adi Yudistira (2014)	Diskresi Kepolisian Dalam Menangani Perkara Anak Yang Berkonflik Dengan Hukum	Kewenangan diskresi yang dimiliki oleh penyidik dalam menangani perkara anak yang berkonflik dengan hukum harus didasarkan pada kepentingan bagi anak agar pelaku anak dan korban tidak dirugikan. Implikasi penyelesaian perkara anak melalui peradilan dan pembahasan penyelesaian perkara anak melalui proses diversi dengan menganalisis putusan Mahkamah Agung dan Penetapan dari Pengadilan Negeri tentang proses Diversi.	Rekonstruksi Kewenangan Diskresi Dalam Pelaksanaan Tugas Dan Fungsi Kepolisian
3	Ari Nurhaqi (2017)	Diskresi Polisi Dalam Penegakan Hukum Terhadap Tindak Pidana	Hakikat diskresi kepolisian diperlukan agar polisi dapat menjalankan fungsinya secara dinamis dalam proses penegakan hukum, sehingga hal yang bersifat penting dan	Rekonstruksi Kewenangan Diskresi Dalam Pelaksanaan Tugas Dan Fungsi Kepolisian

			<p>mendesak, polisi atas inisiatifnya sendiri dapat bertindak dengan asas kebijaksanaan, sehingga diperoleh keefektifan tercapainya suatu tujuan demi tercapainya keselarasan antara kepastian hukum, keadilan dan kemanfaatan.</p>	
4	Dwi Wahyono (2017)	<p>Rekonstruksi Perdamaian Sebagai Payung Hukum Dalam Implementasi <i>Restorative Justice</i> di Tingkat Penyidikan Tindak Pidana Lalu Lintas Berdasarkan Hukum Progresif</p>	<p>Model perdamaian antara korban dan pelaku pada kecelakaan lalu lintas adalah melalui mediasi, penyidik hanya berpegang pada Pasal 235 ayat (1) dan (2) serta Pasal 236 ayat (2) Undang-undang Nomor 22 Tahun 2009 tentang Lalu Lintas dan Angkutan Jalan dan Diskresi Kepolisian, kemanfaatan hukum keadilan dan kemanusiaan yang terdapat pada Pasal 18 ayat (1) Undang-undang Nomor 2 Tahun 2002 tentang Kepolisian Negara Republik Indonesia. Pola Keadilan restoratif dalam</p>	<p>Rekonstruksi Kewenangan Diskresi menggunakan Perdamaian sebagai bentuk Implementasi <i>Restorative Justice</i>.</p>

			penanganan terhadap tindak pidana lalu lintas adalah hukum untuk manusia, hukum yang berperikemanusiaan, dengan mengedepankan hati nurani, kemanfaatan hukum dan keadilan	
--	--	--	---	--

I. Sistematika Penulisan

Bab I Pendahuluan, yang menguraikan tentang latar belakang masalah, perumusan masalah, tujuan penelitian, manfaat penelitian, kerangka konseptual dan teori, kerangka pemikiran, metode penelitian, sistematika penulisan, dan orisinalitas penelitian.

Bab II Tinjauan Pustaka, yang menguraikan tentang pengertian yang berkaitan dengan kewenangan diskresi dan pertanggungjawaban hukum dalam pelaksanaan tugas dan fungsi kepolisian, dan perpektif diskresi ditinjau dari hukum islam.

Bab III Kewenangan Diskresi Dan Pertanggungjawaban Hukum Dalam Pelaksanaan Tugas Dan Fungsi Kepolisian Berbasis Keadilan Dan Kemanfaatan Pada Saat Ini.

Bab IV Hasil Penelitian Dan Pembahasan Yang Menguraikan Tentang Perumusan Masalah Kedua.

Bab V Rekonstruksi Kewenangan Diskresi Dalam Pelaksanaan Tugas Dan Fungsi Kepolisian Di Indonesia.

Bab VI Penutup yang berisi mengenai kesimpulan dan saran-saran.